INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

23

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Marek Mozgawa

Wolters Kluwer

Warszawa 2015

ISSN 2084-1906

Nakład 300 egz.

Wersja papierowa Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną)

Wydawca:
Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer SA
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

WOLTERS KLUWER SA

Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU CZASOPISM
Klaudiusz Kaleta
tel. (22) 535 82 03; 535 83 13
faks (22) 535 81 35
e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać pod numerem infolinii
0 801 04 45 45; faks (22) 535 82 05

www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

Kauko Aromaa, Tadeusz Ereciński, Lech Gardocki, Uberto Gatti,
Vyacheslav Navrotskyy, Lech Paprzycki, Andrzej Rzepliński, Marek Safjan,
Stanisław Waltoś, Adam Zieliński

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący
Andrzej Siemaszko

CZŁONKOWIE:

Beata Gruszczyńska, Elżbieta Holewińska–Łapińska, Marek Mozgawa, Jacek Sadomski,
Roman Trzaskowski, Dobrochna Wójcik, Eleonora Zielińska

REDAKCJA

Redaktor Naczelny
Andrzej Siemaszko

Redaktor Naukowy – Sprawy karne
Marek Mozgawa

Redaktor Naukowy – Sprawy cywilne
Elżbieta Holewińska–Łapińska

Sekretarz Redakcji – Sprawy karne
Paweł Bachmat

Sekretarz Redakcji – Sprawy cywilne
Jerzy Słyk

Redaktor statystyczny - Beata Gruszczyńska

Redakcja językowa – Katarzyna Sowińska

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

Spis treści:

Dobrosława Szumiło-Kulczycka
Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie 7

Magdalena Budyn-Kulik
Środek karny pozbawienia praw publicznych. Analiza dogmatyczna i praktyka orzecznicza 104

Marek Kulik
Wyrok łączny w praktyce sądowej w latach 2012–2013 161

Konrad Buczkowski
„Zmowy przetargowe" jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k. 205

Paweł Bachmat
Pełnienie funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwa sprzedajności i przekupstwa (art. 228 § 6 k.k. i art. 229 § 5 k.k.) 247

Beata Czarnecka-Dzialuk, Katarzyna Drapała
Kontrowersje wokół reagowania na przejawy demoralizacji nieletnich. Opinie praktyków 313

Anna Więcek-Durańska
Orzekanie i wykonywanie środka zabezpieczającego wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych 345

Katarzyna Nazar
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19.02.2015r. (II AKa 513/14) 398

Contents:

Dobrosława Szumiło-Kulczycka
The use by first-instance courts in criminal trials of operationally-gathered information 7

Magdalena Budyn-Kulik
Penal measure in the form of depriving a person of public rights. Dogmatic analysis and judicial practice 104

Marek Kulik
Aggregate judgment in court practice in the years 2012–2013 161

Konrad Buczkowski
'Tender collusion' as a form of the offence defined in Art. 305 of the Penal Code 205

Paweł Bachmat
Holding a public office in a foreign state or international organization as a criterion of liability for offences of venality and bribery (Art. 228(6) and Art. 229(5) of the Penal Code) 247

Beata Czarnecka-Dzialuk, Katarzyna Drapała
Controversies around reacting to signs of minors' demoralization. Practitioners' opinions 313

Anna Więcek-Durańska
Adjudicating and executing preventive measures in respect of perpetrators of sexual offences displaying sexual orientation disturbances 345

Katarzyna Nazar
Commentary on judgment of the Court of Appeal in Katowice of 19 February 2015 (II AKa 513/14) 398

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Dobrosława Szumiło-Kulczycka*

Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie

I. WSTĘP I ZAŁOŻENIA METODOLOGICZNE

Obok czynności procesowych, nakierowanych *stricte* na wykrywanie sprawców przestępstw oraz wykrywanie, zbieranie i utrwalanie dowodów przestępstw, organy powołane do wykonywania zadań z zakresu bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego państwa, jak też zadań z zakresu spokoju i porządku publicznego wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze. Choć z założenia czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mają procesowego charakteru, ich wyniki mogą w istotny sposób wpływać na proces karny. Wpływ ten ma charakter albo pośredni, gdy dane operacyjne stają się źródłem informacji o celowości lub potrzebie przeprowadzenia oznaczonej czynności procesowej, albo bezpośredni, gdy zgromadzone operacyjnie materiały stają się dowodem w postępowaniu karnym.

Przenikanie dowodów operacyjnych do procesu karnego zawsze budziło kontrowersje. Przez długi czas przez przeważającą część doktryny uznawane było za niedopuszczalne. Sytuacja zaczęła ulegać wyraźnej zmianie po 2001 r., kiedy to ustawodawca serią zmian, najpierw w ustawie o Policji, następnie w kolejnych ustawach, zdecydował się na sformalizowanie niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych przez ustawowe uregulowanie podstaw ich stosowania oraz wprowadzenie w odniesieniu do niektórych czynności regulacji wprost przewidującej możliwość wykorzystania uzyskanych w ich wyniku materiałów jako dowodów w procesie karnym[1]. Zorganizowane i przeprowadzone w ramach Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości badania zmierzały do ustalenia, po pierwsze, skali zjawiska, tj. częstotliwości, z jaką

* Dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka jest profesorem Uniwersytetu Jagiellońskiego, pracownikiem Katedry Postępowania Karnego WPIA UJ.

[1] Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.); ustawa z 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.), dalej jako ustawa o ABW; ustawa z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.), dalej jako ustawa o CBA; ustawa z 28.09.1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 553 ze zm.), dalej jako u.k.s.; ustawa z 27.08.2009 r. o Służbie Celnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 990 ze zm.), dalej jako ustawa o SC; ustawa z 12.10.1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.), dalej jako ustawa o SG; ustawa z 9.06.2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 253 ze zm.), dalej jako ustawa o SKW; ustawa z 24.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 568 ze zm.), dalej jako ustawa o ŻW.

faktycznie Policja i inne służby korzystają z takich metod w celu pozyskania materiałów na potrzeby postępowania karnego; po drugie, jak często trafiają one do postępowań karnych i jakie to pociąga za sobą trudności dla sędziów i prokuratorów.

Przystępując do badań nad wskazanymi zjawiskami, w pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć sposób ich przeprowadzenia. Materia, jaką stanowią czynności operacyjno-rozpoznawcze, nie jest łatwym obiektem badawczym. Wynika to z faktu, że – co do zasady – wszystkie służby uprawnione do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych korzystają z ochrony przed ujawnieniem form i metod realizacji swoich zadań. W konsekwencji czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone są w sposób niejawny, a wytworzone podczas nich materiały opatrywane są klauzulami tajności (jak wykazały to ostatecznie przeprowadzone badania, najczęściej klauzulą „poufne") i podlegają ochronie przewidzianej w ustawie o ochronie informacji niejawnych[2]. Możliwe są co prawda sytuacje, że materiały operacyjno-rozpoznawcze podlegają odtajnieniu, na podstawie decyzji organu, który nadał im klauzulę tajności, ale w praktyce, w tym praktyce obiegu dokumentów wytworzonych operacyjnie, które trafiają do procesu, są to przypadki rzadkie[3]. Nie stosuje się natomiast w zasadzie w ogóle odtajnień tych materiałów, które zostały wytworzone podczas operacji specjalnych wykonywanych przez funkcjonariuszy działających pod tzw. przykryciem, a tym samym materiałów uzyskanych podczas np. transakcji pozornych czy prowadzenia operacji kontroli przesyłki. Nie przeprowadza się też odtajnień materiałów wtedy, gdy mogłoby to doprowadzić do ujawnienia danych osób przeprowadzających czynności (art. 7 u.o.i.n.). Jak wynikało dalej z przeprowadzonej wstępnie kwerendy wśród sędziów i prokuratorów, w jawnej części akt w procesach, w których korzystano z dowodów wytworzonych operacyjnie, w praktyce często nie podaje się nawet rodzaju czynności, która objęta jest aktami tajnymi. Wszystkie zgody, informacje o przyczynach podjęcia czynności, trybie jej zarządzenia, sposobie jej prowadzenia i wynikach są zawarte w aktach tajnych. Także informacje co do wykorzystania przez sąd takich materiałów, w szczególności co do dania im wiary lub nie, mogą być utajnione, np. gdy utajnione jest uzasadnienie aktu oskarżenia lub uzasadnienie wyroku.

W tym stanie rzeczy przeprowadzenie badań empirycznych na temat wykorzystywania w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji dowodów z czynności operacyjno-rozpoznawczych na podstawie jawnych akt sądowych miałoby ograniczony merytorycznie zakres. Ponadto byłoby narażone na zarzuty natury metodologicznej, dotyczące zwłaszcza doboru próby badawczej. O tym, które informacje są jawne, a zatem dostępne podczas badania akt, decydują organy biorące udział w konkretnym postępowaniu. To bowiem wytwórca danego dokumentu nadaje mu klauzulę tajności (art. 6 ust. 1 u.o.i.n.). Jak można zakładać, im większa waga danego dowodu w procesie i większy stopnień możliwych kontrowersji wokół jego wytworzenia, tym większe prawdopodobieństwo, że dokumentujące tę kwestię materiały będą właśnie niejawne. Jawne natomiast, a tym samym możliwe do przebadania z większą częstotliwością, będą te materiały, które dotyczą sytuacji oczywistych.

[2] Ustawa z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228 ze zm.), dalej jako u.o.i.n.

[3] Por. bliżej część III.1.

Uzyskane zatem na podstawie akt jawnych dane z natury rzeczy byłyby niepełne. Budowanie obrazu funkcjonowania określonej – niewątpliwe kontrowersyjnej – instytucji prawnej na podstawie jedynie fragmentarycznie wybranego, z natury rzeczy obejmującego przypadki prostsze i niereprezentatywne dla tej instytucji, wycinka materiałów z wysokim prawdopodobieństwem prowadziłoby do jego zafałszowania.

Natomiast możliwość wykonania badań empirycznych na aktach tajnych, abstrahując od konieczności uzyskania przez przeprowadzającego badania poświadczenia bezpieczeństwa, napotykałaby takie problemy jak brak podstawy prawnej w ustawie o ochronie informacji niejawnych do udostępniania informacji chronionych dla celów naukowych, statystycznych itp. czy brak możliwości opublikowania i rozpowszechniania wyników przeprowadzonych badań.

Z tych względów zaprzestano prowadzenia badań aktowych. Materiał empiryczny postanowiono natomiast uzyskać dzięki zapytaniom o dane statystyczne kierowanym do poszczególnych organów oraz badaniom ankietowym przeprowadzonym wśród sędziów i prokuratorów.

Z prośbą o podanie danych statystycznych zwrócono się do Komendanta Głównego Policji, Komendanta Głównego Straży Granicznej, Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz do Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej. Podmioty te poproszono o przedstawienie informacji statystycznej – każdy w zakresie jego właściwości – na temat:

I. W odniesieniu do instytucji kontroli operacyjnej:
   1) liczby wniosków składanych w latach 2011, 2012, 2013 przez poszczególne służby w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, w razie istnienia takiej możliwości z podziałem na wnioski składane przez poszczególnych komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego (w przypadku Policji, Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej);
   2) liczby wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej, które w latach 2011, 2012, 2013 nie uzyskały akceptacji prokuratora, w razie istnienia takiej możliwości z podziałem na wnioski składane przez poszczególnych komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego;
   3) liczby wniosków, które w latach 2011, 2012, 2013 zostały pozytywnie rozpatrzone przez właściwe sądy okręgowe, z podziałem na wnioski składane przez poszczególnych komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego danej służby;
   4) liczby wniosków, które w latach 2011, 2012, 2013 zostały załatwione odmownie przez właściwe sądy okręgowe, z podziałem na wnioski składane przez poszczególnych komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego danej służby;
   5) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 zarządzono przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej na dalszy czas oznaczony nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące odpowiednio z podziałem na komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego danej służby;

6) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 zarządzono kolejne przedłużenia stosowania kontroli operacyjnej na dalszy czas oznaczony odpowiednio z podziałem na komendantów wojewódzkich (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego danej służby;
7) liczby kontroli operacyjnych stosowanych w latach 2011, 2012, 2013 w tzw. trybie niecierpiącym zwłoki, z podziałem na poszczególne komendy wojewódzkie (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego;
8) liczby kontroli operacyjnych zarządzonych w latach 2011, 2012, 2013 w tzw. trybie niecierpiącym zwłoki, które nie uzyskały zatwierdzenia właściwego sądu okręgowego, z podziałem na kontrole prowadzone przez poszczególne komendy wojewódzkie (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego;
9) liczby kontroli operacyjnych prowadzonych w tzw. trybie niecierpiącym zwłoki, które w latach 2011, 2012, 2013 uzyskały zatwierdzenie właściwego sądu okręgowego, z podziałem na kontrole prowadzone przez poszczególne komendy wojewódzkie (lub komendantów oddziałów) oraz komendanta głównego;
10) liczby spraw, w których materiały uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej przekazano w latach 2011, 2012, 2013 prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich jako dowodów w toczącym się już postępowaniu karnym.

II. W odniesieniu do instytucji tzw. transakcji pozornej:
1) liczby przypadków, w których w latach 2011, 2012, 2013 zarządzono stosowanie tego środka;
2) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 prokurator odmówił udzielenia zgody na stosowanie tego środka;
3) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 zarządzono przedłużenie stosowania tego środka na dalszy czas oznaczony nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące;
4) liczby osób, co do których materiały uzyskane podczas stosowania tego środka przekazano w latach 2011, 2012, 2013 prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich jako dowodów w toczącym się już postępowaniu karnym.

III. W odniesieniu do instytucji tzw. niejawnego nadzorowania przesyłki:
1) liczby przypadków, w których w latach 2011, 2012, 2013 zarządzono stosowanie tego środka;
2) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 prokurator nakazał zaniechać stosowania tej czynności;
3) liczby osób, co do których w latach 2011, 2012, 2013 przekazano materiały uzyskane podczas stosowania tej czynności prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich jako dowodów w już toczącym się postępowaniu karnym.

IV. W odniesieniu do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i 180d prawa telekomunikacyjnego[4], ile wyniosła

[4] Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.).

liczba pobrań danych telekomunikacyjnych dokonywanych przez funkcjonariuszy poszczególnych uprawnionych służb w latach 2011, 2012, 2013 na podstawie tego przepisu ustawy.

V. W odniesieniu do tzw. wideoobserwacji miejsc publicznych połączonej z nagrywaniem dźwięku:
   1) liczby spraw, w których w latach 2011, 2012, 2013 dana służba stosowała wideoobserwację połączoną z nagrywaniem dźwięku;
   2) liczby osób, co do których materiały uzyskane w drodze prowadzonej wideoobserwacji przekazano w latach 2011, 2012, 2013 prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich jako dowodów w toczącym się już postępowaniu karnym.

Ponadto Komendanta Głównego Policji, Komendanta Głównego Straży Granicznej oraz Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego poproszono o przedstawienie informacji na temat liczby wystąpień kierowanych w latach 2011, 2012, 2013 do właściwego sądu okręgowego z wnioskiem o wyrażenie zgody na uzyskanie danych bankowych wraz z liczbą uzyskanych zgód oraz liczbą odmów.

Odpowiedzi na powyższe pytania przysłali wszyscy kierujący służbami, z wyjątkiem Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Komendanta Głównego Policji. W obydwu przypadkach odmowy powołano się na fakt, że informacje te obejmują dane objęte klauzulą niejawności. W odniesieniu do tego argumentu należy przypomnieć, że – jak stwierdził Naczelny Sąd Administracyjny (dalej jako NSA) w wyroku z 1.10.2010 r. – „dane statystyczne obrazujące częstotliwość wnioskowania i realizacji kontroli operacyjnej przez poszczególne uprawnione do tego organy nie są informacjami stanowiącymi tajemnicę państwową, o których mowa w punktach 24 i 25 załącznika nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych”[5]. „Z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego oraz społeczeństwa obywatelskiego niezwykle istotnym jest, aby działalność służb specjalnych (…) podlegała społecznej kontroli w obszarach, które nie ograniczają możliwości ich skutecznego działania i nie dotyczą konkretnych prowadzonych postępowań, czy też stosowanych w nich metod operacyjnych (…). Z punktu widzenia celu ochrony informacji niejawnych, trudno uznać, by ujawnienie jedynie danych statystycznych, odnoszących się do poszczególnych czynności operacyjno-rozpoznawczych stwarzało zagrożenie dla interesów Państwa, porządku prawnego, bezpieczeństwa funkcjonariuszy, czy też bezpieczeństwa prowadzonych przez nich operacji”[6].

Po ponowieniu zapytania do Komendanta Głównego Policji udostępnił on niektóre dane statystyczne, co zostanie szerzej przedstawione i omówione w szczegółowej części sprawozdania. Trzeba też zaznaczyć, że nie wszystkie organy odesłały pełne odpowiedzi na postawione pytania. Między innymi Szef ABW w niektórych przypadkach zasłonił się faktem, że pewne dane mają charakter informacji niejawnych.

Tylko jeden organ, tj. Komendant Główny Straży Granicznej, udzielił odpowiedzi na pytanie dotyczące częstotliwości zarządzania wideoobserwacji miejsc

[5] Wyrok NSA z 1.10.2010 r. (I OSK 1149/10), LEX nr 1611994.
[6] Wyrok NSA z 21.09.2012 r. (I OSK 1393/12), ONSAiWSA 2013/6, poz. 108; zob. też wyroki NSA: z 7.07.2010 r. (I OSK 592/10), LEX nr 672918, i z 18.05.2011 r. (I OSK 198/11), LEX nr 990211.

publicznych połączonej z nagrywaniem dźwięku. Były to zresztą, jak wynika z tej informacji, incydentalne przypadki w praktyce Straży Granicznej (2 w 2011 r., 4 w 2012 r. i 2 w 2013 r.). Szef ABW odmówił udzielenia takiej informacji, wskazując, że w praktyce tego organu informacja taka ma charakter informacji niejawnej. Natomiast Szef CBA oraz Główny Inspektor Kontroli Skarbowej podali, że organy te nie prowadzą statystyki stosowania takiego środka. Komendant Główny Policji nie udzielił w tym przedmiocie żadnej informacji[7].

Prezesów sądów okręgowych poproszono o przekazanie zbiorczych danych statystycznych obejmujących informacje ilościowe na temat liczby wniosków o udostępnienie danych bankowych, które w latach 2011–2013 wpłynęły do danego sądu okręgowego ze strony Policji działającej na podstawie art. 20 ust. 3–7 ustawy o Policji[8]. Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie dodatkowo poproszono o podanie takich danych w odniesieniu do Centralnego Biura Antykorupcyjnego. Stosownych informacji udzielili prezesi wszystkich sądów okręgowych, z wyjątkiem prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie.

Do opracowania części statystycznej raportu wykorzystano także informacje zawarte w sprawozdaniach przedkładanych za lata 2011, 2012 i 2013 przez Prokuratora Generalnego Marszałkowi Sejmu i Marszałkowi Senatu, dotyczące łącznej liczby osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalanie rozmów lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Drugą część badania stanowiły badania ankietowe. W tym celu została przygotowana ankieta obejmująca 40 pytań. Pytania miały zasadniczo charakter zamknięty. Jedynie w kilku przypadkach były sformułowane w sposób otwarty, umożliwiając respondentom przedstawienie swoich ocen. Ankieta składała się z trzech części. Pierwsza dotyczyła ogólnie doświadczeń z dowodami pochodzącymi z czynności operacyjno-rozpoznawczych (jakie rodzaje dowodów, w sprawach o jakie czyny, jaki charakter miały materiały, na których zabezpieczone były te dowody, itd.). Część druga obejmowała pytania dotyczące *stricte* kontroli operacyjnej. Uznano bowiem, że środek ten, w szczególności ze względu na sposób jego zarządzania, wymaga szeregu pytań, które nie mają znaczenia dla innych dowodów operacyjnych. Część trzecią ankiety poświęcono zagadnieniom związanym z przeprowadzaniem w toku rozprawy dowodu z nagrań, niezależnie czy nagranie to zostało dokonane podczas kontroli operacyjnej, transakcji pozornej, czy wideomonitoringu. Ostatnie pytanie było otwarte i proszono w nim o sformułowanie ewentualnych postulatów *de lege ferenda*.

Ankieta skierowana została do sędziów i prokuratorów. Zdecydowana większość pytań była wspólna dla obu tych grup zawodowych. W kilku przypadkach – co zostanie bliżej omówione w części szczegółowej – pytania były nieco inaczej sformułowane wobec osób zajmujących stanowisko sędziego, a inaczej wobec osób zajmujących stanowiska prokuratora. Ankieta była tak skonstruowana od strony technicznej, że co do każdego pytania dało się ustalić odrębne zbiory odpowiedzi właściwe tylko dla sędziów lub tylko dla prokuratorów.

[7] Żandarmeria Wojskowa nie jest uprawniona do stosowania tego środka. Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej nie był więc proszony o podanie danych statystycznych w tym obszarze.
[8] Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.).

Ankieta została sporządzona w wersji elektronicznej i w ten sposób była udostępniana respondentom do wypełnienia. Zarówno sporządzenie jej elektronicznej wersji, jak i obsługę strony internetowej przeprowadziła i koordynowała na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości firma TNS Global Polska.

Ankieta była dobrowolna i anonimowa. Prośbę o jej wypełnienie skierowano za pośrednictwem prezesów sądów okręgowych do sędziów wszystkich sądów okręgowych oraz za pośrednictwem prokuratorów okręgowych do prokuratorów prokuratur okręgowych. Zdecydowano, że kierowanie ankiety do wszystkich sędziów i wszystkich prokuratorów byłoby nadmiernym obciążeniem organizacyjnym, a wcale nie rokowałoby ani rzeczywiście większym zainteresowaniem w jej wypełnieniu, ani lepszą jakością wyników. Uznano, że dowody z czynności operacyjno-rozpoznawczych statystycznie częściej mogą się pojawiać w sprawach poważniejszych, a tym samym, że zwrócenie się z pytaniami o doświadczenia zawodowe osób wykonujących swoje czynności na szczeblu okręgowym będzie wystarczające do uzyskania materiału badawczego. Aby ograniczyć horyzont czasowy doświadczeń respondentów, o które byli pytani w ankiecie, wskazano, że pytania odnoszą się do doświadczeń z dwóch następujących po sobie lat, tj. 2012 i 2013.

Do prezesów sądów oraz do prokuratorów okręgowych przesłana została wraz ze stosownym pismem informacja o stronie internetowej, na której można wypełnić ankietę, oraz o kodach dostępu do tej strony. Co ważne, system był tak skonstruowany, że z każdego stanowiska możliwe było tylko jednokrotne jej wypełnienie. Miało to na celu wyeliminowanie sytuacji, w których jedna osoba mogłaby wielokrotnie wziąć udział w tym samym badaniu. Z drugiej strony mogło to też sprawić, że część osób zrezygnowała z wypełnienia ankiety właśnie z tego względu, iż z danego stanowiska była ona już raz wypełniana przez inną osobę. Ankieta była aktywna w okresie 10–30.06.2014 r. i w tym czasie udział w badaniu wzięło 53 respondentów. W drugiej połowie lipca 2014 r. zwrócono się z ponowną prośbą o wypełnienie ankiety, ustalając ostateczny termin jej aktywności on-line na 31.08.2014 r. Ostatecznie ankietę wypełniły 73 osoby, w tym 27 osób zajmujących stanowiska sędziów oraz 46 osób zajmujących stanowiska prokuratorów. W ankiecie celowo zrezygnowano z pytania o miejsce geograficzne wykonywania zawodu. Zakładano, że odzew na tego rodzaju badanie może być niewielki, a konieczność ujawnienia miejsca wykonywania zawodu może dodatkowo zniechęcać, także w związku z obawą łatwej deanonimizacji respondenta.

Uzyskany stopień odpowiedzi na ankietę jest zadawalający. Badania ankietowe przeprowadzane w taki sposób, że respondent samodzielnie decyduje, czy i kiedy weźmie w nich udział oraz kiedy odeśle kwestionariusz odpowiedzi, generalnie cechują się niskim stopniem zwrotności ankiet. Odpowiedzi zgłoszone przez 73 osoby dają już możliwość wyciągnięcia pewnych wniosków co do sposobu postrzegania danych instytucji przez sędziów i prokuratorów. Oczywiście liczby te nie pozwalają na sformułowanie kategorycznych wniosków, ale badania ankietowe w naukach prawnych z założenia nakierowane są przede wszystkim na poznanie opinii i doświadczeń poddawanych im grup, a ten cel niniejsza ankieta spełniła.

II. OMÓWIENIE WYBRANYCH RODZAJÓW CZYNNOŚCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZYCH W ŚWIETLE DANYCH STATYSTYCZNYCH

1. Kontrola operacyjna

1.1. Informacje ogóle

1.1.1. Podmioty uprawnione

Prawo do wykonywania kontroli operacyjnej przysługuje, zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem, następującym organom: Policji (art. 19 ustawy o Policji), Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 27 ustawy o ABW), Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu (art. 17 ustawy o CBA), Straży Granicznej (art. 9e ustawy o SG), Żandarmerii Wojskowej (art. 31 ustawy o ŻW), organom wywiadu skarbowego (art. 36c ustawy o kontroli skarbowej) oraz Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (art. 31 ustawy o SKW). Uregulowania dopuszczalności stosowania i zasad zarządzania kontroli operacyjnej, a także zasad postępowania z materiałami uzyskanymi podczas jej stosowania w znacznym stopniu zostały zunifikowane. W dalszej więc części opracowanie będzie prowadzone na podstawie regulacji zawartej w ustawie o Policji. Ewentualne różnice w regulacji sygnalizowane będą w razie potrzeby.

1.1.2. Definicja

Kontrola operacyjna to czynność operacyjno-rozpoznawcza, która prowadzona jest niejawnie i może polegać na: kontrolowaniu treści korespondencji, kontrolowaniu zawartości przesyłek, stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawny informacji i dowodów oraz ich utrwalaniu, a w szczególności obrazu[9], treści, rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Definicja kontroli operacyjnej jest zatem bardzo szeroka i pozwala na pozyskiwanie informacji zarówno przy wykorzystaniu przechwytywania tradycyjnych źródeł komunikacji takich jak listy, paczki, jak też na pozyskiwanie informacji „przy zastosowaniu środków technicznych", jeżeli tylko pozwalają one na uzyskiwanie informacji w sposób niejawny i ich utrwalanie. Pojęcie „środki techniczne" nie zostało dookreślone w żadnej z ustaw definiujących kontrolę operacyjną. W praktyce zatem będzie chodzić o wszystkie urządzenia umożliwiające pobieranie informacji, które powstały w rozwoju myśli technicznej. Ta szeroka definicja kontroli operacyjnej w połączeniu z brakiem precyzji ustawowej co do rodzaju danych, które mogą być w jej następstwie uzyskiwane, stała się przyczyną wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności istniejącej regulacji z Konstytucją RP[10]. Rozstrzygając to zagadnienie, Trybunał Konstytucyjny

[9] Słowa „obraz" nie zawiera definicja kontroli operacyjnej wyrażona w ustawie o Policji, ustawie o CBA, ustawie o ABW oraz w ustawie o SKW, nie ma to jednak znaczenia z punktu widzenia zakresu kontroli operacyjnej, gdyż powołane wyliczenie ma charakter jedynie przykładowy.

[10] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

(dalej jako TK) w wyroku z 30.07.2014 r.[11] orzekł jednak, że art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji[12] rozumiany w ten sposób, że właściwy organ zarządzający kontrolę operacyjną wskazuje określony w sprawie rodzaj środka technicznego uzyskiwania informacji i dowodów oraz ich utrwalania stosowany w indywidualnej sprawie, jest zgodny z art. 2 i art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

1.1.3. Zakres przedmiotowy

Kontrola operacyjna może być stosowania wyłącznie w związku z oznaczonymi rodzajami przestępstw. Każdy z uprawnionych organów ma własny katalog przestępstw, w związku z którymi w przypadku podejrzenia ich popełnienia może wystąpić o zastosowanie tego środka.

Najbardziej rozbudowany katalog przestępstw zawarty jest w **ustawie o Policji**. Obejmuje on przestępstwa:

1) przeciwko życiu, określone w art. 148–150 kodeksu karnego[13];
2) określone w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 189a, art. 211a, art. 223, art. 228 § 1 i 3–5, art. 229 § 1 i 3–5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1–3, art. 258, art. 269, art. 280–282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1–3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 299 § 1–6 oraz art. 310 § 1, 2 i 4 k.k.;
3) określone w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy o sporcie[14];
4) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określone w art. 297–306 k.k., powodujące szkodę majątkową lub skierowane przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza 50-krotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
5) przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 k.k., obejmują udział małoletniego;
6) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają 50-krotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
7) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego[15];
8) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi;

[11] Wyrok TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A 2014/7, poz. 80.
[12] Wyrok obejmował także odpowiednie przepisy ustaw: o SG, o kontroli skarbowej, o ŻW, o ABW, o CBA, o ŚKW.
[13] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.
[14] Ustawa z 25.06.2010 r. o sporcie (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 715 ze zm.).
[15] Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186 ze zm.), dalej jako k.k.s.

9) określone w art. 8 przepisów wprowadzających kodeks karny[16] (tj. przestępstwo oddania w stan niewolnictwa, utrzymywania w takim stanie lub prowadzenia handlu niewolnikami);
10) określone w art. 43–46 ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów[17];
11) ścigane na mocy umów i porozumień międzynarodowych.

Z kolei **Straż Graniczna** może wystąpić o zarządzenie kontroli operacyjnej w związku z podejrzeniem przestępstw:

1) określonych w art. 163 § 1, art. 164 § 1, art. 165 § 1, art. 166 § 1 i 2, art. 167, art. 168, art. 171, art. 172, art. 173 § 1, art. 258, art. 264 § 2 i 3 i art. 299 § 1 k.k.;
2) określonych w art. 270–275 k.k. w zakresie dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej;
3) skarbowych, o których mowa w art. 134 § 1 pkt 1 k.k.s., jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznej przekraczają 50-krotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
4) pozostających w związku z przekraczaniem granicy państwowej lub przemieszczaniem przez granicę państwową towarów oraz wyrobów akcyzowych podlegających obowiązkowi oznaczania znakami akcyzy, jak również przedmiotów określonych w przepisach o broni, amunicji oraz o materiałach wybuchowych, a także o przeciwdziałaniu narkomanii;
5) określonego w art. 464 ustawy o cudzoziemcach[18] (tj. zabór w celu przewłaszczenia, przewłaszczenie lub użycie cudzego dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży);
6) określonych w art. 228, 229 i 231 k.k., popełnionych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych;
7) określonych w art. 229 k.k., popełnionych przez osoby niebędące funkcjonariuszami lub pracownikami Straży Granicznej w związku z wykonywaniem czynności służbowych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej;
8) określonych w art. 264a k.k. oraz art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej[19];
9) określonych w art. 189a k.k. i w art. 8 p.w.k.k.;
10) ściganych na mocy umów międzynarodowych.

Centralne Biuro Antykorupcyjne może wystąpić o stosowanie kontroli operacyjnej w przypadku, gdy chodzi o przestępstwa:

[16] Ustawa z 6.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), dalej jako p.w.k.k.
[17] Ustawa z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 793 ze zm.).
[18] Ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm.).
[19] Ustawa z 15.06.2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

1) określone w art. 228–231, 250a, 258, 286, 296–297, 299, 310 § 1, 2 i 4 k.k.;
2) skarbowe, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. d ustawy o CBA, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają 50-krotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę[20].

Podobnie **służby wywiadu skarbowego** mogą wystąpić o wyrażenie zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej w sprawach dotyczących przestępstw:
1) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego 50-krotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
2) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 k.k.s.;
3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, powodujących szkodę majątkową, jeżeli wysokość szkody przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego 50-krotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
4) przeciwko mieniu, jeżeli wartość mienia przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego 50-krotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów;
5) przyjmowania lub wręczania korzyści majątkowej w związku z pełnioną funkcją publiczną lub funkcją związaną ze szczególną odpowiedzialnością;
6) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych.

Natomiast **Żandarmeria Wojskowa** ma uprawnienie do ubiegania się o możliwość stosowania kontroli operacyjnej w związku z przestępstwami:
1) przeciwko pokojowi i ludzkości;
2) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, z wyjątkiem przestępstw określonych w art. 127–132 k.k.;
3) zamachu na jednostki i komórki organizacyjne Sił Zbrojnych RP;
4) zabójstwa;
5) uprowadzenia statku powietrznego lub wodnego;
6) użycia przemocy lub groźby bezprawnej w związku z postępowaniem karnym;
7) przyjęcia lub udzielenia korzyści majątkowej lub jej obietnicy w związku z pełnieniem funkcji publicznej;
8) uprowadzenia osoby;
9) handlu ludźmi;
10) wymuszenia okupu;
11) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej;
12) nielegalnego wyrabiania, posiadania lub handlu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub psychotropowymi albo materiałami jądrowymi lub substancjami trującymi;

[20] Ustawa z 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.).

13) bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne" i „ściśle tajne";
14) rozboju i kradzieży rozbójniczej;
15) dezercji z bronią lub dezercji wspólnie z innymi żołnierzami;
16) zaboru środków walki;
17) przestępstw ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych.

Wreszcie **ABW** może wystąpić o stosowanie kontroli operacyjnej w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania oraz ścigania sprawców przestępstw:

1) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa;
2) godzących w podstawy ekonomiczne państwa;
3) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne[21], jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa;
4) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa;
5) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym (por. art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW).

Jak wynika z powyższego wyliczenia, każda z wymienionych uprawnionych służb ma własny katalog czynów, w związku którymi w przypadku podejrzenia ich wystąpienia może się ubiegać o prawo do stosowania kontroli operacyjnej, przy czym katalogi te w większym bądź mniejszym stopniu są powiązane z właściwością przedmiotową danego rodzaju służb. Z tych względów najszerszy katalog przestępstw sformułowany został w ustawie o Policji, najwęższy natomiast w ustawach o CBA oraz o kontroli skarbowej. Warto przy tym zauważyć, że w przypadku Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej oraz organów wywiadu skarbowego znalazły się odesłania do „przestępstw ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych". Jak podnosił Prokurator Generalny we wniosku do TK, regulacja ta narusza art. 2, art. 47 oraz art. 49 Konstytucji RP w zw. z jej art. 31 ust. 3, gdyż posługuje się normą blankietową, otwartą, odsyłającą do zobowiązań międzynarodowych, a tym samym nie pozwala zorientować się jednostce co do rzeczywistego zakresu zdarzeń, które mogą spowodować uruchomienie wobec niej kontroli operacyjnej[22].

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił jednak tych zarzutów, wskazując, że sformułowanie zawarte we wskazanych przepisach musi być rozumiane wąsko, jako odnoszące się umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, a zobowiązujących państwa strony do penalizacji w prawie

[21] Ustawa z 21.08.1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584 ze zm.).
[22] Wniosek Prokuratora Generalnego do Trybunału Konstytucyjnego z 7.03.2012 r. w przedmiocie stwierdzenia niezgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej art. 19 ust. 1 pkt 8 ustawy o Policji i in., zarejestrowany do sygn. akt K 5/12, połączonej ze sprawą K 23/11.

krajowym określonych zachowań. W konsekwencji są to przestępstwa typizowane w polskiej ustawie karnej, a ich katalog jest możliwy do ustalenia[23]. Z tych samych powodów Trybunał Konstytucyjny nie podzielił wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich co do zgodności z Konstytucją RP zakresu uprawnień ABW do stosowania kontroli operacyjnej w związku z podejrzeniami przestępstw, które mogłyby godzić w bezpieczeństwo państwa. Trybunał Konstytucyjny dopatrzył się natomiast takiej niezgodności w odniesieniu do art. 27 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, który pozwala na ubieganie się o stosowanie kontroli operacyjnej w związku z potrzebą rozpoznawania, zapobiegania, wykrywania oraz ścigania sprawców przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa.

Nieco inaczej natomiast uprawnienie do stosowania kontroli operacyjnej zostało określone w ustawie o **SKW**. Szef SKW może wystąpić o prowadzenie kontroli operacyjnej „w celu realizacji zadań", gdy „inne środki okazały się bezskuteczne lub nieprzydatne", przy czym do zadań tych należy zarówno rozpoznawanie, zapobieganie, wykrywanie enumeratywnie wymienionych przestępstw, jak i wykonywanie innych czynności o charakterze wywiadowczym na rzecz obronności kraju.

1.1.4. Tryb zarządzania

Kontrolę operacyjną zarządza sąd okręgowy, przy czym gdy chodzi o wnioski ABW, CBA oraz wywiadu skarbowego jest to Sąd Okręgowy w Warszawie, wnioski SKW – Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie, a wnioski Żandarmerii Wojskowej – wojskowy sąd okręgowy. Z pisemnym wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej mogą wystąpić odpowiednio: Komendant Główny Policji, Komendant Centralnego Biura Śledczego, komendanci wojewódzcy policji, Komendant Główny Straży Granicznej, komendanci oddziałów Straży Granicznej, Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Szef Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej oraz Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej. Wniosek wymaga pisemnej zgody Prokuratora Generalnego lub w przypadku wniosków pochodzących od kierowników oddziałów danych służb[24] także właściwego prokuratora okręgowego.

We wszystkich ustawach dopuszczających stosowanie kontroli operacyjnej przewidziano możliwość ekstraordynaryjnego jej zarządzenia, dla przypadków „niecierpiących zwłoki", w których zwłoka mogłaby spowodować „utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa". W takich sytuacjach o zarządzeniu kontroli operacyjnej decyduje szef właściwej służby za zgodą Prokuratura Generalnego lub szef oddziału danej służby za zgodą właściwego prokuratora okręgowego (w przypadku Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej). W sytuacjach takich konieczne jest niezwłoczne zwrócenie się do właściwego sądu okręgowego. Jeżeli sąd w ciągu 5 dni od dnia zarządzenia kontroli nie udzieli zgody na jej stosowanie, wstrzymuje się ją oraz dokonuje protokolarnego zniszczenia materiałów uzyskanych podczas jej stosowania.

[23] Pkt 8.2.5 uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 23/11.
[24] W przypadku Policji mogą to być także wnioski Komendanta Głównego Policji lub Komendanta Centralnego Biura Śledczego.

1.1.5. Termin

Kontrola operacyjna jest środkiem terminowym, zarządzanym na czas oznaczony, trwający nie dłużej niż 3 miesiące. W sytuacji gdy nadal istnieją podstawy do jej stosowania, możliwe jest jednorazowe przedłużenie kontroli operacyjnej (na zasadach właściwych dla jej zarządzenia) na dalszy czas oznaczony, nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące. Wyjątkowo, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej zostaną ujawnione nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, możliwe jest dalsze przedłużenie kontroli operacyjnej, na kolejny czas oznaczony.

1.1.6. Zasady wykorzystania w procesie karnym materiałów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej

„W postępowaniu sądowym jako dowód mogą zostać wykorzystane jedynie te materiały pozyskane w trybie art. 19 ustawy z 1990 r. o Policji [i odpowiednio w trybie przepisów innych uprawnionych organów – przyp. D.S.-K.], które dotyczą przestępstw z katalogu zawartego w ust. 1 tego przepisu. Fakt podobieństwa, czy też podobnego poziomu zagrożenia ustawowego przestępstw zawartych w omawianym katalogu do innych, ustanowionych w porządku prawnym przestępstw nie może przesądzać o odstąpieniu od ścisłej wykładni literalnej art. 19 ust. 1 ustawy”[25].

Wykorzystanie materiałów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej jako dowodów w procesie karnym dopuszczalne jest w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w związku z podejrzeniem możliwości popełnienia którego lub podejrzeniem popełnienia którego zarządzono daną kontrolę operacyjną, oraz tylko co do osoby, wobec której ją zarządzono. Stanowisko to stało się podstawą przyjęcia, początkowo w orzecznictwie[26], później

[25] Wyrok Sądu Najwyższego (dalej jako SN) z 30.01.2013 r. (III KK 130/12), LEX 1288689.

[26] Por. zwłaszcza postanowienie SN z 26.04.2007 r. (I KZP 6/07), OSNKW 2007/5, poz. 37, w którym stwierdzono: „«1. Uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego» (art. 19 ust. 15 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji […] to dowody popełnienia przestępstw określonych w art. 19 ust. 1 tej ustawy. 2. Uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw – określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji – przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio)”; zob. też glosy do tego postanowienia: S. Hoca, „Ius Novum” 2007/2–3, s. 142–149; J. Skorupki, „Państwo i Prawo” 2008/2, s. 141; R. Stefańskiego, *Przegląd uchwał SN w zakresie prawa karnego procesowego za 2007 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008/2, s. 109; K. Grzegorczyka, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008/4, s. 154; D. Szumiło-Kulczyckiej, „Palestra” 2008/9–10, s. 303; R. Signerskiego, LEX nr 62319; A. Lacha, B. Sitkiewicza, „Prokuratura i Prawo” 2007/10, s. 149; M. Węglowskiego, „Prokuratura i Prawo” 2009/2, s. 156; A. Herzoga, „Diariusz Prawniczy” 2007/3, s. 106; L. Stryjewskiego, „Prokurator” 2009/3–4, s. 118. Natomiast w uchwale składu 7 sędziów SN z 23.03.2011 r. (I KZP 32/10), OSNKW 2011/3 poz. 22, stwierdzono: „Dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzonej postanowieniem sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym […], które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczące przestępstw, określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 3 ustawy), a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą”; zob. też glosy do tej uchwały: M. Pasiniewicza, „Palestra” 2012/1–2, s. 116; A. Skowrona, LEX/el. 2012; R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2011 r.*, „Ius Novum” 2012/3, s. 129. Zob. też uzasadnienie wyroku TK z 12.12.2005 r. (K 32/04), OTK-A 2005/11, poz. 132.

także w ustawodawstwie policyjnym[27], że w przypadku potrzeby wykorzystania uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów w postępowaniu o inne przestępstwo niż to, w związku z którym je prowadzono, lub popełnione przez inną osobę niż ta, wobec której ją prowadzono, konieczne jest uzyskanie tzw. zgody następczej. Zgodę następczą na wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej wyraża sąd, który ją zarządził, na wniosek prokuratora złożony w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli. Stroną postępowania o udzielenie zgody na wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej jest wyłącznie prokurator. Stroną nie jest natomiast osoba, wobec której ewentualne materiały mają być wykorzystane. Na postanowienie w przedmiocie odmowy wyrażenia zgody na wykorzystanie takich materiałów prokuratorowi nie przysługuje zażalenie[28].

Co do zasady dopuszczalne jest wykorzystanie w procesie karnym materiałów pozyskanych tylko podczas takiej kontroli operacyjnej, która była zarządzona i przeprowadzone zgodnie z prawem. Jak wskazano w jedynym z orzeczeń sądów apelacyjnych: „Stwierdzenie nielegalności podsłuchu powoduje, że dowód ten traci rację bytu i nie może być procesowo wykorzystany, tj. wzięty pod uwagę przy ferowaniu wyroku nawet mimo odtworzenia na rozprawie nośnika zawierającego rejestrację przeprowadzonych rozmów. Zaznaczyć w tym miejscu nadto wypada, że zakreślone przez ustawodawcę granice podmiotowo-przedmiotowe, określając warunki dopuszczalności zarządzenia podsłuchu, jednocześnie nadają mu gwarancyjny charakter, wykluczający jakiekolwiek odstępstwo od tej reguły prawnej. Nawet wielkiej wagi interes społeczny nie może usprawiedliwiać łamania przepisów normujących poszukiwanie i uzyskiwanie dowodów z podsłuchu telefonicznego, gdyż niweczyłoby to konstytucyjną ochronę praw obywatelskich i sądową kontrolę nad ingerowaniem w ich istotę. Stwierdzenie nielegalności podsłuchu wyklucza możliwość przeprowadzania dowodu z badań fonoskopijnych, celem identyfikacji głosów rozmówców”[29]. Natomiast w ocenie SN „oparcie ustaleń faktycznych na treści zarejestrowanych w ramach podsłuchu rozmów telefonicznych, wbrew warunkom wynikającym z art. 19 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji, stanowi naruszenie prawa procesowego, i tylko wówczas można przyjąć, że nie ma to znaczenia dla wydanego rozstrzygnięcia, jeżeli inne dowody w sposób samoistny, pozwalają na dokonanie takich właśnie ustaleń”[30].

[27] Ustawa z 4.02.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 53, poz. 273).

[28] Art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji; art. 27 ust. 15a–15g ustawy o ABW; art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA; art. 9e ust. 16a–16e ustawy o SG; art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW; art. 31 ust. 16a–16e ustawy o ZW; art. 36d ust. 1a–1e u.k.s.

[29] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18.05.2009 r. (II AKa 122/08), LEX nr 513128; zob. też glosę do tego orzeczenia D. Drajewicza, „Palestra” 2012/5–6, s. 264.

[30] Wyrok SN z 30.01.2013 r. (III KK 130/12), LEX nr 1288689; zob. też postanowienie SN z 22.09.2009 r. (III KK 58/09), OSNKW 2010/3, poz. 28: „O ile Policja – w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz wykrycia i ustalenia sprawców – ma prawo podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze (zwłaszcza określone w art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 1 *in princ*. ustawy z 6.04.1990 r. o Policji, Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane”, oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.04.2013 r. (II AKa 70/13),, LEX 1322733: „Notatki operacyjne, nagrania obrazu i dźwięku, jak i zeznania osób zaangażo-

Od tej zasady istnieje jeden wyjątek. **„Dla oceny dopuszczalności dowodu z materiałów z kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 1990 r. o Policji, istotny jest kierunek tego dowodu. Jeśli jego celem jest wykazanie niewinności oskarżonego lub uzyskanie dowodów świadczących na jego korzyść, to może być on przeprowadzony niezależnie od faktu, że wobec tego oskarżonego nie wydano postanowienia w trybie art. 19 ust. 3 tej ustawy, ani też określonego w art. 19 ust. 15c postanowienia o zgodzie następczej"**[31]. Kwestii tej warto poświęcić nieco więcej uwagi. Niewątpliwie wyłączanie dowodów z materiału, który ma stanowić podstawę ustaleń faktycznych, jest ograniczeniem zasady prawdy materialnej. Oznacza bowiem ograniczenie zakresu informacji, na podstawie których sąd będzie mógł kształtować swoje przekonanie o przebiegu zdarzenia. Ograniczenia takie muszą więc być czynione ze szczególną ostrożnością, a ich istnienie musi być uzasadnione realizacją innej, co najmniej równie ważnej wartości, której osiągnięcie usprawiedliwia odstąpienie od przeprowadzenia dowodu, nawet za cenę niemożliwości poczynienia prawdziwych ustaleń faktycznych. Wyłączenie korzystania z dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych z tego powodu, że zostały one uzyskane w następstwie czynności przeprowadzonych w sposób sprzeczny z przepisami prawa, zostało wyinterpretowane w orzecznictwie sądowym. Nie było ono statuowane przepisami prawa[32]. Kluczowe z tego punktu widzenia było orzeczenie TK z 12.12.2005 r.[33] W orzeczeniu tym TK rozważał m.in. dopuszczalność zachowania, a następnie procesowego wykorzystania dowodów uzyskanych podczas kontroli operacyjnej prowadzonej w wypadku nagłym, niecierpiącym zwłoki, w sytuacji gdy sąd odmówił udzielenia zgody na prowadzenie takiej kontroli. Pozwalał na to obowiązujący ówcześnie art. 19 ust. 4 ustawy o Policji[34].

wanych w prowadzenie w sprawie czynności operacyjnych są dowodami «skażonymi» pierwotnie, gdy te czynności operacyjne stosowane przez CBA wykonywane były wbrew prawu i nie mogą stanowić podstawy faktycznej i prawnej dla kontynuacji działań operacyjnych i legalizacji uzyskanych w ich wyniku materiałów operacyjnych".

[31] Wyrok SN z 16.10.2012 r. (V KK 414/11), LEX nr 1226789; tak też D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 148.

[32] Przepisem, który częściowo ma zastosowanie do wskazanej kwestii po 1.07.2015 r., jest art. 168a ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k., przy czym statuowany jego treścią standard będzie miał węższy zakres zastosowania niż ten wynikający z orzecznictwa sądowego zapadłego w odniesieniu do dowodów operacyjno-rozpoznawczych. Orzecznictwo formułuje bowiem zakaz korzystania z dowodów uzyskanych z czynności przeprowadzonych w sposób sprzeczny z ustawą, podczas gdy art. 168a k.p.k. wymaga, aby była to sprzeczność kwalifikowana, a mianowicie taka, która stanowi czyn zabroniony, „o którym mowa w art. 1 § 1 kodeksu karnego". Abstrahując w tym miejscu od szczegółowej analizy możliwości występowania sytuacji, które będą stanowić przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczej w sposób sprzeczny z przepisami prawa, a równocześnie nie będą stanowiły – przynajmniej od strony przedmiotowej – czynu zabronionego z art. 231 k.k., należy się opowiedzieć za poglądem, zgodnie z którym dla dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych kluczowy będzie nadal wyższy standard wynikający z orzecznictwa sądowego. Kluczowym argumentem na rzecz tej tezy powinna być specyfika czynności operacyjnych oraz ich wyjęcie z zakresu typowej dla czynności postępowania karnego kontroli (sądowej, prokuratorskiej czy także społecznej, wyrażającej się w możliwości domagania się uzyskania informacji o prowadzonym postępowaniu i podejmowanych w nim czynnościach, nawet jeżeli nie bezpośrednio w toku postępowania przygotowawczego, to na późniejszych jego etapach). Obniżony standard kontroli nad przebiegiem czynności operacyjno-rozpoznawczych (a faktycznie brak w ogóle możliwości takiej kontroli) musi skutkować wyższym standardem dopuszczalności przenikania ich wyników do procesu.

[33] Wyrok TK z 12.12.2005 r. (K 32/04), OTK-A 2005/11, poz. 132.

[34] Art. 19 ust. 4 ustawy o Policji w brzmieniu na 3.09.2004 r. stanowił: „Sąd okręgowy może zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów, o których mowa w ust. 3, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze".

Swoje rozstrzygnięcie, wykluczające legalność takiego działania, TK oparł na treści art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, wskazującego, że każdy ma prawo do żądania sprostowania lub usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Zdaniem TK norma ustawowa pozwalająca na zachowanie, w pewnych sytuacjach, materiałów uzyskanych podczas niezatwierdzonego przez sąd, a zatem nielegalnego podsłuchu nie może zmieniać dyspozycji normy konstytucyjnej. W odniesieniu do dowodów pozyskanych operacyjnie ma to jeszcze dodatkowe znaczenie. Pozyskiwanie tych dowodów najczęściej wiąże się z wkraczaniem w sferę konstytucyjnie chronionych wolności i praw jednostki takich jak prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP), nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), tajemnica komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP). Wkroczenia w sferę tych praw są z natury nielegalne. Mogą być legalne tylko w sytuacji, gdy odbywają się w granicach i na podstawie ustawowego upoważnienia. W konsekwencji wszelkie odstępstwa od ustawowego standardu przeprowadzania określonych czynności operacyjno-rozpoznawczych powodują, że stają się one nielegalne, a uzyskane w ich wyniku materiały stają się materiałami pozyskanymi w „sposób sprzeczny z ustawą". Oczywiście pozostaje do rozważenia, czy konstytucyjna zasada niedopuszczalności wykorzystywania informacji o osobie uzyskanej w sposób sprzeczny ustawą nie podlega niekiedy ograniczeniu, a to przez pryzmat zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Kwestia ta nie mieści się jednak w zakresie niniejszego opracowania, a wymagałaby obszernych rozważań[35]. Przywołanie wskazanej argumentacji pozwala natomiast uzasadnić możliwość odstąpienia od zakazu wykorzystania dowodu operacyjnego uzyskanego sprzecznie z ustawą wówczas, gdy ma on być korzystny dla oskarżonego. Otóż art. 51 ust. 4 Konstytucji RP nie wprowadza bezwzględnej zasady usuwania wszystkich informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, ale tylko tych, co do których domaga się tego strona. Nie przesądza to oczywiście, że ustawodawca lub orzecznictwo sądowe nie mogą wprowadzić jako reguły postępowania zakazu wykorzystania takich dowodów, i to zakazu branego pod uwagę z urzędu, bez konieczności zgłoszenia stosownego żądania przez oskarżonego. Z tego nie wynika jednak, że ustawodawca, a tym bardziej orzecznictwo, może zakazywać oskarżonemu powołania się na takie dowody, zwłaszcza gdy są one dla niego korzystne i mogłyby prowadzić do jego uniewinnienia lub ograniczenia zakresu jego odpowiedzialności karnej. Tym samym sformułowanie w orzecznictwie zasady zakazu wykorzystywania w procesie karnym jako dowodów świadczących przeciwko oskarżonemu materiałów uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w sposób niezgodny z ustawą nie przesądza istnienia takiego zakazu również w odniesieniu do dowodów świadczących na jego korzyść, co prawda uzyskanych także w następstwie czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzonych w sposób sprzeczny z ustawą.

Jeżeli w końcu chodzi o kwestię wprowadzania do procesu dowodów z uzyskanych w ramach prowadzonej kontroli operacyjnej nagrań, to podlegają one

[35] W moim przekonaniu jest to możliwe; por. bliżej D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze…*, s. 145.

odtworzeniu, czyli odsłuchaniu na rozprawie głównej (przez odpowiednie zastosowanie art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k.), a wobec braku sprzeciwu obecnych stron mogą zostać uznane za ujawnione bez odtwarzania (art. 394 § 2 k.p.k.)[36]. **„Przepis art. 410 k.p.k. nie eliminuje co prawda możliwości sięgania do pisemnych zapisów nagrań w miejsce ich bezpośredniego odtwarzania, lecz przekłady słowne zapisów rozmów nie stanowią samoistnego ani pierwotnego dowodu, na którym sąd może poprzestać, a transpozycja treści nagrań na ich słowny przekład prowadzi nie tylko do zmiany formy dowodu, ale także do zmiany jego jakości. Słowny przekład nagrania nie oddaje wszystkich informacji (np. tembr głosu, czy towarzyszące emocje), jakie można uzyskać w wyniku jego odsłuchania (…). Zawarte w art. 19 ust. 15 ustawy z 1990 r. o Policji odesłanie do treści art. 393 § 1 k.p.k. rozciąga się także na treść art. 394 § 2 k.p.k., który przewiduje możliwość uznania za ujawnione bez odsłuchiwania treści tych rozmów, ale jedynie wówczas, gdy żadna ze stron się temu nie sprzeciwi. Dotyczy to jednak uznania za ujawnione dokonanych nagrań dźwiękowych, a nie pisemnych stenogramów z ich odsłuchania”**[37].

1.2. Kontrola operacyjna w świetle danych statystycznych

W ramach prowadzonych badań wystąpiono z zapytaniami o praktykę stosowania kontroli operacyjnej dwutorowo.

Po pierwsze, zwrócono się do Prokuratora Generalnego z wnioskiem o przekazanie danych sporządzanych na podstawie art. 10ea ustawy o prokuraturze[38]. Przepis ten nakłada na Prokuratora Generalnego obowiązek sporządzania i przedstawiania corocznie Sejmowi i Senatowi jawnej informacji o łącznej liczbie osób, wobec których został skierowany wniosek o zarządzenie kontroli i utrwalanie rozmów lub wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, ze wskazaniem liczby osób, co do których sąd zarządził kontrolę i utrwalanie rozmów lub kontrolę operacyjną, liczby osób, co do których sąd odmówił zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej, liczby osób, co do których wniosek o kontrolę operacyjną nie uzyskał zgody prokuratora. Ponadto w sprawozdaniu tym Prokurator Generalny zobowiązany jest podać, wobec jakiej liczby osób Policja wnioskowała o zastosowanie kontroli operacyjnej, co do jakiej liczby osób prokurator nie wyraził zgody na stosowanie kontroli operacyjnej, co do ilu osób sąd odmówił zarządzenia kontroli operacyjnej, wobec ilu zarządzono kontrolę operacyjną.

1.2.1. Dane ogólne

Poniżej w tabelach 1–4 przedstawiono stosowanie kontroli operacyjnej wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów. Tabele zostały sporządzone na podstawie danych pochodzących ze sprawozdań Prokuratora Generalnego składanych Marszałkowi Sejmu i Marszałkowi Senatu na podstawie art. 10ea ustawy o prokuraturze.

[36] Zob. wyrok SN z 10.06.2008 r. (III KK 30/08), OSNKW 2008/8, poz. 65, z glosami D. Szumiło-Kulczyckiej, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2009/3, s. 99, i D. Wysockiego, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2009/4, poz. 42.
[37] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 22.11.2012 r. (II AKa 249/12), LEX nr 1237274.
[38] Ustawa z 20.06.1985 r. o prokuraturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599 ze zm.).

Tabela 1
Łączna liczba wniosków dotyczących kontroli operacyjnej wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów w latach 2011–2013

	Kontrola operacyjna wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów		
	2011	**2012**	**2013**
łączna liczba wniosków	5188	4206	4509
policyjne	4243	3451	3695
liczba zarządzonych	4863	3956	4278
policyjne	3979	3258	3537
liczba odmów zarządzenia	39	25	16
policyjne	23	11	0
liczba braku zgód prokuratora	286	225	215
policyjne	241	182	149

Tabela 2
Wnioski dotyczące kontroli operacyjnej wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów w 2011 r. (w liczbach i procentach)[39]

	2011	
	Liczba	**%**
liczba wniosków	5188	100%
policyjne	4243	81,80%
liczba zarządzonych	4863	93,70%
policyjne	3979	93,80%
odmowa przez sąd	39	0,70%
policyjne	23	0,50%
brak zgody prokuratora	286	5,50%
policyjne	241	5,70%

Tabela 3
Wnioski dotyczące kontroli operacyjnej wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów w 2012 r. (w liczbach i procentach[40])

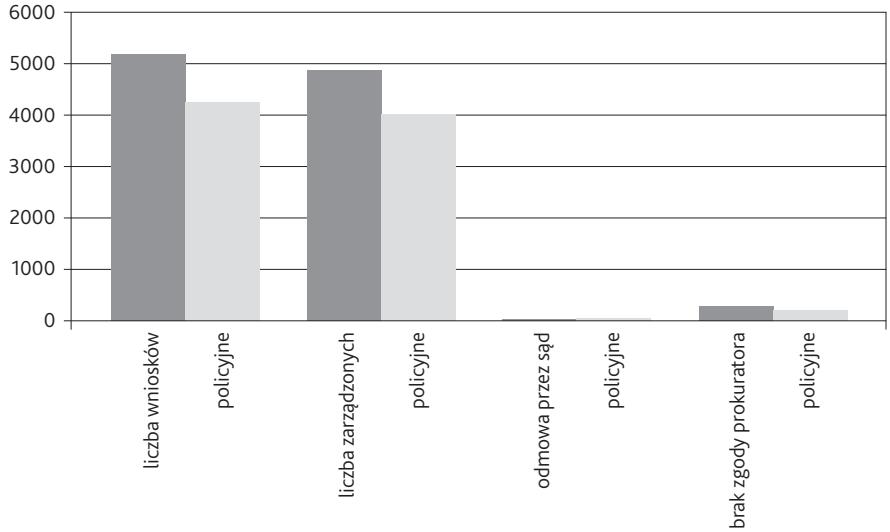
	2012	
	Liczba	**%**
liczba wniosków	4206	100%
policyjne	3451	82,10%
liczba zarządzonych	3956	94,00%
policyjne	3258	94,00%
odmowa przez sąd	25	0,60%
policyjne	11	0,30%
brak zgody prokuratora	225	5,30%
policyjne	182	5,30%

[39] Procenty liczone do liczby osób, wobec których ogólnie skierowano wnioski, a w podkategorii „policyjne" do liczby osób, wobec których Policja skierowała wniosek.
[40] Procenty liczone do liczby osób, wobec których ogólnie skierowano wnioski, a w podkategorii „policyjne" do liczby osób, wobec których Policja skierowała wniosek.

Tabela 4
Wnioski dotyczące kontroli operacyjnej wraz z kontrolą i utrwalaniem rozmów w 2013 r. (w liczbach i procentach[41])

	2013	
	Liczba	**%**
liczba wniosków	4509	100%
policyjne	3695	81,90%
liczba zarządzonych	4278	94,80%
policyjne	3537	95,70%
odmowa przez sąd	16	0,30%
policyjne	0	0%
brak zgody prokuratora	215	4,70%
policyjne	149	4,00%

Wykres 1
Kontrola operacyjna – dane za 2011 r.

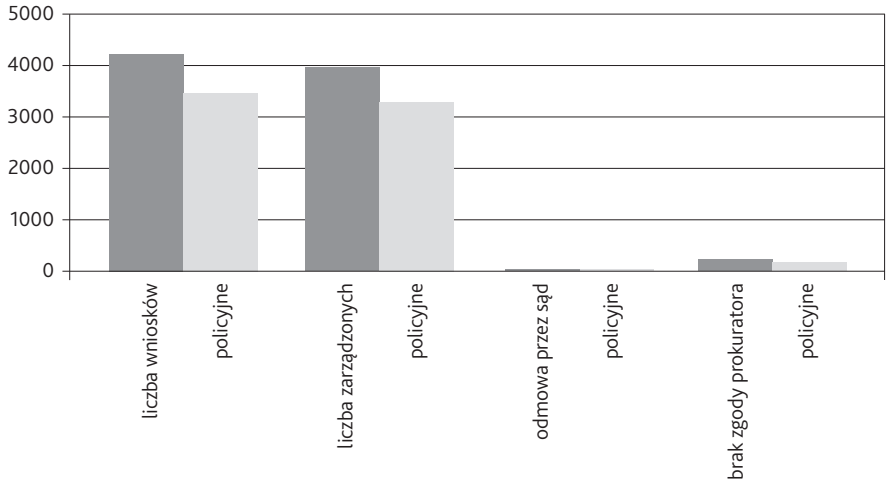


Jak wskazują powyższe dane, liczba osób, wobec których na przestrzeni lat 2011–2013 składano wnioski o zastosowanie kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej, wahała się pomiędzy 5188 (w 2011 r.) a 4206 (w 2012 r.). Rok 2013 był pod tym względem rokiem pośrednim. Wahania te wydają się dość wysokie, gdyż sięgają 20%, co nie do końca chyba da się wytłumaczyć różnicami w zakresie potrzeb sięgania po takie środki. Różnicę tę łatwiej chyba tłumaczyć względami natury polityczno-kryminalnej.

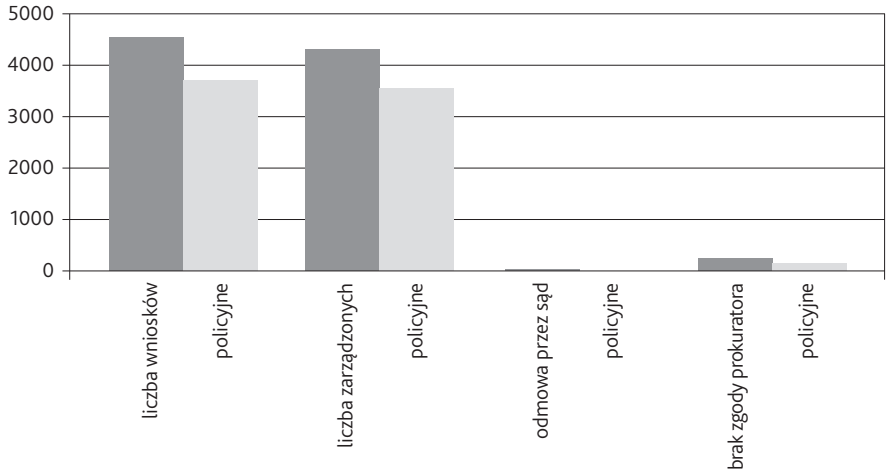
Na stałym natomiast poziomie kształtuje się udział w ogólnej liczbie tych osób, wobec których odpowiednie działania były podejmowane z inicjatywy Policji

[41] Procenty liczone do liczby osób, wobec których ogólnie skierowano wnioski, a w podkategorii „policyjne" do liczby osób, wobec których Policja skierowała wniosek.

Wykres 2
Kontrola operacyjna – dane za 2012 r.

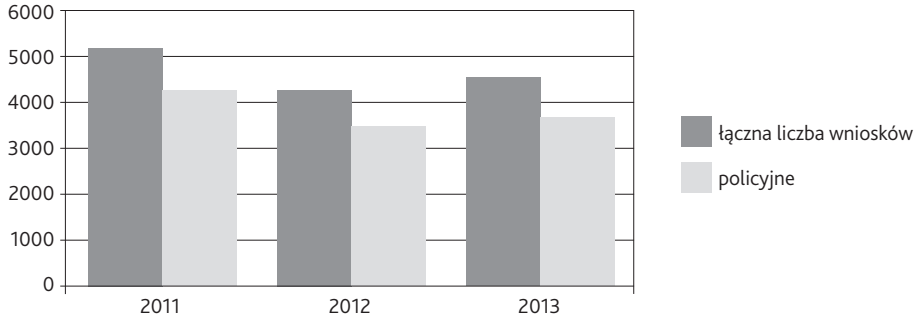


Wykres 3
Kontrola operacyjna – dane za 2013 r.



(a tym samym w trybie art. 19 ustawy o Policji). Było to w kolejnych latach 2011, 2012 i 2013 mniej więcej 80% wszystkich tych osób, wobec których kierowano wnioski, oraz 80% osób, wobec których ostatecznie zdecydowano o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub kontroli i utrwalania rozmów. Przywołane dane wykazują również wysoki odsetek skutecznie składanych wniosków. Odsetek zarządzonych kontroli i utrwaleń rozmów lub kontroli operacyjnych utrzymywał się na stałym poziomie – 94%. Odmowy zarządzenia zastosowania takich środków przez sądy były sporadyczne, w żadnym badanym roku nie przekroczyły 1%. Częściej zatwierdzenia wniosków odmawiali prokuratorzy. Odsetek odmów akceptacji właściwego prokuratora oscylował na poziomie 5%. Dla obrazu tych danych nie miało znaczenia, czy były one liczone ogólnie, czy wyłącznie wobec Policji.

Wykres 4
Liczba osób, co do których złożono wnioski o zastosowanie kontroli i utrwalania rozmów lub kontroli operacyjnej w poszczególnych latach (ogólnie i z wyszczególnieniem na wnioski składane przez Policję)



Niezależnie od tych informacji zwrócono się z pytaniami dotyczącymi praktyki stosowania kontroli operacyjnej do Komendanta Głównego Policji, Komendanta Głównego Straży Granicznej, Szefa CBA, Szefa ABW, Szefa SKW, Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej (dalej jako GIKS). Spośród tych organów jedynie Szef SKW kategorycznie odmówił udzielenia takich informacji. Komendant Główny Policji początkowo udzielił odpowiedzi, że wszystkie informacje mogą być udostępnione tylko na zasadach przewidzianych dla informacji niejawnych i tylko we właściwej kancelarii tajnej, jednak w późniejszym czasie, po ponownym zwróceniu się o niektóre z początkowo wnioskowanych danych, zgodził się na częściowe ich udostępnienie jako danych niezaklauzulowanych.

W pierwszej kolejności zapytano o liczbę składanych przez poszczególne służby w latach 2011, 2012 i 2013 wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej, o liczbę wniosków, które zostały zarządzone, liczbę wniosków, które zostały odmownie załatwione przez sąd, oraz liczbę wniosków, które nie otrzymały akceptacji właściwego prokuratora. Zestawienie tych danych zamieszczono w tabeli 5.

Tabela 5
Stosowanie kontroli operacyjnej – dane ogólne za rok 2011[42]

Rok 2011		Policja	ABW	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Wnioski	liczba	7370	524	305	431	42	12	8684
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Zgoda	liczba	6807	510	269	428	40	11	8065
	%	92,36%	97,30%	88,20%	99,40%	95,20%	91,60%	92,80%
Odmowa	liczba	99	0	0	0	0	0	99
przez sąd	%	1,30%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,10%
Brak zgody	liczba	464	14	36	3	0	1	518
prokuratora	%	6,29%	2,70%	11,80%	0,60%	0,00%	8,40%	6%

[42] Tabela została sporządzona na podstawie danych przekazanych przez poszczególne służby; „wnioski" oznaczają wnioski właściwych organów; „zgoda" – postanowienie właściwego sądu okręgowego o zastosowaniu kontroli operacyjnej; „brak zgody prokuratora" – odmowę udzielenia zgody na wystąpienie z wnioskiem przez właściwego prokuratora; „odmowa" – odmowę udzielenia zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej dokonywaną w formie postanowienia właściwego sądu okręgowego.

Tabela 6
Stosowanie kontroli operacyjnej – dane ogólne za rok 2012

Rok 2012		Policja	ABW	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Wnioski	liczba	5995	618	292	495	17	2	7419
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Zgoda	liczba	5724	612	270	488	17	1	7112
	%	95,50%	99,00%	92,40%	98,60%	95,20%	100%	95,80%
Odmowa	liczba	8	1	0	1	0	0	10
przez sąd	%	0,10%	0,20%	0,00%	0,30%	0,00%	0,00%	0,10%
Brak zgody	liczba	231	5	22	5	0	0	263
prokuratora	%	3,80%	0,80%	7,60%	1,10%	0,00%	0,00%	3,50%

Tabela 7
Stosowanie kontroli operacyjnej – dane ogólne za rok 2013

Rok 2013		Policja	ABW	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Wnioski	liczba	6814	575	441	437	61	6	8334
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Zgoda	liczba	6540	575	374	430	61	6	7986
	%	96%	100%	84,80%	98,40%	100%	100%	95,80%
Odmowa	liczba	18	0	0	1	0	0	19
przez sąd	%	0,30%	0,00%	0,00%	0,20%	0,00%	0,00%	0,20%
Brak zgody	liczba	227	0	66	6	0	0	299
prokuratora	%	3,30%	0,00%	15,20%	1,20%	0,00%	0,00%	3,60%

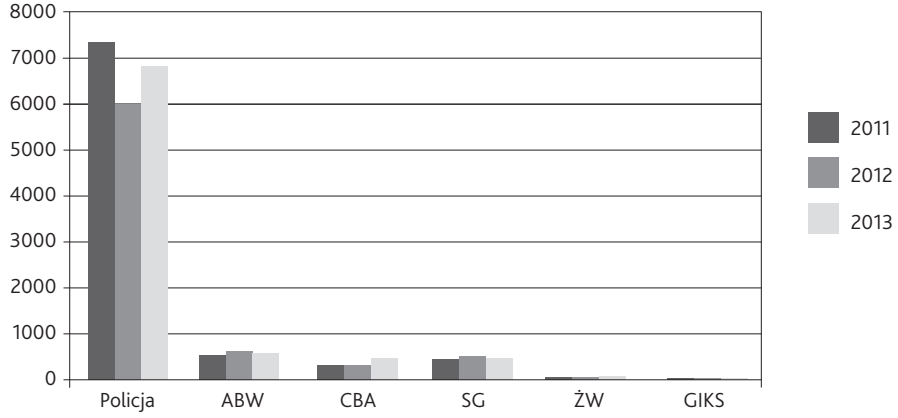
Tabela 8
Stosowanie kontroli operacyjnej przez Policję w latach 2011–2013

Policja		2011	2012	2013
Wnioski	liczba	7370	5995	6814
	%	100%	100%	100%
Zgoda	liczba	6807	5724	6540
	%	92,36%	95,50%	96%
Odmowa	liczba	99	8	18
przez sąd	%	1,30%	0,10%	0,30%
Brak zgody	liczba	464	231	227
prokuratora	%	6,29%	3,80%	3,30%

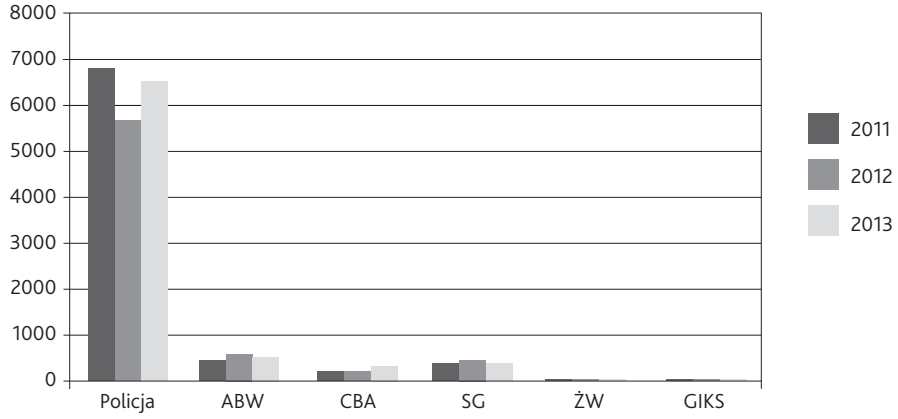
Przedstawione dane, tym razem pochodzące bezpośrednio od samych służb (z wyjątkiem SKW), potwierdzają tendencje widoczne w omówionym powyżej zestawieniu przedkładanym przez Prokuratora Generalnego. W latach 2012 i 2013 stopień akceptowalności wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnej wynosił 95,8%, a w roku 2011 trochę mniej, bo 92,8%. Przypadki odmów wyrażenia zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej przez sądy są sporadyczne, w zasadzie nie przekraczają 1% spraw (jedynie w 2011 r. było to 1,1%), a przypadki braku

akceptacji dla wystąpienia z takim wnioskiem właściwego prokuratora wynoszą ok. 3,5% (w 2011 r. było to 11%). Warto zauważyć, że podobny odsetek akceptowalności wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej ustaliła Helsińska Fundacja Praw Człowieka, dokonując analizy danych z lat 2002–2010 oraz częściowo z lat 2010–2012[43].

Wykres 5
Wnioski o zastosowanie kontroli operacyjnej z podziałem na poszczególne służby w latach 2011, 2012, 2013



Wykres 6
Zarządzone kontrole operacyjne z podziałem na poszczególne służby w latach 2011, 2012, 2013

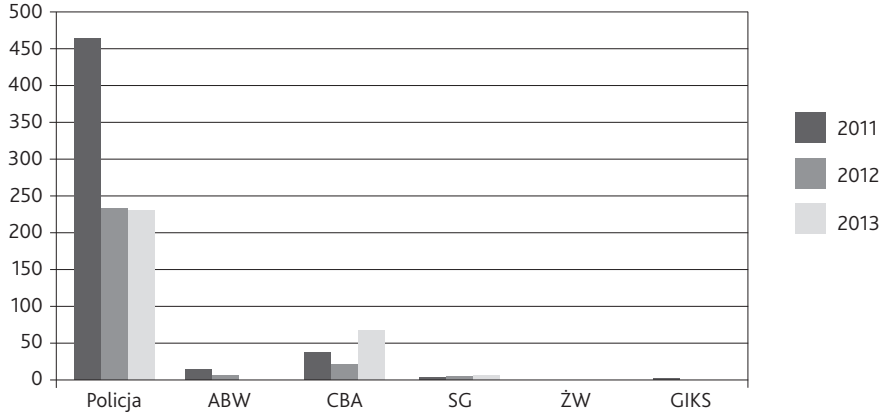


Spośród wszystkich (z wyjątkiem SKW) organów uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej najczęściej wnioski o jej stosowanie kieruje Policja. W 2011 r. udział wniosków policyjnych w ogólnej liczbie wniosków wynosił 84,8%, w 2012 r. – 80,8%, a w 2013 r. – 81,8%. W identycznych w zasadzie proporcjach układa się

[43] A.R. Pietryka (pod nadzorem A. Bodnara), *Analiza „Sądowa kontrola wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej" opracowana przez Helsińską Fundację Praw Człowieka dla Trybunału Konstytucyjnego w sprawie z połączonych wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich (sygn. K 23/11, K 29/11, K 34/11, K 21/12) oraz Prokuratora Generalnego (sygn. K 15/12, K 28/12)*, Warszawa 2013, por. http://programy.hfhr.pl/monitoringprocesulegislacyjnego/files/2013/06/amicus_curiae_TK_K_23_11.pdf, s. 10.

liczba otrzymywanych postanowień o zarządzeniu kontroli operacyjnej przez poszczególne organy (dla Policji to odpowiednio 84,4% wszystkich wydanych zgód w 2011 r., 80,5% w 2012 r. i 81,9% w 2013 r.). Przypadki, gdy sąd wydaje postanowienie o odmowie uwzględnienia wniosku w przedmiocie zastosowania kontroli operacyjnej, są sporadyczne. Nieco częściej brak akceptacji dla wniosku o zastosowanie kontroli operacyjnej wyraża prokurator. Najczęściej z odmową akceptacji wniosku przez prokuratora spotykała się Policja. To zrozumiałe, zważywszy na częstotliwość składanych przez Policję wniosków. Warto natomiast zwrócić uwagę, że drugim organem, który stosunkowo licznie spotyka się z odmową akceptacji wniosku ze strony prokuratora, jest CBA. W 2011 r. prokurator odmówił udzielenia zgody na wystąpienie przez CBA z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej 36 razy (co stanowiło 11,8% wniosków zarejestrowanych przez tę służbę), w 2012 r. – 223 razy (7,6% wniosków zarejestrowanych przez tę służbę), a w 2013 r. – 66 razy, co stanowiło 15,2% wszystkich wniosków zarejestrowanych w tym roku przez CBA. Dla odmiany na przestrzeni lat 2011–2013 sąd nie odmówił już żadnemu wnioskowi CBA, który uzyskał akceptację właściwego prokuratora.

Wykres 7
Brak zgody prokuratora na wystąpienie do sądu o zastosowanie kontroli operacyjnej



Na koniec trzeba się jeszcze odnieść do różnic w danych statystycznych ujawnionych w sprawozdaniach przedkładanych przez Prokuratora Generalnego oraz danych przedstawionych przez poszczególne służby. Różnice te są bowiem bardzo istotne. O ile bowiem w 2011 r. Prokurator Generalny jako ogólną liczbę wniosków podał 5188, o tyle poszczególne służby podały, że złożyły łącznie 8684 wniosków (a zatem 3496 więcej, niż wynika to z informacji Prokuratora Generalnego). W kolejnym 2012 r. Prokurator Generalny podał ogólną liczbę wniosków 4206, podczas gdy zsumowane dane „policyjne" pokazują, że liczba ta wynosiła 7419, a zatem była wyższa o 3213. I wreszcie w 2013 r. różnica ta wyniosła 3825. Na obraz ten nakładają się jeszcze dwie dodatkowe okoliczności. Dane pochodzące od służb nie obejmują działalności SKW, która odmówiła podania takich informacji na cele niniejszego badania, podczas gdy dane przekazywane przez Prokuratora Generalnego – przynajmniej w założeniu – odzwierciedlają działalność wszystkich

uprawnionych organów (nie ma narzędzi do zweryfikowania, czy tak rzeczywiście jest). Ponadto informacja Prokuratora Generalnego zawiera zarówno przypadki odnoszące się do stosowania kontroli operacyjnej, jak i przypadki kontroli rozmów oraz podsłuchu stosowanego na podstawie art. 237 k.p.k. Faktycznie zatem liczba samych „kontroli operacyjnych" w statystykach przedkładanych przez Prokuratora Generalnego może być jeszcze niższa.

Skąd zatem taka różnica w prezentowanych danych? Dlaczego dane te w statystykach pochodzących od samych służb są zdecydowanie wyższe, mimo że nie obejmują wszystkich służb, a ponadto dotyczą tylko kontroli operacyjnej, a zatem z założenia węższego wycinka, niż dane, które przedstawia Prokurator Generalny? Wydaje się, że głównym powodem tej różnicy jest to, iż dane podawane przez Prokuratora Generalnego obejmują liczby nie wniosków (zgód lub odmów) na stosowanie danego środka, lecz liczby osób, wobec których odpowiednio zawnioskowano, zarządzono, odmówiono zarządzenia lub wobec których prokurator odmówił wymaganej akceptacji na stosowanie danego środka. Jeżeli więc wobec tej samej osoby w tym samym roku wpłynęło kilka wniosków (czy to w związku z przedłużeniem, zatwierdzeniem kontroli operacyjnej, objęciem kontrolą operacyjną innego urządzenia należącego do tej samej osoby, czy to w związku ze zmianą typu czynu zabronionego, ze względu na który ma być stosowana kontrola operacyjna), to w danych przekazanych przez służby będzie to kilka wniosków, podczas gdy w danych ujawnionych przez Prokuratora Generalnego będzie to cały czas wniosek (stosowanie lub odmowa) co do jednej osoby.

1.2.2. Przedłużanie stosowania kontroli operacyjnej

Na pytanie o dane statystyczne na temat przedłużeń stosowania kontroli operacyjnej odpowiedzi udzieliły wszystkie służby, z wyjątkiem SKW. Szef ABW zastrzegł jednak, że w ocenie ABW dane dotyczące liczby wniosków o przedłużenie czasu trwania kontroli na podstawie art. 27 ust. 8 i 9 ustawy o ABW podlegają ochronie przewidzianej w przepisach ustawy o ochronie informacji niejawnych, a tym samym nie jest możliwe ich udostępnienie jako materiałów jawnych. Trudno zrozumieć, dlaczego akurat informacja statystyczna dotycząca przedłużeń stosowania kontroli operacyjnej przez ABW została uznana za informację niejawną, ale nie zmienia to faktu, że dane te nie są uwzględnione w poniższym zestawieniu.

Tabela 9
Przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej w 2011 r.

Rok 2011		Policja	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Stosowane kontrole operacyjne	liczba	6807	269	428	30	11	7545
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Przedłużane raz	liczba	565	27	46	9	3	650
	%	8,30%	10,00%	10,70%	30%	27,20%	8,60%
Przedłużane ponownie	liczba	47	12	23	3	0	85
	%	0,70%	4,50%	5,30%	10%	0%	1,10%

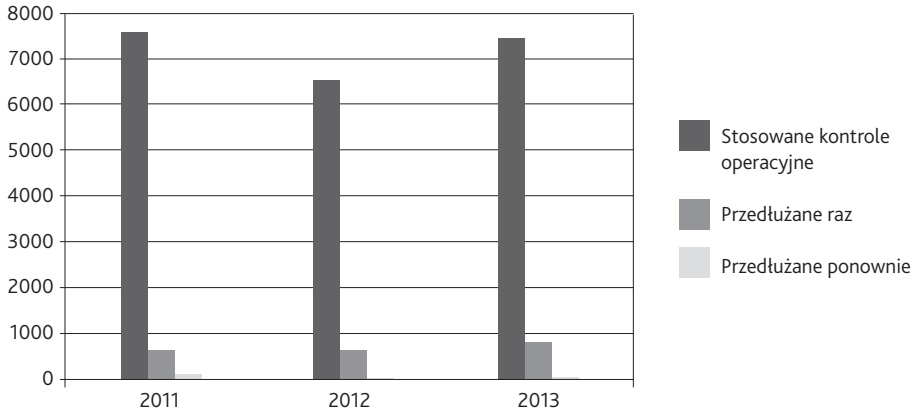
Tabela 10
Przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej w 2012 r.

Rok 2012		Policja	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Stosowane kontrole operacyjne	liczba	5724	270	488	12	2	6496
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Przedłużane raz	liczba	497	27	49	3	0	576
	%	8,70%	10%	10,00%	25%	0%	8,80%
Przedłużane ponownie	liczba	9	4	2	2	0	17
	%	0,10%	1,50%	0,40%	16,60%	0%	0,30%

Tabela 11
Przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej w 2013 r.

Rok 2013		Policja	CBA	SG	ŻW	GIKS	Łącznie
Stosowane kontrole operacyjne	liczba	6540	374	430	36	6	7386
	%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
Przedłużane raz	liczba	681	46	44	16	1	788
	%	10,4%	12,3%	10,2%	44,4%	16,6%	10,6%
Przedłużane ponownie	liczba	9	12	2	6	1	30
	%	0,1%	3,2%	0,5%	16,6%	16,6%	0,4%

Wykres 8
Przedłużenie stosowania kontroli operacyjnej



W 2011 r. przedłużano kontrolę operacyjną na dalszy czas oznaczony nie dłuższy niż 3 miesiące w 8,6% spraw, w 2012 r. w 8,8%, a w 2013 r. w 10,6%. Tendencja jest tu zatem stała i dotyczy mniej więcej co dziesiątej sprawy. Kolejne przedłużenia kontroli operacyjnych miały miejsce odpowiednio w 2011 r. w 1,1% spraw, w 2012 r. w 0,3%, a w 2013 r. w 0,4%. Dalsze więc przedłużenia stosowania kontroli operacyjnej wydają się mieć w praktyce marginalne znaczenie. Trzeba chyba jednak popatrzeć na tę kwestię od strony liczb bezwzględnych, a te wskazują, że w 2013 r. jednak aż w 30 sprawach zdecydowano się na stosowanie kontroli

operacyjnej przez okres dłuższy niż 6 miesięcy, w 2012 r. w 17, a w 2011 r. w 85. To jednak dość sporo, uwzględniając szczególny charakter omawianego środka. Zestawienie praktyki przedłużania kontroli operacyjnej wykazało też, że organem, który proporcjonalnie częściej korzysta z takiej możliwości, jest Żandarmeria Wojskowa: w 2011 r. w 30% wszystkich stosowanych przez ten organ kontroli operacyjnych, w 2012 r. – w 25%, a w 2013 r. – w 44%. Dane te świadczą o większej skłonności Żandarmerii Wojskowej do długotrwałego stosowania kontroli operacyjnej w pojedynczych przypadkach. Ze względu jednak na ogólnie niewielką częstotliwość sięgania po ten środek w praktyce tego organu trudno tu wyciągać bardziej jednoznaczne wnioski co do utrwalonej tendencji.

W tym kontekście nasuwają się także wątpliwości co do przyczyn i ewentualnego znaczenia odmowy udzielenia informacji na temat praktyki przedłużeń stosowania kontroli operacyjnej przez ABW.

1.2.3. Kontrola operacyjna w wypadku nagłym, niecierpiącym zwłoki

Kolejną kwestią, o którą pytano szefów poszczególnych służb, były kontrole operacyjne zarządzane w trybie nagłym, niecierpiącym zwłoki (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji i odpowiednio właściwe artykuły innych ustaw).

Tabela 12
Stosowanie kontroli operacyjnej w przypadku nagłym, niecierpiącym zwłoki (w liczbach i procentach[44])

	Rok					
	2011		2012		2013	
	liczba	%	liczba	%	Liczba	%
Policja	1236	18%	920	16%	932	14,20%
odmowa zatwierdzenia	11		9		2	
ABW	36	7%	58	9,50%	14	2,40%
odmowa zatwierdzenia	0		0		0	
CBA	6	0,20%	14	0,50%	37	9,90%
odmowa zatwierdzenia	0		0		0	
SG	57	13,30%	39	8%	16	3,70%
odmowa zatwierdzenia	0		0		0	
ŻW	0	0	0	0	1	1,60%
odmowa zatwierdzenia	0		0		0	
GIKS	0	0	0	0	0	0
odmowa zatwierdzenia	0	0	0	0	0	0

Podmiotem, w którego praktyce nie tylko bezwzględnie, lecz także względnie najczęściej zdarzają się przypadki stosowania kontroli operacyjnej w sytuacji tzw. nagłej, niecierpiącej zwłoki, tj. na zarządzenie uprawnionego organu danej służby, za zgodą właściwego prokuratora, jest Policja. Przy czym w kolejnych latach

[44] Procenty są liczone w stosunku do zarządzonych kontroli operacyjnych dla danej służby.

widać tu nieznaczną, ale malejącą tendencję (z 18% w 2011 r. do 14% w 2013 r.). Warto dodać, że – jak wynikało z ustaleń Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka – w 2010 r. udział przypadków zarządzania kontroli operacyjnej w trybie tzw. nagłym, niecierpiącym zwłoki w ogólnej liczbie stosowanych przez Policję kontroli operacyjnych wynosił aż 27%[45].

Łącznie wszystkie uprawnione służby zarządzały kontrolę operacyjną w sytuacji nagłej, niecierpiącej zwłoki w 2011 r. – 1335 razy, w 2012 r. – 1031 razy, a w 2013 r. – 1000 razy. Sądy odmawiały zatwierdzenia takiej kontroli odpowiednio w 2011 r. – 11 razy (0,8% zarządzonych w tym trybie), w 2012 r. – 9 razy (0,9% zarządzonych w tym trybie) i w 2013 r. – 2 razy (0,2% zarządzonych w tym trybie). Stopień akceptowalności zatem przez sądy prowadzonych działań w trybie nagłym, niecierpiącym zwłoki, układa się podobnie jak w przypadku zwykłej kontroli operacyjnej i jest prawie stuprocentowy.

1.2.4. Efektywność stosowania kontroli operacyjnej

Na koniec próbowano ustalić efektywność kontroli operacyjnej. Zapytano w tym celu o liczbę kontroli operacyjnych, w wyniku których uzyskano dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla już toczącego się postępowania karnego, które w związku z tym zostały przekazane prokuratorowi, a następnie zestawiono ją z liczbą zarządzanych kontroli operacyjnych. Dane takie przekazały wszystkie organy, z wyjątkiem SKW oraz Żandarmerii Wojskowej.

Jak pokazują powyższe dane, średnio ok. 19% spraw, w których prowadzono kontrolę operacyjną, skutkuje uzyskaniem materiałów, które mogą w ocenie organu pozwolić na wszczęcie postępowania karnego lub stanowić dowód w już toczącym się postępowaniu karnym, a w konsekwencji są przekazywane prokuratorowi. Odpowiednio było to 20,9% w 2011 r., 18,3% w 2012 r. i 19,2% w 2013 r. Istnieją tu jednak bardzo istotne różnice pomiędzy poszczególnymi organami. Najkorzystniej dane te wypadają dla Policji, która we wszystkich trzech kolejnych badanych latach odnotowała wskaźnik efektywności prowadzonych kontroli na poziomie przekraczającym 20% (odpowiednio 22,9% w 2011 r., 23,6% w 2012 r. i 21,7% w 2013 r.). Ze względu na dominujący udział policyjnych kontroli operacyjnych w ogólnej liczbie takich kontroli dane te zaważyły także na ich statystycznym obrazie w odniesieniu do wszystkich podmiotów łącznie. Faktycznie jednak, jak pokazują szczegółowe dane, w przypadku ABW tylko 6,0% kontroli operacyjnych stosowanych w 2011 r., 3,4% w 2012 r. i 2,8% w 2013 r. zakończyło się przekazaniem materiałów prokuratorowi. Dla CBA było to odpowiednio 13% w 2011 r., 12,6% w 2012 r. i 11% w 2013 r., a dla Straży Granicznej 11,2% w 2011 r., 10,7% w 2012 r. i ponownie 11,2% w 2013 r. Dane te wymagają głębszej refleksji. Pokazują bowiem, że kontrola operacyjna faktycznie okazuje się wysoce nieefektywnym środkiem. Około 80% spraw, w których ją zarządzono, zakończyło się niczym. To musi dawać do myślenia, szczególnie w kontekście przesłanek stosowania kontroli operacyjnej, zwłaszcza zaś przesłanki subsydiarności. Kontrola jest środkiem *ultima ratio*, który powinien znajdować

[45] A. R. Pietryka, *Analiza…*, s. 12.

Tabela 13
Efektywność kontroli operacyjnej w 2011 r.[46]

2011	Zarządzono	Przekazano	
	Liczba	Liczba	%
Policja	6807	1561	22,90%
ABW	510	31	6,00%
CBA	269	35	13,00%
SG	428	48	11,20%
GIKS	11	3	27,30%
Łącznie	8025	1678	20,90%

Wykres 9
Efektywność kontroli operacyjnej w 2011 r.

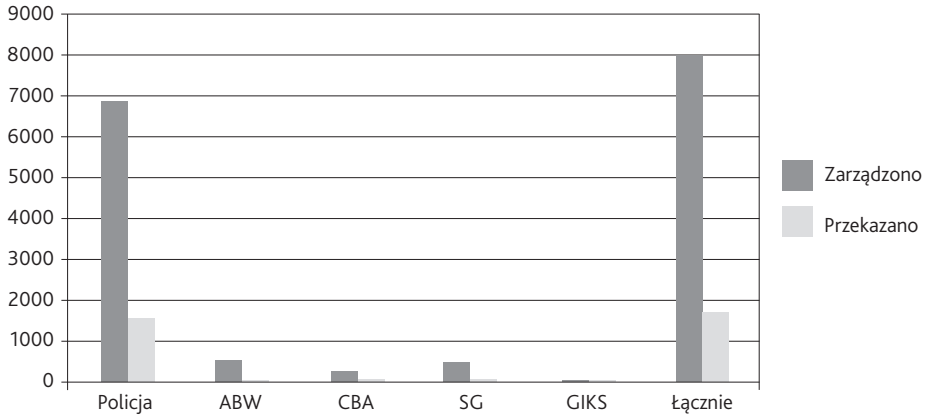


Tabela 14.
Efektywność kontroli operacyjnej w 2012 r.

2012	Zarządzono	Przekazano	
	Liczba	Liczba	%
Policja	5724	1349	23,60%
ABW	612	21	3,40%
CBA	270	34	12,60%
SG	488	48	10,70%
GIKS	2	0	0,00%
Łącznie	7906	1452	18,30%

[46] Stosunek liczby przypadków zastosowania kontroli operacyjnej do liczby osób, co do których materiały uzyskane podczas stosowania tego środka zostały przekazane prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich w toczącym się już postępowaniu karnym.

Wykres 10
Efektywność kontroli operacyjnej w 2012 r.

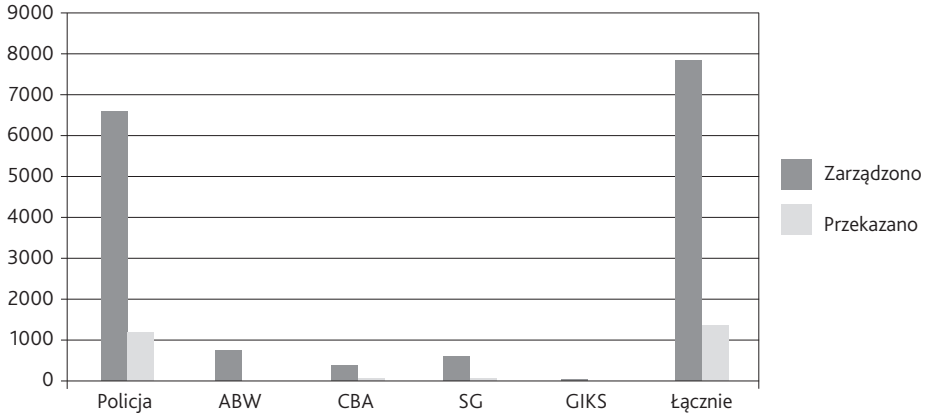
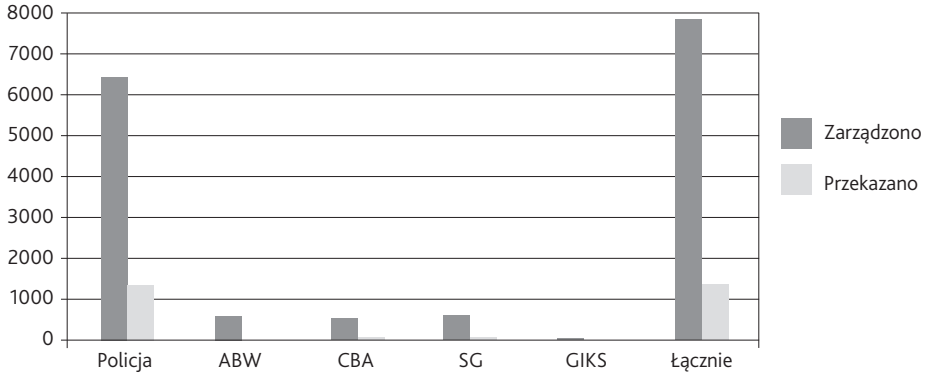


Tabela 15
Efektywność kontroli operacyjnej w 2013 r.

2013	Zarządzono	Przekazano	
	Liczba	Liczba	%
Policja	6540	1423	21,70%
ABW	575	16	2,80%
CBA	374	41	11,00%
SG	430	48	11,20%
GIKS	6	0	0,00%
Łącznie	7925	1528	19,20%

Wykres 11
Efektywność kontroli operacyjnej w 2013 r.



zastosowanie w ostateczności, gdy inne środki okazały się nieskuteczne albo będą nieprzydatne, przy czym wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej powinien być kierowany wraz z materiałami uzasadniającymi jej zastosowanie (art. 19 ust. 1a ustawy o Policji).

Teoretycznie zatem kontrola operacyjna powinna być stosowana tam i tylko tam, gdzie istnieje wysokie prawdopodobieństwo uzyskania dowodów planowanego lub popełnionego już czynu zabronionego. Jak się tymczasem okazuje, tylko w co piątej, a w przypadku organów innych niż Policja – w co dziesiątej sprawie, kontrola zrealizowała te cele. W pozostałych przypadkach, a stanowią one 80% (dla organów niepolicyjnych – 90%), kontrola była stosowana niepotrzebnie. Tym samym powstaje pytanie, czy stosowana była zasadnie i czy materiał, który uznano za dostatecznie uzasadniający sięgnięcie po taki środek, rzeczywiście dawał ku temu podstawy. Dane te trzeba dodatkowo odczytywać w kontekście niewielkiego odsetka odmów zarządzenia kontroli przez sądy. Dowodzą one, jak się wydaje, braku efektywności sądowego orzekania w tych kwestiach. Sądy zdają się bezradne w zetknięciu z przedłożonym im materiałem operacyjnym, na podstawie którego mają podjąć decyzję o zarządzeniu lub odmowie zarządzenia kontroli operacyjnej. Sędziowie nie mają narzędzi do jego merytorycznej oceny, a przede wszystkim narzędzi do jego skutecznej weryfikacji. W efekcie sądy niejako automatycznie uznają za prawdziwe i przekonujące materiały przedłożone przez podmiot ubiegający się o zastosowanie kontroli operacyjnej i wydają decyzję o uwzględnieniu wniosku. Faktycznie jednak przytłaczająca większość tych wniosków okazuje się na wyrost, a prowadzona kontrola operacyjna nie potwierdza podejrzeń zgłaszanych jako podstawy jej stosowania.

2. Transakcja pozorna

2.1. Sposób uregulowania

2.1.1. Podmioty uprawnione

Transakcja pozorna jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą, którą może stosować Policja (art. 19a ustawy o Policji), funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 29 ustawy o ABW), funkcjonariusze Centralnego Biura Antykorupcyjnego (art. 19 ustawy o CBA), Straż Graniczna (art. 9f ustawy o SG), Służba Kontrwywiadu Wojskowego (art. 33 ustawy o SKW) oraz Żandarmeria Wojskowa (art. 32 ustawy o ŻW).

2.1.2. Definicja

Transakcja pozorna jest czynnością, która ma zmierzać do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa. Polega na **dokonaniu** w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęciu lub wręczeniu korzyści majątkowej lub na **złożeniu propozycji** nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przepadkowi albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub którymi obrót są zabronione, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej.

Z wymagania, że ma ona zmierzać do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie wynika, iż w chwili podjęcia decyzji o przeprowadzeniu transakcji pozornej organy muszą dysponować już co najmniej takimi materiałami, które obiektywnie wskazują na prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa. Nie wystarczy zatem jedynie ogólne, abstrakcyjne podejrzenie możliwości popełnienia przestępstwa. Dla podjęcia czynności transakcji pozornej nie wystarczy w szczególności, że w świetle istniejącego stanu wiedzy i doświadczenia życiowego w danych sytuacjach można się spodziewać większej skłonności do popełnienia przestępstwa (np. pacjenci onkologiczni oczekujący na terapię będą bardziej skłonni do popełnienia przestępstwa korupcji, aby przyspieszyć swoje leczenie). Muszą istnieć konkretne, a zatem występujące w odniesieniu do określonej osoby lub sytuacji i udokumentowane przesłanki wskazujące na taką okoliczność[47]. Przesłanki te muszą być wiarygodne, nie mogą wynikać jedynie z pomówień, zwłaszcza pochodzących od osób mających interes w skierowaniu wobec kogoś zainteresowania organów ścigania[48].

Czynności funkcjonariuszy stosujących transakcję pozorną muszą się ograniczać wyłącznie do „sprawdzenia" działań osoby, wobec której jest ona podejmowana. Nie mogą prowadzić do nakłaniania do przyjęcia korzyści majątkowej. Osoba, której złożono propozycję, musi mieć swobodę wyboru, tym samym propozycja nie może nabyć nachalna, połączona z groźbą bezprawną czy przymusem (fizycznym lub psychicznym)[49]. **„Obowiązkiem sądu w procesie karnym jest dokonanie weryfikacji zasadności i sposobu przeprowadzenia prowokacji, w tym również w postaci kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej, przez tych funkcjonariuszy, zwłaszcza gdy dowody uzyskane z prowokacji stały się podstawą wydania wyroku; szczegółowej analizie muszą podlegać zarówno powody przeprowadzenia tajnej prowokacji, jak i okoliczność, czy funkcjonariusze zachowywali się pasywnie i do jakiego stopnia angażowali się w prowokowanie do przyjęcia korzyści majątkowej, a ponadto, czy wywierali naciski na osoby prowokowane. Jeżeli bowiem zajęli postawę aktywną, a do popełnienia przestępstwa przez osoby prowokowane nie doszłoby, gdyby nie działania agentów, taki stan rzeczy stanowi naruszenie prawa do rzetelnego procesu chronionego w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności"**[50]. W orzecznictwie ETPCz (który co do zasady nie neguje dopuszczalności posługiwania się przez państwa strony w celu zwalczania przestępczości takimi formami działań) odróżnia się dozwoloną prowokację (ang. *entratment*) i nielegalne podżeganie (ang. *incitement*). Europejski Trybunał Praw Człowieka zwraca uwagę, że rolą państwa i jego organów jest ściganie przestępstw, a nie nakłanianie do ich popełniania. W konsekwencji jako legalne mogą być kwalifikowane tylko te prowokacje, podczas których postawa

[47] M. Klejnowska, *Podsłuch operacyjny i prowokacja policyjna*, „Prokuratura i Prawo" 2004/3, s. 102–103; B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprocesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 204 i 208; R. Lizak, *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2011/1, s. 31.

[48] Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 30.11.2010 r. (III KK 152/10), OSNKW 2011/1, poz. 8, z glosami R. Kmiecika, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 2011/6, poz. 65, oraz A. Skowrona, LEX/el. 2012.

[49] Wyrok SN z 10.07.2007 r. (II KK 387/06), OSNwSK 2007/1, poz. 1587; L. Gardocki, *Różne rodzaje prowokacji*, „Rzeczpospolita" z 13.06.2005 r.

[50] Postanowienie SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13), OSNKW 2014/9, poz. 71; wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz) z 9.06.1998 r. w sprawie *Teixeira de Castro przeciwko Portugali*, skarga nr 44/1997/828/1034, § 38, por. www.echr.coe.int.

funkcjonariuszy była pasywna, bierna. Pomocny dla oceny może być test, czy bez podżegania ze strony funkcjonariuszy czyn nie zostałby popełniony[51].

Konkretność podejrzeń, ich wiarygodność i uprzednie udokumentowanie oraz pasywna postawa funkcjonariuszy są warunkami legalności transakcji pozornej[52].

2.1.3. Zakres przedmiotowy

Transakcja pozorna dopuszczalna jest tylko w sprawach dotyczących przestępstw wymienionych – dla każdej z uprawnionych służb – w katalogach przewidzianych dla kontroli operacyjnej.

2.1.4. Tryb zarządzania

Uprawnieni do zarządzania transakcji pozornej są szefowie poszczególnych służb lub komendanci ich oddziałów za zgodą Prokuratora Generalnego lub właściwego prokuratora okręgowego. Jeżeli chodzi o Policję, to transakcję pozorną zarządza Komendant Główny Policji lub Komendant CBŚ, komendant wojewódzki Policji za zgodą prokuratora okręgowego. W przypadku ABW jest to Szef ABW za zgodą Prokuratora Generalnego, w przypadku CBA – Szef CBA za zgodą Prokuratora Generalnego, w przypadku Straży Granicznej – Komendant Główny Straży Granicznej lub, co do niektórych przestępstw, komendant oddziału Straży Granicznej za zgodą prokuratora okręgowego, w przypadku SKW – Szef SKW za zgodą Prokuratora Generalnego i wreszcie w przypadku Żandarmerii Wojskowej – Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendant oddziału Żandarmerii Wojskowej za zgodą wojskowego prokuratora okręgowego. Prokurator przed wyrażeniem zgody na zastosowanie transakcji pozornej ma obowiązek zapoznania się z materiałami uzasadniającymi jej przeprowadzenie, powinien być na bieżąco informowany o jej wynikach i jest uprawniony do zarządzenia jej przerwania w każdym czasie.

2.1.5. Terminy

Transakcję pozorną stosuje się na czas określony, przy czym w ustawach o ABW, CBA i SKW nie sprecyzowano maksymalnego wymiaru tego czasu. W ustawach o Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej przyjęto, że środek ten może być zarządzony na „na okres nie dłuższy niż 3 miesiące", a po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora można go „jednorazowo przedłużyć (…) na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące". Wreszcie w ustawie o Policji istnieje możliwość zarządzenia transakcji pozornej na okres nie dłuższy niż 3 miesiące z możliwością jednorazowego przedłużenia na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, a gdy po upływie tych terminów pojawią się nowe okoliczności istotne dla sprawdzenia

[51] Wyrok ETPCz z 23.10.2014 r. w sprawie *Furcht przeciwko Niemcom*, skarga nr 54648/09, § 65 i n., z glosą M. Matusiak-Frącczak, LEX/el. 2015; wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01, § 62 i n., z omówieniem M.A. Nowickiego w: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008*, M.A. Nowicki, Warszawa 2009, s. 122, oraz glosą A. Lacha, LEX/el. 2008; wyrok ETPCz z 15.12.2005 r. w sprawie *Vanyan przeciwko Rosji*, skarga nr 53203/99, § 45 i n., LEX nr 166300; zob. też R. Netczuk, *Tajny współpracownik policji na tle prawnoporównawczym*, Katowice 2006.

[52] Postanowienie SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13), OSNKW 2014/9, poz. 71.

uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa – na dalszy czas oznaczony.

2.1.6. Zasady wykorzystywania w procesie materiałów uzyskanych podczas stosowania transakcji pozornej

Ustawodawca przewidział, podobnie jak w przypadku kontroli operacyjnej, że jeżeli podczas stosowania transakcji pozornej uzyskane zostaną dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego, przekazuje się je właściwemu prokuratorowi okręgowemu. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do materiałów mających postać dokumentów, stosuje się odpowiednio art. 393 § 1 zd. 1 k.p.k. Zasadniczo wszystkie uwagi poczynione w odniesieniu do zasad wprowadzania do procesu dowodów z dokumentów uzyskanych lub wytworzonych podczas kontroli operacyjnej będą miały zastosowanie także do dowodów pochodzących z transakcji pozornej. Uzyskane natomiast dowody rzeczowe mogą być wprowadzone do procesu na zasadach właściwych dla dowodów rzeczowych, a zatem najczęściej przez ich oględziny, względnie poddanie ich ekspertyzie biegłych.

Również w przypadku transakcji pozornej warunkiem dowodowego wykorzystania jej efektów jest legalność działania pracowników służb, którzy brali udział w jej przeprowadzeniu. **„Nie jest możliwe zaakceptowanie sytuacji, w której funkcjonariusze demokratycznego państwa, funkcjonariusze władzy publicznej, mogliby gromadzić dowody wbrew obowiązującemu prawu, natomiast zgodnie z prawem, na podstawie właśnie tych dowodów, obywatele mieliby ponosić odpowiedzialność karną. Każde państwo odpowiada za bezprawną działalność swoich funkcjonariuszy służb specjalnych, a tej odpowiedzialności nie może wyłączyć powoływanie się na interes społeczny w zwalczaniu przestępczości”**[53]**. „Niezachowanie określonych w art. 19a ustawy (…) o Policji (…) ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego”**[54]**.**

2.2. Praktyka stosowania transakcji pozornej

2.2.1. Dane ogólne

Odpowiedzi na zapytania dotyczące praktyki stosowania instytucji transakcji pozornej udzieliły Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Straż Graniczna oraz Żandarmeria Wojskowa. Z informacji przekazanych przez ABW wynika, że we wskazanym okresie organ ten ani razu nie wnioskował o zastosowanie instytucji przewidzianej w art. 29 ustawy o ABW, a tym samym jej nie stosował.

Natomiast Służba Kontrwywiadu Wojskowego oraz Policja odmówiły udzielenia informacji statystycznej na temat praktyki stosowania transakcji pozornej. Jak

[53] Postanowienie SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13), OSNKW 2014/9, poz. 71.
[54] Postanowienie SN z 30.11.2012 r. (III KK 152/10) OSNwSK 2010/1, poz. 1393.

uzasadnił to Komendant Główny Policji: „Dane w zakresie stosowania tzw. «zakupu kontrolowanego» – «transakcji pozornej» na podstawie art. 19a ustawy o Policji (…) gromadzone są w rejestrach posiadających ochronę dla informacji niejawnych o klauzuli poufne, wobec powyższego ich przekazanie w jawnej formie nie jest możliwe". Niestety, powoduje to bardzo mocne zawężenie pola badawczego. Jak pokazała praktyka stosowania kontroli operacyjnej (i jak wykaże także praktyka sięgania po dane bankowe oraz po dane telekomunikacyjne), to właśnie Policja jest tym organem, który w największym stopniu korzysta z działań operacyjno-rozpoznawczych. Można zatem przypuszczać, że to właśnie dane policyjne pokazałyby właściwą skalę stosowania tego środka. W tym miejscu można jedynie bardzo ostrożnie szacować, że jeżeli Policja realizuje ok. 80% kontroli operacyjnych, przeszło 90% wystąpień o dane bakowe i ok. 70% wystąpień o dane telekomunikacyjne, to w podobnej proporcji może sięgać po transakcję pozorną. Oznaczałoby to, że Policja rocznie przeprowadza ok. 80 tego typu operacji. Jest to jednak tylko przypuszczenie, oparte na czysto statystycznym zestawieniu liczby pozostałych analizowanych czynności operacyjnych Policji wobec czynności operacyjnych innych uprawnionych organów.

Tabela 16
Praktyka stosowania transakcji pozornej w latach 2011–2013

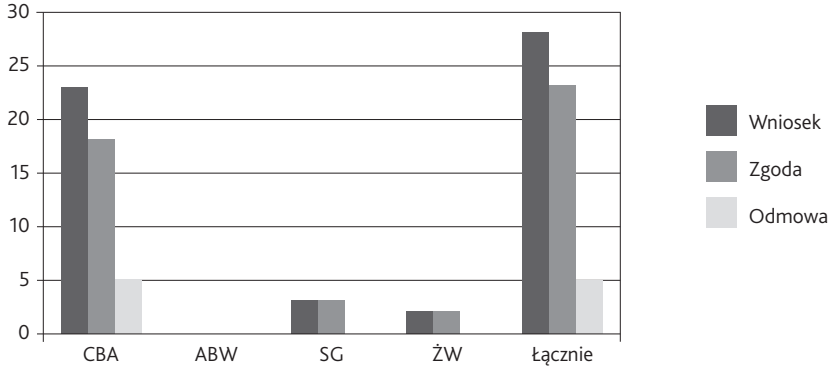
	2011			2012			2013		
	Wniosek	Zgoda	Odmowa	Wniosek	Zgoda	Odmowa	Wniosek	Zgoda	Odmowa
CBA	23	18	5	16	9	7	26	6	20
ABW	0	0	0	0	0	0	0	0	0
SG	3	3	0	8	8	0	9	9	0
ŻW	2	2	0	4	4	0	2	2	0
Łącznie	28	23	5	28	21	7	37	17	20

Zebrane dane pokazują, że w latach 2011–2013 łącznie CBA, SG i ŻW stosowały transakcję pozorną („zakup kontrolowany") ok. 20 razy w roku, odpowiednio w 2011 r. – 23 razy, w 2012 r. – 21 razy, a w 2013 r. – 17 razy, przy czym gdy chodzi o praktykę Żandarmerii Wojskowej i Straży Granicznej, to transakcja miała w zasadzie incydentalne zastosowanie i pojawiała się w działaniach tych organów w kilku sprawach rocznie. Nie zdarzyło się natomiast, aby prokurator odmówił organom Straży Granicznej lub Żandarmerii Wojskowej zgody na zastosowanie tego środka. Inaczej rzecz się ma w przypadku CBA. W 2011 r. na 23 złożone przez ten organ wnioski 5 nie uzyskało akceptacji prokuratora (21,7%), w 2012 r. na 16 wniosków 7 nie uzyskało akceptacji, a zatem już 43,7%, a w 2013 r. na 26 złożonych wniosków aż 20, czyli 76,9% (!) zostało załatwionych przez prokuratora odmownie. Pierwszym z wyjaśnień, jakie nasuwa się dla wytłumaczenia tej zaskakująco niekorzystnej dla CBA statystyki skuteczności wniosków, jest negatywny przekaz działań tego organu, który pojawił się po nagłośnieniu przez media sprawy Beaty S., sprawy rzekomych malwersacji przy zakupie nieruchomości w Kazimierzu nad Wisłą, sprawy prywatyzacji wydawnictw WNT sp. z o.o. czy sprawy prowokacji w Ministerstwie Rolnictwa. Nagłośnienie tych działań, w szczególności metod pracy agenta CBA, mogło

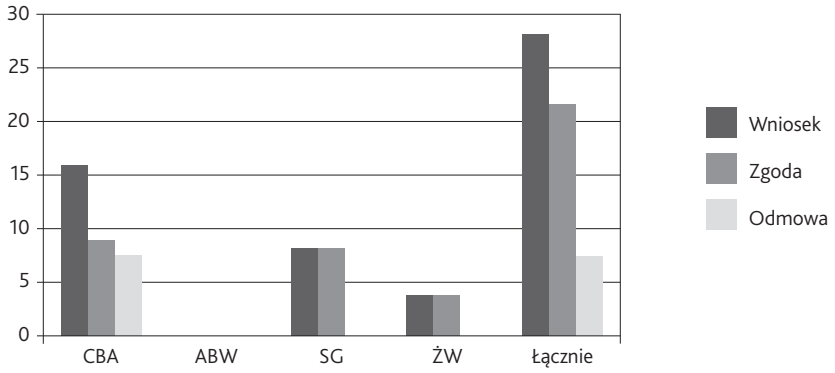
wpłynąć na bardziej ostrożną i krytyczną ocenę wniosków kierowanych przez ten organ o przeprowadzenie operacji specjalnych wręczenia korzyści majątkowej. Należy zwrócić uwagę, że 26.04.2013 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie wydał wyrok uniewinniający Beatę S. od postawionych jej zarzutów korupcyjnych właśnie ze względu na stwierdzone przez sąd rażące naruszenia zasad zastosowania i przeprowadzenia transakcji pozornej przez działającego pod przykryciem funkcjonariusza CBA[55]. Rozstrzygnięcie to zostało później także wyrażone przez Sąd Najwyższy[56].

Niezależnie od tego argumentu należy zwrócić uwagę, że decyzje o zarządzeniu transakcji pozornej przez CBA wymagają akceptacji Prokuratora Generalnego (art. 19 ust. 2 ustawy o CBA), podczas gdy decyzje komendantów oddziałów straży granicznej lub komendantów oddziałów Żandarmerii Wojskowej wymagają akceptacji właściwych prokuratorów okręgowych lub wojskowych prokuratorów okręgowych (art. 9f ust. 3 ustawy o SG oraz art. 32 ust. 3 ustawy o ŻW). Być może i ta okoliczność jest powodem różnic w statystyce obrazującej liczbę skutecznie podjętych przez poszczególne organy prób zarządzeń transakcji pozornej. Niewykluczone, że Prokurator Generalny stosuje w tym zakresie znacznie surowsze kryteria i standardy.

Wykres 12
Stosowanie transakcji pozornej przez wybrane podmioty w 2011 r.

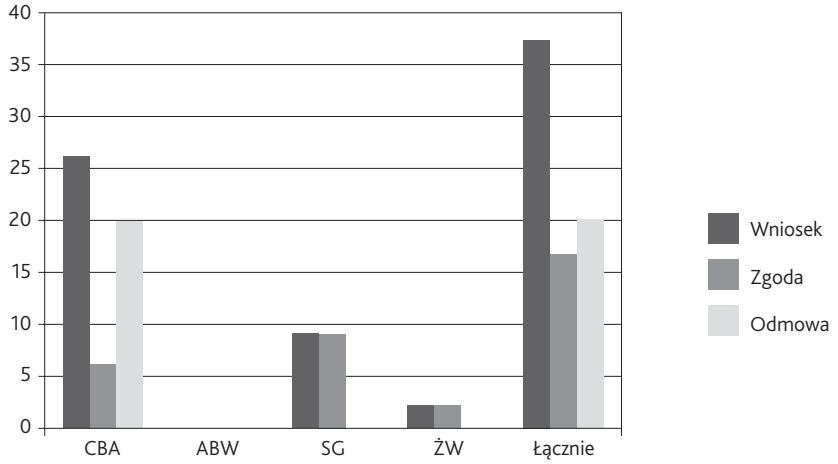


Wykres 13
Stosowanie transakcji pozornej przez wybrane podmioty w 2012 r.



[55] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.04.2013 r. (II AKa 70/13), LEX/el. 2013.
[56] Wyrok SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13).

Wykres 14
Stosowanie transakcji pozornej przez wybrane podmioty w 2013 r.



2.2.2. Przedłużenia stosowania transakcji pozornej

Jeżeli chodzi o kwestię praktyki przedłużeń stosowania instytucji transakcji pozornej, to stosowne dane uzyskano wyłącznie od Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej. Zakres uzyskanego materiału jest tu więc bardzo ograniczony, tym samym ograniczone są możliwości wnioskowania. Mimo to trzeba chyba jednak zwrócić uwagę na tę kwestię, tym bardziej że już samo zarządzanie transakcji pozornej na pewien czas, np. na 3 miesiące, sugeruje możliwość wielokrotnego, powtarzanego „kuszenia" osoby, wobec której środek ten skierowano. Sprawdzenia istniejących wcześniej wiarygodnych informacji, że ktoś popełnia lub planuje popełnić przestępstwo korupcji lub przestępstwo nielegalnego posiadania, wytwarzania lub obrotu określonymi materiałami lub substancjami, z natury nie powinno się chyba dokonywać przez wielokrotne, rozciągnięte na kilka miesięcy składanie propozycji przez funkcjonariuszy. Tymczasem, mimo nielicznych przypadków korzystania z tego środka, w praktyce Straży Granicznej normą okazuje się jego regularne przedłużanie na okres kolejnych 3 miesięcy. Oczywiście nie sposób ocenić *in concreto* celowości tego rodzaju działania bez zweryfikowania akt spraw, w których ono miało miejsce. Być może we wszystkich tych przypadkach, gdzie zdecydowano o przedłużeniu stosowania transakcji pozornej, było to rzeczywiście uzasadnione. *In abstracto* jednak, biorąc pod uwagę charakter tego środka, jego „wrażliwą" naturę, delikatną granicę pomiędzy *entratment* a *incitement* oraz zestawiając liczbę przypadków przedłużeń jego stosowania z ogólną liczbą jego stosowania w działalności Straży Granicznej, praktyka taka wydaje się niepokojąca.

Tabela 17
Przedłużenie stosowania transakcji pozornej w praktyce Straży Granicznej i Żandarmerii Wojskowej

	2011		2012		2013	
	SG	ŻW	SG	ŻW	SG	ŻW
Zastosowano	3	2	8	4	9	2
Przedłużono	3	1	4	1	4	0

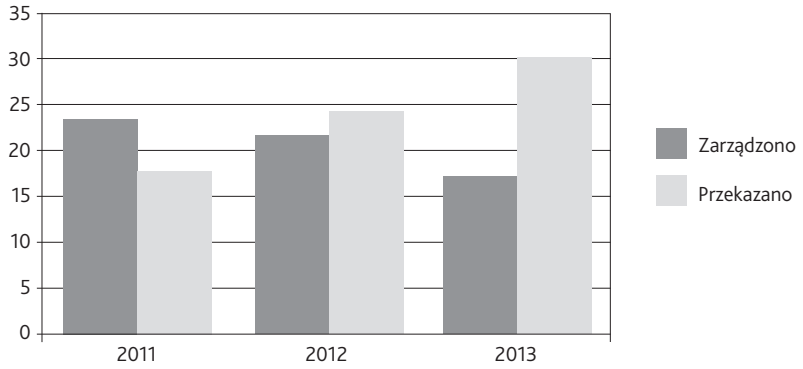
2.2.3. „Efektywność" transakcji pozornej

Ostatnią kwestią, którą starano się ustalić na podstawie danych statystycznych, była kwestia „efektywności" stosowania transakcji pozornej, rozumianej – podobnie jak w przypadku kontroli operacyjnej – jako stosunek liczby przypadków zastosowania instytucji transakcji pozornej do liczby osób, co do których materiały uzyskane podczas stosowania tego środka przekazano prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania ich jako dowodów w toczącym się już postępowaniu karnym.

Tabela 18
„Efektywność" zastosowania transakcji pozornej w latach 2011–2013

	2011		2012		2013	
	zarządzono	**przekazano**	**zarządzono**	**przekazano**	**zarządzono**	**przekazano**
CBA	18	14	9	17	6	9
ABW	0	0	0	0	0	0
SG	3	4	8	4	9	19
ŻW	2	0	4	3	2	2
Łącznie	23	18	21	24	17	30

Wykres 15
Efektywność transakcji pozornej w latach 2011–2013



Jak wskazują powyższe dane, transakcja pozorna okazuje się bardzo „efektywnym" środkiem. W 2011 r. 23 zarządzone transakcje zaowocowały przekazaniem materiałów prokuratorowi wobec 18 osób (78% skuteczności), w 2012 r. – 21 transakcji przyniosło dowody przeciwko 24 osobom (114% skuteczności), a w 2013 r. – 17 przeprowadzonych transakcji zakończyło się uzyskaniem materiału dowodowego wobec 30 osób (176% skuteczności). Niewątpliwie jest to więc środek bardzo skuteczny, jeżeli chodzi o pozyskiwanie dowodów. Zdecydowanie skuteczniejszy i efektywniejszy niż kontrola operacyjna. Należy zwrócić uwagę, że jedna transakcja pozorna może zaowocować, bez konieczności dodatkowych wystąpień, uzgodnień i decyzji, skierowaniem postępowania wobec kilku osób. Praktyka jak dotąd nie wypowiedziała się na temat konsekwencji uzyskania podczas transakcji pozornej

materiału dowodowego świadczącego przeciwko innej osobie lub również przeciwko innej osobie niż ta, która była objęta zarządzeniem o zastosowaniu transakcji pozornej. Nie stosuje się tu zatem, na wzór kontroli operacyjnej, zatwierdzenia przeprowadzonej czynności wobec innej osoby przez udzielenie „zgody następczej".

3. Przesyłka niejawnie nadzorowana

3.1. Sposób uregulowania

3.1.1. Podmioty uprawnione

Przesyłka niejawnie nadzorowana jest czynnością operacyjno-rozpoznawczą, którą może stosować Policja (art. 19b ustawy o Policji), funkcjonariusze Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (art. 30 ustawy o ABW), Straż Graniczna (art. 9g ustawy o SG), Służba Kontrwywiadu Wojskowego (art. 34 ustawy o SKW), Żandarmeria Wojskowa (art. 33 ustawy o ŻW) oraz funkcjonariusze wywiadu skarbowego (art. 36ca u.k.s.).

3.1.2. Definicja

Zgodnie z definicjami ustawowymi czynność ta polega na niejawnym nadzorowaniu wytwarzania, przemieszczania, przechowywania lub obrotu przedmiotami przestępstwa. Jak zostało to doprecyzowane w rozporządzeniach wykonawczych[57], podczas stosowania tej instytucji możliwe jest obserwowanie: 1) przesyłek, co do których zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że mogą zawierać przedmioty przestępstwa; 2) nieruchomości lub przedmiotów ruchomych, w tym pojazdów, co do których zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że są wykorzystywane do wytwarzania, przemieszczania, przechowywania lub obrotu przedmiotami przestępstwa; 3) osób, co do których zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że mogą wytwarzać, przemieszczać, przechowywać lub dokonywać obrotu przedmiotami przestępstw. Ponadto podczas przeprowadzania czynności nadzorowania przesyłki właściwy organ może dokonywać w sposób niejawny zmian w przesyłkach lub innych rzeczach zawierających przedmioty przestępstwa polegających na wyłączaniu okresowo

[57] Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 13.03.2002 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Policję niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa (Dz. U. Nr 23, poz. 239 ze zm.); rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 7.10.2002 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1772); rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 16.02.2011 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Straż Graniczną czynności niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa (Dz. U. Nr 61, poz. 312); rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 25.09.2006 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego czynności niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa, a także sposobu przechowywania, przekazywania oraz niszczenia materiałów i dokumentów uzyskanych lub wytworzonych w związku z realizacją tych czynności (Dz. U. Nr 175, poz. 1288); rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 27.12.2001 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa przez Żandarmerię Wojskową (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 432); rozporządzenie Ministra Finansów z 8.02.2007 r. w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez wywiad skarbowy czynności niejawnego nadzorowania wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstwa (Dz. U. Nr 35, poz. 223).

przesyłki i innych rzeczy z obrotu lub procesu wytwarzania, otwieraniu ich w celu sprawdzenia i oceny zawartości, oznakowaniu, usunięciu przedmiotów przestępstwa lub zastąpieniu ich innymi przedmiotami w całości albo w części oraz w celu ujawnienia i utrwalenia śladów kryminalistycznych, zamykaniu przesyłki i innych rzeczy po otwarciu i włączaniu ich do obrotu lub procesu wytwarzania. Możliwe jest zatem wchodzenie na teren pomieszczeń i obiektów, w których znajdują się przesyłki, oraz dokonywanie ich przeszukiwania. Czynności te mogą być podejmowane w celu „dokumentowania przestępstw" albo ustalenia „tożsamości osób uczestniczących w tych przestępstwach lub przejęcia przedmiotów przestępstwa". Niezależnie od tego, czemu ma służyć przeprowadzenie tej czynności, jej zarządzenie wymaga posiadania już wiarygodnych materiałów uzasadniających przypuszczenie, że popełniono przestępstwo lub że jest ono w fazie co najmniej przygotowania.

3.1.3. Zakres przedmiotowy

Przesyłka niejawnie nadzorowana może być stosowana – podobnie jak transakcja pozorna – tylko w sprawach dotyczących przestępstw wymienionych, dla każdej z uprawnionych służb, w katalogach przewidzianych dla kontroli operacyjnej.

3.1.4. Tryb zarządzenia

Przesyłkę niejawnie nadzorowaną zarządzają odpowiednio: Komendant Główny Policji, Komendant CBŚ lub komendanci wojewódzcy Policji, Szef ABW, Komendant Główny Straży Granicznej lub komendanci oddziałów Straży Granicznej, Szef SKW, Komendant Główny Żandarmerii Wojskowej lub komendanci oddziałów Żandarmerii Wojskowej lub Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej. Zarządzenie przesyłki nie jest uzależnione od zgody prokuratora, wymaga jednak jego zawiadomienia. Właściwy prokurator okręgowy, a w przypadku decyzji wydawanych przez Głównego Inspektora Kontroli Skarbowej, Szefa ABW lub Szefa SKW – Prokurator Generalny, może w każdej chwili zarządzić wstrzymanie stosowania tego środka.

3.1.5. Zasady wykorzystania w procesie materiałów uzyskanych podczas stosowania przesyłki niejawnie nadzorowanej

Wprowadzanie do procesu dowodów z przesyłki niejawnie nadzorowanej odbywa się według tych samych zasad, które przewidziano dla transakcji pozorowanej[58].

3.2. Praktyka stosowania instytucji przesyłki niejawnie nadzorowanej

Podobnie jak w przypadku transakcji pozornej, tak w przypadku przesyłki niejawnie nadzorowanej udzielenia jawnej informacji statystycznej odmówiła Policja, zasłaniając się, że dane te objęte są klauzulą „poufne". Informacji na ten temat nie przekazała też SKW. Nadesłane przez pozostałe organy informacje zawarte są w tabeli 19, gdzie

[58] Zob. też wyrok ETPCz z 1.03.2010 r. w sprawie *Welke i Białek przeciwko Polsce*, skarga 15924/05, LEX nr 736608.

„zarządzono" oznacza liczbę zarządzonych przypadków stosowania tej instytucji, a „zaniechano" oznacza liczbę przypadków, gdzie właściwy prokurator wydał nakaz wstrzymania jej stosowania.

Tabela 19
Stosowanie instytucji przesyłki niejawnie nadzorowanej

	2011		2012		2013	
	zarządzono	zaniechano	zarządzono	zaniechano	zarządzono	zaniechano
ABW	1	0	1	0	0	0
SG	8	0	4	0	0	0
ŻW	0	0	0	0	0	0
GIKS	0	0	0	0	0	0
Łącznie	9	0	5	0	0	0

Jak wskazują powyższe dane, przesyłka niejawnie kontrolowana w ogóle nie jest liczącą się statystycznie instytucją w praktyce wskazanych służb. W 2013 r. nie została zastosowana ani razu. Jedynymi służbami, którym zdarzało się sięgać w latach 2011 i 2012 po ten środek, były ABW i Straż Graniczna. Ani razu prokurator nie wstrzymał jego wykonywania.

Podobnie natomiast jak transakcja pozorna przesyłka niejawnie nadzorowana wykazuje się stosunkowo dużą efektywnością, tzn. jej stosowanie prowadziło do przekazywania prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania karnego lub wykorzystania w już toczącym się postępowaniu karnym materiałów dotyczących relatywnie wielu osób. Jest to o tyle proste do wytłumaczenia, że środek ten zarządzany jest tam, gdzie istnieje podejrzenie popełniania przestępstw związanych z nielegalnym przerzutem towarów. Tego rodzaju operacje wymagają zaś zwykle zaangażowania wielu sprawców.

Tabela 20
„Efektywność" przesyłki niejawnie nadzorowanej

	2011		2012		2013	
	zarządzono	przekazano	zarządzono	przekazano	zarządzono	przekazano
ABW	1	0	1	3	0	0
SG	8	10	4	11	0	0
ŻW	0	0	0	0	0	0
GIKS	0	0	0	0	0	0
Łącznie	9	10	5	14	0	0

4. Dane bankowe

4.1. Podmioty uprawnione

W ramach prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych niektóre podmioty mogą także występować o udzielenie tzw. danych bankowych. Możliwość taka

przewidziana została w art. 20 ustawy o Policji, art. 23 ustawy o CBA oraz art. 10c ustawy o SG. Oczywiście możliwości pozyskiwania danych bankowych są znacznie szersze i stosownie do art. 105 prawa bankowego[59] przysługują m.in. także sądowi, prokuratorowi, Generalnemu Inspektorowi Kontroli Skarbowej, organom Służby Celnej, przy czym dotyczy to sytuacji, gdy toczy się już postępowanie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Tym samym charakter tych uprawnień jest procesowy, a nie operacyjno-rozpoznawczy.

4.1.2. Zakres danych bankowych

Pojęcie danych bankowych jest bardzo szerokie. Ustawa o Policji i ustawa o Straży Granicznej rozumie przez nie dane dotyczące umów ubezpieczenia, a w szczególności przetwarzane przez zakłady ubezpieczeń dane podmiotów, w tym osób, które zawarły umowę ubezpieczenia, przetwarzane przez banki informacje stanowiące tajemnicę bankową oraz informacje dotyczące umów o rachunek papierów wartościowych, umów o rachunek pieniężny, umów ubezpieczenia lub innych umów dotyczących obrotu instrumentami finansowymi, w szczególności przetwarzane przez uprawnione podmioty dane osób, które zawarły takie umowy. Przy czym tajemnicą bankową są wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje (art. 104 pr. bank.). Nie mniej szeroka definicja danych bankowych znajduje się w ustawie o CBA.

4.1.3. Zakres przedmiotowy

Policja i Straż Graniczna mogą wystąpić do sądu o wyrażenie zgody na operacyjne pozyskiwanie danych bankowych wyłącznie w związku z przestępstwami zawartymi w katalogach przewidzianych dla kontroli operacyjnej. Centralne Biuro Antykorupcyjne może wystąpić do sądu w nieco szerszym zakresie, także bowiem w celu kontroli oświadczeń majątkowych osób pełniących funkcje publiczne.

4.1.4. Tryb zarządzania

Zgody na ujawnienie danych bankowych na pisemny wniosek komendanta głównego lub komendantów oddziałów uprawnionych podmiotów udziela właściwy sąd okręgowy. W przypadku CBA wniosek składa Szef CBA, a sądem właściwym do jego rozpoznania jest Sąd Okręgowy w Warszawie.

4.1.5. Zasady wykorzystywania danych bankowych w procesie

Ustawy nie przewidują żadnego szczególnego trybu wprowadzania danych bankowych do procesu. Przekazane dane, niezależnie od formy, w jakiej je przekazano, w szczególności niezależnie czy nastąpi w formie wydruku komputerowego, pisma lub pliku elektronicznego, ze względu na zawartą w nich treść będą dokumentem.

[59] Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 ze zm.), dalej jako pr. bank.

Będą zatem podlegać wprowadzeniu do procesu w trybie i na zasadach przewidzianych dla dokumentów.

4.2. Praktyka pozyskiwania danych bankowych

W ramach prowadzonych badań wystąpiono do prezesów wszystkich sądów okręgowych oraz do komendantów (szefów) właściwych służb z zapytaniami o praktykę sięgania po dane bankowe.

Prezesów wszystkich sądów okręgowych poproszono o podanie informacji, ile wpłynęło w latach 2011, 2012 oraz 2013 (z rozbiciem na każdy rok) wniosków kierowanych przez Policję na podstawie art. 20 ust. 3–7 ustawy o Policji w zw. z art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. l pr. bank. o wydanie postanowienia w przedmiocie udostępnienia danych, w tym w szczególności: liczby osób, wobec których takie wnioski były w poszczególnych latach kierowane; liczby osób, co do których sąd wydał postanowienie o wyrażeniu zgody na udostępnienie takich danych i informacji; liczby osób, co do których sąd wydał postanowienie o odmowie udzielenia zgody na udostępnienie takich informacji i danych. Przy czym należy nadmienić, że art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. l pr. bank. stanowi wyraźnie o udzielaniu danych „Policji, jeżeli jest to konieczne dla skutecznego zapobieżenia przestępstwom, ich wykrycia albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów, na zasadach i w trybie określonych w art. 20 ustawy (…) o Policji". Nie ma więc wątpliwości, że dotyczy operacyjnego pozyskiwania takich danych. Do prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie zwrócono się dodatkowo o podanie tych samych danych w odniesieniu do wniosków kierowanych przez CBA.

Tabela 21
Praktyka sądów okręgowych w zakresie wniosków składanych na podstawie art. 20 ustawy o Policji w przedmiocie wyrażenia zgody na uzyskanie danych bankowych

Sąd Okręgowy w:	2011			2012			2013		
	Wnioski	Zgody	Odmowy	Wnioski	Zgody	Odmowy	Wnioski	Zgody	Odmowy
Białymstoku	417	–	–	502	–	–	661	–	–
Bydgoszczy	87	87	0	402	402	0	404	403	1
Gdańsku	49	–	–	33	–	–	63	–	–
Katowicach*	53	51	0	52	52	0	47	46	1
Kielcach	8	8	0	3	2	1	2	2	0
Krakowie	42	42	0	68	68	0	91	91	0
Lublinie	26	26	0	25	22	3	30	29	1
Łodzi	26	26	0	45	45	0	18	18	0
Olsztynie	78	77	1	62	59	3	54	54	0
Opolu	0	0	0	1	1	0	0	0	0
Poznaniu	217	217	0	74	74	0	88	88	0
Radomiu	0	0	0	1	1	0	0	0	0
Rzeszowie	5	5	0	1	1	0	5	5	0
Łącznie	1008	1007	1	1269	1262	7	1463	1460	3

* Z informacji nadesłanej przez Prezesa Sądu Okręgowego w Katowicach wynikało, że w 2011 w dwóch przypadkach miała miejsce „częściowa odmowa rozpatrzenia wniosku".

Odpowiedzi udzielili prezesi wszystkich sądów okręgowych, z wyjątkiem prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie, który poinformował, że „przedmiotowe dane nie są możliwe do wygenerowania z systemu biurowości sądowej ani też ze zbioru danych statystycznych". Spośród pozostałych nadesłanych odpowiedzi wynikało, że w 31 sądach okręgowych w ogóle nie odnotowano w latach 2011–2013 wniosków Policji o ujawnienie danych bankowych. Dane nadesłane z pozostałych 13 sądów okręgowych zestawiono w tabeli, przy czym dane nadesłane z okręgu białostockiego i gdańskiego nie ujawniały, w jakiej części wnioski Policji podlegały uwzględnieniu, a w jakiej odmowie uwzględnienia.

Natomiast z danych nadesłanych przez Komendanta Głównego Policji, Komendanta Straży Granicznej oraz Szefa CBA wyłania się trochę odmienny obraz.

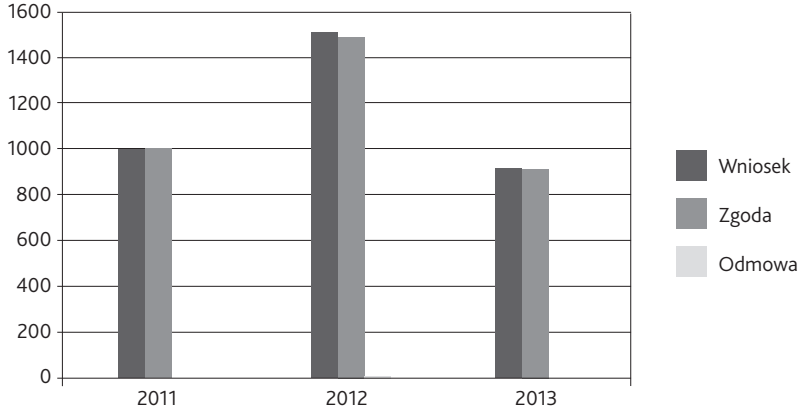
Tabela 22
Praktyka Policji, CBA i Straży Granicznej w zakresie wniosków w przedmiocie wyrażenia zgody na uzyskanie danych bankowych

	2011			2012			2013		
	Wnioski	**Zgody**	**Odmowy**	**Wnioski**	**Zgody**	**Odmowy**	**Wnioski**	**Zgody**	**Odmowy**
Policja	965	964	1	1461	1449	12	836	836	0
CBA	32	32	0	33	33	0	75	75	0
SG	2	2	0	6	6	0	0	0	0
Łącznie	999	998	1	1500	1488	12	911	911	0

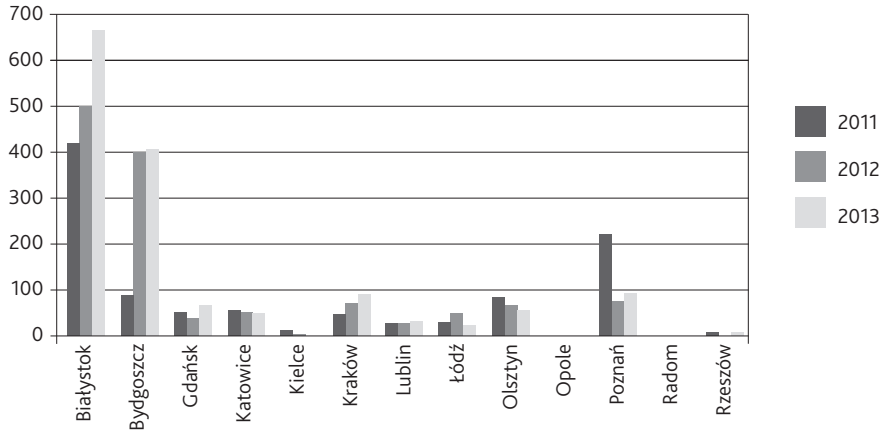
Wspólne wnioski, jakie wyłaniają się z analizy danych pochodzących z obydwu grup, potwierdzają, że odsetek spraw, w których wnioski o wyrażenie zgody na dostęp do danych bankowych załatwiane są odmownie, jest znikomy. W świetle danych przedstawionych przez Policję, CBA i Straż Graniczną w 2013 r. na 911 złożonych wniosków ani jeden nie został załatwiony odmownie. Według danych pochodzących z sądów okręgowych sytuacja taka w 2011 r. miała miejsce w 3 przypadkach na 1463. Stan ten potwierdza, jak się wydaje, konkluzję sformułowaną już przy okazji analizy danych dotyczących kontroli operacyjnej, a mianowicie, że sądy w rzeczywistości nie mają skutecznych narzędzi weryfikacji zasadności i celowości takich wniosków. Przyjmują za prawdziwe podnoszone twierdzenia i w zasadzie automatycznie decydują o ich akceptacji. Stan ten powinien skłaniać do rozważenia sensowność takiej kontroli. Paradoksalnie, jak wykazały to dane przedstawione na temat praktyki stosowania kontroli operacyjnej, ale także transakcji pozornej, zdecydowanie bardziej efektywna okazała się kontrola prokuratorska, a szczególnie kontrola wykonywana przez Prokuratora Generalnego.

Dane dostarczone przez poszczególne sądy okręgowe ujawniły też bardzo dużą nierównomierność „geograficzną" w sięganiu po wskazany środek. Kolejne 3 lata z rzędu pokazują, że są takie okręgi sądowe, w których jest to środek bardzo często wykorzystywany. Szczególnie jest to widoczne w odniesieniu do Białegostoku, w którym w 2011 r. odnotowano 41%, w 2012 r. – 39,5%, a w 2013 r. – 45% wszystkich wniosków wskazanych przez sądy, których prezesi nadesłali dane. Ale też stosunkowo szeroko znalazł on odzwierciedlenie w praktyce w okręgu bydgoskim (tu interesujący jest zwłaszcza przeskok pomiędzy rokiem 2011, gdzie wniosków tych było 87, a latami 2012 i 2013, w których odnotowano ich już odpowiednio 402 i 404) czy poznańskim. Jednakże w 31 okręgach sądowych (w tym np. w okręgach wrocławskim czy szczecińskim) przez 3 lata z rzędu w ogóle nie odnotowano takich wniosków.

Wykres 16
Pozyskiwanie danych bankowych w latach 2011, 2012, 2013



Wykres 17
Wnioski składane do sądów okręgowych o wyrażenie zgody na pozyskiwanie danych bankowych



Najbardziej zagadkową rzeczą są różnice, jakie ujawniają się w danych dostarczonych przez prezesów sądów okręgowych i przez same służby. Dane sądowe nie uwzględniają Sądu Okręgowego w Warszawie, którego prezes nie przekazał informacji. Ponadto pytanie skierowane do sądów dotyczyło tylko wniosków kierowanych przez Policję, ale nie Straż Graniczną czy CBA[60]. Nie powinno więc dziwić, że dane przedstawione przez sądy pokazują niższe liczby niż dane pochodzące od służb. Ale tak jest wyłącznie w odniesieniu do roku 2012. Tymczasem gdy chodzi zarówno o rok 2011, jak i rok 2013 informacje z sądów wskazują na wyższą liczbę wystąpień o dane bankowe niż informacje pochodzące od Komendanta Głównego Policji, Komendanta Głównego Straży Granicznej i Szefa CBA. Różnica ta dotyczy aż 552 wniosków. Nie ma prostego wytłumaczenia tej sytuacji i wniosek z tego rysuje się taki, że warto w przyszłości ponowić badanie, aby tę kwestię zweryfikować.

[60] Wnioski CBA rozpatruje Sąd Okręgowy w Warszawie.

5. Dane telekomunikacyjne

5.1. Informacje ogólne

5.1.1. Podmioty uprawnione

Prawo do operacyjnego pozyskiwania danych telekomunikacyjnych mają: Policja (art. 20c ustawy o Policji), ABW (art. 28 ustawy o ABW), CBA (art. 18 ustawy o CBA), Straż Graniczna (art. 10b ustawy o SG), SKW (art. 32 ustawy o SKW), Żandarmeria Wojskowa (art. 30 ustawy o ŻW), organy wywiadu skarbowego (art. 36b u.k.s.) oraz organy Służby Celnej (art. 75d ustawy o SC).

5.1.2. Definicja danych telekomunikacyjnych

Definicja danych telekomunikacyjnych, a tym samym i ich zakres, jest bardzo rozbudowana. Artykuł 20c ustawy o Policji (ale też art. 218 k.p.k.) odsyła w tym względzie do danych, o których mowa w art. 180c i 180d prawa telekomunikacyjnego[61].

Zgodnie z treścią art. 180c pr. tel. są to: 1) dane niezbędne do ustalenia zakończenia sieci, telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, użytkownika końcowego: inicjującego połączenie lub do którego kierowane jest połączenie; 2) dane niezbędne do określenia daty i godziny połączenia oraz czasu jego trwania; 3) dane niezbędne do określenia rodzaju połączenia; 4) dane niezbędne do określenia lokalizacji telekomunikacyjnego urządzenia końcowego. Szczegółowy wykaz tych danych został podany w rozporządzeniu w sprawie szczegółowego wykazu danych oraz rodzajów operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązanych do ich zatrzymywania i przechowywania[62].

Natomiast zgodnie z art. 180d pr. tel. danymi telekomunikacyjnymi są także dane, o których mowa w art. 159 ust. 1 pkt 1 i 3–5 pr. tel., tj.: 1) dane dotyczące użytkownika; 2) dane transmisyjne; 3) dane lokalizacyjne, które oznaczają wszystkie dane wskazujące położenie geograficzne urządzenia; 4) dane o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci, w tym dane o nieudanych próbach połączeń, oznaczających połączenia między telekomunikacyjnymi urządzeniami końcowymi lub zakończeniami sieci, które zostały zestawione i nie zostały odebrane przez użytkownika końcowego lub nastąpiło przerwanie zestawianych połączeń.

Wreszcie dane dotyczące użytkownika zostały sprecyzowane w art. 161 pr. tel. i są to wszystkie przekazane przez użytkownika dostawcy publicznie świadczonych usług telekomunikacyjnych informacje obejmujące: 1) nazwiska i imiona; 2) imiona rodziców; 3) miejsce i datę urodzenia; 4) adres zamieszkania i adres korespondencyjny, jeżeli jest on inny niż adres miejsca zamieszkania; 5) numer ewidencyjny PESEL – w przypadku obywatela Rzeczypospolitej Polskiej oraz nazwę, serię i numer dokumentów potwierdzających tożsamość, a w przypadku cudzoziemca, który nie

[61] Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.), dalej jako pr. tel.

[62] Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 28.12.2009 r. w sprawie szczegółowego wykazu danych oraz rodzajów operatorów publicznej sieci telekomunikacyjnej lub dostawców publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych obowiązanych do ich zatrzymywania i przechowywania (Dz. U. Nr 226, poz. 1828).

jest obywatelem państwa członkowskiego albo Konfederacji Szwajcarskiej – numer paszportu lub karty pobytu; 6) inne dane o użytkowniku posiadane przez dostawcę w związku ze świadczoną usługą, w szczególności numer konta bankowego lub karty płatniczej, a także adres poczty elektronicznej czy numery telefonów kontaktowych.

Zakres tzw. danych telekomunikacyjnych jest więc bardzo szeroki. Ze względów praktycznych grupuje się go w 3 obszary. Pierwszy stanowią tzw. **dane abonenckie**, tj. dane o użytkowniku sieci. Drugi – **dane bilingowe**, tj. dane o wykonywanych lub odbieranych połączeniach, próbach połączeń, czasie ich trwania itd., są to tzw. dane o ruchu użytkownika w sieci telekomunikacyjnej. Trzecią grupę stanowią **dane lokalizacyjne**, czyli dane pozwalające na określenie usytuowania lub przemieszczania się urządzenia telekomunikacyjnego, a tym samym zwykle także i jego użytkownika.

5.1.3. Zakres przedmiotowy

Pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych przez służby policyjne w ramach prowadzonych działań operacyjno-rozpoznawczych nie zostało ograniczone – wzorem wcześniej omawianych środków – do wydzielonej grupy najpoważniejszych katalogowanych przestępstw. Metoda ta może mieć zatem zastosowanie w praktyce uprawnionych służb do wszystkich podejmowanych przez nie działań, które mieszczą się w ich kompetencjach. Poszczególne ustawy jedynie bardzo ogólnie wskazują, że sięgać po takie dane można w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw (tak ustawa o Policji, ustawa o SG, ustawa o ŻW czy ustawa o kontroli skarbowej), w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw, a także uzyskiwania i utrwalania dowodów przestępstw (tak ustawa o CBA), czy w celu rozpoznawania, zapobiegania i zwalczania zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny (tak w ustawie o ABW). Ustawy nie przewidują też żadnych wyłączeń podmiotowych co do osób, wobec których można kierować ten środek.

5.1.4. Tryb pozyskiwania

Sposób pozyskiwania danych telekomunikacyjnych we wszystkich ustawach uregulowany jest podobnie. Może się to odbywać albo na pisemny wniosek organu kierującego daną służbą lub osoby przez niego upoważnionej, albo na ustne żądanie funkcjonariusza danej służby mającego pisemne upoważnienie organu kierującego daną służbą lub osoby przez niego upoważnionej, albo za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej. W tym ostatnim przypadku dane mogą zostać udostępnione funkcjonariuszowi, który ma upoważnienie właściwego organu kierującego daną służbą, i musi się to odbyć w sposób zapewniający możliwość weryfikacji, kto, kiedy i o jakie dane występował. Zarówno przechowywanie danych telekomunikacyjnych przez podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne[63], jak i przekazywanie

[63] Obecnie obowiązek przechowywania danych przez dostawców usług wynosi 12 miesięcy (por. art. 180 pr. tel.), przy czym dyrektywa nakładająca konieczność wprowadzenia takich regulacji, tj. dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 15.03.2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz. Urz. UE L 105 z 2006 r., s. 54), dalej jako dyrektywa 2006/24/WE, została uznana w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 8.04.2014 r. w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12, *Digital Rights Ireland i Seitlinger i in.*, EU:C:2014:238, w całości za nieważną.

ich na żądanie uprawnionych służb odbywa się na koszt operatorów. Obecnie obowiązujące przepisy nie przewidują żadnej formy kontroli nad pozyskiwaniem danych telekomunikacyjnych przez Policję i służby specjalne (ani uprzedniej, ani następczej, ani generalnej, ani indywidualnej).

5.1.5. Zasady wykorzystywania uzyskanych danych telekomunikacyjnych w procesie

Ani kodeks postępowania karnego, ani ustawodawstwo policyjne nie przewidują szczególnych reguł wykorzystywania w procesie karnym uzyskanych danych telekomunikacyjnych. Mogą być one zatem wprowadzane do procesu na zasadach przewidzianych dla dokumentów. Mogą także stanowić podstawę ekspertyzy biegłych.

5.1.6. Konsekwencje wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Trybunału Konstytucyjnego

Pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych jest tylko konsekwencją uprzedniego ich przechowywania. Obowiązek przechowywania takich danych przez podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne wynika z treści art. 180a pr. tel. i wynosi obecnie 12 miesięcy. Artykuł 180a pr. tel. został uchwalony w związku z implementacją do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2006/24/WE. To właśnie ten akt, wypracowany i przyjęty po atakach terrorystycznych w Madrycie i Londynie, nakładał na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia gromadzenia i przechowywania danych generowanych przez użytkowników sieci telekomunikacyjnych. Tymczasem 8.04.2014 r. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, orzekając w trybie tzw. procedury prejudycjalnej na wniosek Sądu Najwyższego Irlandii (sprawa C-293/12) oraz Austriackiego Trybunału Konstytucyjnego (sprawa C-594/12), stwierdził, że cała dyrektywa 2006/24/WE jest nieważna, albowiem jej uregulowania naruszają art. 7 i art. 8 Karty praw podstawowych[64], tj. prawo do życia prywatnego oraz prawo do ochrony danych osobowych. Wśród licznych argumentów Trybunał Sprawiedliwości UE podnosił, że dyrektywa 2006/24/WE, zobowiązując do retencjonowania danych telekomunikacyjnych, nie uwzględnia związku przyczynowego pomiędzy potrzebą gromadzenia danych a zagrożeniem bezpieczeństwa, nie uwzględnia konieczności poszanowania tajemnic zawodowych, które mogą być w ten sposób łatwo naruszane, nie przewiduje wreszcie żadnych mechanizmów kontrolnych i gwarancyjnych, że przechowywane dane zostaną wykorzystane tylko do celów zapobiegania, wykrywania i ścigania dostatecznie poważnych przestępstw (pkt 60 uzasadnienia). Choć formalnie decyzja Trybunału Sprawiedliwości UE nie pociąga za sobą bezpośredniego skutku w postaci *ex lege* nieważności art. 180a pr. tel., to argumentacja tam podniesiona z całą pewnością musi być uwzględniona przy ocenach skutków stosowania tego przepisu.

Natomiast 30.07.2014 r. zapadł przywoływany już wyrok TK w sprawie K 23/11, której przedmiotem była m.in. regulacja dotycząca operacyjno-rozpoznawczego pozyskiwania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych. Zdaniem TK uregulowania zawarte w treści art. 20c ust. 1 ustawy o Policji, art. 10b ust. 1 ustawy

[64] Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326 z 2012 r., s. 391).

o SG, art. 36b ust. 1 u.k.s., art. 30 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW, art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy o SKW, art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o CBA i art. 75d ust. 1 ustawy o SC **„przez to, że nie przewidują niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy (…) Prawo telekomunikacyjne (…), są niezgodne z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji"**. Trybunał Konstytucyjny równocześnie odroczył utratę mocy obowiązującej tych przepisów o 18 miesięcy od daty ogłoszenia wyroku. Przepisy te stracą więc w swoim dotychczasowym kształcie moc 16.02.2016 r. W chwili sporządzania tego sprawozdania nie został jeszcze upubliczniony projekt ustawy zmieniającej wskazaną regulację.

Tabela 23.
Praktyka pobrań danych telekomunikacyjnych w latach 2011, 2012, 2013

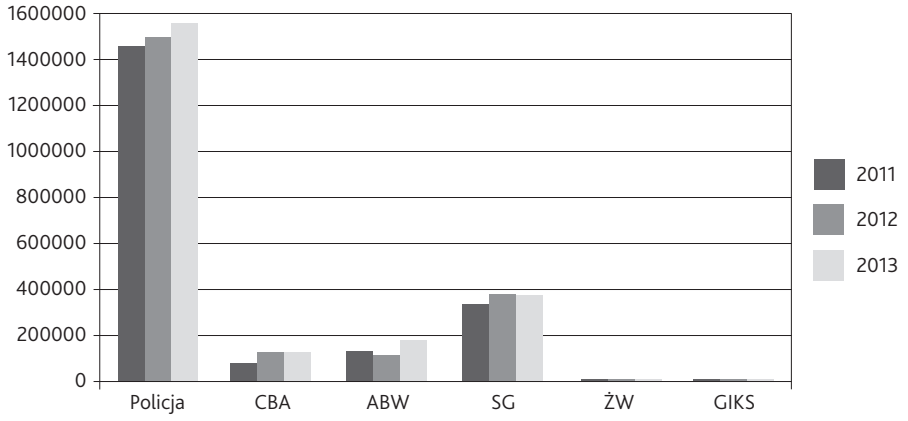
	Liczba wystąpień o dane telekomunikacyjne					
	2011		**2012**		**2013**	
	liczba	**%**	**liczba**	**%**	**liczba**	**%**
Policja	1.462.615	72,90%	1.506.133	70,60%	1.562.384	69,30%
CBA	70.808	3,50%	124.492	5,80%	124.788	5,50%
ABW	126.250	6,30%	115.652	5,40%	178.764	7,90%
Straż Graniczna	336.911	16,80%	379.764	17,80%	375.856	16,80%
ŻW	6351	0,30%	5908	0,30%	8085	0,40%
GIKS	4234	0,20%	2729	0,10%	2998	0,10%
Łącznie	2.007.169	100	2.134.678	100%	2.252.875	100%

Uzyskane z okresu 3 lat dane (brak informacji z praktyki SKW i Służby Celnej) dowodzą skali zjawiska. Roczna liczba pobrań danych telekomunikacyjnych przekracza 2 mln i ma tendencję rosnącą. Podmiotem najczęściej sięgającym po dane telekomunikacyjne, co zresztą nie może dziwić, jest Policja, która wysyła średnio rocznie 1,5 mln zapytań (70% zapytań pochodzących od wszystkich podmiotów). Oznacza to, że Policja kieruje do dostawców usług telekomunikacyjnych codziennie (nie wyłączając niedziel i świąt) 4110 zapytań. Dużą aktywnością na tym polu wykazuje się również Straż Graniczna (średnio 17% zapytań kierowanych przez wszystkie podmioty), która w 2013 r. wysłała 375.856 zapytań, co w przeliczeniu dziennym daje 1029 zapytań.

Można sobie tylko próbować wyobrazić, jakiej wysokości koszty generuje po stronie podmiotów zobowiązanych (finalnie po stronie użytkowników usług telekomunikacyjnych) obsługa takiej liczby żądań udostępnienia danych telekomunikacyjnych.

Przedstawiając dane statystyczne określające liczbę pobrań danych telekomunikacyjnych przez Policję i inne uprawnione organy, nie sposób pominąć wytłumaczenia skali zjawiska prezentowanego przez samych zainteresowanych, tj. szefów poszczególnych służb. Otóż z wyjaśnień tych wynika, że liczby te nie odzwierciedlają rzeczywistego zainteresowania służb osobami, tj. posiadaczami urządzeń telekomunikacyjnych, która to liczba w rzeczywistości może być znacznie niższa.

Wykres 18.
Liczba wystąpień o dane telekomunikacyjne



Szacuje się, że ok. 50% zapytań ma na celu ustalenie danych osobowych abonenta. To konsekwencja kilku czynników. Po pierwsze – braku centralnej bazy abonentów, z której można by pobierać stosowne dane, oraz stosunkowo łatwej migracji abonentów pomiędzy operatorami. Zainteresowany podmiot, chcąc zatem ustalić dane abonenta określonego numeru, najczęściej jednocześnie kieruje zapytania (o te same dane) do kilku największych operatorów. Po drugie –dużej liczby użytkowników telefonów przedpłaconych (*prepaid*), szacowanej obecnie na ok. 52% użytkowników telefonów komórkowych[65]. Nabycie karty *prepaid* i jej aktywacja w Polsce nie wymaga (inaczej niż np. w Niemczech) rejestracji imiennej. Nie wyklucza to ustalenia danych osobowych jej użytkownika. Wymaga jednak większej liczby zapytań wobec dostawców usług telekomunikacyjnych, np. w celu określenia danych posiadacza konta bankowego lub karty bankomatowej, z której nastąpiło doładowanie, przez ustalenie lokalizacji jej użytkownika. Po trzecie wreszcie, jak wyjaśnił Komendant Główny Policji, istnieją ograniczenia systemów operatorów m.in. umożliwiające uzyskanie w ramach jednego zapytania informacji z maksymalnie 90-dniowego okresu. Potrzeba uzyskania takich informacji z okresu roku oznacza więc konieczność wystąpienia z 4 zapytaniami. Wyjaśnienia te do pewnego stopnia rzeczywiście tłumaczą ogromne liczby kierowanych zapytań. Nie zmieniają jednak ogólnej konstatacji, że sięganie po dane telekomunikacyjne najwyraźniej stało się w praktyce Policji i innych uprawnionych służb chętnie stosowanym, łatwym, tanim i wygodnym środkiem pozyskiwania informacji.

Konsekwencją rozstrzygnięcia TK z 30.07.2014 r. jest konieczność ustawowej zmiany uregulowań w zakresie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych. Trybunał ograniczył się w swoim rozstrzygnięciu do wytknięcia braku należytej kontroli nad stosowaniem takich metod zbierania informacji przez Policję i służby. Jednym z częściej przywoływanych w literaturze i postulowanych modeli kontroli pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest model kontroli sądowej. Zwraca się uwagę, że taki

[65] Zob. uzasadnienie wyroku TK w sprawie K 23/11, pkt 3.3.

model występuje w większości państw Unii Europejskiej[66]. Przemawia za nim też oczywiście niezależności sądów i niezawisłość sędziów. Jednakże dane statystyczne obrazujące praktykę sądów w zakresie wniosków o zastosowanie kontroli operacyjnych czy wniosków o wyrażenie zgody na udostępnienie danych bankowych lub ubezpieczeniowych nie mogą nie skłaniać do refleksji. Automatyczne wpisanie do ustawodawstwa sądów jako jedynych decydentów w zakresie wystąpienia o udostępnianie danych telekomunikacyjnych nie wydaje się słuszne. Niezależnie od wykazanego na przykładzie kontroli operacyjnej i danych bankowych automatyzmu decyzji sądów nie sposób sobie wyobrazić, aby były one w stanie sprostać zadaniu, nawet jeżeli weźmiemy pod uwagę bardzo optymistyczny szacunek, że składanych będzie tylko 50% wniosków w stosunku do tych, które kierowane są obecnie. Nie wydaje się zresztą, aby rzeczywiście zawsze niezbędne było angażowanie do tego majestatu sądu.

Dane telekomunikacyjne, jak wskazano, mają różny charakter, a tym samym ich uzyskiwanie cechuje się różnym stopniem wkraczania w zakres prywatności jednostek. Zupełnie inną wagę ma bowiem uzyskiwanie informacji o danych osobowych czy miejscu zamieszkania posiadacza urządzenia telekomunikacyjnego (dane abonenckie), inną – pozyskiwanie danych o wykonywanych przez niego połączeniach lub próbach tych połączeń (dane bilingowe), inną jeszcze dane o wykonywanych za pomocą urządzenia transakcjach czy o jego lokalizacji (dane lokalizacyjne). Korzystanie z danych abonenckich mogłoby się odbywać z mocy decyzji samych służb, uzyskiwanie danych bilingowych powinno być poddane dalej idącej kontroli, np. kontroli prokuratorskiej, pozyskiwanie zaś danych najbardziej wrażliwych, w tym danych lokalizacyjnych, powinno być uzależnione od zgody sądu. Równocześnie ustawa powinna wyraźnie zawężać podstawy przedmiotowe sięgania po takie dane, aby instytucja zgody sądu nie przybierała tu jedynie pozornych form, lecz mogła się opierać na obiektywnych i dających się weryfikować kryteriach.

III. OMÓWIENIE WYNIKÓW ANKIETY PRZEPROWADZONEJ WŚRÓD SĘDZIÓW I PROKURATORÓW

1. Dane ogólne

W badaniu wzięło udział 73 respondentów, w tym 27 osób wykonujących zawód sędziego, oraz 46 osób wykonujących zawód prokuratora.

Ankietę wypełniły 23 kobiety (8 kobiet wykonujących zawód sędziego oraz 15 wykonujących zawód prokuratora) oraz 50 mężczyzn (19 sędziów oraz 31 prokuratorów).

[66] Tak jest w Bułgarii, Czechach, Danii, Finlandii, Grecji, Hiszpanii, Litwie, Luksemburgu, Niemczech, Portugalii, Słowenii. W Belgii i na Cyprze obowiązuje model, w którym kontrolę pozyskiwania danych telekomunikacyjnych sprawują sąd lub prokurator, a w Estonii i Holandii – sędzia śledczy lub prokurator, na Węgrzech i we Włoszech – prokurator, a we Francji, Irlandii, Malcie i Wielkiej Brytanii – specjalny organ administracyjny; zob. bliżej A. Adamski, *Kontrola dostępu do danych telekomunikacyjnych podlegających obowiązkowi retencji na tle ustawodawstwa wybranych państw Unii Europejskiej,* Warszawa 2012, s. 13.

Wykres 19
Zawód respondenta

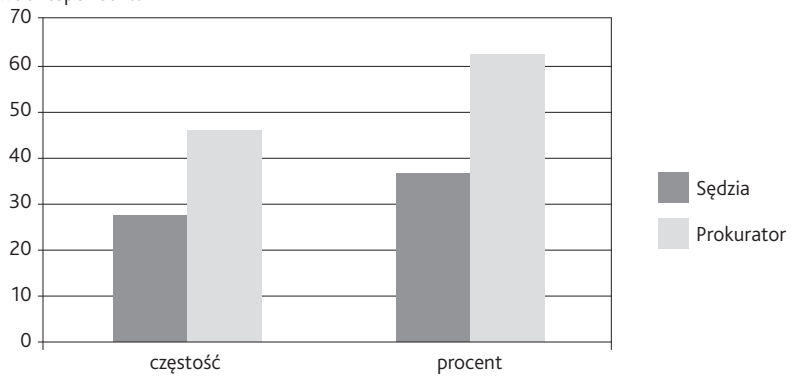
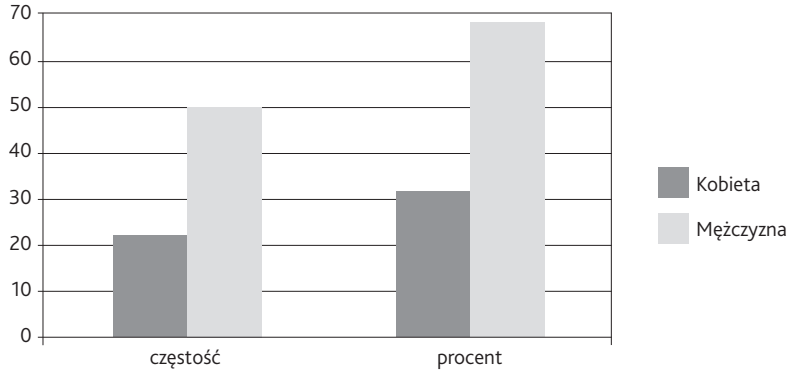


Tabela 24 Zawód respondenta			
1. Czy wykonuje Pani/Pan zawód?			
	częstość	**procent**	**procent ważnych**
		%	**%**
Sędziego	27	37	37
Prokuratora	46	63	63
Ogółem	73	100	100

Wykres 20
Płeć respondenta



Wśród respondentów dominowały osoby, których staż w zawodzie (pytano o aktualnie wykonywany zawód, co ma o tyle znaczenie, że niektóre z osób wykonujących zawód sędziego mogły wcześniej wykonywać zawód prokuratora i odwrotnie) wahał się w przedziale 6–10 lat (32,9%). Kolejną grupę stanowiły osoby, których staż w zawodzie wyniósł 15–20 lat (23,3%), a następną – 11–15 lat (21,9%). 15 respondentów, czyli 20,5% (5 sędziów i 10 prokuratorów) wykazało się ponad 20-letnim stażem zawodowym, a 1 (1,4%) sędzia wskazał na staż mieszczący się w przedziale 1–5 lat.

