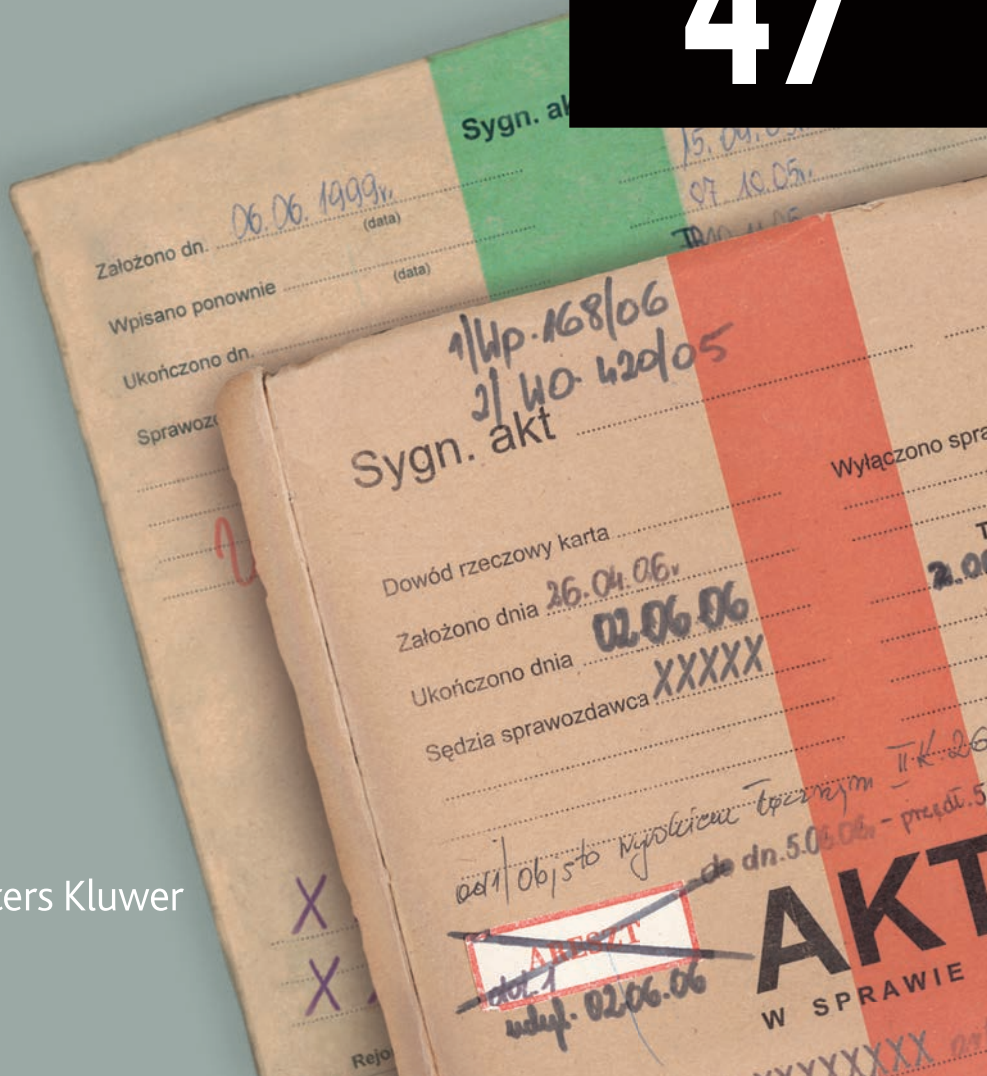


PRAWO W DZIAŁANIU

47



Wolters Kluwer



INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

47

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Łukasz Pohl



Wolters Kluwer

Warszawa 2021

Zgodnie z Komunikatem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 31 lipca 2019 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji
międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów w procesie ewaluacji
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 40 punktów.

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wersja elektroniczna Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną).

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH

Klaudia Szawłowska-Milczarek

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

Z żalem informujemy, że w dniu 10 czerwca 2021 r. po ciężkiej chorobie zmarł
Redaktor Naczelny i Przewodniczący Kolegium Redakcyjnego
„Prawa w Działaniu”



Śp.
ANDRZEJ BRONISŁAW SIEMASZKO

prof. zw. dr hab. nauk prawnych
(14 marca 1950 – 10 czerwca 2021)

pracownik Sekcji Analiz Ekonomicznych Wymiaru Sprawiedliwości
Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, członek Rady Naukowej tego Instytutu,
jego dyrektor w latach 1992–2015,
wybitny prawnik, kryminolog, nauczyciel akademicki,
prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku,
odznaczony Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski

Redakcja, Dyrekcja i Pracownicy Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

RADA PROGRAMOWA

Tadeusz Ereciński (Uniwersytet Warszawski), Ondřej Frinta (Univerzita Karlova), Rafael García Pérez (Universidad de Navarra), Lech Gardocki (SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny), Uberto Gatti (Università di Genova), Beata Gruszczyńska (Uniwersytet Warszawski), Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (Universidad de Zaragoza), Vyacheslav Navrotsky (Lwowski Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych), Andrea Nicolussi (Università cattolica di Milano), Andrei Novikov (Petersburski Uniwersytet Państwowy), Lech Paprzycki (Akademia Leona Koźmińskiego), Martin Píry (Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici), Marek Safjan (Uniwersytet Warszawski), János Ede Szilágyi (The Ferenc Mádl Institute of Comparative Law), Antonino Vaccaro (IESE Business School), Dobrochna Wójcik (Polska Akademia Nauk), Adam Zieliński (Uniwersytet Warszawski)

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Andrzej Siemaszko (Przewodniczący, IWS), Elżbieta Holewińska-Łapińska (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo cywilne i rodzinne, IWS), Łukasz Pohl (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo karne, Uniwersytet Szczeciński, IWS), Beata Bieńkowska (redaktor tematyczny: procedura karna, Uniwersytet Warszawski), Grzegorz Blicharz (redaktor tematyczny: prawo prywatne porównawcze, Uniwersytet Jagielloński), Agata Czarnecka (redaktor tematyczny: amerykańska jurysprudencja, UMK), Maciej Dybowski (redaktor tematyczny: prawa podstawowe, UAM), Robert Netczuk (redaktor tematyczny: prawo karne skarbowe, Uniwersytet Śląski), Marcin Romanowski (redaktor tematyczny: aksjologia prawa, UKSW, IWS), Leszek Wieczorek (redaktor tematyczny: kryminologia, prawo karne, procedura karna)

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Marek Marczewski (redaktor statystyczny)
Iwona Lewandowska (korektor językowy – język polski)
Sylvia Domańska (redaktor językowy – język angielski)

ADRES REDAKCJI

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 826 03 63
faks +48 22 826 24 01
e-mail: iws@iws.gov.pl

Spis treści:

Artykuły

Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka Zmiany w prawie karnym procesowym – analiza z perspektywy zasady koncentracji	9
Wojciech Konaszcuk Legislacyjne rozwiązania w zakresie przeciwdziałania cyberprzestępczości w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia	37
Piotr Poniatowski Czyn ciągły a współdziałanie przestępne – wybrane zagadnienia.....	59
Emilia M. Truskolaska <i>Grooming</i> , czyli uwodzenie małoletnich przez internet – aspekty kryminologiczne oraz prawne	72
Diana Dajnowicz-Piesiecka Prawne aspekty przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA	82
Paweł Mazur Status prawny zwierząt pokrzywdzonych w wyniku popełnienia przestępstw stypizowanych w ustawie o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.	106
Katarzyna Borkowska Przestępstwo oszustwa w polskim i niemieckim prawie karnym	117
Rafał Rejmaniak Posiadanie broni palnej a poziom przestępczości z jej użyciem w Polsce	136
Michał Wawrzyńczak Kilka uwag o instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r.	152

Tomasz Bojanowski	
Wybrane prawnokarne aspekty mowy nienawiści w kontekście standardów ochrony wolności słowa	168

Krzysztof Kmąk	
O zaostrożeniu kary za czyn ciągły (odpowiedź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)	187

Łukasz Pohl	
Ponownie w sprawie czynu ciągłego (replika na kolejne uwagi Krzysztofa Kmąka)	199

Komentarze orzecznicze

Stanisław Hoc	
Głos do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11.06.2019 r., II AKa 36/19	211

Łukasz Buczek	
Głos do postanowienia Sądu Najwyższego z 1.06.2017 r., III KK 492/16	222

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Iryna Prystenska	
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „V4CyberPower”. Warszawa, 3–4 grudnia 2020 r.	228

Pro Memoria

Profesor Andrzej Siemaszko nie żyje (1950–2021)	234
---	-----

Contents:

Articles

Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka Amendments to Criminal Procedural Law: An Analysis from the Point of View of the Principle of Concentration	9
Wojciech Konaszcuk Legislative Solutions to Counteract Cybercrime in Tax Law. Selected Issues	37
Piotr Poniatowski Continuing Offence and Criminal Cooperation. Selected Issues	59
Emilia M. Truskolaska Grooming of Minors in the Internet: Criminal Law and Criminological Aspects.....	72
Diana Dajnowicz-Piesiecka Legal Aspects of Preventing Campus Crime in Higher Education Institutions in the United States.....	82
Paweł Mazur Legal Status of Animals Being Victims of Crimes Defined in the Act of 21 August 1997 on Animal Protection.....	106
Katarzyna Borkowska The Offence of Fraud in the Polish and German Criminal Law.....	117
Rafał Rejmaniak Gun Ownership and Gun Crime Rate in Poland.....	136
Michał Wawrzyńczak Reflections on Conditional Pre-Trial Detention in the Light of the Amendments to the Code of Criminal Procedure of 19 July 2019.....	152

Tomasz Bojanowski	
Selected Criminal Law Aspects of Hate Speech in the Context of Freedom of Speech Protection Standards.....	168

Krzysztof Kmąk	
Imposing Stricter Penalties for Continuing Offences (Response to Professor Łukasz Pohl)	187

Łukasz Pohl	
On Continuous Offences Yet Again (Response to Further Comments by Krzysztof Kmąk).....	199

Case Commentaries

Stanisław Hoc	
Commentary on Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 11 June 2019, II AKa 36/19	211

Łukasz Buczek	
Commentary on Decision of the Supreme Court of 1 June 2017, III KK 492/16	222

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Iryna Prystenska	
Report on International Scientific Conference 'V4CyberPower'. Warsaw, 3–4 December 2020	228

Pro Memoria

Professor Andrzej Siemaszko (1950–2021) has passed away.....	234
--	-----

Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka*

Zmiany w prawie karnym procesowym – analiza z perspektywy zasady koncentracji**

Kwestia wyodrębnienia zasad procesowych w polskiej procedurze karnej jest stosunkowo złożona, zwłaszcza wówczas, gdy zasada nie została *expressis verbis* statuowana w przepisach prawnych¹. Nadanie określonej normie prawnej rangi zasady jest więc zawsze ustalane w toku wykładni. Uregulowanie choćby elementów zasady prawnej w określonym przepisie prawnym, tzw. przepisie zrębowym istotnie upraszcza proces wykładni², niemniej jednak zupełnie niekontrowersyjne jest stwierdzenie, że czasem źródłem normatywnym zasady prawa jest cały zespół przepisów prawnych. W tym ostatnim przypadku w dogmatyce mówi się o zasadach niewyrażonych w ustawie w sposób bezpośredni, co oczywiście jest jedynie pewnym skrótem myślowym. Niezależnie od wielości źródeł normatywnych, dekodowane zasady procesowe należy traktować jednakowo, a zatem zasady wyprowadzone z szeregu obowiązujących przepisów prawnych są więc zasadami obowiązującymi na równi z zasadami sformułowanymi przez ustawodawcę wprost w ustawie³. Co więcej, polskie prawo procesowe nawet wówczas, gdy wyraża określoną zasadę procesową w ustawie w sposób bezpośredni (skodyfikowany w jednej jednostce redakcyjnej) nie operuje nazwą „zasada”⁴.

W niniejszym szkicu zbadana zostanie kwestia wyodrębnienia i kształtu zasady koncentracji w polskim postępowaniu karnym oraz jej emanacji będących wynikiem zmian w prawie karnym procesowym, który miały miejsce w 2019 i 2020 r.⁵ Choć samo wyodrębnienie tytułowej zasady, a także jej nazwa mogą wzbudzać pewne wątpliwości, pozostaje ona motywem przewodnim ostatnich nowelizacji. Co kluczowe, na gruncie kolejnych wprowadzanych zmian ona wyraźnie dominuje, by nie rzec konsumuje

* Dr hab. Barbara Janusz Pohl jest profesorem w Zakładzie Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID: 0000-0002-7135-4960, e-mail: barbaraj@amu.edu.pl; mgr Paulina Kosmatka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UAM i eksternistyczną doktorantką przygotowującą dysertację pod opieką prof. UAM B. Janusz-Pohl, Polska, ORCID: 0000-0001-8646-1964, e-mail: paulina.kosmatka@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorki: 7.06.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.07.2021 r.

¹ Zob. np. W. Daszkiewicz, *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1996, s. 57–61; S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 58–59; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 92–96; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 43–46.

² Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 202–211.

³ M. Cieślak, *Polska...*, 1971, s. 62.

⁴ W. Daszkiewicz, *Proces...*, s. 57–61.

⁵ Ustawa z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1694 ze zm.).

inne zasady procesowe. Ustawodawca daje jej prym względem zasady prawa do sądu, zasady prawdy, zasady prawa do obrony, zasady bezpośredniości, czy nawet kwestii uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego oraz formuły dotyczącej warunków legalności orzekania przez sąd karny. Wskazane zasady i gwarancje są na tyle istotne, że kluczowym pytaniem pozostaje to, czy wprowadzone zmiany normatywne podbudowane zasadą koncentracji rzeczywiście i jednoznacznie muszą być interpretowane – powiedzmy obrazowo – „w jej duchu”, czy też może te inne zasady procesowe i wartości jednak odżywają w toku wykładni, prowadząc jednocześnie do osłabienia oddziaływania zasady koncentracji? Odwołując się do procedury ważenia zasad prawa według Ronalda Dworkina⁶ i Roberta Alexy’ego⁷ jako swego rodzaju analogonu: czy w ramach takiego „ważenia”, które na gruncie rodzimego prawoznawstwa mogłoby być sytuowane na płaszczyźnie oddziaływania tzw. funkcjonalnych dyrektyw wykładni⁸ może dojść do uznania supremacji innych zasad procesowych nad zasadą koncentracji? Czy emanacje zasady koncentracji wobec oczywistej ich kolizyjności z innymi zasadami procesowymi mogą zatem być osłabione? Na tym polu ujawnia się interpretacyjny walor zasad prawa, szczególnie istotny w prawie karnym procesowym, bowiem pozwalający jego stosunkowo technicystyczny wymiar rozbudować o adekwatną aksjologię, w tym więc sensie zasady procesowe jako normatywne postaci wartości uspóijniają cały. Rola interpretacyjna zasad prawa zwiększa się wtedy, gdy kodowanie norm prawnych w tekście ustawy staje się zinstrumentalizowane, tj. służy wyłącznie celom zorientowanym pragmatycznie, przy jednoczesnym negowaniu podstawowych dla danego modelu założeń aksjologicznych⁹. Takim podbudowanym pragmatycznie celem jest przyspieszenie procesu, podniesienie jego efektywności wówczas, gdy odbywa się kosztem istotnego ograniczenia gwarancji procesowych oraz sprawiedliwości i rzetelności postępowania.

*

1. Do zagadnień spornych należy kwestia kryteriów pozwalających na wyodrębnienie spośród norm systemu prawa karnego procesowego tych, które należy zaliczyć do zasad procesowych. Należy w tym miejscu podkreślić fakt, że w literaturze procesu karnego nie wypracowano jednolitych kryteriów wyodrębnienia zasad procesowych, czego efektem są występujące u poszczególnych autorów różnice w liczbie oraz sposobie formułowania poszczególnych zasad, a także określania ich treści¹⁰. Niemniej jednak dość powszechnie uznaje się, że tylko norma prawna, która wykazuje szczególne, nadrzędne znaczenie wobec innych norm prawnych staje się normą nadrzędną wobec innych norm, tym samym nabierając uprawnienia do nazywania jej zasadą procesową. Poza warunkami nadrzędności jednej normy nad inną,

⁶ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 60 i n. Zob. także T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, „Państwo i Prawo” 1988/3, s. 16 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dób i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989/1, s. 1 i n.

⁷ R. Alexy, *On the structure of legal principles*, „Ratio Juris” 2000/3, s. 294 i n. Zob. także A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązku prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13 i n.; zob. także G. Maroń, *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizyjności na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2009/53, s. 86 i n.

⁸ Por. uwagi w: O. Bogucki, M. Zieliński, *Zasady prawa z perspektywy ogólnej teorii prawa* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. 1, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 60 i n.

⁹ A. Bator, *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa* [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. D. Gruszecka, J. Skorupka Warszawa 2015, s. 86 i n.

¹⁰ T. Nowak, *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 52.

szczególnym warunkiem, który musi realizować norma aspirująca do określenia jej mianem zasady procesowej jest jej doniosłość, szczególnie rola, jaką odgrywa w systemie prawnym, a także szeroki zakres funkcjonalny oraz przekonanie dotyczące szczególnej roli dokonujących się za jej przyczyną zmian w systemie prawnym¹¹.

Należy ponadto zaznaczyć, że procesualiści operując pojęciem „zasady procesowej” najczęściej odnoszą się do opisowego, nie zaś jej dyrektywalnego ujęcia. Jest tak nawet wówczas, gdy w ramach definiowania owej zasady używają pojęcia dyrektywy¹². Tymczasem dla analizy zasad prawa (zasad procesowych) konieczne jest ich ujęcie dyrektywne. Tylko ono bowiem prowadzi do w pełni konkluzywnego ustalenia kształtu dekodowanej normy prawnej¹³. W konsekwencji uznanie, że zasada prawa jest określoną normą danego systemu (nakazującą, zakazującą lub kompetencyjną), normą o szczególnie istotnym znaczeniu w tym systemie może odnosić się tylko do płaszczyzny dyrektywnej, która jest wyjściowa dla ewentualnego dalszego charakteryzowania zasady w płaszczyźnie opisowej.

W sposób najbardziej kompleksowy i usystematyzowany metodologicznie, choć także nie wolny od kontrowersji i sporów, kryteria wyodrębnienia zasad prawa opracowane zostały w prawoznawstwie, w ich ramach wskazuje się na następujące: 1) stopień semantycznej precyzji¹⁴; 2) stopień aksjologicznej doniosłości¹⁵; 3) charakter wyznaczonej powinności¹⁶; 4) rygorizm legitymizacji¹⁷; 5) charakter pełnionych w porządku

¹¹ P. Wiliński, *Kryteria i sposób wyodrębnienia zasady procesowej* [w:] *System...*, t. III, cz. 1, s. 197–198. Zob. także A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 96–107; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 214–215.

¹² Przykładowo wskaźmy, że Stanisław Waltoś naczelnę zasadę procesu karnego ujmował jako „społecznie ważne ogólne dyrektywy uregulowania najbardziej istotnych kwestii z zakresu procesu karnego”, to jednak wskazując na kryteria wyodrębnienia wyraźnie, analizował je na gruncie ujęcia opisowego wywodząc, że: 1) „zasada musi posiadać znaczenie węzłowe w procesie”; 2) „zasada zawierać powinna określoną treść ideologiczną i społeczną”; 3) „zasadą procesu jest tylko ta, która dotyczy bezpośrednio procesu”; 4) „zasada powinna mieć charakter dyrektywy”. Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces...* Natomiast według Andrzeja Murzynowskiego: a) zasada musi być wyrażona w normach obowiązującego prawa, b) zasada musi mieć podstawowe znaczenie dla procesu karnego, określać jego najważniejsze cechy i spełniać rolę nadrzędną w stosunku do innych norm prawa karnego procesowego, c) zasada powinna dotyczyć bezpośrednio dziedziny procesu karnego, d) zasada musi mieć charakter ogólnoprosesowy, tj. musi zawierać dyrektywy postępowania dotyczące wszystkich stadiów i rodzajów postępowania karnego, e) zasada musi zawierać określoną treść ideologiczną, wyrażać polityczne idee, na których opiera się system państwowy, dotyczący sposobu ukształtowania i realizacji wymiaru sprawiedliwości w dziedzinie spraw karnych, f) zasada musi określać typowe i dominujące cechy postępowania karnego i dopuszczać istnienie od niej pewnych wyjątków, których już jednak nie należy określać mianem zasady, g) zasada powinna określać takie cechy procesu karnego, które nie mają charakteru oczywistego i banalnego, stanowią jeden z wariantów możliwych i znanych w historii rozwiązań, h) nie ma potrzeby tworzenia takich oddzielnych zasad, które dublują już inne zasady procesu karnego lub są konieczną konsekwencją ich istnienia. Zob. szerzej A. Murzynowski, *Istota...*, s. 96–107.

¹³ Na temat ujęcia dyrektywalnego i opisowego zob. S. Wrótkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 25.

¹⁴ Większość zasad to normy o charakterze ogólnym, nieostre i niedookreślone językowo.

¹⁵ Zasadą prawa jest norma wyrażająca lub chroniąca wartości, które w ocenie prawniczej doktryny i judykatury są usytuowane na szczycie aksjologicznej hierarchii prawodawcy. Marzena Kordela uznaje, że: „(...) Wartości wprowadzone do systemu prawa wyraźną albo dorozumianą decyzją prawodawcy, przybierają kształt normatywny zasad, przy czym zasady nie „oczekują” na wartości w postaci gotowej struktury, ale pojawiają się wtórnie, jako konieczna reakcja porządku normatywnego na swoją nowość, nowość kategorialną, wymagającą swego „zinternalizowania” – M. Kordela, *Zasada prawa jako normatywna postać wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/1, s. 42. Zob. M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 101 i n.

¹⁶ „Zasady mogą być charakteru behawioralnego, ale niekoniecznie. Jedynie część zasad prawa, liczebnościowo pozostająca w mniejszości, ma strukturę typowej normy programowej; tj. określają one pożądany cel (stan rzeczy) bez choćby ogólnego wskazania, w jaki sposób, poprzez jakie zachowania cel ten urzeczywistnić” – G. Maroń, *Zasady prawa. Pojmowanie i typologia a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011, s. 56.

¹⁷ Zasady mogą też być z niego wyinterpretowane za pomocą wnioskowań. Za równorzędne mechanizmy uzasadniania mocy obowiązującej zasad prawa przyjmuje się bowiem „(...) mechanizm logicznego, instrumentalnego bądź aksjologicznego wynikania norm z norm oraz proces indukcyjnego uogólniania reguł prawnych w zasady” – G. Maroń, *Zasady...*

prawnym funkcji¹⁸; 6) model przestrzegania prawa¹⁹; 7) podważalność – zasady prawa to najczęściej normy podważalne; 8) sposób rozstrzygania kolizji – kolizja zasad tylko *in concreto*. Nadmienimy jednocześnie, że przyznanie statusu zasady prawa określonej normie postępowania (a według niektórych także normie programowej) nie wymaga spełnienia wszystkich kryteriów spośród wymienionych powyżej. Zresztą nie w przypadku każdej zasady prawa wszystkie wymienione kryteria są w równym stopniu pomocne.

Należy więc stwierdzić, że kwestia uznania normy za obowiązującą zasadę procesową może wynikać z różnych przesłanek. Subiektywność uznania normy za obowiązującą zasadę procesową wynika często właśnie z indywidualnej oceny określonej normy, stąd mogą występować znaczące rozbieżności i spory. Podkreślenia wymaga także fakt, że skłonność do subiektywnego podejścia w kwestii przychylania się do uznawania normy jako obowiązującej zasady procesowej zostaje spotęgowana, rzec by można, kontekstem historycznym oraz społecznym, w jakich określone zasady funkcjonują w systemie procesowym. Zasady procesowe nie funkcjonują bowiem w próżni prawnej, ale są osadzone w konkretnych warunkach czasowych określonego społeczeństwa, które to elementy z zasady nie będąc tworem statycznym, czyli podlegając naturalnym i ciągłym zmianom oraz procesowi ciągłego kształtowania, wpływają na kryteria uznawania norm jako obowiązujących zasad procesowych. Podobnie jak struktury społeczne i mechanizmy mające nań wpływ i je zmieniające, także zasady procesowe nie są tworem skostniałym i podlegają zmianom²⁰.

2. Z nakreślonej perspektywy musimy ustalić, czy zasada koncentracji jest zasadą obowiązującą na gruncie polskiego prawa karnego procesowego. Zasada koncentracji nie została ujęta przez ustawodawcę w jednym przepisie Kodeksu postępowania karnego²¹. Nie jest to więc zasada bezpośrednio skodyfikowana i zdefiniowana, jednak przyznaje się jej status zasady w znaczeniu konkretnym, tj. zasady obowiązującej w polskim systemie prawa karnego procesowego. Fundamentem normatywnym zasady koncentracji są przepisy konstytucyjne i konwencyjne odnoszące się do ukształtowania rzetelnego modelu proceduralnego: art. 45 ust. 1 Konstytucji RP²² oraz art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²³, dopatrując się dowodów jej istnienia w licznych przepisach Kodeksu postępowania karnego²⁴. Spośród nich do najistotniejszych należą:

¹⁸ Zasady to normy determinujące proces tak stanowienia prawa – prawodawca ma podejmować działania zmierzające do konkretyzacji zasad tym samym realizować stojące u ich podstaw wartości – jak i jego stosowania, na polu którego ujawnia się interpretacyjny walor zasad. Z tym ostatnim powiązana jest dyrektywa wyboru nakazująca spośród możliwych po wykładni językowej znaczeń reguły wybrać to zgodne z zasadą prawa i w największym stopniu służące urzeczywistnieniu wartości chronionej mocą niniejszej zasady – zob. G. Maroń, *Zasady...*, s. 57.

¹⁹ Jednak w odniesieniu do zasad prawa można zauważyć wyraźny brak jednolitego wzorca, według którego kwalifikowane powinny być zachowania jako z nim zgodne lub je pogwałcające. Wobec tego część zasad funkcjonuje jako reguły oparte na formule „*all or nothing*”, a więc albo konkretne zachowanie narusza zasadę, albo w pełni czyni jej zadość. Część zasad operuje według modelu „mniej lub bardziej”, tzn. można spełnić je gradacyjnie. „Optymalizacyjny charakter zasad tego typu sprawia, że zachowanie nieurzeczywistnione w całości stojącej u jej podstaw wartości są wciąż zachowaniem całkowicie zgodnym z prawem, ilekroć pełne spełnienie zasady wyklucza potrzeba jednoczesnego uczynienia zadość wartościom chronionym innymi zasadami”. G. Maroń, *Zasady...*, s. 57.

²⁰ W. Daszkiewicz, *Proces...*, s. 63.

²¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534) – dalej k.p.k.

²² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC, www.sip.lex.pl (dostęp: 20.04.2021 r.).

²⁴ Zob. P. Wiliński [w:] *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020, s. 56.

- a) przepisy, które organizują czas trwania postępowania karnego, a wśród nich te, które:
 - określają czas trwania postępowania przygotowawczego (m.in. art. 310, 325 § 1 k.p.k.);
 - określają czas na dokonanie określonych czynności (np. art. 307 k.p.k. dotyczący czynności sprawdzających);
 - określają czas poszczególnych etapów postępowania czy długości maksymalnych przerw w postępowaniu (np. art. 401 § 1 k.p.k.);
- b) przepisy związane z celami postępowania karnego (art. 2, 297 k.p.k.), eksponujące element szybkości i zogniskowania czynności procesowych wokół głównego przedmiotu procesu,
- c) przepisy dotyczące kulminacyjnych momentów w toku postępowania dowodowego, np. art. 321 k.p.k., tj. końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego; przepisy dotyczące sporządzenia skargi zasadniczej,
- d) przepisy związane z organizacją rozprawy (w tym w szczególności artykuły: 348 k.p.k. stanowiący, że rozprawę należy wyznaczyć i przeprowadzić bez zbędnej zwłoki, 366 § 2 k.p.k., zgodnie z którym należy dążyć do rozpoznania sprawy na pierwszej rozprawie, 401, 404 k.p.k., które związane są z zarządzaniem przerw i odroczeniem rozprawy),
- e) przepisy związane są temporalnym aspektem dokonania czynności procesowych, tj. wprowadzających terminy do dokonania określonych czynności (a wśród nich przepisy określające terminy stanowcze: prekluzyjne, terminy zawite oraz inne stanowcze, a nawet terminy niestanowcze (porządkowe, instrukcyjne),
- f) przepisy prowadzące do ograniczenia obstrukcji procesowej, np. w kontekście niestawiennictwa stron, czy też abuzywnych wniosków dowodowych prowadzących do przewlekłości postępowania,
- g) ponadto przejawy zasady koncentracji dostrzegalne są na gruncie różnych innych instytucji procesowych, np. regulujących tok kontroli formalnej.

Niektórzy przedstawiciele doktryny wyróżniając zasadę koncentracji i ujmując ją w wąski sposób powołują się na jeden przepis przewodni, z którego daną zasadę odtwarzają²⁵, tj. art. 366 § 2 k.p.k. stwierdzając, że stanowi ona nakaz prowadzenia procesu jako zwartego ciągu czynności, zdarzeń bez zbędnych przerw i ograniczeń. Od tak zdefiniowanej zasady występują wyjątki, które wynikają, m.in. z kolizji wartości utożsamianych ze wskazaną zasadą a innymi zasadami procesowymi (np. z zasadą prawdy materialnej), czy też z konieczności uwzględnienia ograniczeń faktycznych i organizacyjnych w procesie (m.in. z konieczności zarządzenia przerw w rozprawie lub też potrzeby poszukiwania dowodów).

W zależności od sposobu ujęcia, zasadę koncentracji nazywa się: zasadą koncentracji materiału procesowego, ciągłości lub nieprzerwalności²⁶. Jak zasygnalizowano

²⁵ Zob. J. Grajewski, *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 106.

²⁶ Por. M. Cieślak, *Polska...*, 1971, s. 353; W. Daszkiewicz, *Proces...*, s. 115; S. Kalinowski, *Polski...*, s. 132. Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Pojęcie zasady sprawności i zasady koncentracji materiału dowodowego* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 943 i n.

powyżej, zasada ta może być również przedstawiana w różnych wariantach²⁷: szerszym i węższym, a mianowicie jako zasada koncentracji rozprawy, zasada koncentracji materiału dowodowego, zasada koncentracji procesu lub jako zasada koncentracji materiału dowodowego w procesie²⁸. Początkowo była ona odnoszona tylko do rozprawy głównej²⁹, jednakże obecnie przeważają zapatrywania, że dotyczy ona całego postępowania (także postępowania wykonawczego)³⁰. W aspekcie temporalnym należy przyjąć szerokie ujęcie zasady koncentracji i wręcz konieczność braku łączenia jej zakresu z konkretnym etapem czy stadium postępowania, a raczej z czynnościami procesowymi. W konsekwencji obowiązuje ona na każdym jego etapie, czy stadium zarówno przygotowawczym, przejściowym, jak i sądowym. Również w aspekcie przedmiotowym powinna być postrzegana maksymalnie szeroko, tym samym obejmując wszystkie czynności pozwalające na dokonanie aktu subsumpcji, stanowiąc tym samym zwarty i sekwencyjny tok czynności procesowych, których przeprowadzenie pozwala na wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy (wszystkie pogrubienia – B.J.-P., P.K.). Koncentracja nie ogranicza się także wyłącznie do czynności dowodowych, lecz obejmuje całą sekwencję czynności procesowych prowadzących do rozstrzygnięcia sprawy, obejmując ponadto kluczowe z perspektywy prawidłowości postępowania czynności wypadkowe³¹. A zatem słusznie wskazuje się, że w znaczeniu ogólnym zasada koncentracji oznacza wymóg ześrodkowania, tzn. możliwego – bez uszczerbku dla praw wszystkich uczestników postępowania oraz bez strat dla celu postępowania, jakim jest dojście do prawdy – zagęszczenia czynności procesowych w taki sposób, by stanowiły one zwarty ciąg³². Zasada koncentracji jest więc w istocie **zasadą koncentracji czynności procesowych**. W tym sensie pozostaje ona w bardzo silnym związku z konwencjonalną cechą czynności karnoprocessowych jaką jest sekwencyjność³³. To właśnie zasada koncentracji czynności procesowych podbudowuje ową sekwencyjność akcentując celowość czynności w ramach rozważanej sekwencji, ich merytoryczną zasadność w odniesieniu do przedmiotu procesu. Tym samym słusznie na podstawie tytułowej zasady wysuwa się dyrektywy cząstkowe w zakresie:

1. skupienia środków procesowych wokół przedmiotu procesu (w ogóle i tylko na potrzeby rozprawy);
2. zwartości i konsekwencji ciągu czynności i zdarzeń procesowych bez przerw i zahamowań (koncentracja w czasie, nieprzerwywalność procesowania);
3. niezmienności składu sądującego;
4. łączności podmiotowej i przedmiotowej spraw³⁴.

²⁷ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Definicja zasady sprawności i zasady koncentracji materiału dowodowego w ujęciu opisowym* [w:] *System...*, t. III, cz. 2, s. 949.

²⁸ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Pojęcie...* [w:] *System...*, t. III, cz. 2, s. 950.

²⁹ Tak S. Słowiński, *Polski...*, s. 82; L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej. Wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953, s. 203–204; S. Majcher, *Zasada szybkości postępowania w piśmiennictwie i orzecznictwie okresu PRL* [w:] *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?*, red. J. Czapka, S. Waltoś, Warszawa 2005, s. 163–187.

³⁰ Tak M. Cieślak, *Polska...*, 1971, s. 353–356; W. Daszkiewicz, *Proces...*, s. 115; S. Kalinowski, *Polski...*, s. 132–136.

³¹ W odniesieniu do sposobu ujmowania kryterium prawidłowości zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprocessowych w prawie polskim*, Poznań 2017, s. 483 i n.

³² Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Pojęcie...* [w:] *System...*, t. III, cz. 2, s. 949.

³³ Sekwencyjność jest jedną z kluczowych cech konwencjonalizujących czynności procesowe, zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 57 i n., 141 i n.; B. Janusz-Pohl, *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceedings. Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, Poznań 2017, s. 41 i n. oraz 111 i n.

³⁴ Zob. J. Tylman, *Problemy zasady koncentracji w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 1973/7, s. 82.

Nietrudno zauważyć, że tak ujęta zasada koncentracji częściowo pokrywa się z postulatami wynikającymi z kilku innych zasad procesu karnego (oczywiście, jeśli uznaje się hipotezę co do spełnienia przez nie kryteriów wyodrębnienia), a mianowicie z zasady szybkości postępowania, zasady bezpośredniości czy ekonomii procesowej. Jednakże wspomnieć wypada, że w literaturze³⁵ procesu karnego powszechnie uznany jest pogląd głoszący, iż łączenie owych postulatów z istotą zasady koncentracji nie jest właściwe, gdyż powoduje zatarcie granic zasady koncentracji i celu tej zasady, a przy tym nadmierną jej pragmatyzację³⁶. Chociaż zasada koncentracji jest dyrektywą skierowaną do organów procesowych (choć zdaje się, że nie wyłącznie do tej grupy), aby w ramach obowiązujących przepisów prawa dążyły do tego, by proces przebiegał jako zwarty, konsekwentny tok czynności, niemniej jednak owa „koncentracja” nie ogranicza się jedynie do aspektu pragmatycznego, a więc szybkości i efektywności, a ujmuje w sobie także element merytorycznej zasadności i gwarancyjności podejmowanych czynności, a tym samym ich aksjologiczne uzasadnienie. Należy podkreślić, że sporne może być też to, kto jest adresatem normy prawnej statuującej zasadę koncentracji czynności procesowych. Jeśli bowiem ujmijemy zasadę koncentracji w postaci normy nakazującej, zgodnie z którą określonym podmiotom nakazuje się czynienia użytku z przyznanym im kompetencji w zakresie prowadzenia procesu karnego w taki sposób, by podejmowane czynności były nie tylko efektywne i realizowane dynamicznie, lecz także zasadne i ściśle ograniczone do przedmiotu procesu tudzież istotnej dla jego sprawnego przebiegu kwestii wypadkowej, bez uszczerbku dla gwarancji procesowych stron postępowania i innych uczestników procesu niebędących jego organami – to w konsekwencji adresatami zasady koncentracji czynności są organy procesu karnego. Niemniej jednak, jeśli uwzględnimy bardziej rygorystyczną optykę (a pokrywającą się z tendencją legislacyjną obserwowaną w Polsce), która zakłada ograniczenie obstrukcji procesowej, czy nadużycia prawa przez strony postępowania, wówczas kwestia określenia adresatów zasady koncentracji czynności procesowych nie jest już tak jednoznaczna. Zdaje się bowiem, że odtwarzając zakres podmiotowy zasady koncentracji na gruncie aktualnego stanu prawnego, adresatami tej zasady są wszyscy uczestnicy, także jego strony.

Odnosząc się do uzasadnienia obowiązywania zasady koncentracji oraz do przedstawienia argumentów, które by za tym przemawiały, warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Mariana Cieślaka, który wskazywał, że mocy wiążącej dla wskazanej wyżej zasady można upatrywać w jej uzasadnieniu prakseologicznym, choć jak wskazaliśmy wcześniej uzasadnienie to nie wyczerpuje się w ramach li tylko aspektu prakseologicznego, lecz swego rodzaju sprzężenia sprawności z gwarancyjnością skorelowaną ponadto z prawidłowością sekwencji czynności karnoprocessowych. Można zatem przyjąć, że racjonalny prawodawca dysponuje odpowiednią wiedzą o środkach, za pomocą których można osiągnąć pożądany stan rzeczy (sprawność i sprawiedliwość procesu), a przejawy zasady koncentracji są efektywnymi środkami do osiągnięcia tego właśnie celu³⁷. Postępowanie karne prowadzone w sposób

³⁵ Np. Z. Kwiatkowski, *Koncentracja materiału dowodowego w fazie przygotowania do rozprawy głównej w procesie karnym*, „Problemy Prawa Karnego” 1992/7, s. 53.

³⁶ Za: J. Tylman, *Problemy...*, s. 83.

³⁷ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady...*, s. 116.

przewlekły narusza prawa stron i innych uczestników postępowania do uzyskania rozstrzygnięcia w możliwie najkrótszym czasie. Takie działanie utrudnia lub wręcz uniemożliwia prawidłowe rozpoznanie. Realizacja dyrektywy trafnej reakcji karnej musi uwzględniać także wymiar prewencyjny i wychowawczy³⁸, zaś realizacja tych ostatnich jest możliwa jedynie w postępowaniu maksymalnie skondensowanym. Zasada koncentracji nie wyczerpuje się bowiem li tylko w wymiarze ilościowym, wyrażanym w jednostce czasu, lecz przede wszystkim jakościowym, którego re-fleksem jest prawidłowość czynności procesowych³⁹.

Bez wątpienia nadanie zasadzie koncentracji rangi zasady procesowej świadczy o jej istotnym znaczeniu dla ochrony praw jednostki (zarówno praw oskarżonego, jak i pokrzywdzonego). Zasada ta odgrywa istotną rolę z punktu widzenia społecznego zaufania do organów wymiaru sprawiedliwości oraz organów ścigania. Jednym z postulatów wspomnianej zasady jest bowiem skrócenie do minimum czasu, który upłynął od momentu popełnienia czynu zabronionego do momentu jego wykrycia, ustalenia sprawcy oraz zastosowania wobec niego właściwych środków reakcji karnej⁴⁰. Nie ulega również wątpliwości, że postulat sprawnego prowadzenia postępowania, skoncentrowania wszystkich działań wokół przedmiotu procesu jest podyktowany potrzebami skutecznej reakcji karnej. W tym więc sensie prakseologiczny wymiar rzeczony zasady przeplata się z jej wymiarem gwarancyjnym. Emanacje zasady koncentracji czynności procesowych szczególnie widoczne są na tle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 2019 i 2020 r.⁴¹, ich celem było przede wszystkim: 1) usprawnienie postępowania, czyli podniesienie jego efektywności i zredukowanie nadmiernego formalizmu, a także 2) przeciwdziałanie obstrukcji procesowej. W kontekście realizacji drugiego ze wskazanych celów, ujawnia się deklarowana wcześniej kontrowersja dotycząca adresatów zasady koncentracji, uznanie bowiem, że przejawami zasady koncentracji są regulacje mające na celu zahamowanie obstrukcyjnej działalności stron procesowych (zwłaszcza oskarżonego) oznacza, iż adresatem tytułowej zasady (zasady-normy) są także strony. Poniżej pokrótce omówione zostaną poglądowo dwa wskazane obszary regulacji. Celem analizy jest nie tylko ściślejsze wyznaczenie granic przedmiotowych, temporalnych i podmiotowych zasady koncentracji czynności procesowych, a tym samym przez egzemplifikację tytułowej zasady zobrazowanie jej rzeczywistego kształtu, lecz także wskazanie aspektów kolizyjności zasady koncentracji z innymi zasadami procesowymi, co zaznaczono na wstępie niniejszych rozważań.

3. Analizując zmiany, które nakierowane są na stworzenie warunków do szyb-szego i mniej sformalizowanego rozpatrywania spraw w postępowaniu sądowym, można wskazać na te dotyczące: a) kwestii uwzględniania wniosków dowodowych i wprowadzenia częściowej prekluzji dowodowej, b) zmiany dotyczące

³⁸ Słusznie podkreśla się w judykaturze, że kara po latach jest abstrakcyjną dolegliwością, zatem bezcelowym okrucieństwem. Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie z 26.09.2006 r., II AKz w 658/06, KZS 2006/10, poz. 12; postanowienie SA w Krakowie z 29.10.2004 r., II AKz w 688/04, KZS 2004/11, poz. 20; postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 15.02.2008 r., WZ 2/08, LEX nr 549289. Zob. także Z. Jankowski, *Postępowanie karne przed sądem pierwszej instancji w aspekcie prakseologicznym*, Warszawa 1986, s. 70; M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 340.

³⁹ Zob. M. Cieślak, *Polska...*, 1971, s. 340.

⁴⁰ Zob. B. Hołyst, *Czynniki sprzyjające aktywności śledztwa*, „Nowe Prawo” 1973/2, s. 206.

⁴¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1694 oraz Dz.U. z 2021 r. poz. 155.

informatyzacji postępowania, c) zmiany prowadzące do ograniczenia zakresu przeprowadzanych czynności dowodowych w danym stadium procesu, d) zmiany prowadzące do usprawnienia instytucji kluczowych z punktu widzenia zasady koncentracji, tj. zwłaszcza posiedzenia prowadzonego w trybie art. 349 k.p.k., e) zmiany określane jako „zmniejszenie formalizmu rozprawy głównej” obejmujące ograniczenia zasady bezpośredniości i sformalizowanego charakteru czynności wyrokowania.

Ad a) W kontekście ustanowienia ograniczonej prekluzji dowodowej, której wprowadzenie pozostaje silnie związane z aktualną tendencją legislacyjną do ograniczenia obstrukcyjnego i instrumentalnego działania stron procesowych, zwłaszcza tzw. stron nieinstytucjonalnych, tj. pokrzywdzonego, oskarżonego i ich przedstawicieli procesowych, wskazać możemy tu na art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. oraz pozo-
stające z nim w ścisłej korelacji art. 427 § 3a oraz 452 § 2 k.p.k. Artykuł 170 § 1 pkt 6 k.p.k. wprowadził konstrukcję oddalenia tzw. wniosków dowodowych nieistotnych złożonych po upływie terminu ustanowionego przez organ procesowy. Przy czym dowodowy wniosek nieistotny to taki, który nie dotyczy okoliczności istotnej dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony czy stanowi on przestępstwo i jakie, czy czyn zabroniony został popełniony w warunkach, o których mowa w art. 64 lub 65 Kodeksu karnego⁴² lub czy zachodzą warunki do orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 93g k.k. Formuła nieistotności wniosku dowodowego rodzi szereg wątpliwości, pośród których jednym z bardziej interesujących problemów pozostaje kwestia interpretacji nieistotności w procesie poszlakowym, w którym przeprowadzenie dowodu na okoliczność, która dotyczyć ma pojedynczej poszlaki może nie wpisywać się wprost w formułę, że przeprowadzenie określonego dowodu ma prowadzić do ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo. Tym samym należy przyjąć raczej dość elastyczną wykładnię rzeczowej formuły. Co interesujące, termin o którym mowa w art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k., pomimo swojego skrajnie stanowczego charakteru, jest terminem ustanowionym przez organ, nie zaś ustawowym, co potencjalnie może rodzić wątpliwości natury gwarancyjnej, a ponadto pozostawać w pewnej kolizji z zasadą prawdy materialnej⁴³, nie mówiąc już o skrajnym ograniczeniu aktywności stron i prawa do inicjatywy dowodowej będącej kluczowym w postępowaniu dowodowym aspektem kontradiktoryjności. Regulacja ta pozostaje także w kolizji z zasadą domniemania niewinności oraz prawem do obrony, gdyż niezłożenie przez oskarżonego wniosków dowodowych w wyznaczonym terminie w istocie prowadzi do ograniczenia jego praw i może być oceniane jako działanie na niekorzyść oskarżonego⁴⁴. Nadmienmy jedynie, że kwestia wniosków spóźnionych może rodzić poważne wątpliwości interpretacyjne wówczas, jeśli wnioski te złożone zostały przez obrońcę, bowiem działanie obrońcy, a także brak określonego działania (w terminie) nie może prowadzić do negatywnych skutków dla oskarżonego. Zdaje się zatem, że art. 86 k.p.k. podważa stanowczość prekluzyjnego charakteru

⁴² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

⁴³ Oczywiście pewnym zabezpieczeniem naruszenia zasady prawdy jest to, że niezależnie od niedopuszczalności wniosków spóźnionych nie ma żadnych przeszkód, by określony dowód został przeprowadzony z urzędu.

⁴⁴ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO) do Ministra Sprawiedliwości w sprawie projektu noweli Kodeksu postępowania karnego, II.510.1319.2018, s. 7, <https://bip.brpo.gov.pl/pl> (dostęp: 20.04.2021 r.).

terminu, o którym mowa w art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. Tymczasem zaś w Uzasadnieniu do projektu nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 2019 r.⁴⁵ podkreślano, że określenie granicznego terminu do złożenia wniosków dowodowych musi być poprzedzone wszechstronną analizą okoliczności sprawy. W ocenie projektodawcy powyższa regulacja ma na celu usprawnienie postępowania w taki sposób, aby możliwe było rozpoznanie sprawy bez zbędnej zwłoki, przy uwzględnieniu zasady koncentracji materiału dowodowego oraz z poszanowaniem gwarancji procesowych stron. Do spóźnionych wniosków dowodowych nieistotnych i podnoszenia zarzutu ich nieuwzględnienia w postępowaniu odwoławczym odnosi się wprost art. 427 § 3a k.p.k., na mocy którego w środku odwoławczym nie można podnosić zarzutu nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu, chyba że okoliczność, która ma być udowodniona, ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy został popełniony czyn zabroniony, czy stanowi on przestępstwo i jakie, czy czyn zabroniony został popełniony w warunkach, o których mowa w art. 64 lub 65 k.k. lub czy zachodzą warunki do orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym na podstawie art. 93g k.k. Regulacja ta wprowadziła zakaz podnoszenia zarzutu braku aktywności dowodowej sądu pierwszej instancji i określiła wyjątki od tego zakazu⁴⁶. W kontekście prekluzyjności postępowania odwoławczego wspomnieć należy także o art. 452 § 2 k.p.k., który przewiduje wprowadzenie dodatkowej podstawy oddalenia przez sąd odwoławczy wniosku dowodowego, w sytuacji w której dowód nie został powołany przed sądem pierwszej instancji, mimo że składający wniosek mógł go wówczas powołać lub okoliczność, która ma być udowodniona dotyczy nowego faktu niebędącego przedmiotem postępowania przed sądem pierwszej instancji, a składający wniosek mógł go wówczas wskazać. Również ta regulacja jest emanacją zasady koncentracji mając zapewniać skoncentrowanie postępowania dowodowego na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego, co sprzyja sprawności postępowania i właściwie realizuje standard dwuinstancyjności postępowania karnego.

Ad b) Przechodząc do aspektu informatyzacji postępowania, jej przejawy odnajdujemy w: art. 81a § 3, 119 § 1 pkt 2, 131 § 2, 299a § 2 k.p.k. Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie możliwości przekazania wniosku o wyznaczenie obrońcy wraz z dokumentami za pośrednictwem telefaksu lub poczty elektronicznej (art. 81a § 3 k.p.k.). Ponadto ustawodawca dążąc do rozszerzenia doręczeń elektronicznych zawarł w art. 119 § 1 k.p.k. wymóg wskazania w piśmie procesowym obok adresu, także numeru telefonu, faksu oraz adresu poczty elektronicznej lub złożenia oświadczenia o ich nieposiadaniu. Regulacja ta może rodzić pewne wątpliwości. O ile wskazanie numeru telefonu nie budzi zastrzeżeń, o tyle podanie pozostałych

⁴⁵ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3251, Sejm VIII kadencji, www.sejm.gov.pl, *passim* (dostęp: 20.04.2021 r.). Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości...

⁴⁶ Nierzadko bowiem strony, które biorą udział w postępowaniu zachowują się pasywnie, oczekując przeprowadzenia dowodów przez sąd, wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy i wydania orzeczenia, które by ich satysfakcjonowało. Często zdarza się tak, że pomimo swojej pasywnej postawy, strony za wynik postępowania bezpodstawnie obciążają sąd, krytykując go za to, że nie wykazał się wystarczającym zaangażowaniem w gromadzenie i przeprowadzenie dowodów. Zasadne wydaje się więc wprowadzenie regulacji, które dyscyplinowałyby strony i skłaniały je do większej aktywności procesowej. Obowiązujący przed nowelizacją model postępowania z uwagi na to, że nie dysponował takimi przepisami, sprzyjał przewlekłości postępowania, czemu ustawodawca chciał zapobiec wprowadzając powyższą zmianę.

danych powinno być uzależnione od zgody wnoszącego pismo na taką formę kontaktu. Kontrowersyjne może wydawać się wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości zawiadamiania pokrzywdzonych o przysługujących im uprawnieniach za pośrednictwem strony internetowej sądu lub prokuratury (art. 131 § 2 k.p.k.). Niewątpliwie obniży to koszty zawiadomienia i przyspieszy postępowanie, ale z drugiej strony obniży efektywność takiego zawiadomienia, które stanie się w rzeczywistości fikcją. Pewne kontrowersje może budzić również art. 299a § 2 k.p.k., zgodnie z którym możliwe jest powiadomienie pokrzywdzonego o sposobie zakończenia sprawy również za pośrednictwem faksu czy poczty elektronicznej wraz z odpisem prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie. Ustawodawca, wprowadzając taką możliwość, nie określił jednak statusu takiego odpisu elektronicznego (nie jest to odpis uwierzytelniony w rozumieniu k.p.k.). Wskazany przepis można także zestawić z innymi zmianami, które wpisują się w trend mający na celu usprawnienie procesu karnego niejako kosztem uwzględniania jego prawnie chronionych interesów, a więc z naruszeniem dyrektyw z art. 2 k.p.k. Reasumując, wskazane zmiany mają ściśle technicystyczny i pragmatyczny wymiar, w niektórych przypadkach mogą prowadzić do kolizji z zasadą lojalności procesowej (art. 16 k.p.k.) w związku z tym, że wiążą się one z doręczaniem lub komunikowaniem określonych treści, w tym pouczeń. Kolizje w tym zakresie należy jednak rozstrzygnąć zgodnie z art. 16 k.p.k. Dodatkowo można zauważyć, że zakres zmian prowadzących do digitalizacji procesu jest stosunkowo niewielki, co sprawia, iż ich wpływ na przyspieszenie i koncentrację całego postępowania jest niewielki (nowelizacją z 2019 r. nie wprowadzono np. możliwości wykorzystania w procedurze karnej podpisu elektronicznego, który jest już powszechnie wykorzystywany w innych procedurach).

W kontekście informatyzacji procesu karnego wspomnieć należy także o art. 334 § 2 oraz 338 § 4 i 5 k.p.k. I tak zgodnie z art. 334 § 2 k.p.k. odpisy aktu oskarżenia, o których mowa w art. 334 § 2 pkt 2, mogą być przesłane sądowi w postaci elektronicznej, z wyłączeniem odpisów przeznaczonych dla adresatów, których w dniu przesłania sądowi aktu oskarżenia są pozbawieni wolności lub których adresu poczty elektronicznej nie ustalono. Na mocy drugiego z cytowanych artykułów możliwe jest doręczenie odpisu aktu oskarżenia oskarżonemu na adres poczty elektronicznej. Projektodawca uzasadniał proponowaną zmianę potrzebą przyspieszenia postępowań oraz ograniczenia nakładów finansowych i nakładów pracy. Niewątpliwie odpisy aktów oskarżenia mają często wiele stron, a ich wydrukowanie i doręczenie drogą pocztową jest kosztowne oraz czasochłonne. Wyłączenie z zakresu zastosowania powyższego przepisu podmiotów pozbawionych wolności lub których adresów e-mail nie udało się ustalić ma mieć dla stron charakter gwarancyjny. Tak samo jak doręczenie oskarżonemu drogą pocztową informacji o dacie doręczenia aktu oskarżenia i o adresie poczty elektronicznej, na który dokonano doręczenia aktu oskarżenia⁴⁷. Proponowane zmiany mają bez wątpienia swoje zalety – pozwalają odciążyć prokuratora od obowiązku dostarczenia do sądu nierzadko obszernego dokumentu, ograniczają koszty i czas. Jednakże proponowane zmiany, w zakresie w jakim ustawodawca daje możliwość doręczenia aktu oskarżenia

⁴⁷ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy...

w formie elektronicznej oskarżonemu i pokrzywdzonemu, należy ocenić negatywnie. Po pierwsze dlatego, że Kodeks postępowania karnego nie reguluje w sposób kompleksowy rozwiązań w zakresie doręczeń elektronicznych. Co prawda, niektóre przepisy wymagają podania adresu e-mail (np. art. 119 § 1 pkt 2 k.p.k.), to jednak należy stwierdzić, że kompleksowych rozwiązań w tym zakresie brak. Skutki, jakie wywołuje elektroniczne doręczenie pisma uczestnikowi postępowania są zbyt istotne, by regulować je w sposób wybiórczy, ograniczony tylko do niektórych pism procesowych. Rodzi się również pytanie, dlaczego wprowadzone zmiany nie zostały ujęte i włączone do ustawy z 18.11.2020 r. o doręczeniach elektronicznych⁴⁸, normującej w spójny sposób kwestię doręczeń elektronicznych również w postępowaniu karnym (przepisy ustawy odnoszące się do postępowania karnego wejdą w życie dopiero 1.10.2029 r.). Trzeba też zwrócić uwagę na fakt, że doręczenia za pośrednictwem poczty elektronicznej nie są niezawodne. Ustawodawca, wprowadzając możliwość doręczenia odpisu aktu oskarżenia w sposób elektroniczny nie określił, jakie konsekwencje prawne rodzi sytuacja, w której wiadomość z aktem oskarżenia nie dociera do adresata z powodu przepełnienia skrzynki, a nadawca dostałby komunikat, że z tego powodu wiadomość nie została doręczona. W takim wypadku brak potwierdzenia transmisji danych oznacza, że do doręczenia nie doszło (zob. art. 132 § 3 k.p.k.). Powstaje zatem pytanie – czy w takiej sytuacji, mimo dysponowania przez organ adresem e-mail oskarżonego, sąd musiałby doręczyć akt oskarżenia w tradycyjny sposób, mimo że sam nie otrzymał odpisu dla oskarżonego w innej formie niż elektroniczna? Ponadto wiadomość e-mail z odpisem aktu oskarżenia może się też pojawić w folderze spamu i adresat może w ogóle nie mieć świadomości jej otrzymania. Ponadto trzeba zastanowić się również nad sensem wprowadzania powyższych zmian, skoro o dacie doręczenia odpisu aktu oskarżenia oraz adresie poczty elektronicznej, na który odpis został wysłany, zawiadamia się adresata za pośrednictwem operatora pocztowego, o którym mowa w art. 131 § 1 pkt 1 k.p.k., a w uzasadnionych przypadkach można go zawiadomić telefonicznie (art. 338 § 5 k.p.k.).

Ad c) Koncentracji czynności dowodowych w zamyśle ustawodawcy służyć miały także art. 315a i 325h k.p.k. Ustawodawca wprowadził możliwość odstąpienia od przesłuchania pokrzywdzonego, jeżeli czynność ta nie jest niezbędna do dokonania ustaleń faktycznych. Pokrzywdzony, który nie był przesłuchany w charakterze świadka, powinien zostać przesłuchany w tym charakterze, jeśli tego zażąda, chyba że uwzględnienie żądania prowadziłoby do przewlekłości postępowania. Wprowadzony nowelą z 2019 r. przepis art. 315a k.p.k. wyszedł naprzeciw postulatowi zgłaszanemu przez praktyków, bowiem obowiązek przesłuchania wszystkich ujawnionych w sprawie pokrzywdzonych był jednym z powodów przewlekłości postępowań przygotowawczych, natomiast z dowodowego punktu widzenia, biorąc pod uwagę dokonanie prawidłowych ustaleń faktycznych, przesłuchanie wszystkich pokrzywdzonych okazywało się niecelowe⁴⁹. Mając zatem na uwadze szeroko

⁴⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 2320.

⁴⁹ Z. Brodzisz, *Art. 315a [Odstąpienie od przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka] [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 33, Legalis el. 2020 (dostęp: 20.04.2021 r.).

pojęte względnie ekonomii procesowej, ustawodawca wprowadził możliwość odstąpienia od przesłuchania pokrzywdzonego, jeśli czynność ta „nie jest niezbędna do dokonania ustaleń faktycznych” (art. 315a k.p.k.). Pokrzywdzony, który nie został przesłuchany w charakterze świadka, powinien zostać przesłuchany w tym charakterze, „jeżeli tego zażąda, chyba że uwzględnienie żądania prowadziłoby do przewlekłości postępowania” (art. 315a k.p.k.). Pochopnej rezygnacji z przesłuchania pokrzywdzonego ma służyć przyznane pokrzywdzonemu prawo zgłoszenia „żądania” jego przesłuchania, co podkreśla charakter stanowiska pokrzywdzonego w tym zakresie, który jest przecież stroną postępowania przygotowawczego. Mankamentem regulacji jest jednak jedynie ultymatywny wymiar tego żądania, bowiem organ postępowania przygotowawczego nie jest zobligowany do jego uwzględnienia; taki stan rzeczy zdaje się jednak przeczyć idei upodmiotowienia pokrzywdzonego i uwzględnienia należnych mu gwarancji procesowych. Zdaje się więc, że we wskazanym przypadku zasada koncentracji musi ustąpić względem gwarancyjnym, a żądanie pokrzywdzonego powinno być interpretowane w sposób stanowczy. Dodatkowo należy zauważyć, że pokrzywdzony – jako strona – może żądać dokonania czynności w śledztwie i dochodzeniu (art. 315 k.p.k.), zaś zgodnie z art. 167 k.p.k. może składać wnioski dowodowe na okoliczności, które mogą zostać wykazane za pomocą jego zeznań. Przyczyny oddalenia wniosku dowodowego zostały z kolei sformułowane w art. 170 § 1 k.p.k., który stanowi katalog zamknięty. Obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości oddalenia wniosku dowodowego z tego powodu, że przeprowadzenie danej czynności prowadziłoby do przewlekłości postępowania, gdyż należałoby dodatkowo wykazać, iż wniosek dowodowy w sposób oczywisty zmierza do przedłużenia postępowania (art. 170 § 5 k.p.k.). Paradoksalnie wprowadzone zmiany – w ocenie projektodawców – przynajmniej na poziomie deklaracyjnym miały wzmocnić pozycję pokrzywdzonego w procesie karnym oraz urealnić zasadę „równości broni” między stroną bierną i czynną procesu, poprzez wyposażenie pokrzywdzonego w instrumenty, które pozwoliłyby mu w szerszym zakresie oddziaływać na przebieg postępowania. Wydaje się jednak, że wprowadzona nowelizacja możliwości braku zadośćuczynienia żądaniu pokrzywdzonego temu przeczy⁵⁰.

W formułę koncentracji czynności dowodowych wokół przedmiotu, które mają prowadzić do selekcji czynności dowodowych, a *de facto* ograniczenia czynności dowodowych do tych, które mogą dotyczyć kwestii spornych (czyli swego rodzaju „odsiania” czynności dowodowych konfirmujących niesporne rezultaty postępowania przygotowawczego) wpisują się też zmiany związane z wprowadzeniem art. 350a oraz nowelizacją art. 333 § 2 k.p.k. Zgodnie z art. 333 § 2 k.p.k. prokurator może wniesić o zaniechanie wezwania i odczytanie na rozprawie zeznań świadków przebywających za granicą lub mających stwierdzić okoliczności, którym oskarżony w wyjaśnieniach swoich nie zaprzeczył⁵¹, a okoliczności te nie są tak doniosłe, aby konieczne było bezpośrednie przesłuchanie świadków na rozprawie. Nie dotyczy

⁵⁰ Zob. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy... Zob. także Z. Brodzisz, *Art. 315a...* [w:] *Kodeks...*

⁵¹ Zmianie uległa także przesłanka złożenia takiego wniosku, którą powiązano z formułą, że zeznanie świadków mają dotyczyć okoliczności, którym oskarżony nie zaprzeczył w swoich wyjaśnieniach.

to osób wymienionych w art. 182 k.p.k. Przepis ten umożliwia zredukowanie liczby świadków, którzy mają być bezpośrednio przesłuchani na rozprawie, bez szkody dla gwarancji procesowych stron oraz prawidłowości ustaleń faktycznych. Do tej pory, by móc skorzystać z tej instytucji konieczny był wniosek prokuratora. Na mocy art. 350a k.p.k. ustawodawca uprawnił również przewodniczącego do zaniechania wezwania na rozprawę określonych świadków, którzy zostali w sprawie przesłuchani. Uprawnienie to ma charakter organizacyjno-techniczny. Ostateczną decyzję w zakresie przesłuchania świadka podejmuje sąd na podstawie art. 391 k.p.k. Bez wątpienia wykorzystanie w procesie karnym powyższej regulacji może usprawnić postępowanie i przyczynić się do jego zwiększonej koncentracji. Nie mniej jednak pojawia się tu wątpliwość co do zakresu i swobody korzystania przez przewodniczącego z przysługującego mu uprawnienia. Kwestią budzącą wątpliwość jest to, czy przepis ten nie będzie wykorzystywany do całkowitej rezygnacji z przesłuchania wskazanych w tym przepisie świadków. Tym samym regulacja ta może być również postrzegana jako kolizyjna z punktu widzenia nie tylko zasady bezpośredniości, bowiem prowadzi ona do umacniania przeważającej obecnie tendencji pośredniości postępowania dowodowego na rozprawie, lecz także prowadzi do ograniczenia kontradiktoryjności rozprawy, w tym więc sensie interpretacyjny wymiar tej ostatniej powinien wpłynąć na ograniczenie wskazanego przejawu zasady koncentracji.

Ad d) Za kluczową emanację zasady koncentracji na etapie postępowania przejściowego uważa się możliwość przeprowadzenia tzw. posiedzenia wstępnego (przygotowawczego) w trybie art. 349 k.p.k. Analiza praktyki dotyczącej stosowania art. 349 w dotychczasowym jego brzmieniu wskazuje na to, że pomimo nadania przez ustawodawcę posiedzeniu wstępnemu obligatoryjnego charakteru w przypadku wystąpienia określonej w paragrafie 1 przesłanki, posiedzenie wstępne wyznaczane było bardzo rzadko, a w rezultacie miało marginalne znaczenie dla realizacji celu, któremu miało służyć, tj. maksymalnej koncentracji i przyspieszeniu rozprawy głównej, jak również wzmocnieniu gwarancji związanych z realizacją prawa do rzetelnego procesu⁵². Wprowadzone nowelizacją zmiany mają przyczynić się do efektywnej realizacji zasady koncentracji. Zdaniem projektodawcy dotychczasowe posiedzenia organizowane w trybie art. 349 nie były zgodnie z jego celami i w wystarczającym stopniu wykorzystywane. W wyniku wprowadzonych zmian doszło do całkowitego przemodelowania tej instytucji i wprowadzenia nowych rozwiązań, z których część nadal pozostanie w sferze uznaniowości sędziego, część narusza fundamentalne zasady procesu karnego (wprowadzone zmiany, zwłaszcza przepisy paragrafów 6 i 7 zaprzeczają regułom rzetelnego procesu karnego i godzą w jego podstawowe zasady). Przez gruntowną nowelizację art. 349 k.p.k. ustawodawca zmienił zasady dotyczące posiedzeń wstępnych, których celem jest zaplanowanie przebiegu przewodu sądowego.

Po pierwsze, zmiana objęła przesłanki wyznaczenia posiedzenia wstępnego. Dotychczas wyznaczenie takiego posiedzenia powinno mieć miejsce, jeśli przewidywany

⁵² Por. H. Paluszkiwicz, K. Dudka, *Posiedzenie organizacyjne sądu I instancji (art. 349 k.p.k.)*, Warszawa 2014, dostępne na stronie: www.iws.gov.pl (dostęp: 20.04.2021 r.).

zakres postępowania dowodowego pozwala przypuszczać, że w sprawie będzie potrzebne wyznaczenie co najmniej 5 terminów rozpraw. Po zmianie posiedzenie należy wyznaczyć, jeśli można przypuszczać, że przewod sądowy nie zostanie zamknięty na pierwszym terminie rozprawy (zob. art. 349 § 1 k.p.k.). Taka zmiana powinna doprowadzić do wzmocnienia praktycznego oddziaływania regulacji. Wyznaczanie posiedzeń wstępnych ma stać się regułą, a odstąpienie od niej będzie wymagało zarządzenia przewodniczącego wymagającego uzasadnienia (zob. art. 349 § 2 k.p.k.).

Wprowadzone zmiany zakładają obowiązkowy udział prokuratora, obrońcy i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego w posiedzeniu, odnośnie do pozostałych stron – jeśli przewodniczący tak zarządzi (zob. art. 349 § 3 k.p.k.). Poprzednio mieli oni prawo do udziału w posiedzeniu, natomiast przewodniczący mógł uznać ich udział w posiedzeniu za obowiązkowy. Tak jak może zawiadomić o posiedzeniu pozostałe strony. Z jednej strony, wprowadzono obowiązkowy udział prokuratora, obrońcy i pełnomocnika oskarżyciela posiłkowego, z drugiej jednak – przepis powyższy stanowi, że niestawiennictwo strony, obrońcy, pełnomocnika lub pokrzywdzonego należyce wezwanych na posiedzenie lub zawiadomionych o jego terminie nie stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu posiedzenia, co może budzić kontrowersje. W tym sensie zdaje się, że w istocie niestawiennictwo stron nadal nie tamuje toku postępowania.

Ponadto zmianie uległy zasady przedstawiania stanowisk stron w przedmiocie planowania rozprawy głównej. Poprzednio sąd obligatoryjnie wzywał oskarżyciela publicznego, obrońców oraz pełnomocników do pisemnego przedstawienia stanowisk dotyczących przebiegu rozprawy. Znowelizowany art. 349 § 4 k.p.k. zmienił powyższą zasadę. Strony i osoby, których udział w posiedzeniu wstępnym jest obowiązkowy, jak również pokrzywdzony i pozostałe podmioty biorące udział w posiedzeniu będą mieli prawo, nie obowiązek, do przedstawienia stanowiska. Przewodniczący może natomiast powyższe osoby zobowiązać do jego przedstawienia. Trzeba też zauważyć, że nowe rozwiązanie przewiduje szerszy zakres podmiotowy regulacji, nie ograniczając jej jedynie do prokuratora, obrońcy i pełnomocnika, a więc zrywa z profesjonalizacją tego posiedzenia. Artykuł 349 § 5 k.p.k. określa również, co może obejmować stanowisko strony odnośnie do planowania rozprawy. Zmianie uległa także strona redakcyjna, według wcześniejszej regulacji – art. 349 § 6 k.p.k. zakreślał obligatoryjną treść takich stanowisk stron, natomiast obecny art. 349 § 5 k.p.k. przez posłużenie się zwrotem „może obejmować” wskazuje na pewną dowolność w formułowaniu treści stanowiska co do organizacji rozprawy głównej. W płaszczyźnie interpretacyjnej jednak zarówno w jednym, jak i drugim przypadku treść stanowisk pozostaje niejako w dyspozycji stron.

Największe kontrowersje wiążą się jednak z wprowadzeniem swoistej prekluzji do wniosków formalnych dotyczących przebiegu postępowania. Zgodnie bowiem z art. 349 § 6 k.p.k. w sprawach, w których wyznaczono posiedzenie wstępne, wnioski formalne dotyczące biegu postępowania, w tym dotyczące właściwości sądu, przekazania sprawy innemu sądowi, występowania okoliczności określonych w art. 17 § 1, przekazania sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, a także wnioski o wyłączenie sędziego powinny być złożone najpóźniej na tym posiedzeniu. Zgodnie z art. 349 § 7 k.p.k. wnioski, o których mowa

w paragrafie 6, złożone po zakończeniu posiedzenia wstępnego, pozostawia się bez rozpoznania, chyba że wnioskodawca wykaże, iż okoliczności uzasadniające złożenie wniosku powstały albo stały się mu znane później⁵³. Interpretacja wskazanej jednostki redakcyjnej, która jednoznacznie wpisuje się w formułę koncentracji czynności procesowych w postępowaniu prowadzi do uznania, że jej bezwzględność jest nie do zaakceptowania. A zatem wnioski, o których mowa w art. 349 § 6 k.p.k., odnoszące się m.in. do właściwości sądu, występowania okoliczności z art. 17 § 1 k.p.k., ustanowienia obrońcy czy wyłączenia sędziego mają charakter wniosków inicjujących, dla których ogólną podstawę normatywną stanowi art. 9 § 2 k.p.k. Oczywiście jest bowiem, że wskazane kwestie formalne muszą być badane z urzędu w toku całego postępowania⁵⁴, a zgodnie z art. 9 k.p.k. wnioski stymulacyjne stron dotyczące czynności procesowych, które organ może lub też ma obowiązek podejmować z urzędu, uzupełniają zasadę działania *ex officio*, a zatem wprowadzone zmiany budzą kontrowersje. W tym więc kontekście jednoznacznie ogólna podstawa stymulującego oddziaływania stron na organy procesowe wiążąca się z zagwarantowaniem stronom prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) oraz kontradyktoryjnością postępowania prowadzi do osłabienia wskazanego przejawu zasady koncentracji. Już wcześniej wskazano, że dążenie do zwiększenia efektywności i szybkości postępowania nie może stanowić celu nadrzędnego dla ustawodawcy, a posiedzenie wstępne powinno stanowić forum, podczas którego zostaną wypracowane zasady dalszego biegu postępowania. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca chce osiągnąć ten cel przez ograniczenie uprawnień i dyspozycyjności stron procesowych, tymczasem wprowadzenie takich ograniczeń wymagałoby większych zmian systemowych, zmiany ogólnych przepisów kompetencyjnych dotyczących statusu stron, a w istocie – przemodelowania całego procesu.

Na podstawie badań empirycznych przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (IWS), obrazujących praktyczne wykorzystanie instytucji posiedzenia organizacyjnego przed rozprawą w trybie art. 349 k.p.k.⁵⁵, można wysnuć refleksję, że posiedzenie to nie cieszyło się dotąd zbyt dużym zainteresowaniem ze strony sądów. Ustawodawca doszedł więc do wniosku, że wykorzystanie w pełni instytucji postępowania przygotowawczego można osiągnąć tylko poprzez obligatoryjne zobowiązanie podmiotów do jej stosowania. Wydaje się bowiem, że niektóre z wprowadzonych zmian nie zostały do końca przemyślane i będą wymagały w przyszłości dalszych modyfikacji, dlatego też przed wprowadzeniem tak zasadniczych zmian w obrębie tej instytucji należałoby się w pierwszej kolejności zastanowić nad przyczyną znikomego wykorzystania tej instytucji w latach minionych, co mogłoby być punktem wyjścia dla przeprowadzenia dalszych badań empirycznych (być może powodem znikomego wykorzystania tej instytucji są braki kadrowe w sądach, niska świadomość sądów o zaletach tej instytucji).

Ad e) Wprowadzone w 2019 r. zmiany miały także na celu zlikwidowanie formalizmu dotyczącego czynności sądu w toku rozprawy oraz w związku z czynnością

⁵³ Wprowadzone zmiany mają na celu maksymalną koncentrację materiału dowodowego i przyspieszenie rozprawy głównej, jak również wzmocnienie gwarancji związanych z realizacją prawa do rzetelnego procesu. Projektodawca powołuje się na rozwiązania anglosaskie – Uzasadnienie do rządowego projektu..., s. 16–17.

⁵⁴ Zob. np. postanowienie SN z 18.05.2017 r., IV KK 453/16, OSNKW 2017/10, poz. 61.

⁵⁵ Zob. H. Paluszkiiewicz, K. Dudka, *Posiedzenie...*

wyrokovania. Zmiany te sprzyjając koncentracji postępowania niewątpliwie wchodzą w kolizję z zasadą bezpośredniości, a także mogą wzbudzać wątpliwości co do respektowania warunków legalności wydania orzeczenia przez sąd karny takich jak ogłoszenie wyroku. Jak można się domyślać, asumptem do dokonanych zmian były jednakże występujące w wymiarze praktycznym sytuacje, które determinowały długotrwałość postępowań karnych.

W kontekście ograniczenia bezpośredniości rozprawy⁵⁶ na rzecz koncentracji czynności procesowych wskazać możemy na przepisy wprowadzające pewne fikcje prawne uznania za dokonane w istocie nieprzeprowadzone czynności dowodowe⁵⁷, w tym zakresie szeroko operując formułą „uznania za odczytane”. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku art. 394 k.p.k. – zgodnie z tym artykułem dane dotyczące osoby oskarżonego oraz wyniki wywiadu środowiskowego uznaje się za ujawnione bez odczytywania. Należy je odczytać jedynie na żądanie oskarżonego lub obrońcy. Ponadto w paragrafie 2 ustanowiono ogólną regułę, że protokoły i dokumenty podlegające odczytaniu na rozprawie odczytuje się na wniosek strony, która nie miała możliwości zapoznania się z ich treścią lub gdy sąd uzna to za niezbędne. W pozostałych sytuacjach protokoły te i dokumenty są uznawane z mocy prawa za ujawnione bez potrzeby wymieniania ich w treści protokołu. Koncentracji czynności procesowych ma służyć także ograniczenie przeprowadzania dowodów rzeczowych. Z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie art. 395 k.p.k., który zmienił zasady zapoznawania się przez skład orzekający z dowodami rzeczowymi. Przy czym chodzi tu zwłaszcza o sytuacje, w jakich znaczenie i wiarygodność dowodu nie są przez strony kwestionowane. W takiej sytuacji sprowadzanie określonego obiektu na salę rozpraw i nakazanie zapoznania się z nim przez członków składu orzekającego należałoby uznać za zbędny formalizm. Dlatego też dokonano zmiany art. 395 k.p.k. i przesądzono w nim, że oględzin dowodów rzeczowych sprowadzonych na salę rozpraw sąd dokonuje na wniosek strony lub gdy uzna to za niezbędne, w szczególności w celu zbadania właściwości tego przedmiotu. Przedłużeniem wspomnianej zmiany jest modyfikacja art. 396 k.p.k. w kontekście instytucji tzw. rekwizycyjnego przeprowadzenia dowodu.

Pomimo wyraźnej tendencji ograniczającej zasadę bezpośredniości w postępowaniu sądowym, ostatnim jej bastionem był art. 410 k.p.k. stanowiący, że rozstrzygnięcia mają opierać się na całokształcie materiału dowodowego ujawnionego w toku rozprawy. Tymczasem nowelizacja art. 405 k.p.k. jednym ruchem podważyła wskazaną regułę, tym samym zadając jak się wydaje „ostatni śmiertelny cios” zasadzie bezpośredniości. Również w tym przypadku ustawodawca wykorzystał fikcję prawną, uznając, że z chwilą zamknięcia przewodu sądowego ujawnione są bez odczytywania wszystkie protokoły i dokumenty podlegające odczytaniu na rozprawie, które nie zostały odczytane. Przy czym owymi protokołami i innymi dokumentami (nie ulega bowiem wątpliwości, że protokół również jest

⁵⁶ Można nadmienić, że obecnie uznanie zasady bezpośredniości za obowiązującą zasadę procesu karnego jest już bardzo wątpliwe. O tendencji ograniczającej zasadę bezpośredniości zob. D. Świecki, *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013, s. 97 i n.

⁵⁷ Nt. fikcjonizmu w procesie karnym zob. M. Żbikowska, *Ciężar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019, s. 419 i n.; R. Kmiecik, *Ekstensja zarzutów apelacyjnych (art. 447 § 1–3 k.p.k.) a zakaz reformationis in peius – z problematyki fikcjonalizmu procesowego*, „Prokuratura i Prawo” 2020/7–8, s. 75 i n.

dokumentem) są takie, które zostały wskazane przez oskarżyciela w akcie oskarżenia jako dowody, których przeprowadzenia na rozprawie głównej oskarżyciel się domaga, z wyjątkiem tych, co do których sąd oddalił wnioski dowodowe. *De facto* więc przyjmuje się tu kolejną fikcję prawną, że nieoddalone wnioski dowodowe oskarżycielskie w zakresie przeprowadzenia dowodu automatycznie powodują transfer dowodów z dokumentu do postępowania sądowego, tj. bez ich wyraźnego dopuszczenia oraz przeprowadzenia dowodu. Ponadto owymi ujawnianymi fikcyjne dokumentami są te, które zostały wskazane w dopuszczonych wnioskach dowodowych stron oraz te, które dopuszczono przez sąd z urzędu. Do momentu wejścia w życie omawianej zmiany zaliczenie wymagało wymienienia w protokole każdego dokumentu wraz ze wskazaniem numeru karty akt sprawy, na której się znajduje. Była to czynność czasochłonna, a każda pomyłka sądu w tym zakresie skutkowałą naruszeniem art. 410 k.p.k. i w konsekwencji uznaniem, że sąd opierał się na dowodach, które nie zostały ujawnione na rozprawie. Takie naruszenie prawa procesowego stanowiło zatem względną podstawę odwoławczą, jeśli treść owego pominiętego dokumentu mogła mieć wpływ na treść wydanego orzeczenia. Tendencja do pewnego uproszczenia czynności uznania za ujawnione dokumentów będących częścią materiału dowodowego może realnie usprawnić proces orzekania i wpłynąć na większą stabilność rozstrzygnięć sądowych. Jednocześnie jednak wprowadzona zmiana jest bardzo daleko idąca, bowiem umożliwia automatyczne inkorporowanie dowodów, o których przeprowadzenie wnioskował oskarżyciel w akcie oskarżenia, a tym samym takich, co do których potencjalnie mogłaby nie zostać wydana sądowa decyzja akceptacyjna. W tym sensie dopuszcza się możliwość konkludentnego dopuszczenia dowodu. Trudno jednocześnie zakładać, że mając w polu widzenia ograniczoną gwarancyjność takiego rozwiązania, zwłaszcza w stosunku do oskarżonego, sądy karne będą skłonne z niego korzystać.

W optykę redukcji formalizmu czynności orzekania wpisują się m.in.: art. 99a k.p.k. – na mocy którego wprowadzono ujednolicone formularze uzasadnień wyroków sądów pierwszej i drugiej instancji; art. 100 k.p.k., który reguluje promulgację i doręczanie decyzji procesowych. Wprowadzone zmiany dają możliwość odstąpienia od ogłaszania orzeczenia lub zarządzenia na posiedzeniu jawnym, jeśli na ogłoszeniu nikt się nie zjawił oraz art. 98 § 2 k.p.k., zgodnie z którym sąd podaje ustnie najważniejsze powody rozstrzygnięcia jedynie na wniosek strony. W odniesieniu do czynności wyrokowania wprowadzono, analogicznie jak w przypadku zmian wprowadzanych w art. 100 k.p.k., art. 418 § 3 k.p.k., który zakłada możliwość odstąpienia od obowiązkowego podawania ustnie po ogłoszeniu wyroku przez przewodniczącego lub jednego z członków składu orzekającego najważniejszych powodów wyroku, jeśli na ogłoszeniu nikt się nie stawił. Dodany został także kontrowersyjny art. 418 § 1b k.p.k. – zgodnie z którym, jeżeli ze względu na obszerność wyroku jego ogłoszenie wymagałoby zarządzenia przerwy lub odroczenia rozprawy, to przewodniczący, ogłaszając wyrok, może poprzestać na zwięzłym przedstawieniu rozstrzygnięcia sądu oraz zastosowanych przepisów ustawy karnej. Pełne gwarancje procesowe stron ma zapewnić wymóg uprzedzenia stron przez przewodniczącego, przed ogłoszeniem wyroku, o takim sposobie jego ogłoszenia i o przyczynie tego stanu rzeczy oraz pouczenia o możliwości zapoznania się z pełną treścią wyroku po jego ogłoszeniu w sekretariacie sądu.

Nietrudno zauważyć, że o ile niektóre z przytoczonych zmian rzeczywiście prowadzą do pożądanego odformalizowania procesu bez uszczerbku dla jego gwarancyjności (ograniczenie odczytywania wyroków bardzo obszernych do zwięzłego przedstawienia treści rozstrzygnięcia), o tyle inne są wręcz nieakceptowalną negacją niezbędnego w procesie karnym poziomu elementów konwencjonalizujących⁵⁸. Każdy proces sądowy musi opierać się na określonych nieprzekraczalnych ramach, ich kształt wyznaczają czynności procesowe o kluczowym dla przebiegu procesu znaczeniu. W postępowaniu przygotowawczym są to tzw. czynności dynamizujące (wszczęcie postępowania, przedstawienie zarzutów, zamknięcie postępowania)⁵⁹, zaś w toku postępowania jurysdykcyjnego wniesienie skargi oraz wyrokowanie. Dla czynności tych (podobnie zresztą jak dla pozostałych czynności procesowych) ustawodawca wyznaczył określone reguły konstytucyjne, tj. reguły ważności o charakterze nieprzekraczalnym. Co typowe dla czynności karnoprocessowych, reguły te zazwyczaj mają charakter brzegowy, niemniej jednak w przypadku czynności wyrokowania są stosunkowo obszernie uregulowane. Czynność wyrokowania jako czynność sekwencyjna obejmując w składach kolegialnych⁶⁰: naradę i głosowanie, a w składach jednoosobowych ograniczając się do pozostałych elementów sekwencji, a więc sporządzenia wyroku na piśmie, jego podpisanie oraz ogłoszenie i podanie najważniejszych motywów orzeczenia ma ściśle określoną i nieprzekraczalną formułę. Swoją drogą jeden tylko warunek czynności wyrokowania, tj. podpisanie orzeczenia wyłączony został z zakresu warunków konstytucyjnych dla tej czynności na mocy art. 439 § 1 pkt 6 k.p.k. (zgodnie z tym przepisem bowiem wyrok niepodpisany jest wyrokiem ważnym, choć objętym bezwzględną wadą odwoławczą). Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że sporządzenie wyroku na piśmie i jego ogłoszenie mają charakter fundamentalny i kreują dane rozstrzygnięcia, nadając mu walor wiążącej mocy prawnej i zdolności do uprawomocnienia⁶¹. Tym samym trudno przejść do porządku dziennego nad zmianą, która pozwala na odstępstwa od ogłoszenia wyroku wobec braku faktu, że nikt nie stawiał się na jego ogłoszeniu. Uznanie fikcji prawnej odczytania wobec braku dokonania stosownych działań zdaje się dość kontrowersyjne.

4. Niezmiernie istotne znaczenie w kontekście zapewnienia prawidłowego, terminowego i niezakłóconego biegu postępowania karnego ma przeciwdziałanie możliwości obstrukcji procesowej stron⁶². Możliwość instrumentalnego wykorzystywania

⁵⁸ Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 47 i n.; B. Janusz-Pohl, *Przyczynki do rozważań o formalnym i konwencjonalnym charakterze procesu*, „Ius Novum” 2014/4, s. 98 i n.

⁵⁹ O czynnościach dynamizujących w kontekście postanowień dynamizujących w postępowaniu przygotowawczym zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 220.

⁶⁰ Zob. B. Janusz-Pohl, *O wyroku nieistniejącym w postępowaniu karnym*, „Państwo i Prawo” 2013/12, s. 3 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem.

⁶¹ Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 130 i n. Jednocześnie zwraca się uwagę na to, że orzeczenia, jako wytwór czynności orzekania (wyrok jako wytwór czynności wyrokowania), stanowi materializację normy indywidualnej i konkretnej z czym wprost łączy się jego „obowiązkiwanie” oraz ważność, tj. wiążąca moc prawna.

⁶² Zob. L. Leszczyński, *Nadużycie prawa – teoretyczny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. Izdebski, A. Stępkowski, Warszawa 2003, s. 25; M. Warchol, *Obejście prawa w procesie karnym* [w:] *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego. Z perspektywy dogmatyki oraz teorii i filozofii prawa*, red. J. Skorupka, I. Haduk-Hawryluk, Warszawa 2011, s. 97; S. Waltoś, *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag o nadużyciu prawa procesowego* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Holda, Lublin 2005, s. 617; J. Skorupka, *Granice procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego* [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników procesu karnego*, red. D. Gruszecka, J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 127.

uprawnień procesowych przez strony postępowania ujawnia się w odniesieniu do omówionych wcześniej zmian w zakresie prekluzji dowodowej co do późniejszych tzw. wniosków dowodowych nieistotnych. Jeszcze silniej anty-obstrukcyjny wymiar ma nowelizacja art. 368 § 2 k.p.k. Wprowadzenie tego artykułu ma zapobiegać sytuacji, w której strony abuzywnie ponawiają wnioski dowodowe, które już zostały odmownie załatwione. W tym celu ustawodawca wprowadził możliwość pozostawienia bez rozpoznania wniosku dowodowego, który został złożony ponownie mimo to, że okoliczności faktyczne, na które powołuje się wnioskodawca, nie uległy zmianie⁶³. Również na jego tle pojawia się wiele wątpliwości interpretacyjnych, a przede wszystkim jego relacji do ogólnej podstawy zakładającej zakaz antycypacji oceny przydatności wcześniej oddalonych wniosków dowodowych. Przypomnijmy bowiem, że zgodnie z art. 168 k.p.k. wniosku dowodowego nie można oddalić tylko z tej przyczyny, że wcześniejszy wniosek dowodowy o tej samej treści został oddalony. Decyzja w przedmiocie oddalenia wniosku dowodowego jest niezaskarżalna, a jednocześnie jest to decyzja, która jest w pełni odwoławalna i podlega reasumpcji⁶⁴. Z tego właśnie powodu art. 368 § 2 k.p.k. jawi się jako zupełnie niekoherentny systemowo, prowadzi do abuzywnego już *in abstracto* ograniczenia inicjatywy dowodowej stron, w tym sensie godzi w prawo do obrony, kontradiktoryjność postępowania.

Również kontrowersyjnie rzecz ma się w odniesieniu do nowego art. 378a k.p.k. W praktyce orzeczniczej sądów istotnym czynnikiem wpływającym na przedłużanie się postępowań jest konieczność odraczania i przerywania rozpraw z uwagi na usprawiedliwioną nieobecność oskarżonego i obrońcy. Do tej pory (sprzed nowelizacji z 2019 r.) zaistnienie tego typu sytuacji bezwzględnie powodowało zaniechanie prowadzenia czynności na rozprawie w danym terminie. Powodowało to oprócz przewlekłości postępowania, wysokie koszty społeczne i finansowe, w szczególności polegające na konieczności ponownego stawienia się w innym terminie, nieraz kilkukrotnego, zarówno świadków, jak i biegłych, którzy nie mogli być przesłuchani z uwagi na usprawiedliwioną nieobecność stron i ich pełnomocników. Z tego też – wyłącznie pragmatycznego – względu ustawodawca wprowadził do kodeksu możliwość przeprowadzenia dowodów pod usprawiedliwioną nieobecność oskarżonego i obrońcy. Regulacja ta zaostrza i tak bardzo rygorystyczną formułę ustanowioną w art. 117 § 3a k.p.k. wprowadzoną na podstawie noweli z 2019 r., że niestawiennictwo strony, która została należycie zawiadomiona o czynności procesowej, niezależnie od jego przyczyny, nie stoi na przeszkodzie przeprowadzenia tej czynności, jeżeli stawiał się jej obrońca i pełnomocnik. Nie dotyczy to czynności, w której udział strony jest obowiązkowy. Tymczasem w myśl art. 378a § 1 k.p.k., jeżeli oskarżony bądź jego obrońca nie stawiał się na rozprawę mimo prawidłowego zawiadomienia o jej terminie, to – sąd może – w szczególnie uzasadnionych przypadkach przeprowadzić postępowanie dowodowe podczas ich nieobecności, chociażby ci usprawiedliwili swoją nieobecność. Dotyczy to w szczególności przesłuchania świadków, którzy stawili się na rozprawę. W sytuacji przeprowadzenia dowodów

⁶³ Zob. np. Ł. Cora, *Ponowienie czynności dowodowej w polskim procesie karnym (aspekty teoretyczne i praktyczne)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018/4, s. 197 i n.

⁶⁴ O reasumpcji zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 606 i n.; R. Kmiecik, *O reasumpcji wadliwych decyzji nie kończących postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1980/7–8, s. 98 i n.

zgodnie z komentowanym przepisem – oskarżony lub obrońca mogą, najpóźniej na kolejnym terminie rozprawy, złożyć wniosek o uzupełniające przeprowadzenie dowodu przeprowadzonego podczas ich nieobecności, ale tylko w przypadku, gdy nieobecność oskarżonego lub jego obrońcy na rozprawie była usprawiedliwiona (art. 378a § 3 k.p.k.). Sprawności i koncentracji ma sprzyjać również regulacja z art. 378a § 4 k.p.k., zgodnie z którą w razie niezłożenia wniosku, o którym mowa powyżej, uprawnienie do jego złożenia wygasa, a w dalszym postępowaniu nie można podnosić zarzutu naruszenia gwarancji procesowych wskutek przeprowadzenia dowodu pod nieobecność oskarżonego⁶⁵. W piśmiennictwie słusznie podnoszono, że wprowadzone usprawnienie proceduralne w zbyt rażącym stopniu godzi w prawo oskarżonego do obrony, podważa także rzetelność całego postępowania dowodowego. O ile jeszcze z pewną aprobatą odnieść się można do wprowadzenia zastrzeżenia, że takie przeprowadzenie dowodu ma być ograniczone do „szczególnie uzasadnionych przypadków” (np. notoryjności usprawiedliwień niestawiennictwa), o tyle wskazanie wprost, iż uprawnienie strony do ponowienia czynności dowodowej przeprowadzonej pod jej nieobecność wygasa, jeśli najpóźniej na kolejnym terminie rozprawy wniosek o ponowienie nie zostanie złożony i nie można w dalszym toku procesu zarzucać naruszenia gwarancji procesowych wskutek przeprowadzenia dowodu pod nieobecność oskarżonego jest paradoksalne. Wskazana regulacja powinna w tym ostatnim aspekcie ulec zmianie, tj. przeprowadzenie dowodu pod nieobecność oskarżonego mogłoby być w wąskim zakresie akceptowalne, jednak oskarżony nie powinien w żadnym razie tracić uprawnienia do ponowienia tej czynności na jego wniosek⁶⁶.

Usprawnieniu postępowania mają służyć również regulacje dotyczące możliwości prowadzenia rozprawy w sytuacji wypowiedzenia stosunku obrony, gdy oskarżony zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa musi obrońcę posiadać (art. 378 k.p.k.). I tak, jeżeli oskarżony lub jego obrońca wypowiada stosunek obrończy, to sąd (prezes sądu bądź referendarz) ustanawia obrońcę z urzędu, chyba że oskarżony sam powoła nowego obrońcę. W uzasadnionych przypadkach rozprawę przerywa się bądź odracza (art. 378 § 1 k.p.k.). Jeżeli natomiast oskarżony korzysta z obrońcy z urzędu, to – sąd, na uzasadniony wniosek obrońcy bądź też oskarżonego – zwalnia obrońcę z jego obowiązków i wyznacza oskarżonemu nowego obrońcę z urzędu (art. 378 § 2 k.p.k.). Jednocześnie sąd decyduje o tym, czy dotychczasowy obrońca może pełnić obowiązki do czasu podjęcia obrony przez nowego obrońcę, bez uszczerbku dla oskarżonego (powyższą decyzję podejmuje w obu wskazanych wyżej przypadkach – art. 378 § 3 k.p.k.).

⁶⁵ W razie uwzględnienia wniosku, sąd przeprowadza dowód jedynie w zakresie, w jakim wykazano naruszenie gwarancji procesowych ze szczególnym uwzględnieniem prawa do obrony (art. 378a § 6 k.p.k.), zob. także P. Misztal, *Prowadzenie postępowania dowodowego na rozprawie w trybie art. 378a. Zagadnienia wybrane*, „Problemy Prawa Karnego” 2021/31, t. 5, s. 1–17; J. Zagrodnik [w:] *Art. 378a k.p.k., Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis el. 2020 (dostęp: 20.04.2021 r.); M. Zbikowska, *Przeprowadzenie postępowania dowodowego podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego i jego obrońcy na rozprawie głównej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020/CXXII, s. 345 i n.

⁶⁶ Niewątpliwie możliwość przeprowadzenia dowodów pod nieobecność oskarżonego zwiększa efektywność postępowania, ma wymierny wpływ na jego koncentrację i szybkość. Niemniej jednak powyższa regulacja stawia pod znakiem zapytania potrzebę zawiadamiania oskarżonego i jego obrońcy o terminie rozprawy, skoro sąd może pod ich nieobecność prowadzić postępowanie dowodowe. Wskazany przepis budzi wątpliwość w świetle zgodności z wzorcami konstytucyjnymi (art. 42 ust. 2 i 45 ust. 1 Konstytucji RP, a więc prawa do obrony i prawa do sądu).

5. Podsumowując pokrótce, należy wskazać, że nadrzędnym celem ostatnich nowelizacji Kodeksu postępowania karnego było jego usprawnienie, wyeliminowanie nadmiernie sformalizowanych rozwiązań legislacyjnych oraz dostosowanie regulacji procesowych do wyzwań wynikających z rozwoju technologicznego. Pełniejsza realizacja zasady koncentracji wymaga jednak dalszych zmian.

Aby w pełni odzwierciedlić znaczenie powyższej zasady, należy ujmować ją szeroko i odnosić do całego procesu karnego (aspekt temporalny), wszystkich czynności procesowych, a więc nie tylko czynności dowodowych (aspekt przedmiotowy), ale również wszystkich uczestników postępowania, tj. nie tylko organów, lecz także stron prywatnych – co pozwalałoby na uzasadnienie wprowadzenia zmian ograniczających obstrukcję procesową (aspekt podmiotowy). Choć zasada koncentracji nie jest skodyfikowana w jednym przepisie prawnym, niemniej jednak o jej obowiązywaniu w procedurze karnej świadczą liczne przepisy ustawy wyrażające postulat koncentracji materiału dowodowego, rozprawy, czy też czynności procesowych. Całkowicie zasadne i jakże aktualne staje się więc rozstrzygnięcie nasuwającej się naturalnie wątpliwości, czy nie należałoby podjąć kroków legislacyjnych, które stanowiłyby formalne wprowadzenie do kodeksu regulacji gwarantujących zastosowanie zasady koncentracji w całym procesie karnym. Ingerencja ustawodawcy w tym zakresie mogłaby być początkiem eliminacji wszelkich kontrowersji związanych z zakresem zastosowania oraz w ogóle obowiązywaniem zasady koncentracji. Osiągnięciu tego celu niewątpliwie sprzyjałoby uzupełnienie I Działu k.p.k. o osobny artykuł, którego brzmienie określałoby jasno, że proces karny powinien stanowić zwarty ciąg czynności pozbawiony przerw i zahamowań. W przepisie tym ustawodawca mógłby również przesądzić, czy opowiada się za szerokim zakresem podmiotowym tytułowej zasady, która wówczas odnosiłaby się tylko do organów procesu, czy też do wszystkich uczestników procesu, przy czym aktualne emanacje jednoznacznie wskazują na to, że ma ona zastosowanie do tej ostatniej grupy.

Szkicując dalsze możliwe kierunki umacniania zasady koncentracji czynności procesowych, można rozważyć modyfikację regulacji dotyczących odroczenia rozprawy. Zmiany w tym zakresie powinny się skupiać na obowiązujących przepisach nakazujących prowadzenie od początku rozprawy, która została odroczone w wyniku zastosowania przerwy. Być może do usprawnienia polskiej procedury karnej mogłoby przyczynić się wprowadzenie rozwiązania umożliwiającego dalsze prowadzenie odroczonej rozprawy w każdym przypadku, gdy skład orzekający nie uległ zmianie, a okres odroczenia nie przekroczył 6 miesięcy. Obecnie obowiązujące przepisy nie zawierają jednak w tym względzie granicy czasowej, po przekroczeniu której obowiązkowe byłoby prowadzenie odroczonej rozprawy w nowym terminie od początku. Ustawodawca daje tu dość dużą swobodę sędziemu przy podejmowaniu decyzji o prowadzeniu rozprawy od początku lub wyjątkowo w dalszym ciągu. Być może należałoby również zastanowić się nad nałożeniem na przewodniczącego obowiązku rozpoczynania takiej rozprawy od krótkiego sprawozdania, w którym zostałby przedstawiony dotychczasowy przebieg postępowania i jego wyniki. Warto w tym miejscu wspomnieć, że w omawianym przedmiocie pojawiły się w przeszłości propozycje zmian. W projekcie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, który został przekazany do Sejmu przez Prezydenta RP 20.12.2001 r.⁶⁷

⁶⁷ Tzw. Prezydencki projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 181, Sejm IV kadencji, Warszawa, 20.12.2001 r.

postulowano o dodanie do art. 366 § 2 k.p.k. sformułowania, z którego wynikałoby, że w razie konieczności zarządzenia przerwy w rozprawie przewodniczący powinien dążyć do rozstrzygnięcia sprawy w innym rozsądnym terminie. Ponadto w projekcie tym zaproponowano ograniczenie możliwości kontynuowania odroczonej rozprawy, jeśli czas odroczenia przekroczyłby 6 miesięcy. Pozytywnie do zaproponowanych wówczas zmian odniósł się m.in. A. Murzynowski⁶⁸. Powyższe rozwiązania zdaniem A. Murzynowskiego obligowałyby do stosowania z dużą ostrożnością odstępstw od ścisłego przestrzegania zasady ciągłości. A. Murzynowski z pełną aprobatą odnosił się również do zachowania bezwzględного zakazu prowadzenia rozprawy odroczonej bądź przerwanej w dalszym ciągu w sytuacji zmiany składu orzekającego, a także po upływie określonego w ustawie okresu czasu (w prezydenckim projekcie nowelizacji był to okres 6 miesięcy).

Budzącą uzasadnioną wątpliwość, z punktu widzenia nie tylko zasady koncentracji, ale także zasady szybkości czy sprawności postępowania, jest również regulacja zawarta w art. 401 § 1 k.p.k. dająca m.in. możliwość zarządzenia przerwy w rozprawie głównej w celu przygotowania przez strony wniosków dowodowych. Oczywiście jest, że niekiedy konieczne jest zarządzenie przedmiotowej przerwy, jednak należy z całą stanowczością zauważyć, że powinno to następować jedynie w sytuacjach naprawdę wyjątkowych. Nie budzi przecież wątpliwości zarządzenie przerwy dla wypoczynku, sprowadzenia dowodów, czy też z powodów zdrowotnych leżących np. po stronie obrońcy czy oskarżonego. Jednakże pozostawianie w regulacjach Kodeksu postępowania karnego możliwości każdorazowego zarządzenia przerwy dla przygotowania wniosków dowodowych może budzić kontrowersje. Dotyczy to m.in. sytuacji, w których oskarżony, korzystając z pomocy profesjonalnego obrońcy, wnioskuje o zarządzenie przerwy dla przygotowania wniosków dowodowych, przykładowo, ze względu na obraną przez obrońcę taktykę służącą przedłużaniu postępowania. W takich sytuacjach instytucja przerwy w rozprawie traci swój wyjątkowy charakter. *De lege ferenda* należałoby rozważyć możliwość powrócenia do brzmienia omawianego przepisu sprzed nowelizacji z 2013 r.⁶⁹, w którym zarządzenie przez przewodniczącego przerwy w rozprawie byłoby dopuszczalne w trzech przypadkach: dla sprowadzenia dowodu, dla wypoczynku oraz z innej ważnej przyczyny. Należy też zwrócić uwagę, że możliwość zarządzenia przerwy w celu przygotowania wniosków dowodowych była istotna w kontradiktoryjnym modelu procesu karnego, zaś w obecnym inkwizycyjnym modelu postępowania dowodowego po prostu nie ma żadnej racji bytu. Nie jest także spójna ze skądinąd krytykowaną w niniejszym szkicu tendencją ustawodawcy do ograniczania inicjatywy dowodowej stron.

Umocnieniu zasady koncentracji mogłoby natomiast służyć rozwiązanie przyjęte w procedurze cywilnej, a dotyczące wnoszenia opłat sądowych od wniosków dowodowych złożonych po zatwierdzeniu planu rozprawy⁷⁰. W uzasadnieniu

⁶⁸ Zob. A. Murzynowski, *Zasada ciągłości rozprawy w polskim procesie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. nauk. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 272–273.

⁶⁹ Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247).

⁷⁰ Por. art. 34a ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, zgodnie z którym opłatę stałą w kwocie 100 złotych od każdej osoby, której wniosek dotyczy, pobiera się od wniosku o wezwanie na rozprawę świadka, biegłego lub strony, jeżeli wniosek został złożony po zatwierdzeniu planu rozprawy (Ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych [Dz.U. z 2020 r. poz. 755]).

do projektu zmian⁷¹ podkreślano, że czynności sądu polegające na przesłuchaniu świadka lub strony bądź też odebraniu ustnej opinii od biegłego należą do najbardziej pracochłonnych oraz czasochłonnych w całym postępowaniu. Wywiera to negatywny wpływ nie tylko na sprawność i szybkość postępowania, ale przede wszystkim na koncentrację materiału dowodowego. Dlatego więc wnioski o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków, czy też stron powinny być złożone we wstępnej fazie postępowania – tak by objąć je planem rozprawy. Składanie dodatkowych wniosków dowodowych w toku rozprawy niewątpliwie zakłóca jej bieg, przez co nie jest możliwe jej przeprowadzenie bez dodatkowych przerw. Polskie prawo karne procesowe nie przewiduje możliwości obciążenia stron kosztami w zależności od momentu złożenia wniosków dowodowych. Być może należałoby się jednak zastanowić nad wprowadzeniem takiej regulacji do procedury karnej, zwłaszcza w sytuacji, gdy oskarżony korzysta z pomocy profesjonalnego obrońcy. Nierzadko zdarza się przecież tak, że wnioski dowodowe trafiają do sądu już po rozpoczęciu rozprawy głównej, natomiast nie ulega wątpliwości, iż mogłyby w większości zostać rozpatrzone na etapie przygotowania do rozprawy. Jest to nierzadko działanie celowe służące z jednej strony nieuzasadnionemu przedłużaniu procesu, a z drugiej strony bezsprzecznie należy je traktować jako celowy element taktyki obrońcy dążącego do ugruntowania w pamięci sędziów wrażenia z ostatniego przeprowadzonego dowodu. Być może należałoby wprowadzić do procedury karnej regulację, zgodnie z którą na oskarżonego korzystającego z pomocy obrońcy zostałoby nałożone zobowiązanie złożenia wszystkich wiadomych mu wniosków dowodowych we wstępnej fazie postępowania. Należałoby również pouczyć strony o konieczności uiszczenia kosztów w przypadku złożenia wniosków dowodowych po upływie określonego przez sąd terminu.