Wykres 21
Staż respondenta

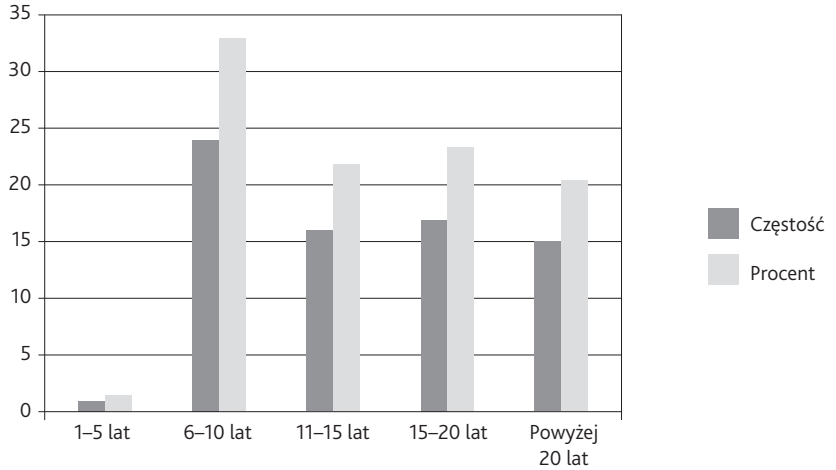


Tabela 25
Staż respondenta

3. Jaki jest Pani/Pana staż w aktualnie wykonywanym zawodzie?			
	częstość	**procent**	**procent ważnych**
		%	**%**
1 – 5 lat	1	1,4	1,4
6 – 10 lat	24	32,9	32,9
11 – 15 lat	16	21,9	21,9
15 – 20 lat	17	23,3	23,3
Powyżej 20 lat	15	20,5	20,5
Ogółem	73	100	100

Wszyscy respondenci wskazali, że w latach 2012–2013 zetknęli się w swojej pracy z dowodami uzyskanymi na podstawie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze. Jest to o tyle zrozumiałe, że brak kontaktu z takimi dowodami mógł być i zapewne był czynnikiem powodującym, iż dana osoba w ogóle nie brała udziału w badaniu. W badaniu zapytano jednak o częstotliwość, z jaką respondenci stykali się z takimi dowodami. Miało to na celu pozyskanie informacji, które pozwoliłyby oszacować skalę występowania tego rodzaju dowodów w procesach. Największa liczba respondentów odpowiedziała, że w latach 2012–2013 zetknęła się z takimi dowodami w 1–5 spraw. Tak odpowiedziało 40 pytanych (54,8%), w tym 11 osób wykonujących zawód sędziego i 29 wykonujących zawód prokuratora. 14 osób (19,2%) podało, że zetknęło się z takimi dowodami w 6–10 sprawach, 7 osób (9,6%), że zetknęło się z nimi w 11–20 sprawach, a 12 osób (16,4%), że w ponad 20 sprawach.

Wykres 22
Doświadczenie respondenta

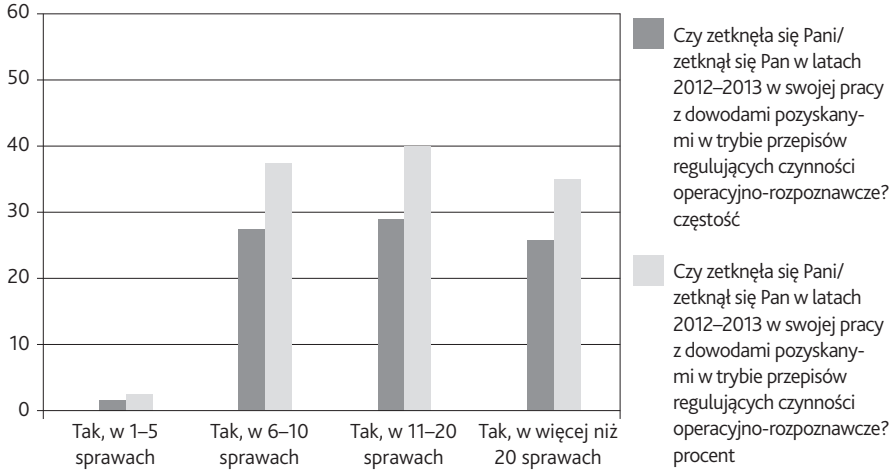


Tabela 26
Doświadczenie respondenta – ogółem

4. Czy zetknęła się Pani/zetknął się Pan w latach 2012–2013 w swojej pracy z dowodami pozyskanymi w trybie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?		
	częstość	**procent**
		%
Tak, w 1 – 5 sprawach	40	54,8
Tak, w 6 – 10 sprawach	14	19,2
Tak, w 11 – 20 sprawach	7	9,6
Tak, w więcej niż 20 sprawach	12	16,4
Ogółem	73	100

Biorąc pod uwagę, że pytano o doświadczenia z okresu 2 lat praktyki zawodowej, należy stwierdzić, iż podane liczebności nie są nadmiernie wysokie. Większość badanych wskazała, że w okresie tym zetknęła się z dowodami operacyjnymi w 1–5 spraw. Odsetek osób wskazujących więcej niż 20 spraw wyniósł 16,4%. Co interesujące, na częstsze doświadczenia z takimi dowodami wskazały osoby wykonujące zawód sędziego, choć wydawać by się mogło, że to właśnie do etapu postępowania przygotowawczego częściej przenikają dowody, które potem niekoniecznie są prezentowane w postępowaniu przed sądem. Tymczasem tylko 2 prokuratorów udzieliło odpowiedzi wskazujących na najwyższą z podanych w odpowiedziach częstotliwość stykania się z takimi dowodowymi i równocześnie 10 sędziów.

Zapytano dalej, z jakich czynności operacyjno-rozpoznawczych pochodziły te dowody. Respondenci mogli wskazywać w odpowiedzi więcej niż jedną czynność. Takie zastrzeżenie było konieczne ze względu na fakt, że pytano o doświadczenia z dowodami operacyjnymi z okresu 2 lat. Oczywiście mogły się one pojawić w różnych sprawach, w których brały udział osoby ankietowane, i pochodzić z różnych czynności. Najczęściej respondenci wskazywali na kontrolę operacyjną jako

Tabela 27
Doświadczenie respondenta – sędziowie

Sędziowie		
4. Czy zetknęła się Pani/zetknął się Pan w latach 2012–2013 w swojej pracy z dowodami pozyskanymi w trybie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?		
	częstość	**procent**
		%
Tak, w 1 – 5 sprawach	11	40,7
Tak, w 6 – 10 sprawach	5	18,5
Tak, w 11 – 20 sprawach	1	3,8
Tak, w więcej niż 20 sprawach	10	37
Ogółem	27	100

Tabela 28
Doświadczenie respondenta – prokuratorzy

Prokuratorzy		
4. Czy zetknęła się Pani/zetknął się Pan w latach 2012–2013 w swojej pracy z dowodami pozyskanymi w trybie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?		
	częstość	**procent**
		%
Tak, w 1–5 sprawach	29	63
Tak, w 6–10 sprawach	9	19,6
Tak, w 11–20 sprawach	6	13
Tak, w więcej niż 20 sprawach	2	4,4
Ogółem	46	100

źródło dowodu z czynności operacyjno-rozpoznawczej, z jakim mieli kontakt w swojej praktyce zawodowej. Tak wskazało 69 respondentów na 73 udzielających odpowiedzi (94,5%). Drugą najczęściej wskazywaną czynnością operacyjną były wystąpienia o udzielenie danych telekomunikacyjnych (58 wskazań, tj. 79,5% przypadków), a trzecią – wystąpienia o udostępnienie danych bankowych (51 wskazań, co stanowi 69,9% przypadków). Relatywnie wysoki w badanej grupie był odsetek osób, które zetknęły się z dowodami pochodzącymi również i z tych czynności, które są spotykane znacznie rzadziej, tj. z transakcji pozornej (11 wskazań, co oznacza, że 15,1% biorących udział w badaniu zetknęło się ze skutkami tej czynności w postaci dowodów w sprawie), przesyłki niejawnie nadzorowanej (8 wskazań, 11% udzielających odpowiedzi) czy z pracy tajnego agenta (7 wskazań, 9,6% udzielających odpowiedzi).

Kolejnym pytaniem było pytanie o częstotliwość, z jaką respondenci stykali się z poszczególnymi rodzajami dowodów. Jako dowody wymieniono:

1) nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość;
2) nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość;
3) nagrania obrazu;

4) nagrania równocześnie i dźwięku, i obrazu;
5) dane z obserwacji prowadzonej przy użyciu nadajników GPS lub innych podobnych;
6) dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o połączeniach lub próbach ich nawiązania;
7) dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o miejscu logowania się urządzenia;
8) treści przesyłane SMS-em, MMS-em;
9) treści przesyłane e-mailem;
10) dane bankowe (informacje o obrotach na rachunkach bankowych).

Dowodem pozyskanym operacyjnie, który według doświadczeń respondentów pojawiał się najczęściej w ich praktyce, był dowód z danych telekomunikacyjnych w zakresie, w jakim zawierają one **informacje o połączeniach lub próbach uzyskania połączeń**.

Wykres 23.
Rodzaj czynności operacyjno-rozpoznawczej

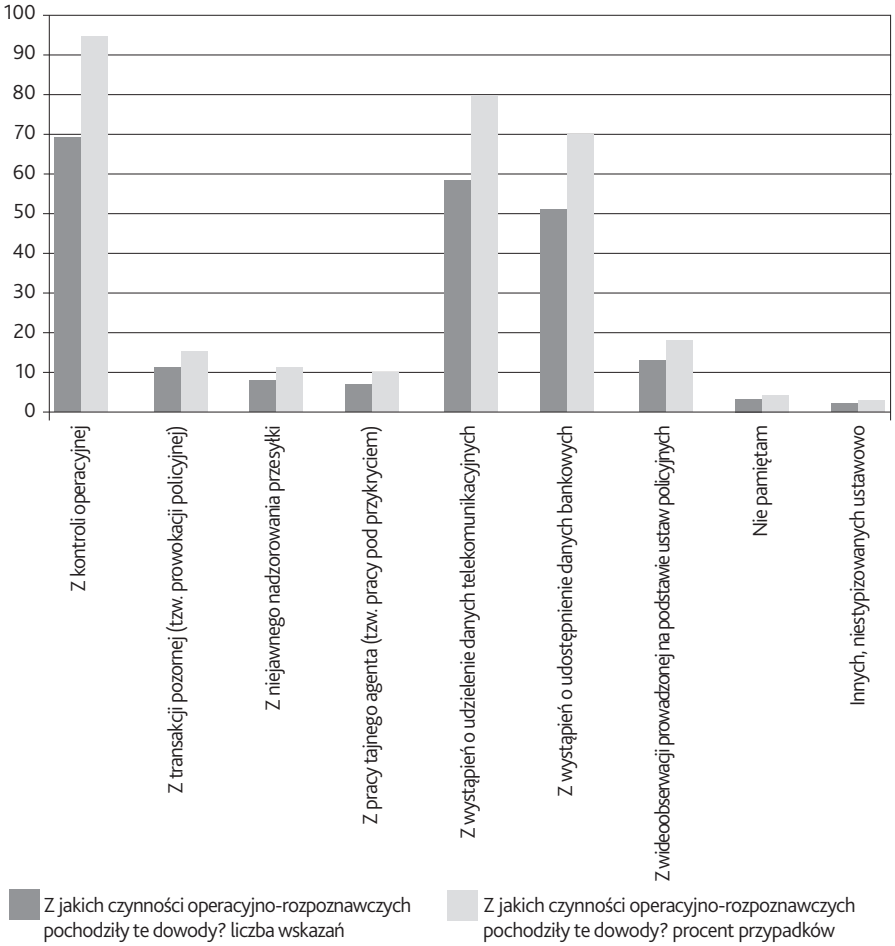


Tabela 29
Rodzaj czynności operacyjno-rozpoznawczej

6. Z jakich czynności operacyjno-rozpoznawczych pochodziły te dowody?			
	liczba wskazań	procent	procent przypadków
Z kontroli operacyjnej	69	31	94,4
Z transakcji pozornej (tzw. prowokacji policyjnej)	11	5	15,1
Z niejawnego nadzorowania przesyłki	8	3,5	11
Z pracy tajnego agenta (tzw. pracy pod przykryciem)	7	3,2	9,6
Z wystąpień o udzielenie danych telekomunikacyjnych	58	26	79,4
Z wystąpień o udostępnienie danych bankowych	51	23	69,9
Z wideoobserwacji prowadzonej na podstawie ustaw policyjnych	13	5,9	17,8
Nie pamiętam	3	1,4	4,1
Innych, niestypizowanych ustawowo	2	1	2,8
Ogółem	222	100	304,3

Wykres 24
Częstotliwość – dane telekomunikacyjne – połączenia

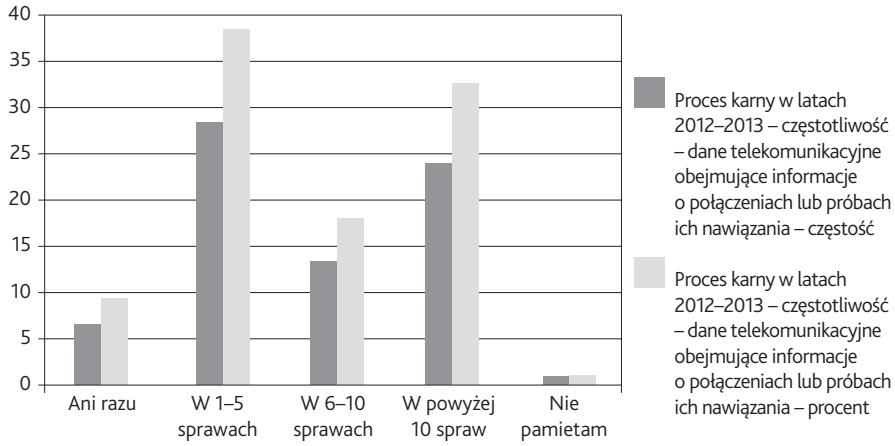


Tabela 30
Częstotliwość – dane telekomunikacyjne – połączenia

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość – dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o połączeniach lub próbach ich nawiązania		
	częstość	procent
Ani razu	7	9,6
W 1 – 5 sprawach	28	38,4
W 6 – 10 sprawach	13	17,8
W powyżej 10 sprawach	24	32,9
Nie pamiętam	1	1,3
Ogółem	73	100

24 respondentów (32,9%) wskazało, że dowód taki pojawił się w więcej niż 10 sprawach, w których brali udział w latach 2012–2013, 13 osób (17,85%), że pojawił się on w 6–10 sprawach, a 28 osób (38,4%) – w 1–5. Tylko 7 osób (9,6%) z pytanych wskazało, że w latach 2012–2013 w prowadzonych przez nie sprawach karnych nie pojawił się taki dowód.

Kolejnym równie często wskazywanym dowodem był dowód z danych telekomunikacyjnych obejmujących informacje o **miejscu logowania** się urządzenia telekomunikacyjnego. 20 ankietowanych (27,4%) wskazało, że zetknęło się z nim w latach 2012–2013 w więcej niż 10 sprawach, 12 osób (16,4%), że w 6–10 sprawach, a 29 ankietowanych (39,7%) – 1–5. Tylko 10 osób na 73 udzielających odpowiedzi (13,7%) podało, że w ogóle nie zetknęło się takim dowodem we wskazanym okresie. Natomiast 2 osoby udzieliły odpowiedzi „nie pamiętam."

Tabela 31
Częstotliwość – dane telekomunikacyjne – logowanie

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość – dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o miejscu logowania się urządzenia		
	częstość	**procent**
Ani razu	10	13,7
W 1 – 5 sprawach	29	39,7
W 6 – 10 sprawach	12	16,4
W powyżej 10 sprawach	20	27,4
Nie pamiętam	2	2,8
Ogółem	73	100

Również dane o rachunkach bankowych i obrotach na tych rachunkach okazały się dowodem, który pojawia się ze stosunkowo dużą częstotliwością. W więcej niż 10 sprawach w latach 2012–2013 zetknęło się z takim dowodem 21 (28,8%) respondentów, a 26 (35,6%) przynajmniej w 1–5.

Tabela 32
Częstotliwość – dane bankowe

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość – dane bankowe (informacje o obrotach na rachunkach bankowych)		
	częstość	**procent**
Ani razu	16	21,9
W 1 – 5 sprawach	26	35,6
W 6 – 10 sprawach	7	9,6
W powyżej 10 sprawach	21	28,8
Nie pamiętam	3	4,1
Ogółem	73	100

Jeżeli chodzi o nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość, to tylko 7 respondentów wskazało,

że w ogóle nie zetknęło się z takim dowodem w latach 2012–2013. Najczęściej podawaną odpowiedzią była odpowiedź wskazująca, że ankietowany zetknął się z takim dowodem w procesie karnym we wskazanym okresie w 1–5 spraw. Ale aż 9 osób (5 sędziów i 4 prokuratorów) wskazało, że miało to miejsce w więcej niż 10 toczących się z ich udziałem sprawach karnych.

Tabela 33
Częstotliwość – nagrania rozmów

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość – nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość		
	częstość	**procent**
Ani razu	7	9,6
W 1–5 sprawach	45	61,6
W 6–10 sprawach	11	15,1
W powyżej 10 sprawach	9	12,3
Nie pamiętam	1	1,4
Ogółem	73	100

Stosunkowo często pojawiały się też w praktyce zawodowej respondentów dowody w postaci treści wiadomości przesyłanych SMS-em, MMS-em czy e-mailem. Jeżeli chodzi o treści wiadomości przekazywanych za pomocą telefonii, to brak takich dowodów w sprawach w latach 2012–2013 zadeklarowało 18 badanych (24,7%), 29 badanych (39,7%) wskazało, że zetknęło się z takim dowodem we wskazanym okresie w 1–5 spraw, 10 (13,7%), że w 6–10 sprawach, a 14 (19,2%) – w więcej niż 10 sprawach. Dwoje badanych udzieliło odpowiedzi „nie pamiętam".

Tabela 34
Częstotliwość – treść SMS-a i MMS-a

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość – treść SMS-a, MMS-a		
	Częstość	**Procent**
Ani razu	18	24,7
W 1–5 sprawach	29	39,7
W 6–10 sprawach	10	13,7
W powyżej 10 sprawach	14	19,2
Nie pamiętam	2	2,7
Ogółem	73	100

Brak dowodów z treści wiadomości wysyłanych drogą e-mailową zadeklarowało 28 respondentów (38,4%). Występowanie takiego dowodu w 1–5 spraw wskazało w swojej ankiecie 25 badanych (34,2%), w 6–10 sprawach – 7 badanych (9,6%), a w powyżej 10 sprawach – 11 badanych (15,1%). Również i tu 2 osoby udzieliły odpowiedzi „nie pamiętam".

Zupełnie inaczej natomiast przedstawia się sytuacja dowodu w postaci nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość.

Na tak postawione pytanie aż 48 respondentów (65,8% biorących udział w badaniu) udzieliło odpowiedzi, że ani razu nie zetknęło się w latach 2012–2013 z takim dowodem, 20 badanych (27,4%), że w 1–5 spraw, a 2 osoby zetknęły się z takim dowodem w 6–10 sprawach. Ani jedna osoba nie wskazała, aby taki dowód pojawił się w więcej niż 10 sprawach, w których brała udział jako prokurator lub sędzia.

Tabela 35
Częstotliwość – treść e-maila

5. Proces karny w latach 2012–2013 – częstotliwość –treść e-maila		
	Częstość	**Procent**
Ani razu	28	38,4
W 1–5 sprawach	25	34,2
W 6–10 sprawach	7	9,6
W powyżej 10 sprawach	11	15,1
Nie pamiętam	2	2,7
Ogółem	73	100

Z nieco inną częstotliwością pojawiały się w praktyce respondentów natomiast dowody w postaci nagrań obrazu. Brak występowania takich dowodów w praktyce zawodowej w latach 2012–2013 zadeklarowało 42 badanych (57,%). Pojawienie się takiego dowodu w 1–5 spraw – 25 badanych, w 6–10 sprawach – 3 badanych, a w powyżej 10 sprawach – 2. Prawie identyczne odpowiedzi padły na pytanie o dowód obejmujący równocześnie nagranie dźwięku i obrazu. Odpowiednio było to 51 wskazań (69,9%) dla odpowiedzi „ani razu", 17 wskazań (23,3%) dla odpowiedzi 1–5, 2 dla 6–10 i 1 dla „powyżej 10 spraw". Dwie osoby nie pamiętały, czy miały w latach 2012–2013 kontakt z takimi dowodowymi, a jeżeli tak, to z jaką częstotliwością.

Natomiast gdy chodzi o dowód w postaci danych z obserwacji prowadzonej przy użyciu nadajników GPS lub innych podobnie działających, to jego brak zadeklarowało 43 badanych (58,9%), występowanie w 1–5 spraw – 23 badanych (31,5%), w 6–10 sprawach – 4 badanych, w powyżej 10 sprawach – 1 badany.

Jak wskazują powyższe dane, najczęściej wykorzystywaną procesowo czynnością operacyjno-rozpoznawczą jest pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych. Pozostaje to w zgodzie z wnioskami, jakie wynikały z częstotliwości sięgania po te dane. Przy czym doświadczenia sędziów i prokuratorów wyraźnie pokazują, że procesowe efekty tych czynności najczęściej mają związek z danymi bilingowymi lub lokalizacyjnymi (co oczywiście nie przeczy tezie, że znaczna część tych danych jest pozyskiwana w celu uzyskania danych abonenckich). Co interesujące, nieznacznie tylko mniejszą częstotliwość występowania w praktyce sędziowie i prokuratorzy przypisali danym bankowym. Na trzecim miejscu znalazły się nagrania dźwięku. W procesie karnym w mniejszym natomiast stopniu wykorzystywane są dokonane na drodze operacyjno-rozpoznawczej nagrania obrazu czy nagrania GPS (lub podobnych urządzeń pozwalających na śledzenie ruchu obiektu).

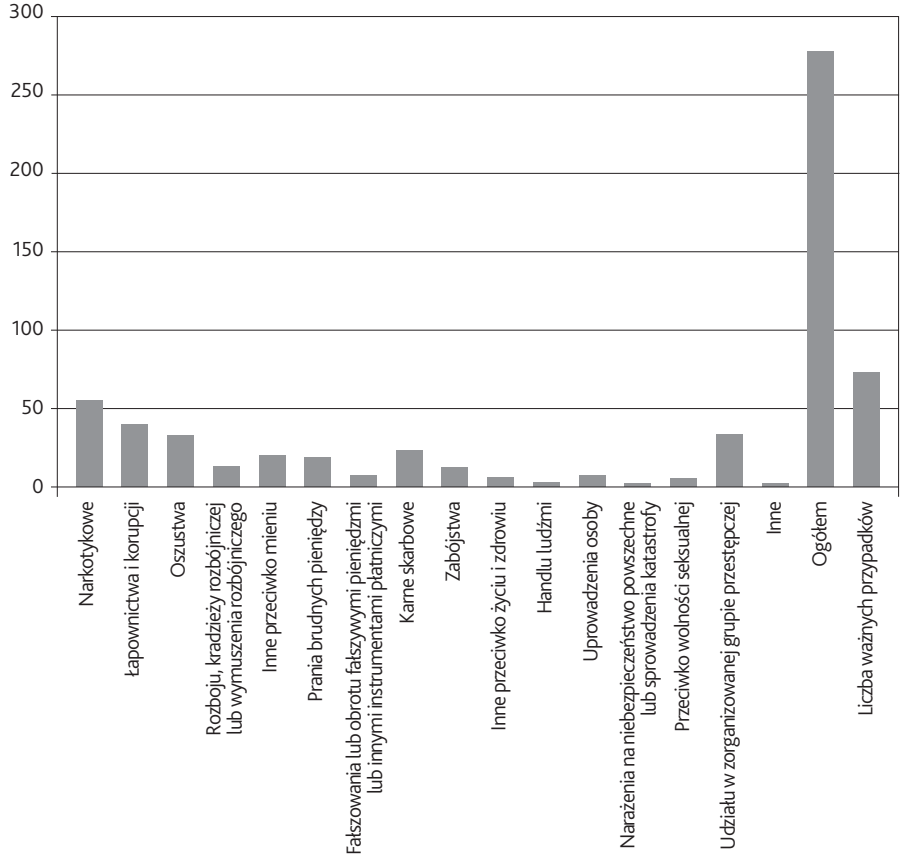
Jeżeli chodzi o rodzaje przestępstw, w związku z którymi biorący udział w badaniu zetknęli się z dowodami uzyskanymi na podstawie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze, to najczęściej wskazywano na przestępstwa narkotykowe. Tak wskazało 54 ankietowanych, tj. 74% wszystkich biorących udział w badaniu. Na drugim miejscu pod względem częstotliwości wskazań znalazły się przestępstwa łapownictwa i korupcji (39 wskazań, 53,4% badanych), dalej przestępstwo oszustwa, które uzyskało 33 wskazania (45,2% badanych), oraz przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (również 33 wskazania). W większych ilościach respondenci wskazywali także na przestępstwa karne skarbowe (23 wskazania, 31,5%), przestępstwo prania brudnych pieniędzy (19 wskazań, 26%), przestępstwa rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszenia rozbójniczego (13 wskazań, 17,8%), inne przestępstwa przeciwko mieniu (20 wskazań, 27,4%).

Tabela 36.
Rodzaje przestępstw

7. W sprawach, o jakie przestępstwa zetknęła się Pani/ zetknął się Pan w latach 2012–2013 z dowodami uzyskanymi na podstawie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?		
	Częstość	**Procent**
Narkotykowe	54	74
Łapownictwa i korupcji	39	53,4
Oszustwa	33	45,2
Rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszenia rozbójniczego	13	17,8
Inne przeciwko mieniu	20	27,4
Prania brudnych pieniędzy	19	26
Fałszowania lub obrotu fałszywymi pieniędzmi lub innymi instrumentami płatniczymi	7	8,2
Karne skarbowe	23	31,5
Zabójstwa	12	16,4
Inne przeciwko życiu i zdrowiu	6	8,2
Handlu ludźmi	3	4,1
Uprowadzenia osoby	7	9,6
Narażenia na niebezpieczeństwo powszechne lub sprowadzenia katastrofy	1	1,4
Przeciwko wolności seksualnej	6	6,8
Udziału w zorganizowanej grupie przestępczej	33	45,2
Inne	2	4,1
Ogółem	278	379,2
Liczba ważnych przypadków	73	

Jak wynika z odpowiedzi udzielonych przez respondentów, dowody pochodzące z czynności operacyjno-rozpoznawczych najczęściej miały postać materiałów niejawnych. Odpowiedź wskazującą, że zawsze miały charakter niejawny, wybrało 34 respondentów (46,6%), że czasami były niejawne, a czasami jawne wybrało 26 respondentów (35,6%), że były jawne – 4 respondentów (5,5%). 9 respondentów (12,3%) nie pamiętało, jaki charakter miały te materiały.

Wykres 25
Rodzaje przestępstw

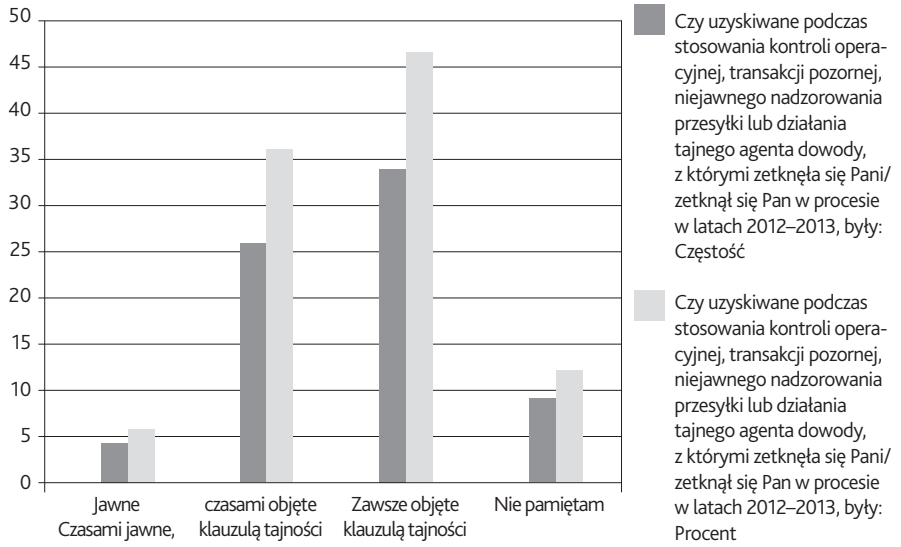


W sprawach, o jakie przestępstwa zetknęła się Pani/ zetknął się Pan w latach 2012–2013 z dowodami uzyskanymi na podstawie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze? Częstość

Tabela 37
Jawność/tajność dowodów

8. Czy uzyskiwane podczas stosowania kontroli operacyjnej, transakcji pozornej, niejawnego nadzorowania przesyłki lub działania tajnego agenta dowody, z którymi zetknęła się Pani/ zetknął się Pan w procesie w latach 2012–2013, były:		
	Częstość	**Procent**
Jawne	4	5,5
Czasami jawne, czasami objęte klauzulą tajności	26	35,6
Zawsze objęte klauzulą tajności	34	46,6
Nie pamiętam	9	12,3
Ogółem	73	100

Wykres 26
Jawność/tajność dowodów



Najczęściej wskazywanym przez respondentów rodzajem klauzuli tajności, jakim opatrywane były materiały pochodzące z czynności operacyjno-rozpoznawczych, była klauzula „poufne" (39 wskazań, tj. 56,5% przypadków[67]). Drugą najczęściej wskazywaną przez respondentów klauzulą, jaką opatrywane były materiały pochodzące z czynności operacyjno-rozpoznawczych, była klauzula „tajne" (23 wskazania, tj. 33,3% przypadków), a następnie klauzula „ściśle tajne" (13 wskazań, 18,8% przypadków). Najrzadziej wymieniana była klauzula „zastrzeżone" (10 wskazań, 14,5% przypadków).

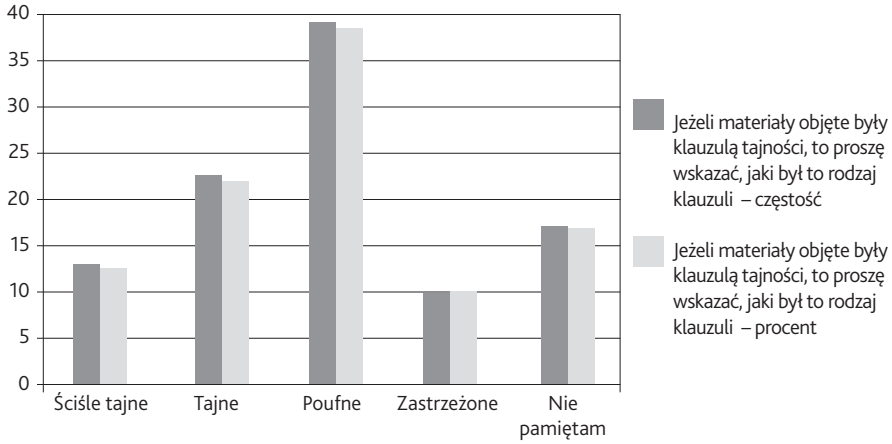
Tabela 38.
Rodzaj klauzuli tajności

9. Jeżeli materiały objęte były klauzulą tajności, to proszę wskazać, jaki był to rodzaj klauzuli			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Ściśle tajne	13	12,7	18,8
Tajne	23	22,5	33,3
Poufne	39	38,2	56,5
Zastrzeżone	10	9,8	14,5
Nie pamiętam	17	16,8	24,6
Ogółem	102	100	147,7
Liczba ważnych przypadków	69		

W badaniu próbowano ustalić, czy – a jeżeli tak, to w jakiej skali – zdarzają się sytuacje znoszenia klauzul tajności z materiałów przekazanych do postępowania karnego.

[67] Respondenci mogli w odpowiedzi na to pytanie podać więcej niż jeden rodzaj klauzuli.

Wykres 27
Rodzaj klauzuli tajności



Deklarację zetknięcia się z takimi sytuacjami zgłosiło 47 badanych (64,4%), 17 (23,3%) podało, że w ich karierze zawodowej nigdy nie zdarzyła się taka sytuacja, a 8 osób nie pamiętało. Jak się zatem okazuje, sytuacje takie nie należą do wyjątkowych, przy czym jeżeli chodzi o częstotliwość ich występowania, to nie jest ona jednak zbyt wysoka. Prawie wszyscy z uczestniczących w badaniu podali, że zetknęli się 1–5 razy z taką sytuacją. Odpowiedzi, że miało to miejsce 6–10 razy lub powyżej 10 razy, były sporadyczne (łącznie 4 odpowiedzi).

Tabela 39
Odtajnienie dowodów – ogółem

11. Czy zdarzały się w Pani/Pana praktyce przypadki, że materiały objęte klauzulą tajności były w toku postępowania karnego odtajniane?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nigdy, się to nie zdarzyło	17	23,2	23,2
Tak, 1 – 5 razy	43	58,9	58,9
Tak, 6 – 10 razy	3	4,1	4,1
Tak, powyżej 10 razy	1	1,4	1,4
Nie pamiętam	8	11	11
Nie dotyczy, nigdy nie zetknęłam/zetknąłem się z materiałami objętymi klauzulą	1	1,4	1,4
Ogółem	73	100	100

Rozkład odpowiedzi był tu w miarę podobny w obydwu grupach zawodowych, które brały udział w badaniu. Można było założyć, że odtajnienie materiałów wytworzonych podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych częściej zdarza się w postępowaniu przygotowawczym, gdy prokurator, po zapoznaniu się z ich treścią, decyduje o włączeniu ich do materiałów postępowania przygotowawczego i poszukuje możliwości usprawnienia obiegu dokumentacji. Postanowiono więc sprawdzić, czy istnieją jakieś różnice w doświadczeniach zawodowych sędziów i prokuratorów z odtajnieniem dokumentów

w toku postępowania karnego. Okazało się jednak, że obie grupy zawodowe mniej więcej z taką samą częstotliwością deklarowały zetknięcie się z takimi sytuacjami.

Tabela 40
Odtajnienie dowodów – sędziowie

Sędziowie			
11. Czy zdarzały się w Pani/Pana praktyce przypadki, że materiały objęte klauzulą tajności były w toku postępowania karnego odtajniane?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nigdy, się to nie zdarzyło	7	25,9	25,9
Tak, 1 – 5 razy	18	66,7	66,7
Nie pamiętam	2	7,4	7,4
Ogółem	27	100	100

Tabela 41
Odtajnienie dowodów – prokuratorzy

Prokuratorzy			
11. Czy zdarzały się w Pani/Pana praktyce przypadki, że materiały objęte klauzulą tajności były w toku postępowania karnego odtajniane?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nigdy, się to nie zdarzyło	10	21,8	21,8
Tak, 1 – 5 razy	25	54,3	54,3
Tak, 6 – 10 razy	3	6,5	6,5
Tak, powyżej 10 razy	1	2,2	2,2
Nie pamiętam	6	13	13
Nie dotyczy, nigdy nie zetknęłam/zetknąłem się z materiałami objętymi klauzulą	1	2,2	2,2
Ogółem	46	100	100

Próbowano dalej ustalić, jakiego rodzaju okoliczności – zdaniem sędziów i prokuratorów – w największym stopniu decydują o utrzymywaniu klauzuli tajności na materiałach wytworzonych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, które zostały przekazane jako środki dowodowe do postępowania karnego. W tym celu wskazano 4 podstawowe okoliczności, które mogłyby stanowić takie przyczyny, z prośbą o określenie przy każdej z nich, czy „nie ma w ogóle znaczenia", „nie ma zwykle znaczenia", „czasami ma znaczenie", „często ma znacznie", „zawsze ma znaczenie". Okolicznością, która zdaniem ankietowanych w największym stopniu ciąży na utrzymywaniu klauzuli tajności na materiałach operacyjno-rozpoznawczych przekazywanych do procesu karnego, jest „potrzeba ochrony współpracowników i pracowników służb". Okoliczność ta otrzymała zarówno największy odsetek odpowiedzi wskazujących na większe lub mniejsze znaczenie dla takiej decyzji (87,6%), jak i największy odsetek odpowiedzi „zawsze ma znaczenie" (41,7%). Równie dużą istotność respondenci przypisali „potrzebie ochrony form i metod działania

służb" – 83,3% odpowiedzi wskazujących na znaczenie tej okoliczności dla podejmowania decyzji w przedmiocie odtajnienia, w tym 26,4%, że ma ona zawsze znaczenie, i 34,7%, że ma często znaczenie. Natomiast „konieczność zachowania w tajemnicy treści tych materiałów ze względu na inne toczące się postępowania karne lub inne poszukiwane osoby" została uznana za w jakimś stopniu znaczącą przez 80,5% respondentów. Najmniej natomiast znaczącą odpowiedzią okazała się odpowiedź „zbyt dużo formalności związanych z odtajnieniem tych materiałów". Spośród ankietowanych 43,1% uznała, że ten fakt nie ma w ogóle znaczenia, a kolejne 8,3%, że nie ma zwykle znaczenia. Równocześnie jednak 48,6% respondentów przyznała tej okoliczności pewne znaczenie dla decyzji o odtajnieniu materiałów operacyjno-rozpoznawczych przedłożonych do procesu karnego jako dowody, w tym dla 22,2% respondentów (a zatem dla mniej więcej co czwartej, piątej osoby) formalności, których trzeba dopełnić, aby doprowadzić do odtajnienia materiałów, „często ogrywają znacznie" dla podejmowania decyzji o rezygnacji z takiego zabiegu. Co ciekawe, ewentualne formalności zdecydowanie bardziej przeszkadzają osobom wykonującym funkcje sędziego. Jako okoliczność, która „zawsze ma znaczenie", wskazał ją tylko 1 prokurator (na 45) i równocześnie 8 sędziów (na 27).

Tabela 42
Przyczyny utrzymania klauzuli tajności – ogółem

Przyczyny	Nie ma w ogóle znaczenia	Nie ma zwykle znaczenia	Czasami ma znaczenie	Często ma znaczenie	Zawsze ma znaczenie	Ogółem
potrzeba ochrony form i metod działania służb	1,4	15,3	22,2	34,7	26,4	100%
potrzebna ochrony współpracowników i pracowników służb	1,4	11,1	18	27,8	41,7	100%
konieczność zachowania w tajemnicy treści materiałów	4,2	15,3	31,9	36,1	12,5	100%
zbyt dużo formalności	43,1	8,3	13,9	22,2	12,5	100%

Tabela 43
Przyczyny utrzymania klauzuli tajności – prokuratorzy

Prokuratorzy		
12. Częstotliwość, z jaką Pani/Pana zdaniem odgrywa rolę każda z tych okoliczności przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie utrzymywania klauzul tajności – z uwagi na zbyt dużo formalności związanych z odtajnieniem tych materiałów		
	Częstość	**Procent**
Nie ma w ogóle znaczenia	22	47,8
Nie ma zwykle znaczenia	5	10,9
Czasami ma znaczenie	6	13
Zawsze ma znaczenie	1	2,2
Często ma znaczenie	11	23,9
Ogółem	45	97,8
Brak danych		

Tabela 44 Przyczyny utrzymania klauzuli tajności – sędziowie		
Sędziowie		
12. Częstotliwość, z jaką Pani/Pana zdaniem odgrywa rolę każda z tych okoliczności przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie utrzymywania klauzul tajności – z uwagi na zbyt dużo formalności związanych z odtajnieniem tych materiałów		
	Częstość	**Procent**
Nie ma w ogóle znaczenia	9	33,3
Nie ma zwykle znaczenia	1	3,7
Czasami ma znaczenie	4	14,8
Zawsze ma znaczenie	8	29,6
Często ma znaczenie	5	18,5
Ogółem	27	100

2. Kontrola operacyjna

Druga część ankiety dotyczyła zagadnienia stosowania kontroli operacyjnej oraz wykorzystywania dowodów pochodzącego z kontroli operacyjnej.

Tabela 45 Wyodrębnienie spraw – sądy		
15. Czy w sądzie, w którym Pani/Pan pracuje, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej są powierzone wyodrębnionej wewnętrznie sekcji?		
	Częstość	**Procent**
Tak	8	29,6
Nie	19	70,4
Ogółem	27	100

W pierwszej kolejność zapytano respondentów, czy w jednostkach organizacyjnych, w których pracują, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej są powierzane wyodrębnionej wewnętrznie sekcji, czy też traktowane są tak jak pozostałe sprawy wpływające do danej jednostki i kierowane według zasad ogólnych. Na to pytanie osobno odpowiadali sędziowie, osobno natomiast osoby wykonujące zawód prokuratora. Chodziło bowiem także o stwierdzenie, jaka jest praktyka w tym zakresie w obrębie sądownictwa, jaka natomiast w obrębie prokuratur. Jeżeli chodzi o sędziów, to 8 osób wskazało, że w sądzie, w którym pracują, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej powierzane są wyodrębnionej wewnętrznie sekcji, 19 zaś wskazało, że nie. Liczba ta nie jest na tyle duża, aby pozwalała wysnuć jednoznaczny wniosek co do praktyki panującej na obszarze całego kraju. Z przyczyn, o których była mowa na wstępie, nie wiadomo, z jakich ośrodków pochodzili sędziowie, którzy zdecydowali się na wypełnienie ankiety. Nie wiadomo więc, czy 27 ankietowanych sędziów reprezentuje większą część kraju, czy też są to osoby skupione w kilku jedynie ośrodkach. Ze wskazanych odpowiedzi widać jednak wyraźnie, że praktyka jest niejednolita i, choć rzadziej, zdarzają się jednak takie sądy okręgowe, w których nadzór nad stosowaniem

kontroli operacyjnej jest powierzany wyodrębnionej komórce, a tym samym osobom dającym się ustalić w większym stopniu niż w sytuacji kompetencji całego wydziału.

Podobnie sytuacja przedstawia się w przypadku prokuratur. Na 46 odpowiedzi udzielonych na to pytanie przez osoby zajmujące stanowisko prokuratora 9 zadeklarowało, że w jednostce, w której pracują, istnieje wyodrębniona sekcja, do której kompetencji należy nadzór nad stosowaniem kontroli operacyjnej, a 37 osób wskazało brak takiej jednostki.

Tabela 46
Wyodrębnienie spraw – prokuratury

15. Czy w prokuraturze, w której Pani/Pan pracuje, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej są powierzone wyodrębnionej wewnętrznie sekcji?		
	Częstość	**Procent**
Tak	9	19,6
Nie	37	80,4
Ogółem	46	100

Większość badanych nie brała w latach 2012–2013 udziału w postępowaniu w przedmiocie wyrażenia zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej. Taki udział zadeklarowało jedynie 22 respondentów (30,1% ogółu biorących udział w badaniu), w tym w 1–5 spraw – 14 osób (19,2%), w 6–10 spraw – 2 osoby (2,7%) i w ponad 10 sprawach – 6 osób (8,2%). Ze względu na małą liczbę ankietowanych, którzy zadeklarowali, że brali udział w postępowaniu w przedmiocie zarządzenia stosowania kontroli operacyjnej, nie można z uzyskanych odpowiedzi czynić podstawy statystycznie istotnych wniosków. Zostaną one niżej przedstawione jedynie tabelarycznie. Warto natomiast zwrócić uwagę, że relatywnie wysoki jest odsetek zarówno sędziów, jak i prokuratorów, którzy zadeklarowali, iż biorąc udział w takiej procedurze, odmówili zgody na zastosowanie (w przypadku prokuratorów na wystąpienie z wnioskiem o zarządzenie) kontroli operacyjnej. Odsetek ten jest w zasadzie nieporównywalny z ogólnymi danymi statystycznymi odnoszącymi się do praktyki stosowania tej instytucji, z których wynika, że odmowy należą do absolutnego wyjątku. Potwierdza to przypuszczenie, że gotowość wzięcia udziału w badaniu i wypełnienia ankiety towarzyszyła w większym stopniu tym praktykom, którzy natknęli się na problemy w stosowaniu analizowanych instytucji.

Tabela 47
Odmowa zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej

17. Czy zdarzyło się w latach 2012–2013, że odmówiła Pani/odmówił Pan zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej?		
	Częstość	**Procent**
Nie, ani razu	6	54,5
Tak, raz	2	18,2
Tak, 2–5 razy	2	18,2
Nie pamiętam	1	9,1
Ogółem	11	100

Tabela 48
Odmowa zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej

17a. Czy zdarzyło się w latach 2012–2013, że odmówiła Pani/odmówił Pan zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej?		
	Częstość	**Procent**
Nie, ani razu	8	72,7
Tak, raz	1	9,1
Tak, 2–5 razy	1	9,1
Nie pamiętam	1	9,1
Ogółem	11	100

Tabela 49
Przyczyny odmówienia zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej

18. Jeżeli w latach 2012–2013 zdarzyło się Pani/Panu odmówić zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, to proszę wskazać przyczynę		
	Częstość	**Procent**
Okoliczności podane w uzasadnieniu wniosku nie były dostatecznie uprawdopodobnione	3	37,5
Przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną	1	12,5
Wniosek nie zawierał wymaganych zgód i zatwierdzeń	1	12,5
Nie stwierdzono warunku konieczności zastosowania takiego środka	1	12,5
Brak było możliwości sprecyzowania podmiotu, wobec którego miałaby być stosowana kontrola operacyjna	1	12,5
Nie pamiętam	1	12,5
Z innej przyczyny	0	0
Ogółem	8	100

Tabela 50
Przyczyny odmówienia zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej

18a. Jeżeli zdarzyło się Pani/Panu odmówić zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej, to proszę wskazać przyczynę		
	Częstość	**Procent**
Okoliczności podane w uzasadnieniu wniosku nie były dostatecznie uprawdopodobnione	1	20
Przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną	2	40
Wniosek pochodził od niewłaściwego organu	0	0
Nie stwierdzono warunku konieczności zastosowania takiego środka	0	0
Brak było możliwości sprecyzowania podmiotu, wobec którego miałaby być stosowana kontrola operacyjna	1	20
Nie pamiętam	1	20
Z innej przyczyny	0	0
Ogółem	5	100

Kolejnym zagadnieniem, o jakie zapytano w ankiecie, była tzw. zgoda następcza uregulowana w art. 19 ust. 15a ustawy o Policji (i odpowiednio we właściwych przepisach regulujących zasady stosowania kontroli operacyjnej przez inne służby). Na 27 sędziów biorących udział w badaniu tylko 7 w latach 2012–2013 brało udział w postępowaniu w przedmiocie wyrażenia zgody na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów jako dowodów w sprawie przeciwko innej osobie niż ta, wobec której stosowana była kontrola, lub w sprawie o inne przestępstwo niż to, w związku z którym ją zastosowano. Za to aż 4 spośród tych sędziów brało udział w takim postępowaniu więcej niż 10 razy. W przypadku prokuratorów odpowiedzi twierdzącej na pytanie, czy składali wniosek o wyrażenie zgody na wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas kontroli operacyjnej wobec innej osoby lub w postępowaniu o inne przestępstwo, udzieliło 27 na 46 biorących udział w ankiecie (58,7%). Najliczniejszą grupę stanowili prokuratorzy, którzy składali taki wniosek 1–5 razy (21 osób, 45,7% badanych), 3 prokuratorów oświadczyło, że składało taki wniosek 6–10 razy, oraz 3, że częściej niż 10 razy.

Przypadki odmów udzielenia zgody następczej były sporadyczne. Przy niewielkiej liczbie osób biorących udział w orzekaniu w przedmiocie zgody następczej lub wnioskowań o wyrażenie zgody następczej ich przedstawienie nie wydaje się istotne.

Stosunkowo natomiast licznie pojawiały się w praktyce respondentów już w procesie właściwym dowody, których wytworzenie zaakceptowane zostało w trybie tzw. zgody następczej. Z sytuacją taką zetknęło się 36 na 72 respondentów, czyli dokładnie 50%, w tym 13 osób (17,8%) wskazało, że zetknęło się z taką sytuacją w latach 2012–2013 raz, 21 osób (28,8%), że 2–5 razy, 2 osoby (2,7%) – powyżej 5 razy, a 10 osób udzieliło odpowiedzi „nie pamiętam".

Wykres 28
Zgoda następcza

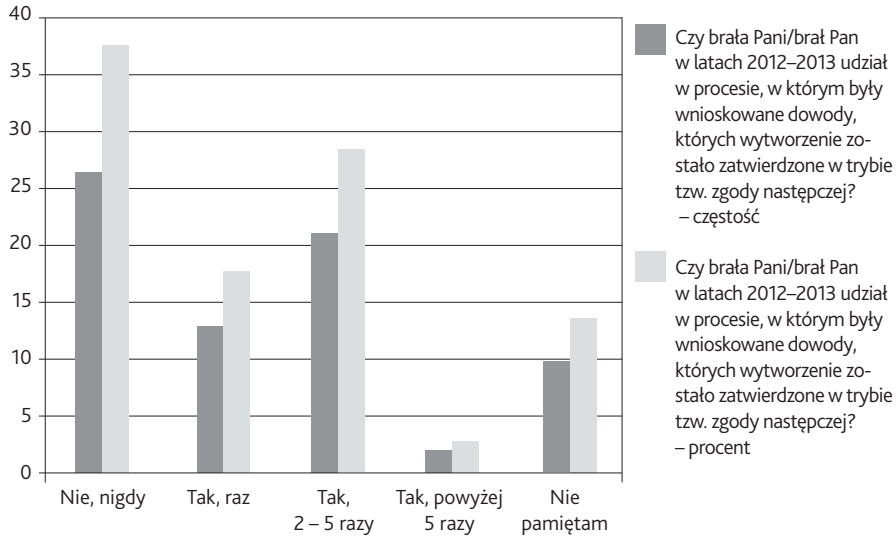


Tabela 51
Zgoda następcza

26. Czy brała Pani/brał Pan w latach 2012–2013 udział w procesie, w którym były wnioskowane dowody, których wytworzenie zostało zatwierdzone w trybie tzw. zgody następczej?		
	Częstość	**Procent**
Nie, nigdy	27	37
Tak, raz	13	17,8
Tak, 2 – 5 razy	21	28,8
Tak, powyżej 5 razy	2	2,7
Nie pamiętam	10	13,7
Ogółem	73	100

W drodze ankiety próbowano ustalić, jakie jest zdanie sędziów i prokuratorów na temat uregulowania kontroli operacyjnej. W tym celu zapytano, czy zdaniem respondenta obecny sposób uregulowania kontroli operacyjnej zapewnia należyty poziom gwarancji, że będzie to środek stosowany wyłącznie w sytuacjach koniecznych. Pytanie to spotkało się z bardzo niewielkim odzewem. Odpowiedziało na nie zaledwie 22 z 73 respondentów, przy czym było to 11 osób wykonujących zawód sędziego i 11 wykonujących zawód prokuratora. Pozytywnie odpowiedziało 13 osób, negatywnie – 6, a 3 nie miały zdania. Pozostałe 51 osób spośród wszystkich biorących udział w badaniu w ogóle nie udzieliło odpowiedzi na to pytanie. Jakkolwiek liczby te są zbyt małe, aby wyciągać z nich dalej idące wnioski, wydaje się interesujące, że wśród osób wykonujących zawód prokuratora zdecydowanie przeważały odpowiedzi pozytywne na powyższe pytanie (9 pozytywnych, 1 odpowiedź „nie mam zdania" i 1 negatywna). Wśród sędziów tylko 4 osoby wskazały, że ich zdaniem obecne uregulowanie instytucji kontroli operacyjnej dostatecznie gwarantuje, iż będzie to środek stosowany w sytuacjach koniecznych, 5 osób stwierdziło, że obecna regulacja nie daje takich gwarancji, a 2, że nie mają zdania. Zbieżne za to wydają się przyczyny, dla których respondenci uznawali, że uregulowanie kontroli operacyjnej nie jest dość gwarancyjne. Było to pytanie otwarte, na które respondenci sami układali odpowiedź. Argumentowali: „czynności operacyjne policji nie są weryfikowalne nawet w sytuacji ich dokumentowania" (odpowiedź udzielona przez prokuratora), „sąd najczęściej opiera się o samo uzasadnienie wniosku bez głębszej weryfikacji" (odpowiedź udzielona przez osobę zajmującą stanowisko sędziego), „sąd praktycznie nie ma możliwości weryfikacji" (odpowiedź udzielana przez osobę zajmującą stanowisko sędziego), „trudno powiedzieć. Wydaje się, że kontrola operacyjna stosowana jest zbyt często i zbyt łatwo" (odpowiedź udzielona przez osobę zajmującą stanowisko sędziego). Wydaje się, że głosy te potwierdzają hipotezę, jaka rysuje się po analizie statystycznych danych dotyczących stosowania kontroli operacyjnej, a wyrażającą się w przekonaniu, że nikły odsetek odmów stosowania kontroli operacyjnej przez sądy i niezbyt wysoki braku zgód prokuratora na wystąpienie z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej wynikają w dużej mierze właśnie z pewnej bezradności tych organów wobec kierowanych do nich wniosków oraz braku skutecznych narzędzi weryfikowania materiałów, które są przedkładane na ich uzasadnienie.

Natomiast gdy zapytano o ocenę prawidłowości uregulowania procedury tzw. zgody następczej, odpowiedzi udzieliło 35 na 73 respondentów: 22 osoby (tj. 62,9% spośród tych, które odpowiedziały na to pytanie) wskazały, że procedura ta jest dobrze

uregulowana, 11 osób (31,4%), że źle, a 2 osoby (5,7%) wybrały odpowiedź „nie mam zdania". Wśród motywów, dla których wskazywano, że procedura ta jest źle uregulowana, dominowały 2 okoliczności. Jedną z nich był „czas". Respondenci w indywidualnie formułowanych informacjach o przyczynach, dla których uznają oni, że procedura zgody następczej jest źle uregulowana, podnosili: „za krótki czas na uzyskanie zgody po zakończeniu kontroli operacyjnej" (prokurator); „zbyt krótki czas na zaznajomienie się z materiałami operacyjnymi, uzyskanymi w toku podsłuchu w przypadku, jeżeli materiał dowodowy jest obszerny" (prokurator); „zbyt krótki okres czasu na analizę materiałów i opracowanie wniosków o zgodę następczą" (prokurator); „zbyt krótkie terminy reakcji/rola decyzyjna organu nadrzędnego nad jednostką prowadzącą bezpośrednio sprawę i związanie jej zapatrywaniami" (prokurator). Drugą grupę stanowiły te odpowiedzi, które w zasadzie w ogóle negowały potrzebę istnienia odrębnej procedury w przedmiocie tzw. zgody następczej. Tu można przywołać takie odpowiedzi jak: „zgoda następcza powinna należeć do kompetencji sądu merytorycznie rozstrzygającego sprawę, który ma możliwość zapoznania się z całokształtem okoliczności sprawy" (sędzia), „moim zdaniem uzyskiwanie tzw. zgód następczych nie jest potrzebne. O dopuszczalności wykorzystania materiałów operacyjno-rozpoznawczych powinien decydować katalog przestępstw określonych w ustawie/ustawach" (prokurator); „zbędność procedury uzyskiwania zgody następczej" (prokurator).

3. Dowody z nagrań

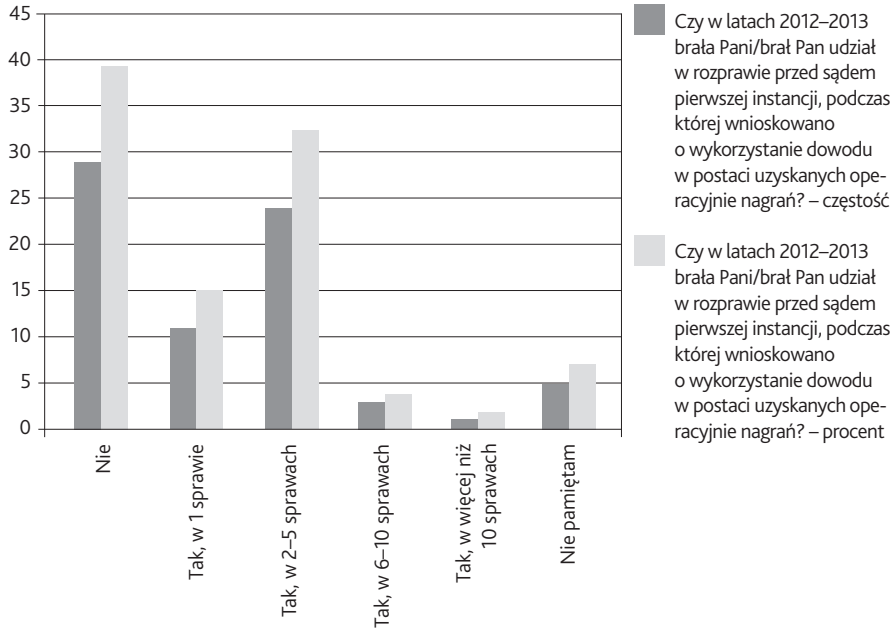
W trzeciej części ankiety pytano o doświadczenia zawodowe z dowodami w postaci nagrań. Taki dobór tematyki pytań podyktowany był założeniem, że jednym z podstawowych rodzajów dowodów uzyskiwanych podczas prowadzonych czynności operacyjno-rozpoznawczych jest właśnie dowód w postaci nagrania. Drogą pytań starano się ustalić, jakie rodzaje nagrań pojawiają się w procesie karnym najczęściej oraz jakie trudności wiążą się w związku z ich wprowadzaniem w poczet materiału dowodowego.

53,5% biorących udział w badaniu potwierdziło, że w latach 2012–2013 zetknęło się w postępowaniu przed sądem prowadzonym w pierwszej instancji z dowodami w postaci nagrań, 39,7% nie zetknęło się z takimi dowodami, a 6,8% odpowiedziało, że nie pamięta.

Tabela 52
Wykorzystanie uzyskanych operacyjnie nagrań

27. Czy w latach 2012–2013 brała Pani/brał Pan udział w rozprawie przed sądem pierwszej instancji, podczas której wnioskowano o wykorzystanie dowodu w postaci uzyskanych operacyjnie nagrań?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nie	29	39,7	39,7
Tak, w 1 sprawie	11	15,1	15,1
Tak, w 2–5 sprawach	24	32,9	32,9
Tak, w 6–10 sprawach	3	4,1	4,1
Tak, w więcej niż 10 sprawach	1	1,4	1,4
Nie pamiętam	5	6,8	6,8
Ogółem	73	100	100

Wykres 29
Wykorzystanie uzyskanych operacyjnie nagrań

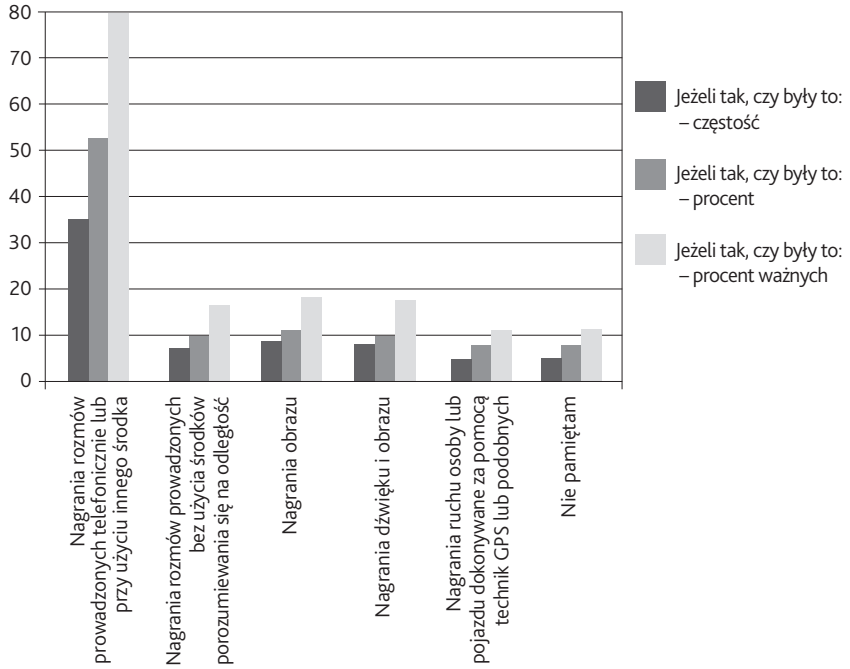


Najczęściej w latach 2012–2013 respondenci spotykali się w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji z nagraniami rozmów prowadzonych przez telefon lub przy wykorzystaniu innego środka porozumiewania się na odległość (35 wskazań, 52,2% odpowiedzi). 8 osób (11,9%) wskazało, że były to nagrania obrazu, po 7 osób (10,4%) odpowiedziało, że były to nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość lub równocześnie nagrania dźwięku i obrazu, 5 osób (7,5%) odpowiedziało natomiast, że były to nagrania ruchu osoby lub pojazdu dokonane techniką GPS lub inną podobną.

Tabela 53
Rodzaj nagrań

28. Jeżeli tak, czy były to:			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka	35	52,2	79,5
Nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość	7	10,4	15,9
Nagrania obrazu	8	11,9	18,2
Nagrania dźwięku i obrazu	7	10,4	15,9
Nagrania ruchu osoby lub pojazdu dokonywane za pomocą technik GPS lub podobnych	5	7,5	11,4
Nie pamiętam	5	7,5	11,4
Ogółem	67	100	152,3

Wykres 30
Rodzaj nagrań

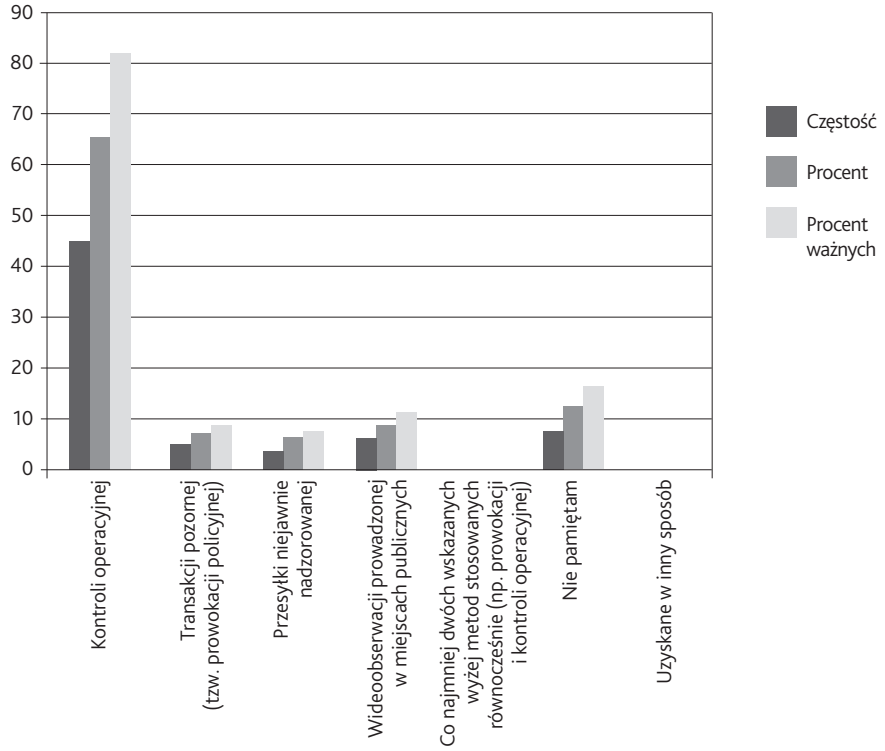


Gdy chodzi o źródła nagrań (rozumiane jako rodzaj czynności, z jakiej one pochodziły), to respondenci zdecydowanie najczęściej wskazywali na kontrolę operacyjną (36 wskazań, tj. 81,1% procent przypadków wszystkich wskazań; respondenci mogli na to pytanie udzielić więcej niż jednej odpowiedzi). 5 odpowiedzi (11,4% przypadków) wskazywało jako źródło nagrań wideoobserwację miejsc publicznych, 4 (9,1% przypadków) – transakcję pozorną, a 3 (6,8% przypadków) – przesyłkę niejawnie nadzorowaną.

Tabela 54
Sposób uzyskania nagrań

29. Jeżeli tak, czy były to nagrania uzyskane w wyniku stosowania			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Kontroli operacyjnej	36	65,4	81,8
Transakcji pozornej (tzw. prowokacji policyjnej)	4	7,3	9,1
Przesyłki niejawnie nadzorowanej	3	5,5	6,8
Wideoobserwacji prowadzonej w miejscach publicznych	5	9,1	11,4
Co najmniej dwóch wskazanych wyżej metod stosowanych równocześnie (np. prowokacji i kontroli operacyjnej)	0	0	0
Nie pamiętam	7	12,7	15,9
Uzyskane w inny sposób	0	0	0
Ogółem	55	100	125

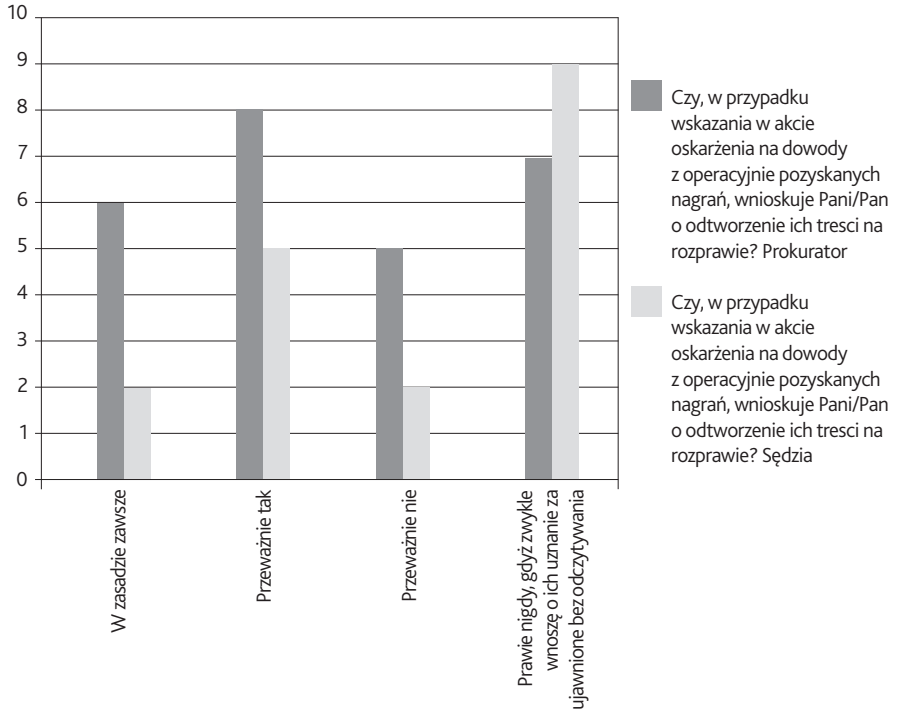
Wykres 31
Sposób uzyskania nagrań



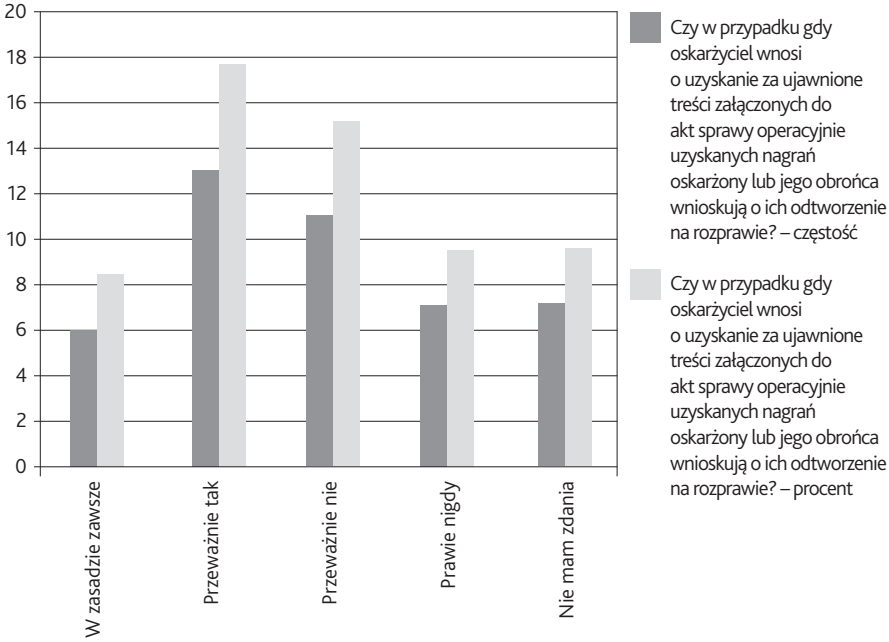
W dalszej kolejności próbowano ustalić, w jaki sposób następuje wprowadzenie nagrań w poczet materiału dowodowego w postępowaniu przed sądem. W tym celu zapytano, osobno sędziów, osobno prokuratorów, czy w przypadku wskazania w akcie oskarżenia na dowody w postaci operacyjnie pozyskanych nagrań prokurator wnioskuje o ich odtworzenie podczas przewodu sądowego. Wśród sędziów przeważała odpowiedź negatywna: „prawie nigdy, gdyż zwykle wnosi o ich uznanie za ujawnione bez odczytywania" (9 odpowiedzi) lub „przeważanie nie" (dodatkowo 2 odpowiedzi). Odpowiedzi pozytywnej „w zasadzie zawsze" lub „przeważnie tak" udzieliło natomiast 7 sędziów. Wśród badanych prokuratorów nieznacznie przeważyły odpowiedzi pozytywne „w zasadzie zawsze" lub „przeważnie tak". W ten sposób odpowiedziało 14 prokuratorów. 12 natomiast wskazało odpowiedzi „przeważnie nie" lub „prawie nigdy". Jak zatem widać, wykonywany zawód do pewnego stopnia determinował postrzeganie tej kwestii.

Zapytano też o zachowanie w takich sytuacjach obrońcy lub oskarżonego. 19 osób odpowiedziało, że w sytuacji gdy prokurator wnosi o uznanie nagrań za ujawnione, o ich odtworzenie wnosi obrońca lub oskarżony (w zasadzie zawsze – 6 wskazań, przeważnie tak – 13 wskazań). 18 osób wybrało jednak odpowiedź negatywną (przeważnie nie – 11 wskazań, prawie nigdy – 7 wskazań). 7 osób wybrało odpowiedź „nie mam zdania".

Wykres 32
Wprowadzenie nagrań w poczet materiału dowodowego – sędzia, prokurator



Wykres 33
Wprowadzenie nagrań w poczet materiału dowodowego – obrońca, oskarżony



Kolejną kwestią, o którą zapytano praktyków, była rola i znaczenie stenogramów z nagranych rozmów. Na 44 osoby, które udzieliły odpowiedzi na to pytanie, 41 wskazało, że w sytuacji gdy jako dowód zawnioskowane są nagrania, stenogramy z tych nagrań dołącza się do akt zawsze (tak 26 wskazań, 59,1% udzielonych odpowiedzi) lub przeważnie tak (15 wskazań, 34,1% udzielonych odpowiedzi). Tylko 1 osoba wskazała, że nigdy się ich nie dołącza, a 2 – „trudno powiedzieć". W świetle tych odpowiedzi można przyjąć, że sporządzanie i dołączanie do akt sprawy, w której dowodem mają być treści zarejestrowane w postaci nagrań, przekładu ich pisemnej wersji jest regułą.

Tabela 55
Stenogram

34. Jeżeli dowodem w sprawie mają być nagrania dźwięku, to czy dołącza się do nich stenogram?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Tak, zawsze	26	35,5	59,1
Przeważanie tak	15	20,5	34,1
Przeważnie nie	0	0	0
Nie, nigdy	1	1,4	2,3
Trudno powiedzieć	2	2,7	4,5
Ogółem	44	60,2	100

Interesujące wyniki dało pytanie o znaczenie takich stenogramów. Na 44 respondentów 12 udzieliło odpowiedzi, że stenogram taki „jest dowodem z dokumentu" (odpowiednio było to 5 sędziów i 7 prokuratorów), a 32 – „nie jest dowodem, ale posiłkuję się jego treścią ze względów funkcjonalnych" (13 sędziów, 19 prokuratorów). Odpowiedź „nie jest dowodem, nie korzystam z jego treści" nie została wybrana przez ani jednego respondenta.

Tabela 56
Znaczenie stenogramu

35. Jakie Pani/Pana zdaniem znaczenie ma stenogram z nagrań?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Jest dowodem z dokumentu	12	16,4	27,3
Nie jest dowodem, nie korzystam z jego treści	0	0	0
Nie jest dowodem, ale posiłkuję się jego treścią ze względów funkcjonalnych	32	43,8	72,7
Ogółem	44	60,2	100

Zapytano natomiast o weryfikację zgodności treści stenogramów z treścią nagrań. W tym zakresie 15 respondentów na 44 odpowiedziało, że zawsze dokonuje takiej weryfikacji, kolejnych 15, że tylko wówczas, gdy ma wątpliwości co do tej treści, a dalsze 14, że tylko wówczas, gdy ma wątpliwości co do treści stenogramu lub na wniosek strony. Co ciekawe, większą skłonność do każdorazowego odsłuchiwania nagrań w naturze przejawili biorący udział w badaniu sędziowie. Aż 11 z nich (na 18) wybrało odpowiedź,

że zawsze weryfikuje prawdziwość treści zawartych w stenogramie z rzeczywistą treścią nagrań, 6 wybrało odpowiedź, że czyni tak, gdy ma wątpliwości co do rzetelności stenogramu lub na wniosek strony, a 1 – gdy ma wątpliwości. Wśród prokuratorów natomiast dominującym czynnikiem odsłuchiwania nagrań były wątpliwości co do treści stenogramów. Na taką przyczynę odsłuchu wskazało 14 z 26 ankietowanych prokuratorów, kolejnych 8 podało, że czyni to, gdy wątpliwości co do rzetelności stenogramów podjęli z urzędu bądź na wniosek strony, a tylko 4, że czyni to zawsze.

Tabela 57
Weryfikacja stenogramu

36. Czy weryfikuje Pani/Pan treści ujęte w scenogramie z treściami rozmów?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Tak, zawsze	15	20,5	34,1
Tylko gdy mam wątpliwości co do treści stenogramu	15	20,5	34,1
Tylko gdy wpłynie taki wniosek strony	0	0	0
Gdy mam wątpliwości co do treści stenogramu lub na wniosek strony	14	19,2	31,8
Nie, nigdy	0	0	0
Ogółem	44	60,2	100

Interesująco przedstawia się kwestia czasu, jaki poświęca się na rozprawie odsłuchiwaniu nagrań. W celu zorientowania się w tej materii zadano respondentom pytanie, jak długo trwało najdłuższe w Pana/Pani praktyce odsłuchiwanie (oglądanie) na rozprawie uzyskanego operacyjnie materiału. Przeważała odpowiedź „kilka godzin" (15 odpowiedzi, 34,1% odpowiedzi na pytanie). Na drugim jednak miejscu znalazła się odpowiedź „kilka tygodni" (11 odpowiedzi, 25%). Odpowiedź „kilka dni" wybrało 4 ankietowanych (9,1%), a „kilka minut" 3 osoby (6,8%). Ponadto 11 osób podało, że nie pamięta, ile trwało odsłuchiwanie (względnie oglądanie) nagrań, co chyba można interpretować na rzecz krótkookresowych (kilkuminutowych lub kilkugodzinnych jednostek). Trudno zakładać, że sytuacja, gdy odsłuch zabierał kilka dni czy tygodni, nie zapadła w pamięć respondentów.

Ponieważ jednym z częstszych problemów pojawiających się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, odnoszącym się do dowodów z czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest ich legalność, zapytano praktyków, jakie jest ich przekonanie co do możliwości kontroli w procesie karnym legalności uzyskanych operacyjnie nagrań. Aż 31 na 44 respondentów (70,5%) odpowiedziało, że obecne uregulowania zapewniają możliwość takiej kontroli, 7 osób (15,9%) nie miało zdania, a jedynie 6 (13,6%) stwierdziło, że nie zapewniają. Co ciekawe, odpowiedzi były wyraźnie zdeterminowane przez wykonywany zawód. Owe 6 odpowiedzi wskazujących na deficyt regulacji pochodziło wyłącznie od sędziów. Odpowiedzi tej nie wybrała natomiast ani jedna osoba wykonująca zawód prokuratora. Równocześnie wśród sędziów stanowiska były dość równomiernie podzielone: 7 odpowiedziało, że istniejąca regulacja zapewnia możliwość kontroli legalności, 6 – że nie zapewnia, a 5 nie miało zdania. Wśród prokuratorów natomiast 24 uznało, że regulacja zapewnia możliwość kontroli legalności nagrań, a 2 nie miało zdania.

Wykres 34
Odsłuchanie nagrań

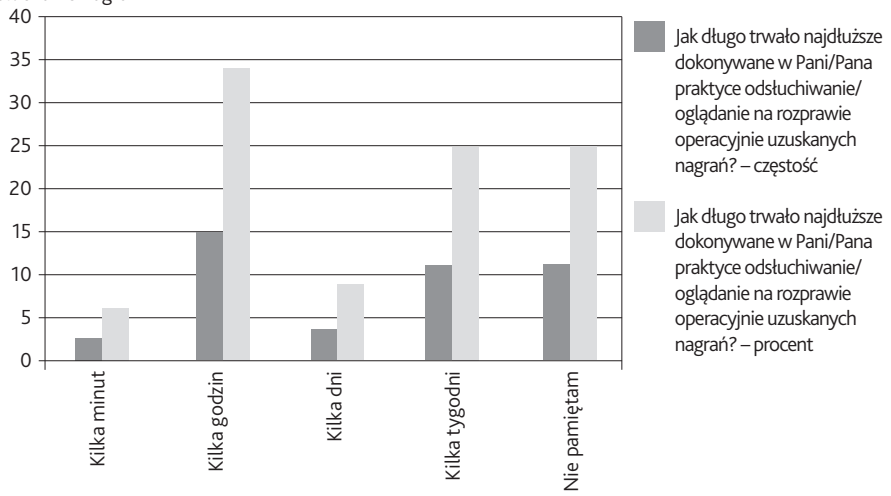


Tabela 58
Kontrola legalności nagrań

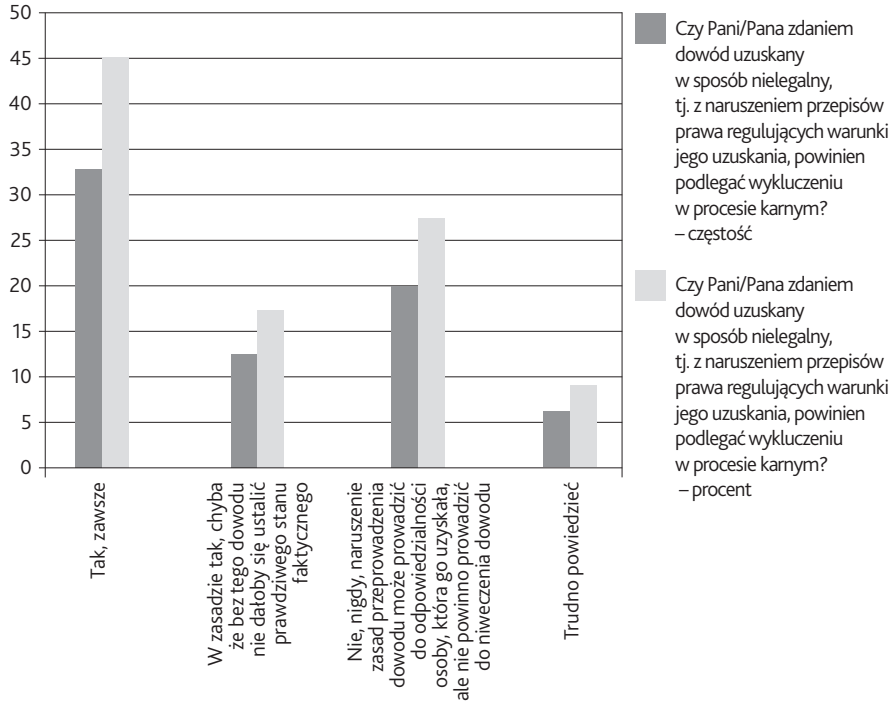
38. Czy Pani/Pana zdaniem obecne uregulowania zapewniają możliwość kontroli legalności uzyskanych operacyjnie nagrań przez sąd?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Tak	31	42,5	70,5
Nie	6	8,2	13,6
Nie mam zdania	7	9,6	15,9
Ogółem	44	60,3	100

Respondentów zapytano także, jakie jest ich przekonanie wobec dowodów uzyskanych w sposób nielegalny, w szerokim znaczeniu tego słowa, tj. z naruszeniem przepisów prawa regulujących ich pozyskiwanie. Zdecydowana większość biorących udział w badaniu miała wyrobione zdanie na ten temat. Jedynie 7 osób na 73 (9,4%) wybrało odpowiedź „trudno powiedzieć". Największą grupę stanowili zwolennicy stanowiska, że dowody takie powinny być wykluczone z procesu karnego. Taką odpowiedź wskazało 33 respondentów (45,2%). Kolejne zaś 13 osób (27,4%) wskazało, że w zasadzie takie dowody powinny ulegać wykluczeniu z procesu karnego, chyba że bez takiego dowodu nie dałoby się ustalić prawdziwego przebiegu zdarzenia. Natomiast przeciwnikami wykluczania dowodów nielegalnych z procesu okazało się 27,4% badanych (20 wskazań)

Na koniec zapytano jeszcze o ewentualne sugestie lub postulaty *de lege ferenda* odnośnie do uregulowania problematyki wykorzystywania w procesie karnym dowodów z czynności operacyjno-rozpoznawczych. Większość z biorących udział w badaniu (49 osób) nie zgłosiła żadnych postulatów[68]. Wśród natomiast odpowiedzi, które zawierały określone postulaty, wyraźnie wyróżniają się dwie grupy.

[68] Należy przytoczyć wpis jednego z ankietowanych: „Nie mam, albowiem nawet jakbym miał, to nie sądzę, aby ktoś moje postulaty uwzględnił, z uwagi na lobby adwokackie, które tworzy prawo karne w Polsce".

Wykres 35
Wykorzystanie nielegalnych dowodów



Pierwszą z nich stanowią te odpowiedzi, które odnoszą się do procedury tzw. zgody następczej. Ankietowani sugerowali bądź zupełną likwidację procedury zgody następczej (np. „likwidacja zgody następczej"; „uchylenie procedury zgody następczej"; „zniesienie konieczności występowania o tzw. zgody następcze (podmiotowo i przedmiotowo), jeżeli czyn, którego dotyczy dowód uzyskany w legalnej kontroli, należy do katalogu przestępstw, odnośnie do których możliwe jest prowadzenie kontroli operacyjnej"; „tak jak pisałem wcześniej, do ich wykorzystania powinien wystarczać katalog przestępstw"), bądź znowelizowanie przepisów, które ją regulują (np. „kwestia zgody następczej powinna być wprost i bardziej precyzyjnie uregulowana; kwestia donośna praktycznie"; „wprowadzenie możliwości kontroli instancyjnej rozstrzygnięć SO w zakresie zgody następczej"; „wydłużenie terminów na występowanie o zgody następcze").

Drugą grupę stanowiły postulaty odnoszące się, ogólnie rzecz ujmując, do kwestii związanej z tajnością materiałów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz komplikacji techniczno-organizacyjnych, jakie to za sobą pociąga. Respondenci postulowali tu: „zmniejszenie formalności w ich odtajnianiu"; „uproszczenie procedury odtajniania materiałów"; „należy uprościć procedurę odtajnienia materiałów operacyjnych"; „konieczność łatwiejszego znoszenia klauzul tajności"; „problem klauzul niejawności i ich zdejmowania dopiero na wniosek organu procesowego, a nie *a priori* przez służby". Ale też wskazywali na potrzebę „lepszego wyposażenia kancelarii tajnych".

Dwie odpowiedzi zawierały sugestie odnośnie do doprecyzowania kwestii wykorzystania materiałów operacyjnych jako dowodów. Wskazywano, że „w sposób jednolity – ustawowy – powinny być rozwiązane kwestie związane z możliwością

wykorzystania informacji pozyskanych z nielegalnie uzyskanych materiałów niejawnych"; „precyzyjne określenie dopuszczalności dowodów, sposobu i zakresu ich ujawniania, odtwarzania"; „należy tę tematykę uregulować w nowym k.p.k".

Wśród zgłaszanych wniosków znalazły się też takie, które zwracały uwagę na kwestie związane z faktycznymi możliwościami organów procesowych. Prokurator podnosił potrzebę „dostosowania realności terminów procesowych wyznaczonych przepisami do faktycznych możliwości technicznych i osobowych służb, obecnie terminy te są w niektórych przypadkach zbyt krótkie i powodują niemożność spokojnego i pełnego ocenienia materiału". Jeden z sędziów zwrócił uwagę: „Sędzia musi mieć realne instrumenty kontroli pracy służb. Tak jak jest teraz, to stan, w którym kontrola jest pozorna. To służba (policja, ABW, CBA) musi być na wezwanie sądu i przedstawiać natychmiast żądane informacje i wyjaśnienia".

Listę postulatów praktyków warto zakończyć dwugłosem wskazującym dwa zupełnie inne sposoby postrzegania dowodów z czynności operacyjno-rozpoznawczych. Pierwszy zwracał uwagę na potrzebę „zawężenia katalogu przestępstw do tych najbardziej poważnych oraz aby dowód ten traktowany był w sposób posiłkowy, a więc stanowił dla organów ścigania materiał wyjściowy do jego procesowej weryfikacji i dalszego gromadzenia dowodów", drugi zaś postulował „zwiększenie możliwości ich szerszego wykorzystania".

IV. PODSUMOWANIE

Dostrzec można istotne różnice pomiędzy częstotliwością posługiwania się czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, w tym czynnościami o najwyższym stopniu wrażliwości, a częstotliwością pojawiania się ich efektów w postępowaniu przed sądem. Statystyki sięgania po metody operacyjnego pozyskiwania informacji, jakkolwiek nie do końca pełne, wyraźnie pokazują, że niektóre z tych metod są wyraźnie nadużywane. Tak niewątpliwie należy ocenić sięganie po dane telekomunikacyjne. Przeszło 2 mln wystąpień rocznie nie daje się niczym uzasadnić. Liczba ta również nijak ma się do rzeczywistych potrzeb wynikających z obrazu stanu przestępczości. W 2012 r. do sądów rejonowych i okręgowych celem rozpoznania w pierwszej instancji w repertorium K wpłynęło 458.287 spraw, a w 2013 r. – 469.713[69]. Nawet jeżeli podzielimy liczbę wystąpień o dane telekomunikacyjne przez 4 (zakładając, że zasadne jest twierdzenie przedstawicieli samych służb, że większość wystąpień o proste dane abonenckie kieruje się od razu do 3–4 największych operatorów usług), to i tak okazałoby się, że roczna liczba wystąpień znacząco przekracza liczbę wnoszonych do sądów aktów skarżenia, a bez wątpienia nie w każdej sprawie korzysta się z takich danych. Nasuwa się w związku z tym jednoznaczne przekonanie, że operacyjne pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych wielokrotnie przekracza rzeczywistą potrzebę.

Podobnie rzecz można ocenić w odniesieniu do instytucji kontroli operacyjnej. Liczba 8334 kontroli przeprowadzonych w 2013 r. niewiele jeszcze mówi. Ale jeżeli weźmie się pod uwagę liczbę osób, wobec których ją stosowano, to okazuje się, że średnio w 2013 r. 1 osoba na 9006 była objęta taką kontrolą, a to już

[69] Por. Ewidencja spraw w sądach powszechnych według działów prawa i instancyjności w 2012 i 2013 roku; por. http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2013/download,2651,4.html.

wydaje się sporo. Problem nadmiernie łatwego sięgania po kontrolę operacyjną jawi się jeszcze jaskrawiej w przy zestawieniu proporcji pomiędzy liczbą wnioskowanych i zarządzanych kontroli operacyjnych a liczbą osób, wobec których materiały zostały następnie przekazane prokuratorowi w celu wszczęcia postępowania lub wykorzystania ich w toczącym się już postępowaniu. Sytuacja, w której 80% podsłuchów okazuje się finalnie bezzasadnymi, budzi niepokój, ale też pokazuje zbyt dużą łatwość i pochopność w sięganiu po ten środek zbierania informacji.

Na nieadekwatnie rozbudowane do potrzeb korzystanie z operacyjnych metod pozyskiwania informacji wskazują też dane z wyników ankiety przeprowadzonej wśród sędziów i prokuratorów. Co prawda wszyscy biorący udział w ankiecie potwierdzili, że w ciągu kolejnych 2 lat swojej pracy stykali się z takimi dowodami, ale równocześnie w przeważającej mierze wskazywali, że miało to miejsce w 1–5 spraw. Nie jest zatem tak, że dowody pochodzące bezpośrednio z czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowiły codzienność w pracy sędziego lub prokuratora.

Dane statystyczne wskazują, że najczęściej stosowanymi metodami operacyjnego pozyskiwania dowodów są pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych, danych bankowych oraz kontrola operacyjna. Równocześnie skala pomiędzy zakresem stosowania takich metod a przenikaniem ich wyników do procesu karnego w postaci dowodów popełnienia przestępstwa pozostaje w istotnej dysproporcji. Świadczy to o nadmiernej łatwości sięgania po takie dane. Problem łatwości sięgania przez służby uprawnione do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych po dane telekomunikacyjne wynika z samej regulacji ustawowej, która uznana została za niezgodą z Konstytucją RP i utraci moc 7.02.2016 r. Problem łatwości sięgania po instytucję kontroli operacyjnej wynika natomiast z nieadekwatności środków sądowej kontroli nad jej stosowaniem. Zarówno dane statystyczne, jak i wyniki ankiety przeprowadzonej wśród praktyków jednoznacznie dowodzą, że tzw. sądowa kontrola zasadności stosowania tego środka jest iluzoryczna. W praktyce sędziowie (również prokuratorzy) pozbawieni są realnych narzędzi umożliwiających im weryfikację i ocenę wiarygodności materiałów przedkładanych na uzasadnienie wniosku o zastosowanie takiej kontroli. Materiały te są wytworem samych służb, mają tajny charakter. Nie można skonfrontować ich treści ze świadkiem, nie można poddać ich publicznemu rozważeniu. Powoduje to, że sędzia ma bardzo ograniczone możliwości ich merytorycznej oceny. To samo zjawisko występuje zresztą w przypadku innego środka operacyjno-rozpoznawczego poddanego sądowej kontroli, tj. środka w postaci pozyskiwania danych bankowych. Co ciekawe, sędziowie i prokuratorzy zapytani, czy ich zdaniem aktualny sposób uregulowania trybu zarządzenia kontroli operacyjnej zapewnia należyty poziom gwarancji, że będzie to środek stosowany wyłącznie w sytuacjach koniecznych, w większości uchylili się od odpowiedzi na to pytanie. Merytorycznej odpowiedzi udzieliło jedynie 19 ankietowanych na 73, w tym 13 uznało, że tak, a 6 – nie. Zdecydowanie przy tym bardziej sceptyczni byli sędziowie (4 – tak, 5 – nie), którzy także w pytaniach otwartych wskazywali na trudności w weryfikowaniu przedkładanego im operacyjnie materiału.

Czy istnieją szanse na zmianę tej sytuacji? Wydaje się, że byłoby to niezmiernie karkołomne. Czynności operacyjne, nierzadko rzeczywiście niezbędne i konieczne w celu skutecznego wykrycia sprawcy przestępstwa, muszą pozostawać tajne. Testowanie prawdziwości materiałów przedkładanych na uzasadnienie wniosku o kontrolę operacyjną na etapie poprzedzającym jej zarządzenie z natury rzeczy jest utrudnione,

a niekiedy będzie po prostu niemożliwe. Nie oznacza to jednak, że należy rezygnować z zasady uzyskiwania sądowej (i prokuratorskiej) akceptacji takich wniosków. Nawet jeżeli akceptacja ta odbywa się w utrudnionych warunkach, a przez to często bywa zbyt mechaniczna, i tak zapewnia większy poziom gwarancyjności niż rezygnacja z niej. Zmusza przynajmniej służby do zweryfikowania posiadanego materiału. Daje też możliwość ewentualnej oceny *ex post* zachowania funkcjonariuszy ubiegających się o zastosowanie kontroli operacyjnej, w tym także przez pryzmat art. 231 k.k. Świadomość trudności, z jakimi styka się sąd (a także prokurator) na etapie wyrażania zgody na zastosowanie tego środka, powoduje natomiast konieczność zachowywania szczególnych standardów przy wykorzystywaniu jego wyników. Szczególne znaczenie z tego punktu widzenia powinna mieć ostrożna praktyka wyrażania zgody na wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas kontroli operacyjnej jako dowodów przeciwko innej osobie lub w sprawie o inny czyny niż ten, w związku z którym kontrolę zarządzono. Tymczasem połowa uczestniczących w badaniu ankietowym praktyków przyznała, że brała udział w procesie, w którym wnioskowano jako dowody materiały, których wytworzenie zatwierdzono w trybie tzw. zgody następczej. Co więcej, blisko 60% prokuratorów wskazało, że występowało z wnioskiem o udzielenie takiej zgody i najczęściej (85%) ją uzyskiwało.

Tabela 59
Składanie wniosków

21a. Czy w latach 2012–2013 składała Pani/składał Pan wniosek o wyrażenie zgody na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów przeciwko innej osobie lub w sprawie o inny czyn niż wynikało to z postanowienia o zastosowaniu kontroli operacyjnej? (tzw. następcza zgoda)			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nie, ani razu	19	26	41,3
Tak, 1 – 5 razy	21	28,8	45,7
Tak, 6 – 10 razy	3	4,1	6,5
Tak, ponad 10 razy	3	4,1	6,5
Ogółem	46	63	100

Tabela 60
Odmowa wniosków

22a. Czy w latach 2012–2013 zdarzyło się, że sąd odmówił Pani/Panu udzielenia tzw. następczej zgody na wykorzystanie dowodu z kontroli operacyjnej wobec innej osoby lub w sprawie o inny czyn?			
	Częstość	**Procent**	**Procent ważnych**
Nie, ani razu	23	31,5	85,2
Tak, raz	1	1,4	3,7
Tak, częściej niż 5 razy	1	1,4	3,7
Nie pamiętam	2	2,7	7,4
Ogółem	27	37	100

Dowody pochodzące z czynności operacyjno-rozpoznawczych pojawiały się najczęściej w sprawach o przestępstwa narkotykowe, przestępstwa korupcji, oszustwa i udziału w zorganizowanej grupie przestępczej. Jeżeli chodzi natomiast o rodzaje

dowodów, jakie przenikały do postępowania sądowego, to najczęściej wymieniane były: dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o połączeniach lub próbach ich połączeń, czyli dane bilingowe (65 na 73 wskazania, co stanowiło 90% wskazań), nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość (65 na 73 wskazania, 90%) oraz dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o miejscach logowania się urządzenia, tzw. lokalizacyjne (61 na 73 wskazania, 88%). W przypadku gdy dowodami są nagrania, mniej więcej w połowie przypadków prokurator wnosi o ich odtworzenie na rozprawie, w połowie zaś o ich uznanie za ujawnione bez odtwarzania. Po równo także rozłożyły się odpowiedzi (łącznie dla sędziów i prokuratorów) na pytanie, czy prokurator, wnosząc o odtworzenie na rozprawie nagrań, zakreśla, w jakich fragmentach ma to nastąpić. Pewnym problemem wydaje się wskazywana przez respondentów konieczność prowadzenia niekiedy długotrwałych, kilkudniowych czy kilkutygodniowych odsłuchów nagrań na rozprawie. Problem ten powinien zostać jednak wyeliminowany po 1.07.2015 r., kiedy wejdzie w życie nowe brzmienie treści art. 394 k.p.k., zgodnie z którym protokoły i dokumenty podlegające odczytaniu na rozprawie będzie należało odczytać tylko wówczas, gdy wniesie o to strona, „która nie miała możliwości zapoznania się z ich treścią". W pozostałych przypadkach będzie można uznać je za ujawnione bez odczytywania. *De lege lata* dokument należy odczytać (w przypadku nagrań odtworzyć) wówczas, gdy żąda tego oskarżony lub jego obrońca.

Dużą rolę w praktyce wymiaru sprawiedliwości odgrywają stenogramy z nagrań. Jak wskazali prawie wszyscy respondenci, normą jest ich sporządzanie. Zdecydowana większość słusznie nie traktuje ich treści jako źródła dowodu, lecz jedynie jako materiał pomocniczy ułatwiający pracę, choć – co trzeba podkreślić – 12 osób wskazało, że mają one walor dowodu z dokumentu.

Podobnie jak w przypadku pytania o procedurę stosowania kontroli operacyjnej, tak w przypadku pytania o to, czy obecne uregulowania zapewniają możliwość kontroli legalności uzyskanych operacyjnie nagrań, większość ankietowanych odpowiedziała, że tak (70%). To dość optymistyczny wskaźnik, przy czym również i w tym przypadku większa wiara w rzeczywiste możliwości weryfikacji legalności prezentowanego w postępowaniu przed sądem materiału towarzyszyła prokuratorom. W grupie sędziów tylko 40% uważało, że ma taką możliwość, po 30% natomiast z udzielających odpowiedzi stwierdziła, że nie ma takiej możliwości lub że nie ma zdania. Co istotne, w ocenie praktyków przeświadczenie, że dowód uzyskany z naruszeniem przepisów określających zasady jego uzyskania powinien ulegać wykluczeniu, wcale nie było tak jednoznaczne, jak prezentowało to w odniesieniu do dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych orzecznictwo Sądu Najwyższego. Tylko bowiem połowa z ankietowanych uznała, że taki dowód zawsze należy wyłączać z podstawy orzekania. Pozostała połowa ankietowanych bądź wyjątkowo dopuszczała możliwość posłużenia się takim dowodem, gdy bez niego prawdziwe ustalenia faktyczne byłyby niemożliwe, bądź ogólnie dopuszczała możliwość ich wykorzystywania, z zastrzeżeniem, że skutki naruszenia prawa przy ich pozyskiwaniu powinny podlegać jedynie ocenie z punktu widzenia odpowiedzialności służbowej. Znamienne, że także w przypadku tak postawionego problemu bardziej skłonni dopuścić takie dowody do procesu okazali się prokuratorzy (39% odpowiedzi, że powinny podlegać zawsze wykluczeniu) niż sędziowie (51% odpowiedzi, że powinni zawsze podlegać wykluczeniu).

ANEKS

Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie – ankieta

Badania prowadzone na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Szanowna Pani Sędzio, Szanowny Panie Sędzio!
Szanowna Pani Prokurator, Szanowny Panie Prokuratorze!

Wiemy, jak ogromne znaczenie ma we współczesnym świecie zapewnienie należytej równowagi pomiędzy bezpieczeństwem i porządkiem publicznym a wolnością jednostki i jej prawem do prywatności. Obszarem, w którym bardzo często krzyżują się te wartości, są czynności operacyjno-rozpoznawcze wykonywane zasadniczo poza procesem karnym i bez typowego dla procesu karnego systemu nadzoru. Zarówno polski ustawodawca, jak i krajowe orzecznictwo wiele czynili w ostatnich latach na rzecz właściwego ułożenia relacji pomiędzy konieczną działalnością operacyjno-rozpoznawczą państwa a prawami jednostek, przy uwzględnieniu potrzeb wymiaru sprawiedliwości. Jak dotąd wszelkie zmiany czynione były pod wpływem poglądów wyrażanych w doktrynie oraz płynących z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Tą ankietą chcieliśmy sięgnąć do doświadczeń Państwa jako praktyków. Państwa opinia będzie niezwykle cennym wkładem w zakres wiedzy i nauki na temat faktycznego funkcjonowania dowodów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym. Z góry dziękuję za wzięcie udziału w badaniu i podzielenie się w załączonym kwestionariuszu Państwa doświadczeniami i spostrzeżeniami.

I. Część ogólna

1. **Czy wykonuje Pani/Pan zawód**
   1) sędziego
   2) prokuratora

2. **Czy jest Pani/Pan**
   1) kobietą
   2) mężczyzną

3. **Jaki jest Pani/Pana staż w aktualnie wykonywanym zawodzie?**
   1) 1–5 lat
   2) 6–10 lat
   3) 11–15 lat
   4) powyżej 15 lat

4. **Czy zetknęła się Pani/zetknął się Pan w latach 2012–2013 w swojej pracy z dowodami pozyskanymi w trybie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?**
   1) nie

2) tak, w 1–5 spraw
3) tak, w 6–10 sprawach
4) tak, w 11–20 sprawach
5) tak, w więcej niż 20 sprawach

W przypadku wyboru odpowiedzi 1) dalsza część ankiety jest bezprzedmiotowa. Dziękujemy za gotowość wzięcia udziału w badaniu i prosimy mimo to o odesłanie ankiety na wskazany adres, gdyż informacja o niepojawieniu się takiego dowodu w Pani/Pana praktyce ma również duże znaczenie poznawcze.

5. **Proszę przy każdym z niżej wymienionych środków dowodowych wskazać częstotliwość, z jaką miała Pani/miał Pan okazję się z nimi zetknąć w procesie karnym w latach 2012–2013, zakładając, że 1 oznacza „ani razu", 2 – „w 1–5 spraw", 3 – „w 6–10 sprawach", 4 – „w powyżej 10 sprawach"**:
   1) nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość
   2) nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość
   3) nagrania obrazu
   4) nagrania równocześnie i dźwięku i obrazu
   5) dane z obserwacji prowadzonej przy użyciu nadajników GPS lub innych podobnych
   6) dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o połączeniach lub próbach ich nawiązania
   7) dane telekomunikacyjne obejmujące informacje o miejscu logowania się urządzenia
   8) treści wiadomości przesyłanych SMS-em, MMS-em
   9) treści wiadomości przesyłanych e-mailem
   10) dane bankowe (informacje o obrotach na rachunkach bankowych)

6. **Z jakich czynności operacyjno-rozpoznawczych pochodziły te dowody?** (odpowiedź może zawierać więcej niż jedno wskazanie)**:**
   1) kontrola operacyjna
   2) transakcja pozorna (tzw. prowokacja policyjna)
   3) niejawne nadzorowanie przesyłki
   4) praca tajnego agenta (tzw. praca pod przykryciem)
   5) wystąpienie o udzielenie danych telekomunikacyjnych
   6) wystąpienie o udostępnienie danych bankowych
   7) wideoobserwacja prowadzona na podstawie ustaw policyjnych
   8) inne, ustawowo niestypizowane

7. **W sprawach o jakie przestępstwa zetknęła się Pani/zetknął się Pan w latach 2012–2013 z dowodami uzyskanymi na podstawie przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze?** (odpowiedź może zawierać więcej niż jedno wskazanie)
   1) narkotykowe

2) łapownictwa i korupcji
3) oszustwa
4) rozboju, kradzieży rozbójniczej lub wymuszenia rozbójniczego
5) inne przeciwko mieniu
6) prania brudnych pieniędzy
7) fałszowania lub obrotu fałszywymi pieniędzmi lub innymi instrumentami płatniczymi
8) skarbowe
9) zabójstwa
10) inne przeciwko życiu i zdrowiu
11) handlu ludźmi
12) uprowadzenia osoby
13) narażenia na niebezpieczeństwo powszechne lub sprowadzenia katastrofy
14) przeciwko wolności seksualnej
15) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej
16) inne

8. **Czy uzyskiwane podczas stosowania kontroli operacyjnej, transakcji pozornej, niejawnego nadzorowania przesyłki lub działania tajnego agenta dowody, z którymi zetknęła się Pani/zetknął się Pan w procesie w latach 2012–2013, były:**
   1) jawne (proszę przejść do pytania 11)
   2) czasami jawne, czasami objęte klauzulą tajności
   3) objęte klauzulą tajności
   4) nie pamiętam

9. **Jeżeli materiały te objęte były klauzulą tajności, proszę wskazać, jaki był jej rodzaj?** (odpowiedź może zawierać więcej niż jedno wskazanie)
   1) ściśle tajne
   2) tajne
   3) poufne
   4) zastrzeżone
   5) nie pamiętam

Pytanie 10 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 10a

10. **Czy w latach 2012–2013 w przypadku, gdy materiały objęte były klauzulą „ściśle tajne" lub „tajne", udzielała Pani/udzielał Pan zgody na wykonywanie przez oskarżonego lub jego obrońcę odpisów lub kserokopii z akt z możliwością wynoszenia ich z miejsca przeznaczonego do przeglądania takich materiałów?**
    1) tak
    2) czasami
    3) nie
    4) nie pamiętam

10a. Czy w latach 2012–2013 w przypadku, gdy materiały objęte były klauzulą „ściśle tajne" lub „tajne", udzielała Pani/udzielał Pan zgody na zaznajamianie się z ich treścią przez oskarżonego lub jego obrońcę wcześniej niż w trybie końcowego zaznajomienia z aktami postępowania przygotowawczego?
1) tak
2) czasami
3) nie
4) nie pamiętam

11. Czy zdarzały się w Pani/Pana praktyce przypadki, że materiały objęte klauzulą tajności były w toku postępowania karnego odtajniane?
1) nigdy, się to nie zdarzyło
2) tak, 1–5 razy
3) tak, 6–10 razy
4) tak, powyżej 10 razy
5) nie pamiętam
6) nie dotyczy, nigdy nie zetknęłam/nie zetknąłem się z materiałami objętymi klauzulą tajności (proszę przejść do pytania 13)

12. Poniżej wskazano możliwe przyczyny utrzymywania klauzul tajności na pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych materiałach kierowanych jako dowody do sądu. Proszę przy każdej z nich zaznaczyć częstotliwość okoliczności, która Pani/Pana zdaniem jest brana pod uwagę przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie utrzymywania klauzul tajności, przy założeniu, że 1 oznacza „nie ma w ogóle znaczenia", 2 – „nie ma zwykle znaczenia", 3 – „czasami ma znaczenie", 4 – „często ma znaczenie", 5 – „zawsze ma znaczenie".
1) potrzeba ochrony form i metod działania służb
2) potrzeba ochrony współpracowników lub pracowników operacyjnych służb
3) konieczność zachowania w tajemnicy treści tych materiałów ze względu na inne toczące się postępowania karne lub inne poszukiwane osoby
4) zbyt dużo formalności związanych z odtajnieniem tych materiałów

13. Czy w jednostce, w której Pani/Pan pracuje, istnieje wydzielone pomieszczenie przeznaczone do zaznajamiania się z materiałami objętymi klauzulą „ściśle tajne" lub „tajne"?
1) tak
2) nie

14. Czy w sądzie okręgowym, w którego okręgu Pani/Pan pracuje, istnieje pomieszczenie do prowadzenia rozpraw z możliwością odtworzenia nagrań objętych klauzulą „ściśle tajne" lub „tajne"?
1) tak
2) nie

II. Stosowanie kontroli operacyjnej i wykorzystywanie dowodu pochodzącego z kontroli operacyjnej

Pytanie 15 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 15a

15. Czy w sądzie, w którym Pani/Pan pracuje, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej są powierzone wyodrębnionej wewnętrznie sekcji?
1) tak
2) nie

15a. Czy w prokuraturze, w której Pani/Pan pracuje, sprawy z zakresu nadzoru nad stosowaniem kontroli operacyjnej są powierzone wyodrębnionej wewnętrznie sekcji?
1) tak
2) nie

16. Czy w latach 2012–2013 brała Pani/brał Pan udział w postępowaniu w przedmiocie wyrażenia zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej?
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 21 lub 21a)
2) tak, w 1–5 spraw
3) tak, w 6–10 sprawach
4) w ponad 10 sprawach
5) nie pamiętam

Pytanie 17 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 17a

17. Czy zdarzyło się w latach 2012–2013, że odmówiła Pani/odmówił Pan zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej?
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 19)
2) tak, raz
3) tak, 2–5 razy
4) tak, ponad 5 razy
5) nie pamiętam

17a. Czy zdarzyło się w latach 2012–2013, że odmówiła Pani/odmówił Pan zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej?
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 19)
2) tak, raz
3) tak, 2–5 razy
4) tak, ponad 5 razy
5) nie pamiętam

Pytanie 18 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 18a

18. Jeżeli w latach 2012–2013 zdarzyło się Pani/Panu odmówić zgody na zastosowanie kontroli operacyjnej, proszę wskazać przyczynę (może być więcej niż jedno wskazanie)
1) okoliczności podane w uzasadnieniu wniosku nie były dostatecznie uprawdopodobnione
3) przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną
4) wniosek nie zawierał wymaganych zgód i zatwierdzeń
5) nie stwierdzono warunku konieczności zastosowania takiego środka
6) brak było możliwości sprecyzowania podmiotu, wobec którego miałaby być stosowana kontrola operacyjna
7) z innej przyczyny (jakiej?)
8) nie pamiętam

18a. Jeżeli zdarzyło się Pani/Panu odmówić zgody na wystąpienie do sądu z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej, proszę wskazać przyczynę (może być więcej niż jedno wskazanie)
1) okoliczności podane w uzasadnieniu wniosku nie były dostatecznie uprawdopodobnione
2) przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną
3) wniosek pochodził od niewłaściwego organu
4) nie stwierdzono warunku konieczności zastosowania takiego środka
5) brak było możliwości sprecyzowania podmiotu, wobec którego miałaby być stosowana kontrola operacyjna
6) z innej przyczyny (jakiej?)
7) nie pamiętam

19. Czy Pani/Pana zdaniem obecne uregulowanie trybu zarządzania kontroli operacyjnej zapewnia należyty poziom gwarancji, że będzie to środek stosowany wyłącznie w sytuacjach koniecznych?
1) tak (proszę przejść do pytania 21)
2) nie mam zdania (proszę przejść do pytania 21)
3) nie

20. Jeżeli obecne uregulowanie trybu zarządzania kontroli operacyjnej nie zapewnia należytego poziomu gwarancji, to proszę wskazać, jakie Pani/Pana zdaniem obecne uregulowanie zasad stosowania kontroli operacyjnej ma mankamenty

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Pytanie 21 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 21a

21. Czy w latach 2012–2013 brała Pani/brał Pan udział w orzekaniu o zgodzie na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów przeciwko innej osobie lub w sprawie o inny czyn niż wynikało to z postanowienia o zastosowaniu kontroli operacyjnej? (tzw. następcza zgoda)
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 26)
2) tak, 1–5 razy
3) tak, 6–10 razy
4) tak, ponad 10 razy
5) nie pamiętam

21a. Czy w latach 2012–2013 składała Pani/składał Pan wniosek o wyrażenie zgody na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów przeciwko innej osobie lub w sprawie o inny czyn niż wynikało to z postanowienia o zastosowaniu kontroli operacyjnej? (tzw. następcza zgoda)
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 26)
2) tak, 1–5 razy
3) tak, 6–10 razy
4) tak, ponad 10 razy
5) nie pamiętam

Pytanie 22 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 22a

22. Czy odmówiła Pani/odmówił Pan w latach 2012–2013 udzielenia tzw. następczej zgody na wykorzystanie dowodu z kontroli operacyjnej wobec innej osoby lub w sprawie o inny czyn?
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 24)
2) tak, raz
3) tak, 2–5 razy
4) tak, częściej niż 5 razy
5) nie pamiętam

22a. Czy w latach 2012–2013 zdarzyło się, że sąd odmówił Pani/Panu udzielenia tzw. następczej zgody na wykorzystanie dowodu z kontroli operacyjnej wobec innej osoby lub w sprawie o inny czyn?
1) nie, ani razu (proszę przejść do pytania 24)
2) tak, raz
3) tak, 2–5 razy
4) tak, częściej niż 5 razy
5) nie pamiętam

Pytanie 23 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 23a

23. Jeżeli zdarzyło się Pani/Panu odmówić udzielenia tzw. następczej zgody, to proszę wskazać przyczynę (może być więcej niż jedno wskazanie)
1) przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną
2) wniosek był złożony zbyt późno
3) wniosek pochodził od osoby nieuprawnionej
4) nie stwierdzono warunku konieczności posłużenia się takim dowodem
5) z innej przyczyny (jakiej?)
6) nie pamiętam

23a. Jeżeli zdarzyło się, że sąd odmówił Pani/Panu udzielenia tzw. następczej zgody, to proszę wskazać przyczynę (może być więcej niż jedno wskazanie)
1) przestępstwo nie należało do katalogu przestępstw, wobec których można stosować kontrolę operacyjną
2) wniosek był złożony zbyt późno
3) wniosek pochodził od osoby nieuprawnionej
4) nie stwierdzono warunku konieczności posłużenia się takim dowodem
5) z innej przyczyny (jakiej?)
6) nie pamiętam

24. Czy procedura udzielania zgody na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów wobec innej osoby lub o inny czyn jest Pani/Pana zdaniem dobrze uregulowana?
1) tak (proszę przejść do pytania 26)
2) nie mam zdania (proszę przejść do pytania 26)
3) nie

25. Jeżeli Pani/Pana zdaniem procedura udzielania zgody na wykorzystanie uzyskanych podczas kontroli operacyjnej materiałów wobec innej osoby lub o inny czyn nie jest dobrze uregulowana, to proszę wskazać, jakie Pani/Pana zdaniem mankamenty przedstawia ta procedura
.....
.....
.....
.....
.....
.....

26. Czy brała Pani/brał Pan w latach 2012–2013 udział w procesie, w którym były wnioskowane dowody, których wytworzenie zostało zatwierdzone w trybie tzw. zgody następczej?
1) nie, nigdy
2) tak, raz
3) tak, 2–5 razy
4) tak, powyżej 5 razy
5) nie pamiętam

III. Wykorzystywanie w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji dowodu z uzyskanego operacyjnie nagrania

27. Czy w latach 2012–2013 brała Pani/brał Pan udział w rozprawie przed sądem pierwszej instancji, podczas której wnioskowano o wykorzystanie dowodu w postaci uzyskanych operacyjnie nagrań?
1) nie (proszę przejść do pytania 39)
2) tak, w 1 sprawie
3) tak, w 2–5 sprawach
4) tak, w 6–10 sprawach
5) tak, w więcej niż 10 sprawach
6) nie pamiętam

28. Jeżeli tak, czy były to: (odpowiedź może zawierać więcej niż jedno wskazanie)
1) nagrania rozmów prowadzonych telefonicznie lub przy użyciu innego środka porozumiewania się na odległość
2) nagrania rozmów prowadzonych bez użycia środków porozumiewania się na odległość
3) nagrania obrazu
4) nagrania dźwięku i obrazu
5) nagrania ruchu osoby lub pojazdu dokonywane za pomocą technik GPS lub podobnych
6) nie pamiętam

29. Jeżeli tak, czy były to nagrania uzyskane w wyniku stosowania: (odpowiedź może zawierać więcej niż jedno wskazanie)
1) kontroli operacyjnej
2) transakcji pozornej (tzw. prowokacji policyjnej)
3) przesyłki niejawnie nadzorowanej
4) co najmniej dwóch wskazanych wyżej metod stosowanych równocześnie (np. prowokacji i kontroli operacyjnej)
5) wideoobserwacji prowadzonej w miejscach publicznych
6) w inny sposób (jaki?)
7) nie pamiętam

Pytanie 30 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 30a

30. Czy prokurator w przypadku powoływania się w akcie oskarżenia na dowody z operacyjnie pozyskanych nagrań, wnioskuje o odtworzenie ich treści na rozprawie?
1) w zasadzie zawsze
2) przeważnie tak
3) przeważnie nie
4) prawie nigdy, gdyż zwykle wnosi o ich uznanie za ujawnione bez odczytywania (proszę przejść do pytania 32)

30a. Czy w przypadku wskazywania w akcie oskarżenia na dowody z operacyjnie pozyskanych nagrań wnioskuje Pani/Pan o odtworzenie ich treści na rozprawie?
1) tak, w zasadzie zawsze
2) przeważnie tak
3) przeważnie nie
4) prawie nigdy, zwykle wnoszę o ich uznanie za ujawnione bez odczytywania (proszę przejść do pytania 32)

Pytanie 31 dotyczy tylko sędziów. Osoby wykonujące zawód prokuratora proszone są o przejście do pytania 31a

31. Jeżeli w pytaniu 30 podała Pani/podał Pan odpowiedź 1), 2) lub 3), to czy oskarżyciel zakreśla, w jakich fragmentach należy odtworzyć nagranie podczas rozprawy?
1) tak, zawsze
2) czasami
3) nigdy
4) nie pamiętam

31a. Jeżeli w pytaniu 30a podała Pani/podał Pan odpowiedź 1), 2) lub 3), to czy w takiej sytuacji zakreśla Pani/Pan sądowi, w jakich fragmentach należy odtworzyć nagranie podczas rozprawy?
1) tak, zawsze
2) czasami
3) nigdy
4) nie pamiętam

32. Czy w przypadku gdy oskarżyciel wnosi o uznanie za ujawnione treści załączonych do akt sprawy operacyjnie uzyskanych nagrań, oskarżony lub jego obrońca wnioskują o ich odtworzenie na rozprawie?
1) w zasadzie zawsze
2) przeważnie tak
3) przeważnie nie
4) prawie nigdy (proszę przejść od pytania 34)
5) nie mam zdania (proszę przejść do pytania 34)

33. Jeżeli w pkt 32 podała Pani/podał Pan odpowiedź 1), 2) lub 3), to czy wnioskujący zakreślał, w jakich fragmentach należy odtworzyć nagranie podczas rozprawy?
1) tak, zawsze
2) czasami
3) nigdy

34. Jeżeli dowodem w sprawie mają być nagrania dźwięku, to czy dołącza się do nich stenogram?

1) tak, zawsze
2) przeważanie tak
3) przeważnie nie
4) nie, nigdy
5) trudno powiedzieć

35. Jakie Pani/Pana zdaniem znaczenie ma stenogram z nagrań?
1) jest dowodem z dokumentu
2) nie jest dowodem, nie korzystam z jego treści (proszę przejść do pytania 37)
3) nie jest dowodem, ale posiłkuję się jego treścią ze względów funkcjonalnych

36. Czy weryfikuje Pani/Pan treści ujęte w stenogramie z treściami nagrań?
1) tak, zawsze
2) tylko gdy mam wątpliwości co do treści stenogramu
3) tylko gdy wpłynie taki wniosek strony
4) gdy mam wątpliwości co do treści stenogramu lub na wniosek strony
5) nie, nigdy

37. Jak długo trwało najdłuższe dokonywane w Pani/Pana praktyce odsłuchiwanie/oglądanie na rozprawie operacyjnie uzyskanego nagrania?
1) kilka minut
2) kilka godzin
3) kilka dni
4) kilka tygodni
5) nie pamiętam

38. Czy Pani/Pana zdaniem obecne uregulowania zapewniają możliwość kontroli legalności uzyskanych operacyjnie nagrań przez sąd?
1) tak
2) nie mam zdania
3) nie

39. Czy Pani/Pana zdaniem dowód uzyskany w sposób nielegalny, tj. z naruszeniem przepisów prawa regulujących warunki jego uzyskania, powinien podlegać wykluczeniu w procesie karnym?
1) tak, zawsze
2) w zasadzie tak, chyba że bez tego dowodu nie dałoby się ustalić prawdziwego stanu faktycznego
3) nie, nigdy, naruszenie zasad przeprowadzenia dowodu może prowadzić do odpowiedzialności osoby, która go uzyskała, ale nie powinno prowadzić do niweczenia dowodu
4) trudno powiedzieć

40. Czy ma Pani/Pan jakieś postulaty co do uregulowania na przyszłość problematyki wykorzystywania w procesie karnym dowodów pozyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Słowa kluczowe: postępowanie karne, sąd pierwszej instancji, czynności operacyjno-rozpoznawcze, kontrola operacyjna, podsłuchy, transakcja pozorna, przesyłka niejawnie nadzorowana, dane telekomunikacyjne, dane bankowe

Summary

Dobrosława Szumiło-Kulczycka – *The use by first-instance courts in criminal trials of operationally-gathered information*

In addition to procedural acts, oriented towards identifying perpetrators of crimes and finding, gathering and recording crime evidence, the bodies established in order to perform tasks in the field of external and internal security of the state, as well as public order and safety carry out operational intelligence activities. Though by definition, operational intelligence activities do not have a procedural character, their results can significantly influence the criminal trial, becoming the source of information about the expediency or necessity of carrying out a certain procedural act or being used as evidence in criminal trials.
The aim of this study was determining the scale of the phenomenon, i.e. the frequency with which the police and other services actually use operational intelligence and estimating how often such intelligence is used in criminal trials and what difficulties this involves for judges and prosecutors.
Due to the fact that secret operational intelligence activities are classified as confidential at the trial stage, a decision was made not to examine files of criminal trials, while the material for the study was obtained on the basis of statistical data, from presidents of regional courts and heads of the individual services, including the Chief Commander of the Police, the Chief Commander of the Border Guard, the Head of the Central Anti-Corruption Bureau, the Head of the Internal Security Agency, the Head of the Military Counterintelligence Service and the General Inspector of Fiscal Control. In addition, in an anonymous questionnaire, judges and prosecutors were asked about their experiences and opinions relating to the use of operational intelligence in the proceedings they conducted.
The gathered data show that the most frequently used methods of operational evidence-gathering is obtaining telecommunications data, bank data and operational control. Evidence in the form of operational intelligence was used most frequently in cases involving drug-related crime, corruption, fraud and participation in an organized criminal group.
There is a noticeable disparity between the frequency of use of operational intelligence activities, including those of the highest degree of sensitivity, and the frequency with which their results appear in proceedings before courts. One can speak of excessive ease of resorting to operational intelligence gathering methods, or even abuse of certain methods, such as gathering telecommunications data or phone tapping.

Keywords: criminal procedure, court of first instance, operational intelligence activities, operational control, phone tapping, simulated transaction, controlled delivery, telecommunications data, bank data

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Magdalena Budyn-Kulik*

Środek karny pozbawienia praw publicznych. Analiza dogmatyczna i praktyka orzecznicza

I. ANALIZA PRZESŁANEK ORZEKANIA ŚRODKA KARNEGO POZBAWIENIA PRAW PUBLICZNYCH[1]

1.1. Rys historyczny

W raportach zazwyczaj nie zamieszcza się rysu historycznego badanej regulacji, instytucji czy przepisu. Jednak w tym przypadku wydaje się to zasadne, ponieważ pewne zaszłości historyczne zdają się mieć wpływ na praktykę orzeczniczą. Poniżej zostaną zatem pokrótce przedstawione uregulowania dotyczące pozbawienia praw publicznych w kodeksie karnym z 1932 r. i 1969 r.

Kodeks karny z 1932 r. znał karę dodatkową utraty praw publicznych (art. 44 lit. a) oraz obywatelskich praw honorowych (art. 44 lit. b). Obejmowała ona utratę biernego i czynnego prawa wyboru do wszelkich ciał ustawodawczych, samorządowych oraz do innych instytucji prawa publicznego, udziału w wymiarze sprawiedliwości, utratę urzędów i stanowisk publicznych oraz zdolności do ich uzyskania (art. 45). Utrata obywatelskich praw honorowych zaś obejmowała utratę tytułów zaszczytnych, orderów i odznaczeń tudzież zdolności ich uzyskania. Te kary dodatkowe mogły być orzeczone obligatoryjnie lub fakultatywnie. Obligatoryjne było ich orzeczenie w przypadku skazania na karę śmierci lub dożywotniego pozbawienia wolności; na karę więzienia za zbrodnie stanu lub zbrodnie przeciw interesom zewnętrznym państwa i stosunkom międzynarodowym oraz na karę więzienia za inne zbrodnie popełnione z chęci zysku. Fakultatywna możliwość orzeczenia tego środka przewidziana była wówczas, gdy sprawca został skazany na karę więzienia za każde inne przestępstwo popełnione z chęci zysku lub z innych niskich pobudek. Utrata praw następowała z chwilą uprawomocnienia się wyroku. Obie kary dodatkowe orzekane były terminowo na okres od lat 2 do 10 oraz na zawsze (gdy wymierzono karę śmieci lub dożywotniego więzienia). Do okresu tego nie wliczano czasu między uprawomocnieniem się wyroku do odbycia kary zasadniczej, jej darowania lub

* Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik jest adiunktem na WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii oraz adiunktem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

[1] Ponieważ badania zostały przeprowadzone na aktach za lata 2000–2014 r., został uwzględniony stan prawny obowiązujący do 30.06.2015 r. Ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 396).

przedawnienia, lub uwolnienia z zakładu zabezpieczającego. Po upływie tego okresu skazany odzyskiwał prawa wyborcze, prawa do udziału w wymiarze sprawiedliwości, rodzicielskie lub opiekuńcze, prawa wykonywania zawodu oraz zdolność do uzyskania innych utraconych praw. Kodeks karny z 1932 r. przewidywał także możliwość wcześniejszego przywrócenia przez sąd utraconych praw po upływie co najmniej połowy okresu, na jaki orzeczono ich utratę, jednak nie mogło to być mniej niż 2 lata, pod warunkiem że oskarżony prowadził życie nienaganne.

Kodeks karny z 1969 r. w art. 40 przewidywał jednolitą karę dodatkową pozbawienia praw publicznych. Jej orzeczenie było obligatoryjne, gdy czyn stanowił zbrodnię, niezależnie od orzeczonej kary oraz jakichkolwiek przesłanek subiektywnych, lub fakultatywne, gdy sprawca został skazany na karę co najmniej roku pozbawienia wolności za czyn popełniony z niskich pobudek. Na gruncie tego kodeksu wyodrębniano pojęcie „pobudka", odnoszone do treści emocjonalnych oraz „motyw", odnoszone do treści intelektualnych[2]. Początkowo pojęcie pobudki – traktowane jako swoiste pojęcie prawne, o charakterze technicznym, a nie specjalistycznym – oznaczało emocjonalne przeżycie stanowiące siłę napędową popychającą sprawcę do popełnienia danego czynu[3]. Przez motyw rozumiano rację działania czyli wyobrażenie sprawcy o celu działania i sposobie jego realizacji, które pozwala mu podjąć konkretne działanie umożliwiające osiągnięcie danego celu; to, co sprawca formułuje najczęściej w myśli jako powód działania[4]. Motyw miał zatem stanowić zjawisko ze sfery intelektualnej, zaś pobudka – przeżycie emocjonalne (czasem nieuświadamiane), popychające sprawcę do czynu[5]. W takim ujęciu motyw był zawsze świadomy[6]. Psychologowie kwestionowali zasadność takiego rozróżnienia, jako zabiegu niemającego uzasadnienia we współczesnej psychologii, sztucznego[7]. Później przeciwstawiono „pobudkę" „motywowi" (ujmowanemu jako wewnętrzne czynniki inspirujące, ukierunkowujące i regulujące zachowanie)[8]. Psychologia obecnie włącza pojęcie pobudki do opisu przebiegu procesu motywacyjnego[9], a czasami utożsamia po prostu te pojęcia[10]. Dlatego nie wydaje się trafna sugestia, że powinno się motywację dzielić na przeżycia emocjonalne, wolicjonalne i poznawcze, zaś ocenie podlegać miałyby przeżycia emocjonalne i wolicjonalne[11]. Dzielenie w ten sposób motywacji jest sztuczne, nie pozwala na jej całościową ocenę. Ponadto, możliwość poddania ocenie emocji budzi wątpliwości[12].

---

[2] M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 122.

[3] M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 289.

[4] M. Ossowska, *Motywy postępowania. Z zagadnień psychologii motywacji*, Warszawa 1958, s. 23 i n.; J. Świtka, *Krytyka kodeksowego pojęcia „pobudka"*, An. UMCS, Lublin 1975, Vol. XXII, 17, Sectio G, s. 256 i n.; por. także M. Kuć, *Problem motywu w psychologii i prawie karnym*, w: M. Kuć, I. Niewiadomska (red.), *Kara kryminalna. Analiza psychologiczno-prawna*, Lublin 2004, s. 93–102.

[5] Por. P. Horoszowski, *Zabójstwo z afektu*, Warszawa 1947, s. 64–65; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968, s. 20–25; S. Pławski, *Przestępstwa przeciwko życiu*, Warszawa 1963, s. 114–127.

[6] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 289.

[7] J.K. Gierowski, *Rola biegłego psychologa w opiniowaniu o poczytalności-problemy diagnostyczne i kompetencyjne,* w: J.K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, Kraków 1996, s. 136; K. Obuchowski, *Psychologia dążeń ludzkich*, Warszawa 1965, s. 35–36, W. Szewczuk, *Psychologia*, t. 1, Warszawa 1970, s. 212; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie do psychologii*, Warszawa 1967, s. 191.

[8] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 289.

[9] J.M. Stanik, *Psychologia sądowa. Podstawy, badania, aplikacje*, Warszawa 2013, s. 115.

[10] Por. np. E.R. Hilgard, *Wprowadzenie...*, s. 197–211.

[11] L. Tyszkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 730.

[12] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 289.

Zwolennikami tego rozróżnienia byli m.in. P. Horoszowski i K. Daszkiewicz[13]; przeciwnikiem zaś S. Pławski[14]. Współcześnie uwzględnia je J. Lachowski[15]. Takie ujęcie nie miało jednak oparcia w wiedzy psychologicznej[16] Współczesna psychologia nie posługuje się praktycznie pojęciem „pobudki", zrównawszy je z pojęciem „motywu". Przypisywanie pobudce charakteru jedynie uczuciowego nie miało psychologicznego uzasadnienia[17].

Na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. ustawodawca użył terminu „niskie pobudki". Znamię to miało charakter ocenny, ale ta ocena była „jednopoziomowa" – niskie[18]. Stanowisko SN w kwestii niskich pobudek nie było jednolite[19]. Stosunkowo niewiele orzeczeń dotyczyło interpretacji tego pojęcia. Utożsamiane były one z pobudkami nikczemnymi, nieetycznymi, hańbiącymi, godnymi pogardy, godnymi napiętnowania, antyspołecznymi[20]. Na podstawie analizy orzeczeń SN można pokusić się o stworzenie zestawienia cech owych „niskich pobudek". Mogły się one pojawić, gdy sprawca popełnił czyn w zamiarze bezpośrednim, wyjątkowo w zamiarze ewentualnym, tylko wówczas, gdy niskich pobudek można się było dopatrzeć w szczególnych okolicznościach sprawy. W zachowaniu sprawcy miała się przejawiać jego nienawiść lub chęć poniżenia innego człowieka, dążenie do zaspokojenia własnych zachcianek czy wzbogacenia się bez względu na krzywdę wyrządzaną dobru społecznemu lub jednostce[21]. Chęć osiągnięcia korzyści majątkowej nie zawsze jednak utożsamiana była z niskimi pobudkami[22]. Były one zrelatywizowane do konkretnego czynu zabronionego. I tak na przykład przy zgwałceniu przyjmowano, że sam zamiar popełnienia takiego czynu i jego realizacja nie decydują jeszcze o stwierdzeniu istnienia niskiej pobudki. Dopiero, gdy pojawił się dodatkowy impuls, inny niż samo zaspokojenie popędu płciowego, np. chęć osiągnięcia korzyści majątkowej, poniżenia godności pokrzywdzonej, chęć zemsty, zazdrość, sadyzm, bezwzględny sposób działania – czyn sprawcy mógł zostać uznany za działanie z niskich pobudek[23]. Różnie oceniano zazdrość. Mogła ona zostać uznana za niską pobudkę pod warunkiem, że czyn sprawcy w odczuciu społecznym oceniony został jako godny pogardy lub odrażający[24]. Natomiast jeżeli sprawca

[13] P. Horoszowski, *Zabójstwo*..., s. 64–65; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, s. 153–156.
[14] S. Pławski, *Przestępstwa*..., s. 120 i n.
[15] J. Lachowski, w: R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System prawa karnego*, t. 3, Warszawa 2013, s. 532 i n.
[16] W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 136; S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 24 i n.; S. Pławski, *Przestępstwa*..., s. 114 i n.; J.K. Gierowski, *Rola*..., s. 135 i n.; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, s. 21; K. Daszkiewicz, *Motyw przestępstwa*, „Palestra" 1961/9, s. 60 i n.; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju*, „Nowe Prawo" 1962/7–8, s. 1020 i n.; J. Świtka, *Krytyka*..., s. 260 i n.
[17] W. Szewczuk, *Psychologia*, Warszawa 1990, s. 212; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie*..., s. 191; K. Obuchowski, *Psychologia*..., s. 35–36.
[18] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*..., s. 305.
[19] S. Pikulski, *Zabójstwo z zazdrości*, Warszawa 1991, s. 137–138; J. Świtka, *Krytyka*..., s. 265.
[20] K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 67; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, s. 23. Nie wolno zapominać o tym, że nie każda pobudka oceniana ujemnie z punktu widzenia moralności jest niską pobudką i odwrotnie, por. A. Wąsek, *Glosa do wyroku z 14 września 1984*, „Państwo i Prawo" 1986/2, s. 149.
[21] Wyrok SN z 16.11.1973 r. (II KR 158/73), OSNKW 1974/4, poz. 63; wyrok SN z 11.12.1975 r. (II KR 277/75), OSNPG 1976/9, poz. 71; wyrok SN z 4.06.1971 r. (III KR 40/71), OSNKW 1971/11, poz. 169.
[22] Wyrok SN z 2.03.1973 r. (IV KR 355/72), LEX nr 21552.
[23] Wyrok SN z 13.12.1979 r. (II KR 346/79), LEX nr 21845; wyrok SN z 14.06.1973 r. (III KR 103/73), LEX nr 21567; wyrok SN z 29.10.1973 r. (I KR 197/73), OSNPG 1974/3, poz. 37; wyrok SN z 3.03.1972 r. (II KR 327/71), OSNPG 1972/7, poz. 103.
[24] J. Fleszar-Szumigaj, *Glosa do wyroku z 14.09.1984 (III KR 230/84)*, OSPiKA 1986, z. 2, s. 34.

popełnił czyn, na przykład zabójstwo z zazdrości, zrodzonej „na podłożu miłości", to nie stanowiła ona niskich pobudek. W orzecznictwie pojawił się pogląd, że w opinii społecznej sprawca taki wzbudza „raczej litość niż pogardę czy odrazę"[25]. To orzeczenie pokazuje sygnalizowany przeze mnie problem oceny zewnętrznej motywacji. Jak słusznie zauważyła T. Gardocka, oceny pobudki dokonano w nim *ex post*, patrząc przez pryzmat efektu czynu sprawcy, a nie *ex ante*[26]. Jest to nieprawidłowe, ale częste w praktyce orzeczniczej postępowanie, które znacznie ułatwia organowi orzekającemu procedowanie. Nie stworzono, bo jest to niemożliwe, kompletnego katalogu „niskich pobudek"[27]. Taka sama pobudka w określonym kontekście sytuacyjnym mogła zostać oceniona jako niska lub nie[28].

Pojęcia „niskiej pobudki" i „motywacji zasługującej na szczególne potępienie" nie pokrywają się zakresowo, tym niemniej wykładnia „niskich pobudek" może być pomocna przy interpretacji pojęcia „motywacji zasługującej na szczególne potępienie"[29]. Z drugiej strony, poglądy wypowiadane w doktrynie i orzecznictwie na temat motywacji zasługującej na szczególne potępienie zdają się sugerować, że głoszący je nie zauważyli różnicy między tymi pojęciami. „Motywacja" jest terminem szerszym niż „pobudka", natomiast określenie „szczególne potępienie" ma węższy zakres niż „niskie pobudki". Poza tym każde z tych pojęć należy do nieco innej płaszczyzny[30].

1.2. Pozbawienie praw publicznych w kodeksie karnym z 1997 r.

Uzasadnienie projektu kodeksu karnego z 1997 r. zawiera stwierdzenie, że w demokratycznym państwie prawa środek ten „utracił swą dotychczasową rolę"[31]. Wydaje się, że to właśnie w demokratycznym państwie prawa środek ten dopiero nabiera znaczenia. To w takim ustroju obywatelowi przysługują liczne prawa; może on rzeczywiście istnieć w przestrzeni publicznej, zaś pozbawienie go takiej możliwości powinno być przez niego faktycznie odczuwane jako dolegliwe. Należy podzielić stanowisko D. Szeleszczuka, że wraz z rozwojem demokracji dolegliwość związana z pozbawieniem praw publicznych wzrasta. Im większa świadomość co do własnego znaczenia i roli podejmowanych decyzji wyborczych, tym większa dolegliwość tego środka[32].

Środek karny w postaci pozbawienia praw publicznych obejmuje pozbawienie tylko praw wymienionych w tym przepisie, które mają właśnie charakter publiczny. Nie obejmuje natomiast praw o charakterze cywilnym[33], choć może wywierać pewne skutki pośrednie także w tej sferze[34].

Z orzeczeniem tego środka wiąże się moralne potępienie sprawcy niegodnego

[25] Wyrok SN z 14.09.1984 r. (III KR 230/84), OSNKW 1985/3–4, poz. 20; wyrok SN z 3.03.1972 r. (II KR 327/71), OSNPG 1972/7, poz. 103; postanowienie SN z 24.08.1968 r., OSNKW 1968, z. 11, poz. 133.
[26] T. Gardocka, *Glosa do wyroku z 14 września 1984 r., III KR 230/84*, OSPiKA 1986/2, s. 34–38.
[27] Pomimo próby uznania pewnych pobudek jako niezmiennie niskie przez SN w wyroku z 1952 r., por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z afektu*..., s. 69.
[28] Por. M. Budyn-Kulik, *Umyślność*..., s. 307.
[29] M. Budyn, *Motywacja zasługująca na szczególne potępienie,* „Prokuratura i Prawo" 2000/9, s. 37.
[30] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*..., s. 307.
[31] Uzasadnienie do rządowego projektu kodeksu karnego, s. 28.
[32] D. Szeleszczuk, *Środek karny pozbawienia praw publicznych w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013, s. 68.
[33] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*..., s. 120; J. Szumski, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 461.
[34] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 105–106.

korzystania z praw publicznych i wyróżnień honorowych. Ma on w istocie charakter kary[35]. Niektóry autorzy trafnie podkreślają jego represyjny charakter[36]. Wskazują również na realizację celu sprawiedliwościowego, w ograniczonym stopniu – prewencyjnego[37]. Nadal aktualny wydaje się pogląd A. Mogilnickiego, że pozbawienie praw publicznych nie realizuje żadnego z celów prewencyjnych kary[38]. Rację ma M. Szewczyk, pisząc, że środek ten ma być reakcją na taki czyn sprawcy, który powoduje utratę zaufania publicznego, prestiżu i autorytetu[39]. „Orzeczenie pozbawienia praw publicznych przekreśla wszystkie dotychczasowe osiągnięcia i sukcesy skazanego, podważa jego autorytet, prestiż, dorobek naukowy i osiągnięcia na polu społecznym i politycznym. Ten środek karny usuwa w niebyt najszlachetniejsze czyny, naznacza sprawcę przestępstwa piętnem pogardy społeczeństwa"[40]. Środek ten wiąże się z napiętnowaniem sprawcy, moralną dezaprobatą społeczną. Zawiera w sobie również element prewencyjny, ponieważ pozawala ograniczyć wpływy sprawcy, którego zachowanie oceniane jest jako naganne, na życie społeczne[41]. Środek ten nie bez przyczyny został wymieniony jako pierwszy w katalogu środków karnych, ponieważ jest najbardziej dolegliwy ze wszystkich znanych polskiemu kodeksowi karnemu. Wywiera najdalej idące skutki skazania, które wykraczają poza ramy czasowe orzeczenia tego środka, niepodlegające anulowaniu. Dolegliwość związana z tym środkiem jest dwustopniowa, obejmuje konsekwencje wynikające wprost z art. 40 k.k. oraz dalsze, wynikające z pozbawienia praw, np. utrata zajmowanego stanowiska (przez sędziego, prokuratora), zwolnienie z zawodowej służby wojskowej w przypadku żołnierzy, utrata prawa do wykonywania zawodu (notariusz, radca prawny, rzecznik patentowy), rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia, etc.[42] Trzeba pamiętać także o tym, że orzeczenie tego środka powoduje konsekwencje w różnych sferach życia. Pozbawienie praw publicznych pociąga za sobą pewne konsekwencje w sferze socjalnej (finansowej) – w szeroko rozumianych służbach mundurowych wiąże się z utratą zaopatrzenia emerytalnego, przydzielonego lokalu mieszkalnego czy pomocy finansowej[43]. Może zamykać drogę awansu zawodowego[44].

1.2.1. Treść środka karnego

Utrata praw wyborczych obejmuje zarówno prawo wyborcze czynne (do wybierania), jak i bierne (do bycia wybieranym). Obejmuje wybory do organów władzy publicznej; oznacza zatem niemożność brania udziału w wyborach parlamentarnych, prezydenckich, do samorządu terytorialnego[45]. Natomiast nie są wprost objęte treścią tego środka karnego prawa wyborcze do Parlamentu Europejskiego,

[35] J. Wojciechowska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 884–885.
[36] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 567.
[37] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 118.
[38] A. Mogilnicki, *Kary dodatkowe*, Warszawa 1907, s. 332.
[39] M. Szewczyk, op. cit., s. 567.
[40] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 106.
[41] N. Kłączyńska, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 309.
[42] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 102–105.
[43] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 105.
[44] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 105.
[45] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*..., s. 120; Z. Sienkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 180; D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 69–70.

ponieważ nie jest on instytucją publiczną. Jednak przepisy art. 10 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego[46] stanowią, że czynnego[47] prawa wyborczego do niego nie mają osoby pozbawione praw publicznych orzeczeniem sądu lub Trybunału Stanu[48]. W wyniku pewnej niespójności między przepisami kodeksu karnego i Konstytucji RP powstaje problem, czy orzeczenie pozbawienia praw publicznych powoduje utratę możliwości uczestniczenia w referendum. Wydaje się trafne stanowisko D. Szeleszczuka, iż udzielenie odpowiedzi twierdzącej stanowiłoby zbyt dalekie wyjście poza brzmienie przepisu art. 40 § 1 k.k.[49]

Osoba, wobec której orzeczono ten środek, nie może wybierać ani być wybierana do organów samorządu zawodowego – samorządowych organizacji zawodowych, jak np. lekarzy, architektów, adwokatów, radców prawnych etc. Zakaz ten dotyczy także samorządu gospodarczego, np. izb gospodarczych[50].

Pozbawienie praw publicznych uniemożliwia udział w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w jakimkolwiek charakterze – sędziego, referendarza sądowego, ławnika, prokuratora, obrońcy, pełnomocnika, notariusza, komornika, arbitra sądów polubownych[51]. Należy podzielić pogląd R.A. Stefańskiego, zdaniem którego utrata praw w tej mierze dotyczy też osób występujących w imieniu organów mających uprawnienia oskarżyciela publicznego, np. strażnicy leśni, funkcjonariusze Straży Granicznej[52]. Dotyczy to również udziału w organach orzekających w postępowaniu dyscyplinarnym[53]. Nie jest także wówczas możliwy wybór na członka KRRiT, Krajowej Rady Sądownictwa, sędziego Trybunału Stanu i Trybunału Konstytucyjnego[54] oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka, członka NIK, jak również organów NBP (prezesa NBP, Rady Polityki Pieniężnej, zarządu NBP)[55].

W obecnym brzmieniu przepisu art. 40 § 2 k.k. nie jest zupełnie jasne, co dokładnie obejmuje utrata prawa do pełnienia funkcji w organach i instytucjach państwowych i samorządu terytorialnego lub zawodowego. Termin „instytucje państwowe" został użyty w znaczeniu węższym, jako państwowe jednostki organizacyjne, niebędące organami państwowymi, urzędy lub inne struktury państwowe wykonujące zadania publiczne[56]. Natomiast organ państwowy to wyodrębniona organizacyjnie

[46] Ustawa z 5.01.2011 r., Dz. U. Nr 21, poz. 112 ze zm.

[47] Natomiast biernego prawa nie ma osoba, która została skazana prawomocnym wyrokiem na karę pozbawienia wolności za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe – art. 11 § 2 pkt 1 kodeksu wyborczego. Osoba, wobec której orzeczono środek karny pozbawienia praw publicznych zawsze jest osobą skazaną na karę pozbawienia wolności, w większości przypadków – za przestępstwo umyślne.

[48] R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 270; D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 72–73.

[49] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 71–72.

[50] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…,* s. 120; Z. Sienkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny*..., s. 180.

[51] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…*, s. 121; Z. Sienkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny*..., s. 180; R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2, Warszawa 2010, s. 92; J. Szumski, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks karny*..., s. 462; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 132; D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 77–78.

[52] R.A. Stefański, *Środek karny pozbawienia praw publicznych*, „Ius Novum" 2009/3, s. 38.

[53] N. Kłączyńska, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny*..., s. 310.

[54] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny*..., s. 568.

[55] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 74.

[56] Por. m.in. R.A. Stefański, *Przestępstwo czynnej płatnej protekcji (art. 230a k.k.),* „Prokuratura i Prawo" 2004/5, s. 10–11; D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 81.

część aparatu państwowego, działająca w imieniu i na rachunek państwa, uprawniona do korzystania ze środków władczych w zakresie przyznanych kompetencji[57]. W kodeksie karnym z 1969 r. (art. 39) chodziło o utratę praw do pełnienia „funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością". Ponieważ aktualny kodeks karny nie zawiera tego sformułowania, należy przyjąć, że chodzi tu o wszelkie funkcje, a nie tylko kierownicze[58]. Pojawił się pogląd, że nie można nadmiernie rozciągać znaczenia tego określenia, a zatem że orzeczenie omawianego środka karnego nie oznacza utraty praw do sprawowania jakiejkolwiek funkcji w znaczeniu organizacyjnym, niezwiązanej z wydawaniem decyzji administracyjnych[59]. Środek karny w postaci pozbawienia praw publicznych jest niewątpliwie bardzo dolegliwy i taka jest jego rola. Warunki jego orzeczenia określone są w taki sposób, że może to nastąpić w stosunku do sprawców, którzy naprawdę na to zasługują. Jeżeli oskarżony został uznany za niegodnego uczestniczenia w pełni w życiu publicznym, nie powinien móc tego robić. Pełnienie funkcji organizacyjnej w organach i instytucjach państwowych i samorządowych wiąże się, w jakiejś części, z reprezentowaniem tych organów, nawet jeśli z pełnieniem takiej funkcji nie wiążą się żadne uprawnienia władcze. Skoro dana osoba została uznana za niegodną, niehonorową, zasługującą na wyeliminowanie z życia publicznego, nie byłoby dobrze, żeby była utożsamiana w pewien sposób z instytucją państwową lub samorządową[60].

Owo pełnienie funkcji w organach i instytucjach państwowych i samorządowych nie dotyczy podmiotów, które nie mają charakteru władzy publicznej, na przykład partii politycznych, fundacji, stowarzyszeń, związków zawodowych[61]. W niektórych przypadkach do wywołania skutku, do którego prowadzi orzeczenie pozbawienia praw publicznych, nie wystarczy samo orzeczenie tego środka, lecz potrzebna jest także decyzja określonego organu, np. ustawa prawo o adwokaturze w art. 72[62] przewiduje, że do skreślenia adwokata z listy adwokatów niezbędna jest decyzja okręgowej rady adwokackiej[63]. Natomiast stosunek pracy z mianowanym nauczycielem akademickim wygasa wówczas z mocy samego prawa[64].

Środek ten obejmuje utratę orderów, odznaczeń i tytułów honorowych. Dotyczy to jednak tylko tych nadawanych przez władze państwowe i instytucje publiczne w Polsce[65]. Zgodnie z art. 138 Konstytucji RP ordery i odznaczenia nadaje Prezydent RP – i tylko o utracie tych orderów i odznaczeń mowa jest w art. 40 § 1 k.k. Utrata innych może nastąpić wówczas, gdy odpowiednie przepisy taką możliwość przewidują[66].

[57] D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 80.
[58] Z. Sienkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 180.
[59] Tak W. Wróbel, *Środki karne w projekcie kodeksu karnego*, cz. I, „Przegląd Sądowy" 1994/7–8, s. 100; J. Szumski, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks karny...*, s. 462; pogląd ten zdaje się podzielać Z. Sienkiewicz, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 180. Niejasne jest w tej mierze stanowisko R. Zawłockiego, który zdaje się podzielać pogląd o dość szerokim jego rozumieniu, ale jednak ograniczonym do funkcji „decyzyjnych". R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 92.
[60] Tak też chyba D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 80.
[61] J. Wojciechowska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny...*, s. 885; R.A. Stefański, *Prawo karne…*, s. 272.
[62] Ustawa z 26.05.1982 r., tekst jedn.: Dz.U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 ze zm.
[63] Por. R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 93.
[64] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 568; por. art. 127 ust. 1 ustawy z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz. U. Nr 156, poz. 1365 ze zm.
[65] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…*, s. 121.
[66] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 568.

W świetle art. 1 ust. 2 ustawy o orderach i odznaczeniach[67] ordery i odznaczenia są najwyższym wyróżnieniem zasług cywilnych i wojskowych położonych w czasie pokoju lub wojny dla chwały i rozwoju Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawa ta wymienia następujące ordery – Orła Białego (art. 10), Order Wojenny Virtuti Militari, który dzieli się na pięć klas (art. 11), Odrodzenia Polski, który dzieli się na pięć klas (art. 12), Krzyża Wojskowego – trzy klasy (art. 12a), Krzyża Niepodległości, dzielący się na dwie klasy (art. 12b), Zasługi RP – pięć klas (art. 13). Ustawa o orderach i odznaczeniach zna następujące odznaczenia: Krzyż Walecznych (art. 14), Krzyż Wojskowy (art. 14a), Krzyż Zasługi z Mieczami, który dzieli się na trzy stopnie (art. 15), Krzyż Wolności i Solidarności (art. 15a), Krzyż Zasługi – trzy stopnie (art. 16), Krzyż Zasługi za Dzielność (art. 17), Wojskowy Krzyż Zasługi z Mieczami, Morski Krzyż Zasługi z Mieczami, Lotniczy Krzyż Zasługi z Mieczami (art. 17a), Wojskowy Krzyż Zasługi, Morski Krzyż Zasługi, Lotniczy Krzyż Zasługi (art. 17b), Medal za Ofiarność i Odwagę (art. 18), Medal za Długoletnią Służbę, który dzieli się na trzy stopnie (art. 18a), Medal za Długoletnie Pożycie Małżeńskie (art. 19), odznaczenia wojskowe o charakterze pamiątkowym mające w nazwie wyraz „Gwiazda" (art. 19a).

Tytułami honorowymi są na przykład: *doctor honoris causa*, honorowy obywatel miasta, zasłużony nauczyciel[68]. Chociaż w Polsce funkcjonuje wiele takich tytułów, nie ma ogólnych regulacji, które określają ich charakter, a także krąg podmiotów uprawnionych do ich nadawania[69].

Pozbawienie praw publicznych nie obejmuje orderów, odznaczeń i tytułów nadanych przez podmioty prywatne. Utrata orderów i odznaczeń innych niż nadane przez Prezydenta RP może nastąpić na podstawie przepisów dotyczących nadawania takich orderów i odznaczeń przez owe inne organy[70]. Środek karny z art. 40 § 2 k.k. nie powoduje utraty orderów, odznaczeń i tytułów uzyskanych za granicą, nadanych przez organy państw obcych[71]. Powszechnie w polskiej doktrynie prawa karnego przyjmuje się, że skazany w takim przypadku nie ma jednak prawa używać zagranicznych odznaczeń i tytułów w Polsce[72]. Jednak rację w tej mierze trzeba chyba przyznać D. Szeleszczukowi, zdaniem którego stanowi to niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą na niekorzyść sprawcy, ponieważ przepis art. 40 § 1 k.k. nie obejmuje zakazu noszenia zagranicznych orderów i odznaczeń[73]. Środek z art. 40 § 1 k.k. może być orzeczony w stosunku do cudzoziemca, jeżeli odpowiada na zasadach określonych w polskim kodeksie karnym i jeśli posiada polskie ordery, odznaczenia i tytuły[74].

Omawiany środek nie dotyczy tytułów stwierdzających kwalifikacje zawodowe i tytułów naukowych[75]. Pozbawienie praw publicznych na mocy przepisów szczegól-

[67] Ustawa z 16.10.1992 r., Dz. U. Nr 90, poz. 450 ze zm.
[68] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*…, s. 121.
[69] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 85.
[70] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*…, s. 121, J. Szumski, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks karny*..., s. 462; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny*..., s. 568.
[71] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny*..., s. 569; R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*..., s. 93; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 171.
[72] L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 172; J. Wojciechowska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny*..., s. 886.
[73] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 85.
[74] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny*..., s. 569.
[75] L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 171; R. Zawłocki, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny*..., s. 93; J. Wojciechowska, w: G. Rejman (red.), *Kodeks karny*..., s. 886.

nych może powodować utratę zdolności pełnienia pewnych funkcji, np. opiekuna – art. 148 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[76].

Pozbawienie praw publicznych powoduje utratę posiadanego stopnia wojskowego i powrót do stopnia szeregowego. W tym zakresie pokrywa się treściowo ze środkiem karnym z części wojskowej kodeksu karnego – degradacją (art. 324 § 1 pkt 3, art. 327 k.k.)[77].

Orzeczenie środka karnego obejmuje wszystkie prawa wymienione w treści art. 40 § 1 k.k., które sprawca posiadał w chwili orzekania[78]. W czasie, na jaki środek ten został orzeczony, skazany nie może nabywać praw. Nie można jednak orzec pozbawienia przyszłych praw[79]. Wątpliwość taka powstała na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy opowiedział się wówczas za dopuszczeniem takiej możliwości[80]. Pozbawienie praw publicznych ma charakter częściowo bezwzględny, a w pewnym zakresie względny[81]. Utrata stanowisk, orderów, odznaczeń i tytułów ma charakter bezpowrotny[82]. Bezwzględny charakter ma zatem omawiany środek w odniesieniu do praw przysługujących obywatelowi indywidualnie[83]. Po upływie okresu, na jaki środek ten orzeczono, skazany nabywa jedynie zdolność ich otrzymania[84]. Automatycznie odzyskuje natomiast prawa określane jako wynikające wprost z przynależności obywatela do społeczeństwa[85], czyli czynne i bierne prawo wyborcze oraz prawo do udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Takie rozwiązanie jest ze wszech miar słuszne, ponieważ sprawca, okazawszy się niegodnym członkiem społeczeństwa, musi ponownie na wyróżnienia i honory zapracować.

1.2.2. Okres orzekania

Pozbawienie praw publicznych jest środkiem terminowym. Może on zostać orzeczony na okres od 1 roku do 10 lat[86]. Wymierzany jest w latach; nie może zostać wymierzony częściowo w latach i częściowo w miesiącach, ani wyłącznie w miesiącach. Nie jest możliwe orzeczenie tego środka na okres poniżej roku[87]. W myśl art. 43 § 2 k.k. pozbawienie praw publicznych obowiązuje po uprawomocnieniu się orzeczenia. Okres, na który środek orzeczono, nie biegnie w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, choćby orzeczonej za inne przestępstwo.

---

[76] J. Szumski, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks karny...*, s. 462.
[77] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…*, s. 121; D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 82.
[78] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 569; W. Wróbel, *Środki karne...*, s. 101–102.
[79] J. Szumski, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks karny...*, s. 461; W. Wróbel, *Środki karne...*, s. 101–102; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 569; N. Kłączyńska, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 311.
[80] Wyrok SN z 10.04.1982 r. (Rw 205/82), OSNKW 1982/9, poz. 58.
[81] D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 68.
[82] J. Lachowski, *Pozbawienie praw publicznych w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2003/10, s. 51–69; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 567; N. Kłączyńska, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 310.
[83] D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 68.
[84] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…*, s. 121; odmiennie J. Lachowski, który uważa, że po upływie okresu, na jaki został orzeczony środek, skazany z mocy samego prawa odzyskuje wszelkie utracone prawa, z wyjątkiem obywatelskich praw honorowych. J. Lachowski, *Pozbawienie praw publicznych...*, s. 63.
[85] D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 68.
[86] Nie budzi większych wątpliwości w doktrynie, że termin ten ma charakter materialny, a nie procesowy. Por. I. Nowikowski, *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988, s. 16–17; tak też D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 89.
[87] Por. szerzej D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 88.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się trzy okresy obowiązywania pozbawienia praw: od uprawomocnienia się wyroku do rozpoczęcia wykonywania kary pozbawienia wolności, podczas odbywania kary pozbawienia wolności oraz od opuszczenia zakładu karnego do upływu okresu, na jaki środek ten był orzeczony, darowania, zwolnienia z odbycia, przedawnienia wykonania[88].

Trzeba krytycznie odnieść się do tych unormowań kodeksu karnego. Pozbawienie praw publicznych należy do tych środków karnych, które znalazły się w pierwotnej wersji kodeksu karnego. Kodeks karny nie znał wówczas innego okresu orzekania środków terminowych niż właśnie od 1 roku do lat 10. Z upływem lat, w zależności od aktualnego kursu polityki kryminalnej, modyfikowano podstawy i okresy orzekania istniejących środków karnych oraz wprowadzano nowe. Podnoszono, co prawda, w literaturze prawa karnego wątpliwości, czy aby art. 43 k.k. w nowym brzmieniu[89] nie dopuszcza możliwości orzekania pozbawienia praw publicznych na okres 15 lat[90], a nawet kwestionowano w ogóle istnienie ram czasowych orzekania tego środka[91], należy jednak uznać te poglądy za nietrafne. Działania nowelizacyjne w zakresie środków karnych nie miały charakteru systemowego, a wyrywkowy. Spowodowało to powstanie takiej sytuacji, że te, które nie znalazły się w centrum uwagi, pozostawiono bez zmian. Tak stało się w przypadku pozbawienia praw publicznych. Środek ten orzekany jest obecnie relatywnie rzadko, podstawy orzekania są określone w taki sposób, że jest to możliwe w odniesieniu do stosunkowo niewielkiej grupy sprawców. Jednocześnie podstawy owe określone są ogólnie, nie zawężone wprost do np. sprawców przemocy w rodzinie czy czynów przeciwko wolności seksualnej osób małoletnich. Z tych względów nie został „zauważony" przez ustawodawcę przy projektach zmian.

Odnośnie do czasu trwania tego środka, *de lege ferenda* należałoby rozważyć dwie kwestie. Po pierwsze, sam okres, na jaki orzekany jest środek z art. 40 § 2 k.k. Obecnie istnieją w kodeksie karnym środki terminowe orzekane na okres dłuższy niż pozbawienie praw publicznych. Zważywszy, że może on zostać orzeczony obok kary powyżej 3 lat pozbawienia wolności, często kar najsurowszych – 15 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności czy dożywotniego pozbawienia wolności, nie ma racjonalnych powodów, by maksymalny okres wynosił tu lat 10. Warto byłoby także rozważyć możliwość wprowadzenia dożywotniego pozbawienia praw publicznych. Na przykład w przypadku ponownego orzeczenia tego środka.

Druga kwestia to okres spoczywania okresu, na jaki orzeczono ten środek. Nie jest do końca jasne, co właściwie wynika z brzmienia art. 43 § 2 k.k.[92] Zasadne jest oczywiście, aby środek ten przede wszystkim wykluczał skazanego z życia publicznego wówczas, gdy może on w nim najpełniej uczestniczyć, czyli po opuszczeniu zakładu karnego. Czy miałoby to jednak oznaczać, że podczas odbywania kary pozbawienia wolności, skazany, wobec którego orzeczono środek karny w postaci

[88] D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 90 i n.
[89] Ustawa z 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363).
[90] Tak W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 181.
[91] R.A. Stefański, *Środek karny w postaci obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami lub zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu*, „Przegląd Sądowy" 2006/6, s. 78.
[92] W brzmieniu do 30.06.2015 r.

pozbawienia praw publicznych, może korzystać np. z prawa wyborczego? Ponieważ w aktualnej ordynacji wyborczej osoby skazane na karę pozbawienia wolności nie tracą automatycznie czynnego i biernego prawa wyborczego, w przypadku uznania, że podczas pozbawienia wolności nie biegnie tylko termin, na jaki ten środek orzeczono, skazany mógłby z tego prawa korzystać, nie odczuwając dolegliwości tego środka. Takie rozwiązanie sprawiałoby również, że w przypadku sprawców, którzy dopuścili się czynu o bardzo wysokiej szkodliwości społecznej, szczególnie zasługującego na naganę i tym samym pokazali, że nie zasługują na korzystanie z praw publicznych, którym sąd wymierzył karę najsurowszą – dożywotniego pozbawienia wolności, rozpoczęcie wykonywania tego środka byłoby możliwe jedynie w przypadku warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary. Należy pamiętać o tym, że pierwotnie środek w postaci pobawienia praw publicznych pomyślany był jako instrument oddziaływania w społeczeństwie honorowym, w którym godność i dobre imię człowieka były wartościami samoistnymi. Wykluczenie z tej grupy stanowiło wyraźnie odczuwalną dolegliwość, tym bardziej, że o wiele więcej możliwości uczestniczenia w życiu publicznym było wówczas niedostępnych dla osób, które owo dobre imię utraciły, np. czynne i bierne prawo wyborcze[93]. Realia społeczno-polityczne się zmieniły, ale konstrukcja tego środka karnego nie uległa większym zmianom. Dlatego za niezwykle trafny, choć – jak się zdaje – odosobniony w orzecznictwie[94], należy uznać pogląd, że pozbawienie praw publicznych materialnie (utrata praw) biegnie od momentu uprawomocnienia się wyroku. Natomiast okres, na jaki środek ten orzeczono, oblicza się od momentu opuszczenia przez skazanego zakładu karnego. Oznacza to *de facto* wydłużenie czasu trwania tego środka. Stanowisko to podziela wyraźnie jedynie chyba D. Szeleszczuk[95].

Sytuacja w tej mierze zmieniła się od 1 lipca 2015 r. Ustawa z 20.02.2015 r. rozbiła dotychczasowy § 2 art. 43 k.k. na trzy przepisy. Nowy § 2 brzmi: „Pozbawienie praw publicznych, zakazy i nakaz obowiązują od uprawomocnienia się orzeczenia". W tej części przepis ten jest zgodny z poprzednią wersją (z kosmetyczną zmianą „obowiązku" na „nakaz"). Nowy przepis § 2a art. 43 k.k. przewiduje, że okres, na który został orzeczony zakaz, nie biegnie w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, choćby orzeczonej za inne przestępstwo. Jak widać, przepis ten dotyczy jedynie środków karnych w postaci zakazu[96]. Natomiast art. 43 § 2b k.k. mówi, że okres, na który orzeczono pozbawienie praw publicznych

[93] Trzeba pamiętać, że ordynacja wyborcza do sejmu (ustawa z 28.07.1922 r., Dz. U. Nr 66, poz. 590) w art. 3 stanowiła, że prawo wyborcze nie przysługuje: pozbawionym całkowicie lub częściowo własnowolności tudzież upadłym dłużnikom – w czasie trwania tego stanu; pozbawionym z mocy orzeczenia sądowego władzy ojcowskiej względnie rodzicielskiej – w czasie trwania tego stanu; prawomocnie skazanym wyrokiem sądowym, jeśli zarazem orzeczono oddanie, względnie, dopuszczalność oddania pod dozór policji lub do domu pracy – w każdym razie przez 3 lata od uprawomocnienia się wyroku. Zawierała również szczegółowe uregulowania tej kwestii w przypadku wcześniejszego skazania w dawnych dzielnicach. Przepisy te miały zastosowanie odpowiednio przy wyborach do senatu (art. 1 ustawy z 28.07.1922 r. – Ordynacja do senatu, Dz. U. Nr 66, poz. 591).

[94] Uchwała SN z 7.07.2003 r. (III SW 133/03), LEX nr 82190; wyrok SA w Krakowie z 22.11.2010 r. (II AKzw 1164/10), KZS 2011/1, poz. 60.

[95] D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 90.

[96] Na marginesie, interesujące jest to, że ustawodawca nie reguluje tej kwestii w ogóle w odniesieniu do nakazu opuszczenia lokalu. Środek ten jest terminowy, a można wyobrazić sobie sytuację, gdy sprawca odbywa karę pozbawienia wolności za inne przestępstwo. Ponieważ obok nakazu opuszczenia lokalu sąd orzeka zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego, może powstać dość dziwna sytuacja, w której okres trwania zakazu na podstawie art. 43 § 2a k.k. biegł nie będzie, a okres nakazu – tak.

za dane przestępstwo, nie biegnie w czasie odbywania kary pozbawienia wolności za to przestępstwo. Wydaje się, że jest to rozwiązanie wypaczające sens orzekania tego środka i prowadzące do paradoksalnej sytuacji, że dla sprawcy w pewnym sensie korzystniejsze jest orzeczenie pozbawienia praw publicznych niż na przykład zakazu wykonywania zawodu.

1.2.3. Dyrektywy orzekania

Kodeks karny nie wskazuje wprost żadnych dyrektyw wymiaru tego środka karnego. Nie jest jasne, jakie okoliczności mają wpływać na długość okresu, na jaki jest on orzekany. W uzasadnieniach sądów rzadko ów wymiar zostaje wyjaśniony. Jeżeli już, mówi się o tym, że okres ten jest adekwatny lub proporcjonalny do wymierzonej kary pozbawienia wolności. Powstaje problem, czy okres ten powinien być adekwatny do wymiaru kary, czy do stopnia naganności motywacji. Wydaje się, że jednak to drugie. Inne okoliczności wpływają na wymiar kary (zasadniczej), określa je art. 53 k.k., a inne okoliczności umożliwiają orzeczenie środka karnego pozbawienia praw publicznych; te określa art. 40 § 2 k.k., który jednak nie zawiera dyrektyw ich wymiaru. Przepis art. 56 k.k. nakazuje stosować odpowiednio m.in. przepis art. 53 k.k. do wymiaru innych przewidzianych w kodeksie karnym środków. W praktyce, ponieważ sądy przy orzekaniu tego środka i tak biorą pod uwagę głównie okoliczności o charakterze przedmiotowym, w szczególności te wpływające na stopień społecznej szkodliwości czynu, uwzględniają więc właśnie bezpośrednio dyrektywy z art. 53 k.k. Wydaje się jednak, że ze względu na odpowiednie stosowanie art. 53 k.k., należałoby przyjąć, iż na pierwszy plan wysuwa się tu dyrektywa kształtowania świadomości społecznej oraz motywacja sprawcy.

Druga kwestia to taka, co to znaczy, że okres orzeczenia środka jest proporcjonalny czy adekwatny do wymierzonej kary. Środek ten orzekany jest w wymiarze od 1 roku do 10 lat. Kara pozbawienia wolności, obok której można go orzec to 3–15 lat, 25 lub dożywotniego pozbawienia wolności. Czy owa adekwatność lub proporcjonalność miałaby oznaczać, że w przypadku orzeczenia kary terminowej można by było określić okres trwania tego środka na, powiedzmy, odpowiednio okres od 1 roku do 8 lat, w przypadku orzeczenia kary 25 lat pozbawienia wolności – 9 lat, zaś dożywotniego pozbawienia wolności – 10? Czy może raczej w przypadku zagrożenia czynu karą na przykład od 2 do 12 lat, w przypadku wymierzenia sprawcy kary 3 lat pozbawienia wolności – 1 roku pozbawienia praw publicznych, 12 lat pozbawienia wolności – 10 lat pozbawienia praw publicznych? Wydaje się, że chyba to drugie rozwiązanie jest trafniejsze. Jednak te wątpliwości pokazują także raz jeszcze, że przewidziany przez ustawodawcę przedział czasowy orzekania tego środka jest zbyt wąski.

Kodeks karny wykonawczy w art. 179 stanowi, że w razie orzeczenia pozbawienia praw publicznych sąd zawiadamia o tym właściwy dla miejsca ostatniego zamieszkania lub pobytu skazanego odpowiedni organ administracji publicznej; Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli skazany ma order, odznaczenie lub tytuł honorowy; organy i instytucje, w których skazany pełnił ostatnio funkcje objęte utratą; organ właściwy w sprawach powszechnego obowiązku obrony, w którego ewidencji skazany figuruje.

Środek karny pozbawienia praw publicznych może zostać uznany za wykonany wcześniej – po upływie połowy okresu, na który został orzeczony, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego, a wykonywanie środka nie trwało krócej niż rok. Na postanowienie w tej kwestii przysługuje zażalenie. Wydaje się, iż prawo do jego złożenia powinien mieć każdy obywatel, który uważa, że sprawca nie zasługuje na łagodniejsze potraktowanie.

Na gruncie obowiązującego kodeksu karnego, środek karny pozbawienia praw publicznych orzekany jest wyłącznie fakultatywnie. Dlatego zawsze sąd powinien wykazać zasadność jego orzeczenia[97]. W literaturze przedmiotu pojawił się pogląd, że niedopuszczalne jest orzekanie tego środka mechanicznie, zawsze gdy sąd stwierdzi, że motywacja sprawcy zasługiwała na szczególne potępienie[98]. Wydaje się także, iż w sytuacji, gdy sąd zrekonstruował motywację sprawcy i ocenił ją jako wyjątkowo ujemną, a nie zdecydował się na orzeczenie tego środka, również powinien to uzasadnić. Warto zauważyć, że przy określeniu przesłanek orzekania tego środka w taki sposób, jak to uczynił ustawodawca, trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie – przy stwierdzeniu, że faktycznie przesłanki te zostały spełnione – dla rezygnacji z jego orzeczenia.

Nie jest jednak zasadne twierdzenie, pojawiające się czasami w uzasadnieniach sądów, że środek ten ma charakter wyjątkowy. Fakultatywność orzekania jest reakcją na unormowania kodeksu karnego z 1969 r., który przewidywał obligatoryjne orzeczenie pozbawienia praw publicznych w przypadku skazania za zbrodnię. Zważywszy na to, że zbrodni przewidywał ów kodeks bardzo wiele, środek ten orzekano często, może nawet zbyt często. Obecne rozwiązanie nie wydaje się jednak dobre. Być może warto powrócić do niektórych rozwiązań kodeksu karnego z 1932 r., który obligatoryjność orzekania kary dodatkowej utraty praw wiązał m.in. z surowością kary. W sytuacji, gdy ustawodawca przewiduje kary najsurowszego rodzaju, a sąd orzeka karę w górnej granicy czy w każdym razie jedną z kar najsurowszych, nie czyni tego pochopnie. Oznacza to zwykle, że społeczna szkodliwość czynu jest bardzo wysoka, istnieje wiele okoliczności obciążających, a sam sprawca nie rokuje pozytywnie na przyszłość. Wydaje się, iż są to także przesłanki przemawiające za wykluczeniem takiego sprawcy poza nawias społeczeństwa nie tylko fizycznie (izolacja), ale również poprzez pozbawienie go możliwości wpływu na funkcjonowanie tegoż społeczeństwa.

1.2.4. Przesłanki orzekania

Ustawodawca wprowadził dwie przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie. Jedna ma charakter formalny (przedmiotowy) – sprawca ma zostać skazany na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności; druga zaś materialny (podmiotowy) – sprawca ma zostać skazany za czyn popełniony w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

Sformułowanie „czas nie krótszy niż 3 lata" odnosi się do kary faktycznie wymierzonej sprawcy, a nie do kary grożącej (granicy zagrożenia ustawowego). Środek

[97] Wyrok SN z 19.06.2001 r. (II KKN 74/99), LEX nr 51453.
[98] M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 571–572.

ten więc może zostać orzeczony zarówno wobec sprawcy zbrodni, jak i występku, za który wymierzono sprawcy taką właśnie karę[99]. Do 1.07.2015 r. istniała również możliwość jego orzeczenia przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary na podstawie art. 60 § 5 k.k. lub art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k.[100]

Przesłanką merytoryczną jest popełnienie czynu w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Określenie to zastąpiło znane kodeksowi z 1969 r. pojęcie „z niskich pobudek"[101]. Ustawodawca posługuje się nim dwukrotnie – raz jest to okoliczność umożliwiająca zastosowanie wobec sprawcy środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych (art. 40 § 2 k.k.), drugi raz – znamię wpływające na przyjęcie typu kwalifikowanego zabójstwa (art. 148 § 2 pkt 3 k.k.)[102].

Motywacja jest specyficzną konstrukcją myślową, o której istnieniu można wnioskować jedynie pośrednio na podstawie zachowania człowieka[103]. Dlatego nie można mówić o motywacji *in abstracto,* lecz zawsze tylko o określonych zjawiskach motywacji w konkretnym kontekście sytuacyjnym[104]. Nie ma jednej definicji tego pojęcia[105]. Wspólnym mianownikiem różnorodnych koncepcji motywacji jest jedynie to, że proces motywacyjny można utożsamiać z procesami pobudzającymi działanie[106]. Motywacja ma pewne podłoże biologiczne[107].

Pod tym pojęciem kryją się różne znaczenia[108]. Można rozróżnić motywację rozumianą jako pewną przyczynę określonego zachowania oraz jako stałą tendencję zachowania. W węższym znaczeniu motywacja jest utożsamiana z pojęciem procesu motywacyjnego stanowiącego bezpośrednią przyczynę zachowania[109]. W tym ujęciu proces motywacyjny to tendencja do wykonania określonych czynności[110]. Innymi słowy chodzi tu o aktualnie wzbudzony motyw[111]. Rozróżnienie to jest szczególnie istotne w przypadku analizy zachowań przestępczych[112]. Motywacja popełnienia konkretnego czynu zabronionego może mieć charakter „doraźny", a zarazem nietypowy dla danego sprawcy; zachowanie podjęte w takiej sytuacji jest sprzeczne ze stałymi właściwościami sprawcy[113].

W ujęciu współczesnej psychologii coraz częściej używa się pojęcia procesów motywacyjnych. W tym ujęciu motywacja to wewnętrzny proces warunkujący

---

[99] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*…, s. 121.
[100] Por. szerzej D. Szeleszczuk, *Środek karny...*, s. 119–120.
[101] R. Kokot, *Zabójstwo kwalifikowane*, Wrocław 2001, s. 22–23; M. Budyn, *Motywacja...*, s. 23–43; R. Kokot, *Z problematyki motywacji w k.k. z 1997 r.*, w: L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, Wrocław 1999, t. IV, s. 68–69; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 567–568.
[102] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 302 i n.
[103] F. Rheinberg, *Psychologia motywacji*, Kraków 2006, s. 16; J.K. Gierowski, w: J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2008, s. 335.
[104] F. Rheinberg, *Psychologia motywacji*, s. 16.
[105] K.B. Madsen, *Współczesne teorie motywacji*, Warszawa 1980, s. 599; M. Budyn, *Motywacja*..., s. 24 i n.
[106] J.K. Gierowski, *Rola*…, s. 136 i n.
[107] R.E. Franken, *Psychologia motywacji*, Gdańsk 2005, s. 54–55.
[108] C.N. Coffer, M.H. Appley, *Motywacja. Teoria i badanie*, Warszawa 1982, s.15; L.K. Paprzycki, J.K. Gierowski, w: L.K. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. System prawa karnego*, t. 4, Warszawa 2013, s. 513; J. Reykowski, *Z zagadnień teorii motywacji*, Warszawa 1970, s. 18; J. Reykowski, *Emocje i motywacja*, w: T. Tomaszewski, J. Kozielecki, J. Reykowski, A. Frączek, M. Kofta, *Struktura i mechanizmy regulujące czynności człowieka,* w: Tomaszewski T. (red.), *Psychologia*, Warszawa 1977, s. 579 i n.; S. Mika, *Psychologia społeczna*, Warszawa 1981, s. 81–84; K. Obuchowski, *Psychologia*…, s. 39 i n.; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie*..., s. 192.
[109] M. Budyn, *Motywacja*…, s. 25. Por. także B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2004, s. 155–163.
[110] J. Reykowski, *Emocje*…, s. 606–607.
[111] E.R. Hilgard, *Wprowadzenie*..., s. 192.
[112] J.K. Gierowski, *Rola*…, s.133; por. także R. Kokot, *Z problematyki*…, s. 78–79.
[113] J.K. Gierowski, *Rola*…, s.133.

dążenie człowieka ku określonym celom, sterujący czynnościami tak, aby doprowadziły do pożądanego wyniku[114]. Pod wpływem ekspansji psychologii poznawczej pojawił się tzw. poznawczy model motywacji. W jego skład wchodzi dostrzegana przez człowieka sytuacja, możliwe działanie, skutek działania, następstwa działania, które mogą zostać spowodowane z pewnym prawdopodobieństwem przez skutek[115].

Motywacja nie jest procesem w pełni świadomym. Tak zwana nieświadoma motywacja obejmuje całe spektrum zjawisk, na przykład motywy ochronne czy uruchamianie się mechanizmów ochronnych[116]. Pojawiają się one zwykle wtedy, gdy sprawca co do zasady nie akceptuje takiego zachowania, jakiego się dopuścił. Szuka wówczas takiego jego uzasadnienia, które mógłby zaakceptować, nie doznając jednocześnie dysonansu. Ponadto, trzeba pamiętać o tym, że wielu potrzeb człowiek sobie po prostu nie uświadamia[117]. Często zdarza się również, że uświadamiana motywacja (czy pragnienie) stanowi swego rodzaju kanał, przez który wyrażają się inne cele nieuświadamiane. Przykładem może być sfera seksualna człowieka. Często uświadamiane pragnienia seksualne to jedynie „okładka" dla odczuwanych nieświadomych pragnień, np. u mężczyzny – dowiedzenia męskości, u obu płci – chęci wywarcia wrażenia, potrzeby bliskości, bezpieczeństwa, miłości etc.[118]

Problemy przy sprawdzaniu, czy zachowanie sprawcy wynikało z motywacji zasługującej na szczególne potępienie powstają także dlatego, że psychologia przy odtwarzaniu procesów motywacyjnych stara się uwzględnić także tzw. tło motywacyjne[119], zaś prawo karne stara się wyodrębnić pojedynczy motyw, podczas gdy konkretne zachowanie ma najczęściej charakter polimotywacyjny[120]. Poniżej pokrótce omówię te dwie kwestie. Na ogólne tło sytuacyjne składają się czynniki biologiczno-osobowościowe i sytuacyjne (bezpośrednio poprzedzające czyn lub oddziałujące na sprawcę przez dłuższy czas przed jego popełnieniem)[121]. Do pierwszej grupy należą cechy temperamentalne człowieka, jego życie emocjonalne, postawy, potrzeby, dążenia, oczekiwania oraz struktura i poziom sprawności procesów poznawczych, inteligencji, umiejętności oraz uzdolnień[122]; a także egocentryzm, wrogie postawy w stosunku do otoczenia, negatywizm, system wartości, mała odporność na stres, obniżenie zdolności planowania, antycypacji, mały krytycyzm, sztywność spostrzeżeniowa, zaburzenia koncentracji uwagi i pamięci, samokontrola[123]. Wszystkie te czynniki należą do względnie trwałych sposobów reagowania, przeżywania, oceniania czyli funkcjonowania jednostki. W przypadku czynów zabronionych, jednym

[114] J.K. Gierowski, w: J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia*..., s. 337.
[115] F. Rheinberg, *Psychologia*..., s. 132–134.
[116] L. Paprzycki, J.K. Gierowski, w: L.K. Paprzycki (red.), *Nauka o przestępstwie*..., s. 517.
[117] J.K. Gierowski, w: J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia*…, s. 342; A. Maslow, *Motywacja*…, s. 50; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie*..., s. 227–228.
[118] A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2006, s. 51; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie*..., s. 210–211; M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 278–279.
[119] J.K. Gierowski, *Rola*..., s. 137 i n., J.K. Gierowski, *Motywacja zabójstw. Materiały z IX Krajowej Konferencji PTP: „Stany afektywne w opiniodawstwie sądowo-psychiatrycznym"*, Warszawa 1991, s. 215; na temat prowokacji por. M. Mozgawa, *Prowokacja i retorsja*, w: H. Groszyk, L. Dubel (red.), *Wybrane problemy teorii i praktyki państwa i prawa*, Lublin 1986, s. 234 i n.
[120] Por. szerzej M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 295.
[121] J.K. Gierowski, *Rola*..., s. 137.
[122] J. Reykowski, *Postawy a osobowość*, w: S. Nowak (red.), *Teorie postaw*, Warszawa 1973, s. 89 i n.; K. Obuchowski, *Dwa mechanizmy powstawania i funkcjonowania postaw*, w: S. Nowak (red.), *Teorie postaw*, Warszawa 1973, s. 123 i n.
[123] B. Pastwa-Wojciechowska, W. Zalewski, *Wina w prawie karnym i psychologii*, w: E. Habzda-Siwek, J. Kabzińska (red.), *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, Sopot 2014, s. 110–112.

z ważniejszych czynników wchodzących w skład tła motywacyjnego jest działanie sprawcy w obecności lub we współdziałaniu z członkami określonej grupy społecznej[124]. W skład tła motywacyjnego mogą wchodzić również czynniki patologiczne: omamy, urojenia, iluzje, zaburzenia świadomości, a także zmienne o charakterze dekompensacyjnym, np. środki psychotropowe[125].

Psychologia posługuje się, co prawda, pojęciem „motyw", chociaż nie ma ono jednej definicji. Można je rozumieć jako proces sterujący czynnościami[126], bodziec skłaniający do działania[127], czynnik poruszający, pobudzający[128]. Motyw może być rozumiany węziej (wewnętrzne warunki aktywności organizmu) i szerzej (jakikolwiek czynnik inicjujący zachowanie)[129]. Jest to pewna gotowość zmierzania w określonym kierunku, która może być mniej lub bardziej świadoma, mniej lub bardziej doprecyzowana[130]. Motyw może być także ujmowany jako przeżycie o pewnym stopniu złożoności poruszające do działania[131]. Czasami podkreśla się selekcyjną rolę motywu. To on „decyduje" o tym, czy dany stan rzeczy przystaje, czy nie, do jego pragnień[132]; filtruje dopływające bodźce, modyfikuje percepcję, pamięć[133]. Można również definiować motyw jako specyficzną dla danej osoby stałą cechę, wpływającą na spostrzeganie i ocenę określonej klasy sytuacji działania[134].

Odtworzenie motywacji sprawcy w czasie czynu jest niezwykle trudne, jednak organy orzekające rzadko poddają jakiejś szczegółowej analizie motywację sprawcy, nie podejmują w tym kierunku aktywności w postaci powołania biegłych psychologów dla jej zrekonstruowania. Jeżeli pojawiają się jakieś wypowiedzi sądu na ten temat, dotyczą one zwykle wiodącego, dającego się wyodrębnić, dominującego motywu zachowania sprawcy[135].

Lektura przepisów kodeksu karnego, a zwłaszcza literatury prawnokarnej dotyczącej motywacji, prowadzić może *prima facie* do wniosku, że problematyka motywacji ograniczona jest jedynie do umyślności. Świadczyć o tym może wymienienie motywacji bezpośrednio po zamiarze wśród przesłanek oceny stopnia społecznej szkodliwości (art. 115 § 2 k.k.), wskazanie określonej motywacji wśród znamion czynu wyłącznie w umyślnych typach czynów zabronionych; zaliczanie przestępstw znamiennych motywacją do kierunkowych[136]. Takie podejście nie jest jednak właściwe. Nieumyślność nie wyłącza bytu motywacji[137]. Każde zachowanie człowieka wynika z jakiejś motywacji; ma jakąś przyczynę[138]. Nawet brak świadomości sprawcy, że jego zachowanie może doprowadzić do popełnienia czynu zabronionego, nie przekreśla faktu, iż kieruje się on jakąś motywacją (np. brakiem sympatii wobec

[124] Por. B. Hołyst, *Psychologia*..., s. 200–219.
[125] J.K. Gierowski, *Rola*..., s. 139.
[126] J. Reykowski, *Emocje*..., s. 598.
[127] http://sjp.pwn.pl/szukaj/motyw.
[128] Z. Skorny, *Mechanizmy regulacyjne ludzkiego zachowania*, Warszawa 1989, s. 98.
[129] Z. Skorny, *Mechanizmy*..., s. 98.
[130] J. Reykowski, *Z zagadnień*..., s. 15.
[131] J. Pieter, *Psychologia uczenia się*, Warszawa 1961, s. 82.
[132] J. Reykowski, *Z zagadnień*..., s. 26.
[133] J. Reykowski, *Z zagadnień*..., s. 44–57.
[134] F. Rheinberg, *Psychologia*..., s. 64.
[135] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*..., s. 308.
[136] Por. M. Budyn-Kulik, *Umyślność*..., s. 292.
[137] Odmiennie, nietrafnie – W. Zalewski, op. cit., s. 95–96.
[138] J.K. Gierowski, w: J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia*..., s. 334.

pokrzywdzonego)[139]. Możliwość orzeczenia środka karnego na podstawie art. 40 § 2 k.k. jest tu oczywiście ograniczona ze względu na to, że sankcja w przypadku przestępstw nieumyślnych jest niska – i ta przewidziana przez ustawodawcę, i ta faktycznie wymierzona sprawcy. Dlatego na przykład motywację zasługującą na szczególne potępienie można odnieść do przestępstwa z art. 155 k.k. Ustawodawca nie wprowadza tego znamienia *expressis verbis* do znamion typu. Nie przesądza to jednak o niemożności ustalenia, iż sprawca taką właśnie motywacją się kierował[140].

„Szczególne potępienie" to znamię o charakterze czysto ocennym. Odnosi się bardzo silnie do ocen moralnych[141]. „Potępienie" nie należy ani do prawa karnego, ani do psychologii. Jest to termin z zakresu religii i etyki (nauki o moralności), wiążący się z ujemną oceną; uwikłany kulturowo[142]. Uznanie danego zachowania czy poglądów w danym kręgu społecznym za normę czy patologię (dewiację) jest kwestią umowną[143]. Prawo karne nie wskazuje wyraźnie, do czego należy się w tej mierze odwoływać, chociaż posługuje się techniką potępienia poprzez nakładanie kar za zachowania nieaprobowane, szkodliwe społecznie i godzące w powszechną moralność. Co prawda już w wyroku SN z 5.08.1971 r. pojawiło się pojęcie „zasługuje na potępienie" (chodziło tu o usprawiedliwienie afektu sprawcy – art. 148 § 2 d.k.k.), lecz nie zostało ono zdefiniowane. Sąd Najwyższy wskazał jedynie, że wymaga ono odwołania się do ocen moralnych[144]. „Motywacja zasługująca na szczególne potępienie" jest interpretowana jako motywacja w rozumieniu powszechnym jaskrawo naganna, wywołująca w społeczeństwie silne reakcje repulsywne – oburzenie, potępienie, gniew[145].

Posługując się terminem „potępienie", ustawodawca niewątpliwie odsyła do pozaprawnych reguł czy norm. Owe reguły czy normy, aby mogły stanowić stały punkt odniesienia, muszą opierać się na ocenach ukształtowanych w danym środowisku społecznym. Muszą mieć uzasadnienie aksjologiczne. W konsekwencji mają stanowić podstawę do wypowiadania ocen jednostkowych przez podmiot stosujący prawo (sąd)[146]. Chodzi tu o reguły tworzące tzw. powszechną moralność[147].

---

[139] Por. M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 292.

[140] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 313.

[141] A. Zoll, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 2, Warszawa 2008, s. 283; B. Michalski, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, Warszawa 2010, s. 215.

[142] Por. M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 303.

[143] K. Dąbrowski, *W poszukiwaniu zdrowia psychicznego*, Warszawa 1996, s. 3–28; K. Dąbrowski, *Zdrowie psychiczne ludzi przeciętnych, wybitnych, o ukształtowanej osobowości oraz problem psychopatii*, w: K. Dąbrowski (red.), *Zdrowie psychiczne*, Warszawa 1981, s. 165–170; D.L. Rosenhan, M.E.P. Seligmann, *Psychopatologia*, t. 1, Warszawa 1994, s. 5–27.

[144] IV KR 144/71, OSNKW 1972/1, poz. 8.

[145] Wyrok SA w Lublinie z 27.04.1999 r. (II AKa 12/99), Apel.-Lub. 1999/3, poz. K-24; wyrok SA w Krakowie z 16.01.2002 r. (II AKa 308/01), KZS 2002/2, poz. 32; A. Marek, *Kodeks karny*..., s. 132.

[146] L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986, s. 15–25. Na temat relacji moralności i prawa karnego w kontekście motywacji zob. A. Wąsek, *Glosa do wyroku z dn. 14 września 1984*, „Państwo i Prawo" 1986/2, s. 147; A. Wąsek, *Prawo karne – minimum moralności*, „Annales UMCS" 1984/XXXI, 3, Sectio G, s. 35–65.

[147] S. Jedynak, *Człowiek, społeczeństwo, moralność. Szkice o etyce polskiej*, Lublin 1996, s. 336–339; Z. Bauman, *Etyka ponowoczesna*, Warszawa 1996 lub Z. Bauman, *Wieloznaczność nowoczesna, nowoczesność wieloznaczna*, Warszawa 1995; S. Jedynak (red.), *Mały słownik etyczny*, Bydgoszcz 1999, s. 166–167; J. Hołówka, *Relatywizm etyczny*, Warszawa 1981, s. 238 i n.; M. Ossowska, *Motywy postępowania. Z zagadnień psychologii motywacji*, Warszawa 1958, s. 240 i n.; M. Ossowska, *Zagadnienie powszechnie uznanych norm moralnych*, „Studia Filozoficzne" 1957/3, s. 80–96; M. Ossowska, *Socjologia moralności. Zarys zagadnień*, Warszawa 1963, s.115–119; S. Ehrlich, *Wiążące wzory zachowania. Rzecz o wielości systemów norm*, Warszawa 1995, s. 76–83; A. Podgórecki, *Socjologiczna teoria prawa*, Warszawa 1998, s. 50–64; A. Siemaszko, *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Warszawa 1993, s. 371; por. także M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 303–304.

Ustawodawca używa określenia „szczególne potępienie". Założenie jest bowiem takie, że każde zachowanie sprawcy, wyczerpujące znamiona czynu zabronionego, zasługuje na potępienie (m.in. dlatego ustawodawca je kryminalizował)[148]. Samo potępienie jest zatem wpisane w czyn zabroniony. Jeżeli więc ustawodawca chciał surowiej napiętnować i ukarać sprawcę, wymaga to szczególnego nasilenia elementów powodujących potępienie[149]. Nie jest łatwo stworzyć katalog motywacji zasługujących na szczególne potępienie nie tylko *in abstracto*, ale nawet w odniesieniu do konkretnego typu czynu zabronionego. Nieco łatwiej, znając motywację sprawcy, ocenić, czy owa motywacja na takie potępienie zasługuje[150].

Ustawa nie zawiera katalogu okoliczności nakazujących uznanie danego zachowania za motywację zasługującą na szczególnie potępienie. Kwestia ta podlega ocenie sądu orzekającego przez pryzmat okoliczności konkretnej sprawy[151]. W praktyce przyjmuje się, że nie zalicza się do nich „ani tych elementów, które wchodzą w skład znamion typu przestępstwa, ani nawet tych, które podlegając stopniowaniu, mogą mieć wpływ na zaostrzenie wymiaru kary. Będzie to więc motyw towarzyszący realizacji znamion przestępstwa, ale pozostający poza ich zakresem"[152]. Można tu pokusić się o sformułowanie ogólnej zasady, że wówczas, gdy motywacja (główny motyw) zachowania sprawcy jest zgodny z istotą danego czynu zabronionego, jest niejako związany z przedmiotem ochrony, nie można ocenić motywacji jako zasługującej na szczególne potępienie. Jest ona wówczas typowa dla danego czynu i należy założyć, że ustawodawca uwzględnił już tę okoliczność, konstruując odpowiedni typ zagrożony karą w wysokości adekwatnej także do naganności motywacji[153]. Nie można zatem, w typowych sytuacjach, uznać za motywację zasługującą na szczególne potępienie chęci uzyskania korzyści majątkowej w przypadku czynów przeciwko mieniu, czy zaspokojenia popędu płciowego w przypadku czynów przeciwko wolności seksualnej[154].

Znane są różne klasyfikacje motywów. Wyodrębniają one poszczególne kategorie motywów ze względu na wybrane kryteria. Wszystkie są w zasadzie jednakowo poprawne, z wyjątkiem może wyodrębniania motywów racjonalnych i irracjonalnych (emocjonalnych)[155]. Z punktu widzenia sprawcy każdy motyw, jakim się kieruje, jest racjonalny (uzasadniony), natomiast z punktu widzenia zewnętrznego obserwatora – nie musi tak być. Posługując się taką klasyfikacją, już na wstępie dokonuje się wartościowania motywu, zamiast ustalić (odtworzyć) jego treść. Poniżej posłużę się klasycznym podziałem na motywy: ekonomiczny, erotyczny, zazdrość, nienawiść, brak motywu[156].

Motyw ekonomiczny (chęć osiągnięcia korzyści majątkowej) jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., zdaniem SN, nie mógł być automatycznie utożsamiany

---

[148] H. Morris, *A Paternalistic, Theory of Punishment*, w: R. Sartprius (red.), *Paternalism*, Minneapolis 1983, s. 139–152.
[149] M. Budyn, *Motywacja*…, s. 31–32; M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 305.
[150] R. Kokot, *Z problematyki*…, s. 88–89.
[151] M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*…, s. 123.
[152] Wyrok SA w Łodzi z 28.03.2002 r. (II AKa 32/02), Dod. Prok. i Pr. 2004/4, poz. 17.
[153] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 308.
[154] Por. w tej mierze np. wyrok SA w Łodzi z 28.03.2003 r. (II AKa 32/02); wyrok SA w Łodzi z 9.02.2006 r. (II AKa 236/05), Dod. Prok. i Pr. 2007/5, poz. 42; wyrok SN z 14.06.1973 r. (III KR 103/73), LEX nr 21567.
[155] Tak np. D. Szeleszczuk, *Środek karny*..., s. 161.
[156] S. Pikulski, *Zabójstwo*..., s. 143; M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 309.

z niskimi pobudkami[157]. Tak jest także obecnie[158]. Zależy to przede wszystkim od rodzaju czynu zabronionego – przy przestępstwach przeciwko mieniu lub przeciwko dokumentom motyw taki nie stanowi motywacji zasługującej na szczególne potępienie, natomiast zwykle zostaje uznany za zasługujący na szczególne potępienie, gdy stanowi powód popełnienia czynu przeciwko życiu lub zdrowiu[159].

Częstym motywem jest motyw erotyczny (seksualny), czyli zachowanie podjęte w celu lub z potrzeby zaspokojenia popędu płciowego człowieka. Zaspokojenie popędu płciowego drogą przestępstwa, nawet zgwałcenie zbiorowe, samo przez się nie przesądza jeszcze, że jego sprawcy działali z niskich pobudek. O tych decyduje bowiem dodatkowy impuls psychiczny poza impulsem zaspokojenia popędu płciowego, nawet przy współudziale dwóch lub więcej osób. Tym dodatkowym impulsem może być chęć osiągnięcia korzyści majątkowej, poniżenia godności osoby pokrzywdzonej, zemsty, zazdrość lub sadyzm[160]. O niskich pobudkach może również świadczyć sposób działania sprawców, polegający na wynaturzonej i odrażającej formie, budzący w odczuciu społecznym pogardę i odrazę oraz wskazujący na pogardliwy stosunek sprawców do zasad współżycia społecznego[161]. Ten pogląd co do zasady pozostaje nadal aktualny. Innymi słowy motywacja erotyczna (seksualna) zazwyczaj nie zasługuje na szczególne potępienie. Będzie tak jedynie wówczas, gdy oprócz motywu „czysto" erotycznego pojawia się jeszcze jakiś inny wyraźny motyw, oceniany negatywnie[162]. Jego przykładem może być chęć usunięcia niewygodnej osoby, stanowiącej przeszkodę w realizacji erotycznych lub seksualnych potrzeb sprawcy, poniżenia innej osoby etc.[163]

Za motyw erotyczny (seksualny) można uznać również chęć niedopuszczenia do odrzucenia uczuciowego lub utraty obiektu miłości. W zależności od konkretnego stanu faktycznego, nie można wykluczyć, iż motywacja sprawcy, której trzonem jest chęć wymuszenia wzajemności, zasługiwać będzie na szczególne potępienie[164].

W przypadku zazdrości problem jest jeszcze bardziej złożony, ponieważ motywacja sprawcy ma wówczas z reguły charakter polimotywacyjny[165]. Zazdrość zawsze powstaje na jakimś podłożu – miłości, ambicji, chciwości[166]. Na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., gdy podłożem zazdrości była miłość, doktryna i orzecznictwo nie uznawały jej za niską pobudkę. Obecnie również trudno ją uznać za motywację zasługującą na szczególne potępienie. Natomiast w odniesieniu do zazdrości na podłożu ambicji i chciwości, dopuszczano taką możliwość[167]. Należy ją dopuścić także w obecnym stanie prawnym[168].

---

[157] Wyrok SN z 2.03.1973 r. (IV KR 355/72), niepubl.
[158] Tak np. SA w Krakowie w wyroku z 23.02.2006 r. (II AKa 14/06), KZS 2006/3, poz. 32.
[159] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 309.
[160] Wyrok SN z 29.10.1973 r. (I KR 197/73), OSNPG 1974/3, poz. 37. Por. także B. Hołyst, *Psychologia*..., s. 150.
[161] Wyrok SN z 19.12.1978 r. (IV KRN 348/78), OSNPG 1979/10, poz. 129; wyrok SN z 25.01.1971 r. (I KR 219/70), LEX nr 21365; wyrok SN z 6.05.1974 r. (I KR 460/73), OSNPG 1974/11, poz. 122; wyrok SN z 3.03.1972 r. (II KR 327/71), OSNPG 1972/7, poz. 103.
[162] M. Budyn, *Motywacja*…, s. 38–39.
[163] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 310.
[164] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 310.
[165] S. Pikulski, *Zabójstwo*..., s. 133 i n.; wyrok SN z 14.09.1984 r. (III KR 230/84), OSNKW 1985/3–4, poz. 20.
[166] S. Pikulski, *Zabójstwo*..., s. 148.
[167] S. Pikulski, *Zabójstwo*..., s. 149.
[168] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 310 i n.

W szeroko rozumianej motywacji erotycznej (uczuciowej) może mieścić się chęć zemsty za porzucenie. W tym przypadku szczególnie trudno jest pokusić się o abstrakcyjną ocenę motywacji sprawcy w oderwaniu od konkretnego przypadku[169].

W ramach tzw. przestępstw z nienawiści mieszczą się różne przypadki. Mogą to być przestępstwa popełniane w celu osiągnięcia określonego stanu rzeczy, na przykład mających na celu zachowanie „czystości" etnicznej, kulturowej czy rasowej[170]. Taka motywacja zazwyczaj zostanie oceniona jako zasługująca na szczególne potępienie. Pewne wątpliwości mogą pojawić się przy przestępstwach popełnianych ze względu na „świadomość posłannictwa". Sprawca traktuje jako swój obowiązek uwolnienie świata od „zła" w postaci narkomanów, prostytutek, osób ciemnoskórych, określonej narodowości etc.[171] Takie przekonanie nie zawsze stanowi motywację zasługującą na szczególne potępienie, chociaż zwykle tak jest[172].

Bardzo często zachowanie sprawcy kształtowane jest przez motyw nieporozumień rodzinnych lub sąsiedzkich w postaci chęci odwetu za naruszanie interesów, sprzeciwianie się jakimś zachowaniom itp. Taka motywacja jest zwykle bardzo złożona, dlatego nie da się jej abstrakcyjnie skategoryzować i ocenić. Mogą się tu nałożyć motywy nienawiści, zemsty za odmowę zawarcia związku małżeńskiego czy chęci osiągnięcia korzyści majątkowych[173]. Niekiedy zatem motywacja sprawcy zasługiwać będzie na szczególne potępienie, a czasem nie[174].

Czasami w motywacji sprawcy czynu zabronionego nie można wskazać żadnego dominującego motywu, a sam sprawca twierdzi, że nie wie, dlaczego czyn popełnił. W pewnych sytuacjach sprawca działający bez istotnego, wyraźnego motywu budzi szczególnie negatywne odczucia i można uznać, iż popełnia czyn z motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Pozornie dochodzi tu do paradoksu, bo trudno potępić motywację, w rozumieniu dominującego motywu, skoro go nie ma[175].

Ustawodawca w art. 40 § 2 k.k. wyraźnie mówi, że czyn, za który sprawca został skazany, ma wynikać z motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Między motywacją a czynem musi zatem zachodzić ścisłe powiązanie. Ponieważ motywacja nie jest procesem w pełni uświadamianym, może zachodzić taka sytuacja, że sprawca nie zdaje sobie całkowicie lub częściowo sprawy z tego, jaką motywacją się powoduje, ale czyni to; może również w pełni zdawać sobie sprawę z tego, dlaczego popełnia czyn. Jeżeli rozumieć pojęcie „w wyniku" węziej, można orzec środek karny pozbawienia praw publicznych tylko wtedy, gdy sprawca jest w pełni świadomy swojej motywacji. Jeżeli jednak pojęcie to wykładać szerzej, odnosić się ono będzie także i do tych przypadków, gdy sprawca obiektywnie kierował się motywacją zasługującą na szczególne potępienie, choćby nie zdawał sobie z tego sprawy.

W przypadku orzekania środka karnego z art. 40 § 2 k.k., motywację uwzględnia się dopiero na etapie ustalaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu i wymiaru kary. Ustalenie motywacji sprawcy i jej ocena następuje niejako „od zewnątrz". Sąd

---

[169] M. Budyn, *Motywacja*…, s. 41.
[170] Por. także J. Morsch, *Hate Crimes,* "Journal of Criminal Law and Criminology" 1992/82/3, s. 664 i n.
[171] A. Czerwiński, K. Gradoń, *Seryjni mordercy*, Warszawa 2001, s. 72–75.
[172] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 311.
[173] M. Budyn, *Motywacja*…, s. 42.
[174] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 312.
[175] M. Budyn-Kulik, *Umyślność*…, s. 312; N. Kłączyńska, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, s. 312.

stwierdza jedynie, często opierając się na przesłankach pośrednich, bez czynienia gruntownych ustaleń w tej mierze, jak wyglądała motywacja sprawcy. Czasami poprzestaje na stwierdzeniu, że przy wymiarze kary wziął pod uwagę motywację sprawcy, bez wchodzenia w jakiekolwiek szczegóły. Pozornie nie ma tutaj znaczenia, czy sprawca uświadamiał sobie, jaką motywacją się kieruje[176]. Pozostaje jednak wątpliwość, czy można oceniać subiektywny element zachowania sprawcy wówczas, gdy obiektywnie istniał (sprawca miał jakąś motywację, ponieważ ta zawsze towarzyszy zachowaniu człowieka), lecz subiektywnie nie (sprawca nie zdawał sobie sprawy z jego istnienia i/lub dokładnej postaci). Jeżeli sprawca zdawał sobie sprawę przynajmniej z owego wiodącego motywu, jaki ukształtował jego zachowanie, można ten fakt poddać ocenie. Jednak jest to wątpliwe, gdy motywacja sprawcy pozostaje przez niego nieuświadomiona[177]. Dokonywana przez sąd ocena motywacji sprawcy, w przypadku orzekania pozbawienia praw publicznych, pozostanie poza nim; odbywa się na etapie wymiaru kary, więc jest do niej uprawniony organ, który wymierza karę. Ocena ta może być całkowicie odmienna od tej dokonanej przez samego sprawcę[178]. *De lege lata* trzeba jednak pojęcie „w wyniku" rozumieć szerzej, a zatem także wówczas, gdy sprawca nie zdawał sobie sprawy z motywacji, jaka nim powodowała, możliwe jest orzeczenie środka z art. 40 § 1 k.k. Niewątpliwie jednak opisana wyżej komplikacja przemawia za rezygnacją z przesłanki motywacji przy orzekaniu pozbawienia praw publicznych.

Należy krytycznie odnieść się do włączenia przez ustawodawcę motywacji zasługującej na szczególne potępienie do podstaw orzekania środka karnego. Pokazuje to brak zrozumienia przez ustawodawcę istoty i mechanizmu procesu decyzyjnego. Ustawodawca posługuje się tu terminem zaczerpniętym z psychologii, dlatego właśnie na jej gruncie trzeba szukać jego wyjaśnienia. Psychologia skupia się na odtworzeniu procesów motywacyjnych człowieka i zrozumieniu ich mechanizmu. Nie ma tu miejsca na ocenę etyczną. Warto podkreślić, że w obu poprzednich kodeksach karnych owo znamię motywacyjne (niskie pobudki) miało charakter w pewnym sensie akcesoryjny, dopełniający. Obecnie jest to warunek konieczny. Trudno zrozumieć, dlaczego to właśnie motywacja i tylko ona ma decydować merytorycznie o możliwości orzeczenia tego środka. Konstrukcja ta wzięła się chyba z powodu mechanicznego przełożenia pojęcia „niskie pobudki" na język współczesnej psychologii. Pomimo tego, że na potrzeby prawa karnego można przyjąć, że określenia te pokrywają się zakresowo, ściśle rzecz biorąc nie znaczą one zupełnie tego samego. Właściwszym, chociaż także nie do końca poprawnym, zamiennikiem „pobudki" byłby tu motyw albo powód.

Jednak wydaje się, że w ogóle samo powiązanie możliwości orzeczenia tego środka z motywacją sprawcy jest zabiegiem chybionym. Widać to nawet w intuicyjnym postrzeganiu pozbawienia praw publicznych. W uzasadnieniach wyroków sądy często piszą o tym, że czyn sprawcy zasługuje na szczególne potępienie. I tak chyba właśnie powinna brzmieć przesłanka merytoryczna – „czyn sprawcy zasługuje na szczególne potępienie". Byłaby to formuła na tyle pojemna, że mogłaby pomieścić

[176] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 296.
[177] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 297.
[178] M. Budyn-Kulik, *Umyślność…*, s. 297.

zarówno pewne właściwości sprawcy, przejawiające się na przykład w sposobie popełnienia czynu czy powodach, które doprowadziły do jego popełnienia, jak i okoliczności o charakterze ściśle przedmiotowym – osobę pokrzywdzonego, szczególne okrucieństwo, wysoką społeczną szkodliwość czynu.

1.2.5. Zbieg z innymi środkami karnymi

Nie ma przeszkód, aby obok środka karnego pozbawienia praw publicznych został orzeczony inny środek karny. Nie budzi wątpliwości, że mógł to być przepadek. Obecnie po zmianie wprowadzonej ustawą z 20.02.2015 r. nadal nie będzie przeszkód, aby – jeżeli zostaną spełnione przesłanki ich orzekania – orzec wobec sprawcy także przepadek czy środki kompensacyjne.

Nie było i nadal nie ma przeszkód, aby obok pozbawienia praw publicznych orzec zakazy czy nakaz. Warto zwrócić uwagę na środek w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości. Rzadko bywa on orzekany obok pozbawienia praw publicznych. Wydaje się, że regułą powinno być podawanie wyroku do publicznej wiadomości wówczas, gdy orzeczono pozbawienie praw publicznych. Środek ten eliminuje wszak człowieka z życia publicznego, inni jego uczestnicy powinny być zatem poinformowani o tym fakcie. Jest to wskazane szczególnie ze względu na potrzebę kształtowania świadomości społecznej. Podanie do publicznej wiadomości, że określone postępowanie wiąże się ze wzmożonym potępieniem, ma walor edukacyjny (ogólnoprewencyjny).

1.2.6. Unikanie konsekwencji orzeczenia środka karnego pozbawienia praw publicznych

Na szczególną uwagę zasługuje problematyka unikania przez skazanego konsekwencji orzeczenia omawianego środka karnego. Niestosowanie się do innych środków karnych, mających postać zakazów lub nakazu, jest przestępstwem kryminalizowanym w art. 244 k.k. Stanowi występek zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Pozbawienie praw publicznych nie zostało jednak w tym przepisie uwzględnione.

Kwestia ta jest skomplikowana. Trudno mówić o „niestosowaniu się" w kontekście „pozbawienia". W literaturze przedmiotu zwracano uwagę na konieczność wprowadzenia prawno-karnej reakcji na zachowanie sprawcy, polegające na unikaniu konsekwencji orzeczenia pozbawienia praw publicznych[179]. Chociaż pojawił się również pogląd, że właściwym sposobem egzekwowania stosowania się do orzeczonego pozbawienia praw publicznych jest droga administracyjna[180].

Unikanie konsekwencji pozbawienia praw publicznych z istoty swej jest dość trudne, ale nie niemożliwe. Środek ten bowiem obejmuje szerokie spektrum praw. Korzystanie z niektórych z nich, związanych ściśle z funkcjonowaniem w sferze publicznej, możliwe jest, czy też powinno być możliwe, jedynie pod kontrolą państwa (i jego organów), które musi przewidywać odpowiednie instrumenty uniemożliwiające ominięcie konsekwencji jego orzeczenia. W przypadku pewnych

[179] J. Lachowski, *Pozbawienie praw...*, s. 68; M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny…*, s. 620; T. Razowski, w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny…*, s. 834.

[180] B. Kunicka-Michalska, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2010, s. 369.

praw, odpowiednie regulacje istnieją, np. w postaci wymogu przedłożenia zaświadczenia o niekaralności. Istnieją jednak pewne prawa, korzystanie z których wiąże się z mniejszym rygoryzmem formalnym, dlatego łatwiej jest skazanemu ukryć fakt, iż orzeczono wobec niego pozbawienie praw publicznych.

W niektórych przypadkach unikanie konsekwencji orzeczenia tego środka może wypełniać znamiona różnych typów przestępstw, np. z art. 272, 273, 274, 275 k.k. (wyłudzenie poświadczenia nieprawdy, posługiwanie się cudzym dowodem tożsamości etc.). Jednak istnieją sytuacje, w których zachowanie sprawcy unikającego konsekwencji tego środka, nie realizuje znamion żadnego typu czynu zabronionego. Taki stan rzeczy faktycznie wydaje się nieprawidłowy. Dochodzi tu do pewnego paradoksu. Pozbawienie praw publicznych jest najdolegliwszym środkiem karnym, a jednocześnie z niezastosowaniem się do jego orzeczenia nie wiąże się sankcja karna. *De lege ferenda* należałoby zatem uzupełnić art. 244 k.k. o § 2. Wydaje się, że ze względów techniki legislacyjnej byłoby to rozwiązanie lepsze niż włączanie pozbawienia praw publicznych do obecnego § 1. Ze względu na systematykę kodeksu karnego oraz dolegliwość poszczególnych środków karnych nowy § 1 powinien dotyczyć kryminalizacji unikania konsekwencji orzeczenia pozbawienia praw publicznych, nowy § 2 zaś byłby odpowiednikiem dzisiejszego art. 244 k.k. Można się zastanowić, czy unikanie konsekwencji pozbawienia praw publicznych powinno być zagrożone karą taką samą, jak niestosowanie się do zakazów lub nakazu, czy ze względu na dalej idące, bardziej szkodliwe społecznie skutki unikania konsekwencji pozbawienia praw publicznych, czyn taki nie powinien być zagrożony karą surowszą. Wprowadzenie takiego typu czynu zabronionego do kodeksu karnego nie stoi na przeszkodzie skutecznego egzekwowania i respektowania orzeczonego środka pozbawienia praw publicznych, także pod groźbą sankcji, również na drodze administracyjnej, przynajmniej w pewnym zakresie.

1.3. Zabójstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k.

Ze względu na umieszczenie *expressis verbis* motywacji zasługującej na szczególne potępienie wśród znamion jednego z typów kwalifikowanych zabójstwa, konieczna jest przynajmniej pobieżna analiza tego typu czynu zabronionego.

Zabójstwo jest przestępstwem powszechnym, materialnym. Może zostać popełnione tylko umyślnie, w obu postaciach zamiaru. Typ kwalifikowany z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. zawiera znamię kwalifikujące w postaci popełnienia czynu w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie. Żaden z poprzednio obowiązujących polskich kodeksów karnych nie znał typów kwalifikowanych zabójstwa. Od początku obowiązywania kodeksu karnego z 1997 r. krytykowano ich wprowadzenie; szczególnie negatywnie oceniano właśnie typ kwalifikowany z art. 148 § 2 pkt 3 k.k., podkreślając, iż niewłaściwym jest wprowadzanie jako znamienia kwalifikującego znamienia tak bardzo niedookreślonego.

Ze względu na to, że przepis art. 148 § 2 k.k. ulegał w okresie poddanym badaniu znaczącym modyfikacjom, należy przypomnieć najważniejsze zmiany. Przepis art. 148 § 2 k.k. w pierwotnym brzmieniu zagrożony był karą pozbawienia wolności od lat 12, karą 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotniego pozbawienia wolności. Następnie został zmieniony przez art. 1 pkt 15 ustawy z 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy

– Kodeks karny wykonawczy[181], która weszła w życie 23.04.2009 r. Zostało wówczas zmienione zagrożenie karą; ustawodawca zrezygnował w przypadku typów kwalifikowanych zabójstwa z terminowanej kary pozbawienia wolności, poprzestając na karze 25 lat pozbawienia wolności oraz dożywotniego pozbawienia wolności. Przepis art. 1 pkt 15 ustawy zmieniającej został uznany wyrokiem TK z 16.04.2009 r.[182] za niezgodny z art. 118 ust. 1 i art. 119 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, ponieważ został uchwalony przez Sejm bez dochowania trybu wymaganego do jego wydania. Po wydaniu tego wyroku niejasny stał się status zarówno przepisu art. 148 § 2, jak i art. 148 § 3 k.k. (którego nie dotyczyło orzeczenie TK). Można przyjąć trzy warianty. Pierwszy z nich jest taki, że przepisy art. 148 § 2 i § 3 k.k. utraciły moc; w tym duchu, nietrafnie, wypowiedział się SN w wyroku z 28.01.2010 r.[183] Drugie rozwiązanie zakłada, że przepisy art. 148 § 2 i § 3 k.k. obowiązywały nadal, w brzmieniu sprzed noweli z 27.07.2005 r. Możliwe było również trzecie wyjście, że przepisy art. 148 § 2 i 3 k.k. obowiązywały w brzmieniu po noweli z 25.07.2005 r. Za przyjęciem pierwszego stanowiska miałoby przemawiać wyłączenie przez ustawodawcę tych przepisów z katalogu przestępstw wymienionych w art. 10 § 2 k.k. Za przyjęciem drugiego stanowiska, do którego przychylała się autorka niniejszego raportu, mógł przemawiać fakt, iż TK w sentencji powoływanego wcześniej wyroku z 16.04.2009 r. nie wypowiedział się wprost, czy przepis ten traci moc i w jakiej części. W końcowej części uzasadnienia stwierdził on, że: „W rezultacie wyroku Trybunału Konstytucyjnego pozostaje w mocy art. 148 § 1 k.k., co stwarza sędziemu możliwość wymierzania kary nie tylko 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności, ale też – w indywidualnych sytuacjach – kary od 8 lat do 15 lat pozbawienia wolności. Podkreślenia wymaga także, że art. 148 § 1 k.k. jako przepis względniejszy dla sprawcy (art. 4 § 1 k.k.) będzie miał zastosowanie do czynów popełnionych w czasie, kiedy art. 148 § 2 k.k. nie mógł być stosowany". Można by z tego stwierdzenia wysnuć wniosek, że TK uchyla przepis art. 148 § 2 oraz § 3 w całości. Jednakże w takim wypadku treść sentencji wyroku i jego uzasadnienie nie byłyby spójne. Skoro TK stwierdził niekonstytucyjność przepisu zmieniającego wysokość sankcji, należałoby przyjąć, iż przepis art. 148 § 2 k.k. wrócił do brzmienia pierwotnego. Oznaczałoby to, iż w przypadku popełnienia przez sprawcę przestępstwa z art. 148 § 2 lub § 3 k.k., sąd mógł orzec karę pozbawienia wolności nie krótszą niż lat 12, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności[184].

Za przyjęciem trzeciego stanowiska zdawał się przemawiać fakt, iż ustawodawca w art. 60 § 6 pkt 1 k.k. przewidział możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary 25 lat pozbawienia wolności, a kodeks karny nie znał innego przestępstwa zagrożonego karą 25 lat pozbawienia wolności lub surowszą[185].

Ostatecznie ustawodawca uregulował tę kwestię dopiero ustawą o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o policji z 26.11.2010 r.[186] Przepis art. 1 pkt 3

[181] Dz. U. Nr 163, poz. 1363.
[182] P 11/08, Dz. U. Nr 63, poz. 533.
[183] IV KO 137/09, OSNKW 2010/4, poz. 39.
[184] M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 317.
[185] M. Budyn-Kulik, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny*..., s. 317.
[186] Dz. U. Nr 240, poz. 1602.

tej ustawy przywrócił pierwotne zagrożenie karą czynu z art. 148 § 2 k.k., które obowiązuje do dzisiaj. Ustawa ta weszła w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia.

W praktyce orzeczniczej po wyroku TK traktowano art. 148 § 2 k.k., jak gdyby został uchylony. Przyjmowano zatem, że sprawca popełnił zabójstwo w typie podstawowym. Czasami przyjęcie tej kwalifikacji następowało w trakcie trwania postępowania, ze względu na zastosowanie art. 4 § 1 k.k. W części poświęconej stanom faktycznym znajdują się opisy spraw, w których na jakimś etapie postępowania ustalono, że sprawca popełnił zabójstwo w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie i przyjęto kwalifikację z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. Następnie, na kolejnym etapie postępowania, kwalifikację ową – z uwagi na zastosowanie art. 4 § 1 k.k. – zmieniano na art. 148 § 1 k.k. Ten zabieg był oczywiście najzupełniej zasadny. Natomiast za błąd należy uznać eliminowanie w takiej sytuacji z opisu czynu motywacji zasługującej na szczególne potępienie i rezygnację z orzeczenia środka karnego pozbawienia praw publicznych[187].

W przypadku zabójstw, za motywację zasługującą na szczególne potępienie uznawano chęć zysku[188]. Natomiast samo stwierdzenie, że sprawca popełnił czyn bez wyraźnego motywu, nie zawsze oznaczało przyjęcie, iż popełnił go w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie[189]. Trafnie przyjmowano także, że samo działanie z chęci zaspokojenia popędu płciowego kosztem wolności seksualnej, znamienne dla przestępstw przeciw wolności seksualnej, a więc także przestępstwa z art. 197 § 3 k.k., nie może być równoznaczne z przyjęciem istnienia motywacji zasługującej na szczególne potępienie[190].

Środek karny pozbawienia praw publicznych z art. 40 § 2 k.k. może zostać orzeczony wobec sprawców różnych przestępstw, do znamion których nie należy motywacja. W przypadku zabójstwa zaś tylko wtedy, gdy czyn został zakwalifikowany z art. 148 § 2 pkt 3[191]. Reasumując, na gruncie kodeksu karnego z 1997 r., gdy nie wchodzi w grę konieczność zastosowania art. 4 § 1 tego kodeksu, zastosowanie środka karnego z art. 40 § 2 k.k. gdy czyn stanowi zabójstwo, jest zatem możliwe jedynie wtedy, gdy jest to typ kwalifikowany z art. 148 § 2 pkt. 3 k.k. – samoistnie lub w zbiegu z innym przepisem zawierającym typ kwalifikowany zabójstwa[192]. Natomiast w żadnym wypadku nie można zastosować pozbawienia praw publicznych wobec sprawcy zabójstwa z art. 148 § 1 k.k.[193]

Krótko po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r. linia orzecznicza w tym względzie nie była jednolita[194]. Stopniowo zaprezentowane wyżej stanowisko zaczęło się umacniać[195]. I tak np. lubelski Sąd Apelacyjny uchylił wyrok sądu I instancji

[187] II K 48/08, SO w R. – pkt IV.12 raportu.
[188] W. Zalewski, op. cit., s. 95; M. Szewczyk, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 570.
[189] Wyrok SA w Katowicach z 29.01.2004 r. (II AKa 303/03), KZS 2004/9, poz. 50.
[190] Wyrok SA w Lublinie z 27.05.2002 r. (II AKa 99/02), Orz. Prok. i Pr. 2003/2, poz. 15.
[191] Wyrok SA we Wrocławiu z 12.04.2001 r. (II AKa 96/01), Orz. Prok. i Pr. 2001/10, poz. 19; wyrok SN z 15.05.2000 r. (V KKN 88/00), OSNKW 2000/7–8, poz. 63.
[192] Należy przyjąć bowiem za możliwy zbieg przepisów art. 148 § 2 i § 3 k.k. oraz zbiegi w ramach § 2 – np. wzięcie zakładnika i motywacja zasługująca na szczególne potępienie. Por. M. Budyn, *Glosa do wyroku SN z dn. 15 maja 2000 r., V KKN 88/00*, „Przegląd Sądowy" 2001/1, s. 127–131.
[193] Z wyjątkiem okresu, gdy na mocy orzeczenia TK uznano przepis art. 148 § 2 pkt 3 k.k. za nieobowiązujący.
[194] Np. wyrok SA w Lublinie z 27.04.1999 r. (II Aka 12/99), KZS 1999/11, poz. 3.
[195] Por. np. wyrok SN z 2.12.1999 r. (V KKN 477/99), Dod. Prok. i Pr. 2000/6, poz. 3; wyrok SA w Lublinie z 28.04.2000 r. (II AKa 66/00), niepubl.; wyrok SA w Lublinie z 21.06.2000 r. (II AKa 119/00), niepubl..

w części dotyczącej orzeczenia środka karnego pozbawienia praw publicznych, wykazując brak konsekwencji przy orzekaniu. Przyjęto bowiem, że sprawca jednocześnie nie działał w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (kwalifikacja z art. 148 § 1 k.k.) i działał w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (orzeczenie środka karnego z art. 40 § 2 k.k.)[196]. Podobnie krakowski Sąd Apelacyjny stwierdził, że identyczne sformułowanie w art. 148 § 2 pkt 3 k.k. i art. 40 § 2 k.k. wskazuje na to, iż środek pozbawienia praw publicznych za zabójstwo nie ma podstawy prawnej poza tym rodzajem zabójstwa, nawet w razie skazania za inne rodzaje zabójstwa kwalifikowanego czy powrotnego[197].

II. WYNIKI BADANIA EMPIRYCZNEGO

2.1. Uwagi wprowadzające

Na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. zaznacza się tendencja spadkowa w orzekaniu pozbawienia praw publicznych. W 1997 r., a zatem jeszcze na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., pozbawienie praw publicznych orzeczono 4.344 razy, w 2000 r. – tylko 340 razy (tu też istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że większość tych spraw została rozstrzygnięta jeszcze na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.), natomiast w 2008 r. – 34 razy, 2009 r. – 22 razy, 2010 r. – 15 razy, 2011 r. – 15 razy[198]. Nie można jednak zgodzić się ze stwierdzeniem, że jest to wyraz przede wszystkim racjonalizacji polityki karnej[199].

Jak wynika z danych dostępnych w literaturze, chociaż ogólna liczba sprawców, wobec których orzeczono ten środek, maleje, wzrasta długość okresów, na jakie jest on orzekany. M. Melezini trafnie zauważyła, że dzieje się tak głównie dlatego, że obecnie obowiązujący przepis art. 40 § 1 k.k. sprawia, iż pozbawienie praw publicznych może być orzeczone w przypadku szczególnie ciężkich przestępstw[200]. Jak wynika z badań z niniejszego raportu, okres pozbawienia praw publicznych zwykle jest adekwatny i/lub proporcjonalny do okresu kary pozbawienia wolności wymierzonej sprawcy.

Celem badania było sprawdzenie praktyki orzeczniczej w zakresie orzekania środka karnego pozbawienia praw publicznych. W pierwszym etapie przygotowywania materiału badawczego zwrócono się do sądów o nadesłanie sygnatur spraw zakończonych prawomocnym skazaniem, w których orzeczono omawiany środek w latach 2000–2014, niezależnie od tego, za jakie przestępstwa sprawca został skazany oraz również za ten sam okres – o nadesłanie sygnatur spraw zakończonych prawomocnym skazaniem za przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k., niezależnie od tego, czy środek ten orzeczono.

---

[196] Wyrok SA w Lublinie z 28.04.2000 r. (II AKa 66/00), niepubl.; wyrok SA w Lublinie z 21.06.2000 r. (II AKa 119/00), niepubl. Por. szerzej M. Budyn, *Glosa do wyroku SN z dn. 15 maja 2000 r.*…, s. 130.

[197] Wyrok SA w Krakowie z 29.12.1999 r. (II AKa 239/99), KZS 2000/2, poz. 20.

[198] M. Melezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013, s. 188.

[199] M. Melezini, *Środki karne*..., s. 188.

[200] Jak podaje: art. 148 § 1 k.k. – 15 razy, art. 164 § 1 – 1 raz, art. 197 § 1 (pokrzywdzony małoletni poniżej 15. roku życia) – 3 razy, pojedyncze orzeczenie: art. 200 § 1, art. 280 § 1, art. 310 § 1 k.k. Zastanawiające jest, dlaczego ani razu nie pojawił się typ kwalifikowany zabójstwa, a w przypadku zgwałcenia – dlaczego podany jest typ podstawowy.

Tabela 1
Wymiar środka karnego pozbawienia praw publicznych w latach 2007–2011[201].

Pozbawienie praw publicznych	2007		2008		2009		2010		2011	
	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%	l.b.	%
Ogółem	26	100	34	100	22	100	15	100	22	100
Do 3 lat	4	15,4	6	17,6	5	22,7	1	6,7	2	9,1
Od 3 lat do 5 lat	14	53,8	12	35,3	4	18,2	5	33,3	5	22,7
Od 5 lat do 8 lat	2	7,7	3	8,8	1	4,5	1	6,7	2	9,1
Od 8 lat do 10 lat	6	23	13	38,2	12	54,5	8	53,3	13	59,1

W odpowiedzi z niektórych sądów nadesłano informację, że nie jest możliwe wyodrębnienie spraw, w których środek ten został orzeczony, ponieważ taka ewidencja nie jest prowadzona. Z pozostałych sądów otrzymano dane, z których wynikało, że w sumie we wskazanym okresie spraw zakończonych prawomocnym skazaniem, w których orzeczono środek pozbawienia praw publicznych, było 409, zaś prawomocnych skazań za przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. – 72 sprawy. Dane uzyskane z sądów potwierdzają zatem dostępne dane statystyczne. Następnie zwrócono się o nadesłanie akt wszystkich spraw o przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k., a z pozostałych wylosowano także 72 sprawy, odrzucając na wstępie akta spraw, których sygnatury wskazywały na datę wpływu wcześniejszą niż 2004 r. Chodziło o zminimalizowanie prawdopodobieństwa, że rozstrzygnięcie zapadło na podstawie przepisów kodeksu karnego z 1969 r. (gdy czyn został popełniony przed 1 września 1998 r.), ponieważ w większości przypadków orzeczenie pozbawienia praw publicznych byłoby wówczas obligatoryjne i nie stanowiłoby żadnej informacji o praktyce orzeczniczej na gruncie obowiązującego kodeksu[202]. Ostatecznie nadesłano akta 50 spraw z pierwszej grupy oraz 71 z drugiej[203].

Liczba spraw ogółem wynosiła zatem 121. Nadesłane akta spraw podzielone zostały na trzy grupy. W pierwszej, oznaczonej jako „40 § 2 k.k.", znalazły się sprawy, w których środek karny pozbawienia praw publicznych został orzeczony za przestępstwo inne niż zabójstwo. Takich spraw było 46. Drugą – nazwaną „148 k.k." – tworzyły sprawy, w których został on orzeczony za zabójstwo inne niż z art. 148 § 2 pkt 3 k.k., czyli w typie podstawowym lub w innych typach kwalifikowanych; rozstrzygane zarówno na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., jak i z 1997 r. na różnych etapach jego obowiązywania (chodzi o zmiany związane z treścią art. 148 § 2 k.k.). Znalazły się tu akta 25 spraw. Natomiast w trzeciej grupie, liczącej 50 spraw, znalazły się te, w których czyn sprawcy został zakwalifikowany jako wypełniający znamiona przestępstwa z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. Grupa ta została oznaczona jako „148 § 2 pkt 3 k.k."

[201] M. Melezini, *Środki karne*..., s. 188.
[202] Spraw takich nie dało się całkowicie wyeliminować.
[203] Wynikało to zarówno z dostępności akt, jak i z przyczyn organizacyjno-technicznych; większość akt, zwłaszcza z pierwszej grupy, była wielotomowa – kilku- (5–9 tomów) kilkunasto- (10–17 tomów), a nawet kilkudziesięciotomowa (20, 28 tomów, 42 tomy, a nawet ponad 100).

2.2. Grupa „40 § 2 k.k."

Do grupy tej włączono 46 spraw. Czyny popełniło w nich ogółem 103 sprawców. Wiele spraw było wieloosobowych: w jednej pojawiło się nawet 15 sprawców[204]. Wobec 87 orzeczono lub rozważano orzeczenie środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych. Te przypadki są przedmiotem dalszej analizy. Większość sprawców (79 osób, 90,8%) była mężczyznami; tylko 8 (9,2%) zaś kobietami.

Większość sprawców należała do grupy wiekowej 17–21 lat – 32 sprawców (36,8% sprawców w tej grupie spraw); jedynie nieznacznie mniejszą liczebność miał następny w kolejności przedział wiekowy: 22–30 lat – 30 osób (34,5%). 11 sprawców należało do przedziału wiekowego 31–40 (12,6%), zaś 9 miało między 41 a 50 lat (10,3%). 3 sprawców mieściło się w grupie wiekowej 51–60 (3,4%), 1 miał więcej niż 61 lat (1,2%), a 1 (1,2%) w czasie popełniania czynu był nieletni.

Prawie połowa sprawców (42 osoby, 48,3% sprawców z tej grupy) nie posiadała wyuczonego zawodu. Wśród pozostałych najliczniejszą grupę stanowili ślusarze (10 osób), 4 osoby były mechanikami samochodowymi oraz uczniami, po 3 – stolarzami, murarzami i elektromonterami. W pojedynczych przypadkach sprawcy posiadali m.in. następujące zawody: ogrodnik, zdun, instalator, krawiec, laborant, księgowa.

Ponad połowa sprawców (54 osoby, 62,1% sprawców z tej grupy) zadeklarowała brak wykonywania pracy zarobkowej; około jedna trzecia (29 osób; 33,3%) utrzymywała się z wykonywania pracy zarobkowej (z czego 9 osób – dorywczo), zaś 4 osoby (4,6%) były emerytami lub rencistami.

Wykształcenie sprawców wyglądało następująco: 44 sprawców (50,6% sprawców z tej grupy) miało wykształcenie podstawowe, 31 (35,6%) – zawodowe, 10 (11,5%) – średnie, a dwóch (2,3%) – wyższe.

Jeśli chodzi o stan cywilny, trzy czwarte sprawców (66 osób, 75,9%) pozostawało w stanie wolnym; w tym 7 sprawców było rozwiedzionych, 2 osoby owdowiały; pozostałych 57 osób było pannami lub kawalerami. W związku małżeńskim pozostawało 21 sprawców (24,1%).

Uprzednio karanych było 49 sprawców (56,3%), w tym 7 wielokrotnie; 29 za przestępstwo podobne lub takie samo, a 27 – za inne. Wobec 62 sprawców (71,3%) zastosowano tymczasowe aresztowanie, 2 poddano dozorowi. Wobec pozostałych nie zastosowano środka zapobiegawczego.

W czasie popełniania czynu 43 sprawców było w stanie upojenia alkoholowego. U 17 stwierdzono uzależnienie od alkohol, a u 1 – od środków psychotropowych. 52 sprawców poddano badaniom psychiatrycznym, 19 – psychologicznym, a 8 – seksuologicznym. W jednej sprawie opinie psychiatryczną i psychologiczną wywołano dwukrotnie. Dwóch sprawców poddano obserwacji psychiatrycznej. Biegli stwierdzili u 33 sprawców zaburzenia osobowości; najliczniejszą grupę stanowili sprawcy z osobowością dyssocjalną (psychopatyczną), u 1 stwierdzono osobowość homilopatyczną, u 4 – zespół psychoorganiczny. U pozostałych 6 osób stwierdzono zaburzenia osobowości w różnej postaci (niedojrzała, chwiejna emocjonalnie itp.).

[204] W 10 sprawach czyn popełniło po dwóch sprawców; w 6 – po 3, w 3 – po 4; w 2 – po 5, w 1 – 6.

Biegli zdiagnozowali u 3 sprawców organiczne uszkodzenia centralnego układu nerwowego. Biegli seksuologowie rozpoznali u 2 sprawców zastępcze zachowania seksualne. Poziom intelektualny większości sprawców mieścił się w normie. Jedynie u 3 z nich stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, a u 1 – pogranicze upośledzenia umysłowego. Zdaniem biegłych deficyty te nie przyczyniły się do zniesienia poczytalności sprawców. Ograniczenie poczytalności stwierdzono u 3 sprawców, ale tylko u 1 z nich osiągnęło ono stopień znaczny.

Do popełnienia czynu przyznało się 29 sprawców.

We wszystkich badanych sprawach z tej grupy pokrzywdzone zostały 104 osoby; 56 z nich stanowili mężczyźni, 48 zaś kobiety. Większość z nich została przez sprawców wybrana przypadkowo, sprawca i pokrzywdzony nie znali się wcześniej. 4 pokrzywdzonych było współosadzonymi sprawców. Znajomymi pokrzywdzonych było 24 sprawców, zaś 14 stanowili członkowie rodziny. W 3 sprawach przyczyną wyboru pokrzywdzonego był istniejący między nim i przynajmniej jednym ze sprawców konflikt.

W żadnej sprawie w kwalifikacji prawnej z aktu oskarżenia nie pojawiła się w opisie czynu kwestia motywacji. Raz uznano, że czyn sprawcy został popełniony ze szczególnym okrucieństwem. Sprawcom w badanej grupie spraw zarzucono w akcie oskarżenia popełnienie 164 czynów[205]. Niektóre sprawy rozstrzygane były z zastosowaniem art. 4 § 1 k.k. (pochodziły z lat 1998–2001), stosowano w nich przepisy kodeksu karnego z 1969 r. W akcie oskarżenia w kwalifikacji prawnej czynów pojawiały się następujące przepisy[206]. Licznie reprezentowana była grupa przestępstw przeciwko mieniu, przestępstwa gospodarcze oraz fałsz pieniędzy: art. 278 § 1 k.k. – 2 razy, art. 280 § 1 k.k.– 18 razy, art. 280 § 2 k.k. – 28 razy, art. 286 § 1 k.k. – 2 razy; art. 199 d.k.k. – 14 razy, art. 200 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 201 d.k.k. – 8 razy, art. 205 d.k.k. – 3 razy, art. 208 d.k.k. – 1 raz, art. 210 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 210 § 2 d.k.k. – 5 razy, art. 227 d.k.k.– 14 razy; art. 265 § 1d.k.k. – 6 razy, art. 266 § 4 d.k.k. – 1 raz. Wielu sprawców popełniło czyny przeciwko życiu i zdrowiu. Zostały one zakwalifikowane z użyciem następujących przepisów: art. 156 § 1 – 2 razy, art. 156 § 3 – 1 raz, po 10 razy – z art. 157 § 1 i 2, art. 158 – 6 razy, art. 159 – 3 razy. Dość licznie reprezentowane były przestępstwa przeciwko wolności, także wolności seksualnej: art. 189 § 2 – 3 razy, art. 190 § 2 – 2 razy, art. 193 – 2 razy, art. 197 § 1 – 12 razy, art. 197 § 2 – 8 razy, art. 197 § 3 – 11 razy, art. 198 – 2 razy, art. 200 § 1 – 16 razy, art. 201 – 2 razy. Rzadziej pojawiały się także inne przepisy: trzykrotnie zastosowano kwalifikację z art. 207, 208 i 275 § 2; dwukrotnie – z art. 117 § 2, art. 247 § 1 i art. 263 § 2; w pojedynczych przypadkach zaś: art. 178a § 2, art. 223, 224, 226 § 1, art. 245, 247 § 2, art. 258 § 3, art. 270, 276 § 3 d.k.k. Pojawiły się także przepisy spoza kodeksu karnego – art. 42 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – 4 razy, art. 54 ust. 1 ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych – 6 razy. W 20 przypadkach zachowanie sprawcy opisano jako czyn ciągły.

[205] Ich liczba została następnie zredukowana w wyrokach. Warto zwrócić uwagę, iż jest to tendencja stała, charakterystyczna nie tylko dla tego badania – w kwalifikacji prokuratorskiej bardzo rzadko pojawia się art. 12 lub 91 k.k.

[206] Pojawiały się one w różnych konfiguracjach – w ramach kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy i/lub w zbiegu przestępstw. Dlatego ich liczba nie sumuje się z liczbą czynów.

Tabela 2
Kwalifikacje prawne z aktu oskarżenia

Przestępstwa przeciwko	Liczba	%
Życiu i zdrowiu	52	20,9
Mieniu, gospodarcze, fałsz dokumentów	104	41,8
Wolności oraz wolności seksualnej	58	23,3
Inne	35	14
Suma	249[207]	100

Przestępstwa te zostały popełnione w różnych formach stadialnych – w 13 przypadkach czyn stanowił usiłowanie – oraz zjawiskowych: raz było to podżeganie, trzykrotnie – pomocnictwo. W warunkach multirecydywy z art. 64 § 1 k.k. odpowiadało 22 sprawców, 1 – w warunkach art. 60 § 1 d.k.k., a 14 – art. 60 § 2 d.k.k. Dwóch sprawców popełniło czyn w stanie poczytalności ograniczonej w znacznym stopniu (art. 31 § 2 k.k.). Ze względu na to, że jeden sprawca był nieletni w czasie popełniania czynu, w kwalifikacji czynu pojawił się art. 10 § 2 k.k. W 22 przypadkach uznano, że sprawcy popełnili czyn w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej (art. 58 d.k.k.).

Chociaż prawie wszystkie (44 z 46) akty oskarżenia zostały uzasadnione, motywacji sprawców i jej ocenie poświęcono nieco uwagi jedynie w 3 z nich. Za „motywację" uznano chęć uzyskania korzyści majątkowej za wszelką cenę oraz zemstę. Natomiast na negatywną ocenę powodów zachowania sprawcy, zdaniem prokuratora, miało wpłynąć: współdziałanie z innymi osobami przy popełnieniu czynu; działanie w sposób przemyślany, brutalny; popełnienie czynu przeciwko dobrom chronionym moralnie; działanie w „sposób drastyczny społecznie". Na tę ocenę wpływ miała także osoba pokrzywdzonego – wiek (młody), pokrewieństwo (córka sprawcy) i niepełnosprawność psychiczna (upośledzenie umysłowe).

Sąd I instancji w większości przypadków utrzymał kwalifikację z aktu oskarżenia. W 8 sprawach sąd jedynie „scalił" klika czynów zarzucanych sprawcy w 1 (na podstawie art. 12 lub 91 k.k. lub kierując się zasadą traktowania jako 1 czynu kilku zachowań sprawcy tworzących jedną całość sytuacyjno-czasową). W 1 sprawie w opisie czynu pojawiło się określenie „motywacja zasługująca na szczególne potępienie".

W I instancji sprawcom[208] wymierzono następujące kary. Większości sprawców – 85% wymierzono karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. W przypadku 46% skazanych w tej grupie kara została wymierzona za popełnienie pojedynczego przestępstwa[209], natomiast dla pozostałych była to kara łączna, wymierzona za popełnienie kilku pozostających ze sobą w zbiegu realnym przestępstw. Wobec 15% sprawców sąd orzekł karę pozbawienia wolności w wysokości umożliwiającej warunkowe zawieszenie jej wykonania[210].

[207] Jest to liczba wskazująca, ile razy w kwalifikacji pojawił się dany przepis. Wielokrotnie 1 czyn opisywany był w warunkach art. 11 § 2 k.k. przy zastosowaniu kumulatywnej kwalifikacji, stąd liczba przepisów jest większa niż liczba czynów.

[208] Uwzględnieni zostali tylko ci, wobec których orzeczono środek karny/karę dodatkową pozbawienia praw publicznych

[209] Lub ciągu przestępstw.

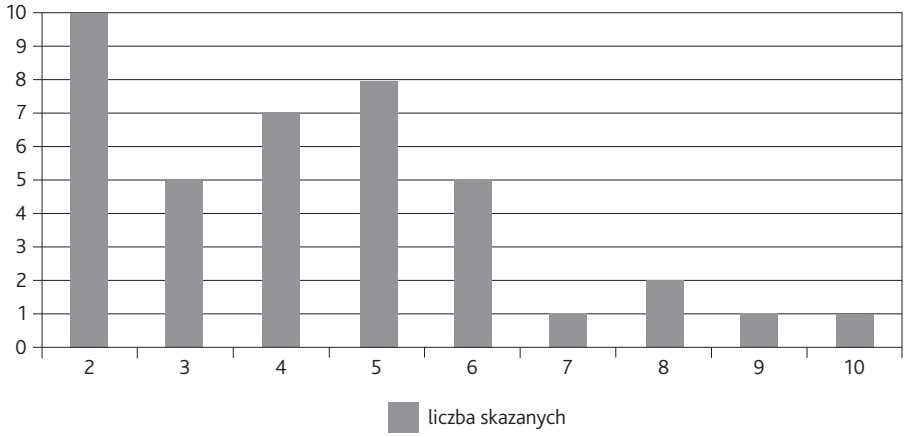
[210] Orzeczenie kary dodatkowej pozbawienia praw publicznych było tu możliwe dzięki przyjęciu jako podstawy rozstrzygnięcia kodeksu karnego z 1969 r., czyn stanowił zbrodnię, więc orzeczenie tej kary było obligatoryjne, a przy wymiarze kary sąd zdecydował o jej nadzwyczajnym złagodzeniu.

Tabela 3
Rodzaje wymierzonej kary pozbawienia wolności

Kara pozbawienia wolności		l.b.		%	
Bezwzględna	Pojedyncze przestępstwo	40	74	46	85
	Kara łączna	34		39	
Z warunkowym zawieszeniem		13		15	
Suma		87		100	

Karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania wymierzono w sumie 40 sprawcom, którzy popełnili tylko jeden czyn. W żadnym przypadku nie wymierzono kary surowszej niż 10 lat pozbawienia wolności, najłagodniejszą z wymierzonych kar były 2 lata pozbawienia wolności. Szczegółowe dane wyglądają następująco: 2 lata – 10 razy, 3 lata – 4 razy, 3 lata 4 miesiące – 1 raz, 4 lata – 5 razy, 4 lata 6 miesięcy – 2 razy, 5 lat – 8 razy, 6 lat – 5 razy, 7 lat – 1 raz, 8 lat – 2 razy, 9 lat – 1 raz, 10 lat – 1 raz.

Wykres 1
Kary wymierzone za pojedyncze przestępstwa



W pozostałych sprawach 34 sprawcom, którzy popełnili więcej niż 1 przestępstwo, wymierzono karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania: 3 lata – 1 raz, 4 lata – 2 razy, 4 lata 6 miesięcy – 1 raz, 5 lat – 6 razy, 5 lat 6 miesięcy – 1 raz, 6 lat – 1 raz, 6 lat 6 miesięcy – 1 raz, 7 lat – 9 razy, 8 lat – 3 razy, 9 lat – 2 razy, 10 lat – 3 razy, 11 lat – 3 razy, 14 lat – 1 raz. Te kary były oczywiście surowsze niż wymierzone za pojedyncze przestępstwa, ale także tutaj nie wymierzono kar najsurowszych – 15 i 25 lat oraz dożywotniego pozbawienia wolności.

W przypadku 13 sprawców sąd wymierzył karę pozbawienia wolności z warunkowym zwieszeniem jej wykonania: 1 rok 6 miesięcy – 6 razy, 2 lata – 7 razy; okres próby wynosił 2 lata – 4 razy, 3 lata – 3 razy, 4 lata – 3 razy, 5 lat – 1 raz.

Sąd wymierzył także 30 razy grzywnę obok kary pozbawienia wolności: 25 stawek – 2 razy, 40 stawek – 1 raz, 50 stawek – 1 raz, 60 stawek – 1 raz, 70 stawek

Wykres 2
Kary łączne

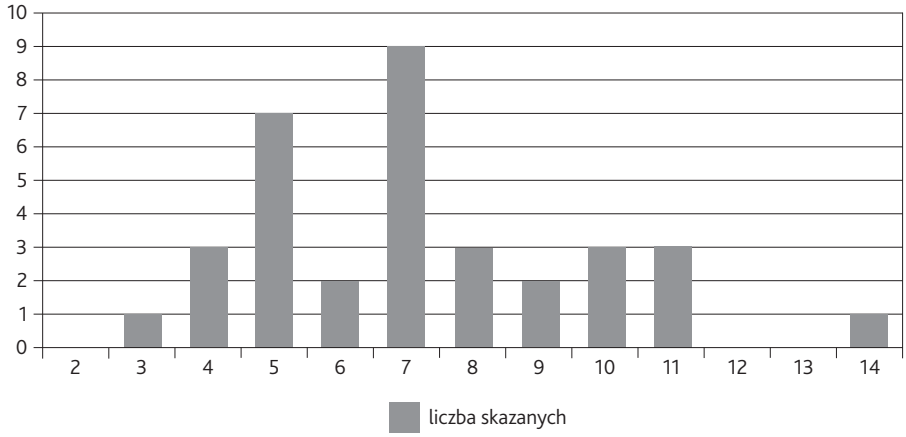


Tabela 4
Wymiar kary procentowo

Kara pozbawienia wolności	l.b.	%	
		%bw	%c
Poniżej 3 lat	10	13,5	11,5
3 do poniżej 5 lat	16	21,6	18,4
5 do poniżej 10 lat	40	54,1	45,9
10 do 15 lat	8	10,8	9,2
25 lat	0	0	0
Dożywotnie pozbawienie wolności	0	0	0
Suma	74	100	85

– 1 raz, 100 stawek – 1 raz, 120 stawek – 3 razy, 140 stawek – 2 razy, określając wysokość jednej stawki na: 10 zł – 8 razy i 20 zł – 3 razy oraz grzywny kwotowe (przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. – na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.): 600 zł – 3 razy, 1 tys. zł – 2 razy, 1,5 tys. zł – 5 razy, 2,5 tys. zł – 1 raz, 3 tys. zł – 1 raz, 5 tys. zł – 2 razy, 10 tys. zł – 3 razy i 20 tys. zł – 1 raz.

Wobec 87 sprawców orzeczono pozbawienie praw publicznych na okres: 1 roku – 14 razy, 2 lat – 7 razy, 3 lat – 12 razy, 4 lat – 12 razy, 5 lat – 24 razy, 6 lat – 6 razy, 7 lat – 1 raz, 8 lat – 2 razy, 9 lat – 1 raz, 10 lat – 2 razy; raz orzeczono ten środek karny jako łączny w wymiarze 7 lat. Wobec 4 sprawców dopiero sąd II instancji orzekł ten środek – 3 razy w wymiarze 3 lat, 1 raz – 5 lat; wobec 1 sprawcy zaś– uczynił to sąd I instancji po ponownym rozpoznaniu sprawy – na okres 2 lat. W przypadku 23 sprawców orzeczenie tego środka było obligatoryjne, ponieważ sprawa była rozstrzygana na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. (6 spraw).

Wykres 3
Wymiar środka karnego pozbawienia praw publicznych

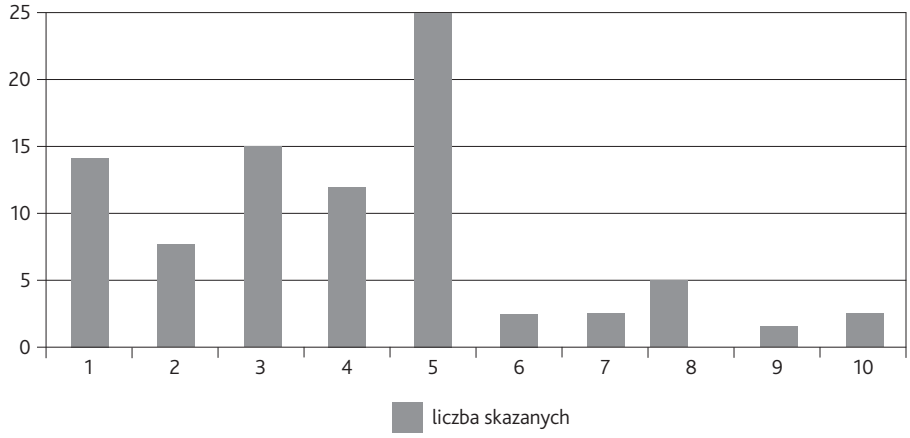


Tabela 5
Okresy orzeczonego środka karnego

Pozbawienie praw publicznych	l.b.	%
1 rok do 3 lat	37	42,5
4 lata do 6 lat	43	49,4
7 lat do 9 lat	5	5,8
10 lat	2	2,3
Suma	87	100

W przypadku 65 sprawców została wniesiona apelacja; wobec 45 z nich wyrok sądu I instancji został utrzymany w mocy, 4 razy sąd II instancji uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, zaś wobec 16 – zmienił wymiar kary.

Kasacja została wniesiona 7 razy, 1 raz SN uchylił wyrok sądu II instancji i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, w pozostałych przypadkach kasacja została uznana za oczywiście bezzasadną.

Większość wyroków sądów I instancji została uzasadniona[211], jednak kwestia motywacji i jej oceny pojawiła się w nich jedynie 19 razy. W 6 sprawach orzeczenie kary dodatkowej było obligatoryjne, ponieważ czyny zarzucane sprawcom stanowiły zbrodnie. Kwestia motywacji (pobudek) nie miała tu zatem znaczenia. Sąd poprzestał na stwierdzeniu, że motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie, nie podejmując ani próby jej odtworzenia, ani wskazania kryteriów jej nagannej oceny – 6 razy.

W 19 sprawach (41,3%) uzasadnienie poruszało w ogóle problem motywacji lub jej oceny. Ustalono, że sprawcy kierowali się następującą motywacją: chęć zysku (korzyść majątkowa) – 6 razy, zemsta – 1 raz, chęć zdobycia środków na alkohol – 1 raz, czyn stanowił zaspokojenie niskich instynktów – 1 raz, chęć wyżycia się – 2 razy, nieprawidłowa realizacja popędu seksualnego – 2 razy. Zważywszy na to,

[211] Jedynie 3 wyroki nie zostały uzasadnione.

że jedynie w 23 przypadkach (wobec 26,4% sprawców w tej grupie) orzeczenie pozbawienia praw publicznych było obligatoryjne, a zatem przesłanką jego orzeczenia nie była motywacja, widać, że sąd bardzo mało uwagi poświęcił jej odtworzeniu.

Tak ustalona motywacja powinna zostać oceniona jako zasługująca na szczególne potępienie. Tymczasem na 56 różnych okoliczności przemawiających, zdaniem sądu, za orzeczeniem pozbawienia praw publicznych, jedynie 12 z nich (21,4% wszystkich wskazanych) można uznać za dotyczące motywacji, chociaż większość z nich miała charakter ogólnikowy, a w 1 przypadku (charakter seksualny) należałoby uznać tę ocenę za nieprawidłową, ponieważ sprawca popełnił zgwałcenie. Pozostałych 78,6 % przytoczonych w uzasadnieniach okoliczności miało charakter przedmiotowy. Dotyczyły one okoliczności popełnienia czynu, sposobu jego popełnienia, osoby pokrzywdzonego lub właściwości i warunków osobistych samego sprawcy. Dokładnie przedstawia je poniższa tabela.

Niezależnie od tego, czy w danej sprawie obiektywnie sprawca zasługiwał na owo szczególne napiętnowanie związane z orzeczeniem pozbawienia praw publicznych, czy nie, uzasadnienia wskazują zarówno na pewną nieporadność sądu w odtwarzaniu motywacji sprawcy, jak i w wyjaśnieniu, dlaczego owa motywacja zasługuje na szczególne potępienie. Wynika to przede wszystkim z niewłaściwego określenia przez ustawodawcę przesłanek stanowiących podstawę orzekania tego środka.

W jednym przypadku sąd stwierdził, że zachowanie sprawcy jest szczególnie naganne, ale nie ma potrzeby orzekania pozbawienia praw publicznych.

Bardzo rzadko uzasadniano samo orzeczenie środka karnego – raz wskazano na jego funkcję wychowawczą. Jak podkreślono w części teoretycznej, środek ten pełni przede wszystkim funkcję represyjną, można jednak znaleźć inne, które – w mniejszym stopniu – ale jednak realizuje. Trudno wskazać wśród nich funkcję wychowawczą. Raz sąd uzasadnił długość okresu, na jaki orzeczono ten środek – proporcjonalnością do wysokości orzeczonej kary. Należy zauważyć, iż sprowadza się ona zwykle do tego, że jeśli kara sięga czy zbliża się do górnej granicy ustawowego zagrożenia, również środek karny wymierzany jest w górnej czy blisko górnej granicy. W tej grupie spraw można wyróżnić 3 przedziały kar pozbawienia wolności najłagodniejsze (z warunkowym zawieszeniem wykonania oraz kary bezwzględne do lat 3), które stanowiły 26,5% wszystkich kar orzeczonych w tej grupie; średnie (od 3 do 10 lat), stanowiące 64,3% oraz najsurowsze (od 10 do 15 lat) – 9,2%. Podobnie można również podzielić okresy, na które orzeczono środek karny: najłagodniejszy (1–3 lat), stanowiący 42,5% wszystkich orzeczonych przypadków; średni (4–6 lat) – 49,4% oraz najsurowszy (7–10 lat), który stanowił 8,1%.

Jak widać w tabeli 7, długość okresów, na jakie orzekano środek karny i karę, nie zawsze była adekwatna czy proporcjonalna. Jedynie odsetek kar i środka karnego z grupy najsurowszych osiąga wartości zbliżone. Natomiast odsetek środka karnego orzeczonego w najłagodniejszym wymiarze znacznie przewyższa odsetek kar z tej grupy. Odwrotna prawidłowość zachodzi w grupie kar i środków karnych o średniej długości. Warto także zauważyć jeszcze jedną prawidłowość: bardzo często orzekaną karą w tej grupie jest 5 lat pozbawienia wolności – 17,2% wymierzonych kar, również okres 5 lat pozbawienia praw publicznych pojawia się często: 28,7% (ponad połowa przypadków z grupy średniej). Wydaje się, że jest to „wygodna wartość"; stanowi ona środek przewidzianego przez ustawodawcę przedziału.

Tabela 6
Okoliczności wskazane w uzasadnieniu jako przemawiające za orzeczeniem środka karnego

	Okoliczność wskazana w uzasadnieniu	l.b.		% suma
		l.b.	suma	
Okoliczności przedmiotowe	okoliczności czynu (ogólnie)	5	15	26,8
	popełnienie ciężkiego przestępstwa	1		
	szczególne okrucieństwo	1		
	wykorzystanie pozbawienia wolności	1		
	nieliczenie się z seksualnością innej osoby[212]	1		
	demonstrowanie siły	2		
	sposób działania	3		
	długi czas trwania czynu	1		
Ocena czynu	czyn budził odrazę	1	12	21,4
	czyn zasługuje na szczególne potępienie	1		
	upodlenie, poniżenie pokrzywdzonego	2		
	wysoki stopień społecznej szkodliwości	1		
	zachowanie sprawcy rażąco odbiegało od przyjętych wzorców postępowania	1		
	czyn był brutalny	5		
	drastyczny charakter czynu	1		
Pokrzywdzony	osoba bezbronna	1	15	26,8
	osoba upośledzona umysłowo	1		
	niewinny pokrzywdzony	1		
	obca osoba	1		
	własne dziecko	3		
	osoba w młodym wieku	3		
	osoba w podeszłym wieku	5		
Właściwości i warunki osobiste sprawcy	Recydywa	1	1	1,8
Zachowanie po czynie	brak skruchy	1	1	1,8
Ocena motywacji	wyjątkowo niskie i nikczemne motywy	1	12	21,4
	niskie pobudki	1		
	ze względu na seksualną motywację czynu	3		
	zła wola	1		
	brak racjonalnych powodów	1		
	brak bliższego powodu	1		
	błahy powód lub jego brak	4		
Suma		56	56	100

[212] Zgwałcenie homoseksualne heteroseksualnego mężczyzny.

Tabela 7
Adekwatność wymiaru środka karnego i kary

%	kara	środek karny
najłagodniejsze	26,5	42,5
średnie	64,3	49,4
najsurowsze	9,2	8,1
Suma	100	100

Można się zastanawiać, czy w przypadku wymierzenia sprawcy kary 5 lat pozbawienia wolności nie działa mechanizm nazywany w psychologii społecznej heurystyką zakotwiczenia[213]. Wymierzona kara niejako „wytycza" okres orzeczenia środka. Warto pamiętać, że tylko wówczas, gdy czyn zagrożony jest karą od 1 roku do 10 lat, wymierzona kara pozbawienia wolności także stanowi średnią. Tylko w tym przypadku orzeczenie pozbawienia praw publicznych na okres 5 lat jest adekwatne do wymiaru kary.

Z powyższych rozważań można wysnuć wniosek, że jedynie w przypadku kar najsurowszych, środek karny faktycznie jest orzekany w wymiarze adekwatnym do długości kary pozbawienia wolności. Natomiast w pozostałych przypadkach brak jest jasnych przesłanek, którymi kieruje się sąd przy wyznaczeniu okresu pozbawienia praw publicznych.

2.3. Grupa „148"

Do tej grupy wybrano 25 spraw. W 5 z nich w akcie oskarżenia przyjęto, że czyn wypełnia znamiona przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. z 1969 r., w pozostałych 20 uznano, że czyn wypełnia znamiona typu podstawowego lub kwalifikowanego zabójstwa (ale nie z pkt 3) na gruncie obowiązującego kodeksu karnego.

W aktach oskarżenia 71 sprawcom zarzucono popełnienie w sumie 190 czynów. Wiele spraw było wieloosobowych; w pojedynczych sprawach wystąpiło 7, 8, 9, a nawet 17 oskarżonych. Wobec 43 sprawców orzeczono pozbawienie praw publicznych[214]: 6 kobiet (14% sprawców w tej grupie) i 37 mężczyzn (86%). Najliczniejszą grupę stanowili sprawcy z przedziału wiekowego 22–30 lat; było ich 15 (34,9% sprawców w tej grupie). Drugi co do liczebności był przedział wiekowy 31–40 lat – 11 osób (25,6%). Niewiele mniej liczna była grupa wiekowa 17–21 lat – 10 osób (23,3%). 4 osoby miały między 41 a 50 lat (9,3%), 2 – między 51 a 60 (4,6%) i 1 powyżej 60 lat (2,3%).

Sprawcy mieli różne zawody, chociaż najliczniejszą grupę stanowili ci bez wyuczonego zawodu – 9 osób. Wśród pozostałych było 8 mechaników samochodowych, 5 ślusarzy, 6 robotników budowlanych; w pojedynczych przypadkach – m.in. kucharz, krawcowa, fryzjer, stolarz.

Przed aresztowaniem 11 sprawców było zatrudnionych (25,6%), 6 pracowało dorywczo, 3 prowadziło działalność gospodarczą, 2 było na emeryturze. Najliczniejszą grupę stanowili sprawcy niepracujący zarobkowo – 21 osób (48,8%).

[213] E. Aronson, T.D. Wilson, R.M. Akert, *Psychologia społeczna*, Poznań 2006, s. 82–85.
[214] I to orzeczenia w ich sprawach są przedmiotem badania.

Wykształcenie sprawców przedstawiało się następująco. Po 16 osób miało wykształcenie podstawowe i zawodowe (po 37,2%), 11 (25,6%) – średnie. W związkach małżeńskich pozostawało 15 sprawców (34,9%); wśród pozostałych 20 stanowili kawalerowie i panny, 7 osób było rozwiedzionych. Wśród sprawców była także 1 wdowa (została nią w wyniku popełnienia zabójstwa na mężu).

Większość sprawców była wcześniej karana. Uprzednio karanych za przestępstwo podobne było 16 sprawców, zaś za inne – 20 (4 sprawców było karanych wielokrotnie).

Wobec 39 sprawców zastosowano środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania. 1 sprawca został umieszczony w schronisku dla nieletnich.

W czasie czynu 21 sprawców było pod wpływem alkoholu, 1 – narkotyków. Uzależnienie od alkoholu lub innych substancji stwierdzono u 9 z nich.

W stosunku do 36 sprawców wywołano opinie biegłych psychiatrów, 17 poddano także badaniom psychologicznym, 7 umieszczono na obserwacji psychiatrycznej. U 4 sprawców biegli stwierdzili uszkodzenia centralnego układu nerwowego. U kilku rozpoznano zaburzoną osobowość – osobowość 13 sprawców miała cechy dyssocjalnej, 6 – nieprawidłowej, u 2 wystąpiły zaburzenia psychoorganiczne. Intelekt większości sprawców mieścił się w normie; w pojedynczych przypadkach stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, umiarkowanym oraz pogranicze normy. U 4 sprawców biegli stwierdzili ograniczoną w czasie czynu w znacznym stopniu zdolność rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania własnym postępowaniem[215]. U 2 zdolności te były ograniczone, ale w stopniu nieznacznym.

Do popełnienia czynu przyznało się 21 sprawców.

9 sprawców nie znało wcześniej pokrzywdzonych, 23 przed popełnieniem czynu znało pokrzywdzonego. W 6 przypadkach pokrzywdzony i sprawca byli członkami rodziny. W pozostałych sprawach brak jest danych w tej mierze.

W 10 sprawach wybór pokrzywdzonego był przypadkowy, a w 15 – przemyślany, przy czym w 7 stanowił wynik istniejącego między sprawcą i pokrzywdzonym konfliktu. Ogółem pokrzywdzonych zostało 60 osób[216]. Na ile można było to ustalić, większość stanowili mężczyźni – 21 osób, pokrzywdzonych kobiet było 12. Co do pozostałych brak jest danych. W aktach znajdowało się niewiele danych wiktymologicznych, np. odnośnie do wieku pokrzywdzonych można było stwierdzić jedynie, że 2 osoby nie ukończyły 17 lat, wiek 4 mieścił się w przedziale 22–30 lat oraz 31–40 lat, 5 osób ukończyło 41 a nie ukończyło 50 lat. Przyczynienie się pokrzywdzonego miało miejsce w 13 przypadkach, przy czym w 4 było ono niezawinione.

W akcie oskarżenia w opisie czynu ani razu nie pojawiła się kwestia motywacji czy niskich pobudek, natomiast w 6 sprawach (wszystkie rozpoznawane na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.) pojawiło się znamię szczególnego okrucieństwa.

W akcie oskarżenia 69 czynów zakwalifikowano jako wypełniające znamiona przestępstwa któregoś z typów zabójstwa – podstawowego lub kwalifikowanego: 12 razy – z art. 148 § 1 d.k.k., z art. 148 § 1 k.k. – 17 razy, z art. 148 § 2 pkt 1 – 7 razy, z art. 148 § 2 pkt 2 – 9 razy (w tym z art. 148 § 2 pkt 1 i 2 – 2 razy), z art. 148 § 2 pkt 4 – 26 razy. Zastanawiające jest to, dlaczego – skoro pojawiały się

[215] W jednym przypadku art. 31 § 2 k.k. nie znalazł się mimo to w kwalifikacji.
[216] We wszystkich czynach zarzucanych sprawcom, a nie tylko z art. 148 k.k.

typy kwalifikowane zabójstwa i orzekano środek karny pozbawienia praw publicznych, przyjmując, że motywacja sprawcy zasługiwała na szczególne potępienie – w kwalifikacji nie znalazł się przepis art. 148 § 2 pkt 3 k.k.

Oprócz art. 148 § 1 lub § 2 k.k. w kwalifikacji pojawiły się także następujące przepisy[217] typizujące przestępstwa: przeciwko życiu i zdrowiu (art. 156 § 1 d.k.k. – 2 razy, art. 156 § 2 d.k.k. – 1 raz, art. 155 d.k.k. – 1 raz, art. 156 § 1 k.k. – 3 razy, art. 157 k.k. – 9 razy, art. 158 § 1 k.k.– 4 razy, art. 153 k.k.– 1 raz); przeciwko mieniu i gospodarcze (art. 208 d.k.k. – 3 razy, art. 203 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 210 § 1 d.k.k. – 8 razy, art. 210 § 2 d.k.k. – 2 razy, art. 215 d.k.k. – 1 raz, art. 278 § 1 k.k. – 2 razy, art. 279 k.k. – 14 razy, art. 280 § 1 k.k. – 6 razy, art. 280 § 2 k.k. – 5 razy, art. 281 k.k. – 3 razy, art. 286 § 1 k.k. – 1 raz, art. 288 § 1 k.k. – 4 razy, art. 310 § 2 k.k. – 1 raz); przeciwko wolności oraz wolności seksualnej i obyczajności (art. 190 § 1 k.k. – 1 raz, art. 191 § 1 k.k. – 1 raz, art. 197 § 3 k.k. – 1 raz, art. 200 § 1 k.k. – 1 raz); przeciwko dokumentom, instytucjom państwowym, porządkowi publicznemu, wymiarowi sprawiedliwości (art. 252 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 258 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 265 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 276 § 1 d.k.k. – 2 razy, art. 286 d.k.k. – 5 razy; art. 223 k.k. – 1 raz, art. 224 k.k. – 1 raz, art. 226 § 1 k.k. – 1 raz, art. 239 § 1 k.k. – 2 razy, art. 242 § 2 k.k. – 1 raz, art. 262 § 1 k.k. – 2 razy, art. 263 § 2 k.k. – 8 razy, art. 267 § 1 k.k. – 1 raz, art. 270 k.k. – 4 razy, art. 275 § 1 k.k. – 2 razy); sporadycznie zdarzyły się także kwalifikacje z art. 130 d.k.k. – 2 razy, art. 119 § 1 k.k. – 1 raz, art. 207 § 1 i 2 k.k. – 5 razy.

W warunkach art. 58a d.k.k. (działanie w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym) – czyn popełniono 7 razy; a w warunkach art. 65 k.k. – 6 razy.

Sprawcy popełnili czyny w innych formach niż sprawcza: jako podżegacze (art. 18 § 1 d.k.k., art. 18 § 2 k.k.) – 14 razy lub pomocnicy (art. 18 § 2 d.k.k., art. 18 § 3 k.k.) – 12 razy.

W 21 przypadkach czyn stanowił usiłowanie (art. 11 § 1 d.k.k., art. 13 § 1 k.k.). W warunkach powrotu do przestępstwa czyn został popełniony 44 razy (art. 60 § 1 d.k.k. – 1 raz, art. 64 § 1 k.k. – 24 razy, art. 64 § 2 k.k. – 19 razy). W warunkach art. 12 k.k. popełniono 3 czyny, a 1 – w warunkach art. 91 § 1 k.k. Jeden ze sprawców odpowiadał w warunkach art. 10 § 2 k.k.

Wątpliwości budził stan psychiczny 36 sprawców. Zostali oni poddani badaniom psychiatrycznym, a 17 z nich także psychologicznym, 1 – seksuologicznym. Obserwacji psychiatrycznej poddano 7 sprawców. Biegli u 4 oskarżonych stwierdzili organiczne uszkodzenia centralnego układu nerwowego, u 13 rozpoznano osobowość dyssocjalną, u 6 – nieprawidłową, a u 3 – zaburzenia psychoorganiczne. Intelekt większości sprawców mieścił się w normie; w pojedynczych przypadkach stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, umiarkowanym i pogranicze upośledzenia. 5 sprawców uznano za działających w stanie ograniczonej w znacznym stopniu poczytalności (art. 31 § 2 k.k.).

W 20 sprawach akty oskarżenia zostały uzasadnione; kwestia motywacji pojawiła się jedynie w 2 z nich. Stanowi to 8% spraw z tej grupy. Ustalono ją na chęć zemsty oraz brak wyraźnego powodu.

[217] W kumulatywnym zbiegu przepisów lub jako kwalifikacja innego przestępstwa pozostającego w zbiegu realnym z zabójstwem. Dlatego liczba przepisów nie sumuje się z liczbą czynów.

Sądy I instancji w większości przypadków (16 spraw) utrzymały kwalifikację z aktu oskarżenia. Wprowadzone zmiany spowodowane były np. uwzględnieniem zmian przepisów (po orzeczeniu TK) i zmianą typu kwalifikowanego zabójstwa na podstawowy (5 razy), scaleniem kilku przestępstw w jeden ciąg (art. 91 § 1 k.k. – 4 razy) oraz przejścia na stan prawny na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. Do opisów 2 czynów wprowadzono znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

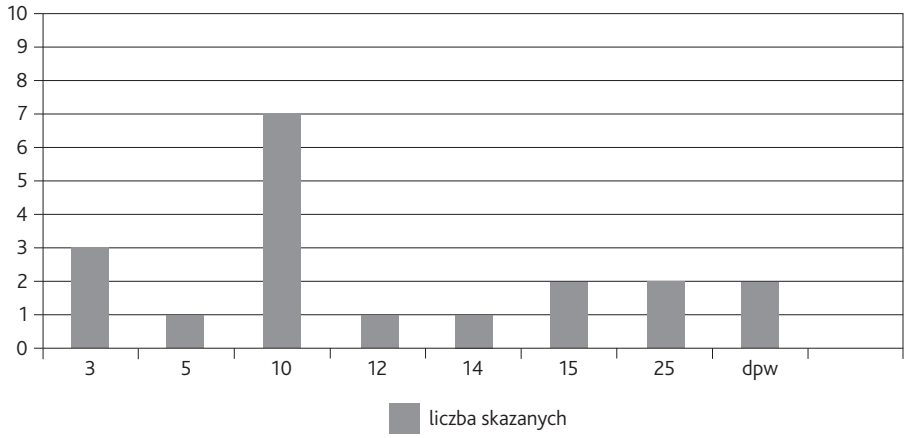
Wszystkim sprawcom wymierzono następujące kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Terminowe kary pozbawienia wolności wymierzono 60,4% sprawców, 25 lat pozbawienia wolności – 14%, a dożywotniego pozbawienia wolności – 25,6%. Szczegółowo dane te przedstawia tabela 8.

Tabela 8
Zestawienie kar pozbawienia wolności

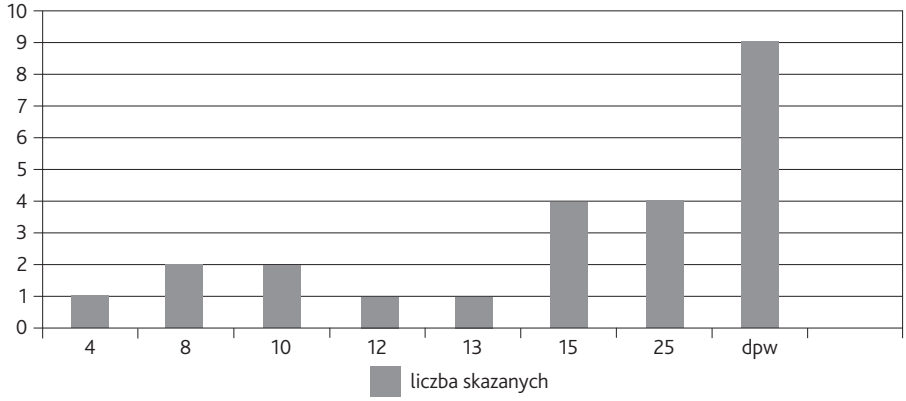
Kara pozbawienia wolności	l.b.	%
Poniżej 3 lat	3	7
3 do poniżej 5 lat	1	2,3
5 do poniżej 10 lat	3	7
10 do 15 lat	19	44,1
25 lat	6	14
Dożywotnie pozbawienie wolności	11	25,6
Suma	43	100

Wśród tych kar 19 (44,1% wszystkich wymierzonych kar w tej grupie) wymierzono za 1 tylko przestępstwo: 2 lata 8 miesięcy – 3 razy, 5 lat – 1 raz, 10 lat – 7 razy, 12 lat – 1 raz, 14 lat – 1 raz, 15 lat – 2 razy, 25 lat – 2 razy, dożywotniego pozbawienia wolności – 2 razy, a 24 razy (55,9%) jako karę łączną w warunkach zbiegu przestępstw: 4 lata – 1 raz, 8 lat – 2 razy, 10 lat – 2 razy, 12 lat – 1 raz, 13 lat – 1 raz, 15 lat – 4 razy, 25 lat – 4 razy, dożywotniego pozbawienia wolności – 9 razy.

Wykres 4
Kara pozbawienia wolności za pojedyncze przestępstwo



Wykres 5
Kara łączna



Wobec 4 skazanych sąd surowiej określił możliwość ubiegania się o warunkowe zwolnienie z odbycia reszty kary: 2 sprawców będzie się mogło ubiegać o to po 35 latach, po jednym – odpowiednio po 30 i 40 latach.

Obok kary pozbawienia wolności 8 razy wymierzona została również grzywna: 200 stawek po 20 zł – 1 raz, łączne kary grzywny w pojedynczych przypadakch: 120 stawek po 50 zł, 200 stawek po 100 zł, 400 stawek po 50 zł oraz grzywny kwotowe: 5 tys. zł – 2 razy, 10 tys. zł – 1 raz, 20 tys. zł – 1 raz.

Wobec 43 sprawców orzeczono środek karny (karę dodatkową) pozbawienia praw publicznych na okresy: 2 lata – 4 razy, 3 lata – 3 razy, 4 lata – 1 raz, 5 lat – 14 razy, 8 lat – 2 razy, 10 lat – 8 razy; jako środek lub karę dodatkową łączną: 5 lat – 1 raz, 6 lat – 2 razy, 10 lat – 6 razy[218]. Wobec 4 sprawców, pomimo zaistnienia przesłanek pozwalających na orzeczenie pozbawienia praw publicznych, sąd odstąpił od jego orzeczenia[219]. W odniesieniu do orzeczenia pozbawienia praw publicznych w II instancji w dwóch przypadkach skrócono okres, na który orzeczono ten środek w I instancji – z 10 lat na odpowiednio 5 i 6 lat. W 5 przypadkach sąd II instancji orzekł ten środek, mimo że nie uczynił tego sąd I instancji, w 2 przypadkach po ponownym rozpoznaniu sprawy sąd nie orzekł pozbawienia praw publicznych.

Warto zwrócić uwagę na to, że w przypadku orzekania omawianego środka na dłuższy okres, w większości przypadków jest to okres równy górnej granicy wymiaru tego środka. Wydaje się, że ma to związek z wymierzaniem kary pozbawienia wolności w wysokości 15, 25 lat lub dożywotniego pozbawienia wolności.

W sprawach rozstrzyganych na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. w 5 przypadkach orzeczenie pozbawienia praw publicznych nie zostało uzasadnione, ponieważ było obligatoryjne. Tylko w 1 uzasadnieniu wyroku poruszona została kwestia motywacji. Sprawców było 2, ustalono, że kierowała nimi chęć wzbogacenia się. Przy ocenie motywacji, o której napisano, że zasługuje na szczególne potępienie, na jej negatywną ocenę wpłynęła osoba pokrzywdzonego.

[218] Dane obrazują prawomocne skazania.
[219] Ponadto sąd na jednego sprawcę nałożył obowiązek zadośćuczynienia za krzywdę przez zapłatę 100 tys. zł. W 1 przypadku orzeczono podanie wyroku do publicznej wiadomości.

Wykres 6
Pozbawienie praw publicznych

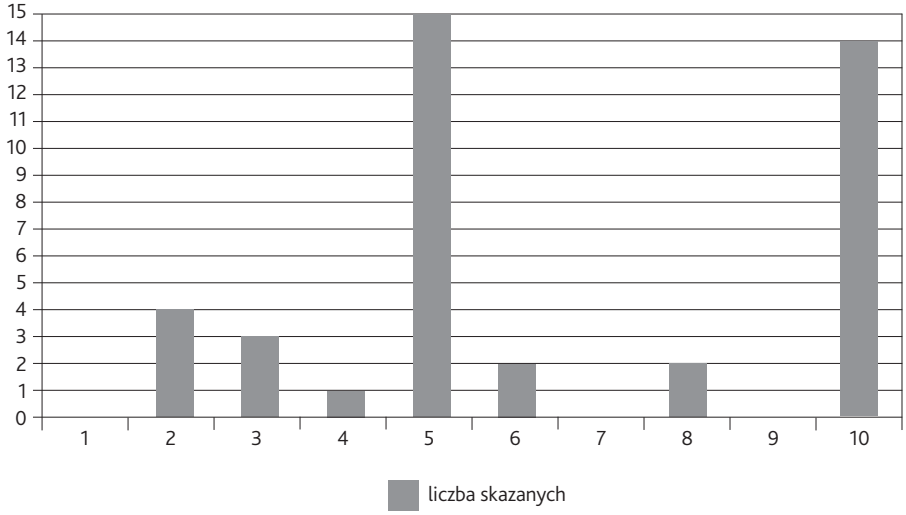


Tabela 9
Pozbawienie praw publicznych zestawienie

Pozbawienie praw publicznych	l.b.	%
1 rok do 3 lat	7	17,1
4 lata do 6 lat	18	43,9
7 lat do 9 lat	2	4,9
10 lat	14	34,1
Suma	41	100

Z pozostałych wyroków, 2 w ogóle nie zostały uzasadnione. W wyniku zmiany podstawy orzekania (przejście na grunt kodeksu karnego z 1969 r.), w przypadku 13 sprawców orzeczenie pozbawienia praw publicznych stało się obligatoryjne. Problematyka motywacji i jej oceny pojawiła się w 12 sprawach. Pomimo tego, że sądy rozstrzygały tu sprawy na zasadach określonych w kodeksie karnym z 1997 r., kilkakrotnie pojawiło się pojęcie pobudki: w pojedynczych przypadkach określono, że pobudką była chęć zemsty oraz że pobudki nie są jasne, w 4 przypadkach sąd stwierdził, że sprawcy popełnili czyn z niskich pobudek. W pozostałych sprawach ustalono, że sprawca kierował się motywacją w postaci: chęci osiągnięcia zysku (1 raz), chęci autopromocji (1 raz)[220], zemsty (1 raz), chęci odwetu (1 raz), wyeliminowania konkurencji (1 raz). Dwukrotnie sąd poprzestał na stwierdzeniu, bez głębszej analizy, że motywacja sprawców zasługuje na szczególne potępienie, 1 raz poprzestano na uznaniu, że czyn sprawcy jest godny napiętnowania. W pozostałych sprawach uzasadnieniem szczególnego potępienia były okoliczności o charakterze przedmiotowym: wskazano po prostu na okoliczności przedmiotowe (2 razy),

[220] Sprawa o sygnaturze IV K 189/11, SO w Ł. – pkt IV.20 raportu.

brutalność działania sprawcy (1 raz), bicie pokrzywdzonego (1 raz), osobę pokrzywdzonego (młody wiek, stan bezbronności).

Wydawałoby się, że w przypadku jednego z najcięższych przestępstw, jakim jest zabójstwo, sąd staranniej wyjaśni podstawę orzeczenia środka karnego. Charakterystyczne jest jednak pewne „przywiązanie" do uregulowań kodeksu karnego z 1969 r. Wydaje się, że to właśnie ono jest przyczyną pobieżnego uzasadniania motywacji i jej oceny oraz braku uzasadnienia samego orzeczenia środka karnego i długości jego okresu. Chodzi tu nie tylko o posługiwanie się nieaktualną terminologią (niskie pobudki), ale raczej o wywodzące się z treści art. 40 d.k.k. przekonanie, że orzeczenie tego środka w przypadku zbrodni nie wymaga uzasadnienia.

Zestawienie wymiaru kary z wymiarem środka karnego wygląda w przypadku tej grupy następująco. Kary najłagodniejsze (w tym przypadku wyłącznie bezwzględna kara pozbawienia wolności – do lat 5) stanowiła 9,3% wszystkich kar wymierzonych w tej grupie. Kary średnie (5 do 15 lat) stanowiły 51,1% wszystkich, zaś najsurowsze (25 i dożywotnie pozbawienie wolności) – 39,6%. Z kolei środek karny w najłagodniejszym wymiarze (1–3 lat), stanowił 17,1% wszystkich orzeczonych przypadków; średnim (4–6 lat) – 43,9% oraz najsurowszym (7–10 lat) – 39%.

Tabela 10
Adekwatność kary i środka karnego

%	kara	środek karny
najłagodniejsze	9,3	17,1
średnie	51,1	43,9
najsurowsze	39,6	39
Suma	100	100

W przypadku tej grupy spraw widać pełniejszą adekwatność między wymiarem kar i środka karnego. Chociaż odsetki dla poszczególnych przedziałów różnią się nieznaczne, jednak ich wartości są zbliżone. W tej grupie wyraźnie najmniej liczna jest grupa najłagodniejsza, co jest zrozumiałe, ponieważ główną kwalifikacją jest tutaj zabójstwo, zagrożone surową karą. W tym przedziale istnieje również największa rozbieżność między odsetkiem najłagodniejszej kary i środka karnego; z przewagą tego ostatniego. Najwięcej wymierzono kar średnich i środka karnego w średnim okresie. Tu z kolei powstała odwrotna prawidłowość – częściej orzekano karę średniej długości niż środek karny z tego przedziału. Oznacza to, że gdyby przyjąć, iż długość okresu środka karnego pozbawienia praw publicznych miałaby być proporcjonalna do wymierzonej kary, w tej grupie spraw istniałaby tendencja do orzekania zbyt krótkich okresów środka karnego. Warto przy tym wskazać, że spośród wszystkich okresów pozbawienia praw publicznych, najczęściej (15 przypadków, czyli 34,9%) orzekano okres 5 lat. Wydaje się, że niezależnie od wymiaru kary jest on „wygodny". W przypadku średnich kar pozbawienia wolności sąd musiałby jakoś jednak uzasadnić orzeczenie np. 4 lat pozbawienia praw publicznych, a 5 lat (środek przedziału) wydaje się takie oczywiste. W przypadku kar i środków najsurowszych zbieżność jest prawie idealna. Wydaje się, że wymiar środka karnego jest wówczas stosunkowo łatwy, ponieważ wymierzona kara należy

do jednego z dwóch najsurowszych rodzajów, niejako oczywiste jest, że również środek karny powinien zostać orzeczony w maksymalnej wysokości.

W sprawie wszystkich sprawców wniesione zostały apelacje. W stosunku do 19 sprawców wyrok I instancji został utrzymany w mocy. Wobec 13 wyrok został uchylony i przekazany do ponownego rozpoznania. W 4 przypadkach sąd zmienił wymiar kary.

W sprawie 11 sprawców wniesione zostały kasacje, w jednym przypadku skutkowała ona uchyleniem wyroku sądu apelacyjnego i przekazaniem mu sprawy do ponownego rozpoznania. W przypadku pozostałych SN uznał kasacje za oczywiście bezzasadne.

2.4. Grupa „148 § 2 pkt 3"

W tej grupie znalazło się 50 spraw, w których 191 czynów popełniło ogółem 122 oskarżonych. Wiele spraw było wieloosobowych; w 4 sprawach czyny popełniło po 5 sprawców, w dwóch – 7, w pojedynczych – 8 i 9. Do badania włączonych zostało 89 sprawców. Wobec 85 z nich został orzeczony środek karny pozbawienia praw publicznych, zaś wobec 4 nie, chociaż istniały ku temu przesłanki.

Wśród oskarżonych były 3 kobiety (3,4% sprawców w tej grupie) i 86 mężczyzn (96,6%). 1 sprawca w czasie popełnienia czynu był nieletni (1,1%); wiek 41 osób (46,1%) mieścił się w przedziale 22–30 lat. Drugą co do liczebności grupę wiekową stanowili sprawcy z przedziału 17–21 lat; było ich 27 (30,3%). W wieku 31–40 lat było 12 sprawców (13,5%), 6 ukończyło 41 a nie ukończyło 50 lat (6,7%). W przedziale 51–60 lat mieścił się wiek 2 sprawców (2,3%). Żaden oskarżony nie przekroczył 60. roku życia.

Wyuczone zawody oskarżonych były zróżnicowane. Najliczniej reprezentowana była grupa nieposiadająca wyuczonego zawodu (30 osób). Wśród pozostałych najczęściej posiadanym zawodem był: mechanik samochodowy (15 osób), ślusarz (6 osób), stolarz (5 osób), murarz i malarz (po 4 osoby), 6 oskarżonych było uczniami; mniej licznie reprezentowane były takie zawody, jak np. ogrodnik, laborant, elektromonter, tokarz, spawacz, piekarz. Większość oskarżonych przed aresztowaniem nie wykonywała żadnej pracy zarobkowej (49 osób; 55,1%); stałe zatrudnienie miało 10 oskarżonych (11,2%), 1 prowadził własną działalność gospodarczą; 24 osoby pracowały dorywczo; 5 osób pobierało rentę lub emeryturę. Ponad połowa sprawców (46 osób; 51,7% sprawców z tej grupy) miała wykształcenie podstawowe, a 36 (40,5%) – zawodowe; 5 oskarżonych (5,6%) miało wykształcenie średnie, 1 (1,1%) – gimnazjalne i 1 (1,1%) – wyższe. Stan cywilny oskarżonych przedstawiał się następująco: 12 osób pozostawało w związku małżeńskim (13,5%), 17 było rozwiedzionych (19,1%), pozostali (67,4%) byli stanu wolnego (kawaler/panna).

Większość oskarżonych była już wcześniej karana; 7 oskarżonych więcej niż 1 raz; 45 sprawców popełniło uprzednio inne przestępstwo, zaś 20 – podobne do zarzucanego w badanej sprawie. Wobec wszystkich sprawców zastosowano środek zapobiegawczy. W przypadku 1 oskarżonego polegał on na umieszczeniu w schronisku dla nieletnich, w przypadku pozostałych – było to tymczasowe aresztowanie.

W czasie czynu 53 oskarżonych było w stanie upojenia alkoholowego. U 21 z nich stwierdzono objawy uzależnienia od alkoholu. 4 oskarżonych w czasie czynu było pod wpływem środków odurzających. Stwierdzono u nich objawy uzależnienia od tych substancji.

Zbadano stan psychiczny większości oskarżonych[221]. Badaniu psychiatrycznemu poddano 81 z nich, psychologicznemu – 53, 27 skierowano na obserwację psychiatryczną. Osobowość dyssocjalną rozpoznano u 49 oskarżonych, u 3 organiczne zaburzenia osobowości, osobowość zaburzoną u 10, uszkodzenia organiczne centralnego układu nerwowego – 8. 1 sprawca cierpiał na padaczkę. Intelekt większości oskarżonych mieścił się w normie. Jedynie u 5 z nich stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, a u 1 – pogranicze upośledzenia umysłowego. Te deficyty nie skutkowały jednak, zdaniem biegłych, ograniczeniem zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem w stopniu znacznym. W przypadku 12 sprawców nastąpiło takie ograniczenie, ale w stopniu nieznacznym.

Do popełnienia czynu przyznało się 46 sprawców. Pokrzywdzony był osobą całkowicie nieznaną (obcą) dla 33 sprawców. W przypadku 52 pokrzywdzonych między nimi a sprawcami istniała wcześniej jakaś relacja (znali się), 10 pokrzywdzonych i oskarżonych było członkami rodziny. W tej grupie spraw przypadki, gdy wybór pokrzywdzonego był przypadkowy i przemyślany, są zbliżone pod względem liczebności. Wybór przypadkowy nastąpił w 24 sprawach, zaś w pozostałych 26 miał on charakter intencjonalny, w tym w 16 sprawach powodem był konflikt między sprawcą i pokrzywdzonym.

W badanej grupie spraw pokrzywdzonych zostało 75 osób: 33 kobiety i 42 mężczyzn. Nie we wszystkich sprawach znajdowały się dokładne informacje odnośnie do ich wieku. Wiadomo, że 7 pokrzywdzonych nie ukończyło 17 lat, po 8 mieściło się w grupach wiekowych 17–21 lat i 22– 30 lat, wiek 4 sprawców zawierał się w przedziale 31–40 lat, 1 sprawca ukończył 51 a nie ukończył 60 lat. Największą liczebność miały grupy wiekowe 41–50 lat i powyżej 60 lat – po 12 osób. W przypadku 35 pokrzywdzonych można mówić o przyczynieniu się do popełnienia czynu, jednak jedynie 12 z nich przyczyniło się w sposób zawiniony.

Motywacja zasługująca na szczególne potępienie znalazła się w opisie 19 czynów w aktach oskarżenia. Odnośnie do 14 czynów użyto określenia „ze szczególnym okrucieństwem".

Czyny popełnione przez sprawców z tej grupy spraw zostały w akcie oskarżenia zakwalifikowane jako przestępstwo z następujących przepisów: art. 148 § 2 pkt 3 k.k.[222] – 68 razy, inne typy zabójstwa: art. 148 § 1 k.k. – 5 razy, art. 148 § 2 pkt 1 k.k. – 31, art. 148 § 2 pkt 2 k.k. – 32 razy, art. 148 § 2 pkt 4 k.k. – 8 razy. Ponadto w kumulatywnej kwalifikacji lub w realnym zbiegu przestępstw pojawiły się następujące przepisy: typizujące przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu (art. 153 § 2 k.k. – 1 raz, art. 156 § 1 k.k. – 5 razy, art. 156 § 3 k.k. – 4 razy, art. 157 k.k. – 4 razy, art. 158 § 1 k.k. – 1 raz); przeciwko wolności oraz wolności seksualnej i obyczajności (art. 189 § 1 k.k. – 4 razy, art. 197 § 1 k.k. – 1 raz, art. 197 § 3 k.k.

[221] 3 sprawców badano dwukrotnie; wywołano drugą opinię biegłych.

[222] Liczba kwalifikacji nie sumuje się z liczbą czynów, ponieważ czyny te często były w kumulatywnej kwalifikacji, np. w 13 sprawach czyn zakwalifikowano jako przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 1, 2, 3 k.k.

– 4 razy, art. 200 § 1 k.k. – 1 raz); przeciwko mieniu (art. 278 § 2 k.k. – 8 razy, art. 279 k.k. – 13 razy, art. 280 § 1 k.k. – 7 razy, art. 280 § 2 k.k. – 16 razy, art. 284 k.k. – 2 razy, art. 286 k.k. – 11 razy, art. 288 § 1 k.k. – 3 razy); a także art. 163 § 1 k.k. – 1 raz, art. 178a § 1 k.k. – 1 raz, art. 207 § 1 k.k. – 2 razy, art. 233 k.k. – 2 razy, art. 245 k.k. – 1 raz, art. 263 § 2 k.k. – 4 razy, art. 270 k.k. – 12 razy, art. 275 k.k. – 1 raz, art. 276 k.k. – 2 razy. Sprawcy popełnili czyn w formach sprawczych oraz niesprawczych: podżegania (art. 18 § 2 k.k.) – 7 razy i pomocnictwa (art. 18 § 3 k.k.) – 3 razy. Większość czynów zostało popełnionych w formie stadialnej dokonania, zarzut usiłowania (art. 13 § 1 k.k.) postawiono 11 razy. W warunkach powrotu do przestępstwa odpowiadało 17 sprawców (16 razy – art. 64 § 1 k.k. i 1 raz – art. 16 § 2 k.k.). Za czyn uznano zachowanie sprawcy w 2 sprawach. 2 sprawców odpowiadało na podstawie art. 10 § 2 k.k. Wobec 1 zastosowanie znalazł art. 60 § 3 k.k.

Uzasadnienie aktu oskarżenia zostało sporządzone w 36 sprawach (72% wszystkich spraw z tej grupy), a kwestia motywacji i jej oceny została poruszona w 31 z nich. Bez głębszej analizy w 16 uzasadnieniach napisano po prostu, że motywacja sprawców zasługuje na szczególne potępienie, w 3 użyto określenia „z niskich pobudek". Motywację sprawcy odtworzono jako: chęć zemsty, odwet – 5 razy, odpłatne zlecenie – 1 raz, osiągnięcie korzyści majątkowej – 10 razy, usunięcie świadka – 7 razy, brak motywu – 2 razy, zazdrość – 1 raz. 2 sprawców było ciekawych, jak umiera człowiek. Motywacja została uznana za zasługującą na szczególne potępienie, ponieważ była jaskrawo naganna – 1 raz, stanowiła instrumentalne traktowanie kobiet – 1 raz, zachowanie sprawcy wynikało z konfliktu – 1 raz, czyn polegał na poświęceniu życia ludzkiego – 1 raz; czyn był brutalny, okrutny – 2 razy, popełniony bez skrupułów i wyrzutów sumienia – 2 razy. O ile samo odkodowanie motywacji w tych przypadkach, gdy prokurator to uczynił, wydaje się poprawne, o tyle uzasadnienie szczególnego potępienia pozostawia wiele do życzenia. Należy zauważyć istniejące nadal „przywiązanie" do rozwiązań kodeksu karnego z 1969 r. (zarówno w sądach, jak i w prokuraturach). Przejawia się ono nie tylko w używaniu już zarzuconej terminologii (niskie pobudki). Wydaje się, że pokutuje nadal przekonanie, iż w przypadku zbrodni orzeczenie tego środka jest oczywiste i wynika wprost z przepisu.

W wyroku sądu I instancji w większości przypadków utrzymana została kwalifikacja z aktu oskarżenia; 13 razy zmieniono ją na art. 148 § 2 pkt 3 k.k., a do opisu czynu 4 razy wprowadzono znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

Sprawcom zostały wymierzone następujące kary pozbawienia wolności za pojedyncze przestępstwo: 7 lat – 1 raz, 10 lat – 1 raz, 12 lat – 2 razy, 13 lat – 3 razy, 15 lat – 11 razy, 25 lat – 29 razy, dożywotnie pozbawienie wolności – 15 razy. Możliwość ubiegania się o warunkowe zwolnienie z odbycia reszty kary została określona odmiennie niż na podstawie przepisów ogólnych 15 razy: po 12 latach – 3 razy, po 13 latach – 2 razy, po 20 latach – 3 razy, po 30 latach – 5 razy, po 35 latach – 1 raz. Sprawcom wymierzono następujące kary pozbawienia wolności jako kary łączne: 15 lat – 1 raz, 25 lat – 14 razy i dożywotniego pozbawienia wolności – 12 razy. Możliwość warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary została określona surowiej wobec sprawców 12 razy: 4 razy po 20 latach, 1 raz – po 30 latach, 1 raz po 35 latach, 1 raz po 45 latach.

Wykres 7
Wymiar kary pozbawienia wolności

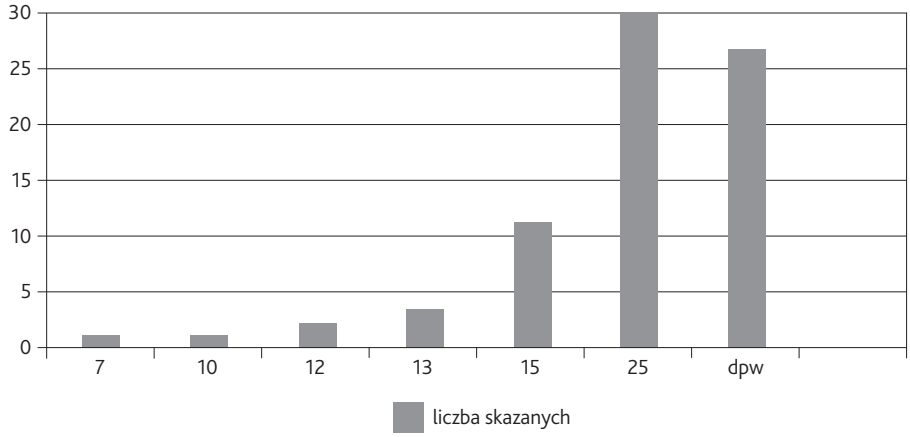


Tabela 11
Kara pozbawienia wolności, zestawienie procentowe

Kara pozbawienia wolności	l.b.	%
Poniżej 3 lat	0	0
3 do poniżej 5 lat	0	0
5 do poniżej 10 lat	1	1,1
10 do 15 lat	18	20,3
25 lat	43	48,3
dożywotnie pozbawienie wolności	27	30,3
Suma	89	100

Pozbawienie praw publicznych zostało orzeczone na okres: 3 lat – 2 razy, 5 lat – 9 razy, 6 lat – 3 razy, 10 lat – 60 razy. Jako środek łączny orzeczono je na okres lat 5 – 1 raz oraz 10 – 5 razy. Wobec 9 sprawców w I instancji nie orzeczono tego środka, chociaż przyjęto kwalifikację z art. 148 § 2 pkt 3 k.k.[223] Za błędne należy uznać orzeczenie środka karnego i ustalenie, że motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie, bez uwzględnienia tego faktu w kwalifikacji czynu (brak pkt 3 art. 148 § 2 k.k.). Ostatecznie sąd II instancji wobec 5 z nich orzekł środek karny – w wysokości 5 lat.

W tej grupie okresy, na które wymierzono sprawcom środek karny pozbawienia praw publicznych, były zdecydowanie dłuższe niż w 2 poprzednich grupach. Ta tendencja jest najzupełniej poprawna, natomiast zastanawiające jest to, że w 4 przypadkach sąd nie orzekł tego środka, mimo przyjęcia kwalifikacji z art. 148 § 2 pkt 3 k.k.

[223] Wobec 1 sprawcy sąd orzekł obowiązek zapłaty 140 tys. zł tytułem zadośćuczynienia; 9 sprawców zostało zobowiązanych do zapłaty nawiązki.

Wykres 8
Okresy pozbawienia praw publicznych

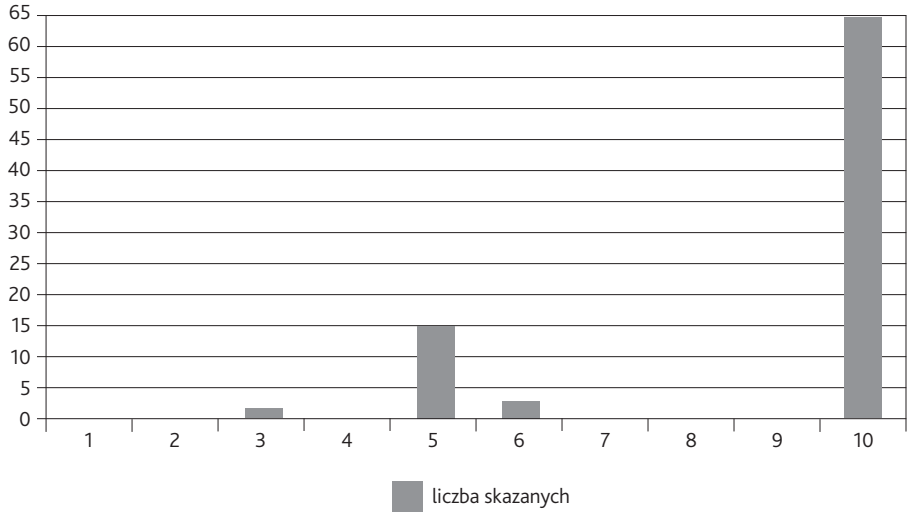


Tabela 12
Okresy pozbawienia praw publicznych, zestawienie procentowe

Pozbawienie praw publicznych	l.b.	%
1 rok do 3 lat	2	2,3
4 lata do 6 lat	18	21,2
7 lat do 9 lat	0	0
10 lat	65	76,5
Suma	85	100

W uzasadnieniach 41 wyroków została poruszona problematyka motywacji sprawcy i jej oceny. W 19 przypadkach napisano po prostu, że motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie bez głębszej analizy i wyjaśnienia powodów negatywnej oceny. W 6 przypadkach sąd stwierdził, że czyn sprawcy został popełniony z niskich pobudek. Najczęstszą motywacją sprawcy była ekonomiczna, którą opisano jako chęć osiągnięcia korzyści majątkowej – 24 razy, chęć uzyskania niegodziwego zysku – 4 razy; istniejący wobec pokrzywdzonego dług – 2 razy. Dość często pojawiała się także motywacja w postaci usunięcia przeszkody (osoby uniemożliwiającej lub utrudniającej sprawcy realizację jakichś celów życiowych): chęć wyeliminowania konkurencji – 1 raz, chęć pozbycia się świadka – 7 razy, chęć usunięcia osoby uznanej za gorszą, niepożądaną (chodziło o narkomana) – 2razy; postrzeganie pokrzywdzonej jako przeszkody w realizacji celów życiowych ogólnie – 1 raz[224]. Ustalono, że w motywacji sprawcy dominował motyw erotyczny (zabójstwo w związku ze zgwałceniem) – 1 raz, zaspokojenie popędu płciowego – 1 raz. Na podłożu emocjonalnym popełniono zabójstwo z następujących powodów:

[224] Sprawa o sygnaturze IV K 414/03, SO w G. – pkt IV.2.6 raportu.

zemsta – 6 razy, zazdrość – 1 raz, chęć ukarania pokrzywdzonej – 1 raz. 2 sprawców zabiło pokrzywdzonych z ciekawości. W 1 przypadku określono motywację jako zaspokojenie prymitywnych potrzeb.

Jakie okoliczności wpłynęły na negatywną ocenę motywacji pokazuje tabela 13.

Tabela 13
Okoliczności wskazane w uzasadnieniu jako przemawiające za orzeczeniem środka karnego

	Okoliczność wskazana w uzasadnieniu	**l.b.**		**% suma**
		l.b.	**suma**	
Okoliczności przedmiotowe	okoliczności czynu (ogólnie)	7	15	25,9
	pokrzywdzona zmarła bez sakramentów	1		
	okoliczności obciążające	3		
	instrumentalne potraktowanie życia człowieka	3		
	sposób działania (drastyczny)	1		
Ocena czynu	---	0	0	0
Pokrzywdzony	ze względu na osobę pokrzywdzonego (ogólnie)	2	2	3,5
Właściwości i warunki osobiste sprawcy	osoba sprawcy (ogólnie)	1	1	1,7
Zachowanie po czynie	brak pokory	1	1	1,7
Ocena motywacji	motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie	19	39	67,2
	niskie pobudki	6		
	naruszenie norm społecznych i moralnych/rażące ich lekceważenie	2		
	uzurpowanie sobie prawa do dzielenia ludzi na lepszych i gorszych	3		
	brak powodu	7		
	pozbawienie pokrzywdzonego życia dla rozrywki	1		
	okazanie pogardy dla życia	1		
Suma		58	58	100

W jednym przypadku sąd nie orzekł środka karnego, ponieważ uznał, że zazdrość z miłości nie jest naganna.

Należy zauważyć, że w przypadku tej grupy spraw, proporcja między okolicznościami o charakterze przedmiotowym, dotyczącymi zachowania lub osoby sprawcy, zmienia się na korzyść okoliczności, które w jakiś sposób odwołują się do ocen moralnych. Sprawy o przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. są zwykle skomplikowane, mają „duży ciężar gatunkowy", co sprawia, że ustawodawca wyznaczył do ich rozpoznawania sądy okręgowe. Być może świadomość większej złożoności sprawy powoduje, że uważniej i nieco dokładniej analizowane są także jej aspekty podmiotowe. Należy jednak pamiętać, że choć w powyższym zestawieniu w grupie ocen motywacji zostało zamieszczonych 39 przypadków argumentacji, aż 25 z nich ma charakter czysto formalny, stanowi powtórzenie sformułowania ustawowego, bez wskazania okoliczności pozwalających na przyjęcie, że zostało faktycznie zrealizowane. Niewystarczające jest wskazywanie, że o motywacji zasługującej

na szczególne potępienie decydują niskie pobudki. Wskazano już na to wyżej, ale w przypadku orzekania pozbawienia praw publicznych w przypadku ciężkich zbrodni, sąd czyni to niejako intuicyjnie, w zgodzie z szeroko pojętymi zasadami słuszności i chyba w przekonaniu (wywodzącym się jeszcze z kodeksu karnego z 1969 r.), że nie ma potrzeby tego orzeczenia szczegółowo uzasadniać. Niestety, *de lege lata* ustawodawca nałożył na sąd obowiązek drobiazgowej wręcz analizy. Jak wielokrotnie podkreślano w literaturze przedmiotu, odtworzenie motywacji zwykle nie jest proste. Ocena etyczna tejże motywacji jest często niejednoznaczna. Samo znamię motywacji zasługującej na szczególne potępienie jest potrójnie ocenne. Z tych powodów sąd powinien dokładnie wyjaśnić, w jaki sposób odtworzył motywację, jakie okoliczności wziął pod uwagę przy jej ocenie.

Nie wyjaśniano powodów, dla których orzeczono określony okres pozbawienia praw publicznych. Badając sugerowaną w niektórych orzeczeniach (nie z tej grupy) proporcjonalność czy adekwatność wysokości wymierzonej kary pozbawienia wolności i środka karnego, także w tej grupie zarówno kary, jak i okresy, na jakie orzeczono środek karny podzielono na trzy kategorie. W odniesieniu do środka karnego są one takie same, jak w dwóch wcześniej analizowanych grupach. Natomiast co do kar, to w tej grupie mianem najłagodniejszych określono terminowe kary pozbawienia wolności (w praktyce od 5 do 15 lat). Stanowiły one 21,4% wszystkich orzeczonych w tej grupie. Kary średnie to 25 lat pozbawienia wolności, których wymierzono 48,3%. W przedziale „najsurowsze" kryje się tu kara dożywotniego pozbawienia wolności. Takich przypadków było 30,3%.

Tabela 14
Adekwatność wymiaru kar i środka karnego

%	Kara	środek karny
najłagodniejsze	21,4	2,3
średnie	48,3	21,2
najsurowsze	30,3	76,5
Suma	100	100

W przypadku tej grupy najwyraźniej widać pewną praktyczną trudność we wprowadzaniu w życie zasady, że okres, na jaki orzeczony zostaje środek karny, ma być proporcjonalny czy adekwatny do wymierzonej kary. Jeżeli czyn zagrożony jest karą od 8 lat lub 12 lat pozbawienia wolności[225], 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności; orzeczenie środka karnego w maksymalnej wysokości przy orzeczeniu kary np. 12 lat pozbawienia wolności sprawia, że okres ten staje się zbyt surowy w stosunku do wymierzonej kary. Z drugiej strony sprzeczne jest z jakimś podstawowym poczuciem słuszności orzeczenie wówczas środka karnego na okres np. 1 roku, chociaż 12 lat pozbawienia wolności stanowi dolną granicę zagrożenia karą, a 1 rok pozbawienia praw publicznych – najkrótszy okres, na jaki środek ten można orzec. Widać z zestawienia przedstawionego w tabeli 14, że odsetek przypadków orzeczenia pozbawienia praw publicznych na czas od 1

[225] W związku z orzeczeniem TK.

roku do 3 lat jest bardzo niski (2,3%), o wiele niższy niż odsetek przypadków wymierzenia kary z grupy najłagodniejszych, który jest blisko 10 razy wyższy. Warto zwrócić uwagę na przedział średni, odsetek przypadków orzeczenia pozbawienia praw publicznych wynosił tu 21,2%; w tym 17,6% był to okres 5 lat. Wynik ten zdaje się potwierdzać, że orzekanie omawianego środka karnego w wysokości 5 lat ma niewiele wspólnego z jakąkolwiek proporcjonalnością czy adekwatnością. Jest wartością „bezpieczną" i „oczywistą". Prawdopodobieństwo zaskarżenia na podstawie niewspółmierności wymiaru środka karnego wydaje się tu relatywnie niewielkie.

Różnice zaznaczają się także w odsetku najsurowszych kar i najdłuższych okresów orzeczenia środka karnego. W przypadku spraw z tej grupy pozbawienie praw publicznych orzekane było w 3/4 przypadków w najdłuższym wymiarze, podczas gdy karę dożywotniego pozbawienia wolności wymierzono w stosunku do 1/3 sprawców. Praktykę tę trudno uznać za nieprawidłową. Pokazuje ona dobitnie, jak mało elastyczne z woli ustawodawcy jest zagrożenia omawianym środkiem karnym. Ustawodawca w istocie uniemożliwia orzeczenie pozbawienia praw publicznych w wymiarze proporcjonalnym do kary.

Samo orzeczenie środka karnego zwykle nie było uzasadniane. W 2 przypadkach sąd stwierdził, że jego 1 stanowi wzmocnienie oddziaływań wychowawczych i zapobiegawczych, w jednej sprawie – że było niezbędne, także w 1 – że celowe i wskazane w maksymalnym wymiarze z punktu widzenia dyrektyw wymiaru kary. W odniesieniu do 2 oskarżonych sąd uznał, że nie zasługują oni na korzystanie z pełni praw obywatelskich. W pojedynczych przypadkach powołano się na względy prewencji generalnej, podkreślono, iż oskarżony jest niegodny korzystać z pełni praw, że jest to dodatkowa dolegliwość. Dwukrotnie sąd wskazał, iż środek ten stanowi dodatkowe napiętnowanie, że jego orzeczenie jest zasadne z uwagi na charakter czynu. W odniesieniu do 3 oskarżonych sąd stwierdził, że powinni oni zostać pozbawieni możliwości korzystania z pełni praw publicznych, wobec 1 – iż powinien on być wyeliminowany z życia publicznego.

W sprawach 87 oskarżonych wniesione zostały apelacje. Wobec 58 oskarżonych wyrok sądu I instancji został utrzymany w mocy. Wobec 12 – uchylono go i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania. W pozostałych przypadkach środek odwoławczy spowodował zmianę kwalifikacji (np. w 1 przypadku na art. 148 § 2 pkt 3 k.k., a w 3 – z typu kwalifikowanego na art. 148 § 1 k.k.). Wobec 2 sprawców uchylono rozstrzygnięcie o środku karnym, natomiast wobec 3 – sąd II instancji ten środek orzekł. W 4 przypadkach sąd II instancji wprowadził do opisu czynu motywację zasługującą na szczególne potępienie, ale nadal nie orzekł środka karnego.

W 14 przypadkach wniesiona została kasacja, która jednak została uznana za oczywiście bezzasadną. Wobec jednego oskarżonego wznowiono postępowanie (zaowocowało ono m.in. orzeczeniem pozbawienia praw publicznych na 5 lat).

2.5. Podsumowanie części empirycznej

Na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. zaznacza się tendencja spadkowa w orzekaniu pozbawienia praw publicznych. Wynika to z odejścia przez ustawodawcę od obligatoryjnego orzekania tego środka i dość restryktywnego określenia przesłanek jego orzeczenia. Sądy rzadko dokładnie te przesłanki analizują i ustalają. Orzekanie

środka pozbawienia praw publicznych zdaje się mieć przede wszystkim intuicyjnie-słusznościowy charakter; nie zawsze sąd potrafi poprawnie dokonać subsumcji stanu faktycznego, czy może wydobyć ze stanu faktycznego okoliczności pozwalające zrekonstruować motywację. Rzadko również poprawnie – w sensie metodologicznym, czyli z odwołaniem się do jakichś norm, zasad moralnych czy społecznych – dokonuje oceny tej motywacji. Oprócz ustalenia przesłanek, czyli możliwości orzeczenia tego środka w konkretnym przypadku, sąd powinien wskazać, dlaczego uważa, że jest to wskazane w danym przypadku (ponieważ orzeczenie tego środka jest fakultatywne) lub dlaczego – pomimo ich spełnienia – uznaje to za zbędne. Uzasadnienia sądów w jednostkowych przypadkach zawierają wyjaśnienia w tej mierze.

Bardzo rzadko i ogólnikowo uzasadniana jest długość okresu, na który środek ten jest orzekany. Należy zauważyć, że przede wszystkim uderza jego nieprzystawalność do katalogu kar, zwłaszcza najsurowszych. Trudno odnieść się do przesłanek, jakimi kierują się sądy przy wyznaczaniu okresu pozbawienia praw publicznych, ponieważ zwykle ich nie podają. We wstępie części empirycznej podano, iż w literaturze na podstawie danych statycznych odnotowano tendencję spadkową orzekania pozbawienia praw publicznych w ogóle, przy jednoczesnym wzroście liczby dłuższych okresów jego wymiaru.

Jedyną w zasadzie przesłanką, jaka z rzadka pojawia się w uzasadnieniach, jest proporcjonalność lub adekwatność długości okresu pozbawienia praw publicznych do wymiaru kary pozbawienia wolności. Analiza tej kwestii w odniesieniu do spraw z poszczególnych grup została przedstawiona w odpowiednich podrozdziałach. Warto przyjrzeć się takiemu zestawieniu globalnie, we wszystkich sprawach.

Tabela 15 zawiera zestawienie liczbowe i procentowe orzeczonych kar.

Tabela 15
Kara pozbawienia wolności – zestawienie całościowe

Kara pozbawienia wolności	l.b.	%
Z warunkowym zawieszeniem wykonania	13	5,9
Poniżej 3 lat	13	5,9
3 do poniżej 5 lat	17	7,8
5 do poniżej 10 lat	44	20,1
10 do 15 lat	45	20,6
25 lat	49	22,4
Dożywotnie pozbawienie wolności	38	17,3
Suma	219	100

Można je podzielić na trzy kategorie: najłagodniejsze (z warunkowym zawieszeniem wykonania oraz pozbawienia wolności do lat 5), średnie (od 5 lat do 15) i najsurowsze (25 lat pozbawienia wolności i dożywotniego pozbawienia wolności). Podział ten jest względny; zależy od kar faktycznie podlegających przyporządkowaniu. Dlatego w każdym podrozdziale wyglądał on nieco inaczej.

Zestawienie środków karnych orzeczonych we wszystkich badanych sprawach zawiera tabela 16. Wliczono tu do całkowitej liczby sprawców także tych, w przypadku których – pomimo istnienia przesłanek – środka tego nie orzeczono.

Tabela 16
Okresy pozbawienia praw publicznych – zestawienie całościowe

Pozbawienie praw publicznych	l.b.	%
Rezygnacja	6	2,7
1 rok do 3 lat	46	21
4 lata do 6 lat	79	36,1
7 lat do 9 lat	7	3,2
10 lat	81	37
Suma	219	100

Także one zostały podzielone na trzy kategorie: najłagodniejsze (rezygnacja oraz 1–3 lata), średnie (4–6 lat) oraz najsurowsze (7–10 lat). Ponieważ niezależnie od zagrożenia karą, przewidziany przez ustawodawcę okres orzeczenia pozbawienia praw publicznych jest zawsze taki sam, ten podział w każdym z podrozdziałów również jest taki sam.

Zestawienie poszczególnych kategorii kar i środków karnych zawiera tabela 17.

Tabela 17
Adekwatność kar i środków karnych – zestawienie całościowe

%	kara	środek karny
najłagodniejsze	19,6	23,7
średnie	40,7	36,1
najsurowsze	39,7	39,2
Suma	100	100

Pewnemu zrównaniu uległy odsetki z dwóch pierwszych kategorii, natomiast utrzymała się niemal całkowita zbieżność w zakresie kar i środków najsurowszych. Wymierzenie sprawcy kary 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności niejako narzuca orzeczenie pozbawienia praw publicznych również na maksymalny okres – aż 37%, z tych 39,2%, stanowi właśnie okres 10 lat. Obecnie orzeczenie środka karnego możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy wymierzona została kara powyżej 3 lat pozbawienia wolności, chociaż w badaniu pojawiły się kary niższe, gdy podstawę rozstrzygnięcia stanowił kodeks karny z 1969 r. Jak zaznaczałam to już wcześniej w poszczególnych podrozdziałach, warto zwrócić uwagę na okres 5 lat pozbawienia praw publicznych. Został on zaliczony do przedziału „średnie" i stanowi aż 1/4 wszystkich przypadków orzeczenia tego środka (25,1%). Chociaż między odsetkiem kar i środka karnego zaliczonych do przedziału „średnie" zachodzi dość duża zbieżność, trzeba pamiętać, że w przypadku kar określenie „średnie" obejmuje przedział, którego dolną granicą jest 5lat a górną 15. Orzeczenie tego środka na okres 5 lat w przypadku wymierzenia 15lat pozbawienia wolności wówczas, gdy czyn zagrożony jest także karami 25lat i dożywotniego pozbawienia wolności, jest adekwatne, ale gdy zagrożony jest w górnej granicy 15. latami, orzeczenie środka na 5 lat nie wydaje się adekwatne. Wskazywałam na pewną prawidłowość związaną z orzekaniem środka karnego na okres 5 lat;

zagłusza on niejako inne okresy należące do „średniego" przedziału (4 lata, 6 lat). Tworzy również pozór pewnej oczywistości i adekwatności *per se*, ponieważ stanowi dokładnie środek przewidzianego przez ustawodawcę przedziału i jest „okrągłą" liczbą. Wydaje się, że sądy czują się wówczas zwolnione z szukania okoliczności przemawiających za wyborem tego właśnie okresu orzeczenia pozbawienia praw publicznych oraz ich wskazania w treści uzasadnienia.

Zastanawia również to, że orzeczeniu pozbawienia praw publicznych w zasadzie nie towarzyszy (tylko w sporadycznych przypadkach) podanie wyroku do publicznej wiadomości (1 sprawa).

Gdy czyn stanowi inne przestępstwo niż zabójstwo, błędem jest brak wprowadzania do opisu czynu motywacji zasługującej na szczególne potępienie wówczas, gdy sąd takową sprawcy przypisał. Fakt, iż nie stanowi ona znamienia czynu, nie sprawia, że jako taka nie istnieje. W opisie czynu powołuje się przecież okoliczności, które bezpośrednio do znamion nie należą (dokładne określenie miejsca popełnienia czynu). Jak wynika z badania, sądy wystrzegają się ustalania motywacji sprawcy wówczas, gdy czyn został popełniony nieumyślnie oraz czasami również wtedy, gdy działał w zamiarze ewentualnym. Motywacja towarzyszy sprawcy zawsze, niezależnie od postaci zamiaru, więc takie postępowanie nie jest właściwe. Nietrafne jest także niepowoływanie w kwalifikacji prawnej zabójstwa art. 148 § 2 pkt 3 k.k.[226] wówczas, gdy sąd ustalił motywację sprawcy, dokonał jej oceny, uznając za zasługującą na szczególne potępienie, a następnie orzekł na tej podstawie środek karny pozbawienia praw publicznych. Błędna była praktyka sądów usuwania z opisu czynu określenia „motywacja zasługująca na szczególne potępienie" wtedy, gdy przez pewien czas uznawano za nieobowiązujący przepis art. 148 § 2 k.k.

III. WNIOSKI

1. W demokratycznym państwie prawa środek w postaci pozbawienia praw publicznych nabiera istotnego znaczenia. Wraz z rozwojem demokracji dolegliwość związana z pozbawieniem praw publicznych wzrasta. Im większa świadomość co do własnego znaczenia i roli podejmowanych decyzji wyborczych, tym większa dolegliwość tego środka.

2. Środek karny w postaci pozbawienia praw publicznych obejmuje pozbawienie tylko praw wymienionych w tym przepisie, które mają właśnie charakter publiczny. Nie obejmuje natomiast praw o charakterze cywilnym, choć może wywierać pewne skutki pośrednie także w tej sferze.

3. Pozbawienie praw publicznych ma przede wszystkim charakter represyjny. Wiąże się z napiętnowaniem sprawcy, moralną dezaprobatą społeczną. Zawiera w sobie również element prewencyjny, ponieważ pozwala ograniczyć wpływy sprawcy, którego zachowanie oceniane jest jako naganne, na życie społeczne.

4. Treść tego środka obejmuje utratę czynnego i biernego prawa wyborczego do organu władzy publicznej, organu samorządu zawodowego lub gospodarczego, utratę prawa do udziału w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości oraz do pełnienia funkcji w organach i instytucjach państwowych i samorządu terytorialnego

[226] Chodzi oczywiście o sytuację, gdy przepis ten obowiązuje.

lub zawodowego, jak również utratę posiadanego stopnia wojskowego i powrót do stopnia szeregowego; pozbawienie praw publicznych obejmuje ponadto utratę orderów, odznaczeń i tytułów honorowych oraz utratę zdolności do ich uzyskania w okresie trwania pozbawienia praw.

5. Orzeczenie środka karnego obejmuje wszystkie prawa wymienione w treści art. 40 § 1 k.k., które sprawca posiadał w chwili orzekania. W czasie, na jaki środek ten został orzeczony, skazany nie może nabywać praw. Nie można jednak orzec pozbawienia przyszłych praw.

6. Pozbawienie praw publicznych jest środkiem terminowym. Może on zostać orzeczony na okres od 1 roku do lat 10. Wymierzany jest w latach. Obecnie istnieją w kodeksie karnym środki terminowe orzekane na okres dłuższy niż pozbawienie praw publicznych. Zważywszy, że może on zostać orzeczony obok kary powyżej 3 lat pozbawienia wolności, często kar najsurowszych – 15 lat pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności czy dożywotniego pozbawienia wolności, nie ma racjonalnych powodów, by maksymalny okres wynosił tu lat 10. Warto byłoby także rozważyć możliwość wprowadzenia dożywotniego pozbawienia praw publicznych. Na przykład w przypadku ponownego orzeczenia tego środka.

7. Pozbawienie praw publicznych materialnie (utrata praw) biegnie od momentu uprawomocnienia się wyroku. Natomiast okres, na jaki środek ten orzeczono do 30 czerwca 2015 r., liczono od momentu opuszczenia przez skazanego zakładu karnego. Oznaczało to *de facto* wydłużenie czasu trwania tego środka. Od 1 lipca 2015 r., po wejściu w życie ustawy z 20.02.2015 r., art. 43 § 2b k.k. mówi, że okres, na który orzeczono pozbawienie praw publicznych za dane przestępstwo, nie biegnie w czasie odbywania kary pozbawienia wolności za to przestępstwo. Rozwiązanie to należy ocenić krytycznie. Poprzednie uregulowanie wydaje się lepsze.

8. Nie jest jasne, jakie okoliczności mają wpływać na długość okresu, na jaki środek ten jest orzekany. W uzasadnieniach sądów rzadko ów wymiar zostaje wyjaśniony. Czasami wskazuje się na proporcjonalność i adekwatność do długości kary pozbawienia wolności wymierzonej sprawcy. Nie jest jasne, jak to należy rozumieć; czy chodzi o adekwatność do zagrożenia karą za dane przestępstwo, czy adekwatność do rodzaju i wymiaru kary w kontekście katalogu kar. Wątpliwości te w dużej mierze związane są ze zbyt wąskim okresem orzekania tego środka.

9. Na gruncie obowiązującego kodeksu karnego, środek karny pozbawienia praw publicznych orzekany jest wyłącznie fakultatywnie. Dlatego sąd zawsze powinien wykazać zasadność jego orzeczenia. Środek ten nie ma charakteru wyjątkowego.

10. Ustawodawca wprowadził dwie przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie. Jedna ma charakter formalny (przedmiotowy) – sprawca ma zostać skazany na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności; a druga materialny (podmiotowy) – sprawca ma zostać skazany za czyn popełniony w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

11. Sformułowanie „czas nie krótszy niż 3 lata" odnosi się do kary faktycznie wymierzonej sprawcy, a nie do kary grożącej (granicy zagrożenia ustawowego). Środek ten może więc zostać orzeczony zarówno wobec sprawcy zbrodni, jak i występku, za który wymierzono sprawcy taką właśnie karę.

12. „Motywacja" jest pojęciem z dziedziny psychologii. Jej odtworzenie jest niezwykle trudne, jednak organy orzekające rzadko poddają jakiejś szczegółowej

analizie motywację sprawcy, nie podejmują w tym kierunku aktywności w postaci powołania biegłych psychologów dla jej zrekonstruowania. Jeżeli pojawiają się jakieś wypowiedzi sądu na ten temat, dotyczą one zwykle wiodącego, dającego się wyodrębnić, dominującego motywu zachowania sprawcy. Błędne jest uznanie, że motywacja występuje tylko w przypadku czynów popełnionych umyślnie.

13. „Szczególne potępienie" to znamię o charakterze czysto ocennym. Odnosi się bardzo silnie do ocen moralnych. „Potępienie" nie należy ani do prawa karnego, ani do psychologii. Jest to termin z zakresu religii i etyki (nauki o moralności), wiążący się z ujemną oceną; uwikłany kulturowo. Ustawa nie zawiera katalogu okoliczności nakazujących uznanie danego zachowania za motywację zasługującą na szczególnie potępienie. Kwestia ta podlega ocenie sądu orzekającego przez pryzmat okoliczności konkretnej sprawy. Nie zalicza się do nich ani tych elementów, które wchodzą w skład znamion typu przestępstwa, ani nawet tych, które podlegając stopniowaniu, mogą mieć wpływ na zaostrzenie wymiaru kary. Będzie to więc motyw towarzyszący realizacji znamion przestępstwa, ale pozostający poza ich zakresem.

14. Należy krytycznie odnieść się do włączenia przez ustawodawcę motywacji zasługującej na szczególne potępienie do podstaw orzekania środka karnego. Trudno zrozumieć, dlaczego to właśnie motywacja i tylko ona ma decydować merytorycznie o możliwości orzeczenia tego środka. Wydaje się, że przesłanka merytoryczna powinna brzmieć: „czyn sprawcy zasługuje na szczególne potępienie". Byłaby to formuła na tyle pojemna, że mogłaby pomieścić zarówno pewne właściwości sprawcy, przejawiające się na przykład w sposobie popełnienia czynu czy powody, które doprowadziły do jego popełnienia, jak i okoliczności o charakterze ściśle przedmiotowym – osobę pokrzywdzonego, szczególne okrucieństwo, wysoką społeczną szkodliwość czynu.

15. *De lege ferenda* warto się zastanowić nad powrotem do poprzednio znanych konstrukcji – w pewnych sytuacjach orzeczenie tego środka być może powinno być obligatoryjne, w innych – fakultatywne. Można dyskutować nad kryterium owej obligatoryjności, czy miałby to być rodzaj przestępstwa (zbrodnia), czy decydowałby wymiar kary, np. w przypadku orzeczenia kary pozbawienia wolności powyżej lat 10 lub kary surowszego rodzaju. W przypadku pierwszego wariantu, można rozważyć, czy miałyby to być wszystkie zbrodnie, czy może wskazane w jakiś sposób – opisowo (np. przeciwko osobie), przez enumeratywne wyliczenie przepisów etc. Można również rozważać kryterium mieszane, np. w przypadku wymierzenia kary co najmniej 10 lat, w przypadku skazania za zbrodnię. Oznaczałoby to, że w sytuacji, w której sąd zastosowałby wobec sprawcy zbrodni nadzwyczajne złagodzenie kary, nie musiałby orzekać pozbawienia praw publicznych, chyba że zachodziłyby podstawy do jego orzeczenia fakultatywnego.

Fakultatywne orzeczenie środka pozbawienia praw publicznych powinno opierać się na przesłance formalnej – wymiar kary oraz merytorycznej, ale określonej inaczej niż obecnie. Wydaje się, że lepsze byłoby nadanie jej charakteru przedmiotowego (czyn zasługuje na szczególne potępienie).

16. *De lege ferenda* warto także zastanowić się nad wprowadzeniem obligatoryjnego podania wyroku do publicznej wiadomości w przypadku orzeczenia pozbawienia praw publicznych, chyba że sprzeciwiałoby się temu dobro pokrzywdzonego.

17. W aktualnym stanie prawnym unikanie konsekwencji pozbawienia praw publicznych pozostaje bezkarne; nie mieści się w zakresie art. 244 k.k. *De lege ferenda* należałoby uzupełnić art. 244 k.k. o § 2. Ze względu na systematykę kodeksu karnego oraz dolegliwość poszczególnych środków karnych, nowy § 1 powinien dotyczyć kryminalizacji unikania konsekwencji orzeczenia pozbawienia praw publicznych, nowy § 2 zaś byłby odpowiednikiem dzisiejszego art. 244 k.k.

18. Środek karny pozbawienia praw publicznych z art. 40 § 2 k.k. może zostać orzeczony wobec sprawców różnych przestępstw, do znamion których nie należy motywacja. W przypadku zabójstwa zaś tylko wtedy, gdy czyn został zakwalifikowany z art. 148 § 2 pkt 3. Nie można zastosować pozbawienia praw publicznych wobec sprawcy zabójstwa z art. 148 § 1 k.k.

19. Badaniu poddano akta spraw za lata 2000–2014: 50 akt spraw o przestępstwo z art. 148 § 2 pkt 3 k.k. oraz 71 spraw, w których orzeczono wobec sprawcy pozbawienie praw publicznych, niezależnie od tego, za jakie przestępstwo został skazany.

20. Na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. zaznacza się tendencja spadkowa w orzekaniu pozbawienia praw publicznych. Sądy rzadko dokładnie analizują i ustalają przesłanki orzekania tego środka; zdaje się mieć ono przede wszystkim intuicyjnie-słusznościowy charakter. Nie zawsze sąd potrafi poprawnie dokonać subsumcji stanu faktycznego, czy może wydobyć ze stanu faktycznego okoliczności pozwalające zrekonstruować motywację. Rzadko również poprawnie – w sensie metodologicznym, czyli z odwołaniem się do jakichś norm, zasad moralnych czy społecznych – dokonuje oceny tej motywacji.

21. Bardzo rzadko wyjaśniana jest zasadność orzeczenia lub rezygnacja z orzeczenia pozbawienia praw publicznych. Bardzo rzadko i ogólnikowo uzasadniana jest długość okresu, na który środek ten jest orzekany. Należy zauważyć, że przede wszystkim uderza jego nieprzystawalność do katalogu kar, zwłaszcza najsurowszych. Trudno odnieść się do przesłanek, jakimi kierują się sądy przy wyznaczaniu okresu pozbawienia praw publicznych, ponieważ zwykle ich nie podają.

Słowa kluczowe: pozbawienie praw publicznych; środek karny; motywacja zasługująca na szczególne potępienie; kodeks karny

Summary

Magdalena Budyn-Kulik – ***Penal measure in the form of depriving a person of public rights. Dogmatic analysis and judicial practice***

In a democratic state ruled by law, the measure in the form of depriving a person of public rights acquires great importance. This measure involves only deprivation of the rights listed in that provisions which have public character. It does not, however, cover civil rights, though it may produce certain indirect results in this sphere too. The substance of this measure that the person loses the right to vote or stand for election to a public authority, professional or economic self-government body, the right to participate in the administration of justice and to hold functions in organs and institutions of the state and local or professional self-government; the personal also loses any military rank he/she holds and

is degraded to that of a private; additionally, deprivation of public rights involves losing orders, decorations and honorary titles and cannot be granted any in the period of deprivation of rights. Deprivation of public rights must be imposed for a defined period from one to ten years. Pursuant to the current Penal Code, the penal measure of depriving a person of public rights is imposed only optionally, but does not have an exceptional character. The legislator introduced two conditions which must be fulfilled jointly. One of them is of a formal nature: the perpetrator has to be given a prison sentence of at least 3 years; the other is of a substantive nature: the perpetrator has to be convicted for an act committed with a motive which deserves particular condemnation.
De lege ferenda, it is worthwhile to consider the return to previously known constructions: in certain situations the imposition of this measure should be obligatory, in others – optional.
The study covered case files from the period 2000–2014: 50 files of cases involving offences defined in Art. 148(2)(3) of the Penal Code and 71 cases in which courts deprived the perpetrators of public rights regardless of the crime for which they received sentences.

Keywords: deprivation of civil rights; penal measure; motive which deserves particular condemnation; Penal Code

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Marek Kulik*

Wyrok łączny w praktyce sądowej w latach 2012–2013

1. WSTĘP

Badania dotyczą tematu zgłoszonego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości. Celem badania jest dokonanie ustaleń dotyczących orzecznictwa sądów powszechnych (rejonowych i okręgowych) w zakresie wyroku łącznego. W szczególności badanie uwzględnić miało ustalenie, z czyjej inicjatywy został wydany wyrok łączny, a także jaki był poziom znajomości akt postępowań, w których zapadły kary jednostkowe. Badanie miało ponadto doprowadzić do ustalenia, jakie zasady wymiaru kary łącznej są w praktyce stosowane, a co za tym idzie – jaki jest stosunek kary łącznej do kar podlegających łączeniu. Badanie polegało na analizie akt sądowych, poprzedzonej analizą teoretycznoprawną. Badaniom poddano 512 spraw, wylosowanych spośród 6.154, których sygnatury zostały nadesłane w odpowiedzi na skierowane do sądów pytanie o sygnatury spraw o wydanie wyroku łącznego rozpoznane w latach 2012–2013. Spośród nich wybrano 15 do indywidualnego zaprezentowania, kierując się dwoma rozbieżnymi kryteriami – prezentowano przykłady spraw typowych, a także sprawy najbardziej nietypowe.

Prezentację wyników badań rozpoczyna część teoretyczna. Z uwagi na to, że analizowana problematyka ma istotny aspekt materialnoprawny i procesowy, słuszne wydało się odrębne potraktowanie problematyki materialnoprawnej i procesowej. Ponieważ instytucje kary łącznej i wyroku łącznego uległy modyfikacji w 2015 r., a badania obejmują okres przed tą modyfikacją, konieczne było odrębne zaprezentowanie stanu prawnego obowiązującego w okresie objętym badaniami, a następnie zmian. Okoliczności te narzuciły strukturę części teoretycznej, w której kolejno omawia się uregulowanie kary łącznej w okresie objętym badaniami, następnie postępowanie o wydanie wyroku łącznego w okresie objętym badaniami, dalej modyfikacje kary łącznej dokonane ustawą z 20.02.2015 r., wreszcie zmiany w zakresie postępowania.

Po części teoretycznej następuje prezentacja wyników badań empirycznych, w której zwraca się szczególną uwagę na elementy wskazane jako cel badania.

* Dr hab. Marek Kulik jest adiunktem na WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

Prezentacja wyników nawiązuje do dokonanych zmian ustawodawczych, wskazując, jaki jest spodziewany wpływ nowelizacji na poszczególne zmienne.

Po prezentacji wyników badań empirycznych następuje prezentacja wniosków wypływających z badań. Wreszcie na zakończenie – zgodnie z przyjętym w raportach opracowywanych w ramach działalności Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości zwyczajem – zaprezentowanie wybranych stanów faktycznych.