Wydaje się też, że regulacją usprawniającą postępowanie, a zarazem sprzyjającą realizacji zasady koncentracji w procesie karnym, byłoby wprowadzenie do procedury karnej instytucji rozprawy „dzień po dniu”⁷². Oczywiście jest, że nie dotyczyłoby to spraw skomplikowanych o obszernym materiale dowodowym, ale spraw o mniej zawiłym stanie faktycznym i prawnym. Mogłoby to dotyczyć – przykładowo – sytuacji, w której zarządzana jest przerwa w celu udania się sądu na wypoczynek. Niewątpliwie takie rozwiązanie usprawniłoby postępowania przy jednoczesnym spełnieniu warunku pozostawania przez sędziów pod świeżym wrażeniem przeprowadzonych na rozprawie dowodów, co dawałoby większą gwarancję wydania sprawiedliwego, zgodnego z prawdą orzeczenia. *De lege lata* obowiązują, co prawda, przepisy, które nakazują takie ukształtowanie postępowania, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.) oraz zobowiązujące przewodniczącego, by rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej (art. 366 § 2 k.p.k.). Ustawa procesowa nie przewiduje jednak żadnych ujemnych konsekwencji procesowych w sytuacji wyznaczania terminów rozpraw w odległych, ale mieszczących się w dopuszczalnym przez prawo wymiarze

⁷¹ Uzasadnienie projektu zmian Ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, druk sejmowy nr 3137, Sejm VIII kadencji, www.sejm.org.pl (dostęp: 20.04.2020 r.).

⁷² Nt. możliwych wariantów organizacji temporalnej rozprawy, w tym „rozprawy dzień po dniu” zob. D. Orkiszewska, *Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego na tle systemów prawnych wybranych państw*, „Prawo w Działaniu” 2020/41, s. 88 i n.

przerwy w rozprawie. W praktyce nie uwzględnia się zatem postulatu ekonomiki procesowej, nie przestrzega zasady szybkości, sprawności czy koncentracji.

Z pewnością trendem ustawodawczym, który powinien być pogłębiany, jest dalsza digitalizacja postępowań. Mając zatem na względzie realizację w postępowaniu karnym zasady koncentracji, dla jej usprawnienia należałoby pochylić się nad zmianą przepisów dotyczących doręczeń. W dobie wszechogarniającej informatyzacji i cyfryzacji zasadne wydaje się skorzystanie na szeroką skalę z nowych technologii także i w procedurze karnej. Dlatego też pozytywnie należy ocenić mające wejść, co prawda, dopiero od 1.10.2029 r. zmiany w sposobie doręczeń umożliwiające skuteczne doręczanie pism przez organ procesowy drogą elektroniczną⁷³. Będąc w kręgu powyżej omawianych zagadnień można nawet wysunąć kontrowersyjny postulat, by *de lege ferenda* skrócić termin z 14 do 7 dni uznania przesyłki za doręczoną, w sytuacji doręczenia zastępczego. W Polsce obowiązuje zasada podwójnego awizowania (art. 133 k.p.k.), która jest nagminnie nadużywana, gdyż strony celowo i uporczywie uchylają się od odbioru kierowanej do nich korespondencji przedłużając tym samym postępowanie.

*

Zawarta w niniejszym szkicu analiza eksponuje tendencję legislacyjną wzmocnienia zasady koncentracji czynności procesowych. Wyodrębnienie wskazanej zasady, która obejmuje zarówno aspekt prakseologiczny (sprawność, efektywność), jak i aksjologiczny, może sprzyjać moderowaniu owych tendencji legislacyjnych w taki sposób, by pokusa pewnej instrumentalizacji procedury – tj. zwłaszcza jej przyspieszenia niezależnie od kosztów i uszczerbków co do gwarancyjności – została zredukowana. Interpretacyjny walor zasad procesowych ujawnia się na polu ich wzajemnych interakcji, na tle aktualnego stanu prawnego – pomimo próby redukcji sprzyjających przewlekłości postępowań rozwiązań prawnych – jednoznacznie przedstawia się wniosek, że ustanowienie określonych przepisów prawnych nie zawsze prowadzi do rzeczywistej zmiany normatywnej. Na płaszczyźnie wykładni możliwe jest bowiem szerokie oddziaływanie korekcyjne zasad procesowych. Wprowadzanie regulacji niespójnych systemowo może jednocześnie przyczynić się do pogłębienia chaosu interpretacyjnego i zagrażać zasadzie równości wobec prawa i jednolitych standardów procesowych dla wszystkich uczestników postępowania, co pozostaje najwyraźniej niedoszacowanym kosztem społecznym nadmiernie intensywnej i nie zawsze przemyslanej legislacji.

Summary

Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka, *Amendments to Criminal Procedural Law: An Analysis from the Point of View of the Principle of Concentration*

This paper presents an analysis of the issue of formulating the principle of concentration in the Polish criminal procedure. General issues of criteria for distinguishing the principles of law and the interactions of different principles are discussed. The principle of concentration is perceived as the principle of concentration of procedural actions in criminal proceedings and at the same time efforts are made to ensure its maximum temporal scope,

⁷³ Zob. przypisy 21 i 46.

scope of application, and the entities it applies to. The presented approach is directive, and not descriptive, which means that the principle of concentration is presented in the form of a legal norm (a norm obliges an entity to make use of the granted competencies). Some controversies are connected with the issue of the addressees of the principle in question, more precisely whether it is addressed only to procedural authorities or to the parties and other participants (so-called non-institutional participants) as well. Among suggestions of legislative amendments, the need for proper codification of the principle of concentration is indicated. The considerations also include an examination of the emanations of this principle, resulting from the 2019 and 2021 amendments to the Code of Criminal Procedure. In this context, attention is drawn to the possible conflicts between the principle of concentration and other principles, in particular the principle of the right of defence, the principle of truth, the *audiat et alteram partem* principle or the requirement of taking into account legally protected interests of the injured party.

Keywords: principle of concentration, concentration of evidence, concentration of procedural actions in criminal proceedings, conflicts of procedural principles, criteria for distinguishing the principles of law, procedural principles, amendment to the Code of Criminal Procedure, speed of the trial, abuse of process

Streszczenie

Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka, *Zmiany w prawie karnym procesowym – analiza z perspektywy zasady koncentracji*

Niniejszy szkic zawiera analizę dotyczącą kwestii wyodrębnienia zasady koncentracji w polskiej procedurze karnej. Dyskutowane są ogólne zagadnienia kryteriów wyodrębnienia zasad prawa oraz ich kolizji. Zasada koncentracji ujmowana jest jako zasada koncentracji czynności procesowych, jednocześnie optuje się za jej maksymalnie szerokim zakresem temporalnym, przedmiotowym i podmiotowym. Prezentowane ujęcie ma charakter dyrektywalny, nie zaś opisowy, co oznacza, że zasada koncentracji przedstawiana jest w postaci normy prawnej (normy nakazującej czynienie użytku z przyznaných kompetencji). Pewne kontrowersje łączą się z problematyką ustalenia adresatów tej normy, a ściślej, czy są to wyłącznie organy procesowe, czy też strony i inni uczestnicy niebędący organami (tzw. uczestnicy nieinstytucjonalni). W ramach postulatów *de lege ferenda* wskazuje się na potrzebę skodyfikowania tytułowej zasady. Rozważania ujmują także badanie emanacji zasady koncentracji będących wynikiem nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 2019 i 2020 r. W tym kontekście zwrócono uwagę na mogące pojawiać się kolizje zasady koncentracji z innymi zasadami procesowymi, zwłaszcza zasadą prawa do obrony, zasadą prawdy, zasadą kontrydiktoryjności, czy też dyrektywą uwzględnienia prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego.

Słowa kluczowe: zasada koncentracji, koncentracja materiału dowodowego, koncentracja czynności procesowych, kolizje zasad procesowych, kryteria wyodrębnienia zasad prawa, zasady procesowe, nowelizacja Kodeksu postępowania karnego, szybkość procesu, obstrukcja procesowa

Literatura:

1. Alexy R., *On the structure of legal principles*, Ratio Juris 2000, nr 3.
2. Bator A., *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa* [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, red. D. Gruszecka, J. Skorupka, Warszawa 2015.

3. Bogucki O., Zieliński M., *Zasady prawa z perspektywy ogólnej teorii prawa* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. 1, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
4. Brodzisz Z., Art. 315a [Odstąpienie od przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka] [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 33, Legalis el. 2020.
5. Cieślak M., *Dzieła wybrane*, t. II, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia*, red. nauk. S. Waltoś, Kraków 2011.
6. Cieślak M., *Polska procedura karna*, Warszawa 1971.
7. Cieślak M., *Polska procedura karna*, Warszawa 1984.
8. Cieślak M., *Zasady procesu karnego i ich system* [w:] *Dzieła wybrane*, t. IV, *Prawo karne procesowe. Artykuły, studia i inne prace*, red. S. Waltoś, Kraków 2011.
9. Cora Ł., *Ponowienie czynności dowodowej w polskim procesie karnym (aspekty teoretyczne i prakseologiczne)*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2018, nr 4.
10. Daszkiewicz W., *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1996.
11. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
12. Gizbert-Studnicki T., *Konflikt dóbr i kolizja norm*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1989, nr 1.
13. Gizbert-Studnicki T., *Zasady i reguły prawne*, *Państwo i Prawo* 1988, z. 3.
14. Grabowski A., *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*, Kraków 2009.
15. Grajewski J., *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2011.
16. Hołyst B., *Czynniki sprzyjające aktywności śledztwa*, *Nowe Prawo* 1973, nr 2.
17. Jankowski Z., *Postępowanie karne przed sądem pierwszej instancji w aspekcie prakseologicznym*, Warszawa 1986.
18. Janusz-Pohl B., *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceedings. Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, Poznań 2017.
19. Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017.
20. Janusz-Pohl B., *O wyroku nieistniejącym w postępowaniu karnym*, *Państwo i Prawo* 2013, z. 12.
21. Janusz-Pohl B., *Przyczynek do rozważań o formalnym i konwencjonalnym charakterze procesu*, *Ius Novum* 2014, nr 4.
22. Kalinowski S., *Polski proces karny*, Warszawa 1971.
23. Kmiecik R., *O reasumpcji wadliwych decyzji nie kończących postępowania karnego*, *Nowe Prawo* 1980, nr 7–8.
24. Kmiecik R., *Ekstensja zarzutów apelacyjnych (art. 447 § 1–3 k.p.k.) a zakaz reformationis in peius – z problematyki fikcjonalizmu procesowego*, *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 7–8.
25. Kordela M., *Zasada prawa jako normatywna postać wartości*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2006, nr 1.
26. Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012.
27. Kwiatkowski Z., *Koncentracja materiału dowodowego w fazie przygotowania do rozprawy głównej w procesie karnym*, *Problemy Prawa Karnego* 1992, nr 7.
28. Leszczyński L., *Nadużycie prawa – teoretyczny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. Izdebski, A. Stępkowski, Warszawa 2003.
29. Majcher S., *Zasada szybkości postępowania w piśmiennictwie i orzecznictwie okresu PRL* [w:] *Zagubiona szybkość procesu karnego. Jak ją przywrócić?*, red. J. Czapska, S. Waltoś, Warszawa 2005.
30. Maroń G., *Formuła ważenia zasad prawa jako mechanizm usuwania ich kolizyjności na przykładzie koncepcji Roberta Alexego*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego* 2009, nr 53.
31. Maroń G., *Zasady prawa. Pojmowanie i typologia a rola w wykładni prawa i orzecznictwie konstytucyjnym*, Poznań 2011.
32. Misztal P., *Prowadzenie postępowania dowodowego na rozprawie w trybie art. 378a Zagadnienia wybrane*, *Problemy Prawa Karnego* 2021, t. 5, nr 31.

33. Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994.
34. Murzynowski A., *Zasada ciągłości rozprawy w polskim procesie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszałka*, red. nauk. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003.
35. Nowak T., *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971.
36. Orkiszewska D., *Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego na tle systemów prawnych wybranych państw*, Prawo w Działaniu 2020, nr 41.
37. Paluszkiewicz H., Dudka K., *Posiedzenie organizacyjne sądu I instancji (art. 349 k.p.k.)*, Warszawa 2014.
38. Schaff L., *Proces karny Polski Ludowej. Wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953.
39. Skorupka J., *Granice procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego* [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników procesu karnego*, D. Gruszecka, J. Skorupka Warszawa 2015.
40. Szumiło-Kulczycka D., *Pojęcie zasady sprawności i zasady koncentracji materiału dowodowego* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
41. Szumiło-Kulczycka D., *Definicja zasady sprawności i zasady koncentracji materiału dowodowego w ujęciu opisowym* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
42. Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961.
43. Świecki D., *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013.
44. Tylman J., *Problemy zasady koncentracji w postępowaniu karnym*, Państwo i Prawo 1973, z. 7.
45. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
46. Waltoś S., *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag o nadużyciu prawa procesowego* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
47. Warchoł M., *Obejście prawa w procesie karnym* [w:] *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego. Z perspektywy dogmatyki oraz teorii i filozofii prawa*, red. J. Skorupka, I. Haduk-Hawryluk, Warszawa 2011.
48. Wiliński P., *Kryteria i sposób wyodrębnienia zasady procesowej* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. 1, red. P. Wiliński, Warszawa 2014.
49. Wiliński P. [w:] *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020.
50. Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974.
51. Zagrodnik J. [w:] *Art. 378a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, J. Skorupka, Legis el. 2020.
52. Żbikowska M., *Ciężar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019.
53. Żbikowska M., *Przeprowadzenie postępowania dowodowego podczas usprawiedliwionej nieobecności oskarżonego i jego obrońcy na rozprawie głównej*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2020, t. CXXII.

Wojciech Konaszczyk*

Legislacyjne rozwiązania w zakresie przeciwdziałania cyberprzestępczości w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia**

1. WSTĘP

Problematyka cyberprzestępczych wyłudzeń podatkowych należy do nowych, rozwijających się obszarów wyspecjalizowanej działalności przestępczej zarówno w Polsce, Unii Europejskiej, jak i poza jej granicami. Szczególnym utrudnieniem dla organów ochrony prawnej w tym zakresie jest konieczność łączenia wyspecjalizowanej wiedzy z zakresu nauk ścisłych obejmujących matematykę, informatykę, kryptografię, jak też nauk prawnych obejmujących specjalizację w obrębie prawa podatkowego, karnego, administracyjnego oraz, co bardzo ważne, z zakresu prawa międzynarodowego. To właśnie wiedza z zakresu tej ostatniej dyscypliny warunkuje harmonizację interdyscyplinarnej wiedzy systemów prawa kontynentalnego i *common law*, tworząc ramy do podjęcia szerszej dyskusji na temat trendów zwalczania cyberprzestępczości podatkowej na świecie.

2. GENEZA CYBERPRZESTĘPCZOŚCI

W polskiej literaturze przedmiotu zarówno teoretycznej, jak i praktycznej zagadnienie genezy cyberprzestępczości jest analizowane w dosyć nikłym zakresie. Związane jest to niewątpliwie z faktem, że źródeł przestępczości komputerowej (dalej cyberprzestępczość) należy poszukiwać w miejscu powstania narzędzia, którym posługują się przestępcy oraz rozwoju technologii komputerowych w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Do pojawienia się cyberprzestępczości wymagane było zaistnienie narzędzia, którym można posłużyć się do dokonania przestępstwa (komputera), oprogramowania, sieci oraz czynnika ludzkiego. Samo pojęcie „komputer” jest dość trudno definiowalne. W profesjonalnej literaturze przedmiotu uznaje się, że komputerem jest maszyna mogąca przetwarzać dowolne dane zgodnie z określonym algorytmem. Techniczna strona budowy takiej maszyny jest bez znaczenia. Taką definicję jako pierwszy zaprezentował Alan Matison Turing¹,

* Dr hab. Wojciech Konaszczyk jest profesorem Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID: 0000-0003-0364-0727, e-mail: wojciech.konaszczyk@poczta.umcs.lublin.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 6.05.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.07.2021 r.

¹ A.M. Turing (1912–1954) brytyjski matematyk i kryptolog, konstruktor maszyny Turinga, uważany jest za twórcę informatyki. Uważany jest również za jednego z ojców i prekursorów sztucznej inteligencji. Zob. szerzej S. Homer, A.L. Selman, *Computability and Complexity Theory*, Berlin 2001, s. 35 i n.

znany jako twórca maszyny Turinga. Maszyna Turinga to nic innego jak urządzenie, na które zakładana jest taśma z polami, w której każde pole może być jednym z N stanów. W zależności od stanu maszyny, zmienia się jego stan i przesuwa w lewo lub prawo. Działanie to charakteryzuje tzw. zjawisko przetwarzania danych za pomocą instrukcji, czyli programu. Komputer jest zatem urządzeniem pozwalającym na przetwarzanie zakresu danych za pomocą narzędzia jakim jest program, czyli instrukcja. Założenie to jest spójne z pokrywającymi się w szerokim zakresie elementami definicji komputera. Z kolei według Georgesa Ifraha – historyka i matematyka, komputer „jest automatem, złożonym z urządzenia wejściowego i wyjściowego, pamięci, jednostki centralnej dokonującej wszelkiego rodzaju przekształceń danych wyrażonych w postaci ciągów znaków (stanowiących materialne przedstawienie zakodowanych informacji), który pozwala – w granicach fizycznych możliwości urządzenia – wykonywać wszelkie obliczenia typu symbolicznego (zatem rozwiązywać wszelkie zadania, których rozwiązanie można wyrazić w postaci algorytmu) pod kierunkiem jednostki sterującej działającej zgodnie z programem zapisanym w pamięci (i wobec tego traktujące instrukcje wykonawcze w ten sam sposób, co dane przeznaczone do przetworzenia)”².

Kierując się elementami definicji komputera, należy wskazać, że urządzenie o takich parametrach została zaprojektowane przez Charlesa Babbage’a. Opracował on złożony i skomplikowany mechanizm składający się z układu wejścia-wyjścia, układu uruchamiania, magazynu, młynka, urządzenia drukującego służącego do przetwarzania danych liczbowych. Mechanizm był uruchamiany mechanicznie, zaś sterowanie odbywało się przy użyciu metalowych kart perforowanych. Perforowanie dawało możliwość wykonywania złożonych operacji interakcyjnych, a co za tym idzie podejmowania decyzji o wyborze programu w zależności od wyników częściowych.

Pod koniec XIX i na początku XX w. wielu uczonych i praktyków podejmowało próby budowy komputera, jak również kontynuowania dzieła Ch. Babbage’a, do największych zaś osiągnięć należy zaliczyć prace Percy Ludgate’a³, Torresa Quovendo⁴, Kondrada Zusa⁵.

Pierwszą maszyną analityczną, którą można zakwalifikować jako komputer, był produkt marki IBM znany pod nazwą IBM ASCC (*Automatic Sequence Controlled Calculators*), będący maszyną obliczeniową znaną pod nazwą Mark 1. Została ona zaprojektowana przez Howarda Hathaway Aikena⁶. Produkty IBM, znane pod nazwami Mark 1–4 zrewolucjonizowały i zmonopolizowały rozwój światowej informatyki na przestrzeni kolejnych dekad. Komputery nie miały jednak możliwości komunikowania się ze sobą. Jednym z punktów zwrotnych w historii informatyki był pomysł, aby komputery połączyć ze sobą w celu intensyfikacji ich mocy obliczeniowej.

² J. Dauben, G. Ifrah, „Book Review”: The Universal History of Numbers and The Universal History of Computing (part 1), styczeń 2002, s. 25.

³ W 1840 r. ogłosił projekt maszyny analitycznej podobny do dzieła Ch. Babbage’a z modyfikacjami.

⁴ W 1914 r. zaprezentował modyfikację dzieła Ch. Babbage’a, polegającą na wykorzystaniu podzespołów elektromagnetycznych w miejsce perforowanych płyt metalowych.

⁵ W latach 1935–1939 zaprojektował szereg maszyn analitycznych, prekursorów dzisiejszych komputerów.

⁶ H.H. Aiken (1900–1973) amerykański fizyk, matematyk. W 1939 r. uzyskał stopień doktora nauk na Uniwersytecie Harvarda. W 1947 r. stworzona przez niego maszyna znalazła zastosowanie w armii amerykańskiej, zaś pamięć komputera opierała się na dysku magnetycznym (zob. szerzej I.B. Cohen, *Howard Aiken: Portrait of a Computer Pioneer*, „MIT Press” 1999, s. 73–114).

W ten sposób powstała tzw. sieć komputerowa, umożliwiająca przesyłanie informacji między urządzeniami. Początki sięgają badań naukowych, które zostały zapoczątkowane na Uniwersytecie Kalifornijskim w Los Angeles. W dniu 29.09.1969 r. uruchomiono na tej uczelni pierwsze węzły sieci określanej jako ARPANET (*Advanced Research Project Agency Network*), wykorzystywane do badań na rzecz armii USA. Celem ARPANET-u było utworzenie sieci dającej możliwość komunikowania się pomiędzy komputerami bez ośrodka centralnego (serwera). Miało to gwarantować skuteczność i bezpieczeństwo wymiany informacji na wypadek wojny, nawet w przypadku uszkodzenia jej fragmentu. Dość istotna wada założenia wiązała się z brakiem programu (protokołu) pozwalającego na obsługę sieci, dzięki któremu informacje mogły być przesyłane na odległość w sieciach rozproszonych. Na lata 1969–1971 przypadają intensywne prace na czołowych uczelniach amerykańskich, które miały umożliwić rozwiązanie problemu transferu informacji przez sieć i protokołu go obsługującego. Na przełomie lat 1971/1972 zaprezentowano dwa protokoły, a mianowicie TCP (*Transmission Control Protocol*) oraz IP (*Internet Protocol*). TCP jest protokołem pozwalającym na transmisję danych w postaci pakietów. Polega to na tym, że u nadawcy dane są rozbijane na pakiety, wysyłane przez sieć i następnie składane w jedną całość u odbiorcy. Z kolei IP jest protokołem związanym z adresowaniem. Protokół IP nie jest potrzebny w sytuacji, kiedy w sieci występują wyłącznie dwa komputery – nadawcy i odbiorcy. Problem pojawia się z chwilą, kiedy w sieci występują więcej niż dwie jednostki. Wówczas w braku protokołu IP pakiety danych TCP nie są w stanie dotrzeć do adresata. Służy temu właśnie protokół IP, który jest metodą adresowania komputerów w sieci. W czasie rozwoju sieć ARPANET stosowała pierwotnie wiele wersji związanych z identyfikacją komputerów. Do unifikacji doszło dopiero na początku lat 80. XX w. za sprawą Jonathana Bruce'a Postela⁷, który w latach 1982–1983 stworzył podstawy powiązania protokołu IP (adresowego) z hierarchicznie budowanymi nazwami domen internetowych – DNS (*Domain Name Servers*). DNS pozwala na przyporządkowanie adresów numerycznych do nazw literowych. Proces ten został uwieńczony przez przyjęcie w armii amerykańskiej protokołu TCP/IP oraz DNS jako standardów sieci. W tym samym czasie wszedł w życie termin internet, który po porzuceniu projektu ARPANET w 1989 r. stał się sferą rozwojową dla uczelni i organizacji naukowych.

O wykorzystaniu internetu dla celów komercyjnych, początkowo w Stanach Zjednoczonych, można mówić dopiero po roku 1991. W tym roku bowiem amerykańska *National Science Foundation* (NSF) zezwoliła na udostępnienie sieci szerszemu gronu użytkowników.

Warto również wspomnieć o rozwoju WWW czyli *World Wide Web* będącą obecnie najbardziej popularną formą wykorzystania internetu. W 1991 r. Tim Berners-Lee uznał za konieczne upowszechnienie wyników swoich badań poświęconych fizyce molekularnej. W tym celu stworzył podstawy kodu HTML (*Hyper Text Markup Language*) po to, aby w dwa lata później opracować projekt pierwszej w historii przeglądarki internetowej o nazwie Mosaic, która dała podstawę

⁷ J.B. Postel (1943–1988) profesor informatyki, wykładowca Uniwersytetu Los Angeles (UCLA), twórca wielu innowacyjnych rozwiązań, w tym m.in. pierwszego protokołu elektronicznych wiadomości SMTP (*Simple Mail Transfer Protocol*).

do opracowania ulepszonej wersji przeglądarki o nazwie Netscape. Z punktu widzenia przedmiotowej analizy Netscape jako przeglądarka jest o tyle istotna, gdyż jako pierwsza dawała możliwość przesyłania danych bezpiecznym połączeniem szyfrowanym. Można było zatem przysyłać poufne dane, które były szyfrowane i mogły być odczytane wyłącznie przez ich adresata.

Powyżej opisane wynalazki dały bardzo silny impuls do rozwoju światowej sieci i internetu. Zanim zostanie określona siatka pojęciowa terminu „cyberprzestępczość”, należy zastanowić się nad momentem, od którego datuje się działanie określane tym mianem. Termin ten jest zbieżny z początkami wykorzystania sieci do przesyłania informacji, tj. w przybliżeniu z końcem lat 70. XX w. W 1983 r. Amerykanin Kevin Mitnick uzyskuje nieautoryzowany dostęp do sieci ARPANET, za co zostaje wobec niego orzeczona kara 6 miesięcy bezwzględnego pozbawienia wolności⁸. Jest to jeden z pierwszych przypadków popełnienia przestępstwa w zakresie cyberprzestępczości przy wykorzystaniu komputera, za który została orzeczona kara pozbawienia wolności.

3. ZARYS SIATKI POJĘCIOWEJ BADAŃ TEMATU

Na wstępie należy podkreślić, że podobnie jak pojęcie terroryzm, tak pojęcie cyberprzestępczość nie ma jednolitej definicji. Wydaje się słuszne wskazanie, na podstawie analizy literatury światowej, że pojęcie to dogłębnie zostało zbadane przez teoretyków i praktyków zajmujących się problematyką prawa karnego, zwłaszcza na gruncie prawa amerykańskiego⁹. Biorąc pod uwagę uniwersalizm pojęć badaczy amerykańskich, należy zaznaczyć, że na określenie tego pojęcia używa się takie terminy jak: cyberprzestępczość (*cyber crime*), przestępczość komputerowa (*computer crime*) czy wreszcie przestępczość związana z komputerami (*computer related crime*). Uwzględniając szereg różnych definicji, należy przyjąć na gruncie prawa międzynarodowego, że cyberprzestępczość jest to każdy rodzaj działalności niezgodny z normami prawa wewnętrznego lub międzynarodowego, którego skutek przekracza granice państwa, zaś jej narzędzie lub też cel stanowi urządzenie w postaci komputera. Oczywiście taka definicja powinna być rozbudowana o uściślenie, że chodzi o naruszanie przez działanie oprogramowania, albowiem przedmiotem nie jest sam komputer jako urządzenie fizyczne, lecz zainstalowane oprogramowanie na tym komputerze służące określonej celowi. W tym zakresie niewątpliwie istotne znaczenie mają inicjatywy podejmowane na forum międzynarodowym w postaci m.in. definicji przyjętej przez Organizację Narodów Zjednoczonych podczas X Kongresu Narodów Zjednoczonych w sprawie Zapobiegania Przestępczości i Traktowaniu Przestępców, który odbył się 11–17.04.2000 r. w Wiedniu¹⁰. Zgodnie z przyjętą definicją *sensu largo* są to wszystkie działania o nielegalnym charakterze popełniane za pomocą komputerów i odnoszące się do systemów lub

⁸ B. Gengler, *Super-hacker Kevin Mitnick takes a plea*, DOI: 10.1016/S1361-3723(99)90141-0 (dostęp: 30.03.2021 r.).

⁹ Tak też zauważa M. Siwicki w: *Podział i definicja cyberprzestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2012/7–8, s. 241–244.

¹⁰ SOC/CP/214 6 of April 2000, <http://www.un.org/press/en/2000/20000406.soccp214.doc.html> (dostęp: 30.03.2021 r.).

sieci komputerowych. Z kolei w ujęciu *sensu stricto* pojęciem cyberprzestępczości objęto działania wymierzone przeciw bezpieczeństwu systemów komputerowych lub programów obsługujących bazy danych¹¹.

Na podstawie wytycznych wiedeńskiego kongresu na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych przyjęto Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej¹². Jakkolwiek Konwencja, jako ratyfikowana umowa międzynarodowa wiąże wprost, to w cytowanym dokumencie ONZ nie wskazał na jednolite pojęcia cyberprzestępczości. Warto jednak pochylić się nad niektórymi regulacjami umowy, które w sposób bezpośredni odnoszą się do tego zjawiska na gruncie prawa międzynarodowego. W art. 2 lit. a cytowanej umowy wskazano, że „*«zorganizowana grupa przestępcza» oznacza posiadającą strukturę grupę składającą się z trzech lub więcej osób, istniejącą przez pewien czas oraz działającą w porozumieniu w celu popełnienia jednego lub więcej poważnych przestępstw określonych na podstawie niniejszej konwencji, dla uzyskania, w sposób bezpośredni lub pośredni, korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej»*”. Z kolei lit. d charakteryzuje pojęcie „mienia” jako wszelkiego rodzaju dobra, zarówno materialne, jak i niematerialne, ruchome i nieruchome, a także dokumenty oraz instrumenty prawne stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnień do tych dóbr.

W art. 29 określono obowiązek szkolenia oraz pomocy technicznej, co odnosi się m.in. do cyberprzestępczości. Zgodnie z brzemieniem tego artykułu, każde państwo (również Polska) będące stroną umowy w niezbędnym zakresie będzie inicjowało, rozwijało i udoskonalało specjalne programy szkoleniowe dla organów ścigania, w tym prokuratorów, sędziów śledczych oraz pracowników służby celnej, jak również innych pracowników zajmujących się zapobieganiem, wykrywaniem oraz kontrolą przestępstw objętych zakresem niniejszej Konwencji. Takie programy mogą obejmować staże oraz wymiany personelu. Szkolenia powinny obejmować „*metody wykorzystywane w zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej popełnianej przy wykorzystaniu komputerów, sieci telekomunikacyjnych lub innych form nowoczesnych technologii*”¹³, jak również zagadnienia z zakresu metod przesłuchania podejrzanych. Z tym ostatnim problemem stykamy się w kontekście problematyki ochrony praw procesowych podejrzanych (oskarżonych) i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) z punktu widzenia instytucji przyznania się do winy¹⁴.

W odniesieniu do interesujących nas zagadnień, pojęciem cyberprzestępczości objęte będą wszelkie pozaprawne działania, które mają na celu wpłynięcie na sferę podlegającą szczególnej ochronie prawnej. W ogólnym zarysie działania te mają na celu przejęcie kontroli nad systemami operacyjnymi urządzeń komputerowych (w tym serwerów) w celu wpłynięcia na bieg zdarzeń po myśli sprawców, kiedy te działania są podjęte umyślnie.

¹¹ https://digitallibrary.un.org/record/432663/files/A_CONF.187_15-EN.pdf (dostęp: 30.03.2021 r.).

¹² United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC) – Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.11.2000 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158) – dalej Konwencja.

¹³ Art. 29 lit. h.

¹⁴ Zasygnalizowania wymaga koncepcja tzw. doktryny Salduz, w której ETPC podnosił czynniki wpływające w sposób ujemny na poziom wartości dowodu z przyznania się oskarżonego, który złożył je w okolicznościach wpływających na oświadczenie woli. Zob. szerzej na ten temat E. Kruk, *Kilka uwag na temat przyznania się do winy w trybie art. 335 k.p.k.*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2019/105, s. 86–89.

W chwili obecnej, oprócz wspomnianej Konwencji Narodów Zjednoczonych, brak jest jednolitych regulacji o charakterze powszechnym odnoszących się do zapobiegania zagrożeniom związanym z cyberprzestępczością¹⁵.

Obok aktów obowiązujących, należy zwrócić uwagę na wytyczne rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 17.03.2010 r. w sprawie globalnej kultury cyberbezpieczeństwa i ochrony krytycznych infrastruktur informacyjnych¹⁶. Szczegółowy postulat zawarty jest w art. 13 cytowanej rezolucji. Zgodnie z jego brzemieniem wzywa się władze państw członkowskich do przeglądu oraz nowelizacji przepisów prawnych dotyczących cyberprzestępstw, prywatności, danych osobowych, prawa handlowego, podpisów cyfrowych kryptografii, wykorzystywania w tym celu regionalnych i międzynarodowych instrumentów, i standardów prawnych¹⁷.

Z kolei w obrębie Unii Europejskiej pojęciem *cybercrime* posługuje się w praktyce Komisja Europejska (KE), formułując tezę, że cyberprzestępczością są „działania przestępcze dokonane przy użyciu sieci łączności elektronicznej i systemów informatycznych lub skierowane przeciwko takim sieciom i systemom”¹⁸. Została ona uzupełniona w dyrektywie 2002/58/WE, która zawiera zobowiązanie państw członkowskich do zapewnienia odpowiedniego poziomu praw i wolności, w szczególności praw związanych z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej¹⁹.

Problematyka ochrony przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w kontekście prawa dowodowego i karalności pojawiła się także na gruncie polskiej nauki. Koncepcja wykorzystania narzędzi matematycznych w służbie polskiego procesu karnego pojawiła się w nowatorskiej koncepcji Adama Tarachy. Wykorzystanie algorytmu matematycznego w zastosowaniu cyfrowym umożliwia bowiem identyfikację nie tylko pojazdu, ale także twarzy. W chwili obecnej w praktyce organów ścigania służb na całym świecie narzędzie algorytmów wykorzystywane jest do identyfikacji jednostek roboczych (komputerów). Dzieje się to najczęściej

¹⁵ Spośród organizacji o charakterze regionalnym zajmujących się problematyką zwalczania cyberprzestępczości niewątpliwie należy wymienić Radę Europy. W listopadzie 2001 r. Rada Europy przyjęła Konwencję o cyberprzestępczości, która stanowi jedno z ważniejszych osiągnięć przed zagrożeniami w sieci. Konwencja oprócz tego, że zdefiniowała pojęcia przestępstw przeciwko poufności i dostępności danych informatycznych oraz systemów, to zobowiązała sygnatariuszy do przyjęcia środków o charakterze prawnym mających na celu zabezpieczenie danych informatycznych przed ingerencją w nie, utratą lub modyfikacją (Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie 23.11.2001 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 728). W odniesieniu do działalności Unii Europejskiej w przedmiotowym zakresie należy wspomnieć o dyrektywie 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotyczącej przetwarzania danych osobowych oraz ochrony prywatności w sektorze komunikacji elektronicznej. Dyrektywa zawiera zobowiązanie państw członkowskich do zapewnienia odpowiedniego poziomu praw i wolności w szczególności praw związanych z wykorzystaniem komunikacji elektronicznej (Dz.Urz. WE L 201 z 2002 r., s. 37 ze zm.) – dalej dyrektywa 2002/58/WE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PL> (dostęp: 30.03.2021 r.).

¹⁶ Rezolucja została przyjęta 21.12.2009 r., zaś dzień 17.03.2010 r. jest datą publikacji oficjalnego dokumentu ONZ, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/211 (dostęp: 30.03.2021 r.) – dalej rezolucja.

¹⁷ „Review and update legal authorities (including those related to cybercrime, privacy, data protection, commercial law, digital signatures and encryption) that may be outdated or obsolete as a result of the rapid uptake of and dependence upon new information and communications technologies, and use regional and international conventions, arrangements and precedents in these reviews. Ascertain whether your country has developed necessary legislation for the investigation and prosecution of cybercrime, noting existing frameworks, for example, General Assembly resolutions 55/63 and 56/121 on combating the criminal misuse of information technologies, and regional initiatives, including the Council of Europe Convention on Cybercrime”.

¹⁸ Jednolity tekst Komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego oraz Komitetu Regionów, Bruksela 22.07.2007 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0267&from=PL> (dostęp: 30.03.2021 r.).

¹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PL> (dostęp: 30.03.2021 r.).

w sytuacjach, kiedy mamy do czynienia z tzw. trasowaniem cebulowym, z którego dość często korzystają przestępcy w celu zatarcia śladów numeru IP komputera. Nie ma problemu do chwili, kiedy karta sieciowa komputera lub IP (personalny numer identyfikacyjny) nie są przypisane do tożsamości osoby fizycznej. Wątpliwości co do możliwości naruszenia ochrony danych osobowych pojawiają się w sytuacji, kiedy jednostka robocza na skutek wprowadzenia zmian konfiguracyjnych posiada powiązanie z tożsamością osoby, którą można zidentyfikować w oparciu o imię, nazwisko lub co najważniejsze – wspomniany IP. Sytuacja ta może być analogiczna do opisanej przez A. Tarachę w odniesieniu do algorytmu rozpoznawania twarzy²⁰.

Biorąc pod uwagę szereg różnorodnych rozwiązań na poziomie ponadnarodowym (powszechnym i regionalnym), szczególnie istotna w omawianym zakresie pozostaje zatem współpraca państw o charakterze wielostronnym. Jej istotnym elementem jest określenie dziedzin, które podlegają zagrożeniom. Przede wszystkim należy tu wymienić dwa podstawowe rodzaje danych, które wiążą się z funkcjonowaniem sieci, a mianowicie: dane niestrukturalne i dane strukturalne. Pierwsza grupa obejmuje wszelkiego rodzaju skany dokumentów, umów, rozwiązań, które występują w wersji fizycznej oraz cyfrowej, stanowiące w odniesieniu do całości ok. 80% wszystkich danych. Druga grupa z kolei obejmuje dane strukturalne, które mogą występować oraz funkcjonować jedynie w formie cyfrowej. Dane te, które stanowią 20% całości, stanowią podstawę wykorzystywaną przez specjalistyczne oprogramowanie używane przez urzędy na świecie²¹.

4. CHARAKTERYSTYKA PRZESTĘPCZOŚCI PODATKOWEJ NA GRUNCIE MIĘDZYNARODOWYM I UE

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej dało nie tylko asumpt do promowania swobody przepływu kapitału, towarów i usług, lecz także przyczyniło się do poszerzenia prowadzenia działalności polegającej na wyludzeniach podatkowych na szerszą skalę. W tym sensie, zanim przedstawione zostaną przykłady i specyfika wyludzeń podatkowych, należy wskazać na prawne formy ochrony obrotu podatkowego przyjętego w UE. Do jednego z podstawowych dokumentów unijnych w przedmiocie regulowania podatków pośrednich, tj. VAT-u, należy dyrektywa Rady Unii Europejskiej 2006/112/WE z 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej²². Regulacja została wydana na podstawie dyspozycji zawartej w art. 93 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską²³ po uwzględnieniu wniosku Komisji Europejskiej, jak również opinii Parlamentu Europejskiego. Ważne, że w art. 1 dyrektywy VAT wprowadzono jednolitą definicję podatku VAT oraz uregulowano zasady odnoszące się do jego stosowania.

²⁰ Zob. szerzej A. Taracha, *Wykorzystanie algorytmów w postępowaniu karnym – wybrane zagadnienia*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2020/5, t. XXIX, s. 301 i n.

²¹ L. Haines, D. Lyle, *The Digital Oil field Today*, „Oil and Gas Investor” 2004 (suplement), s. 5–6.

²² Dz.Urz. WE L 347 z 2006 r., s. 1 ze zm. – dalej dyrektywa VAT. Słuszne wydaje się podkreślenie, że od chwili wejścia w życie rozwiązań normatywnych w niej zaproponowanych do dnia dostępu do bazy danych Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (z 28.03.2021 r.) doszło do 106 zmian opublikowanych w postaci zmian, upoważnień zarówno w odniesieniu do państw członkowskich UE, terytoriów tych państw, stanów nadzwyczajnych wywołanych przez pandemię SARS-COV-2, czy Wielkiej Brytanii w związku z jej wystąpieniem z Unii.

²³ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 325 z 2006 r., s. 37 – dalej TWE.

W związku z tym dyrektywą objęto wszystkie podatki VAT w państwach członkowskich. Zasada wspólnego systemu VAT polega na zastosowaniu do towarów i usług ogólnego podatku konsumpcyjnego dokładnie proporcjonalnego do ceny towarów i usług, niezależnie od liczby transakcji, które mają miejsce w procesie produkcji i dystrybucji poprzedzającym etap obciążenia tym podatkiem. VAT, obliczony od ceny towaru lub usługi według stawki, która ma zastosowanie do takiego towaru lub usługi, jest wymagalny od każdej transakcji, po odjęciu kwoty podatku poniesionego bezpośrednio w różnych składnikach kosztów. Wspólny system VAT stosuje się aż do etapu sprzedaży detalicznej włącznie. Co ważne, wprowadzono katalog opodatkowanych czynności (art. 2 dyrektywy VAT). Zgodnie z tym katalogiem na terytorium UE opodatkowaniu podlegają następujące transakcje: odpłatna dostawa towarów na terytorium państwa członkowskiego przez podatnika działającego w takim charakterze; odpłatne wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów na terytorium państwa członkowskiego dokonywane: przez podatnika działającego w takim charakterze lub przez osobę prawną niebędącą podatnikiem, gdy sprzedawcą jest podatnik działający w takim charakterze, który nie korzysta ze zwolnienia dla małych przedsiębiorstw przewidzianego w art. 282–292 dyrektywy VAT i który nie jest objęty przepisami art. 33 i 36; w przypadku nowych środków transportu przez podatnika lub osobę prawną niebędącą podatnikiem, w przypadku których inne nabycia nie podlegają opodatkowaniu VAT zgodnie z art. 3 ust. 1, lub przez jakąkolwiek inną osobę niebędącą podatnikiem; w przypadku wyrobów podlegających akcyzie, jeżeli od wewnątrzwspólnotowego nabycia naliczany jest podatek akcyzowy na terytorium państwa członkowskiego zgodnie z dyrektywą 92/12/EWG²⁴ przez podatnika lub osobę prawną niebędącą podatnikiem, w przypadku których inne nabycia nie podlegają opodatkowaniu VAT zgodnie z art. 3 ust. 1; odpłatne świadczenie usług na terytorium państwa członkowskiego przez podatnika działającego w takim charakterze; import towarów.

Z kolei w treści art. 4 dyrektywy VAT znalazły się wyłączenia z opodatkowania, i co charakterystyczne, z praktyki wynika, że nie stanowią one obecnie przedmiotu przestępczego procederu wyłudzeń podatkowych VAT przez sprawców. Do najważniejszych wyłączeń należy zaliczyć: wewnątrzwspólnotowe nabycia towarów używanych, dzieł sztuki, przedmiotów kolekcjonerskich lub antyków, określonych w art. 311 ust. 1 pkt 1–4, jeżeli sprzedawca jest podatnikiem-pośrednikiem działającym w takim charakterze, a nabyte towary zostały opodatkowane VAT w państwie członkowskim rozpoczęcia wysyłki lub transportu towarów zgodnie z procedurą marży przewidzianą w art. 312–325 oraz wewnątrzwspólnotowe nabycia używanych środków transportu określonych w art. 327 ust. 3, jeżeli sprzedawca jest podatnikiem-pośrednikiem działającym w takim charakterze, a nabyty używany środek transportu został opodatkowany VAT w państwie członkowskim rozpoczęcia wysyłki lub transportu, zgodnie z procedurą przejściową mającą zastosowanie do używanych środków transportu. Z kolei do przedmiotowych wyłączeń określonych w art. 312–325 odnosi się szczególnie procedura przewidziana dla podatników pośredników. W odniesieniu do nich wprowadzono definicję „ceny sprzedaży”

²⁴ Dyrektywa Rady 92/12/EWG z 25.02.1992 r. w sprawie ogólnych warunków dotyczących wyrobów objętych podatkiem akcyzowym, ich przechowywania, przepływu oraz kontrolowania (Dz.Urz. EWG L 76 z 23.03.1992 r., s. 1 ze zm.).

i „ceny nabycia” (art. 312 dyrektywy VAT). Zgodnie z nimi „cena sprzedaży” oznacza wszystkie składniki wynagrodzenia uzyskanego lub do uzyskania przez podatnika pośrednika od nabywcy lub osoby trzeciej, włączając w to subwencje bezpośrednio związane z transakcją, podatki, cła, opłaty i należności oraz koszty dodatkowe takie jak: prowizja, koszty opakowania, transportu i ubezpieczenia, którymi podatnik-pośrednik obciąża nabywcę. Z kolei „cena nabycia” oznacza wszystkie składniki wynagrodzenia, uzyskanego lub do uzyskania przez dostawcę od podatnika-pośrednika.

Jak się okazuje, znajomość sfery objętej przedmiotowym podatkiem była i wciąż jest istotna z punktu widzenia pragmatyki przestępczej działalności.

Zasadnicze bowiem znaczenie dla prowadzenia wyłudzeń podatkowych na szeroką skalę ma unormowanie, z którego wynika, że w UE przyjęto (podobnie jak w Polsce) rozwiązanie polegające na tym, iż podatek ma charakter pośredni, co zwiększa wartość towaru na każdym etapie sprzedaży. Jest on uiszczany przy każdej transakcji w ciągu: producent, pośrednik, sprzedawca, konsument. Ponadto jest on neutralny dla podatników w łańcuchu za wyjątkiem odbiorcy końcowego, który ponosi w pełni jego ciężar. Jest to bowiem konsekwencją faktu przierzucalności podatku oraz możliwości stosowania systemowych odliczeń. Co za tym idzie, wprowadzono w Unii mechanizm odliczeń na każdym etapie zmiany właściciela towaru, tj. na każdym etapie obrotu towaru.

Unijne dyrektywy przesądziły o tym, że VAT jest jednym z nielicznych podatków w UE o zharmonizowanym charakterze i jednolitej strukturze. Oznacza to, że docelowo wszystkie państwa członkowskie mają być objęte jednolitym opodatkowaniem w zakresie podatku od wartości dodanej. W związku z tym, istotna część rodzimej ustawy o podatku od towarów i usług²⁵ stanowi implementację do polskiego systemu prawnego norm unijnych, wyrażonych w poszczególnych dyrektywach dotyczących VAT.

Jednym z kluczowych rozwiązań w obrocie podlegającym opodatkowaniu jest fakt, że wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów jest opodatkowana stawką zerową VAT. Na podkreślenie zasługuje wyjaśnienie terytorialnego zakresu obowiązywania dyrektywy. Pojęcie „wewnątrzwspólnotowy” odnosi się do „Wspólnoty” i „terytorium Wspólnoty” (art. 5 dyrektywy VAT). Oznacza ono terytorium każdego państwa członkowskiego Wspólnoty, do którego ma zastosowanie TWE zgodnie z jego art. 299, z wyłączeniem niektórych terytoriów wymienionych w art. 6 dyrektywy VAT. Wyłączeniu podlegają m.in. następujące terytoria: Athos, Wyspy Kanaryjskie, francuskie departamenty zamorskie, Wyspy Alandzkie, Wyspy Normandzkie²⁶.

Z punktu widzenia przestępczej działalności w Polsce i w UE kluczowym elementem jest dyspozycja art. 42 ust. 1 wspomnianej ustawy o VAT. Zgodnie z jego brzmieniem „Wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów podlega opodatkowaniu według stawki podatku 0%, pod warunkiem że: 1) podatnik dokonał dostawy na rzecz nabywcy posiadającego właściwy i ważny numer identyfikacyjny dla

²⁵ Ustawa z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn.: Dz U. z 2021 r. poz. 685) – dalej ustawa o VAT.

²⁶ Polska ustawa o VAT zawiera szczegółowe określenie terytoriów, które na mocy umów międzynarodowych zostały wyłączone spod właściwości terytorialnej UE. Wyłączeniu podlegają m.in.: wyspa Helgoland i terytorium Buesingen z RFN; Ceuta, Melilla, Wyspy Kanaryjskie z Królestwa Hiszpanii, Livigno, Campione d'Italia, część jeziora Lugano z Republiki Włoskiej, Góra Athos z Republiki Greckiej.

transakcji wewnątrzwspólnotowych, nadany przez państwo członkowskie właściwe dla nabywcy, zawierający dwuliterowy kod stosowany dla podatku od wartości dodanej, który nabywca podał podatnikowi; 2) podatnik przed upływem terminu do złożenia deklaracji podatkowej za dany okres rozliczeniowy, posiada w swojej dokumentacji dowody, że towary będące przedmiotem wewnątrzwspólnotowej dostawy zostały wywiezione z terytorium kraju i dostarczone do nabywcy na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium kraju; 3) podatnik składając deklarację podatkową, w której wykazuje tę dostawę towarów, jest zarejestrowany jako podatnik VAT UE”. Opodatkowanie zerową stawką VAT posiada bardzo istotne znaczenie dla działalności przestępczej. W przeciwieństwie do zwolnień podatkowych, obrót towarami opodatkowanymi na poziomie stawki zerowej daje podstawę do odliczeń naliczonego wcześniej podatku VAT.

Oszustwo zwane karuzelą podatkową można określić jako sposób wyłudzenia zwrotu podatku VAT przez podmioty, które nie są do tego uprawnione, występujące w ciągu pozornych lub faktycznych transakcji obrotu objętego opodatkowaniem (w którym musi wystąpić opodatkowanie zerową stawką VAT), w których, w ramach wcześniej zaplanowanych przez sprawców, uczestniczą świadome lub nieświadome podmioty gospodarcze. Na podstawie dostępnej literatury, statystyk oraz przekazów medialnych można przypuszczać, że genezy „przestępstw karuzelowych” można poszukiwać we Włoszech i Hiszpanii już w początkach XXI w., co związane było z działalnością zorganizowanych grup przestępczych w tych państwach.

Podobne, czy wręcz identyczne rozwiązania przyjęte przez polskiego ustawodawcę obowiązują na terenie wszystkich państw członkowskich. Dało to podstawę rozwoju wyłudzeń podatkowych podejmowanych na terytoriach wszystkich państw członkowskich w ramach działalności określanej jako „przestępstwa karuzelowe”. W procesie karuzeli podatkowej, bez względu na liczbę podmiotów gospodarczych uczestniczących na terytorium UE w obrocie, zawsze musi wystąpić płatnik podatku, który nie dokonuje jego zapłaty, określanej jako „*missing trader*”, czyli „znikający handlarz”. Następne podmioty, które w nim uczestniczą, to „słupy” i „znikający handlarze”. Już w początkowych etapach rozwoju tego typu przestępczej działalności we Włoszech i w Hiszpanii do tej funkcji wykorzystywano osoby fizyczne o niskim statusie materialnym (bezdomni, żebracy), na które były rejestrowane podmioty gospodarcze. W procederze uczestniczą także „bufory” będące podmiotami, w których osoby zarządzające mają świadomość prowadzenia przestępczej działalności. Zadaniem tych podmiotów jest odprowadzanie należności do instytucji skarbowych. Z kolei rolą „brokera” jest sprzedaż towaru zagranicznemu podmiotowi ze stawką zerową VAT. Broker dokonuje również odliczenia wcześniej zapłaconego podatku. Rolą „brokera” jest również uzyskanie zwrotu podatku od organów państwa (który zresztą wcześniej nie został zapłacony przez „znikającego handlarza”). W początkowej fazie rozwoju przestępczości wyłudzeń VAT „brokerami” były podmioty będące sprawcami. W późniejszym okresie w rolach „brokerów” zaczęły występować tzw. słupy.

Cały schemat można przedstawić w sposób następujący: podatnik A (z siedzibą poza granicami Polski, lecz w którymś z państw członkowskich UE) sprzedaje podatnikowi B (z siedzibą w Polsce) towar w ramach wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów. Stawka VAT to 0%, więc nie płaci on podatku. Podatnik B sprzedaje

towar dalej podatnikowi C już w ramach wewnątrzkrajowej dostawy towarów. Dla uproszczenia przyjmijmy, że cena netto towaru to 100, a stawka VAT to 10%. W związku z tym, podatnik B składa deklarację VAT, w której podatek naliczony to 0, a podatek należny to 10. Tego ostatniego nie płaci jednak, a następnie, zgodnie ze swoją rolą, znika. Podatnik C sprzedaje towar podatnikowi D za 200. Podatek naliczony to 10, podatek należny to 20. Podatnik C wpłaca więc do Urzędu Skarbowego 10. Następnie D sprzedaje towar A w ramach wewnątrzwspólnotowej dostawy towarów. Stawka VAT w tym przypadku to 0%, podatek należny więc to 0, a podmiot D występuje o zwrot podatku naliczonego, tj. 20²⁷.

5. POLSKA SPECYFIKA PODATKOWA A WYŁUDZENIA PODATKOWE

Polski katalog przestępstw o charakterze podatkowym uregulowany jest w głównej mierze w Kodeksie karnym skarbowym²⁸, jak również w ustawach regulujących konkretne podatki. Przestępstwa podatkowe, a także wykroczenia skarbowe zasadniczo uregulowane są w rozdziale 6 k.k.s. W grę wchodzi także unormowania części szczególnej Kodeksu karnego²⁹.

W przypadku naruszeń regulacji z zakresu prawa podatkowego ważne jest określenie dwóch zasadniczych atrybutów związanych z przestępstwem, a mianowicie sposobu, czy też metody polegającej na naruszeniu oraz dobra prawnie chronionego. Pierwszy atrybut został powyżej wyjaśniony. Polega on na wykorzystywaniu w ramach działalności cyberprzestępczej komputerów i sieci do przesyłania informacji. Drugi element wymaga krótkiej analizy.

Najogólniej należnością podatkową są publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenia pieniężne na rzecz państwa. Podatki stanowią główne źródło dochodów państwa oraz umożliwiają finansowanie jego działalności. Każdy, kto znajduje się w sytuacji objętej podatkiem, ma obowiązek go zapłacić.

Z punktu widzenia naruszeń przepisów prawa podatkowego najczęściej do naruszania norm prawnych dochodzi w odniesieniu do podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego. Wprowadzenie w 1993 r. podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego³⁰ stworzyło nową możliwość dokonywania przestępstw polegających na wyłudzeniu nienależnych kwot od Skarbu Państwa. W szczególności taka możliwość zyskała na popularności pojedynczych sprawców, jak również grup przestępczych po akcesji Polski do Unii Europejskiej w 2004 r. W szczególności aktywnej działalności przestępczej poddany jest podatek VAT. Wynika to z jego specyfiki, a mianowicie z tego, że jest to z założenia należność, która obciąża finalnego odbiorcę towaru lub usługi. W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej, podmiot ma prawo do potrącenia podatku naliczonego od wartości podatku należnego. Zobowiązanie podatkowe jest zatem różnicą pomiędzy kwotą podatku należnego z tytułu prowadzonego obrotu handlowego przez podmiot

²⁷ Zob. szerzej na ten temat T. Oczkowski, *Problematyka karnoprawnej oceny wyłudzenia podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2009/7–8, s. 82–87.

²⁸ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 53) – dalej k.k.s.

²⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

³⁰ Ustawa z 8.01.1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym (Dz.U. z 1993 r. Nr 11, poz. 50 ze zm.).

a kwotą podatku zapłaconego, który jest związany z nabyciem towarów lub usług niezbędnych do uzyskania obrotu. Zobowiązanie po stronie podmiotu powstaje wtedy, gdy wartość podatku należnego jest większa od podatku naliczonego w danym okresie rozliczeniowym. Zobowiązanie nie powstaje, jeśli kwota podatku należnego jest niższa lub równa wartości podatku naliczonego. Z punktu widzenia zagrożeń związanych z uszczupleniami podatkowymi niebezpieczeństwo naruszeń powstaje w sytuacji, kiedy podatek naliczony jest wyższy od podatku należnego. Podatnikom przysługuje wówczas prawo do wystąpienia do organu podatkowego o bezpośredni zwrot podatku naliczonego, przewyższającego wartość podatku należnego. Takie uprawnienie przysługuje podmiotom prowadzącym działalność, którzy mają prawo do odliczenia naliczonego podatku od towarów lub usług. Ustalenie wysokości zobowiązania podatkowego, tj. zapłaty lub zwrotu podatku VAT, odbywa się w oparciu na dokumencie deklaracji podatkowej. Uprawnienie to z kolei powstaje na podstawie uzyskanych dokumentów, tj. faktur VAT, które są wystawiane przez podatników tego podatku. W tym sensie mogą występować oszustwa charakterystyczne dla wszystkich podatków, których większość odnosi się do uszczupleń podatkowych. Zasadniczo terminem „uszczuplenie podatkowe” określa się bezprawne działanie polegające na nienależnym obniżeniu obciążeń podatkowych. Zarówno w doktrynie, jak i praktyce ugruntowane jest stanowisko, że obowiązek podatkowy jest elementem różnicującym typ przestępstwa oszustwa klasycznego od oszustwa skarbowego. Pierwszy typ chroni mienie przed zamachami, które nie są związane z jednoczesnym naruszeniem dobra w postaci obowiązku podatkowego, drugi natomiast chroni mienie przed zamachami, które realizowane są z bezprawnym wykorzystaniem regulacji z zakresu prawa podatkowego³¹. Problematyka „uszczupleń podatkowych” stanowiła także przedmiot orzecznictwa sądowego. W wyroku z 19.03.2008 r., II KK 347/07³², Sąd Najwyższy (dalej SN), powołując się na brzmienie ówczesnej ustawy o podatku od towarów i usług z 11.03.2004 r.³³, wywiódł wniosek, że fakt wystawienia „wadliwej” faktury VAT w pierwszej kolejności rodzi obowiązek podatkowy, zaś w drugiej zawsze narusza przepis art. 62 § 2 k.k.s. Jak konkluduje Sąd, można żywić wątpliwości co do trafności poglądu, że czynności sprawcy, które sprowadzają się do działania fingującego istnienie obowiązku podatkowego wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści kosztem Skarbu Państwa za pomocą fikcyjnych dokumentów dla przeprowadzenia realnej czynności, stanowią jedynie przestępstwo określone w przepisach Kodeksu karnego, nie zaś przestępstwo skarbowe. Sąd stanął na stanowisku, że podstawą kwalifikacji prawnej wszystkich tego rodzaju przestępstw powinien być art. 76 § 1 k.k.s.

Z kolei w orzeczeniu z 12.08.2008 r., V KK 76/08³⁴, SN stwierdził, że: „Porównanie treści art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k. prowadzi do oczywistego wniosku, że pierwszy z nich jest przepisem *lex specialis* w stosunku do drugiego. Znamiona przestępstwa z art. 76 § 1 k.k.s. mieszczą się całkowicie w ogólniej ujętym opisie działania sprawcy przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., typizując szczególny rodzaj

³¹ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008/12, s. 24 i n.

³² LEX nr 388503.

³³ Dz.U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.

³⁴ LEX nr 449041.

oszustwa prowadzącego do wyłudzenia nienależnego zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej. Aktualnie wystawca faktury niemającej w ogóle odzwierciedlenia w stanie faktycznym, ma także obowiązek uiszczenia podatku VAT. Zatem przepisem, który należy zastosować przy kwalifikacji prawnej czynu polegającego na wyłudzeniu nienależnego zwrotu podatku VAT, jest art. 76 § 1 k.k.s.”.

Zbliżony pogląd przyjął wrocławski Sąd Apelacyjny (dalej SA), który w orzeczeniu z 3.09.2009 r., II AKA 105/09³⁵, stwierdził, że: „[j]eżeli wystawca «fikcyjnej» faktury VAT, niedokumentującej rzeczywistego zdarzenia gospodarczego lub osoba posługująca się taką fakturą, wykorzystuje ją do naliczania należnego podatku VAT, a także określenia innego obowiązku podatkowego (np. podatku dochodowego przez pomniejszenie dochodu), to osoby te godzą w obowiązki podatkowe i odpowiadają za przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. W wypadku, gdy sprawca zmierza do wyłudzenia nienależnego zwrotu podatku VAT, to popełnia przestępstwo skarbowe z art. 62 § 2 k.k.s. Jednak w wypadku, gdy «fikcyjną» fakturę wystawiono wyłącznie dla przestępczych celów pozapodatkowych, np. dla wyłudzenia kredytu lub dotacji dla siebie lub innej osoby albo dla doprowadzenia innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez fingowanie dobrej kondycji gospodarczej i wiarygodności kontrahenta umowy, to wystawca takiej faktury lub osoba posługująca się nią powinny nadal odpowiadać na podstawie przepisów ustawy karnej innej niż k.k.s. (np. z art. 297 k.k. lub z art. 286 § 1 k.k.)”. W ten sposób można przyjąć tezę, że kwalifikacja prawna zachowań sprawców o ich tożsamym charakterze zależeć będzie od tego, w co sprawcy godzą. Jeśli godzą w obowiązki podatkowe, wówczas odpowiadają za przestępstwa natury skarbowej. Takie twierdzenie byłoby zasadniczo słuszne, gdyby nie problematyka związana z mieniem. Należy zdawać sobie bowiem sprawę z tego, że w rzeczywistości zamiar sprawców ukierunkowany jest zasadniczo na mienie należące do Skarbu Państwa. To właśnie mienie stanowi przedmiot zamachu w przypadku popełniania czynów związanych z wystawianiem „fikcyjnych” faktur VAT. Ochrona mienia Skarbu Państwa stanowić powinna zasadniczy przedmiot ochrony prawnej. Warto pochylić się tu nad Ordynacją podatkową, z której należy wywodzić, że „obowiązkiem podatkowym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach”³⁶. Ustawa o podatku od towarów i usług precyzuje w art. 19a, że: „Obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi.(...) W odniesieniu do przyjmowanych częściowo usług, usługę uznaje się również za wykonaną, w przypadku wykonania części usługi, dla której to części określono zapłatę”.

Przechodząc do podsumowania rozważań dotyczących dobra chronionego w kontekście judykatury i doktryny, należy wysunąć tezę, że ustawodawca pochylił się nad koncepcją uznającą, iż uszczuplenia podatkowe w kontekście stosowania ustawy o podatku od towarów i usług dotyczą bezpośrednio mienia należącego do Skarbu Państwa.

Skala negatywnych zjawisk związana z wyłudzeniami podatku VAT wpłynęła na kształt nowelizacji Kodeksu karnego w tym zakresie. Od 2017 r.

³⁵ LEX nr 519593.

³⁶ Art. 4 ustawy z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r. poz. 1325 ze zm.).

w związku ze zmianami k.k. i k.k.s. zwiększyła się znacząco odpowiedzialność sprawców za naruszenia w zakresie wykonania ustawy o podatku od towarów i usług. Przede wszystkim doprecyzowane zostało pojęcie faktury. Zgodnie z art. 115 § 14a k.k. fakturą jest dokument, o którym mowa w art. 2 pkt 31 ustawy o VAT³⁷.

Jednocześnie określono sankcje za wystawienie faktury poświadczającej nieprawdę. Zgodnie z art. 271a § 1 k.k. osoba poświadczając nieprawdę co do okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości należności publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej należności o charakterze podatkowym lub takiej faktury lub faktur używa, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Zgodnie z § 2 tegoż artykułu, jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 wobec faktury lub faktur, zawierających kwotę należności ogółem, której wartość lub łączna wartość jest większa niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości albo z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

Należy podkreślić, że ustawodawca odniósł się także do podrobienia lub przerobienia faktury w celu użycia za autentyczną. Zgodnie bowiem z treścią art. 270a § 1 podrobienie lub przerobienie faktury w zakresie okoliczności faktycznych mogących mieć znaczenie dla określenia wysokości należności publicznoprawnej lub jej zwrotu albo zwrotu innej należności o charakterze podatkowym lub takiej faktury jako autentycznej używa, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Natomiast – według § 2 – jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego § 1 wobec faktury lub faktur, zawierających kwotę należności ogółem, której wartość lub łączna wartość jest większa niż pięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości albo z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

Teza o przedmiocie ochrony mienia Skarbu Państwa jako dobra prawnie chronionego, pojawiająca się dość często w doktrynie, została ugruntowana w art. 277a § 1 k.k. Zgodnie bowiem z treścią tego artykułu osoba dopuszczająca się przestępstwa przerobienia, podrobienia faktury, poświadczenia nieprawdy co do okoliczności faktycznych mających mieć wpływ na wysokość daniny publicznoprawnej zawierających kwotę należności ogółem, której wartość lub łączna wartość jest większa niż dziesięciokrotność kwoty określającej mienie wielkiej wartości, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności.

W przestępstwach polegających na uszczupleniach z tytułu VAT stosuje się metodę polegającą na uzyskaniu kwoty ze sprzedaży towarów, od których w rzeczywistości nie zapłacono podatku. Ustalenie momentu powstania obowiązku podatkowego pozwala wyznaczyć przedmiot ochrony, i w konsekwencji wnioskować o zamiarze sprawców omawianych przestępstw. Ważne jest również to, że sprawcy uszczupleń podatkowych w przypadku zarówno podatku VAT, jak i podatku akcyzowego działają z zamiarem bezpośrednim ukierunkowanym na wyrządzenie szkody w mieniu Skarbu Państwa. Wypełnia to zatem znamiona klasycznego przestępstwa oszustwa.

³⁷ Zgodnie z cytowanym art. 2 pkt 31 fakturą jest „dokument w formie papierowej lub w formie elektronicznej zawierający dane wymagane ustawą i przepisami wydanymi na jej podstawie”.

Celem sprawców nie jest bowiem unikanie płacenia podatków, lecz osiągnięcie korzyści majątkowych pochodzących od Skarbu Państwa. Chodzi tu o „przejęcie” środków przez sprawców przestępstw poprzez wystawienie fikcyjnych faktur.

Metodologia postępowania sprawców może być różnorodna. W zależności od specjalizacji grupy, może ona przybierać postać działań w zakresie usług lub działalności w zakresie towarów. Jeżeli chodzi natomiast o metody wykorzystywane przez grupy lub pojedynczych sprawców, to albo polegają one na wystawianiu fikcyjnych faktur między podmiotami, albo na zawieraniu rzeczywistych umów, w których dochodzi do niczym nieuzasadnionego wzrostu wartości sprzedaży towaru lub usługi w celu naliczenia wyższego podatku VAT. Najczęstszym przypadkiem wykorzystywanym w uszczupleniach podatkowych jest niewątpliwie pozorowanie zdarzeń gospodarczych, które w rzeczywistości nie wystąpiły lub istotne zwiększenie wartości dokonywanych obrotów towarami lub usługami.

Przechodząc do omówienia przykładów związanych ze znacznymi uszczupleniami podatkowymi w Polsce, należy niewątpliwie odnieść się do kilku dziedzin szczególnie narażanych na przestępczy proceder ze względu na wysokie obroty, popularność towarów oraz możliwość szybkiego i znacznego uszczuplenia Skarbu Państwa. Do takich obszarów należą następujące dziedziny: obrót stalą, obrót węglem, obrót paliwami, obrót elektroniką oraz urządzeniami HI-TECH, w tym komputerami oraz telefonami komórkowymi. Zjawisko uszczuplania dochodów podatkowych nie należy do nowych. Ważne od jakiego momentu rozpoczął się proces sukcesywnego procesu uszczupleń podatkowych na istotną skalę. Jednym z pierwszych potwierdzonych działań na dużą skalę był wewnątrzspółnotowy obrót stalą. W 2010 r. według oficjalnych danych wszystkie państwa członkowskie UE sprzedały do Polski wyroby stalowe o łącznej wadze 374 000 ton metrycznych. Z kolei według polskich raportów waga sprowadzonych do Polski wyrobów stalowych wyniosła 149 000 ton metrycznych. Różnica z dokumentacji wyniosła 225 000 ton metrycznych wyrobów stalowych, na które nie było faktycznego pokrycia. Sytuacja ta była możliwa z kilku powodów. Po pierwsze, lata 2010–2012 to gwałtowny rozwój infrastruktury drogowej, budowano wówczas węzły komunikacyjne, drogi szybkiego ruchu, stadiony w związku z przygotowaniem do EURO 2012. Po drugie, formułowanie nowych zamówień wiązało się z koniecznością wykorzystania środków unijnych. Po trzecie, intensyfikacji uległa wymiana towarowo-usługowa w obrębie Unii z ukierunkowaniem na Polskę. Koniunktura gospodarcza została wykorzystana przez ugrupowania mające na celu uszczuplenie majątku Skarbu Państwa. Według danych Prokuratury Generalnej, w latach 2006–2012, Skarb Państwa stracił na mechanizmach karuzelowych od 1 do 18 miliardów złotych. Przy podaniu tych danych należy jednak zaznaczyć, że dotyczą one wyłącznie spraw, które wpłynęły do prokuratury, mogą więc być to dane zaniżone. Do 2016 r. brak było oficjalnych szacunków Ministerstwa Finansów, jednak próbują dokonać ich eksperci, według których luka podatkowa w Polsce (w zakresie podatku VAT) może wynosić nawet od 5 do 67 miliardów złotych³⁸. Zakładając, że jedynie czwarta część tej kwoty byłaby wydrenowana z budżetu

³⁸ <http://podatki.onet.pl/konferencja-w-bcc-polska-traci-miliardy-z-powodu-l,19925,5297532,agencyjne-detel> (dostęp: 30.03.2021 r.).

za pomocą mechanizmów karuzelowych, i tak daje to sumę znaczącą. Dogłębne zbadanie struktury i skali oszustw podatkowych w Polsce nie było przedmiotem zainteresowania resortu finansów, który nigdy nie przeprowadził w tym zakresie własnych analiz. Tymczasem według szacunków Eurostatu, różnica między eksportem do Polski raportowanym przez kraje unijne a ewidencjonowanym w Polsce importem towarów istnieje wciąż powiększająca się luka. Dynamikę bezprawnych uszczupień dochodów Skarbu Państwa z tytułu podatku VAT przedstawiła w raporcie z 31.03.2014 r. Najwyższa Izba Kontroli (NIK).

Dość istotny i zasadniczy problem wpływający na wysokość wyłudzeń podatkowych do „dużej nowelizacji ustawy w 2017 roku” wiązał się z nierównoprawnym traktowaniem niektórych towarów podlegających opodatkowaniu. Ustawa o VAT w art. 105a wprowadziła pojęcie „solidarnej odpowiedzialności”. Zgodnie z brzmieniem tego artykułu: „1. Podatnik, o którym mowa w art. 15, na rzecz którego dokonano dostawy towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, odpowiada solidarnie wraz z podmiotem dokonującym tej dostawy za jego zaległości podatkowe w części podatku proporcjonalnie przypadającej na dostawę dokonaną na rzecz tego podatnika, jeżeli:

- 1) wartość towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, nabywanych od jednego podmiotu dokonującego ich dostawy, bez kwoty podatku przekroczyła w danym miesiącu kwotę 50 000 zł, oraz
 - 2) w momencie dokonania dostawy towarów, o których mowa w załączniku nr 13 do ustawy, podatnik wiedział lub miał uzasadnione podstawy do tego, aby przypuszczać, że cała kwota podatku przypadająca na dokonaną na jego rzecz dostawę tych towarów lub jej część nie zostanie wpłacona na rachunek urzędu skarbowego.
2. Podatnik miał uzasadnione podstawy do tego, aby przypuszczać, że cała kwota podatku przypadająca na dokonaną na jego rzecz dostawę towarów lub jej część nie zostanie wpłacona na rachunek urzędu skarbowego, jeżeli okoliczności towarzyszące tej dostawie towarów lub warunki, na jakich została ona dokonana, odbiegały od okoliczności lub warunków zwykle występujących w obrocie tymi towarami, w szczególności jeżeli cena za dostarczone podatnikowi towary była bez uzasadnienia ekonomicznego niższa od ich wartości rynkowej”.

Przed nowelizacją zatem nabywcy paliw płynnych na stacji benzynowej w przypadku, kiedy obrót był przedmiotem przestępczej działalności, ponosili solidarną odpowiedzialność. Paradoks tej regulacji polegał na tym, że sfera obrotu paliwami płynnymi przed końcem 2015 r. należała do najbardziej zagrożonych i takich, w których dochodziło do największych wyłudzeń podatkowych.

6. PROBLEMATYKA CYBERPRZESTĘPCZOŚCI A WYŁUDZENIA PODATKOWE

Przechodząc do zagadnień związanych z problematyką związków cyberprzestępczości i wyłudzeń podatkowych, należy przedstawić kilka ważnych sformułowań, które determinują analizę i rozważania na gruncie prawa wewnętrznego i ponadnarodowego (unijnego). W pierwszej kolejności należy podkreślić, że sprawcza działalność w zakresie cyberprzestępczych wyłudzeń podatkowych nie byłaby możliwa bez

sprawnego funkcjonowania światowego systemu bankowego. Po drugie, wyłudzenia podatkowe w tym zakresie mają charakter interdyscyplinarny. Nie ma obecnie możliwości podzielenia sfery przestępczej działalności na sferę wewnętrzną czy ponadnarodową. Sprawę komplikuje fakt, że systemy sieciowe nie posiadają granic, stąd cyberprzestępczość podatkowa ma charakter uniwersalny. Po trzecie, obowiązujące ujednolicone przepisy podatkowe w Unii Europejskiej nie odzwierciedlają kar grożących za przestępcze wyłudzenia. Sfera ta jest niejednolita, sprawiająca istotne trudności organom ścigania państw należących do UE. Po czwarte, bardzo duży odsetek popełnianych wyłudzeń cyberprzestępczych wiąże się z działalnością podmiotów operujących poza Unią, należy tu wymienić: Ukrainę, Federację Rosyjską, Białoruś, Chiny itd. Co się z tym wiąże, utrudnia to dodatkowo zapobieganie i zwalczanie tego rodzaju przestępczości.

Niewątpliwym zagrożeniem w tym zakresie jest liberalizacja sektora bankowego w ramach UE. Restrykcyjne zasady przepływu kapitału ustalone w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Rzym, 1957 r.)³⁹ przez kilka dekad podlegały znacznemu stępieniu i liberalizacji. W 1960 i 1962 r. zostały wprowadzone dyrektywy powodujące liberalizację w zakresie inwestycji bezpośrednich, krótko- i średnioterminowych kredytów handlowych i związanych z nimi poręczeń i gwarancji, a także transferów prywatnych związanych z przemieszczaniem się osób. Z kolei 17.11.1986 r. wprowadzono regulację w dużym stopniu znoszącą ograniczenia „w zakresie niezbędnym do funkcjonowania wspólnego rynku”. Odnosiła się ona do współpracy pomiędzy państwami członkowskimi a trzecimi i dotyczyła zasad zwrotu podatku od wartości dodanej podatnikom nieposiadającym siedziby na terytorium Wspólnoty (obecnie Unii). W zakresie przedmiotowej działalności ta zmiana przepisów miała przełomowe znaczenie. Jeszcze większe znaczenie miała dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich z czerwca 1988 r. Zakładała ona pełną liberalizację, a co za tym idzie, zobowiązywała do usunięcia wszelkich ograniczeń w przepływie kapitału. Chodziło o to, by obywatele państw członkowskich uzyskali swobodny dostęp do systemów finansowych partnerów, tj. inwestycji, pożyczek. Nadała ona bardzo duże znaczenie transakcjom krótkoterminowym, dzięki czemu obywatele państw Wspólnoty mogli bez żadnych ograniczeń zakładać konta bankowe w innych państwach członkowskich, a także mieli pełną swobodę w zaciąganiu pożyczek. Do pełnej liberalizacji doszło 1.07.1990 r. Ustanowiono wtedy pełną swobodę przepływu kapitału i ten dzień określa się jako początek pierwszego etapu Unii Gospodarczej i Walutowej.

Wartość nadrzędną w tym zakresie mają postanowienia rozdziału 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁰, odnoszącego się do kapitału i płatności. Artykuł 63 wprowadza zakaz wszelkich ograniczeń w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Również zakazane są ograniczenia we wszelkich płatnościach między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi. Istotnym elementem sprzyjającym cyberprzestępczym wyłudzeniom

³⁹ http://oide.sejm.gov.pl/oide/index.php?option=com_content&view=article&id=14436&Itemid=436 (dostęp: 30.03.2021 r.).

⁴⁰ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE.

podatkowym są postanowienia art. 65 TFUE⁴¹. Zgodnie bowiem z jego brzmieniem państwa członkowskie są upoważnione do: a) stosowania odpowiednich przepisów ich prawa podatkowego traktujących odmiennie podatników ze względu na różne miejsce zamieszkania lub inwestowania kapitału; b) podejmowania wszelkich środków niezbędnych do zapobiegania naruszeniom ich ustaw i aktów wykonawczych, zwłaszcza w sferze podatkowej i w dziedzinie nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami finansowymi lub ustanowienia procedur deklarowania przepływu kapitału do celów informacji administracyjnej bądź statystycznej lub podejmowania środków uzasadnionych powodami związanymi z porządkiem publicznym lub bezpieczeństwem publicznym.

Państwa, co wcześniej wskazano, mają możliwość swobodnego regulowania kwestii podatkowych, zwłaszcza w zakresie odpowiedzialności za wyłudzenia.

Jak nadmieniono, bardzo istotnym elementem są regulacje z zakresu prawa bankowego oraz instrumenty finansowe. W przypadku problematyki cyberprzestępczych wyłudzeń podatkowych istotne są regulacje ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe⁴² oraz ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁴³.

Ustawa – Prawo bankowe w znowelizowanej w 2017 r. postaci jest w pełni dostosowana do wymogów unijnego prawa bankowego. Przede wszystkim zostały uwzględnione regulacje skierowane w stronę ułatwień w obrocie finansowym, wynikające z: rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 575/2013 z 26.06.2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie 648/2012/UE⁴⁴; rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 596/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE⁴⁵ oraz rozporządzenia delegowanego Komisji 2017/565/UE z 25.04.2016 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne oraz pojęć zdefiniowanych na potrzeby tej dyrektywy⁴⁶. Artykuł 5 ust. 4 pr. bank. nałożył na podmioty (podatników) prowadzących działalność gospodarczą obligatoryjny obowiązek wykonywania czynności bankowych wyłącznie przez banki. Z kolei według art. 5 ust. 1 pr. bank. czynnościami bankowymi są: 1) przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów; 2) prowadzenie innych rachunków bankowych;

⁴¹ Dodany przez art. G lit. D pkt 15 Traktatu o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 13) w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej;

– zmieniony i według numeracji ustalonej przez art. 12 ust. 1 i 2 Traktatu z Amsterdamu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 ze zm.) w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej;

– zmieniony i według numeracji ustalonej przez art. 2 pkt 2 lit. b pkt 61 oraz art. 5 ust. 1 i 2 Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 306 z 2007 r., s. 1) z dniem 1.12.2009 r. (sporządzony w Lizbonie 13.12.2007 r.) (Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569 ze zm.).

⁴² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1896 – dalej pr. bank.

⁴³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 328 – dalej u.o.i.f.

⁴⁴ Dz.Urz. UE L 176 z 2013 r., s. 1 ze zm.

⁴⁵ Dz.Urz. UE L 173 z 2014 r., s. 1 ze zm.

⁴⁶ Dz.Urz. UE L 87 z 2017 r., s. 1 ze zm.

3) udzielanie kredytów; 4) udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych oraz otwieranie i potwierdzanie akredytyw; 5) emitowanie bankowych papierów wartościowych; 6) przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych; 7) wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach.

Jednocześnie uregulowano zagadnienia formy czynności prawnych. Oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej. Dokumenty związane z czynnościami bankowymi mogą być sporządzane na informatycznych nośnikach danych, jeżeli dokumenty te będą w sposób należyty utworzone, utrwalone, przekazane, przechowywane i zabezpieczone. Usługi związane z zabezpieczeniem tych dokumentów mogą być wykonywane przez banki, spółki tworzone przez banki wraz z innymi podmiotami, a także przedsiębiorstwa pomocniczych usług bankowych. Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, to uznaje się, że czynność dokonana w formie elektronicznej spełnia wymagania formy pisemnej, także wtedy gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Oświadczenia woli związane z dokonywaniem tych czynności mogą być składane w postaci elektronicznej.

Z dniem 1.07.2018 r. weszła w życie nowelizacja Prawa bankowego⁴⁷, która uregulowała problematykę płatności VAT w drodze rachunku bankowego, w myśl tzw. płatności podzielonej – *split payment*. Wprowadzone zostało subkonto do rachunku rozliczeniowego prowadzonego przez bank⁴⁸ pozwalające na dokonywanie przelewów należnego podatku VAT. Dla rachunków rozliczeniowych prowadzonych dla tego samego posiadacza bank prowadzi jeden rachunek VAT, niezależnie od liczby prowadzonych dla tego posiadacza rachunków rozliczeniowych. W przypadku prowadzenia więcej niż jednego rachunku rozliczeniowego dla tego samego posiadacza, bank prowadzi, na wniosek tego posiadacza, więcej niż jeden rachunek VAT. W przypadku rachunków rozliczeniowych prowadzonych przez Narodowy Bank Polski dla tego samego posiadacza bank ten prowadzi rachunek VAT dla każdego rachunku rozliczeniowego. Narodowy Bank Polski prowadzi rachunek VAT dla więcej niż jednego rachunku rozliczeniowego tego samego posiadacza na jego wniosek lub na podstawie przepisów o finansach publicznych. Rachunek prowadzi się w walucie polskiej. Otwarcie i prowadzenie rachunku VAT nie wymaga zawarcia odrębnej umowy, jak również otwarcie i prowadzenie rachunku VAT jest wolne od dodatkowych prowizji i opłat dla banku. Środki pieniężne zgromadzone na rachunku VAT mogą być, zgodnie z ustaleniami stron, oprocentowane. Bank nie wydaje do rachunku VAT instrumentu płatniczego, albowiem jest on przyporządkowany do rachunku głównego. Rachunek VAT może być uznany wyłącznie środkami pieniężnymi pochodzącymi z tytułu zapłaty kwoty odpowiadającej kwocie podatku od towarów i usług, przy użyciu komunikatu przelewu, o którym mowa w art. 108a ust. 3 ustawy o VAT (dalej komunikat przelewu) oraz wpłaty kwoty podatku od towarów i usług przez podatnika, o którym mowa w art. 103 ust. 5a ustawy o VAT, na rzecz płatnika, o którym mowa w art. 17a tej ustawy przy użyciu komunikatu przelewu. Uznanie i obciążenie rachunku VAT jest dokonywane

⁴⁷ Ustawa z 15.12.2017 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 62 ze zm.).

⁴⁸ Rozdział 3a dodany przez art. 3 pkt 3 ustawy z 15.12.2017 r. Zob. przypis 47.

odpowiednio przez obciążenie albo uznanie rachunku rozliczeniowego posiadacza rachunku VAT prowadzonego w tym samym banku.

Do tego należy także wskazać na konieczność uwzględnienia przepisów wspomnianej ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Reguluje ona w sposób drobiazgowy możliwość korzystania z sieci informatycznych, wykorzystujących szyfrowane protokoły SSL (Secure Sockets Layer) do korzystania z rachunków bankowych oraz dokonywania płatności.

Należy też nadmienić, że ustawa wprowadziła zharmonizowaną z regulacjami UE definicję bezpośredniego dostępu elektronicznego⁴⁹. Zgodnie z nią przez bezpośredni dostęp elektroniczny rozumie się, z uwzględnieniem art. 20 rozporządzenia 2017/565/UE, udostępnianie systemu obrotu instrumentami finansowymi własnego połączenia z tym systemem, umożliwiającego składanie zleceń mających za przedmiot instrumenty finansowe za pośrednictwem systemu teleinformatycznego członka lub uczestnika albo bez wykorzystywania takiego systemu.

Kluczowym zagadnieniem dla możliwości dokonywania trudnych do wykrycia wyłudzeń podatkowych w przestępstwach, głównie karuzelowych, jest rozwiązanie polegające na wystawianiu i przysyłaniu faktur w drodze elektronicznej. Do końca 2013 r. zasady wystawiania i przysyłania faktur w formie elektronicznej były regulowane rozporządzeniem z 28.03.2011 r. w sprawie faktur⁵⁰ oraz rozporządzeniem Ministra Finansów z 20.12.2012 r. w sprawie przysyłania faktur w formie elektronicznej, zasad ich przechowywania oraz trybu udostępniania organowi podatkowemu lub organowi kontroli skarbowej⁵¹. Od 2014 r. wynikają one z przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, do której z dniem 1.01.2014 r. zostały wprowadzone definicje faktury i faktury elektronicznej (art. 2 pkt 31 i 32 ustawy o VAT).

Definicja faktury jest odzwierciedleniem definicji faktury elektronicznej przyjętej w art. 217 dyrektywy 2006/112/WE. Faktura elektroniczna, tak samo jak faktura papierowa, musi zawierać wszystkie elementy wymagane przepisami o VAT. Dla uznania faktury za elektroniczną niezbędne jest, by pozostawała ona w dowolnym formacie elektronicznym w momencie zarówno jej wystawienia, jak i otrzymania. Jak wynika z uzasadnienia do zmian wprowadzonych ustawą z dniem 1.01.2014 r., faktury utworzone w formacie elektronicznym poprzez, przykładowo, programy księgowe lub edytory tekstu, które zostały wysłane lub otrzymane na papierze, choć będą fakturami w rozumieniu przepisów ustawy o VAT, nie będą uznane za faktury elektroniczne w rozumieniu zaproponowanej w pkt 32 definicji. Z drugiej strony, faktury sporządzone w formie papierowej, które zostały zeskanowane, wysłane i otrzymane w formie e-mail, mogą zostać uznane za faktury elektroniczne – pod warunkiem że wersja papierowa nie została wprowadzona do obrotu.

Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 31 i 32 ustawy o VAT przez fakturę rozumie się dokument w formie papierowej lub w formie elektronicznej zawierający dane wymagane ustawą i przepisami wydanymi na jej podstawie. Jeżeli chodzi o fakturę

⁴⁹ Art. 3 pkt 2d u.o.i.f.

⁵⁰ Rozporządzenie Ministra Finansów z 28.03.2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 68, poz. 360 ze zm.).

⁵¹ Dz.U. z 2012 r. poz. 1528.

elektroniczną, to rozumie się przez to fakturę w formie elektronicznej wystawioną i otrzymaną w dowolnym formacie elektronicznym.

Takie rozwiązanie legislacyjne jest rozwiązaniem pozornie korzystnym. Pozwala ono na obrót towarami i usługami faktycznie bez kontaktu fizycznego pomiędzy kontrahentami. Tworzy to sytuację dość skomplikowaną w przypadku ewentualnych postępowań przeciwko sprawcom wyłudzeń. W bardzo dużym stopniu komplikuje także sam proces poszukiwania sprawców, zwłaszcza w związku z faktem, że operacje bankowe mogą być dokonywane na różnych kontach poza granicami Polski oraz w różnych państwach.

7. PODSUMOWANIE I WNIOSKI KOŃCOWE

Obecnie, co należy jednoznacznie podkreślić, w przypadku cyberprzestępczych wyłudzeń podatkowych nie ma skutecznego sposobu na pełne przeciwdziałanie temu rodzajowi przestępczości. Dotychczasowe regulacje prawne oraz działania okazały się niewystarczające i nie pozwalają na skuteczne zabezpieczenie interesów Skarbu Państwa. Wiąże się to z faktem, że regulacje praw UE, jak również prawa wewnętrznego są niewystarczające wobec procedury wyłudzeń. Oszustwa, jak wynika z raportów kontrolnych NIK z lat 2011–2015, wykrywane były z dużym opóźnieniem, kiedy sprawcy już zdążyli zatrzeć większość śladów przestępczej działalności. Trudności występowały zarówno z ustaleniem, jak i odzyskaniem uszczuplonych kwot VAT. W przypadku Polski rozmiar luki podatku od towarów i usług utrzymywał się na poziomie wyższym niż średnia wielkość tego zjawiska w krajach unijnych. Według Komisji Europejskiej w latach 2010–2014 wzrosła ona z 18% do 31% możliwych do osiągnięcia dochodów VAT. Ta luka podatkowa, utrzymująca się w bardzo dużych rozmiarach, świadczy o nieefektywności polskiego systemu podatkowego i potrzebie wprowadzania nowych rozwiązań mających na celu ograniczenie oszustw podatkowych. Zgodnie z szacunkami KE zakłada się, że na terytorium całej UE odsetek cyberprzestępczych wyłudzeń podatkowych wynosi ok. 89% i z roku na rok jest coraz większy. Związane jest to z naturalną digitalizacją sfer działalności gospodarczej w Europie i na świecie. W związku z tym do najważniejszych rozwiązań należy ustawodawcza implementacja następujących koncepcji: a) ustanowienie centralnej bazy faktur VAT do ich wystawiania w ramach serwerów Ministerstwa Finansów w ramach Krajowego Rejestru Faktur (KRF), b) utworzenie europejskiej, publicznej bazy rachunków podatników VAT, zharmonizowanej z systemem operacyjnym Schengen, c) wprowadzenie obligatoryjnego w całej UE mechanizmu *split payment*, d) ograniczenie płatności gotówkowych na rzecz transferów bankowych, e) wprowadzenie ograniczeń w przypadkach udzielania pełnomocnictw do reprezentacji podatników wyłącznie do obywateli państwa, gdzie doszło do rejestracji podmiotu, f) wprowadzenie instytucji sygnalisty w prawie podatkowym z określonym honorarium.

Potrzebne są nowe środki usprawniające pobór i egzekucję podatków, zmiany w organizacji służb do zwalczania najpoważniejszych oszustw podatkowych, jak i zmiany na płaszczyźnie regulacji karnych w kierunku zapewnienia realnej możliwości karania sprawców oszustw podatkowych. Należy zatem rozważyć wyodrębnienie pionu lub służby wyspecjalizowanej do zwalczania oszustw podatkowych na wielką skalę, z wykorzystaniem fikcyjnych faktur, służby wyposażonej w procedury kontroli i uprawnienia adekwatne do wagi popełnianych przez zorganizowane grupy przestępstw.

Summary

Wojciech Konaszczyk, *Legislative Solutions to Counteract Cybercrime in Tax Law. Selected Issues*

The development of new technologies, in particular programming tools and the world wide web, has initiated a number of adverse phenomena, also in legal systems of various countries, Poland being one of them. The coronavirus-induced pandemic is an additional factor that intensified life moving to the network. This article analyses the fragmentary topic of tax law violations with the use of both hardware and software and countermeasures taken and legal solutions introduced in the sphere of international, EU and national laws. The conclusions of this paper set out guidelines aimed at limiting the use of the Internet as the platform for committing tax law violations or cybercrime.

Keywords: tax cybercrime, tax fraud, cross-border crime, taxpayer surveillance mechanisms, prevention of international crime

Streszczenie

Wojciech Konaszczyk, *Legislacyjne rozwiązania w zakresie przeciwdziałania cyberprzestępczości w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia*

Rozwój nowych technologii, w szczególności narzędzi programistycznych i światowej sieci internetu, powoduje pojawienie się wielu negatywnych zjawisk, także w systemach prawnych państw, w tym Polski. Dodatkowym argumentem intensyfikującym przeniesienie różnych dziedzin życia do sieci jest panująca pandemia koronawirusa. Przedmiotowy artykuł analizuje wycinek naruszeń prawa podatkowego przy wykorzystaniu urządzeń (hardware) i oprogramowania (software) oraz podjętych kontradziałań i wprowadzenia rozwiązań prawnych w sferze prawa międzynarodowego, unijnego i krajowego. W podsumowaniu wskazane są wytyczne, które w konsekwencji mają ograniczyć wykorzystanie medium internetu do popełniania naruszeń i cyberprzestępczości w prawie podatkowym.

Słowa kluczowe: cyberprzestępczość podatkowa, wyludzenia podatku, przestępczość transgraniczna, mechanizmy nadzoru nad podatnikami, zapobieganie przestępstwom o charakterze międzynarodowym

Literatura:

1. Cohen I.B., *Howard Aiken: Portrait of a Computer Pioneer*, MIT Press 1999.
2. Dauben J., Ifrah G., "Book Review": *The Universal History of Numbers and The Universal History of Computing* (part 1), styczeń 2002.
3. Haines L., Lyle D., *The Digital Oil field Today*, Oil and Gas Investor 2004 (suplement).
4. Homer S., Selman A.L., *Computability and Complexity Theory*, Berlin 2001.
5. Gengler B., *Super-hacker Kevin Mitnick takes a plea*, DOI: 10.1016/S1361-3723(99)90141-0
6. Kardas P., O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k., *Prokuratura i Prawo* 2008, nr 12.
7. Kruk E., *Kilka uwag na temat przyznania się do winy w trybie art. 335 k.p.k.*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego* 2019, nr 105.
8. Oczkowski T., *Problematyka karnoprawnej oceny wyludzenia podatku VAT*, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 7–8.
9. Siwicki M., *Podział i definicja cyberprzestępstw*, *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 7–8.
10. Taracha A., *Wykorzystanie algorytmów w postępowaniu karnym – wybrane zagadnienia*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2020, t. XXIX, nr 5.

Piotr Poniatowski*

Czyn ciągły a współdziałanie przestępne – wybrane zagadnienia**

W literaturze rzadko podejmowany jest wątek współdziałania przestępnego w czynie ciągłym¹. Częściej (co nie znaczy, że często) można spotkać się z rozważaniami na temat możliwości zakwalifikowania jako czyn ciągły zachowań podejmowanych przez jedną osobę w różnych formach zjawiskowych². W niniejszym artykule zostanie omówiona pierwsza ze wskazanych kwestii. Poza zakresem swoich rozważań pozostawię problem współdziałania w wykroczeniach, za które kara może być wymierzona w myśl art. 12 § 2 Kodeksu karnego³.

W myśl art. 12 § 1 k.k. dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za jeden czyn zabroniony; jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, to warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego. Z przepisu tego nie wynika, że zachowania składające się na jeden czyn zabroniony

* Dr Piotr Poniatowski jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID: 0000-0001-9712-0663, e-mail: piotr.poniatowski@mail.umcs.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 13.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 23.08.2021 r.

¹ Najwięcej uwagi temu zagadnieniu poświęcił Piotr Kardas – zob. P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 258–260; P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 172–175; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 20, Warszawa 1998, s. 72–76.

² Zob. szerzej K. Siwek, *Formy popełnienia przestępstwa a konstrukcja czynu ciągłego*, „Przegląd Sądowy” 2019/11–12, s. 127 i n. oraz wskazaną tam literaturę.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k. Zgodnie ze wskazanym przepisem odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo. Charakter tej instytucji jest sporny w doktrynie. Jedni uznają, że chodzi tu o rzeczywisty zbieg wykroczeń (M. Mozgawa [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2020, s. 417–418; M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2020, teza 19 do art. 12; M. Gałazka [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2020, nb 28 do art. 12; Ł. Pohl [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, nb 30 do art. 12); inni natomiast twierdzą, iż w art. 12 § 2 k.k. określono odmianę czynu ciągłego (J. Giezek, P. Kardas, *Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia (art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.u.)*, „Palestra” 2019/1–2, s. 46 i n. oraz M. Grzesik, *Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019/4, s. 118–119). Kwestia współdziałania przy wykroczeniach, które miałyby być podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności „jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa” powinna być omówiona odrębnie, z uwagi na przesłanki stosowania art. 12 § 2 k.k. oraz wskazane wątpliwości związane z charakterem prawnym instytucji unormowanej w tym przepisie.

muszą być podjęte przez jedną osobę. W jednej ze spraw rozpatrywanych przez Sąd Najwyższy (dalej SN), oskarżony został uznany za winnego kilku przestępstw przeciwko mieniu popełnionych we współsprawstwie w warunkach przestępstwa ciągłego, przy czym poszczególnych czynów przestępnych dopuścił się w różnych składach osobowych⁴. W uzasadnieniu wyroku SN wskazał, iż: „Okoliczność, że poszczególne czyny popełnione były przy współdziałaniu z różnymi osobami, nie stoi na przeszkodzie do skazania z zastosowaniem art. 58 k.k., jeżeli co do danego sprawcy biorącego udział w popełnieniu wszystkich tych czynów spełnione zostały wszystkie przesłanki do przyjęcia przestępstwa ciągłego”⁵. W orzeczeniu tym przesądzono więc nie tylko, że przestępstwo ciągłe może być popełnione we współdziałaniu z innymi osobami, ale także że różne mogą być kombinacje osobowe w ramach poszczególnych czynów składających się na takie przestępstwo. Co prawda, zapadło ono na gruncie instytucji przestępstwa ciągłego z art. 58 Kodeksu karnego z 1969 r.⁶, z której to instytucji stworzono w Kodeksie karnym z 1997 r. dwie odrębne regulacje: czynu ciągłego i ciągu przestępstw, jednakże przytoczony pogląd zachowuje aktualność na gruncie art. 12 § 1 k.k.⁷

W rzeczywistości możemy mieć do czynienia z wieloma konfiguracjami związanymi z nakładaniem się instytucji czynu ciągłego i poszczególnymi postaciami przestępnego współdziałania.

Najmniej skomplikowana będzie sytuacja, w której wszyscy współdziałający uczestniczą we wszystkich czynach składających się na jeden czyn zabroniony w rozumieniu art. 12 § 1 k.k. Na przykład dwóch współsprawców dopuszcza się w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry (wspólnie) powziętego zamiaru trzech kradzieży z włamaniem. W takim przypadku każdy ze współsprawców realizuje wszystkie „znamiona” ciągłego czynu zabronionego z art. 279 § 1 k.k. Użyłem słowa znamiona w cudzysłowie, gdyż nie chodzi mi tylko o sytuację, w której każdy ze współdziałających wypełnia wszystkie znamiona poszczególnych kradzieży z włamaniem, tj. w każdym przypadku włamuje się i kradnie (typowe współsprawstwo równoległe, zwane też wielosprawstwem), ale także o przypadek tzw. współsprawstwa właściwego, w którym zachowania sprawców będą się dopełniały, lecz każdy z nich zrealizuje choćby część znamion poszczególnych kradzieży w warunkach określonych w art. 12 § 1 k.k. (np. przy pierwszym czynie sprawca A będzie się włamywał i stał „na czatach”, a sprawca B dokonywał zaboru, natomiast

⁴ Zob. wyrok SN z 15.06.1978 r., II KR 119/78, LEX nr 19483.

⁵ Zob. też wyrok SN z 7.08.1986 r., I KR 268/86, LEX nr 17784: „Ciągłości przestępstwa nie wyłącza okoliczność popełnienia poszczególnych czynów w różnych formach stadialnych lub zjawiskowych, ani też to, że sprawca w pewnym stadium działa sam, a w innym wspólnie z inną osobą lub w różnych układach osobowych”. Pogląd ten został zaakceptowany na tle instytucji czynu ciągłego w postanowieniu SN z 12.04.2007 r., WZ 7/07, LEX nr 467521 oraz w wyroku Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Katowicach z 11.02.2013 r., II AKa 268/12, LEX nr 1422232.

⁶ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.) – dalej k.k. z 1969 r. Przepis ten miał następujące brzmienie: „W razie skazania za przestępstwo ciągłe, sąd może orzec karę w granicach do najwyższego ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, nie przekraczając jednak granicy danego rodzaju kary”. W odróżnieniu od obowiązującej regulacji określenie warunków zastosowania tej instytucji ustawodawca pozostawił doktrynie i orzecznictwu. Szerzej o przestępstwie ciągłym zob. A. Kaftal, *Przestępstwo ciągłe w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985, *passim*; A. Zębik, *Czyn a przestępstwo ciągłe*, Łódź 1971, *passim*; P. Kardas, *Przestępstwo..., passim*; A. Spotowski, *Przestępstwo ciągłe czy ciąg przestępstw?*, „Państwo i Prawo” 1980/10, s. 69 i n.; W. Wolter, *Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, „Państwo i Prawo” 1982/1–2, s. 21 i n.; A. Wąsek, *Czyn ciągły a przestępstwo ciągłe*, „Palestra” 1981/10–12, s. 49 i n.

⁷ Zob. P. Kardas [w:] *Kodeks..., t. I*, s. 258.

przy drugim i trzecim czynie podział ról będzie odwrotny, przy czym wszystkie te czyny zostaną podjęte wspólnie i w porozumieniu, w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru). W podanym przykładzie obaj współsprawcy będą mogli być oczywiście pociągnięci do odpowiedzialności za kradzież z włamaniem popełnioną w warunkach czynu ciągłego.

Możemy mieć też do czynienia z sytuacją, w której sprawca będzie kierował wykonaniem całego czynu ciągłego przez inną osobę (będzie sprawcą kierowniczym w odniesieniu do wszystkich czynów składających się na czyn ciągły). Odpowie więc za sprawstwo kierownicze określonego ciągłego czynu zabronionego (np. w ramach działalności w zorganizowanej grupie przestępczej). W kontekście tego rodzaju sprawstwa pojawia się jednak problem, którego nie ma przy rozpatrywaniu współsprawstwa czynu ciągłego. Nie ma wątpliwości, że poszczególne zachowania składające się na czyn ciągły mogą wyczerpywać znamiona wykroczeń, przy czym oceniane jako całość będą statuowały czyn zabroniony jako przestępstwo (typowy przykład kilku wykroczeń kradzieży, które po przekroczeniu granicy przepołowienia, przy spełnieniu warunków z art. 12 § 1 k.k., „przekształcą się” w przestępstwo kradzieży)⁸. W Kodeksie wykroczeń⁹ nie uregulowano jednak ani figury sprawstwa kierowniczego, ani polecającego co oznacza, że te formy współdziałania nie podlegają – jako takie¹⁰ – na gruncie prawa wykroczeń karze¹¹. Nie byłoby więc karalne sprawstwo kierownicze do poszczególnych czynów wykroczeniowych, które miałyby ewentualnie być objęte klamrą czynu ciągłego. Pojawia się pytanie: czy w takiej sytuacji można byłoby przyjąć przestępczy czyn ciągły zrealizowany w formie sprawstwa kierowniczego? P. Kardas przyjmuje, że poszczególne zachowania składające się na czyn ciągły mogą być prawnokarnie irrelewantne (nie wypełniać znamion przestępstwa ani wykroczenia)¹². Z tego punktu widzenia można byłoby odpowiedzieć na zadane pytanie twierdząco. Wydaje się jednak,

⁸ Pogląd taki był już utrwalony w orzecznictwie SN na gruncie instytucji przestępstwa ciągłego z k.k. z 1969 r. – zob. postanowienie SN z 18.06.1996 r., I KZP 5/96, LEX nr 24785. Zachowuje on aktualność w obowiązującym stanie prawnym – zob. wyrok SN z 21.10.2010 r., V KK 291/10, LEX nr 656486 oraz postanowienie SN z 19.03.2015 r., II KK 56/15, LEX nr 1758753.

⁹ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 281) – dalej k.w.

¹⁰ Czyli jako sprawstwo kierownicze i polecające w rozumieniu art. 18 § 1 k.k., co nie wyklucza pociągnięcia do odpowiedzialności za podleganie lub pomocnictwo oczywiście przy spełnieniu warunków, o których mowa w art. 14 § 1 k.w.

¹¹ Zob. T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 102; A. Romkowski, „Sprawstwo kierownicze” i „sprawstwo polecające” w perspektywie podstaw odpowiedzialności za wykroczenia, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2018/2, s. 145 i n., a także M. Małecki, *Karalność współdziałania w popełnieniu wykroczenia*, „Przegląd Sądowy” 2018/7–8, s. 69. Warto odnotować odosobniony, ale uargumentowany pogląd Mikołaja Małeckiego, zgodnie z którym na gruncie prawa wykroczeń niedopuszczalne jest również stosowanie konstrukcji współsprawstwa – zob. M. Małecki, *Karalność...*, s. 64–75.

¹² P. Kardas [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 218 i 244; P. Kardas, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 1088 i 1090; P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 273; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły...* [w:] *Nowa kodyfikacja...*, s. 36 i 58. Tak też G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej*, Art. 8–31 KK. *Komentarz*, Warszawa 2009, nb 26 do art. 12 oraz SA w Lublinie w wyroku z 16.04.2009 r., II AKa 56/09, LEX nr 508295. Odmiennie: S. Zółtek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Art. 1–116, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, nb 19 do art. 12; Ł. Pohl, *Czy w skład czynu ciągłego mogą wchodzić zachowania niejednorodność?*, „Państwo i Prawo” 2021/4, s. 140–142; Ł. Pohl [w:] *Kodeks...*, nb 4 do art. 12; Ł. Pohl [w:] *Problem jednorodnego/niejednorodnego charakteru zachowań statuujących pojęcie czynu ciągłego w polskim prawie karnym (studium teoretyczno-empiryczne)*, P. Banaszak, K. Burdziak, Ł. Pohl, Warszawa 2019, s. 13–15; J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, teza 3 do art. 12 oraz A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, teza 4 do art. 12. Odmiennie też SA we Wrocławiu w wyroku z 1.02.2012 r., II AKa 364/11, LEX nr 1113049, który stwierdził, że: „na czyn ciągły nie mogą składać się zachowania, które samodzielnie nie realizują znamion przestępstwa lub wykroczenia”.

że zachowania, które miałyby wejść w skład czynu ciągłego, muszą mieć „potencjał” stania się czynem zabronionym pod groźbą kary. Sprawstwo kierownicze czynu wyczerpującego znamiona wykroczenia nie ma „potencjału” stania się karalnym wykroczeniem (oczywiście jako sprawstwo kierownicze, bo inaczej do tej kwestii trzeba by podejść, jeśli kwalifikować zachowanie jako np. podżeganie). Tym samym coś niezabronionego pod groźbą jakiegokolwiek kary nie powinno być przekształcane w czyn zabroniony stanowiący przestępstwo. Używając słów Andrzeja Marka, który krytycznie odniósł się do poglądu P. Kardasa, mielibyśmy wtedy do czynienia z „fikcją prawną do potęgi”¹³. Co prawda, w uzasadnieniu do projektu Kodeksu karnego wskazano, że: „Poszczególne działania sprawcy nie muszą także wyczerpywać w ogóle znamion czynu zabronionego (dopiero suma tych działań wyczerpie znamiona), bądź mogą wyczerpywać znamiona typu podstawowego, podczas gdy ich suma wyczerpie znamiona typu kwalifikowanego”¹⁴, jednakże można sądzić, że projektodawcy chodzą o czyn zabroniony w rozumieniu k.k., a więc o czyn zabroniony jako przestępstwo, a nie jakikolwiek czyn zabroniony pod groźbą kary¹⁵. Projektodawca chciał przez to „otworzyć” instytucję czynu ciągłego na zachowania samoistnie wyczerpujące znamiona wykroczeń. Konsekwencją przyjętego przeze mnie założenia jest to, że jeżeli określona osoba kierowała wykonaniem dwóch lub więcej zachowań stanowiących czynu skierowane przeciwko mieniu, przy czym niektóre z nich samoistnie wyczerpywały znamiona wykroczeń, a inne przestępstw, to klamrą czynu ciągłego będzie można objąć tylko kierowanie przestępstwami. Oczywiście odrębną sprawą jest odpowiedzialność samego sprawcy wykonawczego, gdyż ta postać zjawiskowa jest podstawową zarówno w przypadku wykroczeń, jak i przestępstw.

Pozostając przy sprawczych postaciach współdziałania, trzeba odnieść się do kwestii sprawstwa polecającego czynu ciągłego. Polega ono na tym, że dana osoba wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie poleca jej wykonanie czynu zabronionego. O ile istota sprawstwa kierowniczego sprowadza się do panowania nad czynem bezpośredniego wykonawcy, o tyle „czyste” (nieskrzyżowane ze współsprawstwem, sprawstwem kierowniczym czy pomocnictwem) sprawstwo polecające ogranicza się do wydania polecenia (nakazu) wykonania czynu zabronionego. Bliższe jest więc podżeganie niż sprawstwu *sensu stricto*. Sprawca, który wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleci jej wykonanie dwóch lub więcej czynów zabronionych będzie mógł odpowiadać za sprawstwo polecające czynu ciągłego, jeśli bezpośredni wykonawca zrealizuje warunki opisane w art. 12 § 1 k.k. Świadomie piszę o wykonaniu dwóch lub więcej czynów zabronionych, mając na myśli czynu wyczerpujące znamiona przestępstw, ponieważ, jak już wyżej wskazałem, w prawie wykroczeń nie przewidziano figury sprawstwa polecającego. Powstaje więc taki sam problem jak przy sprawstwie kierowniczym. Wykluczyć zatem trzeba sytuację, w której poszczególne czyny sprawcy wykonawczego miałyby wyczerpywać

¹³ A. Marek, *Kodeks ...*, teza 4 do art. 12.

¹⁴ Za: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, art. 1–31, Gdańsk 1999, s. 174.

¹⁵ Jak podkreśla Robert Zawłocki, kontekst art. 115 § 1 k.k. jest jednoznaczny i pozwala przyjąć, że chodzi tu o typ czynu zabronionego określającego przestępstwo (podstawę odpowiedzialności karnej) – R. Zawłocki [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, nb 35 do art. 115.

znamiona wykroczeń (chyba że zachowanie osoby polecającej wykonanie wykroczeń potraktować jako podżeganie oraz zostaną spełnione warunki określone w art. 14 § 1 k.w.). Ale znowu trzeba podkreślić, że brak odpowiedzialności takiego sprawcy polecającego jest kwestią niezależną od oczywistej odpowiedzialności bezpośredniego sprawcy, który swoimi zachowaniami (jednostkowo – wykroczeniami) może w końcu wyczerpać znamiona przestępstwa.

Przejdźmy teraz do niesprawczych postaci współdziałania. Z uwagi na podobieństwo podżegania do sprawstwa polecającego, możliwość podżegania do czynu ciągłego złożonego z czynów jednostkowo wyczerpujących znamiona przestępstw rysuje się podobnie jak zostało to wyżej opisane. Różnica pojawia się, gdy chodzi o moment dokonania takiego podżegania. Momentem tym będzie bowiem – zgodnie z przeważającym w doktrynie poglądem – chwila wywołania u podżeganego zamiaru podjęcia dwóch lub więcej zachowań w krótkich odstępach czasu. W przypadku sprawstwa polecającego moment ten przesuwają się na chwilę dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę¹⁶. W związku ze wskazaną cechą podżegania, sytuacja, w jakiej sprawca nie wykonał wszystkiego do czego był nakłaniany, nie zmieni zakresu odpowiedzialności podżegacza (jak wskazali Kazimierz Buchała i Andrzej Zoll: niewypełnienie „mandatu” przez sprawcę działa na jego korzyść, a nie rzutuje na odpowiedzialność podżegacza)¹⁷. Z chwilą wywołania zamiaru u nakłanianego, podżegacz wyczerpał już znamiona swojego przestępstwa. Należy jednak pamiętać o możliwościach, które daje w zakresie wymiaru kary art. 22 k.k. Jeżeli chodzi o prawo wykroczeń, to istota podżegania jest w nim taka sama jak w prawie karnym *sensu stricto* (art. 12 k.w.). Różnica jest jednak w tym, że zgodnie z art. 14 § 1 k.w. odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo zachodzi wtedy, gdy ustawa tak stanowi, i tylko w razie dokonania przez sprawcę czynu zabronionego. W przypadku wykroczeń przeciwko mieniu, które mogłyby być uznane za jeden (przestępny) czyn zabroniony w rozumieniu art. 12 § 1 k.k., podżeganie jest karalne w odniesieniu do kradzieży zwykłej i leśnej (art. 119 § 2 i art. 120 § 2 k.w.), paserstwa umyślnego (art. 122 § 3 k.w.) oraz umyślnego niszczenia, uszkodzania i czynienia niezdadną do użytku cudzej rzeczy (art. 124 § 2 k.w.). Jeśli więc takie czyny złożyłyby się – wskutek spełnienia się przesłanek z art. 12 § 1 k.k. – na czyn zabroniony jako przestępstwo (po przekroczeniu granicy przepołowienia), to osoba nakłaniająca do nich mogłaby ponieść odpowiedzialność za podżeganie do odpowiedniego typu przestępstwa popełnionego w formie czynu ciągłego, pod warunkiem wszakże, że sprawca dokonałby jednostkowych wykroczeń do których nakłaniał podżegacz. Analogicznie sprawa wyglądałaby w przypadku ułatwiania poszczególnych czynów wchodzących w skład czynu ciągłego. Możliwe byłoby więc pomocnictwo do czynu ciągłego składającego się z zachowań wyczerpujących samoistnie znamiona czynów zabronionych jako przestępstwa, a także – przy zastrzeżeniu wyżej poczynionym (w kontekście art. 14 § 1 k.w.) – znamiona czynów zabronionych jako wykroczenia.

¹⁶ Zob. A. Wąsek, *Kodeks...*, t. I, s. 261; P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 426; A. Sakowicz [w:] *Kodeks...*, nb 69 do art. 18; J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, teza 36 do art. 18.

¹⁷ Zob. P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 259 oraz K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 311.

Oczywiście każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających (art. 20 k.k., art. 14 § 2 k.w.), w związku z czym współsprawca w czynie ciągłym, sprawca kierowniczy czynu ciągłego, sprawca polecający czynu ciągłego oraz podżegacz i pomocnik do czynu ciągłego nie ponoszą odpowiedzialności za ten fragment czynu ciągłego, który stanowił eksces współdziałającego (współdziałających)¹⁸.

Wyżej zostały przedstawione sytuacje, w których dana osoba współdziałała we wszystkich zachowaniach wchodzących w skład czynu ciągłego. Należy jednak rozważyć, czy możliwe jest przyjęcie współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego i pomocnictwa do całego czynu ciągłego, jeśli współsprawca, sprawca kierowniczy oraz pomocnik nie współdziałali we wszystkich czynach ze sprawcą wykonawczym (współsprawcą – w przypadku wykonywania czynu wspólnie i w porozumieniu). Pomijam w tym miejscu problem sprawstwa polecającego i podżegania, gdyż do tej pory omawiałem te postaci współdziałania w kontekście ich zaistnienia jedynie przed pierwszym zachowaniem bezpośredniego wykonawcy (polecenie wykonania i nakłanianie „z góry” do podjęcia dwóch lub więcej zachowań, które później mogłyby być uznane za czyn ciągły). Zagadnienie to ma szczególne znaczenie wtedy, gdy wielość zachowań objęta klamrą czynu ciągłego tworzy „nową jakość” (np. jednostkowe wykroczenia kradzieży „przekształcają się” w przestępstwo kradzieży, gdyż dochodzi do przekroczenia granicy przepołowienia albo jednostkowe przestępstwa kradzieży w typie podstawowym „przekształcają się” w przestępstwo kradzieży w typie kwalifikowanym z art. 294 § 1 k.k., gdyż łączna wartość skradzionych rzeczy w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 złotych)¹⁹.

Zdaniem P. Kardasa konstrukcja czynu ciągłego stanowi podstawę do przyjęcia odpowiedzialności osób współdziałających przy popełnieniu tylko niektórych zachowań składających się na czyn ciągły za współdziałanie w popełnieniu całego czynu ciągłego; możliwe są jednak odstępstwa od tych konsekwencji w zakresie odpowiedzialności za przestępne współdziałanie, chociażby w przypadku tzw. współsprawstwa sukcesywnego²⁰ polegającego na tym, że w trakcie wykonywania czynu zabronionego przez jedną osobę przyłącza się do niej inna osoba i od tego momentu wspólnie i w porozumieniu wykonują czyn zabroniony²¹.

¹⁸ Zob. P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 259–260; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły...* [w:] *Nowa kodyfikacja...*, s. 73, 75–76 oraz S. Zółtek [w:] *Kodeks...*, nb 24 do art. 12.

¹⁹ Warto w tym miejscu zauważyć, że raczej niebudzący do niedawna wątpliwości pogląd o możliwości pościągnięcia do odpowiedzialności sprawcy wielu zachowań za wspomnianą „nową jakość” być może będzie musiał być zrewidowany w związku z wprowadzeniem do Kodeksu karnego art. 57b, który stanowi, iż skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. W takiej sytuacji dochodzi bowiem do dwukrotnego zaostreżenia odpowiedzialności (np. przekształcenie kradzieży w typie podstawowym w kradzież w typie kwalifikowanym, a następnie możliwe nadzwyczajne obostreżenie kary na podstawie art. 57b). Szersze odniesienie się do tej kwestii wymaga jednak odrębnego opracowania.

²⁰ P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 289. Zob. też P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 259–260 oraz M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły...* [w:] *Nowa kodyfikacja...*, s. 73. Podejście takie skrytykował Ł. Pohl [w:] *Kodeks...*, nb 26 do art. 12, wskazując, że nieprzekraczalną granicą odpowiedzialności karnej współdziałającego jest strona podmiotowa jego czynu zabronionego.

²¹ P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 404.

Z kolei na kanwie wyroku SN z 1.08.1968 r., III KR 20/68²², Andrzej Wąsek wskazał, że pojawiające się na jednym z etapów zagarnięcia mienia współsprawstwo oddziałuje w niejednakowy sposób na zakres odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa ciągłego i jego „częściowego” współnika; ten ostatni nie odpowiada za całość mienia zagarniętego czynem ciągłym, ale za tę jego część, którą we współsprawstwie zagarnął²³. Autor ten dodał – co ma znaczenie z uwagi na to, iż przestępstwo ciągłe z k.k. z 1969 r. to nie to samo co czyn ciągły z obowiązującego Kodeksu karnego – że takie rozwiązanie tej kwestii jest racjonalne i powinno być przyjęte także przez tego, kto (odmiennie niż SN) w przestępstwie ciągłym nie widzi istnienia wielu czynów, ale jeden czyn dokonany w sposób ciągły; współdziałanie ze strony „częściowego” współsprawcy odnosić się też może do jednego z ogniw (aktów, członów) przestępnego zachowania składającego się na czyn ciągły²⁴. W swojej wcześniejszej pracy A. Wąsek odniósł się do problemu pomocnictwa przez zaniechanie do przestępstwa ciągłego. Wskazał, że opowiadając się za teorią przestępstwa ciągłego reprezentowaną przez Henryka Rajzmana (przestępstwo ciągłe jako jeden czyn dokonany w sposób ciągły), trzeba stwierdzić, że nie zawodzi ona o tyle, iż pomoc do jednego z członów (aktów, ogniw) przestępstwa ciągłego należałoby wtedy kwalifikować jako pomoc do całego przestępstwa ciągłego wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami prawnymi²⁵. Jeżeli potraktować w omawianym zakresie współsprawstwo i pomocnictwo jednakowo, to wypowiedzi A. Wąska pozostają co do tego w sprzeczności. Należy jednak przytoczyć dalszą część jego wypowiedzi: „Skoro jednak w polskim prawie karnym podżegacz i pomocnik odpowiadają w granicach swego zamiaru, nie mogą więc ponosić oni odpowiedzialności obiektywnej za to wszystko, co uczynił bezpośredni sprawca przestępstwa ciągłego. Nowy kodeks karny nie recypuje normy art. 15 § 1 k.k. z 1932 r., która mogła mieć także zastosowanie do podżegacza i pomocnika”²⁶. Przywołany przepis brzmiał: „Okoliczności, od których zależy wyższa karalność, uwzględnia się tylko wówczas, gdy sprawca o nich wiedział albo powinien był wiedzieć”²⁷. Drugi człon wypowiedzi A. Wąska można więc chyba rozumieć w ten

²² LEX nr 108394. W orzeczeniu tym stwierdzono, że: „W myśl przyjętej w systemie kodeksu karnego zasady indywidualizacji każdy z uczestników przestępstwa odpowiada za własne czyny. Jeżeli przeto dwie lub więcej osób zagarnia wspólnie sumę przeszło 100.000 zł, to bez względu na sposób podziału tej sumy każda z nich odpowiadać będzie za zagarnięcie sumy ponad 100.000 zł, a więc z art. 1 § 1 ustawy z dnia 18 czerwca 1959 r. (Dz. U. Nr 36, poz. 228) w związku z art. 1 § 1 lit. b) ustawy z dnia 21 stycznia 1958 r. (Dz. U. Nr 4, poz. 11). Sprawca może odpowiadać za zagarnięcie mienia społecznego wartości powyżej 100.000 zł, chociażby na sumę tę składało się kilka kwot zagarniętych w różnym czasie wspólnie z różnymi osobami. W takiej sytuacji sprawca może odpowiadać za przestępstwo ciągłe, natomiast każdy z pozostałych sprawców – w granicach swego udziału w konkretnym czynie przestępnym” (wszystkie pogrubienia – P.P.). Zob. też wyrok SN z 23.02.1972 r., II KR 161/71, LEX nr 18443, w którym wskazano, że: „dyrektywa art. 120 § 8 k.k. (z 1969 r. – dop. P.P.) zawarta w drugiej części zdania tego artykułu nie idzie tak daleko, aby przy ustalaniu wartości zagarniętego mienia w wypadku konkretnego uczestnika porozumienia nie odgrywało żadnej roli to, iż przystąpił do porozumienia po upływie pewnego czasu ciągłości przestępnego działania pozostałych uczestników lub też wystąpił w porozumienia wcześniej, nim nastąpiło ukończenie tego działania. Każdy ze sprawców odpowiada bowiem za zagarnięcie mienia, dokonane w porozumieniu, tylko w granicach rzeczywistego czasu swego uczestnictwa w nim, a zatem tylko do granic tej ogólnej wartości mienia, w której zostało ono zagarnięte w okresie, gdy rzeczywiście w porozumieniu uczestniczył”.

²³ A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 153.

²⁴ A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 153, przypis 82.

²⁵ A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 101.

²⁶ A. Wąsek, *Odpowiedzialność...*

²⁷ Regulacja ta została wprowadzona głównie dlatego, że: „Jest rozpowszechnieniem w ustawodawstwie dawniejszego typu kwalifikowanie przestępstw przeciwko mieniu w miarę większej lub mniejszej szkody materialnej, przyczem szkoda ta ulega ocenie przez rzeczoznawców w sposób zupełnie oderwany od subiektywnego nastroju

sposób, że pomocnik nie może odpowiadać za zachowania sprawcy bezpośredniego, których nie ułatwił, nawet jeżeli wiedział o tych zachowaniach albo powinien był o nich wiedzieć. W takim układzie wypowiedź dotycząca podlegania i pomocnictwa byłaby spójna z wypowiedzią dotyczącą współsprawstwa.

Ale wróćmy do kwestii współsprawstwa. Wyżej przytoczono pogląd P. Kardasa, że konstrukcja czynu ciągłego stanowi podstawę do przyjęcia odpowiedzialności osób współdziałających przy popełnieniu tylko niektórych zachowań, składających się na czyn ciągły, za współdziałanie w popełnieniu całego czynu ciągłego. Autor ten czyni jednak koncesję na rzecz współsprawcy, który przyłączył się do zaawansowanej już działalności sprawcy głównego (odmiana tzw. współsprawstwa sukcesywnego). Jeśli bowiem przyjmuje się – wskazuje P. Kardas – że czyn ciągły stanowi jedno przestępstwo, składające się, co prawda, z wielu zachowań, lecz poddawanych łącznie prawnokarnej ocenie, wówczas okazuje się, iż przyłączenie się współsprawcy do zaawansowanej już działalności sprawcy głównego stanowić może odmianę tzw. współsprawstwa sukcesywnego. W takim przypadku – kontynuuje ten autor – zgodnie z zasadą indywidualizacji odpowiedzialności – współsprawca ponosić może odpowiedzialność jedynie za te fragmenty, w których popełnieniu rzeczywiście uczestniczył, działając wspólnie i w porozumieniu ze sprawcą głównym, nie odpowiada natomiast za to, w czym nie brał udziału²⁸. W literaturze od dawna podkreśla się, że współsprawca sukcesywny nie odpowiada za to, co uczynił sprawca, do którego się przyłączył, do momentu rozpoczęcia ich współpracy²⁹. Będzie

sprawcy. Nie bada się kwestji, czy sprawca znał wartość danego przedmiotu, orzeczenie rzeczoznawcy jest decydujące. [...] Projekt polski na sprawę wielkości szkody, względnie wartości majątkowej przedmiotu, małą zwraca uwagę, ale i w tych wypadkach, jak przy kradzieży przedmiotów małej wartości celem niezwłocznego spożycia, rozstrzygać będzie przede wszystkim punkt widzenia samego sprawcy, a nie rzeczywista wartość". Zob. *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie części ogólnej*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego, t. V, z. 3, Warszawa 1930, s. 24.

²⁸ P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 260. Zob. też P. Kardas, *Przestępstwo...*, s. 174–175 oraz M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły...* [w:] *Nowa kodyfikacja...*, s. 74–75, a także wyrok SA w Katowicach z 22.11.2001 r., II AKa 400/01, LEX nr 56726, w którym wskazano, że: „Skoro czyn ciągły stanowi jedno przestępstwo, na które składa się wiele zachowań, to konstrukcji tej, która winna być ujęta kompleksowo w odniesieniu do tych oskarżonych realizujących wszystkie jej przesłanki, nie może zniwelować to, że część zachowań popełnili oni nadto we współdziałaniu z inną osobą, która do przestępstwa takiego przyłączyła się w ramach współsprawstwa sukcesywnego. Ta osoba w zakresie, w którym sama zrealizowała znaną konkretnego przestępstwa objętego czynem ciągłym odpowiada za ten fragment przestępstwa, który efektywnie realizowała, obejmując go z góry powziętym zamiarem”.

²⁹ Zob. S. Sliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 332; L. Tyszkiewicz, *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*, Poznań 1964, s. 116; K. Buchała [w:] *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1990, s. 99; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 374; A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 244 oraz w odniesieniu do przestępstw złożonych i dwuaktowych T. Kaczmarek, *Z problematyki współsprawstwa sukcesywnego*, „Państwo i Prawo” 1988/9, s. 42. Odmienne: W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 299 oraz SN w wyroku z 18.04.1978 r., Rv 97/78, LEX nr 19397. Odmienne też – w kontekście współsprawstwa sukcesywnego kradzieży z włamaniem – A. Wąsek, który przyjął, że „spóźniony” współsprawca dopuszcza się pomocnictwa do całego przestępstwa kradzieży z włamaniem oraz częściowego współsprawstwa kradzieży zwykłej, przy czym mamy tutaj do czynienia z pozornym zbiegiem przepisów, w związku z czym osoba taka powinna ponieść odpowiedzialność karną za pomocnictwo do kradzieży z włamaniem (A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 77–78). Pogląd ten został skrytykowany w literaturze – zob. T. Kaczmarek, *Z problematyki...*, s. 38–40 oraz publikacje wskazane tam w przypisie 28. Również SA we Wrocławiu w wyroku z 22.05.1992 r., II AKr 122/92, LEX nr 21136, wskazał, że: „Rozwiązanie odpowiedzialności «spóźnionego współsprawcy» proponowane przez A. Wąska nie jest do zaakceptowania jako rozwiązanie uniwersalne, właściwe dla każdego przypadku. Nie można bowiem przyjąć, że zrealizowany przez «spóźnionego współsprawcę» fragment przestępstwa złożonego jest zawsze, w każdym przypadku, jednocześnie czynnością pomocniczą – ułatwiającą dokonanie «całego» przestępstwa. (...) Przystępujący współsprawca nie odpowiada – jako sprawca – za to co stało się przed jego przystąpieniem do działania. Może on jednak ponieść odpowiedzialność karną jako pomocnik do całego przestępstwa (art. 18 § 2 k.k.), ale tylko wówczas, gdy w konkretnej sprawie poczynione zostaną ustalenia,

tu jednak chodziło o sytuację, w której porozumienie między współsprawcami powstało właśnie w czasie wykonywania czynu zabronionego przez „pierwotnego” sprawcę. Jeżeli współsprawca dołączył się do czynu po jego rozpoczęciu, lecz wynikało to z przyjętego w uprzednim porozumieniu podziału ról, to będziemy mieli do czynienia z przypadkiem tzw. współsprawstwa dopełniającego i włączający się „do gry” sprawca będzie mógł odpowiedzieć za cały czyn zabroniony³⁰.

Wydaje się, że poczynione wyżej uwagi dotyczące współsprawstwa sukcesywnego można odnieść również do każdej innej sytuacji, w której określona osoba wykonywała wspólnie i w porozumieniu niektóre jednostkowe czyny składające się na czyn ciągły. W takim przypadku każdy ze współdziałających poniesie odpowiedzialność w takim zakresie, w jakim rzeczywiście uczestniczył w ciągłym czynie zabronionym. Oczywiście takie podejście nadweręża nieco jednoczynową koncepcję czynu ciągłego, jednakże z analogiczną sytuacją mamy do czynienia np. wtedy, gdy w przypadku niektórych zachowań, które miałyby być objęte klamrą art. 12 § 1 k.k., sprawca działał w okolicznościach wyłączających winę albo gdy sprawca dopuścił się niektórych zachowań przed ukończeniem 17. roku życia. W podanych sytuacjach przyjmuje się przecież, że sprawca nie może ponosić odpowiedzialności za te fragmenty czynu ciągłego, w czasie których nie można przypisać mu winy albo nie miał jeszcze osiągniętego wieku wymaganego przez k.k.³¹ Podobnie rzecz się ma z odstąpieniem od dokonania czynu zabronionego (jednostkowego zachowania), który miałby stanowić element czynu ciągłego. W literaturze podkreśla się, że takie zachowanie, od którego dokonania odstąpiono, nie może wchodzić w skład czynu ciągłego z uwagi na brak przesłanki podmiotowej³². Konsekwencje zasady indywidualizacji odpowiedzialności, o której wspomina P. Kardas w kontekście tzw. współsprawstwa sukcesywnego, należy rozciągnąć na każdy przypadek uczestnictwa w niektórych tylko czynach składających się na czyn ciągły. Każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego (w tym także czynu ciągłego) odpowiada w granicach swojej umyślności, niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających. Sprawca, który uczestniczył we wszystkich zachowaniach wchodzących w skład czynu ciągłego, odpowie za cały ten czyn, niezależnie od tego, że osoba (lub osoby) wykonująca (wykonujące) z nim wspólnie i w porozumieniu niektóre elementy tego czynu odpowie (odpowiedzą) tylko za ten „wspólny” fragment (fragmenty) czynu ciągłego. W kontekście wspomnianych

że «spóźniony współsprawca» działaniem swym poza zrealizowaniem znamion kradzieży, wyczerpał także znamiona pomocnictwa do «całego» przestępstwa złożonego». Genowefa Rejman z kolei odróżnia sytuacje, w których dochodzi do współsprawstwa sukcesywnego przestępstw podzielných (np. kradzieży z włamaniem) oraz niepodzielných (np. zabójstwa). W pierwszym przypadku nie należy obciążać współsprawcy „spóźnionego” czynnością kwalifikowaną surowiej, która była przedsięwzięta bez jego udziału, jak też bez porozumienia i zamiaru. Z kolei przystąpienie danej osoby do rozpoczętego już zabijania w czasie, gdy ofiara jeszcze żyła, uzasadnia przyjęcie współsprawstwa co do całości działania. Zob. G. Rejman, *Zasady...*, nb 36–37 do art. 18.

³⁰ Zob. P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 404. Zob. też J. Giezek [w:] *Kodeks...*, teza 17 do art. 18; K. Wiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2020, nb 14 do art. 18; A. Marek, *Kodeks...*, teza 5 do art. 18 oraz M. Cieślak, *Polskie prawo...*, s. 374.

³¹ Zob. P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 251–253 oraz wskazane tam orzecznictwo.

³² A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, „Prokuratura i Prawo” 2004/11–12, s. 16–17. Autorzy ci odnoszą się także do sytuacji, w której sprawca współdziałający dobrowolnie zapobiegł jednemu z zachowań, które mogłyby potencjalnie wchodzić w skład czynu ciągłego. Wskazują, że również w tym wypadku zachowanie sprawcy świadczy o porzuceniu zamiaru, co uniemożliwia przypisanie mu czynu ciągłego obejmującego zachowanie, któremu skutecznie zapobiegł (art. 23 § 1 k.k.). Zob. A. Marek, J. Lachowski, *Niektóre problemy...*, s. 17, przypis 31.

wyżej „przekształceń jakościowych”, które mogą zachodzić przy czynach przeciwko mieniu, należy zauważyć, że jeśli poszczególne zachowania, za które mógłby ponieść odpowiedzialność „częściowy” współsprawca, nie „złożą się” na „nową jakość” (np. nie zostanie przekroczony próg przepołowienia przestępstw i wykroczeń albo wartość skradzionych rzeczy nie będzie znaczna), to oczywiście osoba taka nie poniesie odpowiedzialności za tę „nową jakość”, a tylko za wykroczenie, względnie przestępstwo karane łagodniej.

Powyższe uwagi należy odnieść *mutatis mutandis* do sprawstwa kierowniczego i pomocnictwa w odniesieniu do niektórych fragmentów czynu ciągłego. Sprawca kierowniczy będzie mógł odpowiedzieć tylko za ten fragment czynu ciągłego, w którym brał udział (którym kierował). Oczywiście w przypadku pozostałych czynów jednostkowych mógłby współdziałać ze sprawcą wykonawczym w innej formie (np. jako pomocnik), ale w tym miejscu odnoszę się do sytuacji, gdy wchodzi w grę tylko sprawstwo kierownicze. Podobnie pomocnik odpowie tylko za te fragmenty, których wykonanie ułatwił. Będzie to odpowiedzialność niezależna od odpowiedzialności bezpośredniego sprawcy, który zrealizował wszystkie zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego (niektóre zachowania z decydującą rolą sprawcy kierowniczego i odpowiednio – niektóre zachowania z ułatwieniem ze strony pomocnika). Dla porządku należy dodać, że nawet jeżeli poszczególne zachowania, którymi kierowała dana osoba, stanowiące wykroczenia, mogłyby być uznane za przestępstwo w związku z przekroczeniem progu przepołowienia, to odpowiedzialność za przestępny czyn ciągły poniesie tylko sprawca wykonawczy, natomiast sprawca kierowniczy niektórych fragmentów w ogóle za swoje zachowania nie odpowie, gdyż – jak wyżej wskazano – sprawstwo kierownicze na gruncie prawa wykroczeń karze nie podlega.

Dotychczas była mowa o współsprawstwie w czynie ciągłym, sprawstwie kierowniczym czynu ciągłego, sprawstwie polecającym czynu ciągłego oraz podżeganiu i pomocnictwie do czynu ciągłego. Od tych konstrukcji należy odróżnić współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie i pomocnictwo popełnione w formie czynu ciągłego. Różnica uwidacznia się w tym, kto jest „wykonawcą” (nie mylić z bezpośrednim wykonaniem czynu zabronionego) poszczególnych fragmentów czynu ciągłego (czyli podmiotem dopuszczającym się wielu zachowań). W przypadku współsprawstwa siłą rzeczy różnica ta się zaciera. Natomiast w odniesieniu do pozostałych form współdziałania będzie łatwiej zauważalna. Przykładowo, osoba „A” kieruje wykonaniem dwóch lub więcej zachowań podjętych przez osobę „B” w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru (sprawstwo kierownicze czynu ciągłego) albo: osoba „A” w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru podejmuje dwa lub więcej zachowań, polegających na kierowaniu wykonaniem czynów zabronionych przez osobę „B” lub osoby „B”, „C”, „D” itd. (sprawstwo kierownicze popełnione w formie czynu ciągłego). W pierwszym przypadku „wykonawcą” elementów wchodzących w skład czynu ciągłego jest osoba „B”, którą ktoś kieruje, natomiast w drugim – osoba „A”, która kimś kieruje. Analogiczne przykłady można by podać w odniesieniu do sprawstwa polecającego, podżegania i pomocnictwa. W omawianych w tym miejscu przypadkach nie powstaje w zasadzie omówiony wyżej problem z „częściowym uczestnictwem” w czynie ciągłym, gdyż sprawca

kierowniczy, sprawca polecający, podlegacz i pomocnik – jak wskazano – uczestniczą we wszystkich elementach czynu ciągłego – są bowiem ich „wykonawcami”. Mamy wtedy po prostu do czynienia z sytuacją, w której osoby te podejmują w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru dwa lub więcej zachowań („sprawstw kierowniczych”, „sprawstw polecających”, „pomocnictw”, „podlegań”), w związku z czym popełniają jeden (ciągły) czyn zabroniony. Kwestia ta może zaktualizować się przy współsprawstwie, co wynika ze wzmiankowanego wyżej zatarcia granic między współsprawstwem w czynie ciągłym a współsprawstwem popełnionym w formie czynu ciągłego.

Na marginesie poczynionych rozważań, w kontekście przesłanek stosowania instytucji tzw. małego świadka koronnego, należy jeszcze przytoczyć trafny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z 29.10.2002 r.³³, że: „W odniesieniu do sprawcy przestępstwa ciągłego (art. 12 k.k.), określony w art. 60 § 3 k.k. warunek współdziałania z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa jest spełniony wówczas, gdy sprawca ten popełnił z innymi osobami całe przestępstwo ciągłe, to jest gdy każde zachowanie sprawcy, stanowiące fragment przestępstwa ciągłego, odpowiada temu wymogowi”³⁴.

Stosowanie instytucji czynu ciągłego stwarza wiele problemów praktycznych, nawet wtedy, gdy chodzi o zachowania jednej osoby. Nałożenie na nią form współdziałania przestępnego generuje kolejne komplikacje, gdyż problematyka ta też budzi wiele wątpliwości. Do tego dochodzi jeszcze możliwość „przekształceń jakościowych” wskutek objęcia poszczególnych zachowań klamrą czynu ciągłego. Pojawienie się regulacji z art. 12 § 2 k.k. spowoduje zapewne kolejne problemy orzecznicze i wątpliwości w doktrynie. W niniejszym artykule opisałem wybrane (z uwagi na doniosłość praktyczną) zagadnienia związane z możliwością nakładania się instytucji czynu ciągłego i form współdziałania przestępnego. Nie jest to więc omówienie wyczerpujące, jednakże na takie w ramach jednej zwartej publikacji nie można sobie pozwolić.

Summary

Piotr Poniatowski, *Continuing Offence and Criminal Cooperation. Selected Issues*

The article discusses selected problems that arise from the overlapping of the institution of a continuing offence with various forms of accessory criminal cooperation. Particular attention is paid to the issue of accessory assistance in the commission of only some of the

³³ I KZP 30/02, LEX nr 55482.

³⁴ Pogląd ten został zaaprobowany w doktrynie – zob. M. Kulik, *Glosa do uchwały SN z 29.10.2002 r., I KZP 30/02*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003/3, s. 141 i n.; P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 266; R.A. Stefański, *Przegląd uchwał...*, s. 64–66; Z. Cwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, teza 33 do art. 60; S. Zółtek [w:] *Kodeks...*, nb 42 do art. 12; G. Łabuda [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, teza 32 do art. 60. Należy zauważyć, że wcześniej już takie zapatrywanie wyraził SA w Lublinie w wyroku z 11.04.2001 r., II AKa 219/00, LEX nr 50210: „Przyjąć trzeba, że przepis art. 60 § 3 k.k. może znaleźć zastosowanie do przestępstwa ciągłego (art. 12 k.k.) jedynie wtedy, gdy warunki określone przez ten przepis spełnione są przez całe przestępstwo ciągłe. Racjonalności dogmatycznej i kryminalno-politycznej pozbawiony byłby bowiem pogląd, że spełnienie warunków stosowania art. 60 § 3 k.k. przez sprawcę fragmentu przestępstwa ciągłego (nawet najmniejszego) otwiera już drogę do obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary przy skazywaniu sprawcy za całe przestępstwo ciągłe”. Zob. też postanowienie SN z 12.11.2002 r., III KKN 232/00, LEX nr 56066.

behaviours comprising a continuing offence, including situations in which a multiplicity of behaviours, comprising a single prohibited act under Article 12 § 1 of the Criminal Code, is a "new phenomenon".

Keywords: *continuing offence, accessory criminal cooperation*

Streszczenie

**Piotr Poniatowski, Czyn ciągły a współdziałanie przestępne
– wybrane zagadnienia**

W artykule omówiono wybrane problemy, które powstają na gruncie krzyżowania się instytucji czynu ciągłego z różnymi formami współdziałania przestępnego. Szczególną uwagę zwrócono na kwestię współdziałania przy popełnieniu tylko niektórych zachowań składających się na czyn ciągły, w tym na sytuacji, w których wielość zachowań, sprowadzona na podstawie art. 12 § 1 Kodeksu karnego do jednego czynu zabronionego, tworzy „nową jakość”.

Słowa kluczowe: *czyn ciągły, współdziałanie przestępne*

Literatura:

1. Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003.
2. Buchała K. [w:] *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1990.
3. Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.
4. Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994.
5. Ćwiąkowski Z. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
6. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Czyn ciągły i ciąg przestępstw w kodeksie karnym z 1997 r.* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 20, Warszawa 1998.
7. Gałązka M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2020.
8. Giezek J. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
9. Giezek J., Kardas P., *Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia (art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.w.)*, Palestra 2019, nr 1–2.
10. Grzesik M., *Czyn ciągły i inne mechanizmy redukcyjne w przypadku jednoczynowego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2019, nr 4.
11. Kaczmarek T., *Z problematyki współsprawstwa sukcesywnego*, Państwo i Prawo 1988, z. 9.
12. Kaftal A., *Przestępstwo ciągle w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985.
13. Kardas P. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
14. Kardas P., *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999.
15. Kardas P. [w:] *System Prawa Karnego, t. 4, Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016.
16. Kulik M., *Glosa do uchwały SN z 29.10.2002 r., I KZP 30/02*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2003, nr 3.
17. Kulik M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2020.
18. Lachowski J. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020.

19. Łabuda G. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012.
20. Małecki M., *Karalność współdziałania w popełnieniu wykroczenia*, Przegląd Sądowy 2018, nr 7–8.
21. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
22. Marek A., Lachowski J., *Niektóre problemy wynikające z „jednoczynowości” przestępstwa ciągłego*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 11–12.
23. Mozgawa M. [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2020.
24. Pohl Ł., *Czy w skład czynu ciągłego mogą wchodzić zachowania niejednorodne?*, Państwo i Prawo 2021, z. 4.
25. Pohl Ł. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
26. Pohl Ł. [w:] *Problem jednorodnego/niejednorodnego charakteru zachowań statuujących pojęcie czynu ciągłego w polskim prawie karnym (studium teoretyczno-empiryczne)*, P. Banaszak, K. Burdziak, Ł. Pohl, Warszawa 2019.
27. *Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie części ogólnej*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego, t. V, z. 3, Warszawa 1930.
28. Rejman G., *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009.
29. Romkowski A., „Sprawstwo kierownicze” i „sprawstwo polecające” w perspektywie podstaw odpowiedzialności za wykroczenia, Przegląd Prawno-Ekonomiczny 2018, nr 2.
30. Sakowicz A. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
31. Siwek K., *Formy popełnienia przestępstwa a konstrukcja czynu ciągłego*, Przegląd Sądowy 2019, nr 11–12.
32. Spotowski A., *Przestępstwo ciągle czy ciąg przestępstw?*, Państwo i Prawo 1980, z. 10.
33. Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2002 r.*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2003, nr 1.
34. Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
35. Tyszkiewicz L., *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*, Poznań 1964.
36. Wąsek A., *Czyn ciągły a przestępstwo ciągle*, Palestra 1981, nr 10–12.
37. Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, art. 1–31, Gdańsk 1999.
38. Wąsek A., *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973.
39. Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977.
40. Wiak K. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2020.
41. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
42. Wolter W., *Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, Państwo i Prawo 1982, z. 1–2.
43. Zawłocki R. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
44. Zębik A., *Czyn a przestępstwo ciągle*, Łódź 1971.
45. Zółtek S. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.

Emilia M. Truskołaska*

Grooming, czyli uwodzenie małoletnich przez internet – aspekty kryminologiczne oraz prawne**

1. WPROWADZENIE

Rozwój internetu doprowadził do pojawienia się zagrożeń o charakterze przestępczym związanych z dostępem do treści pornograficznych i ich rozpowszechnianiem, nawiązywaniem kontaktów z dziećmi dla celów seksualnych oraz propagowaniem lub pochwalaniem zachowań o charakterze pedofilskim. Dzieci stają się bardzo łatwym celem cyberprzestępców, uzależniając się od nich. Jednym z takich przestępstw jest *child grooming* inaczej nazywany uwodzeniem dzieci (małoletnich) w internecie. Na świecie skala tego zjawiska jest bardzo duża, jednak kontrolowanie i wykrywanie wszystkich przejawów tej działalności jest niemożliwe. W ramach UNESCO powołane zostały specjalne grupy do ochrony małoletnich przed niebezpieczeństwem kontaktu z pedofilami za pośrednictwem internetu¹.

2. POJĘCIE *GROOMINGU*

W ujęciu kryminologicznym przez pojęcie *groomingu* należy rozumieć „działania polegające na nawiązaniu kontaktu z dzieckiem, w szczególności za pomocą sieci Internet i zmierzaniu przy użyciu środków manipulacji do nawiązania z nim relacji o podłożu seksualnym”². Jest to również mechanizm doprowadzający do udziału dziecka w pornografii dziecięcej czy prostytucji³. Równolegle do pojęcia *groomingu* w literaturze przedmiotu funkcjonują jego polskie odpowiedniki takie jak: „uwodzenie dzieci przez internet”, „nagabywanie seksualne małoletniego”,

* Dr Emilia M. Truskołaska jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0002-1936-3376, e-mail: em.truskołaska@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 5.05.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.07.2021 r.

¹ M. Romańczuk-Grącka, *Grooming – między polityczno-kryminalną potrzebą a prawną-dogmatyczną krytyką*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013/19, s. 26–27.

² M. Romańczuk-Grącka, *Grooming...*, s. 24.

³ E. Kijanka, K. Lipska, *Child grooming – mroczna strona seksualności* [w:] *Stop pedofilii*, red. J. Bukala, K. Wątor, Kielce 2012, s. 138.

„elektroniczna korupcja małoletniego” czy „cyberpedofilia”⁴, które w literaturze naukowej pojawiały się znacznie wcześniej, jeszcze w latach 90. XX w. M. Bielski w definicji *groomingu* wskazuje na „manipulacyjny charakter zachowania sprawcy, polegający na pozorowaniu przyjaźni, wsparcia czy też pocieszenia, przy czym nie musi on posiadać żadnej specyficznej wiedzy psychologicznej, aby doprowadzić do pożądanego przez siebie skutku, ponieważ wystarczy jedynie przewaga doświadczenia wynikająca z wieku sprawcy w stosunku do jego ofiary”⁵. Zachowanie, którego celem jest pozyskanie ofiary w postaci dziecka skutkuje doprowadzeniem do obcowania płciowego lub innych czynności seksualnych bądź jakiegokolwiek innego zachowania o podłożu seksualnym. Takie zachowania są domeną sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych takich jak pedofilia. Sprawca musi wykazać się wielką determinacją, aby przygotować się do procesu uwodzenia dziecka. Musi poświęcić wiele czasu, by zdobyć potrzebne informacje, a potem znaleźć odpowiednią ofiarę. A.C. Salter *child grooming* określa mianem omotywania dziecka⁶, zaś w literaturze przedmiotu uwodzenie dziecka przez internet można znaleźć pod pojęciem psychomanipulacji. *Grooming* nie musi skutkować spotkaniem się w świecie realnym dziecka z osobą dorosłą, może skończyć się na nakłonieniu dziecka do samodzielnego tworzenia pornografii⁷.

Legalna definicja *groomingu* znajduje się w art. 23 Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych otwartej do podpisania 25.10.2007 r. w Lanzarote⁸. Polska podpisała tę konwencję, jednak do tej pory jej nie ratyfikowała. Artykuł 23 określa, że: „każda ze Stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia karalności umyślnego składania dziecku, które nie ukończyło wieku określonego w art. 18 ust. 2 («każda ze Stron ustala dolną granicę wieku dziecka, poniżej której istnieje zakaz uczestnictwa w czynnościach seksualnych z jego udziałem») przez osobę dorosłą za pośrednictwem technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych, propozycji spotkania w celu popełniania przeciwko dziecku takich przestępstw jak uczestnictwo w czynnościach seksualnych z udziałem dziecka oraz produkowaniu pornografii dziecięcej”. Bardzo podobnie *grooming* został określony w dyrektywie 2011/92/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.12.2011 r.⁹ W obu definicjach zawartych w wyżej wymienionych aktach prawnych zostały podkreślone przestępstwa pornografii dziecięcej oraz pedofilii, które popełniane są przy użyciu internetu. W definicji zawartej we wspomnianej dyrektywie został określony wiek przyzwolenia jako ten, który dziecko osiąga i nie ma w związku z tym zakazu podejmowania czynności seksualnych. Konwencja zaś

⁴ Por. M. Filar [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 1011; M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obywatelności* [w:] *Kodeks karny, część szczególna*, red. A. Zoll, Warszawa 2017, s. 781 oraz M. Budyn-Kulik, M. Kulik [w:] *Kodeks karny*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015.

⁵ M. Romańczuk-Grącka, *Grooming...*, s. 24.

⁶ A.C. Salter, *Pokonywanie traumy – jak zrozumieć i leczyć dorosłe ofiary wykorzystywania seksualnego w dzieciństwie*, Poznań 2008, za: R. Dziembowski, R. Szostak, *Child grooming w świetle polskiego prawa karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013/19, s. 42.

⁷ www.fdn.pl/zapobieganie-wykorzystaniu-seksualnemu-dzieci-w-internecie (dostęp: 20.01.2021 r.).

⁸ Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, sporządzona w Lanzarote 25.10.2007 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 608).

⁹ Dyrektywa 2011/92/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW – dalej dyrektywa 2011/92/UE.

tę kwestię pozostawia do określenia stronom. W dyrektywie 2011/92/UE został zawarty również wymiar kary co do przestępców popełniających przestępstwo *groomingu* – w maksymalnym wymiarze nieprzekraczającym co najmniej roku pozbawienia wolności¹⁰.

3. ETAPY PRZESTĘPSTWA *GROOMINGU*

Grooming, jako zjawisko społeczno-kryminalne, ma znacznie dłuższą historię niż sam internet, jednak uwodzenie dzieci zaczęło być odbierane jako problem społeczny dopiero w latach 70. ub. stulecia¹¹. Dzieci nieświadomie zamieszczały w internecie wiele informacji na swój temat. Osoby małoletnie, które posiadają konta na portalach społecznościowych trudno jest wyzbyć się nawyku codziennego logowania się na dane komunikatory. Czynności te powodują dekoncentrację oraz odwracają uwagę od spraw bieżących. Dzieci się silnie od nich uzależniają, po czym nie są w stanie funkcjonować bez codziennego logowania się na portalach społecznościowych¹². Sprawca w ten sposób może wyselekcjonować swoją przyszłą ofiarę z pewnej grupy osób. Rozpoznaje jej potrzeby emocjonalne oraz zainteresowania. Sprawca trafiając w internecie, np. podczas przeglądania blogów, na dziecko ocenia jego podatność na uwodzenie. Wówczas wyszukuje w internecie wszystkie informacje na temat przyszłej ofiary, również na temat jej rodziców. Często sprawcy czerpią informacje z komentarzy zamieszczanych przez dziecko lub jego znajomych pod zdjęciami udostępnionymi w internecie¹³.

Sprawcy przestępstw internetowych, szczególnie tych skierowanych przeciwko dobru dziecka, są w internecie anonimowi. Pozwala to na dostarczanie informacji na swój temat tylko tych, które chcemy przekazać potencjalnym sprawcom. Dzięki temu niczym nieograniczony świat internetu stanowi dużą bazę dla pozyskiwania ofiar. Jednym z ważnych elementów budowania więzi między ofiarą a sprawcą w internecie staje się wyobraźnia¹⁴. Pomaga nam stworzyć wyidealizowany obraz drugiej osoby. Osoby takie posiadają wówczas takie cechy charakteru, usposobienia, które odpowiadają ofierze. Sprawca może bardzo szybko wyeliminować swoje wady i przedstawić siebie jako osobę idealną oraz odpowiadającą swoim charakterem ofierze.

Sprawca posiadający już wszystkie informacje na temat dziecka, jakie można znaleźć w internecie, rozpoczyna proces *groomingu*. Może on trwać wiele miesięcy, zaś w niektórych przypadkach kończy się już po miesiącu. W procesie *groomingu* wyodrębnione zostały poszczególne fazy¹⁵:

- Pierwsza faza polega na zaprzyjaźnieniu się z dzieckiem i ciągłej obserwacji jego zachowań. Sprawca próbuje wcielić się w rolę przyjaciela. Mężczyzna i dziecko zaczynają rozmawiać ze sobą coraz częściej i dłużej.

¹⁰ M. Bielski, *Przestępstwa...* [w:] *Kodeks...*, s. 782.

¹¹ Ł. Wojtasik, *Pedofilia i pornografia dziecięca w Internecie*, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/140>, s. 2 (dostęp: 20.01.2021 r.).

¹² A. Andrzejewska, *Dzieci i młodzież w sieci zagrożeń realnych i wirtualnych. Aspekty teoretyczne i empiryczne*, Warszawa 2014, s. 43.

¹³ https://www.edukacja.fdds.pl/b940496f-6913-4126-8c7d-f4d4c90165c8/Extras/broszura-zapobieganie_wykorzystywaniu_seksualnemu_dzieci_w_internecie-FDDS-12042017.pdf (dostęp: 20.01.2021 r.).

¹⁴ Zob. przypis 13.

¹⁵ T. Mreńca, *Zagrożenia świata wirtualnego wśród dzieci i młodzieży*, Katowice 2009, s. 24–26.

Sprawca wykorzystuje informacje zebrane o ofierze wcześniej. Rozmawiają ze sobą o problemach dziecka. Sprawca uświadamia mu, że nie tylko on ma takie problemy, pokazuje swoje przyjazne oblicze. Jest zawsze wtedy, kiedy dziecko tego potrzebuje. Przede wszystkim dziecko widzi, że sprawca rozumie jego problemy.

- Kolejna faza stanowi rozpoznanie, czy ktoś może ich nakryć. Sprawca zadaje pytania na temat rodziców, czy interesują się dzieckiem, co dziecko robi na komputerze i w jaki sposób spędza wolny czas. W dalszej kolejności przechodzą do ujawniania sobie skrywanych tajemnic. Obowiązuje między nimi zasada wzajemności i zaufania. Więzy między nimi zaczynają nabierać bardzo intymnego charakteru. Zaczynają padać pytania dotyczące pierwszego pocałunku, oczywiście sprawca cały czas nawiązuje do łączącej ich przyjaźni. Pytania stopniowo przekształcają się w coraz bardziej intymne dotyczące interesowania się swoim ciałem, czy się mu przyglądało, czy dotykało się w intymnych miejscach. Sprawca cały czas podkreśla, że kiedyś też krępował się takimi pytaniami, że miał te same wątpliwości i pytania dotycząc sfery intymnej, jednak nie miał z kim o tym porozmawiać. Podkreśla tu swoją szczególną rolę, powiernika, przyjaciela i osoby, dzięki której dziecko ma możliwość poznania tej tematyki. Etap ten może charakteryzować się wspólnymi masturbacjami przez internet, wspólnym przeżywaniem i opowiadaniem o tym, co się wydarzyło. Sprawca często komplementuje dziecko, niekiedy zapewniając mu w przyszłości karierę dzięki swoim znajomościom.
- W etapie trzecim sprawca dąży do spotkania, oswaja z tą myślą dziecko. Etap ten zależy od podejścia dziecka, interwencji rodziców. Podczas spotkania może dojść do kontaktów seksualnych między sprawcą a ofiarą.

Występowanie wszystkich etapów przestępstwa *groomingu* i ich długość zależy już od indywidualnych preferencji sprawcy i podatności dziecka na uwodzenie.

4. SPRAWCY PRZESTĘPSTWA *GROOMINGU*

W raporcie European Online Grooming Project z 2012 r.¹⁶ wyróżniono trzy typy sprawców przestępstwa *groomingu*: 1) intymacy – seeking, 2) adaptable style i 3) typer – sexualised.

Pierwszym zidentyfikowanym typem groomera (sprawcy) jest „przestępca poszukujący intymności”. Mężczyźni z tej grupy nie mieli wcześniej żadnych wyroków skazujących za przestępstwa seksualne. Mają obraźliwe, wspierające przekonania, które polegają na postrzeganiu kontaktu z młodą osobą jako związku z osobą wyrażającą zgodę na daną formę kontaktu. Mężczyźni z tej grupy nie mieli żadnych nieprzychylnych zdjęć dzieci i nie mieli kontaktu online z żadnym przestępcą seksualnym. Prawdopodobne jest również, że ta grupa spędzała dużo czasu online z młodą osobą, zanim spotkała ofiarę w rzeczywistości.

¹⁶ European Online Grooming Project Final Report, https://www.researchgate.net/publication/257941820_European_Online_Grooming_Project_-_Final_Report/link/00b7d526661dfa49a9000000/download (dostęp 29.01.2021 r.).

Drugi typ to „dostosowany przestępca w internecie”. To grupa mężczyzn często wcześniej skazanych za przestępstwa seksualne wobec dzieci. Posiadają poglądy, które dotyczyły ich własnych potrzeb i postrzegają ofiarę jako dojrzałą oraz zdolną do kontaktu seksualnego. Mężczyźni z tej grupy posiadają zbiory pornografii dziecięcej. Zwykle nie mieli też znaczącego kontaktu z innymi przestępcami seksualnymi w internecie. Symptomatycznym aspektem mężczyzn w tej grupie jest to, że potrafili dostosowywać swoją tożsamość i styl rozmowy w zależności od tego, jak młoda osoba prezentowała się w sieci, i jak reagowała na ich pierwszy kontakt.

Trzeci typ groomera to typ „przestępy hiper-seksualizowanego”. Charakteryzuje się rozległymi zbiorami nieprzyzwoitych wizerunków dzieci i znacznym kontaktem z innymi przestępcami seksualnymi lub grupami przestępców. Niektórzy mężczyźni z tej grupy posiadali również pokaźne zbiory ekstremalnej pornografii dla dorosłych. Kontakty z młodymi ludźmi szybko się nasilały i miały charakter mocno zseksualizowany. Przedstawiciele tej grupy zazwyczaj nie personalizowali kontaktu. W tej grupie spotkania osobiste były mniej rozpowszechnione niż w dwóch poprzednich. Przestępcy „hiper-seksualizowani”, jak wykazano, byli uprzednio skazani za posiadanie pornografii dziecięcej. Warto wskazać również czynniki wiktymizacyjne, sprzyjające narażeniu na stanie się ofiarą *groomingu*. Zalicza się do nich m.in. niedostatki w zaspokajaniu potrzeb emocjonalnych w relacjach zarówno z rodzicami/opiekunami, jak i rówieśniczymi grupami odniesienia, wyciszony introwertyzm, niskie poczucie własnej wartości utrwalane przez środowisko rodzinne, a często także szkolne, brak ogólnego poczucia bezpieczeństwa i akceptacji, i wynikająca z tego zwiększona podatność na manipulację¹⁷.

5. GROOMING W POLSKIM KODEKSIE KARNYM

W polskim Kodeksie karnym¹⁸ przestępstwo *child groomingu* zostało spenalizowane w art. 200a, który został wprowadzony do Kodeksu karnego w 2009 r. W przytoczonym artykule kryminalizacją zostały objęte dwa typy zachowań. Paragraf pierwszy odnosi się do zachowania polegającego na tym, że sprawca w celu popełnienia określonych przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej, nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej do spotkania z nim. Paragraf drugi penalizuje zachowanie polegające na tym, że sprawca za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej składa małoletniemu poniżej lat 15 propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej albo udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych i zmierza do jej realizacji¹⁹.

Ustawodawca umieścił przestępstwo *groomingu* w rozdziale XXV Kodeksu karnego. Przedmiotem ochrony jest wolność seksualna, zmierzająca do ochrony

¹⁷ Szerzej na ten temat K. Fenik, *Grooming – uwodzenie dzieci w Internecie* [w:] *Tabu seksuologii*, A. Jodko, Warszawa 2008, s.140 i n.

¹⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

¹⁹ E. Kijanka, K. Lipska, *Child grooming...* [w:] *Stop...*, s. 30.

wolności od nawiązywania przez małoletnich poniżej 15. roku życia kontaktów seksualnych z uwagi na brak możliwości podjęcia przez te osoby świadomej decyzji w przedmiocie zadysponowania swoją seksualnością. Indywidualnym przedmiotem ochrony będzie prawidłowy rozwój fizyczny i psychiczny małoletnich. Artykuł 200a § 1 i 2 k.k. zaliczany jest do kategorii przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego, jakim jest wolność seksualna²⁰.

Przestępstwo *groomingu* zaliczane jest do przestępstw powszechnych, oznacza to, że podmiotem przestępstwa może być każda osoba uznana przez prawo karne za zdolną do ponoszenia odpowiedzialności. Krąg podmiotów nie został w żaden sposób zawężony.

Przepis art. 200a k.k. nie zawiera znamion nieumyślności, tym samym czyny mogą zostać popełnione wyłącznie umyślnie. Artykuł 200a § 1 k.k. określa typ podstawowy przestępstwa *groomingu*. Może zostać popełniony tylko w zamiarze kierunkowym znamionnym celem, którym może być popełnienie zgwałcenia pedofilskiego, seksualnego wykorzystania małoletniego albo produkowanie lub utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Podjęcie zachowania sprawczego opisanego w art. 200a § 1 jest uzależnione od zamiaru dopuszczenia się przez sprawcę jednego z przestępstw seksualnych, których sprawca chce popełnić poprzez doprowadzenie do spotkania z małoletnim poniżej lat 15. Do grupy tych przestępstw można zaliczyć: przestępstwo zgwałcenia pedofilskiego (art. 197 § 3 pkt 2), przestępstwo pedofilii (art. 200 § 1), przestępstwo prezentowania lub rozpowszechniania treści pornograficznych albo udostępniania przedmiotów pornograficznych osobom małoletnim poniżej lat 15 (art. 200 § 3), przestępstwo prezentowania małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnych (art. 200 § 4), przestępstwo prowadzenia reklamy lub promocji działalności, polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15 (art. 200 § 5) oraz produkowania lub utrwalania treści pornograficznych (art. 202 § 3, 4 i 4b)²¹.

W paragrafie 2 obcowanie płciowe może zostać popełnione umyślnie w zamiarze bezpośrednim²². Podążając za stwierdzeniem Sądu Najwyższego (dalej SN): „Wymagane do przypisania sprawcy przestępstwa określonego w art. 200a § 2 k.k. wypełnienie jego zachowaniem znamienia zmierzania do realizacji propozycji seksualnej, o jakiej mowa w tym przepisie, ma miejsce także wtedy, gdy składający taką propozycję, po jej złożeniu małoletniemu poniżej lat 15, nakłania go następnie, w tym przez ponaglanie, do reakcji na nią, bez względu na to, czy nakłanianie to okaże się skuteczne ani czy nakłaniany w ogóle zareaguje w jakikolwiek sposób na takie nakłanianie”²³.

Wyżej opisany czyn zasługuje na miano szczególnie nagannego, ponieważ sprawca nie ujawnia wobec małoletniej ofiary swoich niecznych intencji. Do działań zmierzających do uwiedzenia dziecka zaliczane są: wprowadzanie dziecka w błąd (co do wieku i prawdziwej tożsamości dorosłego), wyzyskania błędu dla nawiązania więzi z dzieckiem i wzbudzenia zaufania, niezdolności dziecka do należytego

²⁰ M. Bielski, *Przestępstwa...*, s. 788.

²¹ M. Bielski, *Przestępstwa...*, s. 788–790.

²² M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 663.

²³ Postanowienie SN z 17.03.2016 r., IV KK 380/15, OSNKW 2016/6, poz. 38.

pojmowania sytuacji, użycia groźby bezprawnej lub szantażu w stosunku do dziecka (wykorzystując zwierzenia dziecka dotyczące jego spraw osobistych). Zastosowanie tych środków łącznie z zamiarem sprawcy do doprowadzenia do jego spotkania z małoletnim, którego celem jest popełnienie wobec niego innych przestępstw o charakterze seksualnym²⁴.

Odnosnie do różnicy między czynami penalizowanymi zarówno w paragrafie 1, jak i w paragrafie 2 wypada wskazać na argumentację SN: „Czyn opisany w art. 200a § 2 k.k. różni się do czynu opisanego w art. 200a § 1 k.k. tym, że sprawca nie posługuje się odpowiednimi środkami działania przestępczego (wprowadzenie w błąd, zastosowanie groźby bezprawnej), lecz wprost wyjawia swoje zamiary, składając małoletniemu propozycję podjęcia zachowań, o których mowa w tym przepisie 2. Wymagane do przypisania sprawcy przestępstwa określonego w art. 200a § 2 k.k. wypełnienie jego zachowaniem znamienia zmierzania do realizacji propozycji seksualnej, o jakiej mowa w tym przepisie, ma miejsce także wtedy, gdy składający taką propozycję, po jej złożeniu małoletniemu poniżej lat 15, nakłania go następnie, w tym przez ponaglanie, do reakcji na nią, bez względu na to, czy nakłanianie to okaże się skuteczne ani czy nakłaniany w ogóle zareaguje w jakikolwiek sposób na takie nakłanianie. Znamię powyższe jest wypełnione zatem w szczególności takim zachowaniem, które polega na wielokrotnym, usilnym nakłanianiu i ponagłaniu małoletniej poniżej 15 lat, poza samym ponawianiem propozycji seksualnych, do nawiązania z nim kontaktu, używając takich zwrotów jak: «odpisz», «czekam», «dlaczego nie pisziesz»”²⁵.

Typ przestępstwa spenalizowany w art. 200a § 1 k.k. penalizuje bardzo niebezpieczną odmianę nawiązywania na dystans – za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej kontaktu z małoletnim niemającym lat 15 i zmierzania do spotkania z nim w rzeczywistości w celu dokonania gwałtu lub wykorzystania seksualnego bądź tworzenia lub utrwalania treści pornograficznych z jego udziałem²⁶. Pojęcie sieci telekomunikacyjnej sprecyzowane zostało w art. 2 pkt 35 ustawy z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne²⁷: sieć telekomunikacyjna to „systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju”. Przy tym punkcie należy wskazać, że współcześnie największym problemem jest tzw. łowienie dzieci w sieci za pośrednictwem internetu. Postępowanie karygodne sprawcy nie urywa się w momencie nawiązania kontaktu z dzieckiem, ponieważ sprawca posuwa się dalej. Jego z góry powziętym celem jest zamiar spotkania z poznanym w sieci internetowej dzieckiem – w rzeczywistości.

Ustawodawca w art. 200a § 2 k.k. do realizacji znamion tego czynu zabronionego zamieścił wymóg podjęcia przez sprawcę dwóch powiązanych ze sobą zachowań

²⁴ M. Filar, M. Berent [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar, M. Berent, wyd. V, Warszawa 2016, art. 200(a), LEX/el. 2016.

²⁵ Postanowienie SN z 23.11.2017 r., V KK 227/17, LEX nr 2418099.

²⁶ V. Konarska-Wrzošek [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrzošek, wyd. III, Warszawa 2020, art. 200(a), LEX/el. 2020.

²⁷ Dz.U. z 2019 r. poz. 2460 ze zm.

sprawczych: sprawca musi dopuścić się zachowania polegającego na złożeniu małoletniemu poniżej lat 15 propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, następnie sprawca musi podjąć dalej idące zachowania zmierzające do realizacji tej propozycji²⁸.

Przestępstwo *groomingu* zagrożone jest w paragrafie 1 karą pozbawienia wolności do lat 3, zaś w paragrafie 2 – karą grzywny w alternatywie z karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Warto w tym miejscu postawić pytanie – czy art. 200a k.k. zapewnia należyłą ochronę dla małoletniego w sieci? Omawiany art. 200a niewątpliwie pełni ważną rolę oraz stanowi novum na gruncie polskiego ustawodawstwa. Jednakże, jedynie łącznie z zastosowaniem przepisów prawa międzynarodowego, jak i innych przepisów prawa krajowego stanowi narzędzie, które za pomocą sankcji karnych może działać zarówno represyjnie, jak i prewencyjnie na przyszłego sprawcę. Ważną rolę odgrywa również policja, która w ramach kontroli operacyjnej może, na podstawie art. 19 ustawy o Policji²⁹, chociażby podawać się za osoby małoletnie i za pomocą komunikatorów inicjować kontakt z ewentualnymi sprawcami w celu detekcji przypadków *groomingu*, ale bez rzeczywistego wykorzystania dziecka. Budzi to wiele kontrowersji wśród przedstawicieli świata nauki, jednakże trzeba mieć na uwadze, że finalnie pozwala na ujęcie potencjalnego groomera bez zadawania cierpienia dziecku. Najlepsze narzędzie prewencyjne stanowi bez wątpienia tzw. nieformalna kontrola społeczna, która leży po stronie najbliższych małoletniego – jego rodziców/opiekunów prawnych, rodzeństwa, kolegów i koleżanek ze szkoły oraz dalszej rodziny.

Uogólniając, przeciwdziałanie *groomingowi* nie jest kwestią prostą, a to chociażby z uwagi na fakt, że jest ono stosunkowo nowe i trzeba mieć na uwadze, iż występują luki w wiedzy empirycznej na jego temat. Z roku na rok nowe badania dostarczają informacji na temat metod działania sprawców *groomingu*, zarówno przyczyn, jak i skutków tego zjawiska. Zarówno dynamiczny rozwój internetu, jak i samego zjawiska *groomingu* stwarza problemy w przystosowaniu narzędzi profilaktyki, kontroli oraz reagowania w stosunku do szybkiego postępu technicznego, jak również zmieniającej się rzeczywistości³⁰.

6. PODSUMOWANIE

Reasumując, *grooming* jest kryminalizowany ze względu na przekonanie o potrzebie ochrony dzieci przed wykorzystaniem seksualnym. Następstwem tego jest powstanie nieodwracalnych zmian w zdrowiu psychicznym młodego człowieka. *Grooming* ze względu na praktycznie niczym nieograniczone możliwości internetu może rozwijać się na szeroką skalę. Ochrona prawna zapewniona przez penalizację tego zachowania w Kodeksie karnym jest jedynie elementarnym aspektem prewencyjnym. Uwrażliwianie dzieci oraz ich rodziców na niebezpieczeństwa zagrażające zdrowiu psychicznemu, a niekiedy też fizycznemu w internecie powinno być

²⁸ M. Bielski, *Przestępstwa...*, s. 797.

²⁹ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 360).

³⁰ M. Dąbrowska, *Grooming – wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2018, s. 96–97.

realizowane w obrębie szkoły. Rodzice powinni więcej czasu poświęcić na to, aby sprawdzić, jak dziecko spędza swój wolny czas za pomocą komputera. Rozmowa z własnymi dziećmi o zagrożeniach związanych z internetem powinna być jednym z elementów prewencji. Umożliwienie przez twórców telefonów i smartfonów ciągłego korzystania z aplikacji portali społecznościowych doprowadziło do tego, że sprawcy mogą mieć ciągły kontakt z ofiarą, nie tylko wtedy, gdy spędza ona czas w domu.

Summary

Emilia M. Truskolaska, *Grooming of Minors in the Internet: Criminal Law and Criminological Aspects*

In the era of the Internet, children are exposed to many new perils, child grooming being one of them. In Poland, grooming has been penalized in the Criminal Code under Article 200a as late as in 2009. Thanks to the statistics of the National Police Headquarters, the number of proceedings initiated and crimes identified can be observed to be on the rise. Child grooming is a very important issue because many children can be prevented from becoming victims by understanding the mechanisms of action of potential child grooming perpetrators. The aim of this paper is to present the concept, the profile of a perpetrator and the statutory elements of this crime.

Keywords: *Grooming, internet crime, juvenile victims*

Streszczenie

Emilia M. Truskolaska, *Grooming, czyli uwodzenie małoletnich przez internet – aspekty kryminologiczne oraz prawne*

W dobie rozwoju internetu powstaje wiele zagrożeń skierowanych przeciwko dzieciom. Jednym z nich jest *child grooming*, inaczej nazywany uwodzeniem dzieci. W Polsce dopiero w 2009 r. przestępstwo *groomingu* zostało spenalizowane w Kodeksie karnym, w jego art. 200a, a dzięki statystyce Komendy Głównej Policji można zauważyć tendencję wzrastającą w liczbie postępowań wszczętych oraz liczbie przestępstw stwierdzonych. *Child grooming* jest bardzo ważnym zagadnieniem, ponieważ dzięki poznaniu mechanizmów działania potencjalnych sprawców tego przestępstwa można ochronić wiele dzieci przed stanieniem się ofiarami. Celem artykułu jest przybliżenie pojęcia, sylwetki sprawcy oraz ustawowych znamion przestępstwa *groomingu*.

Słowa kluczowe: *grooming, przestępczość w internecie, nieletnie ofiary*

Literatura:

1. Andrzejewska A., *Dzieci i młodzież w sieci zagrożeń realnych i wirtualnych. Aspekty teoretyczne i empiryczne*, Warszawa 2014.
2. Bielski M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności [w:] Kodeks karny, część szczególna*, red. A. Zoll, Warszawa 2017.
3. Budyn-Kulik M., Kulik M. [w:] *Kodeks karny*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015.

4. Dąbrowska M., *Grooming – wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2018.
5. Fenik K., *Grooming – uwodzenie dzieci w Internecie* [w:] *Tabu seksuologii*, A. Jodko, Warszawa 2008.
6. Filar M., Berent M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar, M. Berent, wyd. V, Warszawa 2016.
7. Filar M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012.
8. Kijanka E., Lipska K., *Child grooming – mroczna strona seksualności* [w:] *Stop pedofilii*, red. J. Buwała, K. Wątor, Kielce 2012.
9. Konarska-Wrżosek V. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Lach, J. Lachowski, T. Oczkowski, I. Zgoliński, A. Ziółkowska, V. Konarska-Wrżosek, wyd. III, Warszawa 2020.
10. Mreńca T., *Zagrożenia świata wirtualnego wśród dzieci i młodzieży*, Katowice 2009.
11. Romańczuk-Grącka M., *Grooming – między polityczno-kryminalną potrzebą a prawnodogmatyczną krytyką*, *Studia Prawnoustrojowe* 2013, nr 19.
12. Salter A.C., *Pokonywanie traumy – jak zrozumieć i leczyć dorosłe ofiary wykorzystywania seksualnego w dzieciństwie*, Poznań 2008.
13. Wojtasik Ł., *Pedofilia i pornografia dziecięca w Internecie*, <https://dzieckokrzywdzone.fdds.pl/index.php/DK/article/view/140>

Diana Dajnowicz-Piesiecka*

Prawne aspekty przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA**

*There is no way that campuses and their students can be safe
unless institutions tell the truth about campus crime.*

Connie Clery¹

1. WPROWADZENIE

System szkolnictwa wyższego w Stanach Zjednoczonych Ameryki znacząco różni się od systemu szkolnictwa wyższego w Polsce. Jest silnie zdecentralizowany i w dużej mierze niezależny od regulacji rządu federalnego. Funkcjonują w nim publiczne i prywatne instytucje szkolnictwa wyższego, uniwersytety i uczelnie duże, i niewielkie, świeckie i wyznaniowe, a także miejskie, podmiejskie i wiejskie. Taka różnorodność instytucji w amerykańskim szkolnictwie wyższym serwuje młodym ludziom szeroki wachlarz możliwości wyboru miejsca kształcenia na poziomie *postsecondary*².

Szkolnictwo wyższe w Stanach Zjednoczonych wyróżnia także podejście do bezpieczeństwa studentów i pracowników naukowych. Przykłada się tam dużą uwagę do dbania o bezpieczeństwo w kampusach, co jest podyktowane dotychczasowymi doświadczeniami amerykańskich szkół wyższych oraz ich studentów. Istotnym problemem jest bowiem *campus crime*, czyli przestępczość popełniana w uniwersyteckich i uczelnianych kampusach, a także na innych terenach lub w budynkach należących do uczelni lub wynajmowanych przez uczelnię, w tym również na terenach nienależących do szkoły wyższej, ale graniczących z jej geograficznym

* Dr Diana Dajnowicz-Piesiecka jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0003-1609-8463, e-mail: d.dajnowicz-piesiecka@uwb.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 4.02.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 30.07.2021 r.

¹ Przekład w wolnym tłumaczeniu: „Dopóki instytucje szkolnictwa wyższego nie będą mówić prawdy o przestępczości kampusowej, kampusy i studium w nich studenci nie będą bezpieczni”. S.D. Carter, C. Bath, *The evolution and components of the Jeanne Clery Act: implications for higher education* [w:] *Campus Crime: Legal, Social, and Policy Perspectives*, red. B.S. Fisher, J.J. Sloan, Springfield 2007, s. 27.

² U.S. Department of State, Understanding U.S. Higher Education, <https://educationusa.state.gov/foreign-institutions-and-governments/understanding-us-higher-education> (dostęp: 24.10.2020 r.).

obszarem i związanych funkcjonalnie z uczelnią lub kampusem. O tym, czy dane przestępstwo stanowi *campus crime* decyduje miejsce jego popełnienia³.

Campus crime to jeden z istotnych problemów amerykańskich uczelni, a także zagadnienie, które od wielu lat jest przedmiotem badań kryminologicznych i prawnych, zwłaszcza naukowców amerykańskich szkół wyższych. Przez długi czas był to problem, którego szkoły wyższe nie chciały podnosić w dyskursie publicznym. Władze uczelni starały się, aby nielegalne incydenty, które zdarzały się w murach szkoły wyższej były rozwiązywane na uczelni i żeby nikt spoza niej nie wiedział o takich sytuacjach. Instytucje nadzorujące działalność uniwersytetów i uczelni nie były informowane o tym, ile przestępstw zdarzało się w ich murach ani jakie procedury bezpieczeństwa wdrażano w obliczu incydentów tego typu. Zmiany w tym zakresie przyniosły lata 80. i 90. XX w., gdy przestępczość w kampusach zaczęła być nagłaśniana w mediach oraz przez różne grupy interesu co spowodowało, że szkoły wyższe musiały w końcu uporać się z tym problemem⁴.

Przełomowe wydarzenia, które sprawiły, że *campus crime* zaczęto traktować bardzo poważnie, zdarzyły się rankiem 5.04.1986 r. na Uniwersytecie Lehigh w Bethlehem w stanie Pennsylvania. To co się wtedy stało, diametralnie zmieniło sytuację dotyczącą *campus crime* w USA. Tego dnia studentka drugiego roku, Jeanne Clery, została zamordowana w swoim pokoju w kampusie własnej uczelni. Przed śmiercią była gwałcona i torturowana. Sprawcą tej zbrodni był Josoph M. Henry, który, tak samo jak Clery, był studentem na Uniwersytecie Lehigh. Młody mężczyzna dostał się do pokoju Jeanne Clery, ponieważ drzwi prowadzące do jej akademika były otwarte, a jeszcze inne były po prostu zepsute⁵.

Po tych tragicznych wydarzeniach, które wstrząsnęły całym amerykańskim środowiskiem akademickim, rodzice Jeanne Clery podjęli działania na rzecz zmiany przepisów. Państwo Clery chcieli, aby zobowiązano szkoły wyższe do poprawy bezpieczeństwa studentów, jak również innych osób uczestniczących w życiu akademickim. Ponadto postulowali, żeby uczelnie raportowały o kryminalnych incydentach, do których dochodzi w ich obrębie oraz żeby publikowały statystyki kryminalne dotyczące *campus crime*. W tym celu Howard i Connie Clery stworzyli w 1987 r. narodową organizację nonprofit „Security on Campus” (teraz nosi ona nazwę „Clery Center for Security on Campus”), która zajmowała się zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości w kampusach. Organizacja ta lobbowała zmiany zarówno w prawie federalnym, jak i stanowym. Jednym z najważniejszych celów tej organizacji była popularyzacja wiedzy o przestępstwach, jakie są popełniane w akademickich kampusach. Zdaniem rodziców zamordowanej Jeanne Clery tylko świadomość i wiedza o zagrożeniach, jakie mogą występować w kampusach mogły uratować młodych ludzi od stania się ofiarą przestępstwa⁶.

³ Zagadnienie miejsca popełnienia przestępstwa jako kryterium zakwalifikowania jakiegoś przestępstwa do grupy przestępstw *campus crime* zostało omówione w dalszej części niniejszego artykułu, jednak interesujące i klarowny wyjaśnienie w tym zakresie dostępne jest także w: D. Ward, J. Lee, *The Handbook for Campus Crime Reporting*, U.S. Department of Education, Waszyngton 2005, s. 11.

⁴ J.J. Sloan, B.S. Fisher, *Campus Crime* [w:] *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, red. Jay S. Albanese, Hoboken 2014, s. 2.

⁵ J.J. III Sloan, *Campus Crime* [w:] *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, red. J.M. Miller, Thousand Oaks 2009, s. 448.

⁶ Ch.P. Bedenbaugh, *Measuring fear of crime on campus: a study of an urban University*, Baton Rouge 2003, s. 1–2, LSU Master's Theses, https://digitalcommons.lsu.edu/gradschool_theses/537 (dostęp: 23.10.2020 r.).

Lobbying rodziców Jeanne Clery doprowadził do uchwalenia w 1990 r. aktu prawa federalnego zobowiązującego uczelnie i uniwersytety otrzymujące federalną pomoc finansową do oficjalnego zgłaszania przestępstw popełnianych w obrębie kampusów. Tym aktem prawnym był *The Student-Right-To-Know and Campus Security Act*⁷. Postanowienia tego dokumentu zmieniły ustawę o szkolnictwie wyższym z 1965 r.⁸ poprzez dodanie przepisów zobowiązujących szkoły wyższe do prowadzenia ewidencji i statystyk kryminalnych, dotyczących incydentów kryminalnych w kampusach oraz do prowadzenia sprawozdawczości w tym zakresie. Pod koniec lat 90. ub. w. zmieniono nazwę tego aktu prawnego na *The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics Act*⁹. Zmiana nazwy miała na celu upamiętnienie i uhonorowanie pamięci Jeanne Clery oraz była uhonorowaniem heroicznej walki jej rodziców o to, aby szkolnictwo wyższe zaczęło chronić młodych ludzi przed atakami w kampusach uczelnianych.

Dramat, jaki wydarzył się na Uniwersytecie Lehigh, odcisnął piętno na amerykańskim szkolnictwie wyższym, jednocześnie przyczyniając się do podjęcia działań na rzecz polepszenia bezpieczeństwa w kampusach. Mimo poprawy sytuacji niemożliwe okazało się całkowite wyeliminowanie zagrożeń z życia akademickiego – w amerykańskich szkołach wyższych wciąż bowiem popełniane są przestępstwa¹⁰. Wynika to m.in. ze specyfiki systemu kształcenia stanowego, który stwarza nierówności w zakresie jakości i poziomu wykształcenia oferowanego przez poszczególne uczelnie. Występują w nim też znaczące różnice w wysokości opłat za edukację. Nie bez znaczenia są różnice kulturowe w społeczności studentów, na które uczelnie reagują niewystarczająco. Czynniki te eskalują przemoc prowadzącą często do popełniania przestępstw. Niemniej jednak instytucje akademickie przewidują obecnie odpowiednie procedury reagowania na takie zdarzenia, a także podejmują działania na rzecz ich zwalczania i przeciwdziałania.

2. ZAGADNIENIA METODOLOGICZNE

Niniejszy artykuł ma na celu poszerzenie bieżącego stanu wiedzy jaki mamy w Polsce na temat przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA. W naszej rodzimej literaturze naukowej nie poruszano bowiem dotąd zagadnienia działalności amerykańskich instytucji szkolnictwa wyższego na rzecz bezpieczeństwa swoich studentów oraz pracowników. Za potrzebne i wartościowe uznano uzupełnienie informacji w tym zakresie, i dlatego w pracy przedstawiono wyniki analizy

⁷ *Student Right-To-Know and Campus Security Act of 1990*, <https://www.congress.gov/bill/101st-congress/senate-bill/580> (dostęp: 23.10.2020 r.).

⁸ *The Higher Education Act of 1965*, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-79/pdf/STATUTE-79-Pg1219.pdf#page=1> (dostęp: 23.10.2020 r.).

⁹ J.J. III Sloan, *Campus Crime* [w:] *Encyclopedia of Crime and Punishment*, red. David Levinson, Thousand Oaks 2002, s. 146.

¹⁰ Zob. np. M. Gius, *Campus crime and concealed carry laws: Is arming students the answer?*, "The Social Science Journal" 2019, t. 56(1), s. 3–9; R.J. Voth Schrag, *Campus Based Sexual Assault and Dating Violence: A Review of Study Contexts and Participants*, "Journal of Women and Social Work" 2017, t. 32, s. 67–80; C.E. Jordan, J.L. Combs, G.T. Smith, *An Exploration of Sexual Victimization and Academic Performance Among College Women*, "Trauma, Violence, & Abuse" 2014, t. 15(3), s. 191–200; B. Mason, M. Smithey, *The Effects of Academic and Interpersonal Stress on Dating Violence Among College Students: A Test of Classical Strain Theory*, "Journal of Interpersonal Violence" 2011/27(5), s. 974–986.

amerykańskich regulacji prawnych dotyczących przeciwdziałania przestępstwom popełnianym na kampusach akademickich. W artykule zaprezentowano również rozmiary, strukturę i dynamikę zmian *campus crime*. Do przeprowadzenia badań użyto trzech metod badawczych typowych dla nauk prawnych i kryminologii, a mianowicie: metodę analizy i krytykę piśmiennictwa¹¹, metodę dogmatyczną¹² oraz metodę analizy danych wtórnych¹³.

Jako pierwszą posłużono się metodą analizy i krytyki piśmiennictwa w celu zbadania literatury powstałej dotąd na temat *campus crime* oraz uzupełnienia stanu wiedzy o tym problemie w polskiej przestrzeni naukowej. Analiza literatury pozwoliła ponadto zrozumieć, a następnie wyjaśnić istotę przepisów prawa amerykańskiego dotyczącego przestępstw popełnianych w amerykańskich kampusach.

Metodę dogmatyczną zastosowano w celu przeanalizowania wybranych aktów prawnych obowiązujących w USA i mających zastosowanie w obliczu *campus crime*. Badanie materiału normatywnego pozwoliło ustalić, jakie obowiązki ciąży aktualnie na uczelniach w zakresie kontroli przestępczości kampusowej. Co istotne, skorzystanie z tej metody pozwoliło nie tylko przeanalizować, ale także zinterpretować przepisy prawa. Analizę przepisów uzupełniono analizą literatury, co pomogło wyjaśnić istotę badanych regulacji.

Z kolei skorzystanie z metody analizy danych wtórnych polegało na analizie istniejących statystyk dotyczących *campus crime*. Wykorzystano oficjalne dokumenty Departamentu Edukacji USA przygotowane na podstawie danych ze szkół wyższych, obejmujących statystyki kryminalne dotyczące przestępstw dokonywanych w kampusach. Przeanalizowane dane statystyczne były bardzo cennym źródłem informacji, dzięki któremu możliwe okazało się określenie skali, struktury i dynamiki zmian *campus crime*.

Należy dodać, że poza rozważaniami podjętymi w tym opracowaniu znajdują się zagadnienia dotyczące „ciemnej liczby” *campus crime*. Warto przy tym podkreślić, że przyczyny występowania tzw. ciemnej liczby przestępstw (czyli przestępstw nierejestrowanych) są zróżnicowane, natomiast w kontekście przestępczości kampusowej mogą je stanowić w szczególności obawa przed sprawcą, strach przed wtórną wiktyimizacją, brak wiary w skuteczność działań podejmowanych przez organy ścigania, a także, być może w największym stopniu, obawa przed różnymi formami ostracyzmu społeczności akademickiej (np. w postaci zarzutu donosicielstwa na kolegę).

Przeanalizowane dane statystyczne zostały zgromadzone przez oficjalną agencję rządową, więc należy je uznać za wiarygodne. Niemniej jednak trzeba mieć na względzie, że jakość tego typu materiału jest zawsze problematyczna, np. z powodu różnicy w interpretacji pytania zadanego respondentom. Dlatego zaprezentowane w pracy wybrane symptomy przestępczości kampusowej dostarczają wiedzy tylko

¹¹ Zob. m.in. J. Apanowicz, *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002, s. 72.

¹² Metoda dogmatyczna nazywana też metodą formalno-dogmatyczną jest typową i często używaną w polskich badaniach prawnych, jak również zagranicznych, w obszarze w którym nosi ona nazwę *doctrinal legal research*. Zob. więcej w: K. Vibhuti, F. Aynalem, *Legal Research Methods*, Pretoria 2009, s. 71 i n., <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf> (dostęp: 2.11.2020 r.).

¹³ Określana również jako wtórna analiza danych, analiza danych zastanych lub metoda badania dokumentów. Zob. więcej w: R. Bachman, R.K. Schutt, *The practice of research in criminology and criminal justice*, Thousand Oaks 2011, s. 325 i n.

o przestępczości zarejestrowanej, a nie o przestępczości rzeczywistej.

Wyniki analiz przedstawione w artykule dzielą się na dwie części. Najpierw zaprezentowano obraz przestępczości kampusowej w Stanach Zjednoczonych. Ujęto w nim wybrane symptomy badanego zjawiska. Treści zawarte w tym fragmencie mają na celu przybliżenie czytelnikowi, jak poważnym problemem tamtejszego szkolnictwa wyższego od lat pozostaje *campus crime*. Następnie omówiono akty prawne, które są kluczowymi instrumentami przeciwdziałania przestępczości na amerykańskich uczelniach.

3. OBRAZ PRZESTĘPCZOŚCI KAMPUSOWEJ NA PODSTAWIE DANYCH DEPARTAMENTU EDUKACJI USA

Przed omówieniem prawnych aspektów przeciwdziałania przestępczości kampusowej wypada wyjaśnić, dlaczego w ogóle *campus crime* to problem istotny i wymagający regulacji w przepisach. Chcąc dowiedzieć się, czy przestępczość w kampusach w USA nie jest problemem marginalnym, a nawet incydentalnym, podjęto się przeanalizowania rozmiarów przedmiotowego problemu, a także dynamiki zmian, jakie w nim zachodzą.

Obraz przestępczości kampusowej przedstawiono na podstawie danych statystycznych opublikowanych na stronie internetowej Departamentu Edukacji poświęconej bezpieczeństwu i ochronie w kampusach¹⁴. Dostępne tam statystyki pochodzą z 6.104 funkcjonujących w Stanach Zjednoczonych szkół wyższych¹⁵, w których znajduje się 11.013 kampusów. Informacje dotyczące przestępstw kampusowych publikowane na stronie internetowej „Campus Safety and Security” zostały podzielone na następujące kategorie:

- przestępstwa kryminalne, do których zalicza się: informacje o zabójstwach, nieumyślnym spowodowaniu śmierci, przestępstwach seksualnych z użyciem przemocy, przestępstwach seksualnych bez użycia przemocy, zgwałceniach, stosunkach seksualnych z osobą poniżej 18. roku życia, molestowaniu seksualnym w postaci dotykania cudzych części ciała, kazirodztwie, rozbojach, napaściach z bronią w rękę, włamaniach, kradzieżach pojazdu silnikowego i podpaleniach;
- przestępstwa motywowane nienawiścią, wśród których zawarto informacje o takich przestępstwach, których motywem są uprzedzenia sprawcy do ofiary (np. wynikające z płci, pochodzenia etnicznego, niepełnosprawności, języka, narodowości, wyglądu fizycznego, wyznania, tożsamości płciowej lub orientacji seksualnej). Wśród tej kategorii przestępstw znajdujemy też informacje o zabójstwach, zgwałceniach, stosunkach seksualnych z osobą poniżej 18 lat, molestowaniu seksualnym w postaci dotykania cudzych części ciała, kazirodztwie, rozbojach, napaściach z bronią w rękę, włamaniach, kradzieżach pojazdów silnikowych, podpaleniach, pobiciach, kradzieżach, zastraszaniu oraz zniszczeniu lub uszkodzeniu mienia;

¹⁴ Campus Safety and Security, <https://ope.ed.gov/campussafety/#/> (dostęp: 3.11.2020 r.).

¹⁵ Ujęto tu wszystkie szkoły z poziomu *postsecondary*, tj. college, instytucje, uniwersytety publiczne, a także prywatne typu non-for-profit i for-profit.

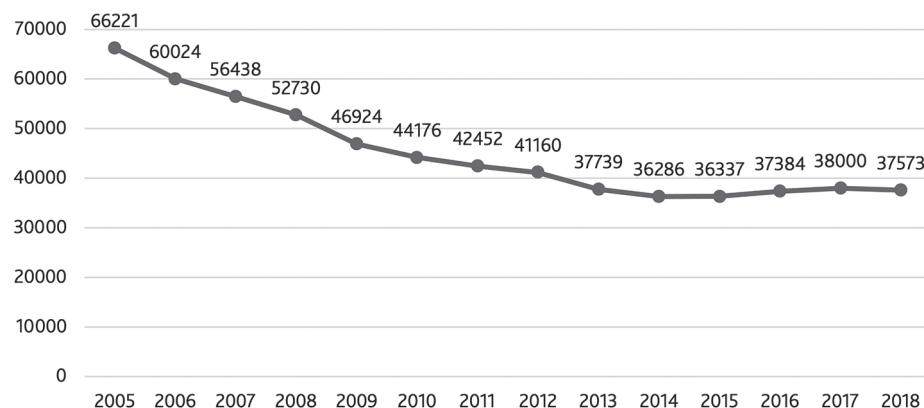
- przestępstwa z ustawy *Violence Against Women Act*¹⁶, pośród których zawarte są dane o przemocy domowej (między członkami rodziny lub partnerami), przemocy na randkach oraz stalkingu.

Poza wiadomościami o wymienionych kategoriach przestępstw, Departament Edukacji publikuje również inne informacje związane z *campus crime*, a mianowicie: dane o aresztowaniach, dane o postępowaniach dyscyplinarnych, dane o bezzasadnych zgłoszeniach przestępstw oraz dane o pożarach, do których doszło w akademikach oraz o rannych lub zmarłych w wyniku tych pożarów. Z uwagi na tematykę niniejszego opracowania do analizy zakwalifikowano wyłącznie dane o zarejestrowanych przestępstwach kryminalnych, motywowanych nienawiścią oraz związanych z przemocą wobec kobiet, a także informacje o liczbie zgłoszeń przestępstw kampusowych, które okazały się bezzasadne.

Śpośród przestępstw popełnianych na kampusach największą skalę osiąga grupa przestępstw kryminalnych. W 2018 r., czyli w ostatnim roku ujętym w statystykach dotyczących przestępczości kampusowej, odnotowano 37.573 zgłoszeń przestępstw tego rodzaju. Wykres 1 przedstawia szczegółowe informacje w zakresie rozmiarów i dynamiki zmian przestępczości tej kategorii poczynszy od 2005 r.

Wykres 1

Liczba zgłoszonych przestępstw kryminalnych składających się na przestępczość kampusową w szkołach wyższych w USA w latach 2005–2018



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

Z powyższego wykresu wynika, że co roku w kampusach amerykańskich uczelni dochodzi do kilkudziesięciu tysięcy przestępstw kryminalnych. Najwięcej przestępstw tego typu zarejestrowano w 2005 r. – odnotowano wówczas 66.221 incydentów.

¹⁶ *The Violence Against Women Act* jest ustawą federalną podpisaną przez Billa Clintona 13.09.1994 r. i uchwaloną jako tytuł IV ustawy *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*. Ustawa ustanowiła środki finansowe na przeciwdziałanie przemocy stosowanej wobec kobiet, ustanowiła nowe restrykcje wobec skazanych za przemoc wobec kobiet oraz umożliwiła dochodzenia zadośćuczynienia w postępowaniu cywilnym w przypadkach, gdy prokuratorzy odmawiali procedowania w sprawach o przemoc wobec kobiet. Ustawa ustanowiła również w Departamencie Sprawiedliwości USA Biuro ds. Przemocy wobec Kobiet, <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/3355/text> (dostęp: 3.11.2020 r.).

Z kolei najmniej kampusowych przestępstw kryminalnych odnotowano w 2014 r. – 36.286 przypadków. Co istotne, w analizowanym okresie obserwujemy trend malejący kampusowej przestępczości kryminalnej – liczba przestępstw w 2018 r. (37.573) zmalała w stosunku do liczby przestępstw w 2005 r. o 43,3%, a więc blisko o połowę.

Warto wskazać, że w latach 2014–2017 miało miejsce odchylenie od ogólnego kierunku zmian kampusowej przestępczości kryminalnej – nastąpił wówczas niewielki wzrost liczby przestępstw tego typu. W 2015 r. zarejestrowano 36.337 przestępstw kryminalnych, w 2016 r. – 37.384 zaś w roku 2017 – 38.000. Największy wzrost odnotowano zatem w 2016 r., gdy zarejestrowano ponad 1 tysiąc przestępstw tego rodzaju więcej w porównaniu do 2015 r. (w stosunku do roku poprzedniego przestępczość ta wzrosła więc o 3%).

Dane z wykresu 1 przekonują, że sytuacja związana z przestępczością kryminalną, do której dochodzi w szkołach wyższych polepszyła się w analizowanym okresie, bowiem rejestrowano wówczas coraz mniej przestępstw tego rodzaju. Należy jednak zaznaczyć, że trend odnotowany w obszarze kryminalnej *campus crime* odzwierciedla zmiany, jakie zachodzą od lat w ogólnym obrazie przestępczości kryminalnej (czy też przestępczości z użyciem przemocy) w Stanach Zjednoczonych¹⁷. W tym miejscu warto wspomnieć krótko o tym, że w ostatnim czasie przyczyny zmniejszania się rejestrowanej liczby przestępstw kryminalnych upatruje się m.in. w malejącym poziomie zaufania społecznego do organów ścigania. Jest to pokłosie takich incydentów jak np. zastrzelenie w 2014 r. przez policję w Ferguson Michaela Browna – część amerykańskiego społeczeństwa stoi bowiem na stanowisku, że organy ścigania w obliczu podobnych sytuacji przekraczają granice prawa wobec czego, gdy dochodzi do przestępstwa, obywatele rezygnują z poszukiwania pomocy u policji¹⁸.

Poza obserwacją w zakresie zmian, jakie występowały w latach 2005–2018 w rozmiarach przestępstw kampusowych, przyjrzyć się wypada również temu, jak kształtowała się struktura przestępczości kryminalnej oraz które z przestępstw do niej zaliczanych stanowiły i stanowią aktualnie największe zagrożenie. Informacje na ten temat ilustruje tabela 1.

Na podstawie danych liczbowych zawartych w poniższej tabeli należy stwierdzić, że najczęściej popełnianym na uczelniach w Stanach Zjednoczonych przestępstwem kryminalnym jest włamanie. W okresie objętym analizą przestępstwo to było rejestrowane najczęściej razy w 2005 r. – zgłoszono ich wtedy 38.065, zaś najmniej – w 2018 r., gdy odnotowano 10.818 włamań. W przypadku tego przestępstwa można zaobserwować, że wykazuje ono taki sam kierunek zmian, jaki występuje w ogólnym trendzie kampusowej przestępczości kryminalnej. Trend spadkowy charakteryzował jednak nie tylko włamania, lecz większość kampusowych przestępstw kryminalnych, choć w przypadku włamań tendencja ta jest najbardziej wyraźna – liczba włamań w 2018 r. – w porównaniu z 2005 r. – spadła bowiem aż o 71,5%, podczas gdy w przypadku innych, najliczniej popełnianych przestępstw kryminalnych spadek ten kształtował się następująco: rozbój – 58%, kradzież pojazdu silnikowego – 57,7%, napaść z bronią w rękę – 32,9%.

¹⁷ N. James, *Recent Violent Crime Trends in the United States*, "Congressional Research Service" 2018, s. 8 i n., <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45236.pdf> (dostęp: 5.11.2020 r.).

¹⁸ N. James, *Recent Violent...*, s. 15.

Tabela 1

Struktura zgłoszonej przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA w latach 2005–2018

	zabójstwo	nieumyślne spowodowanie śmierci	przestępstwo seksualne z użyciem przemocy	przestępstwo seksualne bez użycia przemocy	zgwałcenie	stosunek seksualny z osobą w wieku poniżej 18 lat	molestowanie seksualne w postaci dotykania cudzych części ciała	kazirodztwo	rozboj	napaść z bronią w ręku	włamanie	kradzież pojazdu silnikowego	podpalenie
2005	28	32	3602	57	0	0	0	0	5452	5904	38065	11859	1222
2006	24	0	3487	58	0	0	0	0	4923	5481	35082	9857	1112
2007	66	8	3471	61	0	0	0	0	4985	5171	33013	8749	914
2008	56	5	3275	60	0	0	0	0	4556	4836	31792	7333	817
2009	32	3	3289	98	0	0	0	0	4649	4861	26074	7171	746
2010	33	5	3626	69	0	0	0	0	4664	4673	24030	6243	833
2011	34	2	4237	69	0	0	0	0	4412	4668	22027	6289	714
2012	33	2	4983	73	0	0	0	0	4317	4640	20571	5731	810
2013	43	1	6068	59	0	57	0	2	3765	4164	17412	5433	736
2014	34	4	0	0	5200	68	2755	1	3174	3847	15459	5045	699
2015	40	3	0	0	5922	70	3414	1	2959	4036	13951	5258	683
2016	40	5	0	0	6714	70	3622	3	3048	3959	13599	5632	692
2017	46	4	0	0	7559	100	4527	0	2797	4137	12590	5529	711
2018	32	4	0	0	8529	78	6348	3	2286	3964	10818	5016	495

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

Jak zasygnalizowano, innymi niż włamania przestępstwami, jakie osiągały duże rozmiary były kradzieże pojazdów silnikowych (najwięcej w 2005 r. – 11.859, najmniej w 2018 r. – 5.016), napaści z bronią w ręku (w 2005 r. najwięcej przypadków – 5.904, w roku 2014 najmniej – 3.847), rozboje (najwięcej w 2005 r. – 5.452, najmniej w roku 2018 – 2.286), a także przestępstwa seksualne z użyciem przemocy (których najwięcej zarejestrowano w 2014 r. – 6.068, a najmniej w 2008 r. – 3.275). Należy też odnotować, że o ostatniej wymienionej grupie przestępstw informacje gromadzono do 2015 r., zaś najpóźniejsze dane liczbowe w tym zakresie pochodzą z 2013 r. Zgłoszenia, które do 2015 r. zaliczano do grupy przestępstw seksualnych z użyciem przemocy, zaczęto następnie gromadzić jako zgwałcenia oraz molestowania seksualne w postaci dotykania cudzych części ciała¹⁹.

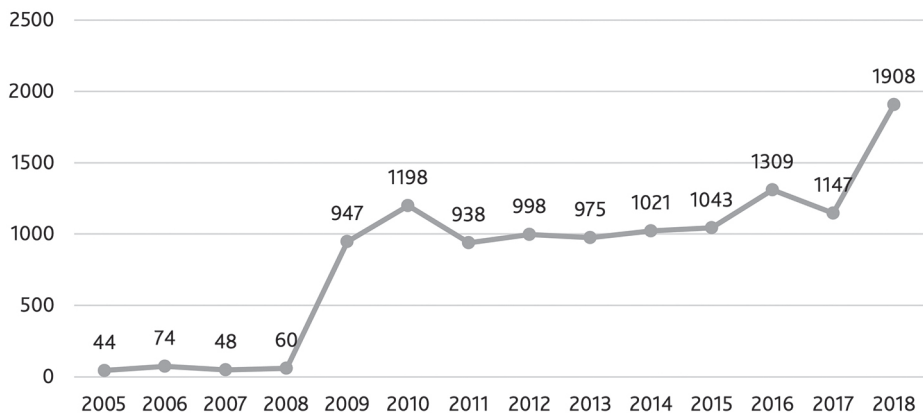
¹⁹ Również przestępstwa seksualne bez użycia przemocy zniknęły ze statystyk *campus crime*, gdyż informacje o takich zdarzeniach zaczęto przyporządkowywać dwóm nowym typom zachowań w tym katalogu przestępstw, czyli wspomnianym zgwałceniom i molestowaniom seksualnym w postaci dotykania drugiej osoby. Informacje w tym zakresie dostępne na stronie Departamentu Edukacji USA, Campus Safety and Security, <https://ope.ed.gov/campusafety/Trend/public/#/subjects> (dostęp: 5.11.2020 r.).

Co istotne, zgwałcenia i molestowania seksualne w postaci dotykania cudzych części ciała wyróżniają się odmiennym kierunkiem zmian od tego, jaki występuje w przypadku innych kampusowych przestępstw kryminalnych – zgwałcenia i molestowania seksualne cechuje trend rosnący. Najwięcej zgwałceń zarejestrowano w 2018 r. (8.529), zaś najmniej w roku 2014 (5.200), co oznacza, że liczba tych przestępstw wzrosła w ciągu 4 lat o 64%. Również molestowań odnotowano najwięcej w 2018 r. – 6.348, a najmniej w 2014 r. – 2.755, co jest równoznaczne z tym, że rozmiary tego przestępstwa powiększyły się aż o 130,5%.

Drugą kategorią przestępstw kampusowych, o których Departament Edukacji informuje na swojej stronie internetowej, są przestępstwa motywowane nienawiścią. Na tę grupę przestępstw składają się te same zachowania co na przestępczość kryminalną, a także pobicia, zwykle kradzieże, zastraszanie oraz zniszczenie bądź uszkodzenie cudzego mienia. Przestępstwa motywowane nienawiścią wyróżniają się tym, że ich sprawcę „napędzają” do przestępczego działania pewne cechy ofiary przestępstwa, jej przynależność do danej grupy, wobec której sprawca odczuwa niechęć – zachowanie sprawcy ma więc źródło w indywidualnych cechach ofiary, które wyróżniają ją spośród innych ludzi²⁰.