2. CZĘŚĆ TEORETYCZNA

2.1. Uwagi wstępne

Instytucje kary łącznej i wyroku łącznego zostały poważnie zmodyfikowane ustawą z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[1]. O ile na tle stanu prawnego istniejącego przed wejściem w życie wspomnianej ustawy nie było wątpliwości, że wymierzenie kary łącznej jest skutkiem zaistnienia rzeczywistego realnego zbiegu przestępstw (który jednocześnie nie jest ciągiem przestępstw), a wyrok łączny określa procesowy sposób jej wymierzenia w wypadku, kiedy o przestępstwa pozostające w zbiegu rzeczywistym realnym nie orzeka się w tym samym postępowaniu, o tyle po jej wejściu w życie można żywić wątpliwości, czy realny zbieg przestępstw w ogóle jest warunkiem wymierzenia kary łącznej. Podkreślić należy, że badaniami zostały objęte orzeczenia w sprawach o wyrok łączny wydane przed wejściem w życie ustawy z 20.02.2015 r. Dlatego prezentacja konstrukcji kary łącznej nastąpi tak, by okoliczność tę uwzględnić. Najpierw zaprezentowany zostanie kształt kary łącznej przed wspomnianą nowelizacją, z zasygnalizowaniem podstawowych elementów, które są istotne na gruncie stanu, który zaistniał po wejściu w życie nowelizacji. Potem wskazane zostaną podstawowe zmiany, poczynione ustawą z 20.02.2015 r., ze wskazaniem elementów istotnych dla badań. Następnie przedstawione zostanie postępowanie o wydanie wyroku łącznego przed nowelizacją, a na końcu zaprezentowane będą zmiany w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego wprowadzone wspomnianą nowelizacją.

2.2. Materialnoprawne podstawy orzekania kary łącznej w okresie objętym badaniami

Podstawą wymierzenia wyroku łącznego było zaistnienie realnego rzeczywistego zbiegu przestępstw. Zgodnie z art. 85 k.k., w brzmieniu sprzed wejścia w życie ustawy z 20.02.2015 r., jeżeli sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy – chociażby nieprawomocny – wyrok co do któregokolwiek z nich i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju, lub inne, podlegające łączeniu, sąd orzekał karę łączną, biorąc za podstawę kary orzeczone za poszczególne przestępstwa. Konieczne było zatem, by zaistniał rzeczywisty, realny zbieg przestępstw, polegający na tym, że sprawca popełnił dwa lub więcej przestępstw, zanim zapadł pierwszy – chociażby nieprawomocny – wyrok za którekolwiek z nich. Oczywiście punktem wyjścia jest w danym wypadku stwierdzenie, że zaistniały zbieg

[1] Dz. U. 2015, poz. 396.

przestępstw nie jest pomijalny, ale realny. Tylko w takim wypadku istniała możliwość (i konieczność) orzekania kary łącznej.

Jako cel instytucji kary łącznej przyjmuje się założenie, że proste zsumowanie orzekanych kar (czy też ich wykonywanie po kolei) nie jest racjonalne z punktu widzenia celów polityki kryminalnej[2]. Przyjmuje się, że wykonywanie kar jedna po drugiej nie uwzględnia prewencyjnej funkcji kary i konieczności jej indywidualizacji[3], a także że represja karna jest w takim wypadku zbyt surowa, gdyż w gruncie rzeczy mamy tu do czynienia z progresją surowości[4]. Nie wchodząc w szczegółową polemikę z zaprezentowanymi poglądami – zresztą dość powszechnie akceptowanymi w literaturze przedmiotu – warto zauważyć, że argumenty te nie są pozbawione pewnych słabości. Trudno mówić o progresji surowości w sytuacji, kiedy kary zostały wymierzone za poszczególne przestępstwa prawidłowo. Podobnie nie da się uznać, że kara tak wymierzona jest zbyt surowa. Nie można jednoznacznie ocenić kwestii stosunku sumowania kar do indywidualizacji kary. Uważa się najczęściej, że sumowanie jest zaprzeczeniem indywidualizacji[5], jednak wydaje się, że takie postawienie sprawy może być kontestowane. Wszak kara zawsze winna być indywidualizowana, co oznacza, że każda z kar łączonych została wymierzona z zastosowaniem tej zasady. Skoro tak, można na to zagadnienie patrzeć w ten sposób, że powinny być wykonywane kary zindywidualizowane, a więc łączone. Kwestie racjonalności represji karnej są natomiast na tyle złożone, że nie da się, jak się zdaje, stwierdzić wprost, że kara surowa jest co do zasady mniej racjonalna niż kara łagodna. Nie wchodząc w te kwestie, z pogranicza prawa karnego i polityki karnej, należy zastrzec, że w stanie prawnym istniejącym przed wejściem w życie ustawy z 20.02.2015 r. obowiązywało założenie, zgodnie z którym prosta kumulacja kar odpowiada wprawdzie idei odpłaty, ale nie sprzyja racjonalnej polityce kryminalnej[6]. Dlatego kodeks karny w pierwotnym brzmieniu znał mieszany system wymiaru kary łącznej.

Słusznie zresztą stwierdza się w doktrynie i orzecznictwie, że kara łączna wcale nie musi zmniejszać odpowiedzialności karnej sprawcy, może wręcz ją pogarszać[7].

Kara łączna może być bowiem wymierzana w jeden z trzech podstawowych sposobów lub też w sposób korzystający z elementów poszczególnych metod jej wymiaru. Podstawowe systemy wymiaru kary łącznej to metody: kumulacji, absorpcji, asperacji i redukcji. Metoda kumulacji polega na zsumowaniu podlegających łączeniu kar. Metoda absorpcji polega na tym, że kara najsurowsza pochłania wszystkie inne kary, z którymi jest łączona. Metoda asperacji oznacza obostrzenie najsurowszej z orzeczonych kar. Metoda redukcji oznacza złagodzenie sumy kar[8].

---

[2] Por. M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym. Rozważania na tle doktryny i orzecznictwa sądowego*, Kraków 1981, s. 10; D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003, s. 20.

[3] D. Kala, *Postępowanie…*, s. 20.

[4] L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 117; D. Kala, *Postępowanie…*, s. 20.

[5] M. Szewczyk, *Kara łączna…*, s. 10; D. Kala, *Postępowanie…*, s. 20–21.

[6] *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 166.

[7] P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 256; P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1042–1043; wyrok SA w Krakowie z 8.02.2011 r. (II AKa 14/11), KZS 2011, z. 5, poz. 43.

[8] Por. W. Grzyb, *Realny zbieg przestępstw. Analiza dogmatyczna na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, Warszawa 2013, s. 148.

Każdy z tych systemów jest postrzegany jako obarczony pewnymi wadami. O zastrzeżeniach wobec systemu kumulacji mowa była wyżej. Z kolei system absorpcji może prowadzić do bardzo dużego złagodzenia odpowiedzialności, co więcej, może skutkować tym, że w razie popełnienia poważnego przestępstwa sprawca może nie obawiać się skazania za następnie popełnione przestępstwa drobniejsze[9]. Wadą systemu asperacji jest jego nieunikniony mechaniczny (przynajmniej w pewnym zakresie) charakter[10]. Podobny zresztą zarzut można postawić systemowi redukcji.

Wady wszystkich teoretycznych systemów wymierzania kary łącznej sprawiły, że kodeks karny z 1997 r. w pierwotnym brzmieniu przyjął system mieszany. Stąd orzekając sąd może kształtować karę, stosując – zgodnie ze swoim wyborem – jedną z tych metod (poza przypadkami szczególnymi). Dokonując takiego wyboru, sąd winien wziąć pod uwagę to, czy pomiędzy poszczególnymi czynami nie zachodzi związek przedmiotowy lub podmiotowy, i czy jest on ścisły, a także to, jak na kształt wyroku łącznego mogą wpłynąć elementy zaistniałe już po wydaniu cząstkowych wyroków, w szczególności przebieg procesu resocjalizacji[11].

Zgodnie z art. 86 § 1 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do sumy tych kar. Jednak nie może przekroczyć 15 lat pozbawienia wolności, 2 lat ograniczenia wolności i 810 stawek dziennych grzywny. Określenie dolnej granicy kary łącznej opiera się na teorii absorpcji. Z kolei w wypadku górnych granic w grę wchodzi zastosowanie dwóch metod. W wypadku granicy określonej jako suma kar w grę wchodzi system kumulacji, jednak jego skutki są ograniczone wprowadzeniem drugiej granicy, liczbowo wskazanej dla poszczególnych kar, co nadaje rozwiązaniu pewne cechy systemu redukcji. Minimum liczbowe jest ograniczone dla grzywny orzekanej w związku z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności – odpowiednio do 270 i 135 stawek dziennych. Istnienie sztywno określonej górnej granicy było mało produktywne w wypadku kar najsurowszych. Stąd ustawą o zmianie kodeksu karnego z 5.11.2009 r. wprowadzono art. 86 § 1a k.k., który stanowił, że w razie, gdy suma łączonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat lub więcej, a przynajmniej jedna z nich wynosi nie mniej niż 10 lat pozbawienia wolności, można jako łączną orzec karę 25 lat pozbawienia wolności. Uregulowanie to odpowiada regule asperacji, choć można też na nie patrzeć przez pryzmat redukcji. Zgodnie z art. 88 k.k., jeżeli choćby jedna z łącznych kar jest karą 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, orzeka się ją jako karę łączną. Jest to zatem klasyczna absorpcja. Jednak – zgodnie z tym samym przepisem – w razie łączenia co najmniej dwóch kar po 25 lat pozbawienia wolności sąd może orzec jako łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności, co jest charakterystyczne dla reguły asperacji.

Łączeniu podlegały, zgodnie z art. 86 § 1 k.k., kary tego samego rodzaju. Zgodnie z art. 87 k.k. w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, sąd wymierzał karę łączną pozbawienia wolności, przyjmując, że miesiąc ograniczenia wolności równa się 15 dniom pozbawienia

[9] K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 457; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 21.
[10] K. Buchała, A. Zoll, *Polskie*…, s. 457; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 22.
[11] D. Świecki, w: D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2013, s. 939–940.

wolności. W razie skazania na karę grzywny kwotowej i w stawkach dziennych, karę łączną grzywny wymierza się kwotowo (art. 86 § 2 k.k.). Dotyczyło to przypadku, kiedy choćby jedna z grzywien była orzeczona kwotowo. Natomiast w wypadku, kiedy chociażby jedna z grzywien została orzeczona na podstawie art. 309 k.k., przewidującego możliwość orzeczenia grzywny w wysokości do 3.000 stawek dziennych, górna granica kary łącznej grzywny wynosi 4.500 stawek dziennych.

Wymierzając karę łączną grzywny, sąd określał na nowo wysokość stawki dziennej, jednak nie mógł przekroczyć najwyższej stawki wymierzonej poprzednio (art. 86 § 2 k.k.). Wymierzając karę ograniczenia wolności, sąd na nowo określał wymiar czasu nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społecznej albo potrąceń z wynagrodzenia.

Poważne wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie powstawały w związku z przewidzianą w art. 89 § 1 k.k. możliwością warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej. Przepis ten pozwalał warunkowo zawiesić wykonanie kary, jeżeli wykonanie przynajmniej jednej z kar jednostkowych zostało warunkowo zawieszone. Od zmiany kodeksu karnego dokonanej ustawą z 5.11.2009 r. stało się jasne, że takie warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej jest możliwe w wyroku łącznym. Warto zauważyć, że po wejściu w życie ustawy z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw nastąpił swego rodzaju powrót do punktu wyjścia. W pierwotnym brzmieniu kodeks stanowił po prostu, że w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia, sąd może – pod dodatkowymi warunkami – zawiesić wykonanie kary łącznej. Ustawą z 5.11.2009 r. wprowadzono wymóg, że orzekanie takie następuje wyrokiem łącznym. Z kolei z wymogu tego zrezygnowano ustawą z 20.02.2015 r. Uregulowanie w postaci ustalonej ustawą z 5.11.2009 r. było wynikiem założenia, przyjmowanego zresztą przez Sąd Najwyższy, że w wypadku orzekania w jednym postępowaniu, warunkowemu zawieszeniu podlega wykonanie nie kar cząstkowych, ale kary łącznej[12]. Pogląd ten prezentowany był jeszcze przed wejściem w życie wspomnianej nowelizacji, a jej wejście w życie miało go legitymizować. Warto wszakże zauważyć, że art. 89 § 1 k.k. w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 5.11.2009 r. dotyczył tylko sytuacji orzekania w wyroku łącznym, natomiast sytuację orzekania w jednym postępowaniu pozostawiał nieuregulowaną. Pogląd, że art. 89 § 1 nie dotyczy orzekania jednym wyrokiem w sprawie o kilka przestępstw pozostających w zbiegu jest oczywistością. Jednak nie przesądza on bynajmniej tego, co w takim wypadku należy robić. Kwestia ta stała się po nowelizacji z 5.11.2009 r. nieuregulowana wprost w przepisie. Wydaje się zatem trafne stanowisko, że art. 89 § 1 k.k. winien być do takich przypadków stosowany na zasadzie analogii[13]. Słusznie zauważa się w doktrynie, że odmienne stanowisko powodowałoby konieczność przyjęcia, że sytuacja procesowa, w której orzeka sąd, miałaby – bez wpływających na to dodatkowych racji wprost wynikających z wyraźnego zastrzeżenia ustawodawcy – decydować o możliwości zastosowania, lub nie, przepisu materialnego[14]. Stwierdzenie, że sam fakt orzekania

[12] Uchwała SN z 21.11.2001 r. (I KZP 14/01), OSNKW 2002/1–2, poz. 1.
[13] Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 558–559.
[14] Por. Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 558–559; P. Kardas w: A. Zoll (red.), *Kodeks…*,, s. 979 i n.

w jednym postępowaniu pozwala na warunkowe zawieszenie li tylko kary łącznej, wydaje się być całkowicie bezpodstawne. Kompetencja sądu do dokonania takiego rozstrzygnięcia miałaby wynikać z art. 69 § 1 k.k.[15] Rzecz jednak w tym, że przepis ten nie dotyczył warunkowego zawieszenia kary łącznej. Gdyby jej dotyczył, nie byłoby w gruncie rzeczy konieczne posługiwanie się w art. 89 § 1 k.k. pojęciem „warunkowego zawieszenia kary łącznej"[16]. Istnieją także wątpliwości odnośnie do tego, co mogłoby się wydarzyć w razie konieczności rozłączenia kar. Jeżeliby przyjąć, że warunkowemu zawieszeniu podlega kara łączna, a nie kary cząstkowe, ich rozłączenie byłoby wielce kłopotliwe, gdyż można by wówczas bronić poglądu, że kary cząstkowe orzeczone są jako bezwzględne. Sąd Najwyższy broni się przed tym zarzutem, stwierdzając, że warunkowe zwieszenie wykonania kary łącznej oznacza *implicite* warunkowe zawieszenie wszystkich kar łączonych[17]. Warto wszakże zauważyć, że gdyby tak było, wykonanie wszystkich łączonych kar byłoby warunkowo zawieszone pod identycznymi warunkami, z identycznymi obowiązkami probacyjnymi, co nie tylko sprzeciwiałoby się zasadzie indywidualizacji kary, lecz – w razie potrzeby rozłączenia kar – prowadziłoby do efektów komicznych[18].

Dodać należy, że zagadnienie to będzie kontrowersyjne także na gruncie stanu prawnego zaistniałego po wejściu w życie ustawy z 20.02.2015 r. Stan prawny w tym konkretnym punkcie jest identyczny, jak przed wejściem w życie ustawy z 5.11.2009 r., nie ma już zatem w przepisie wymogu, by orzekanie następowało wyrokiem łącznym, co – jak się wydaje – nie zmienia merytorycznie stanu prawnego, a jedynie sprawia, że art. 89 § 1 k.k. będzie do wypadków orzekania w jednym postępowaniu stosowany nie odpowiednio, ale znowu wprost.

Zagadnienie to ma dla niniejszego wywodu znaczenie tylko uboczne. Wątpliwości, które w nim powstają, dotyczą bowiem orzekania o kilka przestępstw w jednym postępowaniu, a nie orzekania wyrokiem łącznie. Jednak pewne niejasności dotyczące orzekania kary łącznej z warunkowym zawieszeniem wykonania dotyczą także i przypadków orzekania kary łącznej. Artykuł 89 § 1 k.k. stanowi bowiem tylko o wypadku, kiedy łączeniu podlegają kary orzeczone z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia wykonania. Chodzi zatem o sytuację, w której podlegają łączeniu co najmniej dwie kary, z których co najmniej jedna jest orzeczona z warunkowym zawieszeniem wykonania, a co najmniej jedna jako bezwzględna. Przepis ten nie stanowi zatem o przypadkach łączenia kar w innych układach. Pierwszą kwestią było, czy w wypadku łączenia kar bezwzględnych

[15] Por. uchwała SN z 21.11.2001 r. (I KZP 14/01).
[16] Por. Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 559.
[17] Uchwała SN z 21.11.2001 r. (I KZP 14/01).
[18] W razie rozłączenia kary orzeczonej za kradzież i wypadek drogowy, orzeczonej z warunkowym zawieszeniem wykonania i z zakazem prowadzenia pojazdów, uniewinnienie od zarzutu spowodowania wypadku skutkowałoby rozłączeniem kary. Wykonaniu podlegałaby kara za kradzież orzeczona z warunkowym zawieszeniem wykonania i z zakazem prowadzenia pojazdu (*sic*!). Taki byłby skutek uznania, że warunkowe zawieszenie kary łącznej oznacza *implicite* warunkowe zawieszenie wszystkich kar łączonych, pod identycznymi warunkami. O tym i innych niedomaganiach poglądu dominującego w orzecznictwie mowa w glosach D. Kali („Prokuratura i Prawo" 2003/7–8, s. 111 i n.), M. Kulika („Prokuratura i Prawo" 2002/4, s. 97 i n.), M. Karpowa („Przegląd Sądowy" 2003/7–8), i R.A. Stefańskiego („Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2002/1, s. 111), zdaniu odrębnym sędziów T. Grzegorczyka i W. Kozielewicza. Por. też P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 980; M. Wrześniewski, *Kilka refleksji na temat warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej*, „Acta Iuris Stetinensis" 2010/1, s. 107 i n. Pozytywnie pogląd SN ocenił M. Siwek (glosa, „Prokuratura i Prawo" 2002/3, s. 110 i n.).

– jeżeli wykonanie ani jednej z nich nie zostało warunkowo zawieszone – można było warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli spełnione były przesłanki określone w art. 69 § 1 k.k.[19]; drugą, czy w wypadku, kiedy wykonanie wszystkich łączonych kar zostało warunkowo zawieszone, sąd ma obowiązek orzeczenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem wykonania, nawet jeżeli przesłanki określone w art. 69 § 1 k.k. nie były spełnione.

Pierwszy z postawionych problemów należy rozstrzygnąć negatywnie. Warunkiem orzeczenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem wykonania było (i jest także obecnie) orzeczenie przynajmniej jednej kary łączonej z warunkowym zawieszeniem wykonania. Oznacza to, że w wypadku, kiedy ani jedna z kar cząstkowych nie została orzeczona w taki właśnie sposób, warunkowe zawieszenie nie jest możliwe[20].

Inaczej jest w wypadku, kiedy wszystkie łączone kary zostały orzeczone z warunkowym zawieszeniem wykonania. Artykuł 89 § 1 k.k., czy to w brzmieniu sprzed nowelizacji, czy w obecnym, także nie dotyczy wprost tej sytuacji. Wyposaża on bowiem sąd w kompetencje do warunkowego zawieszenia kary łącznej w sytuacji, w której m.in. jedna z łączonych kar jest orzeczona z warunkowym zawieszeniem wykonania, a jedna bez warunkowego zawieszenia wykonania. Nie dotyczy zatem przypadków, kiedy wszystkie kary cząstkowe zostały orzeczone z warunkowym zawieszeniem wykonania. Należy opowiedzieć się za poglądem, że warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej jest w takim wypadku dopuszczalne. Chociaż przepis nie stanowi tego wprost, wydaje się to oczywiste. Stanowisko, zgodnie z którym w danym wypadku warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej byłoby niedopuszczalne, byłoby niedorzeczne. Zastosowanie w danym wypadku miałoby rozumowanie *per analogiam* – jeżeli sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej przy łączeniu z karą lub karami bezwzględnymi choćby jednej kary orzeczonej z warunkowym zawieszeniem wykonania, tym bardziej wolno mu orzec karę z warunkowym zawieszeniem wykonania, jeżeli wszystkie łączone kary orzekane są z warunkowym zawieszeniem wykonania[21]. W tym ostatnim wypadku istniały swego czasu[22] wątpliwości, czy nie jest tak, że istnieje nie kompetencja, lecz obowiązek orzeczenia kary łącznej, skoro wykonanie wszystkich kar łączonych zostało warunkowo zawieszone. Otóż wydaje się, że taki obowiązek nie istniał, nawet przed wprowadzeniem do kodeksu art. 89a. Sąd orzekający o całokształcie działalności przestępczej sprawcy, zwłaszcza jeżeli orzeka wyrokiem łącznym, może w oglądzie tego całokształtu nie dostrzec podstaw do warunkowego zawieszenia kary łącznej, chociaż istniały one w odniesieniu do poszczególnych kar łączonych[23]. Należy zatem uznać, że w wypadku, kiedy wykonanie wszystkich kar łączonych

[19] Należy pamiętać, że ustawa z 20.02.2015 r wprowadziła w interesującym nas zakresie poważne modyfikacje. Bliżej na ten temat niżej.

[20] Tak m.in. Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny*..., s. 557–558; wyrok SA w Gdańsku z 11.05.2000 r. (II AKa 64/02), OSA 2003/6, poz. 62; wyrok SA w Lublinie z 9.11.2000 r. (II AKa 213/00), Prok. i Pr. 2001/2, dodatek „Orzecznictwo", poz. 23; wyrok SN z 22.03.2007 r. (V KK 188/06), Biul. SNwSK 2008/10; wyrok SN z 16.01.2009 r. (IV KK 273/08), BPK 2009/3, poz. 1.2.7. Odmiennie J. Raglewski, *Kontrowersje związane z orzekaniem kary łącznej na tle kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo" 2003/5, s. 86. Por. też P. Kozłowska-Kalisz, w: M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny*…, s. 263.

[21] Tak też A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 265; Ł. Pohl, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny*...,s. 557.

[22] Dokładnie do wejścia w życie ustawy z 5.11.2009 r., która wprowadziła art. 89a § 1 k.k.

[23] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 95–96.

zostało warunkowo zawieszone, można zawiesić wykonanie kary łącznej, lecz nie jest to obowiązkiem sądu.

Warunkowe zawieszenie kary łącznej było (i nadal jest) uzależnione od spełnienia dodatkowych warunków. W okresie objętym badaniami przepis art. 89 § 1 k.k. wprowadzał dodatkowy warunek, by spełnione zostały przesłanki warunkowego zawieszenia wykonania kary określone w art. 69 k.k. Oznaczało to, że warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej było możliwe, jeżeli orzeczono karę grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 i istniała pozytywna prognoza kryminologiczna. Przepis wprowadzał także ograniczenia odnoszące się do warunkowego zawieszenia wykonania kary recydywistom wielokrotnym, a także sprawcom występku o charakterze chuligańskim.

2.3. Materialnoprawne podstawy orzekania kary łącznej po nowelizacji z 20.02.2015 r.

Nowelizacja kodeksu karnego z 2015 r. zmieniła podstawy orzekania kary łącznej. Należy stwierdzić, że dokonana zmiana miała wręcz fundamentalny charakter. Podstawowa jest zmiana dokonana w treści art. 85 k.k. Przepis ten po nowelizacji pomija istniejący uprzednio warunek nieprzedzielania zbiegających się przestępstw skazaniem za którekolwiek z nich. Z uwagi na to, że w dotychczasowej doktrynie i regulacjach prawnych warunek ów był postrzegany jako element konstytutywny zbiegu przestępstw[24], pojawiły się w doktrynie poglądy, że zbieg przestępstw nie jest już warunkiem wymierzenia kary łącznej[25]. Pogląd ten wydaje się wspierać okoliczność, że w obecnym brzmieniu przepis nie operuje też sformułowaniem „biorąc za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa"[26]. Słusznie jednak zauważa się, że przesłanka nieprzedzielenia przestępstw popełnionych przez tego samego sprawcę wyrokiem skazującym (chociażby nieprawomocnym) za którekolwiek z nich, nie była przesłanką zbiegu jako takiego, ale przesłanką wymiaru kary łącznej[27]. Oznacza to, że także i po wejściu w życie nowelizacji z 20.02.2015 r. rzeczywisty realny zbieg przestępstw pozostaje przesłanką kary łącznej[28].

Nie ulega wszakże wątpliwości, że podstawy kary łącznej zostały poważnie zmodyfikowane. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wprowadzenie do art. 85 § 2 k.k. wymogu, że łączyć wolno tylko kary podlegające wykonaniu, połączone z wykreśleniem z art. 92 k.k. warunku, że wydaniu wyroku łącznego nie stoi na przeszkodzie, że poszczególne kary wymierzone za należące do ciągu lub zbiegające się przestępstwa zostały w całości lub w części wykonane. Innymi

[24] P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s.466.

[25] D. Kala, M. Klubińska, *Kara łączna w projektach nowelizacji kodeksu karnego – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury" 2014/13, s. 90; D. Kala, M. Klubińska, *Realny zbieg przestępstw – konieczny czy zbyteczny warunek orzeczenia kary łącznej? Uwagi na tle projektowanych zmian,* w: I. Sepioło-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014, s. 148 i n.

[26] Należy jednak pamiętać, że o zbiegających się przestępstwach nadal mowa w innych przepisach kodeksu karnego, jak np. art. 87 § 1 i 2, art. 88, 89 § 1 i 1a, art. 90 § 2.

[27] Por. P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja...*, s. 467; P. Kardas, *„Idealny zbieg przestępstw" jako problem teoretyczny, dogmatyczny i kryminalnopolityczny*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2014/3, s. 7 i n.; P. Kardas, w: T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego*, t. 5, *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015, s. 467.

[28] Z uwagi na zakres opracowania nie wchodzę w analizę istoty zbiegu. Szczegółowo P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 56 i n.

słowy wykonanie w całości lub w części kar wymierzonych za pozostające w zbiegu przestępstwa jest negatywną przesłanką wymierzenia kary łącznej[29]. Regulacja ta jest niezwykle istotna, jeżeli uwzględnić usunięcie wymogu nieprzedzielania zbiegających się przestępstw wyrokiem skazującym, chociażby nieprawomocnym, za którekolwiek z nich.

Ważną nowością jest też zmiana komponentów, na podstawie których może być orzekana kara łączna. Do czasu wejścia w życie nowelizacji z 20.02.2015 r. mogły być to wyłącznie kary jednostkowe orzekane za pozostające w zbiegu przestępstwa. Po wejściu w życie nowelizacji kara łączna jest wymierzana na podstawie kar jednostkowych orzekanych za pozostające w wieloczynowym zbiegu przestępstwa, kar łącznych, a także kary łącznej (kar łącznych) i kary jednostkowej (kar jednostkowych), co upoważnia do stwierdzenia, że kara łączna przybrała postać swego rodzaju kary łącznej „kroczącej"[30]. Jak wskazano wyżej, muszą być to kary podlegające wykonaniu. Wydaje się – jak wskazuje treść art. 568a k.p.k. – że warunek, iż kary nie podlegają wykonaniu, odnosi się do orzekania kary łącznej wyrokiem łącznym, a nie do orzekania w jednym postępowaniu. Tylko w razie orzekania wyrokiem łącznym można bowiem mówić o sytuacji, w której łączone kary mogą być już w całości wykonane[31]. W grę wchodzi zarówno kara podlegająca wykonaniu w całości, jak kara podlegająca wykonaniu w części[32]. Należy zastrzec też, że tylko w trybie orzekania wyrokiem łącznym możliwe jest łączenie jako składowych kar łącznych[33].

Artykuł 85 § 3 k.k. zawiera dodatkowe ograniczenie. Zgodnie z tym przepisem podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwa popełnione po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa[34]. Zgodnie z art. 85 § 4 k.k. karą łączną nie obejmuje się kar orzeczonych prawomocnymi orzeczeniami wydanymi przez sąd właściwy w sprawach karnych w państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Nowy przepis art. 85a k.k. reguluje cele, jakie przez orzeczenie kary łącznej mają być osiągnięte. Zgodnie z tym przepisem, orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Wymiar kary łącznej zasadniczo nie uległ zmianie. Z tym zastrzeżeniem, że maksymalny wymiar kary pozbawienia wolności może obecnie wynosić nie 15, lecz 20 lat. Zmianie uległ też art. 86 § 2b. Do tej pory przepis ten dotyczył łączenia grzywien w sytuacji, kiedy chociażby jedna z nich została wymierzona na podstawie art. 309 k.k. i stanowił o możliwości wymierzenia grzywny od najwyższej do ich

[29] Por. P. Kardas, w: W. Wróbel (red.) *Nowelizacja…*, s. 477–478.
[30] M. Bielski, *Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej*, „Palestra" 2015/7–8, s. 87.
[31] P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 489.
[32] Tak P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 494.
[33] M. Bielski, *Przesłanki…*, s. 87.
[34] Na poważne wątpliwości związane z wykładnią tego przepisu zwraca uwagę P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja…*, s. 501–502.

sumy, nie przekraczając 4.500 stawek dziennych. Po nowelizacji przepis dotyczy łączenia grzywien w sytuacji, w której co najmniej jedna z nich została orzeczona na podstawie przepisu przewidującego wyższą górną granicę grzywny, niż określona w art. 33 § 1 k.k. i stanowi o możliwości orzeczenia grzywny od najwyższej do sumy nie wyższej niż 4.500 stawek lub najwyższej z łączonych grzywien, jeżeli ta grzywna przekracza 4.500 stawek. Zmiany w art. 86 § 3 k.k. wynikają z odmiennego ukształtowania kary ograniczenia wolności po nowelizacji.

Artykuł 87 k.k. uzupełniony został o nowy § 2, zgodnie z którym w wypadku, kiedy za zbiegające się kary wymierzono kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, a kara łączna pozbawienia wolności nie przekraczałaby 6 miesięcy, zaś kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat, można orzec obie te kary jednocześnie, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione. Jest to zatem *lex specialis* w odniesieniu do dotychczasowego art. 87 k.k. (obecnego art. 87 § 1), który stanowi, że w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na karę pozbawienia wolności i ograniczenia wolności wymierza się karę łączną pozbawienia wolności.

Istotne zmiany dotyczą warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej. Zmiany te wynikają z przebudowania instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary. Artykuł 89 § 1 k.k. ogranicza obecnie możliwość warunkowego zawieszenia wykonania kary do kar pozbawienia wolności, w wymiarze do 1 roku, a art. 89 § 2 i 3 k.k. zostały skreślone. W nowym art. 89a k.k. uregulowano zagadnienie warunkowego zawieszenia kary łącznej w sytuacji, kiedy chociażby jedną z kar łączonych jest kara z warunkowym zawieszeniem wykonania orzeczonym na podstawie art. 60 § 5 k.k. Warunkowe zawieszenie jest w danym wypadku możliwe, jeżeli kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczy kary orzeczonej na podstawie tego przepisu.

Poważną nowością jest art. 89 § 1b k.k., który stanowi, że sąd orzeka karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, przyjmując, że miesiąc kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania równa się 15 dniom kary bezwzględnej.

2.4. Postępowanie w sprawach o wydanie wyroku łącznego w okresie objętym badaniami

Postępowanie w sprawie wyroku łącznego jest uregulowane w rozdziale 60 k.p.k. Jego przepisy także zostały znowelizowane ustawą z 20.02.2015 r., jak wskazano wyżej, badania obejmują okres sprzed nowelizacji, co obliguje do zaprezentowania kształtu postępowania o wydanie wyroku łącznego w tym właśnie okresie. Jest to postępowanie po uprawomocnieniu się orzeczenia, a zatem następcze i uzupełniające[35].

W pierwszej kolejności wypada przedstawić pozytywne i negatywne przesłanki postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego, z zasygnalizowaniem ewentualnych zagadnień szczególnie istotnych. Należy podkreślić, że nie wszystkie przesłanki warunkujące postępowanie jako takie mają zastosowanie w tym postępowaniu. Nie wchodzi w grę żadna z przesłanek określonych w art. 17 § 1

[35] A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1351.

pkt 1–4 k.p.k., gdyż wiążą się one ze stadiami rozpoznawczymi procesu, które nie mogą być analizowane przez sąd orzekający w sprawie o wydanie wyroku łącznego[36]. Nie znajduje też zastosowania przesłanka określona w art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., a to dlatego, że zasada skargowości nie obowiązuje w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego. Dotyczy to też przesłanki braku wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.) oraz abolicji[37]. W grę wchodzą zatem spośród przesłanek dodatnich: podsądność polskim sądom karnym, właściwość sądu, istnienie stron procesowych i prawomocność wyroków skazujących; zaś spośród przesłanek ujemnych: immunitet, przedawnienie, stan powagi rzeczy osądzonej, zawisłość sprawy i amnestia[38]. Przesłanka podsądności nie wymaga – na gruncie postępowania o wydanie wyroku łącznego – specjalnych uwag. Co do właściwości, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 569 § 1 k.p.k., jeżeli zachodzą warunki do wydania wyroku łącznego, właściwy jest sąd, który wydał ostatni wyrok skazujący w pierwszej instancji. Znaczenie mają daty wydania, a nie uprawomocnienia się wyroków[39]. W wypadku, kiedy w pierwszej instancji orzekały sądy różnego rzędu, właściwy jest sąd wyższego rzędu (art. 569 § 2 k.p.k.). W wypadku, kiedy orzekał sąd powszechny i szczególny, właściwy jest ten sąd, który wydał karę surowszą podlegającą łączeniu (art. 569 § 3 k.p.k.). W sytuacji, kiedy rozstrzygnięcia sądów o karze są identyczne, wydaje się, że orzekać winien sąd, który wyrokował jako ostatni, z zastrzeżeniem, że w razie, gdyby jedno z orzeczeń zostało wydane przez sąd wyższego rzędu, to on będzie właściwy – stosownie do treści art. 569 § 2 k.p.k.[40]

Co do przesłanki istnienia stron procesowych, należy stwierdzić, że jedyną stroną w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego jest skazany[41]. Stroną nie jest prokurator, który w tym postępowaniu pełni rolę rzecznika interesu społecznego[42]. Warunkiem wszczęcia i prowadzenia postępowania o wydanie wyroku łącznego jest istnienie wyroków skazujących, które muszą być prawomocne[43].

Pierwszą z ujemnych przesłanek procesowych jest immunitet formalny. Immunitet materialny nie ma znaczenia w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego, ponieważ uchyla karalność przestępstwa, a to oznacza, że następuje skazanie i siłą rzeczy nie pojawia się potrzeba wymierzenia wyroku łącznego. Inaczej mówiąc, immunitet materialny występuje na gruncie postępowania jurysdykcyjnego dotyczącego konkretnego przestępstwa, a nie na etapie łączenia wyroków. Inaczej jest w wypadku immunitetu formalnego, który uniemożliwia wszczęcie i prowadzenie postępowania karnego, w tym i postępowania o wydanie wyroku łącznego. Oczywiście w wypadku immunitetu względnego możliwe jest prowadzenie postępowania

[36] Por. A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1352.
[37] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 115, por. Z. Kwiatkowski, *Przesłanki procesowe w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1989/1, s. 81.
[38] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 115–116.
[39] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 119; D. Świecki, w: D. Świecki (red.), *Kodeks*…, s. 941.
[40] Tak D. Kala, *Postępowanie*…, s. 121. Odmiennie uważa Z. Kwiatkowski, który jest zdania, że orzekać winien sąd powszechny, skoro regułą jest orzekanie przez sąd powszechny, a wyjątkiem przez sąd szczególny (Z. Kwiatkowski, *Przesłanki*…, s. 362).
[41] D. Kala, *Uczestnicy postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego na tle rozwiązań dawnego i nowego ustawodawstwa procesowego*, w: E. Kustra (red.), *Przemiany polskiego prawa (1989–1999)*, Toruń 2001, s. 237; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 127; Z. Kwiatkowski, *Strony procesowe oraz ich przedstawiciele procesowi w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego*, „Problemy Praworządności" 1987/8–9, s. 83.
[42] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 127.
[43] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 130 i n.

zmierzającego do uchylenia immunitetu. Przesłanką negatywną postępowania o wydanie wyroku łącznego jest przedawnienie, lecz nie karalności, to bowiem jest przeszkodą procesową w postępowaniu dotyczącym wyroków jednostkowych, a wykonania kary[44].

Kolejną negatywną przesłanką postępowania o wydanie wyroku łącznego jest stan powagi rzeczy osądzonej – art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. W kontekście postępowania, o którym mowa, oznacza ona zakaz prowadzenia postępowania dotyczącego rozstrzygnięcia o karze łącznej w oparciu o te same wyroki, które wcześniej stanowiły już podstawę wymiaru takiej kary[45]. W konsekwencji należy uznać, że w razie zmiany granic przedmiotowych orzekania, a zatem ujawienia się wyroku, który powinien był zostać objęty wyrokiem łącznym, a nie został, lub też w sytuacji, kiedy jeden z wyroków objęty karą łączną nie powinien był zostać nią objęty, przeszkoda, o której mowa, nie zaistnieje. W szczególności w wypadkach, kiedy nastąpiła kontrawencjonalizacja i czyn objęty wyrokiem jednostkowym, a następnie łącznym, stał się wykroczeniem, winno nastąpić ponowne orzeczenie o karze łącznej[46].

Nie inaczej będzie, jeżeli co najmniej jedna z kar jednostkowych zostanie wyeliminowana w drodze amnestii. Złagodzenie kary jednostkowej w drodze amnestii winno skutkować ponownym orzekaniem o karze łącznej przy uwzględnieniu jednostkowych kar złagodzonych. Wydaje się zresztą, że w każdym z tych wypadków nastąpiła zmiana przedmiotowych granic orzekania, co powoduje, że przeszkoda w postaci powagi rzeczy osądzonej w gruncie rzeczy tu nie istnieje. Nie budzi wątpliwości, że uprzednie umorzenie postępowania z uwagi na nieprawomocność co najmniej jednego z wyroków, mających być podstawą wyroku łącznego, nie stanowi przeszkody do ponownego wszczęcia postępowania o wydanie wyroku łącznego, gdy ów wyrok się uprawomocni[47]. Przeszkodę do wszczęcia i prowadzenie postępowania stanowi także zawisłość sprawy (art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.). Stan zawisłości sprawy trwa od czasu wszczęcia postępowania do momentu jego prawomocnego zakończenia. Wreszcie jest przeszkodą procesową amnestia, o ile wynika to z ustawy amnestyjnej. W sytuacji, kiedy akt łaski obejmie darowanie kar, które mają być połączone, przestaną one istnieć i wydanie wyroku łącznego stanie się bezprzedmiotowe. W razie, gdyby amnestia objęła tylko część kar, konieczne będzie wyeliminowanie ich z kary łącznej[48]. W razie złagodzenia kar w drodze amnestii, orzekanie o karze łącznej będzie możliwe, ale z uwzględnieniem kar złagodzonych[49]. Jak wskazano wyżej, w razie złagodzenia kar jednostkowych w drodze amnestii, w sytuacji, kiedy kara łączna już została orzeczona, konieczne i dopuszczalne jest ponowne postępowanie w sprawie.

[44] Po nowelizacji z 20.02.2015 r. przesłankę, o której mowa, da się jeszcze wyraźniej odczytać z treści art. 85 § 2 k.k., gdyż obecnie dotyczy on kar podlegających wykonaniu. W doktrynie przesłanka ta postrzegana jest jako materialna (D. Kala, *Postępowanie*…, s. 139), jednak autor niniejszych słów, uważając przedawnienie wykonania kary za instytucję prawa karnego procesowego, jest skłonny traktować przesłankę, o której mowa, jako formalną. Por. M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, s. 644–645.

[45] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 142.

[46] Przypadki takie miały miejsce w badanych postępowaniach. Dodać należy, że jest to także problem stosowania zasad intertemporalnych w prawie karnym. Temu ostatniemu problemowi zostaną poświęcone dodatkowe uwagi niżej.

[47] Z. Kwiatkowski, *Przesłanki*…, s. 89; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 143–144.

[48] Por. wyżej, uwagi dotyczące przesłanki powagi rzeczy osądzonej.

[49] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 146.

Organem procesowym orzekającym w przedmiocie wyroku łącznego jest sąd. Wyżej była mowa o jego właściwości. Wyrok łączny zapada po przeprowadzeniu rozprawy (art. 573 § 1 k.p.k.). Sąd orzeka w składzie podstawowym w postępowaniu zwyczajnym, czyli jednoosobowo (art. 28 § 1 k.p.k.) lub wyjątkowo w składzie trzech sędziów zawodowych. Pojawia się problem, czy mają zastosowanie przypadki określone w art. 28 § 2 i 4 k.p.k. Pogląd negatywny można uzasadniać tym, że orzekanie w kwestii wyroku łącznego nie jest orzekaniem o zbrodnie ani o przestępstwa, za które ustawa przewiduje dożywotnie pozbawienie wolności[50]. Z drugiej wszakże strony nie budzi wątpliwości, że w wypadku, gdy orzeka się karę łączną za przestępstwa pozostające w zbiegu, przypadki określone w art. 28 § 2 i 4 k.p.k. mają zastosowanie, co mogłoby budzić wątpliwości, dlaczego skład sądu różni się w zależności od tego, czy orzekanie następuje w jednym postępowaniu, czy też dochodzi do wydania wyroku łącznego. Wydaje się, że należy się opowiedzieć za pierwszym stanowiskiem. Sytuacja procesowa, w której następuje orzekanie, różni oba omawiane przypadki. W pierwszym chodzi o rozstrzygnięcie o winie i karze, w drugim o połączenie już orzeczonych kar. Stąd nie powinno budzić oporów, że orzeka się w różnych składach.

W postępowaniu odwoławczym sąd orzeka w składzie trzech sędziów. W razie stwierdzenia braku warunków do wydania wyroku łącznego, sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania (art. 572 k.p.k.).

Jak wskazano wyżej, jedyną stroną postępowania o wydanie wyroku łącznego jest skazany. Nie jest to już oskarżony w rozumieniu art. 71 § 1 k.p.k., co wynika ze specyfiki postępowania o wydanie wyroku łącznego[51]. Wydaje się, że przez skazanego należy rozumieć w danym wypadku osobę, wobec której zapadły prawomocne i wykonalne wyroki skazujące, natomiast pojęcie to nie obejmuje osoby, wobec której warunkowo umorzono postępowanie, czy odstąpiono od wymierzenia kary, choć niewątpliwie w ogólniejszym znaczeniu można takie osoby uważać za skazanych[52].

Skazany ma prawo do inicjowania postępowania i do brania w nim udziału, choć udział ten nie jest obowiązkowy (art. 573 § 2 k.p.k.). Skazany ma prawo do obrony, w tym w sensie formalnym, co oznacza, że może korzystać z pomocy obrońców (nie więcej niż trzech, art. 77 k.p.k.). Jeżeli nie ma obrońcy z wyboru, może żądać wyznaczenia mu przez prezesa sądu obrońcy z urzędu, jeżeli wykaże, że nie może ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny (art. 78 § 1 k.p.k.). W postępowaniu o wydanie wyroku łącznego zachodzą wypadki obrony obligatoryjnej (art. 79 § 1 k.p.k.). Wydaje się, że w grę wchodzi także przypadek obrony obligatoryjnej na podstawie art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k. (uzasadniona wątpliwość co do poczytalności oskarżonego). Nie wchodząc szczegółowo w to zagadnienie, należy zaznaczyć, że wątpliwości co do poczytalności dotyczą nie tylko stanu oskarżonego *tempore criminis*, lecz także w czasie orzekania. Skoro tak, należy konsekwentnie uznać, że wątpliwości takie mogą istnieć w czasie orzekania po uprawomocnieniu się wyroku

[50] T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 1202; A. Sakowicz, w: K. T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 1257.
[51] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 159.
[52] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 160–161.

skazującego, a zatem i w czasie postępowania o wydanie wyroku łącznego[53]. Nie budzi wątpliwości, że zachodzą tu też przypadki obrony obligatoryjnej w sytuacji, w której postępowanie o wydanie wyroku łącznego toczy się przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji, a skazany jest pozbawiony wolności (art. 574 w zw. z art. 80 k.p.k.)[54]. W kontekście prowadzonych badań warto mieć na uwadze regulację art. 451 k.p.k., dotyczącą przypadku, gdy oskarżony pozbawiony wolności nie jest sprowadzany na rozprawę odwoławczą. Sąd może uznać za wystarczającą obecność obrońcy, co oznacza, że w wypadku, kiedy skazany nie korzysta z pomocy obrońcy, sąd winien wyznaczyć mu obrońcę z urzędu. Należy zaznaczyć, że przepis ten znajduje na mocy art. 573 § 2 k.p.k. zastosowanie w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego w I instancji[55].

Uczestnikiem postępowania jest prokurator. Nie jest on jednak jego stroną, lecz pełni rolę rzecznika interesu społecznego[56].

Postępowanie wszczyna się z urzędu[57] lub na wniosek skazanego albo prokuratora[58], o czym stanowi art. 570 k.p.k. Jest to zatem postępowanie, w którym zostało wprowadzone odstępstwo od zasady skargowości[59]. O wydanie wyroku łącznego wnieść może także obrońca skazanego[60]. Z uwagi na okoliczność, że wydanie wyroku łącznego jest obligatoryjne, a wszczęcie postępowania jest możliwe z urzędu, w razie cofnięcia wniosku sąd powinien prowadzić w dalszej części postępowanie z urzędu, jeżeli istnieją warunki do wydania wyroku łącznego[61]. Jeżeli złożony wniosek nie spełnia wymogów formalnych zawartych w art. 119 k.p.k., należy wezwać wnioskodawcę do usunięcia braków w terminie określonym w art. 120 § 1 k.p.k. W razie nieuzupełnienia braków pismo jest bezskuteczne, niemniej przy jednoczesnym stwierdzeniu warunków do wydania wyroku łącznego należy wszcząć postępowanie z urzędu. Wniosek pochodzący od prokuratora winien zawierać dane, o których mowa w art. 571 § 1 k.p.k. (art. 571 § 2 k.p.k.).

Orzekający sąd w razie potrzeby zwraca się o nadesłanie opinii o zachowaniu się skazanego do zakładów karnych, w których skazany przebywał (art. 571 § 1 k.p.k.). W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się, że jest tak dlatego, iż zachowanie skazanego w zakładzie karnym, czy w środowisku, w którym znajduje się po prawomocnym skazaniu, ma wpływ na wymiar kary łącznej[62]. Warto zauważyć,

[53] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 166.

[54] Uchwała SN z 17.05.2000 r. (I KZP 11/00), OSNKW 2000/5–6, poz. 41 oraz glosy S. Steinborna („Przegląd Sądowy" 2001/7–8, s. 141 i n.), K. Grzegorczyka („Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2001/1, s. 158), a także przegląd orzecznictwa R.A. Stefańskiego („Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2001/2, s. 76 i n.); D. Kala, *Postępowanie*…, s. 169.

[55] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 171.

[56] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 172–173; D. Świecki, w: D. Świecki (red.), *Kodeks*…, s. 944.

[57] Co następuje zarządzeniem prezesa sądu, przewodniczącego wydziału lub upoważnionego sędziego. Por. A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*..., s.1359.

[58] W tym wypadku wszczęcie następuje automatycznie z chwilą złożenia wniosku. A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*...,s. 1359; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 199.

[59] Postanowienie SA w Warszawie z 8.11.2005 r. (II AKz 499/05), OSA 2006/6, poz. 34; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 191; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1252.

[60] A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1252; D. Świecki, w: D. Świecki (red.), *Kodeks*…, s. 944.

[61] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 200 i n.; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1253.

[62] Por. wyrok SN z 12.09.1985 r. (II KR 245/85), OSNKW 1986/5–6, poz. 39 z glosą Z. Kwiatkowskiego (OSP 1988/1, poz. 9); wyrok SA w Krakowie z 22.11.2006 r. (II AKa 218/06), KZS 2006/12, poz. 23; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1253.

że w brzmieniu do nowelizacji z 20.02,2015 r. kodeks karny nie zawierał dyrektyw wymiaru kary łącznej, w tym takich, które wskazywałyby na potrzebę dokonywania oceny zachowania skazanego w czasie odbywania kary. Niemniej brzmienie art. 571 § 1 k.k., który nakazuje – w razie potrzeby – pozyskanie opinii, wskazuje, że element ten wiąże się z dyrektywami wymiaru kary łącznej. Wydaje się, że należy uznać, że orzekanie o karze łącznej jest orzekaniem o karze, a zatem znajdują w nim zastosowania ogólne dyrektywy wymiaru kary[63], w tym cele zapobiegawcze i wychowawcze, jakie kara ma osiągnąć wobec skazanego. Cele te określa się, oceniając m.in. zachowanie skazanego w czasie przebywania w zakładzie karnym. Jest to zresztą kwestia w gruncie rzeczy dosyć skomplikowana. Należy przecież pamiętać, że w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego istnieją już wyroki jednostkowe, w których nastąpiło orzekanie o karze, dokonane z uwzględnieniem tych dyrektyw. Od ich wydania do czasu orzekania w przedmiocie wyroku łącznego upłynął pewien czas, w którym mogły nastąpić zmiany w zakresie czynników relewantnych dla wymiaru kary. Niektóre z nich mogą wymagać odmiennego potraktowania[64]. Jasne jest, że nie może dotyczyć to winy i społecznej szkodliwości czynu[65]. Natomiast należy kierować się względami prewencji ogólnej i szczególnej[66], stąd zwracanie się o opinie ma rację bytu. Z tego samego powodu uzasadniony jest przewidziany także w art. 571 § 1 k.p.k. obowiązek zwracania się w razie potrzeby o informacje o warunkach rodzinnych, majątkowych i co do stanu zdrowia skazanego oraz danych o odbyciu kary z poszczególnych wyroków. W tym zakresie informacje uzyskuje się w drodze przeprowadzenia wywiadu środowiskowego, czy to przez kuratora, czy przez policję[67].

Werbalne ujęcie przepisu wskazuje, że zwrócenie się o dane, o których mowa, jest obowiązkiem sądu. Przepis wszakże stanowi, że sąd czyni to w razie potrzeby. O zaistnieniu potrzeby decydują okoliczności danej sprawy[68]. Pojawia się wątpliwość, jak należy rozumieć pojęcie „w razie potrzeby". W orzecznictwie i doktrynie występuje pogląd, że potrzeba, o której mowa, w gruncie rzeczy istnieje zawsze, dlatego zawsze sąd powinien przeprowadzić dowód np. z aktualnej opinii o skazanym odbywającym karę[69]. Wydaje się, że jest to pogląd zbyt daleko idący. W doktrynie

[63] Tak trafnie D. Kala, *Postępowanie*…, s. 104. Inną kwestią jest, czy możliwe jest stosowanie dyrektyw szczegółowych określonych w art. 53 § 2 k.k. Sądzę, co do zasady, że nie, gdyż niemal wszystkie one są związane immanentnie z orzekaniem w postępowaniu dotyczącym poszczególnych przestępstw, a nie w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego. Nie dotyczy to dyrektywy zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa. W tym wypadku jednak należy brać pod uwagę wyłącznie zachowanie po wydaniu wyroku jednostkowego, a przed wydaniem wyroku łącznego. Warto zauważyć, że zwrócenie się o opinię z zakładu karnego wprost odnosi się do tej dyrektywy. Do tego elementu będzie się też odwoływało pozyskanie danych o karalności, które pozwoli na ocenę wielości przestępstw popełnionych przez sprawcę.

[64] Por. Z. Kwiatkowski, *Zagadnienia procesowe wyroku łącznego*, „Nowe Prawo" 1984/1, s. 54.

[65] Tak wyrok SN z 28.11.1990 r. (II KR 61/90), OSP 1991/11, poz. 292; A. Skowron, w: A. Majewski, B. Mikosz, A. Skowron, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Kraków 1996, s. 420; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 105.

[66] K. Buchała, *Wymiar kary łącznej*, „Państwo i Prawo" 1972/1, s. 60; M. Szewczyk, *Wymiar kary łącznej*, „Nowe Prawo" 1982/3–4, s. 80; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 105–106.

[67] D. Świecki, w: D. Świecki (red.), *Kodeks*…, s. 946.

[68] Wyrok SN z 20.08.1992 r. (II KRN 112/92), OSNKW 1992/9–10, poz. 72; wyrok SA w Krakowie z 10.11.2005 r. (II AKa 213/05), KZS 2005/12, poz. 34; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 1253; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 207.

[69] Wyrok SN z 22.01.1991 r. (IV KR 100/90), OSP 1992/6, poz.137 z glosami M. Szewczyk („Informacja Prawnicza" 1991/10–12, z. 61 i n.) i Z. Kwiatkowskiego („Państwo i Prawo" 1992/3, s. 113 i n.) – aprobującymi i S. Paweli (OSP 1992/6, poz. 137) – krytyczną.

zwraca się uwagę, że wiadomości, które sąd miałby pozyskać, mogą już być mu znane – z wniosku, jeżeli pochodzi od prokuratora, czy z danych już posiadanych w aktach sprawy[70]. Podobnie będzie w sytuacji, kiedy pozyskiwanie określonej informacji jest bezprzedmiotowe – trudno wymagać, by sąd zwracał się o opinię o skazanym, jeżeli nie zaczął on jeszcze odbywać kary[71]. Nie powinno chyba budzić wątpliwości, że w takim wypadku nie istnieje potrzeba, o której mowa. Zachodzi ona jednak w sytuacji, kiedy sąd nie posiada danych o zachowaniu skazanego w czasie odbywania kary ani o warunkach rodzinnych, majątkowych i co do stanu zdrowia skazanego oraz danych o odbyciu kary z poszczególnych wyroków. Wydaje się, że w sytuacji, kiedy sąd nie ma danych, o których mowa, nie będzie w stanie właściwie zastosować dyrektyw wymiaru kary. To zaś oznacza, że będzie zobligowany do ich pozyskania. Zatem ocena, czy zachodzi potrzeba pozyskania tych danych, należy do sądu, jednak nie jest dowolna, gdyż okoliczności, które decydują o niej, winny być brane pod uwagę na tle zasady obiektywizmu i prawdy materialnej[72]. Słusznie w doktrynie wskazuje się na potrzebę posiadania przez sąd aktualnych danych o karalności skazanego[73]. Przepis co prawda nie odnosi się do tego zagadnienia wprost, jednak wydaje się, że na tle zasady prawdy materialnej i dyrektyw wymiaru kary brak wiedzy na temat karalności skazanego nie pozwala odnieść się w należyty sposób do zagadnienia wymiaru kary łącznej. Jest tak nie tylko dlatego, że dane o karalności niekiedy pozwolą na ostateczną weryfikację, które wyroki winny być objęte postępowaniem, lecz również dlatego, że należy uwzględnić w ramach dyrektyw wymiaru kary także i wyroki, którymi orzeczono kary niepodlegające łączeniu.

Kwestią, która może budzić wątpliwości, jest, czy sąd powinien w czasie rozprawy przeprowadzić dowód z akt spraw, z których wyroki miałyby być objęte wyrokiem łącznym, czy wystarczą same wyroki. W doktrynie istnieje pogląd, że same oderwane od akt postępowań wyroki to zbyt mało[74]. Można byłoby prezentować pogląd, że wyroki jednostkowe, którymi orzeczono jednostkowe kary, winny być już wystarczające. Sąd orzekający w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego nie powinien wszak wkraczać w zagadnienie oceny winy, czy społecznej szkodliwości czynu sprawcy. W aktach, a nie w wyroku, mogą znajdować się pewne elementy istotne dla wymiaru kary łącznej, jak np. wskazanie na względy prewencyjne. Należy wszakże pamiętać, że większość elementów istotnych dla wymiaru kary, zawartych w aktach postępowań, w których wydano wyroki jednostkowe, zostaje już uwzględniona przy wymiarze kar jednostkowych. Trzeba też uważać, by przy wymiarze kary łącznej nie wziąć pod uwagę winy i społecznej szkodliwości przestępstwa już raz poddanego ocenie prawnej pod tym kątem. Stąd może być i tak, że dowód z akt sądowych nie wniesie do postępowania o wydanie wyroku łącznego więcej, niż wniósłby dowód z samego wyroku, co wszakże nie znaczy, że w konkretnym postępowaniu orzekający sąd nie powinien się zapoznać z aktami postępowań, poprzestając na samych wyrokach.

[70] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 207; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s.1254.
[71] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 207.
[72] Wyrok SN z 20.08.1992 r. (II KRN 112/92), OSNKW 1992/9–10, poz. 72; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 207.
[73] D. Kala, *Postępowanie*…, s. 208.
[74] J. Pozorski, *Z problematyki kary łącznej i wyroku łącznego*, „Nowe Prawo" 1966/1, s. 26; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 208.

Jeżeli brak jest warunków do wydania wyroku łącznego, sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania (art. 572 k.p.k.). W grę wchodzi nie tylko brak przesłanek materialnoprawnych, zaistnienie przeszkód procesowych, o których była mowa wyżej. Nie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, jeżeli wydanie wyroku łącznego byłoby możliwe po rozwiązaniu wcześniej orzeczonej kary łącznej, ale zastosowanie połączenia innych, niż poprzednio, kar nie byłoby dla skazanego korzystniejsze. Możliwość taką, określaną konfiguracyjną metodą wymiaru kary łącznej, przyjęto w orzecznictwie[75]. Koncepcja ta została trafnie skrytykowana w doktrynie. Podkreślono, że kara łączna nie jest formą łagodzenia represji karnej[76]. Choć często jej wymierzenie tym właśnie skutkuje, przecież nie to jest jej celem. Wydanie wyroku i orzeczenie kary łącznej w określonych warunkach jest obowiązkiem sądu, niezależnie od tego, jak wpływa ono na sytuację skazanego[77]. Dlatego w zaistniałej sytuacji nie zachodzi podstawa do umorzenia postępowania.

Nie jest jasne, czy umorzeniem postępowania winno skutkować natomiast odbycie przez skazanego kar jednostkowych. Część doktryny prezentuje pogląd, że postępowanie jest w takim wypadku bezprzedmiotowe, a samo połączenie kar budziłoby wątpliwość z punktu widzenia zasady ekonomii procesowej, stąd należy je umorzyć[78]. Inni są zdania, że orzeczenia kary łącznej w wyroku łącznym jest zawsze obligatoryjne, niezależnie od tego, czy kary jednostkowe zostały wykonane[79]. Wydaje się, że trafne jest to drugie stanowisko. Przepis art. 85 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji z 20.02.2015 r. miał, jak się wydaje, charakter bezwzględny, wiążąc konsekwencje w postaci orzeczenia kary łącznej z każdym wypadkiem zbiegu przestępstw, niezależnie od tego, czy kary zostały wykonane. Dodać należy, że kwestia ta jest – jak się wydaje – pozytywnie przesądzona w nowelizacji z 20.02.2015 r. Wskazuje na to nowe brzmienie art. 85 § 2 k.k.

Postanowienie o umorzeniu postępowania można wydać na posiedzeniu, natomiast wyrok łączny wydaje się, zgodnie z art. 573 k.p.k., po przeprowadzeniu rozprawy. Zgodnie z art. 573 § 2 k.p.k. stawiennictwo oskarżonego nie jest obowiązkowe, chyba że sąd postanowi inaczej. Przepis ten nakazuje odpowiednie stosowanie art. 451 k.p.k., a zatem sąd orzekający w przedmiocie wyroku łącznego, na wniosek skazanego pozbawionego wolności, zarządza sprowadzenie go na rozprawę, chyba że uzna za wystarczającą obecność jego obrońcy. O prawie złożenia wniosku należy skazanego pouczyć. Udział obrońcy jest w takim wypadku obligatoryjny. Dodać należy, że z uwagi na wyłączenie zastosowania w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego art. 84 § 1 k.p.k. obrońca może działać tylko na podstawie odrębnego pełnomocnictwa lub zarządzenia wyznaczeniu obrońcy z urzędu[80].

---

[75] Postanowienie SN z 4.11.2003 r. (V KK 233/03), OSNKW 2004/1, poz. 6.

[76] L. Tyszkiewicz, *Glosa do postanowienia SN z 4 listopada 2003 r. (V KK 233/03)*, „Prokuratura i Prawo" 2005/7–8, s. 192 i n.

[77] Tak trafnie uchwała SN z 25.02.2005 r. (I KZP 36/04), OSNKW 2005/2, poz. 13; por. L. Tyszkiewicz, *Glosa*…, s. 192, D. Kala, *Postępowanie*…, s. 63.

[78] Z. Kwiatkowski, *Glosa do postanowienia SN z 6 kwietnia 1985 r. (Z 14/85)*, „Państwo i Prawo" 1987, z. 1, s. 153; T. Razowski, *Wybrane zagadnienia problematyki procesowej wyroku łącznego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2000/VI, s. 160; T. Razowski, *Dopuszczalność łączenia w wyroku łącznym środków karnych zakazu prowadzenia pojazdów*, „Prokuratura i Prawo" 2004/4, s. 56 i n.; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1256.

[79] M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym – rozważania na tle doktryny i orzecznictwa sądowego*, Kraków 1981, s. 67; D. Kala, *Postępowanie*…, s. 111.

[80] D. Kala, *Obrońca w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego*, „Palestra" 2003/7–8, s. 70.

Zgodnie z art. 575 § 1 k.p.k., jeżeli po wydaniu wyroku łącznego zachodzi potrzeba wydania nowego wyroku łącznego, z chwilą jego wydania poprzedni wyrok łączny traci moc. Warto zauważyć, że chodzi o czas wydania, a nie uprawomocnienia[81]. Dzieje się tak też wtedy, gdy choćby jeden z wyroków stanowiących podstawę wyroku łącznego ulega uchyleniu lub zmianie, np. w drodze kasacji, wznowienia postępowania, podobnie gdy nastąpi amnestia, abolicja, ułaskawienie lub przedawnienie wykonania jednej z kar objętych karą łączną[82]. Nie inaczej jest w sytuacji, kiedy nastąpi dekryminalizacja przestępstwa objętego karą cząstkową, przy czym w grę wchodzi zarówno dekryminalizacja całkowita, jak kontrawencjonalizacja. W odniesieniu do tej ostatniej należy wszakże dokonać pewnego zastrzeżenia. Otóż nie każdy akt przekształcenia przestępstwa w wykroczenie da się potraktować jako właściwa kontrawencjonalizacja. Dotyczy to, jak się wydaje, ustawy z 28.08.1998 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń, ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń, ustawy – Kodeks pracy i niektórych innych ustaw[83]. Artykuł 12 tej ustawy stanowił, że jeżeli według nowej ustawy czyn objęty prawomocnym wyrokiem skazującym za przestępstwo na karę pozbawienia wolności stanowi wykroczenie, orzeczona kara, podlegająca wykonaniu, ulega zamianie na karę aresztu w wysokości równej górnej granicy ustawowego zagrożenia za taki czyn, a jeśli ustawa nie przewiduje za ten czyn kary aresztu, na karę ograniczenia wolności lub grzywny, przyjmując 1 dzień pozbawienia wolności za równoważny grzywnie w kwocie od 10 do 150 zł i nieprzekraczając górnej granicy tego rodzaju kary przewidzianej za ten czyn. Z kolei ustawą z 12.08.1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w kodeksie karnym[84] podniesiono w odniesieniu do przestępstw i wykroczeń wartość kwotową mienia stanowiącą granicę między przestępstwem i wykroczeniem. Zmiana taka mogłaby mieć wpływ na karę łączną, w skład której wchodziła kara orzeczona za przestępstwo, którego dotyczyła. Gdyby bowiem stwierdzić, że nastąpiła kontrawencjonalizacja, należałoby uznać, że czyn stał się wykroczeniem, węzeł kary łącznej należy rozwiązać, a następnie połączyć na nowo, z wyeliminowaniem skazania za wykroczenie. Tak należy uczynić w razie, gdyby zmiana ustawy istotnie stanowiła kontrawencjonalizację. Wspomnianą ustawę za typowy akt kontrawencjonalizacji uznał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 13.01.999 r. (II AKz 665/98)[85]. Jednak trafny wydaje się pogląd odmienny, że w wypadku, o którym mowa, nie doszło do typowej kontrawencjonalizacji, ale do uadekwatnienia kryteriów kwotowych poprzez uwzględnienie procesu inflacji[86]. W kontekście niniejszych badań nasuwa się pytanie, czy podobnie należy traktować zmiany dokonane ustawą z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[87]. Także i w tym

[81] Por. uwagi dotyczące stanu prawnego po nowelizacji z 20.02.2015 r.
[82] K. Marszał, *Glosa do uchwały SN z 21 grudnia 1976 r. (VII KZP 18/76)*, „Państwo i Prawo" 1977/11, s. 177; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 1260.
[83] Dz. U. Nr 113, poz. 717.
[84] Dz. U. Nr 95, poz. 475.
[85] Niepublikowany, za A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 81.
[86] Tak SA w Lublinie w wyroku z 29.03.1999 r. (II AKz 117/98), „Apelacja Lubelska" 1999/nr 2, poz. 16; A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*..., s. 80–81.
[87] Dz. U. poz. 1247.

wypadku nastąpiło poważne podwyższenie kwoty stanowiącej granicę między wykroczeniem a przestępstwem przeciwko mieniu. Wydaje się wszakże, że w wypadku tej ostatniej ustawy doszło do zwykłego aktu kontrawencjonalizacji, który nie był warunkowany inflacją, niezbyt wszak wysoką. Stąd przypadki, kiedy w skład kary łącznej wchodzi skazanie za przestępstwo, które stało się po tej nowelizacji wykroczeniem, winny skutkować rozwiązaniem węzła kary łącznej i orzeczeniem nowej[88].

W sytuacji opisanej w art. 575 § 1 k.p.k. wydaje się w miarę potrzeby nowy wyrok łączny (art. 575 § 2 k.p.k.). Słuszny jest pogląd, że przepis ten nie służy do naprawy błędnego rozstrzygnięcia zawartego w prawomocnym wyroku łącznym. Wyrok taki może być wzruszony w drodze środków zaskarżenia[89]. W orzecznictwie przyjmuje się, że kara łączna orzeczona nowym wyrokiem łącznym nie może stwarzać dla skazanego większej dolegliwości od tej, jaka wyniknęłaby z kolejnego wykonania zapadłych przeciwko skazanemu wyroków podlegających połączeniu[90].

Zgodnie z art. 576 § 1 k.p.k. z chwilą uprawomocnienia się wyroku łącznego wyroki podlegające połączeniu nie podlegają wykonaniu w zakresie objętym wyrokiem łącznym. W wypadku wymierzenia wyrokiem łącznym kary niższej od okresu odbytych i połączonych kar pozbawienia wolności lub równej mu, przewodniczący zarządza niezwłoczne zwolnienie skazanego, jeżeli nie jest pozbawiony wolności w innej sprawie.

2.5. Postępowanie w sprawach o wydanie wyroku łącznego po nowelizacji z 20.02.2015 r.

Istotną nowością wprowadzoną przez ustawę z 20.02.2015 r. jest regulacja art. 568a k.p.k. Przepis ten dotyczy układu procesowego, w którym orzeka się o karze łącznej i stanowi, że orzeka się ją w jednym postępowaniu, jeżeli dotyczy kar wymierzonych za przypisane skazanemu tym wyrokiem przestępstwa, a wyrokiem łącznym w pozostałych wypadkach. Oznacza to, że w postępowaniu dotyczącym przestępstw pozostających w zbiegu możliwe jest orzeczenie kary łącznej tylko w odniesieniu do nich, także wtedy, gdy sąd wie o istnieniu wyroku lub wyroków za inne przestępstwa pozostające w zbiegu z tymi, których dotyczy postępowanie. Podobnie w takim układzie procesowym nie jest możliwe orzeczenie kary łącznej „nabudowywanej" na poprzednio orzeczonej karze łącznej, mimo istnienia warunków określonych w art. 85 § 1 k.k.[91] Rozwiązanie takie, które oznacza – w opisanej sytuacji – najpierw wymierzenie kary łącznej tylko za przestępstwa, w odniesieniu do których orzekano w postępowaniu, a następnie wszczęcie nowego postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego, niewątpliwie pozostaje w sprzeczności z wymogami ekonomii procesowej[92]. Wypadki, w których

[88] Przypadki takie pojawiają się w praktyce. Por. część odnosząca się do badań aktowych.

[89] Wyrok SA w Lublinie z 17.01.2006 r. (II AKa 302/05), KZS 2006/6, poz. 106; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1260.

[90] Wyrok SN z 22.03.1973 r. (I KR 425/72), OSNKW 1973/7–8, poz. 96; wyrok SA w Lublinie z 30.11.2000 r. (II AKa 230/00), Prok. i Pr. 2001/9, dodatek „Orzecznictwo", poz. 27; A. Sakowicz, w: K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1260.

[91] P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja*..., s. 514.

[92] Por. propozycję Komisji Kodyfikacyjnej, przewidującą orzekanie kary łącznej w razie „nabudowywania" kary na poprzedniej karze łącznej także i w takim układzie procesowym. P. Kardas, w: W. Wróbel (red.), *Nowelizacja*..., s. 514; W. Wróbel, *Nowy model orzekania kary łącznej,* w: W. Górowski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, Warszawa 2013, s. 626.

podstawą orzekania kary łącznej będzie poprzednio orzeczona kara łączna, będą miały miejsce tylko w wyroku łącznym.

Zmianą drobniejszą jest wprowadzenie w art. 584 k.p.k. reguły, że dowody w postępowaniu przeprowadzane są z urzędu. Wynika to ze zmiany ogólnej zasady dotyczącej inicjatywy dowodowej w procesie. Z uwagi na nią zaistniała konieczność pozostawienia w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego możliwości prowadzenia dowodów z urzędu[93].

Z uwagi na zmianę modelu orzekania kary łącznej w połączeniu z regułą wyprowadzoną z art. 586a k.p.k., z którego wyraźnie wynika, że wyrok łączony jest jednym z trybów orzekania kary łącznej, w doktrynie pojawił się pogląd, że jeżeli jedna z kar dotyczy zbrodni, sąd wydaje wyrok w składzie określonym w art. 28 § 2 k.p.k., a jeżeli jedną z łączonych kar jest kara 25 lat pozbawienia wolności, sąd orzeka w składzie przewidzianym w art. 28 § 4 k.p.k.[94] Wydaje się wszakże, że zmiana, która nastąpiła, pozwala prezentować pogląd, że skład zawsze jest jednoosobowy, określony w art. 28 § 1 k.p.k. co prawda wyrok łączny jest trybem orzekania o karze łącznej, jednak nadal – mimo zaszłej zmiany – nie jest orzekaniem o zbrodnię czy o przestępstwo zagrożone karą 25 lat lub dożywotniego pozbawienia wolności, a tylko to uzasadniałoby pogląd o orzekaniu w składach przewidzianych w art. 28 § 2 i 4 k.p.k.

Nowelizacją zmieniono też art. 575 § 1 i 3. Zmiana w art. 575 § 1 k.p.k. przesuwa czas utraty mocy poprzedniego wyroku łącznego na czas uprawomocnienia się nowego. Z kolei dodanie § 3 ma zapewne na celu rozwianie wątpliwości, czy utrata mocy wyroku łącznego jest wynikiem utraty mocy wyroku cząstkowego, czy także uprzedniego (łączonego) wyroku łącznego.

3. PREZENTACJA WYNIKÓW BADAŃ EMPIRYCZNYCH

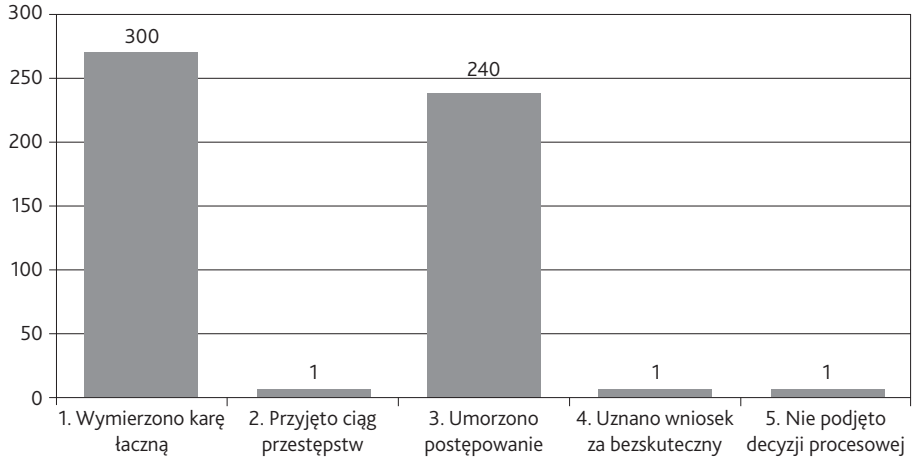
Badaniami objęto wyroki łączne wydane w latach 2012–2013. Na zapytanie o sygnatury spraw skierowane do sądów otrzymano informację, że w latach tych rozpoznano łącznie 6.154 sprawy o wydanie wyroku łącznego. Do badań wylosowano 512 spraw, co stanowi 0,83% wszystkich spraw o wydanie wyroku łącznego w latach 2012–2013. Celem badania było, w pierwszej kolejności, stwierdzenie, jak inicjowane było postępowanie, w dalszej – jak wyglądało procedowanie w sprawie, w szczególności jaka była znajomość akt orzekających sądów. Z uwagi na to, że w analizowanym okresie nie miały miejsca żadne zmiany ustawodawcze w zakresie postępowania w sprawie o wydanie wyroku łącznego, badania przeprowadzono łącznie dla obu lat, w których zapadały rozstrzygnięcia, a uzyskanych wyników nie rozbijano na poszczególne lata. Procedowanie w poszczególnych latach nie różniło się nie tylko w sensie regulacji prawnej. Także same sprawy rozpoznane w roku 2013 nie różniły się od spraw rozpoznanych w roku poprzednim. Z uwagi na to odrębne opracowanie badania dla poszczególnych lat nie było celowe. Nie dzielono także spraw z uwagi na orzekający sąd. Badaniom poddano 60 spraw, w których orzekał sąd okręgowy i 452 sprawy, w których orzekał sąd rejonowy.

[93] A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1370.
[94] A. Światłowski, w: J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego*..., s. 1367.

Pomiędzy sposobami procedowania między sądami różnego rzędu nie dało się zauważyć różnic. W takiej sytuacji odrębne prezentowanie wyników dla sądów rejonowych i okręgowych zaciemniałoby tylko ostateczny wynik badania.

Spośród 512 zbadanych spraw 269 zakończyło się wydaniem wyroku łącznego z orzeczeniem kary łącznej. W 1 wypadku stwierdzono, że przestępstwa, za które sprawcę skazano poszczególnymi wyrokami, stanowią ciąg przestępstw, wydano zatem wyrok łączny, którym wymierzono 1 karę na podstawie art. 91 § 1 k.k. W 1 wypadku wniosek skazanego uznano za bezskuteczny, w 1 sprawie nie wydano wyroku łącznego ani nie umorzono postępowania, w ogóle nie wydając żadnej decyzji procesowej, a tylko informując skazanego, że brak jest podstaw do wydania wyroku łącznego. Wreszcie 240 postępowań umorzono, z czego 238 na posiedzeniu, a 2 na rozprawie.

Wykres 1
Sprawy o wydanie wyroku łącznego

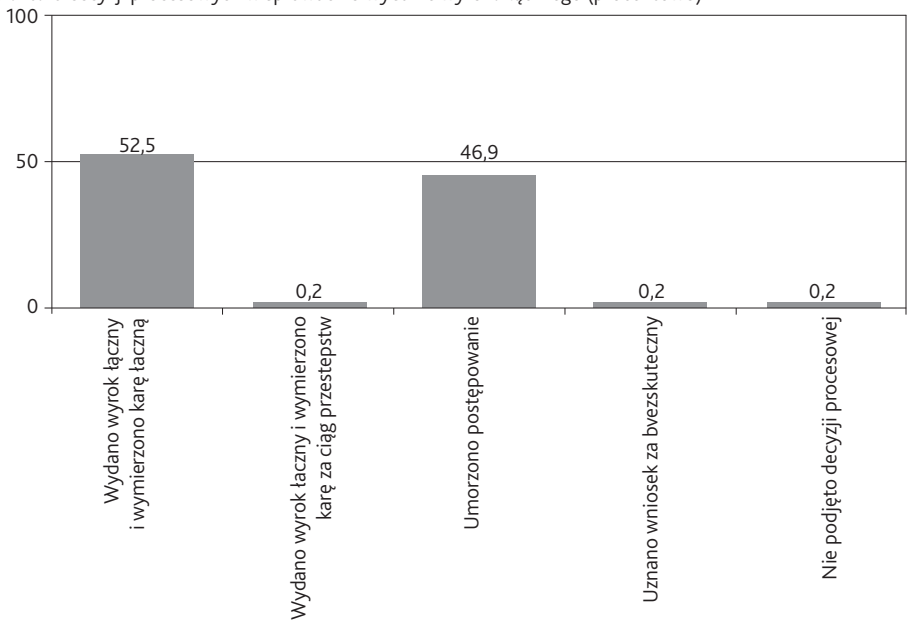


Źródło: opracowanie własne.

Oznacza to, że wyroki łączne z wymierzeniem kary łącznej stanowiły 52,5% wszystkich rozstrzygnięć; przypadki, gdy uznano, że przestępstwa zostały popełnione w ciągu i wymierzono jedną karę to 0,2% rozstrzygnięć; umorzenia to 46,9% rozstrzygnięć; przypadki, kiedy uznano wniosek za bezskuteczny to 0,2% rozstrzygnięć; także sytuacje, w których nie podjęto decyzji procesowej to 0,2% rozstrzygnięć.

Spośród 269 wyroków łącznych 241 wydano po wniosku skazanego, 20 po wniosku obrońcy i 8 po wszczęciu postępowania z urzędu. Sprawa, w której uznano, że przestępstwa zostały popełnione w ciągu, wszczęta została na wniosek skazanego. Wszystkie 240 sprawy zakończone umorzeniem postępowania zostały wszczęte na wniosek skazanego, z tym że w jednej sprawie złożone zostały 2 wnioski, 1 przez skazanego, 1 przez jego obrońcę. Także w przypadkach, kiedy uznano wniosek za bezskuteczny oraz gdy postępowanie nie zostało w procesowy sposób rozstrzygnięte, wniosek był złożony przez skazanego.

Wykres 2
Struktura decyzji procesowych w sprawach o wydanie wyroku łącznego (procentowo)



Źródło: opracowanie własne.

Ogółem na 512 przebadanych postępowań z urzędu wszczęto 8 (1,6% spraw), na wniosek skazanego 484 (94,5% spraw), a na wniosek obrońcy 21 (4,2% spraw). Łączna liczba wniosków wynosi 513 (w 512 sprawach), z uwagi na to, że w jednym wypadku wniosek złożył zarówno obrońca, jak i skazany. Dodać należy, że był to jedyny w badanej próbie przypadek, kiedy wniosek obrońcy nie doprowadził ostatecznie do wydania wyroku łącznego.

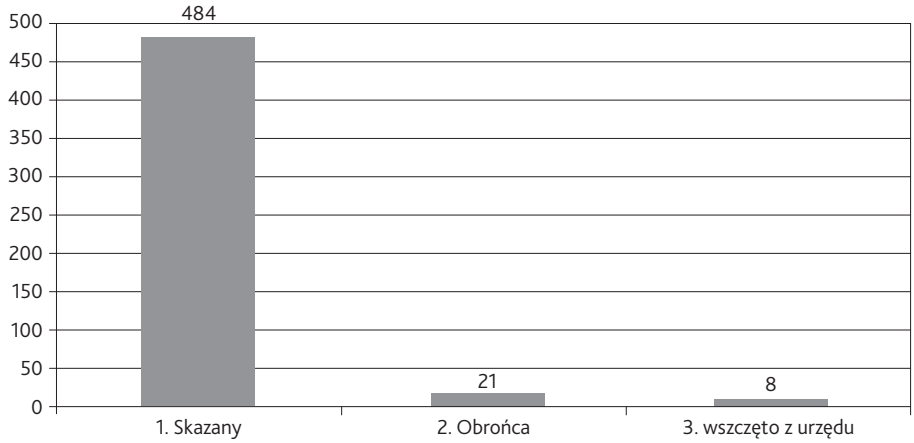
Zwraca uwagę, że znakomita większość postępowań była wszczęta na wniosek skazanego lub jego obrońcy. Postępowania wszczęte z urzędu stanowią niewielki odsetek, a w ogóle nie było przypadków wszczęcia postępowania na wniosek prokuratora.

Warto zauważyć, że spośród 484 wniosków o wydanie wyroku łącznego złożonych przez skazanych, zaledwie 242, czyli dokładnie 50%, okazało się skutecznych (wymierzono 241 kar łącznych, a 1 raz uznano, że przestępstwa popełniono w ciągu). Spośród 21 wniosków złożonych przez obrońcę 20 było skutecznych (95,2% wniosków obrońcy)[95]. Wszystkie 8 przypadków wszczęcia postępowania z urzędu ostatecznie skutkowało wydaniem wyroku łącznego.

Spośród 240 postępowań umorzonych, 238 zostało zakończonych na posiedzeniu, bez rozprawy głównej. Natomiast w 2 wypadkach umorzenie postępowania nastąpiło na rozprawie.

[95] Należy zastrzec, że ostatni z wniosków złożonych przez obrońcę także był zasadny. Nie doprowadził do wydania wyroku łącznego z powodu przyjęcia przez orzekający sąd koncepcji o „konfiguracyjnym" wymiarze kary łącznej.

Wykres 3
Wniosek o wszczęcie (procentowo)



Źródło: opracowanie własne.

Łącznie na posiedzeniu zakończono 240 spraw, w tym 238 umorzono, w 1 sprawie uznano wniosek za bezskuteczny i w 1 nie wydano decyzji procesowej, informując tylko skazanego, że nie ma podstaw do wydania wyroku łącznego[96].

Na 240 spraw zakończonych na posiedzeniu, 16 razy wyznaczony był obrońca z urzędu (6,6% spraw zakończonych na posiedzeniu), w tym 6 razy był on wyznaczony na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., 2 razy na podstawie art. 79 § 1 k.p.k., a 8 razy na podstawie art. 451 k.p.k. W żadnym posiedzeniu obrońca nie brał udziału. W 4 wypadkach wyznaczenie obrońcy z urzędu, który nie podjął żadnych czynności, było ostatnią czynnością w sprawie, poprzedzającą umorzenie postępowania na posiedzeniu.

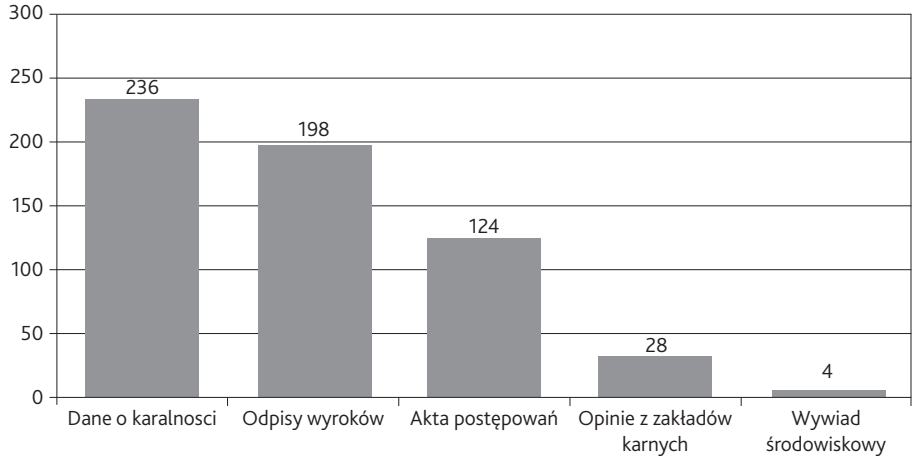
W 1 sprawie skazany miał obrońcę z wyboru. Obrońca ten złożył wniosek o wydanie wyroku łącznego.

W postępowaniu zakończonym uznaniem wniosku skazanego za bezskuteczny nie wykonano żadnych czynności dowodowych. W postępowaniu zakończonym poinformowaniem skazanego o braku podstaw do wydania wyroku łącznego pozyskano dane o karalności, odpisy wyroków i akta postępowań dotyczących wyroków objętych wnioskiem.

W postępowaniach zakończonych umorzeniem na posiedzeniu (łącznie 238) w 236 przypadkach (99,1% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) pozyskiwano dane o karalności sprawcy. W 198 sprawach (83,1% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) pozyskano odpisy wyroków. W 124 sprawach (52,1% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) przeprowadzono dowód z akt postępowań. W 28 wypadkach (11,7% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) pozyskiwano opinie z zakładów karnych, w których przebywał skazany, w 4 wypadkach (1,6% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) przeprowadzono wywiad środowiskowy.

[96] W sprawie tej oczywiście winno było nastąpić umorzenie postępowania.

Wykres 4
Postępowania zakończone umorzeniem na posiedzeniu



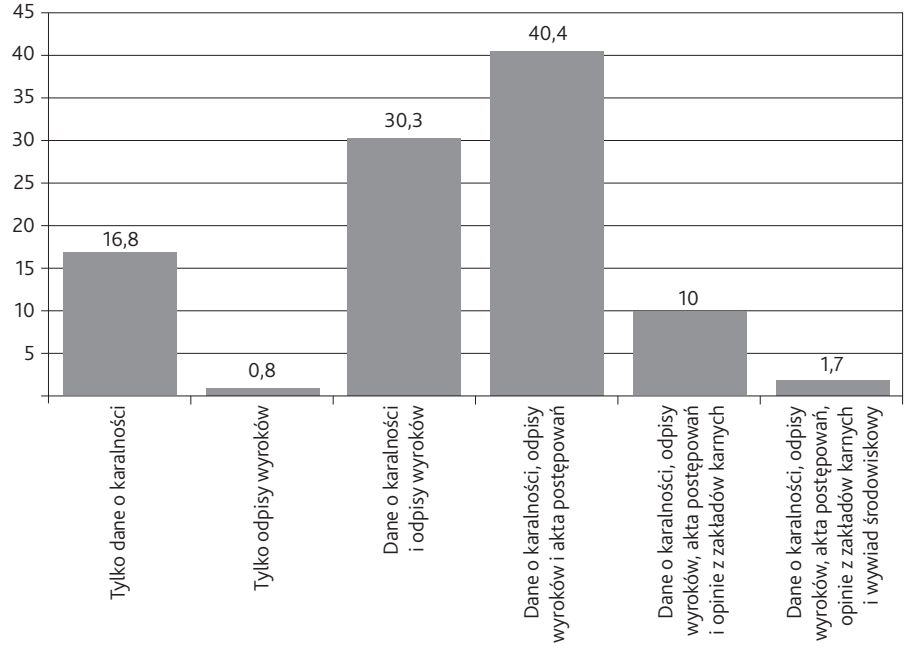
Źródło: opracowanie własne.

W 40 sprawach (16,8% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) jedynym dowodem przeprowadzonym przez sąd był dowód z danych o karalności. W 2 sprawach (0,8% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) jedynym dowodem były odpisy wyroków. W 72 sprawach (30,3% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) sąd miał dane o karalności i odpisy wyroków. W 96 wypadkach (40,4% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) miał dane o karalności, odpisy wyroków i akta postępowań. W 24 sprawach (10% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) sąd dysponował danymi o karalności, odpisami wyroków, aktami postępowań i opiniami z zakładów karnych, w których przebywał skazany. Wreszcie w 4 sprawach (1,7% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) miał dane o karalności, odpisy wyroków, akta postępowań, opinie z zakładów karnych oraz dane z wywiadu środowiskowego.

Na 240 spraw rozstrzygniętych na posiedzeniu skazany był obecny na 2, prokurator na 55. W 16 sprawach wyznaczony był obrońca, ale ani razu nie uczestniczył on w posiedzeniu. Należy zaznaczyć, że we wszystkich sprawach zakończonych na posiedzeniu, niezależnie od sposobu rozstrzygnięcia, skazany przebywał w zakładzie karnym. Tylko dwukrotnie zaistniała w ocenie sądu potrzeba sprowadzenia go na posiedzenie. W obu wypadkach z protokołu posiedzenia nie wynika, czemu potrzebę taką dostrzeżono.

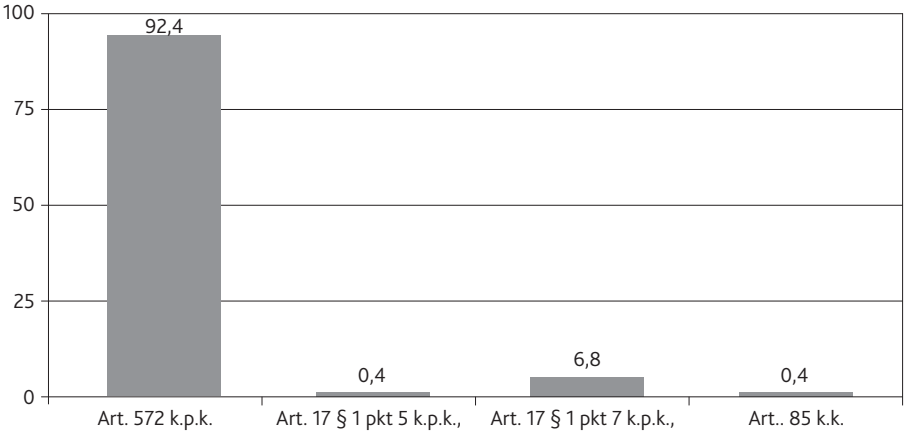
W 220 sprawach (92,4% spraw umorzonych na posiedzeniu) podstawą rozstrzygnięcia na posiedzeniu był art. 572 k.p.k., w 1 sprawie (0,4% spraw umorzonych na posiedzeniu) art. 17 § 1 pkt 5 k.p.k., w 16 art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., (6,8% spraw umorzonych na posiedzeniu), przy czym w 12 wypadkach zaszła powaga rzeczy osądzonej, a w 6 zawisłość sprawy. W 1 wypadku (0,4% spraw umorzonych na posiedzeniu) jako podstawę umorzenia przyjęto art. 85 k.k. (*sic*!), co zapewne należy uznać za umorzenie z powodu braku podstaw do wydania wyroku łącznego, a więc w gruncie rzeczy za umorzenie na podstawie art. 572 k.p.k.

Wykres 5
Odsetek spraw, w których przeprowadzano poszczególne dowody



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 6
Podstawa umorzenia na posiedzeniu, procentowo



Źródło: opracowanie własne.

Należy zaznaczyć, że w jednym wypadku w I instancji postanowiono „nie wydawać wyroku łącznego", nie podając podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Postanowienie to zaskarżył prokurator, zarzucając obrazę art. 572 k.p.k. Sąd II instancji zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że za podstawę rozstrzygnięcia przyjął art. 572 k.p.k., tak też orzeczenie to zostało uwzględnione w niniejszych badaniach.

Postanowienia kończące postępowanie na posiedzeniu były 10 razy skarżone. 8 razy czynił to skazany, 1 raz obrońca, 1 raz prokurator. Zażalenie prokuratora dotyczyło braku decyzji procesowej. Podniósł on zarzut naruszenia przepisu postępowania w postaci art. 572 k.p.k. i zażądał zmiany zaskarżonego postanowienia poprzez umorzenie postępowania na podstawie art. 572 k.p.k. Zażalenie zostało uwzględnione, postanowienie zmieniono w ten sposób, że umorzono postępowanie na podstawie art. 572 k.p.k.

Obrońca podniósł zarzut obrazy art. 85 k.k. i art. 572 k.p.k. i zażądał połączenia kary grzywny z karą pozbawienia wolności. Oczywiście zaskarżone postanowienie zostało utrzymane w mocy.

Skazani najczęściej (pięciokrotnie) nie podnosili żadnych zarzutów, a tylko żądali połączenia przez sąd II instancji kar, podnosząc okoliczności związane ze swą sytuacją osobistą, zdrowotną i postępami w resocjalizacji. Dwukrotnie skazany zarzucił sądowi I instancji błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę skarżonego postanowienia, a polegający na błędnym przyjęciu, że skazanie za jedno z pozostających w zbiegu przestępstw nastąpiło przed popełnieniem przez sprawcę kolejnego. Raz wreszcie skazany zarzucił, że obrońca był nieobecny na posiedzeniu. Żadne z zażaleń skazanych nie doprowadziło do zmiany skarżonego postanowienia.

Ostatecznie na 10 przypadków zaskarżenia postanowienia sądu I instancji wydanego na posiedzeniu w 1 wypadku (zażalenie prokuratora) zmieniono zaskarżone postanowienie, w 8 utrzymano je w mocy, a w 1 wypadku zażalenie skazanego zostało złożone po terminie.

Na rozprawie zakończono 272 sprawy, w tym umorzono 2, a 270 razy wydano wyrok łączny, przy czym w 1 wypadku stwierdzono, że przestępstwa przypisane skazanemu pozostają w ciągu, a w 269 wymierzono karę łączną.

W wypadku spraw umorzonych na rozprawie w obu wszczęto postępowanie na wniosek skazanego. W jednym przypadku miał on obrońcę, wyznaczonego na podstawie art. 78 § 1 k.p.k. W obu wypadkach sąd pozyskał dane o karalności i odpisy wyroków, w jednym dodatkowo akta spraw i opinię z zakładu karnego. Podstawą umorzenia postępowania w obu wypadkach był art. 572 k.p.k. Obrońca i prokurator byli obecni na posiedzeniu w jednym przypadku, skazany natomiast nie był obecny na posiedzeniu. Postanowień kończących postępowanie nie skarżono.

Ogółem o postępowaniach zakończonych **bez wydania wyroku łącznego** można powiedzieć, że wszystkie 242 zostały wszczęte na wniosek skazanego. W 1 wypadku odrębne wnioski składali skazany i jego obrońca. W 18 wypadkach (7,4% spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) skazany miał obrońcę, przy czym 1 raz był to obrońca z wyboru, w pozostałych wypadkach obrońca z urzędu. 8 razy obrońcę wyznaczano na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., 2 razy na podstawie art. 79 § 1 k.p.k., a 8 razy na podstawie art. 451 k.p.k. W pozostałych 16 wypadkach wyznaczony obrońca nie uczestniczył w posiedzeniu.

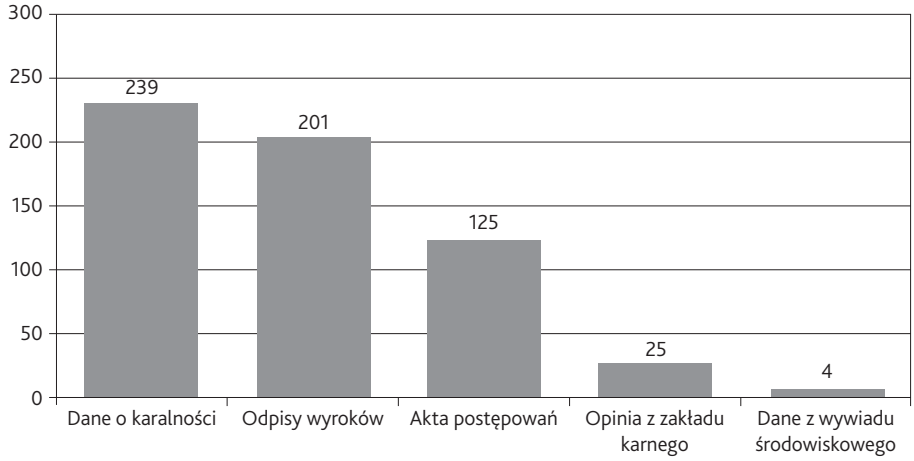
Obrońca z wyboru wykonał czynność w postaci złożenia wniosku o wydanie wyroku łącznego. Spośród pozostałych obrońców (z urzędu) obrońca wyznaczony w postępowaniu zakończonym na rozprawie był na niej obecny. Natomiast spośród obrońców wyznaczonych w postępowaniach zakończonych na posiedzeniu żaden nie wykonywał czynności procesowych. Wydaje się, że ich wyznaczanie, poza przypadkami obrony obligatoryjnej, było zatem przedwczesne. Dotyczy to zwłaszcza

4 przypadków, kiedy wyznaczenie obrońcy było ostatnią czynnością wykonaną w postępowaniu przed wydaniem postanowienia o jego umorzeniu.

W 239 sprawach (98,7% ze wszystkich 242 spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) pozyskiwano dane o karalności, w 201 (83%) odpisy wyroków, w 127 (52,4%) akta postępowań, w 29 (11,9%) opinie z zakładów karnych, w 4 sprawach (1,6%) dane z wywiadu środowiskowego.

Wykres 7

Czynności dowodowe w sprawach zakończonych bez wydania wyroku łacznego (łącznie 242 sprawy)

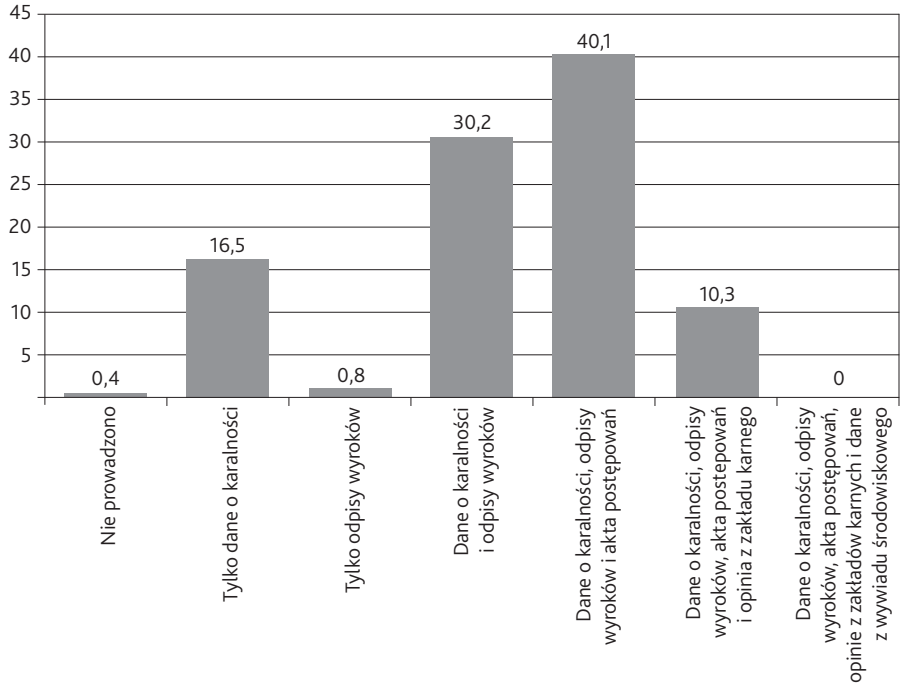


Źródło: opracowanie własne.

Jedno postępowanie (0,4% wszystkich 242 spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) zakończono bez jakichkolwiek czynności dowodowych (było to postępowanie, w którym wniosek skazanego o wydanie wyroku łącznego uznano za bezskuteczny). W 40 sprawach (16,5%) jedynym dowodem przeprowadzonym przez sąd było pozyskanie danych o karalności. W 2 sprawach (0,8% spraw) sąd ograniczył się do pozyskania odpisów wyroków, nie przeprowadzając innych dowodów. W 73 sprawach (30,2% spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) sąd miał dane o karalności i odpisy wyroków. W 97 sprawach (40,1% spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) sąd miał dane o karalności, odpisy wyroków i akta postępowań. W 25 sprawach (10,3% spraw zakończonych bez wydania wyroku łącznego) sąd dysponował danymi o karalności, odpisami wyroków, aktami postępowań i opiniami z zakładów karnych, w których przebywał skazany. Wreszcie w 4 sprawach (1,7% spraw zakończonych umorzeniem na posiedzeniu) miał dane o karalności, odpisy wyroków, akta postępowań, opinie z zakładów karnych oraz dane z wywiadu środowiskowego.

Warto zauważyć stosunkowo dużą liczbę postępowań, w których ograniczono się do pozyskania informacji o karalności sprawcy. W wypadkach, w których skazany rzeczywiście poniósł wcześniej odpowiedzialność za kilka przestępstw, dane te nie były wystarczające do stwierdzenia, dlatego dodatkowo pozyskiwano jeszcze odpisy wyroków. Jednak stosunkowo częste były sytuacje, w których już sama analiza danych o karalności wskazywała na brak podstaw do wydania

Wykres 8
Odstetek postepowań zakończonych bez wydania wyroku łacznego, w których przeprowadzano dane dowody



Źródło: opracowanie własne.

wyroku łącznego. Skazani często składali wnioski o wydanie wyroku łącznego, nie mając świadomości, jaka jest jego istota. Postrzegali go jako instytucję służącą złagodzeniu odpowiedzialności karnej w wypadku popełnienia kilku przestępstw. Dlatego składali wnioski o wymierzenie wyroku łącznego w każdym wypadku, kiedy byli ponownie skazani, nawet po upływie dłuższego czasu od poprzedniego skazania, także w wypadkach, kiedy skazano ich w jednym postępowaniu za kilka przestępstw i już wymierzono karę łączną, czy też w sytuacji, kiedy przypisano im odpowiedzialność za przestępstwa pozostające w ciągu, czy za czyn ciągły. Aż w 17% postępowań pozyskanie samych danych o karalności pozwalało na stwierdzenie, że nie ma podstaw do prowadzenia dalszych czynności, gdyż wyroku łącznego wymierzyć nie można.

Dowód w postaci danych o karalności sądy traktowały jako swego rodzaju „badanie odsiewające" wnioski całkowicie bezzasadne. W najbardziej typowej sytuacji nie istniała możliwość stwierdzenia, czy zachodzą podstawy do wydania wyroku łącznego na podstawie samych tylko danych o karalności. Zwykle jednak brak podstaw do jego wydania da się stwierdzić na podstawie odpisów wyroków. Dane o karalności służyły zatem orzekającym sądom najczęściej do stwierdzenia, jakie wyroki zostały wobec skazanego wydane. W 2 wypadkach sąd nie zdecydował się na pozyskanie danych o karalności, pozyskując tylko odpisy wyroków, co wydaje się być nieprawidłowe. Tylko bowiem dysponując danymi o karalności, można z całą pewnością stwierdzić, jakie wyroki wchodzą w grę, i w związku z tym mieć pewność,

że sprowadziło się i włączyło do akt postępowania odpisy wszystkich wyroków, które poddawane są ocenie. Decyzję w wypadku postępowań podlegających umorzeniu można podjąć, dysponując odpisami wyroków, pozyskanymi po ocenie danych o karalności. Z tego względu w ponad 30% wypadków sąd korzystał z jednych i drugich. Dość często od razu żądał akt postępowań (ponad 40% przypadków), chociaż – jak należy zauważyć – decyzję o braku podstaw do wydania wyroku łącznego można podjąć na podstawie samych odpisów. Jednak postępowanie takie świadczy o dążeniu do zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania. W wypadku bowiem, kiedy powstałaby potrzeba wydania wyroku łącznego (czego sąd na etapie wstępnych czynności, a więc żądania odpisów i ewentualnie akt, zwykle nie może wiedzieć), kolejne sprowadzanie akt stanowiłoby stratę czasu. Dlatego żądano akt od razu, dzięki czemu zabezpieczano się przed stratą czasu w dalszej części postępowania. Natomiast stosunkowo rzadko (niewiele ponad 10 spraw) żądano opinii z zakładu karnego. Najczęściej następowało to od razu po wszczęciu postępowania w sprawie wydania wyroku łącznego. Podobnie jak w wypadku akt postępowania, sąd – zakładając, że istnieje możliwość wydania wyroku łącznego – od razu po uzyskaniu danych o karalności żądał odpisów wyroków, akt postępowań i opinii o skazanym. Miało to miejsce w sytuacji, w której nie istniała pewność, a jedynie prawdopodobieństwo, że istnieją podstawy do wydania wyroku łącznego.

Taka praktyka niewątpliwie skraca czas postępowania w sytuacji, kiedy podstawy te rzeczywiście istnieją. W wypadku, kiedy podstaw tych nie ma, dowody w postaci opinii o skazanym i akt postępowań są zbędne. Jednak pewność co do tego, czy są potrzebne, czy nie, uzyskać można dopiero po analizie odpisów wyroków. Gdyby akta postępowań i opinie były ściągane dopiero po przeanalizowaniu odpisów wyroków, postępowania w sprawach, w których wydano wyroki łączne byłyby bardzo długie. Z uwagi na to praktykę wczesnego ściągania akt postępowań i opinii o skazanym należy uznać za rozsądną i uzasadnioną.

Spośród 270 spraw zakończonych wydaniem wyroku łącznego w 1 wypadku stwierdzono, że przestępstwa popełnione przez skazanego pozostają w ciągu i wymierzono karę na podstawie art. 91 § 1 k.k., a w 269 sprawach wymierzono karę łączną.

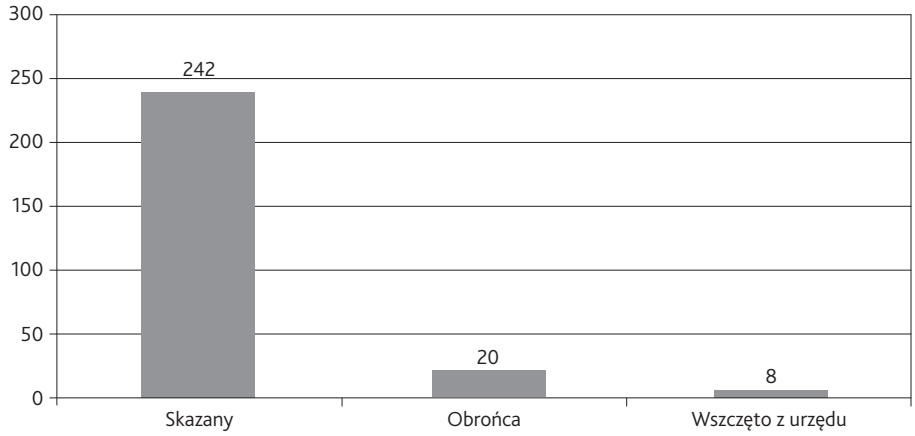
Ogółem spośród 270 spraw zakończonych wydaniem wyroku łącznego 242 wszczęto po wniosku skazanego, 20 po wniosku obrońcy, a 8 z urzędu.

Na 484 wnioski złożone przez skazanych 242, a zatem dokładnie 50%, doprowadziło do wydania wyroku łącznego. Z kolei na 21 wniosków złożonych przez obrońcę do wydania wyroku łącznego doprowadziło 20, a zatem 95,2%[97]. Zaledwie w 8 sprawach postępowanie zostało wszczęte z urzędu, przy czym w 3 wypadkach przyczyną była kontrawencjonalizacja, natomiast w pozostałych sąd stwierdził istnienie kilku skazań. Na 270 spraw zakończonych wydaniem wyroku łącznego 148 razy (54,8% spraw) łączono tylko wyroki wydane przez ten sąd, który orzekał w sprawie, a zatem dysponował pełnymi danymi odnośnie do ewentualnej

[97] Należy tu nadmienić, że wniosek, który nie doprowadził do wydania wyroku łącznego, także był zasadny, jednak w tej sprawie orzekający sąd uznał, że nie można wydać kary łącznej w sytuacji, kiedy konieczność rozwiązania poprzedniego wyroku łącznego pogorszy sytuację sprawcy. Sąd zastosował zatem (i był to jedyny przypadek w analizowanej próbie) tzw. konfiguracyjną metodę wymierzania kary łącznej, która uważana jest za nieprawidłową. Wniosek obrońcy był zatem merytorycznie słuszny. Zapewne z uwagi na to, że rzeczywiście uwzględnienie wniosku pogorszyłoby sytuację skazanego, obrońca nie skarżył rozstrzygnięcia sądu.

potrzeby wydania wyroku łącznego. Zresztą potrzebę wydania wyroku łącznego z urzędu dało się dostrzec też w większości ze 122 spraw (45,2% spraw), w których łączono wyroki wydane przez różne sądy. Także i w ich wypadku sąd dysponuje bowiem danymi o karalności, często także odpisami poprzednich wyroków skazujących, i ma w związku z tym dane pozwalające stwierdzić, czy zachodzi potrzeba wydania wyroku łącznego.

Wykres 9
Uwzględniony wniosek o wydanie wyroku łacznego



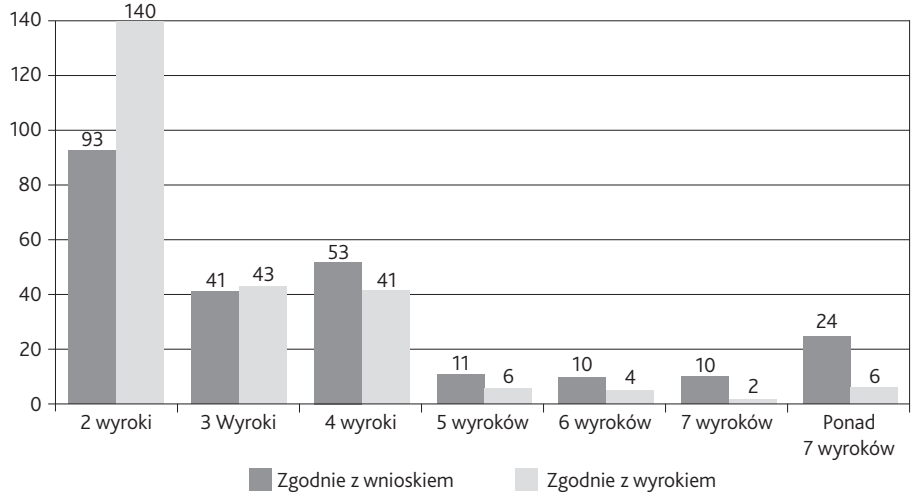
Źródło: opracowanie własne.

Warto zauważyć, że w badanej próbie nie znalazła się ani jedna sprawa wszczęta na wniosek prokuratora.

W sumie w sprawach, w których ostatecznie stwierdzono podstawy do wydania wyroku łącznego, sąd procedował tylko 8 razy z urzędu, a 262 razy na wniosek. Stosunkowo często skazani wskazywali we wniosku wszystkie wyroki, którymi zostali skazani, jako te, które winny być połączone. We wszystkich wypadkach, kiedy wnioski składał obrońca, sąd połączył te wyroki, które zostały wskazane we wniosku. Natomiast 242 wnioski złożone przez skazanego obejmowały: 2 wyroki – 93 razy; 3 wyroki – 41 razy; 4 wyroki – 53 razy; 5 wyroków – 11 razy; 6 wyroków – 10 razy; 7 wyroków – 10 razy; więcej niż 7 wyroków – 24 razy. W 79 wypadkach (32,6% wszystkich uwzględnionych wniosków złożonych przez skazanych) sąd zredukował liczbę łączonych wyroków w stosunku do wnioskowanej. Ostatecznie po wnioskach skazanych łączono: 2 wyroki – 140 razy; 3 wyroki – 43 razy; 4 wyroki – 41 razy; 5 wyroków – 6 razy; 6 wyroków – 4 razy; 7 wyroków – 2 razy; więcej niż 7 wyroków – 6 razy. Wydaje się, że skazani, nie posiadając wiedzy na temat istoty wyroku łącznego i kary łącznej, i postrzegając ją jako instytucję służącą po prostu zredukowaniu odpowiedzialności, składają wnioski o połączenie wszystkich wyroków, jakie przeciwko nim zapadły[98].

[98] Warto zauważyć, że nowelizacja kodeksu karnego z 20.02.2015 r. sprawi, że większość tak sformułowanych wniosków stanie się zasadna. Koncepcja swego rodzaju „pełzającej" kary łącznej powoduje bowiem, że łączeniu podlegają po prostu wszystkie wykonalne kary.

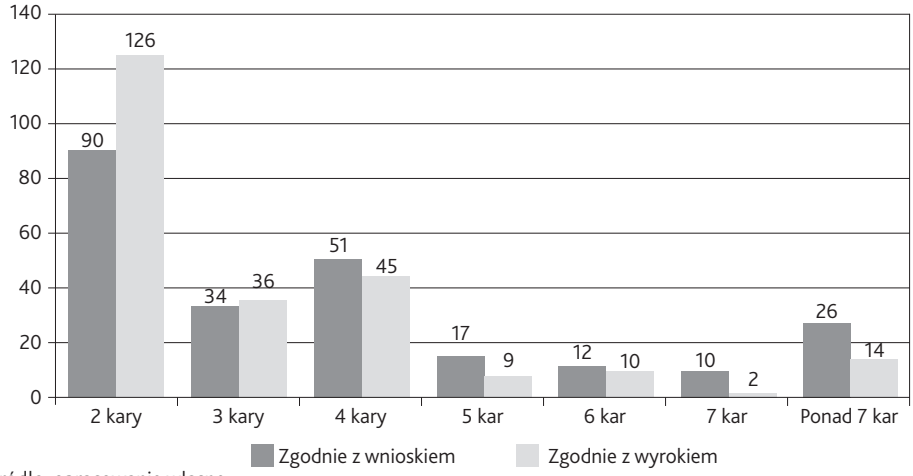
Wykres 10
Liczba łączonych wyroków zgodnie z wnioskiem skazanego i zgodnie z orzeczeniem



Źródło: opracowanie własne.

Zmniejszenie liczby łączonych wyroków w stosunku do wnioskowanej przez skazanego skutkowało, oczywiście, koniecznością zmniejszenia ilości łączonych kar. I tak, zgodnie z wnioskami skazanych, łączeniu miały podlegać: 2 kary – w 90 wypadkach; 3 kary – w 34 wypadkach; 4 kary – w 51 wypadkach; 5 kar – w 17 wypadkach; 6 kar – w 12 wypadkach; 7 kar – w 10 wypadkach; ponad 7 kar – w 26 wypadkach. Redukcja liczby łączonych wyroków w stosunku do wnioskowanej przez skazanego sprawiła, że łączeniu (w sprawach, w których orzekano na wniosek skazanego) ostatecznie podlegały: 2 kary – 126 razy; 3 kary – 36 razy; 4 kary – 45 razy; 5 kar – 9 razy; 6 kar – 10 razy; 7 kar – 2 razy; ponad 7 kar – 14 razy.

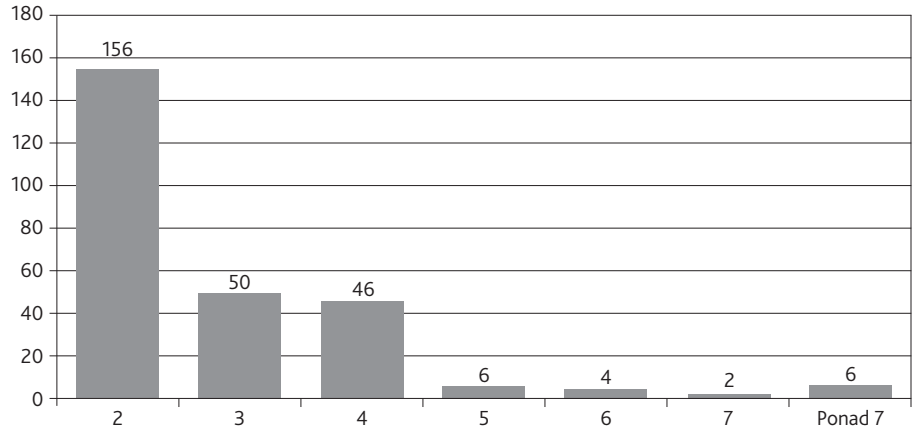
Wykres 11
Liczba łączonych kar zgodnie z wnioskiem skazanego i zgodnie z wyrokiem



Źródło: opracowanie własne.

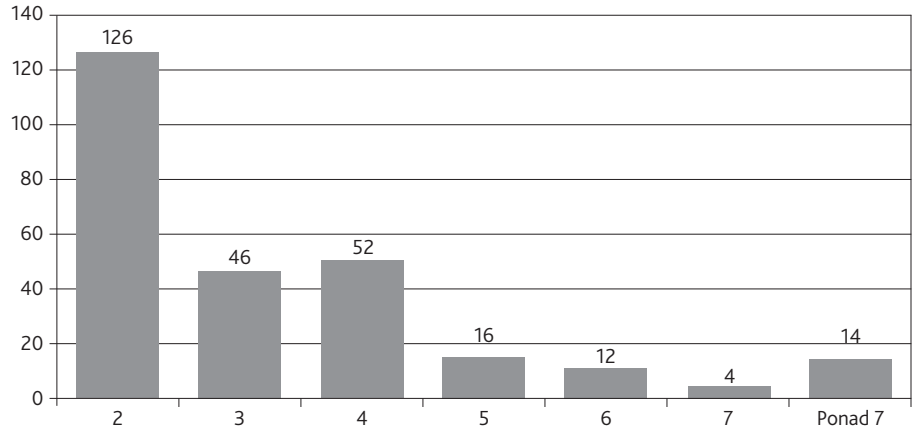
Ostatecznie w 270 sprawach, w których wydano wyroki łączne, połączono: 2 wyroki – 156 razy; 3 wyroki – 50 razy; 4 wyroki – 46 razy; 5 wyroków – 6 razy; 6 wyroków – 4 razy; 7 wyroków – 2 razy; ponad 6 wyroków – 6 razy[99]. Oznaczało to konieczność łączenia: 2 kar – 126 razy; 3 kar – 46 razy; 4 kar – 52 razy; 5 kar – 16 razy; 6 kar – 12 razy; 7 kar – 4 razy; ponad 7 kar – 14 razy.

Wykres 12
Liczba wyroków łączonych w postępowaniu



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 13
Liczba kar łączonych w poszczególnych postępowaniach



Źródło: opracowanie własne.

[99] Należy zastrzec, że w niektórych wypadkach w jednym postępowaniu wydawano 2 lub 3 kary łączne. Dla takich spraw podana liczba łączonych wyroków i kar obejmuje wszystkie wyroki i wszystkie kary łączone w jednym postępowaniu. Liczba ta jest bowiem istotna dla potrzeb oceny poziomu złożoności spraw. Wydaje się, że w sytuacji, w której w sprawie poddawano analizie znaczną liczbę wyroków i kar, istotne jest nie to, ile kar objęto każdą z kar łącznych orzeczonych w postępowaniu, co to, ile wyroków i kar trzeba było poddać w tym postępowaniu analizie. Oczywiście to, ile ostatecznie orzeczono kar łącznych w jednym postępowaniu, nie jest pozbawione znaczenia. To także wpływa na zwiększenie stopnia złożoności sprawy.

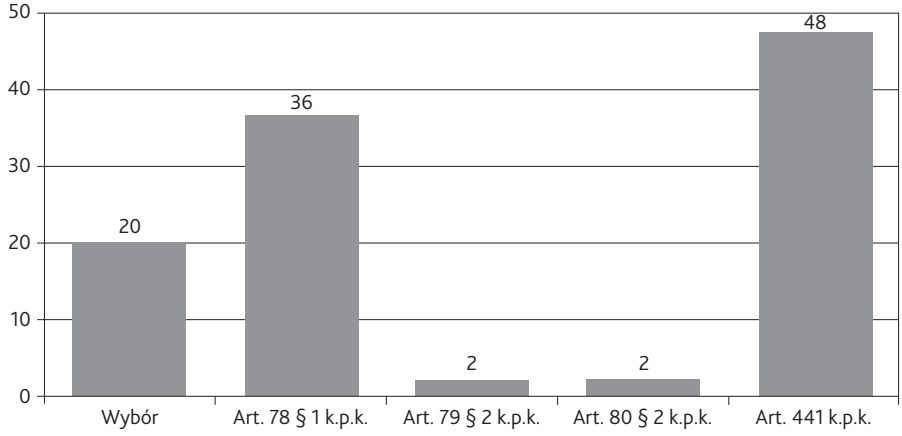
W 270 postępowaniach orzeczono kar łącznych: 1 – 256 razy; 2 – 10 razy; 3 – 4 razy, co oznacza, że w sumie orzeczono 288 kar łącznych.

W sprawach zakończonych orzeczeniem kary łącznej skazany 269 razy był pozbawiony wolności, a 1 raz przebywał na wolności. Na rozprawie obecny był 176 razy (65,1% spraw), a 94 razy był nieobecny (34,9% spraw).

W 108 sprawach (40% spraw zakończonych wydaniem wyroku łącznego) występował obrońca, przy czym w 20 sprawach był to obrońca z wyboru, 88 razy z urzędu. 36 razy obrońca wyznaczany był na podstawie art. 78 § 1 k.p.k., 2 razy na podstawie art. 79 § 2 k.p.k., 2 razy na podstawie art. 80 § 2 k.p.k., 48 razy na podstawie art. 451 k.p.k.

Ponadto w 2 wypadkach obrońca z wyboru pojawił się na etapie postępowania odwoławczego, składając apelację na korzyść skazanego.

Wykres 14
Podstawa prawna występowania obrońcy w postępowaniu



Źródło: opracowanie własne.

W 20 sprawach skazany zażądał wyznaczenia mu obrońcy z urzędu. Wszystkie te wnioski zostały uwzględnione. W 62 przypadkach żądał doprowadzenia na rozprawę, przy czym 14 razy został doprowadzony, a 48 razy zrezygnowano z doprowadzenia go, wyznaczając mu obrońcę z urzędu. Ponadto 20 razy sąd wyznaczał obrońcę z urzędu z własnej inicjatywy.

Co ciekawe, w 16 wypadkach skazani wnioskowali o rozpoznanie sprawy pod ich nieobecność.

Prokurator obecny był na rozprawie we wszystkich badanych sprawach. Z reguły składał merytoryczne wnioski, najczęściej dokładnie umotywowane, zwykle dotyczące połączenia konkretnych wyroków i wymierzenia kary łącznej z zastosowaniem zasady asperacji lub kumulacji. Tylko w jednym wypadku prokurator ograniczył się do ogólnego wniesienia o „połączenie kar, które się nadają".

We wszystkich postępowaniach, które zakończyły się orzeczeniem kary łącznej, sąd dysponował danymi o karalności sprawcy, odpisami wyroków. We wszystkich

też sprowadzano akta postępowań, które ujawniano w toku rozprawy głównej, z reguły bez odczytywania. We wszystkich badanych sprawach widziano potrzebę uzyskania opinii z zakładu karnego, w którym przebywał skazany. Mimo że, zgodnie z art. 571 § 1 k.p.k., orzekający sąd zwraca się o nadesłanie opinii o zachowaniu się skazanego do zakładów karnych, w których skazany przebywał, tylko w razie potrzeby, opinię taką uzyskiwano zawsze. Jak wskazano w części teoretycznej, orzecznictwo SN i doktryna stoją na stanowisku, że sąd musi mieć wiedzę na ten temat, i ewentualne odstąpienie od pozyskiwania opinii wchodzi w grę tylko w sytuacji, w której stosowne informacje zawiera już wniosek, np. prokuratora. Pogląd ten, jak wynika z badań, prezentują także sądy powszechne. Natomiast tylko w 8 sprawach (2,9% spraw zakończonych wydaniem wyroku łącznego) widziano potrzebę pozyskania danych z wywiadu środowiskowego.

Wydanie wyroku łącznego stosunkowo często odbywało się w układzie procesowym, w którym zaszła konieczność rozwiązania poprzedniej kary łącznej. Miało to miejsce w 84 przypadkach, co stanowi 31,1% wszystkich wyroków łącznych. Najczęstszą przyczyną rozwiązania poprzedniej kary łącznej było ujawnienie wyroku skazującego (76 razy). W 8 przypadkach przyczyną rozwiązania kary łącznej była kontrawencjonalizacja, we wszystkich przypadkach dokonana ustawą z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[100].

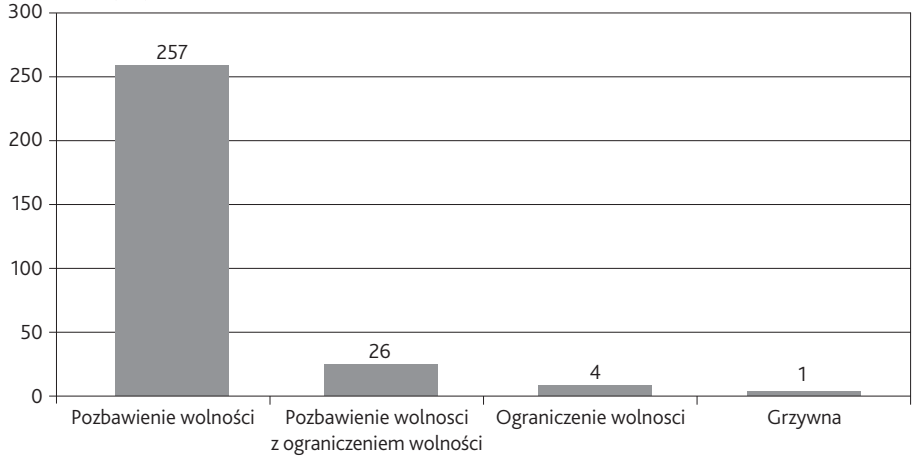
Jak wskazano wyżej, w badanej próbie wydano 270 wyroków łącznych, którymi orzeczono 288 kar łącznych. Łączono 257 razy (89,2% kar łącznych) 2, lub więcej, kary pozbawienia wolności[101]; 26 razy (9,2% kar łącznych) karę pozbawienia wolności z ograniczeniem wolności; 4 razy (1,2% kar łącznych) 2, lub więcej, kary ograniczenia wolności i 1 raz (0,4% kar łącznych) kary grzywny. W badanej próbie nie było przypadków łączenia kar najsurowszych. Tylko w jednym wypadku suma kar osiągnęła maksimum ustawowe określone dla kary danego rodzaju (w ówczesnym stanie prawnym – 15 lat pozbawienia wolności). Sąd nie skorzystał z możliwości orzeczenia kary w tej właśnie granicy.

Na 288 kar w 1 wypadku uznano, że przestępstwa zostały popełnione w ciągu i wymierzono karę na podstawie art. 91 § 1 k.k. Kar łącznych orzeczono 287. 34 razy zastosowano zasadę absorpcji (11,8% przypadków wymierzenia kary łącznej), 231 razy zasadę asperacji (80,5% przypadków) z mniejszym lub większym zastosowaniem elementów absorpcji lub kumulacji, natomiast 22 razy kumulację (7,7%)[102].

Pojęcie asperacji jest szerokie. Dlatego dla zobrazowania, jaka była punitywność skazań w analizowanej grupie, warto zwrócić uwagę na to, jaki procent sumy kar (będącej, jak wiadomo, górną granicą kary łącznej) stanowiła kara łączna orzeczona przez sąd, a także jak bardzo podwyższona została kara najsurowsza (stanowiąca, jak wiadomo, dolną granicę tejże kary).

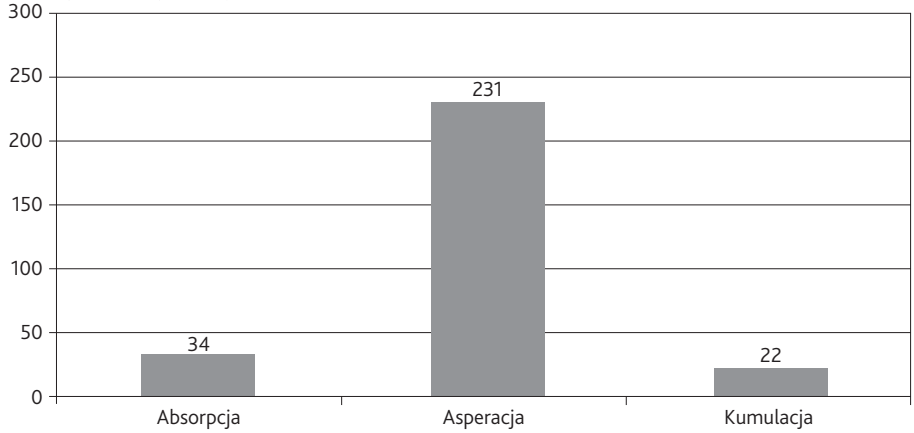
[100] Dz. U. 2013, poz. 1247.
[101] Do tej grupy należy jedyny w badanej próbie przypadek, kiedy uznano przestępstwa za popełnione w ciągu i wymierzono karę na podstawie art. 91 § 1 k.k.
[102] Nie wliczam tu przypadku ciągu przestępstw, jako że jest to zbieg przestępstw, przy którym nie dochodzi do wymierzenia kary łącznej.

Wykres 15
Rodzaj łącznonychy kar



Źródło: opracowanie własne.

Wykres 16
Zasada wymiaru kary łacznej

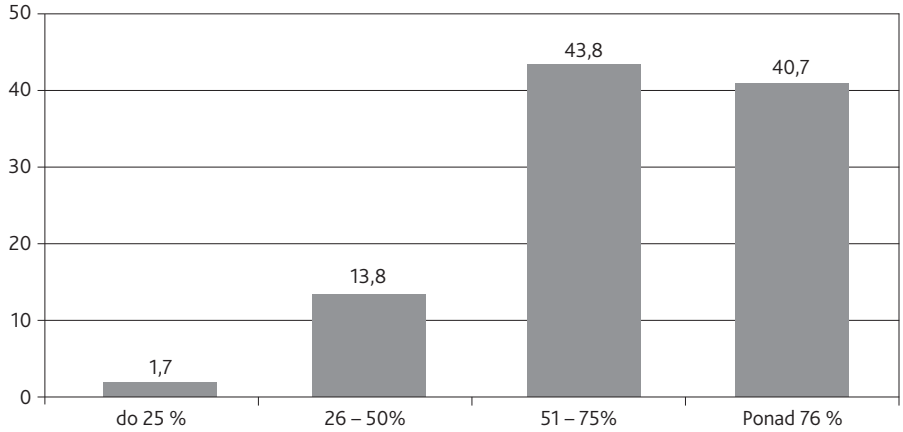


Źródło: opracowanie własne.

I tak wśród 231 przypadków orzekania na zasadzie asperacji w 4 przypadkach (1,7% kar orzekanych na zasadzie asperacji, 1,4% przypadków wszystkich kar łącznych) stanowiła ona do 25% sumy kar; w 32 wypadkach (13,8% kar orzekanych na zasadzie asperacji, 11,2% wszystkich kar łącznych) mieściła się w przedziale od 26% do 50% sumy kar; w 101 przypadkach (43,8% kar orzekanych na zasadzie asperacji, 35,2% wszystkich kar łącznych) stanowiła od 51% do 75% sumy kar; wreszcie w 94 przypadkach (40,7% kar orzekanych na zasadzie asperacji, 32,7% wszystkich kar) przekraczała 75% sumy kar.

Jak da się zauważyć, orzekając na zasadzie asperacji sądy z reguły stosują karę przekraczającą połowę sumy kar. Średnio w 231 przypadkach asperacji orzekano karę łączną w wysokości 68,1% sumy kar łączonych.

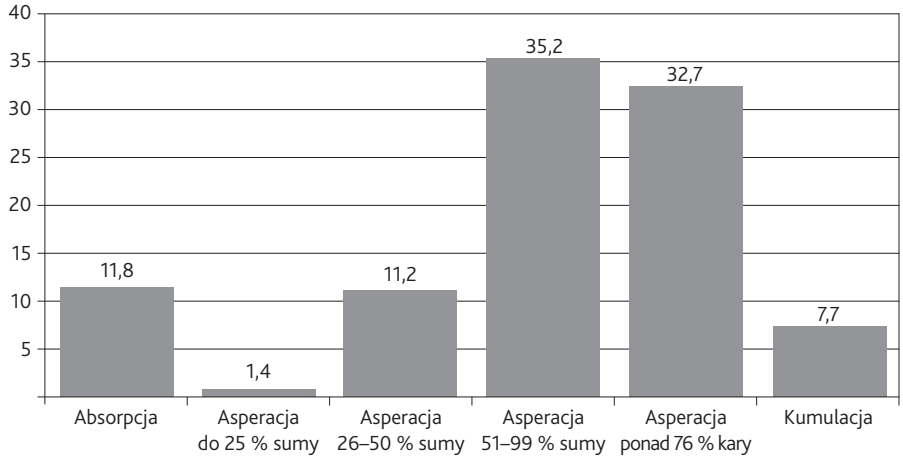
Wykres 17
Stosunek kary łacznej do sumy kar łączonych (procentowo) dkla kar orzekanych na zasadzie asperacji



Źródło: opracowanie własne.

Analizowany element można też postrzegać w szerszej skali. Dodatkowo interesujące może się wydawać spojrzenie na kary orzekane metodą mniej lub bardziej surowej asperacji na tle kar orzekanych na zasadzie konsumpcji i kumulacji. Można to uczynić, zestawiając kary orzeczone metodą asperacji z rozbiciem pod względem surowości z karami orzekanymi z zastosowaniem metody absorpcji i kumulacji.

Wykres 18
Zestawienie surowości orzekanych kar łącznych w odniesieniu do ich sumy (procentowo)



Źródło: opracowanie własne.

Zaprezentowane zestawienie pozwala stwierdzić, że sądy najchętniej orzekają kary w granicach nieco powyżej połowy sumy kar, dosyć rzadko orzekając kary „skrajne", ale też dosyć rzadko orzekając kary poniżej połowy ich sumy. Jak wskazano wyżej, średnio w 231 przypadkach asperacji orzekano karę łączną w wysokości 68,1% sumy kar łączonych. Jeżeli uwzględnić w tym zestawieniu także kary orzekane z absorpcją

i kumulacją, można ten wynik nieco skorygować i stwierdzić, że średnia wysokość kary łącznej w stosunku do sumy kar łączonych wyniosła w badanej próbie 66%.

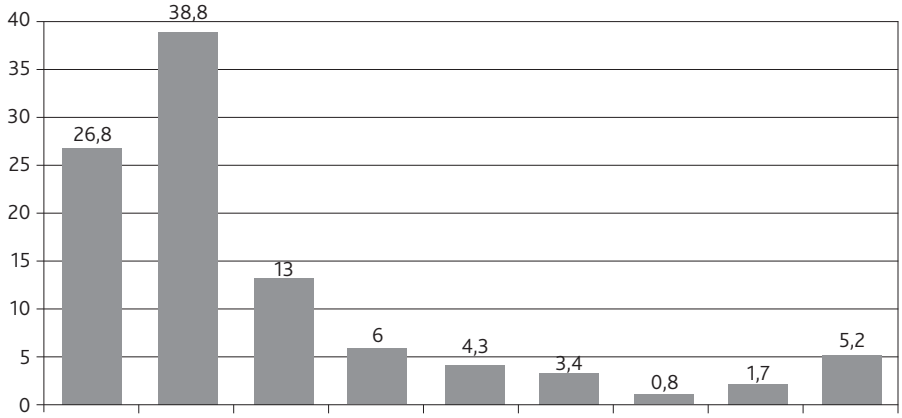
Dolna granica kary łącznej jest wyznaczana przez najsurowszą z kar łączonych. Dlatego analizując sposób stosowania przez sądy metody asperacji, warto zwrócić uwagę na to, jak kształtuje się kara łączna w porównaniu z najsurowszą z kar łączonych. Analizując pod tym kątem 231 kar łącznych, w których zastosowano asperację, można stwierdzić, że w 62 wypadkach (26,8% wypadków asperacji, 21,6% wszystkich kar łącznych), podwyższono karę najsurowszą o co najwyżej 25%; w 89 przypadkach (38,8% przypadków asperacji, 31% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 26% do 50%; w 30 przypadkach (13% przypadków asperacji, 10,4% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 51 do 75%; w 14 wypadkach (6% przypadków asperacji, 4,9% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 76% do 100% (zatem orzekano aż do podwojenia kary najsurowszej); w 10 przypadkach (4,3% kar orzeczonych na zasadzie asperacji, 3,5% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 101% do 125%; w 8 przypadkach (3,4% kar orzeczonych na zasadzie asperacji, 2,8% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 126% do 150%; w 2 wypadkach (0,8% kar orzeczonych na zasadzie asperacji, 0,7% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 151% do 175%; w 4 wypadkach (1,7% kar orzeczonych na zasadzie asperacji, 1,4% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o jej część mieszczącą się w przedziale od 176% do 200% (czyli w wypadkach skrajnych potrojono), wreszcie w 12 wypadkach (5,2% kar orzeczonych na zasadzie asperacji, 0,4% wszystkich kar łącznych) podniesiono karę najsurowszą o ponad 200% (czyli orzeczono karę surowszą niż potrojona).

Informacja o różnicy między karą łączną i najsurowszą z łączonych ma znaczenie dla oceny sposobu stosowania asperacji, natomiast nie ma wartości dla oceny przypadków kumulacji lub absorpcji. W wypadku kumulacji to nie kara najsurowsza jest odnośnikiem prawnej oceny zachowania sprawcy, lecz suma kar. Z kolei w wypadku kumulacji nie dochodzi do zaostrzenia kary najsurowszej. Dlatego zestawianie analizowanej obecnie danej z danymi dotyczącymi absorpcji i kumulacji wydaje się niecelowe. Jednak może ona wiele powiedzieć o sposobie wymierzania kary na zasadzie asperacji. Obrazuje to poniższy wykres:

Łatwo dostrzec, że w 65% przypadków najsurowsza z łączonych kar jest zaostrzana przez sąd o nie więcej niż 50%. Jeżeli już sąd orzeka karę łączną powyżej 150% kary najsurowszej, rzadko przekracza 175% (6,9% przypadków zastosowania zasady asperacji). Decydując się na zastosowanie zasady asperacji, sądy wymierzają zatem karę łączną bliżej kary najsurowszej z łączonych niż sumy kar.

W 22 sprawach zakończonych wyrokiem sądu złożono apelacje. W 1 wypadku apelował prokurator, 8 razy tylko obrońca, 1 raz apelację złożyli obrońca i skazany, 12 razy apelacje składali tylko skazani. W 2 wypadkach wyrok sądu I instancji został uchylony, a sprawa przekazana do ponownego rozpoznania. W 20 wypadkach zaskarżony wyrok utrzymano w mocy, przy czym w 14 wypadkach apelację uznano za oczywiście bezzasadną.

Wykres 19
Stosunek kary łącznej do najsurowszej z kar łączonych przy stosowaniu asperacji (procentowo)



Źródło: opracowanie własne.

Prokurator w apelacji zarzucił rażącą niewspółmierność orzeczonej kary łącznej, która została wymierzona na zasadzie absorpcji, a zdaniem skarżącego winna być wymierzona na zasadzie kumulacji (art. 438 § 1 pkt 4 k.p.k.). Wyrok został utrzymany w mocy.

Różne zarzuty stawiali skarżący orzeczenie obrońcy. Jeden z nich postawił zarzut obrazy przepisów prawa materialnego w postaci art. 85 k.k., polegający na przyjęciu, że przypisane skazanemu czyny nie pozostają w zbiegu rzeczywistym, podczas gdy pozostawały (art. 438 § 1 pkt 1 k.p.k.). Sąd odwoławczy uchylił wyrok, przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. Po jej rozpoznaniu sąd I instancji wymierzył skazanemu karę łączną. W innej sprawie obrońca postawił identyczny zarzut, który w danym wypadku polegał na tym, że łącząc kary, sąd nie uwzględnił jednego ze skazań. Także i w tym przypadku doszło do uchylenia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. W dwóch wypadkach obrońca zarzucał niewspółmierną surowość kary łącznej (art. 438 § 1 pkt 4 k.p.k.), w obu wypadkach wyrok utrzymano w mocy. W 4 wypadkach obrońca żądał orzeczenia kary łącznej na zasadzie absorpcji. W 2 z tych przypadków apelację uznano za oczywiście bezzasadną. W jednym wypadku obrońca podniósł niepełnosprawność skazanego. Apelację uznano za oczywiście bezzasadną.

W jednej sprawie złożone zostały dwie apelacje, obrońcy i skazanego. W obu podniesiono zarzut z art. 438 § 1 pkt 4 k.p.k. i wniesiono o orzeczenia kary łącznej na zasadzie absorpcji. Wyrok utrzymano w mocy.

W pozostałych przypadkach apelacje składali skazani, przy czym w 11 wypadkach apelacje te były uznane za oczywiście bezzasadne. Wszystkie apelacje dotyczyły zbyt surowej, zdaniem skarżących, kary. We wszystkich podniesiono potrzebę wymierzania kary na zasadzie absorpcji.

4. WNIOSKI

1. Badania dotyczyły spraw o wydanie wyroku łącznego w latach 2012–2013. Uregulowania dotyczące kary łącznej i wyroku łącznego obowiązujące w okresie

objętym badaniami zostały zmienione ustawą z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw[103]. Analizie poddano sprawy rozstrzygnięte przed wejściem w życie tej nowelizacji. Celem badań było stwierdzenie, jak przebiegały postępowania, i czy ewentualnie da się na ich podstawie prognozować, jak będą przebiegały w przyszłości.

2. W okresie objętym badaniami podstawą wymierzenia kary łącznej było zaistnienie rzeczywistego realnego zbiegu przestępstw rozumianego jako popełnienie przez sprawcę 2, lub więcej, przestępstw zanim zapadnie wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregokolwiek z nich. Właśnie przerwanie zbiegu przez wyrok skazujący stanowiło jego istotną cechę przed nowelizacją z 20.02.2015 r.

3. *Ratio legis* kary łącznej opiera się na założeniu, że zsumowanie kar orzeczonych za kilka popełnionych przez jednego sprawcę przestępstw nie jest racjonalne. Dlatego obok metody kumulacji teoria zna orzekanie kary łącznej na zasadzie asperacji i absorpcji. Kodeks karny z 1997 r. przyjął system mieszany, korzystający w pewnej mierze ze wszystkich tych metod. W okresie objętym badaniami kara łączna, zgodnie z art. 86 § 1 k.k., nie mogła być niższa od najsurowszej z łączonych kar, a wyższa od ich sumy, przy czym suma ta nie mogła przekraczać maksimum wskazanego dla każdej z kar odrębnie, tj. dla pozbawienia wolności 15 lat, dla ograniczenia wolności 2 lat i dla grzywny 810 stawek dziennych. Zgodnie z art. 86 § 1a k.k. w razie, gdy suma łączonych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat lub więcej, a przynajmniej jedna z nich wynosi nie mniej niż 10 lat pozbawienia wolności, można jako łączną orzec karę 25 lat pozbawienia wolności. Zgodnie z art. 88 k.k., jeżeli choćby jedna z łącznych kar jest karą 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności, orzeka się ją jako karę łączną, jednak w razie łączenia co najmniej 2 kar po 25 lat pozbawienia wolności sąd może orzec jako łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności, co jest charakterystyczne dla reguły asperacji.

4. Łączeniu podlegały, zgodnie z art. 86 § 1 k.k., kary tego samego rodzaju. Zgodnie z art. 87 k.k. w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, sąd wymierzał karę łączną pozbawienia wolności, przyjmując, że miesiąc ograniczenia wolności równa się 15 dniom pozbawienia wolności. Poważne wątpliwości w doktrynie i orzecznictwie powstawały w związku z przewidzianą w art. 89 § 1 k.k. możliwością warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej. Od nowelizacji k.k. dokonanej ustawą z 5.11.2009 r. stało się jasne, że takie warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej jest możliwe w wyroku łącznym. Przepis ten jednak nie stanowił, czy takie orzekanie może mieć miejsce w jednym postępowaniu. Wydaje się, że tak, a art. 89 § 1 k.k. winien być stosowany na zasadzie analogii.

5. Nowelizacja kodeksu karnego z 2015 r. zmieniła podstawy orzekania kary łącznej. Artykuł 85 k.k. w nowym brzmieniu pomija warunek nieprzedzielenia przestępstw wyrokiem skazującym za którekolwiek z nich, a wymaga, by łączone kary były wykonalne. Ponadto od czasu wejścia w życie nowelizacji możliwe jest łączenie kar łącznych. Pojawiła się zatem swego rodzaju „pełzająca" kara łączna, której istnienie sprawia, że każdy kolejny wyrok skazujący stanowi swego rodzaju

[103] Dz. U. 2015, poz. 396.

podsumowanie całokształtu działalności przestępczej sprawcy, o ile orzeczone wobec niego kary nie zostały jeszcze wykonane. Pojawienie się tej konstrukcji będzie miało zapewne ten wpływ na praktykę, że, po pierwsze, liczba orzekanych wyroków łącznych istotnie wzrośnie, po drugie – powinien wzrosnąć procentowy udział postępowań wszczynanych z urzędu. Niemal w każdym przypadku ponownego skazania pojawi się potrzeba zbadania, czy nie zachodzą podstawy do wydania wyroku łącznego[104]. Nadto należy mieć na uwadze, że liczba postępowań o wydanie wyroku łącznego zostanie dodatkowo zwiększona przez wprowadzenie regulacji nakazujących łączenie kar łącznych (choć samo łączenie kar łącznych będzie stosunkowo proste, niewątpliwie prostsze od sytuacji, kiedy po rozwiązaniu poprzedniej kary łącznej należało konstruować nową). Artykuł 85 § 3 k.k. zawiera pewne ograniczenie. Zgodnie z tym przepisem podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwa popełnione po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania innej kary, podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa.

6. W zakresie wymiaru kary łącznej nie doszło do poważniejszych zmian. Najistotniejszą jest regulacja podnosząca maksimum kary pozbawienia wolności z 15 do 20 lat. Artykuł 87 k.k. uzupełniony został o nowy § 2, zgodnie z którym w wypadku, kiedy za zbiegające się kary wymierzono kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności, a kara łączna pozbawienia wolności nie przekraczałaby 6 miesięcy, zaś kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat, można orzec obie te kary jednocześnie, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione.

7. Postępowanie w sprawach o wydanie wyroku łącznego toczy się przed sądem. Jedyną stroną postępowania jest skazany. Skazany ma prawo do inicjowania postępowania i do brania w nim udziału, choć udział ten nie jest obowiązkowy (art. 573 § 2 k.p.k.). Ma prawo do obrony, w tym korzystania z pomocy obrońcy. Zgodnie z art. 573 § 2 w zw. z art. 451 k.p.k., jeżeli skazany pozbawiony wolności nie jest sprowadzany na rozprawę, a nie korzysta z pomocy obrońcy, sąd winien wyznaczyć mu obrońcę z urzędu. Uczestnikiem postępowania jest prokurator, który nie jest jego stroną, lecz rzecznikiem interesu społecznego.

8. Postępowanie wszczyna się z urzędu, na wniosek prokuratora lub skazanego. Wniosek może też złożyć obrońca skazanego. Sąd w razie potrzeby zwraca się o nadesłanie opinii o zachowaniu się skazanego do zakładów karnych, w których skazany przebywał, a także o informacje o warunkach rodzinnych, majątkowych i co do stanu zdrowia skazanego oraz danych o odbyciu kary z poszczególnych wyroków (art. 571 § 1 k.p.k.). By wydać prawidłowe orzeczenie, konieczne jest posiadanie danych o karalności i odpisów wyroków. Wydaje się też, że konieczna jest znajomość akt spraw, w których zapadły łączone wyroki.

9. Jeżeli brak jest warunków do wydania wyroku łącznego, sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania (art. 572 k.p.k.). Może ono zapaść na posiedzeniu, a wyrok łączny wydaje się, zgodnie z art. 573 k.p.k., po przeprowadzeniu rozprawy. Zgodnie z art. 575 § 1 k.p.k., jeżeli po wydaniu wyroku łącznego zachodzi

[104] Inną sprawą jest, że podstawa taka istniała także w stanie prawnym, na gruncie którego wykonano badania, a sądy zwykle tego nie czyniły.

potrzeba wydania nowego wyroku łącznego, z chwilą jego wydania poprzedni wyrok łączny traci moc.

10. Postępowania o wydanie wyroku łącznego w analizowanej próbie najczęściej były wszczynane na wniosek skazanego. Dosyć rzadko były wszczynane na wniosek jego obrońcy, tylko wyjątkowo z urzędu. Nie było przypadków wszczęcia postępowania na wniosek prokuratora. Warto zauważyć, że w postępowaniach sądy dysponują danymi o karalności sprawcy, mają zatem wiedzę na temat całokształtu działalności przestępczej sprawcy. Wydaje się, że w takiej sytuacji odsetek postępowań wszczętych z urzędu powinien być wyższy. Dotyczy to też, jak się wydaje, wniosków prokuratorskich. Dziwi ich zupełny brak w analizowanej próbie. Wydaje się, że po zmianie ustawodawczej dokonanej ustawą z 20.02.2015 r. sytuacja pod tym względem będzie musiała się zmienić. Wprowadzenie „pełzającej" kary łącznej musi skutkować uznaniem, że po wydaniu każdego kolejnego wyroku skazującego konieczne jest wydanie nowego wyroku łącznego. W stanie prawnym istniejącym przed wejściem w życie tej ustawy po wydaniu kolejnego wyroku skazującego nie rozważano potrzeby wydania wyroku łącznego, choć w zasadzie każde kolejne skazanie tworzyło potrzebę rozważenia, czy zachodzą podstawy do wydania wyroku łącznego. Warto zresztą zauważyć, że tego rodzaju rozumowanie było do pewnego stopnia uzasadnione. Skazani składali wnioski o wydanie wyroku łącznego właściwie we wszystkich przypadkach, kiedy byli skazani więcej niż 1 raz, niekiedy też w wypadkach, kiedy skazywani byli 1 raz, czy też w wypadkach, kiedy wydano już w ich sprawie wyrok łączny. Z uzasadnień wniosków składanych przez skazanych wynika, że traktują oni postępowanie w sprawie wydania wyroku łącznego jako instytucję z założenia służącą złagodzeniu odpowiedzialności karnej skazanego. Połowa wniosków złożonych przez skazanych była nieuzasadniona. Z drugiej strony to, że skazani składają wnioski o wydanie wyroku łącznego w każdym przypadku skazania więcej niż 1 wyrokiem sprawia, że większość przypadków tego rodzaju ostatecznie analizowana jest przez sąd pod kątem potrzeby wymierzenia kary łącznej.

11. Traktowanie przez skazanych wniosków jako drogi do złagodzenia odpowiedzialności skutkowało koniecznością procedowania w sprawach, które nie mogły doprowadzić do wydania wyroku łącznego. Dotyczyło to znacznego odsetka spraw. Połowa wniosków złożonych przez skazanych była niezasadna. 47,5% wszystkich postępowań zakończyło się bez wydania wyroku łącznego. W większości przypadków postępowania umorzono. Wszystkie postępowania umorzone zostały wszczęte na wniosek skazanych (w jednym wypadku wniosek składał także obrońca). Warto podkreślić, że zmiana podstaw orzekania kary łącznej ustawą z 15.02.2015 r. powoduje, że większość z tych wniosków w obecnym stanie prawnym byłaby zasadna. Gdyby zostały złożone obecnie, prowadziłyby do wydania wyroku łącznego.

12. Zwraca uwagę, że wnioski składane przez obrońców były zasadne. Poza jednym doprowadziły do wydania wyroku łącznego. Jedyne umorzenie w przypadku wszczęcia postępowania na wniosek obrońcy nie wynikało z tego, że był niezasadny, lecz z przyjęcia przez sąd wadliwej konstrukcji tzw. konfiguracyjnego wymiaru kary łącznej.

13. Sądy standardowo pozyskiwały dane o karalności i odpisy wyroków wydanych wobec skazanego. Posiadanie odpisów wyroków, wskazujących, kiedy

następowały skazania za poszczególne przestępstwa i kiedy zostały one popełnione, pozwala na ustalenie, czy istnieją podstawy do wydania wyroku łącznego. Posiadanie danych o karalności jest z kolei wstępną informacją o tym, jakie wyroki w ogóle zostały wobec skazanego wydane. W sprawach, w których postępowanie zostało umorzone, posiadanie tych danych jest wystarczające do podjęcia decyzji w sprawie. Jednak w niektórych umorzonych sprawach sąd ograniczył się do uzyskania tylko danych o karalności, w innych pozyskiwał dodatkowo akta postępowań, nieco rzadziej opinie z zakładów karnych.

14. Pozyskiwanie tylko danych o karalności było wystarczające w tych sprawach, w których wnioski skazanych były oczywiście niezasadne, np. wobec skazanego orzeczono tylko 1 wyrok. Pozyskiwanie dodatkowo akt postępowania, ewentualnie opinii było efektem swego rodzaju ostrożności procesowej sądu. Należy podkreślić, że ostrożność ta była usprawiedliwiona. Pozyskiwanie dowodów w sytuacji, kiedy nie było jeszcze wiadomo, czy na pewno będą potrzebne, pozwalało uniknąć przedłużenia postępowania w sytuacji, gdyby przyszło do merytorycznego rozstrzygania o karze łącznej. Z kolei wykonywanie zbędnych, w gruncie rzeczy, czynności nie powodowało przedłużenia postępowania.

15. W sprawach zakończonych wydaniem wyroku łącznego sąd procedował tylko 8 razy z urzędu, a 262 razy na wniosek, przy czym ani razu postępowanie nie zostało wszczęte na wniosek prokuratora. Najczęściej wniosek składał skazany, który wnosił zazwyczaj o połączenie wszystkich wyroków, jakie kiedykolwiek zostały wobec niego wydane. Z uwagi na to w prawie 1/3 przypadków uwzględnionych wniosków skazanego konieczne było zredukowanie liczby łączonych wyroków i kar w stosunku do wniosku.

16. Skazani stosunkowo rzadko korzystali z pomocy obrońców z wyboru. Natomiast dosyć często pojawiali się obrońcy z urzędu – najczęściej wyznaczeni na podstawie art. 573 § 2 w zw. z art. 451 k.p.k. Nie budzi wątpliwości praktyka wyznaczania ich w wypadku, kiedy dochodziło do rozprawy. Natomiast stosunkowo częste przypadki wyznaczania ich w postępowaniu przed wyznaczeniem rozprawy można – przynajmniej w pewnym zakresie – uważać za przedwczesne. Wszyscy skazani, poza 1, byli w czasie postępowania pobawieni wolności. Około 1/4 z nich żądała doprowadzenia na rozprawę. Zwykle w takich wypadkach skazanego nie doprowadzano, uznając za wystarczającą obecność obrońcy. Na wszystkich rozprawach obecny był prokurator.

17. We wszystkich postępowaniach, które zakończyły się orzeczeniem kary łącznej, sąd dysponował danymi o karalności sprawcy, odpisami wyroków, zawsze sprowadzano akta postępowań, które ujawniano w toku rozprawy głównej oraz opinię z zakładu karnego, w którym przebywał skazany. Rzadko pozyskiwano dane z wywiadu środowiskowego.

18. W prawie 1/3 przypadków wydania wyroku łącznego pojawiała się potrzeba rozwiązania poprzedniej kary łącznej. Najczęściej wynikało to z ujawnienia nowego wyroku, rzadziej ze zmiany przepisów. Warto zauważyć, że zmiana dokonana ustawą z 20.02.2015 r. będzie najprawdopodobniej skutkować znacznym wzrostem przypadków, kiedy będzie potrzeba orzekania nowej kary łącznej w miejsce poprzedniej. Będą to wszakże przypadki, w których procedować się będzie nieco inaczej niż w analizowanych, a to z uwagi na wprowadzoną tą nowelizacją możliwość (i obowiązek) łączenia kar łącznych.

19. W prawie 90% przypadków łączono kary pozbawienia wolności, a w 9% wypadków pozbawienie wolności z ograniczeniem wolności. Tylko 1 raz suma kar osiągnęła 15 lat pozbawienia wolności, jednak sąd orzekł karę niższą. W ponad 80% wypadków stosowano asperację, w ponad 11% absorpcję, w prawie 8 kumulację. Sądy, stosując asperację, rzadko zwiększają karę najsurowszą o więcej niż 75%, rzadko też suma kar przekracza 50%. Średnia wysokość kary łącznej w stosunku do sumy kar łączonych wyniosła w badanej próbie 66%. Decydując się na zastosowanie zasady asperacji, sądy wymierzają zatem karę łączną bliżej kary najsurowszej z łączonych niż sumy kar.

20. Ogólnie można podkreślić przede wszystkim prawidłowe, co do zasady, procedowanie sądów. Wydaje się, że jedynym poważniejszym mankamentem jest stosunkowo zbyt mała liczba postępowań wszczynanych z urzędu, mimo że sądy posiadają wiedzę odnośnie do skazań, z uwagi na to, że orzekając w postępowaniach o kolejne przestępstwa dysponują danymi o karalności, a często i odpisami wyroków. Poza tym jednym, postępowania prowadzone były dosyć sprawnie i bez poważniejszych błędów. Poniżej, w ramach zaprezentowania stanów faktycznych, wskazane zostały właściwie wszystkie postępowania, w których dało się stwierdzić nieprawidłowości.

21. Wnioski składane są przeważnie przez skazanych, którzy traktują je jako drogę do załagodzenia swojej odpowiedzialności. Postrzegają oni postępowanie jako sposób zmniejszenia dolegliwości kary. Stąd wnioski składają właściwie w każdej sytuacji, gdy są skazani kilkoma orzeczeniami. Z tego powodu szereg postępowań trzeba umorzyć przed rozprawą, po stwierdzeniu braku przesłanek do wydania wyroku łącznego. Należy podkreślić, że powinno się to zmienić po wejściu w życie ustawy z 20.02.2015 r., gdyż większość tak sformułowanych wniosków byłaby dzisiaj zasadna.

22. Sądy z reguły starają się najpierw pozyskać dane o karalności i odpisy wyroków. Zwykle to wystarcza już do stwierdzenia, czy zachodzi podstawa do dalszego procedowania, czy postępowanie należy umorzyć. Bardzo często jednak już po otrzymaniu wniosku pozyskują też akta postępowań i opinie z zakładu karnego, by nie przedłużać postępowania w razie, gdyby należało wydać wyrok łączny. Znajomość akt postępowań, w których zapadły łączone wyroki, jest w razie procedowania o wydanie wyroku stuprocentowa. Zawsze też sądy widzą potrzebę uzyskania opinii z zakładu karnego.

23. Postępowania o wydanie wyroku łącznego są częste. Ich liczba po wejściu w życie nowelizacji powinna się jeszcze zwiększyć. Nie są one skomplikowane nie sprawiają też specjalnych kłopotów sądom. Co prawda samo zestawianie wyroków i skazań jest nieco żmudne, jednak sądy potrafią to robić bez większych błędów. Zresztą po wejściu w życie ustawy z 20.02.2015 r. wymierzanie kary nieco się uprości. Z uwagi na spodziewane zwiększenie liczby tego rodzaju postępowań należy oczekiwać, że mogą być one – nie bez racji – postrzegane przez praktykę jako uciążliwe, tym bardziej, że są to postępowania, w których nie rozstrzyga się o odpowiedzialności karnej sprawcy. Niemniej nie należy oczekiwać, by sprawiały jej one większą trudność w przyszłości.

Słowa kluczowe: prawo karne; kara łączna; wyrok łączny

Summary

Marek Kulik – Aggregate judgment in court practice in the years 2012–2013

This paper presents the results of studies concerning proceedings involving the issue of an aggregate judgment in 2012–2013. The study covered 512 cases, which were analysed from the point of view of the entity that initiated proceedings; the participation of defence counsel; the participation of the convicted person; the degree of familiarity with the case files in proceedings in which aggregate judgments were issued; the method of issuing decisions in the case; the way in which the concurrent/consecutive penalty was adjudicated. The study is preceded with a short analysis of the state of law relating to concurrent/consecutive penalty and aggregate judgment before the Penal Code amendments of 20 February 2015 and with an indication of the direction for interpreting those provisions after the amendments. In the final part, the author presents conclusions.

Keywords: criminal law; concurrent/consecutive penalty; aggregate judgment

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Konrad Buczkowski*

„Zmowy przetargowe" jako jedna z postaci przestępstwa z art. 305 k.k.

WSTĘP

Procedura przetargowa jest jedną z częściej wykorzystywanych w systemach gospodarki wolnorynkowej instytucji mających doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej – z punktu widzenia zamawiającego – oferty realizacji zamówienia, spośród pewnej ich liczby, przedstawionej przez podmioty mające chęć podjąć się jego realizacji. Procedura taka podlega pewnym, określonym przepisami prawa, regułom, których naruszenie może doprowadzić do unieważnienia całego postępowania.

Dlatego tak bardzo istotne jest przestrzeganie wszystkich procedur związanych z przygotowaniem, prowadzeniem i rozstrzygnięciem przetargu, szczególnie w zakresie zapewnienia wszystkim jego uczestnikom dostępu do tych samych informacji na temat przedmiotu zamówienia, traktowania ich w identyczny sposób i dokonania wyboru wykonawcy zamówienia w oparciu o określone w sposób przejrzysty reguły, mające sprawić, że zostanie ono zrealizowane zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i po cenie jak najkorzystniejszej z jego punktu widzenia.

Prawidłowość zorganizowania i przeprowadzenia procedury przetargowej ma szczególne znaczenie przy przetargach publicznych, w których zaangażowane są środki publiczne tak krajowe, jak i pochodzące z funduszy unijnych. Nie dziwi zatem, iż ustawodawca przewiduje w tym zakresie daleko idącą formalizację procedury.

„Przetargowy tryb zawierania umów, zwłaszcza przy dużych i typowych transakcjach, należy od dawna do podstawowych sposobów nawiązywania stosunków umownych w praktyce międzynarodowej, o wysokim stopniu standaryzacji i harmonizacji poszczególnych wewnętrznych regulacji prawnych krajów Unii Europejskiej. Do tej praktyki i wykształconych przez nią zasad nawiązuje ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych[1]. Ustawa ta, stanowiąca *ius cogens*, reguluje tryb i zasady udzielania zamówień publicznych, zawierania umów, środki ochrony prawnej i kontrolę udzielania zamówień publicznych w sprawach usług, dostaw lub robót budowlanych"[2],

---

* Dr Konrad Buczkowski jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych PAN oraz Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

1 Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.

2 S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, J. Gudowski (red.), LEX/el. 2014.

Innymi aktami prawnymi, które regulują zagadnienia przetargowe są m.in.: ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami[3], regulująca przetargowy tryb zbywania nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub nieruchomości komunalnych (art. 37–42); ustawa z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych[4] czy rozporządzenie Rady Ministrów z 14.09.2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości[5]. Oczywiście nie należy również zapominać o podstawowej regulacji przetargu zawartej w przepisach kodeksu cywilnego (art. 70^1–70^5)[6].

Należy zauważyć, że „udzielanie zamówień publicznych jest znaczącym elementem gospodarek krajowych w UE. Każdego roku organy publiczne i podmioty prawa publicznego przeznaczają około jedną piątą PKB UE na zamawianie towarów, robót budowlanych i usług. W przybliżeniu 20% tej łącznej puli dotyczy zamówień publicznych przekraczających progi, powyżej których mają zastosowanie unijne przepisy dotyczące zamówień publicznych. (…) Z przeprowadzonego w 2013 r. badania dotyczącego identyfikowania i ograniczania korupcji w obszarze zamówień publicznych w UE wynika, że w 2010 r. całkowite bezpośrednie koszty korupcji w zamówieniach publicznych tylko w odniesieniu do pięciu sektorów (tj. transport kolejowy i drogowy, gospodarka wodna i gospodarka odpadami, budownictwo miejsce/użyteczności publicznej, szkolenia, badania i rozwój) w ośmiu państwach członkowskich (Włochy, Francja, Węgry, Litwa, Holandia, Polska, Rumunia i Hiszpania) wynosiły 1,4 mld – 2,2 mld EUR”[7].

W ramach procedur przetargowych naturalna jest współpraca pomiędzy oferentami świadczącymi usługi określonego rodzaju. W tym też celu zawierają oni szereg bardziej (umowa konsorcjum) lub mniej sformalizowanych porozumień (np. udzielenie zasobów), które mają doprowadzić do uzyskania zamówienia. Jeżeli współpraca taka odbywa się w ramach prawa, traktowana jest jako „normalny” wyraz prowadzonej działalności gospodarczej. Jeżeli natomiast podejmowane działania mają na celu zdobycie zamówienia z naruszeniem właściwych procedur, mogą zostać one uznane za jedną z zakazanych praktyk rynkowych[8].

Katalog takich praktyk zawiera art. 6 ust. 1 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów[9], zakazujący porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności

[3] Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.
[4] Tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274 ze zm.
[5] Tekst jedn.: Dz. U. Nr 207, poz. 2108 ze zm.
[6] Przepisy w brzmieniu ustalonym ustawą z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408).
[7] *Sprawozdanie Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego. Sprawozdanie o zwalczaniu korupcji w UE*, Komisja Europejska, Bruksela 03.02.2014, COM(2014) 38 final, s. 24–25.
[8] W wyroku z 20.06.2013 r. (1353/13), Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych wprawdzie nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, jednak z punktu widzenia tych przepisów za zabronione uznaje się uzgadnianie treści składanych ofert pomiędzy odrębnymi uczestnikami przetargu oraz podejmowanie przez nich działań w toku procedury o zamówienie.
[9] Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184.

zakresu prac lub ceny (tzw. zmowy przetargowe lub zmowy cenowe)[10]. Przedmiotem takiego – niedozwolonego – porozumienia mogą być tak warunki składanej oferty, jak i wpływ na krąg oferentów, poprzez zobowiązanie do złożenia fikcyjnej oferty lub do odstąpienia od udziału w przetargu[11].

„Zmowy przetargowe uderzają w istotę postępowania przetargowego, tj. w konieczność zapewnienia uczciwego współzawodnictwa (przepis art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych – zasada uczciwej konkurencji)[12]. Trzeba bowiem pamiętać, iż naruszenie efektywności postępowania przetargowego utrudnia wyłonienie najkorzystniejszej oferty, czy to pod względem ceny, czy sposobu wykonania"[13].

Dlatego też obowiązujące przepisy przewidują liczne sankcje za nielegalne wpływanie na wynik postępowania przetargowego. Cytowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje możliwość nałożenia przez prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na oferenta działającego w zmowie przetargowej kary pieniężnej w wysokości do 10% przychodu uzyskanego w roku poprzedzającym jej nałożenie (art. 106). Z kolei ustawa – Prawo zamówień publicznych pozwala na wykluczenie wykonawcy (osoby fizycznej, spółki prawa handlowego) skazanego za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia z udziału w postępowaniu przetargowym (art. 24), a w przypadku podmiotów zbiorowych – tych, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[14].

Nie należy zapominać, że zmowa przetargowa podlega penalizacji na podstawie art. 305 kodeksu karnego.

W roku 2013 w oparciu o art. 305 k.k. wszczęto 144 postępowania karne, jednak wyroki wydano w niewielu przypadkach. Badanie, którego wyniki zostaną przedstawione w dalszej części artykułu, objęło analizę akt sądowych za lata

[10] Pozostałe zakazane przywołanym przepisem praktyki to: 1) ustalanie, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów; 2) ograniczanie lub kontrolowanie produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji; 3) podział rynków zbytu lub zakupu; 4) stosowanie w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednolitych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 5) uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 6) ograniczanie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

[11] Por. wyrok Sądu Najwyższego z 14.01.2009 r. (III SK 26/08).