Wykres 2

Liczba zgłoszonych przestępstw motywowanych nienawiścią składających się na przestępczość kampusową w szkołach wyższych w USA w latach 2005–2018



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

Na podstawie powyższego wykresu obserwujemy, że przestępczość motywowana nienawiścią wzrasta na amerykańskich uczelniach. W pierwszych czterech latach analizowanego okresu (2005–2008) rejestrowano co roku kilkadziesiąt przestępstw tego typu – najmniej odnotowano ich w 2005 r. (44), zaś najwięcej w 2008 r. (74). Następnie, w 2009 r. nastąpił wręcz eksplozywny wzrost przestępczości motywowanej uprzedzeniami, bowiem zarejestrowano wówczas 947 takich przestępstw. Tym samym liczba zarejestrowanych przestępstw w 2009 r. w stosunku

²⁰ A. Szul-Szywała, *Przestępstwa z nienawiści w polskim prawie* [w:] *Przemoc motywowana uprzedzeniami. Przestępstwa z nienawiści*, red. A. Lipowska-Teutsch, E. Rylko, Kraków 2007, s. 13.

do liczby zarejestrowanych przestępstw w 2008 r. wzrosła aż o 1.478%. Trzeba jednak pamiętać, że jeśli dynamika zmian przestępczości wykazuje gwałtowne, zdarzające się w konkretnym momencie czasowym zmiany, wówczas musi istnieć określona przyczyna takiego stanu rzeczy²¹.

W omawianej sytuacji główną przyczyną nagłego przyrostu zarejestrowanych kampusowych przestępstw motywowanych nienawiścią było wprowadzenie nowego ustawodawstwa federalnego, a mianowicie *The Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act* (zwanego też: *The Hate Crimes Act* czy *The Matthew Shepard Act*)²². Ustawa została uchwalona 22.10.2009 r., a następnie podpisana 28.10.2009 r. przez prezydenta Baracka Obamę. Ustawa nosi imię Matthew Sheparda i Jamesa Byrda Jr., którzy byli ofiarami zbrodni z nienawiści. Matthew Shepard był homoseksualnym studentem, którego pobito na śmierć w Wyoming w 1998 r., zaś James Byrd Jr. był Afroamerykaninem zamordowanym przez białych suprematystów w Teksasie (także w 1998 r.). *The Matthew Shepard and James Byrd Jr. Hate Crimes Prevention Act* rozszerzyła definicję przestępstwa z nienawiści, przyjmując, że jest nim przestępstwo popełnione ze względu na faktyczną lub domniemaną rasę, kolor skóry, religię, narodowość, pochodzenie etniczne, płeć, niepełnosprawność lub orientację seksualną ofiary²³.

Warto wspomnieć, że zmiany w prawie to nie jedyna przyczyna wzrostu liczby przestępstw motywowanych nienawiścią. Innym czynnikiem, który mógł mieć na to wpływ stanowi działalność ruchów społecznych na rzecz osób, które mogą być narażone na ataki motywowane nienawiścią, m.in. ze względu na rasę czy orientację seksualną (np. Black Lives Matter, ruch praw LGBT). Działalność takich ruchów przyczynia się do zwiększenia społecznej świadomości zarówno o konieczności zgłaszania incydentów kryminalnych danego rodzaju przez ofiary, jak i o obowiązku przyjmowania takich zgłoszeń oraz ścigania sprawców przestępstw.

Mając wiedzę o rozmiarach kampusowej przestępczości z powodu uprzedzeń, należy sprawdzić, jak w latach 2005–2018 kształtowała się jej struktura. Dane liczbowe na ten temat zawarto w tabeli 2.

Przestępstwem motywowanym nienawiścią popełnianym na uczelniach w USA na największą skalę jest niszczenie i uszkodzanie cudzego mienia. Co roku w kampusach uniwersyteckich dochodzi do kilkuset tego rodzaju zdarzeń. Najwięcej takich zachowań odnotowano w 2018 r. (746), a najmniej w 2014 r. (372). Drugim najliczniej rejestrowanym przestępstwem jest zastraszanie. Co ważne, w latach 2014, 2015 i 2018 było ono popełniane na większą skalę niż niszczenie lub uszkodzanie mienia. Najwięcej zdarzeń tego rodzaju miało miejsce w 2018 r. (782), zaś najmniej – w roku 2009 (244). Trzecim najczęściej popełnianym przestępstwem kampusowym z nienawiści było pobicie. Od 2010 r. niemalże rokrocznie rejestrowano ponad 100 incydentów tego rodzaju. W ciągu lat 2005–2018 liczba rejestrowanych występków tego rodzaju wzrosła dziesięciokrotnie (z 22 w 2005 r. do 220 w 2018 r.).

²¹ J. Błachut, *Problemy związane z pomiarem przestępczości*, Warszawa 2007, s. 177.

²² *The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act*, http://files.pfaw.org.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/pfaw_files/shepardbyrdact.pdf (dostęp: 5.11.2020 r.).

²³ M. Boram, *The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act: A Criminal Perspective*, "University of Baltimore Law Review" 2016/2, t. 45, s. 343–345.

Tabela 2

Struktura zgłoszonej przestępczości motywowanej nienawiścią w szkołach wyższych w USA w latach 2005–2018

	zabójstwo	zgwaltowanie	stosunek seksualny z osobą w wieku poniżej 18 lat	molestowanie seksualne w postaci dotykania cudzych części ciała	kazirodztwo	rozbój	napaść z bronią w ręku	włamanie	kradzież pojazdu silnikowego	podpalenie	pobicie	kradzież	zastraszanie	zniszczenie lub uszkodzenie mienia
2005	0	0	0	0	0	5	14	1	0	0	22	0	0	0
2006	0	0	0	0	0	1	25	19	0	2	18	0	0	0
2007	0	0	0	0	0	1	15	0	1	2	28	0	0	0
2008	0	0	0	0	0	1	22	5	0	2	27	0	0	0
2009	0	0	0	0	0	14	29	10	13	0	76	99	244	451
2010	0	0	0	0	0	27	42	12	16	0	103	24	342	625
2011	0	0	0	0	0	10	29	13	2	2	102	26	343	401
2012	0	0	0	0	0	13	27	10	5	0	111	46	332	445
2013	0	0	0	0	0	12	29	5	5	0	136	41	355	383
2014	0	4	0	3	0	8	38	52	5	1	93	38	407	372
2015	0	5	0	4	0	5	28	5	4	2	119	47	431	393
2016	0	6	0	8	0	7	54	6	6	2	155	61	501	503
2017	1	2	0	6	0	10	33	4	5	1	121	30	468	466
2018	0	4	0	18	0	10	70	14	2	2	220	40	782	746

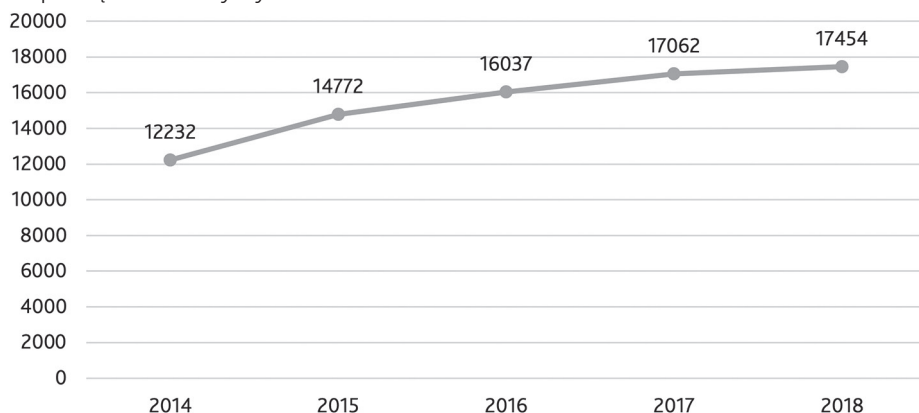
Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

Kolejny wykres przedstawia rozmiary przestępczości z *Violence Against Women Act*. Uczelnie zaczęły zbierać informacje w zakresie przestępstw tego typu dopiero w 2014 r., wobec czego objęte analizą dane liczbowe pochodzą z lat 2014–2018.

W świetle danych statystycznych ujętych na poniższym wykresie, w szkołach wyższych w Stanach Zjednoczonych co roku odnotowuje się ponad 10 tysięcy przypadków przestępstw z ustawy *Violence Against Women Act*. Co ważne, z roku na rok przestępstw tego typu rejestruje się coraz więcej. W pierwszym roku analizowanego okresu zanotowano ich 12.232, zaś w ostatnim już – 17.454. Prowadzi to do wniosku, że w ciągu pięciu lat rozmiary tej przestępczości wzrosły prawie o połowę (a dokładnie o 43%). Przyczyn tego stanu rzeczy jest wiele, można jednak wśród nich wyróżnić np. coraz większą świadomość społeczną dotyczącą konieczności zgłaszania przemocy wobec kobiet, a także coraz silniej wyrażany brak społecznego przyzwolenia na tego rodzaju zachowania. Pokłosiem tego było powstanie

Wykres 3

Liczba zgłoszonych przestępstw z ustawy *Violence Against Women Act* składających się na przestępczość kampusową w szkołach wyższych w USA w latach 2014–2018



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

w 2017 r. ruchu obywatelskiego #MeToo, którego celem było zwrócenie uwagi na problem molestowania seksualnego kobiet. Znalazło to swoje odzwierciedlenie także w statystykach kryminalnych dotyczących przemocy stosowanej wobec kobiet na amerykańskich uczelniach, jednak wymaga podkreślenia, że problem zgłaszania zdarzeń tego rodzaju wciąż występuje. Chociaż studentki (i kobiety w ogóle) coraz częściej decydują się alarmować organy ścigania o przypadkach stosowania wobec nich przemocy, wciąż zgłaszanie takich zdarzeń przez ofiary jest niedostateczne, a najczęstszą przyczyną jest przekonanie, że inni, szczególnie osoby na kierowniczych stanowiskach akademickich, nie uwierzą studentkom²⁴.

Jeżeli chodzi o kampusową przestępczość określoną w *Violence Against Women Act*, to wyróżnia się trzy rodzaje – przemoc domową, przemoc na randkach oraz stalking. Dane liczbowe o każdym rodzaju przedstawia tabela 3.

Tabela 3 Struktura zgłoszonej przestępczości z ustawy <i>Violence Against Women Act</i> składających się na przestępczość kampusową w szkołach wyższych w USA w latach 2014–2018			
	przemoc domowa	przemoc na randce	stalking
2014	3970	3605	4657
2015	4407	4339	6026
2016	4389	4806	6842
2017	4634	5178	7250
2018	4459	4864	8131

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

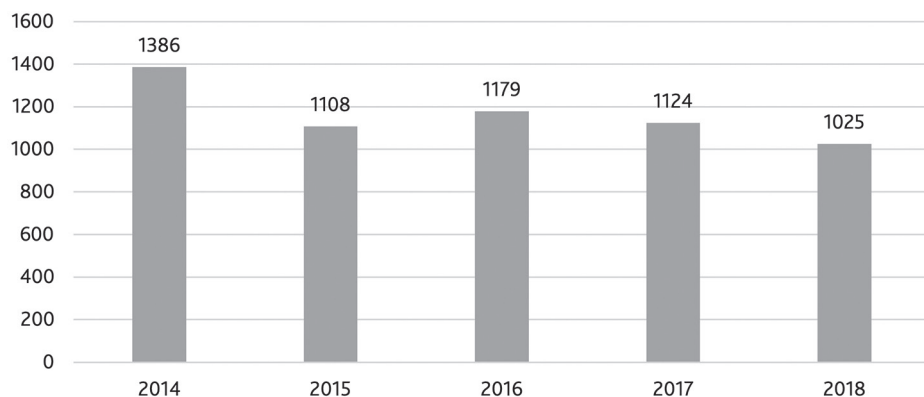
²⁴ J. Wiersma-Mosley, K. Jozkowski, *A Brief Report of Sexual Violence among Universities with NCAA Division I Athletic Programs*, "Behavioral Sciences" 2019/17, t. 9, s. 5.

Z danych przedstawionych w powyższej tabeli wyłania się struktura zarejestrowanej w kampusach przestępczości z ustawy *Violence Against Women Act*. Dominuje w niej przestępstwo stalkingu, które w 2014 r. zostało odnotowane 4.657 razy, zaś w roku 2018 – 8.131. Przestępstwo to prawie podwoiło swoje rozmiary, czego nie można powiedzieć o dwóch pozostałych. Na początku analizowanego okresu drugim najliczniej rejestrowanym przestępstwem tego rodzaju była przemoc domowa, jednak od 2016 r. częściej odnotowywane są przypadki stosowania przemocy na randkach. W obu tych przypadkach w 2018 r. zanotowano ich spadek – przejawów przemocy na randce zarejestrowano wówczas 4.864 przypadki, zaś przemocy domowej – 4.459.

Zarejestrowana przestępczość kampusowa nie pokazuje rzeczywistego kształtu tego zjawiska, ponieważ nie o wszystkich zdarzeniach wyczerpujących znamiona któregoś z *campus crime* dowiadują się odpowiednie organy. Zdarza się jednak i tak, że niektóre zdarzenia zgłaszane są jako przestępstwa kampusowe, ale w toku postępowania okazuje się, iż zgłoszenie nie miało oparcia w faktycznym przebiegu zdarzeń. Dane liczbowe o bezpodstawnie zgłoszonych przypadkach *campus crime* obrazuje wykres 4.

Wykres 4

Bezpodstawne zgłoszenia przestępstw kampusowych



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji USA.

Z powyższego wykresu wynika, że z roku na rok maleje liczba zgłoszeń przestępstw kampusowych, które w rzeczywistości nie miały miejsca. W 2014 r. odnotowano 1.386 takich przypadków, zaś w 2018 r. – 1.025. Niemniej jednak, mimo zauważalnego spadku takich zgłoszeń, organy uczelni w latach 2014–2018 co roku rejestrowały ponad 1 tysiąc takich incydentów.

W świetle przedstawionych danych należy stwierdzić, że przestępstwami popełnianymi na największą skalę są przestępstwa kryminalne, jednak charakteryzuje je trend spadkowy. Choć przestępstw motywowanych nienawiścią oraz określonych w *Violence Against Women Act* na uczelniach w USA odnotowuje się znacznie mniej niż przestępstw kryminalnych, to trzeba mieć na uwadze, że te z kolei charakteryzuje wzrost. Co ważne, choć *campus crime* nie stanowi wielkiego wycinka ogólnego

obrazu przestępczości w Stanach Zjednoczonych²⁵, występuje praktycznie w każdej uczelni, więc należy ją uznać za istotne zagrożenie funkcjonowania środowiska akademickiego.

4. THE JEANNE CLERY DISCLOSURE OF CAMPUS SECURITY POLICY AND CRIME STATISTICS ACT

Najważniejszym dokumentem regulującym bezpieczeństwo i ochronę studentów w amerykańskich kampusach, mającym ogromne znaczenie w obszarze przeciwdziałania temu problemowi, jest *The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Crime Statistics Act*²⁶. Jest to federalny akt prawny²⁷ zobowiązujący instytucje szkolnictwa wyższego finansowane z budżetu federalnego do ujawniania informacji o przestępstwach popełnianych w ich kampusach i okolicznych terenach, a także informowania o polityce bezpieczeństwa i innych kwestiach związanych z przestępczością. Szkoły wyższe, które nie wywiązują się ze zobowiązań nałożonych w *Clery Act* mogą zostać ukarane wysokimi grzywnami, a nawet pozbawione finansowania z federalnego programu pomocy. Nadzór nad uczelniami i uniwersytetami w zakresie zgodności ich działalności z postanowieniami ustawy sprawuje Departament Edukacji. Departament określa również, jakie sankcje ponosi szkoła wyższa, która nie wywiązuje się ze zobowiązań wynikających z *Clery Act*²⁸.

Zgodnie z pkt 1 *Clery Act* szkoła wyższa finansowana z budżetu państwa oprócz tego, że jest zobowiązana do zbierania informacji na temat *campus crime*, przygotowuje, publikuje i rozprowadza wśród studentów i pracowników (z urzędu) oraz kandydatów na studia lub kandydatów do pracy (na wniosek) roczny raport dotyczący bezpieczeństwa na tej uczelni. Instytucje szkolnictwa wyższego muszą udostępniać ten raport do publicznej wiadomości najpóźniej do 1.10. każdego roku²⁹. W raporcie uczelnia musi zawrzeć szereg istotnych informacji dotyczących polityki bezpieczeństwa jej kampusu i statystyk przestępczości kampusowej. Wśród informacji powinny zostać opisane aktualnie obowiązujące reguły zgłaszania przez studentów działań przestępczych lub innych niepokojących zjawisk występujących na terenie kampusu. Poza regułami dotyczącymi studentów, raport określa także politykę reagowania uczelni i uniwersytetów na tego rodzaju zgłoszenia.

²⁵ Przykładowo, w 2018 r. odnotowano w USA 1 206 836 przestępstw kryminalnych. Zob. więcej Crime in the U.S. 2018, FBI 2018, <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2018/crime-in-the-u.s.-2018/topic-pages/violent-crime> (dostęp: 5.11.2020 r.).

²⁶ *The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Crime Statistics Act*, <https://www.gettysburg.edu/offices/public-safety/pdfs/2019/JeanneCleryActFullText.pdf> (dostęp: 3.11.2020 r.) – dalej *Clery Act*.

²⁷ *The Clery Act* to akt prawa federalnego, co oznacza, że obowiązuje na terenie całego kraju. Tym samym zobowiązania uczelni i uniwersytetów określone w tym dokumencie nie podlegają regulacji przez prawo stanowe. Zasadniczą regułą określającą relację między prawem federalnym a prawem stanowym jest bowiem the Supremacy Clause, zgodnie z którą Konstytucja USA, ustawy federalne, umowy międzynarodowe zawarte przez Stany Zjednoczone stanowią najwyższe prawo krajowe, które wiąże wszystkich sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą. Zob. więcej H.M. Hart Jr., *The Relations between state and federal law*, "Columbia Law Review" 1954/4, t. 54, s. 491–492, a także W. Kosior, *Federal law v. State law w Stanach Zjednoczonych – uwagi Interpretacyjne*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2014/XIV(1), s. 78 i n.

²⁸ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act: a summary of the law and its evolution in higher education* [w:] *Campus Crime: Legal, Social, and Policy Perspectives*, red. B.S. Fisher, J.J. Sloan, Springfield 2013, s. 35.

²⁹ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 35.

W raporcie, oprócz polityki bezpieczeństwa, szkoła wyższa zobowiązana jest zamieścić także aktualną politykę dostępu do obiektów kampusu, w tym do akademików. Muszą również zostać opublikowane zasady egzekwowania reguł bezpieczeństwa na terenie kampusu przez pracowników ochrony kampusu. Raport przedstawia też, w jaki sposób powinna przebiegać współpraca pracowników ochrony kampusu z krajowymi i lokalnymi organami ścigania. W raporcie zamieszcza się także poradnik zachęcający i przedstawiający korzyści zgłaszania odpowiednim organom informacji o *campus crime*. Taki poradnik jest adresowany przede wszystkim do ofiar przestępstw i innych kryminalnych incydentów, które nie chcą bądź nie czują się na siłach, by złożyć zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa.

Wyższe uczelnie w swoich raportach opisują również programy informacyjne, jakie realizują w celu popularyzacji wśród studentów i pracowników uczelnianych wiedzy o procedurach i praktykach bezpieczeństwa kampusu oraz o tym, jak ważne jest dbanie o bezpieczeństwo własne i innych osób. Uczelnie i uniwersytety opisują też w raportach, jakie programy informacyjne realizują w celu podnoszenia świadomości studentów i pracowników o możliwościach zapobiegania przestępstwom.

Zgodnie z *Clery Act* instytucje szkolnictwa wyższego zobowiązane są publikować w raportach dane statystyczne dotyczące *campus crime* z 3 ostatnich lat kalendarzowych. Statystyki dotyczące przestępstw kampusowych obejmują informacje o następujących siedmiu kategoriach przestępstw: zabójstwie, przestępstwie seksualnym (zarówno z użyciem siły, jak i bez użycia siły), rabunku, napaści kwalifikowanej, włamaniu, kradzieży pojazdu mechanicznego oraz podpaleniu³⁰. Ponadto szkoły wyższe muszą raportować o aresztowaniach lub postępowaniach dyscyplinarnych spowodowanych naruszeniem prawa na kampusie, wynikających ze spożycia alkoholu lub narkotyków bądź nielegalnego posiadania broni.

Co interesujące, uczelnie i uniwersytety muszą również informować o tym, czy którekolwiek z zarejestrowanych przestępstw miało charakter przestępstwa z nienawiści. Adnotacje takie są dokonywane, ponieważ amerykańskie instytucje szkolnictwa wyższego przykładają szczególną uwagę do wszelkiego rodzaju przejawów nietolerancji i uprzedzeń. Szkoły wyższe rejestrując wszelkiego rodzaju incydenty uwzględniają zatem informacje o tym, czy sprawca wybrał swoją ofiarę celowo ze względu na jej faktyczną lub domniemaną rasę, płeć, religię, pochodzenie narodowe, orientację seksualną, tożsamość płciową, pochodzenie etniczne lub niepełnosprawność.

Statystyki kryminalne ujmowane w corocznych raportach muszą również obejmować informacje o przypadkach przemocy domowej, przemocy na randkach i incydentach prześladowania, które zostały zgłoszone władzom kampusu lub lokalnej policji. Wszystkie te dane dostarczają wiedzy o faktycznych zagrożeniach występujących w kampusach. Przedstawianie środowisku akademickiemu pełnego spektrum informacji o zagrożeniach, jakie występują na uczelni zmierzać ma do poprawy świadomości i zwiększenia uważności oraz ostrożności w postępowaniu studentów i pracowników akademickich.

Instytucje szkolnictwa wyższego, poza wymienionymi kategoriami przestępstw, umieszczają w raporcie także szereg oświadczeń i informacji, a mianowicie:

³⁰ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 36.

oświadczenie o zasadach monitorowania i rejestrowania incydentów kryminalnych do jakich dochodzi w organizacjach studenckich, oświadczenie o polityce dotyczącej posiadania, używania i sprzedawania alkoholu oraz narkotyków, informacje o tym, gdzie można uzyskać dane o przestępcach seksualnych i wreszcie oświadczenie o polityce postępowania w nagłych wypadkach wymagających ewakuacji (w oświadczeniu takim zawiera się np. informacje o możliwości korzystania przez uczelnię z komunikacji elektronicznej i komórkowej w celu powiadomienia studentów o jakiejś niebezpiecznej sytuacji w kampusie).

Clery Act (a dokładniej pkt 4 tej ustawy) zobowiązuje uniwersytety i college nie tylko do publikowania informacji o *campus crime* w postaci corocznego raportu – muszą one także informować społeczność kampusu o przestępstwach i incydentach, które w danej chwili mogą stanowić zagrożenie dla studentów i pracowników uczelni. W związku z obowiązkiem przekazywania studentom i pracownikom informacji na bieżąco, uczelnie muszą prowadzić rejestr (dziennik) przestępstw i incydentów zgłaszanych zarówno ochronie kampusu, jak i policji. Do rejestru (dziennika) informacje takie muszą być wprowadzane jak najszybciej od chwili zaistnienia, tak by były możliwie jak najbardziej aktualne. Ustawa zobowiązuje instytucje do tego, aby dane o sytuacjach niebezpiecznych i przestępstwach były dostępne do publicznego wglądu najdalej w ciągu 2 dni roboczych od pierwszego oficjalnego zgłoszenia takiego incydentu.

Niewątpliwie analizowana ustawa wprowadziła wręcz rewolucyjne zmiany w amerykańskim szkolnictwie wyższym, kładąc kres tuszowaniu spraw przestępstw kampusowych. Uczelnie zostały zmuszone do zaprzestania przedkładania własnego wizerunku nad bezpieczeństwo środowiska akademickiego. Jednak mimo rozwiązań prawnych wprowadzonych ustawą *Clery Act*, badania efektywności jej stosowania ujawniły, że studenci w ograniczonym zakresie korzystają z dobrodziejstwa rozwiązań określonych w tym dokumencie prawnym, bowiem większość z nich nie zna treści przepisów i nie czyta raportów dotyczących *campus crime* publikowanych przez ich uczelnie. Co więcej, tylko 8% studentów przyznało, że korzysta ze statystyk przestępczości w procesie podejmowania decyzji o wyborze uczelni (częściej czynią to studenci wybierający się na uczelnie prywatne). Wśród studentów, którzy deklarowali, że zapoznają się z raportami dotyczącymi *campus crime* dominowali studenci studiujący na wydziałach prawa, a także studenci mniejszych ośrodków akademickich³¹.

Choć studenci nie w pełni wykorzystują publikowane przez ich uczelnie informacje dotyczące przestępczości na kampusach, *Clery Act* jest i tak ważnym aktem prawnym, który oddziałuje na bezpieczeństwo w amerykańskich szkołach wyższych. Przede wszystkim dlatego, że dane liczbowe zbierane przez uczelnie na temat zagrożeń występujących w ich murach są wykorzystywane przez administrację uczelni do diagnozowania tych obszarów funkcjonowania środowiska akademickiego, które wymagają udoskonalenia i poszerzenia ochrony. Ponadto informacje zbierane na podstawie *Clery Act* są przekazywane stanowym organom ustawodawczym, Kongresowi oraz administracji federalnej, dzięki czemu możliwe

³¹ S.M. Janosik, D.D. Gehring, *The Impact of the Clery Campus Crime Disclosure Act on Student Behavior*, "Journal of College Student Development" 2003/1, t. 44, s. 88 i n.

jest oddziaływanie na poprawę bezpieczeństwa w środowiskach akademickich na najwyższych decyzyjnych szczeblach. Duże znaczenie mają także informacje o *campus crime* publikowane przez uczelnie w trybie ciągłym – badania wskazują, że dzienne statystyki udostępniane przez szkoły wyższe mają trzykrotnie większy wpływ na zachowania studentów i ich ostrożność w obliczu niebezpiecznych sytuacji na kampusach niż raporty roczne³².

Co istotne, *Clery Act* nie jest jedynym źródłem prawa federalnego, które reguluje kwestię bezpieczeństwa na kampusach akademickich. W związku z tym, że pewne grupy społeczności akademickiej wymagały i wciąż wymagają dodatkowej ochrony, amerykański legislator uzupełnił regulacje omawianego aktu prawnego postanowieniami ujętymi w następujących trzech ustawach: *Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right*, *Family Education Rights and Privacy Act* oraz *Campus Sex Crime Prevention Act*³³.

5. CAMPUS SEXUAL ASSAULT VICTIMS' BILL OF RIGHT

*Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right*³⁴ to akt prawny przyjęty przez Kongres Stanów Zjednoczonych w 1992 r. Pomysłodawcą wprowadzenia zmian ustawodawczych zawartych w tym dokumencie był Frank Carrington – doradca w Security on Campus, organizacji założonej przez rodziców Jeanne Clery. Mężczyzna podzielił się swoim pomysłem nowelizacji prawa o szkolnictwie wyższym z kongresmenem Jimem Ramstadem podczas podróży samolotem. Proponowane zmiany legislacyjne poparł wynikami badań, które przeprowadził w zakresie wiktylizacji ofiar przemocy seksualnej w kampusach. Rozwiązania prawne, jakie zaproponował Frank Carrington zainteresowały J. Ramstada na tyle, że ten wraz z kongresmenką Susan Molinari przystąpił do działań na rzecz wcielenia *Bill of Right* w życie. W efekcie końcowym w lipcu 1992 r. prezydent George Bush podpisał *Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right*, który to dokument stał się częścią *Higher Education Amendments* od 1992 r.³⁵

Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right obejmuje ochroną ofiary napaści seksualnych, które miały miejsce w instytucji szkolnictwa wyższego i które skutkują wszczęciem postępowania dyscyplinarnego w tej sprawie. Dokument określa zasady i procedury postępowania z ofiarami napaści na tle seksualnym oraz świadczenia, jakie im przysługują w związku z tym postępowaniem. Ustawa wymaga, aby wszystkie szkoły wyższe z budżetu federalnego gwarantowały ofiarom napaści seksualnych poszanowanie ich podstawowych praw. Ustawa zobowiązuje m.in. do tego, by uczelnie rzetelnie informowały ofiary przemocy seksualnej o możliwości zgłaszania tego rodzaju zdarzeń nie tylko władzom szkoły, lecz przede wszystkim odpowiednim organom ścigania. Instytucje, które nie wywiązują się z tego zobowiązania, mogą zostać ukarane wysokimi grzywnami,

³² S.M. Janosik, D.E. Gregory, *The Clery Act, Campus Safety, and the Perceptions of Senior Student Affairs Officers*, "Journal of Student Affairs Research and Practice" 2009/2, t. 46, s. 223 i n.

³³ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 39 i n.

³⁴ *Campus Sexual Assault Victims' Bill of Rights Act of 1991*, <https://www.congress.gov/bill/102nd-congress/house-bill/2363/text> – dalej *Bill of Rights* (dostęp: 3.11.2020 r.).

³⁵ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 39 i n.

a nawet pozbawione prawa do partycypacji w federalnych programach wsparcia finansowego³⁶.

Bill of Right wymaga również, aby uczelnie ze starannością i powagą traktowały każdą informację o napaści seksualnej oraz respektowały prawo ofiary takiej napaści do godnego traktowania. Personel uczelni nie może wywierać na ofiarach napaści seksualnych żadnych nacisków zmierzających do powstrzymania ofiary przed zgłoszeniem organom ścigania informacji o tym, że doświadczyła przestępstwa seksualnego. Co więcej, ustawa przyznaje ofiarom prawo do bycia wolnym od wszelkiego rodzaju sugestii, że ofiara w jakimś stopniu przyczyniła się do popełnionego na jej szkodę przestępstwa, iż zachowała się prowokacyjnie albo że zgłaszając zbrodnie spowodowałaby niepochlebne opinie na swój temat.

Zgodnie z *Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right* w szkołach wyższych mają prawo funkcjonować organizacje zajmujące się udzielaniem pomocy i wsparcia ofiarom napaści seksualnych. Ofiary mogą się zgłaszać do takich instytucji w celu np. uzyskania wsparcia psychologicznego albo prawnego. Ponadto ofiary napaści seksualnych, po zgłoszeniu władzom uczelni takiego zdarzenia, mają prawo żądać od personelu akademickiego podjęcia niezbędnych działań w celu ograniczenia możliwości kontaktów między ofiarą a domniemanym napastnikiem. Ofiara może żądać od uczelni natychmiastowego przeniesienia jej do bezpiecznego, alternatywnego miejsca zamieszkania, a także przeniesienia zajęć, na które uczęszcza w takie miejsce, w którym ryzyko spotkania się ofiary z domniemanym sprawcą będzie minimalne.

Postanowienia zawarte w omawianym dokumencie weszły w życie 1.09.1992 r. Stanowiły one istotne uzupełnienie regulacji zawartych w *Clery Act*, nie tylko rozbudowując wymogi w zakresie sprawozdawczości dotyczącej stanu bezpieczeństwa na kampusie, ale przede wszystkim wzmacniając ochronę praw ofiar przemocy seksualnej.

6. FAMILY EDUCATION RIGHTS AND PRIVACY ACT

*Family Educational Rights and Privacy Act*³⁷ jest ustawą federalną z 1974 r. określającą zasady dostępu do informacji o przebiegu edukacji uczniów i studentów. Postanowienia ustawy mają zastosowanie do tych szkół, które otrzymują finansowe wsparcie z funduszy federalnych³⁸. Główne cele tego dokumentu to: zapewnienie rodzicom i uprawnionym uczniom³⁹ dostępu do dokumentacji edukacyjnej ucznia, umożliwienie rodzicom i uczniom kwestionowania poprawności treści dokumentacji edukacyjnej ucznia oraz ograniczenie ujawniania tej dokumentacji innym, nieuprawnionym osobom (z pewnymi wyjątkami)⁴⁰.

³⁶ Security On Campus, Inc., Campus Sexual Assault Victims' Bill of Rights, <https://rsvp.missouri.edu/wp-content/uploads/sites/5/2014/02/Campus-Sexual-Assault-Victim-Bill-of-Rights.pdf> (dostęp: 3.11.2020 r.).

³⁷ *Family Educational Rights and Privacy Act*, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/20/1232g> (dostęp: 3.11.2020 r.).

³⁸ Jej postanowienia dotyczą szkolnictwa na wszystkich trzech poziomach, tj. podstawowego (*elementary*), średniego (*secondary*) i wyższego (*postsecondary*).

³⁹ *Family Educational Rights and Privacy Act* przyznaje rodzicom prawa do dokumentacji edukacyjnej ich dzieci, które przechodzą na ucznia, gdy ten osiągnie 18. rok życia lub gdy zacznie uczęszczać do szkoły wyższej. Zob. więcej A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 41.

⁴⁰ A.M. Bauer, *Family Educational Rights and Privacy Act* [w:] *Encyclopedia of Special Education*, red. C.R. Reynolds, E. Fletcher-Janzen, Hoboken 2007, s. 881.

Zanim omawiana ustawa weszła w życie, w szkołach dochodziło do wielu nadużyć w zakresie udostępniania obcym osobom lub podmiotom informacji o uczniach. Wiele szkół odmawiało rodzicom jakiegokolwiek dostępu do dokumentacji edukacyjnej ich dziecka, jednocześnie umożliwiając nieograniczony do niej dostęp osobom trzecim (np. agentom rządowym czy potencjalnym pracodawcom). Ponadto w dokumentacji edukacyjnej umieszczano niekiedy informacje niezwyfikowane, niemające poparcia w dowodach, zaś rodzicom odmawiano możliwości kwestionowania prawdziwości treści dokumentacji edukacyjnej ich dziecka, a składane przez nich wnioski i podania w tym zakresie w ogóle nie były przez szkoły rejestrowane. Kontrowersje wzbudzało także to, że zakres uprawnień dostępu do dokumentów edukacyjnych ucznia różnił się w zależności od danego stanu, obowiązującego w nim orzecznictwa oraz lokalnej polityki⁴¹.

Family Educational Rights and Privacy Act wymaga od placówki edukacyjnej uzyskania pisemnej zgody ucznia (lub jego rodzica) na udostępnienie dotyczących go informacji. Jednak w niektórych sytuacjach ustawa dopuszcza ujawnienie danych o uczniu bez uprzedniej zgody wymienionych osób. Szkoła może udostępnić m.in. *directory information*, czyli informacje zawarte w aktach edukacyjnych ucznia, których ujawnienie nie zaszkodzi ani nie naruszy prywatności ucznia (np. imię i nazwisko ucznia, numer telefonu, adres e-mail, zdjęcie, kierunek studiów). Szkoła może również udostępnić dane, jeśli wnioskujący o nie wykaże, że są mu one potrzebne z uwagi na uzasadniony interes edukacyjny (brak jednak jednoznacznej definicji tego pojęcia). Informacje o uczniu mogą być też udostępnione bez jego lub jego rodziców pisemnej zgody placówce edukacyjnej, do której się przenosi⁴².

Co istotne, regulacje określone w *Family Educational Rights and Privacy Act* oddziałują na stosowanie *Clery Act*. Omawiana ustawa pozwala bowiem szkołom wyższym udostępniać informacje na temat postępowań dyscyplinarnych zakończonych potwierdzeniem popełnienia zarzucanego sprawcy czynu, dotyczące przestępstwa dokonanego z użyciem przemocy lub przestępstwa seksualnego, które miało miejsce w kampusie uczelni. Dokumentacja taka, co do zasady, pozostaje zanonimizowana w odniesieniu do ofiary i świadków zdarzenia, chyba że osoby te zezwolą pisemnie na ujawnienie swoich imion i nazwisk. Uczelnia może wówczas na wniosek osoby trzeciej ujawnić dokumentację dotyczącą tego typu postępowań⁴³.

Z jednej strony, *Family Educational Rights and Privacy Act* umożliwia więc pozyskanie dokładnych informacji o przestępstwach popełnianych na uczelniach, dostarczając tym samym wiedzy na temat stanu bezpieczeństwa danej uczelni. Z drugiej jednak strony – w amerykańskim środowisku akademickim wywołuje ona liczne kontrowersje, ponieważ zezwalając na udostępnianie danych wrażliwych, przyznaje uczelniom dużą swobodę w decydowaniu komu dane informacje przekazuje. Przykładem, który poruszył środowisko akademickie, było wykorzystanie ustawy przez jeden z amerykańskich uniwersytetów do pozyskania dokumentacji medycznej ofiary gwałtu. Uczelnia zawnioskowała o te dane, aby przygotować się

⁴¹ A.M. Bauer, *Family...* [w:] *Encyclopedia...*, s. 881.

⁴² M. Fuller, *An Update on the Family Educational Rights and Privacy Act*, "New Directions For Institutional Research" 2017/17, s. 27–29.

⁴³ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 41, a także pkt 6 i 7 *Family Educational Rights and Privacy Act*.

do pozwu, który ofiara gwałtu miała złożyć przeciwko placówce. W wyniku nieetycznego działania uczelni interwencję w sprawie podjął Departament Edukacji USA, który wydał wytyczne dotyczące tego, jak szkoły powinny postępować z dokumentacją medyczną umieszczaną w dokumentach dotyczących postępowania w związku z popełnieniem na uczelni przestępstwa⁴⁴.

Niepokojące jest również to, że niekiedy szkoły wyższe wykorzystują postanowienia ustawy do blokowania dostępu do informacji, których ujawnienie leży w interesie publicznym, jednak nie leży w interesie uczelni. Przykładem takiej praktyki była sytuacja, gdy gazeta akademicka „The Daily Tar Heel” Uniwersytetu Północnej Karoliny w Chapel Hill zawnioskowała o udostępnienie informacji dotyczących przypadków napaści seksualnych w kampusie. Uczelnia jednak odmówiła spełnienia prośby, powołując się na *Family Educational Rights and Privacy Act*. Wskazała, że danych nie udostępni, ponieważ jest zobowiązana chronić prywatność ofiar napaści na tle seksualnym i wszystkich studentów, w tym świadków, którzy mogą być zamieszani w tę sprawę. Środowisko akademickie, i nie tylko, oburzyło powoływanie się uczelni na konieczność ochrony ofiar i świadków napaści, przy jednoczesnym zatajaniu informacji o przestępstwach popełnionych w kampusie⁴⁵.

Powyższe przekonuje, że omawiana ustawa, choć pośrednio ma na celu wzmocnienie bezpieczeństwa i ochrony w związku z popełnianą na uczelniach przestępczością z użyciem przemocy lub na tle seksualnym, stanowi niekiedy pole do nadużyć i nieetycznych postępowań ze strony uczelni. Dlatego też jej stosowanie jest poddawane udoskonalaniu np. w postaci wytycznych dotyczących stosowania jej przepisów.

7. CAMPUS SEX CRIMES PREVENTION ACT

Zgodnie z uchwaloną 28.10.2000 r. ustawą federalną o nazwie *Campus Sex Crimes Prevention Act*⁴⁶ każdy sprawca przestępstwa na tle seksualnym, skazany i zarejestrowany w stanowym rejestrze przestępców seksualnych, jest zobowiązany do poinformowania organów ścigania o każdej szkole wyższej, gdzie aktualnie studiuje bądź gdzie jest zatrudniony. Organy ścigania są natomiast zobowiązane, aby niezwłocznie przekazać informacje w tym zakresie organom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo i przeciwdziałanie *campus crime* we wskazanych przez sprawcę uczelniach⁴⁷. Ustawa *Campus Sex Crimes Prevention Act* dość znacząco zmieniła federalne wymogi dotyczące zakresu informacji, które przestępcy seksualni muszą ujawniać, ponieważ przedtem sprawcy tego typu zachowań nie musieli ujawniać danych o instytucjach szkolnictwa wyższego, w których się uczą lub pracują⁴⁸. Tym samym, uczelnie, nie mając wiedzy o tym, że ich student lub pracownik akademicki został skazany za przestępstwo na tle seksualnym, nie posiadały pełnej wiedzy o potencjalnych zagrożeniach występujących w obrębie ich kampusu.

⁴⁴ K.R.G. Pryal, *The Unethical FERPA Roadblock*, „Women in Higher Education” 2017, t. 6(2), s. 13.

⁴⁵ K.R.G. Pryal, *The Unethical...*, s. 13.

⁴⁶ *Campus Sex Crimes Prevention Act*, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ386/pdf/PLAW-106publ386.pdf>, s. 75–76 (dostęp: 3.11.2020 r.).

⁴⁷ S.D. Carter, *Sex, Crime and Campuses Complying with Federal Reporting Requirements*, The Seventh Annual Texas Higher Education Law Conference, 3–4 March 2003, s. 7, wystąpienie dostępne na stronie: https://networkofcare.org/library/sex_crime_and_campuses.pdf (dostęp: 3.11.2020 r.).

⁴⁸ A. Kiss, *The Jeanne Clery Act...* [w:] *Campus...*, s. 41.

Campus Sex Crimes Prevention Act nakłada także pewne obowiązki na szkoły wyższe – wymaga bowiem od uczelni informowania społeczności akademickiej o sposobach pozyskiwania informacji o zarejestrowanych przestępcach seksualnych. Jednocześnie ustawa przyznaje uczelniom swobodę decydowania o tym, w jakim zakresie powiadomić wydział, pracowników i studentów o tym, że w ich środowisku jest przestępca seksualny. Uczelnia może przekazać zdawkową informację na ten temat, korzystając z systemu ostrzegania pocztą elektroniczną czy publikując ją na stronie internetowej. Może również udostępniać informacje o tym, na jakie zajęcia przestępca seksualny uczęszcza bądź do jakiej studenckiej organizacji należy – według tego co dana uczelnia uzna za potrzebne z uwagi na bezpieczeństwo i ochronę środowiska akademickiego⁴⁹.

Omawiany dokument pełni ważną funkcję w obszarze kontroli przestępczości kampusowej w amerykańskich szkołach wyższych. Umożliwia bowiem społeczności akademickiej dostęp do danych o potencjalnym zagrożeniu przestępczością seksualną w kampusie, co pozwala zachować większą przezorność i zaplanować odpowiedzialne uczestnictwo w życiu uczelni.

8. PODSUMOWANIE

W drugiej połowie lat 80. XX w. szkoły wyższe w Stanach Zjednoczonych musiały zmierzyć się z wyzwaniem, jakiego przez wiele lat nie dostrzegały bądź nie chciały dostrzegać. Morderstwo Jeanne Clery będące tragicznym pokłosiem lekceważenia problemu zagrożenia przestępczością w kampusach, poruszyło nie tylko środowisko akademickie, lecz także całe amerykańskie społeczeństwo. W konsekwencji podjęto kroki legislacyjne w kierunku poprawy bezpieczeństwa członków społeczności akademickiej oraz przeciwdziałania *campus crime*.

Mimo starań amerykańskiego prawodawcy oraz systemu szkolnictwa wyższego, problem przestępczości kampusowej wciąż jest aktualny, co można zaobserwować na podstawie danych statystycznych Departamentu Edukacji. Zbierane od uczelni przez departament statystyki pokazują, że największy problem w obszarze przestępczości w tamtejszym środowisku akademickim stanowi przestępczość kryminalna, a zwłaszcza włamania i kradzieże pojazdów silnikowych. Rośnie również liczba gwałtów oraz molestowania seksualnego, do których dochodzi na terenie uczelni. Co istotne, choć ogólny trend kampusowej przestępczości kryminalnej cechuje spadek, zgwałceń i molestowań w kampusach odnotowuje się z roku na rok coraz więcej. W środowisku akademickim przybywa też przestępstw motywowanych nienawiścią.

Należy zwrócić uwagę, że coraz większa liczba rejestrowanych przestępstw przemocy przeciwko kobietom oraz przestępstw motywowanych nienawiścią w istotnym zakresie wynika z powiększającej się świadomości społecznej w przedmiocie konieczności zgłaszania incydentów tego rodzaju. Działalność społecznych ruchów na rzecz kobiet oraz osób narażonych na ataki motywowane nienawiścią (np. #MeToo, Black Lives Matter) znajduje odzwierciedlenie w coraz powszechniejszym zgłaszaniu przestępstw przez ofiary.

⁴⁹ B. Garland, B. Calfano, E. Wodahl, *College Student Perceptions of Notification About Sex Offenders on Campus*, "Criminal Justice Policy Review" 2018, t. 29(3), s. 241.

W amerykańskim stanie prawnym istnieje wiele uregulowań, których zamierzeniem jest przeciwdziałanie problemowi przestępczości kampusowej. Najważniejszym aktem prawnym jest niewątpliwie *The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Crime Statistics Act*, który nakłada na instytucje szkolnictwa wyższego finansowane z budżetu federalnego obowiązek zbierania danych liczbowych o przestępstwach popełnianych w ich murach. Ustawa wymaga także ujawniania informacji o przestępstwach kampusowych oraz o polityce bezpieczeństwa obowiązującej w danej uczelni. *Clery Act* był przełomowym aktem prawnym w zakresie bezpieczeństwa środowiska akademickiego, ponieważ wymógł na uczelniach oficjalne rejestrowanie tego typu incydentów, a przez to kontrolowanie ich nasilenia. Dokument ten do dzisiaj oddziałuje na bezpieczeństwo i ochronę na uczelniach, lecz nie jest on jedynym aktem prawnym mającym w tym zakresie znaczenie.

Poza *Clery Act* ważne regulacje dotyczące *campus crime* zawarto także w ustawie *Campus Sexual Assault Victims' Bill of Right*, która obejmuje ochroną ofiary napadów seksualnych, jakie miały miejsce w instytucjach szkolnictwa wyższego. Dokumentem regulującym kwestie przestępstw popełnianych na uczelniach jest też *Family Education Rights and Privacy Act* określający zasady dostępu do informacji o przebiegu edukacji uczniów i studentów. Również *Campus Sex Crimes Prevention Act* zawiera przepisy przyczyniające się do zapobiegania przestępczości omawianego rodzaju, zobowiązuje on bowiem, aby każdy sprawca przestępstwa na tle seksualnym, skazany i zarejestrowany w stanowym rejestrze przestępców seksualnych, poinformował organy ścigania o szkołach wyższych, w których aktualnie studiuje bądź w których jest zatrudniony. Następnie organy ścigania informacje na temat takiego sprawcy przekazują uczelni, tak by ta mogła podjąć odpowiednie kroki na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa członków społeczności akademickiej.

Niniejszy artykuł omawia najważniejsze zagadnienia dotyczące prawnych aspektów przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA. Przeanalizowane akty prawne dostarczają uczelniom szeroki wachlarz możliwości na przeciwdziałanie i zwalczanie przestępstw dokonywanych w ich murach. Niewątpliwie pełnią one kluczową rolę w zakresie kontroli omawianego zjawiska, jednak wymagają dopełnienia, np. przez fizyczne powstrzymywanie zachowań przestępnych (monitoring, ogrodzenia, planowanie przestrzeni kampusowej), a także zabezpieczenia w cyberprzestrzeni. Ogromną rolę odgrywa również samoświadomość środowiska akademickiego o niebezpieczeństwach wynikających z przestępczych działań w kampusach. Tym samym rozważania podjęte w opracowaniu nie wyczerpują problematyki *campus crime* w USA, lecz dopiero otwierają dyskusję na temat przedmiotowego problemu, stanowiąc punkt wyjścia dla dalszych prac naukowych, w tym porównawczych.

Summary

Diana Dajnowicz-Piesiecka, *Legal Aspects of Preventing Campus Crime in Higher Education Institutions in the United States*

This article discusses the legal aspects of campus crime prevention in colleges and universities in the United States. The issue of campus crime has not yet been presented in the

Polish legal writings. The author of this paper recognized the importance of expanding the knowledge on this subject given the importance of this topic in view of interesting solutions deployed by the American legislature. The paper presents selected symptoms of campus crime as well as the results of the analysis of four federal legal acts that aim at counteracting the problem of campus crime. The research was conducted using three research methods: a method of analysis and criticism of the legal literature, a dogmatic method and a method of analysis of secondary data. The research has led to a finding that, in the area of campus crime, the growing sexual and hate crimes pose a serious problem. However, the U.S. legislature is fighting against this phenomenon by requiring universities to strictly control campus crime by collecting information about each such case and informing the university community and the relevant law enforcement agencies as well as the U.S. Department of Education about it.

Keywords: campus crime, colleges, universities, security and safety, students, Clery Act

Streszczenie

Diana Dajnowicz-Piesiecka, *Prawne aspekty przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA*

W artykule przedstawiono prawne aspekty przeciwdziałania przestępczości w kampusach w szkołach wyższych w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Problematyka campus crime nie była dotąd prezentowana w polskiej literaturze naukowej. Biorąc pod uwagę ważność tego problemu i interesujące rozwiązania, po jakie sięga amerykański prawodawca w zakresie przeciwdziałania mu, za potrzebne uznano uzupełnienie wiedzy na ten temat. W opracowaniu przedstawiono wybrane symptomy campus crime oraz wyniki analizy czterech federalnych aktów prawnych, których celem jest przeciwdziałanie problemowi przestępczości kampusowej. Badania przeprowadzono sięgając po trzy metody badawcze: metodę analizy i krytyki piśmiennictwa, metodę dogmatyczną oraz metodę analizy danych wtórnych. Efektem przeprowadzonych analiz było ustalenie, że w obszarze przestępczości kampusowej poważnym problemem jest rosnąca przestępczość na tle seksualnym oraz motywowana nienawiścią. Prawodawca amerykański walczy jednak z przedmiotowym zjawiskiem, m.in. wymagając od uczelni ścisłego kontrolowania campus crime poprzez zbieranie informacji o każdym przypadku przestępstwa kampusowego, a także informowanie o tym społeczności uczelni oraz odpowiednich organów ścigania, a także Departamentu Edukacji USA.

Słowa kluczowe: przestępczość kampusowa, szkoły wyższe, bezpieczeństwo, studenci, Clery Act

Literatura:

1. Apanowicz J., *Metodologia ogólna*, Gdynia 2002.
2. Bachman R., Schutt R.K., *The practice of research in criminology and criminal justice*, Thousand Oaks 2011.
3. Bauer A.M., *Family Educational Rights and Privacy Act* [w:] *Encyclopedia of Special Education*, red. C.R. Reynolds, E. Fletcher-Janzen, Hoboken 2007.
4. Bedenbaugh Ch.P., *Measuring fear of crime on campus: a study of an urban University*, Baton Rouge 2003, https://digitalcommons.lsu.edu/gradschool_theses/537
5. Błachut J., *Problemy związane z pomiarem przestępczości*, Warszawa 2007.
6. Boram M., *The Matthew Shepard and James Byrd, Jr., Hate Crimes Prevention Act: A Criminal Perspective*, University of Baltimore Law Review 2016, nr 2, t. 45.
7. Carter S.D., Bath C., *The evolution and components of the Jeanne Clery Act: implications for higher education* [w:] *Campus Crime: Legal, Social, and Policy Perspectives*, red. B.S. Fisher, J.J. Sloan, Springfield 2007.

8. Carter S.D., *Sex, Crime and Campuses Complying with Federal Reporting Requirements*, The Seventh Annual Texas Higher Education Law Conference, 3–4 March 2003, https://networkofcare.org/library/sex_crime_and_campuses.pdf
9. Fuller M., *An Update on the Family Educational Rights and Privacy Act*, New Directions For Institutional Research 2017, nr 17.
10. Garland B., Calfano B., Wodahl E., *College Student Perceptions of Notification About Sex Offenders on Campus*, "Criminal Justice Policy Review" 2018, t. 29(3).
11. Gius M., *Campus crime and concealed carry laws: Is arming students the answer?*, The Social Science Journal 2019, t. 56(1).
12. Hart Jr. H.M., *The Relations between state and federal law*, Columbia Law Review 1954, nr 4, t. 54.
13. James N., *Recent Violent Crime Trends in the United States*, Congressional Research Service 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45236.pdf>
14. Janosik S.M., Gehring D.D., *The Impact of the Clery Campus Crime Disclosure Act on Student Behavior*, Journal of College Student Development 2003, nr 1, t. 44.
15. Janosik S.M., Gregory D.E., *The Clery Act, Campus Safety, and the Perceptions of Senior Student Affairs Officers*, Journal of Student Affairs Research and Practice 2009, nr 2, t. 46.
16. Jordan C.E., Combs J.L., Smith G.T., *An Exploration of Sexual Victimization and Academic Performance Among College Women*, Trauma, Violence, & Abuse 2014, t. 15(3).
17. Kiss A., *The Jeanne Clery Act: a summary of the law and its evolution in higher education* [w:] *Campus Crime: Legal, Social, and Policy Perspectives*, red. B.S. Fisher, J.J. Sloan, Springfield 2013.
18. Kosior W., *Federal law v. State law w Stanach Zjednoczonych – uwagi Interpretacyjne*, Roczники Administracji i Prawa 2014, nr XIV(1).
19. Mason B., Smithy M., *The Effects of Academic and Interpersonal Stress on Dating Violence Among College Students: A Test of Classical Strain Theory*, Journal of Interpersonal Violence 2011, nr 27(5).
20. Pryal K.R.G., *The Unethical FERPA Roadblock*, Women in Higher Education 2017, t. 6(2).
21. Sloan J.J. III, *Campus Crime* [w:] *Encyclopedia of Crime and Punishment*, red. D. Levinson, Thousand Oaks 2002.
22. Sloan J.J. III, *Campus Crime* [w:] *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, red. J.M. Miller, Thousand Oaks 2009.
23. Sloan J.J., Fisher B.S., *Campus Crime* [w:] *The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice*, red. J.S. Albanese, Hoboken 2014.
24. Szul-Szywala A., *Przestępstwa z nienawiści w polskim prawie* [w:] *Przemoc motywowana uprzedzeniami. Przestępstwa z nienawiści*, red. A. Lipowska-Teutsch, E. Rylko, Kraków 2007.
25. Wiersma-Mosley J., Jozkowski K., *A Brief Report of Sexual Violence among Universities with NCAA Division I Athletic Programs*, Behavioral Sciences 2019, nr 17, t. 9.
26. Vibhuti K., Aynalem F., *Legal Research Methods*, Pretoria 2009, <https://chilot.files.wordpress.com/2011/06/legal-research-methods.pdf>
27. Voth Schrag R.J., *Campus Based Sexual Assault and Dating Violence: A Review of Study Contexts and Participants*, Journal of Women and Social Work 2017, t. 32(1).
28. Ward D., Lee J., *The Handbook for Campus Crime Reporting*, U.S. Department of Education, Office of Postsecondary Education, Waszyngton 2005.

Paweł Mazur*

Status prawny zwierząt pokrzywdzonych w wyniku popełnienia przestępstw stypizowanych w ustawie o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.**

WSTĘP

Stosunek człowieka do zwierząt przez wieki ewoluował, od traktowania ich instrumentalnie, a zatem jako źródła taniej siły roboczej, a także jako pokarmu, po dostrzeżenie w nich istot zdolnych do cierpienia, którym należy się ze strony człowieka opieka i troska. Już w XIX w. dochodzi do stanowienia w różnych krajach aktów normatywnych, które miały na celu poprawę złego położenia tej grupy istot żywych. Na rzeczony proces prawodawczy niemały wpływ miała filozofia moralna utylitaryzmu oraz odkrycia nauk przyrodniczych¹.

Zmiany prawodawcze, owocujące wydatną poprawą sytuacji zwierząt nie ominęły i Polski. Aktualnie podstawowym aktem normatywnym dotyczącym ochrony zwierząt jest ustawa o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.²

Przedstawienie tytułowej problematyki należy poprzedzić egzegezą art. 1 ustawy. Brzmi on następująco:

„Zwierzę jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania, cierpienia, nie jest rzeczą. Człowiek jest mu winien poszanowanie i opiekę”.

W opinii przedstawicieli nauki prawa, rzeczony akt normatywny wcielił w życie ideę dereifikacji zwierząt, co jest niewątpliwie dużym postępem w poprawie ich sytuacji³, choć uważanym za niezadowolający⁴. Dereifikacja oznacza, że zwierzęta

* Dr Paweł Mazur jest adiunktem w Zakładzie Filozofii Prawa i Filozofii Publicznej, Wydział Filozoficzny, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID: 0000-0002-1011-121X, e-mail: pawelmn@amu.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 8.05.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.09.2021 r.

¹ T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011, s. 210–215.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 638 – dalej ustawa lub u.o.z.

³ Zob. obszernie na temat dereifikacji zwierząt w: E. Łętowska, *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja* [w:] *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar, Łódź 1997, s. 71–92.

⁴ Zob. T. Pietrzykowski, A. Elżanowski, *Zwierzęta, jako nieosobowe podmioty prawa*, „Forum Prawnicze” 2013/2, s. 25.

nie mają statusu rzeczy. Nie jest to wyłącznie tylko zabieg techniczny, lecz istotna zmiana statusu zwierząt w polskim prawie⁵.

Z art. 1 ustawy można odtworzyć następującą normę prawną: nakazuje się każdemu, aby uznawał zwierzę za istotę zdolną do odczuwania cierpienia i okazywał mu szacunek oraz sprawował nad nim opiekę⁶ (do konsekwencji tego nakazu przyjdzie wrócić w dalszej części niniejszego opracowania). Jej adresatem jest każdy człowiek⁷. Prawodawca posłużył w się zwrotem „winien”, oznaczającym w języku polskim to samo co: „mieć obowiązek coś zrobić, wykonać, powinien”⁸. Mamy zatem w tym przypadku do czynienia z powinnością jako nakazem zachowania⁹. Wojciech Radecki zwrócił uwagę, że art. 1 ust. 1 u.o.z. należy interpretować co najmniej minimalistycznie jako zobowiązanie do oszczędzania zbędnych cierpień zwierzętom, W TYM TAK uciążliwym, jak szczury¹⁰.

Rzeczony obowiązek spoczywający na ludziach ma charakter tzw. obowiązku niedoskonałego, rzadko spotykanego w prawie pozytywnym. Co go wyróżnia? Otóż nie jest on skorelowany z uprawnieniem innej osoby (korelacja oznacza możliwość domagania się od podmiotu obowiązku). Jego adresatowi pozostawiona jest swoboda w sposobie jego zewnętrznego spełnienia¹¹. Zwierzę, co oczywiste, nie potrafi domagać się od człowieka realizacji jego obowiązków. Można wyobrazić sobie, że adresat tej normy nakazującej spełnienie obowiązku niedoskonałego realizuje go w różny sposób. Jednym z nich może być aktywność w procesie karnym (do czego przyjdzie wrócić w dalszej części opracowania).

I.

Przechodząc już do tytułowego zagadnienia, należy postawić podstawowe pytanie: jaki jest status zwierzęcia pokrzywdzonego wskutek popełnienia przestępstwa stypizowanego w ustawie? Czy w procesie karnym powinno być postrzegane jako istota zdolna do cierpienia, której człowiek jest winien opiekę, a jej interesy powinny być brane pod uwagę w toku postępowania karnego? Czy może krzywda zwierzęcia

⁵ J. Białocerkiewicz, *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Toruń 2005, s. 63; K. Kuszlewicz, *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019, s. 55.

⁶ Nie sposób zgodzić się z poglądem reprezentowanym przez Mieczysława Goettla, że określenie w art. 1 ust. 1 ustawy zwierząt mianem istot zdolnych do cierpienia jest zwrotem emocjonalnym, pozbawionym znaczenia normatywnego. Zob. M. Goettel, *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013, s. 46. Temu pogładowi sprzeciwiają się przyjmowane w procesie wykładni prawa założenia o racjonalności epistemicznej prawodawcy, które obejmuje jego wiedzę biologiczną o bogactwie doznań zwierząt, odczuwających radość, cierpienie, strach, a także potrafiące przejawiać zachowanie empatyczne (o czym szerzej w dalszej części niniejszego artykułu). Normodawca uznał w ten sposób to, co na gruncie nauk przyrodniczych od dawna nie budzi wątpliwości, jak również dał wyraz swoim preferencjom aksjologicznym. Poza tym powyższa norma informuje nas o wartościach cennych dla prawodawcy, czyli dobrostanie zwierząt, a nie jego stanach emocjonalnych. Katarzyna Kuszlewicz sprzeciwiając się pogładowi M. Goettla przywołała stanowisko Tomasza Pietrzykowskiego w: T. Pietrzykowski, *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019/1, s. 12. Jej autor podkreślił, że właśnie zdolność do cierpienia legła u podstaw humanitarnej prawnej ochrony zwierząt, gdyż jest oparta na swoistym roszczeniu moralnym zwierząt wynikającym z ich zdolności sensywnych i emocjonalnych. K. Kuszlewicz zwróciła uwagę, że cierpienie stanowi znamień przedmiotowe przestępstwa znęcania nad zwierzętami oraz zabicia zwierzęcia. Zob. K. Kuszlewicz, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 48.

⁷ K. Kuszlewicz, *Ustawa...*, s. 51.

⁸ *Słownik Języka Polskiego PWN*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 447.

⁹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2017, s. 148.

¹⁰ W. Radecki, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz. Stan prawny na 1 października 2012*, Warszawa 2012, s. 45.

¹¹ W. Załuski, *Zarys teorii obowiązku*, „Państwo i Prawo” 2021/6, s. 5–6.

jest jednak relewantna w procesie karnym jedynie z racji jej relacji do interesów człowieka jako właściciela zwierzęcia czy jego posiadacza¹²?

Rzeczony problem nie jest nowy w orzecznictwie sądowym oraz nauce prawa.

Sąd Najwyższy (dalej SN) w uzasadnieniu orzeczenia z 16.01.2014 r., V KK 370/13¹³, opierając się na wykładni językowej art. 49 § 1 Kodeksu postępowania karnego¹⁴ uznał, że zwierzę nie jest pokrzywdzonym w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., ponieważ nie zalicza się do grona osób. Taki pogląd wyraził wcześniej Michał Gabriel-Węglowski oraz W. Radecki¹⁵. Romuald Kmiecik wyraził pogląd, że zwierzę jest przedmiotem ochrony prawnokarnej, a nie podmiotem¹⁶.

Odmienne stanowisko, aprobowane w niniejszym opracowaniu, zaliczające zwierzę do grona pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., zajęli K. Kuszlewicz oraz Tomasz Pietrzykowski¹⁷.

Podstawowym źródłem wiedzy o tym, kogo prawodawca uznał za pokrzywdzonego jest art. 49 § 1 k.p.k. wysławiający definicję legalną.

Brzmi ona następująco: „pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przestępstwem”.

Definicje legalne rozpatrywane na poziomie dyrektywnym są przepisami prawnymi, z których odtwarza się szczególnego rodzaju normy, a mianowicie te, które nakazują uwzględniać określone znaczenie¹⁸. W świetle koncepcji wykładni derywacyjnej wysoce problematyczne jest przełamywanie jednoznacznego rezultatu wykładni językowej definicji legalnej¹⁹. Szalę na rzecz przełamania jednoznacznego językowo definicji legalnej pokrzywdzonego przechylają jednak racje funkcjonalne.

Przyjęcie wyniku tej wykładni i wykluczenie zwierzęcia z grona podmiotów pokrzywdzonych w sposób rażący burzyłoby założenia o racjonalności epistemicznej i aksjologicznej prawodawcy. Tak wyinterpretowana norma jawiłaby się jako społecznie niedorzeczna (*argumentum ad absurdum*)²⁰ i podważałaby założenia o racjonalności prawodawcy.

¹² Takie postrzeganie krzywdy zwierząt jest konsekwencją Kantowskiego stosunku do przemocy wobec zwierząt. Filozof z Królewca uważał ją za naganną i karygodną z tego powodu, że wywiera ona fatalny wpływ na stosunki społeczne, brutalizując je i demoralizując społeczeństwo. Zwierzęta, jak wiadomo, nie były traktowane przez Immanauela Kanta jako podmiot troski moralnej z racji braku posiadania rozumu oraz niedolności do zaciągania zobowiązań. Zob. I. Kant, *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 2002, s. 72. W. Tyburski, *Człowiek i świat zwierząt w horyzoncie myślowym doby nowożytnej (wybrane stanowiska)*, „Przegląd Filozoficzny” 2015/2, s. 16–17.

¹³ Legalis nr 750086.

¹⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 535) – dalej k.p.k.

¹⁵ M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008, s. 157; W. Radecki, *Ustawa o ochronie zwierząt*, Warszawa 2015, s. 246.

¹⁶ R. Kmiecik, *Dereifikacja zwierząt, czy antropomorfizm prawniczy? (głos w dyskusji)* [w:] *Prawna ochrona zwierząt*, red. M. Mozgawa, Lublin 2002, s. 185–187.

¹⁷ T. Pietrzykowski, *Prawo ochrony zwierząt – między praktyką a teorią nowej gałęzi prawa. Artykuł recenzyjny dotyczący książki Prawa Zwierząt. Praktyczny przewodnik*, „Krytyka Prawa” 2020/2, s. 221. Zob. K. Kuszlewicz, *Ustawa...*, s. 380.

¹⁸ M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 189.

¹⁹ Z podobnym problemem interpretacyjnym mierzyli się Barbara Janusz-Pohl i Łukasz Pohl. Otóż wykładnia językowa art. 132a pkt 1 ustawy o Policji 6.04.1990 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 360) prowadziła do niedorzecznych rezultatów z uwagi na brak zawarcia w definicji przewinienia dyscyplinarnego warunku popełnienia go przez funkcjonariusza Policji. Autorzy zdecydowali się na przełamanie rezultatów wykładni językowej. Zob. B. Janusz-Pohl, Ł. Pohl, *O okolicznościach niepozwalających na przypisanie winy policjantowi popełniającemu przewinienie dyscyplinarne (wybrane zagadnienia materialnoprawne i procesowe)* [w:] *Wina w prawie dyscyplinarnym służb mundurowych. V Seminarium prawnicze z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych”*, Piła 2015, s. 27–28.

²⁰ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992, s. 205 i n. Cyt. za: B. Janusz-Pohl, *Immunitety formalne* [w:] *Dopuszczalność procesu*, red. nauk. M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015, s. 747.

Założenia idealizacyjne dotyczące wiedzy ogólnej prawodawcy towarzyszą działaniom interpretacyjnym i obejmują filozofię, a także nauki przyrodnicze. Założenia aksjologiczne dotyczą natomiast wartości i ich hierarchii²¹. Doskonały epistemicznie prawodawca dysponuje wiedzą zgromadzoną przez badaczy eksplorujących życie zwierząt, a także potrafi na tej podstawie odpowiednio wysoko doceniać wartość życia zwierząt i dba o ich ochronę²².

Nauki biologiczne są źródłem ogromnej wiedzy o zwierzętach i ich bogatych oraz wielowymiarowych doznaniach podobnych do tych, które są udziałem ludzi. Mimo trudności z poznaniem świadomości zwierząt i wczucia się w ich położenie²³, nauka wskazuje na wiele podobieństw między ludźmi i zwierzętami w zakresie doznawania czy przeżywania życia. Dość wspomnieć, że ludzie dzielą ze zwierzętami negatywne doznania generowane w układzie limbicznym takie jak: ból czy emocje strachu, emocje wywołane oczekiwaniem czy w przypadku osobników żyjących grupowo – dysstres odseparowania. Ssaki, w nieco mniejszym stopniu, dzielą z ludźmi kategorie przyjemności (pozaseksualne akty społeczne), zachowania apetycyjne i eksploracyjne oraz zabawę. Dzięki tym doznaniom zwierzęta przeżywają życie jako przyjemne. Niektóre zwierzęta są zdolne do samoświadomości refleksyjnej, czyli spojrzenia na siebie jako na podmiot i sprawcę. Przykładowo szympansy są zdolne do empatii ograniczonej do własnej grupy²⁴.

Trudno również przechodzić do porządku dziennego nad pomysłami, które są przedstawiane we współczesnej filozofii moralnej. Zwraca się bowiem uwagę na konieczność postrzegania zwierzęcia i jego kondycji w wymiarze szerszym, aniżeli tylko utylitarna perspektywa unikania czy minimalizowania cierpienia. Rzeczniczką takiego punktu widzenia jest Marta Nussbaum. Filozofka zaproponowała, aby wobec zwierząt stawiać pytania, które zadawalibyśmy pytając o udane życie człowieka. Są to pytania: o zakres życia na wolności, fizyczną kondycję, o związki z innymi, jak również o to, co oznacza dla zwierzęcia doświadczania strachu i smutku, poniżenia, a także co oznacza dlań bycie szanowanym²⁵.

Istnieją zatem racje przemawiające za tym, że zwierzęta mają sferę interesów zasługującą na uznanie, czego przejawem jest choćby zaliczenie zwierząt do grona pokrzywdzonych.

Ważkim argumentem w dyskusji na temat statusu zwierzęcia w procesie karnym jest również konieczność uwzględniania w procesie wykładni wspomnianego już art. 1 ustawy o ochronie zwierząt, mającej, jak zauważył T. Pietrzykowski, tę samą rangę co Kodeks postępowania karnego i ustanowionej później niż k.p.k.²⁶ T. Pietrzykowski zauważył, że: „Dereifikacja zwierząt (kręgowych), a zatem pozbawienie ich statusu rzeczy i przypisanie ich życiu i zdolności do odczuwania cierpienia, nie li tylko jest pustą deklaracją ideologiczną, a zasadą wprowadzoną po to, aby wywierała wpływ na sposób interpretacji i stosowania innych przepisów, w zakresie w jakim wpływa to na sytuację i traktowanie zwierząt. Takimi przepisami są bez wątpienia art. 39 u.o.z. i 49 k.p.k. Podstawową konsekwencją normatywną art. 1 u.o.z., istotną dla ich rozumienia, jest

²¹ M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 262–266.

²² T. Pietrzykowski na założeniu o posiadaniu przez prawodawcę wiedzy naukowej oparł pogląd o ograniczeniu dereifikacji do kręgowców, zob. T. Pietrzykowski, *Prawo...*, s. 217.

²³ P. Waldau, *Co każdy powinien wiedzieć? Prawa zwierząt*, Warszawa 2021, s. 87.

²⁴ T. Pietrzykowski, A. Elżanowski, *Zwierzęta...*, s. 21–23.

²⁵ M. Nussbaum, *Working with and for Animals: Getting the Theoretical Framework Right* *Journal of Human Development and Capabilities*, Wielka Brytania 2018, s. 2–14.

²⁶ T. Pietrzykowski, *Prawo...*, s. 220.

uczynienie życia i dobrostanu zwierząt (wolności od cierpienia) samoistnymi wartościami prawnie chronionymi. Zgodnie z drugim zdaniem art. 1 u.o.z. człowiek jest «im» (zwierzętom – dop. T.P.) winien poszanowanie, opiekę i ochronę²⁷.

W rezultacie powyższych zabiegów wykładniczych, do grona pokrzywdzonych należy zatem zaliczyć zwierzęta, oprócz właścicieli i posiadaczy zwierząt. Prawdą jest, że jest to w istocie uznanie zwierzęcia za podmiot prawa. Jednakże, jak się wydaje, właśnie dzięki temu zwierzę zajmuje należne mu miejsce jako główna ofiara zamachu przestępnego. Tego rodzaju wykładnia może sprawić, że organy procesowe będą poważniej traktowały przestępstwa stypizowane w ustawie, mając na uwadze konieczność ochrony prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Nie jest to przy tym rewolucyjna propozycja wykładni, która istotnie podważa antropocentryczny charakter prawa dotyczącego zwierząt.

Jest natomiast bliska rozumowaniu, zgodnie z którym zwierzę z uwagi na posiadanie subiektywnych interesów powinno liczyć się prawnie. Oznacza to prawo „do tego, aby interesy danej istoty były brane pod uwagę przy rozstrzyganiu przez prawo kolizji między nimi a interesami lub uprawnieniami innych podmiotów”²⁸.

M. Gabriel-Węglowski postulował, aby uznać za pokrzywdzonego człowieka, którego łączył ze zwierzęciem silny związek emocjonalny, przy czym obowiązek wykazania tego rodzaju więzi spoczywałby na twierdzącym²⁹. Nie sposób odmówić racji autorowi wskazującemu na głębokość relacji łączącej człowieka ze zwierzęciem. Jest to okoliczność, która nie może być prawnie indyferentna. Jednakże wątpliwości budzi spełnienie w tym przypadku warunku bezpośredniości zawartego w definicji pokrzywdzonego, problematycznego w procesie wykładni³⁰.

To zwierzę jest z pewnością bezpośrednio pokrzywdzone w wyniku, np. popełnienia przestępstwa znęcania czy uśmiercenia. To ono doznaje rozmaitych cierpień w rezultacie działania sprawcy. W tym miejscu warto wspomnieć, że przeżywanie rozmaitych cierpień spowodowanych np. znęcaniem w przypadku zwierzęcia może być trudniejsze niż dla człowieka, któremu przyszło cierpieć. Zwierzę bowiem, jak podkreśliła Ewa Nowak: „postrzega własny ból, z drugiej zaś – nie dysponuje władzami poznawczymi, które pozwoliłyby mu przejąć nad nim kontrolę poprzez zrozumienie, nadanie znaczenia i podjęcie aktywnej walki z cierpieniem. W przeciwieństwie do człowieka, nie jest mu dany wybór między walką i rezygnacją. Instynktownie zdolne do aktywności, tj. ucieczki, pozostaje ono niezdolne do transformacji stanu cierpienia w inny, wolny od niego stan”³¹.

Niekwestionowane cierpienia psychiczne osoby, która zbudowała relację ze zwierzęciem są natomiast dalszą konsekwencją zamachu przestępnego. Wydaje się ponadto, że z uwagi na wyłuszczone wyżej racje trzeba większą uwagę poświęcić zwierzęciu jako istocie, która padła ofiarą czynu zabronionego.

²⁷ T. Pietrzykowski, *Prawo...*, s. 221.

²⁸ T. Pietrzykowski, *Problem podmiotowości prawnej zwierząt z perspektywy filozofii prawa*, „Przegląd Filozoficzny” 2015/2, s. 254.

²⁹ M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa...*, s. 161. Autor przedstawił cztery warianty rozwiązania problemu statusu pokrzywdzonego w procesie karnym dotyczącym rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa stypizowanego w ustawie o ochronie zwierząt z 21.08.1998 r.: brak pokrzywdzonego, uznanie za pokrzywdzonego każdej osoby fizycznej, uznanie, że prawa pokrzywdzonego może wykonywać osoba fizyczna w jakiś sposób związana ze zwierzęciem, uznanie, iż w charakterze pokrzywdzonego ma prawo występować organizacja państwowa, samorządowa lub społeczna, której przedmiotem działalności jest ochrona zwierząt.

³⁰ B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017, s. 234.

³¹ E. Nowak, *Szechita. Studium z genealogii, praktyki i transgatunkowej etyki zabijania*, „Edukacja Etyczna” 2013/6, s. 64.

II.

W związku ze statusem pokrzywdzonego zwierzęcia, rodzi się pytanie o jego procesową reprezentację. Jest poza wszelkim sporem, że zwierzę nie jest w stanie wykonywać uprawnień poprzez wykonywanie czynności procesowych, które wymagają wszakże świadomości i dowolności³², do jakiej zdolni są jedynie ludzie. Ija Lazari-Pawłowska wymownie podkreśliła, że: „kto znęca się nad zwierzęciem nie musi obawiać się, że kiedyś role się odwrócą. Zwierzę nie wystąpi w roli mściciela”³³.

De lege lata zgodnie z art. 38 ustawy w sprawach o przestępstwa określone w art. 35 ust. 1, 1a lub 2 oraz wykroczenia określone w art. 37, a także w postępowaniu w sprawach nieletnich o czyn karalny określony w art. 35 ust. 1a i 2 prawa pokrzywdzonego może wykonywać organizacja społeczna, której statutowym celem działania jest ochrona zwierząt.

Bliski jest mi pogląd T. Pietrzykowskiego, zgodnie z którym organizacja społeczna nie działa w miejsce właściciela, lecz niezależnie od istnienia, aktywności lub możliwości działania ze strony właściciela zwierzęcia. Działa przeto w interesie i w miejsce samego zwierzęcia, którego życie i dobrostan stanowią rzeczywisty przedmiot ochrony prawnokarnej³⁴. Nie sposób też pomijać istotnej okoliczności, że często w tego rodzaju procesach osoba nie może występować jako pokrzywdzony właściciel, czy posiadacz zwierzęcia z uwagi na to, iż została podejrzana o popełnienie przestępstwa na szkodę swojego podopiecznego³⁵.

Czy reprezentowanie pokrzywdzonych zwierząt jedynie przez organizacje społeczne jest rozwiązaniem optymalnym czy wymaga rewizji?

Odpowiadając na to pytanie, należy uwzględnić następujące okoliczności.

Po pierwsze, do grona zwierząt, które mogą zostać pokrzywdzone przestępstwami stypizowanymi w ustawie zalicza się: zwierzęta domowe, gospodarskie, bezdomne, laboratoryjne, wykorzystywane dla celów specjalnych, ptaki zasiedlające budynki jako szczególna grupa zwierząt, koty wolno żyjące. Jest to zatem niezwykle szeroka kategoria istot żywych. Można zastanawiać się, czy organizacje społeczne, których rola jest oczywiście doniosła, są w stanie efektywnie występować jako wykonujący prawa tak licznych pokrzywdzonych.

Po drugie, należy również zwrócić uwagę na odbiegające od ideału traktowanie przez organy ścigania osób składających zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Dane dotyczące zaufania obywateli składających zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa na szkodę zwierzęcia nie napawają optymizmem. Obrazują one niski poziom zaufania społeczeństwa do organów ścigania. W raporcie Fundacji Czarna Owca Pana Kota Stowarzyszenie Ochrony Zwierząt Ekostaż czytamy, że 32% ankietowanych obywateli i obywaterek wyraziło przekonanie, iż ich zgłoszenie nie zostało potraktowane poważnie przez organy ścigania. Aż 58% oceniło negatywnie zaangażowanie Policji w dochodzenia prowadzone na skutek ich zgłoszeń³⁶.

³² B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 92.

³³ I. Lazari-Pawłowska, *Etyka. Pisma wybrane*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1992, s. 37.

³⁴ T. Pietrzykowski, *Prawo...*, s. 221.

³⁵ T. Pietrzykowski, *Prawo...*, s. 221.

³⁶ K. Kuszlewicz, *Ustawa...*, s. 26. Fundacja Czarna Owca Pana Kota Stowarzyszenie Ochrony Zwierząt Ekostaż, *Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami. Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji*, Kraków –Wrocław 2016, <https://czarnaowca.org/>

Wydaje się, że uznanie osoby fizycznej za wykonującej prawa pokrzywdzonego mogłoby zmienić tę sytuację i istotnie wzmocnić sprawczość obywateli, którzy mogliby efektywnie wykonywać prawa pokrzywdzonych zwierząt. Oto bowiem człowiek zdolny do podejmowania czynności procesowych uzyskałby kompetencję do oddziaływania na tok postępowania karnego, choćby poprzez wykonywanie takich praw pokrzywdzonego jak: zaskarżanie decyzji procesowych tamujących tok procesu czy występowanie w postępowaniu sądowym. Jak zauważyła Karolina Kremens: „pozycja pokrzywdzonego w polskim procesie karnym jest bardzo silna. Już samo wskazanie wśród celów postępowania karnego dyrektywy uwzględniania interesów pokrzywdzonego przy jednoczesnym uwzględnianiu jego godności (art. 2 par. 1 pkt 3 k.p.k.) pozwala na nadanie pokrzywdzonemu szczególnego statusu. Nie jest on bowiem jedynie biernym uczestnikiem postępowania – ale jeżeli tylko zechce – może brać czynny udział w czynnościach postępowania karnego oraz je inicjować”³⁷.

Za zmianami przemawiają również pewne racje etyczne.

W polskim procesie karnym legitymację procesową do występowania w imieniu pokrzywdzonych, którzy nie są w stanie samodzielnie występować, np. z racji wieku czy śmierci, posiadają osoby dlań najbliższe (art. 51 i 52 k.p.k.). Wykonywanie przez osoby najbliższe praw osób, które np. z racji wieku nie mogą wykonywać swoich praw znajduje mocne uzasadnienie etyczne. Roger Scruton pięknie pisał o sile roszczeń moralnych osób najbliższych w pracy „O naturze ludzkiej”. Filozof podkreślił, że dzieci mają do nas roszczenie, którego nie mają inni oraz, iż roszczenie to jest od razu racją dla działania, nie wymagając dalszej argumentacji³⁸.

Istnieją też racje przemawiające za tym, aby pokrzywdzone zwierzęta były reprezentowane przez ludzi. Nie budzi chyba wątpliwości trwałość i głębia relacji ludzi ze zwierzętami domowymi. Dla opiekunów zwierzęta jawią się jako niepowtarzalne. Są traktowane jak faktyczni członkowie rodziny³⁹.

Russel Powell zwrócił uwagę na to, że fakt, iż wiele osób traktuje swoje psy czy koty jako zwykłą własność bez szczególnego osobistego znaczenia nie podważa tego, że wiele innych osób myśli i działa w taki sposób, jakby miało poważne zobowiązania etyczne wobec zwierząt, a także jakby były one podmiotami. Krzywda wyrządzonemu zwierzęciu nie jest traktowana jako zwykła osobista obraza wynikająca ze zniszczenia rzeczy. W takich sytuacjach reakcją jest współczucie dla zwierzęcia i oburzenie na sprawcę, wykraczające poza naturalną dezaprobatę wobec kogoś, kto naruszył prawo własności⁴⁰.

Inaczej należy uzasadniać oczywiście powód dopuszczenia ludzi do reprezentowania innych zwierząt ujętych w ustawie np. zwierząt dzikich, ptaków czy zwierząt laboratoryjnych. Źródeł tej powinności należy szukać w ogólnym obowiązku opieki

³⁷ K. Kremens [w:] *Proces karny*, red. nauk. J. Skorupka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka, Warszawa 2020, s. 314. Zob. też W. Sych, *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006, s. 271–272.

³⁸ R. Scruton, *O naturze ludzkiej*, Poznań 2020, s. 101–102.

³⁹ M. Drapalska-Grochowicz, *Prawne interpretacja bliskich relacji człowieka z innymi zwierzętami*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020/1, s. 223; H. Mamzer, *Posthumanizm we współczesnych modelach rodzin: zwierzęta jako członkowie rodziny* [w:] *Rodzina wobec wyzwań współczesności*, red. S. Grotowska, I. Taranowicz, Wrocław 2015, s. 172–173.

⁴⁰ R. Powell, *Ile jest warte zwierzę domowe?* [w:] *Filozofia kontra świat*, red. nauk. D. Edmonds (przekład Joanna Bednarek), Warszawa 2020, s. 244.

wynikającym z art. 1 ust. 1 ustawy. Tak jak już podkreślono, może być on realizowany w różny sposób, także poprzez aktywność w procesie karnym.

Propozycja uznania obywateli za reprezentantów pokrzywdzonych zwierząt wychodzi też naprzeciw postawom moralnym wobec zwierząt przejawianych w społeczeństwie.

Jak zauważył Tomasz Kaczmarek, aksjologiczną miarą porządku prawnego w społeczeństwie powinny być reguły moralności dominującej, a zatem wartości aprobowane przez większość społeczeństwa. Oczywiście ustalenie tego rodzaju większości może nastręczać trudności⁴¹. Wyniki badań opinii publicznej unaoczniają, że społeczeństwo zna fakty dotyczące zdolności sensorywnych i poznawczych zwierząt oraz rozpoznaje ich konsekwencje etyczne⁴².

Filozoficznym wsparciem propozycji umożliwienia obywatelom aktywności w procesach karnych, w których pokrzywdzonym jest zwierzę, jest rozwijana przez R. Scrutona idea włączenia obywateli w oddolne działania na rzecz środowiska naturalnego. Można z powodzeniem odnieść je również do obywatelskiej odpowiedzialności i troski o element środowiska naturalnego, jakim jest fauna. Współcześnie takim polem działania może być właśnie postępowanie karne, w którym osoba fizyczna – obywatel może wykonywać prawa pokrzywdzonego zwierzęcia, nie czekając na inicjatywę organizacji. R. Scruton przeciwstawił działalność odgórną prowadzoną przez rozmaite organizacje oddolnej aktywności obywateli, inspirowaną ideą „małych plutonów” autorstwa Edmunda Burke’go. Małe społeczności, rodzina, kluby towarzyszące są miejscami, gdzie ludzie uczą się odpowiedzialności za swoje działania. Brak zaangażowania ochotników określał jako jedną z przyczyn degradacji środowiska⁴³.

Z wyżej wymienionych względów należy zatem poddać pod rozagę zmianę art. 38 u.o.z. i wyposażenie osób fizycznych w prawo do reprezentowania zwierząt.

Naturalnie pojawia się zarzut ewentualnego sparaliżowania procesu karnego poprzez możliwe pojawienie się wielu zainteresowanych w wykonywaniu praw pokrzywdzonego. Jednakowoż w polskim Kodeksie postępowania karnego istnieją mechanizmy, które temu przeciwdziałają, jak np. art. 56 § 1 upoważniający sąd do ograniczenia liczby oskarżycieli posiłkowych dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania⁴⁴.

ZAKOŃCZENIE

W niniejszym opracowaniu podjęto próbę przedstawienia argumentacji, osadzonej w dorobku nauk przyrodniczych, a także etyki naturalistycznej na nim opartej, przemawiających za uznaniem zwierzęcia pokrzywdzonego przestępstwami stypizowanymi w ustawie jako podmiotu procesu karnego. Zaproponowano również rewizję rozwiązań procesowych, które w istocie umożliwiają wykonywanie praw pokrzywdzonego jedynie wybranym organizacjom społecznym. Intencją przyświecającą

⁴¹ T. Kaczmarek, *Prawo karne wobec moralności (Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego)* [w:] *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 50-lecia naukowej twórczości*, Wrocław 2016, s. 54.

⁴² T. Pietrzykowski przywołał miarodajne badania, z których większość badanych respondentów odpowiadała, że humanitarna ochrona zwierząt jest bardzo istotna. Moralność publiczna nie ogranicza się przeto wyłącznie do relacji międzyludzkich. Zawiera w sobie również troskę wobec zwierząt. Zob. T. Pietrzykowski, *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, „Studia Prawnicze” 2019/1, s. 18.

⁴³ R. Scruton, *Zielona filozofia. Jak poważnie myśleć o naszej planecie*, Poznań 2017, s. 110–111.

⁴⁴ M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa...*, s. 159.

organom procesowym dokonującym wykładni prawa, jak też prawodawcy rozważającego ustanowienie nowej normy prawnej powinno być w kontekście ochrony zwierząt Popperowskie minimalizowanie zła⁴⁵. Zarówno forsowanie poprzez stanowienie i stosowania prawa rozmaitych koncepcji filozoficznych, znoszących zasadnicze różnice między człowiekiem a zwierzęciem, jak i zachowawczość, a także podążanie utartymi ścieżkami przez organy stosujące prawo oraz prawodawcę, zwłaszcza bez uwzględniania postępu naukowego i relevantnych racji etycznych⁴⁶ są nieroztropne.

Summary

Paweł Mazur, *Legal Status of Animals Being Victims of Crimes Defined in the Act of 21 August 1997 on Animal Protection*

The article is a voice in the discussion on the legal status of animals which are victims of crimes defined in the provisions of the Act of 21 August 1997. It presents argumentation to support departure from the result of linguistic interpretation of the legal definition of the victim, contained in the provisions of the Code of Criminal Procedure, which definition is based, inter alia, on functional considerations. The article criticizes the fact that only organizations whose statutory purpose is the protection of animals were granted exclusive authorization to exercise the rights of animals as victims.

Keywords: animal, victim, criminal trial, dereification, Act of 21 August 1997 on Animal Protection

Streszczenie

Paweł Mazur, *Status prawny zwierząt pokrzywdzonych w wyniku popełnienia przestępstw stypizowanych w ustawie o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.*

Artykuł jest glosem zabranym w sprawie statusu prawnego zwierząt pokrzywdzonych wskutek popełnienia przestępstw stypizowanych w przepisach ustawy z 21.08.1997 r. W artykule przedstawiono argumentację, która przemawia za przełamaniem rezultatu wykładni językowej definicji legalnej pokrzywdzonego zawartej w przepisie Kodeksu postępowania karnego, opartej m.in. na racjach funkcjonalnych. Krytycznie oceniono przyznanie wyłącznie organizacjom statutowym, których celem jest ochrona zwierząt, wyłączności na wykonywanie praw pokrzywdzonych zwierząt.

Słowa kluczowe: zwierzę, pokrzywdzony, proces karny, dereifikacja, ustawa o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.

⁴⁵ „Jeśli miałbym dać prostą formułę lub receptę na rozróżnienie między tym, co określam jako dopuszczalne plany reformy społecznej a niedopuszczalnymi projektami utopijnymi powiedziałbym tak: Działaj na rzecz eliminacji zła raczej niż na rzecz realizacji dobra abstrakcyjnego. Nie zdążaj do zapewnienia szczęścia środkami politycznymi. Dąż do eliminacji konkretnych cierpień (...)”. K. Popper, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Londyn 1963, s. 360–361. Cyt. za: A. Chmielewski, *Filozofia Poppera. Analiza krytyczna*, Wrocław 1995, s. 81.

⁴⁶ Wydaje się, że pomijanie przez prawodawcę istotnych racji etycznych przemawiających za korektą sytuacji prawnej zwierząt można uznać, posługując się językiem etyki, za zawinioną ignorancję. Barbara Chyrowicz opierając się na filozofii tomistycznej wyróżniła niewiedzę (*nescientia*) oraz nieznajomość (*ignorantia*). Niewiedza oznacza prosty brak wiedzy. Brak wiedzy należy (nazywanej przez autorkę ignorancją) jest zaniedbaniem, które nie zwalnia z moralnej odpowiedzialności za działanie, nawet jeśli „tu i teraz” podjęto działanie, nie zdając sobie sprawy z popełnionych błędów. Warunkiem tej odpowiedzialności jest brak wiedzy dotyczącej faktów i norm, którą można było zdobyć, zob. B. Chyrowicz, *Widok stąd. Dlaczego działamy tak, a nie inaczej*, Kraków 2021, s. 212.

Literatura:

1. Białocerkiewicz J., *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Toruń 2005.
2. Chmielewski A., *Filozofia Poppera. Analiza krytyczna*, Wrocław 1995.
3. Chyrowicz B., *Widok stąd. Dlaczego działamy tak, a nie inaczej*, Kraków 2021.
4. Drapalska-Grochowicz M., *Prawne interpretacja bliskich relacji człowieka z innymi zwierzętami*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2020, nr 1.
5. Fundacja Czarna Owca Pana Kota Stowarzyszenie Ochrony Zwierząt Ekostraż, *Jak Polacy złączają się nad zwierzętami. Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji*, Kraków–Wrocław 2016, <https://czarnaowca.org/>
6. Gabriel-Węglowski M., *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008.
7. Goettel M., *Sytuacja zwierzęcia w prawie cywilnym*, Warszawa 2013.
8. Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017.
9. Janusz-Pohl B., *Immunitety formalne* [w:] *Dopuszczalność procesu*, red. nauk. M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015.
10. Janusz-Pohl B., Pohl Ł., *O okolicznościach niepozwalających na przypisanie winy policjantowi popełniającemu przewinienie dyscyplinarne (wybrane zagadnienia materialnoprawne i procesowe)* [w:] *Wina w prawie dyscyplinarnym służb mundurowych. V Seminarium prawnicze z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych”*, Piła 2015.
11. Kaczmarek T., *Prawo karne wobec moralności (Spory wokół moralnego i prawnego statusu płodu ludzkiego)* [w:] *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 50-lecia naukowej twórczości*, Wrocław 2016.
12. Kant I., *Uzasadnienie metafizyki moralności*, Warszawa 2002.
13. Kmieciak R., *Dereifikacja zwierząt, czy antropomorfizm prawniczy? (głos w dyskusji)* [w:] *Prawna ochrona zwierząt*, red. M. Mozgawa, Lublin 2002.
14. Kremens K. [w:] *Proces karny*, red. nauk. J. Skorupka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka, Warszawa 2020.
15. Kuszlewicz K., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2021.
16. Kuszlewicz K., *Prawa zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2019.
17. Lazari-Pawłowska I., *Etyka. Pisma wybrane*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1992.
18. Łętowska E., *Dwa cywilnoprawne aspekty praw zwierząt: dereifikacja i personifikacja* [w:] *Studia z prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, red. A. Szpunar, Łódź 1997.
19. Mamzer H., *Posthumanizm we współczesnych modelach rodzin: zwierzęta jako członkowie rodziny* [w:] *Rodzina wobec wyzwań współczesności*, red. S. Grotowska, I. Taranowicz, Wrocław 2015.
20. Nowak E., *Szechita. Studium z genealogii, praktyki i transgatunkowej etyki zabijania*, Edukacja Etyczna 2013, nr 6.
21. Nussbaum M., *Working with and for Animals: Getting the Theoretical Framework Right* *Journal of Human Development and Capabilities*, Wielka Brytania 2018.
22. Pietrzykowski T., Elżanowski A., *Zwierzęta, jako nieosobowe podmioty prawa*, Forum Prawnicze 2013, nr 2.
23. Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011.
24. Pietrzykowski T., *Problem podmiotowości prawnej zwierząt z perspektywy filozofii prawa*, Przegląd Filozoficzny 2015, nr 2.
25. Pietrzykowski T., *Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt*, Studia Prawnicze 2019, nr 1.
26. Pietrzykowski T., *Prawo ochrony zwierząt- między praktyką a teorią nowej gałęzi prawa. Artykuł recenzyjny dotyczący książki Prawa Zwierząt. Praktyczny przewodnik*, Krytyka Prawa 2020, nr 2.
27. Popper K., *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Londyn 1963.
28. Powell R., *Ile jest warte zwierzę domowe?* [w:] *Filozofia kontra świat*, red. nauk. D. Edmonds (przekład Joanna Bednarek), Warszawa 2020.

29. Radecki W., *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz. Stan prawny na 1 października 2012*, Warszawa 2012.
30. Radecki W., *Ustawa o ochronie zwierząt*, Warszawa 2015.
31. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1992.
32. Scruton R., *O naturze ludzkiej*, Poznań 2020.
33. Scruton R., *Zielona filozofia. Jak poważnie myśleć o naszej planecie*, Poznań 2017.
34. *Słownik Języka Polskiego PWN*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003.
35. Sych W., *Wpływ pokrzywdzonego na tok postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 2006.
36. Tyburski W., *Człowiek i świat zwierząt w horyzoncie myślowym doby nowożytnej (wybrane stanowiska)*, *Przegląd Filozoficzny* 2015, nr 2.
37. Waldau P., *Co każdy powinien wiedzieć? Prawa zwierząt*, Warszawa 2021.
38. Załuski W., *Zarys teorii obowiązku, Państwo i Prawo* 2021, z. 6.
39. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2017.

Katarzyna Borkowska*

Przestępstwo oszustwa w polskim i niemieckim prawie karnym**

1. UWAGI WSTĘPNE

W Polsce oszustwo jest jednym z najczęściej popełnianych przestępstw przeciwko mieniu, z wyraźną tendencją wzrostową obserwowaną w ostatnich dwóch dwudziestoleciach¹. Zwiększa się również liczba oszustw popełnianych za pośrednictwem sieci internetowej². Także w niemieckiej doktrynie uważa się, że oszustwo należy do jednych z najbardziej znaczących przestępstw przeciwko mieniu³. Sposób penalizacji tego przestępstwa, a także aktualność regulacji prawnej wobec postępu informatyzacji i cyfryzacji oraz powszechności różnego rodzaju usług, jest więc ważkim problemem. Należy wskazać, że między ustawami karnymi państw europejskich istnieją różnice w traktowaniu przestępstwa oszustwa. Dyferencje te dają się zauważyć również w przypadku polskiego i niemieckiego prawa karnego. Dlatego też przedmiotem badań uczyniono regulacje prawne penalizujące przestępstwo oszustwa w swojej podstawowej postaci w polskiej i niemieckiej ustawie karnej. Cel badań stanowiło natomiast ukazanie zbieżności oraz odrębności między obydwooma unormowaniami. Problem badawczy określono następująco – jakie są wspólne i odmienne cechy polskiej i niemieckiej regulacji prawnej dotyczącej przestępstwa oszustwa? W ślad za tak skonkretyzowanym problemem badawczym obrano następującą hipotezę badawczą – polska i niemiecka regulacja prawna dotycząca przestępstwa oszustwa wykazuje zarówno podobieństwa, jak i różnice w swojej zawartości normatywnej. Aby zweryfikować przedmiotową hipotezę badawczą, posłużono się komparatystyczną metodą badań. Należy wskazać, że w chwili obecnej brakuje w Polsce pracy poświęconej *stricto* przepisom karnym, odnoszącym się do oszustwa w prawie polskim i niemieckim. Literatura przedmiotu koncentruje się wokół generalnego porównania przepisów państw kręgu europejskiego – w tym

* Dr Katarzyna Borkowska jest asesorem Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-4529-5805, e-mail: katarzyna.karolina.borkowska@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 17.06.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 23.08.2021 r.

¹ Statystyka Policji, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-16/63976,Oszustwo-art-286.html> (dostęp: 10.06.2021 r.).

² D. Taberski, *Postępowania w sprawach o oszustwa popełnione za pośrednictwem Internetu*, „Prokuratura i Prawo” 2018/6, s. 63–64.

³ R. Rengier, *Kündigungs-Betrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäushtem Eigenbedarf*, „Juristische Schulung” 1989/29, s. 802–808.

miejsu należy wyszczególnić artykuł Piotr Poniatowskiego i Krzysztofa Wala⁴ oraz opracowanie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości⁵. Publikacje te – ze względu na wielość zestawianych ze sobą regulacji – nie zawierają jednak szczegółowej analizy znamion przestępstwa oszustwa w polskim i niemieckim systemie prawa karnego. Merytoryczna część niniejszego opracowania została podzielona na trzy części: pierwsza z nich została poświęcona przestępstwu oszustwa w prawie polskim, druga – w prawie niemieckim, w trzeciej zaś dokonano porównania obu regulacji oraz wyciągnięto wnioski.

2. PRZESTĘPSTWO OSZUSTWA W POLSKIM PRAWIE KARNYM

Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym stanowi jedno z przestępstw przeciwko mieniu z rozdziału XXXV Kodeksu karnego⁶. Jest ono penalizowane przez przepis art. 286 k.k., który ma następującą treść: „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 (§ 1). Tej samej karze podlega, kto żąda korzyści majątkowej w zamian za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy (§ 2). W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (§ 3). Jeżeli czyn określony w § 1–3 popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego (§ 4)”.

Istotą przestępstwa oszustwa jest doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania⁷, czyli za pomocą tzw. oszukańczych zabiegów⁸. Specyfiką tego przestępstwa jest to, że sprawca wykorzystuje błędne wyobrażenie osoby dokonującej rozporządzenia mieniem, a dyspozycja ma charakter dobrowolny i niewymuszony⁹.

W polskim Kodeksie karnym ustawodawca przewidział podstawowy (art. 286 § 1 k.k.), uprzywilejowany (art. 286 § 3 k.k.) i dwa kwalifikowane (art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k. lub art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 2 k.k.) typy oszustwa. Łagodniejsza odpowiedzialność karna wynika z wprowadzenia przez ustawodawcę „wypadku mniejszej wagi” przestępstwa oszustwa (art. 286 § 2 k.k.). W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że czynnikami rozróżniającymi przypadek mniejszej wagi od typu podstawowego oszustwa są przede wszystkim wartość przedmiotu czynu, sposób działania sprawcy („ilość” i „jakość” podejmowanych zabiegów oszukańczych) oraz – przy wykorzystaniu niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania

⁴ P. Poniatowski, K. Wala, *Przestępstwo oszustwa w tzw. klasycznej postaci w ujęciu prawnoporównawczym*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2017/4, t. XXVI.

⁵ K. Buczkowski, M. Jankowski, P. Bachmat, *Regulacja przestępstwa oszustwa w wybranych systemach prawnych państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2018.

⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

⁷ T. Oczkowski, *Komentarz do art. 286 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017, s. 1679.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 21.05.2020 r., V KK 112/19, LEX nr 3159903.

⁹ Wyrok SN z 12.10.2010 r., III KK 76/10, OSNwSk 2010/1, poz. 1921.

– także charakterystyka pokrzywdzonego¹⁰. Zaostrzenie odpowiedzialności karnej wynika z dopuszczenia się oszustwa w stosunku do mienia znacznej wartości (art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k.), a więc w stosunku do mienia, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 złotych (art. 115 § 5 k.k.) albo z dopuszczenia się oszustwa w stosunku do dobra o szczególnie wysokim znaczeniu dla kultury (art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 2 k.k.). Zachowanie polegające na żądaniu korzyści majątkowej od innej osoby w zamian za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy (art. 286 § 2 k.k.) – a więc tzw. oszustwo pokradzieżowe¹¹ – traktowane jest w literaturze przedmiotu albo jako osobny typ czynu zabronionego¹², albo jako odmiana przestępstwa oszustwa¹³. Istota takowego rozróżnienia sprowadza się do tego, czy sprawca, którego zachowanie polega na żądaniu korzyści majątkowej w zamian za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy, musi jednocześnie podejmować oszukańcze działania, które są warunkiem *sine qua non* przypisania mu odpowiedzialności karnej za czyn z art. 286 § 1 k.k.¹⁴ Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 286 § 4 k.k., jeśli oszustwo popełniono na szkodę osoby najbliższej, wówczas ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Co do zasady, oszustwo należy do przestępstw publicznoskargowych ściganych z urzędu. Wyjątkiem jest popełnienie oszustwa na szkodę osoby najbliższej, dla którego ścigania konieczne jest wystosowanie wniosku o ściganie przez pokrzywdzonego (przestępstwo publicznoskargowe wnioskowe)¹⁵. W celu zachowania przejrzystości i syntetyczności analizowanych treści, dalsze rozważania w tej części pracy ograniczono jedynie do uwag dotyczących oszustwa w typie podstawowym, tj. do przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Przestępstwo stypizowane w art. 286 § 1 k.k. jest przestępstwem powszechnym, ma charakter ogólnospawczy¹⁶. Jego podmiotem może być więc każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej. W przypadku popełnienia oszustwa na szkodę osoby prawnej sprawcą może być zarówno podmiot pozostający poza jego strukturą organizacyjną, jak i będący jej członkiem¹⁷. Popołnienie przestępstwa

¹⁰ T. Oczkowski, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, s. 1682; postanowienie SN z 26.07.2006 r., III KK 2/06, LEX nr 610545; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 8.12.2014 r., II AKa 425/14, LEX nr 1649112; wyrok SA w Łodzi z 14.02.2013 r., II AKa 299/12, LEX nr 1280499.

¹¹ S. Łagodziński, *Oszustwo pokradzieżowe*, „Prokuratura i Prawo” 1998/5, s. 33 i n.

¹² Tak m.in. Lech Gardocki, który wskazuje, że: „w art. 286 § 2 k.k. ustawodawca umieścił nowy typ przestępstwa, podobny do klasycznego oszustwa. Polega ono na żądaniu korzyści majątkowej w zamian za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy” (L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 334).

¹³ Tak m.in. Oktawia Górniok (O. Górniok, *Zmiany dotyczące przestępstw przeciwko mieniu*, Nowa kodyfikacja karna. *Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998/7, s. 160) i Grzegorz Pała (G. Pała, *Czyn z art. 286 § 2 k.k. – oszustwo czy inne przestępstwo*, „Prokuratura i Prawo” 2001/6, s. 38).

¹⁴ Więcej na ten temat A.N. Preibisz, *Karnoprawna ocena żądania korzyści za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy*, „Prokuratura i Prawo” 2005/5, s. 50–61.

¹⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 286 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, art. 286.

¹⁶ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. III, art. 286.