[12] Komisja Europejska w swoim opracowaniu nt. korupcji w Unii Europejskiej wskazała, iż „w badaniu z 2013 r. dotyczącym identyfikacji i ograniczania korupcji w obszarze zamówień publicznych w UE wskazano cztery główne rodzaje nieprawidłowych praktyk stosowanych w 96 przypadkach, w odniesieniu do których zarzuty korupcji zostały potwierdzone w prawomocnych wyrokach sądowych lub wykazano wyraźnie stosowanie praktyk korupcyjnych. Praktyki te obejmują: 1) zmowę przetargową (w formie rezygnacji z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, składanie ofert uzupełniających, rotacja ofert, podwykonawstwo) polegającą na «obiecaniu» udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy za zgodą lub bez zgody urzędników publicznych; 2) łapówki polegające na zażądaniu lub przyjęciu korzyści majątkowej przez urzędników publicznych uwzględnionej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym w ramach procedur administracyjnych; 3) konflikt interesów; 4) inne nieprawidłowości obejmujące celowe niewłaściwe zarządzanie/ignorowanie, w sytuacji gdy urzędnicy publiczni nie przeprowadzają należytych kontroli lub nie przestrzegają wymaganych procedur bądź tolerują lub ignorują jawne przypadki celowego niewłaściwego zarządzania przez wykonawców", *Sprawozdanie Komisji…*, s. 31, zob. też *Identyfikowanie i ograniczanie korupcji w zamówieniach publicznych w UE – Opracowanie metodyki w celu oszacowania bezpośrednich kosztów korupcji i innych elementów mechanizmu oceny UE w obszarze zwalczania korupcji*, dnia 30.06.2013 r., PricewaterhouseCoopers i ECORYS.

[13] Ł.M. Mackiewicz, *Zmowa przetargowa a współpraca*, „Gazeta Prawna" z 2.03.2015 r.

[14] Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212).

2013–2014 oraz akt postępowań przygotowawczych z roku 2014. Jego celem było określenie powodów umorzeń postępowań i kierowania niewielkiej liczby spraw tego rodzaju z aktami oskarżenia do sądów, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki zmów przetargowych.

1. Kodeksowe ujęcie przestępstwa z art. 305 k.k. – konstrukcja prawna i problemy interpretacyjne

Podstawowym pojęciem, które należy rozważyć, omawiając kodeksowe ujęcie przestępstwa z art. 305 k.k., jest – stanowiące znamię strony przedmiotowej – określenie „przetarg publiczny".

Kodeks karny nie zawiera definicji legalnej pojęcia „przetargu publicznego", czy choćby pojęcia „przetargu", dlatego też – dokonując jego interpretacji – należy odwoływać się do przepisów szeroko rozumianego prawa cywilnego.

Podstawową regulację przetargu zawiera kodeks cywilny – w art. 70^1–70^5. Przepisy te, w wersji ustalonej nowelizacją kodeksu z roku 2003[15], określają przetarg jako jedną z form zawarcia umowy[16]. W sposób syntetyczny dokonują one opisu całej procedury przetargowej. Uwzględniać ma ona następujące elementy:

- ogłoszenie przetargu, w którym określone zostaną czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu lub wskazany zostanie sposób udostępnienia tych warunków (art. 70^1 § 2), z tym że warunki zawarte w ogłoszeniu przetargu mogą być zmieniane lub odwoływane wyłącznie, jeżeli takie zastrzeżenie znalazło się w jego treści (art. 70^1 § 3);
- organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków przetargu (art. 70^1 § 4); uczestnictwo w przetargu może być uzależnione – pod rygorem niedopuszczenia do procedury – od wpłacenia przez oferenta wadium, tj. wniesienia określonej kwoty lub ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia jej wpłacenia (art. 70^4 § 1); wadium w tym przypadku ma charakter zabezpieczenia zawarcia umowy przez zwycięzcę przetargu (w sytuacji, gdyby uchylał się on od zawarcia umowy – organizator może wadium

[15] Ustawa z 14.02.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408). Jak podnoszą S. Rudnicki i R. Trzaskowski: „Zmiana wprowadzona w art. 70^1 § 1 polegała na wyłączeniu aukcji (art. 70^2 i 70^4) – określanej poprzednio jako jeden z rodzajów (ustny) przetargu – z kodeksowego pojęcia przetargu i na uszczegółowieniu sposobu organizacji przetargu i postępowania przetargowego. Zmiana ta – o charakterze porządkowo-terminologicznym – dostosowała nazewnictwo do przyjętego w stosunkach gospodarczych. Obowiązujące przepisy prawne nie zawierają definicji aukcji. Jednakże z art. 70^2, określającego postępowanie aukcyjne, wynika, że jest to tryb zawarcia umowy w drodze ustnej licytacyjnej konkurencji ofert, w której – jeżeli warunki aukcji tak stanowią – mogą uczestniczyć licytanci biorący udział w licytacji za pomocą środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Aukcję, zwaną także licytacją, różni od przetargu to, że jest ona organizowana publicznie w warunkach i w sposób podobny do innych rodzajów licytacji, w których o zawarciu umowy ma decydować najkorzystniejsza oferta cenowa, przez co wybór jednej z konkurencyjnych ofert sprowadza się w zasadzie do jednego elementu. Zorganizowanie i przeprowadzenie aukcji może być powierzone przedsiębiorcom specjalizującym się w działalności aukcyjnej, np. prowadzącym domy aukcyjne zajmujące się aukcją dzieł sztuki. Postępowanie aukcyjne prowadzi do wyboru oferenta, który zaoferował najwyższą cenę". S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny*...

[16] Drugą z form zawarcia umowy, opisaną w przywołanych przepisach, jest aukcja, która sprowadza się do wyłonienia zwycięzcy poprzez złożenie przez licytanta oferty korzystniejszej niż wcześniejsza (art. 70^2 § 1 k.c.).

zachować albo dochodzić jego zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia) albo przez organizatora (jeżeli to on uchyla się od zawarcia umowy – uczestnik, który wygrał może domagać się zwrotu podwójnej kwoty wadium albo naprawienia szkody); w innym przypadku wadium podlega zwrotowi a zabezpieczenie wygasa (art. 70^4 § 2);

– wybór zwycięskiej oferty lub zamknięcie przetargu bez wyboru którejkolwiek z ofert; z tą chwilą pozostali oferenci (poza zwycięzcą) przestają być związani swoimi ofertami lub – w razie zamknięcia przetargu bez wyboru oferty – oferty przestają wiązać wszystkich (art. 70^3 § 1); organizator ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia na piśmie uczestników przetargu o jego wyniku (art. 70^3 § 2);
– zawarcie umowy – dla ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej (art. 70^3 § 3); jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i jego uczestnik, którego oferta została przyjęta, mogą dochodzić zawarcia umowy.

Przepisy kodeksu cywilnego przewidują ponadto możliwość żądania unieważnienia zawartej umowy w przypadku, gdy strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi, wpłynęła na wynik przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie (art. 70^5 § 1). Uprawnienie powyższe wygasa z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy (art. 70^5 § 2).

Bardziej szczegółowe regulacje dotyczące procedury przetargowej zawiera ustawa – Prawo zamówień publicznych. „Postępowanie przetargowe w trybie Prawa zamówień publicznych opiera się na systemie ofertowym, można by więc uważać je za szczególny rodzaj ofertowego sposobu zawierania umów, jednakże w literaturze wskazuje się na istotne elementy w samej procedurze przetargowej w takim stopniu odbiegające od procedury ofertowej, że uzasadnia to traktowanie przetargu jako osobnego, trzeciego obok oferty i negocjacji, sposobu zawierania umów"[17].

Warto w tym miejscu podnieść, że procedura określona zarówno w ustawie – Prawo zamówień publicznych, jak również w innych ustawach przewidujących postępowania przetargowe, ma w stosunku do przepisów art. 70^1–70^5 k.c. charakter *lex specialis*[18].

Nie należy także zapominać, że procedura przetargowa wykorzystywana jest również w postępowaniu egzekucyjnym tak administracyjnym, jak i sądowym, i – jako instytucja szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości – wyczerpuje też pojęcie „przetargu publicznego", którym posługuje się art. 305 k.k.

[17] S. Rudnicki, R. Trzaskowski (w:) *Kodeks cywilny*...
[18] Zob. wyrok SN z 9.05.2013 r. (II CSK 523/12), LEX nr 1353153 oraz wyrok SN z 30.01.2009 r. (II CSK 437/08), LEX nr 599752. Oprócz przywołanych wcześniej ustaw można dodatkowo wskazać tutaj: ustawę z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 274 ze zm.) czy ustawę z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszy Drogowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571 ze zm.).

Na tę kwestię zwraca uwagę J. Skorupka, który wskazuje, że w kodeksie cywilnym obok przetargu znalazło się uregulowanie aukcji. Powstaje zatem pytanie, czy również ta forma zawarcia umowy znajduje się pod ochroną art. 305 k.k., gdyż wykładnia językowa pojęcia „aukcja" przemawiałaby za wyłączeniem jej spod takiej ochrony. „Z drugiej zaś strony, do zmiany Kodeksu cywilnego nowelą z 23.8.2003 r. aukcja określana była jako przetarg ustny. Zasady przeprowadzania i funkcje aukcji nie odbiegają też zasadniczo od przetargu właściwego, czyli przetargu pisemnego. Aukcja (licytacja) jest też trybem zbywania rzeczy zabezpieczonych w toku postępowania cywilnego i administracyjnego postępowania egzekucyjnego. Te względy przemawiają zatem za odstąpieniem od językowej wykładni pojęcia «przetarg» na rzecz wykładni celowościowej i rozumienia pod wymienionym pojęciem także aukcji (licytacji)"[19].

Przywołana powyżej ustawa – Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg trybów udzielania zamówień. „Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zamawiający może udzielić zamówienia także w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 cytowanej ustawy). Przetarg nieograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy. Przetarg ograniczony to tryb udzielenia zamówienia, w którym, w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert"[20].

Takie – szczegółowe – rozróżnienie trybów udzielania zamówień publicznych, na gruncie analizy pojęcia „przetargu publicznego", należącego do znamion strony przedmiotowej przestępstwa z art. 305 k.k., prowadzi do powstania dodatkowych wątpliwości co do jego interpretacji.

W. Wróbel uważa, że „przetarg ma charakter publiczny wówczas, gdy zaproszenie do uczestnictwa w nim nie jest adresowane do konkretnych, zindywidualizowanych podmiotów, a więc gdy ma charakter przetargu nieograniczonego. Przetarg nie traci charakteru publicznego, gdy na określonym etapie uczestniczą w nim już

[19] J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze,* R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, s. 691.

[20] S. Rudnicki, R. Trzaskowski, w: *Kodeks cywilny...,* Pozostałe tryby udzielania zamówień przewidziane ustawą – Prawo zamówień publicznych można opisać w skrócie następująco: „Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert. Licytacja elektroniczna to tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji. Zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w innym trybie wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie", tamże.

tylko zindywidualizowane podmioty (przetarg kombinowany, dwuetapowy[21]), o ile pierwsza część przetargu jest nieograniczona. Przetarg jest publiczny także wówczas, gdy co prawda może w nim wziąć udział tylko ograniczona liczba podmiotów, ale wyznaczona kryterium generalnym"[22].

Zdaniem tego autora objęty ochroną art. 305 k.k. jest tylko taki przetarg nieograniczony, którego przebieg uregulowany jest przepisami prawa publicznego, w tym przepisami o charakterze publicznym wydawanymi przez organy samorządu terytorialnego (uchwały rady gminy lub miasta). Ponadto dla uznania przetargu za mający charakter publiczny nie jest istotny charakter mienia objętego przetargiem: państwowy czy niepaństwowy. W. Wróbel podkreśla, że „ze względu jednak na subsydiarny charakter prawa karnego sankcja karna powinna dotyczyć tylko tych sytuacji, w których ze względu na szczególny interes wprowadzono publicznoprawną regulację przebiegu przetargu"[23].

Za przetarg publiczny uznać również należy „przetarg poprzedzony negocjacjami (dialogiem konkurencyjnym) uruchamianymi na podstawie publicznego zaproszenia w ujęciu art. 54 lub 60a ustawy – Prawo zamówień publicznych"[24]. Pozostałe – poza przetargiem nieograniczonym, przetargiem ograniczonym i dialogiem konkurencyjnym – tryby udzielenia zamówienia publicznego, ujęte w ustawie, nie podlegają ochronie na podstawie art. 305 k.k.[25]

R. Zawłocki uważa z kolei, iż art. 305 k.k. dotyczy takiego przetargu, który spełnia co najmniej jedną z przesłanek: źródłem przetargu jest akt prawa publicznego, instytucją organizującą lub dysponującą środkami jest instytucja o charakterze publicznym oraz środki dysponowane w przetargu mają charakter publiczny[26].

Podobnie wypowiada się P. Szustakiewicz, wskazując na dwa elementy niezbędne dla uznania przetargu za mający charakter publiczny: jest on organizowany na podstawie przepisów powszechnie obowiązujących oraz przez podmiot do tego zobowiązany lub uprawniony na podstawie normy powszechnie obowiązującej. Inne

[21] Za taki przetarg W. Wróbel uważa przetarg nieograniczony w pierwszym jego etapie, a w drugim etapie – zamknięty. W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k.,* A. Zoll (red.), Warszawa 2008, s. 772

[22] W. Wróbel, w: *Kodeks karny. Część szczególna…*, s. 772; podobnie: O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 92 oraz O. Górniok, w: *Prawo gospodarcze i handlowe*, t. 10, S. Włodyka (red.), Warszawa 2003, s. 119; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz,* Warszawa 1998, s. 540.

[23] W. Wróbel, w: *Kodeks karny…,* s. 773; podobnie: A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Prawnokarna ochrona przetargu publicznego*, „Monitor Prawniczy" 2002/20. Autorzy ci za przetarg publiczny uważają taki, który charakteryzuje się łącznym występowaniem dwóch cech: w przetargu, co do zasady, mogą wziąć udział wszyscy chętni oraz organizowany on jest na podstawie przepisów prawa publicznego.

[24] R. Szostak, *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2014/1, s. 37.

[25] Węższa interpretacja: zob. K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 46–47. W opracowaniu tym ograniczyłem zakres pojęcia przetargu publicznego na gruncie art. 305 k.k. wyłącznie do przetargów nieograniczonych organizowanych przez instytucję publiczną lub inny podmiot działający na podstawie różnych przepisów prawa. Za takim rozumieniem przemawiało również orzecznictwo sądowe wydane w okresie obowiązywania ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 11.03.1998 r. (II Aka 247/97), w którym stwierdzono, iż okoliczność, że przetarg ma charakter nieograniczony (otwarty), jest podstawowym kryterium oceny, czy jest to przetarg publiczny. Bez zaistnienia tego warunku nie może być mowy o publiczności przetargu, który podlega ochronie art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Krakowskie Zeszyty Sądowe. Biuletyn Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawach karnych, 1998, Nr 12 (96), poz. 80.

[26] Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego*, t. 2, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 1562.

typy przetargów, w tym organizowane przez podmioty prywatne, nie podlegają ochronie z art. 305 k.k.[27]

Z kolei J. Skorupka wskazuje, iż interpretację pojęcia „przetargu publicznego", występującego w art. 305 k.k., powiązać należy z jego nieograniczonym charakterem, tj. takim, który jest „przeznaczony i dostępny dla nieograniczonej liczby uczestników, o jawnym, otwartym charakterze. Charakter podmiotu organizującego przetarg (publiczny, czy prywatny) nie ma żadnego znaczenia. Przesłankę «publiczności» przetargu w art. 305 k.k. należy zatem traktować przedmiotowo, a nie podmiotowo[28].

Ł. Pohl uważa zaś, że przetargiem publicznym jest „każdy przetarg regulowany przepisami prawa publicznego niezależnie od tego, czy jest on przetargiem nieograniczonym, ograniczonym czy zamkniętym"[29].

Analizując wskazane wyżej stanowiska należy stwierdzić, iż o przetargu publicznym w rozumieniu art. 305 k.k. można mówić wówczas, gdy stosują się do niego przepisy prawa publicznego, jest on organizowany przez uprawniony do tego podmiot i pozwala na uczestnictwo w nim nieograniczonego kręgu podmiotów lub ich zakres jest ograniczony, jednak wyznaczony kryterium generalnym. Takie rozumienie tego pojęcia pozwala na objęcie ochroną przepisu art. 305 k.k. nie tylko przetargów pisemnych, ale również licytacji odbywających się na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego czy kodeksu postępowania administracyjnego.

Do przetargu, o którym mowa w art. 305 k.k., będą miały więc zastosowanie przepisy art. 70^1–70^5 k.c., o ile przetarg taki będzie miał charakter publiczny"[30].

Problematykę właściwej interpretacji pojęcia „przetargu publicznego", należącego do strony przedmiotowej typów czynów zabronionych określonych w art. 305 k.k., należy odnieść do przedmiotu ochrony tegoż przepisu.

Wskazać należy, że przepis penalizujący zachowania naruszające procedury przetargowe funkcjonował już na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. – art. 283[31],

[27] Zob. P. Szustakiewicz, *Ustawa o zamówieniach publicznych a przestępstwo utrudniania przetargu*, „Prokuratura i Prawo" 2004/2, s. 87, za: J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 686. Odmiennie uważa J. Skorupka, który stwierdza, iż „Przepis art. 305 k.k. dotyczy przetargu, w którym następuje nabywanie i zbywanie rzeczy i usług. Wymieniony przepis, poza instytucją publiczną obejmuje swym zakresem także właściciela rzeczy oraz osobę, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Nie widać więc powodów, aby spod zakresu normowania przepisu art. 305 k.k. wyłączyć przetarg nieograniczony (skierowany do nieoznaczonego adresata) organizowany przez osobę fizyczną będącą właścicielem rzeczy, na zbycie tej rzeczy. Natomiast wzgląd na rodzajowy przedmiot ochrony przepisu art. 305 k.k. sprawia, że przetarg nieograniczony organizowany przez osobę fizyczną tylko wtedy będzie mógł być objęty zakresem normowania wymienionego przepisu, gdy będzie odbywał się w ramach obrotu gospodarczego, a zatem, gdy czynności sprawcze określone w stronie przedmiotowej typu czynu z art. 305 k.k. stanowić będą zamach na obrót gospodarczy. Z tego względu, przetarg organizowany prywatnie (poza obrotem gospodarczym) na sprzedaż rzeczy z wolnej ręki nie będzie objęty zakresem przepisu art. 305 k.k., albowiem udaremnienie, utrudnienie lub inna czynność sprawcza nie będzie stanowiła zamachu na obrót gospodarczy", tamże, s. 690.

[28] Zob. J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego,* t. 9, s. 685–686.

[29] Ł. Pohl, [w:] *System prawa handlowego. Tom 10. Prawo karne gospodarcze*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012, s. 513.

[30] J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 690, podobnie: M. Gałązka, w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2013, s. 1260. Odmiennie: M. Kulik, który stwierdza, iż „przetarg określony w art. 70^1 k.c. ma charakter prywatny i podjęcie wskazanych w komentowanym przepisie czynności w stosunku do niego nie stanowi czynu zabronionego" – M. Kulik, w: *Kodeks karny. Praktyczny* komentarz, M. Mozgawa (red.), Kraków 2006, s. 603.

[31] Art. 283 k.k. z 1932 r. brzmiał następująco: „§ 1 – Kto podstępnie lub z chęci zysku udaremnia przetarg publiczny, albo przyczynia się do odsunięcia innej osoby od udziału w takim przetargu lub do obniżenia ceny sprzedażnej licytowanego mienia, podlega karze więzienia do lat 2 i grzywny albo aresztu do lat 2 i grzywny. § 2 – Tym samym karom podlega, kto wchodzi w porozumienie z inną osobą co do działania przy przetargu publicznym, mogącego wyrządzić szkodę majątkową wierzycielowi lub dłużnikowi".

kodeksu karnego z 1969 r. – art. 245[32] oraz ustawy z 12.10.1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego[33] – art. 2[34], a następnie – bez większych zmian – został przeniesiony do obecnie obowiązującego kodeksu karnego[35].

Przez okres funkcjonowania w polskim ustawodawstwie karnym regulacji dotyczącej przestępnego wpływania na przetarg publiczny różnie ujmowano przedmiot ochrony omawianego typu przestępstwa.

W kodeksie karnym z 1932 r. wskazywano, iż godzi on w interesy wierzycieli, którzy oczekiwali sprawnego przeprowadzenia licytacji z majątku dłużnika, co wynikało z systemowego umieszczenia przepisu art. 283 k.k. z 1932 r. w grupie przestępstw na szkodę wierzycieli. Kodeks karny z 1969 r. umieścił art. 245 w rozdziale dotyczącym przestępstw na szkodę instytucji państwowych i społecznych, w konsekwencji czego wskazywano, iż rodzajowym przedmiotem ochrony była działalność tych instytucji, które miały jako jedyne możliwość pozyskiwania określonych rzeczy w trybie przetargowym oraz interes publiczny w prawidłowym przeprowadzeniu przetargu[36]. Z kolei umieszczenie tego przepisu w ramach ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (art. 2) wskazywało, iż przedmiotem ochrony były interesy majątkowe związane z przebiegiem przetargu[37].

Przepis art. 305 k.k. znajduje się w rozdziale XXXVI kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu", co również ma istotny wpływ na określenie przedmiotu ochrony.

O. Górniok wskazuje, że przedmiotem ochrony tego przepisu są „reguły prawidłowego funkcjonowania przetargu publicznego w takim zakresie, w jakim wymagają tego interesy właściciela mienia, które jest przedmiotem przetargu oraz osób i instytucji, na rzecz których dokonywany jest przetarg"[38].

W. Wróbel uznaje za przedmiot ochrony „interesy majątkowe właściciela mienia objętego przetargiem lub podmiotu, na rzecz którego przetarg jest dokonywany. Ochronie prawnej podlega także przetarg publiczny niepowiązany z działalnością instytucji państwowych lub społecznych"[39].

Z kolei A. Marek akcentuje przede wszystkim prawidłową realizację i rzetelność przetargu publicznego jako jednego ze sposobów zawierania umów

[32] Art. 245 k.k. z 1969 r. brzmiał następująco: „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3".

[33] Dz. U. Nr 126, poz. 615.

[34] Art. 2 u.o.o.g. brzmiał następująco: „§ 1 – Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 2 – Tej samej karze podlega, kto w związku z publicznym przetargiem rozpowszechnia nieprawdziwe informacje lub zataja okoliczności mające znaczenie dla wyniku przetargu. § 3 – Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego".

[35] W odniesieniu do art. 2 u.o.o.g. § 2 art. 305 k.k. rozszerza zakres kryminalizacji o osoby wchodzące w porozumienie z inną osobą, działające przez to na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany. Wyeliminowany został też wymóg nieprawdziwości rozpowszechnianych informacji. Ponadto poszerzony został zakres ochrony w stosunku do art. 283 k.k. z 1932 r. oraz art. 245 k.k. z 1969 r., gdyż „obecna redakcja omawianego przepisu nie łączy go w bezpośredni sposób z postępowaniem egzekucyjnym i licytacją, jak w art. 283 k.k. z 1932 r. oraz z przetargami przeprowadzanymi przez władzę publiczną, jak w art. 245 k.k. z 1969 r.", J. Skorupka, w: *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 689.

[36] O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze...,* s. 91.

[37] Zob. W. Wróbel, w: *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel (red.), Warszawa 1995, s. 39.

[38] O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze…,* s. 91.

[39] W. Wróbel, w: *Kodeks karny…,* s. 76.

cywilnoprawnych. R. Zawłocki zaś, uznając uczciwość i rzetelność w obrocie gospodarczym związaną z przetargami publicznymi jako rodzajowy przedmiot ochrony, wskazuje, że przepis art. 305 k.k. chroni również zasady prawidłowego toku przetargu publicznego oraz – jako indywidualny przedmiot ochrony – majątkowy interes beneficjenta przetargu publicznego[40].

Ł. Pohl, podsumowując rozważania dotyczące przedmiotu ochrony art. 305 k.k., konkluduje, iż „przedmiot ten w procesie wykładni tego przepisu – niejako z założenia – ma niewielkie znaczenie i tym samym nie rzutuje w sposób doniosły na kwestię określonego w tym przepisie obszaru kryminalizacji. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że pierwszoplanową rolę w tym procesie odgrywa zakres znaczeniowy przypisywany – na podstawie odpowiednio przeprowadzonych procedur wykładniczych (interpretacyjnych) – znamionom podmiotu, strony przedmiotowej i strony podmiotowej typów czynów zabronionych określonych w art. 305 § 1 i 2 k.k."[41].

Przestępstwo z art. 305 k.k. ma charakter powszechny. Jego sprawcą – zgodnie z zasadami przyjętymi przez polski kodeks karny – może być każda osoba fizyczna podlegająca odpowiedzialności karnej. Systemowe zasady odpowiedzialności ograniczają krąg potencjalnych podmiotów, wyłączając z niego podmioty zbiorowe niebędące osobami fizycznymi, które w większości biorą udział w przetargach publicznych[42].

W odniesieniu do czynności karalnej „przemilczenia istotnych okoliczności" przestępstwo z art. 305 k.k. ma charakter indywidualny, gdyż może ją zrealizować wyłącznie osoba zobowiązana do udzielenia takich informacji.

Zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. może przybrać formę udaremnienia lub utrudnienia przetargu publicznego albo wejścia w porozumienie z inną osobą. W przypadku natomiast § 2 tegoż artykułu, ustawodawca uznał za karalne następujące alternatywne czynności sprawcy:

1) rozpowszechnianie informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, w związku z przetargiem publicznym;
2) przemilczenie istotnej okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, również w związku z takim publicznym przetargiem,
3) wejście w porozumienie z inną osobą, w związku z przetargiem publicznym.

Warunkiem karalności wymienionych czynności wykonawczych jest ich bezprawność. Zachowanie sprawcy w ramach jego uprawnień lub obowiązków nie jest karalne nawet w sytuacji, gdy doprowadziło ono do szkody po stronie beneficjenta przetargu publicznego[43].

Dla dokonania przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. nie jest niezbędne osiągnięcie przez sprawcę zamierzonego celu w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej ani

[40] Zob. A. Marek, *Prawo karne. Wyd. 10,* Warszawa 2011, s. 573; R. Zawłocki, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 222–316*, A. Wasek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 1436.
[41] Ł. Pohl, w: *System Prawa Handlowego,* t. 10, s. 509–510.
[42] Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego,* s. 1570.
[43] Zob. R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego,* s. 1564.

też spowodowanie efektywnej szkody, a wyłącznie podejmowanie działań, które taką szkodę mogą spowodować (tzw. przestępstwo materialne ścięte)[44].

Przestępstwo z § 2 analizowanego artykułu nosi pewne znamiona działania celowego, zmierzającego do wywarcia wpływu na wyniki określonego przetargu, ale w swej istocie ma charakter formalny, gdyż sprawca nie musi działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej ani też w jakimkolwiek innym celu. Wystarczy, że zachowanie sprawcy pozostawać będzie w związku z przetargiem i może być popełnione zarówno przez działanie (rozpowszechnianie, wchodzenie w porozumienie), jak i zaniechanie (przemilczenie).

„Udaremnienie" odbycia się przetargu oznacza całkowite uniemożliwienie jego odbycia się. Bez znaczenia jest sposób, w jaki doprowadzono do takiego skutku (przestępny lub innego rodzaju), oraz czas, w którym to nastąpiło (przed rozpoczęciem przetargu czy w jego trakcie). Musi jednak ono być wywołane chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej przez sprawcę oraz nosić znamiona działania na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany[45].

„Utrudnianie" to stworzenie takich przeszkód faktycznych lub prawnych, które doprowadzą do zakłócenia procedury przetargowej i są niekorzystne z punktu widzenia celu ekonomicznego samego przetargu. Podobnie jak przy udaremnieniu odbycia się przetargu, „utrudnianie" musi mieć na celu osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowej oraz musi być działaniem na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany[46].

Znamieniem czynnościowym, występującym w obu paragrafach art. 305 k.k., budzącym wątpliwości w piśmiennictwie, jest określenie „wchodzi w porozumienie z inną osobą". Formy tej nie przewidywał art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, była zaś ona jedną z przesłanek art. 283 § 2 k.k. z 1932 r., choć w ówczesnej nomenklaturze określano ją jako „zmowę licytantów". J. Makarewicz pisał: „Przepis art. 283 § 2 ma na oku zmowę licytantów celem niedopuszczenia do sprzedaży po cenach odpowiadających wartości; zmowa taka może polegać na uzyskaniu przez kupującego biernego zachowania się innych licytantów, którzy zadowalają się okupem ze strony kupującego, albo też na kupnie na wspólny rachunek przedmiotów przetargu. W obu wypadkach cena sprzedaży licytacyjnej niewiele będzie wyższa od minimum, po którym stosownie do przepisów ustawowych dany przedmiot może być sprzedany"[47].

„Wejście w porozumienie" uznać należy za „swoiste przestępstwo, którego momentem dokonania jest nastąpienie porozumienia"[48], a więc objęte karalnością zostaje tu przygotowanie do zachowania polegającego na udaremnianiu lub utrudnianiu przetargu, chyba że osoba, która weszła w porozumienie z inną osobą, podjęła istotne starania zmierzające do zapobieżenia dokonaniu (art. 17 § 1 k.k.). Przy czym dla stwierdzenia odpowiedzialności sprawcy wystarczy już samo wejście

[44] Zob. A. Michalska-Warias, w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk (red.), Warszawa 2013.
[45] Zob. Ł. Pohl, w: *System Prawa Handlowego*, t. 10, s. 514.
[46] Idem.
[47] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 643.
[48] O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz,* Toruń 1997, s. 84.

w takie porozumienie, choćby w jego wyniku nie doszło do żadnych konkretnych działań[49]. Nie musi być on uczestnikiem przetargu, jednak jego zachowanie musi pozostawać „w związku" z takim przetargiem. Wniosek taki można wyprowadzać – kierując się zasadami wykładni celowościowej – z treści § 2 omawianego przepisu[50].

W. Wróbel uważa jednak, że takie powtórzenie znamienia „wejścia w porozumienie" stanowi usterkę legislacyjną, gdyż przepis nie określa bliżej, na czym miałoby polegać działanie objęte porozumieniem, nie wskazuje także na cel tego porozumienia i w tym zakresie art. 305 k.k. stanowi naruszenie konstytucyjnej zasady dostatecznej określoności czynu karalnego zawartej w art. 42 Konstytucji[51].

Zachowanie przestępne określone w art. 305 § 2 k.k. może polegać na „rozpowszechnianiu nieprawdziwej informacji mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu publicznego", a więc upublicznieniu czy upowszechnieniu nieprawdziwych wiadomości w każdej z możliwych form (ustnej, pisemnej czy za pomocą środków przekazu), które jednakże mają istotne znaczenie dla wyniku przetargu (zawarcia umowy lub jej niezawarcia). „Przedmiotem odpowiedzialności z art. 305 § 2 są więc te «zafałszowania», które mogą powodować zachęcenie do zawarcia umowy lub do zaproponowania korzystniejszych warunków i odwrotnie – które mogą prowadzić do rezygnacji z zawarcia umowy lub do ograniczenia oferty"[52].

Przedmiotem czynu są tu informacje i okoliczności mające istotne znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu. „Okoliczność w kontekście tego przepisu odnosi się zarówno do zdarzeń, sytuacji przeszłych, teraźniejszych i przyszłych, jak i cech przedmiotów czy właściwości osób. Kryterium jej istotności jest rola, jaką odgrywa ona przy zawieraniu umowy będącej przedmiotem przetargu. (…) Fakt, iż przetarg z powodu danej informacji lub jej braku nie doszedł do skutku albo został unieważniony przesądza o jej istotnym charakterze"[53].

„Przemilczenie okoliczności mającej znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu" zaistnieje jedynie wówczas, gdy osoba bezpośrednio zaangażowana w przetarg, mająca w związku z tym obowiązek rzetelnego i uczciwego postępowania, zataja istotne z punktu widzenia zawarcia umowy okoliczności, do ujawnienia których była obowiązana, a tym samym działa na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest przeprowadzany.

Typy czynów zabronionych określonych w § 1 omawianego przepisu mają charakter umyślny i mogą być popełnione z zamiarem bezpośrednim kierunkowym (*dolus directus coloratus*), gdyż sprawca ma działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (w rozumieniu art. 115 § 4 k.k.) dla siebie lub dla innej osoby. Ma ono charakter skutkowy, momentem jego dokonania jest niedojście przetargu do skutku lub wystąpienie trudności w jego normalnym przebiegu.

Typy czynów zabronionych określone w § 2 mają charakter umyślny. Jednak sprawca może działać tutaj zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym.

[49] Zob. K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, s. 48.
[50] Zob. J. Skorupka, *System Prawa Karnego*, t. 9, s. 693–694.
[51] Zob. W. Wróbel, w: *Kodeks karny*…, s. 776.
[52] J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 542.
[53] O. Górniok, *Prawo karne…,* s. 87.

Kodeks traktuje przestępstwo z art. 305 § 1 i 2 k.k. jako ścigane na wniosek, jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa. Projektodawcy stwierdzają w tym względzie, iż „zmierza [się] w ten sposób do ograniczenia spraw rozstrzyganych przed sądem, umożliwiając zawarcie ugody sprawcy i pokrzywdzonemu i rozwiązanie powstałego konfliktu społecznego przez naprawienie szkody"[54].

O. Górniok zwraca uwagę, że pozostawiono tu niekorzystne rozwiązanie zawarte w art. 2 § 3 u.o.o.g., w myśl którego – poza sytuacją, gdy pokrzywdzonym jest Skarb Państwa – jest to przestępstwo wnioskowe. „Oba typy przestępstw (§ 1 i § 2) ścigane są na wniosek pokrzywdzonego, jeżeli nie jest nim Skarb Państwa. Wniosek taki jest niestety wymagany, gdy pokrzywdzonym tymi przestępstwami są gminy czy inne instytucje samorządowe, korzystające co najmniej równie często jak Skarb Państwa z instytucji przetargu, które w razie, gdy sprawcami tego przestępstwa będą ich funkcjonariusze mogą nie być skłonne do składania wniosków o ściganie"[55].

Przepis art. 307 k.k., dotyczący instytucji czynnego żalu sprawcy, stosuje się odpowiednio również w odniesieniu do tego przestępstwa[56].

Odpowiedzialność karna z art. 305 k.k. rozciąga się także na osoby, które na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub faktycznego wykonywania, zajmują się sprawami majątkowymi innej osoby prawnej, fizycznej, grupy osób lub podmiotu niemającego osobowości prawnej (art. 308 k.k.).

Przestępstwo z art. 305 k.k. zagrożone jest karą do 3 lat pozbawienia wolności.

2. Udaremnienie przetargu we wcześniejszych badaniach aktowych

Stanowiące przedmiot niniejszego opracowania badanie, dotyczące przepisu art. 305 k.k., nie jest pierwszym, odnoszącym się do problematyki udaremniania lub utrudniania przetargu publicznego.

Pierwsza analiza funkcjonowania w praktyce przepisu chroniącego prawidłowość, rzetelność prowadzonych postępowań przetargowych, tj. art. 2 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (u.o.o.g.) objęła okres od wejścia w życie przepisów wskazanej ustawy, tj. od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r.[57] Kolejna zaś objęła okres od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r.[58] Badania nad art. 2 u.o.o.g. prowadzone były w ramach większych prac badawczych, obejmujących analizę funkcjonowania w praktyce wszystkich przepisów tej ustawy w okresie objętym poszczególnymi etapami badania.

Wyniki tych badań, wydawać by się mogło, mają jedynie znaczenie historyczne. Jednak zauważyć należy, że treść art. 305 k.k. w stosunku do badanego 2 u.o.o.g. uległa jedynie niewielkim zmianom, co pozwala na uznanie, iż przeprowadzone przed kilkunastu laty obserwacje, mogą mieć znaczenie dla wniosków wynikających z badań współczesnych.

---

[54] *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny, kodeks postępowania karnego, kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 212.

[55] O. Górniok, *Prawo karne…*, s. 87.

[56] Odmiennie: R. Zawłocki, w: *Komentarz do Kodeksu karnego,* s. 1572.

[57] K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 1998.

[58] K. Buczkowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego w świetle praktyki. Część II*, Warszawa 2000 (materiał niepublikowany).

Artykuł 2 u.o.o.g. zastąpił art. 245 k.k. z 1969 r., który to przepis, z chwilą wejścia w życie ustawy, został uchylony. Przepis ten w swej istocie miał na celu zapewnienie prawidłowego przebiegu przetargów publicznych. Odpowiedzialności karnej na jego podstawie podlegała osoba udaremniająca przetarg publiczny lub rozpowszechniająca fałszywe lub zatajająca prawdziwe informacje, mające istotne znaczenie dla jego wyniku.

W stosunku do treści art. 245 k.k. z 1969 r. zakres przetargów objętych ochroną art. 2 u.o.o.g. został rozszerzony o takie, które nie były powiązane z działalnością instytucji państwowych lub społecznych. Wynikało to również ze zmienionego przedmiotu ochrony tego przepisu. Otóż, podczas gdy art. 245 k.k. z 1969 r. umieszczony został w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych, a w konsekwencji przewidywał jedynie ochronę przetargów publicznych organizowanych przez instytucje państwowe lub społeczne, art. 2 u.o.o.g. chronił interes właściciela mienia będącego przedmiotem przetargu, jak również interes osób, na rzecz których przetarg jest organizowany, polegający na jego prawidłowym prowadzeniu[59].

Podstawą selekcji spraw do przeprowadzenia analizy były rejestry prowadzone w poszczególnych prokuraturach. Informacje o sygnaturach spraw, jak również o sposobie ich zakończenia, zostały przekazane za pośrednictwem prokuratur apelacyjnych, co oznacza, że selekcja spraw następowała już w samych prokuraturach. Dane dotyczące spraw zakończonych wyrokiem sądowym (zarówno prawomocnym, jak i nieprawomocnym) nadsyłane były przez poszczególne sądy.

Według pozyskanych do badania danych statystycznych, w okresie od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r., na podstawie art. 2 § 1 u.o.o.g prowadzono 40 postępowań, w tym 27 zostało umorzonych, w 7 przypadkach skierowano do sądu akt oskarżenia, a pozostałe 6 spraw znajdowało się w toku. Na podstawie § 2 tegoż artykułu prowadzono 14 postępowań: 10 umorzono, 3 zakończyły się aktem oskarżenia, 1 sprawa pozostawała w toku.

W kolejnym badanym okresie (od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r.) w oparciu o art. 2 § 1 u.o.o.g. prowadzono 57 postępowań (28 umorzeń, 17 odmów wszczęcia, 8 aktów oskarżenia, 4 sprawy w toku), a na podstawie § 2 – 39 spraw (w tym: 22 umorzono, w 8 przypadkach odmówiono wszczęcia postępowania, w 2 skierowano do sądu akt oskarżenia i 7 spraw nadal prowadzono).

Oba badania oparte zostały na tych samych założeniach. Celem analizy było:

- określenie rodzaju i podłoża najczęstszych błędów popełnionych przez prokuratorów w sprawach prowadzonych na podstawie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego;
- wskazanie działań prokuratury umożliwiających pełne wyjaśnienie prowadzonych postępowań i wydanie właściwej decyzji merytorycznej;
- wskazanie błędów zawartych w ustawie, uniemożliwiających organom prokuratury skuteczne prowadzenie postępowań karnych w sprawach gospodarczych;
- przeprowadzenie analizy postępowań sądowych (o ile takie były dostępne).

[59] K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce…*, s. 31.

Do obu zastosowano tę samą metodologię, polegającą na oparciu się na próbie losowej dobranej drogą losowania warstwowego. Wynikało to z charakteru badania obejmującego swoim zakresem wszystkie przepisy ustawy o ochronie obrotu gospodarczego.

Analiza spraw z art. 2 u.o.o.g. umorzonych na etapie postępowania przygotowawczego w okresie od 1.01.1995 r. do 30.06.1996 r.[60] pokazała, że zawiadomienia o przestępstwie pochodziły z reguły od osób, które w przetargach uczestniczyły i skierowane były przeciwko konkurentom lub osobom prowadzącym przetarg.

Problemem dla prawidłowego wyjaśnienia istnienia, lub nie, czynu mającego charakter utrudniania lub uniemożliwiania postępowania przetargowego był brak odpowiedniego materiału dowodowego w postaci zbieżnych zeznań świadków.

Badanie ujawniło jednak inne nieprawidłowości w sposobie przeprowadzenia przetargu oraz jego organizacji, w tym naruszenia ustawy o zamówieniach publicznych. Przykładowo były to: nieprzestrzeganie terminów określonych w ogłoszeniu o przetargu; zbyt krótki termin wpłacenia wadium; niejasne określenie warunków ważności przetargu (które ostatecznie prowadziły do jego unieważnienia) i kryteriów, jakimi kierować się miała komisja przetargowa. Ustalono jednak, że pomimo, iż nieprawidłowości te mogły wypełniać znamiona występku z art. 2 u.o.o.g. i zostać zakwalifikowane jako próby utrudniania przetargu, to w żadnej z badanych spraw nie pociągnięto do odpowiedzialności organizatorów przetargu.

Ponadto w toku analizy spraw dotyczących podejrzenia dokonania przestępstw przetargowych natrafiono także na inne nieprawidłowości dotyczące procedur przetargowych, które były charakterystyczne dla pierwszego okresu funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, a które dzisiaj zostały wyeliminowane. Jako przykład można wskazać nieprawidłowość występującą przy okazji licytacji majątku likwidowanych przedsiębiorstw lub sprzedaży w formie przetargu sprzętu i maszyn o dużej wartości, a związaną z przyjmowaniem wadium stanowiącego procentowe odzwierciedlenie wartości przedmiotu przetargu. Wadium w tych przypadkach wpłacane było często w gotówce bezpośrednio do kasy przedsiębiorstwa organizującego przetarg, z pominięciem rachunku bankowego, co – w przypadku kwot przekraczających 3 000 ECU[61] – stanowiło także przestępstwo z art. 25 f ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej. Tylko w jednej z badanych spraw okoliczność ta została zauważona przez osoby prowadzące postępowanie i – po wyodrębnieniu materiałów – akta przekazano do sądu wraz z aktem oskarżenia.

W kolejnym badaniu, obejmującym okres od 1.07.1996 r. do 31.12.1997 r., większa liczba spraw pozwoliła na ich bardziej szczegółową analizę.

Badaniem – niezależnie od spraw prowadzonych w ramach postępowania przygotowawczego – objęto postępowania sprawdzające zakończone wydaniem

[60] W analizowanym okresie zapadł tylko jeden wyrok skazujący na podstawie art. 2 u.o.o.g. Sprawa ta została wszczęta jako rezultat wizyty funkcjonariuszy policji w trakcie odbywającego się przetargu, podczas którego byli oni świadkami zmawiania się niektórych jego uczestników co do sposobu prowadzenia licytacji i ostatecznie deklarowanej ceny zakupu. Postępowanie zakończyło się skierowaniem do sądu aktu oskarżenia przeciwko dwóm osobom oraz wyrokami skazującymi. Zob. K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Przestępstwa gospodarcze w praktyce…,* s. 128.

[61] European Currency Unit – jednostka rozliczeniowa w Europejskim Systemie Monetarnym używana w latach 1979–1998; pełniła ponadto funkcję składnika rezerw walutowych w krajach Unii Europejskiej; 1.01.1999 r. zastąpiona przez euro w relacji 1 ECU = 1 EUR. Za: https://pl.wikipedia.org/wiki/European_Currency_Unit.

postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania karnego. Do tej części zakwalifikowano 14 spraw, z których 10 dotyczyło art. 2 § 1 u.o.o.g., a 4 – § 2 tegoż artykułu.

Treścią zarzutu zawartego w kierowanych do prokuratury zawiadomieniach o popełnieniu przestępstwa były zatem w większości zgłoszenia dotyczące rzekomych nieprawidłowości w przebiegu przetargu lub licytacji komorniczej albo ogłoszonej przez syndyka masy upadłościowej przedsiębiorstw. W jednym przypadku zawiadomienie dotyczyło tzw. zmowy przetargowej, polegającej na zawarciu przez licytantów porozumienia przewidującego ustalenie wyniku przetargu w drodze zobowiązania licytanta, mającego być wytypowanym na zwycięzcę przetargu, do wynagrodzenia pozostałym uczestnikom niezgłaszania dalszych postąpień.

W przypadku spraw z § 2 zawiadomienia dotyczyły rozpowszechniania nieprawdziwych informacji związanych z przetargiem. Interesującym był fakt, że we wszystkich przypadkach zawiadamiającymi o popełnieniu przestępstwa były osoby, które będąc uczestnikami przetargu – przegrały. Tym samym zawiadomienie składane w prokuraturze traktowały one jako próbę czy możliwość wpłynięcia na wynik rozstrzygniętego już przetargu i zmianę zapadłej tam decyzji na swoją korzyść albo jako próbę podważenia rzetelności przeprowadzonego przetargu i w ten sposób unieważnienie go. Można było odnieść wrażenie, że prokuratura traktowana była jako przysłowiowa „ostatnia deska ratunku" dla osób, które – jak to było w jednej ze spraw – przegrały sprawy w sądzie rejonowym i sądzie apelacyjnym. Tymczasem – o czym świadczą decyzje prokuratury odmawiające wszczęcia postępowań karnych – w przebiegu przetargów ani też w zastosowanych w nich procedurach, nie zachodziły żadne nieprawidłowości. Jeżeli w ramach postępowania sprawdzającego dopatrzono się nawet jakichś uchybień w trakcie przetargu, to nie miały one żadnego wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie.

W wyniku analizy akt spraw, w których odmówiono wszczęcia postępowania, stwierdzono, że część zawiadomień o popełnieniu przestępstwa wynikała z nieznajomości przez zawiadamiających regulaminów przetargu, w którym brali udział. Najczęściej zapoznawali się ze stosownymi przepisami po rozstrzygnięciu na ich niekorzyść przetargu, co nie powstrzymywało ich przed zgłoszeniem sprawy do prokuratury, ponieważ liczyli, że w ten sposób uda im się „coś zmienić". Ponadto nie odróżniano zaproszenia do składania ofert od przetargu, co prowadziło do błędnego przekonania po stronie osoby zawiadamiającej, iż miało miejsce zaistnienie przestępstwa z art. 2 u.o.o.g.

Wyniki analizy akt spraw zakończonych wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania pokrywały się w znacznej części z wynikami badania spraw zakończonych odmową jego wszczęcia. Składający zawiadomienia z art. 2 § 1 u.o.o.g. wskazywali głównie na takie – według nich – działania przestępcze, jak: nieprzeprowadzenie przetargu, utrudnianie przetargu, zmowa przetargowa i przekupstwo uczestników oraz liczne nieprawidłowości w trakcie przetargu. W odniesieniu do § 2 tegoż artykułu wskazywano na: nieprawidłowości w przeprowadzeniu przetargu, zatajenie informacji mającej istotne znaczenie dla przebiegu przetargu czy rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla przebiegu przetargu. Większość, bo aż 8 zawiadomień złożyły osoby fizyczne (w tym 3 anonimowo), które, będąc uczestnikami postępowania przetargowego, nie wygrały

go i swoje doniesienie złożyły licząc, że w ten sposób – podając się za pokrzywdzonych – doprowadzą do zmiany niekorzystnego dla nich rozstrzygnięcia. W pozostałych przypadkach zawiadomienia składały: bank, związek zawodowy, spółka prawa handlowego, spółdzielnia rolnicza. Jedna sprawa została wszczęta w wyniku czynności własnych policji i jedna prowadzona była jako wyłączona do odrębnego postępowania.

W toku analizy postępowań zakończonych umorzeniem zwrócono uwagę na fakt, iż prokuratura (czy policja – w ramach zlecenia) nie odnosiła się w sposób wystarczający do oceny przeprowadzanych przetargów, pomijając często w uzasadnieniach uchybienia proceduralne w ramach organizowanych przez różne podmioty przetargów, które to uchybienia – przy dokładniejszym rozważeniu – mogłyby wpłynąć na wydanie innej decyzji procesowej. Zdarzało się, iż prokuratura co prawda ustosunkowywała się do wskazywanych uchybień, ale ostatecznie konkludowała, że do popełnienia przestępstwa nie doszło, gdyż uzyskano w obu przypadkach na tyle korzystną cenę za przedmiot przetargu, że nie miały one wpływu na wynik postępowania. Jednakże w większości postępowań nie odnoszono się w ogóle do procedury przetargowej, pomijając również tak istotne elementy, jak sposób przeprowadzenia przetargu (ustny, pisemny, ograniczony, nieograniczony, ofertowy, publiczny) czy przepisy, w oparciu o które przetarg przeprowadzano (kodeks cywilny, prawo upadłościowe, kodeks postępowania cywilnego, ustawa o zamówieniach publicznych i in.), co przecież może (choć nie musi) rodzić inne decyzje procesowe.

W ramach badania spraw sądowych dotyczących przestępstwa przetargowego zbadano 5 spraw, z których 4 dotyczyły § 1 tego artykułu (udaremnienie lub utrudnienie przetargu), jedna natomiast § 2 (rozpowszechnianie nieprawdziwych lub zatajenie prawdziwych informacji mających związek z przetargiem). W ramach spraw z art. 2 § 1 u.o.o.g. 2 sprawy dotyczyły tzw. zmowy przetargowej, 1 uchylenia się spod egzekucji komorniczej i 1 poświadczenia nieprawdy i przez to udaremnienia egzekucji. Sprawa z § 2 dotyczyła niegospodarności przy przeprowadzaniu przetargu.

W omawianych 5 sprawach oskarżono łącznie 16 osób, z czego w 3 sprawach po 1 osobie, w jednej – 4 osoby i w jednej – 9 osób.

Wyroki wydane przez sądy w omawianych wyżej sprawach odzwierciedlały stopień skomplikowania i społecznej szkodliwości czynów sprawców. Wobec 15 oskarżonych wymierzono karę grzywny, której wysokość wahała się od 300 do 1.000 zł. Ponadto w 6 przypadkach orzeczono 6-miesięczną karę pozbawienia wolności z zawieszeniem na 2 lata, w jednym – 10 miesięcy pozbawienia wolności z zawieszeniem na 3 lata. Wobec jednego oskarżonego postępowanie karne warunkowo umorzono na okres próby, wynoszący 2 lata ze względu na znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa, zobowiązując go do zapłacenia kwoty 600 zł na cele społeczne. Również wobec jednego ze skazanych orzeczono karę dodatkową w postaci zakazu zajmowania stanowisk związanych z odpowiedzialnością materialną na okres 1 roku i 6 miesięcy.

Porównując oba badania, należy stwierdzić, że w stosunku do okresu 1995 – I poł. 1996 r. wzrosła liczba spraw kierowanych do sądów z art. 2 u.o.o.g. Wzrosła ponadto świadomość prowadzących postępowania odnośnie do procedur

przetargowych i ich przebiegu, co pozwoliło w większym zakresie uwzględniać te dane w ramach prowadzonych postępowań. Dostrzeżone błędy nie wpływały w sposób znaczący na prawidłowość wydawanych decyzji procesowych, a jedynie mogły dawać podstawę do wniesienia zażalenia przez pokrzywdzonego, ze względu na fakt niewyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy. Jednak podjęte postępowania były następnie umarzane z tej samej podstawy, lecz przy uwzględnieniu w uzasadnieniu zaskarżonych i nieopisanych wcześniej elementów.

Nie zmieniła się – w porównaniu z okresem wcześniejszym – przyczyna wnoszenia zawiadomień o popełnieniu przestępstwa. W większości składały je osoby (i to osoby fizyczne) będące uczestnikami przetargu, które przegrały go i w ten sposób próbowały zmienić niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie. Tego typu próby kończyły się najczęściej decyzją odmawiającą wszczęcia postępowania karnego albo szybkim umorzeniem postępowania już wszczętego.

Wobec dosyć wąsko ujętych przesłanek czynu z art. 2 u.o.o.g. nie można było kierować postępowania karnego przeciwko osobom wchodzącym w porozumienie doprowadzające do niekorzystnego rozstrzygnięcia przetargu. Dlatego za korzystną oceniono zmianę wprowadzoną do art. 305 k.k., którą to rozszerzono odpowiedzialność karną o osoby wchodzące w porozumienie z inną osobą, działając przez to na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

Przedstawione wyniki badań mogą być interesujące w zestawieniu z wnioskami z badania art. 305 k.k. przedstawionymi w dalszej części opracowania, gdyż – pomimo upływu szeregu lat – wykazują one nadal, przynajmniej w części, swoją aktualność.

3. Artykuł 305 k.k. w ujęciu statystycznym

Analizę funkcjonowania w praktyce art. 305 k.k. warto rozpocząć od prezentacji danych dotyczących zwalczania tego typu czynów na podstawie statystyki:

- postępowań przygotowawczych wszczętych w oparciu o wskazany wyżej artykuł w latach 1999–2014,
- przestępstw stwierdzonych (za lata 1999–2014),
- sądowej statystyki prawomocnych skazań publikowanej przez Wydział Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości za okres 2001–2014 r.

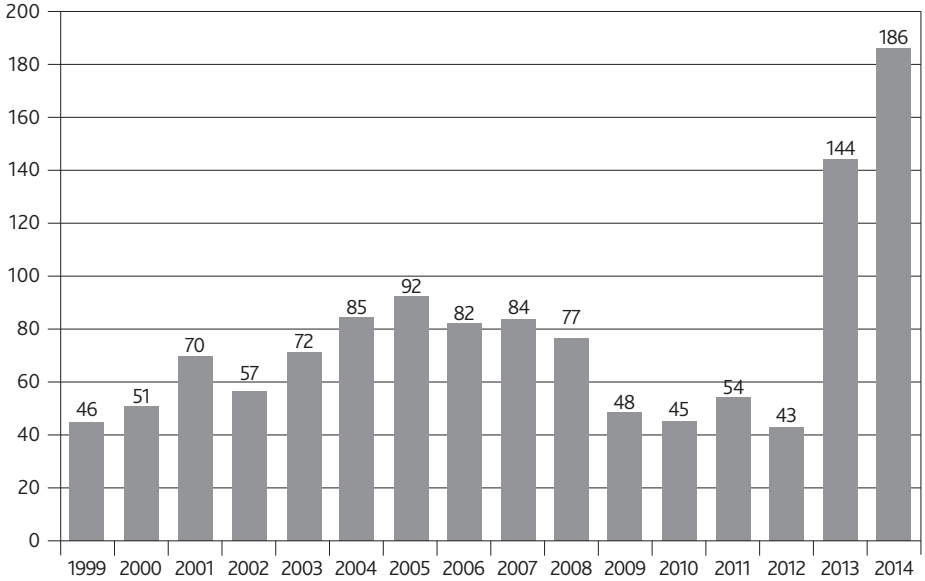
Pierwsze dwie jednostki obliczeniowe zawarte są w statystyce policyjnej.

Początkowym zdarzeniem rejestrowanym przez tę statystykę jest decyzja o wszczęciu postępowania przygotowawczego (tak dochodzenia, jak śledztwa) w związku z zaistnieniem zdarzenia, co do którego istnieje uzasadnione podejrzenie, iż może stanowić przestępstwo.

W wyniku prowadzonego postępowania może (choć nie musi) dojść do potwierdzenia zaistnienia przestępstwa. Mamy wówczas do czynienia z przestępstwem stwierdzonym.

W latach 1999–2014 policja odnotowała wszczęcie 1.236 postępowań, w których zawiadomienie wskazywało na popełnienie przestępstwa z art. 305 k.k. Dane z podziałem na poszczególne lata prezentuje wykres 1.

Wykres 1
Postępowania wszczęte na podstawie art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Komenda Główna Policji

W tym samym okresie wszczęto ogółem 17.379.428 postępowań w sprawach o popełnienie wszystkich przestępstw przewidzianych w polskich aktach prawnych[62]. Tym samym postępowania z art. 305 k.k. stanowiły 0,007% wszystkich wszczętych[63].

W statystyce policyjnej postępowania dotyczące przestępstw gospodarczych stanowią kategorię zbiorczą, obejmującą czyny zabronione, godzące lub zagrażające ponadindywidualnym dobrom w sferze życia gospodarczego, polegające na naruszeniu zaufania związanego z pozycją sprawcy lub instytucją życia gospodarczego, grożące utratą zaufania do systemu gospodarczego lub jego podstawowych instytucji.

Ogółem w latach 1999–2014 wszczęto 1.090.014 postępowań w sprawach o przestępstwa gospodarcze. Postępowania o czyn z art. 305 k.k. stanowiły 0,11% wszystkich.

Analiza danych zawartych w statystyce policyjnej wskazuje na wyraźny wzrost liczby postępowań wszczynanych na podstawie art. 305 k.k. (bez rozróżniania na poszczególne paragrafy tego artykułu) w ostatnich latach, tj. 2013 i 2014 r. Wzrost liczby postępowań w roku 2013 w stosunku do roku 2012 wyniósł ponad 334%. Jeszcze więcej wyniósł on w roku 2014 w stosunku do roku 2012, bo aż 432%.

[62] Należy pamiętać o przeprowadzonej od 2013 r. zmianie w zakresie generowania danych statystycznych przez Policję. Do końca 2012 r. prezentowane w statystyce policyjnej dane zawierały zarówno informacje o postępowaniach przygotowawczych prowadzonych przez Policję, jak również o postępowaniach prowadzonych we własnym zakresie przez prokuraturę – bez udziału Policji. Od początku 2013 r. statystyka policyjna obejmuje dane o postępowaniach przygotowawczych prowadzonych wyłącznie przez Policję. Dlatego też dane dotyczące lat 2013–2014 nie są w pełni porównywalne w stosunku do danych z lat wcześniejszych.

[63] Za: http://statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999–2014.html.

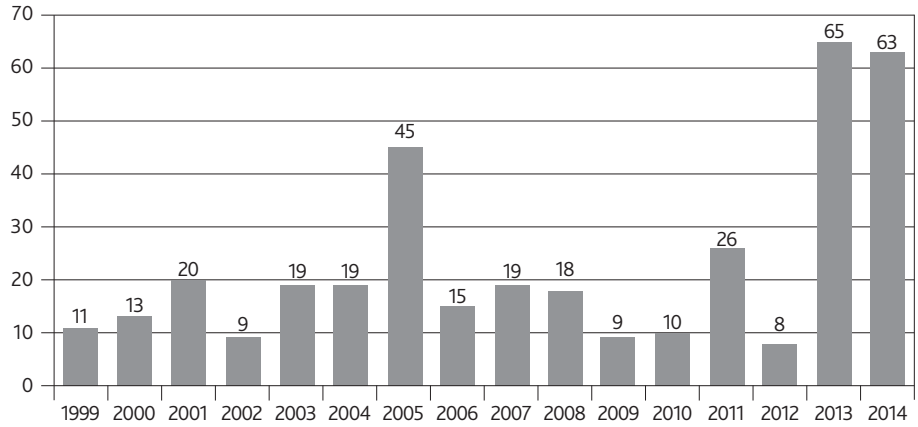
Trudno jest wytłumaczyć tak gwałtowny wzrost liczby postępowań wszczynanych na podstawie art. 305 k.k., wykazywanych w statystyce policyjnej, w ostatnich 2 latach inaczej niż zmianą przeprowadzoną w sposobie gromadzenia tych danych, gdyż przez lata wcześniejsze (1999–2012) liczba postępowań wszczynanych z art. 305 k.k. oscylowała pomiędzy 43 a 92.

Analiza danych za lata 1999–2014, dotycząca liczby przestępstw stwierdzonych[64] z art. 305 k.k. (wykres 2), odnotowuje również istotny wzrost ich liczby w ostatnich 2 latach. Podczas gdy w latach wcześniejszych stwierdzano popełnianie pomiędzy 8 a 45 przestępstw udaremnienia przetargu rocznie, w roku 2013 stwierdzono popełnienie aż 65 przestępstw, a rok później 63. Liczby te korelują z wykazywanym w statystyce policyjnej wzrostem liczby postępowań wszczynanych na podstawie przepisu art. 305 k.k.

Nie zmienia to faktu, iż trudno jest wyjaśnić tak gwałtowny wzrost ich liczby inaczej niż jako wynikający ze zmian w sposobie zbierania, generowania i prezentacji danych przez Policję. By móc wyciągać wnioski z takiej zmiany należy jednak poczekać na kolejne dane – za kilka następujących po sobie lat.

Wykres 2

Przestępstwa stwierdzone na podstawie art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Komenda Główna Policji

Powyższe dane skonfrontować można ze statystyką sądową skazań prawomocnych w oparciu o art. 305 k.k.[65] Dane obejmują lata 1999–2014 r. (wykres 3).

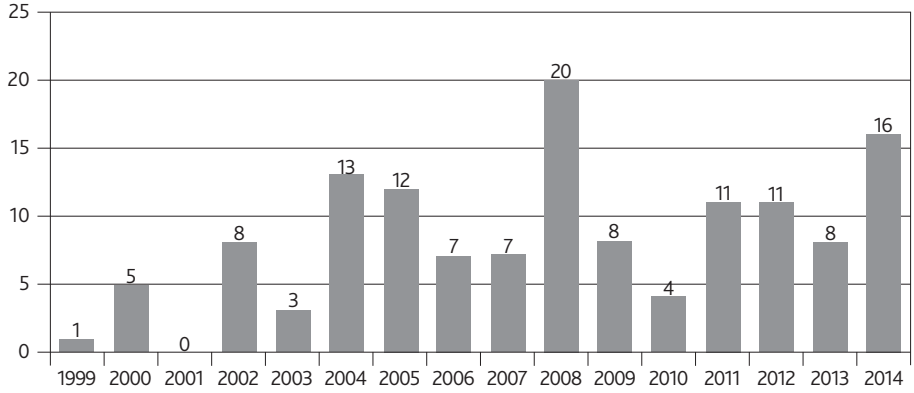
W latach 1999–2014 na podstawie art. 305 k.k. prawomocnie skazano 134 osoby, z czego 130 na podstawie art. 305 § 1 k.k., a pozostałe 4 na podstawie § 2 tegoż artykułu.

Dane dotyczące skazań prawomocnych pokazują, jak niewielka liczba spraw o przestępstwo udaremnienia przetargu publicznego kierowana jest do sądu z aktem oskarżenia, i że jest ona następstwem niewielkiej liczby postępowań wszczynanych, a następnie przestępstw stwierdzanych na podstawie art. 305 k.k.

[64] Za: http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-17/63941,Udaremnienie-przetargu-art-305.html.

[65] Źródło: http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/statystyki/2001-prawomocne_wybrane.pdf oraz http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010/download,731,33.html.

Wykres 3
Prawomocnie skazani z art. 305 k.k. w latach 1999–2014



Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości

Warto tylko odnotować, że skazania na podstawie art. 305 k.k. w ogólnej liczbie skazań prawomocnych w skali roku nie przedstawiają istotnego znaczenia. Przykładowo w roku 2014 skazano prawomocnie 295.353 osoby, w tym 16 na podstawie art. 305 k.k. Skazania na podstawie analizowanego artykułu stanowiły tym samym w roku 2014 jedynie 0,005% ogółu skazań.

Można przypuszczać, że tak niewielka liczba spraw z art. 305 k.k. może być wynikiem zwiększonej kontroli nad przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowań przetargowych, w szczególności tych, do których zastosowanie mają przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, a ponadto tryb kontroli o charakterze cywilnoprawnym jest w odniesieniu do przetargów wystarczający. Do podejrzenia zaistnienia przestępstwa udaremnienia lub utrudniania przetargu publicznego dochodzi w niewielu przypadkach, a do skazania – w zasadzie tylko wyjątkowo. Prawo karne stanowi zatem *ultima ratio* w rozwiązywaniu problemów związanych z prowadzeniem przetargów publicznych.

4. Wyniki badań aktowych

4.1. Założenia badania

Badanie oparto na 30% próbie losowej akt spraw zakończonych umorzeniem postępowania lub odmową wszczęcia wydaną w roku 2014 w sprawach z art. 305 k.k. oraz analizie wszystkich zakończonych prawomocnie w latach 2013–2014 postępowań sądowych z tegoż artykułu.

O dane niezbędne do pozyskania akt spraw zwrócono się do wszystkich jednostek prokuratury oraz wydziałów sądów w kraju. W wyniku tego zapytania uzyskano informację z 153 jednostek prokuratury (prokuratur rejonowych i okręgowych) o 252 sprawach zakończonych odmową lub umorzeniem postępowania w roku 2014[66].

[66] Pamiętać należy, że informacja ta nie pokrywa się z danymi statystycznymi zawartymi w statystyce policyjnej liczby postępowań wszczętych, gdyż dotyczy innego momentu toczonego postępowania, tj. informacji o jego zakończeniu, a tym samym może obejmować również postępowania rozpoczęte w latach wcześniejszych, a zakończone jedynie w roku 2014.

W tej liczbie w 126 przypadkach odmówiono wszczęcia postępowania, a w kolejnych 126 sprawach – wszczęte postępowanie zakończyło się wydaniem postanowienia o jego umorzeniu (po 50%).

W odniesieniu do postępowań zakończonych prawomocnym skazaniem zwrócono się do wszystkich sądów z prośbą o przekazanie sygnatur spraw z art. 305 k.k. za lata 2013–2014. W odpowiedzi uzyskano 21 sygnatur z 14 sądów. W pozostałych sądach spraw takich w żądanym okresie nie prowadzono.

Do badania aktowego wylosowano 80 spraw zakończonych odmową wszczęcia postępowania lub jego umorzeniem (po 40 dotyczących każdej z form zakończenia) oraz postanowiono zbadać wszystkie sprawy zakończone w fazie postępowania sądowego w latach 2013–2014.

Wstępna analiza przesłanych akt prokuratorskich i sądowych wykazała liczne błędy w przekazanych wcześniej informacjach o sygnaturach spraw. Mianowicie w przypadku 6 akt spraw przekazanych przez prokuratury i aż 10 (na 21) spraw zakończonych wydaniem prawomocnego orzeczenia przez sądy stwierdzono podanie w informacji błędnej kwalifikacji prawnej czynu. Otóż w tych 15 przypadkach postępowania dotyczyły co prawda art. 305, tyle że ustawy z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej[67]. W związku z powyższym sprawy te zostały wyłączone z badania. Ponadto w 10 przypadkach postępowań prokuratorskich i 2 postępowań sądowych akta spraw nie zostały ostatecznie nadesłane do zbadania z powodu konieczności podjęcia dalszych czynności w wylosowanych sprawach.

W związku z powyższym analizę przeprowadzono w oparciu o akta 64 spraw, w których w roku 2014 wydano postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania oraz 9 spraw zakończonych w latach 2013–2014 wydaniem prawomocnego orzeczenia sądowego.

4.2. Sprawy zakończone odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania

4.2.1. Zawiadomienie o przestępstwie

Konstrukcja czynów zabronionych określonych w art. 305 k.k. powoduje, że podmiotami zawiadamiającymi o możliwości popełnienia przestępstwa utrudniania lub udaremniania przetargu publicznego będą przede wszystkim uczestnicy albo podmioty organizujące postępowanie przetargowe.

Jak wynika z analizy akt spraw zakończonych odmową lub umorzeniem postępowania, w ponad 64% przypadków (41 spraw) zawiadomienia takie składali uczestnicy przetargów. W większości (prawie 43% przypadków w tej grupie) stanowiły osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, które w ramach postępowania przetargowego złożyły swoje oferty. W niecałych 10% (4 sprawy) przypadków były to spółki prawa handlowego (spółki jawne, z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne).

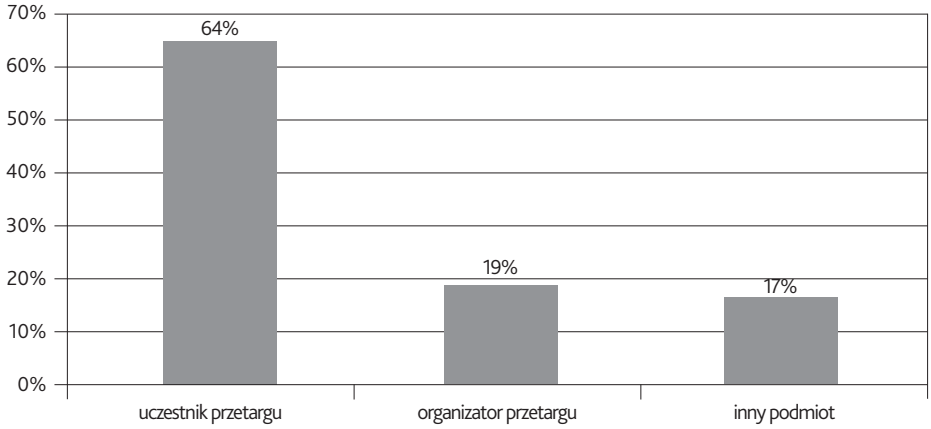
Niespełna 32% (13 spraw) stanowią uczestnicy będący osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej. Są to przede wszystkim uczestnicy licytacji organizowanych na podstawie przepisów kodeksu postępowania cywilnego

[67] Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 ze zm.

(głównie przez komorników w toku postępowania egzekucyjnego) albo na podstawie przepisów prawa administracyjnego, którzy zostali – w ich ocenie/odczuciu – pokrzywdzeni z powodu przebicia złożonych przez nich ofert. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zawiadomienia te są składane w celu zmiany niekorzystnego dla uczestników licytacji rozstrzygnięcia, a nie mają na celu wyłącznie doprowadzenia do zakończenia przetargu zgodnie z przepisami prawa.

Istnieje też pewna grupa osób fizycznych (ok. 15% – 6 przypadków), które składają zawiadomienia niezależnie od tego, czy były uczestnikami przetargów, czy też nie. Ich intencje związane ze złożeniem zawiadomienia są trudne do określenia. Są to zawiadomienia składane nieraz po upływie znacznego czasu od odbycia przetargu, gdy został on już ostatecznie zakończony, a umowa z wykonawcą zawarta. Mają one również charakter „donosów obywatelskich", związanych z przeprowadzoną przez zawiadamiającego analizą informacji dostępnych w mediach oraz Internecie. W badaniu zdarzył się również przypadek zawiadomienia, w którym mąż doniósł na byłą żonę, zarzucając jej składanie nieprawdziwych oświadczeń w przetargach, w których brała udział.

Wykres 4
Podmiot zawiadamiający o przestępstwie (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Znacznie mniej liczną grupę zawiadamiających stanowią podmioty będące organizatorami przetargów publicznych (12 przypadków – 19% wszystkich).

Organizatorzy postępowań przetargowych, w ramach wykorzystywania środków publicznych, zobowiązani są do szczególnego nadzoru nad ich wydawaniem. Wszelkie stwierdzone nieprawidłowości, nawet jeżeli nie noszą znamion czynu zabronionego z art. 305 k.k., powinny być dokładnie zbadane i – w razie stwierdzenia ich wpływu na prawidłowość przebiegu postępowania – stanowić podstawę do jego unieważnienia i powtórzenia.

Nie dziwi zatem, że również organizatorzy przetargów publicznych lub licytacji składają zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. – w przypadkach powzięcia wiadomości o możliwości wpłynięcia na jego przebieg. Do takich podmiotów należą organy samorządowe (gminy, powiatu, miasta), jak również organy

podmiotów prawa handlowego, które organizują przetargi o charakterze publicznym (np. przy zastosowaniu przepisów ustawy o zamówieniach publicznych lub z wyłączeniem ich zastosowania – na podstawie art. 4 tej ustawy). Trzecią grupę podmiotów zgłaszających stanowią prezesi sądów, którzy zobowiązani są do sprawowania nadzoru nad organizowanymi przez komorników licytacjami zajętego przez nich mienia dłużników.

Poza wskazanymi powyżej dwoma głównymi grupami podmiotów składających zawiadomienia o popełnieniu przestępstw z art. 305 k.k. wskazać można innego rodzaju jednostki, których rolą jest stanie na straży prawa albo które mają charakter instytucji lub agend państwa dysponujących środkami publicznymi, a które również mogą – niezależnie od swoich kompetencji – składać do prokuratury zawiadomienia tego rodzaju. Należy tu wymienić: Centralne Biuro Antykorupcyjne, Agencję Nieruchomości Rolnych, Komendę Główną Policji, Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej, czy też grupy posłów i senatorów.

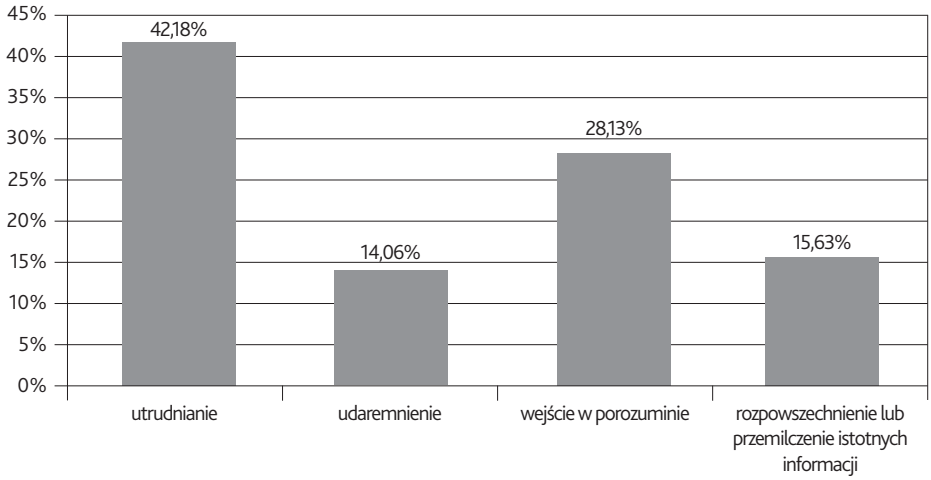
Podstawę dla oceny faktu zaistnienia możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. w trzech przypadkach stanowiły anonimowe listy skierowane do prokuratury, CBA, prezydenta czy rządu opisujące dostrzeżone przez zgłaszającego nieprawidłowości (np. przy przetargach przeprowadzanych przez jeden ze szpitali).

W jednej ze spraw zawiadomienie złożył likwidator spółki w stosunku do członków zarządu tej spółki.

4.2.2. Charakter czynu przestępnego

Zachowanie sprawcy czynu z art. 305 § 1 k.k. sprowadza się do jednej z trzech czynności sprawczych określonych w tym przepisie, tj. udaremnienia, utrudnienia albo wejścia w porozumienie z inną osobą w celu realizacji znamion czynu zabronionego. Ostatnia z tych czynności występuje również w § 2 tegoż artykułu, jednak w badanych sprawach występowała jedynie w ramach kwalifikacji z § 1 art. 305 k.k.

Wykres 5
Czynności sprawcze z art. 305 k.k. (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Poniżej zostaną omówione poszczególne czynności sprawcze z uwzględnieniem przykładów konkretnych stanów faktycznych pochodzących z zawiadomień o przestępstwie, odnotowanych w badanych sprawach.

Utrudnianie przetargu publicznego

Jak wynika z danych przedstawionych na wykresie, ponad 42% badanych akt spraw dotyczących przestępstwa z art. 305 § 1 k.k. wskazywało na różnego rodzaju zachowania sprawców utrudniające prawidłowy przebieg przetargów publicznych lub licytacji. Jako przykłady takich zachowań można wymienić:

- nieprawidłowy nadzór osób powołanych w skład komisji przetargowej nad przebiegiem przetargu, co mogło doprowadzić do ograniczenia konkurencji lub wyboru oferty droższej;
- utajnienie sposobu dochodzenia do wyniku przetargu pisemnego i wyłonienia zwycięzcy, a przez to możliwość wpłynięcia na jego wynik;
- wymuszenie na urzędnikach gminy zastosowania w przetargu warunków korzystnych dla jednego z oferentów oraz współdziałanie z nim w podmianie złożonych przez niego dokumentów przetargowych, co pozwoliło temu oferentowi na zdobycie zamówienia publicznego;
- przygotowanie dokumentacji przetargowej oraz wymogów przetargowych w taki sposób, że faworyzowały one jednego z oferentów;
- utrudnianie przeprowadzania przetargów publicznych poprzez notoryczne składanie przez oferenta niezasadnych zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstw – w przypadku przegranej jego firmy;
- posłużenie się przez oferenta niezgodnymi z prawdą referencjami przedstawianymi wraz z innymi dokumentami przetargowymi mającymi potwierdzać spełnianie przez oferenta warunków przetargu.

Udaremnianie przetargu publicznego

W ponad 14% badanych przypadków spraw kwalifikowanych na podstawie art. 305 § 1 k.k. odnotowano zawiadomienia wskazujące na próby udaremnienia przeprowadzenia przetargu publicznego lub licytacji. Jako przykłady takich zachowań można wskazać:

- zawiadomienie przewodniczącego komisji przetargowej o fakcie wręczenia przez zawiadamiającego korzyści majątkowej innym uczestnikom licytacji w celu odstąpienia przez nich od udziału w niej;
- podrobienie dokumentu w postaci pisma, rzekomo pochodzącego od zamawiającego, informującego o terminie składania ofert, a następnie posłużenie się nim jako autentycznym poprzez przedłożenie go w siedzibie innego oferenta w celu udaremnienia przetargu publicznego organizowanego przez zamawiającego.

Wejście w porozumienie z inną osobą

Trzecią z czynności sprawczych określonych w art. 305 k.k. (ponad 28% badanych przypadków) jest wejście w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, a przez to działanie na szkodę właściciela mienia albo instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany.

„Wejście w porozumienie" może przybrać charakter tzw. zmowy przetargowej i prowadzić do podjęcia współpracy pomiędzy oferentami, mającej na celu wpłynięcie na wynik postępowania przetargowego poprzez zaniechanie rzeczywistej konkurencji cenowej (tzw. zmowa cenowa) albo poprzez doprowadzenie do unieważnienia przetargu lub do utrudnienia jego prawidłowego przeprowadzenia – w celu uzyskania rozstrzygnięcia zgodnego z oczekiwaniami podmiotów objętych porozumieniem.

Jako przykłady takich zachowań, na podstawie składanych zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, można wskazać:

- wejście w porozumienie trzech uczestników przetargu na sezonową dzierżawę terenu plaży w celu handlu na niej w ten sposób, że dwaj z oferentów odstąpią od udziału w przetargu i tym samym umożliwią trzeciemu z nich wygranie go, w zamian za co zwycięzca przetargu umożliwi im handel na wydzierżawionym przez siebie terenie plaży;
- udział w przetargu na dostawę towarów do zamawiającego przez dwie firmy powiązane ze sobą kapitałowo i osobowo (spółka matka i spółka córka) i doprowadzenie do wygrania przetargu przez jedną z nich, która złożyła ustaloną wcześniej niższą cenę;
- porozumienie pomiędzy wspólnikami spółki jawnej, członkami zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością a osobami działającymi w imieniu spółki akcyjnej w celu utrudnienia przeprowadzenia rzetelnego przetargu publicznego na zakup prawa użytkowania wieczystego gruntu, poprzez rozpowszechnianie nierzetelnych informacji dotyczących przedmiotu przetargu, w efekcie czego doprowadzili do jego unieważnienia;
- wejście w porozumienie pomiędzy przedstawicielami organizatora przetargu a wybranymi oferentami, w celu doprowadzenia do wyboru ofert złożonych przez tych oferentów i odniesienia korzyści majątkowej przez przedstawicieli zamawiającego;
- wejście w porozumienie przez przedstawicieli jednej ze spółek z osobą fizyczną w celu obejścia warunku zameldowania bądź posiadania miejsca prowadzenia działalności w miejscu prowadzenia przetargów ograniczonych na dzierżawę gruntów rolnych, poprzez wyposażenie osoby fizycznej w środki finansowe, które umożliwiły wygranie jej przedmiotowych przetargów;
- porozumienie dwóch oferentów w celu uzyskania zamówienia publicznego poprzez zaoferowanie zbliżonych kwot oczekiwanych jako wynagrodzenie za realizację zamówienia, które to kwoty były jednocześnie jednymi z najniższych w przetargu (dodatkowy zarzut rażąco niskiej ceny – art. 90 ustawy – Prawo zamówień publicznych), a ponadto wykorzystanie tych samych podmiotów w celu wypełnienia warunku „dysponowania podmiotami zdolnymi do wykonania zamówienia" i pozostawanie w bliskich relacjach o charakterze gospodarczym;
- porozumienie pomiędzy przedstawicielami zamawiającego a oferentem w zakresie ustalenia oferowanej ceny oraz szczegółowych warunków przetargu, w wyniku czego oferent otrzymywał zamówienia objęte przedmiotem przetargu przez okres kilku kolejnych lat.

Rozpowszechnianie informacji lub przemilczanie istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy

Zachowania sprawcze opisane w art. 305 § 2 k.k., polegające na rozpowszechnianiu informacji lub przemilczaniu istotnych okoliczności mających znaczenie dla zawarcia umowy będącej przedmiotem przetargu, wystąpiły w ponad 15% analizowanych spraw zakończonych odmową wszczęcia lub umorzeniem postępowania. Przykładowo można wskazać tu następujące *modus operandi*:

- zatajenie przez jednego z przedstawicieli zamawiającego informacji dotyczącej istotnego elementu zamówienia, co miało wpływ na wycenę oferty przez oferenta;
- przedłożenie przez oferenta stwierdzającego nieprawdę zaświadczenia wykazującego jego kwalifikacje niezbędne do wykonania zamówienia będącego przedmiotem przetargu;
- przemilczenie przez organizatora istotnych informacji o przetargu poprzez niewłaściwe poinformowanie o jego przeprowadzeniu;
- próba wpłynięcia na wynik przetargu poprzez rozpowszechnianie w Internecie nieprawdziwych informacji o organizatorze przetargu.

4.2.3. Zmowy przetargowe – uwagi szczegółowe

Przedstawione w części dotyczącej czynności sprawczych przykłady zachowań realizujących znamię „wejścia w porozumienie z inną osobą" nie wyczerpują oczywiście wszystkich możliwych form zmów przetargowych, które mogą zaistnieć w ramach procesów gospodarczych. Pozwalają jednak na zaobserwowanie pewnych prawidłowości.

Najgroźniejsze dla prawidłowego obrotu gospodarczego są takie zmowy przetargowe, których celem jest uzyskanie zamówienia pochodzącego od instytucji państwowej lub od Skarbu Państwa – reprezentowanego przez jego organy. Wynika to z faktu, iż przetargi organizowane przez takie podmioty mają charakter bardzo kompleksowy (np. mogą dotyczyć organizacji całego systemu komputerowego w danej instytucji czy zapewnienia dostaw sprzętu, towarów na obszarze całego państwa), co wiąże się z wysoką kwotą, na jaką opiewa zamówienie. Porozumienie pomiędzy uczestnikami takiego przetargu może prowadzić do powstania szkody majątkowej po stronie zamawiającego, wynikającej z faktu, iż w wyniku niezachowania zasad konkurencji, będzie on zobowiązany do wyboru oferty, której wartość może być zawyżona w stosunku do oferty, która zostałaby wybrana, gdyby do porozumienia uczestników nie doszło. Korzyść majątkową odniosą w tym przypadku oferenci, którzy otrzymają zawyżone wynagrodzenie za swoje usługi.

Jeszcze groźniejsze z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzenia przetargu, a tym samym zachowania prawidłowych reguł obrotu gospodarczego, są takie formy wejścia w porozumienie, w których osobami porozumiewającymi się jest z jednej strony przedstawiciel zamawiającej instytucji Skarbu Państwa a z drugiej – oferent. W takim przypadku dochodzić będzie do faworyzowania konkretnego oferenta poprzez możliwe wcześniejsze uzgodnienie z nim treści specyfikacji przetargowej w taki sposób, aby tylko on spełniał jej wymogi, lub takie opisanie warunków, że tylko ten oferent będzie w stanie złożyć najkorzystniejszą ofertę. Ta postać

zmowy przetargowej wiązać się będzie najczęściej z elementami korupcyjnymi, prowadzącymi do osiągnięcia korzyści majątkowej po stronie „współpracującego" z oferentem przedstawiciela instytucji państwowej.

Należy pamiętać, że w przetargach organizowanych przez jednostki czy instytucje będące *stationes fisci* Skarbu Państwa (ministerstwa, urzędy centralne, wojewodów) wykorzystywane są nie tylko krajowe środki publiczne. Często bowiem uzupełniane są one wsparciem środków pochodzących z funduszy Unii Europejskiej, których prawidłowość wydatkowania podlega szczególnie drobiazgowej kontroli organów unijnych.

Wśród badanych postępowań odnotowano 5 o opisanym powyżej charakterze. Zawiadomienia o zaistnieniu możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. były efektem kontroli przeprowadzonej przez Najwyższą Izbę Kontroli, działań podejmowanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne, a także kontroli organizowanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych oraz Komendę Wojewódzką Policji, a dotyczących przetargów w tych instytucjach oraz pisma złożonego przez grupę posłów i senatorów.

Oczywiście środki publiczne są wykorzystywane nie tylko przez instytucje państwowe czy organy Skarbu Państwa, znacznie częściej bowiem przekazywane są one na niższy szczebel struktur państwowych, tj. do organów samorządowych. Organizowanych przez nich postępowań przetargowych jest już znacznie więcej, choć mają one innych charakter i zasięg (dotyczą finansowania programów na poziomie lokalnym), jak również w większości są znacznie niższej wartości, to jednak zmowy przetargowe w formach podobnych do opisanych powyżej nie są tutaj wcale rzadkością.

Zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa w takim przypadku pochodzą zarówno od organów, które takie środki wydają (organy gminy, powiatu, miasta), jak również – i to nawet częściej – od uczestników takich postępowań przetargowych wskazujących na możliwości zaistnienia przestępczego porozumienia w celu rozstrzygnięcia przetargu na korzyść konkretnego oferenta. Odnotowano także takie zawiadomienia, składane anonimowo, które wskazywały na zauważone nieprawidłowości w procedurach przetargowych prowadzonych w konkretnych jednostkach (np. szpital czy starostwo powiatowe), a zawiadamiający nie był uczestnikiem takich postępowań.

Postępowania te oparte o dokładną analizę – często bardzo obszerną – dokumentacji przetargowej oraz przesłuchania świadków – uczestników postępowania przetargowego, zarówno po stronie organizatora, jak i oferentów, prowadzone były w sposób wyczerpujący, a liczba zażaleń na postanowienie je kończące – niewielka.

Analiza postanowień o odmowie wszczęcia postępowania czy umorzeń w sprawach, w których podejrzewano zaistnienie zmowy przetargowej pokazuje, że niezwykle trudnym zadaniem dla organów prowadzących postępowanie, nie tylko w sprawach najpoważniejszych, ze względu na wartość zamówienia (sięgającą w jednej ze spraw kwoty ponad 33 mln zł), ale również tych o mniejszych wartościach, jest ustalenie istnienia przestępczego porozumienia. Czym innym będzie bowiem czyn nieuczciwej konkurencji polegający na porozumieniu podmiotów biorących udział w przetargach w zakresie uzgodnienia treści ofert[68], a czym innym wejście

[68] Zob. art. 3 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

w porozumienie, którego celem jest przestępcze działanie na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, objęte dyspozycją art. 305 k.k. Na tym tle widać rozbieżność dwóch reżimów ochrony prawnej: cywilnoprawnego i prawnokarnego. Zachowania, które wystarczają na uznanie ich za czyny nieuczciwej konkurencji na gruncie cywilnym, nie muszą wcale uzasadniać i być wystarczającymi dla oskarżenia na gruncie prawa karnego.

Przykład: „Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prowadziła (…) postępowanie mające na celu wyjaśnienie czy istnieją przesłanki do wszczęcia postępowania antymonopolowego dot. zmowy przetargowej (…). W dniu (…) UKOiK wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe dotyczące podmiotów gospodarczych prowadzonych przez w/w osoby.

Uzasadniając swoje stanowisko UKOiK wskazał w uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego, że «należy stwierdzić, opierając się na domniemaniu faktycznym, iż (…) oraz (…) dokonywali uzgodnień warunków składanych ofert, a tym samym zwarli porozumienie ograniczające konkurencję (…).»

Również sam zawiadamiający w załącznikach do obszernego pisemnego zawiadomienia wskazywał na bogate orzecznictwo dotyczące czynów nieuczciwej konkurencji, m.in. powołując wyrok Sądu Najwyższego z 1 grudnia 2004 r., sygn. akt III CK 15/04, w którym zawarte zostało następujące stanowisko: «Dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy.»

Jakkolwiek cytowane poglądy oraz orzeczenia sądów formułowane czy wydawane na gruncie prawa antymonopolowego mają zastosowanie do postępowań toczonych przed UKOiK czy KIO, to nie mogą mieć zastosowania jako dyrektywy ocen dokonywanych na gruncie prawa karnego. Zgodnie bowiem z wyrażoną w art. 5 § 2 k.p.k. zasadą *in dubio pro reo* niedające się usunąć wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego. (…)

Oskarżenie kogokolwiek, mimo niepewności dowodów winy, nie licowałoby z powagą rzecznika interesu państwa. Wszak prawo (art. 5 § 2 k.p.k. i art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.) wyraźnie zobowiązuje prokuratora, aby w obliczu nieusuwalnych wątpliwości dowodowych postępowanie umorzył i tym samym odstąpił od wnoszenia aktu oskarżenia." (V Ds. 28/14/S)

Kontakty pomiędzy przedstawicielami zamawiającego a oferenta, pomimo iż na podstawie oglądu zawiadamiającego o możliwości popełnienia przestępstwa mogą mieć charakter przestępczego porozumienia, to nie dowodzą jednocześnie zaistnienia niebezpieczeństwa powstania szkody po stronie organizatora przetargu. Mogą one równie dobrze wskazywać jedynie na podejrzenie popełnienia czynu wyczerpującego znamiona łapownictwa, które ostatecznie nie miało wpływu na realizację przesłanek określonych w art. 305 k.k., bądź też mogło świadczyć o znajomości tych osób, nienoszącej charakteru przestępczego. Dlatego też organa ścigania, co pokazuje analiza aktowa, mają do rozstrzygnięcia problem kwalifikacji takich kontaktów, jako mających charakter „wejścia w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowej na szkodę właściciela mienia albo osoby lub

instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany" albo nierealizujących tej przesłanki. W takich przypadkach głównym środkiem dowodowym stają się zeznania świadków, które jednak mogą być sprzeczne, natomiast dokumentacja przetargowa efektów takich nieformalnych kontaktów może wprost nie potwierdzać. Tym samym – w zakresie ustalenia przestępczych porozumień – postępowanie będzie miało charakter poszlakowy, a w konsekwencji będzie skłaniało organy je prowadzące do krytycznej oceny zebranego materiału dowodowego, aby nie naruszyć zasady określonej w art. 5 § 2 k.p.k. (*in dubio pro reo*).

Odnosząc się do postępowań, w których zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. w postaci zmowy przetargowej składały podmioty będące uczestnikami takich przetargów, nie sposób nie odnieść wrażenia, że ich celem była próba podważenia niekorzystnego dla zawiadamiającego rozstrzygnięcia. Zawiadomienia te nie są w znacznej części podparte jakimikolwiek przekonującymi dowodami, a nawet jeżeli – to są one próbą korzystnej dla takiej osoby interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) bądź też świadczą o nieznajomości przepisów dotyczących przetargów publicznych.

Przykład: „Przesłuchany w charakterze świadka zawiadamiający (…) wskazywał na możliwość popełnienia przestępstwa utrudniania postępowania przetargowego poprzez nierzetelny i stronniczy wybór ofert w postępowaniach przetargowych w których uczestniczył jako właściciel firmy (…). Według zeznań wymienionego w postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy nawierzchni placu w (…), pracownicy firmy (…), która wygrała przetarg weszli na plac budowy w dniu 04 lipca (…) roku, podczas gdy podpisanie umowy na realizację zadania określonego w postępowaniu przetargowym, nastąpiło w dniu 10 lipca (…) roku. Dodatkowo, w kolejnym postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic miejskich: (…) w (…), pracownik Urzędu Miasta (…) doprowadził do wykluczenia firmy zgłaszającego aby przetarg wygrała firma należąca do jego teścia (…). Ponadto [zawiadamiający] zarzucał, że jego firma została wykluczona w postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic (…) na podstawie braku odpowiednich referencji kierownika budowy oraz kierownika robót sanitarnych (…).

Na podstawie wymienionych czynności ustalono, że w dniu 04 lipca (…) roku na teren budowy przy ul. (…) w (…) prace porządkowe prowadziła firma (…), a nie firma (…), która wygrała przetarg. Przekazanie placu budowy w przypadku realizacji zadania dotyczącego utwardzenia nawierzchni placu (…) nastąpiło w dniu 10 lipca (…) roku i przed tym terminem żaden z pracowników firmy (…) nie wykonywał prac na tym terenie.

Na podstawie analizy zebranych dokumentów ustalono, że Wykonawca [Zawiadamiający] po wezwaniu przez zamawiającego uzupełnił dokumenty, jednakże warunek dotyczący robót, według Zamawiającego, nie został uzupełniony prawidłowo przez Wykonawcę i brakowało w ich zakresie robót sanitarnych. Efektem niespełnienia wymogu określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia było wykluczenie [Zawiadamiającego] w prowadzonym postępowaniu przetargowym dotyczącym przebudowy ulic miejskich (…).

Poczynione ustalenia nie potwierdziły informacji zawartych w zawiadomieniu, wobec powyższego należało postanowić jak na wstępie i odmówić wszczęcia

śledztwa na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 kpk, wobec braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa." (Ds. 1143/14)

Zgłoszenie faktu zaistnienia zmowy cenowej pochodzi również od osób niemających związku z konkretnym postępowaniem przetargowym, a następuje pod wpływem analizy dostępnej dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności warunków SIWZ, czy też jest następstwem przeczytanego artykułu dotyczącego zmów przetargowych i wyciągniętych na jego podstawie wniosków własnych albo zasłyszanych rozmów pomiędzy uczestnikami licytacji. Oczywiście zawiadomienia takie, niepodparte żadnymi realnymi przesłankami, słusznie zostają przez prokuratury oddalane.

Przykład: „W dniu 14 kwietnia 2014 roku wpłynęło do Prokuratury Rejonowej (…) zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. i art. 305 § 1 k.k. przez Burmistrza (…). Z treści złożonego zawiadomienia wynika, że po przeczytaniu artykułu w Gazecie Wyborczej z 22.11.2013 r. pod tytułem «Zmowy cenowe i łatwe pieniądze działają jak narkotyk» zawiadamiający doszedł do przekonania, że zawarte w nim informacje przypominają sytuację z lata 2012 r. kiedy to Burmistrz (…) forsował zakup przez gminę dziełek pod budowę szkoły za kwotę około 3 milionów złotych. Sprzedaż działek odbywała się w drodze licytacji, do której stanął obok Burmistrza właściciel (…) sp. z o.o. Cena wywoławcza wynosiła (…) zł, zaś nieruchomość został nabyta przez gminę w drodze licytacji za kwotę o (…) zł wyższą niż pierwotnie. Zdaniem zawiadamiającego sposób przeprowadzenia i przebiegu licytacji świadczy o «szyciu sprawy grubymi nićmi» i wyczerpuje znamiona przestępstw z Kodeksu Karnego." (1 Ds. 269/14/II)

W zakresie analizowanych spraw – na etapie postępowania przygotowawczego – nie postawiono nikomu zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k.

4.2.4. Kwalifikacja prawna

Samodzielna kwalifikacja prawna na podstawie art. 305 § 1 k.k. wystąpiła w 40 badanych sprawach (62,5% przypadków), natomiast kwalifikacja prawna z art. 305 § 2 k.k. – w 11 (17,2%).

Należy odnotować, że w 4 przypadkach czyn polegający na wejściu w porozumienie w celu udaremnienia licytacji prowadzony był w kierunku art. 297 § 1 k.k. Taka kwalifikacja prawna, choć z pozoru może wydawać się błędna, to jednak jest jak najbardziej uzasadniona przy przestępstwach przetargowych. Wynika to z tego, że zachowania przestępne opisane w tym przepisie obejmują także możliwość uzyskania przez sprawców czynów również zamówień publicznych, a w konsekwencji zachowania osób ubiegających się o zamówienia publiczne mogą realizować metody i formy przestępne, określone w tym przepisie.

P. Wiatrowski jako przykłady takich zachowań podaje:

- przedkładanie fałszywych dokumentów (np. podrobionych zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami czy pozytywnych opinii z banków kredytujących);
- składanie dokumentów stwierdzających nieprawdę (np. oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 19 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy wobec składającego to oświadczenie wszczęto postępowanie upadłościowe lub ogłoszono upadłość);

– składanie nierzetelnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania zmówienia (głównie zapewnienia o posiadanym doświadczeniu i potencjale ekonomicznym, przy ich całkowitym braku)[69].

W pozostałych przypadkach dochodziło do zaistnienia zbiegów z innymi przepisami, jak też w opisie czynu dopatrywano się również zachowań przestępnych wyczerpujących znamiona innych czynów określonych w kodeksie karnym.

W 4 przypadkach czyn będący przedmiotem postępowania wyczerpywał znamiona obu typów przestępstw opisanych w art. 305 (§ 1 i 2), a w jednym przypadku w kwalifikacji wskazano, obok § 1 art. 305, również jego § 3, odnosząc się do faktu, iż ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub § 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego, o ile nie jest nim Skarb Państwa. Trzy postępowania prowadzono w kierunku usiłowania popełnienia przestępstwa z art. 305 § 1 (art. 13 § 1 w zw. z 305 § 1 k.k.).

W 5 postępowaniach zachowanie przestępcze wyczerpywało znamiona innych przestępstw z kodeksu karnego, pozostających w realnym zbiegu z czynem z art. 305 § 1 k.k. Były to następujące kwalifikacje:

– 231 § 1 k.k. i 305 § 1 k.k. w zw. z 11 § 2 i 12 k.k.;
– 270 § 1 k.k. w zb. z 13 § 1 k.k. w zw. z 305 § 1 w zw. z 11 § 2 k.k.;
– 286 § 1 w zw. z 294 § 1 w zb. z 305 § 1 i 2 k.k. w zw. z 11 § 2 k.k.;
– 305 § 1 i 273 § 1 w zw. z 11 § 2 k.k.;
– 232 § 1 w zw. 305 § 1 w zw. 11 § 2 k.k.

W pozostałych przypadkach obok czynu z art. 305 k.k. postępowania sprawdzające oraz przygotowawcze prowadzone były w kierunku następujących typów przestępstw: art. 160 § 1 (narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu); art. 190 § 1 (groźba karalna) – w 4 przypadkach; art. 228 § 1 (łapownictwo bierne); art. 231 (nadużycie władzy) – w 9 sprawach; art. 233 § 4 (fałszywa opinia); art. 234 (fałszywe oskarżenie innej osoby o popełnienie czynu zabronionego); art. 238 (fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa); art. 271 § 1 (poświadczenie nieprawdy) – w 4 sprawach; art. 296 § 1 k.k. (niegospodarność) – w 3 przypadkach.

4.2.5. Podstawy odmów/umorzeń postępowania

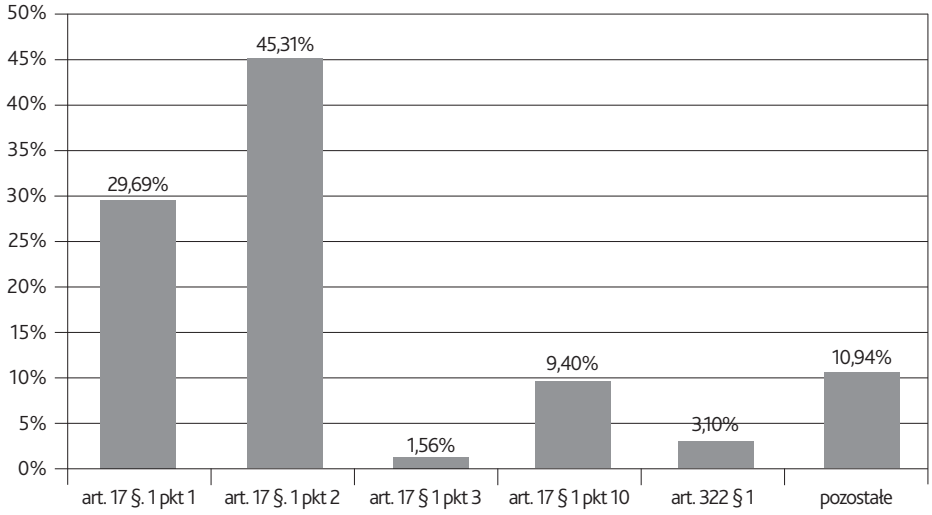
Decyzje kończące postępowania sprawdzające lub zamykające postępowania przygotowawcze w większości przypadków (ponad 45%) zakończone zostały w wyniku stwierdzenia, iż czyn objęty zawiadomieniem o podejrzeniu popełnienia przestępstwa nie zawiera znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). W niemal 30% spraw umorzenie lub odmowa wszczęcia postępowania nastąpiło w wyniku stwierdzenia, iż czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia (art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.).

[69] P. Wiatrowski, *Odpowiedzialność karna w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych" 2013/4, s. 134.

W przypadku postępowań prowadzonych na podstawie art. 305 § 1 k.k., o ile pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, stosowany jest tryb wnioskowy. W związku z tym, w przypadku braku wymaganego wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, postępowanie należy umorzyć albo odmówić jego wszczęcia (art. 17 § 1 pkt 10).

W analizowanych sprawach z wydaniem postanowienia w oparciu o powyższą podstawę prawną mieliśmy do czynienia w tych postępowaniach, w których zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa składane były przez osoby niebędące w żaden sposób zaangażowane w procedurę przetargową, w tym zawiadomienia były składane anonimowo i odnosiły się do postępowań prowadzonych przez inne podmioty niż Skarb Państwa albo licytacji organizowanych przez komorników, na podstawie wiedzy cząstkowej uzyskanej przez zawiadamiających (np. w oparciu o znalezione na śmietniku fragmenty protokołów czy ofert). W takich przypadkach, pokrzywdzony podmiot nie składał wniosku o ściganie, uznając, iż albo fakty opisane w zawiadomieniu nie miały miejsca, albo postępowanie przetargowe podlegało już sprawdzeniu i kontrola taka nie wykazała nieprawidłowości w jego przebiegu.

Wykres 6
Podstawy prawne zakończenia postępowań (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

W jednym przypadku postępowanie umorzono na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., tj. w związku ze stwierdzeniem, iż społeczna szkodliwość czynu jest znikoma.

Dwa przypadki postępowań umorzono na podstawie art. 322 § 1 k.p.k., gdyż prowadzone postępowanie nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia.

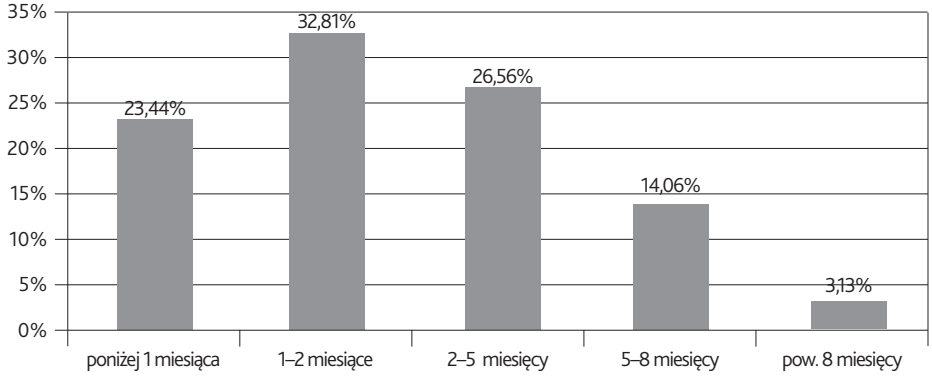
W pozostałych analizowanych przypadkach spraw jako podstawę umorzeń wskazano art. 17 § 1 pkt 1 i 2, art. 17 § 1 pkt 1 i 7, art. 17 § 1 pkt 2 i 10 oraz art. 307 § 1 w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

4.2.6. Czas trwania postępowań

Postępowania zakończone odmową wszczęcia lub umorzeniem na etapie postępowania przygotowawczego w ponad połowie przypadków kończyły się przed upływem 2 miesięcy od czasu otrzymania przez organy ścigania zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k.

W odniesieniu do postępowań zakończonych odmową wszczęcia postępowania, żadne z nich nie trwało dłużej niż 4 miesiące (66,7% spraw w przedziale od 2 do 5 miesięcy). Taka sama procentowo liczba spraw została zakończona w terminie od 1 do 2 miesięcy od daty złożenia zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa. Pozostałe ponad 27% spraw zakończono wydaniem odmowy wszczęcia postępowania w terminie krótszym niż miesiąc od wpłynięcia zawiadomienia.

Wykres 7
Czas trwania postępowań z art. 305 k.k. (w procentach)



Źródło: Obliczenia własne

Postępowania zakończone wydaniem postanowienia o ich umorzeniu trwały oczywiście dłużej, jednak czas ich prowadzenia tylko w 2 analizowanych przypadkach przekroczył 8 miesięcy i wynosił w jednym z nich 8 miesięcy 10 dni, a w drugim ponad 14 mies. i dotyczył wielowątkowego postępowania dotyczącego nieprawidłowości w postępowaniu przetargowym na zakup systemów teleinformatycznych w jednej z instytucji państwowych.

4.2.7. Dodatkowe uwagi szczegółowe

Analizowane sprawy wskazują na szereg nieprawidłowości, jakie pojawiają się (i mogą występować) w postępowaniach przetargowych. W ich ramach daje się wydzielić pewne grupy, ze względu na charakter postępowań objętych zawiadomieniem:

- dotyczące postępowań przygotowanych przez instytucje i organy Skarbu Państwa,
- w zakresie postępowań przeprowadzanych przez Agencję Nieruchomości Rolnych,

- odnoszące się do przetargów organizowanych przez samorządy i podległe im jednostki,
- licytacje komornicze,
- pozostałe o różnym charakterze.

Uwagi szczegółowe dotyczące pierwszej grupy postępowań zostały zawarte wcześniej, w części poświęconej zmowom przetargowym.

Odrębną grupę spraw stanowią postępowania związane ze sprzedażą gruntów rolnych wchodzących w skład zasobów Skarbu Państwa, a organizowane przez Agencję Nieruchomości Rolnych. Celem takich postępowań jest doprowadzenie do nabycia gruntów przez rolników indywidualnych w związku z powiększeniem obszarów ich gruntów. Nieprawidłowości, o których zawiadamiano, dotyczyły faktów utrudniania nabywania gruntów rolnych przez uprawnionych rolników, brania udziału w takich postępowaniach przez podmioty, które nie są do tego uprawnione (przedsiębiorców, spółki) – za pośrednictwem podstawionych osób, czy też prób nabycia ziemi przez cudzoziemców z pominięciem wymogu uzyskania zgody Ministra Spraw Wewnętrznych.

Zawiadomienia składane w tej grupie postępowań zawierały dodatkowe zarzuty związane z przekroczeniem uprawnień przez pracowników Agencji, wyrządzenia znacznej szkody majątkowej przy sprzedaży gruntów. Były one również składane przez ANR wobec uczestników takich przetargów. Ustalenia przeprowadzone w toku prowadzonych w tych sprawach postępowań pozwalały na postawienie zarzutu niektórym z uczestników przetargów, jednak w części związanej z innymi osobami współdziałającymi ze sprawcą – wobec faktu niemożności ich ustalenia – podlegały umorzeniu. Trudności sprawiało szczególnie ustalenie porozumień mogących mieć wpływ na prawidłowe rozstrzygnięcie przetargu i to niemożność wykazania takich powiązań stanowiła podstawę do umorzenia postępowania.

Kolejna grupa postępowań dotyczyła nieprawidłowości w przebiegu przetargów organizowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Ich uczestnikami były najczęściej osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, oferujące w nich swoje usługi (dostawa towarów, realizacja zamówień o charakterze budowlanym, itp.). Zawiadomienia o możliwości wpłynięcia na wynik postępowania pochodziły zarówno ze strony organów gminy, które powzięły informacje o możliwości wpływania na wynik postępowania przetargowego (np. zamieszczenie na internetowym portalu informacji o podmiocie, na rzecz którego miał zostać rozstrzygnięty przetarg albo zaistnienie porozumienia pomiędzy członkami komisji przetargowej a jednym z oferentów), jak również ze strony uczestników (np. wskazanie, że zwycięzca przetargu nie spełniał wymogów określonych w ogłoszeniu o przetargu czy również istnienie porozumienia pomiędzy burmistrzem gminy a zwycięzcą przetargu co do treści ogłoszenia).

Umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowań w tych sprawach wynikały bądź z braku wniosku pochodzącego od uprawnionego organu, bądź z powodu niemożności ustalenia istnienia porozumienia, do którego odnosiło się zawiadomienie o przestępstwie, jak też z uwagi na fakt, iż braki w dokumentacji, co do której zawiadamiający podejrzewał jej sfałszowanie, nie wystąpiły, a dokumentacja nie nosiła cech podrobienia.

Trudność w ustaleniach istnienia lub nieistnienia przestępstwa z art. 305 k.k. polega w tego rodzaju sprawach przede wszystkim na konieczności rozstrzygnięcia, czy postępowanie przetargowe było prowadzone prawidłowo. Protokoły związane z jego przebiegiem nie w pełni są w takich przypadkach pomocne, a zeznania świadków albo niewiele wnoszą, albo są sprzeczne. Zarzuty kierowane pod adresem organów czy instytucji przygotowujących postępowania dotyczą również elementów wymagających wiedzy specjalistycznej, szczególnie gdy chodzi o zarzuty odnoszące się do specyfikacji technicznej zamówienia. Bez posiadania takiej wiedzy, prokuratura musi się opierać wyłącznie na wyjaśnieniach zebranych od zamawiającego, ew. dokumentach postępowania odwoławczego prowadzonego na podstawie prawa zamówień publicznych przez Krajową Izbę Odwoławczą. Należy jednak pamiętać, że podejmowane w toku takiego postępowania rozstrzygnięcia – nawet niekorzystne dla organizatora przetargu czy jednej ze stron (wskazywanej w zawiadomieniu jako winna popełnienia przestępstwa) – nie muszą dowodzić, iż jednocześnie dopuściła się ona przestępstwa z art. 305 k.k.

Postępowania komornicze prowadzone są w oparciu o przepisy kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu egzekucyjnym (art. 758 i n.). Zawiadomienia w tej grupie dotyczyły przede wszystkim przekroczenia uprawnień przez komorników, którzy bądź nieprawidłowo prowadzili licytację, narażając wierzyciela na szkodę, lub ich zachowanie doprowadziło do odwołania licytacji. Przeprowadzone postępowania wykazywały zaś, że albo żadnych nieprawidłowości nie stwierdzono, a zawiadomienie wynikało wyłącznie z nieznajomości faktów przez zawiadamiającego lub braku wiedzy w zakresie postępowania egzekucyjnego, albo celem zawiadamiającego była próba zmiany wyniku licytacji, który był dla niego niekorzystny. Postanowienia o umorzeniu postępowania albo odmowie jego wszczęcia były zatem jak najbardziej uzasadnione.

Ostatnia grupa postępowań dotyczyła bardzo różnych stanów faktycznych dotyczących rzekomych nieprawidłowości w przetargach organizowanych m.in. na świadczenie usług (dostawa obiadów do szkół), realizację dostaw (dostarczenie sprzętu komputerowego), sprzedaż lokali z zasobów spółdzielni mieszkaniowej, dzierżawę terenu, wykonawstwo budowy. Zawiadamiający – w znacznej większości podmioty, które w tych postępowaniach uczestniczyły, lecz nie zdobyły zamówienia – poprzez zgłoszenie swoich obiekcji do prokuratury, liczyły na zmianę niekorzystnej dla nich decyzji.

Analiza części zawiadomień o popełnieniu przestępstwa prowadzi do wniosku, że były one formułowane przez osoby, których jedynym celem działania miało być zakłócenie przebiegu przetargu. Cechą charakterystyczną takich zawiadomień jest to, iż kierowane są one do szeregu naczelnych organów państwa (parlament, prezydent, premier, CBA, ABW, Sąd Najwyższy) oraz opierają się na ogólnej analizie dostępnych dokumentów, programów telewizyjnych, artykułów prasowych. Nie zawierają żadnych konkretnych zarzutów, a jedynie stwierdzenia, że we wskazywanych postępowaniach przetargowych dochodziło do nieprawidłowości.

Przykład: Zawiadamiający powiadomił e-mailowo Prokuraturę Generalną, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Sąd Najwyższy o „ustawianiu" przetargów w (…) wskazując, iż wymogi SIWZ może spełniać wyłącznie jeden rodzaj komputerów,

a zatem tylko jeden producent może wygrać przetarg. Sprawdzenie tej informacji wykazało, iż wymieniony w zawiadomieniu komponent jest produkowany przez wielu producentów, a zatem twierdzenia zawarte w zawiadomieniu nie odpowiadają prawdzie. Ponadto zawiadamiający nie złożył oficjalnego ustnego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, mimo licznych prób kontaktu z nim ze strony prokuratury. (2 Ds. 2045/14)

4.3. Sprawy zakończone prawomocnym orzeczeniem sądowym

Niewielka liczba spraw sądowych zakończonych prawomocnym orzeczeniem w latach 2013–2014 i uzyskanych w ramach badania nie pozwala na przestawienie wniosków o charakterze ogólnym. W związku z tym dokonana zostanie wyłącznie analiza jakościowa tych spraw.

4.3.1. Analiza postępowań sądowych

Stany faktyczne spraw zakończonych prawomocnym orzeczeniem sądowym przedstawiały się następująco:

- udaremnienie licytacji samochodu osobowego wyznaczonej przez komornika sądowego poprzez przedłożenie, w celu użycia za autentyczny, podrobionego dokumentu w postaci dowodu wpłaty określonej sumy tytułem spłaty zobowiązania pieniężnego będącego przedmiotem prowadzonego postępowania egzekucyjnego i spowodowanie przez to odwołania licytacji, a przez to działanie na szkodę komornika sądowego i wierzyciela – czyn z art. 305 § 1 i art. 270 § 1 w zw. z art. 11 § 1 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu przez oferenta oraz przewodniczącego i członków komisji przetargowej w celu nabycia w drodze negocjacji nieruchomości zabudowanej z pominięciem drugiego oferenta – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu przez dwie osoby i udaremnienie licytacji komorniczej nieruchomości poprzez celowe zaniechanie uiszczenia przez jedną z nich wylicytowanej kwoty, a ponadto – w trakcie licytacji – przemilczenie istotnych okoliczności dla przebiegu licytacji, w szczególności dotyczących braku środków na zakup licytowanej działki, które miały istotne znaczenie dla umowy przeniesienia własności nieruchomości i udaremnienie w ten sposób przysądzenia własności, a więc działanie na szkodę wierzycieli – czyn z art. 305 § 2 k.k.;
- działanie wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, jako członek komisji przetargowej, zatajenie faktu pokrewieństwa z ubiegającą się o udzielenie zamówienia fikcyjną firmą, które to okoliczności miały istotne znaczenie dla zawarcia umów w związku z przetargami publicznymi, a ponadto wejście w porozumienie z fikcyjnymi oferentami i przegotowanie na ich rzecz oferty, a następnie wykonanie prac dotyczących udzielonych zamówień – czyn z art. 297 § 2 i art. 305 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.
- działanie wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, usiłowanie wejścia w porozumienie przed przetargiem

ustnym nieograniczonym na ustalenie miesięcznej stawki czynszu na lokal użytkowy, polegające na odstąpieniu od licytacji przez dwóch oferentów i niepodbijaniu stawki czynszu w zamian za korzyść majątkową, jednak zamierzonego celu nie osiągnięto – czyn z art. 13 § 1 w zw. z art. 305 § 1 w zw. z art. 12 k.k.;
- udaremnienie licytacji publicznej, której przedmiotem była sprzedaż sprzętu budowlanego w ten sposób, że sprawca wszedł w porozumienie z ustalonymi osobami co do kwoty, za jaką zostanie zlicytowany sprzęt i osoby, która wygra licytację, w zamian za obietnicę udzielenia pieniędzy, działając w ten sposób na szkodę właściciela mienia oraz Skarbu Państwa – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- przedłożenie nierzetelnych dokumentów potwierdzających realizację przez oferenta robót budowlanych, które w istocie nie zostały zrealizowane, przez co zatajono istotne okoliczności, mające znaczenie dla zawarcia umowy, będącej przedmiotem przetargu – czyn z art. 297 § 1 w zb. z art. 305 § 2 k.k.;
- wejście w porozumienie z osobą odpowiedzialną za przygotowanie postępowania przetargowego i uczestnictwo w zmowie przetargowej polegającej na podziale zamówienia na remont budynku na cztery oddzielne zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów art. 43 ust. 1 oraz art. 70 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz udzielenie zamówień powiązanym ze sprawcą firmom – czyn z art. 305 § 1 k.k.;
- wejście w porozumienie z innymi osobami w celu uzgodnienia kwoty oferowanej na wykonanie robót drogowych będących przedmiotem organizowanego przetargu nieograniczonego na przebudowę drogi – czyn z art. 305 § 1 k.k.

Zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w sprawach zakończonych na etapie postępowania sądowego wpłynęły od Agencji Bezpieczeństwa Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Urzędu Kontroli Skarbowej i stanowiły efekt postępowań prowadzonych przez te instytucje w zakresie zmów przetargowych mających na celu uzyskanie zamówienia publicznego. Ponadto zawiadomienia – złożone przez dyrektora Urzędu Skarbowego, Prezesa Sądu Rejonowego oraz komornika sądowego – dotyczyły nieprawidłowości w toku licytacji prowadzonej na podstawie przepisów egzekucyjnych zawartych w kodeksie postępowania cywilnego oraz prawa administracyjnego. W dwóch przypadkach zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa wpłynęły od osób fizycznych, jednak również dotyczyły licytacji sądowej.

Warto podkreślić, że wejście w porozumienie z innymi osobami w celu zawiązania tzw. zmowy przetargowej odnotowano tylko w 3 sprawach. Miały one charakter bądź wcześniejszego ustalenia treści zamówienia w taki sposób, aby uzyskał je preferowany wykonawca, bądź ustalenia cen za oferowane usługi objęte przedmiotem zamówienia. Cechą charakterystyczną tego rodzaju porozumień jest to, że decyzje o ich zawiązaniu podejmowane są na szczeblu kierowniczym tak zamawiającego, jak i oferenta. Może się to wiązać z atrakcyjnością przedmiotu zamówienia, jak również wynikać z niewielkiej liczby zamówień konkretnego rodzaju (np. na budowę systemu

teleinformatycznego, przebudowę drogi), a tym samym dużej konkurencji po stronie oferentów. Zdobycie zamówienia, nawet na drodze przestępczego porozumienia, staje się w takich przypadkach „być albo nie być" dla firm z danego sektora.

W badanych postępowaniach zarzut popełnienia przestępstwa z art. 305 k.k. postawiono 17 osobom.

W ponad 58% przypadków wydano wyrok skazujący (10 osób), w pozostałych prawie 42% – postępowanie zostało umorzone lub umorzone warunkowo.

Przestępstwo z art. 305 k.k. nie jest zagrożone wysokimi sankcjami, bo jedynie do 3 lat pozbawienia wolności. Jednakże badanie pokazuje, że w żadnym z przypadków wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności nie był wyższy niż 12 miesięcy i wynosił:

- 3 miesiące (1 osoba),
- 10 miesięcy (2 osoby),
- 1 rok (2 osoby).

W stosunku do wszystkich skazanych wykonanie kary pozbawienia wolności zostało zawieszone na okres 2 albo 3 (2 skazanych) lat.

Wobec 1 osoby – na podstawie art. 305 § 1 w zw. z art. 305 § 2 k.k., przy zastosowaniu art. 58 § 3 k.k. – orzeczono karę ograniczenia wolności w postaci nieodpłatnej pracy na cele społeczne w wymiarze 20 godzin miesięcznie – przez okres 10 miesięcy.

W stosunku do 4 oskarżonych postępowanie karne zostało umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. w zw. z art. 305 § 3 k.k., w związku z brakiem wniosku o ściganie pochodzącego od uprawnionego podmiotu, a wobec jednej osoby – na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

W 2 przypadkach postępowanie zostało umorzone warunkowo na okres 2 lat oraz orzeczono świadczenie pieniężne w wysokości 1.500 zł.

W odniesieniu do 7 skazanych, obok kary pozbawienia wolności, orzeczona została kara grzywny w kwocie od 1.600 do 10.000 zł (po przeliczeniu ze stawek dziennych).

W 2 sprawach od zapadłych wyroków zostały wniesione apelacje obrońców oskarżonych. W obu przypadkach zostały oddalone jako bezzasadne, a wyroki utrzymano w mocy.

Czas trwania postępowania sądowego w 6 sprawach nie przekraczał 5 miesięcy, w pozostałych wynosił od 9 do 28 miesięcy.

W 7 sprawach orzeczenie wydawano już na pierwszej rozprawie, w tym w 2 przypadkach w trybie art. 335 § 1 k.p.k.

4.3.2. Sprawcy przestępstwa z art. 305 k.k.

W objętych badaniem postępowaniach zakończonych wydaniem prawomocnego orzeczenia w latach 2013–2014 akt oskarżenia o popełnienie przestępstwa z art. 305 k.k. skierowano przeciwko 17 osobom. Wskazać należy, że 14 oskarżonym postawiono zarzut z art. 305 § 1 k.k., a pozostałym 3 z art. 305 § 2 k.k.

Badanie pokazało, że sprawcami przestępstw udaremnienia lub utrudnienia prowadzenia przetargu byli w 100% mężczyźni.

Średnia wieku sprawców wyniosła niewiele ponad 43 lata. Najmłodszy z nich miał 23 lata, najstarszy – 69. Sprawcy w wieku poniżej średniej stanowią niemal 53% populacji.

W ponad 35% były to osoby z wykształceniem wyższym technicznym lub ekonomicznym. Wykształcenie średnie posiadało również ponad 35% oskarżonych – tu również o charakterze technicznym (technik elektronik, mechanik, technik budowlany). Pozostali (niecałe 30%) uzyskało wykształcenie zawodowe.

Wśród sprawców przestępstw z art. 305 k.k. zauważalna jest znaczna liczba osób z wyższym lub średnim wykształceniem (ponad 70%). Pamiętać jednak należy o niewielkiej liczebności wszystkich sprawców oskarżonych na podstawie analizowanego przepisu, co może zaburzać właściwą ocenę. Jednak gdy odniesiemy ten element do ich roli w popełnieniu przestępstw, o które zostali oskarżeni, taka nadreprezentacja przestanie budzić zdziwienie. Otóż w przypadku oskarżeń o tzw. zmowy przetargowe, sprawcy zajmowali wysokie stanowiska w przedsiębiorstwach biorących udział w przestępczym porozumieniu (prezes, dyrektor) lub wchodzili w skład grupy osób przygotowującej przetarg. W odniesieniu do pozostałych spraw taki związek nie miał istotnego znaczenia. Sprawcy prowadzili własną działalność gospodarczą, własne gospodarstwo rolne oraz – po jednym przypadku – byli bezrobotnymi albo znajdowali się na emeryturze.

Dwóch oskarżonych było wcześniej karanych: za przestępstwa określone w kodeksie karnym skarbowym oraz za oszustwo z art. 286 § 1 k.k., oszustwo kredytowe z art. 297 § 1 k.k. oraz kradzież z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.).

W stosunku do 3 osób zastosowano poręczenie majątkowe w wysokości od 15.000 do 20.000 zł.

5. Podsumowanie

Problematyka czynów skierowanych przeciwko prawidłowemu zorganizowaniu i przeprowadzeniu przetargu publicznego, obejmującego nie tylko przetarg pisemny, w tym w szczególności organizowany na postawie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale również licytację – prowadzoną na podstawie przepisów procedury cywilnej lub administracyjnej, wykracza znacznie poza regulację prawnokarną.

Większość sporów dotyczących nieprawidłowości związanych z przetargami nie będzie miała charakteru przestępczego i powinna być rozwiązywana na drodze cywilnoprawnej. Jak wynika z przeprowadzonego badania, jedynie w niewielkiej liczbie spraw daje się wykazać wypełnienie znamion przestępstw z art. 305 k.k., o czym dobitnie świadczy mała liczba aktów oskarżenia, a jeszcze mniejsza – wyroków skazujących, bowiem ponad 40% spraw zostało w postępowaniu sądowym umorzonych.

Znacznie większa liczba spraw kończy się odmową lub umorzeniem postępowania. Analiza tej grupy spraw wykazała, iż wydanie takich decyzji było uzasadnione. Istotna część zawiadomień dotyczyła bowiem zdarzeń, które miały charakter przestępny tylko w ocenie samego zawiadamiającego. Obejmowały one takie sytuacje, w których zawiadamiający nie był uczestnikiem postępowania, a składał zawiadomienie w oparciu o zasłyszane rozmowy, analizy fragmentów dokumentacji przetargowej czy doniesienia medialne. W takich przypadkach przeprowadzane postępowanie obejmowało sprawdzenie – najczęściej w oparciu o wyjaśnienia organizatora przetargu – przekazanych informacji, które okazywały się być bądź niemające związku

z przetargiem, bądź podlegały już wcześniejszemu sprawdzeniu w toku postępowania i nie zostały potwierdzone.

Zawiadomienia odnoszące się do wejścia w porozumienie z inną osobą w celu osiągnięcia korzyści majątkowych przez współdziałających wymagały od prowadzących postępowanie podjęcia szerszego zakresu czynności. Dla ustalenia faktu istnienia przestępczego porozumienia niezbędna jest bowiem nie tylko analiza dokumentacji, ale również przesłuchanie szeregu świadków. Jednak, co pokazuje badanie, uzyskanie potwierdzenia istnienia takiego porozumienia, którego celem było utrudnienie lub uniemożliwienie prawidłowego przeprowadzenia przetargu publicznego, jest równie trudne. Wskazać należy, że w tych sprawach, w których udało się zebrać dowody na takie porozumienie, wykorzystywane były różne techniki operacyjne wykraczające poza wymienione powyżej środki dowodowe.

Część umorzeń w badanych postępowaniach dotyczyła licytacji komorniczych. Zawiadomienia ich dotyczące odnosiły się do porozumień zawieranych w związku z przedmiotem licytacji, a mających na celu jej uniemożliwienie lub wygranie przez jednego z oferentów (poprzez odstąpienie od licytacji lub zaniechanie postąpień). W części przypadków zachowania takie, nawet jeżeli miały miejsce, to nie wpłynęły na wynik licytacji, gdyż nie dochodziła ona do skutku z innych przyczyn lub postępowanie było unieważniane przez organ je organizujący. Tym samym do wyczerpania znamion czynu z art. 305 k.k. nie dochodziło.

Przeprowadzona analiza wskazuje, że nieznaczna liczba spraw prowadzonych na podstawie art. 305 k.k. wynikać może z zawężenia znamion strony przedmiotowej tego przestępstwa wyłącznie do przetargów publicznych. Wydaje się, że uzasadnionym postulatem zmiany brzmienia tego przepisu byłoby objęcie jego zakresem wszystkich przetargów, co umożliwiłoby objęcie ochroną prawnokarną również przetargów prywatnych, jak też różnych postępowań o charakterze przetargowym prowadzonych na podstawie szeregu przepisów ustaw szczególnych.

Konsekwencją powyższej zmiany powinno być również wykreślenie z art. 305 k.k. jego § 3, przewidującego zastosowanie trybu wnioskowego w stosunku do przestępstw z art. 305 k.k., z wyłączeniem Skarbu Państwa, wobec którego stosowany jest tryb publicznoskargowy. Przyjęcie, iż ochroną tego przepisu będą objęte wszystkie przetargi, uzasadnia wprowadzenie trybu publicznoskargowego względem wszystkich pokrzywdzonych tym przestępstwem.

Słowa kluczowe: licytacja; komornik; prawo karne; przetarg prywatny; przetarg publiczny; udaremnienie przetargu; zmowa przetargowa

Summary

Konrad Buczkowski – *'Tender collusion' as a form of the offence defined in Art. 305 of the Penal Code*

The tender procedure is used very frequently in free market economy systems in order to choose the most advantageous bid – from the contracting authority's point of view – to perform the order. This procedure is subject to certain rules, specified in the law, whose violation may result in invalidation of the whole procedure.

The laws in force provide for numerous sanctions for illegal attempts to affect the contract award procedure, some of which sanctions are administrative in nature. But the legislator also included in the Penal Code a provision penalising acts aimed at interfering with the correct conduct of the tender.
According to the study on which this paper is based, it is only in a small number of cases that it is possible to demonstrate that the criteria of the offences defined in Art. 305 of the Penal Code are met, as conclusively proven by the small number of indictments and the even smaller number of convictions, as more than 40% of cases were discontinued by courts.
A much higher number of cases end with the refusal to initiate or discontinuation of proceedings. An analysis of this group of cases showed that these decisions were justified. A large part of the notices [of the commission of an offence] concerned events which only the persons submitting the notices perceived as criminal.
The conducted analysis indicates that the small number of cases conducted on the basis of Art. 305 PC may result from narrowing down the criteria of the act constituting that offence to just public tenders. It seems justified to require a change in the wording of this provision to apply to all tenders, which would enable criminal law protection to be accorded to private tenders as well, likewise other tender-like procedures conducted pursuant to a number of provisions of special statutes.
The consequence of the above amendment should also be removing from Art. 305 PC of its para. 3, which provides for private prosecution in case of offences under Art. 305 PC, except for the State Treasury, in whose case public prosecution applies. Assuming that protection under this provision will cover all tender procedures, the introduction of public prosecution is justified with respect to all those aggrieved by this offence.

Keywords: auction; bailiff; criminal law; private tender procedure; public tender procedure; frustrating a tender; tender collusion

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Paweł Bachmat*

Pełnienie funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej jako przesłanka odpowiedzialności za przestępstwa sprzedajności i przekupstwa (art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.)

1. WPROWADZENIE

Jeszcze do niedawna państwa prowadziły politykę antykorupcyjną jedynie w wymiarze wewnątrzkrajowym. Punktem odniesienia dla wprowadzania kryminalizacji antykorupcyjnych w kodeksach karnych, a następnie ścigania sprawców łamania takich uregulowań, była chęć przeciwdziałania przypadkom łapownictwa dokonywanym przez lub wobec urzędników własnego państwa. Przedmiotem ochrony tak ukształtowanych typów czynów zabronionych była prawidłowa działalność krajowych instytucji i organów władzy publicznej. W tym stanie rzeczy przyjmowanie łapówek przez funkcjonariuszy obcych państw jawiło się jako irrelewantne z punktu widzenia kryminalnego wartościowania krajowych organów ścigania, podobnie jak z założenia nie ścigano aktów przekupstwa, mających miejsce poza granicami kraju, dokonywanych przez własnych obywateli na urzędnikach obcych państw. Państwa powstrzymywały się od ścigania swoich obywateli za akty korupcji, których dopuszczali się wobec obcych urzędników na obcych terytoriach państwowych, choć tak zarysowany stan faktyczny zbliżał się do granic wyznaczonych zasadą narodowości podmiotowej (obywatelstwa), legitymizującej stosowanie własnej ustawy karnej do czynów swojego obywatela, aczkolwiek popełnionych przez niego poza granicami. Zbliżał się, ale jednak ich nie przekraczał, w sposób umożliwiający wszczęcie ścigania na podstawie własnej ustawy karnej, z uwagi na brak realizacji warunku podwójnej karalności takiego czynu. Nawet jeśli w ustawodawstwie karnym każdego z dwóch państw stypizowane było przestępstwo przekupstwa, to zakresem znamion obejmowało ono tylko przekupstwo własnych funkcjonariuszy. W tej sytuacji czyn uznany za przestępstwo za granicą, nie był uznany za przestępstwo w kraju macierzystym przekupującego. W porządku prawnym państwa macierzystego zachowanie osoby przekupującej pozostawało prawnie neutralne.

* Mgr Paweł Bachmat jest asystentem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

Jednocześnie historia dostarczyła na przestrzeni wieków rozlicznych przykładów, kiedy udzielanie korzyści urzędnikom obcych państw bywało nie tylko dopuszczalnym, co wręcz przyjętym w dyplomacji sposobem prowadzenia polityki zagranicznej[1].

Przełom w podejściu do korupcji z elementem międzynarodowym dokonał się na przełomie XX i XXI w. W tym okresie na forum organizacji międzynarodowych o charakterze uniwersalnym i regionalnym przyjęto wiele konwencji, które nałożyły na państwa-strony obowiązek kryminalizacji zachowań korupcyjnych z udziałem funkcjonariuszy obcych państw lub organizacji międzynarodowych. Efektem zwrotnym dokonanej w ten sposób internacjonalizacji antykorupcyjnego prawa karnego stała się harmonizacja wewnętrznych porządków prawnych tych państw, które zdecydowały się na ratyfikację stosownych konwencji oraz implementację ich postanowień do krajowych przepisów karnych wymierzonych w przestępczość korupcyjną[2].

Na tym tle rolę pioniera odegrała administracja amerykańska, która w roku 1977 przeprowadziła przez Kongres Foreign Corrupt Practices Act (dalej jako FCPA). Na mocy tej ustawy przestępstwem stało się wręczanie łapówek urzędnikom innych państw, zagranicznym partiom politycznym lub kandydatom na urzędy przez amerykańskich obywateli i amerykańskie korporacje, prowadzących w różnorodnej formie na terenie USA tzw. zasadniczą działalność gospodarczą, a zmierzających w ten sposób do uzyskania lub podtrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w państwie osoby przekupywanej. Równoległej penalizacji nie poddano natomiast zachowań wyczerpujących znamiona biernej postaci łapownictwa, co miało swoje pragmatyczne uzasadnienie. Skorumpowany urzędnik obcego państwa z założenia nie podlega jurysdykcji Stanów Zjednoczonych, zaś ewentualna próba postawienia go przed amerykańskimi sądami na podstawie amerykańskiego prawa niechybnie odebrana byłaby jako akt wrogi w stosunkach między państwami, co w efekcie skomplikowałoby tylko sytuację amerykańskich przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą za granicą.

W założeniu projektodawców FCPA miała stanowić instrument zwalczania aktów korupcji, których dopuszczali się amerykańscy przedsiębiorcy w międzynarodowych transakcjach handlowych, co szkodziło wolnej konkurencji oraz stosunkom międzynarodowym[3]. W praktyce jednak, zresztą zgodnie z przewidywaniami projektodawców FCPA, jego postanowienia ograniczyły konkurencyjność amerykańskich przedsiębiorstw, które w zasadzie jako jedyne zmuszone zostały do zarzucenia praktyk korupcyjnych przy pozyskiwaniu kontraktów na rynkach zagranicznych. Administracja USA, zdając sobie w pełni sprawę z zaistnienia zwrotnego efektu nierównych możliwości, prowadziła działania, zachęcające inne państwa do wprowadzenia podobnych regulacji w ich wewnętrznych porządkach prawnych. Oddziaływano także na organizacje

[1] Niechlubnych przykładów poddawania się przejawom takiej polityki dostarcza historia sejmów walnych schyłkowej Rzeczypospolitej szlacheckiej wieku XVIII, kiedy przedstawiciele największych rodów magnackich Potockich i Czartoryskich, pełniący funkcję senatorów, bywali regularnie opłacani przez ambasadorów obcych mocarstw, w tym zwłaszcza oficjalnych przedstawicieli Cesarstwa Rosyjskiego i Królestwa Prus.

[2] Na marginesie wypada wspomnieć, iż proces ten wykroczył daleko poza ramy kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym i objął m.in. kwestię korupcji osób prawnych czy korupcji w sektorze przedsiębiorstw prywatnych. W literaturze polskiej bez wątpienia najbardziej kompleksowego omówienia procesu internacjonalizacji antykorupcyjnych uregulowań karnych i jego wpływu na wewnętrzne ustawodawstwa karne dokonała na przykładzie wybranych państw Celina Nowak. Zob. C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych,* Warszawa 2008.

[3] G.K. Smith, B.B. Thoemmes, A.A. Carter, P.G. Sullivan, *Foreign Corrupt Practices Act,* "American Criminal Law Review" 1991/28, s. 542.

międzynarodowe, aby wprowadzić tego typu ograniczenia drogą traktatową. Miało to miejsce już na długo przed uchwaleniem FCPA, równolegle do toczonych nad nim prac legislacyjnych. Efekt tych zabiegów okazał się jednak znikomy i nie wykroczył poza soft law[4]. Ani inne państwa, ani organizacje międzynarodowe nie zdecydowały się wówczas na wprowadzenie żadnych wiążących uregulowań, zakazujących praktyk korupcyjnych w międzynarodowych transakcjach handlowych. Przełom przyniosła dopiero II połowa lat 90. zeszłego wieku i początek obecnego stulecia. Na forum wielu różnych organizacji międzynarodowych przyjęto wówczas szereg rozwiązań traktatowych, realizujących – a w niektórych wypadkach nawet wykraczających poza – standardy antykorupcyjne wyznaczone w FCPA. Wiele państw poddało je następnie implementacji do swoich krajowych porządków prawnych, wprowadzając do kodeksów karnych nowe typy przestępstw korupcyjnych, obejmujące ściganie aktów przekupstwa i sprzedajności podejmowanych wobec i przez zagranicznych funkcjonariuszy publicznych oraz funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych, nie tylko zresztą w międzynarodowych relacjach handlowych.

Spośród nich warto w tym miejscu wymienić te, których postanowienia rodziły na przestrzeni kilkunastu lat obowiązek implementacyjny po stronie ustawodawcy polskiego. Są to:

1) Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzona w Paryżu 17.12.1997 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 11.07.2000 r. (dalej jako Konwencja OECD 1997)[5], w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej weszła w życie 7.11.2000 r.[6];
2) Prawnokarna Konwencja o Korupcji, sporządzona w Strasburgu 27.01.1999 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 5.11.2002 r. (dalej jako Konwencja RE 1999)[7], w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej weszła w życie 1.04.2003 r.[8];
3) Protokół dodatkowy do Prawnokarnej Konwencji o Korupcji, sporządzony w Strasburgu 15.05.2003 r., ratyfikowany przez Prezydenta RP 12.03.2014 r. (dalej jako Protokół RE 2003)[9], w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej wszedł w życie 1.08.2014 r.[10];

---

[4] Można tu wskazać m.in.: na rezolucję nr 3514 przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.12.1975 r. „Środki przeciwko praktykom korupcyjnym ponadnarodowych i innych korporacji, ich przedstawicieli i innych osób" oraz uzupełnienie w roku 1976 „Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw międzynarodowych" o punkt 7, odnoszący się do korupcji i nielegalnych płatności przekazywanych przez przedsiębiorstwa urzędnikom obcych państw. Szerzej na ten temat zob. C. Nowak, *Korupcja…*, s. 139–142.

[5] Dz. U. z 2001 r. Nr 23, poz. 264.

[6] Zgodnie z art. 14 konwencji dokument ratyfikacyjny złożono Sekretarzowi Generalnemu OECD, jako depozytariuszowi, 8.09.2000 r. Zgodnie z art. 15 konwencja weszła w życie 15.02.2000 r., a w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej 7.11.2000 r. Por. oświadczenie rządowe z 29.11.2000 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzonej w Paryżu dnia 17 grudnia 1997 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 23, poz. 265).

[7] Dz. U. z 2005 r. Nr 29, poz. 249.

[8] Rzeczpospolita Polska złożyła Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy dokument ratyfikacyjny 11.12.2002 r. Konwencja weszła w życie 1.07.2002 r., w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej 1.04.2003 r. Por. oświadczenie rządowe z 23.08.2004 r. w sprawie mocy obowiązującej Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu 27.01.1999 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 29, poz. 250).

[9] Dz. U. z 2014 r. poz. 981.

[10] Zgodnie z art. 10 ust. 3 protokołu wszedł on w życie 1.02.2005 r. Zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł on w życie 1.08.2014 r. Zob. oświadczenie rządowe z 7.05.2014 r. w sprawie mocy obowiązującej Protokołu dodatkowego do Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonego w Strasburgu dnia 15.05.2003 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 982).

4) Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Dublinie 27.09.1996 r., ratyfikowany przez Prezydenta RP 1.08.2008 r. (dalej jako Protokół 1996 do Konwencji WE)[11], w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r.[12];
5) Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r. (dalej jako Konwencja UE 1997)[13];
6) Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 8.09.2006 r. (dalej jako Konwencja ONZ 2003)[14], w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej weszła w życie 15.10.2006 r.[15]

Polski ustawodawca dokonał zasadniczej implementacji międzynarodowych standardów w zakresie kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z elementem zagranicznym przy okazji dwóch nowelizacji kodeksu karnego. Najpierw ustawą z 9.09.2000 r.[16], przy wykorzystaniu tzw. klauzul asymilacyjnych[17]

[11] Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzona w Brukseli 26.07.1995 r., Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Dublinie 27.09.1996 r., Protokół w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Brukseli 29.11.1996 r., oraz Drugi Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 208, poz. 1603).

[12] Zgodnie z art. 9 ust. 3 protokołu wszedł w życie 17.10.2002 r., zaś zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r. Zob. oświadczenie rządowe z 21.07.2009 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Brukseli 26.07.1995 r., Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r. Protokołu w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 29.11.1996 r., oraz Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. Nr 208, poz. 1604).

[13] Dz. Urz. UE C 195 z 1997 r., s. 2; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE rozdz. 19, t. 8, s. 136. Konwencja nie weszła jeszcze w życie. Na mocy art. 13 ust. 1–5, państwa członkowskie notyfikują Sekretariatowi Generalnemu Rady Unii Europejskiej zakończenie procedur ustanowionych przez ich odpowiednie wymogi konstytucyjne dotyczących przyjęcia niniejszej Konwencji (ust. 2). Konwencja wchodzi w życie 90 dni po notyfikacji określonej w ustępie 2, dokonanej przez państwo członkowskie, które dokonało tej formalności jako ostatnie (ust. 3). W traktacie przewidziano jednak furtkę, która pozwala na to, aby zainteresowane państwa mogły stosować przepisy Konwencji wcześniej, tj. zanim nastąpi jej ratyfikacja przez wszystkie państwa członkowskie. Zgodnie z ust. 4 do momentu wejścia w życie niniejszej Konwencji każde państwo członkowskie w drodze oświadczenia może dopuścić stosowanie niniejszej Konwencji, z wyjątkiem art. 12, w stosunkach z tymi państwami członkowskimi, które wydały takie samo oświadczenie. Konwencja zaczyna być stosowana w odniesieniu do państwa członkowskiego, które wydaje takie oświadczenie, pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie okresu 90 dni od dnia złożenia jego oświadczenia. Natomiast państwo członkowskie, które nie wydało oświadczenia, o którym mowa w ust. 4, może stosować niniejszą Konwencję w odniesieniu do innych umawiających się państw członkowskich na podstawie dwustronnych porozumień (ust. 5).

[14] Dz. U. z 2007 r. Nr 84, poz. 563.

[15] Zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencja weszła w życie 14.12.2005 r., zaś zgodnie z art. 68 ust. 2 Konwencji w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej weszła ona w życie 15.10.2006 r. Zob. oświadczenie rządowe z 8.12.2006 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 84, poz. 564).

[16] Art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy z 9.09.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 93, poz. 1027). Przepisy weszły w życie 4.02.2001 r.

[17] Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 359–369.

z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. nakazał odpowiednie stosowanie kar przewidzianych w przepisach art. 228 § 1–5 i art. 229 § 1–4 k.k. do analogicznych zachowań popełnionych przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjętych wobec takich osób. Następnie przy okazji nowelizacji kodeksu karnego z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną[18], wprowadził do słowniczka wyrażeń ustawowych definicję osoby pełniącej funkcję publiczną przepis (art. 115 § 19 k.k.), w której zawarł m.in. implementowaną treść normatywną, przesądzając, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest także „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową". Ponadto o efekcie szczątkowej implementacji można mówić w przypadku uszczegółowienia pojęcia funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 k.k.), w skład którego włączono: posłów do Parlamentu Europejskiego (pkt 2a)[19] oraz pracowników międzynarodowego trybunału karnego (pkt 9)[20].

Przeprowadzona wielotorowo implementacja rodzi pytanie zwłaszcza o relację treści klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. do kategorii „innej osoby, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową", zawartej w definicji osoby pełniącej funkcję publiczną z art. 115 § 19 k.k. *in fine*. Równoległe obowiązywanie tych regulacji stawia też na porządku dziennym pytanie, czy ten stan rzecz nie prowadzi do dublowania treści objętych obowiązkiem implementacyjnym.

Jak wynika z zestawienia dat przyjęcia wyżej wymienionych konwencji i protokołów dodatkowych oraz dat ich ratyfikacji z datami nowelizacji kodeksu karnego, zobowiązania międzynarodowe Polski w zakresie zwalczania przestępczości korupcyjnej z elementem międzynarodowym spełniły w polskim porządku prawnym trzy funkcje. Po pierwsze, część z nich wywarła inspirujący wpływ na wprowadzenie zmian do polskiego ustawodawstwa karnego (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999). Po drugie, część z nich była rozpatrywana w kontekście realizacji zobowiązań poprzedzających przystąpienie Polski do Unii Europejskiej. Były to, co oczywiste, akty Rady Unii Europejskiej (Protokół 1996 do Konwencji WE, II Protokół 1997 do Konwencji WE, Konwencja UE 1997), ale także konwencje przyjęte poza forum unijnym (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999), które na mocy przyjętej w 2000 r. Milenijnej Strategii Zapobiegania i Kontroli Przestępczości Zorganizowanej[21], zostały uznane za część *acquis communautaire*, a państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do ich ratyfikacji. Po trzecie, część z wymienionych aktów prawa międzynarodowego i europejskiego, która związała formalnie Polskę już po wejściu w życie nowelizacji kodeksu karnego z 9.09.2000 r. i 13.06.2003 r. stanowiła punkt odniesienia dla oceny istnienia zgodności ustawodawstwa polskiego ze zobowiązaniami międzynarodowymi. Zważywszy, że polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie dalszych zmian w kodeksie

[18] Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

[19] Art. 115 § 13 pkt 2a został dodany przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219) z dniem 1.03.2004 r.

[20] Art. 115 § 13 pkt 9 dodany został przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626) zmieniającej nin. ustawę 8.09.2010 r.

[21] Dz. U. WE C 124 z 2000 r.

karnym, u podstawy których leżałaby konieczność implementacji do krajowego porządku prawnego kolejnych uregulowań międzynarodowych w zakresie kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem zagranicznym, można przyjąć z dużą dozą pewności, iż ocenia on aktualny stan normatywny jako wystarczający.

Kilkunastoletnia perspektywa obowiązywania klauzul asymilacyjnych zawartych w przepisach art. 228 § 6, art. 229 § 5 oraz przepisu art. 115 § 19 k.k. *in fine* w zestawieniu ze zmieniającym się otoczeniem prawno-międzynarodowym (jak wskazano powyżej, już po wejściu w życie tych przepisów Rzeczpospolita Polska ratyfikowała nowe traktaty, przy czym nie wszystkie z nich mogły być wzięte pod uwagę w procesie akcesyjnym np. Protokół RE 2003, Konwencja ONZ 2003) skłania do oceny zasadności założonego powyżej stanowiska ustawodawcy krajowego. W związku z tym w dalszej części opracowania ocenie poddany zostanie stopień dostosowania prawa krajowego do wymagań zakreślonych w relewantnych konwencjach antykorupcyjnych i instrumentach unijnych.

Nasuwa się także potrzeba oceny praktycznej przydatności ww. uregulowań kodeksowych, dedykowanych walce z przestępczością korupcyjną z elementem międzynarodowym, dla polskich organów wymiaru sprawiedliwości, które – wobec milczenia ustawodawcy – *de lege lata* napotykają na wątpliwość, którym źródłem normatywnym (krajowym czy zewnętrznym) powinny posłużyć się przy ustaleniu kryterium pozwalającego zaliczyć daną osobę do grona pełniących funkcję publiczną w obcym państwie lub organizacji międzynarodowej.

2. STANDARD IMPLEMENTACYJNY W ZAKRESIE KRYMINALIZACJI CZYNU ZABRONIONEGO PRZEKUPSTWA LUB SPRZEDAJNOŚCI Z ELEMENTEM MIĘDZYNARODOWYM

2.1. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 17.12.1997 r.

Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych została przyjęta w Paryżu 17.12.1997 r. na forum Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). Ratyfikowana przez Prezydenta RP 11.07.2000 r., w Polsce weszła w życie 7.11.2000 r. Jak wynika z jej preambuły, u podstaw przygotowania traktatu legło przekonanie, że szeroko rozpowszechnione zjawisko przekupstwa w międzynarodowych transakcjach handlowych, włączając w to handel i inwestycje, podważa dobre sprawowanie rządów oraz rozwój gospodarczy, a także wypacza warunki międzynarodowej konkurencji. Efektywne przeciwdziałanie temu zjawisku wymaga równoległego wdrożenia w skali wielu państw ekwiwalentnych środków, wśród których znalazło się m.in. zobowiązanie do kryminalizacji w wewnętrznych porządkach prawnych państw-stron zachowań polegających na przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Metoda wykorzystująca obowiązek implementacji postanowień traktatu międzynarodowego daje gwarancję wprowadzenia tych środków do krajowych kodeksów karnych bez odstępstw mających wpływ na ich ekwiwalencję. Konwencja OECD 1997 opiera się na akceptacji przez jej sygnatariuszy następującego antykorupcyjnego standardu postępowania działania.

Państwa-strony zdecydowały się ścigać karnie własnych przedsiębiorców, którzy ułatwiają sobie prowadzenie działalności na rynkach międzynarodowych, wręczając w tym celu łapówki zagranicznym funkcjonariuszom publicznym innych państw, niezależnie od tego, czy państwo pochodzenia zagranicznego funkcjonariusza przystąpiło do niniejszej konwencji oraz niezależnie od tego, czy w ogóle ściga ono akty przekupstwa własnych urzędników, korumpowanych przez podmioty zagraniczne.

W art. 1 ust. 1 Konwencja OECD 1997 zobowiązuje strony do uznania za przestępstwo kryminalne w prawie wewnętrznym przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Zakres tak zarysowanego obowiązku implementacyjnego wyznacza przede wszystkim konwencyjna definicja „zagranicznego funkcjonariusza publicznego" (art. 1 ust. 4a) oraz definicja „przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego" (art. 1 ust. 1).

Na podstawie przyjętej w konwencji definicji „zagranicznego funkcjonariusza publicznego" (art. 1 ust. 4a) można wyodrębnić zasadniczo dwie zbiorcze grupy podmiotów, będących przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa określonego w art. 1 ust. 1. Są to:

1) każda osoba zajmująca stanowisko ustawodawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno mianowana, jak i wybrana, jak również każda osoba wykonująca funkcje publiczne na rzecz państwa obcego, włączając w to funkcjonariusza agendy publicznej lub przedsiębiorstwa publicznego, przy czym – zgodnie z art. 1 ust. 4b – „obce państwo" obejmuje wszystkie szczeble i jednostki władzy, od ogólnokrajowych do lokalnych;
2) każdy funkcjonariusz lub przedstawiciel publicznej organizacji międzynarodowej.

Definicja ta ma charakter autonomiczny w tym sensie, że nie odsyła się w niej w żadnym punkcie do prawa krajowego. Swoim zakresem obejmuje nie tylko funkcjonariuszy obcych państw, ale również funkcjonariuszy i przedstawicieli organizacji międzynarodowych z zastrzeżeniem, że chodzi o organizacje międzynarodowe publiczne (międzyrządowe). Pod pojęciem „przedsiębiorstwa publicznego" kryje się, zdaniem J. Garstki – niezależnie od przyjętej formy organizacyjnej lub prawnej – przedsiębiorstwo, na którego działalność rząd może bezpośrednio lub pośrednio wywierać wpływ, co zachodzi m.in. w sytuacji posiadania przez państwo większości akcji czy udziałów lub posiadania większości głosów w organach przedsiębiorstwa[22].

Stosownie do art. 1 ust. 1 Konwencji OECD 1997 obowiązek implementacyjny państwa w zakresie ujęcia znamion „przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego" w krajowym porządku prawnym dotyczy zagrożenia odpowiedzialnością karną zachowań polegających na: umyślnym proponowaniu, obiecywaniu lub dawaniu przez jakąkolwiek osobę jakiejkolwiek nienależnej korzyści majątkowej lub innej korzyści zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu, zarówno bezpośrednio, jak i poprzez pośredników, dla takiego funkcjonariusza lub dla osoby trzeciej, w celu skłonienia tego funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, w celu

[22] J. Garstka, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty karne*, t. 3, Warszawa 2000, s. 301.

otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. W art. 1 ust. 4c Konwencji OECD 1997 dokonano istotnego uzupełnienia, zgodnie z którym: „działanie lub zaniechanie działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych obejmuje wszelkie wykorzystanie stanowiska funkcjonariusza publicznego, niezależnie od tego, czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi".

Z perspektywy ustawodawcy krajowego przyjęty w konwencji OECD 1997 obowiązek implementacyjny w zakresie kryminalizacji korupcji zagranicznych funkcjonariuszy publicznych doznaje zasadniczego ograniczenia w dwóch punktach. Po pierwsze, dotyczy jedynie czynnej formy łapownictwa. Kwestia ewentualnej odpowiedzialności zagranicznego urzędnika za przyjęcie łapówki w ogóle nie jest przedmiotem traktatowej regulacji, czym Konwencja OECD 1997 nawiązuje do standardu wyznaczonego w 1977 r. przez FCPA. Po drugie, jak wynika z samej intytulacji Konwencji, elementem ograniczającym traktatowe ujęcie przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego jest powiązanie aktu czynnego łapownictwa z kontekstem międzynarodowych transakcji handlowych lub międzynarodowej działalności gospodarczej (znamię w tym brzmieniu wykorzystano z kolei w treści definicji przekupstwa, określonej w art. 1 ust. 1). Na stronie ciąży obowiązek objęcia penalizacją tylko aktów przekupstwa dokonanych w określonym, szczególnym celu. Chodzi tu o łapownictwo ukierunkowane na otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Choć samo pojęcie międzynarodowej działalności gospodarczej nie zostało bliżej wyjaśnione w treści konwencji, trafnie wskazuje przy tej okazji C. Nowak, która łączy je z transakcjami podejmowanymi dla zysku, zawieranymi z podmiotami pochodzącymi z innego państwa niż przedsiębiorca lub na rynkach innych niż rynek państwa, z którego pochodzi przedsiębiorca[23].

Ponadto Konwencja OECD 1997 zobowiązuje sygnatariuszy do uznania za przestępstwo kryminalne dopuszczenia się przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza w określonych formach zjawiskowych. Rozszerzenie obowiązku implementacyjnego obejmuje na podstawie art. 1 ust. 2 następujące przejawy współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego: podżeganie, pomocnictwo, poplecznictwo i sprawstwo kierownicze. Natomiast w zakresie form stadialnych odnosi się tylko do usiłowania. Obowiązek implementacyjny opiera się w tym wypadku na nakazie zastosowania klauzuli asymilacyjnej, tzn. na strony nakłada się zobowiązanie do poddania penalizacji usiłowania przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego w takim samym zakresie, w jakim penalizują usiłowanie przekupstwa własnych (krajowych) funkcjonariuszy publicznych. Zgodnie z tą samą zasadą konwencja nakazuje potraktowanie aktu konspiracji w celu przekupienia zagranicznego funkcjonariusza publicznego, choć nie wyjaśnia bliżej, co rozumieć pod tym pojęciem.

W zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja OECD 1997 przewiduje, że standard implementacyjny obejmie:

[23] C. Nowak, *Korupcja*…, s. 227.

- poddanie przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego karom skutecznym, proporcjonalnym i odstręczającym, przy założeniu, że ich zakres będzie porównywalny do kar stosowanych do przekupstwa własnych funkcjonariuszy publicznych stron, a w wypadku osób fizycznych obejmie pozbawienie wolności w wymiarze umożliwiającym podjęcie skutecznej, wzajemnej pomocy prawnej oraz ekstradycję (art. 3 ust. 1);
- zagwarantowanie, że łapówka i korzyści uzyskane wskutek przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego lub mienie, którego wartość odpowiada takim korzyściom, podlegać będą zajęciu i konfiskacie, albo że stosowane będą kary pieniężne o porównywalnym skutku (art. 3 ust. 3).

Ponadto każda ze stron rozważy, co oznacza, że nie będzie to już obowiązkowe, nałożenie dodatkowych sankcji cywilnych lub administracyjnych na osobę podlegającą karze za przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 3 ust. 4).

2.2. Prawnokarna konwencja Rady Europy o korupcji z 27.01.1999 r.

Prawnokarna Konwencja o Korupcji została przyjęta na forum Rady Europy w Strasburgu 27.01.1999 r., następnie uzupełniono ją Protokołem dodatkowym z 15.05.2003 r. Prezydent RP ratyfikował ją 5.11.2002 r., a w polskim porządku prawnym weszła w życie 1.04.2003 r. (Protokół dodatkowy został ratyfikowany 12.03.2014 r., w stosunku do Rzeczpospolitej Polskiej wszedł w życie 1.08.2014 r.). Lektura preambuły konwencji pozwala ustalić, jakimi obawami kierowały się państwa członkowskie Rady Europy oraz inne państwa sygnatariusze konwencji, decydując się na przyjęcie tego traktatu i związanie się jego postanowieniami. Wskazano między innymi, że korupcja destruuje państwa i społeczeństwa: zagraża praworządności, demokracji, prawom człowieka, narusza dobre sprawowanie władzy, uczciwość i sprawiedliwość społeczną, spowalnia rozwój gospodarczy i zagraża stabilności instytucji demokratycznych i moralnym podstawom społeczeństwa. W odpowiedzi na te zagrożenia zrodziło się przekonanie, będące udziałem sygnatariuszy konwencji, o potrzebie prowadzenia, jako jednego z priorytetów, wspólnej polityki karnej mającej na celu ochronę społeczeństwa przed korupcją. Zasadniczym instrumentem tej polityki stało się przyjęcie konwencji prawnokarnej, przewidującej skoordynowaną kryminalizację przestępstw korupcyjnych, wzmożoną współpracę w ściganiu takich przestępstw, jak również skuteczny mechanizm kontroli, otwarty na równych prawach dla państw członkowskich i państw niebędących członkami. Na marginesie warto nadmienić, iż kompleksowe podejście Rady Europy do przeciwdziałania i zwalczania skutków korupcji wykroczyło poza ramy wykorzystania środków prawa karnego, które stanowią instrument dominujący w innych konwencjach antykorupcyjnych. Dnia 4.11.1999 r. w Strasburgu przyjęta została Cywilnoprawna Konwencja o Korupcji[24]. W oparciu o ten traktat Rada Europy zmierza do wprowadzenia w porządkach prawnych państw członkowskich odpowiedzialności odszkodowawczej za czyny korupcyjne, z której, na zasadach

[24] Tekst Konwencji został ogłoszony w Dz. U. Nr 244, poz. 2443. Oświadczenie rządowe z 18.8.2004 r. w sprawie mocy obowiązującej Cywilnoprawnej Konwencji o Korupcji, sporządzonej w Strasburgu 4.11.1999 r. (Dz. U. Nr 244, poz. 2444).

określonych w konwencji, będzie mogła skorzystać każda osoba poszkodowana aktem korupcji, kierując pozew cywilny przeciwko państwu, podmiotom publicznym, ale również podmiotom prywatnym[25].

Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji czynów sprzedajności i przekupstwa z elementem międzynarodowym, wynikający z przyjęcia Konwencji RE1999 nakłada na państwa strony następujące obowiązki.

Państwa zostały zobowiązane, z zastrzeżeniem art. 37 ust. 1, do uznania w prawie wewnętrznym za przestępstwo aktów czynnego i biernego łapownictwa popełnionych wobec lub przez osobę zaliczoną w konwencji do jednej z siedmiu grup podmiotów zagranicznych. Wśród nich znaleźli się:

1) **zagraniczni funkcjonariusze publiczni**, tj. funkcjonariusze publiczni jakiegokolwiek innego państwa (art. 5), przy czym dla interpretacji tego terminu w praktyce znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1c, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego funkcjonariusza publicznego innego państwa, państwo ścigające może ograniczyć stosowanie definicji funkcjonariusza publicznego do przypadków, w których jest ona zgodna z prawem wewnętrznym tego państwa";
2) **członkowie zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich**, tj. członkowie zgromadzeń przedstawicielskich sprawujących władzę ustawodawczą lub wykonawczą w jakimkolwiek innym państwie (art. 6);
3) **funkcjonariusze organizacji międzynarodowych**, tj. funkcjonariusze lub inni pracownicy kontraktowi w rozumieniu przepisów dotyczących personelu, jakiejkolwiek publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji, których strona niniejszej konwencji jest członkiem, oraz jakiejkolwiek osoby, czy to oddelegowane czy też nie, wykonujące funkcje odpowiadające funkcjom wykonywanym przez takich funkcjonariuszy lub pracowników (art. 9);
4) **członkowie międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych**, tj. członkowie zgromadzeń parlamentarnych organizacji międzynarodowych lub ponadnarodowych, których strona jest członkiem (art. 10);
5) **sędziowie i funkcjonariusze sądów międzynarodowych**, tj. osoby sprawujące funkcje sędziowskie lub będące funkcjonariuszami jakiegokolwiek sądu międzynarodowego, którego jurysdykcję strona uznaje (art. 11);
6) **zagraniczni arbitrzy**, tj. arbitrzy wykonujący swoje funkcje na podstawie prawa krajowego jakiegokolwiek innego państwa, dotyczącego arbitrażu (art. 4 Protokołu RE 2003), przy czym dla interpretacji tego terminu znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1 ust. 4 Protokołu RE 2003, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego zagranicznego arbitra, państwo ścigania może stosować definicje arbitra w takim zakresie, w jakim definicja ta jest zgodna z prawem krajowym tego państwa";
7) **zagraniczni członkowie ławy przysięgłych**, tj. członkowie ławy przysięgłych działający w ramach systemu prawnego jakiegokolwiek innego

[25] Szerzej na ten temat zob. P. Dzienis, W Filipkowski, *Cywilnoprawne aspekty korupcji gospodarczej,* „Palestra" 2001/11–12, s. 61 i n.; C. Nowak, *Dostosowanie prawa polskiego do instrumentów międzynarodowych dotyczących korupcji*, Warszawa 2004, s. 21 i n.

państwa (art. 6 Protokołu RE 2003), przy czym dla interpretacji tego terminu znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1 ust. 4 Protokołu RE 2003, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego zagranicznego członka ławy przysięgłych, państwo ścigania może stosować definicje członka ławy przysięgłych w takim zakresie, w jakim definicja ta jest zgodna z prawem krajowym tego państwa".

Przyjęty w Konwencji RE 1999 sposób zdefiniowania kręgu podmiotów relewantnych dla odpowiedzialności za czynne lub bierne łapownictwo z udziałem podmiotu zagranicznego nie ma charakteru jednolitego. W wypadku trzech kategorii osób wskazano na powiązanie z prawem krajowym sygnatariuszy. Konwencja dopuszcza możliwość, aby państwo ścigające ograniczyło stosowanie definicji: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, zagranicznego arbitra oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych, do przypadków, w których jest ona zgodna z prawem wewnętrznym tego państwa. W treści stosownych artykułów konwencji (art. 1c) i protokołu dodatkowego (art. 1 ust. 4) mówi się o tym, że „państwo ścigające może ograniczyć stosowanie (takiej) definicji". Ta możliwość wyznacza standard minimalny, zakładający odtworzenie zakresu terminów: „zagraniczny funkcjonariusz publiczny", „zagraniczny arbiter" oraz „zagraniczny członek ławy przysięgłych" przy wykorzystaniu kryteriów prawa wewnętrznego. Państwo ścigające, o ile uzna to za zasadne, może jednak poszukiwać innych kryteriów zdefiniowania tych trzech kategorii osób i w tym celu odwołać się np. do kryteriów zewnętrznych, których źródłem jest prawo państwa podmiotu ściganego. W pozostałych przypadkach sposób ujęcia kategorii podmiotowych ma charakter autonomiczny, wobec tego państwo strona jest zobligowane do zaimplementowania do prawa wewnętrznego definicji oddających zakresowo treść traktatową. Dotyczy to: funkcjonariuszy organizacji międzynarodowych, członków międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych, sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych oraz członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich. Jednakże w pierwszych trzech spośród wymienionych w poprzednim zdaniu kategorii konwencja zakreśla dodatkowo obligatoryjny standard minimalny, limitując obowiązek implementacyjny do przypadków powiązania bądź z publiczną międzynarodową lub ponadnarodową organizacją lub instytucją, której strona jest członkiem (art. 9), organizacją międzynarodową lub ponadnarodową, której strona jest członkiem (art. 10), bądź z sądem międzynarodowym, którego jurysdykcję strona uznała (art. 11).

Z zastrzeżeniem odmiennego ujęcia podmiotu biernej strony łapownictwa i przedmiotu oddziaływania czynnej strony łapownictwa obowiązek implementacyjny stron, polegający na uznaniu za przestępstwo czynnego i biernego przekupstwa z udziałem podmiotu zagranicznego, został zakreślony analogicznie do konwencyjnego ujęcia praktyk korupcyjnych między podmiotami krajowymi. W kolejnych przepisach konwencja odsyła wręcz do art. 2, w którym opisano na czym polega przekupstwo czynne oraz art. 3, w którym z kolei opisano przekupstwo bierne między podmiotami krajowymi. Podobnie uczyniono w Protokole RE 2003 (por. funkcję art. 2 i 3). Zgodnie z tą formułą, obowiązek implementacyjny państwa w zakresie ujęcia znamion „przekupstwa czynnego" będzie polegał na uznaniu w prawie wewnętrznym za przestępstwo: umyślnego obiecywania, proponowania lub wręczania

przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, jakiemukolwiek podmiotowi przynależnemu do kręgu osób roboczo określonych powyżej jako „podmiot zagraniczny", dla niego samego lub dla kogokolwiek innego, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji. W wypadku ujęcia znamion „przekupstwa biernego" chodzić będzie o uznanie w prawie wewnętrznym za przestępstwo zachowań polegających na: umyślnym żądaniu lub przyjmowaniu przez którykolwiek z podmiotów przynależny do kręgu osób roboczo określonych powyżej jako „podmiot zagraniczny", bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niego samego lub dla jakiejkolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji.

W porównaniu z innymi aktami prawa międzynarodowego, których przedmiotem regulacji jest m.in. kwestia odpowiedzialności karnej za akty korupcji z udziałem podmiotu zagranicznego, dla ustawodawcy krajowego podstawowe znaczenie ma fakt, iż Konwencja RE 1999 w założeniu zobowiązuje państwa strony do kryminalizacji zachowań przynależnych obu stronom łapownictwa. Charakter tego obowiązku nie jest jednak jednolity. Na mocy art. 37 ust.1 dopuszczona została możliwość złożenia przez państwa zastrzeżenia co do nieuznawania za przestępstwo w swym prawie wewnętrznym, w całości lub w części, m.in. zachowań, o których mowa w art. 6 i 10 lub przestępstwa przekupstwa biernego, określonego w art. 5. Wynika z tego, że bezwzględny obowiązek kryminalizacji dotyczy:

- w wypadku łapownictwa czynnego – zachowań polegających na przekupstwie: zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5), funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9), sędziego i funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11), zagranicznego arbitra (art. 4 Protokołu RE 2003) oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych (art. 6 Protokołu RE 2003);
- w wypadku łapownictwa biernego – zachowań polegających na dopuszczeniu aktu sprzedajności przez: funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9), sędziego i funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11), zagranicznego arbitra (art. 4 Protokołu RE 2003) oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych (art. 6 Protokołu RE 2003).