¹⁷ Tak SN w postanowieniu z 6.05.2014 r., IV KK 12/14, OSNKW 2014/11, poz. 84 – „Dla wypełnienia znamion występkę określonego w art. 286 § 1 k.k., a popełnionego na szkodę osoby prawnej, niekorzystne rozporządzenie mieniem musi być wprawdzie rezultatem wprowadzenia w błąd (wykorzystania błędu), to jest musi z tym wprowadzeniem w błąd (wyzyskaniem błędu) pozostawać w więzi przyczynowej, co nie oznacza koniecznej jedności (tożsamości) tej osoby fizycznej, działającej w imieniu osoby prawnej, która została wprowadzona w błąd (której błąd wyzyskano) i tej osoby fizycznej, która – jako upoważniona do podejmowania decyzji majątkowych – dokonała niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Reguła powyższa jest aktualna niezależnie od tego, czy wprowadzającym w błąd (wyzyskującym pozostawanie w błędzie) jest tzw. *extraneus* (to jest sprawca oszustwa działający «z zewnątrz»), czy też tzw. *intraneus* (to jest sprawca oszustwa będący osobą tkwiącą w strukturach pokrzywdzonej osoby prawnej)».

przez zaniechanie wymaga natomiast posiadania przez sprawcę statusu gwaranta (art. 2 k.k.) – w takim przypadku przestępstwo to jest indywidualne.

Przestępstwo oszustwa może zostać popełnione wyłącznie umyślnie w zamiarze bezpośrednim zabarwionym celem (*dolus directus coloratus*) – sprawca musi działać „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Zamiar bezpośredni musi obejmować zarówno cel, jak i sposób działania sprawcy zmierzający do zrealizowania celu. Przypisanie popełnienia oszustwa wymaga wykazania, że sprawca „obejmował swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim (kierunkowym) nie tylko to, że wprowadza w błąd inną osobę (względnie wyzyskuje błąd), ale także i to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzania mieniem i jednocześnie chce wypełnienia tych znamion”¹⁸. Wykluczone jest popełnienie przestępstwa oszustwa w zamiarze ewentualnym¹⁹. Jedynie w przypadku formy zjawiskowej pomocnictwa do oszustwa pomocnik może działać również z zamiarem ewentualnym²⁰.

Przestępstwo z art. 286 § 1 k.k. należy do przestępstw przeciwko mieniu (rozdział XXXV k.k.²¹). Przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. jest więc mienie. Dokonując wykładni autentycznej tego znamienia w oparciu na uzasadnieniu do projektu ustawy karnej z 1997 r., należy przyjąć cywilistyczne rozumienie pojęcia „mienia”²². Takowe jest legalnie zdefiniowane na gruncie prawa prywatnego – zgodnie z treścią przepisu art. 44 Kodeksu cywilnego²³ mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. Z punktu widzenia prawa cywilnego pojęcie „mienia” nie jest tożsame z pojęciem „majątku” – to pierwsze obejmuje tylko aktywa, podczas gdy na majątek składają się zarówno aktywa, jak i pasywa²⁴. Z racji tego, że dyspozycja przepisu art. 286 § 1 k.k. nie ogranicza niekorzystnego rozporządzenia tylko do aktywów, zasadne wydaje się przyjęcie rozumienia „mienia” przez odwołanie się do cywilistycznego pojęcia majątku²⁵.

Zgodnie z poglądem wyrażanym przez Sąd Najwyższy „termin «mienie», zawarty w treści art. 286 § 1 k.k., oznacza całokształt sytuacji majątkowej, obejmującej wszelkie prawa, zarówno rzeczowe, jak i obligacyjne, zaś niekorzystne nim rozporządzenie może nastąpić zarówno przez rzeczywisty uszczerbek, jak i przez utratę należnych korzyści”²⁶. Pojęcia mienia nie należy ograniczać jedynie do rzeczy

¹⁸ Tak SN w wyroku z 4.06.2009 r., WA 16/09, „Prokuratura i Prawo” 2009/11–12, poz. 8; por. wyrok SN z 11.02.2009 r., III KK 245/08, „Prokuratura i Prawo” 2009/6, poz. 15.

¹⁹ Wyrok SA w Warszawie z 19.01.2018 r., II AKa 429/17, LEX nr 2464822.

²⁰ Wyrok SN z 27.03.2013 r., III KK 308/12, LEX nr 1308127; wyrok SA we Wrocławiu z 24.10.2018 r., II AKa 286/18, LEX nr 2603276.

²¹ W doktrynie podnosi się, że rozumienie mienia, jako przedmiotu ochrony (zamachu) przestępstw stypizowanych w rozdziale XXXV k.k., może być różne i w zależności od danego przestępstwa mieć węższy bądź szerszy zakres (zob. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński [red.] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Wrocław 1989, s. 364).

²² I. Friedrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak [red.] *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego [w:] Nowe kodeksy karne z 1997 wraz z uzasadnieniami. Kodeks karny*, Warszawa 1997, s. 206.

²³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

²⁴ W orzecnictwie podkreśla się, że: „Od pojęcia «mienia» należy odróżnić pojęcie «majątek». Choć terminy te niekiedy uznaje się za tożsame, to jednak nie mają one identycznego zakresu pojęciowego. W doktrynie przyjmuje się bowiem, że wyraz majątek używany jest w dwóch znaczeniach: węższym, oznaczającym tylko aktywa, czyli prawa majątkowe posiadane przez podmiot, co może być utożsamiane z pojęciem mienia, oraz w znaczeniu szerszym, oznaczającym ogół praw i obowiązków majątkowych podmiotu prawa. Majątkiem są składniki mienia dające się wyodrębnić jako zespół aktywów, ale i zespół pasywów, będących przedmiotem obrotu, dziedziczenia, podstawą odpowiedzialności za zobowiązania, itp.” – wyrok SA w Łodzi z 28.03.2014 r., I ACa 1278/13, LEX nr 1451723.

²⁵ Szerzej na ten temat A.N. Preibisz, *Przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 286 § 1 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004/10, s. 29–37.

²⁶ Postanowienie SN z 15.06.2007 r., I KZP 13/07, OSNKW 2007/7–8, poz. 56.

materialnych²⁷. Przy przestępstwie oszustwa znamię „mienia” powinno być więc rozumiane w sposób szerszy – ochrona przepisu obejmuje całość sytuacji majątkowej danej osoby, ogół przysługujących jej praw majątkowych, w tym rzeczowych, obligacyjnych, spadkowych, a także praw majątkowych niematerialnych, jeśli mają one wartość majątkową (m.in. prawo autorskie, prawo wynalazcze, prawo do firmy, prawo do znaku towarowego)²⁸. Pojęcie mienia obejmuje przyszłe korzyści, uszczerbek majątkowy (*damnum emergens*) oraz utracone korzyści (*lucrum cessans*)²⁹. Przedmiotem przestępstwa oszustwa może być także nieruchomości³⁰. Jednocześnie w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że pojęcie mienia nie obejmuje świadczenia usług, których wyłudzenie jest penalizowane przez art. 121 § 2 Kodeksu wykroczeń³¹ (tzw. szalbierstwo)³². W przedmiocie zakresu przedmiotowego pojęcia „mienia” należy natomiast wskazać, że: „nie ma znaczenia dla bytu oszustwa, czy doszło do niego w wyniku zawarcia umowy legalnej, czy też przez zawarcie umowy zakazanej przez prawo, a więc w sytuacji gdy sam pokrzywdzony z zasady kieruje się motywem godnej potępienia chciwości”³³. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy – „Przepis art. 286 § 1 k.k. nie dzieli oszustw na «lepsze» i «gorsze», a jedynie wskazuje na przesłanki, jakie winny być spełnione, aby można było sprawcy przypisać czyn [...]. Przedmiotem ochrony w ramach przepisu art. 286 § 1 k.k. jest nie tylko świadczenie majątkowe objęte ochroną prawną, ale też każde inne – choćby spełnienie świadczenia przez osobę oszukiwaną naruszało przepis ustawy karnej”³⁴. „Niekorzystne rozporządzenie mieniem, o którym mowa w art. 286 § 1 k.k., może być, w zależności od realiów badanego zdarzenia, wykonane zarówno w celu godziwym, jak niegodziwym”³⁵. Należy więc uznać, że przepis art. 286 § 1 k.k. chroni każdy rodzaj mienia, a jego dyspozycja nie ogranicza się jedynie do legalnych stosunków prawnych.

Treść przepisu art. 286 § 1 k.k. przesądza o tym, że mienie powinno należeć do innej osoby (mienie własne) lub stanowić mienie do niej nienależące, ale którym ma ona prawo rozporządzać (mienie cudze). Jednocześnie rozporządzający własnym lub cudzym mieniem musi być osobą fizyczną – „Użyte w art. 286 § 1 k.k. określenie «inna osoba» odnosi się tylko do osoby fizycznej, mającej uprawnienie do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, nie zaś także do tworu organizacyjnego niemającego możliwości podejmowania jakichkolwiek działań bez umocowania do tego osób fizycznych. Tylko człowiek, jako istota wyposażona w intelekt i świadomość, może podejmować określone decyzje woli dotyczące rozporządzenia jakimś mieniem i tylko człowiek może być wprowadzony w błąd lub pozostawać w takim błędzie”³⁶. Wykluczone jest więc wprowadzenie w błąd albo wykorzystanie błędu maszyny, systemu komputerowego itp.³⁷

²⁷ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 263.

²⁸ T. Oczkowski, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, s. 1679.

²⁹ Wyrok SA w Warszawie z 18.10.2019 r., II AKa 215/19, LEX nr 2756375.

³⁰ Z. Niezgoda, *Niektóre aspekty prawnokarnej ochrony ubezpieczycieli (instytucji ubezpieczeniowych) na gruncie unormowań art. 286 i 298 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2006/4, s. 131.

³¹ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 281) – dalej k.w.

³² Wyrok SA w Lublinie z 11.07.2000 r., II AKa 101/00, „Prokuratura i Prawo” 2001/9, poz. 19.

³³ T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. 65.

³⁴ Wyrok SN z 10.03.2004 r., II KK 381/03, OSNwSK 2004/1, poz. 523.

³⁵ Postanowienie SN z 29.01.2015 r., I KZP 24/14, OSNKW 2015/4, poz. 30.

³⁶ Wyrok SA w Szczecinie z 25.09.2014 r., II AKa 74/14, LEX nr 1527205.

³⁷ M. Janowski, *Przestępstwo tzw. oszustwa komputerowego*, „Prokuratura i Prawo” 2011/10, s. 53.

Zasygnalizowania wymaga także pogląd, że za przedmiot zamachu przestępstwa oszustwa doktryna uważa nie tylko samo mienie, ale także osobę³⁸. Część przedstawicieli doktryny zawęża przedmiot zamachu do „świadomości i woli pewnej osoby oraz składników mienia osoby oszukanej lub innej osoby (niebędącej osobą oszukaną, ale uprawnionej do rozporządzania mieniem)”³⁹.

Znamionami strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa pozostaje doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania.

Czynność sprawcza polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania⁴⁰. Doprowadzeniem jest wywołanie niekorzystnej decyzji rozporządzającej w odniesieniu do mienia⁴¹. Dla bytu przestępstwa oszustwa konieczna jest tożsamość podmiotu, który został wprowadzony w błąd, znajdował się w błędzie lub stanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania i podmiotu dokonującego rozporządzenia⁴². Rozporządzenie mieniem musi być niekorzystne, a więc takie, które jest negatywne z punktu widzenia interesów tej osoby lub innej osoby pokrzywdzonej⁴³. Jednocześnie powstanie szkody w mieniu nie jest koniecznym warunkiem do przyjęcia, że doszło do tak pojmowanego niekorzystnego rozporządzenia⁴⁴. Dla dokonania prawnokarnej oceny czynu obojętne jest też, czy czynności prawne pozostają ważne na gruncie prawa cywilnego⁴⁵.

Przestępstwo oszustwa polega na działaniu, którego istotą jest wprowadzenie w błąd innej osoby albo wyzyskanie jej błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania⁴⁶. Zabiegi te muszą poprzedzać niekorzystne rozporządzenie mieniem przez pokrzywdzonego⁴⁷.

Poprzez wprowadzenie w błąd należy rozumieć wywołanie u innej osoby wyobrażenia o istniejącej (nie przyszłej) rzeczywistości, która jest w istocie inna niż przedstawia ją sprawca⁴⁸. Wprowadzenie w błąd może nastąpić przez samego sprawcę bądź na skutek działania osób trzecich, wykorzystanych przez sprawcę i nieświadomych tego, że tworzą u kogoś mylne wyobrażenie o rzeczywistym stanie rzeczy⁴⁹. Wprowadzenie w błąd może mieć postać zarówno działania (np. przedstawienie fałszywych informacji co do świadczenia, za które pokrzywdzony płaci), jak i zaniechania (np. zatajenie informacji dotyczących wad

³⁸ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu. Rozdział XXXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 197.

³⁹ A.N. Preibisz, *Przedmiot...*, s. 31.

⁴⁰ M. Kulik, *Komentarz do art. 286 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013, s. 663.

⁴¹ T. Oczkowski, *Oszustwo...*, s. 9 i n.

⁴² Wyrok SN z 13.04.2006 r., IV KK 40/06, LEX nr 183008; postanowienie SN z 29.01.2004 r., I KZP 37/03, „Prokuratura i Prawo” 2004/3, poz. 6; wyrok SA w Katowicach z 10.03.2016 r., II Aka 535/15, LEX nr 2095824.

⁴³ Wyrok SA w Gdańsku z 22.02.2017 r., II Aka 2/17, LEX nr 2310602.

⁴⁴ Wyrok SN z 30.08.2000 r., V KKN 267/00, OSNKW 2000/9–10, poz. 85.

⁴⁵ Wyrok SA w Poznaniu z 9.02.2017 r., II Aka 114/16, LEX nr 2402478.

⁴⁶ Wyrok SN z 26.02.2020 r., III KK 689/18, LEX nr 3077171.

⁴⁷ Wyrok SN z 4.04.2013 r., IV KK 355/12, LEX nr 1297687.

⁴⁸ Wyrok SN z 19.07.2007 r., V KK 384/06, LEX nr 299205.

⁴⁹ Postanowienie SN z 20.01.2017 r., IV KK 438/16, LEX nr 2224613.

przedmiotu transakcji)⁵⁰. Wprowadzenie w błąd możliwe jest przy wykorzystaniu wszelkich sposobów i metod, które doprowadzą do powstania rozbieżności między świadomością pokrzywdzonego rozporządzającego mieniem a rzeczywistym stanem rzeczy⁵¹.

Wyzyskanie błędu to wykorzystanie błędnego przekonania powstałego w świadomości pokrzywdzonego, tj. jego subiektywnego wyobrażenia o rzeczywistości, która jest w istocie odmienna i o czym sprawca wie⁵². Mylne przekonanie pokrzywdzonego istnieje bez udziału sprawcy oszustwa⁵³. Zachowanie sprawcy polega natomiast na braku skorygowania takowego błędnego przekonania pokrzywdzonego i wykorzystanie go⁵⁴. Błąd osoby dokonującej rozporządzenia musi dotyczyć elementu istotnego dla dokonywania rozporządzenia⁵⁵. Prawnie irrelevantne jest natomiast, czy pokrzywdzony dochował należytej staranności oraz czy mógł błędu uniknąć⁵⁶.

Wyzyskanie niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania może być wynikiem m.in.: choroby psychicznej⁵⁷, niedojrzałości psychicznej wynikającej np. z wieku⁵⁸, skrajnego zmęczenia lub wyczerpania⁵⁹. W orzecznictwie wskazuje się, że: „dla uznania, że sprawca wykorzystał niezdolność osoby rozporządzającej mieniem do należytego pojmowania przedsiębranego działania wystarcza, jeśli zostanie ustalone, że w czasie rozporządzenia mieniem osoba dokonująca tej czynności nie zdawała sobie sprawy jaką czynność prawną zawiera i jakie skutki prawne lub ekonomiczne wynikają lub mogą wynikać z tej czynności”⁶⁰.

Przestępstwo określone w art. 286 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym. Skutkiem czynu jest niekorzystne rozporządzenie mieniem⁶¹. Występek z art. 286 § 1 k.k. dokonany jest w chwili, gdy pokrzywdzony niekorzystnie rozporządzi swoim mieniem⁶². Znamię skutku przestępstwa w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem nie jest tożsame ze szkodą i może być spełnione bez jej powstania⁶³.

Ustawowe zagrożenie karą za przestępstwo oszustwa w typie podstawowym (art. 286 § 1 k.k.) to kara pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do 8 lat.

Przestępstwo oszustwa jest ścigane z urzędu. Jeżeli czyn popełniono na szkodę osoby najbliższej, to ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego (art. 286 § 4 k.k.).

⁵⁰ Wyrok SN z 19.07.2007 r., V KK 384/06, LEX nr 299205.

⁵¹ Postanowienie SN z 2.02.2004 r., IV KK 322/03, OSNwSK 2004/1, poz. 233.

⁵² L. Gardocki, *Prawo...*, s. 332–333; wyrok SN z 19.07.2007 r., V KK 384/06.

⁵³ Wyrok SN z 27.10.1986 r., II KR 134/86, OSNPG 1987/7, poz. 80.

⁵⁴ Wyrok SN z 2.12.2002 r., IV KKN 135/00, LEX nr 74478.

⁵⁵ T. Kyś, *Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem na gruncie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.*, „Zasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/3, s. 39.

⁵⁶ Wyrok SA w Katowicach z 9.12.2016 r., II Aka 412/06, LEX nr 2202532.

⁵⁷ Wyrok SA w Warszawie z 3.12.2019 r., II Aka 86/19, LEX nr 3026692.

⁵⁸ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 332–333.

⁵⁹ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 437.

⁶⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z 18.12.2015 r., II Aka 307/15, LEX nr 1993070.

⁶¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. III, art. 286.

⁶² Wyrok SA w Katowicach z 22.11.2006 r., II Aka 226/06, LEX nr 297351.

⁶³ Wyrok SN z 29.10.2020 r., V CSK 69/19, LEX nr 3077079. W judykaturze pojawił się podział oszustwa na „szkodowe”, a więc takie, gdzie negatywne, niekorzystne dla pokrzywdzonego konsekwencje majątkowe przybierają postać rzeczywistego uszczerbku lub nieuzyskania spodziewanych korzyści oraz „bezszkodowe”, a więc takie, gdzie rozporządzenie powoduje jedynie powstanie, czy też zwiększenie zagrożenia (niebezpieczeństwa) zaistnienia negatywnych konsekwencji dla majątku pokrzywdzonego (więcej na ten temat M. Bielski, *Oszustwo szkodowe i bezszkodowe jako dwie odmiany przestępstwa oszustwa*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. 43, s. 19–32).

Definicja osoby najbliższej jest zawarta w przepisie art. 115 § 11 k.k. – pozostaje nią małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu.

3. PRZESTĘPSTWO OSZUSTWA W NIEMIECKIM PRAWIE KARNYM

W niemieckim prawie karnym przepisem penalizującym oszustwo jest przepis § 263 *Strafgesetzbuch*⁶⁴. Przestępstwo to należy do grupy przestępstw przeciwko mieniu (*Delikt gegen das Vermögen, Vermögensdelikt*)⁶⁵. Jest ono usystematyzowane w osobnym rozdziale niemieckiej ustawy – rozdziale XXII, zatytułowanym „Oszustwo i sprzeniewierzenie mienia” (*Betrug und Untreue*).

Przepis § 263 StGB stanowi, że, kto w zamiarze uzyskania bezprawnej korzyści majątkowej na rzecz swoją lub osoby trzeciej, wyrządza szkodę majątkowi innej osoby, wprowadzając ją w błąd albo utrzymując ją w błędzie poprzez fałszywe przedstawienie, zniekształcenie lub zatajenie faktów, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 albo karze grzywny (ust. 1). Usiłowanie jest karalne (ust. 2). W szczególnie ciężkich wypadkach sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 10 lat. Szczególnie ciężki przypadek zachodzi w szczególności, gdy sprawca: 1) działa w sposób zawodowy albo jako członek grupy przestępczej zorganizowanej w celu wielokrotnego fałszowania dokumentów bądź dokonywania oszustw; 2) wyrządza szkodę majątkową wielkiej wartości albo działa w zamiarze narażenia dużej liczby osób na uszczerbek majątkowy poprzez wielokrotne popełnienie oszustwa; 3) doprowadza inną osobę do trudności ekonomicznych; 4) nadużywa swoich uprawnień lub stanowiska jako urzędnik lub urzędnik europejski; 5) pozoruje zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, po tym jak on sam lub inna osoba dla tego celu całkowicie lub częściowo zniszczyła rzecz o znacznej wartości przez podpalenie albo doprowadziła do zatonięcia albo osadzenia statku na lądzie lub mieliźnie (ust. 3 pkt 1–5). Przepis § 243 ust. 2 oraz przepisy § 247 i 248a stosuje się odpowiednio (ust. 4). Karze pozbawienia wolności od 1 roku do 10 lat, a w przypadkach mniejszej wagi karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat, podlega ten, kto popełnia oszustwo jako członek grupy przestępczej zorganizowanej w celu popełniania czynów karalnych zgodnie z przepisami od § 263 do 264 i od § 267 do 269⁶⁶ albo działa w sposób zawodowy (ust. 5). Sąd może zarządzić nadzór kierowniczy (ust. 6)⁶⁷.

⁶⁴ Ustawa z 15.05.1871 r. – Kodeks karny (*Strafgesetzbuch*) w wersji ogłoszonej 13.11.1998 r., BGBl 1998, cz. I, s. 3322 ze zm. – dalej StGB.

⁶⁵ W. Mitsch, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, Berlin–Heidelberg 1998, s. 393.

⁶⁶ Przepis § 263 StGB penalizuje oszustwo (*Betrug*), § 263a StGB – oszustwo komputerowe (*Computerbetrug*), § 264 StGB – oszustwo dotyczące subwencji (*Subventionsbetrug*), § 267 StGB – fałszerstwo dokumentów (*Urkundenfälschung*), § 268 StGB – fałszowanie dokumentacji technicznej (*Fälschung technischer Aufzeichnungen*), § 269 StGB – fałszowanie danych dowodowych dla celów prawnych (*Fälschung beweiserheblicher Daten*).

⁶⁷ Tłumaczenie – K.B. Por. tłumaczenie przepisów StGB na język polski Ewy Tuora-Schwiarskott zawarte w: E. Tuora-Schwiarskott, *Deutsches Strafgesetzbuch. Übersetzung ins Polnische. Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski*, Ratyzbna 2016 – § 263 ust. 1 StGB: „[...] w celu osiągnięcia bezprawnej korzyści majątkowej dla siebie lub osoby trzeciej wyrządza szkodę majątkowi innej osoby, wprowadzając ją w błąd lub utwierdza ją w błędzie poprzez przedstawianie nieprawdziwych lub zniekształcenie lub zatajenie faktów”; § 263 ust. 3 StGB: „[...] 1) działania przez sprawcę zawodowo lub jako członek bandy, która zawiązała się w celu ciągłego popełniania oszustw lub fałszowania dokumentów urzędowych; 2) wyrządzenia

W myśl odpowiednio stosowanego przepisu § 243 ust. 2 StGB, szczególnie ciężki przypadek nie zachodzi, jeśli czyn dotyczy rzeczy o niewielkiej wartości.

Zgodnie z odpowiednio stosowanym przepisem § 247 StGB, jeżeli pokrzywdzonym jest krewny, opiekun, przedstawiciel ustawowy lub osoba mieszkająca ze sprawcą we wspólnym gospodarstwie domowym, to ściganie oszustwa odbywa się na ich wniosek.

Niemiecka ustawa przewiduje typ podstawowy przestępstwa oszustwa (§ 263 ust. 1 StGB) oraz jego typy kwalifikowane (§ 263 ust. 2 i 5 StGB)⁶⁸. Typy kwalifikowane przestępstwa oszustwa zawarte w przepisie § 263 ust. 2 StGB zostały dodane do niemieckiej ustawy Szóstą ustawą o reformie prawa karnego (6. StrRG) z 26.01.1998 r., która weszła w życie 1.04.1998 r.⁶⁹ i są ujęte w sposób dosyć kazuistyczny. Zaostrzenie odpowiedzialności karnej wynika przede wszystkim ze sposobu działania sprawcy (m.in. w sposób zawodowy, popełnienie czynu w ramach grupy przestępczej, poprzez nadużycie uprawnień czy wyłudzenie odszkodowania) albo ze skutków jego działania (m.in. wyrządzenie szkody majątkowej wielkiej wartości, działanie na szkodę wielu osób, doprowadzenie innej osoby do trudności ekonomicznych). Interpretacja znamion typu kwalifikowanego przestępstwa oszustwa została dookreślona przez judykaturę. Warto w tym miejscu przytoczyć najistotniejsze poglądy orzecznictwa. I tak – „w sposób zawodowy” działa ten, kto przez powtarzające się popełnianie przestępstwa stara się zapewnić nie tylko tymczasowe źródło dochodu o określonej wielkości i czasie trwania. Jeżeli sprawca planuje popełnić tylko jedno oszustwo, które przynosi mu dochody, to brak jest zamiaru wielokrotnego popełniania przestępstw⁷⁰. Popełnienie przestępstwa oszustwa w ramach zorganizowanej grupy przestępczej wymaga natomiast, aby było ono wynikiem porozumienia wewnątrz grupy. Indywidualny akt działania członka grupy poza grupą nie może zostać uznany za działanie w ramach grupy przestępczej⁷¹. Pojęcie „szkody majątkowej wielkiej wartości” nie jest zdefiniowane w sposób legalny. Trybunał Federalny (*Bundesgerichtshof*) wypowiedział się w tym przedmiocie, wskazując, że w istocie jest to wyrażenie niedokreślone i musi być doprecyzowane przez sąd w drodze wykładni prawa. Podkreślił jednocześnie, że wysokość szkody należy oceniać w sposób obiektywny w oparciu na specyficznym dla danego przestępstwa stanie faktycznym. Jednocześnie wyznaczył dolną granicę szkody majątkowej wielkiej wartości, wskazując że za takową nie może być uznana szkoda, która nie osiąga wartości 50 tysięcy EURO⁷². Działanie w zamiarze

szkody majątkowej w dużym wymiarze lub działania poprzez ciągle oszustwa w zamiarze doprowadzenia większej liczby osób do niebezpieczeństwa powstania szkód majątkowych; 3) doprowadzenia innej osoby do biedy; 4) nadużycia swoich uprawnień jako funkcjonariusza publicznego lub europejskiego funkcjonariusza publicznego, albo 5) pozorowania zdarzenia będącego podstawą do odszkodowania ubezpieczeniowego po tym jak on lub osoba trzecia w danym celu podpalił rzecz o znacznej wartości lub poprzez podpalenie całkowicie lub częściowo zniszczył, lub doprowadził do zatonięcia statku, lub doprowadził go do osadzenia na lądzie czy mieliźnie”. Porównując oba przekłady należy przyjąć, że nieznaczne różnice wynikają z odmiennego tłumaczenia poszczególnych wyrazów, niemniej jednak sens jest zbliżony.

⁶⁸ Przestępstwo stypizowane w przepisie § 263 ust. 5 StGB określane jest także jako typ „mega kwalifikowany” przestępstwa oszustwa. Por. P. Poniatowski, K. Wala, *Przestępstwo...*, s. 97.

⁶⁹ Ustawa z 26.01.1998 r. o Szóstej reformie prawa karnego (*Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* [6. StrRG]), BGBl 1998, cz. I, s. 164.

⁷⁰ Postanowienie *Bundesgerichtshof* (dalej BGH) z 19.12.2007 r., 5 StR 543/07, „*Neue Zeitschrift für Strafrecht*” 2008/5, s. 282.

⁷¹ Postanowienia BGH: z 1.02.2011 r., 3 StR 432/10, „*Neue Zeitschrift für Strafrecht*” 2011/11, s. 637; z 29.11.2016 r., 3 StR 291/16, HRR-Strafrecht.de 2017/16 (dostęp: 10.06.2021 r.).

⁷² Wyrok BGH z 7.10.2003 r., 1 StR 274/03, „*Neue Zeitschrift für Strafrecht*” 2004/3, s. 16955.

narażenia dużej liczby osób na uszczerbek majątkowy przez wielokrotne popełnienie oszustwa penalizuje przypadki, w których sprawca popełnia wiele niezależnych od siebie, pod względem oceny prawnej, czynów. Relacja pomiędzy poszczególnymi przestępstwami jest taka, że łącznie działanie sprawcy naraża dużą liczbę osób⁷³. Przez „dużą liczbę osób” doktryna rozumie minimalną liczbę dziesięciu⁷⁴, dwudziestu⁷⁵ albo nawet pięćdziesięciu⁷⁶ osób. Jednocześnie w orzecznictwie wyrażany jest pogląd, że przy wykładni tego pojęcia nie należy posiłkować się jedynie minimalną liczbą osób, które sprawca zamierza skrzywdzić, ale decydujące i wystarczające jest, aby sprawca chciał wyrzucić pewien szeroki wpływ, w szczególności za pomocą odpowiedniego medium (np. internetu). Nie musi on mieć w zamiarze pokrzywdzenia pewnej minimalnej liczby osób⁷⁷. Pokrzywdzenie nie musi dotyczyć osób fizycznych, mogą być to także osoby prawne⁷⁸. Doprowadzenie innej osoby do trudności ekonomicznych zachodzi natomiast, gdy pokrzywdzony znalazł się w takim położeniu, że on albo osoby, względem których jest obowiązany do świadczeń alimentacyjnych, nie mają zabezpieczonych niezbędnych środków do życia bez korzystania z pomocy osób trzecich⁷⁹. Nadużycie uprawnień lub stanowiska w rozumieniu § 263 ust. 3 pkt 2 i 4 StGB zachodzi wtedy, gdy funkcjonariusz publiczny działa w obszarze swoich kompetencji albo wtedy, gdy działa poza tą sferą, ale z wykorzystaniem możliwości oferowanych przez zajmowany urząd. Inkryminowane zachowanie musi pozostawać powiązane z nadużyciem faktycznie sprawowanego urzędu – samo udawanie funkcjonariusza publicznego nie stanowi oszustwa w typie kwalifikowanym⁸⁰. Ostatni przypadek oszustwa kwalifikowanego stypizowany w przepisie § 263 ust. 2 StGB określany jest jako „oszustwo ubezpieczeniowe”. Jest to przestępstwo dwuaktowe (*zwei Teilakten*) – sprawca pozoruje zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, po tym jak on sam lub inna osoba dla tego celu całkowicie lub częściowo zniszczyła rzecz o znacznej wartości przez podpalenie albo doprowadziła do zatonięcia albo osadzenia statku na lądzie lub mieliźnie⁸¹. Kolejne dwa kwalifikowane typy oszustwa są zawarte w § 263 ust. 5 StGB. Zgodnie z jego treścią popełnienie przestępstwa w ramach zorganizowanej grupy przestępczej (*Bandenmäßigkeit*) zachodzi wówczas, gdy co najmniej trzy osoby spotykają się z chęcią popełnienia przestępstw określonego rodzaju (od § 263 do 264 i od § 267 do 269 StGB), których szczegóły nie są skonkretyzowane. Nie trzeba mieć przywódczej roli w gangu ani działać w istotnym

⁷³ Rząd Federalny Republiki Federalnej Niemiec, Projekt Szóstej ustawy o reformie prawa karnego [6. StrRG], druk nr 13/8587 z 25.09.1997 r., s. 64.

⁷⁴ Tak m.in. Klaus Tiedemann, por. K. Tiedemann, *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Strafrechtsgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, red. K. Tiedemann, B. Valerius, J. Vogel, B. Schünemann, M. Möhrenschrager, Berlin 2012, t. 9, cz. I, § 263–266b, nb 299.

⁷⁵ Tak m.in. Peter Cramer, por. P. Cramer, *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Strafrechtsgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Schönke, H. Schröder, P. Cramer, Monachium 2006, nb 188.

⁷⁶ Tak m.in. Wolfgang Joecks i Christian Jäger, por. W. Joecks, Ch. Jäger, *Strafrechtsgesetzbuch: Studienkommentar*, Monachium 2018, nb 186.

⁷⁷ Wyrok *Landesgericht* (Sąd Okręgowy) w Jenie z 3.05.2002 r., 1 Ss 80/02, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2002/33, s. 2404.

⁷⁸ Postanowienie BGH z 9.11.2000 r., 3 StR 371/00, „Neue Zeitschrift für Strafrecht“ 2001/6, s. 319.

⁷⁹ R. Hefendehl, *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch*, red. W. Joecks, K. Mießbach, Monachium 2014, nb 856.

⁸⁰ Postanowienie BGH z 14.08.2013 r., 4 StR 255/13, „Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport Strafrecht“ 2013/11, s. 344.

⁸¹ J. Wessels, T. Hillenkamp, *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, Heidelberg 2014, s. 358.

interesie gangu⁸². Działanie w sposób zawodowy (*Gewerbsmäßigkeit*) ma natomiast miejsce, gdy sprawca działa z zamiarem uzyskania stałego źródła dochodu o określonym czasie trwania i zakresie przez ponowne popełnianie przestępstwa. Nie ma znaczenia, czy przedmiotowe założenie zostanie zrealizowane⁸³.

Analogicznie do rozważań dotyczących przepisu art. 286 § 1 polskiego k.k., dalsza analiza zostanie ograniczona do przestępstwa oszustwa w typie podstawowym, tj. do przepisu § 263 ust. 1 StGB.

Oszustwo w prawie niemieckim należy do deliktów powszechnych. Podmiotem przestępstwa może być każdy podmiot zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, na co wskazuje zaimek rzeczowny „Kto” (*wer*) rozpoczynający treść przepisu. Popełnienie oszustwa przez zaniechanie wymaga posiadania przez sprawcę statusu gwaranta (§ 13 ust. 1 StGB) – w takim przypadku przestępstwo to jest indywidualne.

Przestępstwo oszustwa może zostać popełnione wyłącznie umyślnie (§ 263 ust. 1 w zw. z § 15 StGB)⁸⁴. Sprawca musi działać w celu uzyskania bezprawnej korzyści finansowej dla siebie lub osoby trzeciej (*in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen*). Zamiar ten urzeczywistnia się w tym, że dla sprawcy istotne jest, aby on sam lub inna osoba otrzymała korzyść z popełnionego przestępstwa⁸⁵. Od strony podmiotowej czyn stypizowany w § 263 ust. 1 StGB charakteryzuje się więc umyślnością z zamiarem zabarwionym (*dolus directus 1. Grades*)⁸⁶.

Przedmiotem ochrony (zamachu) przepisu § 263 ust. 1 StGB jest mienie (*Vermögen*)⁸⁷. W doktrynie zauważa się, że konstrukcja przestępstwa oszustwa opiera się na wpływaniu na wolę innej osoby przez wprowadzenie jej w błąd. Z racji tego, że przestępstwo oszustwa jest silnie powiązane z obrotem gospodarczym, niektórzy karniści postulują szerokie rozumienie przedmiotu ochrony przepisu § 263 StGB, wskazując, iż należy do niego także „prywatna autonomia jednostki w zakresie transakcji handlowych rozumiana jako gwarancja swobody działania”⁸⁸. Zgodnie jednak z przeważającym stanowiskiem, wolność innej osoby od przymusu⁸⁹ (wolność od oszustwa) pozostaje poza ochroną przepisu § 263 StGB⁹⁰.

W dobie rozwoju przestępczości „białych kołnierzyków” w niemieckiej doktrynie karnistycznej podkreśla się także rolę oszustwa w przestępczości gospodarczej. Przestępstwo oszustwa może, ale nie musi, być przestępstwem gospodarczym

⁸² Postanowienie BGH z 16.11.2006 r., 3 StR 204/06, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2007/5, s. 269.

⁸³ Wyroki BGH: z 17.06.2004 r., 3 StR 344/03, „Neue Juristische Wochenschrift” 2004/39, s. 2840; z 10.08.2016 r., 2 StR 579/15, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2017/6, s. 351.

⁸⁴ W. Perron, *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Eser, Monachium 2019, nb 165.

⁸⁵ P. Wittig, *Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung*, „Juristische Arbeitsblätter” 2013/6, s. 401–402.

⁸⁶ S. Tofarn, *Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögenswerte*, Heidelberg 2016, s. 183; H. Otto, *Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte*, Berlin 2005, s. 252.

⁸⁷ T. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Monachium 2020, § 263, nb 3; B. Hecker, *Strafbare Produktuerverbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Tybinga 2001, s. 228.

⁸⁸ E. Samson, *Grundprobleme des Betrugsstatbestandes*, „Juristische Arbeitsblätter” 1978/10, s. 469–475, 625; D. Geerds, *Schadensprobleme beim Betrug*, „JURA – Juristische Ausbildung” 1994/5, s. 309–311.

⁸⁹ Wolność od przymusu stanowi autonomiczny przedmiot ochrony prawa karnego, a w tym przede wszystkim przepisu § 240 StGB penalizującego bezprawne zmuszanie (*Nötigung*). Por. W. Mitsch, *Strafrecht...*, s. 393–394.

⁹⁰ Postanowienie BGH z 18.07.1961 r., 1 StR 606/60, „Neue Juristische Wochenschrift” 1961/41, s. 1876; wyrok BGH z 14.10.1975 r., 1 StR 481/75, „Neue Juristische Wochenschrift” 1976/20, s. 902; K. Schmoller, *Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen*, „Juristenzeitung” 1991/3, s. 117–129.

– możliwe jest jego popełnienie zarówno w obrocie gospodarczym, jak i poza jego sferą. Należy również pamiętać o tym, że nie każde przestępstwo gospodarcze będzie jednocześnie oszustwem – dla przypisania tego drugiego konieczne jest wyczerpanie wszystkich znamion przepisu § 263 StGB⁹¹.

W obecnym stanie prawnym w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie brak jest też jednolitości poglądów w zakresie rodzaju chronionego mienia⁹². W nauce przeważa prawno-ekonomiczne rozumienie pojęcia mienia (własności, majątku). Jako dobra chronione na gruncie przepisu § 263 StGB uważa się tylko te składniki majątku, które są objęte ochroną systemu prawa⁹³. Tym samym roszczenia wynikające z nielegalnych stosunków prawnych nie mieszczą się w dyspozycji przepisu § 263 StGB⁹⁴. Orzecznictwo, posilkując się gospodarczym rozumieniem własności (mienia), rozciąga natomiast pojęcie „mienia” do wszystkich aktywów, których wartość da się wyrazić w pieniądzu⁹⁵, odmawiając danemu składnikowi majątku (transakcji) karnoprawnej ochrony jedynie w przypadku rażących naruszeń prawa. Podyktowane jest to wolą uniknięcia sprzeczności między prawem karnym a resztą systemu prawnego⁹⁶. Przysporzenie majątkowe musi być również bezprawne, a więc pozbawione podstaw prawnych – oszustwo nie zachodzi, jeżeli wyłudającemu przysługuje roszczenie przeciwko pokrzywdzonemu, które jest wykonalne⁹⁷. Między szkodą a pokrzywdzeniem musi zachodzić także tego rodzaju związek, że szkoda poniesiona przez ofiarę stanowi jednocześnie przysporzenie dla sprawcy⁹⁸.

W niemieckiej nauce panuje także doktrynalny spór co do zakresu pojęcia „własność”. Zgodnie z poglądem „gospodarczym” (*wirtschaftlicher Vermögensbegriff*) termin ten obejmuje wyłącznie te dobra, które mają dającą się wyrazić w pieniądzu wartość (*geldwerte Objekte*)⁹⁹. W myśl poglądu „prawnego” (*juristischer Vermögensbegriff*) nie należy ograniczać pojęcia majątku jedynie do składników mających wartość pieniężną. Na „majątek” składa się całość uprawnień i obowiązków osoby nim dysponującej. Szkodę stanowi już sama utrata prawa. Własność może być także ujmowana w sposób personalny (*personaler Vermögensbegriff*). W tym aspekcie „własność” to kompleksowa ochrona możliwości danego podmiotu prawnego w sferze gospodarczej, która jest ujmowana w sposób subiektywny – interesy różnych podmiotów w obrocie prawnym mogą się różnić, przykładowo – inne potrzeby i cele ma mały, a inne duży przedsiębiorca¹⁰⁰.

Podsumowując rozważania dotyczące przedmiotu ochrony (zamachu) na gruncie przepisu § 263 ust. 1 StGB, należy wskazać, że zgodnie z przeważającym w niemieckiej doktrynie i judykaturze poglądem dyspozycją tego przepisu są objęte te

⁹¹ W. Mitsch, *Strafrecht* ..., s. 393–394; J. Baumann, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, „Juristenzeitung” 1983/23–24, s. 935–938.

⁹² M. Heghmanns, *Betrug und Fälschungsstraftaten*, Berlin–Heidelberg 2019, s. 344.

⁹³ S. Beukelmann, *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Beckscher Online-Kommentar. StGB*, red. B. von Heintschel-Heinegg, Monachium 2016, nb 41; R. Hefendehl, *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, red. B. von Heintschel-Heinegg, Monachium 2017, t. 5, §§ 263–358 StGB, nb 447.

⁹⁴ S. Beukelmann, *Kommentar...* [w:] *Beckscher...*, nb 42.

⁹⁵ Wyroki BGH: z 15.11.1951 r., 4 StR 574/51, „Neue Juristische Wochenschrift” 1952/21, s. 833; z 7.08.2003 r., 3 StR 137/03, „Neue Juristische Wochenschrift” 2003/45, s. 3283.

⁹⁶ Wyrok BGH z 28.04.1987 r., 5 StR 566/86, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1987/9, s. 407; postanowienie BGH z 1.08.2013 r., 4 StR 189/13, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2013/12, s. 710.

⁹⁷ U. Kindhäuser, *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Strafgesetzbuch*, red. U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paefgen, Baden-Baden 2017, nb 372.

⁹⁸ R. Rengier, *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, Monachium 2021, nb 246.

⁹⁹ H. Otto, *Grundkurs Strafrecht...*, s. 154.

¹⁰⁰ H. Otto, *Grundkurs Strafrecht...*, s. 238–247.

wszystkie składniki majątkowe, które przedstawiają wartość ekonomiczną, i mogą być przedmiotem legalnego obrotu handlowego¹⁰¹.

Do znamion strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa należy wyrządzenie szkody majątkowi innej osoby przez wprowadzenie jej w błąd albo utrzymanie jej w błędzie przez fałszywe przedstawienie, zniekształcenie lub zatajenie faktów. Oszustwo musi więc dotyczyć faktu¹⁰². Fakt to pewien określony stan rzeczy, którego istnienie da się udowodnić¹⁰³. Fakt może dotyczyć właściwości lub charakteru danego przedmiotu albo mentalności sprawcy (m.in. jego sfery wolicjonalnej) – tzw. fakt wewnętrzny¹⁰⁴. Faktem w rozumieniu przepisu § 263 ust. 1 StGB mogą być również okoliczności niemożliwe do udowodnienia, jednak pod warunkiem że jako udowodnialne przedstawi je ofierze sprawca – przykładowo można podać w tym miejscu umowę o egzorcyzmy¹⁰⁵. Poza zakresem „faktów” pozostają natomiast opinie¹⁰⁶.

Oszustwo może zostać popełnione zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie¹⁰⁷. Zachowanie sprawcy może być wyraźne – sprawca działa np. na piśmie, ustnie bądź gestem. Do oszustw „wyraźnych” zalicza się przykładowo podanie mylnych danych charakteryzujących produkt¹⁰⁸. W orzecznictwie wskazuje się, że każdy korzystający z usługi płatnej, w sposób dorozumiany deklaruje, iż jest wypłacalny i gotów do zapłaty, ponieważ jest to podstawą wymiany dóbr i usług. Dotyczy to np. tankowania na stacjach samoobsługowych¹⁰⁹. Oszustwo „konkludentne” zachodzi więc wtedy, gdy sprawca – poprzez podejmowanie czynności, które mają znaczenie prawne – stwarza pozory, np. zamiaru zapłacenia za usługę bądź wypłacalności.

Oszustwo zachodzi, gdy ofiara zostaje wprowadzona bądź utrzymana w błędzie. Zgodnie z poglądem wyrażanym w judykaturze błąd to mylne pojmowanie rzeczywistości przez ofiarę¹¹⁰. W błędzie musi pozostawać osoba fizyczna – nie może być to np. system komputerowy. Przestępstwo oszustwa wymaga ludzkich procesów decyzyjnych¹¹¹ – w przypadku wpływania na maszynę sprawca może ponosić odpowiedzialność za tzw. oszustwo komputerowe (*Computerbetrug*) z przepisu § 263a StGB. Błąd zachodzi także wtedy, gdy ofiara poweźmie wątpliwości co do oświadczenia sprawcy¹¹². Prawnie irrelevantne jest również to, czy ofiara z łatwością mogła rozpoznać fałsz w twierdzeniu sprawcy, np. z powodu oczywistych nieścisłości¹¹³.

Oszustwo to wszelkie zachowanie, które obiektywnie wprowadza w błąd lub podtrzymuje błąd, a tym samym wpływa na wyobraźnię innej osoby. Pokrzywdzenie

¹⁰¹ P. Hauck, *Betrug und Untreue als konkrete Gefährdungsdelikte de lege lata und de lege ferenda*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2011/11, s. 922.

¹⁰² U. Kindhäuser, *Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte*, Baden-Baden 2016, nb 3.

¹⁰³ K. Kühl, *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Stragesetzbuch. Kommentar*, red. K. Lackner, K. Kühl, Monachium 2018, nb 6.

¹⁰⁴ Wyrok BGH z 3.06.1960 r., 4 StR 121/60, „Neue Juristische Wochenschrift” 1961/4, s. 182; T. Fischer, *Strafesetzbuch...*, § 263, nb 8.

¹⁰⁵ Wyrok *Landesgericht* w Mannheim z 30.04.1992 r., (12) 4 Ns 80/91, „Neue Juristische Wochenschrift” 1993/22, s. 1488. Sąd uznał, że umowa o egzorcyzmy, z której kontrahent nie wywiązał się, może podlegać prawnokarnej ocenie pod kątem wyczerpania znamion przestępstwa z przepisu § 263 StGB.

¹⁰⁶ T. Fischer, *Strafesetzbuch...*, § 263, nb 9.

¹⁰⁷ H. Otto, *Grundkurs Strafrecht...*, s. 235–236.

¹⁰⁸ Wyrok BGH z 12.12.1958 r., 2 StR 221/58, „Neue Juristische Wochenschrift” 1959/22, s. 993.

¹⁰⁹ Postanowienie BGH z 28.07.2009 r., 4 StR 254/09, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2009/12, s. 694; postanowienie *Landesgericht* w Kolonii z 22.01.2002 r., Ss 551/01–2/02, „Neue Juristische Wochenschrift” 2002/14, s. 1059.

¹¹⁰ Wyrok BGH z 24.04.1952 r., 4 StR 854/51, „Neue Juristische Wochenschrift” 1952/, 22–23, s. 896.

¹¹¹ Postanowienie BGH z 21.11.2001 r., 2 StR 260/01, „Neue Juristische Wochenschrift” 2002/12, s. 905.

¹¹² Wyrok BGH z 5.12.2002 r., 3 StR 161/02, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2003/6, s. 313.

¹¹³ Wyrok BGH z 22.10.1986 r., 3 StR 226/86, „Neue Juristische Wochenschrift” 1987/7, s. 388.

ofiary musi być wynikiem błędu, który został wywołany oszukańczymi zabiegami¹¹⁴. Poza zakresem przestępstwa oszustwa pozostaje natomiast ochrona ludzi przed konsekwencjami ich własnej nieostrożności¹¹⁵.

Niemiecki ustawodawca w przepisie § 263 ust. 1 StGB nie zawarł znamienia odnoszącego się do dokonania przez ofiarę niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Dokonanie niekorzystnych dyspozycji majątkiem przez ofiarę jest jednak traktowane jako element konieczny dla bytu przestępstwa oszustwa w doktrynie i orzecznictwie – jest to element stanowiący związek między wykorzystaniem błędu przez sprawcę a pokrzywdzeniem ofiary, który jednocześnie wyróżnia ten typ przestępstwa od innych przestępstw przeciwko mieniu¹¹⁶. Rozporządzenie majątkiem dokonane przez ofiarę może mieć postać działania, tolerowania lub zaniechania, które to zachowanie musi ponadto bezpośrednio prowadzić do zmniejszenia majątku¹¹⁷. Może być to m.in. zaciągnięcie zobowiązania¹¹⁸. Jednocześnie rozporządzenie nie musi stanowić czynności prawnej na gruncie prawa cywilnego – karnistyczne rozumienie rozporządzenia majątkiem jest szersze i obejmuje także czynności czysto faktyczne¹¹⁹. Posiadanie przez ofiarę zdolności do czynności prawnych też jest irrelevantne¹²⁰. Rozporządzenie majątkiem musi natomiast prowadzić do szkody bezpośrednio – jeżeli dana osoba przez swoje działania jedynie stworzyła możliwość późniejszego nieuprawnionego dostępu do majątku ofiary przez oszusta, to nie są wyczerpane znamiona przestępstwa penalizowanego przez przepis § 263 ust. 1 StGB¹²¹.

Przestępstwo z przepisu § 263 ust. 1 StGB należy do przestępstw materialnych¹²². Skutkiem czynu są straty finansowe ofiary wynikłe z dokonanego przez nią rozporządzenia majątkiem¹²³. Jeżeli sytuacja finansowa ofiary nie ulegnie pogorszeniu, to przestępstwo oszustwa nie zachodzi. Dzieje się tak np. w sytuacji, gdy dana osoba nabędzie towary warte swojej ceny, chociaż są one fałszywie reklamowane jako specjalna oferta¹²⁴.

Sankcja karna za przestępstwo oszustwa to kara pozbawienia wolności do lat 5¹²⁵ albo kara grzywny¹²⁶.

W Niemczech oszustwo jest przestępstwem ściganym z urzędu. Jeżeli pokrzywdzonym jest krewny, opiekun, przedstawiciel ustawowy lub osoba

¹¹⁴ Wyrok BGH z 26.04.2001 r., 4 StR 439/00, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2001/3, s. 218.

¹¹⁵ Wyrok BGH z 10.07.1952 r., 5 StR 358/52, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1952/27, s. 1062.

¹¹⁶ R. Hefendehl, *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, red. W. Joecks, K. Miebach, Monachium 2017, t. 5, § 263, nb 9.

¹¹⁷ Wyrok BGH z 11.03.1960 r., 4 StR 588/59, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1960/23, s. 1068.

¹¹⁸ Wyrok BGH z 20.03.2013 r., 5 StR 344/12, „Neue Juristische Wochenschrift“ 2013/20, s. 1460.

¹¹⁹ Wyrok BGH z 11.03.1960 r., 4 StR 588/59, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1960/23, s. 1068.

¹²⁰ U. Kindhäuser, *Strafrecht...*, § 27, nb 42.

¹²¹ S. Beukelmann, *Kommentar...* [w:] *Beckscher...*, nb 32.

¹²² W niemieckiej doktrynie przedstawiane są natomiast różne poglądy na temat kwalifikowania oszustwa do przestępstw, przy popełnieniu których dobro prawne doznaje uszczerbku, czy też do przestępstw z narażenia. Jest to zagadnienie obszerne, którego analiza wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Warto jednak w tym miejscu odesłać do pracy odnoszącej się do niniejszego problemu – zob. P. Hauck, *Betrug...*, s. 919–930.

¹²³ H. Satzger, *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. H. Satzger, W. Schluckebier, G. Widmaier, Kolonia 2016, nb 203.

¹²⁴ Postanowienie BGH z 18.07.1961 r., 1 StR 606/60, „Neue Juristische Wochenschrift“ 1961/14, s. 1876.

¹²⁵ Kara pozbawienia wolności jest terminowa, jeśli ustawa nie przewiduje kary dożywotniego pozbawienia wolności. Terminowa kara pozbawienia wolności jest orzekana w maksymalnym wymiarze 15 lat i w minimalnym wymiarze 1 miesiąca (§ 38 ust. 1 i 2 StGB).

¹²⁶ Grzywna wymierzana jest w stawkach dziennych. Minimalna liczba stawek dziennych to 5, a maksymalna – 360. Wysokość stawkiiennej ustala sąd, biorąc pod uwagę sytuację osobistą i ekonomiczną sprawcy. Stawka dzienna wynosi co najmniej 1 EURO i maksymalnie 30 tysięcy EURO (§ 40 ust. 1 i 2 StGB).

mieszkająca ze sprawcą we wspólnym gospodarstwie domowym, to ściganie oszustwa odbywa się na ich wniosek (§ 263 ust. 4 w zw. z § 247 StGB).

4. WNIOSKI

Porównując zawartość normatywną przepisu art. 286 § 1 k.k. i przepisu § 263 ust. 1 StGB, należy dojść do następujących wniosków.

Brak jest różnic w zakresie podmiotu przestępstwa oszustwa. W regulacjach obu państw oszustwo jest przestępstwem powszechnym i może zostać popełnione przez każdą osobę zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej. W przypadku zaniechania sprawca musi być tzw. gwarantem, tj. posiadać obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k. i § 13 ust. 1 StGB). Oszustwo z zaniechania jest więc przestępstwem indywidualnym.

Od strony podmiotowej przestępstwo oszustwa zarówno w Polsce, jak i w Niemczech jest przestępstwem umyślnym, które może zostać popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim zabarwionym celem (*dolus directus coloratus*). Generalnie rzecz ujmując celem tym jest – pomimo nieznacznych różnic w samym sformułowaniu przepisu – osiągnięcie korzyści majątkowej.

Różnice odnotowano natomiast w zakresie przedmiotu ochrony (zamachu). Przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. jest mienie, aczkolwiek za przedmiot zamachu przestępstwa oszustwa doktryna uważa nie tylko samo mienie, ale także osobę. W niemieckiej nauce karnistycznej przeważa pogląd, że wolność innej osoby od przymusu pozostaje poza ochroną przepisu § 263 ust. 1 StGB. Zarówno w polskim, jak i niemieckim stanie prawnym „mienie” rozumiane jest w sposób szeroki, i obejmuje wszelkie aktywa i pasywa majątku. Rozporządzenie mieniem może wynikać zarówno z czynności prawnej, jak i stanowić czynność faktyczną. W przeciwieństwie do prawa niemieckiego, polskie orzecznictwo nie ogranicza przedmiotu ochrony do legalnych stosunków prawnych. Podczas gdy „przepis art. 286 § 1 k.k. nie zawiera ograniczenia [...] jedynie do «niekorzystnego rozporządzenia mieniem» wykonanego «w celu godziwym»”, przepis § 263 ust. 1 StGB chroni wszystkie składniki, których wartość da się wyrazić w pieniądzu, odmawiając danemu świadczeniu karnoprawnej ochrony jedynie w przypadku rażących naruszeń prawa. W obu regulacjach podmiot rozporządzający mieniem musi być natomiast osobą fizyczną.

Do znamion strony przedmiotowej przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. należy doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, a przestępstwa z § 263 ust. 1 StGB – wyrządzenie szkody majątkowi innej osoby poprzez wprowadzenie jej w błąd albo utrzymanie jej w błędzie przez fałszywe przedstawienie, zniekształcenie lub zatajenie faktów. Czynność sprawcza obu czynów polega na doprowadzeniu innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez oszukańcze zabiegi nakierowane na wywołanie lub wykorzystanie błędu kontrahenta. Ustawa polska wprost wskazuje, że pokrzywdzony musi sam dokonać rozporządzenia mieniem, w Niemczech okoliczność ta jest rekonstruowana w oparciu o związek przyczynowo-skutkowy między działaniem sprawcy a pokrzywdzeniem ofiary. W obu ustawach konstrukcja strony przedmiotowej jest więc trójstopniowa – najpierw sprawca czyni oszukańcze zabiegi,

które mają spowodować mylne wyobrażenie ofiary o rzeczywistym stanie rzeczy, następnie ofiara dokonuje rozporządzenia mieniem, które w efekcie prowadzi do powstania szkody w jej majątku. W ustawie polskiej wskazane jest wprost, że to ofiara sama musi dokonać rozporządzenia, w systemie niemieckim wynika to z treści pozostałych znamion. W świetle zasady *nullum crimen sine lege* uregulowanie polskie należy uznać za bardziej pożądane.

Oba przepisy wymagają tożsamości podmiotu, który dokonuje rozporządzenia i podmiotu, który padł ofiarą oszukańczych zabiegów. Rozporządzenie mieniem w obydwu przypadkach musi także pozostawać niekorzystne, a więc być negatywne z punktu widzenia interesów osoby pokrzywdzonej.

Przepis art. 286 § 1 k.k. wskazuje, że sprawca musi wprowadzić ofiarę w błąd albo wyzyskać już istniejący błąd ofiary lub jej niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Przepis § 263 ust. 1 StGB ogranicza się do wprowadzenia ofiary w błąd i utrzymania jej w błędzie, nie odnosząc się do wykorzystania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. W tym zakresie wskazać można, że owa „niezdolność do należytego pojmowania przedsiębranego działania” może być w systemie niemieckim uznawana za formę „utrzymania ofiary w błędzie” – ma ona przecież już zafałszowane wyobrażenie co do rzeczywistości. Przemawia za tym argument, że czynność stanowiąca przedmiot oszustwa nie musi być czynnością prawną, może to być czynność faktyczna. Nie jest też wymagana zdolność ofiary do czynności prawnych, której skuteczność na gruncie prawa cywilnego – oczywiście w uproszczeniu – zależy m.in. od istnienia rozeznania w zakresie przedsiębranego działania. Idąc takim tokiem rozumowania, w ustawie polskiej znamię „niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania” stanowiłoby niejako podkategorię samego wyzyskania już istniejącego błędu, a zawarcie przedmiotowego znamienia w ustawie – niepotrzebne *superfluum*.

Przestępstwa określone w art. 286 § 1 k.k. i w § 263 ust. 1 StGB są przestępstwami materialnymi.

Ustawowe zagrożenie karą za przestępstwo oszustwa w typie podstawowym to kara pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do 8 lat w Polsce i kara pozbawienia wolności do lat 5 albo kara grzywny w Niemczech. W Polsce oszustwo penalizowane jest więc istotnie surowiej.

W obu państwach przestępstwo oszustwa jest ścigane z urzędu. Wyjątkiem jest sytuacja, w której czyn popełniono na szkodę osoby najbliższej – w takim przypadku ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Rozwiązanie takie funkcjonuje zarówno w Polsce, jak i w Niemczech. Ustawy karne obu państw określają krąg osób, od których przedmiotowy wniosek jest wymagany (art. 115 § 11 k.k. i § 263 ust. 4 w zw. z § 247 StGB).

Na podstawie przedmiotowych rozważań, obraną w początkowej części niniejszej pracy hipotezę badawczą o treści „polska i niemiecka regulacja prawna dotycząca przestępstwa oszustwa wykazuje zarówno podobieństwa, jak i różnice w swojej zawartości normatywnej”, należy zweryfikować w sposób pozytywny. Podobieństwa odnotowano w zakresie podmiotu, strony podmiotowej i trybie ścigania przestępstwa, różnice zaś – w przedmiocie ochrony (zamachu) i strony przedmiotowej przestępstwa oszustwa, jak też w ustawowym zagrożeniu karą.

Na koniec zaakcentowania wymaga, że rośnie liczba wyłudzeń dokonywanych za pomocą systemów informatycznych i cyfrowych. Przestępstwa te często nie mogą

być penalizowane przez przepis odnoszący się *stricte* do przestępstwa oszustwa, bowiem podmiot wprowadzany w błąd musi pozostawać osobą fizyczną. W tym zakresie poszczególne ustawodawstwa przyjmują różne rozwiązania – legislator polski i prawodawca niemiecki zdecydowali się na zawarcie w kodyfikacji karnej odrębnego typu przestępstwa dotyczącego tzw. oszustw komputerowych (art. 287 § 1 k.k. i § 263a ust. 1 StGB).

Summary

Katarzyna Borkowska, *The Offence of Fraud in the Polish and German Criminal Law*

Fraud is one of the most common crimes against property. Given the progress in information technology, digitalization and other areas, the number of frauds has been constantly growing for a few years now and legal regulations need to be adapted to the requirements of the present era. The legal retort to damage caused by fraudulent activities under the criminal law systems can vary. The subject of this paper is a detailed comparative examination of the Polish and German criminal regulations in the area of fraud. The research includes analysis of the statutory features of the basic type of this crime laid down in the Polish and German criminal codes with particular reference to subject, subjective side of an offence, object and objective side of an offence. Reference is also made to the criminal sanction and to the mode of prosecution in case of fraud. The analysis is based on views of legal academics and commentators and judicial decisions. The discussion is concluded with a comparison of the Polish and German provisions with an indication of the similarities and differences between these regulations.

Keywords: fraud, crime against property, comparative criminal law, Polish criminal law, German criminal law

Streszczenie

Katarzyna Borkowska, *Przestępstwo oszustwa w polskim i niemieckim prawie karnym*

Oszustwo stanowi jedno z najczęściej popełnianych przestępstw przeciwko mieniu. W ostatnich latach, m.in. ze względu na postęp w dziedzinie informatyzacji i cyfryzacji, liczba przestępstw tego typu stale wzrasta, a ustawodawca staje przed wyzwaniem dostosowania prawnej regulacji do potrzeb współczesności. Prawnokarna reakcja na doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez podejmowanie oszukańczych zabiegów może być różna. Przedmiot artykułu stanowi prawnoporównawcze opracowanie dedykowane *stricte* przepisom karnym dotyczącym oszustwa w Polsce i w Niemczech. W opracowaniu przeanalizowano znamiona typu podstawowego tego przestępstwa zawarte w przepisach Kodeksów karnych obu państw, szczegółowo opisując podmiot, stronę podmiotową, przedmiot ochrony (zamachu) oraz stronę przedmiotową przestępstwa. Odniesiono się także do ustawowego zagrożenia karą oraz trybu ścigania oszustwa. Przeprowadzone w pracy rozważania zostały oparte zarówno na poglądach doktryny, jak i orzecznictwa. Następnie dokonano porównania polskiego i niemieckiego przepisu, wskazując na podobieństwa i różnice w obu regulacjach.

Słowa kluczowe: oszustwo, przestępstwo przeciwko mieniu, prawo karne porównawcze, polskie prawo karne, niemieckie prawo karne

Literatura:

1. Andrejew I., Kubicki L., Waszczyński J. [red.] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, Wrocław 1989.
2. Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987.
3. Baumann J., *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Juristenzeitung 1983, nr 23–24.
4. Beukelmann S., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Beckscher Online-Kommentar. StGB*, red. B. von Heintschel-Heinegg, Monachium 2016.
5. Bielski M., *Oszustwo szkodowe i bezszkodowe jako dwie odmiany przestępstwa oszustwa*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2017, t. 43.
6. Buczkowski K., Jankowski M., Bachmat P., *Regulacja przestępstwa oszustwa w wybranych systemach prawnych państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2018.
7. Cramer P., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Schönke, H. Schröder, P. Cramer, Monachium 2006.
8. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Komentarz do art. 286 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016.
9. Eser A. [red.] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monachium 2019.
10. Fischer T., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Monachium 2020.
11. Fredrich-Michalska I., Stachurska-Marcińczak B. [red.] *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego* [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 wraz z uzasadnieniami. Kodeks karny*, Warszawa 1997.
12. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2011.
13. Geerds D., *Schadensprobleme beim Betrug*, JURA – Juristische Ausbildung 1994, z. 5.
14. Górniok O., *Zmiany dotyczące przestępstw przeciwko mieniu*, Nowa kodyfikacja karna. *Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1998, z. 7.
15. Hauck P., *Betrug und Untreue als konkrete Gefährungsdelikte de lege lata und de lege ferenda*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2011, nr 11.
16. Hecker B., *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, Tybinga 2001.
17. Hefendehl R., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, red. W. Joecks, K. Miebach, Monachium 2014.
18. Hefendehl R., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, red. W. Joecks, K. Miebach, Monachium 2017, t. 5.
19. Heghmanns M., *Betrug und Fälschungsstraftaten*, Berlin–Heidelberg 2019.
20. Heintschel-Heinegg B. von [red.] *Beckscher Online-Kommentar. StGB*, Monachium 2016.
21. Janowski M., *Przestępstwo tzw. oszustwa komputerowego*, Prokuratura i Prawa 2011, nr 10.
22. Joecks W., Jäger Ch., *Strafgesetzbuch: Studienkommentar*, Monachium 2018.
23. Joecks W., Miebach K. [red.] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Monachium 2014.
24. Joecks W., Miebach K. [red.] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Monachium 2017, t. 5.
25. Kindhäuser U., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Strafgesetzbuch*, red. U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen, Baden-Baden 2017.
26. Kindhäuser U., *Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte*, Baden-Baden 2016.
27. Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.U. [red.] *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden 2017.
28. Kulik M., *Komentarz do art. 286 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2013.
29. Kühl K., *Kommentar zu § 263 StGB* [w:] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. K. Lackner, K. Kühl, Monachium 2018.
30. Kyś T., *Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem na gruncie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2018, z. 3.
31. Lackner K., Kühl K. [red.] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monachium 2018.
32. Łagodziński S., *Oszustwo pokradzieżowe*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 5.

33. Michalski B., *Przestępstwa przeciwko mieniu. Rozdział XXXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999.
34. Mitsch W., *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, Berlin–Heidelberg 1998.
35. Mozgawa M. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
36. Niezgoda Z., *Niektóre aspekty prawnokarnej ochrony ubezpieczycieli (instytucji ubezpieczeniowych) na gruncie unormowań art. 286 i 298 k.k.*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 4.
37. Oczkowski T., *Komentarz do art. 286 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017.
38. Oczkowski T., *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004.
39. Otto H., *Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte*, Berlin 2005.
40. Pala G., *Czyn z art. 286 § 2 k.k. – oszustwo czy inne przestępstwo*, Prokuratura i Prawo 2001, nr 6.
41. Perron W., *Kommentar zu § 263 StGB [w:] Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Eser, Monachium 2019.
42. Poniatowski P., Wala K., *Przestępstwo oszustwa w tzw. klasycznej postaci w ujęciu prawnoporównawczym*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2017, XXVI, nr 4.
43. Preibisz A.N., *Karnoprawna ocena żądania korzyści za zwrot bezprawnie zabranej rzeczy*, Prokuratura i Prawo 2005, nr 5.
44. Preibisz A.N., *Przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 286 § 1 kodeksu karnego*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 10.
45. Rengier R., *Kündigungs-Betrug des Vermieters durch Tun und Unterlassen bei vorgetäuschem Eigenbedarf*, *Juristische Schulung* 1989, nr 29.
46. Rengier R., *Strafrecht. Besonderer Teil I: Vermögensdelikte*, Monachium 2021.
47. Rząd Federalny Republiki Federalnej Niemiec, Projekt szóstej ustawy o reformie prawa karnego (6. StrRG), druk nr 13/8587 z 25.09.1997 r.
48. Samson E., *Grundprobleme des Betrugstatbestandes*, *Juristische Arbeitsblätter* 1978, nr 10.
49. Satzger H., *Kommentar zum § 263 StGB [w:] Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. H. Satzger, W. Schluckebier, G. Widmaier, Kolonia 2016.
50. Satzger H., Schluckebier W., Widmaier G. [red.] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Kolonia 2016.
51. Schmoller K., *Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen*, *Juristenzeitung* 1991, z. 3.
52. Schönke A., Schröder H., Cramer P. [red.] *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monachium 2006.
53. Statystyka Policji, <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-16/63976,Oszustwo-art-286.html>
54. Stefański R.A. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
55. Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1979.
56. Taberski D., *Postępowania w sprawach o oszustwa popełnione za pośrednictwem Internetu*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 6.
57. Tiedemann K., *Kommentar zum § 263 StGB [w:] Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, [red.] K. Tiedemann, B. Valerius, J. Vogel, B. Schünemann, M. Möhrenschrager, Berlin 2012, t. 9, cz. I.
58. Tiedemann K., Valerius B., Vogel J., Schünemann B., Möhrenschrager M. [red.] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Berlin 2012, t. 9, cz. I.
59. Toth S., *Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögenswerte*, Heidelberg 2016.
60. Tuora-Schwierskott E., *Deutsches Strafgesetzbuch. Übersetzung ins Polnische. Niemiecki kodeks karny w tłumaczeniu na język polski*, Ratyzbona 2016.
61. Wessels J., Hillenkamp T., *Strafrecht. Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*, Heidelberg 2014.
62. Wittig P., *Die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung*, *Juristische Arbeitsblätter* 2013, z. 6.
63. Zoll A. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2016.

Rafał Rejmaniak*

Posiadanie broni palnej a poziom przestępczości z jej użyciem w Polsce**

1. WSTĘP

Obowiązująca obecnie ustawa o broni i amunicji została uchwalona 21.05.1999 r.¹ i weszła w życie 20.03.2000 r., zastępując tym samym dotychczas obowiązującą ustawę z 31.01.1961 r. o broni, amunicji i materiałach wybuchowych².

Do istotnych zmian w zakresie dostępu do broni palnej, wprowadzanych ustawą z 1999 r., należy zaliczyć zakwalifikowanie broni gazowej do kategorii broni palnej. Skutkiem tej zmiany jest obowiązek uzyskania pozwolenia na posiadanie broni gazowej. Według projektodawców uzasadnieniem objęcia broni gazowej reglamentacją właściwą dla broni palnej jest m.in. upowszechnienie się broni gazowej, której używanie może stwarzać realne zagrożenie dla życia i zdrowia³. Innymi przesłankami przemawiającymi za takim rozwiązaniem są także: możliwość przerobienia broni gazowej na broń bojową, możliwość używania śrutu jako amunicji do takiej broni oraz wzrost liczby przypadków posługiwania się bronią gazową jako narzędziem przestępstwa⁴.

Kolejną istotną cechą ustawy o broni i amunicji z 1999 r. jest kompleksowość regulacji. Stopień szczegółowości i liczba warunków, które zobowiązany jest spełnić wnioskodawca, a następnie posiadacz broni palnej wskazują na znaczny stopień restrykcyjności ustawy⁵. Co więcej, zarówno w orzecznictwie sądów administracyjnych, jak i w literaturze przedmiotu, podkreśla się, że organy wydające decyzję o pozwoleniu na broń mogą prowadzić bardziej lub mniej restrykcyjną politykę w tym zakresie⁶.

* Dr Rafał Rejmaniak jest adiunktem na Wydziale Prawa, Uniwersytet w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0003-1908-5844, e-mail: r.rejmaniak@uwb.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 1.03.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 24.02.2021 r.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 284.

² Dz.U. z 1961 r. Nr 6, poz. 43.

³ *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o broni i amunicji*, druk sejm. nr 476, Sejm III kadencji, Oficjalna witryna internetowa Sejmu RP, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/479/\\$file/479.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/479/$file/479.pdf), s. 1 (dostęp: 19.02.2020 r.).

⁴ *Uzasadnienie...*, s. 1–2. Zob. polemiczne uwagi kryminalistów w: M. Kulicki, *Dowodowa problematyka współczesnej broni strzeleckiej*, Kraków 2001, s. 31–37.

⁵ M. Mróz, *Posiadanie broni strzeleckiej przez osoby fizyczne: prawo, polityka, praktyka*, „Analizy BAS” 2009/7, s. 2, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95AF503F8EB2115FC125757D002FA0F8/\\$file/Analiza_%20BAS_2009_15.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95AF503F8EB2115FC125757D002FA0F8/$file/Analiza_%20BAS_2009_15.pdf) (dostęp: 19.02.2020 r.).

⁶ M. Mróz, *Posiadanie...*, s. 4, 9; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27.01.2012 r., II OSK 2151/10, LEX nr 1125236; wyroki Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 13.06.2012 r., II SA/WA 621/12, LEX nr 1230649; z 26.03.2015 r., II SA/Wa 1891/14, LEX nr 1730452.

Przyjęty restrykcyjny model reglamentacji broni palnej skutkuje tym, że Polska jest państwem o najniższym współczynniku broni palnej na 100 mieszkańców w Europie. Zgodnie z danymi z 2017 r. przedstawionymi w *Small Arms Survey* na 100 mieszkańców Polski przypada 2,5 egzemplarza broni palnej, przy czym liczba ta uwzględnia zarówno broń zarejestrowaną, jak i niezarejestrowaną⁷. Zestawiając zaś dane o liczbie egzemplarzy broni zarejestrowanych⁸ i liczbie ludności w 2018 r.⁹, można stwierdzić, że na 100 mieszkańców Polski przypada 1,31 egzemplarza zarejestrowanej broni palnej.

Wydaje się, że wprowadzeniu i utrzymywaniu takiego modelu regulacji towarzyszy przekonanie o silnym związku pomiędzy ilością broni palnej pozostającej w dyspozycji członków społeczeństwa a liczbą przestępstw (w szczególności z użyciem przemocy). Temu hipotetycznemu związkowi przypisuje się relację przyczynowo-skutkową – więcej broni palnej w społeczeństwie oznaczać powinno więcej popełnianych przestępstw. Pogląd ten jest charakterystyczny dla stanowisk przeciwnych szerokiemu dostępowi do broni palnej. Istnieje jednak również inne stanowisko. Zwolennicy swobodnego dostępu do broni palnej twierdzą, że może on wpłynąć na zmniejszenie się poziomu przestępczości, gdyż potencjalny sprawca może być bardziej skłonny do odstąpienia od swojego zamiaru, mając świadomość, że jego zamach mógłby zostać odparty przez potencjalną ofiarę bądź świadków zdarzenia za pomocą broni palnej¹⁰.

2. STAN BADAŃ

Badania nad związkami nasycenia społeczeństwa bronią palną z liczbą popełnianych przestępstw (przestępstw w ogólności, przestępstw z użyciem przemocy lub samych zabójstw) pozostają w szczególności w sferze zainteresowań badaczy ze Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Kontekst tych badań jest jednak specyficzny. Dostęp do broni palnej w Stanach Zjednoczonych jest niezwykle szeroki, samo zaś prawo do posiadania broni palnej przez obywateli wywodzone jest z II Poprawki do Konstytucji USA. Prawo do posiadania broni często traktowane jest jako element amerykańskiej tożsamości kulturowej. Niemniej jednak, również tam (a może przede wszystkim tam) toczy się spór między zwolennikami i przeciwnikami swobodnego dostępu do broni palnej. Działalność wspierającą zwolenników swobodnego dostępu do broni palnej prowadzi *National Rifle Association*¹¹, głosy sprzeciwu wobec takiego modelu dostępu do broni palnej można zaś zaobserwować w postaci działalności stowarzyszenia *Brady: United Against Gun Violence*¹².

⁷ W raporcie podano następujące wartości: broń zarejestrowana – 380.000, broń niezarejestrowana – 588.000 sztuk. Zob. A. Karp, *Civilian, Small Arms Survey. Estimating Global Civilian-held Firearms Numbers. Annexe: Civilian Firearms Holdings 2017*, Genewa 2018, http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/Weapons_and_Markets/Tools/Firearms_holdings/SAS-BP-Civilian-held-firearms-annexe.pdf (dostęp: 19.02.2020 r.).

⁸ Na dzień 31.12.2018 r. w Polsce zarejestrowanych było 505.429 egzemplarzy broni palnej, zob. policja.pl (dostęp: 19.02.2020 r.).

⁹ Liczba ludności w Polsce na dzień 31.12.2018 r. wynosiła 38 411 00 mieszkańców. *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2019, s. 207.

¹⁰ Zob. np. M. Duggan, *More Guns, More Crime*, "Journal of Political Economy" 2001/5, t. 109, s. 1086–1087; R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. 674–675.

¹¹ Organizacja ta prowadzi działania na rzecz rozszerzania dostępu do broni palnej i przeciwdziałania jego ograniczeniom. Zob. <https://www.nraila.org/about/election-center/> (dostęp: 19.02.2020 r.).

¹² Nazwa stowarzyszenia pochodzi od nazwiska Jamesa Brady'ego, amerykańskiego polityka, sekretarza prasowego Białego Domu, działacza na rzecz zwiększenia kontroli nad dostępem do broni palnej. Działalność organizacji na stronie: <https://www.bradynited.org/the-brady-plan> (dostęp: 19.02.2020 r.).

W literaturze amerykańskiej można odnaleźć liczne próby ustalenia relacji między nasyceniem populacji bronią palną a liczbą przestępstw. Wśród publikowanych badań można odnaleźć analizy wykorzystujące rozmaite metody i techniki badawcze prowadzące do różnych wniosków. Poniżej zaprezentowano przykładowe badania prowadzone na gruncie amerykańskim.

Martin S. Geisel, Richard Roll i R. Stanton Wettick w swoim opracowaniu z 1969 r. ustalili, że ścisła restrykcyjna reglamentacja broni palnej obniża liczbę zabójstw, samobójstw i wypadków z bronią palną¹³. Do innych wniosków doszedł Steven Thomas Seitz w 1972 r., którego badania wskazały na zależność istniejącą między poziomem restrykcyjności kontroli dostępu do broni palnej a spadkiem liczby zabójstw, których sprawcami byli biali obywatele. Nie odnotował on natomiast takiego związku z zabójstwami, których sprawcami były osoby czarnoskóre¹⁴. Douglas R. Murray analizując w 1975 r. dane obejmujące 50 stanów, nie zaobserwował natomiast żadnej korelacji między ścisłą reglamentacją dostępu do broni palnej a liczbą przestępstw powiązanych z bronią palną¹⁵. Co więcej, nie odnotował on również korelacji między restrykcyjnością kontroli dostępu do broni palnej a liczbą posiadaczy broni palnej w poszczególnych stanach¹⁶. David Lester i Mary E. Murrell w 1986 r. przeprowadzili badania wykorzystując skalę Guttmana i współczynnik korelacji Pearsona, w efekcie których sformułowali wniosek, że nie ma związku między restrykcyjnością reglamentacji broni palnej a liczbą zabójstw, jednak w stanach, w których funkcjonuje ściślejsza kontrola prawna broni palnej odnotowywana jest mniejsza liczba zabójstw z użyciem broni palnej¹⁷. Autorzy zastrzegli przy tym, że poziom reglamentacji broni palnej może być inny w różnych państwach, zaś w przypadku Stanów Zjednoczonych „ściśła” reglamentacja oznacza minimalne wymogi dotyczące zakupu, posiadania i noszenia broni palnej.

Próbie odpowiedzi na pytanie o kierunek ewentualnej zależności między posiadaniem broni palnej a liczbą przestępstw podjął Lawrence Southwick Jr., który ze swoich badań wyprowadził wnioski, że bardziej prawdopodobne jest twierdzenie, iż to wzrost lub spadek liczby przestępstw jest przyczyną wzrostu lub spadku liczby osób posiadających broń palną¹⁸. Badania przeprowadzone przez Johna C. Moorhouse’a i Brenta Wannera, obejmujące analizę regulacji stanowych i liczbę przestępstw w tych stanach nie wykazały związku ograniczenia dostępu do broni z liczbą popełnianych przestępstw¹⁹. Potwierdziły natomiast, że wysoki poziom przestępczości wpływa na polityczne poparcie idei ograniczenia dostępu do broni palnej.

W nieco inny sposób badania przeprowadził Mark Duggan, który wykorzystał dane dotyczące sprzedaży czasopisma *Gun & Ammo* w USA do określenia poziomu

¹³ M.S. Geisel, R. Roll, R.S. Wettick, *The effectiveness of state and local regulations of handguns*, „Duke Law Journal” 1969, t. 1969, s. 672–673.

¹⁴ S.T. Seitz, *Firearms, homicides, and gun control effectiveness*, „Law & Society Review” 1972/4, t. 6, s. 609.

¹⁵ D.R. Murray, *Handguns, gun control laws and firearms violence*, „Social Problems” 1975/1, t. 23, s. 91.

¹⁶ D.R. Murray, *Handguns...*, s. 91.

¹⁷ D. Lester, M.E. Murrell, *The influence of Gun Control Laws on Personal Violence*, „Journal of Community Psychology” 1986/3, t. 14, s. 318.

¹⁸ L. Southwick, *Do Guns Cause Crime? Does Crime Cause Guns? A Granger Test*, „Atlantic Economic Journal” 1997/3, t. 25, s. 272.

¹⁹ J.C. Moorhouse, B. Wanner, *Does Gun Control Reduce Crime or Does Crime Increase Gun Control?*, „Cato Journal” 2006/1, t. 26, s. 121–122.

posiadania broni palnej i jego zmian na badanych obszarach²⁰. Przeprowadzone badania dotyczące wpływu poziomu posiadania broni palnej na zabójstwa z użyciem broni palnej i inne kategorie przestępstw doprowadziły autora do wniosku, że wzrost poziomu posiadania broni palnej prowadzi do wzrostu liczby zabójstw, przy czym bardziej prawdopodobnym kierunkiem interpretacji wyników badań jest przyjęcie, iż to wzrost poziomu posiadania broni wpływa na liczbę zabójstw niż odwrotnie²¹. W zakresie zaś pozostałych przestępstw (rozbój, czynna napaść, zgwałcenie) związek taki albo nie występuje, albo jest nieznaczny²².

John R. Lott w kolejnych wydaniach swojej monografii pt. „More Guns, Less Crime”, opierając się na danych statystycznych dotyczących przestępczości i liczby pozwoleń na noszenie broni ukrytej w poszczególnych amerykańskich stanach, wykazał, że istnieje istotny związek między wzrostem liczby pozwoleń na noszenie broni palnej a spadkiem przestępczości²³. W kolejnych wydaniach analizy były uzupełniane o dane statystyczne z następnych lat²⁴. Autor, porównując poziom przestępczości w stanach, w których funkcjonowało prawo do noszenia broni z pozostałymi stanami, wskazywał, że nowe dane statystyczne potwierdzają wyprowadzone wnioski: liczba przestępstw z użyciem przemocy, w tym zabójstw, zgwałceń i napaści spada po wprowadzeniu w danym stanie prawa do noszenia ukrytej broni²⁵.

Z kolei analizy Gary’ego Klecka, Tomislava Kovandzica i Jona Bellowsa obejmujące dane z miast w Stanach Zjednoczonych liczących co najmniej 25.000 mieszkańców doprowadziły autorów do wniosku, że brak jest dowodów na potwierdzenie hipotezy, iż ograniczenie dostępu do broni palnej spowoduje spadek przestępczości z użyciem przemocy²⁶.

Poza analizami skupiającymi się na kwestii posiadania broni i przestępczości w USA, prowadzono także badania porównawcze. David Hemenway i Matthew Miller w 2000 r. porównali poziom dostępności broni palnej z liczbą zabójstw w 26 krajach rozwiniętych i ujawnili dodatnią oraz statystycznie istotną korelację między badanymi zjawiskami²⁷. Rok później badania porównawcze prowadzili Martin Killias, John van Kesteren i Martin Rindlisbacher, którzy podali analizie dane dotyczące liczby samobójstw, zabójstw, napaści i rozbójów w 21 państwach w stosunku do liczby gospodarstw domowych, w których znajduje się co najmniej jeden egzemplarz broni palnej. Autorzy ci doszli do wniosku, że pomiędzy liczbą takich gospodarstw a liczbą zabójstw istnieje słaba korelacja dodatnia ($r=0,23$), a przy uwzględnieniu Stanów Zjednoczonych Ameryki, Włoch i Irlandii Północnej siła korelacji wzrasta ($r = 0,54$). Ujawnili natomiast istotny związek między liczbą zabójstw, których ofiarami są kobiety a liczbą gospodarstw, w których znajduje się broń, korelacja ta wyniosła bowiem $r=0,72$, zaś w przypadku

²⁰ M. Duggan, *More Guns...*, s. 1087–1088, 1089.

²¹ M. Duggan, *More Guns...*, s. 1098.

²² M. Duggan, *More Guns...*, s. 1112.

²³ L.R. Lott, *More Guns, Less Crime. Understanding crime and gun-control laws*, Chicago 2011, s. 97, 169.

²⁴ L.R. Lott, *More Guns...*, s. 235 i n.

²⁵ L.R. Lott, *More Guns...*, s. 259.

²⁶ G. Kleck, T. Kovandzic, J. Bellows, *Does Gun Control Reduce Violent Crime?*, „Criminal Justice Review” 2016/4, t. 41, s. 502.

²⁷ D. Hemenway, M. Miller, *Firearm Availability and Homicide Rates across 26 High-Income Countries*, „Journal of Trauma” 2000/6, t. 49, s. 988.

zabójstw, w których ofiarami są mężczyźni współczynnik korelacji wyniósł jedynie $r = 0,24$ ²⁸. Inni badacze przeanalizowali w 2013 r. relacje między liczbą sztuk broni palnej *per capita* a liczbą zgonów powiązanych z bronią palną w 27 rozwiniętych państwach z całego świata i ujawnili silną dodatnią korelację ($r = 0,80$) między tymi zmiennymi²⁹.

W rodzimej literaturze brak jest opracowań, w których autorzy próbowali ustalić związki między liczbą wydanych pozwoleń na broń (lub liczbą posiadaczy broni palnej albo liczbą zarejestrowanych egzemplarzy broni) z liczbą przestępstw z jej użyciem lub przestępstw z użyciem przemocy. Jedynym opracowaniem, które porusza to zagadnienie jest publikacja Marcina Mroza „Prawo do broni w Polsce i Europie”, w której autor zestawiał liczbę zabójstw w ogóle, zabójstw przy użyciu broni palnej, gazowej i pneumatycznej, a także dane dotyczące liczby wydanych pozwoleń i jednostek broni palnej w latach 2002–2008³⁰. Autor założył, że gdyby twierdzenia przeciwników broni palnej okazały się prawdziwe (abstrahując od wszelkich innych uwarunkowań), to wraz ze wzrostem liczby broni rozdystrybuowanej w społeczeństwie, powinna również proporcjonalnie wzrosnąć liczba przestępstw i wypadków z bronią³¹. Dane przedstawiane przez autora wskazują na istniejącą korelację negatywną – wzrostowi liczby pozwoleń na broń towarzyszy spadek zarówno liczby zabójstw w ogóle, jak i liczby zabójstw z użyciem broni palnej³².

3. CEL BADAŃ, METODA BADAWCZA, MATERIAŁ BADAWCZY

Celem niniejszego opracowania jest podjęcie próby odpowiedzi na pytanie: czy występuje związek pomiędzy posiadaniem broni palnej a poziomem przestępczości, a jeśli tak, to jaki? Przeprowadzenie takich badań uzasadnione jest kilkoma czynnikami.

Po pierwsze, mimo istnienia dość znacznej polskiej literatury obejmującej problematykę związaną z bronią palną (głównie w zakresie kryminalistyki i prawa karnego), nie podjęto dotąd próby zbadania związku między posiadaniem broni palnej a poziomem przestępczości na podstawie danych empirycznych, z wyjątkiem wspomnianej wyżej publikacji M. Mroza. Badania tego autora ograniczone zostały czasowo do lat 2002–2008, a przedmiotowo jedynie do kategorii zabójstw. Wydaje się więc zasadne podjęcie próby pogłębienia tych badań.

Po drugie, badania prezentowane w literaturze zagranicznej obejmują głównie obszar Stanów Zjednoczonych, niekiedy obszar ten jest ograniczany do poszczególnych stanów, hrabstw lub miast. Pomijając fakt, że badania prowadzone na gruncie

²⁸ M. Killias, J. van Kasteren, M. Rindlisbacher, *Guns, violent crime, and suicide in 21 countries*, “Canadian Journal of Criminology” 2001/4, t. 43, s. 438.

²⁹ S. Bangalore, F.H. Messerli, *Gun Ownership and Firearm-related Deaths*, “The American Journal of Medicine” 2013/10, t. 126, s. 874–875.

³⁰ M. Mróz, *Prawo do broni w Polsce i Europie*, Warszawa 2011, s. 12–13.

³¹ M. Mróz, *Prawo...*, s. 11.

³² M. Mróz, *Prawo...*, s. 11–13. Dane dotyczące liczby pozwoleń na broń palną różnią się od danych analizowanych w niniejszym opracowaniu z tego względu, że M. Mróz liczbę wydanych pozwoleń w swojej analizie ograniczył do broni palnej bojowej, myśliwskiej i sportowej. W opracowaniu do ogólnej liczby pozwoleń na broń palną wliczono: broń palną bojową (w 2002 r. określaną jako broń palna krótka), broń myśliwską, broń sportową, broń sygnałową i alarmową oraz gazową (wszystkie te rodzaje broni są bronią palną w rozumieniu ustawy z 1999 r.).

amerykańskim dotyczą zupełnie innego modelu dostępu do broni palnej niż przyjęty w Polsce, to wyniki prezentowanych badań często stoją w sprzeczności z rezultatami uzyskanymi przez innych badaczy. Należy też dodać, że prowadzone badania porównawcze z reguły nie obejmują Polski.

Po trzecie, wyniki badań opartych na danych empirycznych mogą posłużyć prawodawcy krajowemu do kształtowania zasad dostępu do broni palnej tak, aby regulacja tego dostępu efektywnie wpływała na wzrost poziomu bezpieczeństwa publicznego.

W celu głębszej analizy problemu badawczego sformułowano pytania szczegółowe:

1. Jaka jest relacja między liczbą pozwoleń na broń a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2002–2018?
2. Jaka jest relacja między liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych w latach 2002–2018?

Aby odpowiedzieć na sformułowany powyżej problem badawczy oraz pytania szczegółowe, zaprojektowano badania oparte na analizie danych za pomocą metody statystycznej, wykorzystując przy tym współczynnik korelacji Pearsona. Współczynnik ten wskazuje wartości w przedziale od -1 do 1, prezentując siłę korelacji liniowej oraz jej kierunek dla dwóch zmiennych. Jeżeli współczynnik wyniesie 0, to sugeruje to brak korelacji. Przyjęcie wartości -1 oznacza bardzo silną korelację ujemną (wraz ze wzrostem wartości jednej zmiennej obserwowany jest spadek wartości drugiej zmiennej), zaś 1 – bardzo silną korelację dodatnią (wraz ze wzrostem wartości jednej zmiennej obserwowany jest wzrost wartości drugiej zmiennej)³³. Należy przy tym zaznaczyć, że współczynnik korelacji liniowej Pearsona wskazuje jedynie współwystępowanie badanych zjawisk, nie udziela natomiast odpowiedzi na pytanie, czy i które z badanych zjawisk było przyczyną drugiego³⁴. Może bowiem pojawić się i taka sytuacja, że między badanymi zjawiskami istnieje jedynie zależność pozorna, zaś przyczyną obu zmiennych jest jakieś inne zjawisko, nieuwzględnione w badaniu (trzecia zmienna)³⁵. Do ustalenia korelacji wykorzystano wzór w następującej postaci:

$$r = \frac{\sum_i (x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum_i (x_i - \bar{x})^2} \sqrt{\sum_i (y_i - \bar{y})^2}}$$

Za Brunonem Hołystem przyjęto, że wielkość współczynnika korelacji (niezależnie od kierunku) do 0,20 jest korelacją bardzo słabą, od 0,20 do 0,40 jest korelacją słabą, od 0,40 do 0,60 jest korelacją o średniej sile (umiarkowaną), od 0,60 do 0,80 jest korelacją silną, zaś powyżej 0,80 – korelacja jest bardzo silna³⁶. Jako poziom istotności przyjęto $\alpha=0,05$.

³³ I. Roeske-Słomka, *Statystyka opisowa*, Poznań 2016, s. 83.

³⁴ J. Żyżyński, *Podstawy metod wnioskowania statystycznego dla zarządzania*, Warszawa 2019, s. 184–185.

³⁵ E. Babbie, *Podstawy badań społecznych*, Warszawa 2013, s. 111.

³⁶ B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2007, s. 180.

Materiałem badawczym uczyniono dane statystyczne dostępne na stronie internetowej policji oraz dane statystyczne uzyskane z Komendy Głównej Policji (KGP) na podstawie wniosku o udzielenie informacji publicznej. Uzyskane dane obejmowały: liczbę wydanych pozwoleń na broń (łącznie i z podziałem na poszczególne kategorie broni) za lata 2002–2013; liczbę osób, którym wydano pozwolenie na broń (lata 2014–2018); liczbę przestępstw stwierdzonych (ogółem i związanych z użyciem broni palnej) za lata 2002–2018.

Okres poddany badaniom ustalony został na lata 2002–2018. Taki zakres czasowy uzasadniony jest kilkoma czynnikami. Po pierwsze, cały badany okres obejmuje czas obowiązywania ustawy o broni i amunicji z 1999 r., co ogranicza wpływ zmiany regulacji na wynik badań (należy przy tym jednak dodać, że miały już miejsce dwie znaczące nowelizacje ustawy: w 2003 i 2011 r.). Po drugie, początkowo planowano objąć badaniem również rok 2001 jako pierwszy pełny rok obowiązywania ustawy, jednakże dane uzyskane z KGP były niespójne z danymi za pozostałe lata. Dane dotyczące posiadania broni palnej za 2001 r. miały charakter zestawienia ogólnego obejmującego zarówno posiadanie broni przez osoby fizyczne, jak i posiadanie na podstawie „świadectwa broni”, zaś dane za pozostałe lata wyodrębniają kategorię pozwoleń dla osób fizycznych, która to stanowi podstawę do niniejszej analizy. Komenda Główna Policji nie dysponuje danymi dotyczącymi posiadania broni palnej przez osoby fizyczne za 2001 r., z tego też względu podjęto decyzję o pozostawieniu tego roku poza okresem objętym badaniem.

Zaprojektowane badania zostały podzielone na dwa etapy. W pierwszym etapie zbadano dynamikę liczby pozwoleń na broń w danym roku (nasycenie bronią) według stanu na dzień 31.12. i liczbą osób, którym wydano pozwolenie na broń według stanu na dzień 31.12. danego roku oraz liczbą przestępstw z jej użyciem. Następnie podjęto próbę ustalenia za pomocą wyliczenia współczynnika Pearsona, czy pomiędzy tymi zjawiskami istnieje korelacja. W drugim etapie, w celu ograniczenia ryzyka istnienia trzeciej zmiennej, porównano też liczbę przestępstw z użyciem broni palnej z ogólną liczbą przestępczości w danym roku. Jeżeli bowiem zaobserwowana zostałaby taka korelacja, to wskazywałoby to raczej na fakt, że zmiany dynamiki przestępstw z użyciem broni palnej są bardziej związane z ogólnymi trendami zmian zachodzących w dynamice przestępczości niż bezpośrednio ze zmianami w liczbie pozwoleń na broń w poszczególnych latach. Odwrotny kierunek interpretacji takiej zależności, jakoby to liczba pozwoleń na broń (lub liczba osób, którym takie pozwolenie wydano) wpływała na dynamikę przestępczości w ogóle wydaje się nieuzasadniony i mało prawdopodobny.

Ze względu na fakt, że do 2013 r. jednostkę obliczeniową danych statystycznych policji stanowiło pozwolenie na broń określonego rodzaju, zaś od 2014 r. jednostką obliczeniową była osoba fizyczna posiadająca pozwolenie na broń, zdecydowano się przeanalizować dane oddzielnie dla lat 2002–2013 i lat 2014–2018. Nie zdecydowano się natomiast na podział badanego okresu w zakresie porównania przestępstw z użyciem broni palnej z ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych. Uzasadnieniem tego podejścia jest fakt, że zmiana jednostki obliczeniowej w odniesieniu do pozwoleń na broń nie wpływa na gromadzenie danych dotyczących przestępstw.

4. WYNIKI BADAŃ

4.1. Relacja między liczbą pozwoleń na broń a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2002–2013

Tabela 1 Dynamika liczby wydanych pozwoleń na broń i liczby przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2002–2013				
Rok	Liczba wydanych pozwoleń na broń dla osób fizycznych na 31.12.	Liczba wydanych pozwoleń na broń dla osób fizycznych na 31.12. – dynamika (wyrażona w %)	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej – dynamika (wyrażona w %)
2002	378618	100,00	1424	100,00
2003	379453	100,22	1383	97,12
2004	378049	99,85	1254	88,06
2005	340281	89,87	1012	73,17
2006	328687	86,81	797	55,97
2007	317079	83,75	708	49,72
2008	304743	80,49	594	41,71
2009	311305	82,22	712	50,00
2010	318294	84,07	716	50,28
2011	325904	86,08	637	44,73
2012	333693	88,13	560	39,33
2013	341204	90,12	635	44,59

Źródło: Dane statystyczne KGP i obliczenia własne.

Zarówno dla ustalenia dynamiki liczby wydanych pozwoleń na broń, jak i liczby przestępstw z użyciem broni palnej jako rok odniesienia przyjęto rok 2002. Powyższe zestawienie (tabela 1) pokazuje, że liczba pozwoleń na broń (stan na 31.12. każdego roku), po niewielkim wzroście w 2003 r., systematycznie malała do roku 2008 do poziomu 80,49%. Natomiast od 2009 r. odnotowano tendencję wzrostową, która utrzymała się aż do 2013 r., kiedy to wskaźnik dynamiki osiągnął wartość 90,12%.

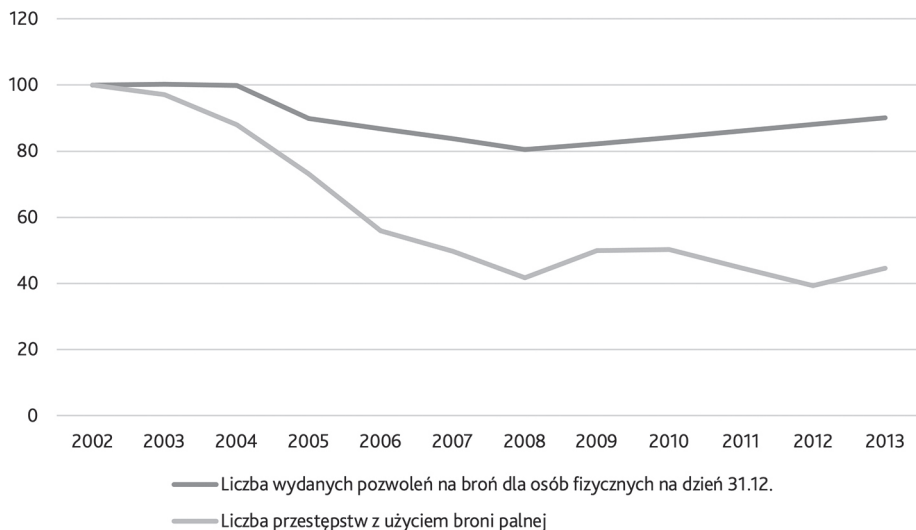
Nieco inaczej kształtowała się dynamika przestępstw z użyciem broni palnej. Odnotowano tendencję spadkową utrzymującą się do 2008 r. Spadek ten był znaczny, bowiem wskaźnik dynamiki w 2008 r. przyjął wartość o prawie 60% niższą niż w roku odniesienia. W latach 2009–2010 wskaźnik dynamiki utrzymywał się w granicy 50%, po czym spadł o ok. 10% w kolejnych dwóch latach, natomiast w 2013 r. odnotowano ok. pięcioprocentowy wzrost do poziomu 44,59%.

Choć porównując obie kategorie zmiennych można zauważyć istotny spadek liczby wydanych pozwoleń na broń w stosunku do roku odniesienia, to należy podkreślić, że spadek liczby przestępstw z użyciem broni jest znaczniejszy. Ponadto tendencja spadkowa w obu kategoriach zmiennych utrzymywała się od 2002 do 2008 r., natomiast po 2009 r. tendencje te zaczęły od siebie odbiegać. Podczas,

gdy w przypadku liczby pozwoleń na broń odnotowano tendencję wzrostową, liczba przestępstw z użyciem broni palnej zarówno wzrastała, jak i malała. Powyższą analizę można zaprezentować również w formie wykresu, na którym przedstawiono dynamikę badanych zmiennych (zob. wykres 1).

Wykres 1

Wskaźnik dynamiki liczby wydanych pozwoleń na broń i liczby przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2002–2013



Źródło: Dane statystyczne KGP i opracowanie własne.

Na osi poziomej powyższego wykresu umieszczono poszczególne lata, zaś oś pionowa odnosi się do wartości wskaźnika dynamiki wyrażonego w procentach. Linia obrazująca dynamikę liczby pozwoleń na broń w poszczególnych latach oznaczona została kolorem ciemniejszym. Z kolei dynamika liczby przestępstw z użyciem broni palnej jest linią koloru jaśniejszego.

Kolejnym krokiem w ustaleniu relacji między liczbą wydanych pozwoleń na broń palną według stanu na dzień 31.12. każdego roku a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej w danym roku było obliczenie współczynnika korelacji Pearsona. Przy obliczeniu oparto się na liczbach bezwzględnych.

Współczynnik korelacji Pearsona dla tych zmiennych wyniósł w przybliżeniu 0,8954, co oznacza bardzo silną istotną statystycznie korelację dodatnią ($p < 0,001$).

4.2. Relacja między liczbą pozwoleń na broń a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2014–2018

W związku ze zmianą jednostek obliczeniowych danych statystycznych gromadzonych przez KGP konieczne stało się przeprowadzenie odrębnej analizy danych za lata 2014–2018. Dane dotyczące liczby osób, którym wydano pozwolenie na broń oraz liczbę przestępstw z użyciem broni palnej w tych latach przedstawiono poniżej (zob. tabela 2).

Tabela 2

Dynamika liczby osób, którym wydano pozwolenie na broń i liczby przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2014–2018

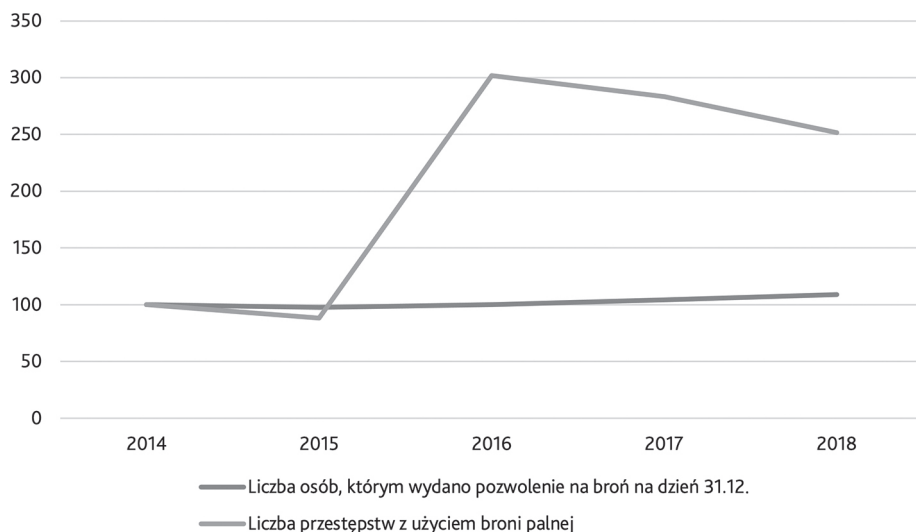
Rok	Liczba osób którym wydano pozwolenie na broń na 31.12.	Liczba osób którym wydano pozwolenie na broń na 31.12. – dynamika (wyrażona w %)	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej – dynamika (wyrażona w %)
2014	197595	100,00	399	100,00
2015	192819	97,58	352	88,22
2016	197929	100,17	1204	301,75
2017	206124	104,32	1130	283,21
2018	215602	109,11	1003	251,38

Źródło: Dane statystyczne KGP i obliczenia własne.

Pięcioletni okres nie jest wystarczająco długi, by z jego analizy wyprowadzać jednoznaczne wnioski. Można jednak dostrzec tendencję wzrostową w przypadku liczby osób, którym wydano pozwolenie na broń, z jednorazowym nieznacznym spadkiem w 2015 r. (ok. 2,5%). Inaczej kształtuje się dynamika przestępstw związanych z użyciem broni palnej. Po spadku w 2015 r. wskaźnik dynamiki tej kategorii gwałtownie wzrósł aż do nieco ponad 300%, a przez dwa kolejne lata spadał do poziomu 251%. Nie jest jasne, co spowodowało tak gwałtowny wzrost w 2016 r. Powyższe wartości zaprezentowano również w formie wykresu, na którym przedstawiono dynamikę badanych zmiennych (zob. wykres 2).

Wykres 2

Wskaźnik dynamiki liczby osób, którym wydano pozwolenie na broń i liczby przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2014–2018



Źródło: Dane statystyczne KGP i opracowanie własne.

Na osi poziomej powyższego wykresu umieszczono poszczególne lata, zaś oś pionowa odnosi się do procentowej wartości wskaźnika dynamiki. Linia obrazująca dynamikę liczby osób, którym wydano pozwolenie na broń w poszczególnych latach oznaczona została kolorem ciemniejszym. Natomiast dynamika liczby przestępstw z użyciem broni palnej jest linią koloru jaśniejszego.

Współczynnik korelacji Pearsona dla powyższych kategorii zmiennych wyniósł w przybliżeniu 0,5672. Wartość ta wskazuje na korelację umiarkowaną dodatnią, jednak jest ona nieistotna przy przyjęciu poziomu istotności $\alpha=0,05$ ($p=0,319$).

4.3. Relacja między liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych w latach 2002–2018

W celu ograniczenia ryzyka wpływu ukrytej zmiennej na korelację między liczbą wydanych pozwoleń na broń a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej zdecydowano się na poszerzenie zaprezentowanej analizy. Przeprowadzono badania zmierzające do ustalenia, czy istnieje korelacja między liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych w danym okresie. Jeżeli bowiem zaistnieje taka korelacja, to wskazywać to może na istnienie czynników ogólniejszej natury, które to mogą mieć znaczenie dla kształtowania się obrazu przestępczości w ogóle, w tym przestępczości z użyciem broni palnej.

Dynamika przestępstw z użyciem broni palnej oraz przestępczości stwierdzonej w ogóle wraz z ustaleniem udziału przestępstw z użyciem broni palnej w ogólnej liczbie przestępstw stwierdzonych przedstawiona została poniżej (zob. tabela 3).

Dynamika przestępstw z użyciem broni palnej została omówiona w powyższych tabelach. Dostrzeżono stały spadek liczby przestępstw w latach 2002–2008 aż do wskaźnika wartości 41,71%. W 2009 r. wskaźnik dynamiki wzrósł do 50% i utrzymał się na tym samym poziomie w kolejnym roku. W latach 2011–2012 odnotowano kolejny spadek wskaźnika do 39,33%, natomiast w 2013 r. wskaźnik ten wzrósł do 44,59%. Kolejne dwa lata charakteryzował znaczny spadek liczby przestępstw z użyciem broni palnej do poziomu 24,72%, a następnie w 2016 r. odnotowano gwałtowny wzrost do poziomu 84,55%. Lata 2017 i 2018 charakteryzował już spadek liczby przestępstw do wartości wskaźnika 70,44%.

Nieco inna dynamika charakteryzuje ogólną liczbę przestępstw stwierdzonych. Po początkowym wzroście wskaźnika dynamiki w roku 2003 do wartości 104,44% i utrzymywaniu się go na zbliżonym poziomie w roku kolejnym, zanotowano jego regularny spadek aż do 2008 r., kiedy to osiągnął wartość 77,06%. W latach 2009–2011 odnotowano niewielki wzrost wskaźnika (łącznie ok. 5,5% w ciągu trzech lat), a w kolejnych latach poddanych analizie ponownie nastąpił spadek do poziomu 53,30% w 2016 r., który utrzymał się również w 2017 r., natomiast brak jeszcze danych za rok 2018.

Różnice w dynamice porównywanych kategorii dotyczą tempa spadku wartości wskaźnika do 2015 r., przy czym zastanawiające są dane z roku 2016. Gwałtownemu wzrostowi przestępstw związanych z użyciem broni palnej (ok. czterokrotnemu w stosunku do roku poprzedniego) nie towarzyszył jednocześnie wzrost ogólnej liczby przestępstw. Co więcej, analiza bardziej szczegółowych danych statystycznych dotyczących przestępstw z użyciem broni palnej wskazuje, że nie odnotowano

Tabela 3

Dynamika liczby przestępstw z użyciem broni palnej i ogólnej liczby przestępstw stwierdzonych oraz udział przestępstw z użyciem broni palnej w ogólnej liczbie przestępstw stwierdzonych w latach 2002–2013

Rok	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej	Liczba przestępstw z użyciem broni palnej – dynamika (wyrażona w %)	Liczba przestępstw stwierdzonych	Liczba przestępstw stwierdzonych – dynamika (wyrażona w %)	Udział przestępstw z użyciem broni palnej w przestępstwach stwierdzonych (wyrażony w %)
2002	1424	100,00	1404229	100,00	0,10
2003	1383	97,12	1466643	104,44	0,09
2004	1254	88,06	1461217	104,06	0,09
2005	1012	73,17	1379962	98,27	0,07
2006	797	55,97	1287918	91,72	0,06
2007	708	49,72	1152993	82,11	0,06
2008	594	41,71	1082057	77,06	0,05
2009	712	50,00	1129577	80,44	0,06
2010	716	50,28	1138523	81,08	0,06
2011	637	44,73	1159554	82,58	0,05
2012	560	39,33	1119803	79,75	0,05
2013	635	44,59	1061239	75,57	0,06
2014	399	28,02	867855	61,80	0,05
2015	352	24,72	799779	56,96	0,04
2016	1204	84,55	748459	53,30	0,16
2017	1130	79,35	753963	53,69	0,15
2018	1003	70,44	Brak danych	Brak danych	Brak danych

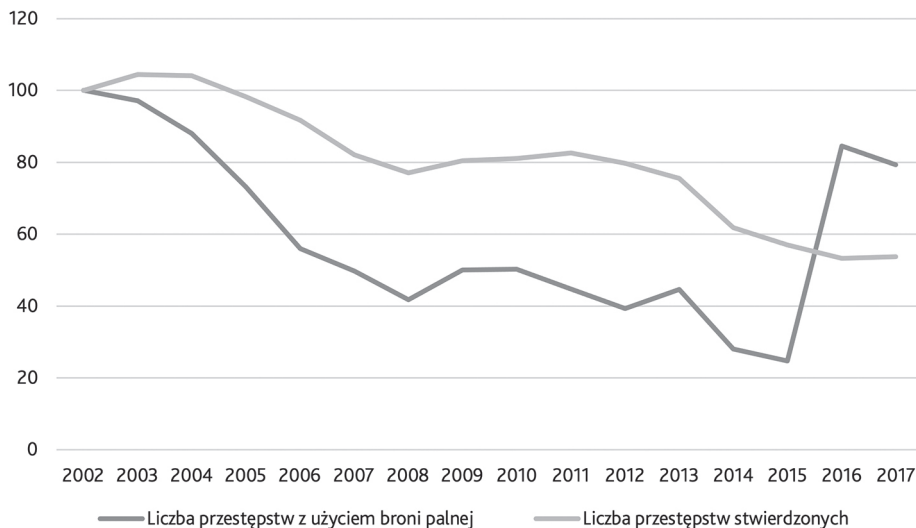
Źródło: Dane statystyczne KGP i obliczenia własne.

istotnych różnic w stosunku do lat poprzednich w zakresie takich przestępstw jak: zabójstwa, uszczerbek na zdrowiu, udział w bójce lub pobiciu, zgwałcenia. Pewne zmiany zaobserwować można w zakresie liczby przestępstw rozbójniczych z użyciem broni palnej (w 2016 r. – 166, w 2015 r. – 110, w 2014 r. – 134, a w 2013 r. – 207). Najistotniejsze różnice zachodzą zaś w obszarze pozostałych przestępstw z użyciem broni palnej, niewymienionych w tabelach udostępnionych przez policję, ale ujętych w kategorię „Ogół przestępstw”. Powyższe twierdzenie pozwala wysnuć wniosek, że znaczący wzrost liczby przestępstw z użyciem broni palnej w 2016 r. nie był wynikiem wzrostu liczby przestępstw zabójstwa, uszczerbku na zdrowiu, udziału w bójce lub pobiciu, zgwałceniu ani przestępstw rozbójniczych z użyciem broni palnej, a wpływ na ten wzrost miała liczba innych przestępstw.

Poniżej zaprezentowano graficzne zestawienie dynamiki przestępstw z użyciem broni palnej z dynamiką przestępstw stwierdzonych (zob. wykres 3).

Wykres 3.

Wskaźnik dynamiki liczby przestępstw z użyciem broni palnej i liczby przestępstw stwierdzonych w latach 2002–2017



Źródło: Dane statystyczne KGP i obliczenia własne.

Na osi poziomej powyższego wykresu umieszczono poszczególne lata badanego okresu. Osi pionowej została przyporządkowana skala procentowa wskaźnika dynamiki poszczególnych zmiennych. Dynamika liczby przestępstw z użyciem broni palnej oznaczona została ciemniejszą linią, zaś dynamika ogólnej liczby przestępstw stwierdzonych – za pomocą jaśniejszej linii.

Współczynnik korelacji Pearsona dla powyżej analizowanych zmiennych wynosi w przybliżeniu 0,4590. Taki wynik oznacza istnienie dodatniej korelacji umiarkowanej nieistotnej statystycznie przy przyjęciu poziomu istotności $\alpha=0,05$ ($p=0,074$). Należy jednak zaznaczyć, że przy odrzuceniu dwóch ostatnich lat tej analizy, w których odnotowano gwałtowny wzrost przestępstw z użyciem broni palnej, współczynnik korelacji wyniósłby 0,9296, co oznaczałoby bardzo silną istotną statystycznie korelację dodatnią ($p < 0,001$). Gdyby zaś przeprowadzić analizę wyłącznie dla lat 2002–2013 (jak w przypadku określenia współczynnika korelacji dla liczby pozwoleń na broń według stanu na dzień 31.12. danego roku i liczby przestępstw z użyciem broni palnej), to współczynnik korelacji Pearsona osiągnąłby jeszcze wyższą wartość, tj. $r=0,9356$ ($p < 0,001$).

5. WNIOSKI

Analiza dynamiki badanych zjawisk i uzyskane wyniki współczynnika korelacji Pearsona mogą posłużyć do wyprowadzenia pewnych wniosków, jednak z dalszymi zastrzeżeniami.

Po pierwsze, w zakresie relacji między liczbą wydanych pozwoleń na broń według stanu na dzień 31.12. danego roku a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej

w latach 2002–2013 ujawniła się bardzo silna korelacja dodatnia wynosząca w przybliżeniu 0,8954. Oznacza to, że oba zjawiska powiązane są w taki sposób, że gdy wartość jednego wzrasta lub maleje, podobna zmiana obserwowana jest w drugim. Należy jednak podkreślić, że korelacja ta nie wyjaśnia ewentualnie istniejących związków przyczynowo-skutkowych, a jedynie wskazuje na współwystępowanie obu zjawisk. Nie jest więc możliwe na podstawie tych badań rozstrzygnięcie, czy spadek liczby pozwoleń na broń skutkuje spadkiem liczby przestępstw z użyciem broni palnej, czy spadek liczby przestępstw z użyciem broni palnej powoduje zmniejszenie liczby pozwoleń na broń, czy też oba te zjawiska są przyczynowo powiązane z jakimś trzecim, nieujawnionym w badaniu, czynnikiem.

Po drugie, w zakresie relacji między liczbą osób fizycznych, którym wydano pozwolenia na broń według stanu na dzień 31.12. danego roku a liczbą przestępstw z użyciem broni palnej w latach 2014–2018 występuje także korelacja dodatnia. Współczynnik korelacji Pearsona w tym przypadku wyniósł 0,5672 co oznacza, że między badanymi zjawiskami występuje korelacja dodatnia, jednak nie tak silna, jak w przypadku analizy lat 2002–2013. Dość znaczna różnica między tymi wynikami może być uzasadniona różnymi czynnikami. Być może okres, który został objęty tym badaniem jest zbyt krótki, by wyprowadzać jednoznaczne wnioski. Inną przyczyną takiego stanu może być gwałtowny wzrost liczby przestępstw z użyciem broni palnej odnotowany w 2016 r. Tak znaczna zmiana w stosunkowo krótkim okresie poddanym badaniu mogła zaburzyć wynik i nie przedstawić rzeczywistej siły relacji między tymi zjawiskami. Nawet jednak pomimo tych zastrzeżeń odnotowano korelację pomiędzy badanymi zjawiskami.

Po trzecie, aby ograniczyć ryzyko, że zaobserwowana korelacja ma w rzeczywistości charakter pozorny i jest efektem istnienia jakiejś trzeciej, nieujawnionej zmiennej, zbadano również korelację między liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych w danym roku. Uzasadnieniem tej części badań było przyjęcie założenia, że jeżeli zaobserwowana zostanie korelacja pomiędzy liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych, to będzie prawdopodobne, iż na korelację między liczbą pozwoleń na broń a przestępstwami z użyciem broni palnej wpływa jakieś zjawisko o ogólniejszym znaczeniu. Jeżeli bowiem udział przestępstw z użyciem broni palnej w strukturze przestępczości stwierdzonej waha się od 0,5% do 1,5%, to jest mało prawdopodobne, aby na liczbę tej kategorii przestępstw oddziaływały inne czynniki niż na liczbę przestępczości w ogóle, a mimo to oba zjawiska kształtowałyby się podobnie. Badania pokazały, że istnieje bardzo silna korelacja dodatnia między liczbą przestępstw z użyciem broni palnej a ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych w danym roku (dotyczy lat 2002–2015). Wynik badań jednak znacząco się zmienił, gdy w badaniu ujęto również lata 2016–2017, choć wtedy także odnotowano korelację dodatnią, która ma charakter umiarkowany. Wyjaśnieniem tego zjawiska i tak istotnej zmiany współczynnika „r” jest gwałtowny wzrost liczby przestępstw z użyciem broni palnej w 2016 r. Wydaje się, że w tym roku zadziałał jakiś czynnik zewnętrzny istotnie wpływający na odnotowaną liczbę przestępstw z użyciem broni palnej, co wymaga dalszych badań.

Wyniki powyższych badań skłaniają do wniosku, że korelacja między liczbą wydanych pozwoleń na broń w danym roku z liczbą przestępstw z użyciem broni palnej jest pozornie silna. Dalsza analiza, obejmująca zestawienie liczby przestępstw z użyciem

broni palnej z ogólną liczbą przestępstw stwierdzonych sugeruje, że kształtowanie się dynamiki przestępstw z użyciem broni palnej wpisuje się w ogólny trend dynamiki liczby przestępstw stwierdzonych (z wyjątkiem lat 2016–2017). Uzasadnia to wniosek, że mało prawdopodobne jest, jakoby to liczba pozwoleń na broń bezpośrednio wpływała na liczbę przestępstw z użyciem broni palnej. Nie można natomiast wykluczyć relacji odwrotnej. Być może spadek liczby przestępstw w ogólności i związany z tym wzrost poczucia bezpieczeństwa skutkują mniejszą liczbą składanych wniosków o wydanie pozwolenia na broń. Możliwe jest również, że te zjawiska odpowiednio kształtują politykę wydawania pozwoleń na broń przez komendantów wojewódzkich policji.

Summary

Rafał Rejmaniak, *Gun Ownership and Gun Crime Rate in Poland*

The purpose of this paper is to attempt to answer the question whether there exists a real relationship between gun ownership and crime rate. The study uses a statistical method; in particular, it compares the dynamics of the number of gun permits issued and the number of crimes committed with the use of guns. Pearson correlation coefficient is calculated. Between these categories of data there appears to be a very strong correlation ($r = 0.8954$), especially in the period from 2002 to 2013. Next, data on the number of gun crimes and the number of all crimes reported in 2002–2017 are compared and a positive correlation is revealed ($r = 0.4590$). When the years 2016–2017 are excluded – in this period a sharp increase the number of gun crimes was observed – the correlation coefficient is as high as $r = 0.9296$. The research suggests that it is unlikely that the number of gun permits directly affects the number of gun crimes. However, the reverse relationship cannot be ruled out. Perhaps the decrease in the number of crimes in general and the resulting greater sense of security result in a lower number of gun permit applications or a lower number of permits issued.

Keywords: *firearms, possession of firearms, access to weapons*

Streszczenie

Rafał Rejmaniak, *Posiadanie broni palnej a poziom przestępczości z jej użyciem w Polsce*

Celem opracowania jest podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czy istnieje rzeczywisty związek pomiędzy posiadaniem broni palnej a poziomem przestępczości. W badaniu posłużono się metodą statystyczną, w szczególności porównano dynamikę liczby wydawanych pozwoleń na broń i liczby przestępstw z użyciem broni palnej, i obliczono współczynnik korelacji Pearsona. Okazało się, że między tymi kategoriami danych, szczególnie w latach 2002–2013, istnieje bardzo silna korelacja ($r=0,8954$). Następnie porównano dane dotyczące liczby przestępstw z użyciem broni palnej i liczby wszystkich przestępstw stwierdzonych w latach 2002–2017 i ujawniono korelację dodatnią ($r=0,4590$). Przy pominięciu lat 2016–2017, w których ujawniono gwałtowny wzrost liczby przestępstw z użyciem broni palnej, współczynnik korelacji wyniósł aż $r=0,9296$. Badania pozwalają na wysnucie wniosku, że mało prawdopodobne jest, jakoby to liczba pozwoleń na broń bezpośrednio wpływała na liczbę przestępstw z użyciem broni palnej. Nie można natomiast wykluczyć relacji odwrotnej. Być może spadek liczby przestępstw w ogólności i związany z tym wzrost poczucia bezpieczeństwa skutkują mniejszą liczbą składanych wniosków o wydanie pozwolenia na broń lub mniejszą liczbą wydanych pozwoleń.

Słowa kluczowe: *broń palna, posiadanie broni palnej, dostęp do broni*

Literatura:

1. Babbie E., *Podstawy badań społecznych*, Warszawa 2013.
2. Bangalore S., Messerli F.H., *Gun Ownership and Firearm-related Deaths*, The American Journal of Medicine 2013, nr 10, t. 126.
3. Cooter R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011.
4. Duggan M., *More Guns, More Crime*, Journal of Political Economy 2001, nr 5, t. 109.
5. Geisel M.S., Roll R., Wettick R.S., *The effectiveness of state and local regulations of handguns*, Duke Law Journal 1969, t. 1969.
6. Hemenway D., Miller M., *Firearm Availability and Homicide Rates across 26 High-Income Countries*, Journal of Trauma 2000, nr 6, t. 49.
7. Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2007.
8. Karp A., *Small Arms Survey. Estimating Global Civilian-held Firearms Numbers. Annex: Civilian Firearms Holdings 2017*, Genewa 2018, http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/Weapons_and_Markets/Tools/Firearms_holdings/SAS-BP-Civilian-held-firearms-annexe.pdf
9. Killias M., van Kasteren J., Rindlisbacher M., *Guns, violent crime, and suicide in 21 countries*, Canadian Journal of Criminology 2001, nr 4, t. 43.
10. Kleck G., Kovandzic T., Bellows J., *Does Gun Control Reduce Violent Crime?*, Criminal Justice Review 2016, nr 4, t. 41.
11. Kulicki M., *Dowodowa problematyka współczesnej broni strzeleckiej*, Kraków 2001.
12. Lester D., Murrell M.E., *The influence of Gun Control Laws on Personal Violence*, Journal of Community Psychology 1986, nr 3, t. 14.
13. Lott L.R., *More Guns, Less Crime. Understanding crime and gun-control laws*, Chicago 2011.
14. Moorhouse J.C., Wanner B., *Does Gun Control Reduce Crime or Does Crime Increase Gun Control?*, Cato Journal 2006, nr 1, t. 26.
15. Mróz M., *Posiadanie broni strzeleckiej przez osoby fizyczne: prawo, polityka, praktyka*, „Analizy BAS” 2009, [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95AF-503F8EB2115FC125757D002FA0F8/\\$file/Analiza_%20BAS_2009_15.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/95AF-503F8EB2115FC125757D002FA0F8/$file/Analiza_%20BAS_2009_15.pdf)
16. Mróz M., *Prawo do broni w Polsce i Europie*, Warszawa 2011.
17. Murray D.R., *Handguns, gun control laws and firearms violence*, Social Problems 1975, nr 1, t. 23.
18. *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2019.
19. Roeske-Słomka I., *Statystyka opisowa*, Poznań 2016.
20. Seitz S.T., *Firearms, homicides, and gun control effectiveness*, Law & Society Review 1972, nr 4, t. 6.
21. Southwick L., *Do Guns Cause Crime? Does Crime Cause Guns? A Granger Test*, Atlantic Economic Journal 1997, nr 3, t. 25.
22. Żyżyński J., *Podstawy metod wnioskowania statystycznego dla zarządzania*, Warszawa 2019.

Michał Wawrzyńczak*

Kilka uwag o instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r.**

WPROWADZENIE

Niniejsza praca dotyczy problematyki instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w polskim procesie karnym, w świetle daleko idących zmian wprowadzonych nowelizacją z 19.07.2019 r. Przedmiotem rozważań opracowania jest aktualny charakter poręczenia majątkowego w ramach omawianej instytucji, zmiany w kierunku systemu kaucyjnego, a także znaczenie i doniosłość wprowadzenia sprzeciwu prokuratora dla kształtu warunkowego tymczasowego aresztowania. Autor proponuje rozwiązanie niektórych problemów terminologicznych oraz rozważa wpływ wprowadzonych zmian na standard gwarancji procesowych oskarżonego w procesie karnym. Artykuł porusza również kwestie związane z praktyką stosowania środków zapobiegawczych oraz wpływu nowelizacji na nowe problemy związane ze stosowaniem analizowanej instytucji.

1. Polski proces karny przeszedł kolejną głęboką reformę dokonaną nowelizacją z 19.07.2019 r.¹, która weszła w życie 5.10.2019 r. Jednym z przepisów, który przeszedł modyfikację był art. 257 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego² statuujący instytucję tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania. Ta instytucja procesowa jest sprzężeniem tymczasowego aresztowania oraz poręczenia majątkowego, i polega na zmianie izolacyjnego środka zapobiegawczego na środek nieizolacyjny pod rygorem spełnienia określonych warunków wskazanych w postanowieniu sądu w tym przedmiocie. Kluczowe z punktu widzenia rozważań dotyczących tej instytucji jest nakreślenie, jak kształtowała się relacja poręczenia majątkowego oraz tymczasowego aresztowania w świetle art. 257 k.p.k. przed nowelizacją, następnie zaś przeanalizowanie konsekwencji prawnych wprowadzonych zmian. Pozwoli to na udzielenie odpowiedzi na pytanie o aktualny charakter prawny tej instytucji.

* Mgr Michał Wawrzyńczak, od 1.10.2021 r. doktorant w Zakładzie Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID: 0000-0003-1234-7194, e-mail: michal.wawrzynczak1@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 30.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.04.2021 r.

¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 1694 ze zm.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534 – dalej k.p.k.

Aby jednak w pełni zrozumieć kierunek i istotę zmian przeprowadzonych przez ustawodawcę, należy zapoznać się z uzasadnieniem projektu ustawy z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Projektodawcy wskazują, że proponowane zmiany mają na celu doprowadzenie do przyspieszenia postępowania czy szerszego zabezpieczenia interesu społecznego, co jednak – w założeniu – nie ma odbywać się kosztem gwarancji procesowych stron, w szczególności oskarżonego³. Można dodać, że projektowany kształt art. 257 k.p.k. został dodany w toku prac komisji, nie było więc go w wersji pierwotnej noweli i może z tego względu próżno szukać szerszego uzasadnienia zarówno dla planowanej zmiany, jak i dla jej racjonalności. Zważywszy na to, że ukształtowany nowelą z 19.07.2019 r. art. 257 k.p.k. zmienia bowiem całkowicie instytucję tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania.

2. Poręczenie majątkowe jest instytucją uregulowaną w art. 266 i n. k.p.k. i ma ono stanowić alternatywę względem tymczasowego aresztowania⁴. Jako nieizolacyjny środek zapobiegawczy stanowi przejaw akceptowania przez ustawodawcę postulatów „ani jednego dnia pozbawienia wolności bez niezbędnej potrzeby”⁵ i polega na złożeniu przez oskarżonego/podejrzanego lub inną osobę gwarancji w wartościach majątkowych, że oskarżony/podejrzanym będzie wypełniał obowiązki związane z zagwarantowaniem poprawnego toku procesu karnego⁶.

Zacznijmy rozważania od analizy wyrażenia: „złożenie poręczenia majątkowego” w kontekście momentu dokonania tej czynności, bowiem stanowi ono przedmiot sporów w doktrynie i w judykaturze. W ramach interpretacji tego wyrażenia, można wyodrębnić 3 grupy poglądów odnoszących się do momentu złożenia poręczenia majątkowego⁷. Stanowią one, że do złożenia poręczenia majątkowego na gruncie art. 257 § 2 k.p.k. dochodzi: 1) z chwilą przyjęcia poręczenia⁸; 2) z chwilą uiszczenia sumy poręczenia z wyraźnym podkreśleniem, że powoduje ono zwolnienie tymczasowo aresztowanego z aresztu⁹; 3) z chwilą złożenia przedmiotu poręczenia¹⁰.

Określenie momentu złożenia poręczenia wskazanego w treści 257 § 2 k.p.k. ma doniosłe znaczenie, wskazuje bowiem moment, kiedy ziszcza się warunek zastrzeżony przez sąd w postanowieniu o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania. Na wstępie, jako oczywiście niewłaściwy, należy odrzucić pogląd

³ Por. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3251, Sejm VIII kadencji, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3251> (dostęp: 18.01.2020 r.).

⁴ P. Karlik, *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*, Warszawa 2016, s. 17.

⁵ S. Zablocki, *Środek zapobiegawczy – tak, represja i asekuracja – nie*, „Palestra” 1984/12, s. 47.

⁶ D. Tarnowska, *Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*, Toruń 2002, s. 58.

⁷ R.A. Stefański, *Kodeks postępowania karnego*, t. II. *Komentarz do art. 167–296*, LEX nr 587781774.

⁸ L.K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, L.K. Paprzycki, J. Grajewski, Warszawa 2013, s. 809; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2014, s. 920; postanowienie siedmiu sędziów Sądu Najwyższego (dalej SN) z 25.02.2016 r., I KZP 18/15, OSNKW 2016/4, poz. 24.

⁹ K. Eichstaedt [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. D. Świecki, Warszawa 2013, s. 782.

¹⁰ K.J. Pawelec, *Środki zapobiegawcze – nowe uregulowania w Kodeksie postępowania karnego. Zagadnienia podstawowe*, „Monitor Prawniczy” 2015/17, s. 910–911; J. Skorupka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, s. 579; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 1.10.2008 r., II AKz 432/08, LEX nr 520593956.

drugi prezentowany przez Krzysztofa Eichstaedta. Nie sposób bowiem zgodzić się z wyrażonym przez niego stwierdzeniem, że wystarczające dla uchylenia tymczasowego aresztowania będzie uiszczenie sumy poręczenia z podkreśleniem, iż samo złożenie (czy ustanowienie) przedmiotu poręczenia powoduje zwolnienie tymczasowo aresztowanego z aresztu. Charakter sformułowanego poglądu uzależniałby bowiem skuteczność takiej czynności nie od samego złożenia przedmiotu poręczenia majątkowego, lecz od zastrzeżenia przez poręczyciela skutku, jaki złożenie takiej sumy poręczenia ma wywołać. Ponadto, jak słusznie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, kluczowe znaczenie dla skuteczności tego środka zapobiegawczego ma pouczenie poręczyciela o konsekwencjach ukrycia się, ucieczki bądź utrudniania przez oskarżonego/podejrzanego postępowania karnego w postaci przepadku poręczenia. Konsekwencją braku takiego pouczenia jest bowiem niedopuszczalność orzeczenia przepadku przedmiotu złożonego poręczenia/ściągnięcia sumy poręczenia¹¹, co *de facto* oznacza, że takiemu wadliwemu poręczeniu nie sposób przypisać w ogóle przymiotu środka zapobiegawczego.

Daremnie natomiast szukać w przepisach dokładnego wskazania momentu, w którym organ powinien pouczyć osobę składającą poręczenie o możliwości jego przepadku. Treść art. 268 § 2 k.p.k. wskazuje jedynie na obowiązek „uprzedzenia” osoby składającej poręczenie, co wskazuje na to, że takie pouczenie może nastąpić najpóźniej w chwili sporządzania protokołu przyjęcia poręczenia, ale bezpośrednio przed jego podpisaniem przez poręczyciela. Jak wskazuje P. Karlik, momentem tym bywa zazwyczaj chwila przyjęcia poręczenia majątkowego, która często też jest pierwszym momentem, w którym poręczający ma styczność z organem procesowym¹². Na marginesie można przytoczyć także wyniki badań powyższego autora, którego postulat wysłuchania osoby zgłaszającej gotowość do złożenia poręczenia majątkowego przed wydaniem postanowienia o zastosowaniu poręczenia majątkowego spotkał się z jednoznacznie negatywną reakcją ze strony ankietowanych sędziów oraz prokuratorów¹³.

W literaturze zgodnie wskazuje się kryteria oraz sposób sporządzenia protokołu, przy czym podkreśla się, że stosownie do treści art. 150 § 1 k.p.k. musi on zostać podpisany przez wszystkich uczestników protokołowanej czynności¹⁴. Dopiero z chwilą sporządzenia oraz podpisania protokołu przyjęcia poręczenia majątkowego następuje skutek w postaci zmiany środka zapobiegawczego z tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe¹⁵, choć oczywiście zwolnienie oskarżonego z aresztu następuje dopiero po spełnieniu wszystkich czynności technicznych z tym związanych.

¹¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2007, s. 1220; D. Tarnowska, *Poręczenie majątkowe...*, s. 190; uchwała SN z 20.05.1992 r., I KZP 17/92, OSNKW 1992/7–8, poz. 53.

¹² Por. P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 190; uchwała SN z 20.05.1992 r., I KZP 17/92.

¹³ Zob. P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 189–192. Autor wskazuje, że wysłuchanie poręczyciela może mieć istotne znaczenie z perspektywy szybkości złożenia poręczenia oraz jego skuteczności. Przemawia za tym zarówno możliwość weryfikacji przez organ procesowy motywów kierujących poręczycielem, jak i wskazanie osoby poręczyciela w postanowieniu. Konsekwencją takiego stanu rzeczy byłoby natomiast zlikwidowanie sytuacji, w których deklaracja złożenia poręczenia majątkowego jest jedynie pozorna, jak i zyskanie przez organ procesowych instrumentów prawnych w postaci kary porządkowej lub obciążenia kosztami postępowania w celu przymuszenia poręczyciela do złożenia przedmiotu poręczenia w przewidzianym orzeczeniem terminie.

¹⁴ Por. D. Tarnowska, *Poręczenie majątkowe...*, s. 171–173; P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 177.

¹⁵ P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 177.

Na gruncie powyższych rozważań, należy zatem odrzucić trzeci pogląd i jednocześnie zaakceptować pogląd przedstawiony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 25.02.2016 r., że do złożenia poręczenia majątkowego dochodzi z chwilą jego przyjęcia, tj. sporządzenia oraz podpisania protokołu z tej czynności. Jak bowiem wskazano powyżej, samo złożenie przedmiotu poręczenia majątkowego nie może być utożsamiane ze złożeniem poręczenia i wywoływać wszystkich skutków z tym związanych, bowiem pouczenie składającego poręczenie o konsekwencjach „nie-łojalnego” zachowania się oskarżonego/podejrzanego jest konieczne, aby móc orzec przepadek poręczenia majątkowego, a co za tym idzie – niezbędne w celu zabezpieczenia właściwego toku postępowania. Ponadto mając na uwadze różne dopuszczalne przez ustawę sposoby poręczenia majątkowego, a także względy wykładni systemowej, za właściwy należy przyjąć pogląd, że do złożenia poręczenia majątkowego dochodzi z chwilą przyjęcia poręczenia przez organ procesowy oraz sporządzenia protokołu z tej czynności.

3. Powyższe rozważania dotyczące samej istoty poręczenia majątkowego, w szczególności momentu złożenia poręczenia oraz chwili od której wywołuje ono skutki, mają niebagatelne znaczenie w kontekście zbadania instytucji tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania. Jest to instytucja uregulowana w art. 257 k.p.k. i polega na warunkowym zastąpieniu tymczasowego aresztowania poręczeniem majątkowym na podstawie postanowienia sądu, w którym sąd oznacza sumę poręczenia oraz termin, w którym powinno zostać złożone. W doktrynie wskazuje się na zasadę subsydiarności tymczasowego aresztowania względem innych środków zapobiegawczych¹⁶. Na gruncie art. 257 k.p.k. tymczasowe aresztowanie było stosowane niejako na przedpolu poręczenia majątkowego. Słusznie w tym aspekcie wskazuje Lech Krzysztof Paprzycki, że regulacja art. 257 § 2 k.p.k. jest odpowiedzią ustawodawcy na problemy praktyczne, jakie pojawiały się w toku stosowania poręczenia majątkowego o znacznej wysokości mającego przez wymierną dolegliwość dla oskarżonego (podejrzanego) w pełni zabezpieczyć prawidłowy tok postępowania¹⁷. Nie ulega bowiem wątpliwości, że warunkowe tymczasowe aresztowanie stosuje się w sytuacjach, w których wymagane jest zastosowanie środka zapobiegawczego mającego na celu zabezpieczenie postępowania przygotowawczego. Natomiast zrealizowanie funkcji zabezpieczającej jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy zostanie zastosowany środek odpowiednio dolegliwy dla oskarżonego. W przypadku, w którym sąd orzekłby zastosowanie środka zapobiegawczego w postaci poręczenia majątkowego (w szczególności w znacznej wysokości), jednak nie zastosowałby instytucji z art. 257 k.p.k. w celu swoistego przymuszenia oskarżonego do wpłacenia poręczenia, pojawiłoby się znaczne ryzyko braku właściwego zabezpieczenia postępowania poprzez nieskuteczne zastosowanie środka zabezpieczającego¹⁸.

Zatem z treści przepisu art. 257 § 2 k.p.k. sprzed nowelizacji można było wyinterpretować, że tymczasowe aresztowanie było stosowane w celu przymuszenia oskarżonego do złożenia kwoty poręczenia w wyznaczonym terminie, natomiast

¹⁶ Zob. P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 87; D. Tarnowska, *Poręczenie majątkowe...*, s. 90; L.K. Paprzycki [w:] *Kodeks...*, s. 807.

¹⁷ L.K. Paprzycki [w:] *Kodeks...*, s. 808.

¹⁸ Por. A. Bulsiewicz, *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*, Toruń 1991, s. 62.

to poręczenie majątkowe było środkiem zapobiegawczym domyślnym pożądanym przez sąd. Możemy więc wywnioskować, że postanowienie o zastosowaniu instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania czyniło zadość zasadzie stosowania tymczasowego aresztowania jako środka zapobiegawczego *ultima ratio*, bowiem – tylko wtedy, kiedy poręczenie majątkowe w odpowiednio wysokiej kwocie mogło zabezpieczyć prawidłowy tok postępowania, a nie zostało ono złożone należy sięgnąć po tymczasowe aresztowanie – które w przypadku tej instytucji stosowane jest już przed złożeniem poręczenia, wskutek czego zdaje się pełnić swoistą funkcję gwarancyjną względem poręczenia majątkowego. Na gruncie niniejszych rozważań zdawałoby się, że można wysunąć pogląd o subsydiarności tymczasowego aresztowania względem poręczenia majątkowego w szczególnej relacji, którą tworzy warunkowe tymczasowe aresztowanie.

4. Warto również poruszyć kwestię terminologiczną oraz kwestię znaczenia czynności polegającej na złożeniu przedmiotu poręczenia majątkowego. W literaturze stosowane jest bowiem określenie ustawowe – poręczenie majątkowe, jednak niektórzy autorzy posługują się pojęciem „kaucja” jako swoistym synonimem dla poręczenia majątkowego¹⁹. Posługiwanie się pojęciem kaucja w kontekście art. 257 § 2 k.p.k. zdaje się jednak być dyskusyjne w brzmieniu przepisu sprzed nowelizacji, jednak na gruncie znowelizowanego art. 257 § 2 k.p.k. coraz śmielej można wysuwać pogląd o kaucyjności analizowanej instytucji.

Zauważmy, że tzw. kaucja jest przede wszystkim utożsamiana z systemami anglosaskimi i funkcjonującymi tam unormowaniami. W Stanach Zjednoczonych Ameryki na poziomie federalnym kaucja jest unormowana w ustawie *The Bail Reform Act* z 1984 r. (uchwalona jako rozdział I ustawy *Comprehensive Crime Control Act*)²⁰, jednak największą doniosłość w jej stosowaniu ma prawo stanowe stosowanie w stanie, w którym odbywa się dany proces karny. Można wskazać, że z uregulowania federalnego wynika, iż sądy – w przeciwieństwie do regulacji polskiej – mają prawo ustanawiać kaucję na poziomie wymagającym od oskarżonego/podejrzanego poczynienia wszelkich starań mających na celu zebranie wymaganych środków, zaś niezależnym od jego sytuacji majątkowej. Oznacza to, że wysokość kaucji jest przede wszystkim uzależniona od charakteru czynu i ryzyka ucieczki, nie zaś od możliwości finansowych czy zarobkowych zobowiązanego. Sąd może ustanowić kaucję na poziomie niepozwalającym oskarżonemu/podejrzanemu na jej uiszczenie, ale musi to być uzasadnione względami zabezpieczenia obecności oskarżonego podczas procesu. Innymi słowy – wysokość kaucji jest zawsze dopuszczalna wtedy, gdy w ocenie sądu tylko taka wysokość może zabezpieczyć prawidłowy tok postępowania, niezależnie od tego, czy oskarżony/podejrzany może taką kwotę uiścić, przy czym sąd musi uzasadnić, dlaczego kaucja w takiej wysokości jest uzasadniona²¹. Co więcej, sędzia ma obowiązek w zdecydowanej większości spraw ustanowić kaucję – nawet gdy w ocenie sądu ryzyko ucieczki oskarżonego

¹⁹ Zob. F. Prusak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEX nr 587538802; K. Dudka [w]: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, LEX nr 587774904.

²⁰ Ustawa opublikowana w zbiorze Public Law 98–473, 98 Stat. 1837, 1976 (1984), 18 U.S.C., §§ 3141–3156, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-98/pdf/STATUTE-98-Pg1837.pdf> (dostęp: 10.02.2020 r.).

²¹ Por. D.N. Adair Jr., *The Bail Reform Act of 1984. Third Edition*, <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/BailAct3.pdf>, s. 11 i wskazane tam orzecznictwo (dostęp: 5.02.2020 r.).

po ustanowieniu takiej kaucji wciąż jest bardzo wysokie²². Ponadto system amerykański dopuszcza wpłacenie kaucji na podstawie uprzednio ustalonej wysokości kaucji za poszczególne przestępstwa już podczas zatrzymania na posterunku policji, bez ustanowienia kaucji podczas posiedzenia sądu, co jeszcze bardziej uwydatnia spostrzeżenie, że zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania zdaje się być skutkiem ubocznym możliwości „wykupienia się” z aresztu przez oskarżonego niż celem istnienia tej instytucji. Podobne uregulowania można znaleźć też w Irlandii. Należy jednak podkreślić, że możliwość wpłacenia kaucji na posterunku policji nie jest nieograniczona, bowiem w razie braku nakazu sądowego w przedmiocie aresztowania decyzja o zwolnieniu za kaucją należy do funkcjonariusza policji. Na gruncie Kodeksu postępowania karnego z 1928 r.²³ także można wyróżnić instytucję kaucji obok poręczenia wśród środków zapobiegawczych. Należy jednak podkreślić, że zarówno kaucja, jak i poręczenie na gruncie k.p.k. z 1928 r. były środkami zapobiegawczymi subsydiarnymi względem tymczasowego aresztowania, i mogły zostać orzeczone jedynie przez sąd w przypadku, gdy zachodziły podstawy do zastosowania izolacyjnego środka zapobiegawczego²⁴. Kaucja mogła zostać złożona zarówno przez osobę trzecią, jak i oskarżonego, co odróżniało ją od poręczenia majątkowego, a ponadto musiała być złożona w środkach pieniężnych lub papierach wartościowych posiadanych przez oskarżonego lub osobę trzecią w chwili orzeczenia kaucji. Na gruncie k.p.k. z 1997 r. poręczenie majątkowe ma charakter środka zapobiegawczego, z ukierunkowaniem tej instytucji na zapewnienie prawidłowego toku postępowania z jednoczesnym jak najpełniejszym zachowaniem wolności obywatelskich. Trudno natomiast uznać za słuszny pogląd, że instytucja warunkowego tymczasowego aresztowania w brzmieniu sprzed nowelizacji miała charakter kaucyjny. Jak wskazano we wcześniejszej części artykułu, stosowanym środkiem jest *de facto* poręczenie majątkowe – a tymczasowe aresztowanie stosuje się jedynie na przedpolu poręczenia majątkowego, w celu swoistego „przymuszenia” oskarżonego do jego złożenia, co wyklucza tezę o „wykupieniu się” z aresztu przez złożenie poręczenia majątkowego. Należy również zauważyć, że w przypadku braku wpłaty poręczenia majątkowego tymczasowe aresztowanie trwa ze względu na konieczność zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, które mogło zostać zagwarantowane przede wszystkim przez zastosowanie poręczenia majątkowego jako środka preferowanego i docelowego, zaś w braku możliwości jego uzyskania należało zabezpieczyć postępowanie środkiem izolacyjnym. Jednakże w świetle nowelizacji z 19.07.2019 r. zdawałoby się, że instytucja warunkowego tymczasowego aresztowania uległa przekształceniu w stronę systemu kaucyjnego, co zostanie głębiej rozważone w dalszej części niniejszego artykułu.

5. Nowelizacją, która weszła w życie z dniem 5.10.2019 r., ustawodawca dokonał, jak zdawałoby się *prima facie*, kosmetycznych zmian w warstwie językowej art. 257 § 2 k.p.k. Zmienił on bowiem brzmienie przepisu w ten sposób, że sformułowanie:

²² A.M. Dershowitz, *The Law of Dangerousness: Some Fictions about Predictions*, „Journal of Legal Education” 1970/23, s. 29, <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:17190388> (dostęp: 6.02.2020 r.).

²³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 19.03.1928 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313 ze zm.) – dalej k.p.k. z 1928 r.

²⁴ Por. P. Karlik, *Poręczenie...*, s. 58–59 i wskazana tam literatura.

„Stosując tymczasowe aresztowanie, sąd może zastrzec, że środek ten ulegnie zmianie z chwilą złożenia, nie później niż w wyznaczonym terminie, określonego poręczenia majątkowego(...)”, zastąpił: „Stosując tymczasowe aresztowanie, sąd może zastrzec, że środek ten ulegnie zmianie pod warunkiem złożenia, nie później niż w wyznaczonym terminie, określonego poręczenia majątkowego(...)”.

Zdawałoby się, że wyrażenia „z chwilą złożenia” oraz „pod warunkiem złożenia” mogą być stosowane zamiennie i powinny być rozumiane w ten sam sposób, lecz wywołują one doniosłe skutki w zakresie ukształtowania tej instytucji. Istnieje bowiem wyraźna różnica w semantyce i charakterze instytucji w zależności od zastosowanego wyrażenia.

W pierwszym przypadku, w którym ustawodawca podkreśla, że warunkowe tymczasowe aresztowanie ustaje z chwilą złożenia tymczasowego poręczenia, optyka procesowa skierowana jest na poręczenie majątkowe, jako na instytucję mającą dominujący charakter. Niejako podkreślona jest w tym brzmieniu rola obu instytucji z wyraźnym podziałem na poręczenie majątkowe jako środek docelowy, preferowany przez ustawodawcę oraz tymczasowe aresztowanie urzeczywistniające złożenie przedmiotu poręczenia, stosowane do chwili złożenia poręczenia majątkowego – czyli jedynego nieizolacyjnego środka zapobiegawczego gwarantującego prawidłowe zabezpieczenie toku postępowania, pożądanym przez ustawodawcę z uwagi na dyrektywę minimalizacji środków zapobiegawczych wskazaną w art. 257 § 1 k.p.k.

Na gruncie wcześniejszych rozważań utrwalono zatem pogląd, że do złożenia poręczenia majątkowego dochodzi z chwilą sporządzenia protokołu z przyjęcia przedmiotu poręczenia, co ma ogromne znaczenie w kontekście aktualnego uregulowania instytucji tymczasowego, warunkowego aresztowania. Ustawodawca omawianą nowelizacją dodał przepis paragrafu 3 do art. 257 k.p.k., który łącznie ze zmianą brzmienia paragrafu 2 tego artykułu nakazuje rozpatrywać charakter tej instytucji w nowym kontekście.

Przez zastąpienie wyrażenia „z chwilą złożenia” zwrotem „pod warunkiem złożenia”, ustawodawca swoją uwagę skierował przede wszystkim na instytucję tymczasowego aresztowania. Stworzona przez ustawodawcę optyka procesowa nakazywałaby raczej postrzegać zmianę podejścia ustawodawcy do preferowanej hierarchii środków zapobiegawczych. Należy w tym miejscu zasygnalizować potencjalną sprzeczność podstawy określonej w art. 257 § 1 k.p.k. z ponownym wyróżnieniem tymczasowego aresztowania wśród środków zapobiegawczych. W ramach instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania po nowelizacji, wskutek dodania paragrafu 3 do art. 257 k.p.k. powstało nowe uprawnienie prokuratora ingerujące w sferę wolności obywatelskiej oraz dyskrecjonalności sądu. Prokurator, poza zażaleniem przysługującym na to postanowienie, ma także prawo do zgłoszenia sprzeciwu na zmianę środka zapobiegawczego z tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe.

Do tej pory, jak podkreślano w orzecznictwie, wniesienie zażalenia na postanowienie o zastosowaniu instytucji z art. 257 k.p.k. miało charakter względnie suspensywny – tj. wniesienie zażalenia nie powodowało wstrzymania wykonania postanowienia w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego, lecz takie wstrzymanie mogło nastąpić jedynie do chwili złożenia poręczenia majątkowego na mocy postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 462 § 1 k.p.k.²⁵

²⁵ Por. postanowienie siedmiu sędziów SN z 25.02.2016 r., I KZP 18/15.

W obecnym stanie prawnym to uprawnienie, na gruncie k.p.k. dotychczas należące do sądu, zostało przyznane prokuratorowi, który może sprzeciwić się wydanemu przez sąd postanowieniu o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego, który to sprzeciw jest suspensywny, tj. wstrzymuje wykonanie postanowienia w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego. W tym kontekście pojawiają się poważne problemy interpretacyjne związane z odtworzeniem właściwego kształtu wprowadzonej instytucji. Niejasny jest bowiem zarówno cel wprowadzonej zmiany, jak i charakter oraz wywoływane skutki.

W pierwszej kolejności – niejako dla oczyszczenia przedpola – należy zaznaczyć, że sprzeciw prokuratora bardziej niż środkiem o charakterze autonomicznym, zdaje się być jedynie przedłużeniem stanowiska prezentowanego w toku postępowania aresztowego. Wciąż bowiem skargą przysługującą prokuratorowi na wydane przez sąd postanowienie jest zażalenie, zaś sprzeciw służy jedynie utrzymaniu osadzonego w areszcie w toku postępowania zażaleniowego. Taki stan nie był zagwarantowany w poprzednim stanie prawnym, bowiem mogło w tym czasie dojść do złożenia przedmiotu poręczenia oraz zmiany środka zapobiegawczego na nieizolacyjny. Wprowadzenie tej instytucji przez ustawodawcę zdawałoby się być uzasadnione z uwagi na fakt, że wydając postanowienie o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania, sąd *de facto* uznaje, iż tymczasowe aresztowanie w przedmiotowej sprawie jest tylko częściowo zasadne, jednak w pełni zasadne jest zastosowanie poręczenia majątkowego. Jednakże, ze względu na złożenie przez prokuratora wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania sąd wydaje postanowienie o zastosowaniu instytucji z art. 257 k.p.k., jednocześnie dając prokuratorowi możliwość zaskarżenia niekorzystnego z jego punktu widzenia postanowienia. Skoro zaś prokurator złożył wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania względem oskarżonego, to z perspektywy organu procesowego pożądaną sytuacją byłoby utrzymanie tymczasowego aresztowania do czasu rozpoznania zażalenia, które może doprowadzić do uchylenia postanowienia o zastosowaniu instytucji z art. 257 k.p.k. i orzeczeniu bezwzględnego tymczasowego aresztowania.

Należy przy tym podkreślić, że z perspektywy prokuratora jest to rozwiązanie gwarantujące pożądaną sytuację faktyczną i prawną, ponieważ w jego opinii zastosowanie tymczasowego aresztowania jest konieczne, zaś brak suspensywności takiego sprzeciwu powodowałby stan, w którym tymczasowe aresztowanie mogłoby być zagrożone. Należy też pamiętać, że poręczenie majątkowe – chociaż jest najsukcesowniejszym i najsurowszym nieizolacyjnym środkiem zapobiegawczym – jednak pozostawia pewne pole do nadużyć i wciąż istnieje ryzyko ucieczki oskarżonego pomimo jego złożenia. Dla prokuratora z pewnością jest to sytuacja niepożądana, bowiem ucieczka oskarżonego po złożeniu poręczenia majątkowego – a przed rozpatrzeniem zażalenia na postanowienie o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania – zniweczyłaby sens zarówno postępowania zażaleniowego, jak i zastosowania tymczasowego aresztowania – wskutek niemożności jego wykonania.

Również samo postępowanie sądowe napotkałoby istotne problemy związane z ucieczką oskarżonego z kraju wskutek niezastosowania tymczasowego aresztowania. Trzeba jednak poczynić w tym miejscu uwagę, że skutek w postaci wstrzymania wykonania postanowienia w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego

można było w poprzednim stanie prawnym osiągnąć na mocy postanowienia sądu na podstawie art. 462 § 1 k.p.k., co również pozostawało w zgodzie z zasadą samodzielności jurysdykcyjnej sądu.

Na marginesie warto zauważyć, że rozwiązanie wprowadzone omawianą nowelizacją może naruszać także prawo do wolności obywatela, bowiem to nie w gestii sądu – lecz prokuratora – leży utrzymanie tymczasowego aresztowania mimo spełnienia przesłanek powodujących zmianę środka zapobiegawczego z izolacyjnego na nieizolacyjny. Sprzeciw mający suspensywny skutek, a jednocześnie będący niczym niekontrolowany, ingeruje bezpośrednio zarówno w rozstrzygnięcie sądu, jak i w wolność osobistą obywatela, który będzie musiał pozostać w areszcie pomimo złożenia poręczenia do czasu zakończenia postępowania zażaleniowego. Skoro – co do zasady – prokurator jest inicjatorem postępowania aresztowego, to naturalne jest również to, że będzie popierał wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania nawet w przypadku wydania postanowienia o zastosowaniu instytucji z art. 257 k.p.k., więc zdawałoby się, iż prokuratorzy będą często korzystać ze sprzeciwu.

Nie można też przejść obojętnie obok istotnego problemu, jakim jest nadużywanie stosowania instytucji tymczasowego aresztowania w Polsce. Jego sedno opisują dane liczbowe przywołane w raporcie przedstawionym przez Helsińską Fundację Praw Człowieka na podstawie badania z marca 2016 r. Pokazuje ono znaczny spadek liczby osób tymczasowo aresztowanych, co miało związek z serią wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej ETPC) dotyczących nadużywania przez Polskę zarówno ilości, podstaw, jak i czasu trwania tymczasowego aresztowania²⁶. Trzeba jednak podkreślić, że pomimo bardzo wyraźnego spadku liczby tymczasowo aresztowanych w latach 2009–2015 nie było to wynikiem nieuwzględniania przez sądy wniosków prokuratora o zastosowanie tej instytucji, lecz spadkiem liczby złożonych wniosków.

We wskazanym raporcie określono, że w 2009 r. złożono 27.693 wnioski o zastosowanie tymczasowego aresztowania, z czego uwzględniono 24.755 – co daje skuteczność wniosków na poziomie 89,39%, podczas, gdy w 2015 r. złożono 13.665 wniosków, z czego uwzględniono 12.580 – co daje skuteczność wniosków na poziomie 92,06%²⁷. Ponadto spadła liczba zastosowanych poręczeń majątkowych, które jako najskuteczniejsze i najbardziej dolegliwe powinny być raczej stosowane częściej, niż tymczasowe aresztowanie – tymczasem w 2015 r. orzeczono ten środek „tylko” 6.850 razy²⁸.

Trend ten jest tym bardziej niepokojący, że od 2016 r. zarówno liczba wniosków o zastosowanie tymczasowego aresztowania, jak i liczba zastosowanych izolacyjnych środków zapobiegawczych zaczęła ponownie rosnąć. W 2018 r. orzeczono tymczasowe aresztowanie 17.762 razy, złożono 19.665 wniosków o zastosowanie

²⁶ Zob. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie w Polsce. Raport z badania*, 2016, http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/07/HFPC_raport_tymczasowe-aresztowanie_2016.pdf (dostęp: 10.02.2020 r.). Wyroki ETPC: z 3.02.2009 r., Kauczor przeciwko Polsce, skarga nr 45219/06; z 26.02.2013 r., Kowrygo przeciwko Polsce, skarga nr 6200/07; z 1.02.2011 r., Choumakov przeciwko Polsce (nr 2), skarga nr 55777/08; z 21.02.2012 r., Ruprecht przeciwko Polsce, skarga nr 39912/06; z 18.09.2012 r., Dochnal przeciwko Polsce, skarga nr 31622/07; z 3.12.2012 r., Nowicka przeciwko Polsce, skarga nr 13229/03 (wyroki dostępne na stronie HUDOC).

²⁷ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 51.

²⁸ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie...*, s. 54–55.

tęgo środka, co dawało skuteczność na poziomie 90,46%²⁹. Należy zauważyć, że w III i IV kwartale 2019 r. wykonywanych tymczasowych aresztowań było odpowiednio 9.132 oraz 9.015, co raczej pozwala skłaniać się ku wnioskowi, iż nie odnotowano spadku złożonych wniosków oraz orzeczonych środków izolacyjnych, natomiast ze względu na brak kompletnej statystyki za rok 2019 nie można postawić w tym zakresie jednoznacznej tezy³⁰.

Zauważmy, że tendencja wzrostowa dotyczy także wniosków o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania. W 2018 r. na 12.841 wniosków tymczasowe aresztowanie przedłużono 12.189 razy, co daje skuteczność wniosków na poziomie 94,92%, i stanowi zarówno drastyczny wzrost w stosunku do 2015 r. (odpowiednio: 6.509 wniosków, 6.264 orzeczeń, 96,23% skuteczności), jak i względem 2009 r. (odpowiednio: 11.951 wniosków, 11.427 orzeczeń, 95,61% skuteczności). Rok ten był rokiem przełomowym w zakresie sygnalizowania przez ETPC naruszeń przez Polskę Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³¹ w zakresie dotyczącym stosowania, podstaw i czasu trwania tymczasowego aresztowania, a także systemowego problemu związanego z jego stosowaniem i przedłużaniem³². Seria wyroków z lat 2009–2013 doprowadziła do zmian legislacyjnych oraz zmniejszenia ilości składanych wniosków o zastosowanie tymczasowego aresztowania, jednak ta tendencja zaczęła ponownie rosnąć po 2016 r.

Jeszcze drastyczniej prezentuje się liczba postanowień o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania w ciągu ostatnich 5 lat. Na 17.940 postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania w toku postępowania przygotowawczego w 2013 r. wydano 180 postanowień o zastosowaniu instytucji z art. 257 k.p.k., co przekłada się na 1,02% warunkowych tymczasowych aresztowań względem zastosowanych tymczasowych aresztowań³³. W 2018 r. odnotowano nieznaczny wzrost w tym zakresie, bowiem na 17.762 postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wydano 273 postanowienia o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania, co daje relację o wartości 1,53%³⁴. Jest to tendencja alarmująca wobec nadużywania daleko ingerującej w prawa i wolności obywateli instytucji tymczasowego aresztowania względem znacznego spadku stosowania środków nieizolacyjnych, w tym poręczenia majątkowego (orzeczone w 2009 r. 15. 867 razy, zaś w 2018 r. – tylko 8.336 razy).

Biorąc pod uwagę przywołane statystyki, w szczególności liczbę wniosków prokuratorskich o zastosowanie tymczasowego aresztowania, przyznanie nowego uprawnienia pozwalającego prokuratorowi – stronie postępowania aresztowego – dość istotnie ingerować w rozstrzygnięcie bezstronnego podmiotu jakim jest sąd, jednocześnie wkraczając w sferę uprawnień drugiej strony postępowania

²⁹ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy problem*, 2019, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2019/07/HFPC-Tymczasowe-aresztowanie-nietymczasowy-problem-web_01.pdf, s. 13 (dostęp: 12.02.2020 r.).

³⁰ Kwartałna Informacja Statystyczna za IV kwartał 2019 r. opublikowana na stronie Służby Więziennej, <https://sw.gov.pl/strona/Statystyka-kwartalna> (dostęp: 12.02.2020 r.).

³¹ Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Obowiązuje w 47 państwach Rady Europy, a Polska ratyfikowała ją w 1993 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

³² Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy...*, s. 16–18.

³³ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy...*, s. 33.

³⁴ Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy...*, s. 33.

aresztowego, zdaje się nieść za sobą ryzyko naruszenia wolności obywatela, względem którego nie zostało przełamane przecież domniemanie niewinności.

Jest to sytuacja skrajnie niepożądana z gwarancyjnego punktu widzenia. Ponadto zgłoszenie takiego sprzeciwu mieści się w ramach dyskrecjonalności prokuratora, nie ma żadnego ustawowego zakazu czy obowiązku dotyczącego sytuacji, w której taki sprzeciw może zostać zgłoszony. Jediną restrykcją, jaką można dostrzec w treści przepisów jest ograniczenie temporalne, w ramach którego prokurator może zgłosić taki sprzeciw najpóźniej na posiedzeniu po ogłoszenia postanowienia o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania.

Ma to jednak doniosłe znaczenie dla tej instytucji, bowiem poręczenie majątkowe musi zostać złożone w określonej w orzeczeniu sądu wysokości oraz terminie, a w przypadku jego złożenia staje się wykonalne nawet wówczas, gdy nie jest jeszcze prawomocne. Złożenie sprzeciwu może zaś mieć kilka konsekwencji, które w żaden sposób nie są uregulowane przez ustawodawcę. Po pierwsze, jeżeli taki sprzeciw wstrzymuje wykonanie postanowienia o zmianie środka zapobiegawczego z tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe, to istotny jest też jego wpływ na bieg terminu do złożenia poręczenia majątkowego. Na tym gruncie jawią się dwie koncepcje – w myśl pierwszej z nich wniesienie takiego sprzeciwu powoduje zawieszenie biegu terminu do złożenia poręczenia majątkowego, który biegnie ponownie od dnia wydania rozstrzygnięcia nieuwzględniającego zażalenia prokuratora przez sąd odwoławczy. W razie zaaprobowania tego poglądu należy także uznać za niedopuszczalne przyjęcie poręczenia majątkowego przed wydaniem orzeczenia przez sąd odwoławczy. Innymi słowy, sprzeciw w myśl tej koncepcji będzie wstrzymywał nie tylko wykonanie postanowienia w zakresie dotyczącym zmiany środka zapobiegawczego, lecz także bieg terminu do złożenia przedmiotu poręczenia, a co za tym idzie – również przyjęcia tego poręczenia, wskutek czego logiczną konsekwencją będzie stwierdzenie, że poręczenie majątkowe będzie mogło zostać złożone najwcześniej w chwili wydania rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy i dopiero od tej chwili będzie biegł termin do złożenia tego poręczenia. Nawet, jeśli przedmiot poręczenia zostanie złożony przed rozpatrzeniem zażalenia, to nie może zostać przyjęty przez organ procesowy do czasu wydania rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy. Natomiast zgodnie z drugą koncepcją termin do złożenia poręczenia majątkowego biegnie niezależnie od złożonego sprzeciwu i wstrzymania wykonalności postanowienia w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego.

Konsekwencją przyjęcia tej koncepcji musi być możliwość przyjęcia poręczenia majątkowego w trakcie postępowania zażaleniowego ze skutkiem „na przyszłość”³⁵, tj. złożenie poręczenia majątkowego może nastąpić w każdej chwili od momentu wydania postanowienia o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania do upływu terminu wskazanego przez sąd w tym postanowieniu, jednak skutek w postaci zwolnienia nastąpi niezwłocznie po utrzymaniu tego postanowienia w mocy przez sąd odwoławczy. Termin do złożenia poręczenia majątkowego jest

³⁵ Podobne stanowisko zdaje się prezentować Damian Wąsik, wskazując, że choć niniejsze uprawnienie materializuje się dopiero z chwilą wyznaczenia posiedzenia w przedmiocie stosowania bądź przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania, dopuszczalne jest złożenie przez prokuratora sprzeciwu na piśmie przed posiedzeniem. Zob. D. Wąsik, *Sprzeciw prokuratora od postanowienia sądu o zastosowaniu tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania* (art. 257 § 3 k.p.k.), „Prokuratura i Prawo” 2020/6, s. 73.

niezależny od procedury zażaleniowej, przy czym należy zauważyć, że powinien być on dłuższy od terminu do efektywnego rozpatrzenia zażalenia, bowiem w innym przypadku rozpatrzenie takiego zażalenia byłoby bezprzedmiotowe. Jeżeli zaś w postanowieniu o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania oznaczono termin do złożenia poręczenia majątkowego, który upłynął po złożeniu zażalenia, a przed wydaniem rozstrzygnięcia przez sąd odwoławczy, to sąd powinien z urzędu przedłużyć taki termin. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której nie tylko zażalenie będzie bezprzedmiotowe – z uwagi na brak złożenia poręczenia majątkowego w przepisany terminie, co skutkuje brakiem możliwości zamiany środka zapobiegawczego oraz w sytuacji, w której poręczenie złożono, zaś sąd po rozpatrzeniu odwołania uznał je za zasadne. To nie tylko pozbawiłoby w części oskarżonego, względem którego nie przełamano domniemania niewinności, możliwości obrony swoich praw, lecz także wpływałoby negatywnie na ekonomikę procesową, bowiem część postępowań byłaby bezprzedmiotowa. Z uwagi na powyższe, należy zaakceptować drugą koncepcję pozwalającą na złożenie poręczenia majątkowego w dowolnym momencie terminu z jednoczesną dezaprobatą względem koncepcji, polegającej na suspensywności sprzeciwu prokuratora względem biegu terminu na złożenie przedmiotu poręczenia. Wynika to nie tylko ze względów ściśle praktycznych, lecz także wobec istotnych trudności w uzyskaniu takiego rezultatu w toku interpretacji przepisów. Jeśli sprzeciw prokuratora miałby wstrzymywać zarówno bieg, jak i możliwość złożenia poręczenia majątkowego, to ustawodawca powinien był wskazać taki skutek bezpośrednio w przepisach ustawy karnej procesowej.

6. W świetle wskazanych argumentów trudno jest wyrazić aprobatę wobec zmian dotyczących instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania, w szczególności w zakresie dotyczącym wprowadzenia sprzeciwu prokuratora. Charakter prawny instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania zmienił się bardziej w kierunku kaucyjnym, co może sygnalizować odejście przez ustawodawcę od koncepcji poręczenia majątkowego jako samodzielnego środka zapobiegawczego i przeobrażenie go w instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w swoistą kaucję. Może to mieć wyraz nie tylko w zmianie językowego brzmienia przepisu art. 257 § 2 k.p.k., która znacznie zmieniła optykę procesową tego przepisu, skupiając się na tymczasowym aresztowaniu jako środku dominującym, lecz przede wszystkim w treści § 3, który pokazuje kierunek zmian pożądaných przez ustawodawcę. Dodanie instytucji sprzeciwu wstrzymującego zmianę środka zapobiegawczego jeszcze bardziej wzmocniło koncepcję kaucyjności poręczenia majątkowego w ramach warunkowego tymczasowego aresztowania. Instytucja ta przyznaje bowiem prokuratorowi prawo do utrzymywania tymczasowego aresztowania w toku postępowania zażaleniowego do czasu jego rozpatrzenia niezależnie od złożenia poręczenia majątkowego, które w tak przyjętej optyce procesowej powinno być postrzegane jako kaucja pozwalająca na wykupienie się z aresztu. Jednocześnie martwiący jest trend występujący w praktyce organów procesowych, polegający na znacznym zwiększaniu się liczby tymczasowych aresztowań przy jednoczesnym minimalnym wzroście zastosowań warunkowych tymczasowych aresztowań oraz znacznym spadku stosowanych nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, w tym

poręczeń majątkowych. Może to wskazywać na systemowy problem związany z nadużywaniem stosowania tymczasowego aresztowania oraz brak zaufania organów procesowych do stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, co stoi w sprzeczności z dyrektywą preferowania środków nieizolacyjnych wyrażoną w art. 257 § 1 k.p.k. Ponadto nowo wprowadzona instytucja sprzeciwu może podważać zaufanie społeczeństwa oraz organów procesowych do stosowania tymczasowego warunkowego aresztowania lub poręczenia majątkowego, a w konsekwencji doprowadzić do utraty znaczenia przez te instytucje. Ponadto sprzeciw prokuratora w obecnym stanie prawnym przynosi kilka istotnych wątpliwości i problemów z jego stosowaniem.

Po pierwsze, brak jest jasności w zakresie zastosowania tej instytucji poza ograniczeniem temporalnym, polegającym na wskazaniu ostatniego momentu dopuszczalnego jej zgłoszenia. Zdaje się w takim razie być możliwe także zgłoszenie takiego sprzeciwu już we wniosku inicjującym postępowanie aresztowe niejako na przyszlusłość³⁶. Po drugie, sprzeciw prokuratora nie jest poddany żadnej kontroli dotyczącej podstaw jego zastosowania. Należy podkreślić, że w gruncie rzeczy oparty jest on na dokładnie tych samych podstawach, co wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania, który został uznany przez sąd za częściowo zasadny, i co do którego sąd rozstrzygnął o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania. Nie wiąże się to z żaden sposób z pojawieniem się nowego materiału dowodowego w sprawie, lecz jest to czysty „bojkot” wydanego przez sąd postanowienia. Jest to jednocześnie sytuacja podważająca zaufanie do orzeczeń sądowych w sprawach karnych, bowiem oskarżony w żaden sposób nie może skontrolować legalności przedłużenia jego pobytu w areszcie, następującego w gruncie rzeczy wbrew wyrokowi sądowemu. W tym kontekście należy wskazać na potencjalne naruszenie przepisów Konstytucji RP³⁷, w szczególności art. 42 ust. 2, a także art. 41 ust. 1 i 2. Skoro sąd po rozpatrzeniu sprawy na podstawie przedstawionego materiału dowodowego orzekł o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania, tj. dostrzegł zasadność zmiany środka zapobiegawczego na nieizolacyjny, to zdaje się być nieuprawnione takie ingerowanie prokuratora w sferę kompetencji sądowych pozwalające na wstrzymanie wykonania niekorzystnego z jego punktu widzenia postanowienia. W tym zakresie chybione wydaje się być stanowisko D. Wąsika wskazujące, że sprzeciw prokuratora z art. 257 § 3 k.p.k. stanowi wymierną gwarancję prawa prokuratora w przedmiocie skutecznego zaskarżenia postanowienia o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania³⁸. Autor zdaje się ignorować fakt, że kwota poręczenia majątkowego ma skutecznie zabezpieczać postępowanie, zaś tymczasowego aresztowania – zgodnie z treścią art. 257 § 1 k.p.k. – nie stosuje się, jeśli wystarczający jest inny środek zapobiegawczy. W konsekwencji należy uznać, że decyzja sądu jest oparta na założeniu, że choć w przypadku podejrzanego mogą występować przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania, to sąd nie zgadza się z prokuratorem co do tego, że jest to jedyny środek zapobiegawczy pozwalający na zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania przygotowawczego. Ponadto

³⁶ Zob. rozważania poczynione w pkt 5 niniejszego opracowania.

³⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

³⁸ D. Wąsik, *Sprzeciw prokuratora...*, s. 82.

sąd, na gruncie przepisu 462 § 1 k.p.k., może wstrzymać wykonanie wydanego postanowienia, co powoduje skutek analogiczny do tego wywoływanego przez instytucję z art. 257 § 3 k.p.k. Sam fakt obowiązku zabezpieczenia przez prokuratora właściwego toku postępowania przygotowawczego nie uzasadnia przyznania mu jednostronnego, autonomicznego oraz nieweryfikowanego uprawnienia do wstrzymania wykonania, choćby nieprawomocnych, postanowień sądu. Krytycznie należy odnieść się również do postulowanego przez autora poglądu, jakoby „Dotychczasowa konstrukcja art. 257 k.p.k., jeżeli nie wyłączała w ogóle prokuratora z postępowania, to przynajmniej odsuwała jego osobę od postępowania w przedmiocie stosowania środka zapobiegawczego, sprowadzając tę materię do relacji sąd – podejrzany”³⁹. Należy pamiętać, że prokurator jest zobowiązany do wskazania dowodów determinujących stwierdzenie, że istnieje duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa przez podejrzanego wraz z jednoczesnym wykazaniem konieczności stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 250 § 2a k.p.k. Ponadto ma prawo wziąć udział w posiedzeniu sądu w przedmiocie rozpatrzenia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania oraz popierać złożony wniosek przed sądem. Trzeba mieć na uwadze, że organem decyzyjnym w przedmiocie zastosowania środka zapobiegawczego jest sąd, wobec czego przyznanie prokuratorowi prawa do sprzeciwu wstrzymującego wykonalność postanowienia sądu skutkuje ograniczeniem podbudowanej tak konstytucyjnie, jak i konwencyjnie kompetencji sądu w tym zakresie. Szczególnie istotny w tym aspekcie jest również fakt, że omawiane prawo do sprzeciwu jest ograniczone wyłącznie zakresem temporalnym, zaś prokurator ma pełną swobodę decyzyjną oraz nie jest zobowiązany do wniesienia zażalenia na postanowienie, któremu się sprzeciwił. Zatem bez wątpienia nie można uznać, że dotychczas prokurator był pozbawiony wpływu zarówno na zastosowanie środka izolacyjnego, jak i na wysokość kwoty poręczenia majątkowego – bowiem to właśnie od przedstawionych przez prokuraturę dowodów oraz wskazanych okoliczności zależało uznanie przez sąd, że izolacyjny środek zapobiegawczy jest uzasadniony oraz konieczny. Mając na uwadze fakt, że w świetle orzecznictwa strasburskiego stosowanie tymczasowego aresztowania w Polsce przyjmuje charakter problemu strukturalnego⁴⁰, przyznawanie prokuratorowi będącego jednocześnie przedstawicielem organów ścigania uprawnień tak mocno ingerujących w sferę wolności jednostki należy uznać za nieuzasadnione. Warto zwrócić uwagę na liczne głosy krytyki skierowane w stronę instytucji z art. 257 § 3 k.p.k., zbliżone do poglądów prezentowanych przez autora niniejszego opracowania⁴¹.

Wątpliwy wydaje się być również pogląd, jakoby kontrola wskazana w treści art. 41 ust. 2 Konstytucji RP była dokonywana w toku postępowania zażaleniowego, bowiem sąd odwoławczy nie rozpatruje legalności sprzeciwu prokuratora i utrzymania tymczasowego aresztowania, a dokonuje kontroli poprawności rozstrzygnięcia sądu I instancji. Od momentu złożenia przedmiotu poręczenia w zasadzie byłoby

³⁹ D. Wąsik, *Sprzeciw prokuratora...*, s. 82.

⁴⁰ Zob. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy...*, s. 5, 42 oraz wskazane tam orzecznictwo ETPC.

⁴¹ Zob. np. J. Zagrodnik, Ł. Chmielniak, M. Klonowski, A. Rychlewska-Hotel [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, J. Zagrodnik, Ł. Chmielniak, M. Klonowski, A. Rychlewska-Hotel, Warszawa 2020, art. 257; J. Mierzwińska-Lorencka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do nowelizacji 2019*, Warszawa 2020, art. 257.

to pozbawienie wolności obywatela nie tylko bez wyroku sądowego, ale wręcz wbrew orzeczeniu sądu orzekającego zmianę środka zapobiegawczego z tymczasowego aresztowania na poręczenie majątkowe, które to pozbawienie nie może zostać w żaden sposób zaskarżone do czasu wydania rozstrzygnięcia przez sąd I instancji.

Takie rozwiązanie należy uznać za zbyt daleko ingerujące w sferę wolności jednostki. W gruncie rzeczy prowadzi ono do wykluczenia z obrotu prawnego niekorzystnych dla prokuratora orzeczeń wydanych przez sądy I instancji w toku postępowania aresztowego na mocy dyskrecjonalnej decyzji strony tego postępowania. Takie uregulowanie w sposób rażąco narusza standardy i gwarancyjność uczciwego i rzetelnego procesu. Ustawodawca powinien rozważyć wszelkie za i przeciw utrzymaniu instytucji sprzeciwu prokuratora na postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, należy jednak podkreślić, że w aktualnym stanie prawnym należy ocenić ją skrajnie krytycznie. Jedną z propozycji *de lege ferenda* mogłoby być uregulowanie polegające na obowiązku zgłoszenia sprzeciwu najpóźniej do momentu poprzedzającego wydanie przez sąd I instancji postanowienia o zastosowaniu warunkowego tymczasowego aresztowania, w którym, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy i zebrany materiał dowodowy, sąd będzie mógł wstrzymać wykonanie postanowienia w części dotyczącej zmiany środka zapobiegawczego z urzędu.

Summary

Michał Wawrzyńczak, *Reflections on Conditional Pre-Trial Detention in the Light of the Amendments to the Code of Criminal Procedure of 19 July 2019*

This article contains reflections on the conditional pre-trial detention in the light of amendments introduced by the amending act of 19 July 2019. The author first clarifies the terminological problems related to bail, so as to enable precise indication of the moment when the preventive measure used is changed. Moreover, the author indicates the importance of the mechanism defined in Article 257 of the Code of Criminal Procedure in the system of Polish preventive measures and analyses the nature and frequency of its application. This study discusses the consequences of the introduced amendments and broadly considers the current provisions applicable to conditional pre-trial detention, as well as the practical problems related to the application of amended provisions. The author expresses a critical attitude towards the introduced amendments in the light of doubts related to violation of constitutional guarantees and standards, and also presents proposals of legislative amendments aimed at ensuring that constitutional guarantees are maintained.

Keywords: conditional pre-trial detention, Article 257 of the Code of Criminal Procedure, bail, preventive measures

Streszczenie

Michał Wawrzyńczak, *Kilka uwag o instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r.*

Niniejszy artykuł zawiera rozważania na temat instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w świetle zmian wprowadzonych nowelizacją z 19.07.2019 r. Autor w pierwszej kolejności dokonuje klaryfikacji problemów terminologicznych związanych z instytucją poręczenia majątkowego, dzięki czemu możliwe jest precyzyjne wskazanie

momentu zamiany stosowanego środka zapobiegawczego. Ponadto wskazuje znaczenie instytucji z art. 257 Kodeksu postępowania karnego w systemie polskich środków zapobiegawczych oraz analizuje charakter oraz częstotliwość jej zastosowania. W opracowaniu omówiono konsekwencje wprowadzonych zmian, a także dokonano szerokich rozważań na temat aktualnego uregulowania warunkowego tymczasowego aresztowania oraz problemów praktycznych związanych z aplikacją znowelizowanych przepisów. Autor wyraził krytyczny stosunek do wprowadzonych zmian, wobec wątpliwości związanych z naruszeniem gwarancji oraz standardów konstytucyjnych, a także przedstawił propozycję zmian legislacyjnych mającą na celu zapewnienie zachowania gwarancji konstytucyjnych.

Słowa kluczowe: warunkowe tymczasowe aresztowanie, art. 257 Kodeksu postępowania karnego, poręczenie majątkowe, środki zapobiegawcze

Literatura:

1. Adair Jr. D.N., *The Bail Reform Act of 1984. Third Edition*, <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/BailAct3.pdf>
2. Bulsiewicz A., *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*, Toruń 1991.
3. Dershowitz A.M., *The Law of Dangerousness: Some Fictions about Predictions*, *Journal of Legal Education* 1970, nr 23.
4. Dudka K. [w]: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, LEX nr 587774904.
5. Eichstaedt K. [w]: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. D. Świecki, Warszawa 2013.
6. Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2014.
7. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie w Polsce. Raport z badania*, 2016, http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/07/HFPC_raport_tymczasowe-aresztowanie_2016.pdf
8. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Tymczasowe aresztowanie – (nie)tymczasowy problem*, 2019, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2019/07/HFPC-Tymczasowe-aresztowanie-nietymczasowy-problem-web_01.pdf
9. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2007.
10. Karlik P., *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*, Warszawa 2016.
11. Kwartałna Informacja Statystyczna za IV kwartał 2019 r. opublikowana na stronie Służby Więziennej, <https://sw.gov.pl/strona/Statystyka-kwartałna>
12. Mierzwińska-Lorencka J. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do nowelizacji 2019*, Warszawa 2020.
13. Paprzycki L.K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013.
14. Pawelec K.J., *Środki zapobiegawcze – nowe uregulowania w Kodeksie postępowania karnego. Zagadnienia podstawowe*, *Monitor Prawniczy* 2015, nr 17.
15. Prusak F., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEX nr 587538802.
16. Skorupka J. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016.
17. Stefański R.A., *Kodeks postępowania karnego*, t. II. *Komentarz do art. 167–296*, LEX nr 587781774.
18. Tarnowska D., *Poręczenie majątkowe jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*, Toruń 2002.
19. Wąsik D., *Sprzeciw prokuratora od postanowienia sądu o zastosowaniu tzw. warunkowego tymczasowego aresztowania (art. 257 § 3 k.p.k.)*, *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 6.
20. Zabłocki S., *Środek zapobiegawczy – tak, represja i asekuracja – nie*, *Palestra* 1984, nr 12.
21. Zagrodnik J., Chmielniak Ł., Klonowski M., Rychlewska-Hotel A. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz praktyczny do nowelizacji 2019*, J. Zagrodnik, Ł. Chmielniak, M. Klonowski, A. Rychlewska-Hotel, Warszawa 2020.

Tomasz Bojanowski*

Wybrane prawnokarne aspekty mowy nienawiści w kontekście standardów ochrony wolności słowa**

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem niniejszego artykułu jest problematyka wybranych prawnokarnych aspektów mowy nienawiści oraz ich korelacji ze standardami ochrony wolności słowa w polskim systemie prawnym. W ostatnich latach zagadnienie to stało się tematem wielu opracowań, nie tylko prawniczych¹. Z uwagi na fakt, że wskazywany obszar analityczny stanowi niewralgiczny element dyskusji, częstokroć obarczonej osobistymi przekonaniami czy sporami politycznymi, niezbędna jest solidna weryfikacja merytoryczna w tym zakresie. Nieodzowne wydaje się zatem omówienie przedmiotowej problematyki na gruncie wybranych przez autora przepisów, a także wskazanie na konkretne zażebienia prawnokarnego ujęcia mowy nienawiści z wolnością słowa. Tak określony segment badawczy należy również uzupełnić o konsekwencje przedmiotowego zażebienia, jakimi może być ograniczenie normatywnie zagwarantowanych praw człowieka. Należy zauważyć, że mowa nienawiści bezsprzecznie stała się zagadnieniem prawnym². W tym miejscu należałoby pokrótce zdefiniować mowę nienawiści. Po pierwsze ani w polskim, ani w unijnym porządku prawnym nie ma definicji legalnej mowy nienawiści. Powszechnie obowiązujące akty prawa międzynarodowego także nie zawierają definicji powszechnie obowiązującej. Dlatego przy jej nakreśleniu należy oprzeć się na aktach prawa międzynarodowego

* Tomasz Bojanowski jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 12.05.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.09.2021 r.

¹ Zob. M. Obrębska, *Mowa pogardy i nienawiści: charakterystyka, uwarunkowania i konsekwencje*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio J – Paedagogia-Psychologia” 2020/3, s. 10–20; M. Nijakowski, *Mowa nienawiści w świetle teorii dyskursu*, Toruń 2008; S. Kowalski, *Obecność mowy nienawiści w życiu społecznym i debacie publicznej* [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010; A. Kalisz, *Przekaz medialny o charakterze mowy nienawiści w kontekście art. 18 ustawy o radiofonii i telewizji* [w:] *Mowa nienawiści na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, W. Pływaczewski, M. Duda, Olsztyn 2017; B. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, *Mowa nienawiści w internecie: jak z nią walczyć? Materiały z konferencji*, Warszawa 2013; A. Bulandra, J. Kościółek [red.] *Mowa nienawiści w przestrzeni publicznej: raport z badań prasy w 2014 roku*, Kraków 2015; M. Bilewicz, M. Marchlewska, M. Sorał, W. Winiewski, *Mowa nienawiści – Raport z badań sondażowych*, Warszawa 2014; T. Jónsdóttir, *Model skutecznej walki z mową nienawiści. Raport na temat zwalczania mowy nienawiści w sieci*, Bielsko-Biała 2015; A. Seremet, *Rola prokuratury w ściganiu przestępstwa mowy nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści w internecie...*

² B. Gadecki, E.N. Kałdecki, *Prokuratura wobec przestępstw z nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści na tle...*, s. 64–74.

typu *soft law*, doktrynę i orzecznictwo. Przede wszystkim należy tu przytoczyć definicję sformułowaną w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy, według której „mowa nienawiści obejmuje wszelkie formy wypowiedzi, które szerzą, propagują czy usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne nienawiści bazujące na nietolerancji, m.in. nietolerancję wyrażającą się w agresywnym nacjonalizmie i etnocentryzmie, dyskryminację i wrogość wobec mniejszości, imigrantów i ludzi o imigranckim pochodzeniu”³. Polski system prawa nie operuje także definicją legalną przestępstwa popełnionego z nienawiści. Powszechnie uznawana definicja została opracowana przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka – Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, według tej instytucji „przestępstwem z nienawiści jest każde przestępstwo natury kryminalnej, wymierzone w ludzi i ich mienie, w wyniku którego ofiara lub inny cel przestępstwa są dobierane ze względu na ich faktyczne bądź domniemane powiązanie lub udzielanie wsparcia grupie wyróżnianej na podstawie cech charakterystycznych wspólnych dla jej członków, takich jak faktyczna lub domniemana rasa, narodowość lub pochodzenie etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niepełnosprawność fizyczna lub psychiczna, orientacja seksualna lub inne podobne cechy”⁴. Jednakże analiza problematyki mowy nienawiści, nawet w ujęciu prawniczym, niezauważalnie wkracza w kwestie polityczne, ponieważ podejście do tego tematu często bywa uwarunkowane światopoglądowo⁵. Nie każdy postulat odnoszący się do kryminalizacji lub dekryminalizacji mowy nienawiści musi posiadać zabarwienie polityczne. Podejmowane prace nad zmianami legislacyjnymi lub formułowaniem postulatów mogą wynikać wprost z przyjętej polityki kryminalizacyjnej, która pozwala reagować na niepożądane zmiany cywilizacyjne i społeczno-polityczne. Jednakże w odniesieniu do upolitycznienia tego zjawiska można przykładowo wskazać na dwa najbardziej słyszalne głosy w debacie. Z jednej strony, są to zwolennicy zaostrzenia penalizacji każdej oznaki mowy nienawiści⁶, z drugiej natomiast – osoby, które postulują jej kompletną depenalizację⁷. Abstrahując od politycznego ujęcia mowy nienawiści, w debacie na ten temat jest o wiele więcej stanowisk, które zwracają uwagę na istotne aspekty tego problemu. Po pierwsze, zarówno w działalności organów władzy ustawodawczej, jak i władzy sądowniczej można zauważyć trend zaostrzający reakcje karną wobec sprawców przestępstw popełnionych z nienawiści⁸. Po drugie, zaostrzenie reakcji karnej może uderzyć w ochronę konstytucyjnych uprawnień, tj. prawa do wolności wypowiedzi, które powinno być uwzględniane priorytetowo przy regulowaniu mowy nienawiści⁹. Po trzecie, w literaturze podkreśla się, że godnym rozważenia jest pochylenie się nad mechanizmem

³ Recommendation No. R(97)20 of the Committee of Ministers to Member States on “hate speech” adopted on 30 October 1997, https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-ministers-adopted-texts/-/asset_publisher/aDXmrol0vvsU/content/recommendation-no-r-97-20-of-the-committee-of-ministers-to-member-states-on-hate-speech-?_101_INSTANCE_aDXmrol0vvsU_viewMode=view, s. 107 (dostęp: 30.10.2020 r.).

⁴ Preventing and responding to hate crimes, OSCE – ODIHR, Warszawa 2009, s. 15.

⁵ A. Dziadzio, *Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś*, „Forum Prawnicze” 2015/4, s. 5, <http://www.forumprawnicze.eu/attachments/article/144/Dziadzio.pdf> (dostęp: 11.04.2021 r.).

⁶ R. Bartosze, *O wolności wypowiedzi* [w:] *Media, władza, prawa*, red. M. Magowska, Kraków 2005, s. 35.

⁷ M. Platek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji* [w:] *Mowa nienawiści a wolność...*, s. 55–92.

⁸ K. Gorazdowski, *Próba oceny karnoprawnych regulacji zwalczania mowy nienawiści w Polsce*, „Studia Administracji i Bezpieczeństwa” 2019/6, s. 94–101.

⁹ B. Gadecki, E.N. Kałędek, *Prokuratura...* [w:] *Mowa nienawiści na tle...*, s. 64–74.

umożliwiającym przeniesienie postępowania sądowego w przypadku niektórych przestępstw popełnionych z nienawiści na drogę cywilną¹⁰. Warto także zwrócić uwagę na ujęcie wiktymologiczne, a konkretnie wpływ mowy nienawiści na rzeczywistość społeczną. Płaszczyzną badań w tym ujęciu powinno być zagadnienie stygmatu plemiennego¹¹. Maciej Duda wskazywał, że: „w ujęciu interakcjonizmu symbolicznego E. Goffmana osoby należące do mniejszości posiadają tzw. stygmat plemienny, którego źródłem jest przynależność do danej grupy rasowej, narodowej, etnicznej, religijnej. Przenoszony jest on poprzez dziedziczenie i rozciąga się na wszystkich członków danej społeczności. Stygmat ten może być jawny (np. Romowie, Murzyni, Azjaci) lub ukryty (np. Niemcy, Rosjanie, Ukraińcy), co różnicuje także poziom zagrożenia przestępczością ze strony większości”¹². W świetle podniesionych kwestii, zagadnienie mowy nienawiści jest aktualną problematyką zarówno prawną, jak i prawniczą. Z tego powodu, w niniejszym artykule, przedstawione zostanie najpierw tło socjologiczno-społeczne mowy nienawiści, później zaś zostanie rozszerzona definicja mowy nienawiści, dalej autor nakreślił międzynarodowe i krajowe standardy ochrony wolności słowa jako autonomiczny punkt odniesienia. Po powyższym nastąpi objaśnienie wybranych prawno-karnych aspektów mowy nienawiści oraz analiza wybranych typów czynów zabronionych ze wskazaniem wybranych wniosków *de lege ferenda*. Wszystkie powyższe elementy analizy dokonywanej w niniejszym artykule składają się na wypełnienie głównego celu opracowania, jakim jest wskazanie, że polskie regulacje dotyczące zjawiska mowy nienawiści wymagają rozsądnego przeglądu oraz dostosowania pod kątem standardów międzynarodowych, co zostanie wskazane na konkretnych przykładach.

2. TŁO SOCJOLOGICZNO-SPOŁECZNE MOWY NIENAWIŚCI

Mowa nienawiści ma długą historię, ponieważ jest ona ściśle powiązana z życiem społecznym¹³. W dzisiejszych czasach stała się zjawiskiem szczególnym, wręcz zagrożeniem, które wymaga szerokich analiz. Swoistego znaczenia omawiana kwestia zaczęła nabierać już w ciągu XIX i XX w., czego przykładem jest m.in. sprawa Alfreda Dreyfusa¹⁴ oraz propaganda antysemicka w Europie, która doprowadziła do zbrodni ery totalizmu. Jednakże należy wskazać, że wraz z rozwojem mediów, w szczególności sieci internetowej oraz portali społecznościowych, mowa nienawiści stała się swego rodzaju osobiwością oraz przedmiotem debaty publicznej na każdym szczeblu. Dzieje się tak dlatego, że w tych realiach zarzut popełnienia

¹⁰ J. Akińcza, *Ochrona dóbr osobistych wobec mowy nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści na tle...*, s. 105–114.

¹¹ M. Porwiz, *Ochrona prawno-karna ofiar przestępstw motywowanych nienawiścią* [w:] *Mowa nienawiści na tle...*, s. 31.

¹² Zob. szerzej M. Duda, *Przestępstwa z nienawiści w świetle teorii i praktyki* [w:] *Współczesne ekstremizmy. Geneza, przejawy, przeciwdziałanie*, red. W. Pływaczewski, P. Lubiewski, Olsztyn 2014, s. 68; M. Duda, *Uchodźcy, imigranci i mniejszości jako ofiary przestępstw z nienawiści* [w:] *Uchodźcy. Nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle praw człowieka*, red. W. Pływaczewski, M. Ilnicki, Olsztyn 2015, s. 180 i n.

¹³ R. Bera, *Mowa nienawiści źródłem przemocy i agresji*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio J – Paedagogia-Psychologia” 2019/3, s. 61–64.

¹⁴ Związana z fałszywym oskarżeniem A. Dreyfusa o szpiegostwo na rzecz Niemiec w 1894 r., zrehabilitowanego w 1906 r. Sprawa znacznie wykraczała poza spór o jednostkowy wyrok sądowy, a istotną rolę odgrywało w niej także żydowskie pochodzenie oskarżonego; dotyczyła bowiem postaw moralnych i orientacji politycznych społeczeństwa francuskiego. Doprowadziła do polaryzacji i podziału społeczeństwa francuskiego na dwa wrogie obozy, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/Dreyfusa-sprawa;3894249.html> (dostęp: 27.08.2021 r.).

przestępstwa z nienawiści jest, jak się wydaje, najczęściej podnoszony w przestrzeni publicznej. Co istotne, w większości przypadków zostaje wykorzystany jako technika erystyczna w celu zdyskredytowania przeciwnika, zazwyczaj w sposób abstrahujący od faktów. Do lat 80. XX w. raczej nie spotykano się tak powszechnie z tym zjawiskiem, a jeśli tak się działo, to było ono określane na inne sposoby. Mowa nienawiści nie miała jasno określonych desygnatów. Dopiero wraz z prowadzeniem aktów prawnych potwierdzających uprawnienia mniejszości narodowych bądź etnicznych, pewne zachowania zaczęto określać jako mowę nienawiści¹⁵. Dodatkowo, ruchy społeczne zaczęły także podnosić tę kwestię, która wraz z upływem czasu stała się zagadnieniem globalnym. W tym samym czasie prawo międzynarodowe zaczęło odgrywać coraz donioślejszą rolę w porządkach prawnych suwerennych państw. Niektóre normy stały się wręcz jednolite dla wszystkich państw-stron. Coraz większą rolę zaczynają odgrywać organizacje międzynarodowe, które na różnych płaszczyznach lobbują za pewnymi rozwiązaniami prawnymi w skali krajowej oraz międzynarodowej. Pojawiają się coraz większe naciski na jednolite uregulowanie kwestii mowy nienawiści na drodze ponadnarodowego porozumienia, w ramach powszechnie obowiązującego aktu prawnego rangi międzynarodowej. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że dążenia określonych środowisk stykają się z kwestiami prawnymi oraz politycznymi, co ma wpływ na decyzje podejmowane w przedmiotowej sprawie¹⁶. Jak wskazuje literatura, kwestia mowy nienawiści jest delikatna, ponieważ dotyczy prawa karnego, a każde państwo broni ingerencji oraz swojej autonomii szczególnie w tym obszarze¹⁷. Trudno się z tym nie zgodzić, gdyż prawo karne stanowi szczególny obszar prawa, który *de facto* i *de iure* wskazuje na zakres suwerenności danego państwa. O ile w sprawach tak fundamentalnych i mniej nacechowanych światopoglądowo, jak zniesienie kary śmierci, możliwe było takie porozumienie, to w kwestii ujednolicenia zagadnienia mowy nienawiści też powinno się to udać, choć zagadnienie to spotyka się z o wiele większym sprzeciwem¹⁸. Dla wyjaśnienia tego kontekstu wskazane jest w tym miejscu krótkie naświetlenie w ujęciu społeczno-politycznym. W omawianej sferze można wyróżnić dwa obozy – przeciwników „karania za słowa” i zwolenników dopuszczalności ograniczenia swobody wypowiedzi¹⁹. W doktrynie wysuwane są tezy, że przeciwny „karaniu za słowa” jest tzw. nurt konserwatywny skupiony wokół filozofii klasycznej, cywilizacji łacińskiej i chrześcijańskiego dziedzictwa świata Zachodu, zaś przeciwną stronę wspiera „nurt liberalny” opierający się na antropocentryzmie, doktrynie równościowej i tolerancji represywnej²⁰. Literatura wskazuje, że omawiany podział jest sporym uproszczeniem, który ma uzmysłwić czytelnikowi kontekst społeczno-polityczny, ale w debacie publicznej te dwa głosy mają

¹⁵ A. Dziadzio, *Wolność...*, s. 5–7.

¹⁶ D. Kujawa, *Złożoność i niejednoznaczność mowy nienawiści*, „Refleksje” 2018/17, s. 65–87, <http://refleksje.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2018/11/05-Kujawa.pdf> (dostęp: 18.04.2021 r.).

¹⁷ A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, *Mowa nienawiści a wolność...*, s. 56–64.

¹⁸ Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zob. przypis 29) dotyczący zniesienia kary śmierci, sporządzony w Strasburgu 28.04.1983 r.

¹⁹ A. Gliszczyńska-Grabias, *Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty prawa międzynarodowego*, Warszawa 2014, s. 114–130.

²⁰ F. Cieply, *Penalizacja mowy nienawiści, kontekst polityczny i normatywny* [w:] *Wolność słowa. Współczesne wyznana w perspektywie prawno-porównawczej*, red. G. Blicharz, M. Delijewski, Warszawa 2019, s. 391–400.

pozycję dominującą²¹ i to ze względu na swoje skrajne stanowiska. Warto zastanowić się nad tą kwestią w kontekście tego, że obydwie strony sporu wykorzystują prawo karne i penalizację jako instrument, który pozwoli zrealizować cele ideologiczne oraz polityczne, co jest niebezpieczne dla samego prawa i jego jakości. Żyjemy w czasach, w których prawo stanowione lata temu na konkretnych podstawach aksjologicznych traci swoją wartość, a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) lub Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) ma coraz większy wpływ na treść norm krajowych. Kwestia mowy nienawiści jest niebezpieczna, ponieważ skupia się na oddziaływaniu w sferze emocji, wymusza zmiany prawne w oderwaniu od aksjologii i przyjętych wcześniej standardów²². Dlatego należy wysunąć tezę, że celem prawników powinno być zbadanie problemu mowy nienawiści w różnych aspektach, gdyż nie jest to problem *stricto* prawniczy. Po postawieniu kompleksowej diagnozy istnieje szansa na zażegnanie konfliktu oraz ostateczne rozwiązanie kwestii zasadności regulacji mowy nienawiści.

3. PRÓBA ZDEFINIOWANIA POJĘCIA MOWY NIENAWIŚCI

Jak już wcześniej wspomniano, polski i unijny porządek prawny nie zawiera definicji legalnej mowy nienawiści. Pomimo wcześniejszego przyjęcia definicji mowy nienawiści, istotne jest rozszerzenie rozważań definicyjnych tego newralgicznego zjawiska. W kilku dokumentach międzynarodowych znalazły się próby nadania jednolitego znaczenia temu terminowi. Finalnie żaden wiążący dokument rangi międzynarodowej nie zawiera definicji mowy nienawiści, ale należy wskazać, że próby zdefiniowania znalazły się m.in. w „Zaleceniu Rady Europy R(92)19 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie gier o treściach rasistowskich”²³. Na pierwszą próbę zdefiniowania trzeba było jednak czekać 5 lat, co stało się w Zaleceniu R(97)20 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie „mowy nienawiści”²⁴, Zaleceniu nr 6 na temat Zwalczania rozpowszechniania materiałów rasistowskich, ksenofobicznych i antysemickich za pośrednictwem internetu²⁵, dodatkowym Protokole do Konwencji przeciwko Cyberprzemocy²⁶ oraz w decyzji ramowej w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych²⁷. Pomimo faktu, że wyżej omawiane dokumenty nie mają charakteru wiążącego, to posiadają ładunek normatywny, który wynika wprost ze stosowania przyjętych definicji przez organy międzynarodowe oraz organy władzy sądowniczej. Z polskiej perspektywy najistotniejsza jest tu działalność

²¹ F. Cieply, *Penalizacja...* [w:] *Wolność...*, s. 391–400.

²² M. Kacprzak, *Pułapki politycznej poprawności*, Radzymin 2012, s. 61.

²³ Recommendation No. R(92)19 of the Committee of Ministers to member States on video games with a racist content, coe.int, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d74f7 (dostęp: 31.10.2020 r.).

²⁴ Recommendation No. R(97)20 of the Committee of Ministers...

²⁵ Recommendation No. 6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet, 2000, https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/ECRI_Recommendation%2006%20on%20combating%20the%20dissemination%20of%20racist%20xenophobic%20and%20antisemitic%20material%20via%20internet.pdf (dostęp: 31.10.2020 r.).

²⁶ Additional Protocol to the Cybercrime Convention, 2000, <https://rm.coe.int/16800d37ae> (dostęp: 31.10.2020 r.).

²⁷ Decyzja ramowa Rady 2008/913/WSiSW z 28.11.2008 r. w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawnokarnych, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32008F0913> (dostęp: 31.10.2020 r.).

Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który zasadza orzecznictwo na dwóch sentencjach odnoszących się do tych definicji. Po pierwsze, w wyroku *Handyside* przeciwko Wielkiej Brytanii ETPC wskazał na zasadność dopuszczalności ograniczenia wolności słowa. Niemniej wskazał najpierw, że: „wolność wyrażania opinii stanowi jeden z zasadniczych fundamentów społeczeństwa (demokratycznego) i jeden z podstawowych warunków jego postępu i samorealizacji każdej jednostki”²⁸. Następnie dodał „z zastrzeżeniem art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka”²⁹ prawo to ma zastosowanie nie tylko do «informacji» lub «idei», które są przyjmowane korzystnie lub postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz również do takich, które mogą być obraźliwe, szokujące lub niepokojące dla Państwa lub dowolnej grupy społecznej. Takie są wymogi pluralizmu, tolerancji i otwartości umysłu, bez których «demokratyczne społeczeństwo» nie istnieje. Oznacza to między innymi, że wszystkie «formalności», «warunki», «ograniczenia» i «kary» obowiązujące w tej sferze muszą być współmierne do realizowanego uprawnionego celu”³⁰. Należy stwierdzić, że było to preludium, które dało narzędzie do walki ze zjawiskiem przestępstw popełnionych z nienawiści. Dopiero jednak w wyroku *Erbakan* przeciwko Turcji³¹ ETPC wyklada definicję mowy nienawiści wprost wskazując, że: „tolerancja i poszanowanie dla równoważnej godności istot ludzkich stanowią podstawy demokratycznego, pluralistycznego społeczeństwa. Dlatego w niektórych społeczeństwach demokratycznych, może być konieczna penalizacja, a nawet zapobieganie wszelkim formom wypowiedzi, które upowszechniają, podżegają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na nietolerancji [...], o ile wszelkie narzucone «formalności», «warunki», «ograniczenia» i «kary» będą współmierne do realizowanego uprawnionego celu”³². Z tego fragmentu wynika wprost, że mową nienawiści są wypowiedzi, które podżegają, promują lub usprawiedliwiają nienawiść opartą na tolerancji pod warunkiem adekwatności kar. W związku z zaprezentowaną wykładnią Trybunału w Strasburgu w sprawie mowy nienawiści należy wskazać, że stosuje on dwa podejścia. Pierwsze polegające na wyłączeniu spod konwencyjnej ochrony określonych zachowań w przypadku, gdy wyrażają one nienawiść i negują fundamentalne wartości EKPC, co wiąże się z uniemożliwieniem wywodzenia z konwencji prawa do działania prowadzącego do unicestwienia praw i wolności w niej określonych. Drugie, zasadzające się na art. 10 ust. 2 EKPC, tj. ograniczeniu ochrony, gdy wypowiedzi stanowią mowę nienawiści i nie są w stanie zniweczyć fundamentalnych wartości konwencji. Ponadto ograniczenia muszą być uznane za niezbędne w interesie bezpieczeństwa państwowego i publicznego, zapobiegania zakłóceniu porządku lub przestępstwom, ochrony zdrowia lub moralności oraz ochrony praw i wolności innych osób. Literatura w przeważającej mierze popiera takie zdefiniowanie mowy nienawiści.

²⁸ Wyrok ETPC z 7.12.1976 r., skarga nr 5493/72, *Handyside* przeciwko Wielkiej Brytanii – dalej wyrok w sprawie *Handyside*. Wszystkie wyroki ETPC są dostępne na stronie HUDOC.

²⁹ Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC.

³⁰ Wyrok w sprawie *Handyside*, § 49.

³¹ Wyrok ETPC z 6.07.2006 r., skarga nr 59405/00, w sprawie *Erbakan* przeciwko Turcji – dalej wyrok w sprawie *Erbakan*.

³² Wyrok w sprawie *Erbakan*, § 56.

Jednak część przedstawicieli doktryny podnosi, że przedmiotowe definiowanie mowy nienawiści może ograniczyć normatywnie zagwarantowane prawa człowieka³³. Co istotne, definicja oparta na orzecznictwie może zostać zmieniona w toku dalszego rozwoju linii orzeczniczej. W wyniku tego istnieje pokusa, że rozmaite zachowania zostaną w przyszłości uznane za mowę nienawiści. Z punktu widzenia prawa karnego istotny jest wpływ działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na definiowanie tego pojęcia. Nie może być to podstawą do prawnokarnej oceny czynu na gruncie krajowym i nie powinno mieć miejsca w demokratycznym państwie prawnym. Ale jak wiadomo z praktyki, Trybunał strasburski odgrywa dużą rolę w wyznaczaniu standardów mowy nienawiści. Należałoby zbadać orzecznictwo ETPC pod kątem tego, czy faktycznie oddziałuje to na ocenę znamion czynu zabronionego. Trzeba się także zastanowić, czy nie ma to wpływu na pogłębienie problemu ustawowej określoności czynu, następczo na płaszczyźnie prawa krajowego. Mając jednocześnie na uwadze, że to ustawowe znamiona typu czynu zabronionego finalnie decydują o zakresie kryminalizacji.