Natomiast względny obowiązek kryminalizacji, uzależniony od nieskorzystania przez państwo z uprawnienia zawartego w art. 37 ust. 1 Konwencji RE 1999, dotyczy:

- w wypadku łapownictwa czynnego zachowań polegających na przekupstwie: członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6) i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10);
- w wypadku łapownictwa biernego zachowań polegających na dopuszczeniu aktu sprzedajności przez: zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5), członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6) i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10).

Konwencja RE 1999 nakazuje ściganie aktów korupcji z udziałem podmiotów zagranicznych w szerokim kontekście wyznaczonym zakresem pełnionych przez nich funkcji. W jej wypadku nie ma znaczenia powiązanie aktu korupcji z międzynarodowymi

transakcjami gospodarczymi, ani celowość działania sprawców, ukierunkowana na otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w obcym państwie (odmiennie Konwencja OECD 1997 oraz Konwencja ONZ 2003). Konwencja RE 1999 obejmuje bowiem swoją generalną ochroną prawidłową działalność aparatu państw, organizacji międzynarodowych oraz sądów i arbitraży międzynarodowych, niezależnie od powodów, jakimi kierowały się strony korupcji.

Obowiązek kryminalizacji przekupstwa czynnego i biernego z udziałem podmiotu zagranicznego zostaje rozciągnięty na mocy art. 15 Konwencji RE 1999 na formy zjawiskowe podżegania i pomocnictwa.

Ponadto w zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja RE 1999 przewiduje, że państwa strony:

- wprowadzą skuteczne, proporcjonalne i zniechęcające sankcje i środki za wymienione powyżej przestępstwa z zastrzeżeniem, że obejmie to w przypadku popełnienia tych przestępstw przez osoby fizyczne – zagrożenie karą pozbawienia wolności, która daje podstawę do ekstradycji;
- wprowadzą środki ustawodawcze i inne, jakie mogą być konieczne do umożliwienia konfiskaty lub pozbawienia w inny sposób narzędzi oraz dochodów z przestępstw określonych zgodnie z niniejszą konwencją lub mienia, którego wartość odpowiada takim dochodom.

2.3. Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych WE z 27.09.1996 r. oraz Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy WE lub funkcjonariuszy państw członkowskich UE z 26.05.1997 r.

2.3.1. Uwagi ogólne

Podejście Unii Europejskiej do kwestii kryminalizacji korupcji z elementem międzynarodowym określone zostało w szeregu źródeł prawa, obejmujących nie tylko akty normatywne przygotowane w ramach Unii Europejskiej, ale również konwencje przyjęte na forach innych organizacji międzynarodowych, a włączone do *acquis communautaire*. Do pierwszej grupy źródeł należy zaliczyć:

- Protokół dubliński z 27.09.1996 r. do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r. oraz
- Konwencję w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r.

Na drugą z kolei składają się:

- Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 17.12.1997 r.
- Prawnokarna Konwencja o Korupcji Rady Europy z 27.01.1999 r.,
- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji z 31.10.2003 r.

I tak w przyjętej w 2000 r. Milenijnej Strategii Zapobiegania i Kontroli Przestępczości Zorganizowanej korupcja została wymieniona jako jedno z przestępstw finansowych,

a państwa członkowskie zobowiązano do ratyfikacji Konwencji OECD 1997 i Konwencji RE 1999, które uznano w tym dokumencie za część dorobku prawnego Unii Europejskiej[26]. Z kolei decyzją Rady z 25.09.2008 r. w sprawie zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji Rada Unii Europejskiej zatwierdziła w imieniu Wspólnoty konwencję ONZ 2003.

Początkowo Unia Europejska postrzegała korupcję z elementem międzynarodowym poprzez pryzmat aktów łapownictwa popełnianych przez lub wobec funkcjonariuszy wspólnotowych lub funkcjonariuszy państw członkowskich, które miały godzić w interesy finansowe Wspólnot Europejskich. Choć sporządzona w Brukseli 26.07.1995 r. Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich w swojej pierwotnej wersji w ogóle nie odnosiła się do kwestii korupcji[27], odnajdując źródło zagrożenia interesów finansowych Wspólnot Europejskich w oszustwach popełnianych na szkodę wspólnotowego budżetu (art. 1 a, b), w niedługim czasie protokołem dublińskim z 27.09.1996 r. została uzupełniona o definicje korupcji biernej (art. 2) i czynnej (art. 3). W uzasadnieniu zawartym w preambule Protokołu dodatkowego czytamy między innymi, że: państwa członkowskie Unii Europejskiej doszły do przekonania, iż interesy finansowe Wspólnot Europejskich mogą zostać narażone na szkodę bądź zagrożone także przez działania korupcyjne, popełniane przez funkcjonariuszy wspólnotowych odpowiedzialnych za pobieranie, zarządzanie lub dystrybucję pozostających pod ich kontrolą funduszy wspólnotowych, lub popełniane przeciwko tym funkcjonariuszom. Wobec powyższego uzasadnione staje się przyjęcie przepisów prawa krajowego tam, gdzie nie uznaje ono za karalne aktów korupcji z udziałem funkcjonariuszy wspólnotowych albo funkcjonariuszy państw członkowskich, szkodzących lub mogących zaszkodzić interesom finansowym Wspólnot Europejskich.

Jednakże już w następnym kroku Unia Europejska zrezygnowała z zawężania definicji biernej i czynnej korupcji znamieniem szkodzenia lub możliwością wyrządzenia szkody interesom finansowych Wspólnot Europejskich. Odejście od tego ograniczenia nastąpiło zaledwie kilka miesięcy po przyjęciu Protokołu 1996 do Konwencji WE na gruncie Konwencji w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r., która – z zastrzeżeniem pewnych różnic stylizacyjnych – w zasadzie przejęła w całości postanowienia Protokołu 1996 do Konwencji WE, w szczególności zaś powieliła treść pojęć: korupcja bierna i czynna, funkcjonariusz (urzędnik), funkcjonariusz wspólnotowy (urzędnik wspólnotowy) oraz funkcjonariusz krajowy (urzędnik krajowy). Jedyna merytoryczna różnica sprowadziła się do wspomnianej rezygnacji w Konwencji UE 1997 z ujęcia korupcji biernej jako przestępstwa skutkowego, prowadzącego do naruszenia lub zagrożenia – przez działanie okupionego łapówką funkcjonariusza – interesów finansowych Wspólnot Europejskich, zaś w wypadku korupcji czynnej wyeliminowania takiego założenia z opisu zamiaru osoby przekupującej funkcjonariusza. Dokonana zmiana miała doniosłe znaczenie,

[26] Dz. Urz. WE C 124 z 2000 r. Z kolei decyzją Rady z 25.09.2008 r. w sprawie zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji Rada Unii Europejskiej zatwierdziła w imieniu Wspólnoty konwencję ONZ 2003, Dz. Urz. UE L 287 z 2008 r., s. 1 (Numer CELEX: 32008D0801).

[27] Szerzej na temat Konwencji z 26.07.1995 o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, zob. O. Górniok, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich*..., s. 255–263.

gdyż doprowadziła w konsekwencji do wydatnego rozszerzenia zakresu obowiązku implementacyjnego, ciążącego na państwach członkowskich. Tymczasem Wysokie Układające się Strony wyjaśniły tę zmianę dość lapidarnie. Powołując się w treści preambuły na chęć wzmocnienia współpracy sądowej w sprawach karnych między państwami członkowskimi, wskazały, że wymagałoby to pójścia dalej niż zakładał Protokół 1996 do Konwencji WE i sporządzenia nowej konwencji, odnoszącej się do aktów korupcji, w których uczestniczą urzędnicy Wspólnot Europejskich lub ogólnie urzędnicy państw członkowskich. Jednakowoż w literaturze zaczęto doszukiwać się głębszych powodów jej przeprowadzenia. Wiąże się ją mianowicie z zasadniczym przeobrażeniem wspólnotowej percepcji przestępczości korupcyjnej, wcześniej postrzeganej jako element przestępczości przeciwko interesom finansowym WE, teraz zaś jako składowa przestępczości zorganizowanej[28].

Konwencja UE 1997 pozostawiła natomiast bez zmian drugie kryterium ograniczenia definicji korupcji biernej i czynnej, którym posłużono się wcześniej w Protokole 1996 do Konwencji WE. Ma ono charakter podmiotowy i sprowadza się do uczynienia punktem odniesienia dla zakresu regulacyjnego tych dwóch aktów prawa europejskiego przypadków korupcji, w których występują (jako sprawca lub przedmiot oddziaływania) tylko funkcjonariusze państw członkowskich Unii Europejskiej oraz funkcjonariusze Wspólnot Europejskich, nie zaś funkcjonariusze wszystkich państw lub wszystkich organizacji międzynarodowych.

Tym ograniczeniem z oczywistych powodów nie posługują się inne konwencje, przyjęte na forach innych organizacji międzynarodowych, które Unia Europejska zdecydowała się włączyć do swego dorobku prawnego (chodzi tu o wymienione powyżej Konwencję OECD 1997, Konwencję RE 1999 i Konwencję ONZ 2003), zobowiązując państwa członkowskie do ich ratyfikacji, o ile nie uczyniły tego wcześniej. Ograniczenie podmiotowe oraz inne, specyficzne dla każdej z tych konwencji, znamiona limitujące ujęcie łapownictwa z elementem międzynarodowym zostały omówione już w poprzednich (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999) lub zostaną omówione w jednym z kolejnych podrozdziałów opracowania (Konwencja ONZ 2003)[29].

Przegląd unijnych regulacji w zakresie przestępczości korupcyjnej z elementem międzynarodowym byłby niepełny, gdyby nie wspomnieć o projekcie Corpus Iuris[30].

---

[28] C. Nowak, *Korupcja…*, s. 168.

[29] Na przykład Konwencja OECD 1997 zakazuje wręczania łapówek funkcjonariuszom publicznym wszystkich państw, niezależnie od tego, czy państwo pochodzenia przekupywanego funkcjonariusza do niej przystąpiło. Podobnie Konwencja ONZ 2003, mówiąc o „zagranicznym funkcjonariuszu publicznym" i „funkcjonariuszu międzynarodowej organizacji publicznej", szeroko zakreśla swój podmiotowy krąg odniesienia, wskazując na funkcjonariuszy wszystkich państw i wszystkich publicznych organizacji międzynarodowych. Z kolei Konwencja RE 1999 odnosi się do przypadków przekupstwa czynnego i biernego, popełnianych odpowiednio wobec lub przez: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, zagranicznego arbitra oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych każdego państwa niezależnie od tego, czy jest ono stroną tej konwencji. Podobnie rzecz ma się w wypadku członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich (każdego państwa), ale już w wypadku: funkcjonariuszy organizacji międzynarodowych i członków międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych – konwencja wprowadza ograniczenie do tych publicznych międzynarodowych lub ponadnarodowych organizacji lub instytucji, których strona jest członkiem, zaś w wypadku sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych do tych sądów międzynarodowych, których jurysdykcję strona uznała.

[30] Szerzej na ten temat zob. m.in.: A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy" 2002/3; A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002, s. 135 i n.; B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej,* Kraków 2004, rozdział 5; C. Nowak, *Oszustwo i korupcja w Corpus Iuris a prawo polskie,* w: J.C. Ferré Olivé (red.), E. Musco, B. Kunicka-Machalska, J.A. Cabral y Otros, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delictos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. I, Salamanca 2002, s. 203 i n.

Była to inicjatywa podjęta w drugiej połowie lat 90. ubiegłego wieku, zakładająca przygotowanie wspólnego zbioru regulacji karnych wymierzonych w przestępstwa finansowe i ekonomiczne na szkodę Unii Europejskiej. Pierwotna wersja projektu Corpus Iuris[31], zawierająca propozycje uregulowań z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego, została zaprezentowana w roku 1997 w hiszpańskim San Sebastian. Następnie, po przeprowadzeniu badań nad zgodnością ustawodawstw krajowych z przedłożonym projektem oraz możliwością implementacji jego postanowień do porządków prawnych państw członkowskich UE, jego pierwsza wersja uległa rewizji[32], w wyniku czego przedstawiono wersję drugą, noszącą nazwę – od miejsca jej prezentacji w 1999 r. – wersji florenckiej Corpus Iuris[33]. Nowa jakość, którą w założeniu projektodawców miał przynieść ze sobą Corpus Iuris sprowadzała się do odejścia od dotychczasowej metody harmonizacji wewnętrznych porządków prawnych w drodze realizacji zobowiązania do implementacji postanowień aktu prawnego o charakterze konwencji międzypaństwowej – co poprzedza zawsze suwerenna decyzji państwa o związaniu się taką konwencją – na rzecz metody unifikacji krajowego porządku prawnego przy wykorzystaniu źródeł wspólnotowego prawa pochodnego (np. rozporządzenia)[34], co z kolei wiąże państwo członkowskie niejako automatycznie, bez potrzeby odebrania dodatkowego aktu suwerennej woli wyrażonej przez jego organy. To zresztą zapewne zdecydowało o zarzuceniu tego projektu, którego krytycy, jak się wydaje bardziej krytycy metody wprowadzenia aniżeli prawnokarnej zawartości, akcentowali, że Wspólnotom Europejskim nie przysługuje kompetencja do stanowienia prawa karnego w rozumieniu kryminalizowania określonych czynów jako przestępstw oraz rozciągania na ich sprawców własnej jurysdykcji, albowiem nie na to umawiały się państwa członkowskie we wspólnotowym prawie pierwotnym.

Niezależnie od fiaska projektu Corpus Iuris z pewnością niesie on ze sobą spore znaczenie poznawcze, a to głównie z uwagi na badawczo-komparatystyczne tło, jakie legło u podstaw jego przygotowania[35], a nawet – jak się wskazuje – wciąż jeszcze stanowić może cenne źródło inspiracji *de lege ferenda*[36]. Z kronikarskiego obowiązku wypada zatem poświęcić w tym miejscu kilka zdań tytułem zarysowania podstawowych elementów uregulowania kwestii zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym w Corpus Iuris. Ulokowano je w rozdziale: „Przestępstwa popełnione przez urzędników" (ang. *Offences committed by officials*), choć nie wszystkie z wymienionych tam przestępstw należą do przestępstw indywidualnych. Wyjątek w tej grupie stanowi właśnie korupcja, którą włączono do Corpus Iuris jako korupcję bierną, popełnianą przez urzędnika, ale również jako korupcję czynną, przy której urzędnik pełni

[31] *Corpus Iuris. Wydanie dwujęzyczne*, przedm. E. Zielińska, tłum. A. Walczak-Żochowska, Warszawa 1999.

[32] Osoby kierujące tymi badaniami na zlecenie Komisji Europejskiej: M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele wydały następnie pod swoją redakcją opracowanie zbiorowe: M. Delmas-Marty (red.), J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Memeber States*, Antwerp–Groningen–Oxford 2000.

[33] Tekst wersji florenckiej Corpus Iuris zawiera m.in.: C. Van den Wyngaert (red.), *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments,* Kluver International 2000, s. 225 i n.

[34] Szerzej na temat poszukiwań w prawie wspólnotowym podstawy prawnej dla wprowadzenia Corpus Iuris z pominięciem metody polegającej na przystąpieniu państwa do konwencji jako jej strony zob. B. Srebro, *Ochrona…,* rozdział 5, nb 14–15.

[35] Nad projektem na różnych jego etapach pracowano w ramach grupy badawczej European Legal Area Project, następnie w latach 1998–1999 badania zakończone raportem prowadzili M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, a finalnie Akademia Prawa Europejskiego w Trewirze. Szerzej na ten temat zob. B. Srebro, *Ochrona…,* rozdział 5, nb 9–11 oraz M. Delmas-Marty (red.), J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation…*

[36] C. Nowak, *Korupcja…*,s. 179.

jedynie rolę przedmiotu oddziaływania sprawcy, którym może okazać się każdy. Pojęcie urzędnika zostało zdefiniowane w art. 5 (wersji florenckiej, dawny art. 3). Objęto nim na potrzeby Corpus Iuris urzędników europejskich i krajowych. Tym rozróżnieniem na dwie podkategorie urzędnicze wspólnotową i krajową projektodawcy nawiązali do sposobu ujęcia tej kwestii w Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji UE 1997. Stosownie do art. 5 ust. 1 „urzędnikiem europejskim" jest:

- każda osoba, która jest urzędnikiem lub innym pracownikiem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Regulaminu Pracowniczego;
- każda osoba oddelegowana do Wspólnot Europejskich przez państwo członkowskie lub jakiekolwiek organy publiczne lub prywatne, która wykonuje funkcje ekwiwalentne do funkcji wykonywanych przez pozostałych urzędników lub pracowników Wspólnot Europejskich.

Z kolei zgodnie ze wskazówką zawartą w art. 5 ust. 1 *in fine* termin „urzędnik krajowy" należy interpretować poprzez odwołanie się do znaczenia pojęć „urzędnik" i „funkcjonariusz publiczny" nadanego w prawie krajowym państwa członkowskiego, w którym dana osoba pełni taką funkcję, w celu stosowania prawa karnego tego państwa.

Co ciekawe, przy definiowaniu pojęcia korupcji projektodawcy powrócili do znamienia naruszenia interesów finansowych Wspólnot Europejskich. W myśl art. 5 ust. 2 bierna i czynna korupcja stanowią przestępstwa, o ile naruszają interesy finansowe Wspólnot Europejskich. Wersja florencka Corpus Iuris odeszła natomiast od uznania za przestępstwo zachowań korupcyjnych, które jedynie mogą naruszyć interesy finansowe WE (narażają je na niebezpieczeństwo) – por. odmiennie Protokół dodatkowy 1996 do Konwencji WE. Przy założeniu spełnienia warunku naruszenia interesów finansowych WE, „bierna korupcja" obejmuje zgodnie z art. 5 ust. 3 zachowanie urzędnika polegające na żądaniu lub akceptacji, bezpośrednio lub przez osobę trzecią, jakiejkolwiek oferty, obietnicy lub jakiejkolwiek korzyści:

a) aby wykonać czynność urzędową w związku z pełnionymi obowiązkami z naruszeniem jego obowiązków służbowych;
b) aby nie wykonywać czynności urzędowej lub czynności w związku z pełnionymi obowiązkami, którą jest zobowiązany wykonać.

Natomiast „czynna korupcja", zgodnie z art. 5 ust. 4, polegać będzie (przy spełnieniu warunku z art. 5 ust. 2) na udzieleniu urzędnikowi, bezpośrednio lub przez osobę trzecią, oferty, obietnicy lub jakiejkolwiek innej korzyści, dla niego lub osoby trzeciej:

a) aby skłonić go do wykonania czynności urzędowej w związku z pełnionymi obowiązkami, w taki sposób, aby zaprzeczyć tym obowiązkom;
b) aby skłonić go do niewykonywania czynności urzędowej lub czynności w związku z jego obowiązkami, które jest zobowiązany wykonać..

2.3.2. Standard implementacyjny

W grupie unijnych aktów prawnych, które swym przedmiotem regulacji dotykają problematyki korupcji z elementem międzynarodowym, główne znaczenie z punktu

widzenia zobowiązań implementacyjnych dotyczących Rzeczypospolitej Polskiej wynika *de lege lata* ze sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r. Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r. Protokół ten został ratyfikowany przez Prezydenta RP 1.08.2008 r., by w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wejść w życie 8.12.2008 r.[37] Chronologicznie później uchwalona Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r.[38] nie została jeszcze ratyfikowana przez Prezydenta RP. Jej znaczenie normatywne z perspektywy Polski pozostaje więc potencjalne i przyszłe. Tym niemniej dla omówienia kwestii korupcji z elementem międzynarodowym lektura Konwencji 1997 UE ma pewien walor poznawczy. Jako że w jej tekście niemal dosłownie powtórzono większość postanowień Protokołu 1996 do Konwencji WE, przesądziło to objęcie poniżej wspólną charakterystyką postanowień obu tych aktów prawnych, z zastrzeżeniem odnotowania występujących między nimi różnic.

Standard implementacyjny w zakresie korupcji z elementem międzynarodowym, jaki nakłada na państwa-strony Protokół 1996 do Konwencji WE oraz Konwencja 1997 UE zakłada obligatoryjne uznanie za przestępstwo w krajowych porządkach prawnych czynów określonych w tych dwóch traktatach mianem korupcji biernej i czynnej, popełnianych odpowiednio przez lub wobec funkcjonariuszy (urzędników) wspólnotowych i krajowych. Zakres tak zarysowanego obowiązku implementacyjnego wyznaczają przede wszystkim traktatowe definicje: funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego i krajowego oraz korupcji biernej i czynnej.

W celu uproszczenia stylizacji przepisów oba charakteryzowane akty normatywne posługują się zbiorczym pojęciem funkcjonariusza (urzędnika), które zgodnie z art. 1 ust. 1a Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio art. 1 a) Konwencji 1997 UE) obejmuje pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego oraz pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) krajowego wszystkich państw członkowskich. Zgodnie z tym założeniem, ilekroć w ich treści pojawia się termin funkcjonariusz (urzędnik), należy odnieść go do pozostałych dwóch kategorii składowych. Wyznaczenie

[37] Zgodnie z art. 9 ust. 3 protokołu wszedł on w życie 17.10.2002 r., zaś zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r. Zob. oświadczenie rządowe z 21.07.2009 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Brukseli 26.07.1995 r., Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r., Protokołu w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 29.11.1996 r. oraz Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. z 2009 r., Nr 208, poz. 1604).

[38] Dz. Urz. UE C 195 z 1997, s. 2; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE, rozdz.19, t. 8, s. 136. Zasadniczo konwencja nie weszła jeszcze w życie. Na mocy art. 13 ust. 1–5 państwa członkowskie notyfikują Sekretariatowi Generalnemu Rady Unii Europejskiej zakończenie procedur ustanowionych przez ich odpowiednie wymogi konstytucyjne, dotyczące przyjęcia niniejszej konwencji (ust. 2). Konwencja wchodzi w życie 90 dni po notyfikacji określonej w ustępie 2, dokonanej przez państwo członkowskie, które dokonało tej formalności jako ostatnie (ust. 3). W traktacie przewidziano jednak furtkę, która pozwala, aby zainteresowane państwa mogły stosować przepisy konwencji wcześniej, tj. zanim nastąpi jej ostateczna ratyfikacja przez wszystkie państwa członkowskie. Zgodnie z ust. 4, do momentu wejścia w życie konwencji każde państwo członkowskie, w drodze oświadczenia, może dopuścić jej stosowanie, z wyjątkiem art. 12, w stosunkach z tymi państwami członkowskimi, które wydały takie samo oświadczenie. Konwencja zaczyna być stosowana w odniesieniu do państwa członkowskiego, które wydaje takie oświadczenie, pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie okresu 90 dni od dnia złożenia jego oświadczenia. Natomiast państwo członkowskie, które nie wydało oświadczenia, o którym mowa w ust. 4, może stosować niniejszą konwencję w odniesieniu do innych umawiających się państw członkowskich na podstawie dwustronnych porozumień (ust. 5).

zakresu regulacyjnego obu charakteryzowanych aktów prawa europejskiego w ten sposób, że punktem odniesienia uczyniono w nich przypadki korupcji popełniane przez lub wobec funkcjonariuszy (urzędników) wspólnotowych i krajowych państw członkowskich UE, w istotny sposób wpływa na wyznaczenie zakresu obowiązku implementacyjnego. Z perspektywy ustawodawcy krajowego kryminalizacji poddane powinny zostać jedynie te przypadki korupcji, w których jako sprawca lub przedmiot oddziaływania sprawcy występują tylko: funkcjonariusze państw członkowskich UE lub funkcjonariusze Wspólnot Europejskich, nie zaś funkcjonariusze wszystkich państw lub wszystkich organizacji międzynarodowych, jak to wynika chociażby z obowiązku implementacyjnego postanowień Konwencji OECD 1997.

Termin funkcjonariusz (urzędnik) wspólnotowy został zdefiniowany w art. 1 ust. 1b Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio w art. 1 b) Konwencji 1997 UE), objęto nim trzy różne grupy osób:

1) te, które są urzędnikami lub innymi pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu regulaminu pracowniczego urzędników Wspólnot Europejskich albo warunków zatrudnienia innych pracowników Wspólnot Europejskich;
2) te, które zostały oddelegowane do Wspólnot Europejskich przez państwa członkowskie lub przez inne organy prywatne bądź publiczne, które pełnią takie same funkcje jak pozostali urzędnicy Wspólnoty Europejskiej lub inni pracownicy;
3) ponadto „jako funkcjonariusze wspólnotowi traktowani są" członkowie organów utworzonych zgodnie z Traktatami ustanawiającymi Wspólnoty Europejskie i personel takich organów w zakresie, w jakim regulamin pracowniczy urzędników Wspólnot Europejskich albo warunki zatrudnienia innych pracowników Wspólnot Europejskich nie mają wobec nich zastosowania.

O ile sposób zdefiniowania pojęcia funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego ma charakter autonomiczny, w wypadku terminu „funkcjonariusz (urzędnik) krajowy" oba akty prawne odsyłają do znaczenia nadanego w systemach prawnych państw członkowskich. Zgodnie z art. 1 ust. 1c Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio art. 1 c) Konwencji 1997 UE) określenie „funkcjonariusz (urzędnik) krajowy" należy rozumieć w odniesieniu do definicji „funkcjonariusza (urzędnika)" lub „funkcjonariusza (urzędnika) publicznego" w prawie krajowym państwa członkowskiego, w którym dana osoba pełni taką funkcję do celów stosowania prawa karnego tego państwa członkowskiego. O. Górniok wyjaśnia przy tej okazji, że użyty tu zwrot „w prawie krajowym" odnosi się nie tylko do definicji ustawowych, ale i wykładni nazw, jakimi określany jest podmiot lub przedmiot oddziaływania korupcji w prawie danego kraju[39]. Niemniej jednak, w przypadku procedur dotyczących funkcjonariusza państwa członkowskiego, podjętych przez inne państwo członkowskie, to drugie nie jest zobowiązane do stosowania definicji „funkcjonariusza krajowego", jeżeli nie jest ona zgodna z jego prawem krajowym (art. 1 ust. 1c *in fine* Protokołu 1996 WE, art. 1c) *in fine* Konwencji 1997 UE).

[39] O. Górniok, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich*…, s. 264.

Traktatowa definicja tzw. korupcji biernej została zawarta w art. 2 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE. Sposób ujęcia niektórych znamion tego czynu pozostawia nieco do życzenia, jeśli chodzi o oddanie w klarowny sposób ich zakresu. Po wysiłkach tłumaczy, których efekt skutkował oficjalnym tłumaczeniem tekstu Protokołu na język polski w Dzienniku Ustaw[40], obowiązek implementacyjny państwa polskiego w zakresie ujęcia znamion biernej korupcji obejmuje zasadniczo uznanie za przestępstwo w krajowym porządku prawnym: „umyślnego zachowania funkcjonariusza, który bezpośrednio bądź przez pośrednika żąda lub osiąga jakiekolwiek korzyści dla siebie albo dla strony trzeciej, lub też akceptuje obietnicę takiej korzyści dla podjęcia albo powstrzymania działań należących do jego obowiązków lub pod warunkiem wykonania jego zadań z naruszeniem służbowych obowiązków w sposób szkodzący lub mogący zaszkodzić interesom finansowym Wspólnot Europejskich". Zasadniczo ten sam czyn biernej korupcji, jak się wydaje, czytelniej został ujęty w art. 2 ust. 1 Konwencji 1997 UE, jako: „umyślne działanie urzędnika, który bezpośrednio lub za pośrednictwem żąda lub otrzymuje korzyści dowolnego rodzaju dla siebie lub strony trzeciej lub przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za dokonanie lub powstrzymanie się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jego funkcji lub w ramach wykonywania jego funkcji".

Z kolei w wypadku tzw. korupcji czynnej przepis art. 3 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE nakłada na państwa-strony obowiązek uznania za przestępstwo w prawie wewnętrznym zachowań polegających na: „umyślnym działaniu kogokolwiek, kto obiecuje albo udziela, bezpośrednio lub przez pośrednika, jakiekolwiek korzyści samemu funkcjonariuszowi lub stronie trzeciej dla funkcjonariusza, dla podjęcia albo powstrzymania się przez funkcjonariusza od działań należących do jego obowiązków dla wykonania jego zadań z naruszeniem służbowych obowiązków w sposób szkodzący lub mogący wyrządzić szkodę interesom Finansowym Wspólnot Europejskich". Dla porównania w art. 3 ust. 1 Konwencji 1997 UE mowa jest o: „umyślnym działaniu kogokolwiek, polegającym na dawaniu obietnicy lub przekazywaniu, w sposób bezpośredni lub za pośrednictwem, korzyści dowolnego rodzaju, urzędnikowi lub stronie trzeciej, aby sprawić, by osoba ta dokonała lub powstrzymała się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jej funkcji lub w ramach wykonywania jej funkcji".

Charakterystycznym elementem w ujęciu obu postaci korupcji jest zaakcentowanie relacji między przyjmowaną albo udzielaną korzyścią lub jej obietnicą, a oczekiwanym przez udzielającego łapówki zachowaniem funkcjonariusza (urzędnika). Tu zasadza się też podstawowa różnica w ujęciu opisu czynów korupcji w obu charakteryzowanych dokumentach. W Protokole 1996 do Konwencji WE opis okupionego łapówką zachowania funkcjonariusza zakłada podjęcie działania „w sposób szkodzący lub mogący wyrządzić szkodę interesom Finansowym Wspólnot Europejskich". Protokół stawia więc wymóg, aby funkcjonariusz doprowadził swoim zachowaniem do wystąpienia określonego skutku w postaci wyrządzenia realnej szkody interesom finansowym WE, ewentualnie zagrożenia tych interesów możliwością wyrządzenia takiej szkody. Natomiast przekupujący powinien objąć

[40] Dz. U. z 2009 r. Nr 208, poz. 1603.

swoim zamiarem wystąpienie takich skutków, będących założonym przez niego rezultatem zachowania funkcjonariusza. Z kolei w Konwencji 1997 UE całkowicie odstąpiono od wymogu naruszenia lub zagrożenia interesów finansowych WE.

Oba charakteryzowane akty prawa europejskiego zasadniczo rzecz biorąc pozostawiają do decyzji państw-stron wybór metody implementacji ich szczegółowych postanowień do krajowych porządków prawnych. Kładą przy tym jedynie nacisk na osiągnięcie określonego celu. W stosownych przepisach mówi się generalnie o konieczności „podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu zapewnienia", że sposób postępowania określony w Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE jako korupcja bierna lub korupcja czynna uznany zostanie w prawie sygnatariuszy za przestępstwo (art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 Konwencji 1997 UE). Przy tak szerokim ujęciu w praktyce w grę wejść mogą różne metody implementacji, w tym w szczególności: przeniesienie *in exstenso* postanowień traktatu do kodeksu karnego, modyfikacja znamion użytych do budowy ustawowego opisu czynu zabronionego, zwłaszcza znamion mających charakter definicji normatywnych, wprowadzenie do kodeksu karnego nowych typów przestępstw, ewentualnie wykorzystanie tzw. klauzul asymilacyjnych, rozciągających zasady odpowiedzialności za przestępstwa korupcyjne z udziałem własnych (krajowych) podmiotów pełniących funkcję publiczną na podmioty pełniące funkcję publiczną w innych państwach lub organizacjach międzynarodowych[41]. Wyjątkiem od zasady swobody doboru metody implementacji jest kryminalizacja przypadków korupcji popełnianych przez lub wobec: członków Komisji Wspólnot Europejskich, Parlamentu Europejskiego, Trybunału Sprawiedliwości i Trybunału Obrachunkowego Wspólnot Europejskich. W odniesieniu do odpowiedzialności karnej za akty korupcji biernej lub czynnej, popełnione odpowiednio przez lub wobec osób należących tego kręgu podmiotów, zadekretowano wykorzystanie metody asymilacji na wzór odpowiedzialności przyjętej w prawie karnym strony za te same przestępstwa, popełniane przez lub wobec: ministrów jej rządu, wybieranych członków izb parlamentu, członków najwyższych sądów (lm) lub członków trybunału obrachunkowego (art. 4 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 4 ust. 1 Konwencji 1997 UE). Państwo członkowskie może jednak w jednym wypadku odstąpić od zasady asymilacji w ukształtowaniu odpowiedzialności członków Komisji Europejskiej na wzór ministrów własnego rządu. Chodzi o sytuację, w której przyjęło ono w swoim ustawodawstwie wewnętrznym przepisy regulujące szczególną odpowiedzialność ministrów własnego rządu z racji ich pozycji politycznej za działania lub zaniechania (np. odpowiedzialność przed Trybunałem Stanu). Wówczas wystarczy, aby państwo członkowskie zapewniło, że członkowie Komisji Wspólnot Europejskich są objęci ustawodawstwem karnym wdrażającym kryminalizację korupcji czynnej i biernej, określonej w art. 2 i 3 (Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE).

Protokół 1996 do Konwencji WE oraz Konwencja 1997 UE rozszerzają obowiązki implementacyjne państw członkowskich o kryminalizację form zjawiskowych, polegających na współuczestniczeniu oraz nakłanianiu (namawianiu) do popełnienia

[41] Szerzej na temat metod wykorzystywanych przez ustawodawców krajowych do implementacji postanowień konwencji antykorupcyjnych w wybranych porządkach prawnych zob. C. Nowak, *Korupcja*..., s. 277–332.

czynów korupcji biernej lub czynnej (art. 5 ust. 1). Dodatkowo w obu aktach prawnych zawarto klauzule nakazujące wprowadzenie odpowiedzialności karnej dyrektorów przedsiębiorstw lub dowolnych osób w przedsiębiorstwie, posiadających prawo podejmowania decyzji lub wykonywania kontroli za czyny korupcyjne popełnione przez podlegające im osoby, działające w imieniu przedsiębiorstwa (art. 7 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 6 Konwencji UE). Chodzi tu o zagwarantowanie odpowiedzialności karnej podmiotów zarządzających przedsiębiorstwami, którzy zlecają lub nakazują swoim podwładnym popełnienie czynu korupcyjnego albo kierują jego wykonaniem, tym samym dopuszczają się zachowania, które można byłoby zakwalifikować jako sprawstwo polecające lub kierownicze. Protokół 1996 do Konwencji WE odnosi ten wymóg zarówno do czynów z zakresu korupcji czynnej, jak i korupcji biernej (por. art. 7 Protokołu 1996 do Konwencji WE). Konwencja 1997 UE zawęża go natomiast tylko do przejawów korupcji czynnej (por. art. 6 Konwencji UE).

Z kolei w zakresie kar i środków penalnych przed państwami-stronami postawiono wymóg, aby zachowania składające się na korupcję bierną lub czynną zostały zagrożone w ich wewnętrznych porządkach prawnych sankcjami karnymi, spełniającymi kryteria skuteczności, proporcjonalności oraz odstraszania. W przypadkach poważnych czyn powinien zostać zagrożony nawet karą pozbawienia wolności w wysokości umożliwiającej dokonanie ekstradycji sprawcy (art. 5 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 5 ust. 1 Konwencji 1997 UE). Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza (urzędnika) krajowego lub wspólnotowego, który dopuścił się korupcji biernej, nie stanowi przy tym przeszkody do pociągnięcia go do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Tym niemniej przy określaniu kary, jaka ma być nałożona, krajowe sądy karne mogą, stosownie do zasad ich prawa krajowego, wziąć pod uwagę wszelkie kary dyscyplinarne nałożone już na tę samą osobę, za ten sam czyn (art. 5 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 5 ust. 2 Konwencji 1997 UE).

Tytułem uzupełnienia warto jeszcze dodać, iż Protokół Drugi do Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich[42], przyjęty 19.06.1997 r., rozszerzył katalog sankcji przewidzianych za przestępstwa określone w tej konwencji, w tym korupcję bierną i czynną, dodane art. 2 i 3 Protokołem 1996 do Konwencji WE, o instrumenty: konfiskaty lub odebrania narzędzi i wpływów (korzyści) pieniężnych, pochodzących m.in. z czynnej i biernej korupcji lub majątku, którego wartość odpowiada takim wpływom (korzyściom) (art. 5 Protokołu Drugiego 1997 do Konwencji WE).

2.4. Konwencja ONZ przeciwko korupcji z 31.10.2003 r.

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji została uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r. Prezydent ratyfikował ją 8.09.2006 r., w Polsce weszła w życie 15.10.2006 r. Jak wynika z preambuły, państwa-strony przyjęły ten traktat motywowane przede wszystkim niepokojem wobec rosnących zagrożeń, jakie korupcja przynosi dla stabilności i bezpieczeństwa społeczeństw, szkodząc przy tym instytucjom i wartościom demokratycznym, etycznym

[42] Dz. Urz. UE C 221 z 1997 r., s. 12; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE rozdz.19, t. 8, s. 156.

i sprawiedliwości oraz trwałemu rozwojowi i rządom prawa. Wśród zagrożeń, jakie niesie ze sobą korupcja, sygnatariusze konwencji wskazali m.in. na powiązania z innymi formami przestępczości, w szczególności przestępczości zorganizowanej i gospodarczej, jak również angażowanie w korupcję znacznych środków, mogących stanowić poważną część dochodów państw, co w dalszej perspektywie zagraża ich stabilności politycznej i trwałemu rozwojowi. W treści preambuły wyrażono przekonanie, że korupcja nie jest już tylko kwestią lokalną, lecz zjawiskiem międzynarodowym, które dotyka wszystkie społeczeństwa i gospodarki, pociąga za sobą konieczność międzynarodowej współpracy w celu zapobiegania mu oraz poddania kontroli. Efektywne zapobieganie i zwalczanie korupcji wymaga wszechstronnego i wielopłaszczyznowego podejścia, które materializuje się w akcie konwencji poprzez wprowadzenie do jej tekstu nie tylko przepisów obejmujących obowiązek implementacji konkretnych typów przestępstw, pozwalających ścigać określone w nich praktyki korupcyjne (rozdział III), czy statuujących podstawy międzynarodowej współpracy w tym zakresie (rozdział IV), ale również uregulowań o charakterze swoistej prewencji antykorupcyjnej (rozdział II) oraz postanowień wymierzonych w możliwość korzystania z owoców przestępstwa poprzez doprowadzenie do odzyskania mienia z rąk przestępców, jego zwrotu lub konfiskaty (rozdział V)[43].

Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym, wynikający z przyjęcia Konwencji ONZ 2003, nakłada na państwa-strony przede wszystkim bezwzględny obowiązek uznania za przestępstwo w prawie wewnętrznym czynnej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art.16 ust. 1) oraz rozważenie takich kroków (obowiązek względny) w odniesieniu do biernej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 2).

Pojęcia „zagraniczny funkcjonariusz publiczny" oraz „funkcjonariusz międzynarodowej organizacji publicznej" zostały zdefiniowane dla potrzeb Konwencji w art. 2 (b), (c). Wykorzystano przy tym podejście autonomiczne, zgodnie z którym Konwencja samodzielnie określa treść pojęć, bez odsyłania w tym zakresie do prawa wewnętrznego państwa-strony[44]. „Zagraniczny funkcjonariusz publiczny" oznacza każdą osobę sprawującą stanowisko ustawodawcze, wykonawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno z powołania, jak i z wyboru; oraz każdą osobę pełniącą funkcję publiczną w państwie obcym zarówno w instytucji publicznej, jak i przedsiębiorstwie publicznym[45]. Z kolei pod pojęciem „funkcjonariusza

[43] Szerzej na temat standardów zawartych w Konwencji ONZ 2003 co do konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstwa zob. E. Zielińska, *Konfiskata dochodów z przestępstwa w świetle Konwencji antykorupcyjnej ONZ z 2003 roku a przepisy polskiego prawa dotyczące przepadku przedmiotów lub korzyści z przestępstwa*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. (red.) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 411–424.

[44] Takie odesłanie do prawa wewnętrznego państwa-strony przewidziano natomiast w definicji (krajowego) funkcjonariusza publicznego (art. 2 a) z zastrzeżeniem, że dotyczyć będzie tylko przypadków wykorzystania tej definicji „dla celów pewnych szczególnych środków, o których w Rozdziale II (Środki prewencyjne) niniejszej Konwencji".

[45] Zakresowo jest to definicja tożsama z pierwszą częścią definicji „zagranicznego funkcjonariusza publicznego", przyjętej art. 1 ust. 4 a) Konwencji OECD 1997. Wprawdzie w art. 2 b) Konwencji ONZ 2003 dokonano rozróżnienia na stanowiska wykonawcze i administracyjne, a w art. 1 ust. 4 a) Konwencji OECD 1997 mowa jest tylko o stanowisku administracyjnym, wydaje się uzasadnione twierdzenie, że administracja publiczna w szerokim znaczeniu obejmuje także władzę wykonawczą. Podobnie kategoria „agendy publicznej" (Konwencja OECD 1997) i „instytucji publicznej" (Konwencja ONZ 2003) pozostają zakresowo tożsame.

publicznej organizacji międzynarodowej" należy rozumieć międzynarodowego urzędnika służby cywilnej lub każdą osobę upoważnioną przez taką organizację do działania w jej imieniu.

Obowiązek implementacyjny państwa w zakresie uznania za przestępstwo czynnej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 1) obejmuje zachowania polegające na umyślnej obietnicy, propozycji wręczenia lub wręczeniu zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu lub funkcjonariuszowi międzynarodowej organizacji publicznej, bezpośrednio lub pośrednio, nienależnej korzyści dla tego funkcjonariusza lub innej osoby bądź podmiotu, w celu podjęcia przez funkcjonariusza działania lub zaniechania działania podczas wykonywania swoich obowiązków służbowych, w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub innej nienależnej korzyści w związku z prowadzeniem międzynarodowej działalności gospodarczej.

Konwencja ONZ 2003 definiuje także bierną stronę łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 2). Jednakże, jak wspomniano wcześniej, w tym wypadku skłania jedynie strony do rozważenia wprowadzenia takiej kryminalizacji. Ostateczną decyzję pozostawia w tym względzie państwu, uzależniając od jego woli ewentualne rozszerzenie minimalnego standardu implementacyjnego, obejmującego czynną stronę łapownictwa (art. 16 ust. 1), o zachowania wyczerpujące bierną stronę łapownictwa, których dopuścili się zagraniczni funkcjonariusze publiczni lub funkcjonariusze międzynarodowych organizacji publicznych, polegające na umyślnym domaganiu się lub przyjęciu, bezpośrednio lub pośrednio, nienależnej korzyści dla takich funkcjonariuszy lub innej osoby bądź podmiotu w celu działania lub zaniechania działania podczas wykonywania swoich obowiązków służbowych (art. 16 ust. 2).

Z perspektywy ustawodawcy krajowego istotne pozostaje jeszcze następujące rozróżnienie. Bezwzględny obowiązek implementacyjny odniesiony w Konwencji ONZ 2003 do czynnej strony łapownictwa wobec podmiotu zagranicznego został ograniczony do przypadków przekupstwa dokonanych w określonym, szczególnym celu, jakim – zgodnie z art. 16 ust. 1 – jest otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub innej nienależnej korzyści w związku z prowadzeniem międzynarodowej działalności gospodarczej. Powiązanie aktu przekupstwa z kontekstem międzynarodowej działalności gospodarczej stanowi nawiązanie do sposobu ujęcia tego przestępstwa w Konwencji OECD 1997 (por. art. 1 ust. 1). Podobnego ograniczenia nie zawiera natomiast przyjęty w konwencji ONZ 2003 ujęcie biernej strony łapownictwa (art. 16 ust. 2), przy którym rekomenduje się rozważenie kryminalizacji aktów sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych lub funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych niezależnie od tego, czy obejmowali swoim zamiarem pomoc w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej, czy też domagali się bądź przyjęli łapówkę z innych powodów.

Charakteryzując zakres ewentualnej kryminalizacji w prawie krajowym, warto także zwrócić uwagę, że Konwencja ONZ 2003 uwzględnia środek łapownictwa w postaci „obietnicy" nienależnej korzyści jedynie po stronie dającego, zaś w opisie zachowania biorcy pomija znamię „przyjęcia obietnicy".

W art. 27 Konwencja rozszerza obowiązki implementacyjne na formy zjawiskowe i stadialne popełnienia przestępstw określonych w jej postanowieniach. Bezwzględny obowiązek implementacji dotyczy form zjawiskowych, wśród których Konwencja wymienia: współsprawstwo, pomocnictwo, podżeganie (art. 27 ust. 1). Natomiast w odniesieniu do form stadialnych: usiłowania i przygotowania, Konwencja pozostawia swobodę decyzji stronom („Państwo może przyjąć…").

W zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja ONZ 2003 nakłada na państwa-strony następujące obowiązki. Na mocy art. 30 ust. 1 strony zobowiązano do zapewnienia, że popełnienie przestępstwa ustanowionego zgodnie z tym traktatem będzie zagrożone sankcjami uwzględniającymi ciężar danego przestępstwa. Stosownie do art. 30 ust. 5 każde państwo-strona uwzględni wagę przestępstwa przy rozważaniu możliwości wcześniejszego zwolnienia lub warunkowego zwolnienia osoby skazanej za dane przestępstwo. Z kolei na podstawie art. 30 ust. 7 dopuszcza się możliwość ustanowienia przepisów zakazujących na czas określony, na podstawie orzeczenia sądu lub w innym stosownym trybie, zgodnie z przepisami prawa wewnętrznego, osobom skazanym za przestępstwa określone zgodnie z niniejszą konwencją: sprawowania funkcji publicznej oraz sprawowania funkcji w przedsiębiorstwie w całości lub częściowo należącym do państwa. Ten ostatni standard ma charakter jedynie fakultatywny, tzn. państwo ma rozważyć jego wprowadzenie i to tylko o tyle, o ile byłoby to uzasadnione wagą przestępstwa oraz w stopniu odpowiadającym podstawowym zasadom swojego systemu prawnego.

Konwencja ONZ 2003 dużo miejsca poświęca kwestiom przeciwdziałania korzystaniu przez sprawców z owoców przestępstwa, doprowadzeniu do odzyskania mienia z ich rąk, jego zwrotu lub konfiskaty (por. rozdział V „Zwrot korzyści")[46]. W tym m.in. przejawia się wielopłaszczyznowe podejście tego traktatu do kwestii zwalczania przestępstw korupcyjnych. Na mocy art. 31 ust. 1 państwa-strony zobowiązały się do wprowadzenia w ich wewnętrznych porządkach prawnych konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstw ustanowionych zgodnie z konwencją lub mienia wartości odpowiadającej wysokości takich dochodów. Zgodnie z art. 2 g) „konfiskata" obejmuje odpowiednio również przepadek i oznacza trwałe pozbawienie mienia na mocy decyzji sądu lub innego właściwego organu. Z kolei podług definicji zawartej w art. 2 e) „dochody z przestępstwa" oznaczają każde mienie pochodzące lub uzyskane, bezpośrednio lub pośrednio, z popełnienia przestępstwa.

W szczegółowych postanowieniach Konwencja ONZ 2003 rozwija standard implementacyjny w zakresie konfiskaty mienia, tak aby zagwarantować skuteczne stosowanie tego instrumentu w krajowych porządkach prawnych nawet w wypadkach, w których sprawca ukrył owoce przestępstwa lub podjął działania mające na celu zalegalizowanie ich pochodzenia. W związku z tym na strony nakłada się dodatkowe obowiązki związane z implementacją art. 31. Jeżeli dochody z przestępstwa zostały przekształcone lub zamienione, w części lub całości, na inne mienie, wówczas takie mienie – w miejsce dochodów – będzie podlegało środkom wymienionym w niniejszym artykule (ust. 4 tegoż artykułu). Jeżeli natomiast dochody z przestępstwa zostały przemieszane z mieniem nabytym z legalnych źródeł, wówczas takie mienie – bez uszczerbku dla jakichkolwiek uprawnień odnoszących się

[46] E. Zielińska, *Konfiskata dochodów…*, s. 411–424.

do zakazu obrotu lub zajęcia – będzie podlegało konfiskacie do wysokości szacowanej wartości przemieszanych dochodów (ust. 5 tegoż artykułu). Wpływy lub inne korzyści pochodzące z dochodów z przestępstwa, z mienia, na które dochody z przestępstwa zostały przekształcone lub zamienione, lub z mienia, z którym dochody z przestępstwa zostały przemieszane, będą również podlegały środkom wymienionym w niniejszym artykule, w taki sam sposób i w takim samym zakresie, co dochody z przestępstwa (ust. 6 tegoż artykułu). Ponadto państwa-strony mogą rozważyć możliwość wprowadzenia przepisów (względny obowiązek implementacyjny), dających podstawę żądania, by sprawca wykazał legalne pochodzenie domniemanych dochodów z przestępstwa lub innego mienia podlegającego konfiskacie, w zakresie, w jakim wymóg taki jest zgodny z podstawowymi zasadami jego prawa wewnętrznego oraz z charakterem postępowania sądowego lub innego postępowania (ust. 8 tegoż artykułu).

3. WPŁYW TYPIZACJI KAZUISTYCZNEJ W GRUPIE PRZESTĘPSTW KORUPCYJNYCH

Decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu nowelizacją z 9.09.2000 r. przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. oraz wprowadzenie nowelizacją z 13.06.2003 r. definicji osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 115 § 19 k.k.), zawierającej kategorię „innej osoby, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową" może być analizowana nie tylko z perspektywy stopnia realizacji obowiązku implementacji relewantnych postanowień traktatowych do krajowego porządku prawnego. Po wejściu w życie tych uregulowań, zawarta w nich treść normatywna stała się integralną częścią ustawowego opisu przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. Nastąpiło w ten sposób uszczegółowienie opisów poszczególnych typów czynów zabronionych, co stanowi przejaw szerszego mechanizmu normatywnego, polegającego na wykorzystaniu techniki typizacji kazuistycznej przy konstruowaniu opisu czynu zabronionego[47].

Pod rządami obowiązującej kodyfikacji karnej znaczenie tej techniki legislacyjnej zdecydowanie wzrosło przy budowie ustawowej określoności poszczególnych typów przestępstw korupcyjnych. Zasadniczo jej wpływ można zaobserwować na poziomie wyodrębnienia typu przestępstwa oraz uszczegółowienia zakresu pojedynczego znamienia, co w grupie przestępstw korupcyjnych dało o sobie znać w czterech odsłonach.

Po pierwsze, ustawodawca zidentyfikował nowe obszary potencjalnie zagrożone praktykami korupcyjnymi, w których walka z korupcją ma być prowadzona przy wykorzystaniu regulacji prawnokarnej. Wśród nich znalazły się instytucje wyborów i referendum, zawody sportowe, działalność biznesowa, rynek leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego i wyrobów medycznych. W konsekwencji w treści samego kodeksu karnego, jak również w obowiązujących

[47] Na temat wykorzystania dwóch technik typizacji – kazuistycznej i syntetycznej przy konstruowaniu ustawowych opisów typów przestępstw zob. szerzej T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 32–36.

równolegle ustawach szczególnych, przybyło wiele nowych typów przestępstw korupcyjnych bądź to reaktywowanych po okresie niebytu w porządku prawnym (przypadek korupcji wyborczej z art. 250a § 1 i 2 k.k., znanej kodeksowi karnemu z 1932 r. – por. z zastrzeżeniem odmienności znamion art. 121–122[48], a pominiętej w k.k. z 1969 r.[49]), bądź też zupełnie nieznanych wcześniej polskiemu ustawodawstwu (por. art. 230a § 1–2 k.k., art. 296a § 1–4 k.k., [uchylony art. 296b § 1 i 2 k.k.][50], art. 46 § 1–4, art. art. 48 § 1–3 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie (dalej: u.s.), art. 128 ustawy – Prawo farmaceutyczne (dalej: pr. farm.)[51], [uchylone art. 192b ust. 1 i 2 oraz art. 192c ust. 1 i 2 ustawy – o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[52]][53], art. 54 ust. 1–4 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (dalej: u.r.l.). Dołączyły one do niejako tradycyjnych już przestępstw korupcyjnych (art. 228 § 1–5, 229 § 1–5, 230 § 1–2, 302 § 2–3 k.k.), mających swoje odpowiedniki we wcześniejszych kodyfikacjach tj.: kodeksie karnym z 1969 r. (por. art. 239 § 1–3, art. 240, 241 § 1–4 i art. 244) oraz kodeksie karnym z 1932 r. (por. art. 134, 135, art. 279 § 1–2, art. 290 § 1–2), a także art. 10 dekretu Prezydenta Rzeczpospolitej z 22.11.1938 r. o ochronie niektórych interesów państwa[54].

Po drugie, technika typizacji kazuistycznej stała się środkiem prowadzącym do zdefiniowania w kodeksie karnym pojęcia osoby pełniącej funkcję publiczną. Pojęcie to, zanim nabrało charakteru definicji normatywnej, zostało wykorzystane przez ustawodawcę jako znamię kluczowe w opisie poszczególnych typów sprzedajności (art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa (art. 229 § 1–4 k.k.) oraz czynnej strony płatnej protekcji (art. 230a § 1–2 k.k.). Sama definicja osoby pełniącej funkcję publiczną nie znalazła się jednak w kodeksie karnym w dniu jego wejścia w życie. Wprowadzono ją później przepisem art. 115 § 19 k.k., dodanym do kodeksu karnego na mocy nowelizacji z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną[55]. Do 1.07.2003 r., tj. wejścia w życie tej nowelizacji, wykładnia znamienia osoby pełniącej funkcję publiczną była domeną doktryny i orzecznictwa.

Stosownie do przepisu art. 115 § 19 k.k. w pojęciu osoby pełniącej funkcję publiczną wyróżnione zostały cztery zasadnicze kategorie zbiorcze. Są to:

1) funkcjonariusz publiczny;
2) członek organu samorządowego;

[48] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczpospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. R.P. Nr 60, poz. 571). Dla porządku należy przypomnieć, iż w zakresie przeciwdziałania korupcji wyborczej k.k. z 1932 r. przewidywał jeszcze jedno przestępstwo, niemające odpowiednika w obowiązującym kodeksie karnym. Stosownie do art. 123 k.k. z 1932 r. ściganiu podlegało przyjęcie albo żądanie łapówki za wywarcie wpływu na sposób głosowania uprawnionego lub powstrzymanie się od głosowania.

[49] Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94).

[50] Art. 296b k.k. został uchylony przez art. 64 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857). Przepis przestał obowiązywać 16.10.2010 r.

[51] Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.).

[52] Ustawa z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027).

[53] Art. 192b i 192c zostały uchylone przez art. 63 pkt 37 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696). Przepisy przestały obowiązywać 1.01.2012 r.

[54] Dz. U. z 1938 r. Nr 91, poz. 623.

[55] Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

3) osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe;
4) inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.

W kolejnych latach ustawodawca kontynuował proces egzemplifikacyjnego uszczegółowienia zakresu znamienia osoby pełniącej funkcję publiczną, co przybrało formę korekt wprowadzanych do definicji funkcjonariusza publicznego – pojęcia składowego o.p.f.p., zdefiniowanego oddzielnie w art. 115 § 13 k.k. Zmiany dokonane po 1.07.2013 r. polegały na:

1) dodaniu pkt 2a, na podstawie którego do grona funkcjonariuszy publicznych włączono posłów do Parlamentu Europejskiego[56];
2) modyfikacji treści pkt 3[57], co objęło: usunięcie kategorii „osoby orzekającej w sprawach o wykroczenia", włączenie do grona funkcjonariuszy publicznych „funkcjonariusza finansowego organu postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego"[58] oraz „syndyka", „nadzorcę sądowego" i „zarządcę"[59];
3) dodaniu pkt 9, mocą którego do grona funkcjonariuszy publicznych włączono „pracownika międzynarodowego trybunału karnego", o ile nie pełni w nim „wyłącznie czynności usługowych"[60].

Kazuistyczny charakter definicji osoby pełniącej funkcję publiczną przejawia się w jeszcze jednym aspekcie. Polega on na włączeniu w zakres pełnienia funkcji publicznej zadań realizowanych przez podmioty *sensu stricto* prywatne, scedowanych na ich rzecz przez państwo w wyniku procesu prywatyzacji zadań publicznych. Stało się to możliwe dzięki wykorzystaniu przez ustawodawcę w art. 115 § 19 k.k. wyjątkowo pojemnych znamion, które swoim zakresem obejmują nie tylko „instytucje państwowe i samorządu terytorialnego", charakterystyczne dla rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw z rozdziału XXIX k.k., ale również podmioty leżące poza ścisłą strukturą organizacyjną państwa. Zabieg ten przekłada się bezpośrednio na zakres kryminalizacji przestępstw korupcyjnych, w których opisie zostało wykorzystane znamię o.p.f.p. W rezultacie tej zmiany takie osoby, jak np. kontrolerzy biletów, diagności stacji obsługi pojazdów, czy lekarze w niepublicznych zakładach opieki społecznej, stały się zdatne do ponoszenia odpowiedzialności

[56] Art. 115 § 13 pkt 2a został dodany przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219) z dniem 1.03.2004 r.
[57] Dla porządku należy w tym miejscu przypomnieć, że pkt 3 art. 115 § 13 k.k. był modyfikowany już wcześniej. Zmiana polegała na zastąpieniu terminu „zawodowy kurator sądowy" szerszym terminem „kurator sądowy", obejmującym sądowych kuratorów zawodowych i społecznych. Art. 115 § 13 pkt 3 zmieniony przez art. 95 ustawy z 27.07.2001 r. o kuratorach sądowych (Dz. U. Nr 98, poz. 1071) z dniem 1.01.2002 r.
[58] Art. 115 § 13 pkt 3 został zmieniony przez art. 5 ustawy z 28.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479) z dniem 17.12.2005 r.
[59] Art. 115 § 13 pkt 3 został zmieniony przez art. 22 ustawy z 15.06.2007 r. o licencji syndyka (Dz. U. Nr 123, poz. 850) z dniem 10.10.2007 r.
[60] Art. 115 § 13 pkt 9 dodany został przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626) zmieniającej nin. ustawę 8.09.2010 r.

karnej za przyjęcie łapówki w związku z pełnioną funkcją na równi z policjantami czy urzędnikami administracji publicznej. Analogicznie mogą oni również wystąpić w roli przedmiotu oddziaływania sprawcy przekupstwa.

Po trzecie, w drodze nowelizacji kodeksu karnego z 9.09.2000 r.[61], dzięki wprowadzeniu przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., ustawodawca rozszerzył za pomocą tzw. klauzul asymilacyjnych[62] zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p., obejmując nim zachowania popełnione przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjęte wobec takich osób.

Zgodnie z art. 228 § 6 k.k. kary określone w art. 228 § 1–5 k.k. znajdą zastosowanie nie tylko do krajowych o.p.f.p., ale również ich zagranicznych odpowiedników, dopuszczających się przestępstw sprzedajności w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych. Z kolei stosownie do analogicznej regulacji zawartej w art. 229 § 5 k.k., karom określonym w art. 229 § 1–4 k.k. podlegać będzie nie tylko sprawca przekupstwa krajowej o.p.f.p., ale również na zasadzie odpowiedniości ten, kto udziela albo obiecuje udzielić łapówki osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, w związku z pełnieniem tej funkcji.

Wymienione przepisy mówią wprawdzie o „odpowiednim podleganiu karom", nie ulega jednak wątpliwości, że w pierwszym wypadku, na mocy klauzuli z art. 228 § 6 k.k., ustawodawca rozszerzył podmiotowy zakres kryminalizacji zorientowany na znamię sprawcy czynów sprzedajności. W drugim zaś, powiększenie zasięgu kryminalizacji przestępstw przekupstwa jest – zgodnie z dyspozycją art. 229 § 5 k.k. – wynikiem rozszerzenia o nowe kategorie zakresu znamienia przedmiotu czynności wykonawczej.

Po czwarte, przy konstruowaniu poszczególnych typów przestępstw korupcyjnych, zarówno w ich tradycyjnym, jak i tym nowym obszarze kryminalizacji, ustawodawca sięgał coraz chętniej do typów zmodyfikowanych. Głównie przejawiało się to we wprowadzeniu typów uprzywilejowanych wypadkiem mniejszej wagi. We wskazanym okresie ich liczba wyraźnie wzrosła, sięgając aż 18 przypadków (w porównaniu z dwoma w k.k. z 1969 r.)[63].

Ta wzrostowa tendencja nie objęła natomiast tak silnie typów kwalifikowanych. W grupie przestępstw korupcyjnych w większości przypadków ustawodawca nie zdecydował się na zmodyfikowanie typów podstawowych znamionami

[61] Art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy z 9.09.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 93, poz. 1027). Przepisy weszły w życie 4.02.2001 r.

[62] Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja*..., s. 359–369.

[63] Wśród nich znalazły się typy uprzywilejowane: sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 228 § 2 i art. 229 § 2 k.k.), biernej i czynnej strony płatnej protekcji (art. 230 § 2 i art. 230a § 2 k.k.), biernej i czynnej strony korupcji wyborczej i referendalnej (art. 250a § 3 w zw. z § 1 i 2 k.k.), biernej i czynnej strony korupcji menadżerskiej (art. 296a § 3 w zw. z § 1 i 2 k.k.), sprzedajności i przekupstwa w sporcie (art. 46 § 3 w zw. z § 1 i 2 u.s.) oraz biernej i czynnej strony płatnej protekcji w sporcie (art. 48 § 3 w zw. z § 1 i 2 u.s.), szczególnych przypadków biernej i czynnej strony korupcji popełnionej w związku z refundacją leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych (art. 54 ust. 5 – łącznie w odniesieniu do 6 typów z ust. 1, 2, 3 oraz z ust. 4 w zw. z ust. 1, 2, 3 u.r.l.). Szerzej na ten temat zob. P. Bachmat, *Drobna korupcja na przykładzie przestępstw z art. 228 § 2 k.k. i art. 229 § 2 k.k. w ujęciu doktryny i ocenach sądów*, „Prawo w Działaniu" 2012/11, s. 131–132.

kwalifikującymi, determinującymi surowszą odpowiedzialność karną sprawcy. Tak więc w obecnym stanie prawnym w tej grupie przestępstw typy kwalifikowane pozostają rozwiązaniem wyjątkowym. Towarzyszą tradycyjnie sprzedajności i przekupstwu o.p.f.p. (art. 228 § 3–5 i art. 229 § 3–4 k.k.). Z kolei pośród nowowprowadzonych przestępstw korupcyjnych wyodrębniono je tylko przy przestępstwach sprzedajności menadżerskiej (art. 296a § 4 k.k.) oraz sprzedajności i przekupstwa popełnianych w związku z zawodami sportowymi (art. 46 ust. 4 u.s.).

Zasięg oddziaływania typizacji kazuistycznej okazał się tu zatem ograniczony. Do pewnego stopnia stanowi to efekt niekonsekwencji ustawodawcy, który – pośród nowowprowadzonych przestępstw korupcyjnych – ulokował znamię „żądania" korzyści lub jej obietnicy, w ustawowym opisie typów podstawowych łapownictwa biernego, obok charakterystycznego dla nich znamienia „przyjmowania" (por. art. 296a § 1 k.k., art. 46 ust. 1 u.s. oraz art. 54 ust. 1, 2 i 3 u.r.l.[64]). Jest to rozwiązanie dalece kontrowersyjne, jako że prowadzi do zrównania prawnokarnej oceny zachowań, charakteryzujących się w istocie różnym stopniem społecznej szkodliwości. Podobnie stypizowane było niegdyś przestępstwo sprzedajności o.p.f.p. w jego pierwotnym brzmieniu, zaraz po wejściu w życie kodeksu karnego (por. art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu z 1.09.1998 r.)[65]. Takie ujęcie spotkało się z krytyczną oceną doktryny, która przekonująco wskazywała wówczas, że stopień społecznej szkodliwości czynów sprzedajności, polegających na ostentacyjnym inicjowaniu łapówki żądaniem wyartykułowanym przez o.p.f.p., jest zdecydowanie wyższy[66]. W efekcie ustawodawca dokonał migracji znamienia czasownikowego „żądania" do typu kwalifikowanego. Nowelizacją z 13.06.2003 r. przeniósł je do art. 228 § 4 k.k., lokując obok znamienia „uzależniania", którego realizacja, podobnie jak to ma miejsce przy „żądaniu", implikuje, że to sprawca występuje z korupcyjną inicjatywą[67].

4. PODWÓJNA IMPLEMENTACJA

4.1. Uwagi ogólne

Polski ustawodawca dokonał zasadniczej implementacji międzynarodowych standardów w zakresie kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z elementem zagranicznym w dwóch niezależnych od siebie oraz niekomplementarnych

[64] Dla porządku należy nadmienić, że znamię „żądania" występuje jako znamię czasownikowe w ustawowym opisie typu kwalifikowanego z art. 46 ust. 4 u.s., obok znamienia „przyjmuje". Jest to jednak jedynie konsekwencja stylizacyjna, wynikająca z faktu odwołania się w ust. 4 do typu podstawowego, określonego w ust. 1 tegoż artykułu, gdzie obu tych znamion użyto do stypizowania typu podstawowego sprzedajności w sporcie. Sam typ kwalifikowany z ust. 4 został natomiast stworzony wokół znamienia charakteryzującego wielkość środka korupcji, a mianowicie: „korzyści majątkowej znacznej wartości".

[65] Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

[66] M. Mozgawa, J. Szumski, *Kodeks karny w ocenie doktryny i publicystyki*, w: A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 41–42; M. Surkont, *Uregulowanie sprzedajności w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy" 1995/7–8, s. 109, M. Surkont, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Przegląd Sądowy" 1998/5, s. 40; A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. Wirzman, *Kodeksy karne do poprawki. Opracowanie sędziów warszawskich,* „Gazeta Sądowa" – dod. 1999/7–8, s. VII.

[67] Art. 228 § 1 k.k. został zmieniony przez art. 1 pkt 4 ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Zmiana weszła w życie 1.07.2003 r.

względem siebie krokach. Wykorzystał w tym celu dwie odrębne metody implementacji. Najpierw nowelizacją kodeksu karnego z 9.09.2000 r.[68], przy użyciu tzw. klauzul asymilacyjnych[69], rozszerzył zakres kryminalizacji poszczególnych typów przestępstw sprzedajności (art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa (art. 229 § 1–4 k.k.), popełnianych przez lub wobec krajowych osób pełniących funkcję publiczną, w ten sposób, że nakazał na mocy nowo wprowadzonych przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. odpowiednie stosowanie kar przewidzianych w przepisach art. 228 § 1–5 i art. 229 § 1–4 k.k. do analogicznych zachowań popełnionych przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjętych wobec takich osób. Następnie, przy okazji nowelizacji kodeksu karnego z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną[70], obejmującej m.in. wprowadzenie do słowniczka wyrażeń ustawowych przepisu art. 115 § 19 k.k., zaingerował w określoną w tym przepisie definicję osoby pełniącej funkcję publiczną i zawarł w niej implementowaną treść normatywną, przesądzając mianowicie, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest także „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową".

Wprowadzona zmiana miała ogromne znaczenie w historii polskiego ustawodawstwa antykorupcyjnego. Ochrona wynikająca z zastosowania przepisów polskiej ustawy karnej po raz pierwszy została rozciągnięta na interesy innych państw i organizacji międzynarodowych[71]. Jeszcze w uchwale z 18.04.1991 r. (I KZP 3/91) Sąd Najwyższy uznał, na gruncie k.k. z 1969 r., że przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną w instytucji państwowej lub społecznej obcego państwa nie stanowi przestępstwa w myśl ówczesnego art. 241 k.k.[72] Podobnie podmiotem przestępstwa sprzedajności w myśl art. 239 k.k. z 1969 r. jest osoba wykonująca funkcję publiczną w Państwie Polskim, co wynika z faktu, iż dobrem chronionym tym przepisem jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i społecznych tylko Państwa Polskiego, zainteresowanego w prawidłowym funkcjonowaniu jedynie własnego aparatu realizującego funkcje publiczne. Cytowane orzeczenie zachowało swoją aktualność także w pierwszych latach obowiązywania k.k. z 1997 r., który w art. 228 i 229 nie przewidywał w dniu swojego wejścia w życie (1.09.1998 r.) penalizacji zachowań polegających odpowiednio na sprzedajności czy przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Na ten niedostatek w ujęciu podmiotu przestępstwa sprzedajności i przedmiotu oddziaływania przestępstwa przekupstwa zwracano zresztą uwagę w literaturze w pierwszych latach obowiązywania k.k. z 1997 r.[73] Zasadniczą zmianę w podejściu polskiego ustawodawcy do kwestii

[68] Jak już była o tym mowa, art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe i weszły w życie 4.02.2001 r.

[69] Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja*…, s. 359–369.

[70] Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

[71] B. Kunicka-Michalska, *Pologne. Raport national*, Revue Internationale de Droit Pénal 2003/1–2, s. 354.

[72] OSNKW 1991/7–8, poz. 30.

[73] O. Górniok, Komentarz, w: E. Zielińska (red.), *Prawo wspólnot europejskich*…, s. 266; E. Zielińska, *Polskie prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo" 2001/1, s. 37–38.

ochrony interesów obcych państw, a nawet organizacji międzynarodowych, przed zachowaniami korupcyjnymi przyniosło dopiero wprowadzenie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., a następnie przepisu art. 115 § 19 k.k.

Wybrany przez ustawodawcę sposób realizacji zaciągniętych w sferze prawno-międzynarodowej zobowiązań budzi jednak zastrzeżenia, jeśli chodzi o dublowanie w polskim kodeksie karnym przepisów implementujących standardy karania sprawców przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej (art. 228 § 6 i art. 229 § 5 versus art. 115 § 19 k.k.). A mając jeszcze na uwadze dokonane przez ustawodawcę uszczegółowienie zakresu definicji normatywnej funkcjonariusza publicznego z art. 115 § 13 k.k. o kategorie „posła do Parlamentu Europejskiego"[74] oraz „pracownika międzynarodowego trybunału karnego"[75], można rzecz, iż mamy już nawet do czynienia ze swoistym multiplikowaniem przepisów implementujących, do tego o zakresach krzyżujących się. Pewne wątpliwości niesie ze sobą także treść normatywna zawarta we wprowadzonych do kodeksu karnego przepisach art. 228 § 6, art. 229 § 5 oraz art. 115 § 19 *in fine* – i to zarówno oceniając ją z perspektywy realizacji wiążących Rzeczpospolitą Polską standardów antykorupcyjnego prawa międzynarodowego i europejskiego, jak również z punktu widzenia zestrojenia nowych regulacji ze sobą nawzajem i innymi przepisami kodeksu karnego. Ocena normatywnych efektów rozszerzenia pola kryminalizacji czynów polegających na sprzedajności i przekupstwie osób pełniących funkcję publiczną ze sfery krajowej (pełnienie funkcji publicznej państwie polskim) na sferę zewnętrzną (pełnienie funkcji publicznej w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych) wymaga spojrzenia na to zagadnienie z perspektywy:

1) prawnomiędzynarodowej, ukierunkowanej na ocenę stopnia realizacji przez wymienione wyżej przepisy kodeksu karnego standardu implementacyjnego, zakreślonego w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego;
2) przydatności tych przepisów w ściganiu przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem dzierżycieli funkcji publicznej w podmiotach zewnętrznych względem państwa polskiego (innych państwach i organizacjach międzynarodowych), jak również praktyki ich stosowania.

4.2. Realizacja zasadniczego standardu implementacyjnego w polskim kodeksie karnym

4.2.1. Ustawowy opis czynu

Przyjęty w polskim kodeksie karnym zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej zasadniczo odpowiada, po wejściu w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., standardom wyznaczonym w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego. Można nawet stwierdzić, że pod względem sposobu ujęcia

[74] Zmiana dodana przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219), weszła w życie z dniem 1.03.2004 r.
[75] Zmiana dodana przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626), weszła w życie 8.09.2010 r.

znamion zabronionego zachowania w niektórych punktach wykracza poza pole obowiązku implementacyjnego.

Polski ustawodawca zdecydował się objąć kryminalizacją w tej grupie czynów obie strony łapownictwa (czynną i bierną), pomimo że niektóre ze źródeł traktatowych bądź w ogóle rozmyślnie nie odnoszą się do biernej strony łapownictwa (Konwencja OECD 1997), bądź czynią to zaledwie w ograniczonym zakresie, np. wskazując jedynie na możliwość rozważenia takiej kryminalizacji przez państwo-stronę (art. 16 ust. 2 Konwencji ONZ 2003) albo też dozwalając stronie na złożenie zastrzeżenia co do nieuznawania za przestępstwo w swym prawie wewnętrznym w całości lub w części zachowań składających się na przekupstwo bierne: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego, członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego lub przekupstwo czynne: członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 37 ust. 1 Konwencji RE 1999). Szczegółowe zestawienie obowiązków państw w tym zakresie zawiera tabela 1 poniżej.

Przyjęty w art. 228 § 6 k.k. sposób ujęcia znamienia podmiotu przestępstwa sprzedajności: „Kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej" jest na tyle szeroki, że z powodzeniem obejmuje wszystkie różnorodnie ujęte kategorie podmiotowe sprawcy biernej strony łapownictwa, którymi posługują się wiążące Rzeczpospolitą Polską konwencje antykorupcyjne (por. tabela 2 poniżej). Analogicznie rzecz się ma w przypadku przedmiotu oddziaływania sprawcy przekupstwa z art. 229 § 5 k.k. W szczególności przepisy art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. dają w założeniu podstawę do ścigania skorumpowanej osoby, pełniącej funkcję publiczną, w każdym bez wyjątku państwie lub organizacji międzynarodowej, jak również każdego sprawcy, który dopuszcza się przekupstwa tych osób. Pośrednio wynika z tego także, iż polski ustawodawca niezwykle szeroko rozciągnął ochronę prawnokarną właściwą indywidualnemu przedmiotowi ochrony typu czynu zabronionego, obejmując nią na podstawie tych dwóch uregulowań interesy w zasadzie każdego innego państwa i każdej organizacji międzynarodowej.

W tych punktach można przyjąć, iż przepisy art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. realizują w pełni szeroko zakreślony antykorupcyjny standard traktatowy, wynikający z Konwencji OECD 1997[76] i Konwencji ONZ 2003. Oba te traktaty regulują kwestie korupcji z udziałem zagranicznych funkcjonariuszy publicznych wszystkich bez wyjątku państw i publicznych organizacji międzynarodowych. Podobnie rzecz się ma w przypadku tych przepisów Konwencji RE 1999, które odnoszą się do kategorii: zagranicznego funkcjonariusza publicznego i zagranicznego członka ławy przysięgłych „w jakimkolwiek innym państwie" oraz tych przepisów Protokołu RE 2003, które odnoszą się do kategorii: zagranicznego arbitra i zagranicznego członka ławy przysięgłych „w jakimkolwiek innym państwie".

Dla porównania, nie można tego natomiast powiedzieć o art. 115 § 19 *in fine* k.k., w którym przyjęto, że o.p.f.p. jest „także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez wiążącą

[76] W przypadku Konwencji OECD 1997, z uwagi na objęcie traktatową regulacją jedynie czynnej strony łapownictwa, relewantny jest rzecz jasna jedynie przepis art. 229 § 5 k.k.

Tabela 1
Względny i bezwzględny obowiązek implementacyjny

Źródło prawa międzynarodowego	Czynna strona łapownictwa		Bierna strona łapownictwa	
	Względny obowiązek implementacji	**Bezwzględny obowiązek implementacji**	**Względny obowiązek implementacji**	**Bezwzględny obowiązek implementacji**
Konwencja OECD 1997	-	Przekupstwo (art. 1 ust. 1)	Nie została objęta konwencyjną regulacją	
Konwencja RE 1999	Przekupstwo czynne: – członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6 w zw. z art. 2 i art. 37 ust. 1); – członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10 w zw. z art. 2 i art. 37 ust. 1)	Przekupstwo czynne: – zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5 w zw. z art. 2); – funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9 w zw. z art. 2); – sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11 w zw. z art. 2)	Przekupstwo bierne: – zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1); – członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1); – członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1)	Przekupstwo bierne: – funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9 w zw. z art. 3); – sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11 w zw. z art. 3)
Protokół RE 2003	-	Przekupstwo czynne: – zagranicznych arbitrów (art. 4 w zw. z art. 2); – zagranicznych członków ławy przysięgłych (art. 6 w zw. z art. 2)	-	Przekupstwo bierne: – zagranicznych arbitrów (art. 4 w zw. z art. 3); – zagranicznych członków ławy przysięgłych (art. 6 w zw. z art. 3)
Protokół 1996 Konwencji WE	-	Korupcja czynna (art. 3 ust. 1)	-	Korupcja bierna (art. 2 ust. 1)
Konwencja UE 1997	-	Korupcja czynna (art. 3 ust. 1)	-	Korupcja bierna (art. 2 ust. 1)
Konwencja ONZ 2003	-	Przekupstwo (art. 16 ust. 1)	Przekupstwo (art. 16 ust. 2)	-

Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową". Ten element definicji o.p.f.p. nie spełnia wymagań Konwencji OECD 1997, Konwencji ONZ 2003 oraz Konwencji RE 1999 i Protokołu RE 2003 w zakresie omówionym powyżej, gdyż ogranicza możliwość uznania danej osoby za pełniącą funkcję publiczną jedynie do wypadków, gdy jej kompetencje zostały określone lub uznane w wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowie międzynarodowej. Trafnie wskazuje przy tej okazji C. Nowak, że przepis art. 115 § 19 k.k. nie obejmuje funkcjonariuszy czy – szerzej – osób pełniących funkcję publiczną w innych państwach[77]. Podobnie poza jego zakresem regulacyjnym pozostają także osoby pełniące funkcję publiczną w publicznych organizacjach międzynarodowych, do których Rzeczpospolita Polska nie przystąpiła.

Z kolei w zestawieniu z wymogami Protokołu 1996 Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE granice zakresu znamion podmiotu przestępstwa sprzedajności i przedmiotu oddziaływania przekupstwa, którymi posłużył się polski ustawodawca, zostały postawione dalej na gruncie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. Wymienione traktaty limitują pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) do funkcjonariuszy wspólnotowych i funkcjonariuszy państw członkowskich WE. Podobnie węziej zakreśla te granice Konwencja RE 1999 na gruncie uregulowań dotyczących: funkcjonariusza publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji (tylko takiej, której państwo-strona jest członkiem), członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (tylko takiego, którego państwo-strona jest członkiem), sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (tylko takiego, którego jurysdykcje państwo-strona uznaje). Warto też dodać, że z tym wąskim ujęciem koresponduje definicja o.p.f.p. określona w art. 115 § 19 *in fine* k.k.

Zasadniczo zgodne ze standardami implementacyjnymi są także kluczowe elementy strony przedmiotowej czynów zabronionych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., w tym znamiona czynności sprawczej, środka łapownictwa oraz związku z pełnieniem funkcji publicznej. W wypadku przestępstwa sprzedajności polski ustawodawca posługuje się przy opisaniu zachowania sprawcy znamionami czasownikowymi: „przyjmuje", „żąda" lub „uzależnia". W międzynarodowych aktach antykorupcyjnych używa się z kolei – w tłumaczeniu na język polski – takich określeń, jak: „żąda, przyjmuje" (Konwencja RE 1999), „żąda, osiąga, akceptuje" (Protokół 1996 Konwencji WE), „żąda, otrzymuje, przyjmuje" (Konwencja 1997 UE), „domaga się, przyjmuje" (Konwencja ONZ 2003). Jak z tego wynika, kodeksowe znamię „przyjmuje" jest wykorzystywane powszechnie także w źródłach międzynarodowych. Ponadto nie widać przeszkód, aby objąć jego zakresem także takie traktatowe pojęcia jak „otrzymuje", „osiąga" czy „akceptuje". Podobnie znamię „żąda" często bywa wykorzystywane w celu opisania korupcyjnego zachowania zagranicznego funkcjonariusza publicznego. Jak się wydaje, zakresowo koresponduje ono również z innym sformułowaniem traktatowym „domaga się". Również znamiona czynnościowe czynnej strony łapownictwa, którymi posłużono się do budowy opisu czynów korupcyjnych w źródłach prawa międzynarodowego, wykazują wyraźne podobieństwo do ujęcia ich odpowiedników w polskim kodeksie karnym. W wypadku kodeksowego przestępstwa przekupstwa wykorzystane zostały sformułowania:

[77] C. Nowak, *Korupcja…*, s. 352; podobnie J. Lachowski, *Komentarz do art. 228*, w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2013, nb 29.

Tabela 2
Krąg podmiotów, których interesy poddane zostają ochronie

Źródło prawa międzynarodowego	Podmiot, będący dysponentem dzierżyciela funkcji publicznej (państwo, organizacja międzynarodowa, instytucja ponadnarodowa)	
	Krąg nielimitowany	Krąg limitowany
Konwencja OECD 1997	– zagraniczny funkcjonariusz publiczny (art. 1 ust. 4 a): – w każdym obcym państwie; – w każdej organizacji międzynarodowej.	–
Konwencja RE 1999	– zagraniczny funkcjonariusz publiczny każdego państwa (art. 5); – członek zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego w każdym państwie (art. 6).	– funkcjonariusz publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji, której strona jest członkiem (art. 9); – członek międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego, którego strona jest członkiem (art. 10); – sędzia lub funkcjonariusz sądu międzynarodowego, którego jurysdykcje strona uznaje (art. 11).
Protokół RE 2003	– zagraniczny arbiter każdego państwa (art. 4); – zagraniczny członek ławy przysięgłych każdego państwa (art. 6).	–
Protokół 1996 Konwencji WE	–	– funkcjonariusz wspólnotowy (art. 1 ust. 1 b); – funkcjonariusz krajowy w państwach członkowskich (art. 1 ust. 1 c).
Konwencja UE 1997	–	– urzędnik wspólnotowy (art. 1 b); – urzędnik krajowy w państwach członkowskich (art. 1 c).
Konwencja ONZ 2003	– zagraniczny funkcjonariusz publiczny (art. 2 b); – funkcjonariusz międzynarodowej organizacji publicznej (art. 2 c).	–

„udziela" i „obiecuje udzielić". W międzynarodowym standardzie konwencyjnym posłużono się natomiast określeniami: „proponuje, obiecuje, daje" (Konwencja OECD 1997), „obiecuje, proponuje, wręcza" (Konwencja RE 1999), „obiecuje, udziela" (Protokół 1996 Konwencji WE), „daje obietnicę, przekazuje" (Konwencja 1997 UE), „obietnica, propozycja wręczenia, wręczenie" (Konwencja ONZ 2003). *De lege lata* nie ma przeszkód, aby znamię „udziela" odnieść do traktatowych wyrażeń: „daje", „wręcza", „przekazuje", „udziela", zaś znamię „obiecuje udzielić" utożsamiać z treścią wyrażeń: „proponuje", „obiecuje" lub „daje obietnicę".

Warto dodać, że w każdym z wymienionych powyżej traktatów antykorupcyjnych przy określeniu czynności wykonawczej zarówno w opisie czynnej, jak i biernej strony łapownictwa, zawarto okoliczność modalną, wskazującą na możliwość realizacji zachowania sprawcy zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (przez

pośrednika). Także w tym punkcie można przyjąć, iż polskie rozwiązania kodeksowe pozostają zgodne ze standardem międzynarodowym. W szczególności ściganie pośrednich odmian realizacji znamion przekupstwa i sprzedajności osób pełniących funkcję publiczną w obcych państwach lub organizacjach międzynarodowych może być zrealizowane na gruncie polskiego kodeksu karnego, w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, z wykorzystaniem przepisów o pomocnictwie (art. 18 § 3 k.k.) lub płatnej protekcji (art. 230 § 1 i art. 230a § 1 k.k.).

Zgodne ze standardem międzynarodowym jest także kodeksowe ujęcie znamienia środka łapownictwa. Na gruncie art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. ustawodawca wykorzystał cztery jego odmiany, znane z innych krajowych typizacji antykorupcyjnych, tj. korzyść majątkową, korzyść osobistą oraz obietnicę korzyści majątkowej i obietnicę korzyści osobistej. Zakresowo rzecz ujmując, korzyść, która może przybrać postać majątkową lub osobistą, wydaje się kategorią na tyle szeroką, że w zasadzie odpowiada pojęciom „korzyści jakiejkolwiek", czy „korzyści dowolnego rodzaju", oddającym zakres regulacji zawarty w uregulowaniach traktatowych. W konwencji OECD 1997 mowa jest o „jakiejkolwiek korzyści majątkowej lub innej korzyści". Konwencja RE 1999 oraz Protokół 1996 WE odwołują się do terminu „jakichkolwiek korzyści". Z kolei w Konwencji 1997 UE posłużono się pojęciem „korzyści dowolnego rodzaju", zaś w Konwencji ONZ 2003 po prostu „korzyści". Jak wynika z przytoczonych przykładów, standard implementacyjny nie wiąże odpowiedzialności sprawcy ani z konkretnym rodzajem korzyści (materialna, niematerialna, majątkowa, osobista itd.), ani z jej znaczeniem czy wielkością. Biorąc wzgląd na to ostatnie kryterium (wielkość korzyści), można dojść do przekonania, że decyzja polskiego ustawodawcy o surowszym potraktowaniu sprawców przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, kwalifikowanych znamieniem znacznej wartości korzyści majątkowej albo jej obietnicy (art. 228 § 6 w zw. z § 5 k.k., art. 229 § 5 w zw. z § 4 k.k.), stanowi pójście o krok dalej w porównaniu z założonym w traktatach standardem minimalnym. Rolę środka łapownictwa relewantnego z punktu widzenia odpowiedzialności sprawcy przypisano w aktach prawa międzynarodowego nie tylko samej korzyści, ale również jej obietnicy. Na tym tle wyjątkiem jest do pewnego stopnia Konwencja ONZ 2003, która posługuje się środkiem łapownictwa w postaci „obietnicy nienależnej korzyści" jedynie po stronie „dawcy", pomijając to znamię w opisie zachowania „biorcy" (por. art. 16 ust. 1 i 2). W części traktatów (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999, Konwencja ONZ 2003) wprowadzono dodatkowe dookreślenie kategorii korzyści (także obietnicy korzyści), wskazując na jej, tj. korzyści, „nienależny" charakter. „Korzyść nienależna" stanowi w oczywisty sposób zaprzeczenie korzyści należnej, tj. takiej korzyści, do której zagraniczny dzierżyciel funkcji publicznej jest uprawniony na podstawie odrębnych przepisów. Choć kodeksowe opisy krajowych typów przestępstw korupcyjnych nie wskazują *expressis verbis* na tę cechę korzyści, nie mniej jednak w doktrynie jest to zupełnie oczywiste, że korzyść należna, legalna, mająca podstawę prawną, nie mogłaby stanowić łapówki[78]. Natomiast we wszystkich traktatach będących

[78] J. Majewski, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, s. 1411–1412 oraz przywołana tam literatura.

tu przedmiotem charakterystyki przyjęto, że beneficjentem korupcyjnej korzyści może być nie tylko sam zagraniczny funkcjonariusz, ale także inny podmiot. Z takim ujęciem koresponduje w pełni art. 115 § 4 k.k., w którym ustawodawca wskazuje, że korzyść, tak majątkowa, jak i osobista, może być korzyścią zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego.

Polski ustawodawca ukształtował poszczególne typy przestępstw sprzedajności (art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa o.p.f.p. (art. 229 § 1–4 k.k.) jako przestępstwa formalne. Przestępstwa sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej (art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) nie stanowią w tym względzie wyjątku. Dla wypełnienia ich znamion ustawa nie wymaga zaistnienia określonego skutku. W podobny sposób czyny łapownictwa zostały ujęte w większości przywołanych tu konwencji i protokołów (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999, Protokół RE 2003, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003). Wyjątkiem na ich tle jest Protokół 1996 Konwencji WE, który inkorporuje do definicji korupcji biernej (art. 2 ust. 1) i korupcji czynnej (art. 3 ust. 1) znamię skutku w postaci wyrządzenia szkody interesom finansowym WE lub nawet możliwości wyrządzenia takiej szkody. Jak z tego wynika, polskie prawo realizuje w tym punkcie międzynarodowy standard implementacyjny, zaś w zestawieniu z wymogami Protokołu 1996 Konwencji WE nawet go przekracza, jako że nie wiąże popełnienia przestępstw przekupstwa czy sprzedajności z koniecznością zaistnienia jakiegokolwiek skutku.

Do istoty przestępstw określonych w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. należy wyraźnie wyeksponowany w ustawowym opisie czynu związek realizacji znamienia czynności sprawczej z pełnieniem funkcji publicznej. Sprawca sprzedajności, działając w związku z pełnieniem funkcji publicznej (w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej), przyjmuje korzyść albo jej obietnicę lub żąda korzyści albo uzależnia swoje zachowanie od jej otrzymania, z kolei sprawca przekupstwa udziela albo obiecuje udzielić korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej w związku z pełnieniem przez nią tej funkcji. Abstrahując od istotnej, aczkolwiek nierozstrzygniętej wprost przez polskiego ustawodawcę kwestii, jakie kryteria (prawa polskiego czy zewnętrznego) należy stosować na gruncie art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. przy dekodowaniu pojęcia „pełnienie funkcji publicznej" w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, w tym miejscu wypada poprzestać na stwierdzeniu, że w stylizacji przyjętej w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. ustawodawca krajowy powtórzył schemat wykorzystany w opisie typów sprzedajności i przekupstwa krajowej o.p.f.p. (art. 228 § 1–5, art. 229 § 1–4 k.k.). Konstrukcyjnie znamię „związku z pełnieniem funkcji publicznej" pełni w ustawowym opisie czynu zabronionego rolę okoliczności modalnej strony przedmiotowej, zaś z procesowego punktu widzenia dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności wystarczy wykazanie związku między jego zachowaniem a pełnieniem funkcji publicznej w ogóle. W tym ogólnym ujęciu nie wymaga się natomiast wykazania związku np. z konkretnym uprawnieniem przysługującym dzierżycielowi funkcji publicznej, czy też jego konkretną czynnością służbową.

Konfrontacja polskich przepisów kodeksu karnego z międzynarodowymi standardami antykorupcyjnymi, co do wskazanej powyżej kwestii, wypada zasadniczo pozytywnie, jako że konwencje i protokoły regulują ją bardziej kazuistycznie, przez

to zakresowo zdecydowanie węziej. W każdym ze źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego, relewantnych z perspektywy polskich zobowiązań implementacyjnych, wymagane jest wykazanie związku między – charakterystycznym dla danej strony łapownictwa – korupcyjnym zachowaniem sprawczym a konkretnym „działaniem lub powstrzymaniem się od działania" w ramach pełnienia funkcji publicznej lub wykonywania obowiązków składających się na jej pełnienie. W Konwencji OECD 1997 mowa jest o działaniu celowym, ukierunkowanym na skłonienie funkcjonariusza „do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych (art. 1 ust. 1)". Jednocześnie w art. 1 ust. 4c) tejże konwencji wyjaśnia się, że działanie lub zaniechanie działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych „obejmuje wszelkie wykorzystanie stanowiska funkcjonariusza publicznego, niezależnie czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi". Konwencja RE 1999 oraz Protokół RE 2003 posługują się dla odmiany stylizacją „w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego (funkcjonariusza) funkcji" (art. 2 i 3). Projektodawcy Konwencji 1997 UE posłużyli się z kolei określeniem „w zamian za" – przypadek korupcji biernej oraz „aby sprawić, by osoba ta (funkcjonariusz)" – przypadek korupcji czynnej, uzupełniając je frazą o „dokonaniu lub powstrzymaniu się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z funkcji lub w ramach wykonywania funkcji" (art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1). Natomiast w Konwencji ONZ 2003 sprawca czynnej strony łapownictwa działa „w celu podjęcia przez funkcjonariusza działania lub zaniechania działania", zaś biernej strony – „w celu podjęcia działania lub zaniechania działania" jedynie „podczas wykonywania obowiązków służbowych" (art. 16 ust. 1 i 2).

Jak wynika z tych przykładów, obowiązujący kodeks karny realizuje w tym zakresie traktatowe standardy implementacyjne nawet z pewnym naddatkiem. W myśl art. 228 § 6 oraz art. 229 § 5 k.k. istotne jest wykazanie związku między realizacją czynności wykonawczej a samym pełnieniem funkcji publicznej przez urzędnika państwa obcego lub organizacji międzynarodowej. Już to wystarczy do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności. W przeciwieństwie do traktatowego ujęcia tej kwestii nie wymaga się przy tym identyfikacji konkretnego działania lub zaniechania dzierżyciela funkcji publicznej, które zostało lub miało zostać okupione łapówką albo jej obietnicą. Warto też dodać, że związek z pełnieniem funkcji publicznej temporalnie obejmuje okres, w którym dzierżyciel funkcji publicznej piastuje swoje stanowisko, co nie musi oznaczać faktycznych godzin jego urzędowania. Tym samym polskie przepisy karne ujmują tę kwestię szerzej aniżeli Konwencja OZN 2003, która literalnie odnosi się do podjęcia działania lub zaniechania jedynie „podczas wykonywania obowiązków służbowych". Ponadto polski ustawodawca wykracza także poza traktatowy standard minimalny, kiedy wyodrębnia i poddaje surowszej odpowiedzialności scenariusz kwalifikowanego naruszenia funkcji publicznej, zakładający naruszenie przepisów prawa (art. 228 § 6 w zw. z § 3 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 3 k.k.).

Znamię „związku z pełnieniem funkcji publicznej" pełni w kodeksowym opisie przestępstw sprzedajności i przekupstwa rolę okoliczności modalnej strony przedmiotowej. Konstrukcyjnie podobną rolę przypisano odpowiednikom tego znamienia jedynie w części źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego, w których

w traktatowy opis czynu korupcyjnego włączony został scenariusz działania sprawcy określony znamieniem „w zamian". Jest on oparty na założeniu wystąpienia pewnej ekwiwalentności między udzielaną/przyjmowaną korzyścią, a okupionym łapówką działaniem lub powstrzymaniem się od działania przy wykorzystaniu pełnionej funkcji (Konwencja RE 1999, Protokół RE 2003, Protokół 1997 WE, Konwencja 1997 UE w odniesieniu do korupcji biernej). Ten scenariusz zakłada także, iż korzyść albo jej obietnica mogą zostać z jednej strony udzielone, z drugiej zaś przyjęte zarówno przed (podkup) jak i po (wynagrodzenie) realizacji przez funkcjonariusza czynności służbowej. W pozostałych źródłach traktatowych (Konwencja OECD 1997, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003) działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji lub obowiązków służbowych przez zagranicznego funkcjonariusza włączone zostało do opisu strony podmiotowej czynnej strony łapownictwa jako punkt odniesienia dla kierunkowego działania sprawcy, który dopuszcza się łapownictwa w celu skłonienia funkcjonariusza do takiego właśnie zachowania. W wypadku Konwencji OECD 1997 oraz Konwencji ONZ 2003 *dolus coloratus* zachowania sprawcy została uzupełniona jeszcze o dodatkowy cel, jakim jest otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Oparcie strony podmiotowej na zamiarze kierunkowym prowadzi do zawężenia zakresu regulacyjnego konwencji, jak również wynikającego z niej standardu implementacyjnego. Taki efekt zawężający nie zachodzi w wypadku tych konwencji i protokołów, w których nałożono na sygnatariuszy obowiązek kryminalizacji zachowań korupcyjnych popełnionych po prostu umyślnie, bez zabarwienia zamiaru sprawcy dodatkowymi cechami (Konwencja RE, Protokół RE 2003, Protokół 1996 Konwencji WE, Konwencja 1997 UE w odniesieniu do korupcji biernej). W odniesieniu do tej ostatniej grupy źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego polski kodeks karny realizuje standard implementacyjny już na gruncie przepisów art. 228 § 6 w zw. z § 1 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 1 k.k., gdyż założono w nich, że dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej wystarczy wykazać, że działał on umyślnie z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Z kolei w wypadku konwencji, w których projektodawcy ukształtowali zamiar sprawcy jako działanie ukierunkowane na osiągnięcie określonego powyżej celu (Konwencja OECD 1997, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003) należy uznać, że polskie przepisy karne wykraczają w tym punkcie poza standard minimalny.

4.2.2. Sankcje karne

Jako generalnie spójny ze standardem międzynarodowym należy także ocenić przyjęty przez polskiego ustawodawcę w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. model zagrożenia sankcją kryminalną przypadków łapownictwa, zakładający jednakowe kary za czyny popełnione przez lub wobec krajowych o.p.f.p. oraz czyny popełnione przez lub wobec o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej. Zgodnie z nim za sprzedajność i przekupstwo w typie podstawowym grozi odpowiednio kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Wypadki mniejszej wagi zagrożono karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Typy kwalifikowane znamieniem „naruszenia przepisów prawa" zagrożono

z kolei surowszą karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Tą samą karą zagrożono też sprzedajność znamienną wyjściem przez o.p.f.p. z inicjatywą korupcji poprzez żądanie łapówki lub uzależnienie od jej otrzymania wykonania czynności służbowej. Natomiast ciężkie przypadki obu stron łapownictwa, kwalifikowane z uwagi na „znaczną wartość korzyści majątkowej", poddano najsurowszej karze pozbawienia wolności w wymiarze od 2 do 12 lat.

Tak dobrana paleta sankcji karnych koresponduje z ogólnie zakreślonym standardem implementacyjnym, który w części źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego nakazuje poddanie łapownictwa popełnionego przez lub wobec funkcjonariuszy zagranicznych „karom skutecznym, proporcjonalnym i odstręczającym (zniechęcającym)" (art. 3 ust. 1 Konwencji OECD 1997, art. 19 ust. 1 Konwencji RE 1999, art. 5 ust. 1 protokołu 1996 do Konwencji WE, art. 5 ust. 1 Konwencji 1997 UE), w niektórych wymaga jeszcze, aby zakres wprowadzonych kar był „porównywalny do kar stosowanych do przekupstwa własnych funkcjonariuszy publicznych" (art. 3 ust. 1 Konwencja OECD 1997), w innych zaś ogranicza się do zobowiązania ustawodawcy krajowego, aby dokonał wyboru sankcji z uwzględnieniem „ciężaru danego przestępstwa" (art. 30 ust. 1 Konwencji ONZ 2003)[79]. Polskie przepisy pozostają w zgodzie także z tymi traktatami, których projektodawcy poszli o krok dalej i dokonali bliższej konkretyzacji ogólnych wymogów w zakresie kary, wskazując pośrednio m.in. na jej rodzaj i wysokość. Chodzi tu o wymóg zagrożenia czynów łapownictwa karą pozbawienia wolności w wymiarze umożliwiającym dokonanie ekstradycji sprawcy, przewidziany w Konwencji OECD 1997, Konwencji RE 1999, Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE. Jak się wskazuje, większość umów ekstradycyjnych zawieranych współcześnie stawia wymóg, aby przestępstwo popełnione przez sprawcę podlegającego ekstradycji było zagrożone karą pozbawienia wolności w maksymalnym wymiarze (górnym progu sankcji) co najmniej jednego roku[80]. Nie oznacza to, że karę taką należy za każdym razem wymierzyć, a jedynie, że przepisy krajowe przewidują taką możliwość. Przy tym limicie ekstradycja byłaby możliwa nawet w wypadku czynów mniejszej wagi (art. 228 § 6 w zw. z § 2 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 2 k.k.), zagrożonych m.in. karą pozbawienia wolności do lat 2.

Międzynarodowe standardy antykorupcyjne w zasadzie pomijają kwestię związaną z nałożeniem na sprawców łapownictwa dodatkowej dolegliwości w postaci

[79] Z kolei w art. 30 ust. 5 Konwencji ONZ 2003 znalazł się wymóg wzięcia przez każde państwo-stronę pod uwagę wagi przestępstwa przy rozważaniu możliwości wcześniejszego zwolnienia lub warunkowego zwolnienia osoby skazanej za przestępstwo.

[80] Tak J. Garstka, *Komentarz…*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich…*, s. 311, zob. także Z. Knypl, *Europejska konwencja o ekstradycji. Komentarz,* Sopot 1994, s 58 i n. Kryterium zagrożenia przestępstwa karą pozbawienia wolności w maksymalnym wymiarze co najmniej 1 roku lub karą surowszą występuje m.in. w: art. 2 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ekstradycji sporządzonej w Paryżu dnia 13.12.1957 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307); Konwencji dublińskiej z 27.09.1996 r. sporządzonej na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej dotyczącej ekstradycji między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 313 z 1996 r., s. 12, Numer CELEX: 41996A1023(02); art. 2 ust. 1 Decyzji Ramowej Rady nr 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190 z 2002, s. 1, Numer CELEX: 32002F0584 (zastępującej z dniem 1.01.2004 r. przepisy Konwencji dublińskiej z 27.09.1996 r. w dziedzinie ekstradycji mające zastosowanie w stosunkach między państwami członkowskimi UE, bez uszczerbku dla ich stosowania w relacjach między państwami członkowskimi UE i państwami trzecimi); art. 4 ust. 1 Porozumienia między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji przyjętego w Waszyngtonie dnia 25.06.2003 r. (Dz. Urz. UE L181 z 2003 r., s. 27, Numer CELEX: 22003A0719(01).

zakazu piastowania określonej funkcji. Wyjątkiem jest tu Konwencja ONZ 2003, która w art. 30 ust. 7 dopuszcza możliwość zastosowania wobec skazanych zakazu sprawowania funkcji publicznej oraz zakazu sprawowania funkcji w przedsiębiorstwie w całości lub częściowo należącym do państwa. Obowiązek implementacyjny, jaki rodzi przywołane uregulowanie, ma jednak w tym wypadku charakter względny. W treści przepisu art. 30 ust. 7 Konwencji ONZ 2003 mowa jest bowiem, iż państwo-strona jedynie rozważy taką możliwość, co więcej – uczyni to w wypadkach uzasadnionych wagą przestępstwa, zaś sam przepis nie przesądza w żaden sposób trybu nałożenia zakazu (prawnokarny, administracyjny, dyscyplinarny). Polskie przepisy kodeksu karnego realizują w tym zakresie wymogi Konwencji ONZ 2003, a nawet wykraczają poza wyznaczony w jej treści standard minimalny. Określony w art. 39 pkt 2 k.k. środek karny daje podstawę do orzeczenia przez sąd nie tylko zakazu zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu, jeżeli sprawca nadużył ich przy popełnieniu przestępstwa, co zakresowo koresponduje z desygnatami nakładanego na sprawców łapownictwa zakazu sprawowania funkcji, ale również umożliwia orzeczenie zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku prowadzeniem takiej działalności, o ile dalsze zajmowanie stanowiska, wykonywanie zawodu lub prowadzenie działalności zagrażałoby istotnym dobrom chronionym prawem (art. 41 § 1 i 2 k.k.).

Z kolei zasadą międzynarodowego prawa antykorupcyjnego stało się objęcie traktatową regulacją kwestii konfiskaty narzędzi (łapówki) służących popełnieniu przestępstwa, konfiskaty korzyści uzyskanych z łapownictwa, a w razie braku możliwości objęcia konfiskatą takich korzyści – substytuowanie tej dolegliwości w drodze konfiskaty mienia stanowiącego ich równowartość. Wszystkie istotne z perspektywy polskiego porządku prawnego akty międzynarodowego prawa antykorupcyjnego poświęcają temu problemowi osobne miejsce normatywne, nakładając na państwa-strony bezwzględny obowiązek zapewnienia w ich wewnętrznych porządkach prawnych rozwiązań umożliwiających odebranie sprawcom mienia powiązanego z aktem korupcji w zakresie wskazanym powyżej (por. art. 3 ust. 3 Konwencji OECD 1997, art. 19 ust. 3 Konwencji RE 1999, art. 5 Protokołu Drugiego 1997 do Konwencji WE, art. 31 ust. 1 Konwencji ONZ 2003). Traktaty posługują się przy tej okazji terminem konfiskaty, aczkolwiek nie chodzi w nich o konfiskatę w rozumieniu instytucji funkcjonującej pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. Wówczas w przepisie art. 38 pkt 5 k.k. z 1969 r. przewidziana była kara dodatkowa konfiskaty mienia[81], dająca możliwość pozbawienia sprawcy należącego do niego mienia, co jest tu szczególnie istotne – niezależnie od tego, czy pochodziło ono z przestępstwa. W wypadku współczesnych rozwiązań traktatowych przedmiot konfiskaty jest natomiast ściśle powiązany związkiem przyczynowo skutkowym ze zidentyfikowanym przestępstwem łapownictwa i obejmuje trzy kategorie mienia. Konfiskacie podlegają narzędzia (łapówka), które posłużyły lub w założeniu sprawcy miały posłużyć do popełnienia przestępstwa, korzyści uzyskane przez sprawcę w wyniku popełnienia przestępstwa, a w wypadku faktycznej niemożności

[81] Kara konfiskaty mienia została zniesiona na mocy art. 2 ustawy z 23.02.1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 14, poz. 84) z dniem 28.03.1990 r.

zajęcia, zidentyfikowania lub wyodrębnienia tych korzyści – inne mienie, ale tylko do granicy stanowiącej wartość tych korzyści. W tym ujęciu konfiskata, o której mowa w aktach międzynarodowego prawa antykorupcyjnego, bliższa jest kodeksowej instytucji przepadku[82], uregulowanej w rozdziale Va k.k.[83] W zasadzie jedynie Konwencja ONZ 2003 czyni w art. 2 g) terminologiczne rozróżnienie między konfiskatą i przepadkiem. Nie ma to jednak wpływu na kwestię implementacji, jako że w przywołanym uregulowaniu wskazuje się, iż „konfiskata obejmuje odpowiednio również przepadek i oznacza trwałe pozbawienie mienia na mocy decyzji sądu lub innego właściwego organu".

Na gruncie polskiego kodeksu karnego sprawcy przekupstwa i sprzedajności muszą liczyć się z dolegliwością w postaci przepadku przedmiotów służących popełnieniu przestępstwa lub ich równowartości (art. 44 § 2 i 4 k.k.), przepadku przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa lub jego równowartości (art. 44 § 1 i 4 k.k.) oraz przepadku korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa lub jej równowartości (art. 45 § 1 k.k.). Uregulowania zawarte w rozdziale Va k.k. w zakresie, w jakim dotyczą instytucji przepadku, zasadniczo wychodzą naprzeciw standardowi implementacyjnemu w zakresie konfiskaty, wynikającemu z wiążących Polskę traktatów antykorupcyjnych. Zastrzeżenie na tym tle budzi jedynie fakultatywny charakter przepadku orzekanego na podstawie art. 44 § 2 oraz art. 44 § 4 k.k. – w tym drugim przypadku w części, w jakiej dotyczy on przepadku równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa.

Po pierwsze, źródła prawa międzynarodowego wprowadzają bezwzględny wymóg konfiskaty narzędzi (łapówki) przestępstwa. Ma on zastosowanie do sprawców czynnej formy łapownictwa i, jak wskazuje się w literaturze, obejmuje także konfiskatę łapówek jeszcze niewręczonych, ale przeznaczonych do wręczenia na etapie usiłowania, bądź łapówek obiecanych. Warunkiem byłoby tu fizyczne wyodrębnienie łapówki z majątku przekupującego, a w wypadku złożenia obietnicy udzielenia łapówki – wyodrębnienie mentalne np. poprzez wskazanie określonej kwoty pieniędzy lub przedmiotu, które stanowić miałyby realizację złożonej obietnicy[84]. Zakresowe ujęcie przedmiotu konfiskaty narzędzi przestępstwa łapownictwa w źródłach międzynarodowych koresponduje z odnośnymi przepisami polskiego kodeksu karnego dotyczącymi przepadku. Zgodnie z art. 44 § 2 k.k. są nim objęte przedmioty, które posłużyły do popełnienia przestępstwa, co obejmuje już wręczone korzyści majątkowe, oraz przedmioty przeznaczone do popełnienia przestępstwa, w czym z kolei zawierają się przypadki usiłowania udzielenia korzyści majątkowej oraz obietnicy udzielenia takiej korzyści. Termin „przedmiot", którym posłużono się w art. 44 k.k., jest przy tym dość pojemny i wykracza poza ramy definicji

[82] Szerzej na temat relacji instytucji przepadki i konfiskaty w prawie polskim w kontekście międzynarodowego prawa antykorupcyjnego zob. E. Zielińska, *Konfiskata dochodów…*, s. 418.

[83] Na mocy nowelizacji z 20.02.2015 r. (Dz. U. poz. 396.), instytucje przepadku, obowiązku naprawienia szkody, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę orz nawiązki straciły dotychczasowy status środków karnych i zostały zaliczone do osobnych, nowo wyodrębnionych kategorii środków odpowiednio przepadku i środków kompensacyjnych. Zmiana ta znalazła swoje techniczo-legislacyjne odzwierciedlenie w wydzieleniu dotyczących ich przepisów art. 44–48 k.k. z rozdziału V „Środki karne" i przeniesieniu ich do rozdziału Va, zatytułowanego „Przepadek i środki kompensacyjne". Zmiana weszła w życie 1.07.2015 r.

[84] C. Nowak, *Korupcja …*, s. 256–257; J. Garstka, *Komentarz…*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich…*, s. 312.

normatywnej z art. 115 § 9 k.k., która zawiera jedynie przykładowe wyliczenie niektórych desygnatów tego pojęcia, kojarzonych z rzeczami ruchomymi. Jak wskazuje się w literaturze, przedmiotem przepadku mogą stać się zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości, zaś zasadniczo termin „przedmiot" na gruncie art. 44 k.k. obejmuje: obiekty materialne, w tym rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. oraz obiekty materialne niebędące rzeczami np. zwierzęta, ale również obiekty niematerialne, pozbawione substratu materialnego np. program komputerowy, hasła komputerowe, kody dostępu, technologie (zob. art. 269b § 2 i art. 293 § 2 k.k. oraz – w odniesieniu do przepadku technologii – art. 58 ust. 2 ustawy z 22.06.2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych, Dz. U. Nr 76, poz. 811 ze zm., dalej: u.o.g.z.[85])[86]. W praktyce jako przedmiot objęty przepadkiem może wystąpić nie tylko – co oczywiste – łapówka pieniężna, ale także inne różnorodne postaci łapówek o charakterze korzyści majątkowej, wykorzystywanych przez sprawców przekupstwa z elementem międzynarodowym do korumpowania zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, w tym np. luksusowe nieruchomości położone w letniskowych kurortach, konie pełnej krwi arabskiej, a nawet pozbawione materialnego substratu wierzytelności czy inne prawa majątkowe.

Pogląd dopuszczający możliwość objęcia przepadkiem przedmiotów niemających substratu materialnego z pewnością nie znajduje oparcia w intuicyjnym rozumieniu pojęcia przedmiotu jako obiektu materialnego. Stanowi również odejście od ukształtowanego pod rządami k.k. z 1969 r. stanowiska, zgodnie z którym przepadek dotyczy wyłącznie „rzeczy", rozumianych jako dające się wyodrębnić przedmioty materialne[87]. Na marginesie warto przypomnieć, iż ówcześnie za takim rozumieniem przepadku przemawiała sama kodeksowa terminologia, zgodnie z którą jedna z kar dodatkowych określona była właśnie jako kara „przepadku rzeczy" (art. 38 pkt 6 k.k. z 1969 r.). *De lege lata* takie podejście wymaga jednak zmiany. Nie można dłużej ograniczać dopuszczalności orzekania przepadku tylko do rzeczy, ignorując fakt, iż sam ustawodawca dopuścił w obowiązujących przepisach prawa możliwość orzeczenia przez sąd przepadku przedmiotów pozbawionych substratu materialnego (zob. przywołane powyżej art. 269b § 2, art. 293 § 2 k.k., czy art. 58 ust. 2 u.o.g.z.)[88]. To nowe szersze podejście do instytucji przepadku pozwala także

[85] J. Raglewski, *Art. 44*, w: *A. Zoll (red.) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2012, s. 662.

[86] N. Kłączyńska, *Art. 44,* w: J. Giezek (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz,* Warszawa 2012, s. 341–342.; J. Raglewski, *Art. 44,* w: *Kodeks karny…,* s. 662.; J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przepadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 23; M. Kulik, *Art. 44*, w: M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 121. Odmiennie B. Mik i C. Nowak, które pojęcie przedmiotu na gruncie art. 44 k.k. ograniczają do dających się wyodrębnić przedmiotów materialnych, wyłączając jeszcze z tego nieruchomości. B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z 13.06.2003 r. Rys historyczny i podstawowe problemy interpretacyjne*, Kraków 2003, s. 71 i 77; C. Nowak, *Korupcja…,* s. 417.

[87] W. Świda, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973,,* s. 220; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks Karny. Komentarz, Warszawa 1971*, s. 153; M. Szewczyk, w: K. Buchała, Z. Ćwiąkalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1994*, s. 279.

[88] Za takim zredefiniowaniem pojęcia „przedmiotu" podlegającego przepadkowi opowiada się przede wszystkim J. Raglewski, *Art. 44,* w: *Kodeks karny…,* s. 662, a za nim afirmująco N. Kłączyńska, *Art. 44,* w: *Kodeks karny…,341–342* s.… i M. Kulik, *Art. 44*,, *Kodeks karny…,* s. 121. Przeciwne stanowisko, zakładające wyłączenie z zakresu pojęcia przedmiotu podlegającego przepadkowi wierzytelności i innych praw majątkowych prezentują natomiast B. Mik, *Nowela…,* s. 71 oraz K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek w polskim prawie karnym, Kraków 2004,* s. 97.

lepiej zrealizować obowiązki implementacyjne, które ciążą na Polsce z racji związania się Konwencją ONZ 2003. Zgodnie z jej art. 31 ust. 1 b) państwo-strona zapewni możliwość konfiskaty m.in. mienia wykorzystanego lub przeznaczonego do wykorzystania w popełnieniu przestępstw określonych w Konwencji, którym w myśl definicji zawartej w jej art. 2d są m.in. korzyści niematerialne oraz instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do korzyści[89].

W kolizji z standardem międzynarodowym pozostaje natomiast przyjęty w polskim kodeksie karnym fakultatywny charakter przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Źródła międzynarodowe nakładają w tym względzie bez wyjątku bezwzględny obowiązek konfiskaty łapówki, będącej narzędziem służącym popełnieniu przestępstwa. Wprawdzie w przepisie art. 44 § 2 k.k. wymienia się także przepadek obligatoryjny, ale tylko w wypadkach wskazanych w ustawie (np. art. 316 § 1 k.k.). *De lege lata* nie dotyczy to poszczególnych typów przestępstwa przekupstwa o.p.f.p. (art. 229 k.k.), co w świetle prawnomiędzynarodowych zobowiązań Polski wymagałoby zmiany dostosowawczej.

Po drugie, standardem międzynarodowego prawa antykorupcyjnego stała się obligatoryjna konfiskata korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa łapownictwa, wymierzona w sprawców zarówno jego biernej, jak i czynnej odmiany. W większości traktatów antykorupcyjnych mowa jest generalnie o korzyściach (dochodach) pochodzących z przestępstwa. W ich treści nie czyni się przy tym żadnego rozróżnienia między korzyścią (dochodem) pochodzącą bezpośrednio z popełnienia przestępstwa (np. kwota pieniędzy składająca się na łapówkę), a korzyścią (dochodem) będącą pośrednim ekonomicznym skutkiem łapownictwa (np. odsetki od lokaty bankowej założonej z pieniędzy pochodzących z łapówki, luksusowy samochód zakupiony z pieniędzy pochodzących z łapówki, dochód osiągnięty przez przedsiębiorcę z kontraktu, który zawarł dzięki udzieleniu łapówki). W części traktatów nie zdefiniowano przy tym w żaden bliższy sposób kategorii „korzyści" lub „dochodów" z przestępstwa, poprzestając na sformułowaniu obowiązku zagwarantowania ich konfiskaty w wewnętrznych porządkach prawnych państw-stron (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999). Odmiennie podeszli do tej kwestii autorzy Konwencji ONZ 2003, która w porównaniu z pozostałymi traktatami reguluje szczegółowo, co jest przedmiotem konfiskaty. Nakładając na państwa-strony obowiązek konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstwa (art. 31 ust. 1), Konwencja wyjaśnia w innym artykule, iż „dochody z przestępstwa" oznaczają każde mienie pochodzące lub uzyskane bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia przestępstwa (art. 2e). Jednocześnie uzupełnia tę definicję o definicję „mienia", obejmującą wszelkiego rodzaju korzyści, zarówno materialne, jak i niematerialne, ruchome i nieruchome, trwałe i nietrwałe, a także dokumenty prawne lub instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do tych korzyści (art. 2 d). Z kolei Protokół drugi 1997 do Konwencji WE łączy przedmiot konfiskaty owoców przestępstwa jedynie z wpływami (korzyściami) pieniężnymi (art. 5).

[89] Pełna definicja mienia, zawarta w art. 2d Konwencji ONZ 2003, brzmi następująco: „Mienie oznacza wszelkiego rodzaju korzyści, zarówno materialne, jak i niematerialne, ruchome i nieruchome, trwałe i nietrwałe, a także dokumenty prawne lub instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do tych korzyści".

Polskie prawo karne realizuje międzynarodowy standard w zakresie obligatoryjnej konfiskaty korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa łapownictwa w oparciu o ogólne przepisy dotyczące przepadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.) lub przepadku korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa (art. 45 § 1 k.k.). W obydwu wypadkach sąd orzeka przepadek obligatoryjnie. W wypadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, orzeczenie przepadku uderza w osoby które dopuściły się łapownictwa biernego, dla których przyjęta łapówka stanowi dochód (korzyść) pochodzący z popełnienia przestępstwa. Przepis art. 44 § 1 k.k. daje podstawę do odebrania zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu łapówki, którą przyjął w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przy założeniu, że będzie to łapówka, która przybierze postać korzyści majątkowej, nie zaś osobistej. Jak wskazano wcześniej, szerokie rozumienie terminu „przedmiot", przyjęte na gruncie art. 44 k.k., pozwala na objęcie przepadkiem różnorodnych, najbardziej wymyślnych postaci łapówek, wykorzystywanych w korupcyjnych transakcjach, nawet tych pozbawionych materialnego substratu, których konfiskaty wymaga jednakże Konwencja ONZ 2003 (art. 31 ust.1 w zw. z art. 2 e i 2 d). Warunkiem skorzystania z art. 44 § 1 k.k. jest możliwość dokonania przepadku łapówki w jej bezpośrednio uzyskanej z przestępstwa postaci. Natomiast w wypadku, w którym sprawcy łapownictwa biernego udało się zamienić nielegalną łapówkę na korzyści innego typu uzyskane w drodze już legalnych transakcji, np. za pieniądze uzyskane z łapówki pieniężnej zakupił nieruchomość czy samochód, sąd obligatoryjnie orzeknie ich przepadek na podstawie art. 45 § 1 k.k., kwalifikując je jako korzyści majątkowe osiągnięte pośrednio z popełnienia przestępstwa.

Przepis art. 45 § 1 k.k. daje również podstawę do odebrania owoców przestępstwa sprawcy łapownictwa czynnego, dla którego korzyścią osiągniętą pośrednio z przestępstwa jest np. korzyść majątkowa, jaką uzyskał w wyniku realizacji kontraktu zawartego dzięki udzieleniu łapówki. Jak wskazuje J. Garstka, niejednokrotnie ustalenie w praktyce co było korzyścią wynikającą z realizacji takiego kontraktu nie będzie ani łatwe, ani oczywiste. Dla przykładu cena usługi zapisana w treści kontraktu nie oddaje wielkości realnie uzyskanej korzyści, jeśli wziąć pod uwagę, że wykonanie kontraktu musi wiązać się z poniesieniem określonych kosztów, zmniejszających osiągnięty zysk. Jednak samo kryterium zysku bywa również zawodne, gdyż zysk jest częstokroć sztucznie zaniżany przez przedsiębiorców w celu zmniejszenia należności podatkowych[90]. Międzynarodowe traktaty nie zawierają bliższych kryteriów ustalania wielkości korzyści pochodzącej z realizacji kontraktu, którego zawarcie okupione zostało łapówką. Kwestia ta najwyraźniej pozostawiona została do uznania stron, tym samym nie wpływa na ocenę implementacji do polskiego porządku prawnego traktatowych regulacji w zakresie konfiskaty.

Termin „korzyść majątkowa", określający przedmiot przepadku orzekanego na podstawie art. 45 § 1 k.k. nie jest bliżej zdefiniowany w ustawodawstwie. Tym niemniej sposób jego rozumienia przyjęty w orzecznictwie i literaturze wskazuje na jego znaczny potencjał, jeśli chodzi o doprowadzenie do obniżenia ekonomicznej opłacalności przestępstw korupcyjnych, w tym obu postaci łapownictwa z udziałem

[90] J. Garstka, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich…*, s. 313.

zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Przyjmuje się, że „korzyścią majątkową" jest wszelkie przysporzenie w majątku (zwiększenie aktywów) lub zmniejszenie jego pasywów, mające wartość ekonomiczną, czyli wartość dającą się wyrazić w pieniądzu[91]. W praktyce korzyść majątkowa objęta przepadkiem na podstawie art. 45 § 1 k.k. może przybrać postać rzeczy ruchomej i nieruchomości, korzyści o charakterze materialnym i niematerialnym[92]. Do tego w art. 45 § 1 k.k. mowa jest o korzyści majątkowej osiągniętej przez sprawcę z popełnienia przestępstwa „chociażby pośrednio". Literalnie rzecz biorąc oznacza to, że w myśl tego przepisu przepadkiem będą objęte korzyści majątkowe pochodzące z popełnienia przestępstwa zarówno pośrednio, jak i bezpośrednio. Z tym pierwszym aspektem (korzyść pośrednia) należy, jak się wydaje, wiązać podstawowe znaczenie tego uregulowania. Z kolei w drugim wypadku (korzyść bezpośrednia) przepadek na podstawie art. 45 § 1 k.k. ma jedynie charakter subsydiarny względem art. 44 § 1 (także § 6) k.k. Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w art. 45 § 1 k.k. przepis ten dotyczy korzyści majątkowej m.in. „niepodlegającej przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 k.k." A zatem, przynajmniej teoretycznie, zakres oddziaływania art. 45 § 1 k.k. został ukształtowany w ten sposób, aby można było w oparciu o ten przepis orzec przepadek jeszcze innej postaci korzyści pochodzącej z popełnienia przestępstwa bezpośrednio, która wszakże nie mieści się w zakresie terminu „przedmiot".

Po trzecie, relewantne z punktu widzenia polskiego porządku prawnego akty międzynarodowego prawa antykorupcyjnego nakładają na ustawodawcę dodatkowy obowiązek wprowadzenia do przepisów krajowych konfiskaty mienia (majątku), którego wartość odpowiada korzyściom (dochodom) pochodzącym z przestępstwa. Choć normy prawnomiędzynarodowe nie przesądzają tego wprost, funkcjonalnie rzecz ujmując ma on charakter subsydiarny względem podstawowego obowiązku konfiskaty korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa, które z różnych powodów faktycznych lub prawnych nie zawsze w praktyce mogą być objęte skutecznie konfiskatą. Jak wskazano powyżej, korzyścią (dochodem) z przestępstwa jest dla zagranicznego funkcjonariusza publicznego łapówka o charakterze korzyści majątkowej, którą przyjął. O ile orzeczenie jej przepadku na podstawie art. 44 § 1 k.k., jako przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa, ma charakter obligatoryjny, o tyle już przepadek równowartości przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa pozostawiony został zgodnie z art. 44 § 4 k.k. do uznania sądu. Należy przyjąć, iż fakultatywny charakter tego środka, w zakresie, w jakim znajdzie on zastosowanie do sprawców poszczególnych typów przestępstwa sprzedajności (art. 228 k.k.), pozostaje w kolizji ze standardem implementacyjnym, który zakłada wprowadzenie do krajowych porządków prawnych obligatoryjnych podstaw odebrania sprawcom łapownictwa bądź korzyści (dochodów) z przestępstwa, bądź

[91] Uchwała SN z 15.02.1977 r. (VII KZP 16/76), OSNKW 1977/4–5, poz. 34; uchwała SN z 30.01.1980 r. (VII KZP 41/78), OSNKW 1980/3, poz. 24. Zob. także O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej" w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo" 1978/4, s. 117; J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej" w prawie karnym. Próba klasyfikacji*, „Państwo i Prawo" 1981/1, s. 66–67; J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przepadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 31 i n.; M. Kulik, *Art. 45*, w: M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny…,* s. 125; N. Kłączyńska, *Art. 45*, w: J. Giezek (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz,* Warszawa 2012 *s. 348*.

[92] J. Raglewski, *Art. 45*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna... Komentarz*, t. 1, Kraków 2012, s. 691–692.; N. Kłączyńska, *Art. 45…*, s. 348–349..

mienia (majątku) stanowiącego równowartość tych korzyści. Natomiast w zgodzie z tym standardem pozostaje art. 45 § 1 k.k., na mocy którego orzeczenie przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa chociażby pośrednio, w alternatywie z orzeczeniem przepadku samej korzyści, mają charakter obligatoryjny.

Zgodnie z ujęciem przyjętym w źródłach międzynarodowych, obowiązek zastąpienia pierwotnego przedmiotu konfiskaty jego równowartością nie dotyczy natomiast narzędzi przestępstwa. W tym punkcie polski kodeks karny wykracza w art. 44 § 4 k.k. poza założony standard implementacyjny, zaś z oceną tą nie koliduje fakt, iż orzeczony na podstawie tego przepisu przepadek równowartości przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, ma jedynie fakultatywny charakter.

Kształtując treść obowiązku konfiskaty równowartości korzyści (dochodów) uzyskanych przez sprawców łapownictwa z popełnionego przestępstwa, międzynarodowe źródła prawa antykorupcyjnego czynią przedmiotem tej zastępczej konfiskaty mienie lub majątek, a więc kategorie zakresowo szersze aniżeli pieniądze. Z tym ujęciem koresponduje dominujące w literaturze stanowisko, aby termin „równowartość" interpretować na gruncie art. 44 § 4 i art. 45 § 1 k.k. szeroko, tj. nie tylko w odniesieniu do określonej sumy pieniędzy, ale w zestawieniu z jakimkolwiek składnikiem majątkowym materialnym lub niematerialnym (np. prawa majątkowe), odpowiadającym wartościowo przedmiotom lub korzyściom zagrożonym przepadkiem[93].

4.2.3. Klauzula bezkarności z art. 229 § 6 k.k.

Na koniec warto jeszcze odnieść się do kwestii klauzuli niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., w którym ustawodawca zagwarantował bezkarność sprawcy przekupstwa, który zdecydował się pójść na współpracę z organami ścigania i zawiadomił o swoim przestępstwie oraz fakcie przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy przez o.p.f.p., ujawniając wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten się o nim dowiedział. Treść tego uregulowania wzbudziła pewne zastrzeżenia co do pożądanej zgodności ze standardem międzynarodowym, co – jak się wydaje – wymaga nieco szerszego komentarza.

De lege lata art. 229 § 6 k.k. rozciąga gwarancję bezkarności także na denuncjatorów, którzy dopuścili się przestępstwa przekupstwa o.p.f.p. w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej. Stało się to przedmiotem głosów krytycznych, upatrujących w instytucji dopuszczającej całkowite uniknięcie kary naruszenia nakazu poddania sprawców łapownictwa karom skutecznym i zniechęcającym[94].

[93] J. Raglewski, *Materialnoprawna*..., s. 33; J. Raglewski, Przepadek (w:) M. Melezini (red.) *System prawa karnego*, t. 6, Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie, Warszawa 2010, s. 678; M. Kulik, *Art. 44,* w: *Kodeks karny…s. 123;* Z. Sienkiewicz, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks*..., s. 460; K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek…*, s. 85 i 146; W. Zalewski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom II, Warszawa 2011, s. 191. Stanowisko zawężające pojęcie „równowartości" do sumy pieniężnej odpowiadającej wysokością wartości przedmiotów lub korzyści zagrożonych przepadkiem prezentują natomiast: M. Szwarczyk, *Przepadek korzyści majątkowych po zmianach kodeksu karnego* w: T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.) Nowe prawo karne po zmianach, Lublin 2002, s. 18–19; B. Mik, *Nowela*..., s. 93; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004,,* s. 211.

[94] C. Nowak, *Korupcja*…, na tle uregulowań międzynarodowych, s. 426–429.

Wątpliwości zgłosiła także tzw. Grupa Robocza, monitorująca stan implementacji Konwencji OECD 1997 do systemów prawnych państw-stron. W raporcie poświęconym Polsce z 18.01.2007 r. Grupa stanęła na stanowisku, że art. 229 § 6 k.k. może utrudnić pełną implementację Konwencji OECD 1997 do krajowego porządku prawnego i zarekomendowała rządowi polskiemu „(…) przeanalizowanie klauzuli bezkarności z art. 229 § 6 k.k. i, albo wyłączenie jej zastosowania wobec funkcjonariuszy zagranicznych, albo znaczące ograniczenie jej zakresu poprzez nałożenie dodatkowych warunków dla jej stosowania, bądź też zapewnienie w inny właściwy sposób, że prawo polskie nie narusza Konwencji”[95].

Do stanowiska Grupy Roboczej OECD należy podejść z uwagą, aczkolwiek nie bezkrytycznie. Między zdaniami wskazuje się w nim, że utrzymanie klauzuli bezkarności z art. 229 § 6 k.k. nie da się pogodzić z ciążącym na Polsce obowiązkiem implementacyjnym. Z analogiczną oceną wyrażoną przez to gremium spotkało się kilka innych państw (Czechy, Słowacja, Grecja, Bułgaria), które wprowadziły do swoich kodeksów karnych podobne do polskiego uregulowania premiujące postawę sprawcy przekupstwa-denuncjatora[96]. W pracach Grupy Roboczej określano je – nie do końca trafnie – wspólnym pojęciem skutecznego żalu (*effective regret*), choć nie zawsze żal leżeć miał, wedle kwestionowanych przepisów, u podstaw motywacji sprawcy podejmującego współpracę z organami ścigania, a już na pewno w żadnym razie denuncjacja nie mogła posłużyć skutecznemu zapobieżeniu popełnienia przestępstwa przez funkcjonariusza, gdyż w założeniu następować miała po tym fakcie. Każdorazowo ewaluacja tych uregulowań w ostatecznym rozrachunku wypadała negatywnie, choć pierwotnie, w pierwszej fazie monitoringu – co należy podkreślić – Grupa nie miała w tej kwestii jeszcze wyrobionego zdania. W konkluzji raportów dochodziła podówczas do wymijającego wniosku, wskazując, że ma do czynienia z zagadnieniem prawnym o szerszym charakterze, do którego powróci w przyszłości. Swoje finalne stanowisko Grupa sformułowała dopiero po kilku latach, po przejściu do drugiej fazy monitoringu. Każdorazowo odrzucała w nim, niejednokrotnie pogłębioną, argumentację państw-stron, podnoszoną na obronę uregulowań krajowych. Wskazywała przy tym, że pozostawienie szczególnych, ustawowych gwarancji, dopuszczających obligatoryjne i całkowite uwolnienie od kary sprawcy przekupstwa-denuncjatora, prowadzi w efekcie do zaistnienia sytuacji, w której realizacja obowiązku implementacji Konwencji OECD 1997 do prawa krajowego, w szczególności zaś jej art. 1 ust. 1 (definicja przekupstwa oraz art. 3 ust. 1, zagrożenie przekupstwa karą skuteczną proporcjonalną i odstręczającą), nie będzie w pełni zrealizowana. Jednocześnie nie dopatrywała się żadnych zagrożeń dla realizacji obowiązku implementacyjnego w obowiązywaniu w krajowych porządkach prawnych tzw. ogólnych podstaw wyłączenia przestępności czynu *(general defences*), czy okoliczności wpływających jedynie na złagodzenie wymiaru kary (*mitigating factors for sentencing*)[97].

---

[95] Poland: Phase 2. Report on the application on the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery of foreign public officials in international business transactions (Report on 17th January 2007), s. 47 i 68, www.eocd.org.

[96] Szerzej na ten temat zob. P. Bachmat, *Stanowisko OECD w zakresie uwolnienia od kary denuncjatora-sprawcy przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego*, „Jurysta” 2009/3–4, s. 12–22.

[97] OECD Glossaries. Corruption. A Glossary of international standarts in criminal law, s. 50–51, OECD 2008, www.oecd.org.

Z negatywnym stanowiskiem w kwestii dopuszczalności instytucji *effective regret* pozostaje także w swoistym kontraście pozytywna ocena Grupy w zakresie stosowania przez niektóre państwa-strony instytucji zaniechania postawienia w stan oskarżenia sprawcy podejmującego współpracę z organami ścigania (*immunity from prosecution for co-operating offenders*)[98]. Z punktu widzenia polityki kryminalnej oba rozwiązania oparte są na podobnej logice zagwarantowania sprawcy uniknięcia kary, w zamian za przekazanie informacji przydatnych do skazania innych osób, które współdziałały z nim w popełnieniu przestępstwa. Zasadnicza różnica między nimi leży w tym, że kategoria *efective regret* dotyczy regulacji szczególnych, znajdujących zastosowanie tylko w odniesieniu do sprawców przestępstw przekupstwa oraz obiektywnie obligatoryjnych w tym sensie, że przy stwierdzeniu określonych w ustawie przesłanek organ prowadzący postępowanie jest zobligowany do jej zastosowania, zaś *immunity from prosecution* ma charakter ogólny, a więc w założeniu dotyczy denuncjatorów współdziałających w popełnieniu różnych typów przestępstw, a zarazem fakultatywny, w tym sensie, że wykorzystanie jej w odniesieniu do konkretnego sprawcy podejmującego współpracę ostatecznie zawsze zależy od oceny oskarżyciela.

Trudno pozbyć się wrażenia, że w opisanym powyżej zakresie Grupa Robocza, preferując jedne rozwiązania i arbitralnie odrzucając inne, jako potencjalnie niezgodne z treścią Konwencji OECD 1997, wyszła poza rolę podmiotu ewaluującego stan implementacji Konwencji do krajowych porządków prawnych, by przy okazji swoich raportów w istocie *post factum* rozszerzać zakres regulacyjny tego traktatu poza granice pierwotnie uzgodnione przez państwa-strony. Krytycznie należy ocenić także fakt, iż selekcji tej nie towarzyszyła próba wyjaśnienia, jakimi argumentami kierowała się Grupa Robocza przy formułowaniu raz afirmatywnego, innym razem negatywnego stanowiska w stosunku do konkurujących instytucji. Tym bardziej budzi to niepokój, że sama Konwencja OECD 1997 nie wspomina nic na temat takich czy innych okoliczności uchylających lub łagodzących karalność czynów przekupstwa jako potencjalnych przeszkód w implementacji jej przepisów do krajowych porządków prawnych. Kwestii tej nie dostrzegli także jako problemu autorzy zbioru komentarzy do Konwencji OECD 1997[99], pełniącego w odniesieniu do jej tekstu rolę oficjalnego dokumentu interpretacyjnego, choć sami zajęli, nazwijmy to, nieortodoksyjne stanowisko, kiedy uznali, że tzw. drobne opłaty przyspieszające tok spraw (*small facilitation payments*), z reguły nielegalne w porządkach prawnych państw jako przejawy przekupstwa, nie mieszczą się w zakresie konwencyjnej definicji przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego[100]. Zgodnie z tym stanowiskiem, dopuszczenie takich praktyk w krajowym porządku prawnym nie wpłynie negatywnie na ocenę stanu implementacji postanowień Konwencji.

Z perspektywy polskiego prawa karnego zasadnicze wątpliwości budzą także założone w rekomendacji Grupy Roboczej ewentualne sposoby doprowadzenia do zgodności klauzuli z art. 229 § 6 k.k. z wymaganiami Konwencji OECD 1997.

[98] OECD Glossaries…, s. 52–53.
[99] Commentaries on the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, przyjęty na konferencji negocjacyjnej dnia 21.11.1997 r. www.oecd.org.
[100] Zob. zwłaszcza komentarz 8 i 9 do art. 1 Konwencji OECD 1997.

Pierwszy z nich, polegający na wyłączeniu w drodze nowelizacji kodeksu karnego z zakresu regulacyjnego art. 229 § 6 k.k. kategorii określonej przez Grupę mianem „funkcjonariuszy zagranicznych", prowadziłby wprost do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej osób znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej i co za tym idzie – otwierałby pole do kwestionowania konstytucyjnego charakteru przepisów wprowadzających taką zmianę. W jej wyniku sprawca przekupstwa, który zdecydowałby się pójść na współpracę z organami ścigania na warunkach określonych w art. 229 § 6 k.k., mógłby bowiem liczyć na całkowite uwolnienie od kary tylko wówczas, gdy przekupiłby krajową o.p.f.p. Natomiast w wypadku, w którym przedmiotem jego oddziaływania okazałaby się zagraniczna o.p.f.p., denuncjatorowi zostawałaby wymierzona kara. Ewentualnie mógłby liczyć na możliwość skorzystania z jakiejś nowo wprowadzonej, ale już nie tak daleko idącej, formy złagodzenia grożącej mu odpowiedzialności karnej. Ta ostatnia możliwość weszłaby w grę, o ile polski ustawodawca zdecydowałby się wcielić w życie drugi z objętych rekomendacją Grupy sposobów doprowadzenia do zgodności między art. 229 § 6 k.k. a Konwencją OECD 1997, a mianowicie doprowadzić do „znaczącego ograniczenia zakresu" instytucji określonej w art. 229 § 6 k.k., w wyniku „nałożenia dodatkowych warunków dla jej stosowania". W praktyce oznaczałoby to powrót do rozwiązań mniej atrakcyjnych z punktu widzenia interesu denuncjatora, zbliżonych np. do art. 243 k.k. z 1969 r. (fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary, odstąpienie od jej wymierzenia, a po nowelizacji z 18.12.1982 r.[101] – także obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary), art. 60 § 1 k.k. (obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary oraz możliwość warunkowego zawieszenia jej wykonania), czy art. 61 § 1 k.k. (fakultatywne odstąpienie od wymierzenia kary), a więc uregulowań, które nie sprawdziły się jako skuteczne instrumenty rozerwania solidarności sprawców przestępstw korupcyjnych[102].

Zarysowane powyżej pryncypialne stanowisko Grupy Roboczej, dopatrującej się w instytucji *effective regret*, w tym w uregulowaniu art. 229 § 6 k.k., przeszkody w pełnej implementacji postanowień Konwencji OECD 1997 do krajowych porządków prawnych, jak się wydaje ma swoje źródło w specyfice tego traktatu, którego warstwa regulacyjna została ograniczona tylko do przypadków czynnej strony łapownictwa. To zawężenie przedmiotowego zakresu Konwencji OECD 1997 jest o tyle istotne, że pozwoliło ekspertom Grupy Roboczej zbudować argumentację, która w ich mniemaniu podważa przydatność uwolnienia od kary denuncjatorów-sprawców przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Punktem wyjścia dla tego rozumowania jest założenie, które legło też u podstaw projektu konwencji, a mianowicie, że traktatowe uregulowanie zobowiązania do ścigania przypadków sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych jest zbędne,

[101] Art. 12 pkt 1 ustawy z 18.12.1982 r. o szczególnej regulacji prawnej w okresie stanu wojennego (Dz. U. Nr 41, poz. 273).

[102] Szerzej na ten temat zob. Z. Salamonowicz, *Próba weryfikacji działania art. 243 k.k. w świetle przeprowadzonych badań*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Oficerskiej w Szczytnie" 1976/3, s. 371–393; M. Posadzy, *Stosowanie art. 243 k.k. w postępowaniach karnych o przestępstwo łapownictwa*, „Problemy Praworządności" 1976/4, s. 53; L. Tyszkiewicz, *O sposobach przeciwdziałania solidarności między biorącym i dającym łapówkę w obronie przed odpowiedzialnością karną*, „Prokuratura i Prawo" 2004/11–12, s. 40–42.

ponieważ gdy dojdzie do ujawnienia konkretnej sytuacji korupcyjnej, państwo macierzyste i tak odmówi postawienia swojego funkcjonariusza w stan oskarżenia, powołując się np. na chroniący go immunitet, czy zapewniając mu w inny sposób faktyczną bezkarność. Znamienne pozostaje przy tym, że wątpliwości, jakie jeszcze na etapie projektowania konwencji dotyczyły możliwości i skuteczności ścigania jedynie najwyższych przedstawicieli państw, teraz odniesiono już do całego korpusu urzędniczego. Skoro zatem państwo macierzyste funkcjonariusza nie będzie skłonne pociągnąć go do odpowiedzialności karnej za ujawniony akt korupcji, to w ocenie Grupy Roboczej uwolnienie od kary sprawcy jego przekupstwa-denuncjatora nie posłuży żadnym użytecznym celom, co więcej sprawiedliwość pozostanie w tym wypadku niezaspokojona[103].

Nie sposób podzielić tego rozumowania. Jest ono niespójne, anachroniczne i nieadekwatne. Jest niespójne, gdyż jednym tchem piętnuje się w nim krajowe instytucje gwarantujące uwolnienie od kary denuncjatora-sprawcy przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza jako rozwiązania, które pozostawiają sprawiedliwość niezaspokojoną. Jednocześnie zaś uznaje się za politycznie uzasadnione, pomijając przy tym zupełnym milczeniem kwestię niezaspokojonej sprawiedliwości, aby nie ingerować treścią traktatu w kwestię odpowiedzialności karnej przekupnych funkcjonariuszy zagranicznych, przyjmując, że w zasadzie nie ma to głębszego sensu, albowiem państwo macierzyste i tak znajdzie jakiś wybieg, aby uchronić w tej sytuacji wprawdzie przekupnego, ale własnego, funkcjonariusza przed poniesieniem odpowiedzialności karnej. Jest ono także anachroniczne i nie przystaje do rzeczywistości, gdyż w zasadzie każde z państw sygnatariuszy konwencji byłoby zainteresowane ściganiem swoich funkcjonariuszy za akty korupcji popełnione we współdziałaniu z obywatelami innych państw jako przekupującymi, nawet gdy informacje procesowe na ten temat pochodziłyby ze źródła zewnętrznego, tj. od państwa macierzystego osoby dopuszczającej się przekupstwa. Przytłaczająca większość stron konwencji to państwa demokratyczne, zaś nieliczne z jej sygnatariuszy, co do których demokratyczna legitymacja mogłaby budzić jeszcze pewne zastrzeżenia, z pewnością aspirują do tego statusu. Ma to o tyle znaczenie, że we współczesnych demokracjach wszyscy przedstawiciele aparatu władzy bez wyjątku, a więc także osoby piastujące najwyższe funkcje państwowe, podlegają kontroli prawa. Dopuszczenie się korupcji przez urzędnika piętnowane jest jako okoliczność szkodząca państwu, stanowi przestępstwo zagrożone karą kryminalną oraz okoliczność dyskwalifikującą go od dalszego sprawowania urzędu. Demokracje wykształciły procedury wykluczenia skorumpowanych urzędników ze struktury instytucji i organów państwa, poczynając od odpowiedzialności karnej, poprzez odpowiedzialność dyscyplinarną, na odpowiedzialności konstytucyjnej najwyższych funkcjonariuszy państwa kończąc. Z kolei immunitety, towarzyszące pełnieniu niektórych funkcji państwowych, przybierają zazwyczaj postać immunitetów formalnych, gwarantujących jedynie czasowe wyłączenie możliwości wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego. Po zakończeniu pełnienia funkcji przez sprawcę sprzedajności organy ścigania odzyskują możliwość wszczęcia przeciwko

[103] Ten argument posłużył podważeniu instytucji *effective regret* m.in. w Czechach i na Słowacji, zob. szerzej P. Bachmat, *Stanowisko OECD…*, s. 14 i 17–21.

niemu kroków prawnych, co jest tym bardziej uprawdopodobnione, że wpisana w mechanizm demokratyczny konieczność odnawiania legitymacji do sprawowania władzy w drodze wyborów wymusza w czasie zmianę elity rządzącej. Poza tym w większości przypadków oczekiwanie na wygaśnięcie mandatu nie byłoby w ogóle konieczne, gdyż państwa demokratyczne wykształciły w swoich porządkach prawnych procedury wcześniejszego uchylenia immunitetu za zgodą właściwego organu. Wydaje się zatem, że wbrew przyjętemu na etapie projektowania konwencji założeniu, iż nie warto w uregulowaniach traktatowych odnosić się do przejawów sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, gdyż ci i tak unikną w swoich państwach macierzystych odpowiedzialności, każde z państw-stron konwencji będzie żywotnie zainteresowane w pozyskaniu dowodów przeciwko własnemu urzędnikowi, i to niezależnie od jego rangi, który dopuścił się aktu korupcji we współdziałaniu z obywatelem innego państwa jako osobą przekupującą. W ostatecznym rozrachunku organy wymiaru sprawiedliwości państwa demokratycznego, którego urzędnik przyjął łapówkę w konfiguracji międzynarodowej, upomną się o niego i nie uchroni go przed tym ani wysoka ranga piastowanego urzędu, ani immunitet. Reasumując, wiedza procesowa, jaką uzyskają organy jednego państwa w zamian za uwolnienie od kary sprawcy przekupstwa, który zdecydował się pójść na współpracę i ujawnił przed nimi fakt i okoliczności popełnienia przestępstwa, nie pójdzie w tym wypadku na marne, jak próbują sugerować to eksperci OECD, a z dużym prawdopodobieństwem zostanie wykorzystana przez organy ścigania innego państwa, zatrudniającego urzędnika, który dopuścił się sprzedajności.

Biorąc powyższe pod uwagę, asertywne podejście polskiego ustawodawcy, który – wbrew rekomendacjom Grupy – nie zdecydował się do tej pory na korektę brzmienia art. 229 § 6 k.k., wydaje się zasadne i powinno zostać utrzymane, pomimo że prawnomiędzynarodowy kontekst sporu wokół tego przepisu stawia Polskę w dość kłopotliwej sytuacji. Kwestionowany przepis art. 229 § 6 k.k. wszedł bowiem w życie 1.07.2003 r., a więc już po tym, jak Polska związała się Konwencją OECD 1997. Przypomnijmy, że ostateczne wejście w życie tego traktatu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej miało miejsce 7.11.2000 r. Konwencja stanowiła już wtedy źródło prawnomiędzynardowego zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej, jak również część polskiego prawa wewnętrznego. Co więcej, biorąc pod uwagę treść art. 188 pkt 2 Konstytucji RP, jako umowa międzynarodowa ratyfikowana przez Prezydenta po uprzedniej zgodzie wyrażonej w formie ustawy[104], hierarchicznie stała wyżej od ustawy wprowadzającej przepis art. 229 § 6 k.k. Tak więc wątpliwości postawione przez Grupę Roboczą co do stanu realizacji przez Polskę jej zobowiązań prawnomiędzynarodowych, choć nie jest to wyrażone wprost przez Grupę, pośrednio mogą także prowadzić do wywołania kwestii kontroli art. 229 § 6 k.k. przed Trybunałem Konstytucyjnym.

W dyskusji nad oceną Grupy co do stanu implementacji Konwencji OECD 1997 do polskiego porządku prawnego, w tym wpływu na ten proces klauzuli niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., nie można pominąć kwestii oceny jakości samego traktatu.

[104] Por. art. 1 ustawy z 22.01.2000 r. o ratyfikacji Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, w którym wyraża się zgodę na dokonanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ratyfikacji Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzonej w Paryżu dnia 17.12.1997 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 15, poz. 178).

Słabą stroną Konwencji jest pozostawienie poza przedmiotowym zakresem regulacji zachowań polegających na sprzedajności zagranicznego funkcjonariusza. Jak wskazano powyżej, decyzja ta oparta jest na anachronicznym i mało prawdopodobnym założeniu, że państwo służby funkcjonariusza nie byłoby zainteresowane w inicjowaniu postępowania karnego przeciwko skorumpowanemu urzędnikowi w sytuacji, w której informacje procesowe o jego czynie pochodziłyby z państwa macierzystego osoby przekupującej. Prowadzi ona także do wyeksponowania sprzeczności na gruncie samej Konwencji, która z jednej strony nie nakłada na strony obowiązku penalizacji sprzedajności zagranicznego funkcjonariusza publicznego, z drugiej zaś zobowiązuje je w myśl art. 3 ust. 3 do konfiskaty łapówki uzyskanej wskutek przekupstwa. Tu pojawia się problem, jak wyegzekwować przepadek łapówki, która z reguły będzie się znajdować poza jurysdykcją państwa, które ów przepadek orzekło[105]? Z uwagi na fakt, iż wejście w życie przepisu art. 229 § 6 k.k. miało miejsce chronologicznie później w stosunku do dnia wejścia w życie przepisów samej Konwencji, polski ustawodawca nie miał okazji zabezpieczyć w sferze prawnomiędzynarodowej swojego autonomicznego podejścia do kwestii instytucji niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., wykorzystując w tym celu instytucję zastrzeżenia, sformułowanego na etapie przystępowania do konwencji. W tym czasie nie przewidział także takiej konieczności na przyszłość.

Czy to oznacza, że nie pozostaje już nic innego, jak tylko przyjąć krytyczne uwagi na temat niedostatków implementacji Konwencji OECD 1997 do krajowego porządku prawnego, wygłoszone z perspektywy traktatowego wzorca, który sam zasługuje na krytyczną ocenę? Wydaje się, że istnieje jeszcze pewna furtka do wykorzystania. Otóż należy doprowadzić do przeniesienia punktu ciężkości w dyskusji prowadzonej na forum OECD nad stanem implementacji Konwencji ze sfery domniemanych niedostatków prawa polskiego, do sfery, w której ukazana zostanie konieczność reformy treści samej konwencji. Taką możliwość daje art. 16 Konwencji OECD 1997, zgodnie z którym każda ze stron może zaproponować wniesienie poprawek do tego aktu. Wśród nich przede wszystkim powinna znaleźć się propozycja rozszerzenia zakresu regulacyjnego traktatu na zachowania polegające na sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. To z kolei stałoby się dobrym punktem wyjścia do zainicjowania dyskusji nad potrzebą wprowadzenia do Konwencji OECD 1997 uregulowań dopuszczających obowiązywanie w krajowych porządkach prawnych instytucji, pomyślanych jako sposób na rozerwanie solidarności między sprawcami przestępstw korupcyjnych w zamian za złagodzenie lub uwolnienie od kary denuncjatora – sprawcy przekupstwa.

5. BADANIE AKTOWE

Do prezesów sądów okręgowych w całym kraju zwrócono się prośbą o nadesłanie z podległych im okręgów sygnatur postępowań karnych, w których w okresie od 4.02.2001 r. (dzień wejścia w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) do 31.12.2014 r. zapadło prawomocne orzeczenie kończące postępowanie w sprawach, w których przy kwalifikacji zachowania sprawcy wykorzystano klauzule asymilacyjne z art. 228 § 6 lub art. 229 § 5 k.k.

[105] J. Garstka, *Komentarz…*, s. 312.

Założony w badaniu stosunkowo długi, bo kilkunastoletni okres, dla doboru próby badawczej znajduje swoje uzasadnienie statystyczne. Chodziło bowiem o dotarcie do jak największej liczby przypadków osądzenia przestępstw, które niesłychanie rzadko pojawiają się na wokandach sądów. Gdy wziąć pod uwagę statystykę ministerialną w zakresie czynów zabronionych, które znalazły swój finał w sądzie i zostały tam prawomocnie osądzone, widać wyraźnie, że przypadki zakwalifikowania typu czynu zabronionego sprzedajności lub przekupstwa w związku klauzulą asymilacyjną z art. 228 § 6 lub art. 229 § 5 k.k. należą do rzadkości (por. poniżej tabela 3 oraz 4).

Tabela 3 prezentuje szczegółowo liczbę przypadków prawomocnego osądzenia dorosłych sprawców poszczególnych typów sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. według wszystkich czynów[106], zaś tabela 4 – według czynu głównego.

Niestety pomimo założenia długiego okresu próby, analiza spraw karnych o przestępstwa sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej (kwalifikowanych przy zastosowaniu klauzul z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) nie powiodła się na zadowalającym poziomie statystycznym z uwagi na brak wystarczającej liczby relewantnych postępowań karnych. Specyfika tych postępowań z udziałem elementu międzynarodowego wskazywała już na etapie planowania badania, że ich liczba nie będzie duża. Tym niemniej na etapie realizacji badania zachodziło jeszcze prawdopodobieństwo uzyskania puli badawczej przydatnej chociażby tylko do przygotowania analizy jakościowej analizowanej problematyki. W odpowiedzi na pytanie o sygnatury spraw karnych sądy udzieliły bowiem kilkunastu pozytywnych odpowiedzi, co – uwzględniając specyfikę postępowań o przestępstwa korupcyjne, w których zazwyczaj w jednej sprawie osądzeniu podlega kilku sprawców i kilkanaście czynów – dawało szacunkową perspektywę badawczą kilkudziesięciu czynów zabronionych, które można byłoby poddać badaniu w drodze analizy akt. W praktyce okazało się jednak, że w 11 sprawach wskazane przez sądy sygnatury były błędne – po sprowadzeniu akt wyszło na jaw, że dotyczą innych typów przestępstw[107], w kolejnej sprawie sprowadzenie akt okazało się niemożliwe z uwagi na prowadzone z ich wykorzystaniem czynności procesowe[108].

W rezultacie jedynie 3 postępowania karne, które spełniły kryteria doboru, zostały udostępnione przez sądy do badania. Na ich podstawie zidentyfikowano 6 czynów korupcyjnych, które zostały prawomocnie osądzone. Taka liczba wykluczyła możliwość przeprowadzenia badania ilościowego, nie dała też satysfakcjonującej podstawy do badania jakościowego. Zasadniczo, wszystkie nadesłane przypadki dotyczyły przestępstwa przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym (art. 229 § 5 k.k.). Każdorazowo przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa, a zarazem dzierżycielem funkcji publicznej, okazywał się zagraniczny celnik, pełniący swoje obowiązki w związku z odprawą celną towarów.

---

[106] Liczba ogółem osądzonych w statystyce Ministerstwa Sprawiedliwości obejmuje co do zasady przypadki: skazania, warunkowego umorzenia, umorzenia, uniewinnienia oraz odstąpienia od wymierzenia kary.

[107] SO we Wrocławiu (III K 71/06); SR w Strzelcach Krajeńskich (II K 1050/09); SR w Jarocinie (II K 87/11); SR w Jarocinie (II K 114/09); SR w Jarocinie (VI K 527/07); SR w Jarocinie (II K 86/04); SR w Jarocinie (II K 21/04); SR w Sanoku (II K 100/13); SR w Sanoku (II K 104/08); SR w Sanoku (II K 795/10); SR w Sanoku (II K 62/03).

[108] SO w Gdańsku (IV K 115/13).

Tabela 3
Ogółem osądzeni dorośli sprawcy przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. (wg wszystkich czynów)

TYP PRZESTĘPSTWA	1998*	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Art. 228 § 1 k.k.	25	52	71	68	94	84	154	197	243	169	390	292	308	262	227
Art. 228 § 2 k.k.	5	9	4	7	4	4	10	7	14	20	17	38	30	14	13
Art. 228 § 3 k.k.	21	54	41	41	82	69	242	301	331	281	522	329	716	451	691
Art. 228 § 4 k.k.	20	19	14	6	12	5	20	29	37	31	62	39	37	32	36
Art. 228 § 5 k.k.	1	2	1	1	3	2	7	3	5	0	3	2	2	2	7
Art. 228 § 6 k.k.															0
Łącznie	72	136	131	123	195	164	433	537	630	501	994	700	1093	761	974
Art. 229 § 1 k.k.	76	116	107	97	118	178	367	406	408	544	521	548	538	452	463
Art. 229 § 2 k.k.	25	61	20	55	34	51	62	71	59	109	121	85	75	83	95
Art. 229 § 3 k.k.	67	245	367	408	430	584	797	1 199	1 290	1 800	2 012	2 162	1 777	1 793	1 462
Art. 229 § 4 k.k.	1	0	0	0	2	3	15	5	16	0	3	6	3	3	2
Art. 229 § 5 k.k.											1	0	0	0	
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 1											5	1	2	2	1
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 2											1	0			1
Art.229 § 5 k.k. w zw. z § 3											1	1			3
Łącznie	169	422	494	560	584	816	1241	1681	1773	2453	2665	2803	2395	2333	2027

* W kolumnie za rok 1998 znalazły się dane liczbowe za okres od 1.09.1998 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny. Dla uzupełnienia następująco prezentuje się liczba przypadków osądzenia poszczególnych typów przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w okresie poprzedzającym, tj. od 1.01. do 31.08.1998 r., zestawiona według wszystkich czynów na podstawie odpowiednich przepisów ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny: art. 239 § 1 k.k. – 23; art. 239 § 2 k.k. – 23; art. 239 § 3 k.k. – 16; art. 240 pkt 1 k.k. – 1; art. 240 pkt 2 k.k. – 0; art. 241 § 1 k.k. – 126; art. 241 § 2 k.k. – 35; art. 241 § 3 k.k. – 109; art. 241 § 4 k.k. – 0; art. 242 k.k. – 0.

Tabela 4
Ogółem osądzeni dorośli sprawcy przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. (wg czynu głównego)

TYP PRZESTĘPSTWA	1998*	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Art. 228 § 1 k.k.	21	45	53	58	64	49	111	123	158	96	171	107	149	98	105
Art. 228 § 2 k.k.	4	8	3	6	3	4	9	6	8	15	13	21	20	13	11
Art. 228 § 3 k.k.	19	52	38	38	74	65	168	227	263	202	228	210	196	217	176
Art. 228 § 4 k.k.	14	15	12	6	12	5	19	14	23	17	31	25	15	24	16
Art. 228 § 5 k.k.	1	2	1	1	3	2	6	1	5	0	3	2	2	2	7
Art. 228 § 6 k.k.															0
Łącznie	59	122	107	109	156	125	313	371	457	330	446	365	382	354	315
Art. 229 § 1 k.k.	55	85	83	73	89	145	298	320	318	470	433	472	448	381	356
Art. 229 § 2 k.k.	16	38	16	51	29	45	47	57	54	103	112	74	70	76	85
Art. 229 § 3 k.k.	62	203	314	360	363	500	689	1 028	1 099	1 623	1 676	1 776	1 536	1 551	1 241
Art. 229 § 4 k.k.	1	0	0	0	2	1	13	5	14	0	3	6	3	3	2
Art. 229 § 5 k.k.											1	0	0	0	0
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 1											5	1	2	1	0
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 2											1	0			1
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 3											1	1			1
Łącznie	193	326	413	484	483	691	1047	1410	1485	2196	2232	2330	2059	2012	1686

* W kolumnie za rok 1998 znalazły się dane liczbowe za okres od dnia 1.09.1998 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny. Dla uzupełnienia następująco prezentuje się liczba przypadków osądzenia poszczególnych typów przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w okresie poprzedzającym, tj. od 1.01. do 31.08.1998 r., zestawiona według czynu głównego na podstawie odpowiednich przepisów ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny: art. 239 § 1 k.k. – 21; art. 239 § 2 k.k. – 22; art. 239 § 3 k.k. – 13; art. 240 pkt 1 k.k. – 1; art. 240 pkt 2 k.k. – 0; art. 241 § 1k.k. – 82; art. 241 § 2 k.k. – 25; art. 241 § 3 k.k. – 97; art. 241 § 4 k.k. – 0; art. 242 k.k. – 0.

Jako funkcjonariusz służby celnej obcego państwa zostawał niejako automatycznie zaliczony przez polskie organy wymiaru sprawiedliwości do kategorii osób pełniących funkcję publiczną. Jednakże powyższa kwalifikacja została oparta jedynie na pewnym domniemaniu, jako że w żadnym z analizowanych postępowań ani prokuratury, ani sądy nie wskazały, jakimi kryteriami kierowały się, uznając funkcjonariusza celnego obcego państwa za osobę pełniącą funkcją publiczną. W żadnym z tych postępowań nie pochylono się nad kwestią źródeł normatywnych, przesądzających kryteria pełnienia funkcji publicznej istotne dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 229 § 5 k.k. W szczególności zaś nie wiemy, czy zagraniczny celnik został uznany za o.p.f.p. w rozumieniu przepisów polskiego prawa karnego (art. 115 § 19 k.k.), czy też w rozumieniu ustawodawstwa państwa pełnienia funkcji.

Nie zidentyfikowano natomiast żadnego przypadku, w którym polskie organy wymiaru sprawiedliwości prowadziłyby postępowanie z art. 228 § 6 k.k., skutkujące osądzenie osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej za dopuszczenie się przestępstwa sprzedajności. Brak relewantnych postępowań o te czyny koresponduje z danymi statystycznymi (por. tabele -3 i 4 powyżej).

Przykład 1

/SR w Mińsku Mazowieckim, II K 767/10/

Przedmiotowe postępowanie, będące odpryskiem szerszego postępowania, prowadzone było przeciwko mężczyźnie zatrudnionemu na stanowisku spedytora w firmie transportowej, oskarżonemu o to, że 21.02.2007 r., działając wspólnie i w porozumieniu z właścicielem firmy kooperującej, zajmującej się spedycją towarów w obrocie międzynarodowym, nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę polsko-białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 100 dolarów USD funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku luksusowej odzieży, której eksporterem była nieustalona włoska firma, zaś importerem nieustalona firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.

Na ślad procederu popełniania przestępstw korupcyjnych wpadła Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, która prowadziła śledztwo o sygn. V Ds. 21/09/S (nadzorowane przez PO w Lublinie). Dotyczyło ono nieprawidłowości zaistniałych w handlu tranzytowym towarów przewożonych przez polskie terytorium celne, w tym m.in. przypadków nakłaniania obywateli polskich do wręczania korzyści majątkowych osobom pełniącym funkcje publiczne w państwie obcym w związku z działalnością polegającą na spedycji towarów w obrocie międzynarodowym. W drodze czynności operacyjnych polegających na kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych, potwierdzonych następnie zeznaniami świadków i wyjaśnieniami oskarżonych, z których część przyznała się do popełnienia zarzucanych czynów, organ prowadzący postępowanie przygotowawcze zgromadził materiał dowodowy m.in. dotyczący zachowania zarzucanego oskarżonemu. Ten przyznał się do zarzucanego czynu i złożył wniosek o skazanie w trybie art. 335 § 1 k.k. Z uwagi na stwierdzenie kompletności materiału dowodowego, materiały w jego sprawie

oraz w sprawie dotyczącej współdziałającego w popełnieniu przestępstwa właściciela firmy spedycyjnej zostały wyłączone do odrębnego postępowania, prowadzonego przez PO w Lublinie pod sygn. V Ds. 52/10/S.

Potwierdzony w toku śledztwa stan faktyczny dotyczy następującego zdarzenia korupcyjnego z elementem międzynarodowym. Kierowca, realizujący zlecenie przewiezienia towaru w postaci luksusowej odzieży o wartości ok. 2 mln euro, po przekroczeniu granicy z Białorusią zgłosił, zgodnie z obowiązującymi regulacjami, przewożony towar do odprawy celnej. Wówczas funkcjonariusze białoruskiej służby celnej poprosili kierowcę, aby ten opuścił samochód i udał się do pobliskiego budynku, gdzie oczekiwał na niego kierownik zmiany. Podczas rozmowy kierownik zmiany białoruskiej służby celnej zażądał od kierowcy łapówki w wysokości 400 dolarów amerykańskich w zamian za odstąpienie od szczegółowej rewizji ładunku. Zagroził jednocześnie, że w przypadku odmowy wręczenia łapówki ładunek wraz z samochodem zostanie poddany procedurze „dasmortu", czyli kompleksowej kontroli celnej, trwającej do 14 dni, podczas której kierowca nie może odchodzić od pojazdu, jak również nikt z osób trzecich, w tym przedstawiciele spedytora, importera i eksportera nie mogą do pojazdu się zbliżyć, ani uczestniczyć w żaden sposób w prowadzonej kontroli.

Kierowca pojazdu, nie chcąc podejmować decyzji samodzielnie, zadzwonił do swojej firmy transportowej, aby uzyskać instrukcję, jak w zaistniałej sytuacji ma się zachować. Telefon odebrał oskarżony, zatrudniony w firmie transportowej na stanowisku spedytora. Ten z kolei zadzwonił do właściciela firmy kooperującej (współoskarżonego), który odpowiadał na podstawie umowy zlecenia za przeprowadzenie spedycji towarów zatrzymanych na granicy białoruskiej. Oskarżony zapytał wprost rozmówcę, czy ten zgodzi się zwrócić kierowcy 400 dolarów amerykańskich lub ewentualnie spowoduje zwrot tej kwoty przez importera z Rosji. Mężczyzna polecił udzielić celnikom białoruskim kwotę 100 dolarów amerykańskich w zamian za odstąpienie od szczegółowej kontroli celnej – „dasmortu". Taką też odpowiedź przekazał kierowcy oskarżony, który przekazał ją następnie białoruskim celnikom. Ci jednak nie zgodzili się na przyjęcie pomniejszonej kwoty i nakazali kierowcy czekać. W międzyczasie na przejście graniczne przyjechali pracownicy firmy konwojowej, którzy mieli ochraniać przewożony ładunek. W wyniku ich pośrednictwa celnicy odstąpili od procedury „dasmortu" i zezwolili kierowcy na kontynuowanie podroży.

W toku śledztwa ustalono, że kierowca nie wręczył ostatecznie białoruskim celnikom żadnej łapówki, nie przekazał też pieniędzy pracownikom konwoju, zaś towar został odprawiony w tranzycie zgodnie z procedurą.

Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim w dniu 28.07.2010 r. uznał oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k. i wymierzył mu za nie, przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia[109], karę 25 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 20 zł.

[109] W treści wyroku sąd nie podał konkretnej przesłanki nadzwyczajnego złagodzenia kary, uzasadnienie wyroku nie było sporządzane. W akcie oskarżenia sporządzonym przez PO w Lublinie (V Ds. 52/10/S) zwrócono natomiast uwagę na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia w oparciu o przepis art. 22 § 2 k.k. z uzasadnieniem, że „czynu zabronionego, do którego podżegał skazany nie popełniono, a nawet nie usiłowano popełnić". Z tą ocena trudno jednak się zgodzić, gdyż kierowca złożył karalną obietnicę udzielenia łapówki w wysokości 100 dolarów amerykańskich.

Przykłady 2–4

/SR w Mińsku Mazowieckim, II K 845/10/

Przedmiotowe postępowanie, będące odpryskiem szerszego postępowania opisanego powyżej w przykładzie 1, prowadzone było przeciwko właścicielowi firmy prowadzącej działalność w zakresie spedycji towarów w obrocie międzynarodowym, oskarżonemu o trzy czyny korupcyjne z elementem międzynarodowym, tj.:

- to, że 21.02.2007 r. nakłaniał pracowników kooperującej firmy transportowej, przewożącej towary, których spedycję prowadził, w tym osobę odpowiedzialną w tej firmie za koordynowanie spedycji oraz kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę polsko-białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 100 dolarów USD funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej przy odprawie tranzytowej ładunku luksusowej odzieży, której eksporterem była nieustalona włoska firma, zaś importerem nieustalona firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.;
- to, że 27.02.2007 r. nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w bliżej nieustalonej kwocie funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku minerałów, którego importerem była firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.;
- to, że 2.03.2007 r. nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w bliżej nieustalonej kwocie funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku artykułów chemicznych i kosmetyków, których importerem była firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.