4. RYS MIĘDZYNARODOWEGO STANDARDU OCHRONY WOLNOŚCI SŁOWA

We wstępie została zarysowana korelacja mowy nienawiści i wolności słowa. Po przeanalizowaniu socjologiczno-społecznych i definicyjnych aspektów mowy nienawiści, należy przejść do przedstawienia rysu standardów wolności słowa z uwagi na wskazanie jej zazębienia z mową nienawiści. Na wolność słowa składają się trzy podstawowe wolności, jak wskazuje doktryna są to: „wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”³⁴. W taki sposób standard ten jest powszechnie rozumiany w demokratycznych państwach prawa. Niemniej należy pamiętać, że wolność słowa nie pozostaje wartością absolutną i może być w pewnych sytuacjach ograniczona. W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska na ten temat. Nie odpowiada ona też na pytanie, czy są sytuacje, w których wolność słowa musi być bezwzględnie ograniczona? Odpowiedź wymaga głębszego zastanowienia i badań, ale zdaniem autora nierealne jest wyznaczenie takich ram przez władzę ustawodawczą. Finalnie decyzja o tym w każdym konkretnym przypadku zależy od niezależnego sądu. Inne rozwiązanie mogłoby się przyczynić się do nadmiernej, prewencyjnej ingerencji w wolność wypowiedzi. Przechodząc do analizy standardu międzynarodowego, trzeba wskazać, że jest on pewną ramą, która wyznacza minimalny zakres wolności słowa dla państw-stron konkretnych umów międzynarodowych. Ów standard międzynarodowy wyznaczany jest wprost przez systemy ochrony praw człowieka dla państw, które decydują się w nich partycypować³⁵. W perspektywie tego artykułu najistotniejszy

³³ A. Latarska, *Wolność słowa w sieci*, *Progress*, „Journal of Young Researchers” 2018/4, s. 31–36, <https://progress.ug.edu.pl/wp-content/uploads/2019/03/04-Wolno%C5%9B%C4%87-s%C5%82owa.pdf> (dostęp: 18.04.2021 r.).

³⁴ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I. *Komentarz*, Warszawa 2010.

³⁵ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, R. Mizerski, M. Lubiszewski, *Prawa Człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.

jest system Rady Europy i Unii Europejskiej. Aktualnie system Rady Europy jest wykorzystywany subsydiarnie w ramach systemu unijnego, Unia Europejska rozważa przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ale zostało to zablokowane przez TSUE, który wskazał, że byłoby to niezgodne z art. 218 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁶, gdyż ETPC stałby się sądem nadrzędnym w stosunku do Trybunału Sprawiedliwości³⁷. W kontekście standardu wolności słowa konieczne jest przytoczenie dorobku wypracowanego w ramach systemu Rady Europy poprzez Europejską Konwencję Praw Człowieka i orzecznictwa ETPC³⁸ opierającego się na art. 10 EKPC. Dzięki tej działalności ETPC wszelkie prawa i wolności zostały określone, zdefiniowane i wyłożone przez najlepszych prawników demokratycznych systemów państwa prawa na przestrzeni ostatnich pięćdziesięciu lat. Standard ochrony wolności słowa zasadza się na wyżej wspomnianym art. 10 EKPC, jednak literatura wskazuje, że właściwsze jest używanie pojęć swoboda wypowiedzi lub wolność ekspresji³⁹. Swoboda wypowiedzi jest uważana za jedno z najważniejszych praw człowieka w wymiarze kolektywnym i politycznym, dlatego określana jest mianem „super-prawa”⁴⁰. Co istotne, wolność słowa musi być rozpatrywana z punktu aksjologii EKPC oraz w aspekcie makro, tzn. jako zasada organizacji i funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego. Trybunał w Strasburgu wskazuje, że kontekst korzystania z art. 10 prowadzi do wzmoczonej ochrony omawianej wolności. Nakazuje też zwrócenie uwagi na rolę instytucji społecznych organizujących i skupiających debatę publiczną więc przede wszystkim mediów⁴¹. Z drugiej strony, nie można zapomnieć o wolności wypowiedzi w charakterze mikro, tj. indywidualnym przysługującym każdej jednostce. Co więcej, wolność wyrażania opinii ma charakter niejednorodny, po pierwsze jest w silnej korelacji z innymi prawami konwencyjnymi, tj. z: wolnością sumienia i wyznania (art. 9), zrzeszaniem się i zgromadzaniem jednostek (art. 11), prawem do rzetelnego procesu (art. 6) oraz zasadą równości (art. 14). Może także wzmacniać wolności gwarantowane w art. 8 (ale i – nierzadko – kolidować z nimi). Po drugie, wolność słowa zajmuje eksponowane miejsce w orzecznictwie ETPC poprzez wyroki, które kwestionowały ingerencję w wolność wypowiedzi⁴². W aspekcie ilościowym – w latach 1999–2009 – wydano 361 orzeczeń stwierdzających naruszenie art. 10. Ponad

³⁶ Wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47 – dalej TFUE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (dostęp: 18.04.2021 r.).

³⁷ Opinia 2/13 Trybunału Sprawiedliwości z 18.12.2014 r., <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=PL> (dostęp: 9.10.2021 r.).

³⁸ A. Redelbach, *Wolność słowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000/3, s. 1–23.

³⁹ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 413; A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008, s. 199; T. Jasudowicz [red.] *Orzecznictwo strasburskie*, t. II, Toruń 1998, s. 705; J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 32–33.

⁴⁰ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja...*, t. I...

⁴¹ Zob. wyroki ETPC: z 26.11.1991 r., skarga nr 13585/88, w sprawie Observer i Guardian przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, § 59b – dalej wyrok w sprawie Observer i Guardian; z 20.05.1999 r., skarga nr 21980/93, w sprawie Bladet Tromsø i Stensaas przeciwko Norwegii, § 59.

⁴² Zob. wyrok w sprawie Handyside; wyroki ETPC: z 24.05.1988 r., skarga nr 10737/84, w sprawie Müller i inni przeciwko Szwajcarii; z 20.09.1994 r., skarga nr 13470/87, w sprawie Otto-Preminger-Institute przeciwko Austrii; z 25.11.1996 r., skarga nr 17419/90, w sprawie Wingrove przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; z 28.03.1990 r., skarga nr 10890/84, w sprawie Groppera Radio AG i inni przeciwko Szwajcarii. Zob. wyroki ETPC: z 26.04.1979 r., skarga nr 6538/74, w sprawie The Sunday Times przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; z 8.07.1986 r., skarga nr 9815/82, w sprawie Lingens przeciwko Austrii.

połowa tych wyroków (183) dotyczyła Turcji, kolejne państwa to Austria (24), Francja (17) Rosja (16) i Mołdawia (16)⁴³. Należy zauważyć, że dzisiejsze orzecznictwo strasburskie przybrało wymiar ilościowego. Wielość spraw stwarza problemy z ich właściwym rozpoznaniem oraz skłania ETPC do kazuistyki. Pozornie wydawać by się mogło, że Trybunał w Strasburgu rozszerza zakres ochrony w stosunku do przeciwstawienia takich wartości jak bezpieczeństwo czy ochrona państwa, lecz jednocześnie można zauważyć trend, w którym ETPCprzychylał się do ograniczenia swobody wypowiedzi naruszających reputację, czy prawa osób indywidualnych, a gros z nich to przypadki, które podpadają pod definicję mowy nienawiści zaprezentowanej powyżej.

5. KONSTYTUCYJNY STANDARD OCHRONY WOLNOŚCI SŁOWA NA PRZYKŁADZIE RP

Po zaprezentowaniu wolności wypowiedzi w wymiarze międzynarodowym należy przedstawić skonkretyzowany krajowy standard jej ochrony. Wolność słowa jest nieodzownym elementem polskiego systemu prawnego. Aktualnie wolność słowa jest gwarantowana szeregiem artykułów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁴. Należy tu wskazać przede wszystkim art. 14, 49, 53 oraz 54. Ogólnie ujmując tę kwestię, należy nadmienić, że wolność jest rozumiana szeroko. Istotne jest omówienie poszczególnych artykułów w konfrontacji z wyzwaniami, jakie powstały w ostatnich czasach na gruncie tytułowego zagadnienia. Rozważania należy rozpocząć od zasady wolności poglądów wyrażonej przez art. 54 Konstytucji RP. Jest on zwornikiem dla wszystkich artykułów w kontekście wolności słowa. Oczywiście przepis ten nie ma charakteru absolutnego. Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) wskazał, że wolność słowa „obejmuje wszelkie płaszczyzny aktywności jednostki, stanowi wyraz godnościowej autonomii osoby, stwarzając możliwość pełnego rozwoju jej osobowości w otaczającym jednostkę środowisku kulturowym i cywilizacyjnym”⁴⁵. Wynika z tego, że wolność słowa nie ma charakteru jednorodnego, lecz mieszany. Jest pochodną godności człowieka i swoistą dźwignią rozwoju intelektualnego, kulturalnego i cywilizacyjnego. Ze wskazanej normy nie można wyprowadzić jej pełnego znaczenia, ponieważ będzie wtedy zniekształcona i oderwana od cywilizowanych standardów prawnych. W celu szerszego, ale niepełnego zgłębienia istoty wolności słowa należy przytoczyć kolejne, dopełniające tę zasadę, artykuły. Niezbędnym dopełnieniem art. 54 jest art. 53, w szczególności ust. 1 i 2. Konstytucja RP zapewnia każdemu obywatelowi wolność sumienia i wyznania. Kwintesencją tego przepisu jest właśnie pojęcie sumienia, które Św. Tomasz z Akwinu zdefiniował jako „*con-scientia*” („współ-wiedza”), czyli zdolność do intelektualnej oceny własnych aktów jako dobrych albo złych, której podstawą jest rozum⁴⁶. Rozważania na temat wolności sumienia są trudne i nie mogą odbywać się w aksjologicznej

⁴³ L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja...*, t. I...

⁴⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe 2.04.1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym 25.05.1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej 16.07.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁴⁵ Wyroki TK: z 12.05.2008 r., SK 43/05, OTK-A 2008/4, poz. 57; z 14.12.2011 r., SK 42/09, OTK-A 2011/10, poz. 118.

⁴⁶ Wyrok TK z 7.10.2015 r., K 12/14, OTK-A 2015/9, poz. 143, pkt III.4.2.2. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1633).

próżni. Tu rozpoznajemy je na gruncie zasady demokratycznego państwa prawa w odniesieniu do swobody wypowiedzi. Aby przybliżyć to rozumienie, należy przytoczyć słowa Józefa Krukowskiego, który wskazywał, że: „wolność sumienia pozwala każdemu człowiekowi na ideową (ideologiczną), filozoficzną czy religijną autodefinicję, na określenie własnego światopoglądu (heteronomicznego, autonomicznego, wewnętrznie sprzecznego) oraz posiadanie dowolnego przekonania i postępowanie zgodnie z nim. Jest wolnością osobistą *par excellence*, ponieważ dotyczy najgłębszych pokładów ludzkiej świadomości”⁴⁷. Można z tego wyprowadzić wniosek, że wolność słowa bez wolności sumienia nie ma racji bytu. Co więcej, wolność sumienia poprzedza wolność słowa. Analiza wolności słowa w oderwaniu od tego zagadnienia byłaby pozbawiona jakiegokolwiek sensu. W demokratycznym państwie prawa pozwala to rzucić zupełnie nowe światło na kwestię źródeł i zakresu wolności słowa. Aby skorzystać z uprawnienia, jakim jest wolność słowa, należy najpierw skorzystać z wolności sumienia. Dalej przedstawione artykuły są pochodną skonfrontowanych art. 53 i 54 Konstytucji RP. Są wyrazem wolności słowa i jej uściśleniem. Pierwszym z nich jest art. 49 wyrażający zasadę wolności komunikowania. Można wskazać, że jest to sposób na wykorzystanie wolności słowa w praktyce. Jest on skierowany do jednostek oraz do organów władzy publicznej. Jednostki mają zapewnioną wolność i ochronę tajemnicy komunikowania, przysługuje to wszystkim jednostkom, osobom fizycznym oraz osobom prawnym. Jednak przepis ten nakłada także swego rodzaju obowiązek na organy władzy publicznej, który, jak wskazuje literatura, polega „nie tylko na powstrzymaniu się od działań ingerujących w wolność i tajemnicę komunikowania się, lecz ponadto na podjęciu działań, które w sposób rzeczywisty zapewnią tę wolność i tajemnicę w relacjach horyzontalnych”⁴⁸. Jest to zatem zarówno obowiązek pozytywny, jak i negatywny do którego zobowiązane są odpowiednie organy administracji publicznej, które muszą też realizować inne zadanie wynikające z przepisów prawa. Wyżej wymienione obowiązki prowadzą często do limitacji wolności komunikacji. Przepisy wprowadzające ograniczenie wolności komunikacji równocześnie przyznają uprawnienia organom administracji publicznej pozwalające na ingerencję w omawianą wolność. Na kanwie art. 49 Konstytucji RP szczególnej doniosłości nabiera ustawowa forma ograniczeń wolności i tajemnicy komunikowania, jak również sposobu ich dokonywania⁴⁹. W tym zakresie problematyczne dla ustawodawcy jest uzasadnienie wprowadzonych środków limitujących wolność słowa. Artykuł 14 Konstytucji RP stanowi wolność prasy i innych środków masowego przekazu. Jest to fundament funkcjonowania życia publicznego w demokratycznych państwach prawa. Wolność słowa często jest również kojarzona z wolnością mediów. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: w „swoim zasadniczym zakresie zasada wolności prasy jest pochodną ogólnej wolności wypowiedzi deklarowanej w art. 54, stanowi szczególny w aspekcie przedmiotowym przejaw wolności słowa”⁵⁰. Co do zasady, wolność słowa na gruncie Konstytucji RP wyraża standardy zawarte w EKPC oraz

⁴⁷ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014, s. 64.

⁴⁸ M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP*, t. I. *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, s. 104–109.

⁴⁹ M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja...*, s. 104–109.

⁵⁰ Wyrok TK z 12.05.2008 r., SK 43/05. Tak również E. Czarny-Drożdziejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2005/2(15–16), s. 31 i 32.

orzecznictwie ETPC. W polskim systemie prawa dochodzi do rzeczywistego styku między mową nienawiści a wolnością słowa już na gruncie Konstytucji RP, kiedy zestawimy wyżej wymienione artykuły, które chronią wolność słowa z art. 42 ust. 1 zd. pierwszego Konstytucji RP, które brzmi: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Artykuł 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji RP wyznacza ramy odpowiedzialności karnej. Rozszerzają ją przepisy Kodeksu karnego⁵¹, które typizują konkretne przestępstwa, w tym te popełnione z nienawiści, wprost zazębiające się z omawianą zasadą wolności słowa. Reasumując, polski porządek prawny z jednej strony chroni wolność słowa, czego dowodem są wyżej wskazane normy konstytucyjne oraz wynikające z nich normy ustawowe, ale jednocześnie ingeruje w nią poprzez szereg przepisów kryminalizujących mowę nienawiści. Wskazana ingerencja, której celem jest ochrona konkretnych dóbr prawnych, jest często niewspółmierna i nieproporcjonalna, w efekcie zaś stanowi jawne i nieuzasadnione naruszenie wolności słowa. Z drugiej strony – nie jest to wartość absolutna, dlatego należy wyznaczyć wyraźne granice, po których przekroczeniu istnieje możliwość jej ograniczenia.

6. ANALIZA WYBRANYCH PRZEPISÓW POLSKIEJ USTAWY KARNEJ POD KĄTEM MOWY NIENAWIŚCI

W części szczególnej Kodeksu karnego z 1997 r. stypizowano przestępstwa, których znamiona częściowo wpisują się w przytoczoną na gruncie tego artykułu definicję mowy nienawiści oraz przestępstw popełnionych z nienawiści⁵². W myśl koncepcji tego artykułu za przestępstwa noszące znamiona mowy nienawiści na gruncie Kodeksu karnego należy uznać m.in.: groźbę karalną (art. 190 k.k.), uporczywe nękanie (art. 190a k.k.), obrazę uczuć religijnych (art. 196 k.k.), zniesławienie (art. 212 k.k.), zniewagę (art. 216 k.k.), propagowanie faszyzmu i totalitaryzmu (art. 256 k.k.), znieważenie grupy lub osoby (art. 257 k.k.). Wyżej wymienione przestępstwa można w pewien sposób pogrupować. Co ciekawe, mają one pewne cechy wspólne, co mogłoby być pomocne w stworzeniu krajowej definicji mowy nienawiści. Wszystkie wyżej wymienione przestępstwa charakteryzują się tym, że są występkami (zagrożenie ustawowe do 3 lat pozbawienia wolności), są powszechne (może popełnić je każdy), skutkowe (do ich dokonania potrzebna zmiana w świecie zewnętrznym, która objawia się w postaci skutku), można popełnić je tylko z działania, są umyślne (z zamiarem bezpośrednim bądź ewentualnym) i naruszają konkretne dobro prawne (dotykają konkretne dobro prawne). Wyżej przedstawiona systematyka przestępstw kodeksowych popełnionych z nienawiści wskazuje na to, że ustawodawca wziął pod uwagę omawiane wyżej standardy wolności słowa i wykluczył np. popełnienie przestępstwa „z nienawiści” nieumyślnie oraz w sposób bezskutkowy. Podstawową różnicą stypizowanych przestępstw „popełnionych z nienawiści” jest tryb ścigania. Przestępstwa z art. 196, 256 i 257 k.k. są ścigane z urzędu, czyny z art. 190 i 190a k.k.

⁵¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

⁵² W literaturze wymienia się także podział przestępstw z nienawiści na *sensu stricto* i *sensu largo*. Zob. szerzej M. Duda, *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016, s. 49.

na wniosek pokrzywdzonego, a przestępstwa z art. 212 i 216 k.k. z oskarżenia prywatnego⁵³. To rozróżnienie można wyjaśnić tym, że przestępstwa „popelnione z nienawiści” ścigane z urzędu naruszają godność grupy osób z racji popełnienia ich w sferze publicznej i mają zamiar oddziaływać na sferę publiczną, a ścigane z oskarżenia prywatnego godzą w dobro jednostki. Zarówno w doktrynie, jak i w życiu publicznym słyszalne są postulaty zmian obecnego stanu prawnego. Dotyczą one przede wszystkim art. 196 i 212 k.k. Z uwagi na ograniczone ramy niniejszej pracy autor zwrócił uwagę tylko na najistotniejsze zagadnienia natury analitycznej oraz na tej podstawie przedstawił wnioski *de lege ferenda*. W kontekście art. 196 k.k. należy wskazać, że tematyka jest rozległa i wieloaspektowa⁵⁴. W doktrynie podnoszone są postulaty co do zmiany trybu ścigania tego czynu zabronionego⁵⁵. Aktualnie przestępstwo obrazy uczuć religijnych jest ścigane z urzędu, co oznacza, że organy są obowiązane do podjęcia działań w przypadku powzięcia wiadomości o obrazie uczuć religijnych. Niemniej organy nie mają możliwości, aby sprawdzić, czy czyjeś uczucia zostały obrażone. W praktyce osoby pokrzywdzone przestępstwem z art. 196 i tak muszą zainicjować ściganie poprzez złożenie zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa. Zmiana trybu ścigania pozwoliłaby na ujednolicenie dokonywania ocen czy zostało popełnione przestępstwo z art. 196 k.k.⁵⁶ Drugim postulatem w tym zakresie jest dodanie do opisu czynu zabronionego określeń, które wskazywałyby, że zachowanie stypizowane w art. 196 k.k. obraziło więcej niż jedną osobę lub grupę osób. W aktualnym kształcie można wyobrazić sobie sytuację, w której jeden wyznawca SANGHA „DOGEN ZENJI”⁵⁷ złoży zawiadomienie z uwagi na to, że jego uczucia religijne zostały obrażone i organy będą obowiązane do podjęcia czynności sprawdzających lub wszczęcia postępowania. Postulatem, jaki powinien być wzięty pod rozwagę jest też wprowadzenie tzw. kontratypu sztuki⁵⁸,

⁵³ P. Bachmat, *Przestępstwa z art. 256, 257 k.k. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2005, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf> (dostęp: 9.10.2021).

⁵⁴ Zob. szerzej na temat zagadnienia obrazy uczuć religijnych O. Sitarz, *Artykuł 196 KK jako granica wolności wypowiedzi* [w:] *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna, Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, red. A. Biłgorajski, Warszawa 2015; S. Czepita, Ł. Pohl, *Strona podmiotowa przestępstwa obrazy uczuć religijnych i jego formalny charakter*, „Prokuratura i Prawo” 2012/12, s. 72–76; D. Jaworski, M. Müller, *Rozmowa z Andrzejem Zollem. Kodeks Boga nie chroni*, „Tygodnik Powszechny” 2010/3, s. 6; G. Jędrejek, T. Szymański, *Dlaczego obrażanie uczuć religijnych w Polsce staje się zjawiskiem powszechnym?*, „Podlaskie ECHO Katolickie” 2002/12(351), s. VII; K. Warchałowski, *Prawnokarne ochrona wolności religijnej w Polsce w latach 1932–1997* [w:] *Studia z prawa wyznaniowego*, t. 4, red. A. Mezglewski, P. Stanisławski, K. Warchałowski, Lublin 2002, s. 60; A. Wąsek, *Ochrona uczuć religijnych w prawie karnym* [w:] *Prawo wyznaniowe*, red. H. Misztal, Lublin 2000, s. 268.

⁵⁵ K. Burdziak, *Czy art. 196 kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2018/1(22), http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.mhp-65c69328-5b2f-465f-ab54-abd24b0870cf/c/SP_2018_1_08_Burdziak.pdf (dostęp: 18.04.2021 r.).

⁵⁶ M. Budyn-Kulik, *Znieważenie uczuć religijnych – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, „Prawo w Działaniu” 2014/19, s. 117.

⁵⁷ Wpisany do rejestru kościołów i innych związków wyznaniowych prowadzonego przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na mocy decyzji z 17.07.2009 r.

⁵⁸ Zob. szerzej M. Filar, *Sztuka a zagadnienia pornografii*, „Nowe Prawo” 1978/10, s. 1432 i n.; J.J. Nalewajko, R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, „Palestra” 2000/9–10, s. 31 i n.; J. Warylewski, *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrzetowicz, Z. Holda, Lublin 2005; J. Warylewski, *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)* [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 89 i n.; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną* [w:] *Prawnokarne...*, s. 233 i n.; M.M. Bieczyński, *Prawne granice wolności twórczości artystycznej*, Warszawa 2011; M.M. Bieczyński, *Ars legis czy lege artis?* Kilka

który w perspektywie art. 196 k.k. wyłączałby odpowiedzialność karną w stosunku do artystów oraz twórców⁵⁹. Omawiana instytucja odpowiadałaby konwencyjnym standardom wolności ekspresji, które wynikają z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednocześnie nie miałyby wpływu na ograniczenie prawa do skorzystania z ochrony dobra prawnego, które wynika z art. 196. Jednak do kontratypu sztuki należy podejść ostrożnie, żeby nie narazić się na zarzut ewentualnej legalizacji mowy nienawiści, nieproporcjonalnie do wolności ekspresji. Debata nad zagadnieniem kontratypu sztuki jest otwarta i wymaga zajęcia stanowiska polskiego ustawodawcy, ale warto zwrócić uwagę, że implementacja omawianego mechanizmu, poprzedzona rzeczową debatą, mogłaby w pewien sposób wyznaczyć konkretną granicę między tym co wypełnia znamiona mowy nienawiści, a tym co jest chronione przez wolność słowa. Jednakże należy podkreślić, że nie jest konieczna dekryminalizacja w zakresie obrazy uczuć religijnych, a powyżej proponowane zmiany, po pierwsze, umacniając neutralność światopoglądową państwa jednocześnie gwarantując wszelkie środki ochrony wolności sumienia i wyznania⁶⁰, a po drugie – mogą przyczynić się do odciążenia zarówno sądów, jak i prokuratury. Co więcej, za wskazaną zmianą przemawiają argumenty empiryczne. W 89 sprawach z art. 196 k.k. zakończonych prawomocnym rozstrzygnięciem w latach 2010–2013 42 z nich zakończyły się odmową wszczęcia postępowania, w 34 postępowanie zostało umorzone, zaś w 13 postępowanie zakończyło się wyrokiem sądu. Co interesujące, tylko w jednym przypadku był to wyrok warunkowo umarzający postępowanie. W pozostałych przypadkach zapadły wyroki skazujące (raz był to wyrok nakazowy, dwukrotnie – zaoczny)⁶¹. Z uwagi na omawiane argumenty i przedstawiony wyżej standardy wolności słowa i mowy nienawiści wskazywana zmiana standardu prawnego wydaje się zasadna. Od lat krytyczne głosy pojawiają się w kontekście art. 212 k.k. Niemniej sytuacja uległa zmianie z uwagi na rozwój mediów społecznościowych oraz rzeczywistość tzw. fake newsów. W rozważaniach na temat zmiany tego przepisu nie można zapomnieć o narzędziach, które mają im przeciwdziałać. Artykuł 212 k.k. mimo wad jest jednym z takich narzędzi i w związku z tym jego zniesienie wydaje się niecelowe. W przypadku zniesienia art. 212 jedyną drogą dochodzenia sprawiedliwości byłaby procedura cywilna, a to niesie za sobą spore ryzyko pozostawienia pewnej kategorii dóbr prawnych bez należytej ochrony. Dlatego powinno się najpierw wzmocnić narzędzia zapewniające możliwość polubownego rozwiązywania sporu, ze szczególnym uwzględnieniem ewentualnych spraw, które dotychczas podpadają pod art. 212 k.k., a w przypadku jego zniesienia zostałyby skierowane na drogę cywilną. Tak szeroko zakrojone zmiany wymuszają usprawnienie postępowania cywilnego oraz wprowadzenie nowych instytucji np. umożliwienie wniesienia ślepego pozwu cywilnego, tj. bez podania danych oszczercy, ponieważ pokrzywdzony często nie

uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014, s. 19 i n.; W. Cieślak, *Kontratyp swobody artystycznej w oczach praktyka* [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieplý, Warszawa 2014, s. 181 i n.; J. Majewski, *Czy kontratyp sztuki istnieje?* [w:] *Odpowiedzialność...*, s. 126 i n.; M. Małecki, *Kontratyp sztuki de lege lata* [w:] *Odpowiedzialność...*, s. 136 i n.

⁵⁹ K. Burdziak, *Czy art. 196...*

⁶⁰ M. Budyn-Kulik, *Znieważenie...*, s. 117.

⁶¹ M. Budyn-Kulik, *Znieważenie...*, s. 117.

jest w stanie ich ustalić bez pomocy państwa w realiach internetowej anonimowości⁶². Wydaje się, że zdecydowanie lepszym rozwiązaniem byłoby dostosowanie art. 212 k.k. poprzez przywrócenie przestępstwa świadomego zniesławienia⁶³. Przestępstwo świadomego zniesławienia było stypizowane w art. 178 § 2 Kodeksu karnego z 1969 r.⁶⁴ i obejmowało celowe oraz złośliwe podnoszenie i rozpowszechnianie zarzutów wobec osoby, grupy osób lub instytucji. Racją obowiązywania przepisu była ochrona przed zamierzonym oczernieniem, dezinformacją lub realizacją określonej misji ideologicznej⁶⁵. Należy się także zastanowić nad ustawowym zagrożeniem art. 212 § 2 k.k. w przypadku wykorzystania środków masowego przekazu. Kara więzienia w tym przypadku wydaje się zdecydowanie zbyt surowa⁶⁶. Takie uregulowanie wydaje się nie do pogodzenia ze standardami międzynarodowymi, bo pozwala osadzić w więzieniu za korzystanie z wolności słowa. Ponadto nie wpisuje się w konwencyjne standardy pluralizmu⁶⁷. Rozważania należy podjąć także nad wyłączeniem możliwości zastosowania art. 212 do ochrony godności instytucji, ale wskazana kwestia wymaga głębszego zbadania. Oczywiście należy mieć na uwadze, że prawo karne powinno spełniać swoje funkcje oraz umożliwiać trafną reakcję karną wobec sprawców przestępstw, lecz jednocześnie musi przy tym spełniać międzynarodowe standardy. Dlatego w kwestii prawnokarne uregulowania mowy nienawiści ustawodawca powinien zachować szczególną ostrożność. Niemniej jednak wyżej wskazane zmiany wydają się potrzebne w celu umożliwienia właściwego korzystania z konwencyjnych i konstytucyjnych praw oraz wolności ze szczególnym uwzględnieniem swobody wypowiedzi.

7. PODSUMOWANIE

Niniejszy artykuł omawia wciąż aktualne zagadnienia związane z prawnokarne ujęciem mowy nienawiści. Jego celem jest przede wszystkim zwrócenie uwagi na złożoność i delikatność problemu z punktu widzenia nauk prawnych. Mowa nienawiści, jako przedmiot badań, musi być analizowana wieloaspektowo i interdyscyplinarnie. Co więcej, zagadnienie mowy nienawiści powinno być postrzegane w oderwaniu od wątków światopoglądowych. Prawnokarne regulacje pewnych zachowań, które są obejmowane przez desygnat pojęć mowy nienawiści niesie za sobą duże ryzyko. Jakakolwiek decyzja o penalizacji takich zachowań powinna być poprzedzona rzetelnymi analizami oraz poparta merytorycznym uzasadnieniem.

⁶² R. Ślabuszczyński, *Prawo cywilne jako narzędzie przeciwdziałania naruszeniu poczucia bezpieczeństwa przez hejt*, „Studia Administracji i Bezpieczeństwa” 2019/6, s. 76–82, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-ffffe17a-9ed8-40b4-a2b3-bf61eba58cb3/c/Slabuszczyński.pdf> (dostęp: 18.04.2021 r.).

⁶³ M. Surkont, *Oszczerektwo jako kwalifikowany typ zniesławienia*, „Nowe Prawo” 1980/2, s. 63–72.

⁶⁴ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

⁶⁵ J. Kotas, *Karać czy zasądzać – dylematy towarzyszące odpowiedzialności karnej za zniesławienie*, *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. I VI, Wrocław 2020, https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/117816/PDF/05_Kotas_J_Karac_czy_zasadzac_dylematy.pdf (dostęp: 18.04.2021 r.).

⁶⁶ I. Zgoliński, *Zniesławienie w regulacjach prawnych wybranych państw*, „Ius Novum” 2013/3, s. 51–52.

⁶⁷ Zob. szerzej E. Łętowska, „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1127 i n.; E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 3 i n.; E. Łętowska, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005/1, s. 3–10. Por. też polemiki W. Lang, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2005/7, s. 95 i n.; A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, „Państwo i Prawo” 2006/6, s. 85 i n.

Największym problemem we wskazanym zakresie jest płynne ujęcie mowy nienawiści, gdzie bez jasnego zdefiniowania istnieje ryzyko, że przepisy karne, typizujące konkretne przestępstwa, nie spełnią wymogów zasady dostatecznej określoności⁶⁸. Próba forsowania ponadnarodowych inicjatyw, które miałyby rozwiązać ten problem jest skazana na niepowodzenie, dlatego rozsądnym wariantem wydaje się zdefiniowanie pojęcia mowy nienawiści na gruncie krajowym, posiłkując się przy tym międzynarodowymi aktami prawa *soft law*. Przy wszelkich rozważaniach związanych z prawnokarnym ujęciem mowy nienawiści istotne jest, aby mieć na uwadze dobra, które mogą leżeć w kolizji z mową nienawiści, tj. prawa człowieka takie jak np. wolność słowa. Wskazane prawo opiera się na mocnych fundamentach międzynarodowych oraz konstytucyjnych, co wskazuje na jego doniosłość. W związku z tym przy konstruowaniu definicji mowy nienawiści oraz przepisów karnych powinno to być skrupulatnie wzięte pod uwagę⁶⁹. Niemniej obecny stan prawny wymaga zmian, dlatego ustawodawca powinien rozważyć podjęcie prac legislacyjnych nad art. 196 oraz 212 k.k. w celu ich doprecyzowania w stosunku do standardów międzynarodowych. Aktualne uregulowanie może prowadzić do ograniczenia korzystania z konstytucyjnych oraz konwencyjnych praw i wolności, w szczególności ze swobody wypowiedzi, co więcej stwarza ryzyko „karania za słowo”. Dlatego wyłożone wcześniej propozycje zmian wydają się wręcz konieczne. W ten sposób polskie prawo karne w większym stopniu realizowałoby konwencyjne prawa, których głównym rdzeniem jest art. 10 EKPC. Ponadto należy się także pochylić nad pozostałymi przepisami karnymi w polskim porządku prawnym pod kątem wypełniania standardów ochrony wolności słowa, np. art. 256 i 257 k.k. Niezbędne jest również zbadanie aktualnego stanu orzecznictwa sądów powszechnych oraz porównanie i przeanalizowanie rozbieżności w sprawach z zakresu mowy nienawiści. Takie badania mogą dostarczyć wiele materiałów do analizy w zakresie styku mowy nienawiści z wolnością słowa. Zagadnieniem wymagającym głębszych studiów wydaje się także kwestia możliwości swoistego przekierowania odpowiedzialności za czyny mowy nienawiści na grunt spraw cywilnych, oczywiście nie wszystkich, ale w pewnych sprawach może mieć to swoje uzasadnienie. Kluczowe wydaje się tu wzmocnienie instytucji prawa cywilnego oraz przygotowanie odpowiednich procedur. Z artykułu wynika zatem, że mowa nienawiści jest zjawiskiem żywym, które wymaga zakrojonych badań nie tylko prawnych, i akademickiej debaty.

Summary

Tomasz Bojanowski, *Selected Criminal Law Aspects of Hate Speech in the Context of Freedom of Speech Protection Standards*

The article discusses criminal law aspects of hate speech in the context of standards of protection of freedom of speech on the example of the Republic of Poland. The aim of the article is to indicate the need for amendments in Polish criminal law in the field of hate speech in order to adapt the whole legislation to international standards of freedom of speech.

⁶⁸ M. Byczyk, *Zasada określoności przepisów prawa karnego i strona podmiotowa a normy ostrożności (zagadnienia wybrane)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/21, s. 141–164.

⁶⁹ P. Sobański, *Zagadnienie możliwości i celowości zdefiniowania tzw. mowy nienawiści w prawie polskim*, Zielona Góra 2019.

The problem of the interaction between hate speech and freedom of speech is a sensitive and politically charged topic. Therefore, it should be examined in an interdisciplinary manner. The article first presents the sociological and social background of hate speech and an attempt to arrive at a universal definition of hate speech. Next, international and national standards of freedom of speech are described. The key point of the article is an analysis of the current criminal legislation on hate speech from the perspective of the standards of speech. In order to adapt the Polish Penal Code, two amendments are proposed concerning Articles 196 and 212 of the Penal Code, which, according to the author, are necessary to ensure proper use of the right of freedom of speech guaranteed by the European Convention on Human and the Polish Constitution.

Keywords: hate speech, freedom of speech, human rights, criminal law, freedom of expression

Streszczenie

Tomasz Bojanowski, Wybrane prawnokarne aspekty mowy nienawiści w kontekście standardów ochrony wolności słowa

W niniejszym artykule omówiono wybrane prawnokarne aspekty mowy nienawiści w kontekście standardów ochrony wolności słowa na przykładzie Rzeczypospolitej Polskiej. Asumptem powstania artykułu jest wskazanie na potrzebę zmian w polskim prawie karnym w zakresie mowy nienawiści w celu dostosowania całokształtu ustawodawstwa do międzynarodowych standardów swobody wypowiedzi. Problem styku mowy nienawiści i swobody wypowiedzi jest tematem delikatnym i nacechowanym politycznie. W związku z tym powinien być badany w sposób interdyscyplinarny. W artykule zostaje najpierw przedstawione tło społeczno-socjologiczne mowy nienawiści i próba wyprowadzenia uniwersalnej definicji mowy nienawiści. Dalej wyłożone zostają międzynarodowe i krajowe standardy wolności słowa. Kluczowym punktem artykułu jest analiza aktualnego ustawodawstwa karnego dotyczącego mowy nienawiści w perspektywie standardów słowa. W celu dostosowania polskiego Kodeksu karnego proponowane są dwie zmiany dotyczące art. 196 i 212 k.k., które zdaniem autora są konieczne w celu zapewnienia należytego korzystania z konwencyjnego i konstytucyjnego uprawnienia swobody wypowiedzi.

Słowa kluczowe: mowa nienawiści, wolność słowa, prawa człowieka, prawo karne, swoboda wypowiedzi

Literatura:

1. Akińczka J., *Ochrona dóbr osobistych wobec mowy nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, W. Pływaczewski, M. Duda, Olsztyn 2017.
2. Bachmat P., *Przestępstwa z art. 256, 257 k.k. analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Warszawa 2005, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/P-Bachmat-Przest-z-art-256-i-257-2005.pdf>
3. Bartosze R., *O wolności wypowiedzi* [w:] *Media, władza, prawa*, red. M. Magowska, Kraków 2005.
4. Bera R., *Mowa nienawiści źródłem przemocy i agresji*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio J – Paedagogia-Psychologia 2019, nr 3.
5. Bieczyński M.M., *Prawne granice wolności twórczości artystycznej*, Warszawa 2011.
6. Bieczyński M.M., *Ars legis czy lege artis? Kilka uwag na temat wolności twórczości artystycznej i jej prawnych granic* [w:] *Swoboda wypowiedzi w działalności artystycznej*, red. D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, Warszawa 2014.

7. Bilewicz M., Marchlewska M., Soral M., Winiewski M., *Mowa nienawiści – Raport z badań sondażowych*, Warszawa 2014.
8. Bodnar A., Gliszczyńska-Grabias A., Wieruszewski R., Wyrzykowski M., *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne* [w:] *Mowa nienawiści*, red. A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa, 2010.
9. Budyn-Kulik M., *Znieważenie uczuć religijnych – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, Prawo w Działaniu 2014, nr 19.
10. Budyn-Kulik M., Kulik M., *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną* [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.
11. Bulandra A., Kościółek J. [red.] *Mowa nienawiści w przestrzeni publicznej: raport z badań prasy w 2014 roku*, Kraków 2015.
12. Burdziak K., Czy art. 196 kodeksu karnego w sposób nadmierny ogranicza wolność wyrażania poglądów i twórczości artystycznej?, *Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały* 2018, nr 1 (22), http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.mhp-65c69328-5b2f-465f-ab54-abd24b0870cf/c/SP_2018_1_08_Burdziak.pdf
13. Bychawska-Siniarska B., Głowacka D., *Mowa nienawiści w internecie: jak z nią walczyć? Materiały z konferencji*, Warszawa 2013.
14. Byczyk M., *Zasada określoności przepisów prawa karnego i strona podmiotowa a normy ostrożności (zagadnienia wybrane)*, *Acta Iuris Stetinensis* 2018, nr 21.
15. Cieplý F., *Penalizacja mowy nienawiści, kontekst polityczny i normatywny* [w:] *Wolność słowa. Współczesne wyznana w perspektywie prawno-porównawczej*, red. G. Blicharz, M. Delijewski, Warszawa 2019.
16. Cieślak W., *Kontratyp swobody artystycznej w oczach praktyka* [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieplý, Warszawa 2014.
17. Czarny-Drożdziejko E., *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej* 2005, nr 2(15–16).
18. Duda M., *Przestępstwa z nienawiści w świetle teorii i praktyki* [w:] *Współczesne ekstremizmy. Geneza, przejawy, przeciwdziałanie*, red. W. Pływaczewski, P. Lubiewski, Olsztyn 2014.
19. Duda M., *Uchodźcy, imigranci i mniejszości jako ofiary przestępstw z nienawiści* [w:] *Uchodźcy. Nowe wyzwania dla bezpieczeństwa europejskiego na tle praw człowieka*, red. W. Pływaczewski, M. Ilnicki, Olsztyn 2015.
20. Duda M., *Przestępstwa z nienawiści. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2016.
21. Dziadzio A., *Wolność słowa a mowa nienawiści – dawniej i dziś*, *Forum Prawnicze* 2015, nr 4, <http://www.forumprawnicze.eu/attachments/article/144/Dziadzio.pdf>
22. Filar M., *Sztuka a zagadnienia pornografii*, „*Nowe Prawo*” 1978, nr 10.
23. Gadecki B., Kałdecki E.N., *Prokuratura wobec przestępstw z nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, W. Pływaczewski, M. Duda, Olsztyn 2017.
24. Garlicki L., Hofmański P., Wróbel A., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18, t. I. Komentarz*, Warszawa 2010.
25. Gliszczyńska-Grabias A., *Przeciwdziałanie antysemityzmowi. Instrumenty prawa międzynarodowego*, Warszawa 2014.
26. Gorazdowski K., *Próba oceny karnoprawnych regulacji zwalczania mowy nienawiści w Polsce*, *Studia Administracji i Bezpieczeństwa* 2019, nr 6.
27. Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Mizerski R., Lubiszewski M., *Prawa Człowieka i ich ochrona*, Toruń 2008.
28. Jasudowicz T. [red.] *Orzecznictwo strasburskie*, t. II, Toruń 1998.
29. Jaworski D., Müller M., *Rozmowa z Andrzejem Zollem. Kodeks Boga nie chroni*, *Tygodnik Powszechny* 2010, nr 3.
30. Jędrejek G., Szymański T., *Dlaczego obrażanie uczuć religijnych w Polsce staje się zjawiskiem powszechnym?*, *Podlaskie ECHO Katolickie* 2002, nr 12(351).
31. Jónsdóttir T., *Model skutecznej walki z mową nienawiści. Raport na temat zwalczania mowy nienawiści w sieci*, Bielsko-Biała 2015.

32. Kacprzak M., *Pułapki politycznej poprawności*, Radzymin 2012.
33. Kalisz A., *Przekaz medialny o charakterze mowy nienawiści w kontekście art. 18 ustawy o radiofonii i telewizji* [w:] *Mowa nienawiści na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, W. Pływaczewski, M. Duda, Olsztyn 2017.
34. Kotas J., *Karać czy zasądzać – dylematy towarzyszące odpowiedzialności karnej za zniesławienie*, Nowa kodyfikacja prawa karnego 2020, t. LVI, https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/117816/PDF/05_Kotas_J_Karac_czy_zasadzac_dylematy.pdf
35. Kowalski S., *Obecność mowy nienawiści w życiu społecznym i debacie publicznej* [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.
36. Krukowski J., *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2014.
37. Kujawa D., *Złożoność i niejednoznaczność mowy nienawiści*, Refleksje 2018, nr 17, <http://refleksje.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2018/11/05-Kujawa.pdf> 37.
38. A. Kustra A., *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, Państwo i Prawo 2006, z. 6.
39. Lang W., *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, Państwo i Prawo 2005, z. 7.
40. Latarska A., *Wolność słowa w sieci*, Progress, Journal of Young Researchers 2018, nr 4, <https://progress.ug.edu.pl/wp-content/uploads/2019/03/04-Wolno%C5%9B%C4%87-s%C5%82owa.pdf>
41. Łętowska E., „Multicentryczność” systemu prawa i wykładnia jej przyjazna [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiegiło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005.
42. Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, Państwo i Prawo 2005, z. 4.
43. Łętowska E., *Między Scylla i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 1.
44. Majewski J., *Czy kontratyp sztuki istnieje?* [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014.
45. Małecki M., *Kontratyp sztuki de lege lata* [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014.
46. Nalewajko J.J., Kubiak R., *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, Palestra 2000, nr 9–10.
47. Nijakowski M., *Mowa nienawiści w świetle teorii dyskursu*, Toruń 2008.
48. Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 2009.
49. Obrębska M., *Mowa pogardy i nienawiści: charakterystyka, uwarunkowania i konsekwencje*, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio J – Paedagogia-Psychologia 2020, nr 3.
50. Płatek M., *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji* [w:] *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010.
51. Porwisz M., *Ochrona prawnokarne ofiar przestępstw motywowanych nienawiścią* [w:] *Mowa nienawiści na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, W. Pływaczewski, M. Duda, Olsztyn 2017.
52. Redelbach A., *Wolność słowa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2000, nr 3.
53. Safjan M., Bosek L., *Konstytucja RP*, t. I. *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
54. Seremet A., *Rola prokuratury w ściganiu przestępstwa mowy nienawiści* [w:] *Mowa nienawiści w internecie: jak z nią walczyć? Materiały z konferencji*, Warszawa 2013.
55. Sitarz O., *Artykuł 196 KK jako granica wolności wypowiedzi* [w:] *Wolność wypowiedzi versus wolność religijna, Studium z zakresu prawa konstytucyjnego, karnego i cywilnego*, red. A. Biłgorajski, Warszawa 2015.
56. Slabuszewski R., *Prawo cywilne jako narzędzie przeciwdziałania naruszeniu poczucia bezpieczeństwa przez hejt*, *Studia Administracji i Bezpieczeństwa* 2019, nr 6, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-fffff17a-9ed8-40b4-a2b3-bf61eba58cb3/c/Slabuszewski.pdf>
57. Sobański P., *Zagadnienie możliwości i celowości zdefiniowania tzw. mowy nienawiści w prawie polskim*, Zielona Góra 2019.

58. Sobczak J., *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008.
59. Surkont M., *Oszczerstwo jako kwalifikowany typ zniesławienia*, Nowe Prawo 1980, nr 2.
60. Warchałowski K., *Prawnokarna ochrona wolności religijnej w Polsce w latach 1932–1997* [w:] *Studia z prawa wyznaniowego*, t. 4, red. A. Mezglewski, P. Stanisławski, K. Warchałowski, Lublin 2002.
61. Warylewski J., *Pasja czy obraza uczuć religijnych? Spór wokół art. 196 kodeksu karnego* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005.
62. Warylewski J., *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)* [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.
63. Wąsek A., *Ochrona uczuć religijnych w prawie karnym* [w:] *Prawo wyznaniowe*, red. H. Misztal, Lublin 2000.
64. Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.
65. Zgoliński I., *Zniesławienie w regulacjach prawnych wybranych państw*, Ius Novum 2013, nr 3.

Krzysztof Kmąk*

O zaostreniu kary za czyn ciągły (odpowieź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)**

Instytucja czynu ciągłego do 2018 r. nie ulegała żadnym legislacyjnym zmianom. Potrzeba modyfikacji prawno-karnych instrumentów służących karaniu za wykroczenia przeciwko mieniu skłoniła ustawodawcę do wprowadzenia art. 12 § 2 Kodeksu karnego¹, zgodnie z którym odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeśli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo². Z kolei 24.06.2020 r. weszła w życie ustawa z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19³, która wprowadziła art. 57b k.k., zgodnie z którym skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia.

Zanim powyższe przepisy zaczęły obowiązywać, Profesor Łukasz Pohl zaproponował nowelizację art. 12 k.k. poprzez wprowadzenie przesłanki, że cały czyn ciągły musi być popełniony „w krótkim odstępie czasu” (a nie w krótkich odstępach czasu dzielących poszczególne zachowania jak jest obecnie), ponadto zaostrenie kary grożącej za czyn ciągły (możliwość wymierzenia kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę) oraz ustawowe zdefiniowanie pojęcia „krótkiego odstępu czasu” i przesądzenie, że stanowi on okres nieprzekraczający 31 dni⁴. Postulat wprowadzenia zaostrenia kary został przez

* Mgr Krzysztof Kmąk jest doktorantem w Katedrze Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i aplikantem prokuratorskim, Polska, ORCID: 0000-0002-7173-1076, e-mail: krzysztofkmak@interia.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 13.11.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 12.07.2021 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.) – dalej k.k.

² Zob. art. 3 ustawy z 4.10.2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 2077). Tego typu rozwiązanie legislacyjne spotkało się z krytyczną oceną w doktrynie (P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, „Prokuratura i Prawo” 2018/3, s. 5–38).

³ Dz.U. z 2020 r. poz. 1086.

⁴ Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 108–111.

ustawodawcę spełniony, albowiem art. 57b k.k. idzie w tym zakresie nawet dalej niż propozycja Ł. Pohla, ponieważ pozwala na wymierzenie kary do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Legislator nie dokonał zmian w zakresie przesłanek warunkujących zaistnienie czynu ciągłego.

W poprzednim artykule opublikowanym w „Prawie w Działaniu” odniosłem się aprobująco do propozycji Profesora Łukasza Pohla w zakresie, w jakim postulował wprowadzenie definicji legalnej „krótkiego odstępu czasu”⁵. Co do pozostałych modyfikacji wyraziłem pewne uwagi krytyczne⁶, do których następnie Profesor odniósł się w artykule polemicznym⁷. W niniejszym tekście przedstawiam dalsze uwagi dotyczące stanowiska Profesora Łukasza Pohla wyrażonym we wspomnianym artykule, jednocześnie rozwijając pewne kwestie poruszone w moim poprzednim opracowaniu, wychodząc przy tym z założenia, że dyskusja naukowa może być źródłem wypracowania należytego kształtu rozwiązań legislacyjnych. Uznałem, że warto poruszyć również temat rozwiązania określonego w art. 57b k.k. jako bezpośrednio związanego z przedmiotem niniejszej dyskusji.

Wypada rozpocząć od wyjaśnienia pewnego nieporozumienia. Otóż Ł. Pohl stwierdził, że moje uwagi dotyczące potencjalnych absurdalnych sytuacji związanych ze stosowaniem instytucji czynu ciągłego, których moim zdaniem nie usuwa proponowana modyfikacja wymiaru kary, nie odnoszą się do proponowanej przez Niego zmiany, zgodnie z którą wszystkie zachowania objęte ciągłością mają być popełnione w krótkim odstępie czasu⁸. Napisałem bowiem, że również na gruncie proponowanego art. 12 § 1 k.k. może dojść do częściowej bezkarności sprawcy w przypadku, gdy w okresie 31-dniowym sprawca popełni cztery zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.) na szkodę tej samej osoby lub dopuści się 31 włamań (art. 279 § 1 k.k.). Chodzi o to, że nawet przy zaostreniu sankcji zaproponowanej przez Profesora Ł. Pohla nie można uniknąć pewnych niekonsekwencji, czy swistego złagodzenia kary w porównaniu do sytuacji, w której poszczególne zachowania sprawcy byłyby poddawane odrębnej prawnokarnej ocenie⁹.

Jeśli jednak cofnąć się do pierwszego artykułu Ł. Pohla w tej sprawie, to nie-trudno zauważyć, że sam Autor uzasadniał modyfikację przesłanek art. 12 § 1 k.k. niedorzecznościami, do jakich prowadzi obecne rozumienie „krótkich odstępów czasu”, które mają dotyczyć odstępów pomiędzy kolejnymi (a nie – między pierwszym a ostatnim) zachowaniami objętymi ciągłością. Profesor Łukasz Pohl stwierdził: „Pogląd ten niewątpliwie znajduje uzasadnienie w wykładni językowej rozważanego zwrotu. Z uwagi jednak na to, że prowadzi on do **rezultatu społecznie niedorzecznego** należy go odrzucić; wszak bez wątpienia takim rezultatem jest uznanie za czyn ciągły np. kilkudziesięciu zgwałceń popełnianych przez sprawcę w krótkich odstępach czasu na krzywdę jego własnej małżonki (wszystkie pogrubienia – K.K.). **Jest ono takim rezultatem ze względu na rozmiar grożącej temu sprawcy kary.** Przypomnijmy bowiem, że rozmiar ten wyznaczają granice kary

⁵ K. Kmąk, *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 222–223.

⁶ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 223–227.

⁷ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 230–237.

⁸ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 232.

⁹ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224.

grożącej przewidzianej dla popełnienia zachowania będącego składową czynu ciągłego. Słowem, wykładnia funkcjonalna nakazuje odstąpić od rezultatu interpretacyjnego uzyskanego drogą językowych reguł wykładni”¹⁰.

Reasumując, uwaga Ł. Pohla, że w powyższym zakresie nie odniosłem się do Jego propozycji dotyczącej przesłanki „krótkiego odstępu czasu” jest o tyle chybiona, o ile On sam wywodzi zasadność jej wprowadzenia ze względu na niedorzeczności na gruncie wymiaru kary, do jakich prowadzi obecnie obowiązująca formuła. Wskazałem jedynie, że również propozycja Autora wszystkich niedorzeczności nie usunie. Kwestia zasadności wprowadzenia zaostrenia kary jest odrębnym problemem – Profesor Ł. Pohl uzasadnia to nazbyt liberalnym ukształtowaniem instytucji czynu ciągłego, który składa się z wielu czynów zabronionych¹¹, do czego też odniosłem się w innym miejscu¹² (i o czym będzie mowa poniżej).

Oczywiste jest, że stan prawny zaproponowany przez Ł. Pohla pozwala na wymierzenie surowszych kar niż stan obowiązujący w chwili publikacji Jego artykułu i stan sprzed 24.06.2020 r. (czego nie negowałem). Chodzi jedynie o to, że wersja Autora wszelkich niedoskonałości związanych z wymiarem kary za czyn ciągły by nie usunęła. Dotyczy to zresztą również stanu prawnego aktualnie obowiązującego. Jest to bowiem typowe dla wszelkich prawnokarnych instytucji redukcyjnych, wliczając w to np. karę łączną czy ciąg przestępstw. W obu tych przypadkach, z uwagi na odgórne limity narzucone przez ustawodawcę, nie jest dopuszczalne przekroczenie określonych granic kary, co może prowadzić do sytuacji, w których sprawca korzysta na tym, że jego przestępstwa nie podlegają wymiarowi kary każde z osobna. Odwołując się do wcześniej podanego przykładu, jeżeli sprawca czterokrotnie popełni przestępstwo z art. 197 § 1 k.k., to może czterokrotnie otrzymać karę 12 lat pozbawienia wolności, co w sumie daje 48 lat. Przy zastosowaniu kary łącznej za te przestępstwa można mu wymierzyć jednak 20 lub 25 lat pozbawienia wolności (art. 86 § 1 i 1a k.k.). Jeżeli zastosowanie znajdzie instytucja czynu ciągłego, to *de lege lata* sprawcy można wymierzyć karę maksymalnie 20 lat pozbawienia wolności (art. 38 § 2, art. 57b k.k. – przy założeniu, że ten drugi przepis określa podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary). Przykład ten ma zobrazować, że wykorzystując instytucje modyfikujące zasady odpowiedzialności karnej (art. 12 § 1 k.k.) bądź też zasady wymiaru kary w przypadku wielości czynów zabronionych (np. kara łączna, ciąg przestępstw) sprawca zawsze jest niejako premiowany przez ich zastosowanie, co naturalnie rodzi ryzyko, iż w społeczeństwie może powstać wrażenie, że popełnianie kolejnych przestępstw nie znajduje odpowiedniego przełożenia na wymiar kary¹³.

Oczywiście nie zamierzam przesądzać, czy w poszczególnych przypadkach to premiowanie jest zasadne. Sam uważam, że wielokrotność przestępczych

¹⁰ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

¹¹ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110: „Powyżej proponuje się też przyznanie sądowi kompetencji do obostrzenia kary. Nie budzi bowiem niczych wątpliwości, że popełnienie ciągłego czynu zabronionego nie jest tym samym co popełnienie jednego czynu zabronionego wchodzącego w skład ciągłego czynu zabronionego. Słowem, obecne ukształtowanie kary grożącej za popełnienie ciągłego czynu zabronionego, będącego w istocie swoistą odmianą wielości przestępstw, jest nieadekwatne, gdyż jest ono – najkrócej rzecz ujmując – nazbyt liberalne, co wynika z faktu jego nieskorelowania z okolicznością, że ciągły czyn zabroniony to nie jeden czyn zabroniony, lecz ich wielość”.

¹² K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 224–225.

¹³ Alternatywą jest system przyjęty w USA, zgodnie z którym kary wymierzone za poszczególne przestępstwa podlegają sumowaniu. Wadą braku redukcji jest jednak wysoki wskaźnik prizonizacji.

zachowań nie znaczy jeszcze *per se*, że sprawca powinien być potraktowany surowiej niż gdyby podjął przestępcze zachowanie jednokrotnie. Profesor Łukasz Pohl natomiast uzasadnia możliwość zaostrenia kary w tym przypadku tym, że powtarzalność przestępczych zachowań jest planowana przez sprawcę, co wynika z tego, że art. 12 § 1 k.k. wymaga zaistnienia z góry powziętego zamiaru¹⁴. Jednakże sama postać zamiaru sprawcy może nie uzasadniać tak daleko idącej progresji karania. Nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której sprawca długo planuje podjęcie jednokrotnego zachowania, co następnie urzeczywistnia. Z punktu widzenia wymiaru kary, przynajmniej w niektórych sprawach, większe znaczenie ma np. rozmiar szkody¹⁵. Sprawca może planować kradzież środków pieniężnych w wysokości 2.000 zł (art. 278 § 1 k.k.) poprzez popełnienie czterech zachowań; może również zamierzać dokonanie kradzieży 200.000 zł za pomocą jednego czynu. Tyle że *de lege lata* ww. sprawcy kradzieży 2.000 zł będą grozić surowsze konsekwencje prawne niż sprawcy kradzieży 200.000 zł, jeżeli ten pierwszy popełni swoje przestępstwo w ramach czynu ciągłego, ze względu na obowiązywanie art. 57b k.k. Propozycja Ł. Pohla szła w podobnym kierunku, choć oczywiście rozwiązanie przyjęte w art. 57b k.k. jest bardziej represyjne.

Ponadto Profesor Łukasz Pohl zakwestionował moje porównanie czynu ciągłego z innymi przestępstwami wieloczynowymi, czy rozciągniętymi w czasie, argumentując że w przypadku tych grup czynów zabronionych dla przekroczenia normy sankcjonowanej konieczne jest podjęcie wielu zachowań (co zostaje uwzględnione w ramach ustawowego zagrożenia karą), natomiast w przypadku czynu ciągłego dochodzi do jej wielokrotnego przekroczenia¹⁶. Argument ten jest słuszny, aczkolwiek ma wyłącznie teoretyczne znaczenie i w żaden sposób nie podważa racji przedstawionych przeze mnie powyżej. O potrzebie zaostrenia kary może bowiem nie świadczyć wieloczynowość, ale chociażby sposób działania sprawcy, przejawiający się w intensywnym, ale jednorazowym ataku na dobro chronione prawem. Warto zauważyć, że na gruncie np. przestępstwa z art. 207 k.k. przyjmuje się, iż jest to przestępstwo wieloczynowe, które wyjątkowo może być popełnione jednym czynem, jeśli cechuje się tym, że jest rozciągnięty w czasie i jest intensywny¹⁷. Wydaje się, że o zaostreniu kary za przestępstwo wieloczynowe (niezależnie od tego, czy będące czynem ciągłym czy też nie) powinna decydować całościowa ocena stopnia społecznej szkodliwości czynu (art. 115 § 2 k.k.) uwzględnianego przy wymiarze kary, łącznie z innymi okolicznościami wpływającymi na ten proces (art. 53 k.k. i n.), a nie samodzielnie powtarzalność przestępczych zachowań. Mam poważne wątpliwości, czy stopień społecznej szkodliwości kradzieży 2.000 zł polegającej na popełnieniu czterech zachowań objętych ciągłością (art. 12 § 1 k.k.) jest wyższy niż jednokrotna kradzież 200.000 zł, nawet gdy i to pierwsze przestępstwo było z góry zaplanowane.

¹⁴ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 234.

¹⁵ Podobnie A. Barczak-Oplustil, W. Górowski, M. Iwański, M. Małecki, K. Mamak, S. Tarapata, W. Zontek, *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 12. posiedzeniu ustawy z dnia 4 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19* (druk senacki nr 142), <https://kipk.pl/dokumenty/opiniakk2020.pdf>, s. 31.

¹⁶ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 234–235; por. K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 224–225.

¹⁷ Zob. szerzej J. Jodłowski, *Komentarz do art. 207 [w:] Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, cz. I, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, tezy 16–16c.

Należy uściślić, że na gruncie art. 64 § 1 i 2 k.k. legislator traktuje recydywę jako podstawę zaostrenia kary, co nie wynika jednak z samej powtarzalności podjętych zachowań, ale z powrotu do przestępstwa, pomimo uprzedniego skazania za określone przestępstwo i po odbyciu odpowiedniego rozmiaru kary pozbawienia wolności, z czym powinno wiązać się należyte wdrożenie sprawcy do przestrzegania porządku prawnego. Oczywiście jest, że wykorzystanie instytucji recydywy specjalnej nie zależy od popełnienia przez sprawcę przestępstwa wieloczynowego, czy to jako uprzedniego, czy to jako podstawy stosowania art. 64 k.k. Podobnie w przypadku działania w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa (art. 65 § 1 k.k.) progresja karania nie leży w tym, że przestępcza struktura może zakładać wielokrotne popełnianie czynów zabronionych (wystarczające jest bowiem nawet popełnienie jednego przestępstwa, dla którego ta zorganizowana grupa lub związek zostały stworzone), ale właśnie w tym, iż sprawca funkcjonuje w grupie lub związku, który sam w sobie stwarza choćby potencjalne zagrożenie dla dóbr prawnych.

Autor artykułu polemicznego twierdzi, że akcentowanie jedynie rozmiaru szkody jednocześnie bagatelizuje fakt odgórnie zamierzonej przez sprawcę realizacji znamion czynu zabronionego, co może być odczytywane jako brak zaufania dla orzekającego sądu, który przecież potrafi dobrać odpowiednią i racjonalną sankcję¹⁸. Jednakże równie dobrze można twierdzić, że przejawem braku zaufania do organów orzekających jest zaostrenie zagrożenia karą, co na ogół wynika z przekonania, iż dotychczas stosowane sankcje są zbyt łagodne. Sąd, korzystając z instrumentów w zakresie wymiaru środków prawnokarnej reakcji ma szeroką swobodę, w ramach której oczywiście ma możliwość wymierzenia kary adekwatnej, niezależnie od przewidzianych instytucji obostrzenia kary. Tu jednak mówimy o płaszczyźnie stosowania prawa, na jakiej sąd jest w stanie ominąć lub wyprostować pewne niespójności, do jakich doszło na poziomie stanowienia prawa i jakich dotyczy niniejsza polemika. Nie jest bowiem celowe, zwłaszcza z ogólnoprewencyjnego punktu widzenia, by np. za kradzież środków pieniężnych w kwocie 2.000 zł, popełnioną w formie dwóch zachowań składających się na czyn ciągły, groziła kara surowsza (od 4 miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności) niż za oszustwo, którego przedmiotem jest mienie o wartości 200.000 zł (art. 286 § 1 k.k.). Do tego społeczna szkodliwość czynu popełnionego przez sprawcę – co do zasady – wynika w znacznie większym stopniu z wyrządzonej przez niego szkody, a nie z planowania zamachów na dobra prawne w dłuższym okresie. W odniesieniu do przestępstw przeciwko mieniu jest oczywiste, że z reguły popełnienie czynów, których przedmiotem jest mienie o wyższej wartości powinno skutkować wymiarem surowszych sankcji, niż w przypadku przestępstw skierowanych na mienie o wartości niższej. Dotyczy to nie tylko tego rodzaju przestępczości. Społeczna szkodliwość podanych przykładowo przez Profesora Ł. Pohla zachowań, polegających na kilkudziesięciu zgwałceniach małżonki przez sprawcę wynika przede wszystkim z tego, że sprawca kilkadziesiąt razy naruszył dobra prawne (w postaci np. wolności seksualnej i innych) pokrzywdzonej, a nie z tego, iż zaplanował takie postępowanie. Gdyby zaplanował popełnienie kilkudziesięciu czynów, z czego do skutku doszedłby tylko jeden

¹⁸ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 235, przypis 18.

z nich, a następnie zostałby zatrzymany przez policję, to społeczna szkodliwość odnosząca się do całokształtu jego przestępczej działalności byłaby znacznie niższa.

Profesor Łukasz Pohl stwierdził także, że nietrafny jest mój argument, iż nie jest uzasadnione wprowadzenie ograniczenia maksymalnego czasu popełnienia czynu ciągłego do 31 dni, ponieważ, jak stwierdził, abstrahuje to od wskazanej różnicy między pozornym zbiegiem czynów zabronionych a ich zbiegiem rzeczywistym¹⁹. Nie wskazuje jednak przy tym praktycznych argumentów przemawiających za proponowanym przez Niego rozwiązaniem. Sprawca może bowiem planować popełnianie kolejnych zachowań przestępczych, traktując je jako jedną „ciągłą” całość w dłuższym okresie, zaś wprowadzanie sztywnej granicy czasowej byłoby w tym przypadku sztuczne.

Co do różnicy pojęciowej pomiędzy „jednym czynem zabronionym” a „ciągłym czynem zabronionym”, to w odniesieniu do tego drugiego terminu Autor propozycji legislacyjnej stwierdził, że mamy tu do czynienia „z wielością czynów zabronionych, a nie z jednym czynem zabronionym”²⁰. *De lege lata* niepodważalny jest pogląd, że czyn ciągły stanowi jeden czyn zabroniony stanowiący jednolitą całość, podlegający osądowi jako jedno przestępstwo, pomimo że ontologicznie składa się z co najmniej dwóch zachowań²¹. Obecna formuła określona w art. 12 § 1 k.k. prowadzi do przekształcenia znamion typu czynu zabronionego w ten sposób, że z jednoczynowego staje się wieloczynowy²². Można zatem śmiało uznać, że to, iż w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia z wielością czynów zabronionych²³ w zupełności wynika z określonej w art. 12 § 1 k.k. przesłanki podjęcia dwóch lub więcej zachowań. Dlatego już obecnie tekst prawny należycie uwydatnia tę właściwość czynu ciągłego, bez potrzeby wprowadzania pojęcia „ciągłego czynu zabronionego”, który rodzi wątpliwości dotyczące chociażby tego, czy na gruncie czynu ciągłego nadal mielibyśmy do czynienia z jednym przestępstwem, czy też z ich wielością²⁴.

Ostatnią kwestią dotyczącą niniejszej polemiki jest charakter prawny proponowanego przez Profesora Ł. Pohla art. 12 § 2 k.k., który pełni tę samą funkcję co obecnie obowiązujący art. 57b k.k., przy czym ten drugi jest bardziej represyjny. Stwierdziłem, że art. 12 § 2 k.k. w wersji proponowanej przez Ł. Pohla nie stanowi podstawy nadzwyczajnego obostrzenia kary²⁵. Profesor Łukasz Pohl odpowiedział na to, że nigdzie nie stwierdził, by: „kompetencja do wymierzenia za czyn ciągły kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę

¹⁹ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 236.

²⁰ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 236.

²¹ Zob. wyroki Sądu Najwyższego (dalej SN): z 17.12.2002 r., IV KK 371/02, LEX nr 75504; z 15.09.2005 r., II KK 15/05, LEX nr 157549; z 21.10.2010 r., V KK 291/10, LEX nr 656486; z 9.06.2009 r., III KK 444/08, LEX nr 598176.

²² P. Kardas, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, cz. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, teza 10.

²³ Zwłaszcza, gdy przyjmujemy prezentowane przez Ł. Pohla założenie, że poszczególne zachowania objęte ciągłością muszą z osobna samodzielnie stanowić czyny zabronione (Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 234, przypis 14).

²⁴ Pozostaje również możliwość, że „ciągły czyn zabroniony” mieściłby się (jako pojęcie węższe) w zakresie dotychczasowego terminu „jednego czynu zabronionego” (art. 12 § 1 k.k.), aczkolwiek tego Ł. Pohl wprost nie wyraził. Wręcz przeciwnie, twierdzi On, że czyn ciągły to przypadek wielości, a nie jedności czynów zabronionych. Tu jednak należy uściślić, że jest to wielość (powtarzalność) nieprowadząca do przyjęcia wielości przestępstw.

²⁵ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 228.

była podstawą do nadzwyczajnego obostrzenia w rozumieniu k.k.²⁶. Argumentował również, że to oczywiste, iż art. 12 § 2 k.k. nie byłby podstawą nadzwyczajnego obostrzenia, tyle że: „Nie oznacza to jednak tego, by nie można było tu mówić o nadzwyczajnym obostrzeniu kary. Jest to jednak obostrzenie w innym znaczeniu, aniżeli w znaczeniu kodeksowym”²⁷. Ponadto odesłał do fragmentu podręcznika swojego autorstwa²⁸.

Problem jest w tym, że Profesor Ł. Pohl w istocie nie wyjaśnia przede wszystkim, czym różni się nadzwyczajne obostrzenie kary w znaczeniu kodeksowym od obostrzenia w innym znaczeniu²⁹. Budzi to zasadnicze wątpliwości, skoro proponowana treść art. 12 § 2 k.k. w zasadzie jest tożsama z zaostreniem kary na gruncie art. 91 § 1 k.k., który Ł. Pohl traktuje jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary³⁰. Inna rzecz, że pogląd Ł. Pohla jest w tym zakresie niekonsekwentny, ponieważ pomimo to, że traktuje ciąg przestępstw jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia, jednocześnie stwierdza, iż kary za ciąg nie można nadzwyczajnie złagodzić, ponieważ nie ma przepisu, który dawałby sądowi stosowną kompetencję³¹. Tyle że żaden przepis nie przyznaje sądowi wprost kompetencji do np. nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec multirecydywisty (art. 64 § 2 k.k.), a i tak jest oczywiste, że sąd może to uczynić (art. 57 § 2 k.k.). Akceptacja odmiennego poglądu rodziłaby problemy w sytuacji, gdy sprawca w odniesieniu do całego ciągu spełnił przesłanki obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. art. 60 § 3 k.k.).

Abstrahując od powyższego, nie można zgodzić się z poglądem Profesora Ł. Pohla co do pojęcia nadzwyczajnego obostrzenia kary. Według Niego z nadzwyczajnym obostrzeniem kary będziemy mieli – co do zasady – do czynienia, gdy sąd może orzec karę wyższą od dolnej granicy kary grożącej, co prowadzi go do wniosku, że podstawą nadzwyczajnego obostrzenia jest np. kara łączna³². Przede wszystkim o nadzwyczajnym obostrzeniu kary należy mówić wtedy, gdy sąd może lub musi wymierzyć w karę wyższą, niż górna granica ustawowego zagrożenia lub też ustawa ograniczyła możliwość wykorzystania pełnego przedziału tego zagrożenia³³. Z tej perspektywy ani ciąg przestępstw³⁴, ani tym bardziej kara łączna nie stanowią nadzwyczajnego obostrzenia kary, ale szczególne instytucje związane z wymiarem kary w przypadku realnego zbiegu przestępstw.

Zaistnienie przesłanki nadzwyczajnego obostrzenia kary powinno zawsze prowadzić do (przynajmniej potencjalnego) pogorszenia sytuacji prawnej sprawcy. W zakresie kary łącznej, dostrzegając represyjny charakter art. 86 § 1a i art. 88 zd. 2 k.k., należy uznać, że – co do zasady – jej mechanizm może nie tylko nie pogarszać sytuacji sprawcy, ale ją wręcz polepszać. Skoro karę łączną wymierza się w granicach powyżej najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy

²⁶ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 236–237.

²⁷ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 237, przypis 24.

²⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 529–530.

²⁹ Wymieniony fragment podręcznika autorstwa Ł. Pohla dotyczy „przypadków nadzwyczajnego obostrzenia kary w polskim prawie karnym” bez rozróżnienia, czy chodzi o obostrzenie kodeksowe czy niekodeksowe.

³⁰ Ł. Pohl, *Art. 91 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, nb 13.

³¹ Ł. Pohl, *Art. 91 [w:] Kodeks...*, nb 13; zob. też Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 270–273.

³² Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 529–530.

³³ Zob. R. Kokot, *Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2009/25, s. 119–120; J. Raglewski, *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*, Kraków 2008, s. 55.

³⁴ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 227.

(art. 86 § 1 k.k.), to jest jasne, że w najgorszym razie sprawca będzie miał do odbycia taką karę jaką by odbywał bez zastosowania instytucji kary łącznej. Nadzwyczajne obostrzenie kary na tym nie polega. Wystarczy spojrzeć na typowe instytucje związane z obostrzeniem kary, określone w art. 57a § 1, art. 64 § 1 i 2 oraz art. 65 § 1 k.k. W tych przypadkach sprawcy za popełnienie pojedynczego przestępstwa grozi surowsza dolegliwość³⁵ niż ta, która wynikałaby ze zwyczajnego wymiaru kary, co uwarunkowane jest wystąpieniem szczególnych okoliczności związanych z czynem (np. występki o charakterze chuligańskim) lub osobą sprawcy (np. recydywa).

Powyższe ustalenia warto odnieść do obecnie obowiązującego art. 57b k.k., który realizuje te same założenia, co zaproponowany przez Profesora Ł. Pohla art. 12 § 2 k.k.³⁶ Należy powtórzyć, że w stosunku do poprzedniego stanu prawnego ta regulacja stanowi zmianę na niekorzyść sprawców czynu ciągłego³⁷, ponieważ nakazuje wymierzyć karę w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia i zezwala na wymierzenie jej do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Jeżeli sprawca popełnił czyn ciągły obejmujący kradzieże (art. 278 § 1 k.k.), to w poprzednim stanie prawnym groziła mu kara od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności, a *de lege lata* od 4 miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności.

Na marginesie trzeba uwzględnić, że konstrukcja art. 57b k.k. może znaleźć zastosowanie w sprawach, w których spełnione byłyby również przesłanki art. 37a i art. 37b k.k. pozwalające na uelastycznienie wymiaru kary stosownie dla konkretnego przypadku. W poprzednim stanie prawnym nie budziło wątpliwości, że oba te przepisy mogą być stosowane (pod warunkiem spełnienia określonych w nich przesłanek) do przestępstw w formie czynu ciągłego. Obecnie, z uwagi na nakaz wymierzenia kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, stosowanie tych dwóch przepisów zostało istotnie ograniczone. Skoro funkcją art. 37a k.k.³⁸

³⁵ Przejawiająca się np. w swoistym zakazie wymierzenia kary w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 57a § 1, art. 64 § 2, art. 65 § 1 k.k.) bądź możliwości wymierzenia jej powyżej górnej granicy (art. 64 § 1 i 2, art. 65 § 1 k.k.).

³⁶ Przy czym – jak już wspomniano – art. 57b k.k. idzie znacznie dalej, co nie znajduje należytego uzasadnienia, nawet przy zaakceptowaniu twierdzenia, że w tym przypadku mamy do czynienia z powtarzalnością przestępczych zachowań wynikającą z realizacji z góry powziętego zamiaru świadczącego o planowaniu działalności niepożądananej z punktu widzenia obowiązującego porządku prawnego. Należy się zgodzić z I. Zgolińskim, *Komentarz do art. 57b [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, teza 2, że: „Górna granica sankcji za przestępstwo popełnione w warunkach art. 12 k.k. została podwyższona w sposób bardzo znaczący – do podwójnej wysokości. Wypada stanąć na stanowisku, że jest to granica nieproporcjonalna, zbyt wygórowana i nieznajdująca zastosowania do żadnej innej kategorii sprawców. W pryzmacie systemowym należy wskazać, że kodeks nawet wobec multirecydywistów, osób, które z popełniania przestępstw uczyniły sobie stałe źródło dochodu, sprawców działających w zorganizowanych grupach lub związkach przestępczych czy sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym przewiduje zwiększenie górnej granicy ustawowego zagrożenia zaledwie o połowę” (podobnie V. Konarska-Wrzošek, *Art. 57b [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, nb 5). Świadczy to o niezachowaniu spójności wewnątrz Kodeksu karnego przy wprowadzaniu art. 57b k.k. Zob. również szeroką krytykę omawianej regulacji ze strony A. Barczak-Oplustil, W. Górowskiego, M. Iwańskiego, M. Małeckiego, K. Mamaka, S. Tarapaty, W. Zontka, *Opinia...*, s. 28–34.

³⁷ Dostrzeżono to już w orzecznictwie, zob. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8.10.2020 r., III K 562/19, *Legalis* nr 2495229.

³⁸ Należy dodać, że w związku z wejściem w życie ustawy z 19.06.2020 r. przepis ten uległ istotnym zmianom. Po pierwsze, art. 37a k.k. może mieć zastosowanie jedynie do przestępstw zagrożonych sankcją prostą składającą się wyłącznie z kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej 8 lat (wykluczono sankcje alternatywne i alternatywno-kumulatywne). Po drugie, wymiar kary wolnościowej na podstawie tej regulacji zależy od uprzedniego ustalenia przez sąd, że wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku, co prowadzi do wniosku, że aby zastosować art. 37a k.k. sąd powinien najpierw uznać, iż adekwatną karą jest kara pozbawienia wolności nieprzekraczająca roku. Po trzecie, art. 37a § 1 k.k. wprowadził dolne progi grzywny i ograniczenia wolności (odpowiednio 100 stawek dziennych i 3 miesiące; w poprzednim stanie prawnym progi te ustalano na zasadach ogólnych – 10 stawek dziennych i 1 miesiąc).

jest wprowadzenie możliwości wymiaru kar nieizolacyjnych przy zagrożeniu karą pozbawienia wolności, a art. 57b k.k. nakazuje wymierzyć karę izolacyjną powyżej ustawowego minimum, to jest jasne, że art. 37a k.k. nie znajdzie zastosowania, gdy przestępstwo zostało popełnione w formie czynu ciągłego i jest zagrożone karą pozbawienia wolności jako karą najłagodniejszą. W sytuacji, gdy dolną granicę stanowi kara nieizolacyjna (np. art. 157 § 2 k.k.) nie ma z kolei potrzeby stosowania art. 37a k.k., skoro kara wolnościowa może zostać wymierzona na podstawie samego przepisu typizującego³⁹. Co do art. 37b k.k., jeżeli dolną granicę stanowi miesiąc pozbawienia wolności (np. art. 160 § 1 k.k.), to wymierzenie sekwencji kar ograniczenia wolności i pozbawienia wolności jest formalnie dopuszczalne pod warunkiem, że kara izolacyjna w ramach sekwencji będzie dłuższa niż miesiąc. Jeśli jednak dolna granica jest wyższa, wówczas z uwagi na to, że jednocześnie spełnienie przesłanek art. 37b i 57b k.k. nie będzie możliwe i pierwszeństwo będzie miał ten drugi przepis z uwagi na jego obligatoryjny charakter w zakresie wymiaru kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Jeżeli dolną granicę będzie stanowił kara nieizolacyjna, to nie będzie formalnych przeszkód co do stosowania art. 37b k.k.

Podobnie jak w kontekście propozycji Profesora Ł. Pohla, tak i co do art. 57b k.k. należy postawić pytanie: jaki jest charakter prawny wprowadzonej regulacji, w szczególności, czy stanowi ona kolejną podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary, co – w przypadku odpowiedzi twierdzącej – pozwalałoby na wymierzanie za czyn ciągły kary powyżej 15 lat pozbawienia wolności (art. 37 i 38 § 2 k.k.). Na wstępie należy jednak rozstrzygnąć, czy art. 57b k.k. stanowi konstrukcję samodzielną, czy jest to nowy element instytucji czynu ciągłego określonej w art. 12 § 1 k.k. Innymi słowy, czy art. 57b k.k. miałby być podstawą nadzwyczajnego obostrzenia samoistnie, czy też taką podstawą miałby się stać czyn ciągły, zaś art. 57b k.k. określałby jego nową konsekwencję w postaci zaostrenia kary. W tym drugim przypadku czyn ciągły byłby nie tylko instytucją redukcyjną na płaszczyźnie elementów odpowiedzialności karnej, ale także modyfikatorem sankcji.

Po czwarte, sankcji wolnościowej musi towarzyszyć orzeczenie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przypadku. Po piąte, dodany art. 37a § 2 k.k. przewiduje wyłączenie art. 37a § 1 k.k. odnośnie do sprawców działających w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. Jak wynika z powyższego, instytucja z art. 37a k.k. uległa istotnym zawężeniom podmiotowym i przedmiotowym (co stało się przedmiotem krytyki V. Konarskiej-Wrzošek, *Komentarz do art. 37a [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, teza 1), a do tego przewiduje wyższy stopień represji niż w poprzednim stanie prawnym. Biorąc pod uwagę, że dla zastosowania art. 37a k.k. konieczne jest poczynienie przez sąd konkretnych ustaleń co do rodzaju i rozmiaru kary, którą zamierza wymierzyć, a także co do osoby sprawcy (ustalenie, czy nie mieści się w kategoriach wymienionych w art. 37a § 2 k.k.), trzeba uznać, że *de lege lata* art. 37a k.k. stanowi dyrektywę sądowego wymiaru kary, ponieważ jej zastosowanie możliwe jest dopiero po analizie okoliczności (w tym również nienależących do znamion czynu zabronionego) konkretnej sprawy, związanej z popełnieniem przestępstwa przez indywidualnego sprawcę. Nie jest wystarczające samo stwierdzenie, że dany sprawca popełnił przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat (jak było w poprzednim stanie prawnym, por. K. Kmąk, *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2018/10, s. 106–108); zob. też J. Kosonoga-Zygmunt, *Art. 37a [w:] Kodeks...*, tezy 1–2.

³⁹ Zob. też I. Zgoliński, *Komentarz do art. 57b [w:] Kodeks...*, teza 2; V. Konarska-Wrzošek, *Art. 57b [w:] Kodeks...*, nb 4. W takich przypadkach obostrzenie w zakresie dolnej granicy ustawowego zagrożenia będzie odnosić się jedynie do kary najłagodniejszej w tym zagrożeniu. Z kolei obostrzenie w zakresie górnej granicy będzie dotyczyć wszystkich rodzajów kar występujących w zagrożeniu (art. 38 § 1 k.k.). Przykładowo wymogi art. 57b k.k. zostaną wtedy spełnione, jeśli za przestępstwo z art. 157 § 2 w zw. z art. 12 § 1 k.k. sąd wymierzy karę 1 miesiąca pozbawienia wolności. Należy przy tym podkreślić, że art. 38 § 1 k.k. nie dotyczy przypadków nadzwyczajnego obostrzenia polegającego na wymiarze kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a odnosi się jedynie do „nadzwyczajnego obostrzenia górnej granicy ustawowego zagrożenia”.

Wydaje się, że wydzielenie podstawy zaostrenia kary do odrębnego przepisu jest wyłącznie kwestią techniki legislacyjnej. Podkreślenia wymaga, że art. 57b k.k. nie wprowadza żadnych przesłanek jego stosowania poza skazaniem za przestępstwo określone w art. 12 § 1 k.k. Innymi słowy, ilekroć sąd stwierdza, że sprawca popełnił przestępstwo polegające na czynie ciągłym, tylekroć aktualizuje się obowiązek zastosowania art. 57b k.k. To nakazuje traktować art. 57b k.k. jako element konstrukcji czynu ciągłego, co prowadzi do wniosku, że za podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary należałoby traktować sam czyn ciągły, a nie tylko art. 57b k.k.

Powyższe ustalenie naturalnie prowadzi do konieczności rozstrzygnięcia problemu, czy *de lege lata* czyn ciągły (art. 12 § 1 w zw. z art. 57b k.k.) rzeczywiście stanowi podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary. Nie powtarzając poprzednio przedstawionych argumentów⁴⁰, należy stwierdzić, że art. 57b k.k. może, ale nie musi, prowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej sprawcy, ale nie w każdym przypadku⁴¹. Tymczasem niezbędną cechą instytucji nadzwyczajnego obostrzenia kary jest to, że zawsze pozwala lub nakazuje zastosować surowsze konsekwencje prawnokarne niż ma to miejsce przy zwyczajnym wymiarze kary. Przykładowo im więcej zachowań objętych ciągłością, tym art. 57b k.k. działa dla sprawcy korzystniej niż bez zastosowania czynu ciągłego. Obowiązek wymiaru kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia *prima facie* jawi się jako istotne zintensyfikowanie represji. Efekt ten doznaje jednak istotnego osłabienia, jeśli spojrzymy na obecną treść art. 86 § 1 k.k., która jako dolną granicę kary łącznej przyjmuje karę wyższą niż kara najsurowsza spośród kar podlegających łączeniu. Tym samym, bez zastosowania czynu ciągłego, wymierzenie kar w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia za dwa czyny i tak w przypadku kary łącznej prowadziłoby do wymiaru sankcji przekraczającej dolną granicę granicę ustawowego zagrożenia (a jeśli nie byłoby przesłanek do wymierzenia kary łącznej, obie kary podlegałyby odrębnemu wykonaniu, co również byłoby dla sprawcy mniej korzystne niż konstrukcja art. 12 § 1 w zw. z art. 57b k.k.).

Pomijając powyższe rozważania, i traktując czyn ciągły jako nadzwyczajne obostrzenie kary w rozumieniu art. 38 § 2 k.k., doszłoby do wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, co w prawie karnym jest niedopuszczalne. Jest bowiem oczywiste, że np. w razie popełnienia dwóch zachowań realizujących znamiona kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.) sprawcy grożą dwie kary po 10 lat pozbawienia wolności. W poprzednim stanie prawnym, jeśli te zachowania byłyby objęte ciągłością, to sprawcy groziłaby jedna kara od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Obecnie, dopuszczając stosowanie art. 38 § 2 k.k., grozi mu kara do 20 lat pozbawienia wolności (podwójna wysokość górnej granicy zagrożenia), a nie do 15 lat pozbawienia wolności (art. 37 k.k.). Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej wątpliwości co do charakteru prawnego art. 12 § 1 w zw. z art. 57b k.k. na płaszczyźnie wymiaru kary, należy uznać, że czyn ciągły *de lege lata* nie stanowi podstawy nadzwyczajnego obostrzenia kary, a jedynie zaostrenie na gruncie

⁴⁰ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 227, przypis 29.

⁴¹ Z pogorszeniem sytuacji prawnej sprawcy będziemy mieli do czynienia w przypadku objęcia ciągłością zachowań, które z osobna stanowią wykroczenia. W przypadku czynu ciągłego złożonego z kilku zachowań, które z osobna stanowiłyby przestępstwa, sprawca jest jednak premiowany w porównaniu do sytuacji, w której te zachowania podlegałyby odrębnej prawnokarnej ocenie.

zwyczajnego wymiaru kary. Tym samym w przypadku zbiegu art. 57b k.k. z podstawą nadzwyczajnego złagodzenia kary nie jest dopuszczalne stosowanie art. 57 § 2 k.k.⁴² Aby ten stan prawny uległ zmianie, konieczne byłoby zamieszczenie w art. 57b k.k. stosownej klauzuli, np. „Art. 38 § 2 k.k. stosuje się”. Wówczas sam legislator przesądziłby charakter prawny art. 57b k.k.⁴³ Należy przy tym dodać, że przyjęty punkt widzenia pozwala osłabić represyjność art. 57b k.k., która w pewnych przypadkach mogłaby prowadzić do rozwiązań zupełnie dysfunkcyjnych⁴⁴.

Summary

Krzysztof Kmak, *Imposing Stricter Penalties for Continuing Offences* (Response to Professor Łukasz Pohl)

The article is a response to the polemical remarks by Professor Łukasz Pohl in reference to his proposal of amendment to Article 12 of the Penal Code. The text focuses on the issue of imposing a stricter penalty for a continuing offence, as implemented by Article 57b of the Criminal Code enacted in June 2020. In the opinion of the author, this provision envisages a stricter criminal repression for perpetrators of a continuing offence, but it is not yet another Criminal Code-based ground of an extraordinary aggravation of penalty.

Keywords: criminal law, continuing offence, extraordinary aggravation of penalty

Streszczenie

Krzysztof Kmak, *O zaostreniu kary za czyn ciągły* (odpowiedź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)

Artykuł stanowi odpowiedź na uwagi polemiczne Profesora Łukasza Pohla dotyczące Jego propozycji nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego. Opracowanie koncentruje się na zagadnieniu zaostrenia wymiaru kary za czyn ciągły, co urzeczywistnia wprowadzony w czerwcu

⁴² Odmienne I. Zgoliński, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, teza 2, V. Konarska-Wrzošek, Art. 57b [w:] *Kodeks...*, nb 5 i A. Barczak-Oplustil, W. Górski, M. Iwański, M. Malek, K. Mamak, S. Tarapata, W. Zontek, *Opinia...*, s. 6, którzy traktują art. 57b k.k. jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary. Nie oznacza to, że od czasu wprowadzenia art. 57b k.k. wykluczone jest nadzwyczajne złagodzenie kary za czyn ciągły. Już przed zmianą stanu prawnego przyjmowano, że dla zastosowania regresji karania konieczne jest, aby przesłanki podstawy złagodzenia kary z art. 60 § 3 k.k. zostały spełnione w odniesieniu do całego czynu ciągłego (zob. uchwała SN z 29.10.2002 r., I KZP 30/02, LEX nr 55482; podobnie wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Lublinie z 11.04.2001 r., II AKa 219/00, LEX nr 50210; postanowienie SN z 12.11.2002 r., III KKN 232/00, LEX nr 56066). Analogicznie przyjmowano w odniesieniu do nadzwyczajnego złagodzenia kary za ciąg przestępstw (zob. np. P. Kardas, *Ciąg przestępstw w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, „Palestra” 2015/7–8, s. 105; J. Raglewski, *Model...*, s. 108–109; K. Daszkiewicz, *Kary za przestępstwa ciągłe i ciągi przestępstw*, „Prokuratura i Prawo” 2000/5, s. 28; wyrok SA w Krakowie z 18.07.2002 r., II AKa 166/02, LEX nr 74902). Jednakże trzeba mieć na uwadze, że w konkretnej sytuacji (choć raczej wyjątkowej), natężenie okoliczności łagodzących się tylko do niektórych zachowań może być na tyle wysokie, że kara w dolnej granicy byłaby niewspółmiernie surowa, biorąc pod uwagę dyrektywy wymiaru kary (dostrzegł to poniekąd SA w Katowicach w wyroku z 22.11.2001 r., II AKa 400/01, LEX nr 56726). W grę może wtedy wchodzić art. 60 § 2 k.k.

⁴³ Co nie byłoby do końca zgodne z (przedstawionym powyżej) doktrynalnym rozumieniem pojęcia nadzwyczajnego obostrzenia kary.

⁴⁴ Przykładowo multirecydywiście popełniającemu przestępstwo z art. 282 k.k. grozi kara od roku i miesiąca do 15 lat pozbawienia wolności. Jeżeli potraktujemy art. 57b k.k. jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary, to sprawcy (również niekaranemu) kradzieży z włamaniem popełnionej w ramach czynu ciągłego (art. 279 § 1 w zw. z art. 12 § 1 k.k.) grozi kara od roku i miesiąca do 20 lat pozbawienia wolności, a sprawcy oszustwa popełnionego w formie czynu ciągłego (art. 286 § 1 w zw. z art. 12 § 1 k.k.) – kara od 7 miesięcy do 16 lat pozbawienia wolności.

2020 r. art. 57b k.k. W przekonaniu autora przepis ten stanowi zaostrezenie represji karnej dla sprawców czynu ciągłego, ale nie jest kolejną kodeksową podstawą nadzwyczajnego obostrzenia kary.

Słowa kluczowe: prawo karne, czyn ciągły, nadzwyczajne obostrzenie kary

Literatura:

1. Barczak-Oplustil A., Górowski W., Iwański M., Małecki M., Mamak K., Tarapata S., Zontek W., *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 12. posiedzeniu ustawy z dnia 4 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 (druk senacki nr 142)*, <https://kipk.pl/dokumenty/opiniakk2020.pdf>
2. Daszkiewicz K., *Kary za przestępstwa ciągle i ciągi przestępstw*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 5.
3. Jodłowski J., *Komentarz do art. 207 [w:] Kodeks karny. Część szczególna, t. II, cz. I, Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
4. Kardas P., *Ciąg przestępstw w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 20 lutego 2015 r.*, Palestra 2015, nr 7–8.
5. Kardas P., *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Część ogólna, t. I, cz. I, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
6. Kardas P., *Problem reakcji na tzw. czyny przepolowane w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 3.
7. Kmąk K., *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43.
8. Kmąk K., *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 10.
9. Kokot R., *Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2009, t. 25.
10. Konarska-Wrzošek V., *Art. 57b [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
11. Konarska-Wrzošek V., *Komentarz do art. 37a [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020.
12. Kosonoga-Zygmunt J., *Art. 37a [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
13. Pohl Ł., *Art. 91 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
14. Pohl Ł., *Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43.
15. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
16. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37.
17. Raglewski J., *Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym)*, Kraków 2008.
18. Zgoliński I., *Komentarz do art. 57b [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020.

Łukasz Pohl*

Ponownie w sprawie czynu ciągłego (replika na kolejne uwagi Krzysztofa Kmąka)**

Ujęcie czynu ciągłego we współczesnym polskim prawie karnym¹ jest od wielu lat przedmiotem ożywionej dyskusji naukowej. Spory, które mają w niej miejsce, dotyczą przy tym niemal wszystkich aspektów tego ujęcia. Przedmiotem wielostronnej wymiany zdań są tu bowiem zarówno założenia rzeczzonej konstrukcji², jak i jej jurydyczne składniki³ oraz prawne konsekwencje⁴. Będąc przekonany o niepełnej adekwatności rzeczzonego ujęcia, wystąpiłem – na łamach „Prawa w Działaniu” – z propozycją pewnej jego zmiany⁵. Postulowana przeze mnie zmiana odnosiła się w istocie do czterech spraw. W ramach pierwszej z nich zaproponowałem, aby z warunku krótkich odstępów czasu przejść na wymóg krótkiego odstępu czasu. Uznałem bowiem, że obecna formuła tego warunku (przyjęta bowiem w przepisie określającym warunki czynu ciągłego⁶) aksjologicznie kłóci się z przypisaną tej konstrukcji konsekwencją na polu kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego – konsekwencją w postaci wyznaczenia granic

* Prof. dr hab. Łukasz Pohl, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, Polska, ORCID: 0000-0003-0530-1569, e-mail: lukasz.pohl@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 12.07.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 18.08.2021 r.

¹ Mówiąc o współczesnym polskim prawie karnym mam na myśli zarówno obecnie obowiązujący stan prawny, jak i ten, który obowiązywał przed wejściem w życie nowelizacji z 19.06.2020 r.

² Pierwszoplanowym z nich jest to, czy w przypadku owej konstrukcji mamy do czynienia ze specyficznym typem czynu zabronionego, którego specyfika nakazywałaby pozycjonować ją w obrębie struktur przynależnych do pozornego zbiegu przestępstw, czy – odmiennie – że jest ona konstrukcją opartą na wielości czynów zabronionych, a więc tworem będącym szczególną odmianą rzeczywistego zbiegu przestępstw.

³ W tym zakresie przedmiotem polemiki jest apragmatycznie rozumiana wykładnia poszczególnych warunków konstytuujących pojęcie czynu ciągłego. Przypomnijmy, że za szczególnie wyraźne uchodzą tu przede wszystkim spory o to, jakim warunkom odpowiadać mają zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego. Wystarczy však wspomnieć, że nie ma zgody w doktrynie prawa karnego ani co do tego, czy każde ze wspomnianych zachowań musi być czynem zabronionym, ani co do tego, czy każde z nich musi wypełniać znamiona tego samego typu czynu zabronionego – nt. wskazanych kwestii zob. w szczególności Ł. Pohl, *Czy w skład czynu ciągłego wchodzić mogą zachowania niejednorodne?*, „Państwo i Prawo” 2021/4, s. 134 i n. oraz podana tam dalszą literaturę przedmiotu.

⁴ Na szczególną uwagę zasługuje tu zwłaszcza spór o adekwatny w przypadku czynu ciągłego kształt sankcji. Jedni uważają bowiem, że kara grożąca za popełnienie wskazanego czynu powinna pokrywać się z zakresem wyznaczonym granicami ustawowego zagrożenia zaprojektowanego dla typu czynu zabronionego, którego znamiona realizuje zachowanie będące składową czynu ciągłego, a inni – że kara ta, właśnie z racji występującej tu ciągłości, powinna być surowsza; aczkolwiek odnotujmy przy tym od razu, że zwolennicy kary surowszej nie są przy tym jednomyślni co do tego, jak powinny być usytuowane granice tej kary. Niektórzy z nich uważają, iż obostrzeniu powinna ulegać jedynie górna granica wskazanego wyżej zagrożenia, a inni – że także dolna jego granica.

⁵ Zob. Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 108 i n.

⁶ Jak wiadomo, w obecnym stanie prawnym przepisem tym jest przepis art. 12 § 1 Kodeksu karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 – dalej k.k.).

tej kary wyłącznie granicami kary grożącej za popełnienie czynu zabronionego będącego składową czynu ciągłego⁷. Z propozycją powyższej modyfikacji związana była też rekomendacja, aby zdefiniować w Kodeksie karnym pojęcie krótkiego odstępu czasu. Zaproponowałem, aby był to okres nieprzekraczający trzydziestu jeden dni, mając oczywiście pełną świadomość wad wynikających z przyjęcia sztywnego i arbitralnego zarazem rozstrzygnięcia. Doszedłem jednak do wniosku, że znacznie poważniejszą wadą jest brak w k.k. definicji pojęcia krótkiego odstępu czasu, bo w sposób ewidentny gubi on pewność prawa, a w razie daleko idącej niejednorodności praktyki interpretacyjnej generuje w pełni zasadne wątpliwości co do tego, czy przez deficytowe w tym zakresie prawo spełniany jest wówczas konstytucyjny standard równości. Trzecią proponowaną przeze mnie nowością było wprowadzenie do warstwy deskryptywnej przepisu określającego warunki czynu ciągłego wyrażenia „ciągły czyn zabroniony”. Za pomocą tego określenia chciałem bowiem wyeksponować okoliczność, że w przypadku czynu ciągłego nie mamy w istocie do czynienia z typem czynu zabronionego, lecz z układem rzeczywistej wielości czynów zabronionych⁸, a więc ze szczególnym przypadkiem rzeczywistego zbiegu przestępstw⁹ – szczególnym, bo niezwiązanym z konsekwencją w postaci kary łącznej. Wreszcie ostatnia z proponowanych przeze mnie zmian dotyczyła zakresu kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego. W tym zakresie zaproponowałem, aby zakres ten mieścił się w przedziale od dolnej granicy ustawowego zagrożenia sprzężonego z typem czynu zabronionego, którego znamiona wypełnia każde z zachowań składających się na czyn ciągły, do górnej granicy tego zagrożenia zwiększonej o połowę.

⁷ W obecnym stanie prawnym – za sprawą wzmiankowanej już nowelizacji z 19.06.2020 r. – konsekwencja ta przedstawia się inaczej, gdyż aktualnie – zgodnie z określającym jej kształt przepisem art. 57b k.k. – „Skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia”. Bez wątpienia nowe granice kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego lepiej korespondują z jego strukturą, wyrażającą się w intencjonalnie zrealizowanej przez sprawcę takiego czynu wielości czynów zabronionych. Można wręcz rzec, że korespondencja ta jest na tyle adekwatna, iż w sporym zakresie eliminuje potrzebę postulowanej przeze mnie zmiany. Niemniej jednak wyraźnie muszę podkreślić, że i nowy kształt kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego nie usuwa wszystkich mankamentów wynikających z przyjęcia warunku krótkich odstępów czasu. Nie sposób bowiem uznać, że obecny zakres owej kary jest w pełni odpowiedni dla tych przypadków czynu ciągłego – przypadków, chciałoby się powiedzieć szczególnych – które charakteryzują się tym, że popełniane są poprzez dziesiątki zachowań składowych realizowanych przez podmiot czynu ciągłego na przestrzeni wielu lat. I właśnie ta okoliczność sprawia, że pomimo aprobaty co do kierunku przyjętej przez ustawodawcę zmiany (kierunku pozwalającego na wymierzenie sprawcy czynu ciągłego kary w wysokości przekraczającej górną granicę ustawowego zagrożenia) nadal obstaję przy rekomendowanej przeze mnie propozycji odejścia od warunku krótkich odstępów czasu na rzecz zastąpienia go formułą krótkiego odstępu czasu, a więc formułą ograniczającą konstrukcję czynu ciągłego do układu, kiedy to krótki odstęp czasu zachodzi pomiędzy pierwszym i ostatnim zachowaniem wchodzącym w skład rzeczonego czynu. Uzupełniając te dodam, że proponowane przeze mnie ujęcie ma – w moim przekonaniu – tę przewagę nad obecnym, że nie eliminuje ono możliwości wystąpienia zbiegu czynów ciągłych, z którym – w mojej ocenie – mamy właśnie do czynienia w przypadku wspomnianych szczególnych przypadków czynu ciągłego. Jest to istotne, bo – co nie powinno ulegać wątpliwości – przyjęty w k.k. model kary łącznej pozwala adekwatniej dobrać kary dla wzmiankowanych szczególnych przypadków czynu ciągłego (zbiegu czynów ciągłych) od uformowanego w art. 57b k.k. zakresu kary grożącej za popełnienie owego czynu.

⁸ O tym, że czyn ciągły nie jest typem czynu zabronionego przesądza okoliczność, iż norma, która wyznacza granice jego karalności, nie jest normą sankcjonującą, bo swoim obowiązkiwaniem nie przesądza ona o obowiązkiwaniu żadnej normy sankcjonowanej. Inaczej rzecz ujmując, o tym, że czyn ciągły nie jest typem czynu zabronionego przesądza fakt, iż konstrukcja czynu ciągłego w żadnym razie nie poszerza zakresu karyminalizacji. Zresztą będzie jeszcze mowa o tej kwestii w dalszej części niniejszego artykułu.

⁹ W innym miejscu starałem się z kolei wykazać, że wielość, jaka ma tu miejsce, jest wielością przekroczeń – co do zasady – tej samej normy sankcjonowanej, a więc sytuacją, kiedy to sprawca swoimi zachowaniami każdorazowo wypełnia znamiona – co do zasady – tego samego typu czynu zabronionego – zob. Ł. Pohl, *Czyn w skład...*, s. 134 i n.

Do powyższych zmian – na łamach „Prawa w Działaniu” – twórczo i interesująco odniósł się Krzysztof Kmąk¹⁰, na którego uwagi następnie i ja odpowiedziałem, podtrzymując wcześniej wyrażone stanowisko¹¹.

Ostatnia z moich wypowiedzi sprowokowała mojego polemistę do kolejnej wypowiedzi¹². Ze względu na wagę podejmowanych w niej zagadnień, krótko się do niej ustosunkuję, ograniczając się – rzecz jasna – do kwestii najistotniejszych. Poniższe uwagi będą też zarazem ostatnią moją repliką na uwagi mojego rozmówcy.