Pierwotnie postępowanie sądowe prowadzone było przez Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim pod sygn. II K 767/10 przeciwko dwóm oskarżonym (przypadek drugiego oskarżonego został opisany powyżej w przykładzie 1). Postanowieniem tegoż sądu materiały dotyczące sprawy oskarżonego właściciela firmy spedycyjnej zostały wyłączone do odrębnego postępowania o sygn. II K 845/10, z uwagi na okoliczności utrudniające łączne rozpoznanie spraw obu oskarżonych.

W toku postępowania oskarżony właściciel firmy spedycyjnej nie przyznawał się do popełnienia zarzucanych czynów, wskazując jednak, że zdarzenia opisane w zarzutach miały miejsce, lecz w jego ocenie nie były przestępstwami. W związku z tym wyjaśniał, że w okresie objętym postępowaniem dostawał bardzo dużo telefonów od przewoźników, kierowców, nadawców, spedytorów i odbiorców towaru, którzy pytali go, czy płacić w sytuacji, w której funkcjonariusze białoruskiej służby celnej domagali się pieniędzy za bezproblemową odprawę celną ładunku. Odpowiadał wówczas, aby płacić, kierując się przy tym intencją uniknięcia strat finansowych, wynikających z niedotrzymania umówionych terminów dostaw towarów. Działania

funkcjonariuszy białoruskiej służby celnej, regularnie stawiających żądania opłacenia się w zamian z odstąpienie od szczegółowej kontroli ładunku, określił mianem panującego wśród nich „zwyczaju".

Sąd rejonowy uznał oskarżonego winnym zarzucanych mu czynów, przyjmując że ten dopuścił się ich w warunkach trójczynowego ciągu przestępstw (art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k., w zw. z art. 91 § 1 k.k.). W dniu 30.05.2011 r. skazał go za to na karę 50 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość stawki dziennej na 50 zł. Wymierzając karę, sąd miał na uwadze, że spełnione zostały przesłanki jej nadzwyczajnego złagodzenia, określone w art. 22 § 2 k.k., tj. że czynów zabronionych, do których popełnienia podżegał oskarżony, nie usiłowano nawet dokonać, tj. kierowcy nie wręczyli łapówek. Wyrok sądu rejonowego został następnie utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Siedlcach (Ka 505/11), który uznał apelację obrońcy oskarżonego za oczywiście bezzasadną.

Przykłady 5–6

/SR w Słubicach, II K 1290/12/

Przedmiotowe postępowanie wszczęto w wyniku wniosku, jaki niemiecka prokuratura w Neuruppin skierowała 29.09/2011 r. do Prokuratury Okręgowej w Gorzowie Wielkopolskim o przejęcie ścigania karnego obywatela polskiego, podejrzanego o współudział w procederze wprowadzania na europejski obszar celny towarów z pominięciem należnych opłat celnych i podatku VAT, co skutkowało stratami w wysokości co najmniej 1.800.000 euro, a było możliwe dzięki zwerbowaniu do współpracy funkcjonariusza niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie, który w zamian za poświadczanie nieprawdy w dokumentach celnych otrzymywał łapówki pieniężne w wysokości 250 lub 500 euro liczone od pojedynczego transportu. Strona niemiecka doprowadziła do skazania skorumpowanego funkcjonariusza celnego oraz innego obywatela polskiego, który pośredniczył w przekazywaniu mu łapówek, w istocie pełniąc w tym procederze rolę płatnego protektora. Nie mogła natomiast doprowadzić do bezpośredniego zatrzymania organizatora procederu – innego obywatela polskiego, pomimo zidentyfikowania jego personaliów. Wobec powyższego skierowano wniosek o przejęcie jego ścigania przez stronę polską. Na podstawie materiałów procesowych przekazanych przez prokuraturę niemiecką w Neuruppin oraz w następstwie własnego śledztwa, prowadzonego pod sygn. VI Ds. 49/11, Prokuratura Okręgowa w Gorzowie Wielkopolskim skierowała przeciwko temu mężczyźnie akt oskarżenia, w którym zarzuciła mu, że:

- w okresie od 1.04.2009 r. do 16.03.2010 r., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dopuścił się w ramach czynu ciągłego, za pośrednictwem innego obywatela polskiego, działającego jako płatny protektor, udzielenia korzyści majątkowej znacznej wartości ustalonemu funkcjonariuszowi niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie, w łącznej kwocie 61.500 euro, stanowiącej równowartość co najmniej 246.000 zł, za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa, a mianowicie poświadczenie nieprawdy w dokumentach T1 oraz systemie informatycznym ATLAS poprzez pozorowanie zakończenia procedur tranzytu wspólnotowego T1 towarów spoza Unii Europejskiej, co do których procedurę tranzytu otwarto w Urzędzie Celnym w Hamburgu,

przeznaczonych dla odbiorców w Federacji Rosyjskiej i fikcyjnym otwieraniu operacji tranzytowych TIR ww. towarów przy wykorzystaniu numerów operacyjnych MRN przynależnych innym otwartym operacjom tranzytowym realizowanym na podstawie karnetu TIRl, w ten sposób, że za każdy ze 124 zidentyfikowanych przypadków dopuszczenia do fikcyjnego tranzytu przekazywał łapówkę w wysokości 500 euro, co stanowiło równowartość co najmniej 2000 zł, tj. o czyn z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 3 i 4 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (czyn ciągły obejmujący 124 zachowania);

- w okresie od października 2009 r. do 16 marca 2010 r., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dopuścił się w ramach czynu ciągłego, za pośrednictwem innego obywatela polskiego, działającego jako płatny protektor, udzielenia korzyści majątkowej ustalonemu funkcjonariuszowi niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie w łącznej kwocie 3.500 euro, stanowiącej równowartość co najmniej 14.000 zł, za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa, a mianowicie poświadczanie nieprawdy w dokumentach wysyłki EX o wskazanych numerach identyfikacyjnych oraz systemie informatycznym ATLAS poprzez pozorowanie zakończenia procedur wywozu towarów z Niemiec poza terytorium Unii Europejskiej, w ten sposób, że każdy z 14 zidentyfikowanych przypadków fikcyjnego zakończenia procedury wywozu przekazywał łapówkę w wysokości 250 euro, tj. o czyn z art. 229 § 5 i 3 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (czyn ciągły obejmujący 14 zachowań).

Z ustalonego w toku śledztwa stanu faktycznego wynika, że skazany przekazywał swojemu znajomemu kwotę 1.000 euro za każdy dokument T1, poświadczający niezgodnie z prawdą zamknięcie procedury tranzytowej przez teren Unii Europejskiej. Znajomy skazanego pełnił w tym procederze rolę pośrednika. Z przekazanej kwoty połowę zatrzymywał dla siebie, zaś pozostałe 500 euro przekazywał z kolei swojemu znajomemu, pełniącemu funkcję funkcjonariusza urzędu celnego we Frankfurcie. Niemiecki celnik organizował dokumenty, legalizujące przewóz towarów, jak również wprowadzał nieprawdziwe dane w systemie informatycznym ATLAS.

Dokumenty, w których poświadczano nieprawdę, dotyczyły towarów sprowadzanych spoza Unii Europejskiej, przede wszystkim z Chin i Zjednoczonych Emiratów Arabskich do odbiorców w Federacji Rosyjskiej. Towar był przewożony w kontenerach drogą morską do portu w Hamburgu. Stamtąd miał zostać przetransportowany przez polskich przewoźników ciężarówkami do odbiorców w Rosji.

Zgodnie ze zgłoszeniem towary obejmowano procedurą wspólnotowego tranzytu zewnętrznego T1. W tzw. urzędzie wyjścia – Urzędzie Celnym w Hamburgu, rozpoczynano procedurę i zwalniano z obowiązku celnego towary przeznaczone do tranzytu przez obszar celny Unii Europejskiej. Urzędem przeznaczenia był Urząd Celny we Frankfurcie. W urzędzie wyjścia drukowano tranzytowy dokument towarzyszący T1 z numerem MRN w formie kodu paskowego. Numer ten nadawany był operacji tranzytu przy rejestracji i towarzyszył jej do zakończenia.

Ponadto z urzędu wyjścia wysyłano do urzędu przeznaczenia komunikat o przybyciu towarów, zawierający wszystkie dane prowadzonej operacji tranzytowej. W terminie określonym w dokumencie T1 towar musiał zostać przedstawiony w deklarowanym urzędzie przeznaczenia.

W rzeczywistości opłacone łapówką kontenery nie były przedstawiane do kontroli w urzędzie przeznaczenia. Skazany przekazywał niemieckiemu celnikowi, za pośrednictwem ich wspólnego znajomego, dokumenty T1 dotyczące konkretnych rozpoczętych operacji tranzytowych. W tym czasie celnik dokonywał odpraw innych towarów w procedurze TIR. Po dokonaniu legalnej odprawy celnik przystawiał także pieczęć, oznaczającą zamknięcie procedury z wynikiem zgodnym na dokumentach przekazanych przez skazanego. Następnie, posługując się pieczęciami z numerami MRN nadanymi innym legalnie otwartym operacjom tranzytowym, otwierał fikcyjną procedurę dalszego tranzytu towarów według karnetu TIR. W ten sposób poświadczał, że towary przeszły do innej procedury celnej, co skutkowało brakiem konieczności naliczenia i uiszczenia opłat celnych i podatkowych, pomimo zamknięcia procedury T1 i niezgłoszenia przez uprawnione osoby kolejnej procedury tranzytu. Dane te wprowadzał także do systemu informatycznego ATLAS.

Z wpisów dokonywanych przez funkcjonariusza Urzędu Celnego we Frankfurcie wynikało, że dalszy tranzyt towarów przez teren Unii Europejskiej odbywa się pod osłoną karnetu TIR. Faktycznie jednak towar był sprzedawany na rynku unijnym Pomimo braku ostatecznej odprawy celnej, jego dalsze przemieszczanie w rzeczywistości nie podlegało dozorowi celnemu. Dozorowi podlegał natomiast inny towar, odprawiony wcześniej w procedurze TIR, którego numer MRN operacji celnej wykorzystywał skazany dla swoich towarów. W wyniku tej praktyki do europejskiego obszaru celnego wprowadzono towary bez uiszczenia opłat celnych i podatkowych co najmniej 124 razy.

Po pewnym czasie skazany przy pomocy niemieckiego celnika i ich wspólnego znajomego, pełniącego rolę pośrednika, wdrożyli kolejny system omijania obowiązków celnych i podatkowych. Tym razem skazany przekazywał dokumenty wysyłki EX., zaś funkcjonariusz Urzędu Celnego we Frankfurcie poświadczał w nich nieprawdę co do wykonania procedury eksportu i wyprowadzenia towarów poza terytorium Unii Europejskiej. W rzeczywistości zaś towary trafiały na rynek unijny. Łącznie w toku postępowania zidentyfikowano 14 takich przypadków, w każdym z nich skazany przekazywał pośrednikowi łapówkę w wysokości 500 euro, z czego ten zatrzymywał sobie 250 euro, natomiast pozostałe 250 euro trafiało do kieszeni celnika we Frankfurcie.

Inicjator procederu przyznał się w toku postępowania do zarzucanych mu czynów i złożył wniosek o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy, który Sąd Rejonowy w Słubicach uwzględnił na podstawie art. 387 § 2 k.p.k. W następstwie tego 27.12.2012 r. uznał oskarżonego winnym zarzucanych czynów:

I. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 3 i 4 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
II. z art. 229 § 5 i 3 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

i wymierzył mu:

– za I. czyn, na podstawie art. 229 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i art. 12 k.k., karę 2 lat pozbawienia wolności i, na podstawie art. 33

§ 2 k.k. – karę 200 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 160 zł;
– zaś za czyn II., na podstawie art. 229 § 5 i 3 k.k. w zw. z art. 11 k.k. i art. 12 k.k. – karę 1 roku pozbawienia wolności i, na podstawie art. 33 § 2 k.k., karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 160 zł.

Na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. orzeczone wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności i grzywny połączył, wymierzając karę łączną 2 lat pozbawienia wolności i karę 250 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 160 zł. Na podstawie at. 69 § 1 i 2, art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 lat.

6. WNIOSKI

1. Przyjęty w polskim kodeksie karnym zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej zasadniczo odpowiada, po wejściu w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., standardom wyznaczonym w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego. Pod względem sposobu ujęcia znamion zabronionego zachowania, w niektórych punktach wykracza nawet poza pole obowiązku implementacyjnego.

2. Zasadniczo zgodny ze standardem implementacyjnym jest także przyjęty w kodeksie karnym model karania sprawców tych przestępstw. Tym niemniej zastrzeżenia co do zgodności z wymogami międzynarodowymi budzi fakultatywny charakter przepadku orzekanego na podstawie art. 44 § 2 oraz art. 44 § 4 k.k. – w tym drugim przypadku w części, w jakiej dotyczy on przepadku równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa.

3. Odmiennie wypada natomiast ocena art. 115 § 19 *in fine* k.k., w którym przyjęto, że o.p.f.p. jest „także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową". Ten element definicji o.p.f.p. nie spełnia wymagań Konwencji OECD 1997, Konwencji ONZ 2003 oraz Konwencji RE 1999 i Protokołu RE 2003, gdyż nie obejmuje funkcjonariuszy czy szerzej o.p.f.p. w innych państwach. Poza jego zakresem regulacyjnym pozostają także o.p.f.p. w publicznych organizacjach międzynarodowych, do których Rzeczpospolita Polska nie przystąpiła.

4. Pewną osobliwością, z jaką mamy do czynienia w polskim prawie karnym, jest utrzymywanie efektu podwójnej implementacji traktatowych treści normatywnych, nakazujących kryminalizację zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym. Ten stan rzeczy nie ma merytorycznego uzasadnienia i budzi wątpliwości. Spośród dwóch niekomplementarnych rozwiązań funkcjonujących *de lega lata,* tj. przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. – z jednej strony oraz definicji art. 115 § 19 k.k. *in fine* – z drugiej strony, należy utrzymać tylko jedno.

5. W obecnym stanie prawnym rozwiązanie oparte na przepisach art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. lepiej implementuje treść międzynarodowych zobowiązań Polski.

W wypadku, gdyby ustawodawca zdecydował się jednak oprzeć kryminalizację zachowań polegających na sprzedajności i przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych poprzez odpowiednie rozszerzenie zakresu znamienia o.p.f.p., dzisiejsze brzmienie definicji normatywnej z art. 15 § 19 k.k. powinno ulec zmianie, np. poprzez odniesienie jej *in fine* do kategorii o.p.f.p. w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych.

6. Niezależnie od tego, które z wymienionych rozwiązań zostanie uchylone, przepisy utrzymane w mocy będą wymagały jeszcze kolejnej interwencji ustawodawcy, który w sposób niebudzący wątpliwości powinien wskazać, jakie kryteria pełnienia funkcji publicznej (krajowe czy państwa obcego) należy stosować przy identyfikacji osoby jako zagranicznej o.p.f.p. lub o.p.f.p. w organizacji międzynarodowej przy pociąganiu do odpowiedzialności przed sądami polskimi za przestępstwa sprzedajności lub przekupstwa z udziałem elementu międzynarodowego.

7. W warstwie empirycznej badania, pomimo założenia długiego okresu doboru próby (od 4.02.2001 r. do 31.12.2014 r.), analiza spraw karnych o przestępstwa sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. nie powiodła się na zadawalającym poziomie statystycznym, z uwagi na brak odpowiedniej puli liczbowej relewantnych postępowań karnych. Po wymianie korespondencji z prezesami sadów okręgowych w całym kraju udało się zidentyfikować i sprowadzić akta postępowań dotyczących jedynie 6 prawomocnie osądzonych czynów z art. 229 § 5 k.k. (przekupstwo). Nie zidentyfikowano natomiast żadnego przypadku osądzenia sprzedajności o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej.

8. Z badania aktowego wynika, że klauzule asymilacyjne z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. mają aktualnie charakter niszowy, co znajduje zresztą swoje odzwierciedlenie w oficjalnych statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości.

9. Jeśli wyjątkowo dochodziło już do zastosowania art. 229 § 5 k.k., to wobec milczenia ustawodawcy co do tego, którym źródłem normatywnym (krajowym czy zewnętrznym) powinny posłużyć się polskie sądy i prokuratury przy ustaleniu kryterium pozwalającego zaliczyć daną osobę do grona pełniących funkcję publiczną w obcym państwie lub organizacji międzynarodowej, sądy i prokuratury przechodziły nad tą kwestią do porządku dziennego. W żadnym z analizowanych postępowań organ prowadzący nie pochylił się nad pytaniem o źródło normatywne przesądzające kryterium pełnienia funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, kryterium niezbędne przecież dla przypisania przekupującemu odpowiedzialności z art. 229 § 5 k.k., zaś sprawcy sprzedajności z art. 228 § 6 k.k. Kwestia, czy w tej sytuacji kierować się rozumieniem pojęcia pełnienia funkcji publicznej z art. 115 § 19 k.k., które dotyczy krajowych (polskich) o.p.f.p., czy też może wykorzystać tu ustawodawstwo zewnętrzne – macierzyste względem osoby, będącej przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa, w ogóle nie była podejmowana.

Słowa kluczowe: prawo karne; międzynarodowe prawo antykorupcyjne; korupcja; łapownictwo bierne; łapownictwo czynne; osoba pełniąca funkcję publiczną w państwie obcym; osoba pełniąca funkcję publiczną w organizacji międzynarodowej

Summary

Paweł Bachmat – ***Holding a public office in a foreign state or international organization as a criterion of liability for offences of venality and bribery (Art. 228(6) and Art. 229(5) of the Penal Code)***

The scope of penalization, in the Polish Penal Code, of the offences of venality and bribery with the participation of public office holders basically corresponds, after the entry into force of Art. 228(6) and Art. 229(5) PC, to the standards set by instruments of international and EU law that bind the Republic of Poland. In terms of defining the criteria of the prohibited behaviour, in some areas it even goes beyond the implementation duty. Also the system of penalties for perpetrators of those offences adopted in the Polish Penal Code is in principle consistent with the international standard. The only thing that arouses objections is the optional character of forfeiture adjudicated pursuant to Art. 44(2) and Art. 44(4) PC – in the latter case in the part concerning forfeiture of the equivalent of the objects obtained directly through the offence.

Yet there should be a different assessment of Art. 115(19) in fine PC, which provides that public office holders include 'also other persons whose powers and duties in the field of public activity are defined or recognized by an international agreement binding the Republic of Poland'. This element of the public office holder definition does not meet the requirements of OECD Convention of 1997, UN Convention of 2003, Council of Europe Convention of 1999 and CoE Protocol of 2003, because it does not include officials or, more broadly, public office holders in other states. Its regulatory scope also excludes public office holders in public international organization of which Poland is not a member.

It is a certain peculiarity in the Polish criminal law that it maintains the effect of double implementation of treaty normative content which orders criminalizing corruptive behaviours involving an international element. This state of affairs has no substantive justification and arouses doubts. Among two non-complementary solutions that exist de lega lata, i.e. provisions of Art. 228(6) and Art. 229(5) PC on the one hand and the definition in Art. 115(19) PC in fine on the other hand, de lege ferenda the first of them should be left as the one that better implements the substance of Poland's international obligations. Moreover the legislator should indicate in an unequivocal manner what criteria of holding public offices (domestic or of a foreign state) should be applied when identifying a person as a foreign public office holder or a public office holder in an international organization to hold such persons liable before Polish courts for offences of venality and bribery with an international element.

Keywords: criminal law; international anti-corruption law; corruption; passive bribery; active bribery; public office holder in a foreign state; public office holder in an international organization

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Beata Czarnecka-Dzialuk, Katarzyna Drapała*

Kontrowersje wokół reagowania na przejawy demoralizacji nieletnich. Opinie praktyków

WSTĘP

Zjawisko nieakceptowanych społecznie zachowań młodzieży oraz reakcja, z jaką w praktyce spotykają się młodzi ludzie w ich konsekwencji, od dawna jest przedmiotem uwagi naukowców i praktyków[1]. Również wyniki przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w 2014 r. badania akt spraw sądowych nieletnich w związku z demoralizacją[2] zwróciły uwagę na problematyczne kwestie, w szczególności to, czy zawsze oraz na podstawie jakich przepisów należy reagować na przejawy demoralizacji nieletnich, zwłaszcza gdy stwierdza się nieprawidłowości w funkcjonowaniu rodziny. Przepisy dotyczące tej problematyki znajdują się w regulacjach odnoszących się do wielu różnych instytucji – szkół, organów samorządowych, organizacji społecznych, wreszcie policji i sądu. Niektóre kompetencje są zastrzeżone dla pewnych organów, inne mogą dotyczyć jednocześnie wielu, nieraz się nakładają. Warto więc poznać opinie praktyków, podejmujących działania wobec nieakceptowanych zachowań dzieci i młodzieży, na temat obowiązujących przepisów i podejmowanych oddziaływań, ich słuszności i zgodności z podstawowymi zasadami postępowania w sprawach nieletnich.

1. Uregulowania dotyczące reakcji podejmowanych przez różne instytucje w przypadku nieakceptowanych zachowań nieletnich

Zapobieganie, przeciwdziałanie, zwalczanie demoralizacji to zadania ujęte w przepisach dotyczących wielu różnych instytucji – szkół, organów samorządowych, organizacji społecznych, wreszcie policji i sądu. Na wszystkich (wyżej wymienionych,

* Dr Beata Czarnecka-Dzialuk jest adiunktem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, Sekcja Kryminologii i Metodologii Badań oraz w Zakładzie Kryminologii INP PAN; mgr Katarzyna Drapała jest pracownikiem naukowym w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, Sekcja Kryminologii i Metodologii Badań.

1 Zob. na przykład: H. Kołakowska-Przełomiec, *Przestępczość i nieprzystosowanie społeczne nieletnich w genezie przestępczości dorosłych*, Ossolineum 1977; Z. Ostrihanska, *Problem nieprzystosowania społecznego u młodzieży*, Warszawa 1978, s. 23; K. Pospiszyl, E. Żabczyńska, *Psychologia dziecka niedostosowanego społecznie*, Warszawa 1981, s. 84; A. Siemaszko, *Zachowania dewiacyjne* młodzieży, Warszawa 1987; L. Pytka, *Pedagogika resocjalizacyjna. Wybrane zagadnienia teoretyczne, diagnostyczne i metodyczne*. Warszawa 2001.

2 B. Czarnecka-Dzialuk, K. Drapała, *Przejawy demoralizacji jako podstawa działań podejmowanych wobec nieletnich przez sądy rodzinne*, „Prawo w Działaniu" 2015/22, s. 238–284.

a w zasadzie na każdym obywatelu i na całym społeczeństwie[3]) ciąży obowiązek podejmowania stosownych działań. Wynika to, przede wszystkim, z ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich z 26.10.1982 r. Nakłada ona na każdego, kto stwierdzi istnienie okoliczności świadczących o demoralizacji nieletniego, obowiązek społeczny odpowiedniego przeciwdziałania, a przede wszystkim zawiadomienia o tym rodziców lub opiekuna nieletniego, szkoły, sądu rodzinnego, policji lub innego właściwego organu (art. 4 u.p.n.). Warto zwrócić uwagę, że zawiadomienie sądu rodzinnego jest tylko jedną z możliwych reakcji – wcale nie najważniejszą, skoro ustawa wymienia ją dopiero na czwartym miejscu. Trzeba też podkreślić, że obowiązek prawny powiadamiania sądu rodzinnego lub policji dotyczy tylko popełnienia czynów karalnych ściganych z urzędu (a więc nie wszystkich czynów o znamionach przestępstw i wykroczeń – w § 3 art. 4 u.p.n. jest mowa o obowiązku prawnym instytucji państwowych i organizacji społecznych, które w związku ze swoją działalnością dowiedziały się o popełnieniu takiego rodzaju czynu; dotyczy to czynów osób w wieku od 13. do ukończenia 17. roku życia).

Niektóre kompetencje są zastrzeżone dla pewnych instytucji lub organów, inne mogą dotyczyć jednocześnie wielu, nieraz się nakładają. Dla uzyskania pełniejszego obrazu sytuacji warto przytoczyć najważniejsze uregulowania odnoszące się do problematyki reagowania na zachowania nieletnich, mogące świadczyć o ich demoralizacji.

Poza regulacjami ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, badanej problematyki dotyczą, w szczególności, przepisy zarządzenia nr 1619 Komendanta Głównego Policji z 3.11.2010 r. w sprawie metod i form wykonywania zadań przez policjantów w zakresie przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz działań podejmowanych na rzecz małoletnich[4]. Obejmują one, przede wszystkim, zadania w zakresie ujawniania i zatrzymywania nieletnich sprawców czynów karalnych oraz interweniowania w przypadkach zagrożenia lub wystąpienia przejawów świadczących o demoralizacji nieletnich przez policjantów pełniących służbę. Zgodnie z § 5 pkt 1, policjant, który wykonując czynności służbowe uzyskał informację o okolicznościach świadczących o demoralizacji nieletniego lub popełnieniu przez niego czynu karalnego, ma obowiązek udokumentowania tej informacji w formie notatki urzędowej lub meldunku informacyjnego. W myśl § 5 pkt 3, zebrane w trybie art. 32e § 1 i 2 u.p.n. materiały w sprawie nieletniego przekazuje się niezwłocznie właściwemu sądowi rodzinnemu, powiadamiając o tym ujawnionych pokrzywdzonych, osobę zawiadamiającą o popełnieniu przestępstwa lub wykroczenia oraz komórkę do spraw nieletnich i patologii jednostki organizacyjnej Policji, właściwą ze względu na miejsce popełnienia czynu karalnego lub ujawnienia przejawów demoralizacji. Przepisu tego nie stosuje się jednak, gdy w sprawie wszczęto postępowanie przygotowawcze – wówczas wspomniane materiały przekazuje się prokuratorowi. Komórka do spraw nieletnich i patologii, właściwa ze względu na miejsce popełnienia czynu karalnego lub ujawnienia

[3] Więcej o chęci zaangażowania przez ustawodawcę całego społeczeństwa w proces wychowania młodego pokolenia – V. Konarska-Wrzosek, w: P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 56–58.

[4] Dz. Urz. KGP Nr 11, poz. 64; wprowadzono w nim zmiany Zarządzeniem Komendanta Głównego Policji z 23.05.2014 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie metod i form wykonywania zadań przez policjantów w zakresie przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz działań podejmowanych na rzecz małoletnich (Dz. Urz. KGP poz. 41).

przejawów demoralizacji, informuje o zaistniałych faktach komórkę do spraw nieletnich i patologii właściwą dla miejsca zamieszkania nieletniego (§ 5 pkt 4). Zarządzenie reguluje też, w § 6, działania (oraz sposób ich dokumentowania) wobec nieletnich samowolnie przebywających poza schroniskiem dla nieletnich albo poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym lub zakładem poprawczym. Umieszcza się ich w schronisku, ośrodku lub zakładzie, z którego się oddalili, a dopiero jeśli jest to niemożliwe – w policyjnej izbie dziecka (§ 6 pkt 1).

Do zadań Policji w zakresie przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich należy, poza wykrywaniem czynów karalnych, zbieraniem i utrwalaniem dowodów przejawów demoralizacji oraz czynów karalnych[5] i ujawnianiem ich sprawców, w szczególności także: ujawnianie źródeł demoralizacji i przestępczości nieletnich; podejmowanie działań prewencyjnych ukierunkowanych na zapobieganie demoralizacji i przestępczości nieletnich; inicjowanie i prowadzenie wspólnie z organami państwowymi, samorządowymi i organizacjami społecznymi działań profilaktycznych zmierzających do zapobiegania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz innym negatywnym zjawiskom społecznym. Policjanci są również zobowiązani do współdziałania z instytucjami i organizacjami zajmującymi się problematyką małoletnich i nieletnich (§ 7).

Zgodnie z § 8 wykrywanie popełnionych przez nieletnich czynów karalnych i ujawnianie ich sprawców oraz wskazanie nieletnich zagrożonych demoralizacją realizowane jest przez prowadzenie rozpoznania środowisk nieletnich i rodzin dysfunkcyjnych, co do których istnieje podejrzenie występowania zjawisk takich jak: przestępczość, narkomania, alkoholizm, prostytucja, przemoc w rodzinie, żebractwo, przynależność do subkultur lub grup psychomanipulacyjnych.

Realizowanie przez policję zadań prewencyjnych w omawianym obszarze ma, w myśl § 9, następować m.in. przez:

1) informowanie władz samorządowych i społeczności lokalnych o występujących na danym terenie zagrożeniach;
2) inspirowanie lokalnych społeczności do działań o charakterze prewencyjnym oraz udział przedstawicieli komórek do spraw nieletnich i patologii w tworzeniu lokalnych systemów bezpieczeństwa i programów profilaktycznych;
3) udział w spotkaniach z małoletnimi, rodzicami, pedagogami oraz przedstawicielami innych podmiotów zajmujących się problematyką zapobiegania patologii społecznej, w tym przeciwdziałania demoralizacji, przestępczości nieletnich oraz negatywnym zjawiskom występującym wśród małoletnich;
4) uczestnictwo w przedsięwzięciach na rzecz poprawy bezpieczeństwa środowisk lokalnych, ze szczególnym uwzględnieniem małoletnich i nieletnich;
5) promowanie wśród małoletnich i nieletnich bezpiecznych oraz społecznie pożądanych zachowań.

Według § 10 działania prewencyjne wobec nieletnich oraz osób wpływających na nich demoralizująco wykonywane są w szczególności przez: patrolowanie oraz

[5] I wykonywania w tym zakresie czynności wynikających z art. 32e u.p.n. oraz art. 308 k.p.k.

obchód rejonów szkół i placówek opiekuńczo-wychowawczych, miejsc grupowania się małoletnich, miejsc, w których odbywają się imprezy o charakterze rekreacyjnym lub rozrywkowym z udziałem małoletnich; legitymowanie małoletnich pozostających w porze nocnej bez opieki w miejscach i okolicznościach, w których mogą stać się ofiarami bądź sprawcami przestępstwa lub wykroczenia; w uzasadnionych przypadkach przekazywanie ich rodzicom lub opiekunom. Wśród działań prewencyjnych wymienia się także: ujawnianie wśród nieletnich przypadków uprawiania prostytucji, sprzedaży i udostępniania alkoholu, wyrobów tytoniowych, środków odurzających, substancji psychotropowych lub prekursorów.

Zgodnie z § 12 policjanci w trakcie wykonywania czynności służbowych ujawniają nieletnich sprawców czynów karalnych oraz wykazujących przejawy demoralizacji, a także małoletnich, których dobro jest zagrożone. Chodzi o czynności dotyczące:

1) popełnionego czynu karalnego;
2) popełnionego czynu zabronionego wyczerpującego znamiona wykroczenia innego niż wymienione w art. 1 § 2 pkt 2 lit. b u.p.n.;
3) używania alkoholu lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia;
4) uprawiania prostytucji;
5) żebrania;
6) uchylania się od obowiązku szkolnego lub kształcenia zawodowego;
7) palenia wyrobów tytoniowych;
8) używania słów nieprzyzwoitych;
9) przemocy w rodzinie;
10) innych zachowań naruszających zasady współżycia społecznego.

Omawiane zarządzenie obejmuje również zadania dzielnicowych, policjantów pełniących służbę patrolową oraz jednostek organizacyjnych Policji różnych szczebli.

Regulacje dotyczące konkretnych działań odnoszących się do omawianej problematyki znajdują się także w Zarządzeniu nr 323 Komendanta Głównego Policji z 29.03.2008 r. w sprawie metodyki wykonywania przez Policję czynności administracyjno-porządkowych w zakresie wykrywania wykroczeń oraz ścigania ich sprawców (Dz. Urz. KGP Nr 9, poz. 48)[6].

W § 10a pkt 2[7] wskazano, że odpowiedzialność przed sądem w związku z przejawami demoralizacji mogą ponieść nieletni, którzy nie ukończyli 13 lat, i popełnili czyn wyczerpujący znamiona wykroczenia, bądź w wieku 13–17 lat i popełnili czyn wyczerpujący znamiona wykroczenia nie będącego czynem karalnym. W tym przypadku, zgodnie z § 10a pkt 4, policjant ujawniający wykroczenie sporządza wniosek o odstąpienie od skierowania wniosku o ukaranie, wskazując przyczynę odstąpienia i przekazuje zebrane materiału do komórki do spraw nieletnich i patologii w celu podjęcia decyzji o ich **ewentualnym** dostarczeniu do właściwego sądu oraz powiadomienia ujawnionych pokrzywdzonych i osoby zawiadamiającej o popełnieniu

[6] W brzmieniu nadanym Zarządzeniem nr 131 Komendanta Głównego Policji z 4.09.2012 r. zmieniającym zarządzenie w sprawie metodyki wykonywania przez Policję czynności administracyjno-porządkowych w zakresie wykrywania wykroczeń oraz ścigania ich sprawców (Dz. Urz. KGP poz. 46).

[7] Dodanym Zarządzeniem nr 131.

wykroczenia, a także o odstąpieniu od skierowania wniosku o ukaranie do sądu. Trzeba zwrócić uwagę, że powyższe przepisy wskazują na to, że odpowiedzialność za wykroczenia nieletni mogą ponieść w związku z demoralizacją – a więc nie tylko dlatego, że jakiś czyn o znamionach wykroczenia został popełniony, a poza tym, należy podkreślić, że policja podejmuje decyzję o ewentualnym przekazaniu materiałów do sądu, a nie bezrefleksyjnie przekazuje każdą informację do sądu.

Należy też wspomnieć o przepisach rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z 31.01.2003 r. w sprawie szczegółowych form działalności wychowawczej i zapobiegawczej wśród dzieci i młodzieży zagrożonych uzależnieniem[8], w myśl którego szkoły i placówki podejmują działania interwencyjne polegające na powiadomieniu rodziców i policji w sytuacjach kryzysowych, Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy dzieci i młodzież używają, posiadają lub rozprowadzają środki odurzające. Przepis § 10 rozporządzenia zobowiązuje szkoły i placówki do opracowania strategii działań wychowawczych i zapobiegawczych oraz interwencyjnych wobec dzieci i młodzieży zagrożonych uzależnieniem.

Interesujące rozwiązania zawierał Krajowy Program Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży koordynowany przez MSWiA[9]. Przewidywał on w szczególności procedury postępowania nauczycieli w sytuacjach zagrożenia dzieci i młodzieży demoralizacją:

- nauczyciel przekazuje uzyskaną informację wychowawcy klasy;
- wychowawca informuje o fakcie pedagoga lub psychologa szkolnego i dyrektora szkoły;
- wychowawca wzywa do szkoły rodziców (prawnych opiekunów) ucznia i przekazuje im uzyskaną informację;
- przeprowadza rozmowę z rodzicami oraz z uczniem, w ich obecności;
- w przypadku potwierdzenia informacji, zobowiązuje ucznia do zaniechania negatywnego postępowania, rodziców zaś bezwzględnie do szczególnego nadzoru nad dzieckiem;
- może zaproponować rodzicom skierowanie dziecka do specjalistycznej placówki i udział dziecka w programie terapeutycznym.

Jeżeli rodzice odmawiają współpracy lub nie kontaktują się ze szkołą, a nadal z wiarygodnych źródeł napływają informacje o przejawach demoralizacji ich dziecka, szkoła pisemnie powiadamia o zaistniałej sytuacji sąd rodzinny lub policję

[8] Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej i Sportu z 31.01.2003 r. w sprawie szczegółowych form działalności wychowawczej i zapobiegawczej wśród dzieci i młodzieży zagrożonych uzależnieniem (Dz. U. Nr 26, poz. 226).

[9] Krajowy Program Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży, MSWiA 2003, dostępny na stronie http://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbip.msw.gov.pl%2Fftp%2FSTRONABIP%2Fprogramznsipwdim_wersja_oryginalna.doc&ei=Bv1BVaONF8rpaM-7gIAO&usg=AFQjCNGx8THbRO9KIIg7qifHPideZz_Eog&sig2=k5d643MBkuvfMwnl3AC3mQ&bvm=bv.92189499,d.d2s; Program ten został przyjęty przez Radę Ministrów 13.01.2004 r., a opracowany przez Zespół międzyresortowy, w skład którego wchodzili przedstawiciele: Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Komendanta Głównego Policji, Ministra Sprawiedliwości, Ministra Zdrowia, Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej, Ministra Edukacji Narodowej i Sportu. Kierując się rangą i zasięgiem podjętej w Programie problematyki, do udziału w pracach Zespołu zostali zaproszeni również przedstawiciele Rzecznika Praw Dziecka, samorządu terytorialnego i organizacji pozarządowych; program realizowano w dziesięcioleciu 2004–2014. Przewidywał on działania interwencyjne, m.in. resocjalizacyjne, kierowane do środowisk zagrożonych patologią społeczną i dzieci niedostosowanych społecznie, a w szczególności tworzenie placówek probacyjnych.

(specjalistę ds. nieletnich). Szkoła powiadamia sąd lub policję również wtedy, jeżeli wykorzysta wszystkie dostępne jej środki oddziaływań wychowawczych (rozmowa z rodzicami, ostrzeżenie ucznia, spotkania z pedagogiem, psychologiem itp.), a ich zastosowanie nie przynosi oczekiwanych rezultatów. Jeżeli zachowania świadczące o demoralizacji przejawia uczeń, który ukończył 18 lat, a nie jest to udział w działalności grup przestępczych czy popełnienie przestępstwa, to postępowanie nauczyciela powinno być określone przez wewnętrzny regulamin szkoły.

W przypadku uzyskania informacji o popełnieniu przez ucznia, który ukończył 17 lat, przestępstwa ściganego z urzędu lub o jego udziale w działalności grup przestępczych, zgodnie z treścią art. 304 § 2 k.p.k., szkoła jako instytucja jest obowiązana niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub policję[10]. W programie wskazano, że czyny nieletnich będące wykroczeniami nieobjętymi katalogiem wymienionym w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich mogą być traktowane jedynie jako przejaw demoralizacji (art. 1 § 1 pkt 1), ale stwierdzono, że należy rozważyć rozszerzenie tego katalogu o pozostałe wykroczenia lub rezygnację z niego i objęcie zakresem odpowiedzialności nieletnich całego kodeksu wykroczeń[11]. Trzeba zauważyć, że byłoby to znaczne zaostrzenie zasad odpowiedzialności nieletnich.

W Krajowym Programie Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży wskazano, że w ramach długofalowej pracy profilaktyczno-wychowawczej szkoła i policja utrzymują stałą, bieżącą współpracę w zakresie profilaktyki zagrożeń. Koordynatorami współpracy powinni być: pedagog lub psycholog szkolny oraz specjalista ds. nieletnich i patologii właściwej jednostki policji, a także dzielnicowy, w rejonie którego znajduje się szkoła lub inna placówka.

Pracownicy szkoły wyznaczeni do współpracy z policją, specjaliści ds. nieletnich i patologii oraz dzielnicowi powinni wspólnie ustalić zasady kontaktu, by móc na bieżąco wymieniać informacje i rozwiązywać problemy związane z bezpieczeństwem i dobrem uczniów. W ramach współpracy policji ze szkołą organizuje się spotkania pedagogów szkolnych, nauczycieli, dyrektorów szkół z zaproszonymi specjalistami ds. nieletnich i patologii, podejmujące tematykę zagrożeń przestępczością oraz demoralizacją dzieci i młodzieży w środowisku lokalnym; spotkania tematyczne młodzieży szkolnej z udziałem policjantów m.in. na temat odpowiedzialności nieletnich za popełniane czyny karalne, prawnych aspektów narkomanii, wychowania w trzeźwości itp. oraz z młodszymi uczniami – na temat zasad bezpieczeństwa, zachowań ryzykownych oraz sposobów unikania zagrożeń. Policję informuje się o zdarzeniach, do których doszło na terenie szkoły, wypełniających znamiona przestępstwa, stanowiących zagrożenie dla życia i zdrowia uczniów oraz o przejawach demoralizacji dzieci i młodzieży. Policja ma udzielać szkole pomocy w rozwiązywaniu trudnych, mogących mieć podłoże przestępcze problemów, które zaistniały na jej terenie. Współpraca obejmuje też wspólny – szkoły i policji – udział w lokalnych programach profilaktycznych związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa uczniom oraz zapobieganiem demoralizacji i przestępczości nieletnich.

[10] Krajowy Program Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży, s. 65 i n.

[11] Krajowy Program Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży, s. 67.

W myśl programu policja powinna być wzywana do szkoły w sytuacjach, o których mowa w opisanych wyżej procedurach, albo gdy wyczerpane zostaną środki możliwe do zastosowania przez szkołę w określonych sytuacjach, w których obecność policji jest konieczna. Każda dotycząca uczniów wizyta policjanta w szkole powinna być wcześniej zasygnalizowana dyrektorowi lub uzgodniona z innym pracownikiem szkoły[12].

Od wielu lat realizowany jest rządowy projekt „Bezpieczna i przyjazna szkoła"[13], a także działania podjęte w 2013 r. w ramach kierunku polityki oświatowej państwa pod nazwą „Wzmacnianie bezpieczeństwa w szkołach i placówkach oświatowych" oraz priorytet Ministra Edukacji Narodowej pod nazwą „Rok bezpiecznej szkoły". Dbałość o bezpieczeństwo istotnie powinna być priorytetem, aby zapobiegać różnego rodzaju tragicznym sytuacjom, do jakich niekiedy dochodzi[14].

Konsekwencje, z jakimi w praktyce spotykają się młodzi ludzie w wyniku nieakceptowanych zachowań, budzą w ostatnich czasach wiele kontrowersji w różnych środowiskach. O nadmiernych reakcjach wspomniano w dyskusji na Zjeździe Katedr Prawa Karnego w Warszawie we wrześniu 2014 r. Wskazywano, że za zachowania, które kilkanaście lat temu prawdopodobnie doprowadziłyby do wezwania przez dyrektora szkoły, teraz często trafia się przed oblicze sędziego. Podawano przykłady spraw, które szkoła lub policja kierowała do sądu, choć wystarczyłaby rozmowa na ich temat, albo zdarzeń, które były wynikiem nieszczęśliwego wypadku[15]. Również w środkach masowego przekazu informowano o sprawach, w których zachowanie – choć nieakceptowane – nie powinno jednak mieć finału w sądzie rodzinnym, z uwagi na brak demoralizacji lub celowości stosowania sądowych środków oddziaływania[16].

Wobec tego zasadnym było podjęcie badań, aby skonfrontować poglądy osób z różnych instytucji w kompetencji których leży reagowanie na zachowania nieletnich, które mogą być kwalifikowane jako przejawy demoralizacji.

2. Wyniki badania opinii pedagogów, pracownika ochrony, policjantów, sędziów i kuratorów rodzinnych

2.1. Cel i metoda badań

Głównym celem badań było poznanie opinii praktyków podejmujących działania wobec nieakceptowanych zachowań dzieci i młodzieży na temat obowiązujących przepisów i metod oddziaływania, ich słuszności i zgodności z podstawowymi

[12] Krajowy Program Zapobiegania Niedostosowaniu Społecznemu i Przestępczości wśród Dzieci i Młodzieży.

[13] Ostatnia edycja na lata 2014–2016 jest kontynuacją programu na lata 2008–2013 przyjętego uchwałą nr 172/2008 Rady Ministrów z 19.08.2008 r.

[14] Por. A. Wittenberg, *W szkołach ginie więcej dzieci niż górników w kopalniach. Dyrektorzy zrzucają winę na uczniów*, „Dziennik Gazeta Prawna" z 26.03.2015 r., http://serwisy.gazetaprawna.pl/edukacja/artykuly/861-747,w-szkolach-ginie-wiecej-dzieci-niz-gornikow-w-kopalniach-dyrektorzy-zrzucaja-wine-na-uczniow.html.

[15] Wypowiedzi m.in. M. Płatek i B. Czarneckiej-Dzialuk.

[16] Por. artykuł W. Tatara/nowiny24.pl, *Trafiła do sądu za przejście na czerwonym świetle,* http://www.fronda.pl/forum/w-polsce-tuska-nieletnie-osoby-przechodzace-przez-ulice-trafia-do-sadu,39068.html; przedstawiciel policji utrzymywał, że jest ona obowiązana kierować każde takie zajście do sądu; prof. Cz. Kłak z WSPiA wykazywał, że to absurd, bo podstawą skierowania do sądu może być podejrzenie demoralizacji. Jednorazowe zachowanie nastolatki w żadnej mierze nie pozwala wnioskować o jakiejkolwiek demoralizacji, było raczej związane z sytuacją (dziewczyna przebiegła przez ulicę, chcąc zdążyć na autobus) i incydentalnym charakterem zachowania. Sąd rodzinny w Rzeszowie wszczął postępowanie wyjaśniające, na co złożył zażalenie ojciec nieletniej; został przeprowadzony wywiad kuratora… Więcej przykładów cytują B. Czarnecka-Dzialuk, K. Drapała, *Przejawy demoralizacji jako podstawa...*, s. 275–276.

zasadami postępowania w sprawach nieletnich. Zainicjowana została dyskusja na temat reakcji na nieakceptowane społecznie zachowania nieletnich – określenia jej zakresu, podstaw oraz zasad prowadzenia postępowania.

W ramach badania jakościowego zostały zrealizowane trzy wywiady grupowe oraz siedem indywidualnych wywiadów pogłębionych[17]. Badanie przeprowadzono w trzech miastach: w Lublinie, Poznaniu oraz Warszawie. W wywiadach grupowych i indywidualnych brali udział sędziowie sądów rodzinnych, policjanci, pedagodzy szkolni oraz kuratorzy (w dyskusjach fokusowych 24 osoby – w każdym mieście po 2 osoby z każdej grupy zawodowej; wywiady indywidualne przeprowadzono z 7 osobami, z wyżej wymienionych zawodów), a ponadto przeprowadzono wywiad indywidualny z przedstawicielem ochrony dużego sklepu.

Podczas dyskusji oraz w indywidualnych rozmowach poruszano wiele zagadnień. Pytano o to, jakie zachowania nieakceptowane społecznie mogą być przejawem demoralizacji, aby uzyskać katalog najczęściej występujących tego typu zachowań. Rozważano, czy wszystkie niewłaściwe zachowania dzieci i młodzieży można uznać za przejaw demoralizacji i czy w ostatnim okresie zaobserwowano w tym zakresie nowe zjawiska. Zastanawiano się, jakie czynniki mają wpływ na pojawienie się u nieletniego zachowań społecznie nieakceptowanych. Dyskutowano, w jaki sposób należy reagować na niewłaściwe postępowanie młodych ludzi i czy zawsze konieczna jest interwencja instytucji a także o tym, czy obowiązujące przepisy ułatwiają współpracę między instytucjami, które zajmują się nieletnimi. Analizowano, czy pojęcie demoralizacji jest właściwe oraz czy stosowny przepis jest wystarczający i czy należałoby poczynić jakieś zmiany w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich.

W trakcie rozmowy badanym zostały również przedstawione trzy różne przykłady zachowań dzieci, które można uznać za nieakceptowane społecznie. Rozbudowano je podczas dyskusji o warunki, które mogły wpływać na ocenę tych przypadków. Dotyczyły one bójki uczniów na terenie szkoły, trzymiesięcznej absencji bez usprawiedliwienia w szkole oraz przyniesienia do szkoły myszki i trzymania jej przez kilka godzin w kieszeni[18]. Cytując wypowiedzi uczestników dyskusji fokusowych nie zawsze podaje się szczegółowe informacje na ich temat – gdy ich poglądy nie łączą się z postawą reprezentowaną przez określoną grupę zawodową, gdy podobne wypowiedzi pochodziły od osób wykonujących różne zawody, a również chodziło o zachowanie anonimowości uczestników.

2.2. Praktycy o występujących przejawach demoralizacji

Omawiając katalog zachowań, które można uznać za przejawy demoralizacji, rozmówcy najczęściej wymieniali: spożywanie przez dzieci i młodzież substancji psychoaktywnych, takich jak: alkohol, narkotyki, dopalacze, palenie tytoniu, nieuczęszczanie do szkoły, bójki, kradzieże, pobicia, niszczenie mienia, nieposłuszeństwo wobec rodziców, agresja psychiczna i fizyczna, cyberprzemoc, używanie wulgarnych słów,

[17] Wywiady prowadziły Jowita Radzińska i Małgorzata Radziszewska z firmy Probe Poland, a członkowie zespołu badawczego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości obserwowali to przez lustro fenickie.

[18] Dokładny scenariusz przebiegu fokusów w załączniku 1 raportu nr 295 *Reakcja instytucjonalna wobec zachowań kwalifikowanych jako przejawy demoralizacji nieletnich w opinii praktyków* – dr Beata Czarnecka-Dzialuk, Katarzyna Drapała, opublikowanego na stronie http://www.iws.org.pl/pliki/files/IWS_Czarnecka-Dzialuk%20B.%2C%20Drapa%C5%82a%20K._Reakcja%20instytucjonalna%20na%20zach.%20niel.pdf

ucieczki z placówek lub z domu, zakłócanie toku lekcji. Wymieniane zachowania pokrywają się z tymi, jakie spotykano w aktach spraw o demoralizację badanych w IWS w 2014 r.[19] Najczęściej dotyczyły one nierealizowania obowiązku szkolnego, spożywania alkoholu, palenia papierosów oraz udziału w bójkach i pobiciach. W zebranym materiale empirycznym nie napotkano jedynie przypadków cyberprzemocy[20].

Większość rozmówców uważała, że zachowania wymienione w ustawie pokrywają się z tymi, które najczęściej spotyka się w praktyce. Jednocześnie doceniono fakt, iż nie jest to lista zamknięta, ponieważ nowe czasy generują nowe zachowania nieakceptowane społecznie. Przykładem może być tutaj wspominana już cyberprzemoc, która pojawiła się wraz z powszechnym dostępem do Internetu oraz powstaniem portali społecznościowych, takich jak „Facebook", „Nasza klasa" itp.

„Jest coraz częściej przyzwolenie społeczne na szereg zjawisk, które są według prawa demoralizacją. Tak jest z narkotykami, jeśli jest to incydentalne" (FGI, Poznań).

„Umieszczanie treści w internecie – obraźliwe, zdjęcia o charakterze pornograficznym. Wyłudzenia, oszustwa na Allegro" (sędzia).

Niektóre zachowania i postawy młodzieży są analogiczne do tych, które miały miejsce w przeszłości. Młodzi ludzie wchodzą w rówieśnicze konflikty, próbują nowości i pociąga ich tzw. zakazany owoc, zazdroszczą sobie nawzajem, chcą zaimponować, sprawdzić się w grupie. Jednocześnie obserwuje się zmianę w stosunku do szkoły i innych publicznych instytucji – mniej szanuje się nauczycieli, mniej obawia się wewnątrzszkolnych konsekwencji, a rodzice w konfliktowych sytuacjach często stają po stronie swoich dzieci, przeciwko instytucjom. Te ostatnie zaś cieszą się mniejszym zaufaniem i poważaniem, nie są traktowane jako partnerzy w wychowaniu i trosce o dzieci.

„Na pewno więcej się o tym wszystkim mówi, są nowe zagrożenia, których nie było – cyberprzemoc. Zmieniło się społeczeństwo – uświadamiamy ludzi o ich prawach natomiast nie o obowiązkach. (…) Oni nie wiedzą jakie mają obowiązki, ale wiedzą jakie mają prawa. Zachowania, z którymi się spotykamy wśród młodzieży, są przekładaniem tego, co obserwują w świecie dorosłych. Zachowania się nie zmieniają, bo i 50 lat temu dzieci się biły i rzucały w siebie nożyczkami, nie chodziły do szkoły, ale inaczej my teraz te problemy rozwiązujemy" (sędzia, FGI).

„Jest taki trend, rodzice nie mają czasu dla dzieci i dzieci są wychowywane przez starszych kolegów, ulica ich wychowuje" (policjant, FGI).

Zmiany, które nastąpiły w zachowaniach w społeczeństwie, muszą znaleźć odbicie w zachowaniu dzieci. Młodzież powiela bowiem zachowania dorosłych, których obserwuje. Potępia się np. młodych ludzi za używanie słów wulgarnych, a prawie we wszystkich filmach występują takie słowa.

2.3. Diagnozowanie sytuacji

Rozmówcy spontanicznie i konsekwentnie deklarowali, że w praktyce najważniejsza jest trafna diagnoza sytuacji. Ta z kolei wymaga dobrej oceny zachowania i jego okoliczności. Każdą sprawę należy indywidualnie zbadać. Często pierwszym

[19] Tamże.

[20] B. Czarnecka-Dzialuk, K. Drapała, *Przejawy demoralizacji jako podstawa*..., zob. też wersję raportu opublikowaną w „Prawie w Działaniu" nr 22 – por. przypis 2.

krokiem jest po prostu rozmowa – z nieletnim lub jego rodzicami. Dopiero zebranie stosunkowo wielu informacji pozwala określić, czy dane zachowanie w indywidualnym przypadku można uznać za przejaw demoralizacji.

Wszyscy zgodnie podkreślali wagę odpowiedniego diagnozowania nieletniego, którego zachowanie nosi znamiona demoralizacji, dla podejmowania oddziaływań wychowawczych. Diagnoza demoralizacji z punktu widzenia praktyków nie jest trudna. Dzięki narzędziom, którymi dysponują, współpracy, przepisom i doświadczeniu mają przekonanie o osiągalności trafnej diagnozy.

„Dysponujemy odpowiednimi narzędziami – opinie biegłych, kompleksowa opinia RODK-a. (…) Wysłuchanie nieletniego, wywiad kuratora, ewentualnie wywiady w szkole i opinia" (FGI, Poznań).

„Bierzemy pod uwagę intensywność, historię, całokształt danej osoby" (pedagog, Lublin).

W diagnozie bardzo istotną rolę odgrywa postawa nieletniego. W zależności od tego, czy odnosi się on ze zrozumieniem do sytuacji, w której się znalazł, poczuwa do odpowiedzialności i wyraża skruchę oraz chęć poprawy – ocenia się jego zachowania, a przede wszystkim określa ich konsekwencje.

Osoby pracujące z młodzieżą mają również na uwadze oddziaływanie środowiska oraz okoliczności, w których doszło do zachowania społecznie nieakceptowanego. Diagnoza ma przede wszystkim służyć dobru nieletniego.. Respondenci podkreślają jednak, że nie o karanie chodzi, lecz o szybką pomoc dziecku. Trafna diagnoza ściśle łączy się z możliwością zastosowania odpowiednich środków wychowawczych.

„Mogę ze swojego punktu widzenia powiedzieć, że ja nie mam z tym problemu. Są zazwyczaj wskazówki, które pozwalają to określić, – dom jest ogarnięty, w szkole jest zazwyczaj dobrym uczniem, rodzice się boją, że to wyjdzie, że szkoła będzie piętnować, nieletni płacze, najczęściej się przyznaje – w samej postawie to jest. To rokuje bardzo pozytywnie. Jeżeli naprawdę żałuje, to w ramach rehabilitacji ma, przykładowo, do odrobienia z dziećmi godziny polegające na pomaganiu innym np. w odrabianiu lekcji. Nie chodzi o jakąś setkę godzin. To dużo. Nie zawsze można to pogodzić, na przykład, ze szkołą. Ale jest to dwadzieścia godzin, to jest dobra nauczka na całe życie" (kurator, Poznań).

„W szkole są etaty, które służą wczesnej profilaktyce, psycholog, pedagog szkolny" (FGI, Poznań).

„Incydent może być tym zdarzeniem, które wskaże nam demoralizację. Nie ma tutaj prostych zależności. (…) Może być tak, że ukradł, to było raz, nie ma problemów, nie jest to demoralizacja, ale dokonał czynu i uważam, że powinien ponieść konsekwencje" (FGI, Poznań).

Dyskutujący nie wypowiadali się, jak często korzystają z bardziej złożonych form diagnozowania, takich jak opinie specjalistyczne np. sporządzane w Rodzinnym Ośrodku Diagnostyczno Konsultacyjnym (R.O.D.K.) Wyniki badań aktowych wskazują, że sięga się do nich raczej wyjątkowo.

W sytuacji ujawniania się przejawów demoralizacji ważny jest pierwszy krok. Dla pedagogów często jest to rozmowa z nieletnim lub jego rodzicami. Podobnie w przypadku kuratora i policji, choć to wiąże się już z bardziej formalnym biegiem sprawy. Zawiadomienie o nieakceptowanym zachowaniu młodego człowieka może złożyć szkoła, policja, kurator, ale także rodzic.

„Przeważnie sygnał pochodzi ze szkoły, od rodziców, że wagaruje, nie radzą sobie, późno wraca. Staramy się rozmawiać najpierw z rodzicami, pedagogami, potem z uczniami. Ustalamy, co jest powodem zachowania. Jeżeli widzimy, że jest to powodowane sytuacją rodzinną – rodzina patologiczna, jeden rodzic pije. Informacje przesyłamy do sądu, żeby ten zlecił dalej przeprowadzenie badań. Wysyłamy materiały do sądu i sąd decyduje, co w tej sprawie robić. Rozmawiamy z rówieśnikami, co jest powodem takiego zachowania, czasami się zwierzają i próbujemy wtedy rozwiązać to na gruncie szkoły, rodziny" (FGI, Warszawa).

„Jak mamy informację, że nieletni spożywał alkohol albo palił papierosa, to zakładamy akta NMO, wzywamy kuratora na wywiad środowiskowy, ustalamy, jaka jest sytuacja rodzinna. Jeśli wyjdą nam jeszcze inne przejawy demoralizacji, zastanawiamy się nad wszczęciem postępowania. Jeżeli wyjdą zaniedbania opiekuńcze, rozważamy wszczęcie postępowania opiekuńczego" (FGI, Poznań).

Pewnym dylematem jest ocena powagi sytuacji. Zdaniem niektórych rozmówców, tzw. sprawy błahe nie powinny uruchamiać formalnych procedur. Zdaniem innych, niepokojący incydent ujawnia niekiedy poważny problem i dlatego tak ważne jest, by go nie zignorować. Automatycznie pojawia się jednak kwestia stygmatyzacji. Najtrudniejszą sytuacją, czasami niezgodną, zdaniem niektórych respondentów, z dobrymi praktykami i zdrowym rozsądkiem, jest istniejąca – zdaniem zdecydowanej większości dyskutujących – konieczność obowiązkowego zgłaszania do sądu przez policję wszystkich zachowań mogących świadczyć o demoralizacji. Większość badanych była przekonana o tym, że jest to obowiązek bezwzględny, choć – jak wspomniano wcześniej – tak w istocie nie jest. Zasada powiadamiania sądu skutkuje trafianiem do niego nawet spaw błahych, co może odbić się piętnem na młodym człowieku. Odpowiednie reagowanie nie jest mechanicznym schematem – badani nie zawsze są przekonani o tym, jaka reakcja jest najlepsza i dlatego starają się sytuacje rozpatrywać indywidualnie.

Szukanie przyczyn zachowania nieletniego często pozwala wskazać, jakie działania można podjąć, by pomóc dziecku. Zależnie od sytuacji odpowiednia pomoc może być udzielona w ramach szkoły lub poprzez zgłoszenie do innych instytucji. Szczegółowe rozwiązania zależą od sytuacji młodej osoby, jej postawy oraz innych okoliczności.

Zachowania, które można uznać za przejawy demoralizacji, zdaniem dyskutantów, mają wynikać przede wszystkim z wpływu środowiska – po pierwsze rodzinnego, a po drugie rówieśniczego.

„Dziecko nie rodzi się złe, nabiera tych cech w miarę upływu lat i pierwszym takim środowiskiem jest rodzina. I karać tak naprawdę powinno się nie nieletnich tylko rodziców, rodzice odpowiadają za dzieci, nie na odwrót" (FGI, Poznań).

Środowisko rodzinne jest kluczowym elementem sytuacji nieletniego. Razem ze szkolnym daje możliwości prawidłowego rozwoju, ale czasem jest źródłem problemów.

„Czynniki środowiskowo-rodzinne mają istotny wpływ na sposób zachowania nieletniego i jego postępowanie w przyszłości. (…) Za moich czasów nauczyciel był autorytetem i nie podlegało to żadnej dyskusji i wątpliwości. Podatność psychiczna, (…) czasami przyczyną jest alkohol, uwarunkowania bytowe, materialne, ale za biedę nikogo nie można karać" (sędzia).

Dodatkowe czynniki to sytuacja ekonomiczna, cechy charakteru, problem akceptacji i samoakceptacji.

W dyskusji o przyczynach niewłaściwego zachowania przywoływano znany fakt, że dochodzi do niego, gdy dziecko chce zwrócić na siebie uwagę otoczenia lub gdy ma problemy, z którymi samo nie umie sobie poradzić. Przykładem takiego problemu może być odrzucenie rówieśnicze, np. z powodu nieposiadania modnych ubrań czy gadżetów.

„Po pierwsze, rozmowa z dzieckiem, dlaczego siebie nie lubi, to jest ważny problem. Na zachodzie zwraca się często uwagę na to, że dziecko przestaje lubić samego siebie i musi zwrócić uwagę na siebie w różny sposób, często jest to wołanie o pomoc. Ważna jest rozmowa z rodzicami, przeprowadzenie badań osobowości dziecka i jego kłopotów w szkole. Znaczenie ma również serdeczna rozmowa z dzieckiem i zadanie prostego pytania – dlaczego siebie nie lubi, czy wprowadzenie elementu refleksyjności w umysł dziecka, tak że dziecko zaczyna siebie oceniać z boku. Na podstawie swoich doświadczeń uważam, że dzieci nie lubią siebie z różnych przyczyn – z powodu dwójek w szkole, nie umie powiedzieć rodzicom czy nauczycielowi, że sobie nie radzi z danym przedmiotem, że jest nie lubiany przez dzieci, bo jest inaczej ubrany, bo nie ma laptopa, smartfona czy innej rzeczy – poszedł i ukradł buty na targu, bo wszystkie dzieci mają a on nie miał, są różne sytuacje. To powinno być sygnałem dla rodziców i nauczycieli, dlaczego dziecko siebie nie lubi. Jeśli to nie wystarcza, poddaje się dziecko terapii socjologicznej, psychologicznej. Dopiero w ostateczności szkoła zawiadamia sąd lub kuratora z prośbą o podjęcie działań. To by była ostatnia rzecz, którą bym zrobiła” (sędzia,FGI).

2.4. Rozważanie przykładów z praktyki

Dla potrzeb wywołania dyskusji, zostały wymyślone trzy przykłady zachowań mogących uchodzić za demoralizację. Zostały one zazwyczaj wzbogacone o trzy różne powody takiego zachowania młodego człowieka, aby móc sprawdzić elastyczność reakcji uczestników dyskusji.

Uczestnicy badania zostali poproszeni o wypowiedzenie się o sytuacji, w której nieletni opuścił bez usprawiedliwienia 2–3 miesiące zajęć szkolnych – co robią w takim wypadku oraz czy ich zdaniem jest to przejaw demoralizacji dziecka[21]. Przedstawiono trzy powody, z których dziecko nie chodziło do szkoły. Pierwszym były nadmierne obowiązki w domu, zajmowanie się młodszym rodzeństwem; drugim strach przed rówieśnikami, którzy znęcali się nad nim w szkole; trzecim zaś – problemy psychiczne dziecka.

W przypadku nierealizowania obowiązku szkolnego, kluczową kwestią staje się ustalenie przyczyny takiego stanu rzeczy. Wszyscy respondenci zgodnie twierdzili, że staraliby się dowiedzieć, na czym polega problem ucznia. W takich okolicznościach często pierwszym krokiem jest próba kontaktu z rodzicami, później zlecenie kuratorowi lub policji przeprowadzenia wywiadu.

„Jeżeli uczeń wagaruje, to jest diagnoza tej sytuacji, czyli sprawdzam, co jest przyczyną, patrzę jakie są możliwości współpracy z rodzicami. Jeśli są trudności

[21] Wybrano taki przypadek do omówienia przez praktyków, ponieważ jest to dość częsty powód prowadzenia postepowania opiekuńczo-wychowawczego. Wśród 342 osób uwzględnionych w badaniach IWS nad demoralizacją 33% nie realizowało obowiązku szkolnego – tamże s. 255.

w szkole, to rozmawiam z nauczycielami, żeby uczniowi pomóc. Jeżeli nie ma w środowisku ucznia osób, które by go wsparły, to natychmiast informowałabym sąd rodzinny, bo to jest jeden z sygnałów, kiedy dziecku można pomóc. Może to dziecko wymagać kompleksowej pomocy" (pedagog).

Większość pedagogów deklaruje, że w ich praktyce interweniuje się szybciej – sprawdza przyczyny nieobecności i monitoruje sytuację nieletniego.

„U nas po tygodniu się monitoruje, nie czeka się 3 miesięcy" (pedagog).

Niektórzy pedagodzy przekazanie sprawy innym instytucjom traktują jako pewnego rodzaju porażkę wychowawczą. Starają się nie unikać takiego rozwiązania, bo w niektórych sytuacjach jest to jedyne skuteczne narzędzie, ale wielu z nich traktuje je jako ostateczność. Badani wspominali o tym, że dla szkół niekorzystne jest informowanie o zajściach na terenie szkoły i problemach z uczniami, gdyż pogarsza im to statystyki.

Szczegółowe warianty przypadku „Nieletni opuszcza 2–3 miesiące zajęć lekcyjnych bez usprawiedliwienia" nie były postrzegane jako demoralizacja, ponieważ przyczyna nie leżała bezpośrednio w woli i decyzjach młodego człowieka.

Pewne okoliczności utrudniają pracę wychowawczą.

„Z tymi przypadkami [choroby psychicznej] jest bardzo trudno, ponieważ szkoła nie ma takiego narzędzia, które zmusiłoby rodziców do zdiagnozowania dziecka. (…) Często jest tak, że rodzic nie dopuszcza możliwości, że dziecko ma jakiś problem i może być chore" (kurator).

„Trzeba zbadać, jaka jest sytuacja, czy nie jest chory, jak wygląda opieka ze strony rodziców. (…) Rozpatrujemy to zawsze na podstawie konkretnych okoliczności" (kurator, FGI).

Drugi przykład do omówienia przez respondentów, to pobicie się dwóch uczniów na terenie szkoły[22]. Tutaj również poszerzono sytuację o konkretne okoliczności: jaka byłaby reakcja w sytuacji, gdyby w bójce uczestniczyło dwóch jedenastolatków a jaka, gdyby biło się dwóch siedemnastolatków (starano się dociec, czy na ocenę takiego zachowania ma wpływ wiek uczestnika zdarzenia). Kolejne sytuacje to bójka dziewczynek bądź chłopców (aby dowiedzieć się, czy płeć ma wpływ na ocenę takiego zachowania). Dalej przedstawiono wariant, w którym podczas bójki doszło do uszkodzenia ciała jednego uczestnika, np. złamano nos lub wybito ząb, w drugim wariancie zaś uczestnicy zdarzenia nie odnieśli większych obrażeń (aby stwierdzić, czy obrażenia fizyczne uczestników bójki obligują do podjęcia wobec nieletnich innych działań, niż wtedy gdy do poważnych obrażeń nie dochodzi).

W przypadku, gdy dwóch uczniów pobiło się na terenie szkoły, również kluczowa okazuje się ocena sytuacji. Pierwszym podjętym działaniem jest wtedy rozmowa z dziećmi. Pedagodzy starają się to robić we własnym zakresie.

„Na podstawie pojedynczego przypadku nie można uznać, że są zdemoralizowani. Co innego jak ktoś sam szuka zaczepki, prowokuje, chce komuś wyrządzić krzywdę. Chce np. dominować w szkole. Można to podciągnąć pod demoralizację, bo to jest osoba, która szuka na siłę zaczepki, żeby pokazać swoją dominację" (pedagog, FGI).

[22] Jest to dość częste zachowanie wśród dzieci, ale takie przypadki rzadko trafiają do sądu. Na 342 badanych tylko 9% brało udział w bójce – tamże, s. 255.

Ocena bójki zależy między innymi od tego, czy jest to incydent czy sytuacja powtarzająca się, jakie są motywy, czy można rozróżnić, czy jest to bójka czy pobicie, powtarzalność. Płeć nie jest istotna dla oceny zajścia, bo – jak mówią respondenci – dziewczynki są coraz bardziej agresywne.

Stwierdzenie znamion demoralizacji w przypadku bójki, podobnie jak przy innych nieakceptowanych zachowaniach, zależy przede wszystkim od powtarzalności sytuacji, postawy zaangażowanych w nie osób oraz chęci naprawy i poprawy.

Z omawianych wariantów inaczej traktowany byłby ten, w którym w wyniku bójki nastąpiło uszkodzenie ciała, bo to wymagałoby powiadomienia rodziców i ewentualnie policji. Jednak nawet przy tak poważnych konsekwencjach zdarzenia, osoby pracujące z młodzieżą starają się wziąć pod uwagę okoliczności łagodzące, np. przypadkowość zajścia, nieszczęśliwy wypadek itp. Przyczyną uruchamiania procedury formalnej mogą być rodzice, którzy uważają, że ich dziecko zostało pokrzywdzone.

Trzeci omawiany przypadek – sytuacja, w której dziecko do szkoły na zajęcia lekcyjne przyniosło myszkę i przez czas pobytu w placówce trzymało zwierzątko w kieszeni (kilka godzin) – był najmniej zrozumiały dla respondentów[23]. Tutaj również podano różne okoliczności zdarzenia. Po pierwsze, zwrócono uwagę na wiek dziecka – respondenci wypowiadali się, jak oceniliby takie zachowanie dziesięcio-, a jak siedemnastolatka. Wielu z nich nie widziało w nim w ogóle znamion demoralizacji. Pojedyncze osoby dostrzegły możliwość zakwalifikowania tego postępowania jako znęcania się nad zwierzętami, ale i te podkreślały, że zależy to od intencji i szczegółów zachowania.

Za najważniejsze uznano ustalenie przyczyn.

„Doradziłabym rozmowę, nie ma co robić afery. Trzeba to dziecku wytłumaczyć, bo dziecko ma prawo nie wiedzieć. My jesteśmy od tego, żeby mu o tym powiedzieć a nie zastraszyć, potępić. Można z tego zrobić dobrą lekcję edukacyjną" (FGI, Lublin).

„Największe znaczenie by tutaj miało, jaki by skutek nastąpił. Czy temu zwierzęciu coś by się stało, bo jeżeli byłoby tylko osłabione, to też trzeba być człowiekiem, nie można przesadzać. Czy skutek by nastąpił, czy nastąpiłby uszczerbek dla tego zwierzęcia, czy nie. (…) Myślę, że to by była kwestia zaimponowania innym dzieciom, pochwalenia się, bez zdawania sobie sprawy z konsekwencji" (policjant).

W omawianych dla tego przypadku wariantach wiek był pewnym sygnałem mogącym sugerować demoralizację. Trudno bowiem twierdzić, że szesnastoletnia osoba nie rozumie, co sprawia cierpienie zwierzęciu. Jednak nawet w wypadku nastolatka badani chcieliby dociec przyczyn zachowania i odróżnić incydent od tendencji.

„Jak przynosi dziewczynka dziesięcioletnia żywe zwierzątko do klasy, to na ogół chce je pokazać kolegom, bez jakichś podtekstów znęcania się nad zwierzęciem. Jak przyniesie szesnastoletni chłopak, który będzie coś z tym zwierzątkiem robił, czyli dziewczyny straszył na przykład, albo pokazywał, jak się znęca nad tym zwierzęciem, to tutaj już zdecydowanie zupełnie inna reakcja byłaby i nasze działanie. (…) Zastanowiłabym się chyba, jakby to było znęcanie, to wtedy to by była demoralizacja. (…) Jeśli taki szesnastoletni chłopak po naszej rozmowie więcej tego zwierzęcia nie

[23] Ten przykład wybrano dla kontrastu z dwoma pozostałymi. Takie zachowania nie zdarzają się często i raczej nie wynikają ze złej woli dziecka, a z braku wiedzy na temat opieki nad zwierzętami. Niemniej takie zachowanie można uznać za naruszenie przepisów ustawy z 21.08.1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. Nr 11 poz. 724, Dz. U. z 2014 r. poz.1794).

przyniesie, to nie ma sprawy, ale jak przyniesie drugi, trzeci raz i wezwiemy rodzica i rodzic powie – ja też coś takiego zauważyłem, to już się pojawia konkretna rzecz do załatwienia" (FGI, Lublin).

2.5. Postawa nieletniego

Na ocenę, czy zachowanie można uznać za przejaw demoralizacji, wpływa w dużej mierze postawa nieletniego względem sytuacji, w której się znalazł. Respondenci wymienili dwa charakterystyczne podejścia, z którymi w swojej praktyce się spotykają. Niektórzy nieletni odczuwają autentyczny strach wobec konsekwencji, skruchę i przejawiają chęć poprawy. Poczuwają się do winy i zdają przyjmować odpowiedzialność za swoje postępowanie. Niezależnie od tego, czy sytuacja jest wynikiem zbiegu okoliczności, czy nieprzemyślanej decyzji, takie osoby rokują duże nadzieje, że nie nastąpi dalszy rozwój demoralizacji. Pedagogom, kuratorom, policji i sędziom łatwiej podjąć z nimi współpracę. Inni nieletni zaś dokonują chłodnej kalkulacji, która prowadzi do różnych zachowań: od udawanej skruchy do butności. Z taką osobą dużo trudniej się współpracuje i to, by odwieść ją od zachowań nieakceptowanych społecznie, stanowi większe wyzwanie.

„Te osoby zdemoralizowane mają świadomość. One generalnie wiedzą, że niewiele można im zrobić. Mogą pójść tylko do młodzieżowego ośrodka wychowawczego. Śmieją się, że ich kolega był, jest. Pojechał, nie podobało mu się i wrócił. Dla nich to jest nic" (sędzia).

Respondenci deklarują, że rozmawiają z nieletnimi i starają się wytłumaczyć im, w jakiej sytuacji się znaleźli i jakie konsekwencje im grożą. Rozmowy prowadzone są także w ramach profilaktyki, szkoleń i warsztatów prowadzonych na przykład przez policjantów.

„Informujemy o konsekwencjach danego czynu. Są zajęcia z policjantami, którzy mówią o skutkach zachowań ryzykownych w sprawach nieletnich. Informują, co jest czynem karalnym, przestępstwem, co komu grozi. Oni są uświadomieni" (pedagog).

„(…) wiem, że trzeba to wyjaśnić rodzicom i nieletnim. To jest mój element pracy. Poświęcam na to bardzo dużo czasu. Samo powiadomienie rodziny pochłania go dużo. Kurator jest w tym przypadku adekwatną osoba. To nie jest nigdzie wpisane, że jest to w zakresie naszych obowiązków. To wynika z mojej wiedzy i doświadczenia" (kurator).

2.6. Postawa rodziców

Rodzice i opiekunowie przyjmują różne postawy wobec przejawów demoralizacji u ich dzieci i podopiecznych: współpracują z odpowiednimi instytucjami, by pomóc swojemu dziecku albo zaprzeczają sytuacji; bronią dziecka lub pozostają obojętni; bywa, że sami są zdemoralizowani i trudno instytucjom podjąć z nimi współpracę (bardziej problem opiekuńczy niż demoralizacja nieletniego).

„Największy problem to rodzice. (…) Żeby zrozumieli, że naszym celem jest wychowanie i powstrzymanie demoralizacji, a nie karanie, krzywdzenie czy stygmatyzowanie nieletniego. Współpraca z rodzicami to jest podstawa, żeby jakikolwiek sukces w wychowaniu nieletniego osiągnąć" (FGI, Warszawa).

„(…) tam gdzie jest współpraca z rodzicami, nie ma potrzeby uciekania się do pomocy policji i sądów" (FGI, Warszawa).

„Generalnie jak ktoś mówi, że dziecko jest zdemoralizowane, to jest to dla rodzica policzek. Kojarzy się rodzicom z czymś bliskim zakładowi karnemu dla dorosłych, czyli tak jest z dzieckiem źle, że już gorszego określenia nie może być" (kurator).

Rodzice, niezależnie od statusu społecznego, niekiedy nie chcą uwierzyć, że ich dziecko zrobiło coś złego i broniąc go, przyjmują nawet absurdalne tłumaczenia. Jest to postawa niebezpieczna, bo trudno wtedy podjąć współpracę, a młoda osoba w praktyce przekonuje się, że lepiej jest kłamać i manipulować, niż przyznać się do winy i naprawić błąd.

„Rodzice uczą dziecko takiego manewrowania, dziecko się szybko uczy, że lepiej opowiedzieć historię, która się im spodoba, niż prawdę, bo za to zostaną ukarani" (FGI, Poznań).

„Najgorsza współpraca jest na linii instytucja – rodzic. (…) Każdy rodzic chce chronić swoje dziecko, pewne informacje nawet ukrywać przed sądem, żeby nie zrobić dziecku krzywdy. To jest robienie sobie krzywdy, bo w pewnym momencie te rzeczy wyjdą" (policjant).

2.7. Sposoby reagowania na przejawy demoralizacji

Pedagodzy starają się najpierw rozwiązać sprawę w szkole – przez rozmowę, kontakt z rodzicami, inne środki wychowawcze. Niekiedy jest potrzebna dodatkowa kontrola, kontrakt i obligacja, zeszyt obecności itp.

Kuratorzy starają się dociec przyczyn zaistniałej sytuacji i wspomóc nieletniego. W zależności od diagnozy i oceny sytuacji stosują odpowiednie rozwiązania.

Policja jest zobowiązana zgłaszać wszystkie sprawy, o których została poinformowana. Mniej formalne metody może zastosować na etapie rozmów profilaktycznych. Policja zbiera materiał dowodowy i przekazuje go do sądu. Respondenci zastanawiali się nad celowością obowiązku zgłaszania spraw przez policję bez jakiejkolwiek elastyczności. Niektórzy oceniają to jako dobrą procedurę, ponieważ policja nie ma w zakresie swoich kompetencji oceniania spraw (nie muszą mieć specjalistycznej wiedzy na temat młodzieży, nie wszyscy chcą takiego zakresu odpowiedzialności). Wiele osób uważa jednak, że prowadzi to nieraz do zupełnie niepotrzebnego uruchamiania procedur sądowych.

„Nas obligują przepisy, ustawa, kodeks karny, czy chcemy czy nie, musimy czynności przeprowadzić i sprawę przekazać do sądu" (FGI, Poznań).

„Po to są powołane sądy, prokuratura, policja, żeby każdy miał swoją działkę. (…) Policjanci nie są psychologami, socjologami, nie mają kompetencji" (FGI, Poznań).

Sąd ocenia sytuację całościowo i ma cały wachlarz możliwości reagowania, z umorzeniem postępowania włącznie. W powoływanych badaniach akt spraw sądowych, przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, w stosunku do 43% nieletnich sąd uznał za właściwe nie wszcząć postępowania bądź je umorzyć[24].

[24] B. Czarnecka-Dzialuk, K. Drapała, Przejawy demoralizacji jako podstawa działań…, s. 251.

Wielu respondentów spotkało w swojej praktyce sytuacje, w których właściwszym wydawało się zakończenie sprawy na etapie szkoły lub policji.

Część osób konsekwentnie broni stanowiska, zgodnie z którym konieczne jest poniesienie przez nieletnich odpowiednich konsekwencji. Zdaniem niektórych sytuacje, w których zupełnie „niewinna" osoba trafia przed sąd, są nadzwyczaj rzadkie. Ignorowanie niewłaściwych zachowań jest zaś, ich zdaniem, bardzo niebezpieczne.

„Generalnie nie można karać dzieci, które podlegają innym procesom, oddziaływaniom niż dorośli. Celem ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich jest bardziej wychowywać. Nie mówię w tej chwili o resocjalizacji, bo to jest dla mnie pojęcie abstrakcyjne. Chodzi o to, by wychować, naprawić coś – nie ukarać. Natomiast elementem poniesienia konsekwencji, który jest w tej ustawie zawarty, za każdym razem jest dany środek. Można by się zastanawiać nad rozszerzeniem katalogu dopuszczalnych oddziaływań. Moim zdaniem nieletni powinni być traktowani tak, jak są" (kurator).

„Z moich obserwacji wynika, że dobrą rolę pełnią ośrodki kuratorskie, dużo młodzieży wychodzi na prostą. To się bardzo ładnie zmienia. W wielu przypadkach uczęszczanie do ośrodka kuratorskiego powoduje, że część z tej młodzieży, może nie zdecydowana większość, wychodzi na prostą. To świadczy o pewnej nieskuteczności dotychczas stosowanych środków wychowawczych i uregulowań w tej dziedzinie" (sędzia).

2.8. Współpraca międzyinstytucjonalna

Kontakt i współpracę międzyinstytucjonalną z jednej strony wyznaczają przepisy i procedury, z drugiej zaś dobre praktyki i osobiste relacje.

W obrębie jakich instytucji ważna jest współpraca w przeciwdziałaniu demoralizacji? Współpracować powinni rodzice, szkoła, policja, kurator, sąd, poradnia psychologiczno-pedagogiczna, ośrodki pomocy społecznej, lecznica socjoterapeutyczna, wolontariusze, streetworkerzy.

„Niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z demoralizacją, czy sprawami opiekuńczymi, każdy komisariat ma pod sobą każdą szkołę i współpracujemy na bieżąco. Jeśli szkoła ma podejrzenia, chce przekazać informację, to zwraca się do nas z prośbą o wgląd w sytuację, gdzie jest podejrzenie, że coś może się dziać. Pedagodzy nie są zawsze w stanie sprawdzić sytuacji w domu i wtedy wspólnie realizujemy daną sprawę. Dajemy też sądowi pewną ilość informacji na temat tego dziecka. Współpraca ze szkołami jest prowadzona na bieżąco" (policjant).

Trudno na podstawie dyskusji prowadzonych w trakcie badań w jednoznaczny sposób ocenić jakość współpracy między instytucjami w ramach przeciwdziałania demoralizacji nieletnich.

Ograniczenia współpracy związane są m.in.: z brakiem lub ograniczonym zakresem wiedzy na temat funkcjonowania innych instytucji, ich obowiązków, możliwości, dostępnych rozwiązań itd.; z brakiem zrozumienia dla ograniczeń i możliwości działań w ramach różnych instytucji; z brakiem formalnych i nieformalnych procedur wspierających współpracę pomiędzy instytucjami (są obowiązki względem pewnych instytucji, ale nie wspiera się współpracy pomiędzy konkretnymi osobami).

Na podstawie werbalnych i pozawerbalnych sygnałów respondentów można odnieść wrażenie, że wzajemne poszanowanie pracy i podejmowanych działań między

pracownikami różnych instytucji jest ograniczone. Takie postawy nie wpływają pozytywnie na kooperację. Na przykład sędziowie oceniają niektóre sprawy zgłaszane przez policję jako błahe i niewarte uwagi sądów. Czasami sugerują, że policjanci powinni przynajmniej niektóre z nich rozwiązywać w bardziej nieformalny sposób. Jednocześnie mają świadomość, że na policji ciąży obowiązek powiadamiania. Nie wpływa to jednak na całościową ocenę pracy policji w tym zakresie.

Pedagodzy, jeśli zechcą, nawiązują bliższą (niż wynikałoby to z obowiązujących przepisów) współpracę z policją i kuratorami. Teoretycznie szkoła jest przestrzenią najbardziej złożonych relacji interpersonalnych, na podstawie których nawiązuje się współpraca. Osoby pracujące z młodzieżą w szkole mają największą szansę zauważenia przejawów demoralizacji wśród uczniów, ponieważ przebywają z nimi długi czas. Jeśli jednak szkoła nie chce informować innych instytucji o problemach, choćby ze względu na troskę o swoją opinię, według dyskutujących nic jej do tego nie zobowiązuje.

Wydaje się, że współpraca międzyinstytucjonalna w dziedzinie przeciwdziałania demoralizacji nieletnich nie jest dostatecznie wspierana.

Współpraca i informowanie mają swoje ograniczenia, czego przykładem może być przedstawiona w trakcie dyskusji sytuacja, w której pedagog szkolny zgłosiła do sądu rodzinnego problem demoralizacji i nie mogła uzyskać informacji, czy sąd podjął jakieś działania w tej sprawie, a jeśli tak, to jakie. Z jednej strony monitorowanie takiej sprawy (choćby na poziomie wiedzy, czy toczy się postępowanie i odpowiednie instytucje pomagają dziecku) może być pomocne, a informacja pozwala zadecydować, czy należy podjąć jeszcze jakieś działania. Z drugiej jednak, sędziowie wskazywali, że informowanie szkoły może nie być korzystne dla nieletniego.

„Szkoła nie jest wnioskodawcą, nie jest uczestnikiem postępowania. Uczestnikiem jest nieletni, rodzice i prokurator i te osoby są informowane, pokrzywdzony też, jeżeli to jest czyn karalny. Szkołę zawiadamiamy, jeżeli uznamy to za potrzebne i celowe, bo jest to jeden ze środków wychowawczych. Rodzice proszą, żeby nie powiadamiać szkoły, bo dziecko wtedy będzie miało gorszą sytuację" (FGI, Poznań).

„Chciałabym, żebyśmy jednak, jeśli szkoła kieruje sprawę do sądu, byli informowani o wynikach. Czasami jest tak, że my się dowiadujemy od dziecka, nie od sądu, że był ten kurator" (pedagog).

Dobre kontakty między instytucjami usprawniają działania podjęte w celu zapobiegania demoralizacji.

„Ja mam prywatne numery telefonów do pedagogów, i gdy trzeba szybko zadziałać, mamy ten kontakt poza instytucją. Też z pracownikami socjalnymi. Tu, gdzie pracuję, jest centrum aktywności środowiskowej. To są grupy wsparcia dla młodzieży trudnej, więc też współpracuję z tą instytucją. (…) Wszystko zależy od szkoły i od człowieka, który tam pracuje. Generalnie oceniam ją pozytywnie. Dobrze" (kurator, Lublin).

„Generalnie jesteśmy absolutnie zależni od sądu. To jest jakby symbioza. Sąd nam coś zleca. My to robimy na polecenie sądu. Tu nie ma specjalnych możliwości braku współpracy. Ja nie mogę dyskutować z postanowieniami sądu. Jeżeli chodzi o szkoły, to staram się wypracowywać dobre kontakty, bo to jest na bieżąco dobre źródło informacji. Jeżeli współpraca jest dobrze ułożona, to możemy sobie różne rzeczy powiedzieć i zaradzać" (kurator).

„(…) każda szkoła chce mieć dobre imię, więc myślę, że policja w szkołach aż tak mile widziana nie jest" (kurator).

2.9. Z perspektywy sędziów

Należy podkreślić, że interwencja sądu rodzinnego powinna być traktowana jako ostateczność, po wyczerpaniu innych możliwości oddziaływania na młodych ludzi.

„Przedłuża się czas prowadzenia postępowań, dlatego że taka sprawa na ogół jest zgłaszana na policję, wychodzą z założenia, że to jest nieletni, więc niech sąd rodzinny się tym martwi. Nie jest przeprowadzone dokładnie postępowanie, bo jest przerzucanie piłki. Idzie to dalej, nie mamy takiego materiału dowodowego zgromadzonego, żebyśmy to skończyli w pierwszym terminie. W takim postępowaniu są dwa do wyjaśnienia aspekty – zbadać, czy rzeczywiście występują przejawy demoralizacji, jeżeli tak, to zastosować odpowiedni środek uwzględniając całokształt sytuacji rodzinnej i wychowawczej nieletniego. (…) Jeśli chodzi o czyny karalne, trzeba wyjaśnić, czy znamiona takiego czynu zostały wyczerpane. Jak mamy skąpy materiał dowodowy, to wydłuża to znacznie czas postępowania".

Przyśpieszenie postępowania jest również ważne w oczach sędziów.

„Nie widziałbym potrzeby zmiany, a tylko potrzebę większego dostosowania środków z punktu widzenia prawnego. Moim pobożnym życzeniem jest, żeby znaleźć coś, co by przyśpieszyło postępowanie. Obecne nowelizacje są przeniesione żywcem z prawa karnego. Przebieg postępowania jest też w dużej mierze recypowany z kodeksu postępowania karnego – kwestia odczytywania zeznań, wyjaśnień, ujawnienia materiału dowodowego itp."

Z perspektywy sądów, szkoły nie zawsze wyczerpują dostępne im środki wychowawcze. W razie trudności z jakimś uczniem często zawiadamiają policję lub sąd o niewłaściwym zachowaniu, ponieważ nie wiedzą, jak sobie z tym problemem poradzić. Tak jednak nie powinno być, jednym z zadań szkoły jest ostatecznie wychowywanie. Dzieci spędzają w niej pół dnia i w tym czasie mogą zachowywać się w sposób nieakceptowany społecznie. Zadaniem pedagogów jest szybka reakcja na takie zachowanie w celu jego zmiany.

„Z mojego doświadczenia wynika, że nawet szkole najłatwiej jest zawiadomić sąd i umyć ręce. Było tak, że sąd był tym zasypywany. Ja odpisywałam dyrektorowi, iż proszę o udokumentowanie działań, jakie zostały podjęte wcześniej przez szkołę. I to się bardzo ukróciło. To były szkoły, które nie robiły nic i natychmiast kierowały trudny przypadek do sądu. Okazało się, że oni niewiele robią w tym zakresie".

Sędziowie dostrzegają problem zbędnego generowania kosztów. Uważają, że drobnymi wykroczeniami dzieci powinni zająć się rodzice lub pedagodzy w szkołach. Wszczęta procedura to są znaczne koszty dla państwa, a nie zawsze jest ona konieczna. Sędzia z Lublina podała przykład, że zajmowała się sprawą „kradzieży" 4 fistaszków w markecie. Małe dziecko zjadło na terenie sklepu 4 orzeszki. Właściciel sklepu poniósł stratę materialną w granicy może 1 zł, a uruchomiona procedura kosztowała Skarb Państwa kilka tysięcy zł.

„(…) nie zdają sobie sprawy, że za tym idą określone koszty. Uruchamianie całej procedury to są znaczne koszty. My nawet nie mamy świadomości, jak duże. Wiele tych problemów na wejściu dało by się rozwiązać".

Dobra współpraca pomiędzy sądem a policją stwarza szansę na rozwiązywanie wielu problemów w ramach prewencji. Ważne są specjalistyczne sekcje do pracy z młodzieżą. Wydaje się właściwe, by takie drobne wykroczenia dzieci mogły być oceniane przez policjantów i to oni by decydowali, czy należy daną sprawę przesłać do sądu, czy wystarczy pouczenie małoletniego przez policję.

„Długo o to walczyłam i ta sekcja jest. Zajmują się szeroko rozumianą prewencją. Wszystkim, co związane jest z nieletnimi. I zupełnie inaczej te sprawy idą. Dzięki działaniu prewencyjnemu zmniejszyła się przestępczość u nieletnich. I te orzeszki i winogrona – oni wszystkiego nie przysyłają do sądu".

2.10. Z perspektywy kuratorów

Kuratorzy mają poczucie swojej istotnej roli i powagi obowiązków. Kontakt z nieletnim i jego rodzicami często jest inicjowany i realizowany przez kuratora.

„My w postępowaniu wyjaśniającym mamy stwierdzić, czy dziecko jest zdemoralizowane, czy nie. Stąd jest wywiad kuratora, przesłuchania rodziców, dziecka i dopiero sąd decyduje, czy wszczynać dalsze postępowanie, czy umorzyć".

„(…) wgląd w sytuację dziecka. Kurator przeprowadzając wywiad bada, czy problem, to demoralizacja, czy zaniedbanie środowiskowe. Czy należy pracować z osobą nieletnią, czy z rodzicami albo opiekunami prawnymi. Jest tego bardzo dużo. Wykorzystywania dzieci. Tak dzieje się na przykład w rolnictwie. Jako kuratorzy możemy mieć swoje zdanie, emocje musimy pozostawić dla siebie. Możemy jednak pisać w wywiadach, że ta rodzina potrzebuje innego wsparcia, ze strony innych instytucji. Chociaż przepisy o pomocy społecznej są bardzo rygorystyczne. Na taką pomoc niewiele rodzin może liczyć. Są też przypadki, że dzieci same wychodzą z inicjatywą, że zostaną z młodszym rodzeństwem. Rodzice często wtedy takie dni usprawiedliwiają i ich nie liczą".

Zmiana sytuacji społecznej oddziałuje na młodych ludzi. W obecnych czasach dzieci więcej wiedzą o swoich prawach niż obowiązkach. A ponadto w świecie dorosłych występuje wiele społecznie nieakceptowanych zachowań, które młodzi ludzie szybko powielają.

„Danie dzieciom większych praw, a ograniczenie obowiązków jest złe. Nie ma tej odpowiedzialności. Masz coś za coś. Jestem przeciwna karom fizycznym, aczkolwiek autorytet szkoły spadł. Nauczyciel stał się nikim. Rozpowszechnianie w telewizji niewłaściwych zachowań młodych ludzi względem nauczycieli mnie przeraża. Wszyscy to widzą i mogą te zachowania naśladować i je powielać. W żaden sposób nie jest to napiętnowane, że nie jest to właściwe. Nauczyciel jest bezradny, bo nie ma możliwości reagowania. Gdyby chwycił ucznia i przytrzymał, to by zastosował wobec niego przemoc. Jest odwracanie sytuacji na niekorzyść nauczycieli. To w bardzo dużym stopniu przyczynia się do tego, że młodzież czuje się bezkarna".

Kurator może mieć istotny wpływ na młodą osobę zagrożoną demoralizacją. Czasami działają już sama powaga urzędu oraz perspektywa konsekwencji.

„Ja jestem za tym, aby szybko zgłaszać. (…) Czasami sam efekt wszczęcia postępowania działa na tę osobę porażająco, bo obawiając się konsekwencji pięknie zaczyna chodzić do szkoły. Nagle problem znika".

Kuratorzy uważają, że dobrym środkiem wychowawczym byłoby przepracowanie godzin na użyteczne społecznie cele. Przy tego typu oddziaływaniu, nieletni nauczyłby się, co to jest odpowiedzialność.

2.11. Z perspektywy pedagogów

Pedagodzy są nastawieni na pracę wychowawczą. Niektórzy z nich chcieliby rozwiązań łagodniejszych niż nadzór kuratora, ale takich, które ich wspierają, „poważniejszych" niż wewnątrzszkolne.

„Mamy uczniów, którzy przyszli z nadzorem kuratora za jakąś kradzież w sklepie. (…) Nie, czasami uczniowie nie wiedzą, że można inaczej tym wszystkim pokierować, że kradzież jest czymś złym. Mam przed oczami dziewczynkę, która poszła do sklepu z koleżankami, ukradła słodycze. Ale tam też w domu nie było ok, sąd dał nadzór kuratora i idzie opinia, że dziecko dostało za baton".

„Zanim zgłaszamy do sądu, rozpatrujemy wiele aspektów. Trzeba to zrobić, zanim się pochopnie skieruje sprawę do sądu. Moja funkcja polega na pracy z dziećmi, a nie na «następny proszę»".

Pedagodzy niejednokrotnie dobrze znają młodzież, a także jej środowisko rodzinne. Jak sami twierdzą, często mogą podjąć odpowiednie i dość szybkie działania. Są także cennym źródłem informacji o nieletnim. Grupa ta deklaruje gotowość do współpracy z innymi instytucjami, jeśli zajdzie taka potrzeba.

2.12. Z perspektywy policjantów

Policja, podobnie jak inne instytucje, stara się nawiązać kontakt z młodą osobą, u której zauważono znamiona demoralizacji. Rozmawiają, starając się dociec przyczyn i wytłumaczyć konsekwencje.

„To jest kwestia danej osoby, zależy od przypadku, jeden będzie rozmawiał, zrozumie argumenty, jakie mu się przedstawi, ale jeśli chodzi o demoralizację, nie z każdym się u nas rozmawia. Z tymi, co się rozmawia, umiemy do nich dotrzeć, mówią o swoich problemach, mówią co i jak. Nie każdy chce pomocy, rozmowa jest rozmową, a kwestia tego, jak to wygląda, że dzieciak za miesiąc, czy dwa, trafia do nas z powrotem, wiemy jak jest…"

Policjanci często dysponują dużą wiedzą na temat nieletnich, ich rodzin i środowiska.

„Na pewno to zależy od doświadczenia, od osoby, jeden jest taki, drugi jest inny. Także od znajomości rejonu, jeżeli ja znam młodzież, z którą pracuję, to słysząc nazwiska, wiem czy ta osoba się przewijała u mnie, czy rozmowa jej pomoże. Wiem też, komu nie warto poświęcać czasu, bo znam go i wiem, że jego wizyty u nas nie zmieniły nic. My, policjanci, te przypadki między sobą konsultujemy, rozmawiamy, czy ktoś zna daną osobę, jakie postępowania ewentualnie prowadzić itd."

Większość policjantów uważa, że odpowiednią instancją do podejmowania decyzji związanych z młodzieżą jest sąd. Niektórzy policjanci nie są skłonni do podejmowania decyzji o kierowaniu tam spraw błahych, wskazując, że nie boją się samodzielnego decydowania, choć ich współpracownicy prezentują inną postawę.

Niepokojącym zjawiskiem jest spadek powiadomień policji. Ludzie nie chcą „się mieszać", boją się o własne bezpieczeństwo, a szkoły dbają o renomę.

„Za każdym nieujawnionym przypadkiem poczucie bezkarności wzrasta, rodzi to coraz większe problemy, bo potem to jest budowanie pozycji w danym środowisku, chęć zaimponowania rówieśnikom. Wtedy problem niejednokrotnie urasta do poważnych zdarzeń, bo takie też mamy".

2.13. Z perspektywy pracowników ochrony

Największym problemem z perspektywy pracowników ochrony są zorganizowane grupy zajmujące się kradzieżami. Sporadyczne, indywidualne kradzieże są relatywnie mniej dotkliwe. Osoby regularnie kradnące doskonale orientują się w przepisach – znają granice kwalifikujące kradzież jako przestępstwo i wiek, który daje „taryfę ulgową".

Ochrona w sklepach musi zabezpieczać się przed pomówieniami i oskarżeniami. Między innymi w tym celu w sklepach jest monitoring, a w pokojach przesłuchań nagrywa się obraz i głos.

„Mamy całość od początku do końca nagraną, więc taki nieletni nie może później powiedzieć, że został przez ochroniarza pobity, że został przetrzymywany. Choć wiele sieci handlowych jeszcze do tej pory nie stosują tego w pełni. Były takie sytuacje, że jeszcze w czasach, gdy nie mieliśmy kamer w pokojach przesłuchań, taki nieletni sam się uderzył o ścianę. Później pozywał nas, że ochrona go pobiła".

W niektórych sieciach handlowych ustala się wewnętrzne zasady zgłaszania kradzieży i na przykład nie powiadamia się o tych poniżej 10 zł.

Doświadczenia związane z próbą nieformalnego rozwiązania sytuacji często okazywały się przykre. Wezwani rodzice potrafili ignorować sprawę jako nieważną albo, odwrotnie, bardzo surowo karać dziecko.

„…spotykaliśmy się z takimi reakcjami rodziców, (…) z większymi pretensjami do nas, że w ogóle podjęliśmy się ujęcia takiego małoletniego. Aczkolwiek spotykaliśmy się też w drugą stronę, że ktoś przychodził i przy nas dziecko bił. Stwierdziliśmy, że te brudy pomiędzy rodzicem i dzieckiem powinni już prać we własnym gronie. Niejednokrotnie przychodzili pijani rodzice, niejednokrotnie pojawiały się jakieś propozycje przekupstwa, żeby w ogóle zniszczyć jakąkolwiek dokumentację, bo się okazało, że tatuś jest kimś ważnym – więc jednak załatwienie sprawy na poziomie policji, co też nakłada na nas taki obowiązek ustawa, żeby jednak wzywać policję i przekazywać to w ręce organów ścigania – wydaje mi się, że jest odpowiednim podejściem do sprawy".

Pracownicy ochrony są premiowani za złapanie kogoś na kradzieży. Kierownicy starają się jednak w taki sposób zaplanować procedury, stopniując ważność zdarzenia, by zachęcać do ujawniania przede wszystkim tych poważniejszych.

„Powaga też. Kwota, jak najbardziej też. Wiadomo, że ja staram się na swojej ekipie wymóc, żeby zajmowali się tym «hurtem». Tymi zorganizowanymi. Nie «bułkami» i «batonami»".

2.14. Skuteczność przeciwdziałania demoralizacji

Trudno jednoznacznie określić poziom skuteczności przeciwdziałania demoralizacji. Zależy ona od kilku czynników, między innymi środowiska rodzinnego i szkolnego, postawy nieletniego, poziomu demoralizacji. Wiadomo, że im szybsza reakcja instytucji na niewłaściwe zachowanie nieletniego, tym większy będzie skutek takiego oddziaływania.

„Skuteczność jest widoczna w szybkim zastosowaniu tego środka, nie zawsze się to da. Żeby sąd rodzinny był skuteczny, musi działać szybko, żeby zapobiec często kolejnemu nieszczęściu" (sędzia).

Trafna diagnoza, postawa nieletniego – chęć poprawy, współdziałanie instytucji i konsekwencja działania podnoszą skuteczność podejmowanych kroków.

„Natomiast przy konsekwencji działań widzę możliwość skutecznego działania. Ta nowa ustawa zwiększyła znaczenie obowiązków w takim sensie, że nieletni musi coś zrobić. To jest takie zobowiązanie. W starej ustawie było to również, ale mało wyeksponowane. Jak sędzia wpadł na to, że można tak to robić, to robił. Te obowiązki są krótkie i skuteczne. Powinny być poddane sprawdzeniu nie tylko przez sąd, ale żeby kurator też mógł mieć w tym jakiś udział, żeby nie sami rodzice mieli to wykonać, ale osoba kuratora pośredniczyłaby w zrealizowaniu tego obowiązku" (kurator).

Z wypowiedzi badanych wynika, że osoby pracujące z młodzieżą, aby zapobiegać demoralizacji, powinny być nastawione elastycznie i reagować odpowiednio do problemu. W celu dokonania właściwej diagnozy powinny współpracować z innymi instytucjami zajmującymi się pracą z młodzieżą, aby zebrać jak najwięcej informacji na temat nieletniego, podjąć odpowiednie środki wychowawcze, adekwatne do jego niewłaściwego zachowania. Aby zapobiec kolejnym złym zachowaniom dzieci, powinno się wspierać zmiany, które następują po zastosowaniu właściwego środka wychowawczego.

2.15. Pojęcie demoralizacji

Zdefiniowanie pojęcia demoralizacji jest – zdaniem uczestniczących w badaniu – trudne. Wskazywano też, że to, co uznaje się za przejaw demoralizacji, jest zmienne w czasie.

„Ciężko jest to pojęcie zdefiniować po prostu".

„Definicji demoralizacji nie ma, bo ją wypracowuje samo życie" (sędzia).

„Oczywiście, inaczej społeczeństwo patrzyło na określone zachowania 20, 30 lat temu, a inaczej dzisiaj. To pojęcie jest zmienne. (…) Nie da się zdefiniować pojęcia demoralizacji raz na zawsze. Jest to pozostawione wyczuciu sędziego. (…) i zdrowemu rozsądkowi".

Kwalifikowanie zachowania jako przejawu demoralizacji zależy od okoliczności, a w szczególności od tego, czy było one powtarzane. Zwracano też uwagę, że trudna sytuacja nieletniego zawsze wymaga indywidualnego podejścia i oceny.

„Każdy przypadek powinien być przebadany indywidualnie i do oceny sądu musi pozostać kwestia, czy jest to przejaw demoralizacji czy nie".

„Jest to zachowanie, które nie jest powszechnie akceptowane, a wręcz naganne z punktu widzenia społecznego, nie ma cechy wyjątku, jest czymś powtarzającym się".

Praktycy wypowiadali się więc o ocenianiu występowania demoralizacji w sposób zbieżny z istotnymi wskazaniami nauki, dotyczącymi powtarzalności zachowań i indywidualnej oceny[25]. Wielu respondentów dostrzega zaletę w nieostrości tego pojęcia.

„Musi to pozostać niedookreślone, bo nikt nie byłby w stanie wymienić wszystkich przejawów demoralizacji".

[25] Więcej o nich: B. Czarnecka-Dzialuk, K. Drapała, *Przejawy demoralizacji jako podstawa działań*…, s. 241 n.

Ostateczna i zamknięta lista zachowań kwalifikowanych jako objawy demoralizacji nie ma, zdaniem respondentów, sensu. Ogólne wytyczne, wskazanie zagrożonych obszarów lub określenie najbardziej typowych przypadków jest sensowne i pomocne, nie powinno być jednak ograniczające.

„Tyle jest przejawów, ile spraw zakończonych stwierdzeniem demoralizacji przez sąd".

Określenie „demoralizacja" jest oczywiście pejoratywne i niekiedy zawiera większy ładunek znaczeniowy i emocjonalny, niż wskazywałaby na to sytuacja, której dotyczy. Część respondentów wolałaby, by zostało zmienione. Jednocześnie wiele osób jest do niego po prostu przyzwyczajonych, traktuje je jako termin techniczny i nie widzi potrzeby, by je zmieniać.

„Przyjęło się i funkcjonuje, nie ma sensu zmieniać. (…) Nie ma co się nad tym zastanawiać i dyskutować".

Respondenci podkreślają też, że słowo „demoralizacja" nie musi być używane w bezpośredniej rozmowie z nieletnim, któremu jego sytuację trzeba wyjaśniać bardziej opisowo, mówić o możliwych konsekwencjach zachowań.

Dyskutujący dostrzegają, że pojęcie demoralizacji jest źle odbierane przez rodziców nieletnich, którzy niekiedy nie rozumieją, czemu używa się go w odniesieniu do jednorazowego, nierozsądnego zachowania ich dziecka. Określenie „demoralizacja" odbierają jako ocenę osoby dziecka.

„Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich określa, co jest czynem karalnym, wymienia szereg artykułów, a pozostałe wykroczenia podpadają pod pojęcie demoralizacji i tak są kwalifikowane. Często się zdarza, że rodzice nie rozumieją tego co się dzieje, bo mamy sprawy, gdzie dziewczynka wybiega na przejście dla pieszych zza samochodu i prawie dochodzi do zdarzenia drogowego – jest to kwalifikowanie jako objaw demoralizacji. I przychodzą rodzice i pokazują, że dziecko ma celujące od góry do dołu, szereg dyplomów, że to dziecko nie jest zdemoralizowane. Rodzice nie rozumieją tego pojęcia".

2.16. Ocena funkcjonowania przepisów ustawy

Respondenci nie kwestionują uregulowań zawartych w obowiązującej ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich. Większość z nich uznaje ją za dobrą. Problem dostrzegają mniej w konkretnych przepisach, a bardziej w niedofinansowaniu instytucji i placówek, a więc i samych działań wychowawczych. Nie uważają, aby realizowanie przepisów ustawy wywoływało jakieś szczególnie negatywne konsekwencje.

Społeczny i prawny obowiązek powiadamiania o przejawach demoralizacji daje, według nich, szansę na wykrywanie problemu na jego początkowym etapie. Kłopotliwe są jednak sprawy błahe, szczególnie takie, które w sposób oczywisty wynikają ze zbiegu okoliczności, głupoty dziecka lub pomyłki. Respondenci podkreślają, że powiadomiona policja musi jednak nadać sprawie bieg. Zdaniem dyskutujących, pozasądowe rozpatrywanie spraw błahych przyniosłoby oszczędności, ale i pewne ryzyko.

„Każda sprawa, która jest nieuzasadniona, jest niepotrzebnym kosztem ekonomicznym, bo uruchamia całą machinę. (…) Ale jest część spraw, które mogłyby się skończyć poza sądem".

„Instytucje mają obowiązek, często nas informują na wyrost, zanim podejmą działania w ramach własnych kompetencji. To jest taki wentyl bezpieczeństwa".

„Policja nie może schować zawiadomienia do szuflady, widząc jego bezsensowność. Musi nadać sprawie bieg. To jest problem przepisów w sprawach nieletnich".

Z drugiej strony, badanie nawet spraw drobnych to niekiedy szansa postawienia szybkiej diagnozy.

„Zdarzały mi się takie sprawy, że dziecko wymusiło 20 groszy, niby nic, ale jak poszłam do niego, to się okazało, że są problemy, że zasadne jest dużo działań. (…) Najczęściej drobne przestępstwa są częścią pewnej większej całości. Pistacje, czy 20 groszy, to jest z jakiegoś powodu i tego powodu nie widać. (…) Wymuszenie rozbójnicze, niby 20 groszy, ale podstawą tego czynu jest przemoc. (…) Kwota tutaj nie ma znaczenia. Ciężar gatunkowy nie ma tak naprawdę znaczenia, czy to pistacje czy samochód. To znaczy, że coś jest z nim źle. Trzeba sprawdzić, czy dziecko miało świadomość tego, że popełnia błąd".

„Lepiej zbadać i później umorzyć, niż zostawić tak jak jest. Zdarza mi się nie wszczynać postępowania, ale sporadycznie. Nic nie może zostać bezkarne, nawet najdrobniejsza rzecz".

Poza tym, policja i sąd mogą zweryfikować, czy sprawa jest incydentalna i negatywne zachowania nie miały już wcześniej miejsca – nie każda instytucja ma taką możliwość.

Niektórzy respondenci dostrzegają ryzyko niewłaściwego kształtowania opinii publicznej poprzez nagłaśnianie spraw drobnych, skupiając się na ich kosztach społecznych i ekonomicznych. W ich odczuciu zajęcie się taką sprawą może skutecznie przeciwdziałać dalszej demoralizacji młodej osoby, co również warto sobie uświadamiać. W opinii niektórych nawet jednorazowe nieakceptowane zachowanie powinno prowadzić do konsekwencji, koniecznie adekwatnych. Ignorowanie sytuacji, w których młodzież łamie normy społeczne i przepisy prawa, wydaje się szczególnie niebezpieczne. Istnieje jednak problem stygmatyzacji kontaktem z sądem i policją.

Wielu badanych zdaje się pozostawać nieczułymi na doświadczenia dziecka, które w drobnej sprawia zderza się z wymiarem sprawiedliwości. Wielu uważa, że rzadko takie sprawy dotyczą zupełnie niewinnych. Ich zdaniem dla niezdemoralizowanych są dobrą nauczką i odwodzą ich ze złej drogi, a dla zdemoralizowanym sankcje są tym bardziej potrzebne. Przykłady spraw ewidentnie błahych, którym nadano nieadekwatnie poważny ton, często są przez te osoby traktowane jako przesadzone, nierealne.

Zdaniem większości badanych sąd jest najodpowiedniejszą instytucją do wydawania ostatecznych opinii i decyzji. Szeroki wachlarz środków wychowawczych daje mu duże możliwości reakcji odpowiedniej do sytuacji. Problemem bywają długie terminy do podjęcia takiej reakcji.

„Ustawa jest na tyle uniwersalna, że pozwala sądowi na wszechstronną ocenę sytuacji nieletniego i podjęcie działań ukierunkowanych na przeciwdziałanie demoralizacji. Takie jest założenie, żeby przywrócić nieletniego społeczeństwu. Żeby zrozumiał i nie popełniał takich czynów w przyszłości".

Według niektórych respondentów, społeczny obowiązek powiadamiania to raczej martwy przepis.

„Jest ten wstyd, że jak powiadomię odpowiednią instytucję, to od razu będę donosicielem. Nie będę realizatorem właściwym obowiązku społecznego, tylko będę donosicielem, tak jest. Mamy inną mentalność".

2.17. Co jest ważne w pracy z młodzieżą, która jest zagrożona demoralizacją lub ją przejawia?

„Trzeba być elastycznym, trzeba oceniać kompleksowo sytuację nieletniego, żeby odpowiedzieć na pytanie, czy jest zagrożony demoralizacją, czy nie jest".

„Najpierw ja pracuję z tym dzieckiem, z rodzicem, ze środowiskiem, w klasie, szkole… Jeżeli korzystam z instytucji – to działa też psycholog i poradnia, kurator zawodowy, który pogada z dzieckiem, żeby słyszało, że my mówimy jednym głosem. Policja i sąd to już są sankcje, ostateczność, to już jest porażka wychowawcza".

„To zależy. Środki wychowawcze dzielą się na dobre i złe – w sensie adekwatne i nieadekwatne do sytuacji wychowawczej i trzeba dobrać taki, żeby był skuteczny, żeby oddziaływał wychowawczo na nieletniego".

W praktyce poważną przeszkodą w dobrym i skutecznym przeciwdziałaniu demoralizacji jest niewystarczające zaplecze i wsparcie finansowe. Ośrodki wychowawcze są przepełnione i często bardzo oddalone od miejsca zamieszkania nieletniego.

Ważne są pewne wartości i postawa osób pracujących z młodzieżą. Respondenci podkreślają, że każdą sytuację należy oceniać indywidualnie, być elastycznym – korzystać ze swojego doświadczenia, ale nie popadać w rutynę, która sugeruje tezy przed postawieniem diagnozy. Nic nie zastąpi rozmowy i kontaktu, zarówno z nieletnim, osobami z jego środowiska, jak i z przedstawicielami innych instytucji. Nieletni, który czuje, że to jego zachowanie wywołało konsekwencje i poczuwa się do odpowiedzialności, chętniej podejmuje zobowiązania i je realizuje. Dobór odpowiednich środków wychowawczych to większa szansa na sukces i poprawę jakości życia młodych osób. Dokonana pozytywna zmiana powinna być wspierana przez pedagogów, psychologów, kuratorów i całe środowisko.

Problemem jest odbiór społeczny i wizerunek takich instytucji, jak sąd.

„Myślę, że to jest kwestia odbioru społecznego. To bardzo duży problem. Mimo, że mamy uprawnienia, studia, żeby z taką osobą pracować, to tu nie może być mowy o stygmatyzacji, nawet wielokrotnie sądzonego osobnika. Jest też kwestia wypalenia zawodowego, świadomości osób zajmujących się nieletnimi na różnych szczeblach. Na wszystkich poziomach zdarza się tak, że traktuje się osoby przedmiotowo, a nie podmiotowo. To jest ten problem. Gdybyśmy traktowali podmiotowo nieletniego, nie krzykiem, ale uświadomieniem, że popełnił coś złego, że jest tu kolejny raz, że za to grożą konsekwencje. Tego brakuje w środowisku. Jest też odbiór społeczny, że sąd się zajmuje duperelami. A nie ma informacji, że one mogą czymś za chwilę skutkować. Sąd nie ma za zadanie stygmatyzować, a rozpoznać sprawę i wydać orzeczenie, że czyn jednorazowy nieletniego nie nosi znamion demoralizacji, ale powoduje konkretne konsekwencje. I nie ma wtedy tej stygmatyzacji demoralizacją" (kurator).

2.18. Propozycje zmian

Respondenci częściej wspominali o zmianie systemu, czyli o poważniejszym podchodzeniu do problemu demoralizacji i o przeznaczaniu większych nakładów finansowych na przeciwdziałanie, niż o potrzebie zmiany uregulowań prawnych.

„Możemy zmienić ustawę, ale nie zmienimy sytuacji, jaką mamy. Instytucje są, ale nie są w stanie reagować od razu, bo nie mam miejsca w ośrodkach, nie

ma psychologów, pedagogów. W szkołach powinien być psycholog. Nie ma ludzi, którzy mogliby działać" (FGI, Lublin).

Propozycje zmian przepisów dotyczyły w szczególności:

- dookreślenia, że demoralizacja to nie incydentalne zachowanie, a powtarzające się, proces;
- środków tymczasowych: *„Wprowadzenie do środków tymczasowych z artykułu 26 ośrodka kuratorskiego, to jest natychmiastowa, realna i konkretna pomoc. Tego nie ma w środkach tymczasowych"* (sędzia);
- środków wychowawczych, *„Z punktu widzenia prawno-orzeczniczego, największą trudnością jest to, że katalog środków wychowawczych jest nieadekwatny do popełnianych przez nieletnich czynów i do sytuacji nieletnich. Należy postulować stworzenie katalogu precyzyjniejszego, adekwatnego, bardziej odwołującego się do warunków rodzinnych, do wydolności wychowawczej rodziców. Musimy spełniać rolę represyjną, ale przede wszystkim prewencyjną, opiekuńczo-wychowawczą"* (sędzia);
- rezygnacji z pojęcia i instytucji demoralizacji i reagowania w ramach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – rodzice jako odpowiedzialni za nieakceptowane zachowania młodzieży.

Większość respondentów zgadza się z poglądem, że definicja demoralizacji nie powinna być sztywno określona, lecz nieostra. Elastyczność służb i instytucji powinna pozostać na podobnym poziomie lub zwiększyć się.

„(…) «w szczególności», słowo klucz, które mówi, że demoralizacja to jest pojęcie nieostre, czyli możemy kwalifikować różne działania, różne zachowania. Nie wyobrażam sobie, żeby ustawodawca był w stanie określić numerus clausus, katalog zamknięty, przejawów demoralizacji".

„Wszędzie wytyczne, wszędzie procedury. To prowadzi do zbyt dużego sformalizowania. Brakuje elastyczności. Dajmy więcej możliwości sędziemu" (sędzia).

Kwestia zastąpienia terminu „demoralizacja" jakimś innym pozostaje dyskusyjna i nie ma co do tego zgody wśród badanych osób.

Sprawą dyskusyjną pozostaje również zmiana kompetencji policji i zwolnienie jej od obowiązku niezwłocznego powiadamiania sądu rodzinnego.

„Potrzebna by była zmiana w ustawie o policji, że w przypadkach mniejszej wagi policja, ochroniarze, mogą odstąpić od dalszych czynności po zwróceniu uwagi czy przeprowadzeniu rozmowy ostrzegawczej" (sędzia).

„Często przepisy są tak niejasne, że ludzie boją się podejmować decyzje. Większość moich kolegów policjantów, mimo doświadczenia, zanim coś zrobi, zadzwoni do mnie czy naczelnika pytając, co ma zrobić, bojąc się odpowiedzialności. Wygodniej jest im przelać odpowiedzialność na kogoś innego. Powoli się robi tak, że my się boimy zrobić źle, żeby nie ponieść konsekwencji, a przez to też nie działamy w wielu przypadkach. Ja się nie boję podejmować decyzji, więc działam. Uważam, że każdy przypadek jest inny i często można pominąć całą procedurę i sąd, dokumentując to odpowiednio, odpowiednio sporządzając notatkę, uzasadniając, że podjęta została taka decyzja, przeprowadzono rozmowę. Unikamy dodatkowych kosztów i czasu" (policjant).

Ważne jest wspieranie całego systemu reagowania na nieakceptowane zachowania nieletnich oraz poszukiwanie nowych rozwiązań, które nie tylko polegają

na pociąganiu nieletniego do odpowiedzialności, ale na pomocy w zmianie stylu życia. Ważne jest tworzenie realnych alternatyw dla niewspierającego środowiska rodzinnego i rówieśniczego – aktywne działania, tworzenie i rozwijanie zainteresowań.

„Wiele rzeczy jest nie do przeskoczenia. Istoty, czyli procesu wychowawczego nie zmienimy, on się toczy w oparciu o tę mizerię finansową państwa, tak jest" (FGI, Poznań).

„Jeśli mamy działać na korzyść młodych ludzi, to potrzeba trafnej diagnozy. Dobra diagnoza, na etapie współpracy, powinna być współpracą między instytucjami. Mam problem, to sama nie czekam i się z tym nie borykam, tylko mogę zadzwonić do kogokolwiek, kogo potrzebuję, na przykład dzielnicowego, który będzie służył mi pomocą, powie, czy rodzina jest dysfunkcyjna, mogę poprosić MOPS, pracownika socjalnego, kuratora".

Opinie respondentów na temat mediacji i jej zastosowania w przypadku osób zagrożonych demoralizacją były bardzo podzielone. Co ciekawe, wśród respondentów byli zdecydowani zwolennicy mediacji oraz nieprzekonani sceptycy. Mało było osób niezdecydowanych, ciekawych, chętnych dowiedzieć się więcej na ten temat.

Mediacja nie jest dla wszystkich zrozumiała – ludzie nie wiedzą, w jakich sprawach można ją zastosować, jak zapewnić realizowanie jej ważnych zasad, np. równości stron, jaka jest rola mediatora. Wątpliwości stanowiły raczej barierę w ocenie szans mediacji, nie zaś powód dociekań.

„Nieletni jest osobą niedojrzałą społecznie, psychicznie i osobowościowo, nie jest w stanie na poziomie pewnej świadomości poddać się takim oddziaływaniom. (…) Mediować może osoba dorosła, świadoma".

„Mediacja jest pojęciem bardzo modnym, ale w przypadku demoralizacji ja jej sobie nie wyobrażam. Przepraszam. Żeby mediować, musi być druga strona. Z kim ten nieletni, zdemoralizowany, ma mediować?" (sędzia).

Wśród respondentów (szczególnie w Lublinie) silnie była reprezentowana grupa osób zajmujących się mediacjami rówieśniczymi. Te osoby były absolutnie przekonane do mediacji i bardzo wierzyły w jej moc skutecznego i trwałego rozwiązywania konfliktów.

„Co nie jest zabronione, jest dozwolone. Po to robimy mediacje rówieśnicze, żeby podwyższyć świadomość prawną w szkołach i żeby zwrócić uwagę na samokształcenie, żeby organy przymusu państwowego działały tylko w ostateczności, w sytuacjach, kiedy inne środki zawodzą".

Mediację postrzegano jako szansę konstruktywnego zarządzania konfliktem.

„Mediacja to jest nadzieja, która pozwala nam zamienić łzy w uśmiech. Bez względu na to, z jakiego rodzaju konfliktem mamy do czynienia, to uważam, że przy dobrej woli zainteresowanych i udziale osoby trzeciej, która posiada określoną wiedzę i charyzmę, umiejętność takiego pokierowania rozmową i postępowaniem mediacyjnym, żeby ludzie sami potrafili rozwiązać swój konflikt, jest cenne. Jeżeli ja uczę tego młodzież, poprzez mediację rówieśniczą, to mam nadzieję, że w świecie dorosłym ludzie będą potrafili lepiej rozwiązywać swoje konflikty".

Mediacja może odegrać rolę przy reagowaniu na drobne sprawy poza sądem.

„Odgrywa to bardzo dużą rolę. Istotne są zagadnienia psychologiczno-socjologiczne. Policja, kierując nam materiały, nie ma takiej wiedzy czy predyspozycji do oceny i często bierze człowieka złość na to, co kierują. Potrafią skierować

ośmiolatka, który ukradł jeden cukierek o wartości 1,50 złotych. Czy my musimy się tym zajmować? Jestem wielkim zwolennikiem mediacji we wszystkich sprawach rodzinnych. Problem polega na tym, że mediacje w sprawach cywilnych są płatne. My mamy imperatyw moralny, żeby uprzedzać o potrzebie płacenia, ponoszenia kosztów i to powstrzymuje. Jeżeli mediacje, to bezpłatne, bo wtedy wielu ludzi się na nie zdecyduje. Wiele spraw nie powinno trafić do sądu. Nie są w ogóle wpisane w zakres kompetencji sądu ze względu na charakter" (sędzia).

3. Wnioski

Analiza dyskusji prowadzonych w trakcie badań, a także regulacji prawnych odnoszących się do problematyki reagowania na zachowania nieletnich, które mogą być kwalifikowane jako przejawy demoralizacji, ujawniła szereg problemów i kontrowersji. Te ostatnie dotyczyły przede wszystkim sposobu reagowania na incydentalne i błahe czyny nieletnich, na wykroczenia, kwestii potrzeby zmiany określania problemowego zjawiska zmiany.

Zgodnym poglądem dyskutantów i badaczy jest natomiast to, że niedomaga system zapobiegania zjawisku nieprzystosowania społecznego, które może prowadzić do zdemoralizowania młodych ludzi. Choć przeciwdziałanie demoralizacji jest wpisane w zadania wielu instytucji, co powinno wymuszać ich ścisłą współpracę, to niekiedy w praktyce brak jest mechanizmów je ułatwiających. Przy realizowaniu badania okazało się, że osoby działające w różnych instytucjach znają się i często ze sobą współpracują, jednak nie jest to codzienną zasadą. Dały się zauważyć pewne braki – na przykład na przekazywanie informacji (lub ich nieprzekazywanie) niekiedy mają wpływ własne interesy tych instytucji i ich punkt widzenia. Z powodu tego, że przyjmowane w nich procedury postępowania i przepisy czasem się na siebie nakładają, może dochodzić do nadmiernego reagowania albo do niepodejmowania właściwej decyzji i czasem do przekazywania nawet błahych spraw do sądu lub odwrotnie – nieujawniania sytuacji problemowych, w których reakcja sądu byłaby już konieczna. Badania akt spraw sądowych nieletnich o demoralizację, przeprowadzone w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w 2014 r., wykazały, że do sądu kierowano jednak również takie sprawy, w których chodziło o zachowanie jednorazowe, które zdarzyło się po raz pierwszy – dotyczy to zwłaszcza inicjacji alkoholowej, a w paru sprawach seksualnej. Sądy rodzinne najczęściej nie wszczynały bądź, po sprawdzeniu sytuacji wychowawczej nieletniego, umarzały postępowanie. Powstaje jednak pytanie, czy zawsze sąd musi „przyjrzeć się" kontekstowi sprawy, czy też należałoby najpierw zastanowić się, czy interwencja sądu będzie konieczna i reagować, np. poprzez rodziców, nauczycieli czy placówki poradnicze lub ochrony zdrowia. Warto przypomnieć, że ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich nie obliguje w sposób bezwzględny do informowania o przejawach demoralizacji w pierwszym rzędzie sądu. Wśród badanych spraw znalazło się kilka takich, w których nie można było wiązać popełnienia czynu z procesem demoralizacji.

Problemem jest określanie jako przejawu demoralizacji zachowań, które wypełniają znamiona wykroczeń nieuznawanych za czyny karalne oraz to, jak na takie zachowania reagować, a zwłaszcza, czy informacje o pewnych rodzajach takich zachowań lub zdarzeń zawsze muszą prowadzić do zajmowania się nimi przez sąd

rodzinny i jego organy pomocnicze. Wiązanie niektórych zachowań, będących wynikiem nieostrożności, niedojrzałości czy nieszczęśliwego wypadku, z pojęciem demoralizacji, łączonym z oceną osobowości w rozumieniu potocznym, jest niezrozumiałe dla nieletnich, ich rodziców i społeczeństwo. W tym kontekście należy zgłosić postulat sporządzenia wytycznych dotyczących podejmowania przez policję czynności w takich sprawach, skoro przepisy Zarządzenia Komendanta Głównego Policji nr 323 nie są wystarczająco jasne, choć wskazuje się w nich na to, że odpowiedzialność nieletnich za wykroczenia ma związek z demoralizacją i że pozwalają one na dokonywanie przez policję oceny celowości przekazywania informacji do sądu rodzinnego. Warto byłoby wyjaśnić motywy podejmowania takiej decyzji. *De lege ferenda* należałoby te okoliczności zawrzeć w odpowiednim przepisie, aby uniknąć dowolności przy podejmowaniu takiej decyzji.

Należy się także ustosunkować do piętnującego charakteru pojęcia demoralizacji. Co prawda duża część dyskutujących zwracała uwagę, że gdyby użyć jakiegoś innego terminu – jak nieprzystosowanie społeczne, niedostosowanie – też z czasem nabrałby on takiego charakteru. Byłby i tak kojarzony z negatywnymi okolicznościami dotyczącymi oceny osoby nieletniego lub jego zachowania. Gdyby tworzyć nowy termin na określanie takich spraw, można by rozważać użycie sformułowania spotykanego dość często w aktach spraw nieletnich – „o wgląd w sytuację wychowawczą nieletniego" w związku z przejawami mogącymi świadczyć o nieprawidłowej socjalizacji.

Przeanalizowania wymaga problem reagowania na drobne wykroczenia, a w szczególności, czy rzeczywiście wymagane jest kierowanie wszystkich takich spraw do sądu rodzinnego, zwłaszcza przez policję. Poglądy dyskutujących były tu niejednolite. Z jednej strony, mówiono o zbędnych kosztach i braku sensu angażowania sądu w takich sprawach, o niewykorzystywaniu przez instytucje, które skierowały sprawę do sądu, ich kompetencji, a z drugiej strony, podkreślano, że to sąd jest instytucją najbardziej predestynowaną do decydowania, czy wymagana jest interwencja w sprawie nieletniego.

Granice pomiędzy zapobieganiem demoralizacji, stanem zagrożenia nią i reagowaniem na jej przejawy są trudne do wytyczenia, zwłaszcza że trzeba oceniać je indywidualnie. Kompetencje odmiennych instytucji w tych różnych obszarach też są problematyczne, a ich nakładanie się na siebie i brak mechanizmów współpracy sprzyja sytuacji reagowania nadmiernego, niecelowego lub niewłaściwego, bądź jego braku.

Warto wspomnieć, że badania akt spraw sądowych o demoralizację również zwróciły uwagę na problematyczną kwestię, na podstawie jakich przepisów należy reagować na przejawy demoralizacji nieletnich, zwłaszcza gdy towarzyszą im informacje świadczące o nieprawidłowościach w funkcjonowaniu rodziny.

Dlatego należałoby podjąć wysiłek dopracowania niedoskonałych uregulowań prawnych, a także mechanizmów współdziałania różnych instytucji. Przede wszystkim jednak podejmowanie działań wobec konkretnych młodych ludzi powinno być wyważone, ukierunkowane na ich dobro, a nie na stosowanie przez instytucje abstrakcyjnie określonych przepisów i kompetencji. Pojawia się czasem poczucie, że młodych ludzi traktuje się surowiej niż dorosłych za nieakceptowane zachowania (zwłaszcza za wykroczenia). Tymczasem to osoby w tak młodym wieku usprawiedliwiać może niedojrzałość, niewiedza i niewykształcone jeszcze umiejętności

powstrzymania się od wybryków czy podejmowania ryzykownych zachowań i złych decyzji. Dlatego też najpierw reakcją powinny być oddziaływania rodziców, pedagogów, zaś angażowanie organów policji lub wymiaru sprawiedliwości powinno następować zwykle w dalszej kolejności, gdy te pierwsze nie przyniosą skutku.

W świetle wyników niniejszych badań, zarówno zapobieganie, przeciwdziałanie, jak i społeczna reakcja na przejawy demoralizacji to bardzo złożone problemy, wymagające kompleksowego, strategicznie przemyślanego podejścia, przewidującego procedury ścisłej i efektywnej współpracy między różnymi instytucjami.

Słowa kluczowe: demoralizacja; przejawy demoralizacji; przeciwdziałanie demoralizacji i nieprzystosowaniu młodzieży; reagowanie na zachowania nieletnich nieakceptowanie społecznie; współpraca między instytucjami – sąd rodzinny, policja, szkoła; ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Summary

Beata Czarnecka-Dzialuk, Katarzyna Drapała – *Controversies around reacting to signs of minors' demoralization. Practitioners' opinions*

This paper discusses the legal regulations concerning reactions with which young people meet when they behave unacceptably, especially the steps taken by family courts, the police and educational institutions, as well as governmental programs concerning the problems in question. It also presents the results of surveys aimed at learning about the opinions of practitioners who take measures in respect of unacceptable behaviours of children and youth about the applicable provisions and intervention methods, their correctness and consistency with the basic rules of procedure in minors' cases. As part of the qualitative study, three group interviews and seven individual in-depth interviews were conducted in three cities: Lublin, Poznań and Warsaw. The participants were family court judges, policemen, school educationalists and curators. Also an individual interview was conducted with a guard working in a big store.

The question concerned what socially unacceptable behaviours may be signs of demoralisation. It was considered whether all unacceptable behaviours of children and youth could be considered signs of demoralisation and whether recently there any new phenomena had been observed in this area. One of the topics was also the factors that contribute to the minors displaying socially unacceptable behaviours, how they should be reacted to, whether institutional intervention is always necessary and whether the applicable provisions facilitate cooperation between the institutions dealing with minors. There is also an analysis of whether the notion of demoralisation is appropriate, whether the applicable provision is sufficient and whether the Act on Proceedings in Minors' Cases should not be amended. A number of problems have been identified. The system of prevention of social maladjustment is ailing. Although counteracting demoralisation is among the tasks of many institutions, which should force them to cooperate closely, sometimes there are no practical mechanisms to facilitate it. Sometimes the own interests of those institutions and their points of view affect the provision (or lack of provision) of information. As their procedures and internal provisions sometimes overlap, there may be overreactions or wrong decisions may be taken, with sometimes trivial cases being referred to courts while the opposite may be true, problem situations where court reaction would be necessary not being revealed. An analysis is required, first and foremost, concerning the problem of reacting to small transgressions and certain behaviours, and in particular whether it is really necessary to refer all, even trivial, cases to the family court, especially on the part of the police in

cases of petty offences, because the Ordinance of the Chief Commander of the Police No. 323 is not sufficiently clear. In cases in which minors' behaviours result from recklessness, immaturity or unfortunate accidents, the reference to the notion of demoralisation, commonly understood as linked with an assessment of the personality, is incomprehensible for the minors, their parents and the public. There was stress on the stigmatising character of the notion of 'demoralisation', though with time any other term that might replace 'demoralisation' would probably also acquire such a character. Public response to the signs of demoralisation is a very complex problem, which requires a comprehensive and strategically well-considered approach, with procedures of close and efficient cooperation between the various institutions. Institutions' powers in these various areas are also problematic, while their overlaps and absence of cooperation mechanisms is conducive to situations of overreaction, inexpedient reaction, wrong reaction or lack of any reaction. It is difficult to draw boundaries between preventing demoralisation, the state of threat of demoralisation and reacting to its signs, especially that they need to be evaluated on a case-by-case basis.

Keywords: demoralisation; signs of demoralisation; counteracting demoralisation and maladjustment of youth; reacting to socially unaccepted behaviours of minors; cooperation between institutions – family court, police, school; Act on Proceedings in Minors' Cases.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Anna Więcek-Durańska*

Orzekanie i wykonywanie środka zabezpieczającego wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych

WPROWADZENIE

Celem niniejszego raportu jest przedstawienie polityki orzeczniczej sądów, jak również sposobów wykonywania orzeczonych środków zabezpieczających wobec sprawców, u których stwierdzono zaburzenia preferencji seksualnych. Badanie zostało zlecone przez Departament Wykonania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości.

Przepisy związane z systemem środków zabezpieczających zostały niedawno całkowicie przemodelowane[1]. Zgodnie z nowelizacją kodeksu karnego[2] dotychczasowe przepisy z rozdziału o środkach zabezpieczających począwszy od art. 92 do art. 100 zostały uchylone, a zastąpiły je nowe regulacje prawne zawarte w art. 93a–93g.

Analizowany w niniejszym opracowaniu przepis dotyczący stosowania środków zabezpieczających, określony w art. 95a § 1 k.k. – obowiązywał od roku 2010[3] do 2015[4]. Jego wprowadzenie poprzedzone było burzliwą debatą nie tylko w środowisku naukowym i prawniczym. Problematyka ta – niewątpliwie społecznie kontrowersyjna – była również szeroko komentowana w mediach. Największą uwagę przykuły rozwiązania polegające na wprowadzeniu farmakologicznej terapii obniżającej popęd płciowy sprawcy, zwanej również kastracją chemiczną.

Kwestia stosowania środków zabezpieczających wobec sprawców przestępstw o charakterze seksualnym wydaje się obecnie szczególnie ważna ze względu na fakt, iż od 2013 r., a więc 3 lata po wprowadzeniu tychże unormowań, zakłady karne opuścili już pierwsi sprawcy przestępstw o takim charakterze, wobec których na podstawie ówcześnie obowiązującego art. 95a § 1 k.k. (obecnie art. 93c § 3 k.k.) sąd orzekł umieszczenie w zakładzie zamkniętym lub podjęcie terapii w warunkach ambulatoryjnych.

---

* Mgr Anna Więcek-Durańska jest starszym specjalistą badawczo-technicznym w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości oraz doktorantką na Uniwersytecie Humanistycznospołecznym SWPS na kierunku psychologia.

1 K. Janczukowicz, *Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el. 2015.

2 Dz. U. 2015.396.

3 Ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589), która weszła w życie 8.06.2010 r.

4 Dz. U. 2015.396.

Analizie poddano zarówno orzekanie tego środka zabezpieczającego, jak i praktykę jego wykonywania. W szczególności zwrócono uwagę na zgodność stosowanych procedur z obowiązującymi regulacjami prawnymi, w tym także na utrudnienia w wykonywaniu niniejszego środka. W tak poważnych przestępstwach – godzących, bowiem w wolność seksualną osób pokrzywdzonych – nie można było pominąć roli ofiary w toczącym się postępowaniu karnym i wykonawczym, szczególnie że w większości przypadków są nimi osoby małoletnie. Istotna jest również kwestia traktowania sprawców, gdyż ze względu na charakter czynu, którego dokonali i zaburzenia, które wykazują, narażeni są oni na odwetowe reakcje nie tylko ze strony społeczeństwa, ale również ze strony organów ścigania i całego wymiaru sprawiedliwości.

1. Uregulowania prawne dotyczące wykonywania środka zabezpieczającego wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych

Jak już wspomniano, przepis dotyczący stosowania środków zabezpieczających wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych w obecnym brzmieniu wprowadzony został w lutym 2015 r., a obowiązuje od 1.07.2015 r. Aby móc lepiej uchwycić i zrozumieć proces tworzenia aktualnie obowiązujących przepisów w zakresie stosowania środków zabezpieczających, warto sięgnąć do początków ich powstawania. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, istotna i zasadnicza zmiana dotycząca wykonywania środków zabezpieczających nastąpiła 26.09.2005 r.[5] i była związana z wprowadzeniem do kodeksu karnego nowego środka zabezpieczającego, polegającego na umieszczeniu skazanego po odbyciu przez niego kary bezwzględnego pozbawienia wolności w zakładzie zamkniętym lub skierowaniu go na leczenie ambulatoryjne[6]. Środek ten mógł zostać orzeczony przez sąd w sytuacji, gdy:

- sprawca został skazany za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej,
- sprawca został skazany na karę bezwzględnego pozbawienia wolności,
- przestępstwo popełnione zostało w związku z zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym (innym jednak niż choroba psychiczna).

W literaturze podkreśla się jednak, że wprowadzone przepisy nie zostały poparte odpowiednimi zmianami w kodeksie karnym wykonawczym w części dotyczącej wykonywania środków zabezpieczających. Ów brak prawidłowych rozwiązań spowodował zamieszanie w kwestiach stosowania ww. środka i w praktyce uniemożliwił jego prawidłowe funkcjonowanie[7].

Aby doprecyzować sposoby wykonywania tego środka, jak również usunąć wątpliwości związane z jego warstwą interpretacyjną, zmodyfikowano treść art. 95a

[5] Jest to data wejścia w życie przepisu dodanego przez art. 1 pkt 12 ustawy z 27.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 163, poz. 1363).

[6] K. Postulski, *Nowe zasady wykonywania przez sąd środka zabezpieczającego określonego w art. 95a kodeksu karnego,* „Prokuratura i Prawo" 2010/10.

[7] Zob. J. Malec, *Problemy związane ze środkiem zabezpieczającym wobec sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej,* „Przegląd Więziennictwa Polskiego" 2006/50, s. 43; J. Warylewski, *Reakcja karna na przestępstwa seksualne*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego" 2007/54, s. 38.

§ 1 k.k. W rozdziale XIII kodeksu karnego wykonawczego dodano ponadto odpowiednie przepisy mające za zadanie regulację sposobu i trybu jego wykonywania.

Według art. 95a § 1 k.k. sąd mógł zastosować środek zabezpieczający wobec sprawcy, który:

- popełnił przestępstwo przeciwko wolności seksualnej,
- dokonał ww. czynu w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych,
- skazany został na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Sąd mógł orzec umieszczenie skazanego, po odbyciu kary pozbawienia wolności, w zakładzie zamkniętym lub skierować go na leczenie w warunkach ambulatoryjnych, w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej lub psychoterapii, aby zapobiec popełnieniu przez niego podobnego przestępstwa w przyszłości.

Orzeczenie o umieszczeniu takiego skazanego w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne mogło mieć charakter fakultatywny lub obligatoryjny.

Obligatoryjne zastosowanie środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zakładzie zamkniętym lub leczenia w warunkach ambulatoryjnych miało miejsce wtedy, gdy sprawca został skazany za przestępstwo określone w art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. W pozostałych przypadkach (gdy było to inne przestępstwo przeciwko wolności seksualnej) sąd, na podstawie istniejących przesłanek – bądź ich braku – podejmował decyzję o potrzebie zastosowania ww. środka.

Ustawodawca przewidział więc szczególną ochronę małoletnich poniżej 15. roku życia (art. 197 § 3 pkt 2 k.k.) oraz ofiar zgwałceń, w których sprawcą była osoba blisko spokrewniona – ojciec, brat, dziadek (art. 197 § 3 pkt 3 k.k.).

Artykuł 95a § 2 k.k. regulował natomiast kwestie związane z czasem dokonywania weryfikacji potrzeby zastosowania środka zabezpieczającego oraz sposobu jego wykonywania. Ustawodawca określił, że ustalenie takie ma być dokonywane w okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem skazanego lub wykonaniem przez niego kary w całości. W czasie tym sąd weryfikował potrzebę stosowania środka zabezpieczającego i jeżeli ją stwierdził, to zwracał się do Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej w Gostyninie w celu wydania opinii i wskazania miejsca, w którym orzeczony środek zabezpieczający miał być wykonywany (zarówno w warunkach izolacyjnych, jak i wolnościowych).

Również na tym etapie możliwa była zmiana sposobu wykonywania orzeczonego środka zabezpieczającego: sąd mógł zarządzić umieszczenie skazanego w zakładzie zamkniętym lub odwrotnie, orzec zmianę zakładu zamkniętego na leczenie w warunkach ambulatoryjnych.

Na późniejszym etapie, podczas wykonywania orzeczonego środka, również możliwa była zmiana sposobu jego wykonywania. Szczególna sytuacja miała miejsce, gdy skazany uchylał się od leczenia ambulatoryjnego – sąd mógł wtedy zarządzić umieszczenie w zakładzie zamkniętym. Nieco inna sytuacja dotyczyła tych sprawców, wobec których orzeczono zakład zamknięty – jeżeli istniały ku temu przesłanki, np. pozytywna prognoza dotycząca ich prawidłowego funkcjonowania w społeczeństwie (niskie ryzyko ponownego popełnienia podobnego przestępstwa), sąd mógł zmienić sposób wykonywania środka zabezpieczającego z izolacyjnego na leczenie ambulatoryjne.

Obecne rozwiązania dotyczące stosowania środków zabezpieczających, w tym również wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych, znalazły się w rozdziale X kodeksu karnego dotyczącym środków zabezpieczających w art. 93a–93g.

Novum stanowi umieszczenie wszystkich środków zabezpieczających w jednym katalogu. Zabieg ten miał na celu przede wszystkim ujednolicenie oraz uporządkowanie tych środków poprzez poddanie ich wspólnym zasadom stosowania[8]. Środki te bowiem, zdaniem ustawodawcy, służyć mają przede wszystkim zabezpieczeniu społeczeństwa przed zagrożeniem porządku prawnego przez sprawców, których nie można ukarać, lub takich, wobec których istnieje duże prawdopodobieństwo, iż pomimo ukarania w dalszym ciągu będą popełniać czyny niezgodne z prawem[9].

Według art. 93c k.k. środek zabezpieczający można orzec wobec sprawcy[10]:

- co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k.;
- w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 k.k.;
- w razie skazania za przestępstwo określone w art. 148, 156, 197, 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1 k.k. popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych;
- w razie skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX (przeciwko życiu i zdrowiu), XXIII (przeciwko wolności), XXV (przeciwko wolności seksualnej i obyczajności) lub XXVI (rodzinie i opiece) popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia;
- w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka.

Z punktu widzenia obowiązujących od lipca 2015 r. przepisów odnoszących się do środków zabezpieczających stosowanych wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych podkreślić należy, że szereg z nich nie stanowi *novum*, są to bowiem przepisy, które obowiązywały w odniesieniu do uchylonych już regulacji. Odnosi się to m.in. do czasu trwania orzeczonego środka. Zarówno uchylone, jak i obowiązujące uregulowania wskazywały, że są to środki orzekane bezterminowo ze względu na fakt, iż nie jest możliwe określenie z góry ich czasu trwania (art. 93d § 1 k.k.).

Rozszerzony został ponadto katalog przestępstw, za popełnienie których – w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych – zastosować można środek zabezpieczający o przestępstwa z art. 148 k.k. (zabójstwo) oraz art. 156 k.k. (spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu).

Nie uwzględniono natomiast czynów z katalogu przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności takich jak: art. 199 § 3, art. 200 § 3, art. 200a.

[8] K. Janczukowicz, *Kodeks karny. Omówienie zmian…*
[9] *Ibidem*
[10] Dz. U. 1997.88.553 ze zm.

201. 202 k.k. popełnionych w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Zauważyć należy, że – w myśl nowych przepisów – środek zabezpieczający można orzec wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych (według przytoczonego wcześniej katalogu przestępstw) niezależnie od tego, na jaką karę zostali skazani, a więc również wtedy, gdy nie skazano ich na karę pozbawienia wolności[11].

Zlikwidowano obligatoryjny charakter stosowania środków zabezpieczających w sprawach o przestępstwa z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k. Zmiana ta wydaje się korzystna, gdyż – jak wynika z poniższych ustaleń – środek ten stosowany był niekiedy wobec sprawców przestępstw niewykazujących zaburzeń preferencji seksualnych. Czyny pedofilne dokonywane były przez osoby spokrewnione (ojciec, dziadek), ryzyko ich powtórnego popełnienia było wysokie, lecz wynikało ono z uzależnienia sprawcy od alkoholu, a nie zaburzeń natury psychicznej.

Utrzymane zostało rozwiązanie, zgodnie z którym to sąd ustala potrzebę i możliwości wykonywania orzeczonego środka. Ustawodawca podkreślił jednak, że może to mieć miejsce nie wcześniej niż 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności (aktualnie art. 93d uchylony art. 95a § 2 k.k.).

Podtrzymana została zasada, że środek zabezpieczający, polegający na umieszczeniu sprawcy w zakładzie psychiatrycznym, może zostać uchylony, a w zamian zastosowane mogą być inne, łagodniejsze środki. Według nowych regulacji mogą to być: elektroniczna kontrola miejsca pobytu, terapia czy terapia uzależnień. Wprowadzono również możliwość orzeczenia wobec tego samego sprawcy więcej niż jednego środka zabezpieczającego (art. 93b § 4 k.k.).

Nowym rozwiązaniem jest możliwość orzeczenia środków zabezpieczających wobec sprawcy, który odbywa już karę pozbawienia wolności, lecz nie można tego zrobić wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym końcem kary lub warunkowym zwolnieniem (art. 93d § 3 k.k.). W zakresie stosowania środków zabezpieczających wprowadzono art. 93d § 6 k.k., w myśl którego, jeżeli zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego wskazuje, że zachodzi konieczność ponownego stosowania środków zabezpieczających, sąd – nie później niż w ciągu 3 lat od uchylenia tego środka – może ponownie orzec ten sam lub inny środek zabezpieczający.

Pozornie nowym rozwiązaniem wydaje się być wprowadzenie art. 93f k.k. Przepis ten jest jednak tylko zmodyfikowanym odpowiednikiem poprzednich unormowań odnoszących się do leczenia ambulatoryjnego. Ponadto na sprawcę nałożono obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce, w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie.

Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż w uchylonych już przepisach istniał zapis, według którego terapia farmakologiczna nie mogła zostać zastosowana wobec skazanych, których mogłaby narazić na utratę życia lub zdrowia (art. 95a § 1 k.k.

[11] Uzasadnienie projektu nowelizacji, dostępne na stronie: http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/strona/wp-content/uploads/2015/01/Druk-2393-wersja-pierwotna-uzasadnienie.pdf.

– uchylony). W aktualnych rozwiązaniach prawnych brak jest zaś jakiejkolwiek wzmianki na ten temat, co wydaje się istotnym uchybieniem.

W art. 93d § 4 k.k. ustawodawca mówi, że jeżeli wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności – niezależnie od jej wymiaru – orzeczone środki zabezpieczające (art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k.) stosuje się po odbyciu przez skazanego kary lub uzyskaniu przez niego warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Nowe jest wprowadzenie przepisu art. 93g § 3 k.k., według którego, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym.

Kwestie związane z kontrolą przebiegu oraz potrzeby dalszego stosowania środków zabezpieczających, w tym również wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych, weryfikuje się nie rzadziej niż co 6 miesięcy (a w praktyce raz na 6 miesięcy). Według art. 203 k.k.w. nie rzadziej niż co 6 miesięcy kierownik placówki, w której wykonywany jest środek, przesyła do sądu opinie o stanie zdrowia skazanego oraz o jego postępach w leczeniu lub terapii. Na podstawie przesłanej opinii, w myśl art. 204 k.k.w., sąd nie rzadziej niż co 6 miesięcy zobowiązany jest do orzekania w przedmiocie dalszego stosowania danego środka.

W znowelizowanych przepisach ustawodawca przewidział również możliwość żądania przez sąd w każdym czasie opinii o stanie zdrowia i stosowanym leczeniu lub terapii oraz jej wynikach w odniesieniu do sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym.

2. Placówki realizujące środki zabezpieczające wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych

Kluczową rolę w kierowaniu sprawców przestępstw seksualnych do odpowiednich placówek terapeutycznych w celu podjęcia przez nich lub kontynuowania procesu terapeutycznego (psychoterapeutycznego lub farmakoterapii) pełni Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej (zwany również w niniejszym opracowaniu Ośrodkiem). Został on utworzony na bazie Regionalnego Ośrodka Psychiatrii Sądowej w Gostyninie. Jego powstanie miało przede wszystkim na celu usprawnienie i przyśpieszenie procedury kierowania sprawców przestępstw seksualnych, u których stwierdzono zaburzenia preferencji seksualnych, do odpowiednich placówek lecznictwa ambulatoryjnego lub zamkniętego.

Główne zadania Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej określone zostały w art. 201 § 1a k.k.w. i koncentrują się wokół zagadnień związanych z orzecznictwem sądowo-seksuologicznym. Sąd, wykonując orzeczenie o zastosowaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1 k.k. – obecnie art. 93c pkt 3 k.k. – zwraca się o opinię do Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej o wskazanie zakładu zamkniętego lub placówki, w której sprawca ma odbywać leczenie w warunkach ambulatoryjnych. Opiniowanie dokonywane przez Ośrodek odbywa się w oparciu o jednorazowe badanie ambulatoryjne lub po przeprowadzeniu obserwacji psychiatrycznej w warunkach całodobowego pobytu szpitalnego.

Wskazanie miejsca wykonywania środka zabezpieczającego dokonywane jest na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu zakładów

zamkniętych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających orzeczonych wobec skazanych za przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, a także ich pojemności i warunków zabezpieczenia oraz rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu zakładów ambulatoryjnych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających orzeczonych wobec skazanych za przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej[12].

Rozporządzenie Ministra Zdrowia odnoszące się do zakładów zamkniętych określa wykaz oraz pojemność tychże placówek, z uwzględnieniem różnych poziomów zabezpieczenia. Wyróżnić można trzy stopnie zabezpieczeń: podstawowe, wzmocnione oraz maksymalne – ze względu na odpowiednie zaplecze techniczne (np. drzwi i okna wyposażone w urządzenia uniemożliwiające sprawcom samowolne opuszczenie zakładu; system monitoringu umożliwiający obserwację drzwi wejściowych, sal czy izolatek; teren otoczony gładkim murem, o wysokości co najmniej 5,5 metra itp.).

Wyodrębnione zostały 32 placówki przeznaczone do wykonywania środków zabezpieczających w warunkach zabezpieczenia podstawowego z łączną liczbą 659 łóżek na oddziałach ogólnopsychiatrycznych.

Dla każdego z województw wyznaczona została co najmniej 1 placówka, mająca za zadanie wykonywać środki zabezpieczające w warunkach podstawowego zabezpieczenia[13]. Na terenie województw, w których działał więcej niż jeden zakład tego typu, podziału obszaru działania dokonano w oparciu o powiaty będące miejscami zamieszkania skazanych.

W odniesieniu do placówek przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających w warunkach wzmocnionego zabezpieczenia przewidziano 14 takich zakładów, dysponujących łącznie 565 miejscami.

Interesujące jest to, że na terenie kilku województw (por. tabela 1) nie zostały wyznaczone przystosowane do tego typu działalności zakłady zamknięte, natomiast na terenie innych wyznaczonych zostało ich więcej niż jeden.

Ze względu na charakter zabezpieczeń oraz odpowiednią liczbę wykwalifikowanej kadry przygotowanej do pracy z „najtrudniejszymi przypadkami" wyznaczone zostały ponadto trzy zakłady psychiatryczne przeznaczone do wykonywania środków zabezpieczających w warunkach maksymalnego zabezpieczenia. Zakłady te pełnią również funkcje Regionalnych Ośrodków Psychiatrii Sądowej (ROPS) i dysponują łącznie 209 miejscami.

Podkreślić jednak należy, że przedstawione powyżej limity miejsc dotyczą wszystkich, wobec których zastosowano środek zabezpieczający w postaci zakładu zamkniętego, nie tylko tych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych.

W obrębie specjalistycznego lecznictwa wyodrębniono również placówkę przeznaczoną do wykonywania środków zabezpieczających dla kobiet. Jej obszar działania obejmuje cały kraj i dysponuje łącznie 35 miejscami.

W ramach wykonywania środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1 k.k. wyodrębniono 3 placówki przeznaczone do lecznictwa w warunkach zamkniętych z łączną liczbą 50 miejsc, mieszczące się w Kłodzku (20 miejsc),

[12] Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 15.11.2010 r. (Dz. U. Nr 230, poz. 1520 ze zm.); rozporządzenie Ministra Zdrowia z 15.11.2010 r. (Dz. U. Nr 230, poz. 1519 ze zm.).

[13] Wyjątek stanowi województwo zachodniopomorskie.

Starogardzie Gdańskim (20 miejsc) oraz Choroszczy (10 miejsc). Poniżej przedstawiono liczbę placówek przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających, pogrubiono te województwa, w których wyodrębniono zakłady odpowiadające również za lecznictwo osób z zaburzeniami preferencji seksualnych. Podkreślono natomiast te, w których możliwe jest lecznictwo w warunkach ambulatoryjnych.

Tabela 1
Zestawienie placówek wyznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających

Województwo	Rodzaj zakładu wg rodzaju zabezpieczeń					
	Podstawowe		Wzmocnione		Maksymalne	
	Liczba zakładów	Limit miejsc	Liczba zakładów	Limit miejsc	Liczba zakładów	Limit miejsc
Dolnośląskie	3	97	1	60	–	–
Kujawsko-pomorskie	1	24	0	–	–	–
Lubelskie	4	61	1	15	–	–
Lubuskie	3	41	1	50	–	–
Łódzkie	2	40	0	–	–	–
Małopolskie	1	30	1	50	–	–
Mazowieckie	4	95	1	35	1	64
Opolskie	1	20	2	50	1	75
Podkarpackie	1	20	2	110	–	–
Podlaskie	1	20	1	50	–	–
Pomorskie	2	40	1	50	1	70
Śląskie	3	65	3	95	–	–
Świętokrzyskie	1	30	0	–	–	–
Warmińsko-mazurskie	3	16	0	–	–	–
Wielkopolskie	2	50	0	–	–	–
Zachodniopomorskie	0	–	0	–	–	–
OGÓŁEM	**32**	**649**	**14**	**565**	**3**	**209**

Źródło: opracowanie własne na podstawie rozporządzenia Ministra Zdrowia z 15.11.2010 r. (Dz. U. Nr 230, poz.1520 ze zm.).

Ze względu na fakt, że wskazania odpowiedniej placówki lecznictwa zaburzeń preferencji seksualnych dokonuje Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej, rozporządzenie Ministra Zdrowia zawiera wykaz odpowiednich zakładów ambulatoryjnych zajmujących się tego typu lecznictwem.

Przewidziano 5 takich placówek działających na terenie: Gorzowa Wielkopolskiego, Choroszczy, Krakowa, Warty i Warszawy. W styczniu 2013 r.[14] dodano jeszcze 2 placówki: w Kłodzku oraz Gryficach.

[14] Dodane przez § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 4.01.2013 r. (Dz. U. poz. 51), które weszło w życie 29.01.2013 r.

3. Zaburzenia preferencji seksualnych

Ustawodawca, wprowadzając nowe przepisy odnoszące się do środków zabezpieczających dla sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, miał na uwadze ochronę szczególnego dobra, jakim jest wolność seksualna. Problem ten nabiera jeszcze większego znaczenia, jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, iż w większości przypadków środki zabezpieczające stosowane są wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych w postaci pedofilii.

W literaturze fachowej z dziedziny psychologii czy psychiatrii zaburzenia preferencji seksualnych nazywane są zamiennie parafiliami, dawniej stosowane były również pojęcia „dewiacji seksualnych", „perwersji" czy „zboczeń". Obecnie odchodzi się jednak od takiego nazewnictwa ze względu na jego duże zabarwienie negatywne.

Według definicji **zaburzenie preferencji seksualnych** jest rodzajem zaburzeń na tle seksualnym, w którym wystąpienie podniecenia seksualnego, a niekiedy nawet uzyskanie pełnej satysfakcji seksualnej, uzależnione jest od pojawienia się specyficznych cech obiektów oraz osób, wobec których to zachowanie jest skierowane.

Aby ukazać w pełni złożoność problemu, jaki stanowi przestępczość seksualna osób wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, warto odwołać się także do ich genezy. Jak się wskazuje w literaturze, nie ma jednego czynnika, który jest odpowiedzialny za powstawanie tego typu zaburzeń, najczęściej wymienia się wpływ zarówno czynników wrodzonych, jak i nabytych w procesie socjalizacji, szczególnie tych z wczesnego okresu dzieciństwa[15]. Po uformowaniu się stają się one względnie stałymi i trwałymi cechami danej osoby, choć – jak wskazują niektórzy autorzy – mogą one ulegać zmianie na różnych etapach życia jednostki i, co istotne, nawet w okresie późnej dorosłości[16].

Aby dokonać diagnozy zaburzeń preferencji seksualnych w sensie klinicznym, należy odnieść się do klasyfikacji ICD-10[17], w której szczegółowo opisano kryteria diagnostyczne oraz typy tych zaburzeń[18].

Dla rozpoznania zaburzeń preferencji seksualnych konieczne jest spełnienie trzech kryteriów diagnostycznych:

- osoba musi doświadczać nasilonego popędu i wyobrażeń seksualnych związanych z niezwykłymi przedmiotami czy cechami tychże osób;
- myśli czy odczucia związane z obiektem czy osobą powodują odczuwanie przez zaburzoną jednostkę dyskomfortu lub wręcz wystąpienie u niej cierpienia psychicznego, lecz nie powoduje to powstrzymania się od powtarzania tego typu aktywności;
- niezwykle istotne jest również kryterium czasu, według którego objawy muszą utrzymywać się przez co najmniej 6 miesięcy.

Zaprezentowana powyżej definicja pozwala na wyodrębnienie w sposób ogólny zaburzeń preferencji seksualnych. W jej obrębie wymienić można szereg szczegółowych typów zaburzeń preferencji w oparciu o specyfikę obiektu, wobec którego są one skierowane.

[15] L. Cierpiałkowska, *Psychopatologia*, Warszawa 2009, s.330–331.
[16] D. Skowroński, *Preferencje seksualne Polaków,* Poznań 2003.
[17] Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems). ICD-10 jest opracowanym przez WHO międzynarodowym systemem diagnozy i obowiązuje w Polsce od 1996 r.
[18] ICD-10,1998, s.124.

W niniejszym opracowaniu omówione zostaną trzy główne typy zaburzeń preferencji seksualnych, ze względu na fakt, iż to one charakteryzowały głównie badaną grupę sprawców przestępstw seksualnych, wobec których zastosowano środek zabezpieczający.

Pedofilia należy do zaburzeń preferencji seksualnych najczęściej diagnozowanych wśród sprawców przestępstw seksualnych. Aby dokonać jej rozpoznania, muszą być spełnione kryteria ogólne zaburzeń preferencji seksualnych (wymienione powyżej) oraz dwa dodatkowe kryteria szczegółowe:

- skłonność do aktywności seksualnej z dzieckiem lub dziećmi w wieku przed pokwitaniem[19] musi mieć charakter utrwalonej tendencji lub skłonności;
- osoba, u której jest ona diagnozowana, musi mieć co najmniej 16 lat i jest co najmniej 5 lat starsza od dziecka.

Wokół problematyki diagnozowania zaburzeń preferencji seksualnych (w tym pedofilii) istnieje sporo kontrowersji. Zwraca się uwagę, że problemy sprawiają już same kwestie definicyjne[20]. Po pierwsze, wątpliwości budzi użyte w definicji pojęcie „nasilonego popędu". Co bowiem w sytuacji, gdy sprawca wykazuje poziom seksualny poniżej normy lub w normie, lecz jest on każdorazowo związany ze szczególnym obiektem, z którym może go zrealizować, np. dzieckiem, zwierzęciem czy osobą nieprzytomną? Druga kontrowersja związana jest również z określeniem użytym w definicji i dotyczy faktu, iż osoba realizująca swój popęd np. z dzieckiem „odczuwa z tego powodu wyraźne cierpienie". Jak bowiem odróżnić, w sensie klinicznym, wyraźne cierpienie od niewyraźnego? Ponadto, jak się wskazuje w literaturze przedmiotu, sprawca, realizując swój popęd, zmierza do osiągnięcia zadowolenia (satysfakcji seksualnej), a negatywne skutki, których może doświadczać – choć w rzeczywistości nie musi – przychodzą niekiedy z czasem, np. gdy zostanie on złapany. Warto również zadać pytanie, co z osobami, które wykazują zaburzenia preferencji seksualnych, lecz akceptują je i nie odczuwają z powodu ich realizacji dyskomfortu, a tym samym nie odczuwają potrzeby ich zmiany.

Wypada również odnieść się do kwestii definicji szczegółowej pedofilii. Sygnalizuje się w niej, że aktywność seksualna z dzieckiem ma mieć charakter utrwalony lub dominujący. Poprzez utrwalony charakter aktywności rozumie się zaś, iż trwa ona przez dłuższy czas, a więc nie jest to zachowanie jednorazowe czy przypadkowe[21]. Natomiast jej dominujący charakter polega na tym, że zachowania dewiacyjne (np. pedofilne) w stosunku do wszystkich zachowań seksualnych danej osoby stanowią większość.

W odniesieniu do diagnozy pedofilii niezwykle ważne jest kryterium wieku obiektu seksualnego. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż nie chodzi tylko o wiek metrykalny dziecka, lecz o cechy jego budowy anatomicznej. Pojawienie się u dziecka cech dojrzewania płciowego (najczęściej owłosienie łonowe) powoduje utratę zainteresowania ze strony pedofila. Podkreślić należy także, że osoby wykazujące

[19] Pokwitanie, inaczej dojrzewanie płciowe – okres procesu dojrzewania u człowieka, w którym następuje rozwój cech płciowych. Nie ma jednego określonego wieku dla pokwitania. Średnio zaczyna się w wieku 9–14 lat, przy czym u dziewcząt rozpoczyna się nieco wcześniej niż u chłopców.
[20] P. Marcinek, A. Kapała, *Pedofilia w opiniowaniu sądowo-seksuologicznym*, „Seksuologia Polska" 2012/10/2.
[21] P. Marcinek, A. Kapała, *Pedofilia w opiniowaniu...*

zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii prowadzić mogą „normalne życie" i aktywność seksualną z dorosłymi partnerkami/partnerami.

Jedną z typologii pedofilii zaproponował K. Imieliński, który podzielił pedofilów na właściwych i zastępczych[22]. **Pedofile właściwi** według niego to tacy, którzy traktują dziecko jako pożądanego partnera seksualnego, natomiast **pedofile zastępczy** preferują kontakty seksualne z osobami dorosłymi, lecz ze względu na brak możliwości zaspokojenia swojego popędu z dorosłym obiektem, wybierają dzieci jako ich substytut.

Warto też dodać, że zaburzenia preferencji seksualnych rozpoznawane są zarówno u mężczyzn, jak i u kobiet, jednak ich diagnozowanie u kobiet, a szczególnie diagnozowanie pedofilii, jest dużo bardziej złożone. Ponieważ w analizowanej próbie spraw nie znalazła się ani jedna, w której sprawcą była kobieta, kwestie te nie będą tu szerzej omawiane.

Drugim typem zaburzeń preferencji seksualnych, pod względem częstości rozpoznania ich u sprawców przestępstw seksualnych, wobec których zastosowano środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. w niniejszych badaniach, były zaburzenia sadystyczne. **Sadyzm** charakteryzowany jest jako preferowanie aktywności seksualnej, podczas której druga osoba odczuwa ból, cierpienie czy upokorzenie. Jednocześnie taka forma aktywności seksualnej stanowi najważniejsze źródło pobudzenia. Jedną z odmian sadyzmu jest **raptofilia**, określana jako gwałcicielstwo. Zaburzenie to charakteryzuje się osiąganiem pełnego zaspokojenia seksualnego przez gwałcenie partnerów seksualnych[23]. Zaburzenia sadystyczne mogą mieć bardzo różny charakter – od symbolicznych (klapsy) aż po skrajne formy agresywnych zachowań przestępczych (zgwałcenia czy zabójstwa o podłożu seksualnym)[24].

Poza przedstawionymi wyżej głównymi zaburzeniami charakterystycznymi dla przestępców seksualnych, wobec których zastosowano środek zabezpieczający, polegający na poddaniu go leczeniu w zakładzie zamkniętym lub w warunkach wolnościowych, w badanej grupie pojawiły się zaburzenia takie jak ekshibicjonizm oraz frotteryzm. **Ekshibicjonizm** polega na powtarzającej się i utrwalonej tendencji w zachowaniu polegającej na okazywaniu narządów płciowych obcym, nieprzewidującym tego osobom – najczęściej kobietom lub dziewczynkom. W badanej grupie spraw osobami pokrzywdzonymi we wszystkich przypadkach tego typu były małoletnie dziewczynki. Drugi rodzaj zaburzeń – **frotteryzm**, inaczej nazywany ocieractwem, polega na dotykaniu lub ocieraniu się o ciało obcej osoby. Odbywa się to bez zgody drugiej osoby i ma na celu uzyskanie podniecenia seksualnego. Zaburzenie to dotyka głównie mężczyzn i uznawane jest za jedną z form ekshibicjonizmu[25].

Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że nadrzędnym celem stosowania środków zabezpieczających jest ochrona społeczeństwa przed sprawcami, którzy stwarzają zagrożenie. Drugim celem jest izolacja, a dopiero na trzecim miejscu wymienia się objęcie takich osób działalnością leczniczą[26].

---

[22] Cyt. za I. Pospiszyl, *Patologie społeczne,* Warszawa 2010, s. 252.
[23] Z. Lew-Starowicz, *Słownik encyklopedyczny. Miłość i seks,* Warszawa 1999.
[24] L. Cierpiałkowska, *Psychopatologia*, s. 330–334.
[25] *Słownik psychologiczny*, www.psychologia.apl.pl.
[26] J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki, *Niepoczytalność i psychiatryczne środki zabezpieczające. Zagadnienia prawno-materialne, procesowe, psychiatryczne i psychologiczne*, Warszawa 2013.

Programy lecznicze w ramach stosowanych środków zabezpieczających (art. 95a § 1 k.k.) adresowane są do osób dorosłych, które popełniły przestępstwo seksualne w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych lub wykazują zaburzenia pod postacią braku kontroli popędu seksualnego. Mogą być one realizowane zarówno w formie terapii indywidualnej, jak i grupowej (w zależności od koncepcji terapeutycznej). Leczenie może się odbywać zarówno w zakładach zamkniętych, jak i w placówkach lecznictwa ambulatoryjnego.

Głównymi celami w terapii przestępców seksualnych, niezależnie od zastosowanej strategii terapeutycznej, są[27]:

- nauczenie sprawców kontrolowania swoich zachowań seksualnych w taki sposób, aby mogli oni uzyskać zaspokojenie w granicach obowiązujących norm prawnych i moralnych;
- obniżenie ryzyka popełnienia kolejnych przestępstw o charakterze seksualnym.

Terapia sprawców przestępstw seksualnych jest procesem długotrwałym, wymagającym wieloletniego oddziaływania ze strony doświadczonych specjalistów. Zajęcia grupowe pozwalają terapeutom obserwować interakcje pomiędzy uczestnikami grupy. Podczas takich sesji następuje łatwiejsze uczenie się, grupa daje bowiem silne wsparcie podczas procesu zmiany oraz, co istotne, można zaobserwować intensywniejszy kontakt emocjonalny. Sesje indywidualne natomiast dają uczestnikom poczucie większej poufności oraz komfortu w kontaktach z terapeutą i powodują mniejszy poziom odczuwanego lęku[28].

Czas trwania terapii nie jest określany z góry, szacuje się go w każdym przypadku indywidualnie, m.in. ze względu na motywację skazanego do zmiany, poziom jego wglądu w problem, stopień osiągniętych celów cząstkowych terapii czy ocenę ryzyka recydywy[29].

Proces leczenia wspomagany jest niekiedy farmakologicznie, poprzez podawanie środków obniżających popęd seksualny. Mogą to być zastrzyki przyjmowane raz na kwartał lub tabletki dostosowywane indywidualnie do każdego przypadku. Przepisy przewidują stosowanie „farmakologicznej kastracji" do momentu zmniejszenia ryzyka powrotu skazanego na ścieżkę przestępczą – co dla wielu oznaczać może całe ich życie. Dla sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych danego rodzaju, np. pedofilia, sadyzm czy nieparafilne uzależnienie od seksu, przygotowuje się algorytm oraz kryteria konieczności interwencji farmakologicznej.

Jako pomocnicze kryteria konieczności zastosowania farmakoterapii wymienia się:

- wysoką częstotliwość zachowań dewiacyjnych;
- patologicznie wysoki poziom testosteronu;
- intensywne masturbacje lub ciągłe niechciane fantazje na temat obiektów seksualnych;
- kolekcjonowanie pornografii, oglądanie pornografii z osobami podobnymi do ofiar, trwanie tych zachowań pomimo wskazówek do ich zaprzestania;
- wysoki poziom pobudzenia na bodźce dewiacyjne.

[27] P. Marcinek, A. Peda, *Leczenie sprawców przestępstw seksualnych – kompleksowy program terapii,* „Psychoterapia" 2010/3 (154), s. 49–57.
[28] K. Fenik, *Terapia sprawców przemocy seksualnej*, „Niebieska Linia" 2002/3.
[29] P. Marcinek, A. Peda, *Leczenie sprawców*…, s. 49–57.

Na podstawie zebranych informacji ocenia się stopień nasilenia objawów (lekki, umiarkowany, ciężki, katastrofalny) oraz wybiera odpowiedni sposób interwencji od najbardziej łagodnego – bez farmakoterapii, tylko z psychoterapią, po najsilniejszy – z pełną terapią farmakologiczną[30].

W literaturze przedmiotu można spotkać się z opinią, że przymusowe leczenie zaburzeń preferencji seksualnych, w szczególności pedofilii, nie przynosi zamierzonych efektów. Podkreśla się również, że nawet farmakologiczne obniżanie popędu seksualnego, bez zmiany jego ukierunkowania, nie daje oczekiwanych rezultatów. Nawet chirurgiczna kastracja dorosłych mężczyzn nie wygasza ich popędu seksualnego, zakodowanego w ośrodkowym układzie nerwowym poprzez dotychczasowe doświadczenia[31]. Przeciwnicy stosowania chirurgicznej kastracji wobec przestępców seksualnych zwracają uwagę na kwestie etyczne wprowadzenia takich rozwiązań prawnych, jak również na konsekwencje zdrowotne dla osób poddanych takiemu zabiegowi. Wskazuje się bowiem, że poza utratą popędu seksualnego osoby tracą też chęć i motywację do działania, nie potrafią myśleć strategicznie. Zmienia się również ich skóra i sylwetka, a ponadto procesy związane ze starzeniem się przebiegają w przyspieszonym tempie.

Długoletnia izolacja sprawcy od społeczeństwa (potencjalnych ofiar) również nie przynosi zamierzonych efektów, bowiem wymierzona kara dobiega kiedyś końca, a osoby takie po wyjściu z zakładu karnego charakteryzują się poczuciem doznanej krzywdy oraz niską samooceną, co w efekcie raczej przyśpiesza – a nie eliminuje – zachowania przestępcze[32]. W literaturze wskazuje się, że powrotność do przestępstwa sprawców przestępstw seksualnych po odbyciu kary pozbawienia wolności wynosi około 80%. Dlatego też najskuteczniejszą metodą ochrony potencjalnych ofiar jest nauczenie samego sprawcy kontrolowania swoich zachowań. W prowadzonych oddziaływaniach terapeutycznych uczy się sprawcę odczuwania empatii, przejmowania odpowiedzialności za dokonane czyny i skupiania się na krzywdach wyrządzonych ofiarom. Sprawcy przestępstw seksualnych – jak podkreśla się w literaturze przedmiotu – charakteryzują się tendencją do traktowania swoich ofiar przedmiotowo, przez co nie są w stanie identyfikować się z nimi oraz współczuć im[33].

Niezwykle ważne są również narzędzia, dzięki którym można dokonywać pomiaru ryzyka recydywy przestępców seksualnych. Pomimo prowadzonych prac nad stworzeniem czy adaptacją do warunków polskich takich narzędzi, brak jest niestety jednego ogólnie przyjętego miernika, który mógłby być wykorzystywany przez specjalistów na poziomie opiniowania w sprawach karnych czy wykorzystywany w placówkach penitencjarnych i ośrodkach zajmujących się lecznictwem tego typu zaburzeń[34].

---

[30] P. Marcinek, A. Peda, *Leczenie sprawców…*, s. 49–57. P. Marciniak, A. Peda, *Terapia sprawców przestępstw seksualnych w warunkach izolacji więziennej*, „Seksuologia Polska" 2009/nr 7 (2), s. 60.

[31] J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym. Podręcznik dla lekarzy i prawników,* Toruń 2005, s. 297–300.

[32] K. Fenik, *Terapia sprawców…*

[33] M. Dziadosz, *Terapia poznawczo-behawioralna w resocjalizacji sprawców przestępstw seksualnych*, „Probacja" 2013/3.

[34] L.A. Craig, K.D. Browne, *Metody oceny ryzyka recydywy przestępstw seksualnych*, „Dziecko Krzywdzone, Teoria, badania, praktyka", 2007/18.

4. Statystyczny obraz orzekanych środków zabezpieczających

Aby uzyskać pełniejszy obraz stosowania środków zabezpieczających wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, warto odnieść się do rzeczywistego rozmiaru ich stosowania. Od momentu wejścia w życie art. 95a § 1 k.k. w obecnym jego brzmieniu, tj. od 2010 do 2014 r., niniejszy środek zabezpieczający orzeczono jedynie 74 razy. Z czego w nieco ponad połowie przypadków (38) orzeczono zakład zamknięty, a w 36 – leczenie ambulatoryjne. Poniżej przedstawiono szczegółowe zestawienie liczbowe prawomocnych orzeczeń na podstawie art. 95a k.k. w poszczególnych latach.

Orzeczenie ww. środka zabezpieczającego nie jest równoznaczne z faktycznym jego zastosowaniem, gdyż – jak już wspomniano w pierwszej części niniejszego opracowania – 6 miesięcy przed końcem kary lub przed planowanym warunkowym przedterminowym zwolnieniem sprawcy sąd weryfikuje, czy nadal istnieje potrzeba zastosowania orzeczonego środka zabezpieczającego.

Tabela 2
Prawomocne orzeczenia na podstawie art. 95a § 1 k.k.

	OGÓŁEM	Zakład zamknięty	Leczenie ambulatoryjne
2010	5	4	1
2011	14	3	11
2012	16	7	9
2013	19	13	6
2014	20	11	9

Źródło: opracowanie własne na podstawie Sprawozdania Ministerstwa Sprawiedliwości MS–10r oraz MS–10o za lata 2010–2014.

Poniżej przedstawiono dane statystyczne, z których wynika, że w latach 2010–2014 wobec żadnego ze sprawców, u których rozpoznano zaburzenia preferencji seksualnych i orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., nie zastosowano warunkowego przedterminowego zwolnienia. Wszyscy ci skazani (26 osób) odbyli kary w całości, z czego w 5 przypadkach sąd orzekł o braku potrzeby zastosowania orzeczonego w wyroku środka zabezpieczającego, w pozostałych 21 przypadkach taką potrzebę podtrzymano.

Tabela 3
Liczba skazanych zwolnionych z zakładu karnego, wobec których w wyroku orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k.

	OGÓŁEM	Koniec kary	Warunkowo przedterminowo zwolnieni	W tym sąd orzekł o potrzebie zastosowania środka
2010	1	1	0	0
2011	6	6	0	6
2012	4	4	0	4
2013	10	10	0	8
2014	5	5	0	3

Źródło: opracowanie własne na podstawie Sprawozdania Ministerstwa Sprawiedliwości MS–10r oraz MS–10o za lata 2010–2014.

5. Metodologia badania

Na wstępie podkreślić należy, że niniejsze badanie przeprowadzone zostało w czasie od lutego do maja 2015 r., kiedy obowiązywały regulacje prawne dotyczące środków zabezpieczających sprzed lipca 2015 r. Zgromadzony materiał empiryczny obejmował sprawy, w których – na podstawie obowiązującego wtedy art. 95a § 1 k.k. – zastosowano środek zabezpieczający wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych. Dlatego też w prezentowanym raporcie z badań aktowych zachowano nazewnictwo i odniesienia do przepisów prawnych obowiązujących w analizowanym okresie.

Przeprowadzone badanie polegało na analizie orzekania i wykonywania środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1 k.k. na podstawie informacji zawartych w aktach sądowych (głównych i wykonawczych).

Jak już wcześniej wspomniano w rozdziale drugim, umieszczenie w zakładzie zamkniętym lub skierowanie do leczenia ambulatoryjnego jest środkiem stosowanym wyjątkowo rzadko. W ubiegłym pięcioleciu sądy orzekały środki zabezpieczające na podstawie art. 95a § 1 k.k. jedynie 74 razy. Dlatego też zwrócono się do Wydziału Statystyki w Departamencie Sądów, Organizacji i Analiz Wymiaru Sprawiedliwości MS o wskazanie sądów rejonowych i okręgowych, w których zapadły prawomocne postanowienia o zastosowaniu środka zabezpieczającego określonego w art. 95a § 1 k.k.

Na podstawie otrzymanych informacji o sądach, w których zapadły takie orzeczenia, zwrócono się do prezesów tychże sądów o przesłanie zarówno akt spraw głównych, jak i wykonawczych.

Do analizy akt sądowych przygotowany został kwestionariusz ankiety, na który nanoszono stosowne informacje zawarte w aktach.

Charakterystyka otrzymanego materiału badawczego

Otrzymano odpowiedzi z 12 sądów okręgowych[35] oraz 16 rejonowych[36]. Łącznie przesłano 43 sprawy, z czego 1 została wyłączona, gdyż nie dotyczyła badanego zagadnienia – wobec sprawcy orzeczono środek zabezpieczający, ale na podstawie art. 94 k.k., polegający na umieszczeniu w zakładzie psychiatrycznym w związku z tym, że stwarzał on zagrożenie dla życia i zdrowia innych osób.

Analizie poddano łącznie 42 sprawy karne (akta główne i wykonawcze), co stanowi około 57% wszystkich spraw, w których orzeczono środek zabezpieczający. Pozostałe sprawy nie zostały przesłane do wglądu, głównie ze względu na toczące się postępowania wykonawcze – np. opiniowanie Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej. W jednej ze spraw trwał proces o ułaskawienie, natomiast część spraw przekazana została do innych sądów ze względu na toczące się równolegle postępowania w innych sprawach.

Analizowano informacje dotyczące sprawcy czynu oraz jego ofiary ze względu na specyfikę zastosowanego środka zabezpieczającego oraz charakter popełnionego

[35] SO w Białystoku, SO w Częstochowie, SO w Gdańsku, SO w Kaliszu, SO w Katowicach, SO w Łodzi, SO w Olsztynie, SO w Opolu, SO w Świdnicy, SO w Tarnobrzegu, SO w Tarnowie, SO w Zielonej Górze.

[36] SR w Dębicy, SR w Gryficach, SR w Jeleniej Górze, SR w Kaliszu, SR w Kędzierzynie Koźlu, SR dla Krakowa-Nowej Huty, SR w Nysie, SR Poznań-Grunwald i Jeżyce, SR Szczecin-Centrum, SR w Tarnowie, SR dla Warszawy-Woli, SR w Wieliczce, SR w Wieluniu, SR we Wrześni, SR w Zabrzu, SR w Zambrowie.

czynu. Zebrano dane o 41 sprawcach (w analizowanej grupie spraw jeden sprawca miał w obrębie badanych 5 lat orzeczone 2 środki zabezpieczające w 2 różnych sprawach) oraz o 136 osobach pokrzywdzonych.

Do przeprowadzanych obliczeń wykorzystany został program statystyczny do analizy danych SPSS.

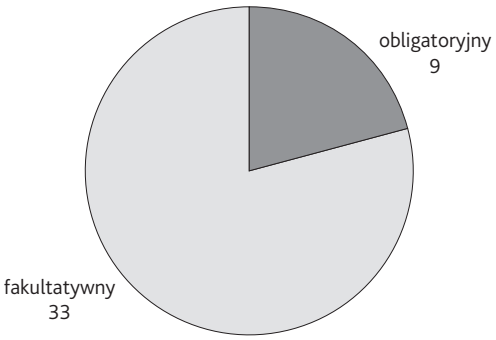
6. Wyniki analizy empirycznej

Zgromadzony materiał badawczy pozwolił na scharakteryzowanie zarówno sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, jak i osób pokrzywdzonych tego typu czynami. Dokonano analizy postępowań karnych oraz sposobów wykonywania orzeczonego środka zabezpieczającego. Wiele uwagi poświęcono zwłaszcza kwestiom budzącym pewne niejasności lub zastrzeżenia. Poniżej przedstawiono rezultaty badania aktowego. Ze względu jednak na fakt, iż dysponowano 42 sprawami, uzyskany materiał empiryczny analizowany był przede wszystkim pod kątem jakościowym. Wyniki prezentowane są zarówno w formie procentowej, jak i w liczbach bezwzględnych.

6.1. Czyn

Jak już wspomniano wcześniej, środek zabezpieczający określony w art. 95a § 1 k.k. może być zastosowany wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych. Może mieć on charakter obligatoryjny lub fakultatywny. W analizowanej grupie spraw tylko w 9 przypadkach orzeczony środek miał charakter obligatoryjny (1/5 spraw), gdyż sprawcy zostali skazani na podstawie art. 197 § 3 pkt 2, a w jednym przypadku – art.197 § 3 pkt 2 oraz 3 k.k. Wobec pozostałych sprawców (33) sąd, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego oraz opinii biegłych w sprawie, zdecydował, że istnieje potrzeba zastosowania środka zabezpieczającego po opuszczeniu przez sprawcę zakładu karnego.

Wykres 1
Charakter zastosowanego środka zabezpieczającego (liczby bezwzględne)



Otrzymany materiał empiryczny można podzielić ze względu na kwalifikację prawną czynu. Dominowały przestępstwa obcowania płciowego z małoletnim – art. 200 § 1 k.k. (48%) oraz zgwałcenia z art. 197 § 1–3 k.k. (41%). Fakt ten

związany był poniekąd z typem zaburzeń preferencji seksualnych i w rezultacie rodzajem dokonanego przez sprawcę czynu. Szczegółowy rozkład zastosowanych kwalifikacji prawnych przedstawiono w tabeli 4.

Tabela 4
Kwalifikacja prawna czynów

	liczba	procent
art. 200 § 1 k.k.	20	47,6
art. 197 § 1–3 k.k.	17	40,5
art. 197 § 1–3 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.	3	7,1
art. 202 § 4a k.k.	1	2,4
art. 200 § 2 k.k.	1	2,4
OGÓŁEM	**42**	**100,0**

Charakterystykę sposobu działania sprawców wypada rozpocząć od liczby dokonanych przez nich przestępstw. Podkreślenia wymaga przy tym fakt, iż liczby te odnoszą się wyłącznie do czynów, za które dany sprawca został skazany. Zdarzały się bowiem sytuacje, w których przyznawał się on do dokonania czynów polegających na innych czynnościach seksualnych z małoletnimi, lecz ze względu na upływ czasu nie było możliwości ustalenia konkretnej liczby osób pokrzywdzonych, a także dokładnego czasu i miejsca czynu[37]. Jest to istotne, gdyż cechą charakterystyczną tych sprawców było to, że ze względu na wykazywane przez nich zaburzenia preferencji seksualnych kontynuowali oni swoją działalność przestępczą do chwili zatrzymania ich przez policję. Na podstawie zgromadzonego materiału empirycznego z dużą dozą prawdopodobieństwa można więc stwierdzić, że gdyby do tego nie doszło, swoją działalność przestępczą by kontynuowali.

W większości spraw (23 przypadki) sprawca został zatrzymany po dokonaniu pierwszego przestępstwa. Pojęcie pierwszego przestępstwa należy jednak traktować bardzo umownie[38], ponieważ większość sprawców karana była już wcześniej za podobne przestępstwa o charakterze seksualnym, a dokonany czyn był pierwszym po poprzednim skazaniu i – najczęściej – po opuszczeniu zakładu karnego. W 6 przypadkach sprawca popełnił 2 przestępstwa, w 4 przypadkach – 3, a w 2 przypadkach – 4. Zdarzali się jednak pojedynczy sprawcy, którzy dokonali odpowiednio: 8, 15, 18 i 20 przestępstw.

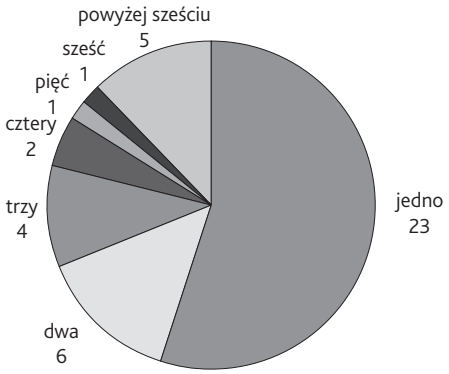
Na podstawie zebranego materiału empirycznego dokonano charakterystyki i typologizacji czynów z uwzględnieniem rodzaju zaburzeń seksualnych sprawcy oraz sposobu jego działania w celu zaspokojenia swojego popędu seksualnego.

Pierwszą grupę spraw nazwano czynami raptofilnymi, drugą natomiast pedofilnymi. Grupy te zostały wyodrębnione ze względu na rodzaj zaburzeń preferencji

[37] Sprawca to 23-letni mężczyzna, skazany z art. 197 § 1 i 3 k.k. za zgwałcenie czterech dziewczynek. W toku prowadzonej sprawy przyznał się do molestowania seksualnego kolejnych trzech dziewczynek, gdy przebywał w domu dziecka. Ze względu na upływ czasu nie udało się jednak ustalić danych osób pokrzywdzonych, gdyż uzyskały one pełnoletniość i nie przebywały już w placówce.

[38] W tym kontekście trzeba również pamiętać o kwestii tzw. ciemnej liczby przestępstw, która w przypadku tych czynów wydaje się niemała.

Wykres 2
Liczba popełnionych przestępstw (liczby bezwzględne)



seksualnych, na które cierpiał sprawca, oraz charakterystykę osób pokrzywdzonych. W zbiorowości czynów pedofilnych wyodrębniono dodatkowo trzy podgrupy ze względu na cechy charakterystyczne ofiar. Podgrupy te nazwano: czynami pedofilnymi kontaktowymi i czynami pedofilnymi pośrednimi, czynami homoseksualnymi i heteroseksualnymi oraz czynami mieszanymi.

Czyny raptofilne (7 przypadków) – charakteryzowało to, iż osobami pokrzywdzonymi były w nich najczęściej pełnoletnie kobiety, a sprawca nie wykazywał zaburzeń preferencji seksualnych pod postacią pedofilii. Nawet jeżeli w grupie tej znalazły się małoletnie dziewczęta, to ich wybór podyktowany był dostępnością, a nie specyficznymi cechami związanymi z wyglądem fizycznym. Czyny z tej grupy charakteryzowało również to, iż sprawca i ofiara nie znali się. We wszystkich przypadkach wybór osoby pokrzywdzonej dokonany został w sposób przypadkowy. Oto kilka przykładowych opisów działania sprawców:

„Sprawca wychodził wieczorami z domu, przemieszczał się po mieście pieszo lub nocnym autobusem po to, aby wyszukać kobiety, które samotnie wracały do domu. Gdy zauważył taką ofiarę podążał za nią, a gdy nadarzała się dogodna sytuacja (odosobnione lub odludne miejsce) napadał i gwałcił."

„Sprawca w godzinach wieczornych lub nocnych napadał na młode dziewczyny. Zawsze posiadał przy sobie nóż, gdy nadarzała się sytuacja np. dziewczyna wchodziła sama do klatki schodowej czy do windy terroryzował ją nożem grożąc pozbawieniem życia lub okaleczeniem doprowadzając w ten sposób do poddania się innej czynności seksualnej."

„Sprawca wielokrotnie dokonał zgwałceń kobiet. Początkowo w godzinach wieczornych lub nocnych wyszukiwał kobietę, która wydawała mu się atrakcyjna np. ze względu na figurę, czy ubiór a następnie podążał za nią i onanizował się. Jeżeli doprowadził się do wytrysku to nie atakował, jeżeli jednak nie zdążył zaspokoić się seksualnie to napadał na ofiarę i dokonywał jej zgwałcenia. Bywało, że jednej nocy mężczyzna dokonywał nawet trzech zgwałceń."

Czyny pedofilne (35 przypadków) – charakteryzowało to, iż pokrzywdzonymi były osoby małoletnie, poniżej 15. roku życia. W grupie tej były zarówno sprawy, w których sprawca i ofiara nie znali się, jak i przypadki, w których sprawca i ofiara

byli spokrewnieni (np. sprawcą był ojciec lub dziadek) lub znali się (sprawca był np. nauczycielem, trenerem drużyny czy przyjacielem rodziny). W grupie tej wyodrębniono po pierwsze czyny pedofilne kontaktowe i pośrednie.

Czyny pedofilne kontaktowe (27 spraw) – tę grupę czynów charakteryzowało to, iż sprawca, aby zaspokoić swój popęd seksualny, dokonywał jakiejś czynności z małoletnim. Mógł to być akt seksualny lub inna czynność seksualna. W ww. aktywność seksualną zaangażowany był zarówno sprawca, jak i jego ofiara (celowo pominięte są tutaj kwestie zgody osoby pokrzywdzonej, gdyż wszystkie one były w wieku poniżej 15. roku życia, a kwestie wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody na aktywność seksualną dziecka w wieku 3, 5 czy nawet 10 lat nie budzi raczej niczyjej wątpliwości). Poniżej przytoczono przykładową charakterystykę takich spraw:

„Sprawca przez prawie pół roku molestował seksualnie dwie siedmioletnie dziewczynki. Dziewczynki były sąsiadkami ciotki sprawcy. Mężczyzna pod nieobecność ciotki zapraszał dziewczynki do mieszkania pod pretekstem rozmowy czy pokazania czegoś ciekawego. Gdy przebywali sami początkowo obnażał się przed nimi i masturbował się z biegiem czasu jednak przestało mu to wystarczać i przy pomocy zastraszania doprowadzał dziewczynki do innych czynności seksualnych."

Czyny pedofilne pośrednie (8 przypadków) – tę grupę czynów charakteryzowało to, iż sprawca w sposób bezpośredni nie skrzywdził ofiary, pomiędzy nim a osobą pokrzywdzoną nie dochodziło do żadnego kontaktu bezpośredniego. Sprawcy najczęściej wystarczało samo patrzenie na dziecko (z pewnej odległości lub z bliska), rozmowa z dzieckiem o zabarwieniu seksualnym, oglądanie zdjęć pornograficznych czy filmów z udziałem dziecka lub wreszcie wykonywanie własnoręcznie zdjęć jego obnażonym częściom ciała. Cechą charakterystyczną działania sprawcy było to, iż nie dążył on do bezpośredniego rozładowania napięcia seksualnego z udziałem dziecka. Do rozładowania takiego dochodziło w wyniku czynności autoerotycznych np. podczas oglądania (samodzielnie wykonanych) fotografii lub właśnie w obecności dziecka. Poniżej przedstawiono opis jednej ze spraw:

„Sprawca pod pretekstem przeprowadzenia sesji zdjęciowej czy castingu do filmu zwabiał dziewczynki w ustronne miejsca, gdzie je fotografował. Początkowo robił kilka zdjęć w ubraniu następnie prosił o zdjęcie przez dziecko odzieży. Dziewczynki najczęściej wykonywały polecenia a sprawca po zrobieniu zdjęć szybko oddalał się z miejsca zdarzenia lub gdy sytuacja miała miejsce z dala od miejsca zamieszkania dziecka odprowadzał je do domu. Mężczyzna nie upubliczniał ani nie przekazywał innym osobom zrobionych zdjęć. Wykorzystywał je sam jak podkreślał robił to po to, aby nie krzywdzić dzieci. Cechą charakterystyczną jego działania było to, iż zawsze posiadał przy sobie aparat fotograficzny, aby móc wykonać zdjęcia, gdy taką potrzebę poczuł."

Takie działanie charakterystyczne było dla tych sprawców, którzy karani byli już wcześniej za przestępstwo obcowania płciowego z małoletnim. W trakcie pobytu w zakładzie karnym byli oni najczęściej poddawani terapii dla sprawców przestępstw seksualnych, dlatego można przypuszczać, że w pewnym zakresie kontrolowali je i przekierowywali tak, aby nie zrobić fizycznej krzywdy dziecku. W tej grupie spraw znaleźli się również sprawcy, którzy po raz pierwszy popełnili taki czyn. Jak się wskazuje w literaturze z dziedziny psychiatrii, nie wszyscy sprawcy zdają sobie od razu sprawę z rodzaju preferencji seksualnych, jakie ich charakteryzują. Niekiedy wychodzi to na jaw po wielu latach prawidłowego funkcjonowania w rolach społecznych

(zgodnego z normami prawnymi i moralnymi). Jak wskazuje K. Imieliński[39], tego typu zachowania mogą również przybierać na sile. Początkowo sprawcy, w celu osiągnięcia zaspokojenia płciowego, mogą wystarczać same zdjęcia czy wyobrażenia np. kontaktu seksualnego z dzieckiem. Następnie mogą pojawiać się sytuacje, w których sprawca sam będzie szukał pretekstu, aby patrzeć np. na roznegliżowane dzieci, a w końcu mogą się pojawić dążenia do odbycia faktycznego aktu seksualnego z dzieckiem.

Drugi podział czynów pedofilnych przebiegał ze względu na płeć osoby pokrzywdzonej. Mogły to być sprawy **homoseksualne** (11 przypadków), które charakteryzowało to, iż sprawca dokonywał molestowania wyłącznie chłopców; **heteroseksualne** (23 przypadki), w których osobami pokrzywdzonymi były dziewczynki oraz ich **postać mieszana** (2 sprawy), gdzie osobami pokrzywdzonymi były dzieci do 12. roku życia – bez względu na płeć.

Poniżej przedstawiono przykłady charakteryzujące poszczególne kategorie spraw.

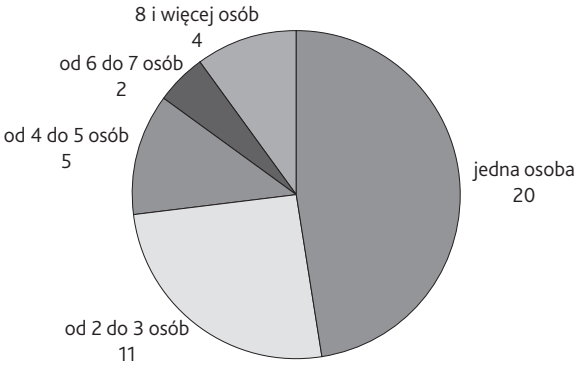
„Sprawca ściągał z Internetu materiały z męską i dziecięcą pornografią. Przy pomocy portali społecznościowych nawiązywał kontakty z małoletnimi chłopcami przedstawiając się, jako dwunastolatek prowokował rozmowy na tematy związane z seksem oraz namawiał do robienia i przesyłania mu zdjęć narządów płciowych."

„Sprawca podążał za małoletnimi dziewczynkami wracającymi do domu, wyszukiwał takie osiedla, w których było wysokie budownictwo i bardzo często związana z tym potrzeba skorzystania z windy. Gdy dziewczynka znajdowała się już w windzie ze sprawcą zatrzymywał on dźwig i przy pomocy groźby zabicia doprowadzał ją do czynności seksualnych."

Postać mieszana była stosunkowo najrzadziej obserwowana wśród analizowanych spraw i w badanej grupie dotyczyła tylko 2 przypadków, w których sprawca był osobą spokrewnioną (ojciec). W obu sprawach, oprócz zaburzeń preferencji seksualnych, u sprawcy rozpoznano również uzależnienie od alkoholu.

W ponad połowie spraw (55% – 22 przypadki) pokrzywdzona została 1 osoba. W pozostałych 19 sprawach ofiar było co najmniej 2, a w skrajnych przypadkach 7, 8, 9 a nawet 18 i 20 (wykres 3). Stwierdzić więc można, że w tych przypadkach działanie sprawcy, ze względu na rodzaj zaburzeń, charakteryzowała powtarzalność zachowań aż do momentu ujawnienia przestępstwa.

Wykres 3
Liczba osób pokrzywdzonych (liczby bezwzględne)



[39] K. Imieliński, *Seksiatria*, t. 2, Warszawa 1990, s. 198.

Cechą charakterystyczną analizowanych spraw, w których sprawcy wykazywali zaburzenia preferencji seksualnych, było to, iż wszystkie czyny dokonane zostały przez nich indywidualnie. Żaden ze sprawców nie działał w grupie ani w porozumieniu z inną osobą.

6.2. Charakterystyka sprawców

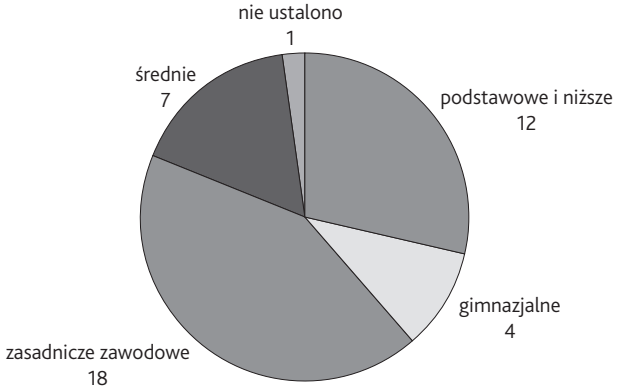
Ze względu na powagę oraz specyfikę spraw, w których wobec sprawców orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. (umieszczenie w zakładzie zamkniętym w celu odbycia terapii lub/i farmakoterapii lub skierowanie na leczenie w warunkach ambulatoryjnych) analizie poddano także ich dane demograficzne oraz psychospołeczne. Interesujące bowiem wydaje się, kim są sprawcy tego typu czynów, jakie role społeczne i zawodowe pełnią oraz czy zaburzenia preferencji seksualnych pozwalają im na zgodne z normami społecznymi i prawnymi funkcjonowanie w społeczeństwie. Na te pytania starano się odpowiedzieć w trakcie analizy dokumentacji zawartej w poszczególnych sprawach, w szczególności zaś: opinii psychologicznych, psychiatrycznych oraz seksuologicznych, wywiadów środowiskowych, zeznań sprawców oraz świadków.

We wszystkich sprawach objętych niniejszym badaniem sprawcami byli mężczyźni. W większości byli oni w stanie wolnym (33 osoby), z czego: 28 to kawalerowie, 4 było rozwiedzionych, a 1 był wdowcem. Pozostali (9 osób) w chwili czynu pozostawali w formalnych lub nieformalnych związkach z partnerkami.

Co interesujące, większość sprawców (30 osób, co stanowi nieco ponad 70%) nie posiadało dzieci. W grupie tzw. czynów pedofilnych odsetek ten był jeszcze wyższy i wynosił około 86%, co oznacza, że 30 na 35 sprawców czynów pedofilskich nie posiadało potomstwa.

Pod względem wykształcenia najliczniejszą grupę stanowili skazani, którzy mieli wykształcenie zasadnicze zawodowe (18 osób), drugą co do wielkości zbiorowością byli ci, którzy zakończyli edukację na poziomie szkoły podstawowej lub gimnazjalnej (łącznie 16 osób). Najmniej liczną grupą byli sprawcy, którzy mieli wykształcenie średnie (7 osób; pełny rozkład wykształcenia przedstawiono na wykresie 4).

Wykres 4
Wykształcenie sprawców (liczby bezwzględne)



Analiza materiału empirycznego dotyczącego statusu społeczno-ekonomicznego sprawców przestępstw seksualnych z zaburzeniami preferencji seksualnych wskazuje, iż pochodzą oni z różnych grup społecznych, tj. np.: uczniowie, nauczyciele, rolnicy czy emeryci. Podkreślenia wymaga jednak fakt, iż prowadzona analiza dotyczyła spraw, w których sprawcy zostali ujawnieni, osądzeni a następnie na mocy prawomocnego wyroku sądu zastosowano wobec nich środek zabezpieczający w postaci leczenia w warunkach izolacyjnych lub ambulatoryjnych. W zbiorowości tej najliczniejszą zaś grupę (53%) stanowiły osoby aktywne zawodowo i prawidłowo funkcjonujące w pozostałych rolach społecznych – w 2 przypadkach jednocześnie studiujące.

Tabela 5
Status społeczno-ekonomiczny sprawców

Status	Liczba	Procent
Uczeń	3	7,2
Osoba bezrobotna	15	35,7
Prace dorywcze	8	19,1
Praca na etat, część etatu	11	26,2
Rolnik	2	4,8
Emeryt, rencista	3	7,2
Nie ustalono	1	2,4
Ogółem	**42**	**100,0**

W 2 przypadkach sprawcy wykazujący zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii ze względu na profil swojego wykształcenia czy zainteresowania zajmowali się działalnością wolontaryjną polegającą na pracy z dziećmi i młodzieżą. W pierwszym przypadku sprawca zajmował stanowisko asystenta trenera boksu, wykorzystując w ten sposób swoją przewagę molestował chłopców z drużyny sportowej. W drugim przypadku natomiast sprawca związany był z działalnością sportową i religijną – pełnił funkcję lektora w kościele i trenera w lokalnej drużynie sportowej. W obu przypadkach działanie sprawców było zbliżone i polegało na wyszukiwaniu chłopców cichych i nieśmiałych, pochodzących z mniej zamożnych rodzin, angażujących się w działalność sportową lub religijną (ministranci). Mężczyźni początkowo swoim zachowaniem budowali zaufanie u chłopców, poprzez kupowanie drobnych rzeczy, takich jak chipsy czy słodycze lub nawet drogich prezentów w postaci sprzętu sportowego czy markowych ubrań. Gdy mężczyźni zbudowali już pewien rodzaj zależności czy przywiązania, wykorzystywali swoją przewagę emocjonalną i fizyczną wobec małoletnich, jak również ufność ich rodziców, którzy od osób związanych z instytucjami religijnymi czy oświatowymi nie spodziewali się żadnych zagrożeń. Jeden ze sprawców w badanej sprawie już wcześniej miał orzeczony zakaz pracy z młodzieżą, lecz – ze względu na brak weryfikacji tego faktu – nadal prowadził taką działalność.

Pomimo że sytuacje takie w analizowanej grupie spraw były bardzo rzadkie, to warto zasygnalizować, iż obowiązujące przepisy prawa nie nakładają ani

na instytucje oświatowe, ani na osoby ubiegające się o pracę w ww. placówkach obowiązku weryfikacji kwestii uprzedniej karalności. Niektóre placówki zajmujące się pracą z dziećmi czy młodzieżą korzystają z tego typu rozwiązań, prosząc z własnej inicjatywy o przedstawienie stosownej dokumentacji. Konieczne więc wydaje się uregulowanie tych kwestii w przyszłości.

W literaturze przedmiotu zwraca się też uwagę na kwestie zdrowia sprawców przestępstw seksualnych, wskazując, iż pewne deficyty związane z niepełnosprawnością czy z innymi problemami natury somatycznej mogą powodować, iż sprawca nie jest w stanie nawiązać prawidłowych relacji z potencjalnym partnerem seksualnym. Kwestia ta nabiera szczególnego znaczenia w kontekście zaburzeń preferencji seksualnych pod postacią pedofilii, które mogą niekiedy przybierać formę zastępczą. Oznacza to, iż sprawca ma wykształcone prawidłowe wzorce zachowań seksualnych, lecz na skutek niemożności nawiązania prawidłowych relacji z dorosłą osobą, jako partnerem seksualnym, wybiera inny, niezagrażający „obiekt", którym jest dziecko. Eliminuje w ten sposób towarzyszący mu lęk przed odrzuceniem, wyśmianiem czy niesprostaniem oczekiwaniom partnera/partnerki.

W analizowanej grupie spraw w większości przypadków sprawca był zdrowy (55%), w jednym przypadku była to osoba niepełnosprawna fizycznie (mająca problemy z kręgosłupem), w siedmiu przypadkach sprawcy byli upośledzeni umysłowo. Niemalże co czwarty sprawca leczył się z powodu jakiejś przewlekłej choroby (HIV, gruźlica, nerwica, problemy z sercem, sarkoidoza, rozedma płuc, zapalenie wątroby typu C, problemy z nerkami).

Tabela 6
Stan zdrowia sprawców

	Liczba	**Procent**
Zdrowy	23	54,8
Niepełnosprawność fizyczna	1	2,4
Niepełnosprawność umysłowa	7	16,7
Przewlekła choroba	10	23,8
Nie ustalono	1	2,4
Ogółem	**42**	**100,0**

Istotna jest również kwestia inteligencji sprawców. Nie jest ona wprawdzie traktowana jako bezpośredni korelat przestępczości, zalicza się ją jednak do czynników stanowiących predyspozycje do tego typu zachowań, a więc takich, które same nie prowadzą bezpośrednio do przestępstwa, lecz „ułatwiają powstanie bezpośrednich pobudek dokonania czynu"[40]. W przypadku osób upośledzonych, panuje pogląd, że posiadają one cechy psychiczne, które powodują, że łatwiej jest im wkroczyć na drogę przestępczą. Może to wynikać z faktu, iż osoby takie mają poważne trudności w zinternalizowaniu obowiązujących w społeczeństwie norm prawnych czy moralnych, najczęściej też charakteryzuje je niedojrzałość społeczna i emocjonalna.

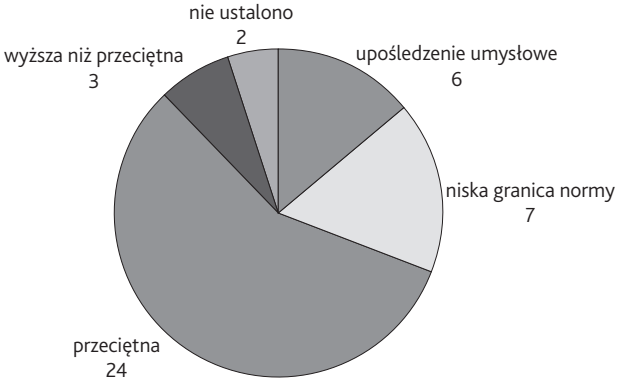
[40] M. Sitarczyk, *Nieletni sprawcy zabójstw. Sylwetki psychologiczne*, Lublin 2005, s. 43.

W grupie spraw poddanych analizie większość sprawców charakteryzował przeciętny poziom inteligencji (57%), u 3 stwierdzono inteligencję wyższą niż przeciętna (były to osoby w trakcie studiów wyższych), natomiast w 1 przypadku poziom inteligencji nie został ustalony. U niemalże co trzeciego sprawcy stwierdzono obniżony poziom intelektualny lub upośledzenie umysłowe (w 7 przypadkach upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim oraz w 7 niska norma – granica upośledzenia umysłowego). Dokładny rozkład uzyskanych wyników prezentuje wykres 5.

Poziom intelektualny sprawcy jest również istotny ze względu na ustalenie poczytalności w chwili popełniania czynu. Kwestie te uregulowane są w art. 31 k.k., który mówi, iż nie popełnia przestępstwa osoba, która z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie może w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim zachowaniem. Jeżeli w czasie dokonywania przestępstwa zdolność do rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem była ograniczona w stopniu znacznym, ustawodawca przyjął, że sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary.

Przytłaczająca większość badanych sprawców była poczytalna w chwili czynu (36 osób, co stanowi 86% ogółu). W 6 przypadkach (14%) sprawcy mieli ograniczoną poczytalność, z czego 3 w nieznacznym stopniu oraz 3 w stopniu znacznym.

Wykres 5
Inteligencja sprawców (liczby bezwzględne)



Przepisów o wyłączeniu poczytalności i jej ograniczeniu nie stosuje się wobec sprawców, którzy wprowadzili się w stan odurzenia, gdyż mogli oni przewidzieć skutki działania środków psychoaktywnych (najczęściej alkoholu lub narkotyków). Jak się podkreśla w literaturze, powszechnie znany jest zespół objawów psychicznych i fizycznych działania alkoholu na organizm człowieka i dlatego sytuacje określa się raczej mianem upicia alkoholowego zwykłego[41].

Większość badanych sprawców nie pozostawała w chwili czynu pod wpływem środków psychoaktywnych (60%). W 2 przypadkach kwestia ta nie została w sprawie rozstrzygnięta. W literaturze zwraca się uwagę, iż zarówno alkohol jak

[41] J. Heitzman, *Szczególne postacie upić alkoholowych w orzecznictwie sądowo-psychiatrycznym*, „Alkoholizm i Narkomania" 1992, jesień–zima.

i narkotyki mogą pełnić rolę odhamowującą w genezie zachowania przestępczego. Spożycie alkoholu powoduje bowiem osłabienie funkcji kontrolnych oraz ujawnienie się tłumionych w procesie dojrzewania oraz socjalizacji tendencji do zachowań agresywnych czy dewiacji seksualnych[42]. Co trzeci zaś badany sprawca w trakcie popełniania czynu był pod wpływem działania środków psychoaktywnych (w 14 przypadkach alkoholu oraz w jednym narkotyków). Szczegółowy rozkład odnoszący się do pozostawania pod wpływem środków psychoaktywnych zaprezentowano w tabeli 7.

Tabela 7
Przestępstwo popełnione pod wpływem środków psychoaktywnych

	Liczba	**Procent**
Sprawca pod wpływem środków psychoaktywnych – alkohol	14	33,3
Sprawca pod wpływem środków psychoaktywnych – narkotyki	1	2,4
Sprawca nie używał środków psychoaktywnych	25	59,5
Nie ustalono	2	4,8
Ogółem	**42**	**100,0**

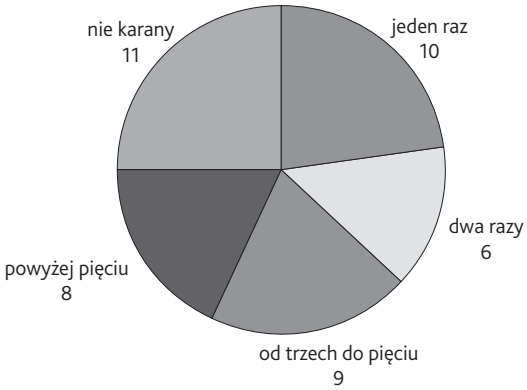
Podkreślenia wymaga również fakt, iż w analizowanej grupie sprawców (38%) nieco ponad 1/3 była uzależniona od środków psychoaktywnych, z czego we wszystkich 16 przypadkach od alkoholu, a w 3 również od narkotyków. Kwestia uzależnienia od alkoholu jest niezwykle istotna, gdyż alkoholizm zaburza i utrudnia późniejsze oddziaływanie i pracę ze sprawcą, jego terapię i przygotowanie do życia na wolności. Oczywiście trudno jest określić jednoznacznie, czy uzależnienie od alkoholu i związane z tym zmiany w osobowości były przyczyną zachowań przestępczych tej frakcji badanych, w wyniku odhamowania, kontrolowanych wcześniej, zachowań i preferencji. U części z nich bowiem uzależnienie od alkoholu mogło być skutkiem zaburzeń preferencji seksualnych. Dla sprawców niemogących poradzić sobie z odczuwanymi emocjami i nieakceptowanymi popędami, alkohol pełnił początkowo zastępczą rolę w tłumieniu tychże odczuć. W zbiorowości osób uzależnionych od środków psychoaktywnych (16 przypadków) tylko 4 osoby podejmowały wcześniej próby leczenia uzależnienia, zakończone niepowodzeniem.

Interesujące wyniki ujawniła analiza wcześniejszą karalność sprawców. Prawie 3/4 sprawców (31 osób), wobec których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., było wcześniej karanych. Co czwarty karany był wcześniej 1 raz (11 osób), a co siódmy 3 razy (6 osób). 1/3 sprawców była wcześniej co najmniej 3 razy skazana, a rekordziści karani byli odpowiednio: 7-krotnie (1 osoba), 8-krotnie (1 osoba) oraz 10-krotnie (2 przypadki). Rozkład uzyskanych w tej mierze wyników prezentuje wykres 6.

Analizując uprzednią karalność badanych, podkreślić należy, iż w większości przypadków (23 na 31, co stanowi 75%) odpowiadali oni już wcześniej za przestępstwa seksualne. Najczęściej były to czyny polegające na seksualnym wykorzystaniu małoletniego (art. 200 k.k.) – 15 przypadków oraz zgwałcenia (art. 197 k.k.) – 5 przypadków.

[42] J. Przybysz, *Psychiatria sądowa…*

Wykres 6
Uprzednia karalność sprawcy (liczby bezwzględne)



W 3 przypadkach sprawca skazany był wcześniej zarówno za zgwałcenia, jak i za wykorzystywanie seksualne dziecka. W 16 przypadkach uprzednia karalność sprawców związana była wyłącznie z przestępstwami seksualnymi, można więc wnioskować, iż zasadniczą rolę w genezie ich przestępczości odegrały właśnie zaburzenia preferencji seksualnych (por. tabela 8). W pozostałych przypadkach badani skazywani byli zarówno za przestępstwa o charakterze seksualnym, jak i za inne czyny, np. rozboje, udział w bójce lub pobiciu czy jazdę samochodem pod wpływem alkoholu lub bez odpowiednich uprawnień.

Tabela 8
Uprzednia karalność sprawców według rodzaju czynu

	Liczba	Procent
Przestępstwa o charakterze seksualnym	23	74,2
– w tym również inne rodzaje przestępstw niemających charakteru seksualnego	7	22,6
Przestępstwa inne niż seksualne	8	25,8
Ogółem	**31**	**100,0**

Uzyskane wyniki nasuwają więc pytanie: czy możliwa była wcześniejsza reakcja systemu wymiaru sprawiedliwości w celu zapobieżenia popełnianiu przez badanych dalszych przestępstw? Większość sprawców, wobec których zastosowano środek zabezpieczający, była już bowiem wcześniej karana za podobne przestępstwa seksualne, a więc miała styczność z wymiarem sprawiedliwości i różnego rodzaju procedurami opiniowania i diagnozowania. W niniejszym badaniu nie było jednak możliwe odtworzenie informacji dotyczących wcześniejszego opiniowania przez biegłych zaburzeń preferencji seksualnych. Zasadny jednak wydaje się postulat, by w przypadkach wykorzystania seksualnego dziecka, dokonywano wcześniej weryfikacji, czy sprawca nie wykazuje zaburzeń preferencji seksualnych pod postacią pedofilii, aby móc podjąć odpowiednie kroki zabezpieczające i lecznicze – już w trakcie wymierzania i odbywania kary za takie przestępstwa.

W niniejszym badaniu analizowano materiały związane z leczeniem psychiatrycznym sprawców oraz ich ewentualnymi zaburzeniami osobowościowymi

i seksualnymi. W całej zbiorowości ponad połowa sprawców (22 osoby, co stanowi 52%) podejmowała wcześniej próby specjalistycznego leczenia (psychologicznego, psychiatrycznego czy seksuologicznego). W 18 przypadkach (43%) takie próby nie były podjęte, w 2 sprawach natomiast nie było możliwe ustalenie tych kwestii.

Najczęstszą przyczyną podejmowanego leczenia były różnego rodzaju zaburzenia seksualne utrudniające funkcjonowanie w społeczeństwie (ekshibicjonizm, raptofilia, pedofilia). Stanowiły one nieco ponad 45% w odniesieniu do wszystkich sprawców, którzy podejmowali próby leczenia. W 4 przypadkach sprawca leczył się z powodu uzależnienia od alkoholu, w 2 z powodu zaburzeń psychicznych (nerwicy). W 1 przypadku sprawca, po urazie głowy spowodowanym wypadkiem motocyklowym, wykazywał bliżej niezidentyfikowane zaburzenia, objawiające się podglądaniem dzieci w kąpieli i przypuszczać można, że mogła być to forma voyeuryzmu. W 5 sprawach w aktach brak było informacji o przyczynach prowadzonej terapii.

Tabela 9
Przyczyny podjętego leczenia

	Liczba	Procent
Zaburzenia seksualne	10	45,5
Uzależnienie od alkoholu	4	18,2
Nerwica	2	9,1
Zaburzenia po urazie głowy	1	4,5
Nie ustalono	5	22,7
Ogółem	**22**	**100,0**

W większości przypadków sprawcy podejmowali próby leczenia na wolności (14 na 22), mimo iż niekiedy związane było to ze zobowiązaniami z prowadzonych wcześniej spraw karnych. W 9 sprawach badany przebywał wcześniej w zakładzie karnym za podobne przestępstwo seksualne, gdzie poddany został oddziaływaniu terapeutycznemu dla sprawców przestępstw seksualnych. W 3 przypadkach sprawca przebył terapię zarówno w zakładzie karnym, jak i na wolności, natomiast w 2 nie udało się ustalić tych kwestii. Uzyskane wyniki wskazują, iż najczęściej sprawca podejmował terapię jednokrotnie, tylko w 2 przypadkach próby te były liczniejsze.

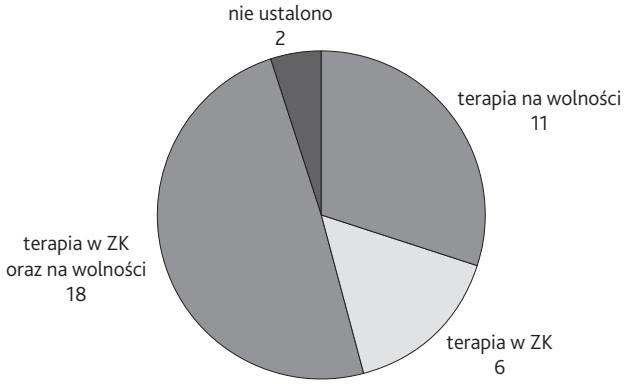
Interesująco przedstawiają się dane odnośnie do kontynuowania leczenia. W większości spraw (17 na 22) badany przerwał leczenie, w 4 sprawach w chwili popełnienia przez niego przestępstwa był w trakcie procesu terapeutycznego, natomiast w 1 przypadku nie zdołano tego ustalić.

Warto dodać, że wobec 3 sprawców stosowano już wcześniej środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. Było to leczenie ambulatoryjne, a przestępstwo, za które odpowiadali ci badani popełnione zostało w trakcie realizacji tego środka.

6.3. Charakterystyka osób pokrzywdzonych

Przestępstwa seksualne należą do grupy czynów naruszających niezmiernie wrażliwą sferę życia. Ustawodawca, aby chronić potencjalne ofiary tego typu czynów,

Wykres 7
Miejsce podejmowanej terapii[43] (liczby bezwzględne)



wprowadził pewne regulacje prawne mające temu służyć. Takim rozwiązaniem jest, między innymi, wprowadzenie art. 185a k.k.w. regulującego sposób wysłuchiwania małoletnich pokrzywdzonych przestępstwami, m.in. seksualnymi. Szczególnym rozwiązaniem prawnym jest także wprowadzenie w 2014 r. zmian związanych z trybem ścigania przestępstwa zgwałcenia, które wcześniej odbywało się na wniosek osoby pokrzywdzonej lub jej opiekuna prawnego. Istotne wydaje się również wprowadzenie środków zabezpieczających wobec sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych. Mają one na względzie zarówno izolację, jak i resocjalizację (poprzez leczenie) takich przestępców, zasadniczym jednak celem owych unormowań jest ochrona potencjalnych ofiar tego typu czynów.

W przeprowadzonym badaniu zebrano informacje na temat 102 osób pokrzywdzonych przez 42 sprawców, wobec których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k.

W większości przypadków pokrzywdzonymi były kobiety – 73% badanej zbiorowości (74 osoby), w pozostałych zaś ofiarami byli mężczyźni, najczęściej młodzi chłopcy w wieku od 3 (najmłodszy) do 14 (najstarszy) lat. Uzyskany wynik jednak nie zaskakuje, bowiem wszystkie czyny, w których osobami pokrzywdzonymi byli mężczyźni (chłopcy), związane były z zaburzeniami preferencji seksualnych sprawcy w postaci pedofilii homoseksualnej.

Analiza wieku pokrzywdzonych kobiet wskazuje, iż głównie były to dzieci lub młode kobiety – najmłodsza ofiara miała 3 lata w chwili czynu, natomiast najstarsza 32. Również ten wynik związany jest z rodzajem zaburzeń preferencji seksualnych sprawcy. Dziewczęta w wieku od 3. do około 12.–14. roku życia były ofiarami sprawców o zaburzeniach pedofilnych, natomiast kobiety w starszym wieku były najczęściej ofiarami raptofilii i różnych odmian sadyzmu. W jednym przypadku sprawcą był mężczyzna, który wykazywał zaburzenia preferencji seksualnej jednocześnie pod postacią pedofilii oraz raptofilii.

[43] Odsetki odnoszą się do 22 osób, które podejmowały próbę leczenia.

6.4. Charakterystyka postępowania karnego

Zasadniczym celem niniejszego referowanego badania było poznanie praktyki orzekania środków zabezpieczających wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych. Z tego punktu widzenia niezwykle istotne było przeanalizowanie przebiegu zarówno postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, a następnie procedur związanych z wykonaniem orzeczonego środka.

6.4.1. Postępowanie przygotowawcze oraz postępowanie przed sądem

Wobec większości sprawców (33 osoby, co stanowi 79%) środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. zastosowany został fakultatywnie, w 9 przypadkach (21%) obligatoryjnie, gdyż osobą pokrzywdzoną było dziecko, a sprawcy przedstawiono zarzut z art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k.

Niemalże wobec wszystkich sprawców w chwili zgłoszenia o popełnieniu przestępstwa zastosowano natychmiast środki zapobiegawcze (40 na 42 badanych). W większości spraw było to tymczasowe aresztowanie (39), w 1 przypadku dozór policji oraz stawiennictwo podejrzanego co drugi dzień na komisariacie, przy jednoczesnym zakazie opuszczania kraju. Wobec 1 sprawcy na etapie postępowania sądowego nastąpiła zmiana zastosowanego środka z tymczasowego aresztowania na dozór policji, polegający na stawiennictwie w komisariacie w wyznaczonych terminach oraz zakaz opuszczania kraju. Wobec pozostałych, pomimo składanych regularnie próśb i odwołań od zastosowanych środków zapobiegawczych, zostały one utrzymane.

Interesująco przedstawiają się wyniki odnoszące się do przyznania się sprawcy do popełnionego przestępstwa. Co trzeci już na początku postępowania przygotowawczego przyznał się do popełnienia czynu/czynów. Niemalże co czwarty do samego końca utrzymywał zaś, że jest niewinny i nie dokonał zarzucanego mu czynu. Co czwarty sprawca utrzymywał też, iż czynu dokonał przypadkowo i przyznawał się tylko do części zarzutów. W analizowanych sprawach 4 sprawców wielokrotnie zmieniało swoje zeznania, przyznając się do całości zarzutów po to, aby je następnie odwołać i odwrotnie.

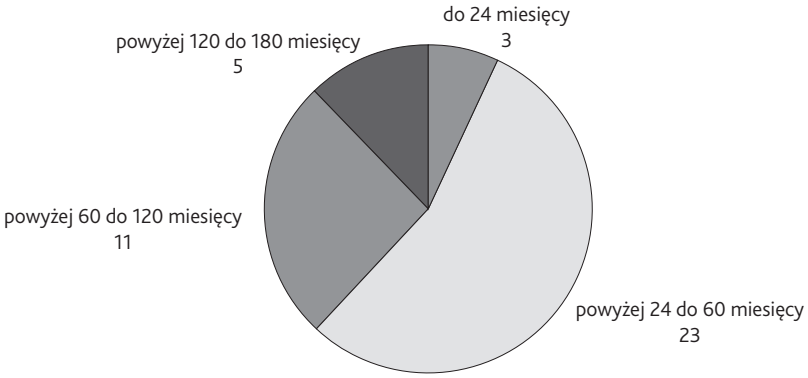
Tabela 10
Przyznanie się do popełnienia przestępstwa

	Liczba	Procent
Przyznał się	14	33,3
Nie przyznał się	12	28,6
Częściowo przyznał się	12	28,6
Zmieniał zeznania	4	9,5
Ogółem	**42**	**100,0**

W 2 przypadkach sprawcy przyznali się do winy i składali wnioski o dobrowolne poddanie się karze, lecz ze względu na charakter czynu sprawa rozpatrywana była w postępowaniu zwyczajnym.

Analiza długości kary bezwzględnego pozbawienia wolności wskazuje na umiarkowaną politykę karania sprawców przestępstw seksualnych. Najczęściej orzekano karę pozbawienie wolności bez warunkowego zawieszenia na okres od powyżej 2 do 5 lat (23 przypadki), tylko w 3 sprawach orzeczono karę do 2 lat pozbawienia wolności (w jednej sprawie 6 miesięcy, w drugiej – 16 oraz w trzeciej – 24). We wszystkich tych przypadkach były to sprawy, w których zastosowano zresztą nadzwyczajne złagodzenie kary. Powyżej 5 lat karę bezwzględnego pozbawienia wolności orzeczono wobec 38% sprawców (16 badanych). Szczegółowe dane zaprezentowano na wykresie 8.

Wykres 8
Wymiar kary bezwzględnego pozbawienia wolności (liczby bezwzględne)



Analizując wymiar kary bezwzględnego pozbawienia wolności, podkreślić należy, iż nie jest to czas całkowitej izolacji sprawcy, ponieważ sprawcy, wobec których orzeczono środek zabezpieczający w postaci zakładu zamkniętego, przenoszeni są do innej placówki, w której właściwie również znajdują się w warunkach izolacji. Sytuacja ta jest negatywnie odbierana przez samych zainteresowanych, gdyż czas trwania środka zabezpieczającego nie jest określony z góry. W rzeczywistości sprawcy przeniesionemu do zakładu zamkniętego w celu leczenia nie jest możliwe przedstawienie daty opuszczenia placówki, gdyż jest to związane z przebiegiem procesu terapeutycznego oraz z postępami programu leczniczego. W praktyce więc, po czasie izolacji od środowiska zewnętrznego poprzez pobyt w zakładzie karnym następuje izolacja w zakładzie zamkniętym wykonującym środek zabezpieczający. Nieco inaczej wygląda sytuacja sprawców przestępstw seksualnych, wobec których orzeczono leczenie w warunkach ambulatoryjnych – po wyjściu z zakładu karnego kierowani są oni na leczenie do odpowiedniej placówki w warunkach wolnościowych.

Istotna wydaje się więc kwestia długoletniej izolacji sprawców przestępstw seksualnych w zakładach karnych (jest to również okres wymuszonej abstynencji seksualnej), która bez odpowiedniego wsparcia terapeutycznego stanowić może problem. Każda kara izolacyjna dobiega bowiem końca, a sprawca wraca do życia w społeczeństwie, od którego przez wiele lat był odizolowany. W badanej grupie spraw w aktach postępowania znalazły się informacje o 9 osobach (21%), które

przebywały już za podobne przestępstwo seksualne w zakładzie karnym, a zaraz po jego opuszczeniu dokonały następnego zgwałcenia. W jednym przypadku sprawca 3 dni po opuszczeniu placówki, w której przebywał 10 lat, dokonał zgwałcenia dziewczynki. W innym, po 6-letniej izolacji sprawca 2 tygodnie po wyjściu z zakładu karnego zgwałcił chłopca. Jeszcze w innym sprawca wykazujący zaburzenia preferencji seksualnych molestował w zakładzie karnym współosadzonego, a po wyjściu z placówki, po około 2 tygodniach zgwałcił chłopca. Oczywiście za każdym razem odnosimy się tu wyłącznie do przestępstw, do których przyznał się sam sprawca lub takich, które zostały ujawnione, w rzeczywistości bowiem ów odsetek jest prawdopodobnie zdecydowanie wyższy niż przytoczone 20%.

W badanej grupie spraw, w których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., tylko wobec co czwartego sprawcy (11 osób) sąd w postanowieniu określił system odbywania kary jako terapeutyczny. W pozostałych przypadkach (31 osób, co stanowi 74% badanej grupy) pozostawiono to w gestii zakładów karnych. Według art. 96 k.k.w. wszyscy sprawcy skazani za przestępstwo z art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, powinni odbywać karę w systemie terapeutycznym. W omawianym badaniu nie dokonywano jednak takiej weryfikacji.

Wobec większości sprawców (32 osoby z 42) sąd w postanowieniu oprócz środka zabezpieczającego orzekł zastosowanie także innych środków, takich jak: zakaz kontaktowania się z osobami pokrzywdzonymi; zakaz przebywania w miejscach, gdzie są dzieci (np. place zabaw, szkoły, przedszkola); zakaz wykonywania zawodu związanego z edukacją, opieką nad dziećmi czy obowiązek powstrzymywania się od przebywania w określonych miejscach. Szczegółowy rozkład tej zmiennej zaprezentowano w tabeli 11.

We wszystkich tych sprawach sąd orzekł również czas trwania zastosowanych środków. W przypadku zakazu kontaktowania się z osobą pokrzywdzoną, w 4 przypadkach czas ten mieścił się w przedziale od 12 do 36 miesięcy, w 8 sprawach – od 60 do 96. W 8 innych przypadkach – 120 miesięcy (10 lat) oraz w 2 – 180 (15 lat). Zaznaczyć przy tym należy, iż w niektórych sprawach sąd określił, że czas stosowanego środka biegnie od momentu opuszczenia przez skazanego zakładu karnego, w innych natomiast nie. Podobna sytuacja miała miejsce odnośnie do zakazu przebywania w miejscach, w których znajdują się dzieci oraz zakazu wykonywania zawodu związanego z edukacją czy opieką nad dziećmi. Tylko w jednym przypadku zakaz pracy z dziećmi i młodzieżą określony został dożywotnio, w pozostałych sprawach trwał on od 3 do 10 lat.

Kwestia ta wydaje się o tyle istotna, że w przypadku niektórych środków istnieje potrzeba zastosowania ich od momentu skazania sprawcy, natomiast jeśli chodzi o inne – od chwili opuszczenia przez niego zakładu karnego. O ile zakaz zbliżania się do osoby pokrzywdzonej czy do miejsc, w których przebywają dzieci (baseny, place zabaw), możliwy jest od faktycznego opuszczenia przez skazanego placówki penitencjarnej, to zakaz kontaktowania się z osobą pokrzywdzoną powinien biec od momentu skazania, gdyż kontakt ów nie musi być bezpośredni, lecz może być listowny czy telefoniczny.

W analizowanej grupie spraw wobec 8 badanych sąd orzekł, po odbyciu kary pozbawienia wolności, obowiązek zgłaszania się na komisariacie policji lub u kuratora

zawodowego. Częstotliwość tych zgłoszeń oraz czas trwania orzeczonego środka był również bardzo zróżnicowany. Poniżej przytoczono kilka z nich:

- jeden raz na 2 tygodnie przez 10 lat,
- co 3 miesiące przez 5 lat,
- raz na tydzień przez 5 lat,
- nie rzadziej niż co 3 miesiące przez 6 lat.

Wobec 2 sprawców sąd orzekł również nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z osobą pokrzywdzoną. W obu przypadkach sprawcą był ojciec molestujący swoje dzieci.

W 4 przypadkach sąd określił w postanowieniu minimalny okres pozbawienia wolności, po którym skazany może się ubiegać o przedterminowe warunkowe zwolnienie. W przypadku 2 sprawców były to 2 lata, w 1 przypadku 4 oraz w 1 sprawie 7 lat.

Tabela 11
Orzeczone środki karne

	Liczba	Procent*
Zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym	23	71,9
Zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego	23	71,9
Zakaz przebywania w miejscach, gdzie są dzieci	13	40,6
Obowiązek zgłaszania się w komisariacie policji	6	18,8
Zakaz wykonywania zawodu związanego z edukacją, opieką nad dziećmi	4	12,5
Obowiązek zgłaszania się u kuratora zawodowego	2	6,3
Nakaz opuszczenia lokalu	2	6,3
Obowiązek powstrzymywania się od przebywania w określonych miejscach	1	3,1
Zadośćuczynienie	1	3,1
Dozór kuratora	1	3,1

* Odsetki obliczano w odniesieniu do 32 osób, wobec których sąd orzekł inne środki zabezpieczające w postaci nakazów i zakazów.

We wszystkich analizowanych sprawach powoływano biegłych różnych specjalności, którzy mieli za zadanie stwierdzenie, oprócz rodzaju zaburzeń, na jakie ewentualnie cierpi podejrzany, weryfikację poczytalności, a także – w niektórych przypadkach – wypowiedzenie się co do kwestii związanych z ryzykiem ponownego popełnienia przez niego czynu o charakterze seksualnym.

W związku z faktem, że omawiany środek zabezpieczający powinien być stosowany wobec sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, we wszystkich analizowanych sprawach (42) powoływani byli biegli z zakresu seksuologii, którzy mieli za zadanie wydać opinię na temat tego, czy sprawca przejawia zaburzenia preferencji seksualnych, a jeżeli tak, to jakiego są one typu. W ponad 90% spraw podejrzanego poddawano różnego rodzaju badaniom przeprowadzanym przez biegłych psychiatrów, natomiast w prawie 70% wydana została opinia psychologiczna.

Na temat niemalże co drugiego sprawcy sędzia dysponował również wywiadem środowiskowym przygotowanym przez zawodowego kuratora sądowego.

W co trzeciej sprawie wykorzystano specjalistyczne opinie wydane przez biegłych sądowych w innych sprawach (najczęściej związanych z innym przestępstwem o charakterze seksualnym). W 7 przypadkach skorzystano również z dokumentacji szpitalnej, zarówno dotyczącej obserwacji psychiatrycznej – w celu stwierdzenia przez biegłych poczytalności, jak i dokumentów z pobytu w tego typu placówkach w związku z przebytym leczeniem.

W 9 sprawach składane były ponadto opinie na temat podejrzanego przez osoby godne zaufania, reprezentujące środowisko sprawcy: np. pozytywna opinia: sołtysa, księdza z parafii, nauczycieli czy też mieszkańców wsi wraz z ich podpisami. Opinie te składane były z inicjatywy samego podejrzanego, jego obrońcy lub jego rodziny i właściwie nie miały wpływu na ferowany wyrok ani stosowany później przez sąd środek zabezpieczający. Szczegółowy rozkład tych opinii zaprezentowano w tabeli 12.

Tabela 12
Rodzaje opinii

Rodzaje opinii	Liczba	Procent*
Opinia psychologiczna	29	69,0
Opinia psychiatryczna	38	90,5
Opinia seksuologiczna	42	100,0
Wywiad środowiskowy	18	42,9
Wykorzystano opinie biegłych w innej sprawie	15	35,7
Skorzystano z dokumentacji szpitalnej (np. z pobytu w szpitalu psychiatrycznym)	7	16,7
Inne opinie	9	21,4

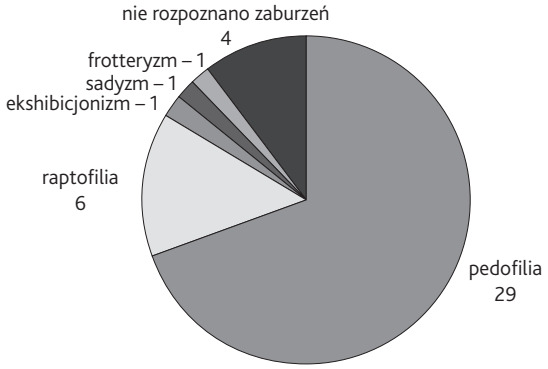
Odsetki nie sumują się do 100, gdyż w jednej sprawie mogli być powoływani biegli sądowi z różnych dziedzin.

Interesująca jest też analiza opinii przygotowanych przez biegłych sądowych odnośnie do charakteru zaburzeń preferencji seksualnych, na jakie cierpi sprawca. W większości spraw stwierdzono pedofilię (29 osób), u 5 badanych biegli zdiagnozowali raptofilię, w pojedynczych przypadkach sadyzm (1), frotteryzm (1) – tzw. ocieractwo oraz ekshibicjonizm (2). W 4 sprawach, pomimo że sprawca popełnił czyn karalny polegający na molestowaniu dziecka (czyn pedofilny), nie stwierdzono u niego występowania zaburzeń preferencji seksualnych. W jednej z tych spraw środek zabezpieczający zastosowano obligatoryjnie w związku z tym, iż sprawca skazany został z art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., a w pozostałych 3 sprawach środek orzeczony został fakultatywnie, ponieważ sprawcom postawiono zarzuty z art. 200 § 1 k.k.

We wszystkich tych sprawach ryzyko ponownego popełnienia przestępstwa (mimo że biegli nie mieli podstaw do stwierdzenia zaburzeń preferencji seksualnych), ocenione zostało jako wysokie lub bardzo wysokie.

W 3 przypadkach czyny popełnione przez sprawców związane były z zaawansowanym procesem uzależnienia od alkoholu – podkreślali to biegli psychiatrzy powołani w sprawach. Działanie sprawców polegało na zaspokojeniu popędu płciowego i miało charakter doraźny i zastępczy, gdyż dziecko znajdujące się blisko (córka, pasierbica) było łatwym celem służącym rozładowaniu napięcia seksualnego.

Wykres 9
Zdiagnozowane zaburzenia u sprawców (liczby bezwzględne)



Rodzi się więc w tym kontekście istotne pytanie: czy środek zabezpieczający dla sprawców przestępstw seksualnych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych jest w takich sytuacjach odpowiedni? Główna przyczyna ich zachowań tkwi bowiem w samym uzależnieniu od alkoholu i na tym, wydaje się, w początkowym procesie terapii należałoby się skupić.

W jednym z przypadków, w którym u sprawcy nie stwierdzono zaburzeń preferencji seksualnych, wychowywał się on w rodzinie, w której ojciec wykorzystywał seksualnie jego rodzeństwo (2 starsze siostry).

Kwestia wykorzystywania seksualnego dzieci jest niezwykle istotna, szczególnie ze względu na koszty psychologiczne, jakie ponoszą osoby pokrzywdzone. W literaturze zwraca się uwagę na wpływ nadużyć seksualnych wobec dzieci na ich późniejsze funkcjonowanie w społeczeństwie, w szczególności na pełnione przez nie role społeczne oraz kształtowanie się tożsamości, w tym seksualnej[44]. W analizowanej grupie spraw w 4 przypadkach pojawiły się informacje o tym, że sprawca w dzieciństwie był molestowany seksualnie lub był świadkiem molestowania rodzeństwa.

Na podstawie zgromadzonych opinii psychologicznych, psychiatrycznych oraz seksuologicznych dokonano analizy typów osobowości oraz różnego rodzaju zaburzeń charakteryzujących sprawców przestępstw seksualnych.

W literaturze psychologicznej i psychiatrycznej podkreśla się, że zaburzenia osobowości są ciężkimi zaburzeniami struktury charakteru i sposobu zachowania się. Obejmują różne wymiary osobowości, przez co zaburzają funkcjonowanie w rolach społecznych i życiu zawodowym jednostki[45].

W analizowanych sprawach u wszystkich sprawców rozpoznane zostały różnego rodzaju zaburzenia osobowości lub zaburzenia seksualne – u 38 sprawców zaburzenia preferencji seksualnych, natomiast u 35 – również zaburzenia osobowości. Wśród zdiagnozowanych zaburzeń osobowości dominowała osobowość nieprawidłowa (29 osób) – w piśmiennictwie zwana również osobowością psychopatyczną czy dyssocjalną, charakteryzującą się przewagą sfery popędowo-emocjonalnej

[44] K. Fenik, *Terapia sprawców…*
[45] L. Cierpiałkowska, *Psychopatologia*, s. 309.

nad sferą poznawczo-uczuciową[46]. U czterech sprawców rozpoznano osobowość zależną, a w 2 schizoidalną. Również w 4 przypadkach u sprawcy zdiagnozowano zaburzenia osobowości o podłożu organicznym, związane z nadużywania alkoholu, w wyniku którego nastąpiło uszkodzenie ośrodkowego układu nerwowego. Osoby te charakteryzowały się deficytami w kontroli nad emocjami i popędami, a także zwiększoną impulsywnością oraz nieumiejętnością przewidywania skutków własnego zachowania.

Podkreślić należy, że zarówno zaburzenia osobowości, jak i zaburzenia seksualne często ze sobą współwystępują, przez co – jak podkreślają specjaliści z dziedziny psychoterapii – ich leczenie jest niezwykle trudnym i złożonym procesem[47].

W toku badania zbierano również informacje dotyczące przebiegu całego postępowania karnego, zarówno przygotowawczego, jak i sądowego. Zwracano bowiem uwagę na istotne kwestie związane z ochroną osób pokrzywdzonych tego typu przestępstwami.

W analizowanej grupie spraw w 4 przypadkach na podstawie art. 191 § 3 kodeksu postępowania karnego osoba pokrzywdzona zwracała się z wnioskiem do prokuratora o utajnienie danych osobowych zawartych w aktach sprawy. Tylko w 2 przypadkach utajniono te dane ze względu na fakt, iż osoba ta obawiała się o swoje życie i zdrowie (podkreślić należy, że w jednym z tych przypadków dane te były i tak widoczne w aktach – adres zamieszkania ofiary, nr PESEL oraz numer telefonu). W pozostałych 2 sprawach prokurator odmówił utajnienia danych osobowych pokrzywdzonej, uznając, że takiego zagrożenia nie ma.

Z punktu widzenia ochrony osoby pokrzywdzonej istotne wydaje się być również prawo do powiadomienia jej o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego w wyniku odbycia kary w całości, warunkowego przedterminowego zwolnienia czy wyjścia na przepustkę lub uzyskania przerwy w karze. W analizowanych sprawach tylko w około 55% przypadkach (23 osoby) osobę pokrzywdzoną poinformowano o przysługującym jej prawie, a tylko w 3 przypadkach osoba ta z niego skorzystała.

W analizie sposobu orzekania środków zabezpieczających wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych istotne wydaje się również, na jakim etapie postępowania doszło do ustalenia zaburzeń seksualnych. Ważne wydaje się też i to, jakie okoliczności oraz cechy sprawców brane były przez sędziów pod uwagę podczas ferowanych wyroków i jak przebiegało postępowanie wykonawcze w tego typu sprawach.

W ponad połowie spraw (29) sami biegli sądowi wnioskowali o zastosowanie środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. Najczęściej wnioskowano o zastosowanie zakładu zamkniętego (16 spraw), w 4 przypadkach – o leczenie w warunkach ambulatoryjnych, natomiast w 9 sprawach biegli wypowiedzieli się ogólnie, że istnieje potrzeba zastosowania środka, lecz nie wskazywali, jaki ma on mieć charakter.

W analizowanej zbiorowości, wobec 30 sprawców zastosowano leczenie w zakładzie zamkniętym (71%), wobec pozostałych 12 (29%) orzeczono leczenie w warunkach ambulatoryjnych.

---

[46] A. Jakubik, *Diagnostyka osobowości nieprawidłowej (psychopatii)*, Psychologia.net.pl.
[47] L. Cierpiałkowska, *Psychopatologia*, s. 309.

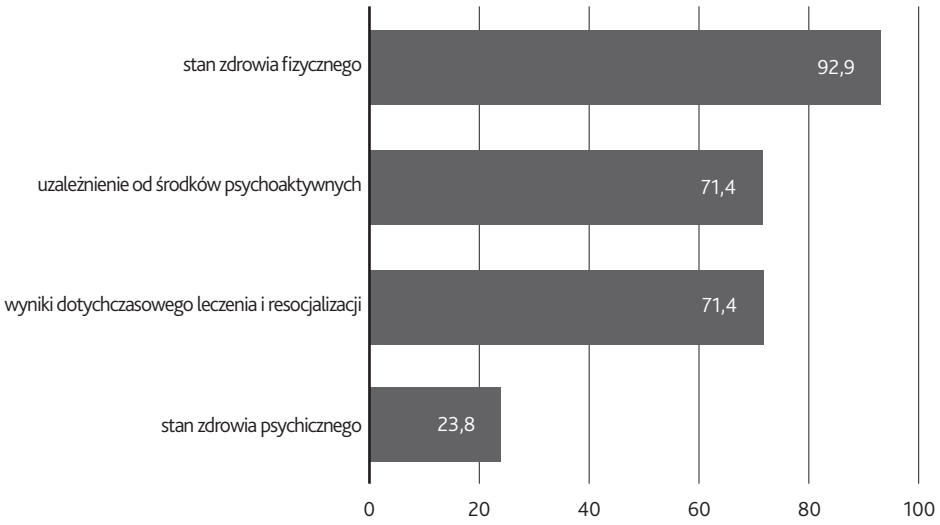
W połowie spraw (21) sędzia w wydanym postanowieniu nie określił sposobu postępowania ze sprawcą, wobec co trzeciego określono, że ma on zostać poddany oddziaływaniu psychoterapeutycznemu oraz farmakoterapii. W 5 sprawach sąd wskazał tylko na potrzebę zastosowania psychoterapii, w jednej natomiast na leczenie farmakologiczne mające na celu obniżenie popędu płciowego.

W zdecydowanej większości spraw (34, co stanowi 81%) sędzia – zanim podjął decyzję o zastosowaniu środka zabezpieczającego – sięgał po opinie biegłych sądowych w sprawie oceny ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa seksualnego przez sprawcę. W 6 przypadkach nie pytał o takie ryzyko.

W 32 na 34 sprawy biegli zgodnie wypowiedzieli się, iż ryzyko takie w ich opinii istnieje, w pozostałych 2 przypadkach przyjęli sprzeczne stanowiska. Jedni ocenili, iż sprawca nie stwarza zagrożenia i może funkcjonować prawidłowo na wolności (w szczególności może podjąć leczenie w warunkach ambulatoryjnych), natomiast według opinii innych biegłych ryzyko takie było bardzo wysokie i istniała potrzeba jego izolacji. W pozostałych sprawach ryzyko ponownego popełnienia przez sprawcę podobnego przestępstwa o charakterze seksualnym ocenione zostało również jako wysokie.

Analizując dokumentację zawartą w poszczególnych sprawach, zauważyć można, że podczas orzekania środka zabezpieczającego z art. 95a § 1 k.k. sędziowie skupiali się głównie na weryfikacji poczytalności sprawcy oraz zaburzeniach w zakresie preferencji seksualnych, a więc formalnych wymogach związanych z prowadzoną sprawą. Zdecydowanie rzadziej przedmiotem ich zainteresowania były kwestie związane z dotychczasowym leczeniem, uzależnieniem od alkoholu lub stanem fizycznym. Najczęściej kwestie te poruszane były przypadkowo podczas opiniowania przez biegłych.

Wykres 10
Zakres opiniowania przez biegłych (w procentach)



Niezwykle istotnym, a niekiedy nawet niezbędnym, elementem w tego typu sprawach jest opinia biegłego. Biegli wypowiadali się zasadniczo w dwóch najważniejszych kwestiach. Po pierwsze, wykazywania przez sprawcę zaburzeń preferencji

seksualnych (i ich związku z popełnionym czynem); po drugie, poczytalności w chwili dokonywania czynu. Weryfikacja poczytalności sprawcy związana była najczęściej ze spożywaniem alkoholu podczas popełniania przestępstwa lub podejrzeniem, że sprawca wykazuje deficyty w sferze intelektualnej i zachodzą przesłanki wyłączające odpowiedzialność karną.

Warto dodać, że w co piątej sprawie opinie biegłych były rozbieżne (8 przypadków, co stanowi 19%). W 4 sprawach biegli prezentowali rozbieżne stanowiska w sprawie diagnozy zaburzeń preferencji seksualnych. Pierwszy zespół biegłych nie stwierdził występowania u sprawcy pedofilii, natomiast drugi już tak. W 2 przypadkach biegli wydali rozbieżne opinie w sprawie oceny intelektu podejrzanego, w pozostałych 2 sprawach odmiennie ocenione zostało ryzyko ponownego popełnienia przestępstwa.

W takich sprawach sąd powoływał zawsze trzeciego niezależnego biegłego (uznanego w środowisku), którego opinia była rozstrzygająca.

6.4.2. Postępowanie wykonawcze

Jednym z ważniejszych celów omawianego badania było poznanie praktyki orzekania środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. oraz praktyki jego wykonywania. Jak już podkreślano, przepis ten obowiązuje od 2010 r. i nie jest często stosowany (74 orzeczone środki w ostatnich 5 latach). Analizie akt sądowych poddano zaś 42 sprawy (co stanowi 57% spośród wspomnianych 74).

Przedmiotem szczególnego zainteresowania były procedury związane z wykonaniem orzeczonej kary oraz sposobem realizacji środka zabezpieczającego, zarówno typu izolacyjnego, jak i ambulatoryjnego, a także kwestia związana z ustalaniem przez sąd, czy uległ zmianie koniec kary skazanego. Zgodnie z art. 95a § 2 k.k. potrzebę wykonywania orzeczonego środka sąd ustala w okresie do 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub przed wykonaniem kary.

W analizowanym materiale, w co trzeciej sprawie sąd ustalał, czy uległ zmianie koniec kary skazanego, wysyłając odpowiednie zapytanie do zakładu karnego. W sprawach tych sąd najczęściej zobowiązywał również odpowiedni zakład karny do informowania go o fakcie nabycia przez skazanego uprawnień do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie. W prawie 44% spraw (18) do takich ustaleń jednak nie dochodziło, w 1 zaś przypadku to zakład karny informował sąd zarówno o tym, że sprawca ubiega się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, jak i o terminie posiedzenia sądu penitencjarnego. Również w 1 przypadku zakład karny interweniował w sądzie, zwracając uwagę, iż sprawca w niedługim czasie (3 miesiące) odbędzie karę pozbawienia wolności, a orzeczono wobec niego środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. i istnieje potrzeba wyznaczenia miejsca leczenia. W pozostałych 10 sprawach (co stanowi niemalże 25%) w aktach brak było jakiejkolwiek wzmianki na ten temat. Można więc zakładać, że skoro skazany nie nabył praw do warunkowego przedterminowego zwolnienia lub koniec kary przypadał na czas późniejszy niż najbliższe 6 miesięcy, nie było takiej potrzeby.

Podczas toczącego się postępowania przygotowawczego i sądowego zgromadzono szeroki materiał dowodowy dotyczący sprawcy, były to również opinie biegłych sądowych powoływanych w sprawie. Zastanawia więc, że tylko w 13

przypadkach zakłady karne, w których skazany odbywał karę bezwzględnego pozbawienia wolności, zwróciły się do sądu o przesłanie im stosownej dokumentacji, w szczególności opinii biegłych.

W analizowanej grupie spraw, wobec około 1/4 badanych zastosowano terapeutyczny system odbywania kary (11), natomiast tylko 4 zakłady karne spośród wymienionych 11 poprosiły o przesłanie odpowiedniej dokumentacji ze sprawy, w szczególności opinii biegłych. Działanie takie należy ocenić pozytywnie, gdyż dokumentacja ta stanowiła bardzo dobre uzupełnienie informacji o skazanym. Przypuszczać można, że w sytuacji, gdy dokumentacja taka nie była ściągana, psycholog z danego zakładu karnego takiego rozpoznania dokonywał sam.

Ze względu na fakt, że większość badanych osób, wobec których orzeczono środek zabezpieczający, skazano na kary bezwzględnego pozbawienia wolności przekraczające 5 lat (a jak wynika ze statystyk MS, nikt nie korzystał z warunkowego przedterminowego zwolnienia, por. tabela 3), w chwili badania (tj. w 2015 r.) u 29 z 42 skazanych czas do końca kary przekraczał 6 miesięcy.

W analizowanych 5 latach (2010–2014) spośród spraw nadesłanych przez sądy tylko w 14 dokonywano ustaleń, czy w dalszym ciągu istnieje potrzeba stosowania orzeczonego środka zabezpieczającego.

Wyznaczenie odpowiedniej placówki odbywa się poprzez Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej, który na podstawie zgromadzonego materiału w sprawie lub poprzez przeprowadzenie opiniowania biegłych wypowiada się co do potrzeby dalszego leczenia, warunków w jakich ma się ono odbywać (leczenie ambulatoryjne lub w zakładzie zamkniętym) oraz rodzaju zakładu. Placówki zamknięte, które zobowiązane są do przyjmowania osób w celu wykonania środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k., wymienione zostały w załącznikach do rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu zakładów psychiatrycznych i zakładów leczenia odwykowego przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających oraz składu, trybu powoływania i zadań komisji psychiatrycznej do spraw środków zabezpieczających (załączniki od 1 do 5). Rozporządzenie to przygotowane zostało w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości.

W 13 sprawach sąd zwracał się do Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej o wskazanie miejsca, w którym sprawca mógłby podjąć leczenie w warunkach ambulatoryjnych lub o wskazanie zakładu zamkniętego prowadzącego oddziaływania dla osób z zaburzeniami preferencji seksualnych. W 1 sprawie sąd sam w postanowieniu wyznaczył miejsce wykonania środka, bez konsultacji z Krajowym Ośrodkiem Seksuologii Sądowej, który – co należy podkreślić – jest centralnym koordynatorem wykonywania omawianych tu środków zabezpieczających.

W 6 z 14 analizowanych spraw orzeczono środek zabezpieczający w postaci zakładu zamkniętego, w pozostałych 8 natomiast leczenie w warunkach ambulatoryjnych.

We wszystkich przypadkach (6), w których orzeczono zakład zamknięty, została wskazana ta sama placówka i był to Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Choroszczy. Placówka ta spełnia wymogi do wykonywania środków zabezpieczających i posiada łącznie 30 łóżek na oddziałach ogólnopsychiatrycznych. Obszar jej działania (według miejsca zamieszkania sprawcy) został przewidziany dla całego województwa podlaskiego. Tym bardziej zastanawia więc

fakt, że wszyscy sprawcy, wobec których zastosowano środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., bez względu na miejsce zamieszkania (inne województwo) zostali do niej skierowani i w niej umieszczeni.

W analizowanych sprawach pojawiły się informacje, że osoby skierowane do danej placówki nie mogły zostać do niej przyjęte ze względu właśnie na brak miejsc. Odległość zakładu, w którym przebywa skazany, od jego miejsca zamieszkania, nie jest bez znaczenia. Zwraca się bowiem uwagę na potrzebę podtrzymywania więzi i relacji z rodziną osób skazanych, w szczególności poprzez umożliwienie im spotykania się. W analizowanych sprawach kwestie te nie były brane pod uwagę – o umieszczeniu w danej placówce decydowały raczej względy ekonomiczne.

W 8 przypadkach orzeczono środek zabezpieczający polegający na leczeniu w warunkach ambulatoryjnych. Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej (również na podstawie wykazu zakładów ambulatoryjnych przeznaczonych do wykonywania środków zabezpieczających zawartych w obwieszczeniu Ministra Zdrowia) wskazywał miejsce, gdzie takie oddziaływanie ma być podjęte. W 3 przypadkach wskazano na Wojewódzki Szpital Psychiatryczny w Warcie, w 3 innych przypadkach wskazano na Centrum Zdrowia Psychicznego „PRO VITA" w Krakowie, w 2 natomiast był to Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Witolda Orłowskiego w Warszawie.

Również i w tych sytuacjach, co należy podkreślić, dochodziło do szeregu problemów. Po pierwsze, Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej wyznaczał placówki, które miały za zadanie prowadzenie leczenia w warunkach ambulatoryjnych, lecz w rzeczywistości takiego leczenia nie prowadziły lub nie miały podpisanej umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia. W praktyce więc sprawcy zgłaszali się do takiej placówki, a następnie byli odsyłani ze względu na brak umowy lub brak odpowiedniego specjalisty. Co istotne, sprawca przebywał w tym czasie na wolności, bez odpowiedniego wsparcia terapeutycznego i (przypuszczać można) farmakologicznego.

Po drugie, na podstawie przeprowadzonej analizy akt można wysunąć wniosek, że ustawodawca nie uwzględnił możliwości przemieszczania się tej kategorii skazanych, ponieważ częste było również kierowanie do podjęcia leczenia ambulatoryjnego do placówki oddalonej od ich miejsca zamieszkania o 300 km, a nawet – w jednej z analizowanych spraw – o 600 km. Podkreślić przy tym należy, że osoby, wobec których orzeczono omawiany środek zabezpieczający, po opuszczeniu zakładu karnego mają podjąć leczenie we wskazanym im miejscu najczęściej w ciągu miesiąca. Tymczasem tuż po opuszczeniu zakładu karnego nie mają one z reguły pracy, nie zawsze mogą też liczyć na pomoc krewnych, a dojazdy na wizyty (co najmniej raz w miesiącu) stanowią poważne obciążenie finansowe. W jednej z analizowanych spraw skazany zwracał się do kilku instytucji (OPS, kurator, sąd) o udzielenie mu pomocy finansowej związanej z dojazdami na terapię, lecz nie została mu ona przyznana.

Szczególną uwagę należy zwrócić na sytuacje, w których skazani nie mogli podjąć odpowiedniego leczenia w warunkach ambulatoryjnych ze względu na brak placówki świadczącej takie usługi, brak umowy z NFZ oraz znaczną odległość do placówki wskazanej przez Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej. Mimo pisanych odwołań, apelacji oraz próśb, nie zaoferowano im jednak odpowiedniej pomocy w pobliżu miejsca zamieszkania. W rezultacie środek polegający na leczeniu w warunkach ambulatoryjnych zamieniony został na umieszczenie w zakładzie zamkniętym.

Na znaczną odległość do placówek, w których odbywało się leczenie ambulatoryjne, wskazywali również inni skazani, którzy kontynuowali leczenie i przez cały czas starali się o wskazanie innego miejsca, bliżej miejsca zamieszkania.

Niezwykle ciekawych informacji dostarczyły analizy opinii Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej w Gostyninie, który wyznaczał miejsce terapii, wskazywane później w postanowieniu sądu. Interesujące były zwłaszcza cechy skazanych brane pod uwagę podczas wskazywania odpowiedniej placówki do realizacji orzeczonego środka zabezpieczającego. Starano się również ustalić czynniki wpływające na wybór jednostki o określonych warunkach zabezpieczenia oraz to, czy obowiązujące rozwiązania prawne funkcjonują w prawidłowy sposób, mając na uwadze zarówno dobro osób pokrzywdzonych, jak i skazanych.

Analizowano 14 spraw, w których Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej wskazywał miejsce, do którego powinien być skierowany skazany w celu realizacji orzeczonego środka zabezpieczającego. W niemalże co drugiej sprawie (6), Ośrodek bazował jedynie na dotychczasowych opiniach biegłych w sprawie, nie brano pod uwagę faktu, iż podczas około 2-letniego pobytu w zakładzie karnym sytuacja skazanego mogła się zmienić. W pozostałych 8 sprawach przygotowana została aktualna opinia dotycząca funkcjonowania skazanego. Tylko w 1 przypadku Ośrodek zwracał się do zakładu karnego, w którym odbywał karę skazany, o przesłanie opinii oraz informacji związanych z jego funkcjonowaniem na terenie placówki i oddziaływaniem terapeutycznym.

W analizowanych sprawach brak było jasnych informacji o tym, na kim spoczywa obowiązek ustalenia, jaki jest aktualny stan psychiczny skazanego. W części spraw (8) sąd w okresie 6 miesięcy przed końcem kary powoływał biegłych mających za zadanie ustalenie, czy jest potrzeba dalszego stosowania środka zabezpieczającego i – ewentualnie – w jakiej formie, a następnie zwracał się do Ośrodka o wskazanie miejsca, gdzie takie leczenie może być prowadzone. W pozostałych sprawach (6 przypadków) sąd nie powoływał biegłych, lecz bezpośrednio zwracał się do Ośrodka o wskazanie miejsca terapii. W sprawach tych Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej wydawał taką opinię w oparciu o opinie biegłych w sprawie karnej. Interesujące wydaje się także i to, że w 7 z 8 spraw, w których sąd powoływał biegłych do wydania opinii, opiniowania dokonywano również w Krajowym Ośrodku Seksuologii Sądowej. Sytuacja taka wydaje się być zbędna, szczególnie że wnioski w tych opiniach były identyczne.

Należy również zwrócić uwagę na kwestie niewykorzystywania informacji związanych z pobytem skazanego w zakładzie karnym – tylko w 1 sprawie poproszono o taką opinię. W pozostałych sprawach (13) nie ustalano, czy więzień zachowywał się agresywnie, czy próbował dokonywać ucieczek lub samouszkodzeń, czy odbywał karę w systemie terapeutycznym i jaki był jej przebieg oraz efekt. Wydaje się, że informacje te są istotne ze względu na fakt, iż ma zostać podjęta decyzja o potrzebie stosowania środka zabezpieczającego, o warunkach, w jakich ma być on wykonywany (zakład zamknięty lub leczenie ambulatoryjne).

Na podstawie informacji zawartych w aktach spraw ustalono, że w analizowanych 14 przypadkach stwierdzono potrzebę zastosowania orzeczonego środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. Wobec 7 orzeczono środek zabezpieczający w postaci zakładu zamkniętego, w pozostałych 7 zaś leczenie w warunkach ambulatoryjnych.

W większości spraw (9) nie nastąpiła zmiana orzeczonego środka. W 3 przypadkach orzeczono leczenie ambulatoryjne i je utrzymano, natomiast w 6 orzeczono umieszczenie w zakładzie zamkniętym. W 5 sprawach nastąpiła zmiana w zakresie typu zastosowanego środka zabezpieczającego, wobec 1 osoby zmieniono leczenie w warunkach ambulatoryjnych na umieszczenie w zakładzie zamkniętym, a w pozostałych 4 odwrotnie – zakład zamknięty został zamieniony na leczenie w warunkach wolnościowych.

Analiza akt dostarczyła taż informacji o istnieniu pewnych niejasności w kwestiach organizacyjnych związanych z wykonaniem orzeczonego środka. Brak jest, jak się wydaje, jasnych wytycznych, co do technicznych aspektów wykonywania badanego środka. Dlatego też w kilku sprawach dochodziło do „utarczek" pisemnych instytucji obciążających się wzajemnie pewnymi obowiązkami.

Pierwszy problem, który warto zasygnalizować, dotyczył kwestii związanych z informowaniem odpowiednich organów o skazaniu. W nieco ponad 1/4 spraw sąd przesyłał odpis prawomocnego orzeczenia odpowiedniej jednostce policji. W większości spraw policja była informowana wtedy, gdy wobec sprawcy orzeczono leczenie w warunkach ambulatoryjnych.

Drugi problem, który uwidocznił się w analizowanych sprawach, dotyczył tego, czy sąd ma ustalać z placówką, kiedy ma nastąpić termin przetransportowania skazanego, czy ma informować tylko o terminie przetransportowania „internowanego" i – co istotne – kto fizycznie ma dokonać przewiezienia do odpowiedniej placówki, szczególnie jeżeli będzie to ośrodek oddalony od zakładu karnego o kilkaset kilometrów oraz kto będzie pokrywał koszty w związku z transportem.

Kwestie związane z ustaleniem terminu przewiezienia więźnia nie były jednoznacznie rozumiane, gdyż w 3 sprawach z 7, w których orzeczono zakład zamknięty, sąd poinformował placówkę o terminie przetransportowania skazanego do zakładu. W 4 natomiast brak było informacji, czy wyznaczona placówka została poinformowana, czy też rola sędziego kończyła się na wydaniu postanowienia w sprawie.

Brak jest również jednolitej praktyki w kwestiach dotyczących zawiadamiania sądu, czy osoba, wobec której orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., została przyjęta do zakładu. W 2 przypadkach na 7 taka procedura została zachowana, natomiast w pozostałych 5 przypuszczać można, że skoro w aktach nie została zawarta taka informacja, to skazany został umieszczony w zakładzie zamkniętym.

Ważnym elementem procesu resocjalizacji jest współpraca różnego rodzaju instytucji, polegająca m.in. na wymianie zgromadzonych informacji. Pomimo tak ograniczonego materiału empirycznego, zaobserwowano, że brak było pełnej współpracy pomiędzy zakładami lecznictwa, sądami a zakładami karnymi. Wobec każdego ze skazanych, w toku zarówno postępowania przygotowawczego, jak i sądowego czy odbywania kary bezwzględnego pozbawienia wolności, gromadzony jest szeroki materiał odnoszący się do jego czynu oraz specyfiki zaburzeń preferencji seksualnych. Dokumentowane są również informacje dotyczące procesu terapeutycznego, przygotowywane prognozy kryminologiczne oraz tworzone plany pracy terapeutycznej. Ważna wydaje się więc wymiana zgromadzonych już informacji pomiędzy instytucjami, szczególnie po to, aby móc dostosować odpowiedni plan oddziaływania w pracy ze skazanymi.

W polskim ustawodawstwie brak jest niestety unormowań powyższych kwestii. W analizowanej grupie spraw w 1 przypadku placówka, w której umieszczony został skazany w trybie art. 95a § 1 k.k., zwróciła się do sądu o przesłanie informacji oraz opinii ze sprawy, w 3 przypadkach sąd sam przesłał całą dokumentację do zakładu zamkniętego, natomiast w pozostałych 3 sprawach brakowało takiej wymiany informacji. Nie doszło również do wymiany zgromadzonych danych pomiędzy zakładem karnym, a placówką leczenia w trybie art. 95a § 1 k.k. Wydaje się, że taka wymiana informacji byłaby korzystna, szczególnie z perspektywy przyszłej pracy i oddziaływania stosowanego wobec skazanego. Każda z placówek (zakład karny i zakłady zamknięte, placówki lecznictwa ambulatoryjnego) prowadzi terapię w zakresie wykazywanych zaburzeń, lecz odbywa się to w oderwaniu od działań innych placówek.

W żadnej z badanych 14 spraw, w których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., w latach 2010–2014 okres jego realizacji jeszcze się nie zakończył. Widać więc, że jest to faktycznie środek długoterminowy, a na obecnym etapie jego wykonywania trudno jest nawet prognozować, czy efektywny. Wobec 2 skazanych nastąpiła zmiana z leczenia w warunkach ambulatoryjnych na leczenie w zakładzie zamkniętym, a w pozostałych przypadkach utrzymano dotychczasową formę leczenia.

Spośród 14 spraw tylko w 2 przypadkach składano wniosek o zakończenie stosowania środka zabezpieczającego. W pierwszym – ze względu na długość jego trwania (sprawca od około 2 lat przebywał w zakładzie zamkniętym), natomiast w drugim – ze względu na odległość od domu oraz problem z kontaktami z rodziną. W obu przypadkach sąd, po zasięgnięciu i uwzględnieniu opinii z zakładu, w którym przebywał skazany, nie uwzględnił wniosku.

We wszystkich analizowanych sprawach, w których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., dokonywano systematycznej weryfikacji zarówno uczestnictwa skazanych w programie, jak i czynionych postępów. Ze względu na specyfikę leczenia w warunkach wolnościowych i w zakładzie zamkniętym przebiegała ona jednak odmiennie.

W obu sytuacjach, zgodnie z obowiązującymi przepisami, placówki składały co 6 miesięcy sprawozdanie z prowadzonego oddziaływania, odbywało się to na zapytanie sądu. Były to krótkie sprawozdania w formie wniosków, zawierające charakterystykę postępów skazanego w terapii oraz opinię co do dalszego stosowania środka, z uwzględnieniem kierunku dalszego oddziaływania. W odniesieniu do placówek, w których leczenie odbywało się w warunkach zamkniętych, stosowano tylko kontrolę, co 6 miesięcy.

Dużo trudniejsze i bardziej skomplikowane okazało się sprawowanie kontroli nad skazanymi, którzy leczyli się w warunkach ambulatoryjnych. Oprócz kontroli półrocznej w formie sprawozdania, sąd raz w miesiącu kierował zapytanie do placówki, w której leczył się skazany, o przesłanie informacji, na kiedy planowany jest termin wizyty skazanego (w sprawach, w których orzeczono ten rodzaj środka, najczęściej raz na miesiąc). Po planowanym terminie wizyty sąd zwracał się do placówki z zapytaniem, czy skazany zgłosił się na nią i jaki jest następny termin wizyty. Taką biurokratyczną formę kontroli należy uznać za co najmniej uciążliwą – nie tylko dla placówki, lecz również dla samych sądów.

Niekiedy sądy zobowiązywały placówki do informowania o niestawiennictwie skazanego na zaplanowaną wizytę.

Poniżej przedstawiono opis jednej ze spraw, pokazujący jak skomplikowany i sformalizowany może być proces kontroli przez sąd orzeczonego środka zabezpieczającego w warunkach ambulatoryjnych:

„Sprawca to 27-letni mężczyzna, skazany z art. 200 § 1 k.k. W toku prowadzonej sprawy biegli stwierdzili u niego zaburzenia osobowości pod postacią osobowości niedojrzałej oraz zaburzenia preferencji seksualnych w postaci pedofilii. Pomimo, że biegli psychiatrzy ocenili ryzyko popełnienia przez sprawcę przestępstwa podobnego, jako wysokie i wskazywali na konieczność leczenia w warunkach zakładu zamkniętego, to sąd wydał postanowienie o leczeniu w warunkach ambulatoryjnych z ustaleniem częstotliwości wizyt, na co najmniej dwa razy w miesiącu. Jednocześnie sąd zobowiązał placówkę do każdorazowego informowania go, o niestawiennictwie skazanego na wizytę (16.09.2013).

7.10.2013 – pismo z placówki, że skazany nie skontaktował się z ośrodkiem leczenia.

15.10.2013 – pismo sądu do policji o doprowadzenie skazanego na leczenie.

5.11.2013 – pismo policji, że 4.11.2013 doprowadzono skazanego na leczenie.

25.11.2013 – Prośba skazanego o przeniesienie do ośrodka bliżej miejsca zamieszkania. Nie może on bowiem dojeżdżać dwa razy w miesiącu ze względu na koszty dojazdu. Mieszka w Gliwicach a leczenie odbywa się w Krakowie (około 100 km.). Policja dowozi go wprawdzie na leczenie, ale on nie ma pieniędzy na powrót.

9.12.2013 – pismo placówki, że skazany przerwał leczenie.
– Pismo sądu do policji o doprowadzenie na leczenie.
– Pismo policji że skazany nie otwiera drzwi.
– Pismo policji, że doprowadzono skazanego.
– Pismo skazanego, że zwracał się z prośbą o pomoc finansową w pokryciu kosztów dojazdu na leczenie do OPS, PCPR oraz kuratorów, lecz takiej pomocy nie otrzymał.
– Pismo placówki, że skazany przerwał leczenie.
– Pismo sądu do policji o doprowadzenie na leczenie.
– Pismo skazanego z adresami placówek na terenie Gliwic, w których mógłby kontynuować leczenie. Prośba o przeniesienie leczenia bliżej miejsca zamieszkania.
– Pismo placówki, że skazany przerwał leczenie.
– Sąd wydał postanowienie o przyznaniu pomocy postpenitencjarnej na przejazdy (52 PLN).
– Postanowienie o kontynuacji stosowania środka ambulatoryjnego.
– Odmowa udzielenia pomocy postpenitencjarnej.
– Pismo placówki, że skazany przerwał leczenie.
– Pismo sądu do policji o doprowadzenie na leczenie.
– Pismo policji, że nie zdołano zatrzymać skazanego.
– Pismo sądu do policji o doprowadzenie na leczenie.

29.05.2014 – Postanowienie sądu o zmianie leczenia ambulatoryjnego na zakład zamknięty o wzmocnionych zabezpieczeniach."

PODSUMOWANIE I WNIOSKI

Pomimo że zebrany materiał empiryczny stanowią jedynie 42 sprawy, analiza zawartej w nich dokumentacji pozwoliła na wysunięcie wielu wniosków dotyczących zarówno problemów związanych ze stosowaniem tego typu środków zabezpieczających, jak również praktycznych aspektów związanych z ich orzekaniem oraz wykonaniem. Prezentowane w niniejszym raporcie wyniki są pokłosiem pierwszej części szerokiego badania dotyczącego stosowania środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. Pomimo że w tym czasie nastąpiła istotna zmiana w kwestii regulacji prawnych dotyczących środków zabezpieczających, to uzyskane rezultaty oraz opracowane na ich podstawie wnioski nie straciły na aktualności.

Na wstępie tej części rozważań warto zasygnalizować kwestię wiarygodności danych statystycznych odnoszących się do liczb stosowanych środków zabezpieczających. Już na początku prowadzonego badania pojawił się problem braku zgodności danych otrzymanych z Ministerstwa Sprawiedliwości i informacji otrzymanych od poszczególnych sądów rejonowych i okręgowych, w których orzekano niniejszy środek zabezpieczający. W wielu przypadkach liczby te różniły się znacząco. Poszczególne sądy wskazywały, że w latach 2010–2014 nie orzekano takiego środka, natomiast w sprawozdaniach widniała informacja, że taki środek był orzekany lub odwrotnie.

Drugim zasadniczym problemem, na który warto zwrócić uwagę, jest brak jasnych wytycznych dotyczących tego, jak niniejszy środek zabezpieczający ma być stosowany, jakie są procedury jego zastosowania, kto odpowiada za weryfikację zmiany końca kary, kto ma obowiązek przetransportowania skazanego do odpowiedniej placówki (i co zrobić w sytuacji, gdy zobowiązany podmiot odmówi) oraz czy może być pobrana opłata za taką usługę, a jeżeli tak – to w jakiej wysokości.

Problematyczne okazało się również przekazywanie informacji pomiędzy instytucjami oraz niekiedy rażący brak współpracy powodujący dublowanie pewnych działań. Rozwiązania prawne mają, rzecz jasna, charakter ramowy, ale na podstawie analizy akt można stwierdzić, że istnieją jednak problemy interpretacyjne.

Jeden z takich technicznych problemów polegał na ustawicznym zwracaniu się sądów do Komisji Psychiatrycznej ds. Środków Zabezpieczających w celu wskazania miejsca wykonywania środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k., przy czym odpowiednią jednostką powołaną do tego typu zadań jest Regionalny Ośrodek Seksuologii Sądowej w Gostyninie. Wydaje się, że sędziowie tej elementarnej wiedzy nie mieli, gdyż wnioski kierowali do ww. Komisji.

Drugą kwestią jest system odbywania kary. Tylko w niewielkiej liczbie wyroków sędzia wskazywał na system, w jakim skazany ma odbyć karę pozbawienia wolności. Jednak zgodnie z art. 96 § 1 k.k.w. wszyscy skazani za przestępstwa określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, odbywają karę w systemie terapeutycznym. Orzekanie więc w wyroku systemu odbywania kary wydaje się, by tak rzec, nieco nadmiarowe, lecz nie należałoby oceniać tych procedur zbyt rygorystycznie, gdyż ich nadrzędnym celem wydaje się być dobro samych skazanych i ochrona potencjalnych ofiar poprzez poddanie sprawcy terapii.

Kolejną kwestią jest niekorzystanie (lub korzystanie w bardzo wąskim zakresie) przez zakłady karne z ekspertyz, opinii biegłych sądowych lub dokumentacji

z przebytego leczenia czy terapii skazanego zgromadzonych w sprawie karnej. Brak jest uregulowań mówiących o tym, że takie dokumenty mają zostać przekazane zaraz po uprawomocnieniu się wyroku do placówki penitencjarnej, w której skazany będzie odbywał karę. Tylko w nielicznych sprawach zakład karny zwracał się do sądu o przesłanie takich opinii. Skazany, trafiając na oddział terapeutyczny, nie musiał bowiem wówczas przechodzić diagnostyki. W dokumentacji takiej zebrany jest również cały obszerny wywiad dotyczący funkcjonowania skazanego na wolności, podłoża jego zaburzeń oraz przebiegu kariery przestępczej, w tym szczególnie związanej z dokonywaniem przestępstw o charakterze seksualnym, a niekiedy nawet cała historia leczenia tychże zaburzeń. Korzystanie z dorobku, wiedzy oraz ustaleń innych specjalistów powoływanych w sprawie jako biegłych, wydaje się niezwykle ważne, szczególnie jeżeli mamy do czynienia z tak trudnymi skazanymi, jakimi są sprawcy wykazujący zaburzenia preferencji seksualnych.

W analizowanych sprawach do rzadkości nie należały sytuacje, w których powoływani biegli nie byli zgodni co do kwestii występowania zaburzeń, ich roli w przestępstwie, występowania upośledzenia czy stopnia zagrożenia, jakie stwarza skazany. W takich sytuacjach powoływani byli inni biegli, najczęściej znani specjaliści, którzy rozstrzygali wątpliwe kwestie.

Warto również zasygnalizować problem informowania sądu o zmianach związanych z końcem kary skazanego, np. nabyciem przez niego uprawnień do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie. W większości przypadków kwestia ta rozwiązywana była w taki sposób, że sąd zwracał się do zakładu penitencjarnego, w którym skazany odbywał karę, o informację, kiedy przypada planowany koniec kary i jednocześnie zobowiązywał placówkę do poinformowania sądu o takiej zmianie. Zdarzały się również przypadki, w których takiej weryfikacji nie było i to zakład karny zwracał się do sądu z przypomnieniem o zbliżającym się końcu kary i potrzebie wyznaczenia placówki, w której będzie się odbywało leczenie.

Niezwykle istotna jest też kwestia procedury weryfikacji przez sądy potrzeby dalszego stosowania orzeczonego środka zabezpieczającego oraz sposobów wydawania opinii i wyznaczania właściwych placówek lecznictwa ambulatoryjnego lub zakładów zamkniętych. Odpowiedniej weryfikacji oraz wskazania placówki dokonuje, jak wiadomo, Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej. Analiza akt karnych i wykonawczych wskazuje jednak, że opiniowanie nie zawsze odbywa się w oparciu o aktualne dane dotyczące skazanego. W części spraw opinia taka wydawana była tylko na podstawie dokumentacji zawartej w aktach sprawy. Ośrodek, po przeanalizowaniu dokumentacji sprawy karnej wraz z opiniami biegłych, wyznaczał odpowiednią placówkę z należytym poziomem zabezpieczeń. Istotną wadą tej procedury wydaje się pomijanie aktualnego badania skazanego. W zakładzie karnym poddawany jest on również oddziaływaniu terapeutycznemu (obligatoryjnie odbywa karę w systemie terapeutycznym), przez co jego sytuacja może być inna niż przed obyciem kary pozbawienia wolności.

Co zaskakujące, ośrodki bardzo rzadko korzystały z opinii zakładów karnych dotyczących takich skazanych. Wydaje się zaś, że informacje o tym, jak funkcjonowali oni podczas pobytu w zakładzie karnym, mają znaczenie: czy byli agresywni, dokonywali prób samobójczych lub samookaleczeń oraz czy nie stwarzali zagrożenia wobec innych współosadzonych (zdarzały się takie przypadki). Przebieg terapii

w zakładzie karnym był również pomijany, wydaje się zaś, że są to informacje podstawowe, mające wpływ na rodzaj orzeczonego środka zabezpieczającego – leczenie w zakładzie zamkniętym lub warunkach ambulatoryjnych.

Podczas analizy materiału empirycznego zwrócono uwagę na jeszcze jedną kwestię. Otóż o ile mankamentem procedury wydaje się być brak aktualnej opinii w sprawie, o tyle zbędne jest podwójne opiniowanie. Zdarzały się bowiem sprawy, w których sąd na pół roku przed końcem kary powoływał biegłych, w celu weryfikacji potrzeby zastosowania orzeczonego środka oraz warunków leczenia, w jakich ma ono przebiegać. Następnie Ośrodek – pomimo zawartych w dokumentacji aktualnych opinii – powielał takie działania, poddając skazanego następnym badaniom i diagnozowaniu.

W procedurze orzekania środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. istotne jest wyznaczanie odpowiedniej placówki lecznictwa ambulatoryjnego lub zakładu zamkniętego. Również na tym etapie pewne procedury wymagają poprawy. Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej nie posiadał aktualnych informacji o placówkach wyznaczonych do realizacji środków zabezpieczających na podstawie art. 95a § 1 k.k. Osoby kierowane były do placówek, które nie miały podpisanej umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia (znajdowały się jednak w wykazie placówek, mających takie zadania pełnić) lub nie miały wolnych miejsc.

Istotnym problemem, który uwidocznił się w toku prowadzonej analizy, jest również odległość ośrodków od miejsc zamieszkania. Sytuacja taka dotyczyła zarówno skazanych, wobec których zastosowano leczenie w warunkach zakładu zamkniętego, jak i tych, którzy mieli obowiązek podjąć leczenie w warunkach ambulatoryjnych. Skazani zwracali się z pismami, zażaleniami i wnioskami o zmianę miejsca wykonywania środka ze względu właśnie na odległość. Podnoszone były również kwestie finansowe, ponieważ skazani, którzy opuścili zakład penitencjarny, byli najczęściej bez dochodu (nie zawsze mogli liczyć na pomoc rodziny po wyjściu z zakładu karnego), co powodowało, że dojazdy do placówek lecznictwa ambulatoryjnego (nawet po 300 km w jedną stronę) stanowiły dla nich poważne obciążenie finansowe.

Innym problemem natury technicznej jest kwestia, kto odpowiada za przetransportowanie skazanego do zakładu zamkniętego, w którym realizowany będzie środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. Czy obowiązek ten ciąży na policji, służbie więziennej czy innych instytucjach? W większości spraw kwestie te nie były poruszane w aktach wykonawczych, co sygnalizowałoby, że nie było takiego problemu, a związane jest to również z tym, że istnieją odpowiednie regulacje prawne rozstrzygające te kwestie (art. 201 k.k.w.). Jednak w 2 przypadkach sąd przez kilka tygodni rozstrzygał problem, na kim ciąży obowiązek przetransportowania skazanego oraz kto powinien pokryć koszty takiego działania. W 1 sprawie przewiezienia dokonano karetką pogotowia, a koszt transportu wyniósł 15.000 zł, w 2 natomiast skazanego przewieźli funkcjonariusze policji radiowozem, a koszt transportu wyceniony został według faktury na 4.700 zł. W obu przypadkach koszty pokrył sąd rejonowy.

W trakcie postępowania pojawiały się również inne problemy związane np. z ochroną osób pokrzywdzonych. Do rzadkości należały sytuacje, w których osoba pokrzywdzona zwracała się o utajnienie danych ze względu na obawę przed

sprawcą. W tych jednak sporadycznych sytuacjach zdarzały się odmowy prokuratora, a w dwóch przypadkach, w których utajniono takie dane, były one i tak widoczne – również dla sprawcy – podczas przeglądania akt (adres zamieszkania ofiary, numer telefonu). Wydaje się zaś, że ochrona osób pokrzywdzonych powinna być priorytetem w tego typu sprawach. Należy przy tym podkreślić, że nie chodzi tylko o ochronę iluzoryczną, lecz faktyczną dbałość, polegającą na zagwarantowaniu maksymalnej ochrony – zarówno fizycznej, jak i psychicznej – osobie pokrzywdzonej.

Warto również zwrócić uwagę na wysokość wyroków ferowanych przez sądy skazanym, wobec których orzeczono środek zabezpieczających na podstawie art. 95a § 1 k.k. Spora ich grupa została bowiem skazana na długoterminowe kary pozbawienia wolności, przekraczające 5, a nawet 10 lat. Podkreślić przy tym należy, że więzień opuszczający zakład karny, jeżeli orzeczono wobec niego środek zabezpieczający w postaci zakładu zamkniętego, pozostaje w faktycznej izolacji przez następnych kilka lat. Według obowiązujących przepisów sprawcy tacy powinni całą karę pozbawienia wolności odbywać w systemie terapeutycznym, lecz w praktyce programy przewidziane dla sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych trwają około 12 miesięcy, a pozostały czas „zapełniany" jest innymi oddziaływaniami niezwiązanymi bezpośrednio z ww. zaburzeniami.

Analiza dokumentacji zawartej w poszczególnych sprawach pozwala na stwierdzenie, że podczas orzekania środka zabezpieczającego z art. 95a § 1 k.k. sędziowie skupiali się głównie na weryfikacji poczytalności sprawcy oraz zaburzeniach w zakresie preferencji seksualnych, a więc formalnych wymogach związanych z prowadzoną sprawą. Zdecydowanie rzadziej przedmiotem ich zainteresowania były kwestie związane z dotychczasowym leczeniem czy uzależnieniem od alkoholu lub stanem fizycznym sprawcy.

Jedną z ważniejszych kwestii, na które należy zwrócić uwagę, jest fakt, że ponad 75% skazanych wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych, wobec których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., już wcześniej dokonało co najmniej jednego przestępstwa o charakterze seksualnym. Skłania to do postawienia istotnego pytania: czy możliwa była wcześniejsza reakcja systemu wymiaru sprawiedliwości w celu zapobieżenia popełnianiu przez sprawcę dalszych przestępstw? W referowanym badaniu nie było możliwe odtworzenie wcześniejszych danych dotyczących opiniowania przez biegłych w zakresie zaburzeń preferencji seksualnych. Zasadny wydaje się jednak postulat, aby przynajmniej w przypadkach, w których dochodzi do wykorzystania seksualnego dziecka obligatoryjnie dokonywano ustalenia, czy sprawca nie wykazuje zaburzeń preferencji seksualnych pod postacią pedofilii. Pozwalałoby to na podjęcie odpowiednich kroków zabezpieczających i leczniczych już na etapie odbywania kary za pierwsze przestępstwo tego typu.

Drugim ważnym wnioskiem płynącym z badania jest odpowiednia weryfikacja osób zajmujących się pracą z dziećmi czy młodzieżą. W obecnym stanie prawnym osoby takie nie muszą przedstawiać dokumentacji z Krajowego Rejestru Karnego. Wprawdzie zdarzały się sporadyczne przypadki, że osoby karane były za przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. lub miały orzeczony zakaz zbliżania się do miejsc, w których przebywają dzieci, a mimo to taką działalność kontynuowały. Warto by jednak

rozważyć wprowadzenie obligatoryjnego sprawdzania osób zajmujących się zawodowo lub nawet wolontaryjnie pracą z dziećmi czy młodzieżą pod kątem zarówno karalności, jak i zastosowanych uprzednio środków karnych.

Podsumowując, w żadnej z 14 badanych spraw, w których orzeczono środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k., w analizowanym okresie (2010–2014) jego realizacja się nie zakończyła. Jest to więc faktycznie środek długoterminowy. Zresztą, jak wskazują liczne badania, czas trwania terapii sprawców wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych szacuje się na minimum 2–3 lata w łagodnym przebiegu, tj. takim, gdy początkowe rokowania są pozytywne.

Na obecnym etapie stosowania środków zabezpieczających trudno jest więc określić ich skuteczność ze względu na fakt, że żaden sprawca faktycznie nie ukończył jeszcze procesu terapii ani w warunkach zakładu zamkniętego, ani w warunkach lecznictwa ambulatoryjnego.

Niewątpliwie istnieje potrzeba wyznaczenia następnych placówek lecznictwa zamkniętego, gdyż już na etapie analizy akt sądowych pojawiały się informacje o braku miejsc w tego typu ośrodkach.

Warto również rozszerzyć ofertę lecznictwa ambulatoryjnego. Mimo że obecnie na terenie całego kraju wyodrębnionych zostało przez Ministra Zdrowia 7 placówek tego typu, to w rzeczywistości tylko 2 z nich realizują leczenie a dostęp do nich jest utrudniony ze względu na znaczną odległość od miejsca zamieszkania skazanych.

Mimo wielu zmian, mających – zdaniem ustawodawcy – ujednolicić oraz uprościć stosowanie środków zabezpieczających, należy stwierdzić, że zasadnicze problemy związane z ich wykonywaniem pozostały bez zmian.

Podsumowując, wypada stwierdzić, że sprawcy przestępstw, którzy popełnili czyny w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, wymagają szczególnego i zarazem odpowiedniego oddziaływania ze względu na fakt, iż czyny przez nich popełniane są wysoce społecznie szkodliwe, w większości przypadków ofiarami zaś są dzieci i – co również istotne – w tego typu czynach pojawia się wiele ofiar. Jak już wspomniano, zaburzenia tego typu nie są wprawdzie uleczalne, ale można nauczyć sprawcę kontroli swoich instynktów.

Studium wybranych przypadków:

Przypadek 1.

Mężczyzna w wieku 41 lat, rozwiedziony, z tego związku posiadał dwoje dorosłych już dzieci, lecz nie utrzymywał z nimi kontaktu, obecnie w konkubinacie. Ukończył zasadniczą szkołę zawodową, zdrowy, bez uzależnień, utrzymywał się z prac dorywczych w gospodarstwie rolnym. Wielokrotnie karany m.in. za przestępstwa o charakterze seksualnym, rozboje i kradzieże. Łącznie w placówkach penitencjarnych spędził 16 lat.

Był badany w zakładzie karnym przez biegłych psychiatrów, którzy stwierdzili dewiację polegającą na onanizowaniu się w sytuacjach stresowych.

Z relacji samego sprawcy wynika, że „wszystkie przestępstwa seksualne, jakich dokonałem polegały na tym samym. Zawsze swoje ofiary wybierałem w autobusach nocnych. Jadąc autobusem wybieram kobietę, która wysiada sama z autobusu, wysiadam na tym samym przystanku, co ona i idę za nią. Idąc za wybraną kobietą

onanizuję się. Jeżeli uda mi się dojść do orgazmu zanim kobieta wejdzie do jakiegoś bloku wtedy nie wchodzę za nią tylko uciekam. Jeśli nie uda mi się dojść do orgazmu to wchodzę do klatki schodowej następnie najchętniej do windy. Zatrzymuję windę pomiędzy piętrami i onanizuję się."

„Po wyjściu z więzienia (w 2010 rok – przyp. autorki) moje dewiacje znów się uaktywniły. Po około czterech miesiącach zacząłem jeździć autobusem nocnym".

„Mam to w sobie, że przychodzi coś takiego, że muszę wyjść z domu, aby spotkać kobietę, otrzeć się, być blisko, dotknąć, podwinąć sukienkę. Pierwszy raz to się stało, kiedy byłem młody przyciskałem się do kobiet w autobusach aż do wytrysku. Miałem 16 lat. Takie ocieranie robiłem kilka razy w tygodniu. Kiedy miałem 17 lat to pierwszy raz zrobiłem coś takiego, że szedłem za kobietą i onanizowałem się. Robiłem to wtedy gdy miałem wolne wyjścia przebywałem wtedy w niższym seminarium duchownym. Później siedziałem 3 lata. Po wyjściu, kiedy zacząłem pracować, po wyjściu z pracy chodziłem do parku i szedłem za kobietą, onanizowałem się. Robiłem to wtedy, gdy byłem żonaty. Mogłem być nawet bardzo zmęczony, ale aby to zrobić mogłem przejść nawet kilka kilometrów. W 1981 roku byłem za to zatrzymany."

„Brzydzę się tym, ale nie mogę się powstrzymać, raz mnie zatrzymali i radzili, żebym się leczył."

„Z tego, co pamiętam to zmusiłem do patrzenia jak się onanizuje sześć kobiet".

Działał w ten sposób blisko dwa lata (od października 2010 do czerwca 2012 r.), przyznał się do popełnienia co najmniej 6 czynów, z czego faktycznie tylko 3 ofiary zgłosiły się na policję i zawiadomiły o dokonanym zgwałceniu. Cechą charakterystyczną działania sprawcy było to, że jego zachowania przybierały na sile. Pierwsze ofiary zmuszane były do patrzenia, jak mężczyzna się onanizuje, następne już do wykonania innych czynności seksualnych.

Został zatrzymany, gdyż jedna z pokrzywdzonych kobiet rozpoznała go na przystanku autobusowym (mężczyzna zawsze wsiadał na tym samym przystanku).

Już na etapie postępowania przygotowawczego przyznał się on do popełnienia zarzucanych mu czynów, składając obszerne wyjaśnienia co do przebiegu przestępstw. Złożył również wniosek o dobrowolne poddanie się karze, lecz prokurator nie zgodził się na takie rozwiązanie.

Skazany został na karę 5 lat bezwzględnego pozbawienia wolności z zastrzeżeniem, że ma się ona odbywać w systemie terapeutycznym dla osób z zaburzeniami preferencji seksualnych. Orzeczono również środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. – kontynuowanie leczenia w zakładzie zamkniętym.

Koniec kary bezwzględnego pozbawienia wolności przypada na marzec 2017 r.

Przypadek 2.

Mężczyzna w wieku 24 lat, kawaler, wykształcenie gimnazjalne, bezrobotny na utrzymaniu matki, zdrowy, bez uzależnień. Wielokrotnie karany za przestępstwa o charakterze seksualnym (art. 200 § 1 k.k.).

Był opiniowany przez biegłych psychiatrów, psychologów i seksuologa, stwierdzono u niego zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii.

Czynu dokonał w pół roku po opuszczeniu zakładu zamkniętego Był wobec niego orzeczony środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. w postaci leczenia

ambulatoryjnego. Ze względu jednak na brak umowy wskazanej mu placówki z NFZ nie podjął w niej leczenia, następna wytypowana placówka znajdowała się zaś 600 km od jego miejsca zamieszkania. Dlatego sąd wyraził zgodę, aby podjął on leczenie w miejscu zamieszkania i składał zaświadczenia o jego kontynuacji.

Mężczyzna ów podjął wprawdzie leczenie, lecz w półrocznym okresie po opuszczeniu zakładu karnego tylko 3 razy był na wizycie u specjalisty, który wypisywał mu recepty na odpowiednie leki. Nie uczestniczył jednak w oddziaływaniu psychoterapeutycznym z uwagi na to, iż lekarz nie był specjalistą w dziedzinie seksuologii. Sąd ustalił, że „skazany odczuwał, że zwiększa się jego odporność na stosowane leki w wyniku, czego sam zwiększył ich dawkę dwukrotnie. Lecz pomimo odczuwania wzmożonego popędu i świadomości, że leki przestają działać, nie udał się na wizytę do lekarza."

W połowie marca wspomniany mężczyzna wszedł do szkoły podstawowej (pomimo obowiązującego go zakazu zbliżania się do miejsc, gdzie przebywają dzieci) i udał się do toalety damskiej. W tym czasie w toalecie znajdowała się 7-letnia dziewczynka, której kazał się rozebrać i dotykał jej krocza. Gdy dziecko zaczęło płakać, mężczyzna przeprosił ją i uciekł ze szkoły. Sprawca złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że po tym zdarzeniu wyrzucił ubranie, w którym tego dnia chodził, ściął też włosy, aby zmienić wygląd. W szkole bowiem (na korytarzach) zamontowany był monitoring.

Sprawca został zatrzymany 2 dni po popełnionym przestępstwie. W toku postępowania przygotowawczego ustalono, iż sprawca sam jako dziecko był molestowany seksualnie przez swojego dziadka. Sąd wymierzył mu karę 2 lat i 4 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności oraz orzekł zastosowanie środka zabezpieczającego na podstawie art. 95a § 1 k.k. w postaci leczenia ambulatoryjnego. Ze względu jednak na niepodpisanie odpowiednich umów z NFZ przez najbliższą placówkę prowadzącą tego typu terapię oraz brak miejsc w innej, orzeczony środek ambulatoryjny zamieniono na zakład zamknięty.

Obecnie przebywa on i poddawany jest odpowiedniej terapii w zakładzie zamkniętym w Choroszczy.

Przypadek 3.

Mężczyzna w wieku 41 lat, kawaler, wykształcenie podstawowe, bezrobotny na utrzymaniu matki, zdrowy, uzależniony od alkoholu. Wielokrotnie karany za przestępstwa o charakterze seksualnym z udziałem dzieci (art. 200 § 1 k.k.).

Był opiniowany przez biegłych psychiatrów, psychologów i seksuologa, stwierdzono u niego zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii.

Przyznał się do dokonania zarzucanego mu czynu, zeznając: „ja mam skłonności pedofilskie od dziecka. Zawsze podobały mi się dzieci, szczególnie dziewczynki w wieku nie więcej niż 10 lat. Ja nie wiem, dlaczego tak mi się dzieci podobają. W wieku 18 lat ja rozpocząłem współżycie z kobietami, moja partnerka miała wówczas 16 lat. Ja nie byłem w związku z kobietą, który trwałby dłużej niż 3 miesiące. Mnie kobiety nie pociągały, ja podczas seksu z nimi myślałem o dzieciach." „Już w wieku 7–8 lat obmacywałem jakąś dziewczynkę w bramie."

Mężczyzna dokonywał czynów pedofilnych w taki sposób, że robił zdjęcia małym dziewczynkom, kazał im zdejmować ubrania i fotografował je nago. Nie

stosował przy tym przemocy fizycznej bezpośredniej; jeżeli dzieci nie zgadzały się na zrobienie im zdjęć, pozwalał im odejść. „Ja nie lubię jak one piszczą i krzyczą, lubię jak są chętne." Zachowania takie, jak podkreśla sam sprawca, pojawiły się około roku po opuszczeniu zakładu karnego. Kupił wtedy w lombardzie aparat fotograficzny, którym zamierzał fotografować małe dziewczynki. Przed pobytem w placówce mężczyzna onanizował się, przebywając w towarzystwie dzieci, po odbyciu terapii w zakładzie karnym sprawca podkreślał „ja potrafię zapanować nad tym, aby nie zrobić krzywdy dziecku – to wiem na pewno. Nie potrafię zapanować nad tym by nie onanizować się nad wizerunkami małych dzieci. Najbardziej podobają mi się dziewczynki w wieku 3–4 lat".

Jako dziecko sam był molestowany seksualnie przez swojego dziadka, sprawa jednak nie została zgłoszona policji. W jednej z opinii seksuologicznych można przeczytać: „zachowania pedofilskie są u podejrzanego utrwalone, przejawiał on takie zachowania od wczesnych lat dziecięcych. Rokowania, że podejrzany wróci do normalnego życia akceptowanego społecznie są znikome. Terapia mogłaby trzymać go ewentualnie tylko w tzw. kontroli".

Skazany został na karę bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze 4 lat, odbywanej w systemie terapeutycznym. Orzeczono również środek w postaci powstrzymywania się od przebywania w szkołach, przedszkolach, na placach zabaw oraz w odległości 50 m od nich; przebywania na imprezach masowych organizowanych dla dzieci, na występach dla dzieci, przedstawieniach, spektaklach i projekcjach filmowych. Początkowo czas trwania środka określony został „na zawsze", jednak sąd drugiej instancji zmienił ten czas na 10 lat.

Data planowanego opuszczenia zakładu karnego przez skazanego to marzec 2018 r.

Przypadek 4.

Mężczyzna w wieku 34 lat, kawaler, wykształcenie podstawowe, bezrobotny na utrzymaniu matki, zdrowy, uzależniony od alkoholu. Karany za przestępstwa o charakterze seksualnym z udziałem dzieci (art. 200 § 1 k.k.). Leczony psychiatrycznie w związku z tymi zaburzeniami.

Był opiniowany przez biegłych psychiatrów, psychologów i seksuologa, stwierdzono u niego zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii dopiero podczas kolejnego badania.

Nie przyznał się do czynu, tłumacząc, że cała zaistniała sytuacja była żartem. Postawiono mu zaś zarzut usiłowania doprowadzenia małoletniego chłopca do innej czynności seksualnej.

Według opinii biegłych seksuologów „przejawia zachowania pod postacią pedofilii jednak bez faktycznych skłonności do ich realizacji. Przejawia się to w jego zachowaniach wobec młodzieży spokrewnionej i obcej poprzez próby ich dotykania, łaskotania, żarty, wspólne wypalanie papierosów itp. Reasumując mężczyzna, gdy jest trzeźwy kontroluje swoje zachowanie będąc z młodzieżą. Natomiast po spożyciu alkoholu staje się mało krytyczny w ocenie swojego zachowania z nieletnimi, co nie rokuje pomyślnie po większym spożyciu alkoholu."

Skazany został na karę 2,5 roku bezwzględnego pozbawienia wolności. Orzeczono również środek w postaci zakazu zbliżania się do szkół, internatów, klubów

młodzieżowych przez 10 lat oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego przez 5 lat. Orzeczono ponadto środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. w postaci leczenia w zakładzie zamkniętym. Środek ten został utrzymany w postępowaniu wykonawczym, a Krajowy Ośrodek Seksuologii Sądowej wskazał, jako miejsce jego wykonywania, zakład zamknięty w Choroszczy.

Niniejsza sprawa zrodziła też nieoczekiwane problemy logistyczne, ponieważ policja odmówiła przetransportowania sprawcy do wskazanego zakładu zamkniętego (cytat ze sprawy: „ogniwo konwojowe sprzeciwia się realizacji zleconej czynności."). W związku z powyższym sąd zlecił przetransportowanie skazanego karetką pogotowia – koszty transportu pokrył w całości sąd rejonowy, wyniosły one 5.728 zł.

Skazany przebywa teraz w ośrodku zamkniętym, gdzie poddawany jest psychoterapii. Z opinii seksuologiczno-psychiatrycznej ośrodka wynika, że „w chwili przybycia do pododdziału miał problemy z dostosowaniem się do regulaminu. Dążąc do konfliktów prowokował pacjentów i personel. Był agresywny dla personelu medycznego, terapeutów i innych pacjentów. Wypowiadał groźby krzycząc, często płacząc, szantażował samouszkodzeniami i samobójstwem. Obecnie pacjent dokonał postępu terapeutycznego. Poprawiło mu się samopoczucie i zdolność kontroli zachowania. Uzyskał większy wgląd w swoje emocje i zachowania, identyfikuje swoje zaburzenia preferencji seksualnych (…) z uwagi jednak, że znajduje się na początku długoterminowego procesu terapeutycznego wskazana jest jego kontynuacja i dalsze stosowanie środka zabezpieczającego".

Składał wielokrotnie zażalenia na stosowanie środka zabezpieczającego, jak również wnioski o zmianę miejsca jego wykonywania ze względu na dużą odległość od miejsca zamieszkania i związany z tym utrudniony kontakt z rodziną. Sąd rozpatrzył negatywnie składane wnioski.

Przypadek 5.

Mężczyzna w wieku 46 lat, pozostający w konkubinacie, wykształcenie podstawowe, pracujący, zdrowy, bez uzależnień. Karany za przestępstwa o charakterze seksualnym (art. 197 § 1 oraz art. 200 § 1 k.k.). Leczony psychiatrycznie w zakładzie karnym i na wolności w związku z tymi zaburzeniami.

Był opiniowany przez biegłych psychiatrów, psychologów i seksuologa, stwierdzono u niego zaburzenia preferencji seksualnych pod postacią pedofilii.

Od początku przyznawał się do dokonania zarzucanego mu czynu i złożył w tej sprawie szczegółowe wyjaśnienia. Czyn polegał na tym, że używając podstępu, polegającego na pokazaniu małego pieska, zwabił dziewczynkę (11 lat) do samochodu, a następnie wywiózł w ustronne miejsce, gdzie dotykał jej i zmuszał do innych czynności seksualnych. Został zatrzymany przez patrol policji.

W toku postępowania przygotowawczego ustalono, że pół roku wcześniej opuścił zakład karny, gdzie przebywał przez 6 lat za dokonanie zgwałcenia małoletniej dziewczyny. Była to jego druga kara bezwzględnego pozbawienia wolności za podobny czyn, gdyż wcześniej dokonał zgwałcenia 22-letniej kobiety. W opiniach biegłych seksuologów podkreślano, że widoczny jest obniżający się preferowany wiek ofiar (22 lata, 15 lat oraz 11 lat). Ustalono również, że był wielokrotnie wykorzystywany seksualnie, będąc dzieckiem (przez ojczyma, sąsiada oraz koleżankę matki).

Ze względu na charakter czynu oraz sposób jego popełnienia (przetrzymywał

dziewczynkę niemalże całą noc) skazany został na karę bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat, odbywaną w systemie terapeutycznym. Orzeczono również obowiązek powstrzymywania się od przebywania w miejscach przeznaczonych dla małoletnich oraz zadośćuczynienie na rzecz pokrzywdzonej. Obligatoryjnie zastosowano środek zabezpieczający na podstawie art. 95a § 1 k.k. – leczenie w zakładzie zamkniętym.

Skazany nie składał apelacji od wyroku. W jednej z opinii biegłego przytoczono jego wypowiedź, w której stwierdza, że jest bardzo niebezpieczny i obawia się, iż po wyjściu z zakładu karnego może zrobić coś podobnego, tylko tym razem zabije ofiarę, by nie pozostawiać śladów.

Termin planowanego końca kary pozbawienia wolności przypada na marzec 2022 r.

Słowa kluczowe: kryminologia, pedofilia, środki zabezpieczające, zaburzenia preferencji seksualnych.

Summary

Anna Więcek-Durańska – ***Adjudicating and executing preventive measures in respect of perpetrators of sexual offences displaying sexual orientation disturbances***

The provision analysed in this paper concerned the application of preventive measures specified in Art. 95a(1) of the Penal Code and remained in force from 2010 to 2015. Its introduction was preceded by a heated debate not only among academics and lawyers; the topic was also broadly commended in the media and undoubtedly aroused controversies among the public. Particular weight was attached to solutions involving the introduction pf pharmacological therapy reducing the perpetrator's sex drive, referred to also as chemical castration.

The subject seems to be particularly important now, due to the fact that since 2013, i.e. three years after the introduction of those legal regulations, the first sexual offenders in whose case courts adjudicated placement in a secure institution or starting therapy in an outpatient clinic under the then Art. 95a(1) PC (currently Art. 93c(3) PC) left penal establishments.

This study is an analysis of case law on this preventive measures and the practice of its implementation. In particular, attention is drawn to the consistency of the applied procedures with the applicable legal regulations, including also the difficulties in implementing this measure. In such serious offences, which affect the sexual freedom of the aggrieved persons, the role of the victim in the criminal and enforcement proceedings cannot be overlooked, especially that the majority of victims are minors. Also the issue of treatment of offenders is important, because due to the nature of the act they perpetrated and the disturbance they display they are in danger of retaliatory actions not only from the public, but also law enforcement bodies and the whole administration of justice.

Keywords: criminology, paedophilia, preventive measures, sexual orientation disturbances.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
23/2015

Katarzyna Nazar*

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19.02.2015 r. (II AKa 513/14)

Nie jest uzasadnione powoływanie w kwalifikacji prawnej czynu polegającego na usiłowaniu zabójstwa, również przepisu z art. 190 § 1 k.k. dotyczącego groźby karalnej, które były przez sprawcę wypowiadane do osoby pokrzywdzonej, jak również uznanie, że groźby karalne pozostają w zbiegu realnym z usiłowaniem zabójstwa, z uwagi na fakt, iż zdecydowanie mniejszy stopień winy oraz niższy stopień społecznej szkodliwości tego czynu, w porównaniu z czynem głównym, który był objęty zasadniczym zamiarem oskarżonego i który następnie usiłowano dokonać, przemawiają za zaistnieniem konstrukcji czynu współukaranego uprzednio. Natomiast uznanie czynu za współukarany stanowi niewątpliwie negatywną przesłankę procesową powodującą bezzasadność wszczętego w tym zakresie postępowania karnego i realną okoliczność wyłączającą ściganie. Z tego powodu na zasadzie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. słusznie Sąd Okręgowy umorzył wszczęte w tym zakresie postępowanie.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny podjął interesującą problematykę związaną z tzw. przestępstwami współukaranymi. Odniósł się do problemu kryteriów przyjęcia współukarania oraz sposobu procesowego rozstrzygnięcia w sprawie o przestępstwa współukarane. W pierwszej kwestii uznał, że groźba zabójstwa stanowi czyn współukarany uprzedni w stosunku do usiłowania zabójstwa z uwagi na zdecydowanie mniejszy stopień winy i społecznej szkodliwości tego pierwszego. W drugiej natomiast, że uznanie czynu za współukarany stanowi negatywną przesłankę procesową, powodującą bezzasadność wszczętego w tym zakresie postępowania karnego i realną okoliczność wyłączającą ściganie. W takiej sytuacji, zdaniem sądu, właściwe jest umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k.

Problem jedności czy wielości czynów, a w rezultacie zbiegu przepisów czy zbiegu przestępstw, wciąż absorbuje teorię i praktykę prawa, wywołując liczne wątpliwości. W doktrynie prawa karnego i orzecznictwie sądowym przyjmuje się, że wielość czynów nie zawsze oznacza wielość przestępstw. Zdarzają się sytuacje, w których wielość czynów stanowi jedno przestępstwo. W grę wchodzą konstrukcje prawnej jedności czynu i pozornego zbiegu przestępstw[1]. Instytucją pozwalającą przyjąć

* Dr Katarzyna Nazar jest adiunktem na WPiA Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii.

[1] Odmienny pogląd w tej materii wyraził A. Spotowski, którego zdaniem wielość czynów zawsze implikuje wielość przestępstw, która jednak ze względu na zastosowanie reguł wyłączania wielości ocen nie znajduje odzwierciedlenia przy kwalifikacji prawnej czynów (pomijalny zbieg przestępstw); zob. A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 157 i n.

jedność przestępstwa w przypadku wielości czynów jest konstrukcja tzw. czynów współukaranych. Niejednolite są jednak poglądy dotyczące oceny przestępstw pod kątem współukarania, co jest zrozumiałe ze względu na to, że reguły postępowania w tym zakresie mają charakter pozaustawowy. Można opierać się jedynie na wypracowanych przez doktrynę i orzecznictwo sądowe zasadach, które jednak nie zostały jasno i kategorycznie sformułowane, co pozwoliłoby bezspornie przyjąć, kiedy i dlaczego można bądź należy redukować oceny przy zbiegu przestępstw. Słusznie wskazuje A. Spotowski, że „u podstaw takiej redukcji ocen leży wzgląd funkcjonalny wynikający z przekonania, zgodnie z którym nie zachodzi potrzeba karania za wszystkie zbiegające się przestępstwa, jeżeli kara wymierzona za jedno z tych przestępstw spełni wszystkie te funkcje, jakie miałyby spełniać kary wymierzone za każde ze zbiegających się przestępstw”[2]. Mając zatem na uwadze funkcjonalny charakter czynów współukaranych, określić należy warunki pozwalające skorzystać z tej instytucji. Choć katalog przesłanek pozwalających na dokonanie takiej redukcji i przyjęcie współukarania nie jest jednoznaczny, to jednak nie budzi wątpliwości, że oceny wchodzących w rachubę czynów należy dokonać *in concreto*, a nie *in abstracto*[3]. Można zatem opierać się tylko na ogólnych kryteriach, które – jak się wydaje – nie w każdym przypadku muszą być spełnione. Bezspornie przyjmuje się, że warunkiem przyjęcia współukarania jest stwierdzenie różnicy w stopniu społecznej szkodliwości obu przestępstw[4]. Stopień społecznej szkodliwości czynu współukaranego musi być znacznie niższy niż czynu będącego podstawą skazania[5]. Pogląd ten jest oczywiście słuszny i został on podniesiony w glosowanym wyroku[6]. A. Marek kwestionuje natomiast podnoszone niekiedy wymaganie, aby ta różnica była rażąca[7]. Jego zdaniem wymaganie to wyłączałoby praktycznie stosowanie tej instytucji nawet w sprawach ewidentnych (np. różnica społecznej szkodliwości usiłowania i dokonania tego samego typu przestępstwa nie jest rażąca)[8]. Drugim

---

[2] A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg*..., s. 159. Celowościową istotę czynu współukaranego zaakcentował też Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „(…) przez współukarane czyny uprzednie lub następcze rozumie się zazwyczaj w teorii takie działania poprzedzające główny czyn przestępny lub po nim następujące, które, oceniane z osobna, mogłyby być uznane za odrębne przestępstwa, jednakże przy całościowej ocenie zdarzenia uznać je należy za skwitowane przez wymierzenie kary za przestępstwo główne”; uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 26.06.1964 r. (VI KO 57/63), OSNKW 1964/10, poz. 142; por. też rozważania M. Tarnawskiego, który uważa, że w takich sytuacjach mamy do czynienia z czynami bezkarnymi, M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 155.

[3] Por. W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 119 i n.; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 350; A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg*..., s. 164; zob. też A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2004/10, s. 8.

[4] Warunek ten podkreśla się także w orzecznictwie; zob. postanowienie SN z 25.02.2002 r. (I KZP 1/02), OSNKW 2002/5–6, poz. 35.

[5] A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg*..., s. 164; M. Kulik, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16.01.2001 r., II AKa 248/00*, „Prokuratura i Prawo” 2001/10, s. 108 i n.; M. Kulik, *Glosa do postanowienia SN z 25.02.2002 r., I KZP 1/02*, „Palestra” 2003/1–2, s. 218–219.

[6] Zob. też postanowienie SN z 25.02.2002 r. (I KZP 1/02), OSNKW 2002/5–6, poz. 35.

[7] Zob. A. Marek, *Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa*, w: *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, J. Majewski (red.), Toruń 2006, s. 17. Należy zauważyć, że Autor ten, kwestionując poglądy wskazanych przez siebie przedstawicieli doktryny (A. Spotowskiego i M. Kulika; por. A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg*..., s. 164 oraz M. Kulik, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16.01.2001 r.*…, s. 112–113), zdaje się utożsamiać podnoszony przez nich wymóg znacznej różnicy społecznej szkodliwości czynu z różnicą rażącą, o której to Autorzy ci nie pisali. Różnica w społecznej szkodliwości czynów ma być znaczna, a to nie jest to samo, co rażąca. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem „rażący” to wyraźny, bardzo duży, natomiast „znaczny” – dość duży, www.sjp.pwn.pl.

[8] A. Marek, *Czyny współukarane*…, s. 17.

kryterium przyjęcia czynu współukaranego jest powiązanie dwóch czynów[9], a więc występowanie między czynem współukaranym a czynem będącym podstawą skazania, przede wszystkim więzi czasowej i sytuacyjnej (miejscowej)[10]. Tej przesłanki co prawda nie podniesiono w glosowanym wyroku, ale niewątpliwie takie powiązanie istniało, co wynika z przedstawionego stanu faktycznego. Kolejnym wskazywanym warunkiem przyjęcia czynu współukaranego jest tożsamość przedmiotu ochrony. Sąd Apelacyjny w wyroku nie odniósł się do tego wymogu[11], przyjmując, że groźba karalna stanowi współukarane przestępstwo uprzednie z usiłowaniem zabójstwa, pomimo odmiennych przedmiotów ochrony obu czynów. Przyjęte przez SA stanowisko zdaje się być mniejszościowe. W doktrynie i orzecznictwie wymóg identyczności przedmiotu ochrony jest dość powszechnie przyjmowany[12]. Czy jednak słusznie w każdym przypadku należy bezwzględnie wymagać tożsamości rodzajowej atakowanych dóbr? Wydaje się, że nie. Zasadnie A. Marek wskazuje, że prowadziłoby to do rozbieżności w rozstrzyganiu zbliżonych stanów faktycznych[13]. Przykładowo, można byłoby zastosować omawianą konstrukcję, gdy sprawca uwięzienia człowieka grozi mu następnie pobiciem w razie zawiadomienia organów ścigania, natomiast nie byłoby takiej możliwości w przypadku posłużenia się analogiczną groźbą przez sprawcę rozboju z uwagi na brak tożsamości rodzajowej czynów[14]. W doktrynie przyjmuje się też[15], że za współukarany czyn uprzedni można uznać taki czyn, który stanowi środek prowadzący do dalszego celu[16] (sprawca kradnie przedmiot, np. kolekcjonerski sztylet po to, aby użyć go jako narzędzia zbrodni, i tym narzędziem zabija człowieka). W tej sytuacji, zdaniem A. Spotowskiego, można przyjąć „współukaranie przestępstwa uprzedniego pomimo braku tożsamości atakowanego dobra prawnego i przedmiotu zamachu, gdyż ścisła więź obu przestępstw wynika już z ich wzajemnego stosunku – stosunku środka do celu"[17]. Oczywiście spełniony musi być w tym przypadku warunek znacznie mniejszego stopnia społecznej szkodliwości czynu uprzedniego w stosunku do głównego.

Odnosząc się do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie, w grę wchodziło usiłowanie zabójstwa, w przypadku którego przedmiotem ochrony jest życie

[9] Por. A. Spotowski, *O redukcji ocen przy zbiegu przestępstw*, „Państwo i Prawo" 1975/7, s. 75; zob. też R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 222.

[10] Niekiedy też wskazuje się na jedność zamiaru sprawcy. Zob. J. Kostarczyk-Gryszka, *Z rozważań nad jednością i wielością czynów oraz jednością i wielością przestępstw*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 1967/2, s. 165; Z. Kegel, *Realny zbieg przestępstw czy zbieg ustaw?*, „Nowe Prawo" 1961/11, s. 1441.

[11] Por. inne orzeczenia pomijające ten warunek: wyrok SN z 18.10.1938 r. (II K 1840/38), OSN(K) 1939/5, poz. 125; wyrok SN z 4.03.2002 r. (IV KKN 65/01), LEX nr 54414; wyrok SN z 10.01.2003 r. (WA 69/02), OSNKW 2003/3–4, poz. 40.

[12] Zob. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1976, s. 238; Według S. Śliwińskiego „(…) czyn uprzedni nie zawsze łączy się z czynem następnym w jedność prawną. Nie łączy się wtedy, gdy czyn uprzedni zwraca się (…) przeciw innemu przedmiotowi ochrony karnej; wtedy czyn uprzedni nie może być częścią składową jednego czynu w znaczeniu prawnym, nie może tworzyć jednego przestępstwa z czynem następnym, skoro w grę wchodzi inny przedmiot ochrony karnej, skoro dane czyny, odrębne w znaczeniu naturalnym odcinają się od siebie ze względu na inne dobro prawne, co właśnie zapobiega jedności prawnej", S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 412; J. Kostarczyk-Gryszka, *Z rozważań*…, s. 165; H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa SN za I półrocze 1972 r.*, „Nowe Prawo" 1973/1, s. 82.

[13] Por. M. Kulik, *Glosa do postanowienia SN z 25.02.2002 r*…, s. 219.

[14] A. Marek, *Czyny współukarane*…, s. 18.

[15] Wśród postaci czynów współukaranych uprzednich wyróżnia się sytuacje związku form stadialnych i zjawiskowych popełnienia przestępstwa oraz związek czynu polegającego na narażeniu określonego dobra prawnego z dokonaniem czynu polegającym na naruszeniu tego samego dobra.

[16] L. Lernell, *Wykład prawa karnego*, t. 1, Warszawa 1969, s. 294.

[17] A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg*…, s. 192.

i groźba karalna, której rodzajowym przedmiotem ochrony jest wolność. Pomimo braku tożsamości rodzajowej przedmiotu ochrony, SA uznał groźbę za współukarane przestępstwo uprzednie. To rozwiązanie, wbrew większościowemu stanowisku, które prezentowane jest w doktrynie i orzecznictwie sądowym, moim zdaniem jest zdroworozsądkowe i można go bronić. Niektórzy przedstawiciele doktryny wprost wyrażali i wyrażają pogląd, że w takim przypadku możliwe jest przyjęcie instytucji współukarania. Ku takiemu rozwiązaniu skłaniał się W. Świda, stwierdzając, iż „sposoby popełnienia przestępstwa, traktowane przez ustawę jako swoiste przestępstwa, np. groźba karalna lub zmuszanie stają się współukaranymi przestępstwami uprzednimi, jeżeli następuje po nich popełnienie tego przestępstwa, którym grożono"[18]. Nie do końca można zgodzić się z tym poglądem, gdyż np. w sytuacji grożenia naruszeniem nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.) i następnie popełnienia przestępstwa, którym grożono, nie można przyjąć, że groźba będzie stanowiła czyn współukarany uprzedni. Groźba karalna zagrożona jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2, natomiast naruszenie nietykalności cielesnej karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do roku[19]. Nieracjonalne byłoby uznanie, że czyn o wyższej sankcji będzie współukarany przez czyn o niższej sankcji[20]. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że „nasilenie złego zamiaru sprawcy oraz stopień społecznej szkodliwości czynu jest z reguły mniejszy w przypadku grożenia popełnieniem przestępstwa aniżeli w przypadku popełnienia tego przestępstwa"[21]. Sytuacja odwrotna prowadziłaby do pewnego paradoksu, a mianowicie opłacalności dokonania przestępstwa zamiast grożenia jego popełnieniem. Z kolei K. Daszkiewicz-Paluszyńska, która, analizując postępowanie osoby grożącej zabójstwem, która następnie popełniła zapowiadany czyn, stwierdziła, że „ze względu na odmienny charakter obu przestępstw, należałoby w takim przypadku przyjąć, że popełnione zostały dwa czyny przestępcze (…). Za takim rozwiązaniem przemawia również to, że osoba grożąca (…), narusza z reguły dwa różne dobra"[22]. Inaczej natomiast, zdaniem tej Autorki, wygląda sytuacja, w której sprawca popełnia przestępstwo **natychmiast** po wypowiedzeniu groźby. Nie byłoby słuszne karanie za dwa czyny sprawcy, który zawołał „ja cię zabiję" i w chwilę potem zastrzelił ofiarę, podobnie jak w przypadku sprawcy, który oddaje trzy strzały, dwa chybione a trzeci celny i odpowiada za jeden czyn (zabójstwo), a nie za dwa usiłowania zabójstwa i jedno zabójstwo dokonane[23].

Powracając do przedmiotowej sprawy, rozważyć należy dwa możliwe sposoby jej rozstrzygnięcia. Pierwszy, przyjęty w glosowanym wyroku, a więc uznanie groźby za współukarany czyn uprzedni i drugi, zgodnie z którym należałoby przyjąć realny zbieg przestępstw i wymierzyć karę łączną. Zakładając (hipotetycznie) drugą wersję, sąd (z zastosowaniem zapewne zasady absorbcji) wymierzyłby karę łączną

[18] W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 236.
[19] Identyczny wymiar kary za wskazane przestępstwa przewidywał kodeks karny z 1969 r., czyli w czasie, gdy ów pogląd został wyrażony.
[20] M. Mozgawa, w: *System Prawa Karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2012, s. 428.
[21] K. Daszkiewicz, *Groźba w przyszłym polskim kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1962/2, s. 65.
[22] K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 155.
[23] K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie*, s. 155–156; zob. też K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część ogólna*, Kraków 1971, s. 267–268.

na podstawie kar jednostkowych za zbiegające się przestępstwa. W analizowanej sprawie Sąd Okręgowy wymierzył sprawcy karę 8 lat pozbawienia wolności. Zaskarżony wyrok utrzymał w mocy Sąd Apelacyjny. Gdybyśmy przyjęli realny zbieg przestępstw, to najprawdopodobniej kara łączna nie różniłaby się od wymierzonej przez Sąd Okręgowy, gdyż z praktyki wymiaru sprawiedliwości wynika, że w przypadku groźby karalnej bardzo rzadko wymierza się karę bezwzględnego pozbawienia wolności[24]. Nawet gdyby sąd orzekł za zbiegające się przestępstwa kary, np. 1 roku pozbawienia wolności (groźba karalna) i 8 lat pozbawienia wolności (zabójstwo), to skutek byłby podobny do tego, który wystąpiłby w razie przyjęcia instytucji współukarania. Jeśli chcielibyśmy kierować się jedynie argumentami czysto dogmatycznymi, należałoby przyjąć to właśnie rozwiązanie. Rodzi się jednak pytanie, czy konieczne jest w tej sytuacji sztuczne mnożenie bytów. Czy nie należy kierować się zdrowym rozsądkiem i przyjąć, jak zrobiły to sądy obu instancji, instytucji współukarania? Moim zdaniem tak. Bez względu na przyjętą konstrukcję – efekt będzie przecież dokładnie taki sam. Nie można w pogoni za doskonałością dogmatyczną popadać w małostkowość. Czy zdrowo myślący prokurator postawi zarzut z art. 217 § 1 k.k. w sytuacji, gdy sprawca najpierw uderza swoją ofiarę, a następnie ją zabija? Odpowiedź nasuwa się sama. Podobnie jest w przypadku tzw. czynności towarzyszących. W praktyce nikomu nie przyjdzie na myśl czynić odrębny zarzut (poza oskarżeniem z art. 148 § 1 k.k.) sprawcy zabójstwa, który pozbawiając życia zniszczył np. drogi garnitur, w który ubrana była ofiara. Nie ulega wątpliwości, że w tym przypadku wyłączenie wielości ocen i pominięcie czynności towarzyszącej (zniszczenia ubrania) przy kwalifikacji prawnej zachowania sprawcy następuje ze względów teleologicznych. Podobnie należy oceniać czyny współukarane. Wystarczające więc powinno być ścisłe powiązanie dwóch czynów i dysproporcja w stopniu ich społecznej szkodliwości, pomimo braku tożsamości rodzajowej chronionego dobra. Wymóg ten, moim zdaniem, nie powinien być uznawany za *conditio sine qua non* i dlatego przyjęcie konstrukcji współukarania przez Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku uważam za słuszne. Instytucja ta (o czym była już mowa) ma charakter pozaustawowy, co pozwala na elastyczne i „idące w parze" ze zdroworozsądkowym traktowaniem wymogów jej zastosowania. Inaczej wygląda sytuacja, w której sprawca grozi pozbawieniem życia osobie X, a zaraz po wypowiedzeniu groźby zabija osobę Y, która interweniowała w obronie osoby X. W tym przypadku nie sposób uznać uprzedniej groźby za czyn współukarany (pomimo dysproporcji w stopniu społecznej szkodliwości i powiązaniu obu czynów). Słusznie wskazuje się, że „w przypadku czynów, których bliższym lub dalszym przedmiotem zamachu jest dobro ściśle osobiste (życie, zdrowie, wolność), wskazana jest nadto tożsamość pokrzywdzonego"[25].

Kolejną kwestią, wymagającą rozważenia, jest uznanie przez Sąd Apelacyjny w glosowanym wyroku, iż jednym z warunków przyjęcia współukarania jest zdecydowanie mniejszy stopień winy sprawcy. Zastanawiające jest to, że po pierwsze sąd w ogóle odnosi się do stopnia winy, a po drugie różnicuje go ze stopniem społecznej szkodliwości czynu, zaznaczając, iż za przyjęciem konstrukcji czynu współukaranego

[24] Zob. K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 222–224.
[25] A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów*…, s. 10.

przemawia **zdecydowanie mniejszy** stopień winy oraz **niższy** stopień społecznej szkodliwości czynu. Trudno jest powiedzieć, co zadecydowało o takim stanowisku sądu, być może wynikało to z tego, że w praktyce zwykło się utożsamiać okoliczności wpływające na stopień społecznej szkodliwości czynu ze stopniem winy. Przyjęcie tego wymogu, który nie jest w doktrynie nigdzie podnoszony, w glosowanym wyroku uważam za zbędne. W nauce prawa karnego trafnie przyjmuje się, że na ocenę stopnia winy wpływa stopień społecznej szkodliwości czynu[26]. Zazwyczaj jest tak, że czyn o dużej społecznej szkodliwości charakteryzuje się wysokim stopniem winy, ale nie można wykluczyć sytuacji, w której przy wysokim stopniu społecznej szkodliwości czynu występuje niewielki stopień zawinienia.

Na koniec należy odnieść się do kwestii procesowej poruszonej w glosowanym wyroku. W tym aspekcie, jak się wydaje, możliwe są trzy rozwiązania. Pierwsze, które przyjął Sąd Apelacyjny w Katowicach, czyli uznanie, że czyn współukarany stanowi negatywną przesłankę procesową, powodującą bezzasadność wszczętego w tym zakresie postępowania karnego i realną okoliczność wyłączającą ściganie. Drugie, zgodnie z którym w sytuacji przyjęcia konstrukcji współukarania sąd uniewinnia oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu[27]. Należy sądzić, że opowiedzenie się zarówno za pierwszym, jak i za drugim rozwiązaniem może spotkać się z krytyką. Przy uznaniu pierwszego z nich pojawia się zarzut, że w przypadku czynu współukaranego nie można przyjąć zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej i umorzyć postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 11 k.p.k. Rację ma A. Marek, pisząc, że „trudno jest przyjąć, iż okolicznością wyłączającą ściganie jest popełnienie czynu zabronionego o stopniu społecznej szkodliwości większej niż znikoma w sytuacji, gdy ustawa wyraźnie tego nie przewiduje"[28]. Ponadto, umorzenie postępowania w zakresie czynu współukaranego skutkowałoby (zgodnie z art. 454 § 1 k.p.k.) niemożnością skazania sprawcy za ten czyn przez sąd odwoławczy, gdyby przyjął on, iż nie zachodzą warunki do przyjęcia konstrukcji współukarania[29]. Ten sam argument można odnieść również do uniewinnienia oskarżonego. W tym przypadku (uniewinnienia) zarzutem może być jednak przede wszystkim naruszenie art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., ponieważ wina sprawcy odnośnie do zarówno czynu głównego, jak i czynu współukaranego została przecież udowodniona[30]. Dodać należy, że wskazane w art. 414 § 1 k.p.k. okoliczności, których stwierdzenie po otwarciu przewodu sądowego powoduje wydanie wyroku uniewinniającego, zostały wyraźnie ograniczone do sytuacji wskazanych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. W związku z tym należy przyjąć, że nie jest możliwe uniewinnienie. Pozostaje zatem trzecie rozwiązanie, za którym należy się opowiedzieć. Zgodnie z art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. sąd powinien w wyroku skazującym uzupełnić opis czynu będącego podstawą skazania i wymiaru kary o znamiona czynu współukaranego. Taki sposób rozstrzygnięcia sprawy, po pierwsze, oddaje całą zawartość kryminalną zachowań sprawcy, po drugie zaś umożliwia, pomimo niewymierzenia kary za czyn

[26] Zob. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2012, s. 679; J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, s. 1166–1167.
[27] Bliżej zob. wyrok SA w Białymstoku z 11.06.2002 (II AKa 109/02), OSA 2003/4, poz. 34.
[28] A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów*…, s. 16–17.
[29] A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów*…, s. 17.
[30] M. Kulik, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 16.01.2001 r*…, s. 115–116.

współukarany, uwzględnienie jego popełnienia przy wymiarze kary za przestępstwo główne oraz – po trzecie – nie przekreśla możliwości (w przypadku apelacji prokuratora na niekorzyść) skazania sprawcy przez sąd odwoławczy, jeżeli uzna on, że nie zachodzą warunki do zastosowania konstrukcji czynu współukaranego[31]. Zakaz, o którym mowa w art. 454 § 1 k.p.k., nie obejmuje sytuacji, gdy sąd *a quo* potraktował jeden z czynów oskarżonego jako czyn współukarany[32].

Reasumując, należy stwierdzić, że pierwszy z poglądów zawartych w tezie glosowanego wyroku jest słuszny. Istota konstrukcji czynów współukaranych ma charakter funkcjonalny. Jest instytucją pozaustawową, co pozwala na elastyczne i zdroworozsądkowe traktowanie wymogów jej stosowania.. To twierdzenie starano się uzasadnić w powyższych rozważaniach.Drugi z poglądów wyrażonych przez Sąd Apelacyjny co do procesowego rozstrzygnięcia w sprawie o przestępstwa współukarane oceniam jako nietrafiony.

Słowa kluczowe: prawo karne; czyn współukarany; groźba karalna; usiłowanie zabójstwa; stopień winy; stopień społecznej szkodliwości czynu

[31] A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów*…, s. 17.
[32] Bliżej na ten temat zob. wyrok SN z 22.02.1983 r. (IV KR 5/83), OSNKW 1983/10–11, poz. 82.

Summary

Katarzyna Nazar – *Commentary on judgment of the Court of Appeal in Katowice of 19 February 2015 (II AKa 513/14)*

The commented judgment concerns the problems relating to the so-called co-sanctioned offences. The Court of Appeal referred to the issues of the criteria of adopting a joint sanction and the manner of procedural resolution in a case involving so-sanctioned offences. On the first issue the court has held that a threat of murder is a preceding co-sanctioned act with respect to attempted murder due to the definitively lower degree of guilt and social danger of the former act. As for the second issue, it held that if an act is deemed co-sanctioned, this constitutes a negative procedural criterion resulting in futility of the criminal proceedings initiated in this regard and a real circumstance excluding prosecution. In such a situation, according to the court, it is correct to discontinue proceedings according to Art. 17(1)(11) of the Code of Criminal Procedure.

This commentator shares the view formulated by the Court of Appeal on the first issue, so in this regard it is an approving commentary. The essence of the construction of co-sanctioned acts is, in her view, their functional character, it is an extra-statutory notion, which allows it to be applied in a flexible and commonsensical manner. As for the remaining part (the procedural issues) the author criticises the view expressed by the Court of Appeal, recognizing the Court's proposal concerning the procedural resolution in a case concerning co-sanctioned acts as misguided.

Keywords: criminal law; co-sanctioned act; unlawful threat; attempted murder; degree of guilt; degree of social danger of an act