I tak, polemikę otwiera passus, w którym jej autor stwierdza, że: „Wypada rozpocząć od wyjaśnienia pewnego nieporozumienia. Otóż Ł. Pohl stwierdził, iż moje uwagi dotyczące potencjalnych absurdalnych sytuacji związanych ze stosowaniem instytucji czynu ciągłego, których moim zdaniem nie usuwa proponowana modyfikacja wymiaru kary, nie odnoszą się do proponowanej przez Niego zmiany, zgodnie z którą wszystkie zachowania objęte ciągłością mają być popełnione w krótkim odstępie czasu. Napisałem bowiem, że również na gruncie proponowanego art. 12 § 1 k.k. może dojść do częściowej bezkarności sprawcy w przypadku, gdy w okresie 31-dniowym sprawca popełni cztery zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.) na szkodę tej samej osoby lub dopuści się 31 włamań (art. 279 § 1 k.k.). Chodzi o to, że nawet przy zaostrzeniu sankcji proponowanym przez Ł. Pohla nie można uniknąć pewnych niekonsekwencji czy swoistego złagodzenia kary w porównaniu do sytuacji, w której poszczególne zachowania sprawcy byłyby poddawane odrębnej prawnokarnej ocenie”¹³. Ustosunkowując się do przytoczonej opinii, wypada mi jedynie stwierdzić, że w pełni podtrzymuję wyrażone wcześniej stanowisko. Wskazane wyżej uwagi polemisty w żadnym bowiem stopniu nie odnoszą się do proponowanej przeze mnie zmiany, wyrażającej się w przejściu na formułę krótkiego odstępu czasu, a dotyczą – jak zresztą już o tym pisałem – innej kwestii, mianowicie poszukiwania adekwatnego kształtu sankcji za popełnienie czynu ciągłego¹⁴. Autor polemizuje tu bowiem w istocie odnośnie do innej sprawy, wyraźnie akcentując, że i na gruncie proponowanego przeze mnie ujęcia owej sankcji może dojść – używając Jego słów – do częściowej bezkarności sprawcy¹⁵. Pomijając już niefortunność owego wyrażenia¹⁶, raz jeszcze należy zatem powtórzyć, że tak sformułowana krytyka owego ujęcia zaskakuje, gdy formułuje się ją w warunkach równoczesnej aprobaty dla alternatywnego i zarazem poprzednio obowiązującego ujęcia, zgodnie z którym granice ustawowego zagrożenia są wystarczającym rozmiarem kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego¹⁷.

¹⁰ Zob. K. Kmąk, *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 222 i n.

¹¹ Zob. Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 230 i n.

¹² Zob. K. Kmąk, *O zaostrzeniu kary za czyn ciągły (odpowiedź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)*, „Prawo w Działaniu” 2021/47, s. 187 i n.

¹³ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 188.

¹⁴ Zob. Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 231 i n.

¹⁵ Zob. K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224, a także K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 188.

¹⁶ O niefortunności tego określenia przesądzą względy logiczne. Słowo „bezkarność” jest bowiem w istocie nazwą negatywną w stosunku do nazw wskazujących na sytuację podlegania karze, a więc nazwą, która za sprawą zachodzącego między nią a rzeczonymi nazwami stosunku sprzeczności nieodmiennie wskazuje na sytuację niepodlegania karze. Krótko mówiąc, w świetle powyższego bezkarność nie może być częściowa – tak jak np. nie może być częściową niepoczytalność. Na temat pojmowania nazwy negatywnej oraz adekwatnego rozumienia stosunku sprzeczności pomiędzy nazwami zob. choćby Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1963, s. 35 i n.

¹⁷ Już na całkowitym marginesie pozostawić należy okoliczność, że K. Kmąk broni poprzednio obowiązującego zakresu kary grożącej za czyn ciągły w sytuacji, w której sam uznaje, iż zakres ten prowadzi – używając

Kolejną kwestią podniesioną w tonie polemicznym przez K. Kmąka jest zagadnienie znaczenia na gruncie kształtowania granic kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego faktu popełniania przez jego sprawcę dwóch lub więcej zachowań w warunkach wykonania z góry powziętego zamiaru. W tym zakresie polemista wypowiada się następująco: „Sam uważam, że wielokrotność przestępczych zachowań nie znaczy jeszcze *per se*, że sprawca powinien być potraktowany surowiej niż gdyby podjął przestępcze zachowanie jednokrotnie. Łukasz Pohl natomiast uzasadnia możliwość zaostrożenia kary w tym przypadku tym, że powtarzalność przestępczych zachowań jest planowana przez sprawcę, co wynika z tego, że art. 12 § 1 k.k. wymaga zaistnienia z góry powziętego zamiaru¹⁸. Jednakże sama postać zamiaru sprawcy może nie uzasadniać tak daleko idącej progresji karania. Nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której sprawca przez długi okres planuje podjęcie jednokrotnego zachowania, co następnie urzeczywistnia. Z punktu widzenia wymiaru kary przynajmniej w niektórych sprawach większe znaczenie ma np. rozmiar szkody. Sprawca może planować kradzież środków pieniężnych w wysokości 2 000 zł (art. 278 § 1 k.k.) poprzez popełnienie czterech zachowań; może również zamierzać dokonanie kradzieży 200 000 zł za pomocą jednego czynu. Tyle że *de lege lata* ww. sprawcy kradzieży 2 000 zł będą grozić surowsze konsekwencje prawnokarne niż sprawcy kradzieży 200 000 zł, jeżeli ten pierwszy popełni swoje przestępstwo w ramach czynu ciągłego, ze względu na obowiązywanie art. 57b k.k. Propozycja Ł. Pohla szła w podobnym kierunku, choć oczywiście rozwiązanie przyjęte w art. 57b k.k. jest bardziej represyjne¹⁹. Przytoczona wypowiedź w pełni ujawnia, że autor nie uchwycił w niej sensu mojej propozycji. Otóż raz jeszcze przypomnę, że w poruszanej kwestii zaproponowałem, aby rozmiar kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego rozciągał się od dolnej granicy ustawowego zagrożenia do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonej o połowę. Propozycję tę oparłem na przekonaniu, że tak ukształtowana sankcja koresponduje z okolicznością, iż w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia ze zrealizowaniem przez jego sprawcę wielu zachowań w warunkach wykonania z góry powziętego zamiaru. Słowem uznałem, że w przypadku tak kwalifikowanej powtarzalności zachowań należy stworzyć sądowi możliwość wymierzenia kary surowszej od górnej granicy ustawowego zagrożenia. Tak zaprojektowana kompetencja – podkreślmy to wyraźnie – oczywiście nie oznacza, że sąd w każdym przypadku skazywania za popełnienie czynu ciągłego będzie zmuszony wymierzać sprawcy karę powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia. Wszystko zależy tu bowiem od okoliczności konkretnego przypadku. Słowem, niektóre z tych przypadków będą zasługiwały na karę w zakresie wyznaczonym granicami ustawowego zagrożenia, a inne – już nie, bo kompleks znamionujących je okoliczności będzie cechował się wagą uzasadniającą wymierzenie kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia. Różnica pomiędzy moim stanowiskiem a opinią K. Kmąka sprowadza się zatem do tego,

Jego słów – do „niedorzeczności na gruncie wymiaru kary” czy „sytuacji, które można by traktować jako absurdalne z perspektywy wymiaru kary” (zob. K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224, a także K. Kmąk, *O zaostrożeniu...*, s. 189), a zatem okoliczność, która prezentowanemu przezeń stanowisku pozwala przydać status – życzyliwie rzecz ujmując – nie w pełni racjonalnego.

¹⁸ Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 234.

¹⁹ K. Kmąk, *O zaostrożeniu...*, s. 189–190.

że według mnie mogą zaistnieć takie przypadki czynu ciągłego, które w pełni uzasadniają wymierzenie kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia (co oczywiście implikuje – a czego mój oponent w ferworze krytyki nie podnosi – że mogą tym samym zaistnieć takie przypadki czynu ciągłego, dla których wymiar kary w wielkości mieszczącej się w granicach ustawowego zagrożenia będzie najzupełniej właściwy), zaś według mojego polemisty – dla wszystkich przypadków czynu ciągłego adekwatny jest rozmiar kary wyznaczony li tylko granicami ustawowego zagrożenia²⁰. Swoją opinię K. Kmąk uzasadnia w istocie dwoma argumentami. W ramach pierwszego z nich, odnoszącego się do warunku wykonania zachowań składowych w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, mój oponent wypowiada się następująco: „Jednakże sama postać zamiaru sprawcy może nie uzasadniać tak daleko idącej progresji karania. Nietrudno sobie wyobrazić sytuację, w której sprawca przez długi okres planuje podjęcie jednokrotnego zachowania, co następnie urzeczywistnia”²¹. Ustosunkowując się do przytoczonego uzasadnienia, nie sposób nie odnotować, że jest ono krańcowo nieadekwatne, bo mowa jest w nim o jednym zachowaniu, tymczasem w przypadku czynu ciągłego przedmiotem statuującego go zamiaru jest wielość zachowań. Krótko mówiąc, wskazany argument – wobec powyższego – nie ma żadnej siły oddziaływania w prowadzonej tu dyskusji na temat wagi zrealizowania wielu zachowań w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Zauważmy też przy sposobności – czego również nie wypowiada K. Kmąk, a co ma związek z podaną wyżej różnicą między naszymi stanowiskami – że oczywiście może być tak, że w niektórych przypadkach czynu ciągłego statuujący go zamiar nie będzie uzasadniał wyjścia ponad górną granicę ustawowego zagrożenia, co jednak – i znów oczywiście – nie oznacza, że w innych jego przypadkach nie będzie czynił zasadnym takie wyjście. Nawiasem mówiąc, przyglądając się wskazanej argumentacji polemisty nie sposób nie odnieść wrażenia, że postrzega on zamiar w sposób izolujący go od jego przedmiotu. Takie podejście jest oczywiście nieprawidłowe, bo przedmiotem zamiaru w prawie karnym jest przedmiotowo ujmowane zachowanie, którym jego podmiot wypełnia obiektywnej natury znamiona typu czynu zabronionego. Drugim argumentem mającym – zdaniem K. Kmąka – przemawiać przeciwko memu ujęciu, jest Jego pogląd, że: „Z punktu widzenia wymiaru kary przynajmniej w niektórych sprawach większe znaczenie ma np. rozmiar szkody”²². I ten argument jest jednak nieadekwatny, bo w sposób najzupełniej swobodny przydaje jednemu kryterium znaczenie rozstrzygające, arbitralnie abstrahując tym samym od ustawowej konieczności uwzględniania kryteriów pozostałych, w tym faktu wielości zachowań oraz okoliczności zrealizowania jej w warunkach wykonania z góry powziętego zamiaru. Jest on tym samym argumentem opartym na arbitralnie przyjętej zasadzie dominacji kryteriów obiektywnych (przedmiotowych). Na osobne uwagi zasługuje też podany przez autora przykład, o którym pisze, że: „Sprawca może planować kradzież środków pieniężnych w wysokości 2 000 zł (art. 278 § 1 k.k.) poprzez popełnienie czterech zachowań; może również zamierzać

²⁰ Pomimo to, że – jak już zwracaliśmy na to uwagę – będzie on w niektórych przypadkach prowadził – w opinii K. Kmąka – do „niedorzeczności na gruncie wymiaru kary”, czy do „sytuacji, które można by traktować jako absurdalne z perspektywy wymiaru kary” – zob. przypis 17.

²¹ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 190.

²² K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 190.

dokonanie kradzieży 200 000 zł za pomocą jednego czynu. Tyle że *de lege lata* ww. sprawcy kradzieży 2 000 zł będą grozić surowsze konsekwencje prawnokarne niż sprawcy kradzieży 200 000 zł, jeżeli ten pierwszy popełni swoje przestępstwo w ramach czynu ciągłego, ze względu na obowiązywanie art. 57b k.k. Propozycja Ł. Pohla szła w podobnym kierunku, choć oczywiście rozwiązanie przyjęte w art. 57b k.k. jest bardziej represyjne²³. Jednokierunkowość przytoczonego wywodu – jak widać – jest ewidentna. K. Kmąk ograniczył się bowiem w nim jedynie do przykładu, który miałby uzasadniać trafność Jego punktu widzenia. Przemilczał tym samym całą masę przykładów, które całkowicie podważałyby forsowane przezeń stanowisko. Ograniczając się do jednego z nich wystarczy wskazać na sytuację, kiedy to sprawca będzie planował popełnienie ciągłej kradzieży kwalifikowanej w stosunku do mienia znacznej wartości poprzez realizację np. dwudziestu zachowań każdorazowo wypełniających znamiona wskazanej kradzieży. Czy i w takim przypadku autor kwestionowałby stworzenie sądowi możliwości wymierzenia sprawcy takiej kradzieży kary ponad górną granicę ustawowego zagrożenia (!). Odnosząc się podsumowująco do stanowiska K. Kmąka, wypada przeto zrekapitulować, że prezentuje się ono jako kurczowo trzymające się wyłącznie perspektywy formalnej, a więc tym samym jako abstrahujące od prawideł rządzących sądowym wymiarem kary. Tym samym jawi się ono – powtórzmy to ponownie – jako ujęcie znamionujące się brakiem wiary i zaufania w mądrość decyzji sędziowskiej²⁴. W związku z powyższą puentą pozostaje też opinia polemisty, że: „ (...) równie dobrze można twierdzić, że przejawem braku zaufania do organów orzekających jest zaostrzanie zagrożenia karą, co na ogół wynika z przekonania, że dotychczas stosowane sankcje są zbyt łagodne”²⁵ – opinia, do której niestety nie sposób się odnieść za sprawą jej krańcowo niemerytorycznego charakteru. W swoich artykułach dostarczyłem bowiem uzasadnienia na rzecz zasadności wprowadzenia do k.k. możliwości wymierzenia kary za czyn ciągły ponad górną granicę ustawowego zagrożenia, wskazując na to, że rozmiar owego zagrożenia może być w niektórych przypadkach czynu ciągłego za wąski, aby właściwie je zwartościować na polu kary wymierzanej ich sprawcom, co zresztą przyznał i mój oponent wskazując, że rozmiar ten – powtórzmy to ponownie – może prowadzić – używając określeń polemisty – do „niedorzeczności na gruncie wymiaru kary”, czy do „sytuacji, które można by traktować jako absurdalne z perspektywy wymiaru kary”²⁶.

Z omawianą kwestią ma też związek pogląd K. Kmąka, że: „ Nie jest bowiem celowe, zwłaszcza z ogólnoprewencyjnego punktu widzenia, by np. za kradzież środków pieniężnych w kwocie 2 000 zł popełnioną w formie dwóch zachowań składających się na czyn ciągły, groziła kara surowsza (od 4 miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności) niż za oszustwo, którego przedmiotem jest mienie o wartości 200 000 zł (art. 286 § 1 k.k.). Do tego – kontynuuje Autor – społeczna szkodliwość czynu popełnionego przez sprawcę co do zasady wynika w znacznie większym stopniu z wyrządzonej przez niego szkody, a nie z planowania zamachów na dobra prawne w dłuższym okresie. W odniesieniu do przestępstw przeciwko

²³ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 190.

²⁴ Zob. Ł. Pohl, *Jeszcze w sprawie...*, s. 235.

²⁵ Zob. K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 191.

²⁶ Zob. przypis 17.

mieniu jest oczywiste, że z reguły popełnienie czynów, których przedmiotem jest mienie o wyższej wartości, powinno skutkować wymiarem surowszych sankcji niż w przypadku przestępstw skierowanych na mienie o wartości niższej. Dotyczy to nie tylko tego rodzaju przestępczości. Społeczna szkodliwość, podanych przykładowo przez Ł. Pohla, zachowań polegających na kilkudziesięciu zgwałceniach małżonki przez sprawcę, wynika przede wszystkim z tego, że sprawca kilkadziesiąt razy naruszył dobra prawne (w postaci np. wolności seksualnej i innych) pokrzywdzonej, a nie z tego, że zaplanował takie postępowanie. Gdyby zaplanował popełnienie kilkudziesięciu czynów, z czego do skutku doszedłby tylko jeden z nich, a następnie zostałby zatrzymany przez Policję, to społeczna szkodliwość odnosząca się do całokształtu jego przestępczej działalności byłaby znacznie niższa²⁷. W pierwszej kolejności wypada zauważyć, że autor formułuje tu stanowcze opinie nie podając na ich rzecz żadnego uzasadnienia. W podanym przykładzie z zestawieniem kary grożącej za wskazaną przezeń kradzież ciągłą z karą grożącą za podane przezeń oszustwo K. Kmąk ogranicza się bowiem do niepopartej żadnymi racjami konkluzji, że nie jest celowe, zwłaszcza z ogólnoprewencyjnego punktu widzenia, by za rzeczoną kradzież groziła kara surowsza od wskazanego przezeń oszustwa. Tymczasem u podstaw kontestowanego przezeń rozwiązania, pozwalającego sądowi skazującemu za popełnienie czynu ciągłego wyjść ponad górną granicę ustawowego zagrożenia, leży właśnie w pełni przemyślana idea, by za jego pomocą odwozić od popełniania kolejnego przestępstwa (tu: kolejnej kradzieży), a w razie jego popełnienia, by za jego pomocą stworzyć sądowi szeroko zakrojoną możliwość dobrania możliwie adekwatnej kary dla każdego z osobna rozpatrywanego przezeń przypadku owego czynu²⁸. Nie podzielam tym samym przekonania mego oponenta o braku celowości rzeczonego rozwiązania, przekonania – w mojej ocenie – niewystarczająco refleksyjnego, bo gubiącego znaczenie kolejnego przestępstwa zarówno w sferze ogólnoprewencyjnego oddziaływania kary grożącej, jak i na gruncie kary już wymierzanej, gdzie – jak wiadomo – wzajemnie przenikają się składniki indywidualnoprewencyjne owej kary z funkcją jej społecznego rezonowania. Jeśli chodzi zaś o podany przez polemistę przykład ze zgwałceniami, to i tu Jego pogląd o tym, co wyznacza ich stopień społecznej szkodliwości, jawi się jako nazbyt uproszczony, bo stopień ten jest w istocie wypadkową wielu elementów i niewątpliwie jednym z nich jest właśnie fakt, że sprawca zrealizował je w wykonaniu z góry powziętego zamiaru – fakt, który zresztą musi być przez sąd wzięty pod uwagę ze względu na obowiązujące wymogi kodeksowe; wszak w myśl przepisu art. 115 § 2 k.k.: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj

²⁷ K. Kmąk, *O zastrzeżeniu...*, s. 191–192.

²⁸ Z powyższą ideą wiąże się też jeszcze jedna kwestia poruszona przez mojego oponenta, a mianowicie kwestia, która w istocie wpisuje się w zagadnienie racjonalnego tworzenia prawa, w tym – co zrozumiale – sensownego kształtowania jego warstwy deskryptywnej. Otóż K. Kmąk uznał, że prowadzona ze mną polemika dotyczy – jak to określił – włącznie „poziomu stanowienia prawa”, a nie „płaszczyzny jego stosowania” – zob. K. Kmąk, *O zastrzeżeniu...*, s. 191. Ustosunkowując się do tej opinii, wypada mi jedynie stwierdzić, że przyjęta w niej perspektywa jest mi całkowicie obca. Trudno jest mi bowiem wyobrazić sobie racjonalne kształtowanie tekstu prawnego w oderwaniu od prognozowania efektów praktyki jego stosowania.

naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”. W ramach omawianego przykładu K. Kmąk stwierdził ponadto, że: „Gdyby (sprawca – dop. Ł.P.) zaplanował popełnienie kilkudziesięciu czynów, z czego do skutku doszedłby tylko jeden z nich, a następnie zostałby zatrzymany przez Policję, to społeczna szkodliwość odnosząca się do całokształtu jego przestępczej działalności byłaby znacznie niższa”²⁹. Ustosunkowując się do tej wypowiedzi, powiem tak: pełna zgoda, zarazem jednak pytając: tylko jaki to ma związek z przedstawioną przeze mnie propozycją granic kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego (?). Dopowiedzmy także, że podana przez polemistę sytuacja skutecznego popełnienia tylko jednego przestępstwa jest przy tym przykładem niefortunnie dobranym, bo obnażającym słabości forsowanego przezeń ujęcia. Wszak ową sytuację oponent zapewne oceniłby odmiennie od sytuacji, kiedy to sprawca skutecznie dopuścił się jednego i analogicznego przestępstwa w warunkach braku odgórnie powziętego zamiaru wykonania wielu przestępstw. Co decydowałoby zatem o odmiennej ocenie tej drugiej sytuacji, o niższym stopniu społecznej szkodliwości przestępstwa popełnionego w warunkach braku wskazanego zamiaru? Odpowiedź jest nadzwyczaj prosta: decydowałby o tym brak zamiaru znamiennego dla pierwszej z wyróżnionych sytuacji.

K. Kmąk sformułował pod adresem mojego ujęcia także zarzut, że proponując definicję krótkiego okresu czasu nie wskazałem – jak to określił – „praktycznych argumentów przemawiających” za jej wprowadzeniem³⁰. Formułując ten zarzut polemista dopowiedział przy tym, że: „Sprawca może bowiem planować popełnianie kolejnych zachowań przestępczych, traktując je jako jedną „ciągłą” całość, w dłuższym okresie, zaś wprowadzanie sztywnej granicy czasowej byłoby w tym przypadku sztuczne”³¹. Przyznam, że trudno jest mi zrozumieć ten zarzut, wszak omawianą propozycję uzasadniałem właśnie względami związanymi z praktyką stosowania prawa, akcentując tu m.in. okoliczność, iż brak owej definicji leży u podstaw niepożądanego niejednolitości orzecniczej jawnie naruszającej standard równości. Co zaś do przywołanego uzupełnienia rozważanego zarzutu, to przyznam, że nie odpowiada mi formowanie temporalnych ram konstrukcji prawnej li tylko planem sprawcy. Zresztą – jak wiadomo – nie odpowiada ono i samemu ustawodawcy, skoro zdecydował się na wprowadzenie do warunków statuujących pojęcie czynu ciągłego wymogu popełnienia jego składowych zachowań w krótkich odstępach czasu. Idąc torem rozumowania K. Kmąka można by przecież i te odstępki uznać za sztuczne – jeśli tylko sprawca odgórnie założyłby popełnianie zachowań składowych w dłuższych od nich odstępach czasu. Wszak i wówczas, opierając się na rozumowaniu mojego polemisty, należałoby konstrukcję czynu ciągłego uznać za wadliwie ukształtowaną. O tej konsekwencji swojego rozumowania – co znamienne – K. Kmąk jednak nie wspomina, dostarczając tym samym kolejnego uzasadnienia na rzecz tendencyjności formułowanej przez Niego krytyki. Co zaś do kwalifikacji sytuacji wskazanej w komentowanym uzupełnieniu, to w proponowanym przeze mnie ujęciu przedstawiałaby się ona jako zbieg czynów ciągłych skutkujący – jak już na to wskazywałem – koniecznością zastosowania przepisów o karze łącznej.

²⁹ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 191–192.

³⁰ Zob. K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 192.

³¹ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 192.

W swoich ostatnich uwagach K. Kmąk odniósł się też do sformułowanej przeze mnie propozycji, aby w przepisie określającym ramy czynu ciągłego zadekretować cechę jego ciągłości, a więc propozycji mającej już na poziomie szaty słownej tekstu prawnego uwidaczniać, że czyn ciągły nie jest jednym czynem zabronionym, lecz konstrukcją bazującą na wielości czynów zabronionych. We wskazanym zakresie polemista wypowiedział się następująco: „*De lege lata* niepodważalny jest pogląd, iż czyn ciągły stanowi jeden czyn zabroniony, stanowiący jednolitą całość, podlegający osądowi jako jedno przestępstwo, pomimo że ontologicznie składa się z co najmniej dwóch zachowań. Obecna formuła określona w art. 12 § 1 k.k. prowadzi do przekształcenia znamion typu czynu zabronionego w ten sposób, iż z jednoczynowego staje się wieloczynowy. Można zatem śmiało uznać, że to iż w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia z wielością czynów zabronionych w zupełności wynika z określonej w art. 12 § 1 k.k. przesłanki podjęcia dwóch lub więcej zachowań. Dlatego już obecnie tekst prawny należy uwydatniać tę właściwość czynu ciągłego bez potrzeby wprowadzania pojęcia «ciągłego czynu zabronionego», który rodzi wątpliwości dotyczące chociażby tego, czy na gruncie czynu ciągłego nadal mielibyśmy do czynienia z jednym przestępstwem czy też z ich wielością”³². Niestety, i w przytoczonym fragmencie wypowiedzi K. Kmąka, brakuje uzasadnienia dla sformułowanych w nim opinii. Autor pisze bowiem jedynie, że *de lege lata* niepodważalny jest pogląd, iż czyn ciągły stanowi jeden czyn zabroniony, gdy tymczasem pogląd ten jest jak najbardziej podważalny, co zresztą także osobiście starałem się wykazywać w różnych opracowaniach³³, w tym również i ostatnio na łamach „Państwa i Prawa”³⁴. Powtórzmy zatem krótko, że to, iż w przepisie art. 12 § 1 k.k. posłużono się wyrażeniem „jeden czyn zabroniony” nie przesądza, że mamy tu do czynienia z czynem zabronionym w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadajemy, gdy sprawca swoim zachowaniem (jednokrotnie) wypełnia znamiona (jednego) typu czynu zabronionego. Aby tak było, musiałaby do tego prowadzić wykładnia tego przepisu³⁵. Tymczasem ona ujawnia, że w przepisie tym nie zawarto żadnej normy sankcjonowanej, a więc normy, której obowiązywanie przesądzałoby tym samym o wyznaczeniu przez nią jakiegoś fragmentu kryminalizacji. O tym, że tak jest w pełni upewnia spostrzeżenie, iż i w przypadku braku regulacji pomieszczonej w przepisie art. 12 § 1 k.k. zakres kryminalizacji nie uległby żadnej modyfikacji. Słowem, ze wskazanego powodu rzeczona regulacja nie jest unormowaniem, o którym można by powiedzieć, że kreuje ono modelowy typ czynu zabronionego – typ, o którym niekiedy mówi się, iż jest on wzbogacony o znamię „ciągłości”. Tym samym nie jest tak – jak podnosi K. Kmąk – że: „Obecna formuła określona w art. 12 § 1 k.k. prowadzi do przekształcenia znamion typu czynu zabronionego w ten sposób, iż z jednoczynowego staje się wieloczynowy”³⁶. Kształt typu czynu zabronionego determinowany jest bowiem wyłącznie treścią

³² K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 192.

³³ Zob. choćby Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 241 i n.

³⁴ Zob. Ł. Pohl, *Czy w skład...*, s. 135 i n.

³⁵ A więc proces, którego bynajmniej nie można opierać na analizie wyłącznie deskryptywnej warstwy tekstu prawnego. Krótko mówiąc, nie zawsze jest tak, że identyczne tekstualnie określenia, a więc określenia równokształtne będą określeniami synonimicznymi na normatywnym poziomie odczytywania owego tekstu.

³⁶ K. Kmąk, *O zaostrzeniu...*, s. 192.

leżącej u jego podstaw normy sankcjonowanej, której to treści w żadnym razie nie modyfikuje norma o niesankcjonowanym charakterze, a której to przykładem – jak wskazano – jest właśnie unormowanie zawarte w przepisie art. 12 § 1 k.k., którego funkcją – podkreślmy to raz jeszcze – jest przeto li tylko odrębne (specyficzne, determinowane specyfiką warunków ciągłości) potraktowanie określonej w nim wielości zachowań³⁷ tego samego podmiotu na gruncie wymiaru kary. Wobec powyższego jest tedy jasne, że stwierdzenie K. Kmąka o tym, iż: „Obecna formuła określona w art. 12 § 1 k.k. prowadzi do przekształcenia znamion typu czynu zabronionego w ten sposób, iż z jednoczynowego staje się wieloczynowy” jest najzupełniej nieprzekonujące. Zresztą odnotujmy, że wskazanemu stwierdzeniu przeczy i sam jego autor, pisząc w kolejnym zdaniu przywołanego wyżej fragmentu, że: „Można zatem śmiało uznać, że to iż w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia z wielością czynów zabronionych w zupełności wynika z określonej w art. 12 § 1 k.k. przesłanki podjęcia dwóch lub więcej zachowań”³⁸, z którym to zdaniem – rzecz jasna – nie można się w pełni zgodzić, bo – oczywiście – nie jest tak, by wskazana w nim konkluzja wynikała wyłącznie z podanej w tym zdaniu przesłanki³⁹.

Wreszcie ostatnim problemem podniesionym w tonie polemicznym przez mojego oponenta jest kwestia mojego zapatrywania na to, czy proponowana przeze mnie zmiana w zakresie kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego skutkuje uznaniem jej za podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary. W tym zakresie stwierdziłem, że tworzona przez nią możliwość wymierzenia kary ponad górną granicę ustawowego zagrożenia może być postrzegana jako nadzwyczajne obostrzenie kary wówczas, gdy obostrzenie to jest skutkiem zastosowania innej normy kompetencyjnej, aniżeli norma sankcjonująca⁴⁰; a wszak taką inną normą jest norma przewidująca granice karalności za czyn ciągły. Uznałem jednocześnie, że możliwość ta nie jest jednocześnie podstawą do nadzwyczajnego obostrzenia kary w znaczeniu kodeksowym, co spotkało się z wątpliwościami mojego oponenta. Aby je rozwiązać objaśnię zatem od razu powody tego stanowiska. Otóż moim zdaniem

³⁷ Wielość, o jakiej tu mowa, to oczywiście wielość identycznych czynów zabronionych spełniających warunki przestępności, a zatem wielość przestępstw. Szerzej nt. tej kwestii zob. Ł. Pohl, *Czy w skład...*, s. 136 i n. Oczywiście w sytuacji, gdyby owe czyny nie spełniały wskazanych warunków, to i wówczas moglibyśmy mówić o czynie ciągłym – tyle że o czynie ciągłym jedynie zabronionym, a nie przestępnym, niemogącym być przedmiotem wartościowania w sferze wymiaru kary. Piszemy o tym dlatego, że K. Kmąk podniósł, że w Jego ocenie można mieć wątpliwości, czy w przypadku czynu ciągłego w podanym przeze mnie jego rozumieniu składowymi tego czynu są czyny zabronione czy przestępstwa. Wątpliwości te – w świetle tego, co wyżej powiedziano są oczywiście nieuzasadnione. Powtórzmy zatem wyraźnie: wystarczającym warunkiem dla przyjęcia czynu ciągłego jest określona wielość czynów zabronionych, zaś koniecznym warunkiem do wartościowania ich w ramach czynu ciągłego na gruncie wymiaru kary jest przestępnosć tych czynów. Tym samym pozbawioną podstaw jest opinia mojego oponenta, że: „(...) jest to wielość (powtarzalność) nieprowadząca do przyjęcia wielości przestępstw” – K. Kmąk, *O zastrzeżeniu...*, s. 192. Dodam jeszcze uzupełniając, że ostatnio zaproponowałem, aby w art. 115 k.k. umieścić definicję czynu ciągłego, z której już *explicite* wynikałoby, iż jest on sumą określonych czynów zabronionych – nt. tej propozycji zob. Ł. Pohl, *Czy w skład...*, s. 137.

³⁸ K. Kmąk, *O zastrzeżeniu...*, s. 192.

³⁹ Upewnia w tym ogłód niejednolitej w tym względzie literatury przedmiotu. Szerzej nt. tej kwestii zob. Ł. Pohl, *Czy w skład...*, s. 138 i n.

⁴⁰ Odesłałem bowiem czytelnika w tym zakresie do stosownych fragmentów mojego podręcznika, w którym przyjąłem, że z nadzwyczajnym wymiarem kary, a zatem i z jego postacią w formie nadzwyczajnego obostrzenia, mamy – oczywiście na gruncie przyjętego przeze mnie w tym podręczniku systemu – do czynienia wyjściowo wówczas, gdy wymiar kary jest wynikiem uruchomienia normy kompetencyjnej niebędącej normą sankcjonującą – zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 528.

z podstawą nadzwyczajnego obostrzenia kary w znaczeniu kodeksowym możemy mieć do czynienia tylko wówczas, gdy dochodzi do popełnienia jednego przestępstwa, wyróżnionego okolicznością ustawowo uprawniającą sąd do zastosowania owego obostrzenia. Jest jasne, że w przypadku czynu ciągłego warunek ten nie jest spełniony, bo jest on – jak wielokrotnie wskazywano – nie jednym przestępstwem, lecz sumą określonych przestępstw. Mój polemista podniósł także, że przedstawione przeze mnie stanowisko jest w pewnym zakresie niekonsekwentne, gdyż w jednym ze swoich wcześniejszych opracowań uznałem, iż ciąg przestępstw jest podstawą do nadzwyczajnego obostrzenia kary. Otóż żadnej niekonsekwencji tu nie ma, bo we wskazanym opracowaniu nie wskazałem, że chodzi tu o podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary w znaczeniu kodeksowym, przyjmując tym samym rozumienie owego obostrzenia w znaczeniu przyjmowanym przeze mnie w podręczniku. Nadmienmy, że K. Kmąk dodał przy tym jeszcze, iż: „Inna rzecz, że pogląd Ł. Pohla jest w tym zakresie niekonsekwentny, ponieważ pomimo tego, że traktuje ciąg przestępstw jako podstawę nadzwyczajnego obostrzenia, to jednocześnie stwierdza, że kary za ciąg nie można nadzwyczajnie złagodzić, ponieważ nie ma przepisu, który dawałby sądowi stosowną kompetencję. Tyle że żaden przepis nie przyznaje sądowi wprost kompetencji do np. nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec multirecydywisty (art. 64 § 2 k.k.), a i tak jest oczywiste, że sąd może to uczynić (art. 57 § 2 k.k.)”⁴¹. I do tego wątku ustosunkować się muszę, bo i on zawiera treści nader dyskusyjne, a moim zdaniem: po prostu nietrafne. Kary za ciąg przestępstw nie można złagodzić, bo w przypadku owego ciągu nie mamy do czynienia z jednym przestępstwem, czego wymagają unormowania zawarte w przepisach art. 60 § 6 i 7 k.k., lecz z wieloma przestępstwami. Słowem, wskazane przepisy przyznają – i to ewidentnie – sądowi kompetencję do nadzwyczajnego złagodzenia kary jedynie wówczas, gdy rozpatruje on przypadek jednego przestępstwa. Stosowanie w tym względzie wykładni rozszerzającej na polu przepisów kompetencyjnych jest tu oczywiście wykluczone, a przesądza o tym w szczególności istotna w obszarze wskazanych przepisów dyrektywa, że *exceptiones non sunt extendae*. Co zaś do wypowiedzi polemisty, że: „(...) żaden przepis nie przyznaje sądowi wprost kompetencji do np. nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec multirecydywisty (art. 64 § 2 k.k.), a i tak jest oczywiste, że sąd może to uczynić (art. 57 § 2 k.k.)”⁴², to wystarczy podnieść, iż jest to oczywiście właśnie z racji spełnienia wskazanego przeze mnie warunku zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, mianowicie warunku popełnienia przez multirecydywistę określonego, a więc jednego, przestępstwa – przestępstwa rodzącego bowiem układ multirecydywy.

Jak już wspomniałem, niniejszy głos jest moim ostatnim ustosunkowaniem się do uwag K. Kmąka, któremu w tym miejscu chciałbym zatem serdecznie podziękować za – mam nadzieję – interesującą nie tylko dla nas obu wymianę zdań. Cicho wierzę, że odślaniając rozmaite aspekty materialnoprawnej problematyki czynu ciągłego, przyczyni się ona do wypracowania optymalnej naukowo jego prawnej konstrukcji.

⁴¹ K. Kmąk, *O zaostrożeniu...*, s. 193.

⁴² K. Kmąk, *O zaostrożeniu...*, s. 193.

Summary

Łukasz Pohl, *On Continuous Offences Yet Again* (Response to Further Comments by Krzysztof Kmąk)

This article concerns continuous offences and is yet another response to comments made by Krzysztof Kmąk in his article on introducing harsher punishments for continuous offences.

Keywords: continuous offence, concurrence of offences, extraordinary imposition of a harsher punishment

Streszczenie

Łukasz Pohl, *Ponownie w sprawie czynu ciągłego* (replika na kolejne uwagi Krzysztofa Kmąka)

Niniejszy artykuł dotyczy problematyki czynu ciągłego i jest kolejną odpowiedzią na kolejne uwagi autorstwa Krzysztofa Kmąka, zawarte w Jego artykule o zaostrzeniu kary za czyn ciągły.

Słowa kluczowe: przestępstwo ciągłe, zbieg przestępstw, nadzwyczajne obostrzenie kary

Literatura:

1. Kmąk K., *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43.
2. Kmąk K., *O zaostrzeniu kary za czyn ciągły (odpowiedź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)*, Prawo w Działaniu 2021, nr 47.
3. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
4. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
5. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37.
6. Pohl Ł., *Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43.
7. Pohl Ł., *Czy w skład czynu ciągłego wchodzić mogą zachowania niejednorodne?*, Państwo i Prawo 2021, z. 4.
8. Ziemiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1963.

Stanisław Hoc*

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11.06.2019 r., II AKa 36/19**

Teza¹

Dla bytu przestępstwa z art. 128 § 1 k.k. bez znaczenia jest też czy sprawca ma obiektywne możliwości realizacji celu oznaczonego w tym przepisie, ani czy też czynność przygotowawcza sama w sobie nosi szansę powodzenia. Wystarczające jest dokonanie określonej czynności stanowiącej przygotowanie do osiągnięcia tego celu (teza wyodrębniona przez autora glosy).

Podlaski Wydział Zamiejscowy Prokuratury Krajowej Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji w Białymstoku w 8.02.2018 r. skierował do Sądu Okręgowego (dalej SO) w Olsztynie akt oskarżenia przeciwko czterem osobom, w tym Wojciechowi K., mieszkańcowi powiatu olsztyńskiego, podejrzanemu m.in. o czynienie przygotowań do zamachu na konstytucyjne organy Rzeczypospolitej Polskiej (tj. o czyn z art. 128 § 2 Kodeksu karnego² w zb. z art. 171 § 1 k.k. w zb. z art. 263 § 2 k.k.).

Według prokuratury, Wojciech K. przygotowywał się do tego przestępczego działania od września 2014 r. do stycznia 2017 r. posiadając i gromadząc w miejscu swojego zamieszkania, bez wymaganego zezwolenia, setki kilogramów substancji wybuchowych (np. nitrometan), a także substancji, które mogą być użyte do wyrobu materiałów wybuchowych (np. gliceryna) oraz przyrządy wybuchowe (lonty, spłonki). Zgromadzone przez niego chemikalia mogły spowodzić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu ludzi albo mienia w wielkich rozmiarach.

Wojciech K. w tym samym celu, w oparciu na uzyskanym pozwoleniu na broń, miał także nabyć i posiadać 25 jednostek broni palnej różnego rodzaju i kalibru, w tym szczególnie niebezpieczne karabinki automatyczne oraz broń przystosowaną do strzelania z użyciem tłumika. Z ustaleń prokuratury wynika również, że podejrzany kupował i gromadził amunicję w łącznej ilości ok. 25 tys. sztuk, w tym szczególnie niebezpieczną amunicję z rdzeniem stalowym.

* Prof. dr hab. Stanisław Hoc jest kierownikiem Katedry Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Opolski, Polska, ORCID: 0000-0003-4248-3664, e-mail: shoc@op.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 4.05.2021.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.09.2021 r.

¹ Teza z uzasadnienia, wyrok nietezowany, LEX nr 2718214.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

Trzy pozostałe zarzuty przedstawione Wojciechowi K. dotyczą handlu amunicją bez wymaganego zezwolenia, udostępnienia broni i amunicji osobom nieuprawnionym oraz poświadczenia nieprawdy w dokumencie.

Aktem oskarżenia w tej sprawie został objęty także Artur Ć., mieszkaniec Warszawy, podejrzany o posiadanie amunicji bez wymaganego zezwolenia. Dwaj pozostali oskarżeni Krzysztof G. oraz Tadeusz B. to mieszkańcy województwa śląskiego. Obu mężczyznom prokuratura zarzuca m.in. nielegalne posiadanie broni palnej i amunicji.

Wojciech K. został zatrzymany 7.06.2016 r. i od tego czasu przebywa w areszcie. Przesłuchany wielokrotnie w charakterze podejrzanego ostatecznie nie przyznał się do popełnienia żadnego z zarzucanych mu czynów.

Proces w tej sprawie rozpoczął się 22.05.2018 r. przed Sądem Okręgowym w Olsztynie (sygn. II K16/18). Sąd, po odczytaniu przez prokuratora aktu oskarżenia, wyłączył jawność rozprawy na czas składania wyjaśnień przez oskarżonych. Sąd podjął taką decyzję, ponieważ uznał, że prowadzenie rozprawy jawnie w tej części mogłoby naruszyć ważny interes państwa.

Wyrok w tej sprawie zapadł 20.09.2018 r. SO uznał Wojciecha K. za winnego popełnienia wszystkich zarzucanych mu przestępstw i wymierzył za to karę łączną 4 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności.

Sąd Okręgowy tym samym wyrokiem skazał Artura Ć. na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby 3 lat, Krzysztofa G. na karę łączną w wymiarze 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz Tadeusza B. na karę łączną w wymiarze 2 lat pozbawienia wolności.

Ponadto wszyscy oskarżeni zostali obciążeni kosztami postępowania w częściach im przypadającym.

Sąd podając ustne motywy wyroku podkreślił, że powyższa sprawa ma charakter bezprecedensowy. Główny oskarżony Wojciech K., z racji pełnienia zawodowej służby wojskowej oraz pewnych zainteresowań hobbystycznych, posiadał rozległą wiedzę na temat broni palnej, sportowej i kolekcjonerskiej, a także dobre umiejętności strzeleckie. Wojciech K. był niezadowolony z sytuacji polityczno-gospodarczej panującej w Polsce. Swoje niezadowolenie początkowo wyrażał poprzez udział w różnego rodzaju ruchach społecznych, a następnie we wpisach publikowanych na portalu społecznościowym bądź przez rozmowy telefoniczne prowadzone z różnymi osobami, które poznał za pośrednictwem sieci internetowej. Z uwagi na to, że wpisy zamieszczane przez oskarżonego zawierały krytyczne i obraźliwe komentarze dotyczące osób narodowości żydowskiej i polityków pełniących wysokie funkcje w administracji rządowej, stosowne czynności rozpoznawczo-zapobiegawcze zostały podjęte przez olsztyńską delegaturę Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Sąd stwierdził, że działania ABW w tej sprawie były prawidłowe i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości pod względem ich legalności.

Sąd podkreślił, że nie dał wiary wyjaśnieniom Wojciecha K., w których bagatelizował swoje działania i stwierdził, że to była tylko zabawa. W ocenie Sądu konsekwentne działania oskarżonego (poprzez organizowanie osób, poprzez rozmowy telefoniczne, poprzez wpisy na portalach internetowych, poprzez gromadzenie broni i amunicji) wskazują, że celem jego działania były przygotowania do zamachu na konstytucyjne organy władzy.

W tym samym dniu SO postanowił uchylić zastosowany dotychczas wobec Wojciecha K. środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania, i w jego miejscu zastosować dozór policji z obowiązkiem stawiennictwa w Komendzie Miejskiej Policji w Olsztynie dwa razy w tygodniu oraz zakaz opuszczania kraju połączony z zatrzymaniem paszportu lub innego dokumentu uprawniającego do przekroczenia granicy.

Sąd podejmując decyzję o zmianie środka zapobiegawczego uznał, że dalsze stosowanie tymczasowego aresztowania nie jest konieczne, a z uwagi na zły stan zdrowia oskarżonego należy umożliwić mu podjęcie hospitalizacji w warunkach wolnościowych.

Apelację od powyższego wyroku wnieśli obrońcy oskarżonych: Wojciecha K. i Krzysztofa G., którzy zaskarżyli go w całości, a także prokurator, który zaskarżył go na niekorzyść wszystkich oskarżonych w zakresie wymiaru kary i rozstrzygnięcia o dowodach rzeczowych.

Obrońca Wojciecha K. zarzucił zaskarżonemu wyrokowi: obrazę przepisów postępowania (w sześciu punktach), błąd w ustaleniach faktycznych mających wpływ na treść orzeczenia (dziewięć punktów, m.in. ustalenie, że oskarżony w zamiarze bezpośrednim czynił przygotowania do podjęcia działalności zmierzającej bezpośrednio do usunięcia przemocą konstytucyjnych organów RP, podczas gdy brak jest obiektywnych dowodów dających podstawę do takiego twierdzenia. Według obrońcy zebrane i ujawnione w toku sprawy okoliczności świadczą o czymś odmiennym od tego co ustalił sąd I instancji, przyjęcie, że oskarżony w okresie od co najmniej 22.09.2014 r. do 26.01.2017 r. czynił przygotowania do podjęcia działalności zmierzającej bezpośrednio do usunięcia przemocą konstytucyjnych organów RP, podczas gdy oskarżony został zatrzymany 7.06.2016 r., zatem przebywając w areszcie nie mógł czynić przygotowań do popełnienia przestępstwa), rażącą niewspółmierność kary wyrażającą się w wymierzeniu oskarżonemu za przypisane mu przestępstwa nazbyt surowych kar. Obrońca wniósł m.in. o uniewinnienie oskarżonego lub wymierzenie łagodniejszej kary łącznej. Obrońca oskarżonego Krzysztofa G. zarzucił zaskarżonemu wyrokowi obrazę prawa materialnego, tj. art. 62 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii³, rażącą niewspółmierność kary. Prokurator zarzucił wymierzonym wyrokom rażącą niewspółmierność kar i wniósł o wymierzenie kar surowszych, które zaproponował.

Sąd Apelacyjny uznał apelacje za niezasadne i nie zasługujące na uwzględnienie. Warto odnieść się zwięźle do niektórych elementów przestępstwa z art. 128 k.k. Przestępstwo stypizowane w art. 128 § 1 k.k. jest skonstruowane jako swoiste usiłowanie, ma ono charakter formalny, jego dokonanie następuje z chwilą działania opisanej w § 1⁴. Zdaniem Jana Kuleszy⁵ posłużenie się znamieniem „podjęcia działalności zmierzającej bezpośrednio do urzeczywistnienia celu” wskazuje na ustanowienie karalności usiłowania usunięcia przemocą konstytucyjnego organu RP jako odrębnego typu rodzajowego. Działalność sprawcy zamachu stanu

³ Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2020 r. poz. 2050).

⁴ P. Hofmański (aktualizacja A. Sakowicz) [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 882.

⁵ J. Kulesza [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz*, art. 117–221, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 83.

musi zmierzać bezpośrednio (pojęcie bezpośredniość jest sporne, ale rozumieć je należy jak w przypadku usiłowania z art. 13 k.k.) do realizacji określonego celu, czyli musi podjąć takie czynności lub zespół czynności, które prowadzą wprost do usunięcia konstytucyjnego organu RP. Warunkiem koniecznym jest więc działalność, a nie realizacja określonego celu. Sprawca zamachu stanu musi zmierzać do realizacji celu przemocą, stosując przy tym siłę (fizyczną, zbrojną). Przemoc jako jedno ze znamion zamachu stanu to zarówno przymus bezpośredni, jak i pośredni, np. otoczenie siedziby władz przez zamachowców i oczekiwanie przez nich aktu kapitulacji. Konstytucyjnymi organami RP, zgodnie z Konstytucją RP⁶, są Prezydent, Sejm, Senat i Rada Ministrów; natomiast ochronie z art. 128 k.k. nie podlegają inne konstytucyjne organy państwa takie jak Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, Rzecznik Praw Obywatelskich. Do ich obowiązków nie należy reprezentowanie RP, stąd nie mogą być uznane za konstytucyjne organy RP w rozumieniu tego artykułu⁷. Prezentowane są także opinie odmienne⁸.

Sąd Apelacyjny (dalej SA) w Białymstoku zauważa trafnie, że zachowanie sprawcy przestępstwa z art. 128 § 2 k.k. polega na czynieniu przygotowań do podjęcia działań zmierzających bezpośrednio do usunięcia przemocą konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym „usunięcie przemocą” oznacza wyeliminowanie z wykorzystaniem przemocy fizycznej (zbrojnej) lub psychicznej (groźba użycia sił zbrojnych) wobec osób lub rzeczy z takim natężeniem, które będzie umożliwiało osiągnięcie zamierzonego celu. Punktem wyjścia skargi obrońca uczynił próbę zakwestionowania faktu gromadzenia przez oskarżonego środków w postaci substancji wybuchowych lub takich, które mogą być użyte do ich wyrobu, a mogły spowodzić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób lub mienia w wielkich rozmiarach, czym miał wyczerpać w ramach kumulatywnej kwalifikacji dyspozycję art. 171 § 1 k.k. SA zauważa, że pomimo totalnej krytyki ustaleń poczynionych przez sąd I instancji, analiza sprawy – w aspekcie poczynionych w tej części zarzutów – nie potwierdziła zasadności obrazy przepisów postępowania w zakresie gromadzenia i przeprowadzenia przez sąd I instancji dowodów, tj. art. 6 Kodeksu postępowania karnego⁹ w zw. z art. 167 k.p.k. oraz art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.

Sprawa została rozpoznana na 11 terminach w okresie od maja do września 2018 r., co wyklucza tezę obrońcy o nadmiernym pośpiechu wykluczającym możliwość przygotowania się do rozprawy i prowadzenia racjonalnej obrony. Wystąpiła wprawdzie prawna niespójność czasowa protokołów, ale nie może to podważać przeprowadzonego eksperymentu, co SA dokładnie przeanalizował. Jednocześnie sąd zauważył, że oddalenie wniosku obrony o przesłuchanie wszystkich funkcjonariuszy, którzy podpisali się na protokołach przeszukania i eksperymentu procesowego z odwołaniem się do art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k. nie nastąpiło z obrazą tego przepisu. Za bezpodstawne uznano oczekiwanie dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego z zakresu badań chemicznych i materiałów wybuchowych na okoliczność ponownych badań. Przedmiotem eksperymentu było ustalenie, czy substancja zabezpieczona u oskarżonego była materiałem wybuchowym tzw. miedziankiem i takie

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁷ S. Hoc [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, s. 888.

⁸ S. Hoc [w:] *Kodeks...*, s. 84; P. Hofmański (aktualizacja A. Sakowicz) [w:] *Kodeks...*, s. 883.

⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534) – dalej k.p.k.

wnioski zostały potwierdzone. Sąd Apelacyjny nie ma wątpliwości, że oskarżony posiadał materiały wybuchowe w postaci miedziankitu oraz ujawnionych także samodziałowych mieszanin pirotechnicznych na bazie chloranu potasu i związków nieorganicznych, azotanu amonu i nitrometanu. Szerzej SA odnosi się do regulacji zawartej w art. 171 k.k. oraz przepisów regulujących posiadanie materiałów wybuchowych, co nie budzi wątpliwości, ale był to konieczny wywód, który należało poczynić. Niektóre z posiadanych przez oskarżonego substancji nie wymagają zezwolenia, ale mogą one spowodować niebezpieczeństwo.

Zdaniem SA niebezpieczeństwo przedmiotów, których posiadanie nie wymagało zezwolenia nie czyniła z nich przedmiotu przestępstwa z art. 171 k.k., ale uzasadniała traktowanie ich gromadzenia za element przygotowań do czynu z art. 128 § 1 k.k. Według SA całkowicie nieracjonalne jawią się próby czynione już w postępowaniu przed Sądem Okręgowym w Olsztynie, jakoby substancje te i związki chemiczne miały być wykorzystywane wyłącznie w gospodarstwie domowym lub przy pracach ogrodniczych. Oskarżony poszukiwał w internecie oraz gromadził informacje na temat materiałów wybuchowych: napalmu, pentrytu, miedziankitu, azotanu amonu oraz szeregu innych substancji chemicznych, a także licznie zgromadził, ukrył i przechowywał dokumentację związaną z recepturami materiałów wybuchowych. Sąd Apelacyjny podkreśla, że jednoznacznie przyjąć należało, że także broń i amunicja ujawniona u oskarżonego zarówno ta, na którą posiadał zezwolenie, jak i ta, której posiadać nie powinien, gromadzona była przez niego z zamiarem wynikającym z art. 128 § 2 k.k.

Sąd Apelacyjny podkreśla, że SO przeprowadził wnikliwe i prawidłowe postępowanie, dążąc w jego trakcie do wyjaśnienia istotnych dla prawidłowego wyrokowania okoliczności, a zebrane dowody poddał ocenom wszechstronnym.

Odnosząc się raz jeszcze do przestępstwa z art. 128 § 2 k.k. SA zauważa, że czyn przypisany oskarżonemu nie jest więc działaniem bezpośrednio zmierzającym do usunięcia przemocą organu konstytucyjnego RP, ale przygotowaniem do takiego czynu. W tym wypadku zachowanie sprawcy obejmuje wszystkie zachowania, które mogą tworzyć warunki dla dokonania przestępstwa i może nim być nawet samo tylko wchodzenie w porozumienie z innymi osobami w celu wspólnego dokonania przestępstwa. Odpowiedzialność karna jest tu zakreślona szeroko, ale wynika z wyjątkowej szkodliwości planowanego czynu naruszenia, czy też realnego zagrożenia. Dlatego też – zdaniem SA – dla bytu przestępstwa z art. 128 § 1 k.k. bez znaczenia jest także, czy sprawca ma obiektywne możliwości realizacji celu oznaczonego w tym przepisie ani też czy czynność przygotowawcza sama w sobie nosi szansę powodzenia. Wystarczające jest dokonanie określonej czynności stanowiącej przygotowanie do osiągnięcia tego celu. Czyli należy podkreślić, konieczne jest w tym względzie działanie.

Linia obrony oskarżonego wskazywała, że zachowanie oskarżonego w stosunku do broni było wyrazem jego pasji i zainteresowań, a oskarżony jedynie wypowiadał radykalne poglądy, ale było to jednak nawoływanie do stosowania przemocy wobec osoby o odmiennych zapatrywaniach politycznych i przygotowywania się do usunięcia organu konstytucyjnego RP. Jednocześnie SA trafnie zauważa, że w ostatnich czasach wzrósł niebywale poziom ostrości debaty publicznej. Wzywanie do działań przemocowych, w tym fizycznej eksterminacji, nie może być jednak utożsamiane

jako głos w dyskusji politycznej i oskarżony nie ograniczał się do dania upustu swojemu niezadowoleniu z sytuacji politycznej w kraju i osób pełniących najważniejsze funkcje publiczne w państwie, ale podjął działania uzewnętrzniające chęć realizacji zamiaru usunięcia konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej, które wyczerpywały znamiona karalnego przygotowania o jakim mowa w art. 128 § 2 k.k.

Ważnym źródłem dowodów były zarejestrowane rozmowy telefoniczne oskarżonego, których treść podlegała ocenie SO, były to wypowiedzi stanowiące w zasadzie pierwotne źródło informacji, a treść tych rozmów nie wskazuje na ich żartobliwy charakter. Zdaniem oskarżenia, które podziela SA, Wojciechowi K. towarzyszyła głęboka wrogość i nienawiść do przedstawicieli tych podmiotów organów konstytucyjnych oraz subiektywnie widział zagrożenie ze strony tych demokratycznie wybranych organów dla dobra Polski w kształcie przez siebie wyobrażonym. Przewidując nieuchronność konfliktu zbrojnego uważał, że należy przygotowywać się do walki, chociaż zakładał i planował podejmowanie akcji siłowych także w warunkach pokojowych. Zamieszczając w internecie zdjęcie karabinu opatrzonego komentarzem o treści „Dziś demokrację w Polsce – i nie tylko może zaprowadzić tylko to narzędzie”, wyrażając niezadowolenie z panującej sytuacji politycznej w państwie i stosunek do organów władzy państwowej, w sposób wyraźny prezentował zamiar i motywację działania. Zdaniem SO agresywna treść oraz forma wypowiedzi świadczyły dobitnie o podejmowanych próbach włączenia innych osób w celu znalezienia sprzymierzeńców do realizacji jego przedsięwzięcia, zmierzającego do usunięcia przemocą konstytucyjnych organów Rzeczypospolitej Polskiej. Zarejestrowano wypowiedzi oskarżonego w rozmowie telefonicznej z Arturem Ć. 19.05. 2015 r., w której mówi rozmówcy o konieczności przejęcia władzy, o zagrożeniach ze strony poprzedniego i obecnego Prezydenta RP, działaniach dotyczących pozbawienia życia takich osób poprzez poderżnięcie im gardła, wieszanie czy też spalanie. W innej rozmowie z 24.06.2015 r. oskarżony mówi o postawieniu przed Sejmem szubienic, czy też gilotyny i zbrojnym organizowaniu się przeciwko organom władzy. W rozmowie z Arturem Ć. 5.08.2015 r. oskarżony stwierdza, że: „wystarczy jednej nocy «zatłuc» ze dwudziestu senatorów, ze dwudziestu posłów o czym wielokrotnie pisze czy mówi, ale to do nikogo nie dociera. Słowa o uwolnieniu Polski od rządów żydo-komuny siłą, wymianie całej władzy. Wszyscy won z sejmu i senatu, (...) musimy obalić siłą istniejący reżim (...) postawić przed sejmem ze trzy szubienice, ze dwie gilotyny i dać im czas, dwadzieścia cztery godziny”, to także obraz ukierunkowania działania i chęci stosowania działań przemocowych, do których przygotowywał gromadząc arsenał. Zdaniem SA publikowanie gróźb pod adresem członków konstytucyjnych organów władzy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej, prezydenta, premiera, prezentowanie komentarzy i poglądów, w których wypowiadał się w sposób nieskrępowany, nawołując do popełnienia przestępstw na osobach zajmujących eksponowane stanowiska w administracji rządowej, głoszenie, że nie potrzeba nam w tej chwili ani urzędu prezydenta, ani senatu, ani tak ogromnego sejmu, najwyżej 60 posłów, ale za to z najwyższej klasy wykształconych specjalistów, a nie prymitywnych polityków, bez cienia wątpliwości obrazują zamiar i motywacje, jakie towarzyszyły gromadzeniu broni i materiałów wybuchowych. Sąd Apelacyjny podkreśla, że SO prawidłowo ocenił wartość zgromadzonych w sprawie dowodów i słusznie uznał, że są one miarodajne do czynienia ustaleń faktycznych przyjętych za podstawę skazania Wojciecha K.

Należy zauważyć, że przestępstwa z art. 128 § 1 i 2 k.k. mogą być popełnione

umyślnie, wyłącznie z zamiarem bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu (przestępstwo kierunkowe). Odnośnie do przygotowania, dopiero osiągnięcie pewnego stopnia zaawansowania przygotowań umożliwi stwierdzenie faktycznego celu działania sprawcy¹⁰.

Zdaniem SA okoliczności, na jakie zwrócił uwagę sąd orzekający, obrazują oskarżonego Wojciecha K. jako osobę organizującą przestępczy zamysł w sposób przemyślany, działającą z pełną determinacją i próbującą zaangażować do swoich pomysłów wiele innych osób. Oskarżony, o ile to możliwe radykalizował swoje działanie w sensie propagowania skrajnych poglądów, starając się zarazić nimi w przestrzeni internetowej jak największą liczbę osób, nakłaniając także do organizowania się przeciw demokratycznym strukturom państwa. Przede wszystkim jednak w odniesieniu do elementów strony przedmiotowej czynów należy wskazać na znaczne ilości zgromadzonej broni i amunicji, na które nie miał pozwolenia, posiadanie materiałów wybuchowych oraz znacznych ilości substancji, z których chciał takie materiały wytworzyć, jak też czynienie starań zakupu takich materiałów i to w znacznych ilościach. Sąd Apelacyjny dobitnie podkreśla, że oskarżony zaangażował w przestępcze przedsięwzięcie znaczną ilość środków finansowych, co dowodzi daleko idącej determinacji. Nie sposób zapomnieć, że pomimo zatrzymania i tymczasowego aresztowania trwał w dalszym ciągu w zamiarze, nie ujawnił ukrytego arsenału broni, co pozwala przypuszczać, że i dzisiaj pozostaje deklaratywnie krytyczny do popełnionych czynów. Należało mieć na uwadze, że oskarżony, jako osoba wykształcona i doświadczona życiowo, musiał zdawać sobie sprawę z dużej społecznej szkodliwości czynów, i wbrew przekonaniu obrońcy odwołującego się do opinii sądowo-psychiatryczno-psychologicznej należy odnotować, iż sprawność intelektualna oskarżonego kształtuje się na poziomie powyżej przeciętnej. Wprawdzie stwierdzono organiczne zaburzenia osobowości jednak nie miało to wpływu na poczytalność. Biorąc zatem pod uwagę daleko idącą społeczną szkodliwość czynu z pkt 1 oraz wysoki stopień zawinienia, cel gromadzenia broni i materiałów wybuchowych, których zamierzał używać, kary w rozmiarze, która nie przekracza nawet połowy ustawowego zagrożenia nie sposób uznać za rażąco surową. Nie sposób odnieść takich ocen także do pozostałych czynów, skoro kary wymierzone za nie oscylują w granicach dolnego ustawowego zagrożenia, podobnie jak i w przypadku kary łącznej orzeczonej przy zastosowaniu zasady zbliżonej do absorpcji. Przy czym w odniesieniu do zakwestionowanej kary za czyn z pkt 4 aktu oskarżenia można tylko stwierdzić, że jej rozmiar wyłącznie, przy uwzględnieniu arsenału broni jaki posiadał oskarżony, może wydawać się nieadekwatny. Tymczasem to właśnie dość swobodne, czy lekceważące traktowanie broni i amunicji uzasadniało uznanie, że stopień zawinienia i społecznej szkodliwości nie były niskie.

Według SA w żadnym razie zatem ani kary jednostkowe, ani kara łączna nie noszą cech rażącej surowości, bowiem sąd wyważył właściwie poziom ich dolegliwości dostosowując do celów, jakie ma odnieść względem oskarżonego i jej roli w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

W § 3 art. 128 k.k. stypizowano przestępstwo polegające na wywieraniu wpływu przemocą lub groźbą bezprawną na czynności urzędowe konstytucyjnego organu RP.

¹⁰ J. Kulesza [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 86.

Karalne jest każde wywieranie wpływu przemocą lub groźbą bezprawną, niezależnie od charakteru czynności, które sprawca chce wymusić. Przepięstwo okrešlone w art. 128 § 3 k.k. jest dokonane w chwili wywierania wpływu, nie jest więc konieczne rzeczywiste wywarcie wpływu. Przepięstwo to zachodzi takŹe wtedy, gdy sprawca chce wymusić czynnořć legalną i zgodną z prawem, a w niektórych przypadkach nawet, jeśli chce wymusić zaprzestanie przez organ konstytucyjny RP jego działań niezgodnych z prawem. Przepięs ma bowiem w założeniu chronić wszelkie czynności konstytucyjnych organów RP przed wywieraniem na nie nacisku za pomocą przemocy i gróŹb bezprawnych. Piotr Hofmański¹¹ podkreśla, Źe sprawca wyczerpuje znamiona przepięstwa przewidzianego w art. 128 k.k. niezależnie od tego, czy wywierane przez niego naciski rzeczywiście spowodowały podjęcie lub niepodjęcie czynności o określonej treści przez organ konstytucyjny.

Jan Kulesza¹² zauwaŹa, Źe sprawca przepięstwa określonego w art. 128 § 3 k.k. dąŹy do tego, by organ podjął bądź zaniechał działania zgodnie z wolą sprawcy, które to zachowanie jednocześnie będzie mieřciło się w ramach kompetencji organu i jego swobody działania (przepisów prawa). Sprawca moŹe teŹ dąŹyć do tego, by organ podjął bądź zaniechał działania wykraczając poza swoje kompetencje, z naruszeniem wiążących go przepisów.

Przepięstwo określone w art. 128 § 3 k.k. moŹe być popełnione umyřlnie w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym.

Niejako na uboczu rozwaŹań związanych z wyrokiem SA, warto bardzo zwięŹle odnieřć się do oceny prawnej zachowań grupy posłów w trakcie 33. posiedzenia Sejmu 16.12.2016 r. pod kątem ewentualnego zastosowania art. 128 § 3 k.k.

Zdaniem Jarosława Wyrembaka¹³ w sali posiedzeń Sejmu była stosowana przemoc i to według kwalifikacji prawno-karnych. Blokowanie i okupacja mównicy sejmowej oraz fotela marszałka Sejmu stanowi – według klasyfikacji prawnych – przemoc wykluczającą moŹliwość prawidłowego funkcjonowania Sejmu i wypełniania swoich zadań przez organy sejmowe. Według niego zachodzi podejrzenie popełnienia przepięstwa przeciwko RP lub przeciwko działalności instytucji państwowych.

W powyŹszej kwestii wypowiedział się takŹe Łukasz Pohl¹⁴ i T. Dukiet-Nagórska¹⁵.

RozwaŹania Ł. Pohla sę wielowętkowe i interesujące, naleŹy zwrócić uwagę tylko na kwestie ewentualnej odpowiedzialności karnej i obrony koniecznej. W pierwszej kolejności analizuje on przepis art. 128 § 3 k.k. Powołuje się na pogląd Piotra Kardasa¹⁶, Źe: „Dobrem prawnym chronionym przez art. 128 sę konstytucyjne organy RP oraz moŹliwość swobodnego ich funkcjonowania w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa”, a w paragrafie z tego artykułu mówi się, Źe (...) chroni prawne (urzędowe) czynności organów konstytucyjnych RP”.

¹¹ P. Hofmański (aktualizacja A. Sakowicz) [w:] *Kodeks...*, s. 883.

¹² J. Kulesza [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 83.

¹³ J. Wyrembak, *Opinia w sprawie konsekwencji blokowania obrad Sejmu oraz moŹliwości przywrócenia porządku na Sali obrad*, „Przegląd Sejmowy” 2017/1(138), s. 240–248.

¹⁴ Ł. Pohl, *O prawnej ocenie blokowania mównicy sejmowej, fotela marszałka Sejmu i plenarnej sali posiedzeń Sejmu oraz o moŹliwościach postępowania Marszałka Sejmu w celu przywrócenia na niej porządku* (Uwagi na tle 33. posiedzenia Sejmu RP), „Acta Iuris Stetinensis” 2017/1(17), s. 35–47.

¹⁵ T. Dukiet-Nagórska, *Ekspertyza prawna z 16.08.2021 r.*, <https://oko.press/autor/teresa-dukiet-nagorska/> (dostęp: 16.08.2021 r.).

¹⁶ P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 63.

Następnie akceptuje pogląd P. Kardasa, że: „W demokratycznym państwie prawnym podstawą sprawnego funkcjonowania państwa są jego konstytucyjne organy. (...) Zaburzenie zgodnego z prawem działania tych organów prowadzić może do dysfunkcjonalności państwa, a w konsekwencji do niewypełniania przez nie podstawowych konstytucyjnych zadań. Konsekwencją takiego naruszenia stabilności organów konstytucyjnych oraz prawidłowego działania może być naruszenie podstawowych interesów obywatelskich. Prawidłowość funkcjonowania państwa postrzegać zatem należy jako ważną wartość społeczną. Stąd też należy stwierdzić, że obok ochrony samych organów konstytucyjnych omawiany przepis chroni także ponadindywidualne interesy społeczeństwa związane z prawidłowym funkcjonowaniem konstytucyjnych organów RP”¹⁷.

Zdaniem Ł. Pohla nie można mieć najmniejszych wątpliwości, że blokowanie mównicy sejmowej, fotela Marszałka Sejmu oraz sali posiedzeń Sejmu zrealizowane w trakcie odbywającego się na tej sali posiedzenia Sejmu to zachowania, którymi przeszkadza oraz uniemożliwia się Sejmowi wykonanie jego czynności urzędowych, polegających w tym przypadku na podejmowaniu czynności składających się na prawidłową realizację procesu legislacyjnego. W rozważanym stanie faktycznym – według Ł. Pohla – wypełnienie znamienia „przemocy” nie może budzić wątpliwości, gdyż blokowanie mównicy sejmowej, fotela Marszałka Sejmu oraz sali posiedzeń Sejmu nie jest możliwe „bez narzucenia komuś władzy, panowania”, „bez użycia siły przewyższającej czyjąś siłę”, a właśnie za pomocą takich określeń objaśnia się w literaturze przedmiotu znaczenie „przemocy” jako znamienia typu czynu zabronionego określonego w art. 128 § 3 k.k.¹⁸ Zachowanie grupy posłów – jak podkreśla Ł. Pohl – było przemocą wyrażającą się w narzuceniu Marszałkowi Sejmu panowania nad przestrzenią przy użyciu siły przewyższającej siłę Marszałka Sejmu. Nie był to – jak stwierdza Ł. Pohl – bierny opór, który polega na zaniechaniu. Zachowania posłów – jako w pełni intencjonalne – polegały na umyślności. Jednocześnie Ł. Pohl trafnie zauważa, że wypełnienie przez analizowane zachowanie się posłów znamion czynu zabronionego określonego w art. 128 § 3 k.k. nie przesądza o przestępności tego zachowania, gdyż przestępstwo jest strukturą wieloelementową, zachowanie musi być ponadto zachowaniem bezprawnym, karygodnym oraz zawinionym przez jego sprawcę. Zdaniem Ł. Pohla pomimo wypełnienia przez posłów analizowanymi zachowaniami znamion czynu zabronionego z art. 128 § 3 k.k., można mieć wątpliwości co do tego, czy realizacja owych znamion nastąpiła czynem przestępczym. W odniesieniu do zachowań realizowanych podczas posiedzenia Sejmu na sali plenarnej nie jest bowiem wykluczona konstrukcja wyłączającego winę usprawiedliwionego błędu co do kontratypu obrony koniecznej, natomiast w odniesieniu do zachowań mających miejsce podczas obradowania Sejmu w sali kolumnowej, a także po jego zakończeniu, nie jest wykluczona zasadność powoływania się na obronę konieczną lub usprawiedliwiony błąd co do tej obrony – stwierdza Ł. Pohl.

Zdaniem T. Dukiet-Nagórskiej opozycja działała w obronie koniecznej, blokując mównicę i stół prezydyalny „odpierała bezpośredni, bezprawny zamach na dobro

¹⁷ P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 63–64.

¹⁸ P. Kardas [w:] *Kodeks...*, s. 58.

chronione prawem”, Marszałek Sejmu – według niej – naruszył prawo. Wykluczając posła Michała Szczerbę, podjął decyzję „o nieodwracalnych skutkach”, immunitet posła obejmuje okupację mównicy. Pociągnięcie do odpowiedzialności posłów opozycji jest więc niemożliwe – konkluduje autorka.

Sprawy z art. 128 k.k. występują stosunkowo rzadko, głosowany wyrok jest pierwszym publikowanym. Warto wspomnieć, że SA w Krakowie w postanowieniu z 29.08.2013 r., II AKz 338/13¹⁹, uznał, że: „jeśli mamy do czynienia ze zbiegiem formy zjawiskowej popełnienia przestępstwa w postaci podżegania do zbrodni z art. 128 § 1 k.k., z jej formą stadialną w postaci (jedyne) przygotowania (art. 128 § 2 k.k.), podżeganie nie może zostać uznane za czyn współkarany uprzedni, gdyż zagrożone jest ono znacznie wyższą karą”.

Wracając do wątku głównego glosy, należy raz jeszcze podzielić trafne stanowisko SA, dobrze udokumentowane, aczkolwiek należało szerzej odnieść się do ubogiej jednak literatury przedmiotu. Jednocześnie należy wyraźnie zauważyć, że również stanowisko SO jest merytorycznie prawidłowe, a przy tym także dobrze uzasadnione. Pogląd Sądu Apelacyjnego powinien mieć ważny wpływ na inne ewentualnie sprawy z art. 128 k.k.

Niejako przy okazji należy wspomnieć, że Sąd Okręgowy w Łodzi 5.08.2021 r. skazał (nieprawomocnie) Pawła D. m.in. na podstawie art. 128 § 2 k.k. na karę łączną 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności (sygn. IV K 89/21).

Summary

Stanisław Hoc, Commentary on Judgment of the Court of Appeal in Białystok of 11 June 2019, II AKa 36/19

The author of the commentary approves the view expressed by the Court of Appeal in the judgment of 11 June 2019, II AKa 36/19, in a case involving, inter alia, the offence defined in Article 128 of the Penal Code, committed by W.K. The Court of Appeal, accepts the opinion of the court of first instance, focusing on elements the actus reus and mens rea of the offence of coup d'état and emphasizing that it is sufficient to perform a certain action which constitutes preparation for achieving the goal.

Keywords: *violence, firearms, ammunition, aggregate punishment, constitutional authorities of the Republic of Poland*

Streszczenie

Stanisław Hoc, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11.06.2019 r., II AKa 36/19

Autor glosy aprobuje pogląd wypowiedziany przez Sąd Apelacyjny w wyroku z 11.06.2019 r., II AKa 36/19, w sprawie m.in. z art. 128 Kodeksu karnego popełnione przez W.K. Sąd Apelacyjny. Akceptuje stanowisko sądu I instancji, zwraca uwagę na elementy strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa zamachu stanu, podkreślając, że wystarczające jest dokonanie określonej czynności stanowiącej przygotowanie dla osiągnięcia celu.

Słowa kluczowe: *przemoc, broń palna, amunicja, kara łączna, organy konstytucyjne RP*

¹⁹ KZS 2013/9, poz. 85, LEX nr 1386096.

Literatura:

1. Dukiet-Nagórska T., *Ekspertyza prawna z 16.08.2021 r.*, <https://oko.press/autor/teresa-dukiet-nagorska/>
2. Hoc S. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, wyd. 5, Warszawa 2020.
3. Hofmański P. (aktualizacja A. Sakowicz) [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, wyd. 5, Warszawa 2016.
4. Kardas P. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999.
5. Kulesza J. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz, art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
6. Pohl Ł., *O prawnej ocenie blokowania mównicy sejmowej, fotela marszałka Sejmu i plenarnej sali posiedzeń Sejmu oraz o możliwościach postępowania Marszałka Sejmu w celu przywrócenia na niej porządku (Uwagi na tle 33. posiedzenia Sejmu RP)*, *Acta Iuris Stetinensis* 2017, nr 1(17).
7. Wyrembak J., *Opinia w sprawie konsekwencji blokowania obrad Sejmu oraz możliwości przywrócenia porządku na Sali obrad*, *Przegląd Sejmowy* 2017, nr 1(138).

Łukasz Buczek*

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1.06.2017 r., III KK 492/16**1

Teza glosowanego postanowienia:

Regulacja przewidziana w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. stanowi samodzielną podstawę wyłączenia działania zasady specjalności z art. 607e § 1 k.p.k.; bez znaczenia prawnego jest to, że wobec osoby ściganej stosowano środek polegający na pozbawieniu wolności przed jej przekazaniem, a nawet już na terytorium Polski, o ile środek ten został uchylony przed rozpoczęciem rozprawy głównej i osoba ścigana odpowiadała z wolnej stopy.

Głosowane postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) – w zakresie upatrującym możliwość wyłączenia zasady specjalności na podstawie art. 607e § 3 pkt 4 Kodeksu postępowania karnego² także wówczas, gdy wobec osoby ściganej stosowano w sposób faktyczny³ po jej przekazaniu na terytorium Polski środek polegający na pozbawieniu wolności wymaga jednoznacznej krytyki. Stoi bowiem w sprzeczności zarówno z prawidłową wykładnią treści art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k., jak i poglądami orzecznictwa oraz doktryny (w tym także tych, które przywołane zostały przez SN w treści uzasadnienia). Pomimo niewątpliwej wadliwości interpretacyjnej w tym zakresie, przedmiotowe orzeczenie jest jednak przywoływane z pełną aprobatą zarówno w komentarzach do Kodeksu postępowania karnego⁴,

* Mgr Łukasz Buczek jest asystentem w Zespole Badawczym Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, Polska, ORCID: 0000-0002-7902-7526, e-mail: lukasz.buczek@yahoo.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 11.02.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 5.09.2021 r.

¹ LEX nr 2309574.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 543) – dalej k.p.k. Zasada specjalności uregulowana została w art. 607e § 1 k.p.k., w świetle której „Osoby przekazanej w wyniku wykonania nakazu nie można ścigać za przestępstwa inne niż te, które stanowiły podstawę przekazania, ani wykonać orzeczonych wobec niej za te przestępstwa kar pozbawienia wolności albo innych środków polegających na pozbawieniu wolności”. W paragrafie 3 przywołanego artykułu wymienione zostały enumeratywnie sytuacje procesowe, w których nie znajduje zastosowania zasada specjalności, w tym ta, o jakiej mowa w pkt 4, gdy „postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności”.

³ Przez faktyczne stosowanie środka polegającego na pozbawieniu wolności w niniejszym opracowaniu przyjęto faktyczne wdrożenie tego rodzaju środka do wykonania. Nie będzie zatem faktycznym stosowaniem środka polegającego na pozbawieniu wolności sytuacja procesowa, w której w stosunku do osoby ściganej wydane zostało orzeczenie stanowiące podstawę pozbawienia jej wolności, acz nie zostało ono wdrożone do wykonania.

⁴ Por. B. Nita-Światłowska [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis el. 2020, teza 22 do art. 607e k.p.k.; A. Górski, A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Legalis el. 2020, teza 5 do art. 607e k.p.k.; A. Augustyniak [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II. *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2020, teza 17 do art. 607e k.p.k.

jak i w orzecznictwie⁵, i stąd niewykluczone, że będzie prowadzić w przyszłości do obudowania się poglądu jawnie sprzecznego z zasadami prawidłowej interpretacji.

Na wstępie glosy konieczne jest zaprezentowanie stanu faktycznego, na gruncie którego zaprezentowany został kwestionowany pogląd.

Sąd Najwyższy mierzyl się ze sprawą D.S., który na etapie prowadzonego przeciwko niemu postępowania przygotowawczego został przekazany z Wielkiej Brytanii do Polski w wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania (ENA). Nakaz ten dotyczył czterech przestępstw polegających na przemyśle w drugiej połowie 2007 r., w pierwszej połowie 2009 r. i w dniach 1 i 2.11.2009 r. znacznej ilości środków odurzających oraz przestępstwa prania brudnych pieniędzy latem 2008 r. Jeszcze na etapie śledztwa, prokurator uchylił stosowany wobec D.S. środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania, zastępując go środkami nieizolacyjnymi w postaci dozoru policji, poręczenia majątkowego oraz zakazu opuszczania kraju. W toku całego postępowania jurysdykcyjnego D.S. pozostawał na wolności. Został skazany wyrokiem Sądu Okręgowego w G. z 26.05.2015 r. za ciąg czterech przestępstw nielegalnego przewożenia znacznych ilości środków odurzających i za przestępstwo prania brudnych pieniędzy⁶ na karę łączną 6 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i karę łączną grzywny oraz zasądzone względem niego nawiązkę w kwocie 20 000 zł. Sąd Apelacyjny w G., po rozpoznaniu apelacji prokuratora i obrońcy, w dniu 13.04.2016 r. zmienił pierwszoinstancyjny wyrok m.in. przez uniewinnienie oskarżonego od popełnienia jednego czynu wchodzącego w skład ciągu przestępstw, orzekł nową karę łączną pozbawienia wolności w wysokości 4 lat i 6 miesięcy, na poczet której zaliczył okres rzeczywistego pozbawienia wolności od 21.02. do 18.07.2011 r. oraz nową karę łączną grzywny, obniżył nawiązkę do 1 500 zł oraz orzekł tytułem przepadku korzyści osiągniętych z popełnienia przestępstw kwotę 56 620 zł.

Prawomocny wyrok sądu apelacyjnego *ad quem* w całości zaskarżył kasacją obrońca skazanego. Podnosząc zarzut wystąpienia uchybienia z art. 439 § 1 pkt 9 w zw. z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k., polegającego na skazaniu D.S. za przestępstwa inne niż te, które stanowiły podstawę przekazania – wniósł on o uchylenie zaskarżonego wyroku i umorzenie postępowania, względnie przekazanie sprawy sądowi właściwemu do ponownego rozpoznania. Prokurator Prokuratury Regionalnej zażądał oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej. Stanowisko to zyskało wsparcie obecnego na rozprawie kasacyjnej prokuratora Prokuratury Krajowej.

Kasacja została oceniona przez Sąd Najwyższy za bezzasadną w stopniu zbliżonym do oczywistego i jako taka oddalona.

⁵ Por. wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) w Krakowie z 12.12.2017 r., IV Ka 861/17, LEX nr 2707398.

⁶ Jedyne na marginesie niniejszego opracowania należy zauważyć, że z dniem 22.10.2009 r. do polskiego języka ustawodawczego weszło określające proces sprawczy określenie „pranie pieniędzy”. Wówczas to ustawa z 16.10.2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł, w wyniku nowelizacji, zyskała tytuł ustawy z 16.11.2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2000 r. Nr 116, poz. 1216 ze zm.). Od tego momentu w pełni zasadne jest określanie przestępstwa, za które skazany został w omawianej sprawie D.S., przestępstwem prania brudnych pieniędzy, a nie przestępstwem tzw. prania brudnych pieniędzy, jak to uczynił Sąd Najwyższy w analizowanej sprawie. Zwłaszcza że pojęcie „prania pieniędzy” znane było polskiemu językowi prawnemu jeszcze przed wprowadzeniem zasygnalizowanej nowelizacji, z uwagi na wiążące Polskę uregulowania międzynarodowe (zob. szerzej zwłaszcza K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, *passim* oraz E. Pływaczewski, *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy z perspektywy międzynarodowej*, „Państwo i Prawo” 2002/8, s. 43–52).

Początkowa treść rozważań merytorycznych poczynionych przez SN zasługuje na uwzględnienie i jako taka zostanie tu jedynie zasygnalizowana. Sąd kasacyjny poprawnie dokonał ogólnego omówienia zasady specjalności, określając ją jako „jedną z podstawowych zasad prawa ekstraordynaryjnego” i upatrując jej źródła w krajowym systemie prawnym w art. 607e § 1 k.p.k.⁷ Definiując zasadę specjalności, SN nie bez racji wskazał, że powinna być ona rozumiana jako „zakaz prowadzenia postępowania karnego wobec osoby wydanej (w ramach wykonania europejskiego nakazu aresztowania – dop. Ł.B.) za takie czyny, które nie były podstawą wydania, a jednocześnie zostały popełnione przed wydaniem”. Nie sposób przy tym nie zgodzić się z sądem kasacyjnym co do tego, że: „Przypadki wyłączenia zasady specjalności uregulowane są w art. 607e § 3 k.p.k.”⁸, a także i z tym, iż w pkt 4 wymienionego paragrafu „powiada się, że zasada specjalności nie wchodzi w rachubę, gdy (uwaga! – dop. Ł.B.) postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności”⁹ – gdyż w istocie taka jest treść przywołanego przepisu.

W dalszej części merytorycznych rozważań Sąd Najwyższy, bazując przede wszystkim na poglądach orzecznictwa¹⁰, a zwłaszcza na treści niezakwestionowanej dotychczas uchwały 7 sędziów SN z 24.11.2010 r., I KZP 19/10¹¹, opowiedział się za poglądem, w świetle którego regulacja przewidziana w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. stanowi samodzielną podstawę wyłączenia działania zasady specjalności z art. 607e § 1 k.p.k.¹² Takie rozumienie art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k., w ocenie SN, „zezwała na ściganie, jeżeli postępowanie karne toczące się po przekazaniu osoby ściganej nie wiąże się ze stosowaniem wobec niej środka polegającego na pozbawieniu wolności – przy czym nie ma znaczenia stosowanie w stosunku do tej osoby środka izolacyjnego przed przekazaniem”.

Powyższy wywód poczyniony w uzasadnieniu omawianego orzeczenia jest logiczny, a przy tym oparty na sumiennie prześledzonym orzecznictwie sądów krajowych oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)¹³.

W ostatniej części uzasadnienia, w przedostatnim jego akapicie, sąd kasacyjny dokonał podsumowania poczynionych analiz, co znalazło odzwierciedlenie w tezie orzeczenia. Konieczne jest przywołanie go *in extenso*. Sąd Najwyższy wskazuje:

⁷ Krajowe rozwiązania systemowe związane z wydawaniem oraz wykonywaniem europejskich nakazów aresztowania są, jak wiadomo, wynikiem implementacji decyzji ramowej Rady (WE) 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, s. 34) – dalej decyzja ramowa 2002/584. Artykuł 607e § 1 k.p.k. jest odpowiednikiem art. 27 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584.

⁸ Przepis ten jest wynikiem implementacji art. 27 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584.

⁹ Ten konkretnie fragment jest wynikiem nie dość ścisłej implementacji art. 27 ust. 3 lit. c decyzji ramowej 2002/584 o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

¹⁰ Zob. przywołane w uzasadnieniu następujące judykaty: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1.12.2008 r., C-388/08 PPU (Dz.Urz. UE C 44 z 2009 r., s. 23); postanowienia SN: z 6.05.2010 r., V KK 222/09, LEX nr 603810; z 3.12.2010 r., II KK 135/10, II KK 135/10; wyroki SN: z 4.07.2013 r., III KK 21/13, LEX nr 1356231; z 28.09.2015 r., IV KK 136/15, LEX nr 1808601, a także przywołane jednostkowo przez sąd kasacyjny stanowisko doktryny w: M. Wąsek-Wiaderek [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. VII, red. K. Ślęzak, Warszawa 2014, s. 302–336.

¹¹ LEX nr 612391 wraz z glosą A. Lacha, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 listopada 2010 r., I KZP 19/10*, LEX/el. 2011, a także oparte na przedmiotowej uchwale niektóre późniejsze orzeczenia: postanowienie SN z 3.12.2010 r., II KK 135/10, LEX nr 843088; wyrok SO w Poznaniu z 12.11.2014 r., XVII Ka 1104/14, LEX nr 1893155 czy wyrok SO w Gliwicach z 9.01.2017 r., V Ka 613/16, LEX nr 2229719.

¹² Pogląd odmienny, a obecnie już zarzucony, został wyrażony w wyroku SN z 9.02.2010 r., II KK 117/09, LEX nr 577175. SN ówczesnie stwierdził, że: „Tylko wymóg łącznego wystąpienia przesłanek z punktów 4 i 5 art. 607e § 3 k.p.k., powoduje, że zastosowanie będzie miał, w praktyce, przepis art. 607e § 3 pkt 8 k.p.k., w części dotyczącej zgody na ściganie”.

¹³ Por. orzecznictwo przywołane w przypisach 11 i 12.

„Sumując: regulacja przewidziana w art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. stanowi samodzielną podstawę wyłączenia działania zasady specjalności z art. 607e § 1 k.p.k.; bez znaczenia prawnego jest to, że wobec osoby ściganej stosowano środek polegający na pozbawieniu wolności przed jej przekazaniem, a nawet (uwaga! – dop. Ł.B.) już na terytorium Polski, o ile środek ten został uchylony przed rozpoczęciem rozprawy głównej i osoba ścigana odpowiadała za wolnej stopy”.

Już *prima facie* dostrzegalna jest nieadekwatność przywołanego podsumowania z analizami poczynionymi w treści uzasadnienia – a to w części dopuszczającej możliwość wyłączenia zasady specjalności na podstawie art. 607 § 3 pkt 4 k.p.k. także wówczas, gdy wobec osoby ściganej stosowano w sposób faktyczny, również po jej przekazaniu na terytorium Polski, środek polegający na pozbawieniu wolności. Obrazując przedmiotowe stanowisko wydaje się właściwe wskazanie, że w ocenie SN dopuszczalne jest wyłączenie zasady specjalności za przestępstwo nieobjęte ENA też w takich przypadkach, w których wobec osoby ściganej, po jej przekazaniu na terytorium Polski, stosowano z uwagi na popełnienie przedmiotowego przestępstwa środek polegający na pozbawieniu wolności. Jedynym warunkiem uchylenia zasady specjalności w tych przypadkach miałyby być to, by przed rozpoczęciem rozprawy głównej (a więc choćby i po wniesieniu skargi zasadniczej inicjującej postępowanie sądowe) środek ten został uchylony, a osoba ścigana odpowiadała za popełnienie przestępstwa nieobjętego europejskim nakazem aresztowania z wolnej stopy. Nie sposób uznać za dopuszczalne takiej interpretacji art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k., tj. przepisu, w świetle którego dochodzi do wyłączenia zasady specjalności w tych i tylko tych przypadkach, w których „postępowanie karne nie wiąże się ze stosowaniem wobec osoby ściganej środka polegającego na pozbawieniu wolności”. Nie ulega wszak wątpliwości na gruncie przedmiotowej regulacji, że przez „postępowanie karne” powinno być pojmowane także to postępowanie, które poprzedza rozpoczęcie rozprawy głównej, w tym zwłaszcza postępowanie przygotowawcze.

Należy przy tym wskazać, że słusznie zauważa się w doktrynie¹⁴, iż treść art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. nie jest językowo ścisłą implementacją art. 27 ust. 3 lit. c decyzji ramowej 2002/584, albowiem prawodawca unijny dopuszcza w przywołanym przepisie wyłączenie zasady specjalności, gdy „sądowa procedura karna nie daje podstaw do zastosowanie środków ograniczających wolność osobistą”, co może rodzić pewne wątpliwości natury dogmatycznej. Przepis ten doczekał się jednak obszernej i zasługującej na uwzględnienie interpretacji TSUE¹⁵, w świetle

¹⁴ Por. szczegółowe omówienie przedmiotowej tematyki w: D. Świeczkowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., III KK 21/13*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej” 2015/1, s. 51 i n.

¹⁵ Por. przywołany już wyrok ETS z 1.12.2008 r., C-388/08 PPU, gdzie wskazuje się, że: „Wyjątek przewidziany w art. 27 ust. 3 lit. c decyzji ramowej 2002/584 w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, zgodnie z którym zasada szczególności ustanowiona w art. 27 ust. 2 nie ma zastosowania, gdy sądowa procedura karna [postępowanie karne] nie daje podstaw do zastosowania środków ograniczających wolność osobistą, powinien być interpretowany w ten sposób, że w razie stwierdzenia popełnienia «innego przestępstwa» niż to, które stanowiło podstawę przekazania, wymagane jest wystąpienie o zgodę, zgodnie z art. 27 ust. 4 decyzji ramowej, i jej uzyskanie, jeśli ma zostać wykonana kara pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający związany z pozbawieniem wolności. Możliwe jest ściganie lub skazanie osoby za takie przestępstwo przed uzyskaniem tej zgody, o ile żaden środek ograniczenia wolności nie jest stosowany na etapie ścigania lub postępowania karnego zmierzającego do wydania wyroku w odniesieniu do tego przestępstwa. Wyjątek, o którym mowa w art. 27 ust. 3 lit. c, nie stoi w każdym razie na przeszkodzie nałożeniu na osobę przekazaną środka ograniczenia wolności przed uzyskaniem zgody, jeżeli ten środek jest uzasadniony przez pozostałe zarzuty objęte aktem oskarżenia wymienione w europejskim nakazie aresztowania”.

której możliwe jest ściganie za przestępstwo nieobjęte ENA, a także skazanie za takie przestępstwo, nawet bez uzyskania oświadczenia państwa wykonania nakazu o dopuszczalności ścigania bądź skazania, jeśli żaden środek ograniczający wolność nie jest stosowany na etapie ścigania lub postępowania zmierzającego do wydania wyroku w odniesieniu do tego przestępstwa. Takie rozumienie art. 27 ust. 3 lit. c decyzji ramowej 2002/584 jest spójne z treścią art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k., w tym w szczególności z przyjętym w opracowaniu sposobem pojmowania postępowania karnego, jako obejmującego też etap poprzedzający rozpoczęcie rozprawy głównej.

Zasada specjalności, jak już wyżej zaakcentowano, jest wyjątkiem od możliwości prowadzenia postępowania karnego wobec osoby wydanej w ramach wykonania ENA za takie czyny, które nie były podstawą wydania, a jednocześnie zostały popełnione przed wydaniem. Jako taka ogranicza możliwość spełnienia zasadniczego celu postępowania karnego w postaci pociągnięcia sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności karnej. Wyjątki od niej, określone w art. 607e § 3 k.p.k., powinny być interpretowane w sposób ścisły, a przy tym uwzględniający otoczenie normatywne, zwłaszcza to o charakterze unijnym. Niemożliwą do zaakceptowania jest taka wykładnia poszczególnych wyjątków od zasady specjalności, która ani nie miałaby oparcia w językowej treści przepisów, ani nie znajdowałaby żadnego uzasadnienia w dyrektywach wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Podsumowując powyższe, należy wskazać w opozycji do orzeczenia Sądu Najwyższego, że ma niezmiernie istotne znaczenie prawne to, iż wobec osoby ściganej stosowano w sposób faktyczny, za popełnienie przestępstwa nieobjętego europejskim nakazem aresztowania, środek polegający na pozbawieniu wolności po jej przekazaniu na terytorium Polski, albowiem wyklucza wyłączenie w stosunku do takiego przestępstwa – na podstawie art. 607e § 3 pkt 4 k.p.k. – zasady specjalności, nawet, jeśli środek ten został uchylony przed rozpoczęciem rozprawy głównej i osoba ścigana odpowiadała z wolnej stopy.

Summary

Łukasz Buczek, *Commentary on Decision of the Supreme Court of 1 June 2017, III KK 492/16*

The subject matter of the study is a critical commentary on the decision of the Supreme Court, in which it advocated the possibility of excluding the principle of specialty under Article 607e(3)(4) of the Code of Criminal Procedure also when the person prosecuted was actually subject to the measure of restriction of personal liberty after his/her transfer into the territory of Poland.

Keywords: *principle of specialty, criminal procedure, criminal law*

Streszczenie

Łukasz Buczek, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1.06.2017 r., III KK 492/16*

Przedmiotem opracowania jest glosa krytyczna do postanowienia Sądu Najwyższego, w którym opowiedział się on za możliwością wyłączenia zasady specjalności na podstawie

art. 607e § 3 pkt 4 Kodeksu postępowania karnego także wówczas, gdy wobec osoby ściganej stosowano w sposób faktyczny po jej przekazaniu na terytorium Polski środek polegający na pozbawieniu wolności.

Słowa kluczowe: *zasada specjalności, postępowanie karne, prawo karne*

Literatura:

1. Augustyniak A. [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II. *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2020.
2. Buczkowski K., Wojtaszek M., *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001.
3. Górski A., Sakowicz A. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Legalis el. 2020.
4. Lach A., *Glosa do uchwały SN z dnia 24 listopada 2010 r., I KZP 19/10*, LEX/el. 2011.
5. Nita-Światłowska B. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis el. 2020.
6. Plywaczewski E., *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy z perspektywy międzynarodowej*, Państwo i Prawo 2002, z. 8.
7. Świeczkowski D., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2013 r., III KK 21/13*, *Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej* 2015, nr 1.
8. Wąsek-Wiaderek M., [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. VII, red. K. Ślęzak, Warszawa 2014.

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak,
Joanna Repeć, Iryna Prystenska*

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „V4CyberPower”.

Warszawa, 3–4 grudnia 2020 r.**

W dniach 3–4.12.2020 r. odbyła się międzynarodowa konferencja naukowa zatytułowana „V4CyberPower”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (IWS), przy wsparciu Ministerstwa Sprawiedliwości (MS). Konferencja odbyła się w ramach projektu badawczego pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” współfinansowanego ze środków Funduszu Sprawiedliwości, którego dysponentem jest Minister Sprawiedliwości.

V4CyberPower to pierwsza edycja międzynarodowego forum wymiany wiedzy i doświadczeń, na którym wybrzmiały najważniejsze głosy branży informatycznej krajów Grupy Wyszehradzkiej (V4). Dyskusje panelistów wytyczyły nowe kierunki rozwoju i pozwoliły znaleźć wspólne rozwiązania, które przyspieszą konieczne procesy informatyzacji państw członkowskich Grupy Wyszehradzkiej, a także zracjonalizują politykę tych państw dotyczącą sfery cyberbezpieczeństwa.

Konferencja została poświęcona tematyce cyberprzestępczości oraz sposobom jej zapobiegania w ujęciu międzynarodowym. Wydarzenie składało się z licznych podsekcji. Prelegenci w ramach wygłaszanych referatów wskazali w szczególności na metody walki z cyberprzestępczością czy wykorzystanie obecnej sytuacji panującej na świecie w atakach socjotechnicznych. Poruszone zostały kwestie związane z zagadnieniem spójności regulacji na poziomie unijnym, problematyki skutecznego zwalczania kradzieży tożsamości w aspekcie retencji danych, w tym

* Tomasz Bojanowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com; mgr Klaudia Łuniewska jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinaluniewska@gmail.com; mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com; mgr Joanna Repeć jest aplikantką adwokacką w Izbie Adwokackiej w Warszawie oraz absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-9091-7888, e-mail: repecjoanna@gmail.com; mgr Iryna Prystenska jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: iprystenska@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 2.04.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.07.2021 r.

również w kontekście rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). W trakcie obrad omówione zostały istotne zagadnienia dotyczące tematyki cyberbezpieczeństwa oraz roli, jaką pełni ona jako kluczowy element w koncepcji bezpieczeństwa państwa.

Ponadto konferencja stworzyła możliwość zaprezentowania dotychczasowych rezultatów projektu oraz wymiany myśli i poglądów dotyczących problematyki cyberbezpieczeństwa oraz zapobiegania i przeciwdziałania zjawisku cyberprzestępczości.

Projekt badawczy pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” oraz organizowana w ramach niego konferencja „V4 CyberPower” miały przede wszystkim na celu wymianę doświadczeń pomiędzy reprezentantami państw Grupy Wyszehradzkiej w zakresie cybersecurity, a także prezentację najnowszych technologii wytwarzanych w V4, jak również rozwój naukowy w Grupie Wyszehradzkiej.

Realizacja wyżej określonych działań projektowych stworzyła szansę na poprawę bezpieczeństwa państwa przed cyberatakami. Jest to prawdopodobne w szczególności z uwagi na możliwość wymiany wiedzy i doświadczeń międzynarodowych oraz edukację prawną w zakresie dotyczącym bezpieczeństwa sieci teleinformatycznych, a także wzmocnienie pozycji Polski w zakresie potencjału ludzkiego w branży IT na arenie międzynarodowej.

Pierwszy dzień konferencji otworzył swoim przemówieniem Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości **dr Marcin Romanowski**. Minister powitał wszystkich gości, wskazał na wagę zagadnień poruszanych na konferencji dla funkcjonowania współczesnego państwa. Podkreślił także, że niezwykle istotna jest wymiana doświadczeń w zakresie walki z cyberprzestępczością oraz w celu poprawy cyberbezpieczeństwa w naszym obszarze geograficznym, ponieważ może to mieć przełożenie na zapobieganie i przeciwdziałanie przestępczości. Następnie głos zabrał **dr hab. Marcin Wielec – Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości**, który także podziękował gościom za zainteresowanie tematyką konferencji oraz zaangażowanie wszystkich osób, które realizują projekt badawczy pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”. Następnie Dyrektor IWS odniósł się do kwestii merytorycznych, ściśle powiązanych z przedmiotem projektu i dokonał prezentacji referatu poświęconego wpływowi regulacji międzynarodowych na zwalczanie przyczyn przestępczości w dobie nowoczesnych technologii, gdzie wskazał na szanse oraz zagrożenia płynące z coraz silniejszej pozycji prawa międzynarodowego na krajowe uregulowania w zakresie zwalczania cyberprzestępczości.

Pierwszy panel został poświęcony inicjatywom mającym na celu zwiększenie cyberbezpieczeństwa. Dyskusja podjęta w ramach tej części konferencji dotyczyła zagadnień fundamentalnych z perspektywy funkcjonowania państwa w realiach postępującej informatyzacji i cyfryzacji, a także silnej tendencji do ujednolicania mechanizmów prawnych i pozaprawnych w obszarze funkcjonowania Unii Europejskiej. W ramach pierwszego panelu głos zabrali: wspomniany **dr Marcin Romanowski**, **dr Ökrös Oszkár** (Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Węgier), **Jan Kostrzewa** (Dyrektor Biura Cyberbezpieczeństwa w MS), **dr hab. Szymon Pawelec**, **prof. UW** (kierownik Zakładu Międzynarodowego Postępowania

Karnego WPIA Uniwersytetu Warszawskiego) oraz **dr inż. Rafał Lizut** (Katolicki Uniwersytet Lubelski). W tym panelu omówione zostały inicjatywy, które miała na celu poprawę cyberbezpieczeństwa w państwach Grupy Wyszehradzkiej, ze szczególnym uwzględnieniem rozwiązań, które są wdrażane w Polsce i na Węgrzech. Zagadnienia zostały omówione zarówno z perspektywy decydentów, specjalistów, jak i naukowców.

Następnie głos zabrał **Koordynator Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości oraz Kierownik Międzynarodowego Projektu Badawczego pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” mgr Bartłomiej Oręziak** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), który w ramach swojego wystąpienia omówił główne założenia i cele projektu badawczego. Dalszą część swojej wypowiedzi poświęcił przedstawieniu referatu pt. **„Rozwój nowoczesnych technologii jako wyzwanie dla przeciwdziałania przyczynom przestępczości”**, gdzie wskazał, że rozwój nowoczesnych technologii nie jest jednowymiarowy i może mieć zarówno pozytywny, jak i negatywny wpływ na działalność organów administracji publicznej w zakresie dotyczącym przeciwdziałania przyczynom przestępczości.

Jako następna referat wygłosiła **mgr Agnieszka Karcmarz** (przedstawicielka Polski w Komitecie Obrony Cybernetycznej NATO, Komitecie Planowania Cywilnego i Komitecie Polityki Operacyjnej), która w swoim wystąpieniu zaprezentowała perspektywę NATO dotyczącą zjawiska cyberbezpieczeństwa. W przemówieniu odniesiono się do problematycznych kwestii, nad którymi współpracują sygnatariusze Paktu Północnoatlantyckiego.

Kolejny panel poświęcono metodom walki z cyberprzestępczością. Wzięli w nim udział funkcjonariusze Policji w osobie **nadkom. Tomasza Pawlickiego** (naczelnik Wydziału Rozpoznania Biura do Walki z Cyberprzestępczością Komendy Głównej Policji) oraz **kom. Agnieszki Stąpór** (ekspertka Wydziału Rozpoznania Biura do Walki z Cyberprzestępczością Komendy Głównej Policji). Prelegenci dokonali omówienia metod podejmowanych oraz wdrażanych przez polską Policję w zwalczaniu cyberprzestępczości.

Jako kolejna wystąpiła **dr hab. inż. Agnieszka Gryszczyńska** (Katedra Prawa Informatycznego WPIA UKSW, prokurator del. do Prokuratury Regionalnej w Warszawie), która zaprezentowała referat pt. **„Wykorzystanie COVID-19 w atakach socjotechnicznych”**. W ramach wystąpienia dokonano omówienia zagadnień dotyczących całego społeczeństwa. Stwierdzono, że pandemia koronawirusa miała wpływ na życie każdej jednostki i wymusiła przeniesienie aktywności do internetu. Brak doświadczenia w zakresie informatyzacji i cyfryzacji sprawiło, że wiele osób stało się łatwym celem ataków socjotechnicznych.

W dalszej części konferencji głos zabrał **dr inż. Rafał Lizut**, który wygłosił przemówienie pt. **„Bezpieczeństwo państwa bezpieczeństwem obywateli? Wyzwania cyber (nie)bezpieczeństwa i obsługi danych”**. W trakcie wystąpienia poruszono aktualne zagadnienia wpływu sprawnego funkcjonowania instytucji publicznych na życie indywidualne jednostki w aspekcie cyberbezpieczeństwa. Prelegent wskazał, że mimo niechęci do obecności państwa w życiu prywatnym, w dzisiejszych okolicznościach państwo musi aktywnie dbać o bezpieczeństwo publiczne, bo tylko w ten sposób może zapewnić bezpieczeństwo wszystkim obywatelom.

Jako następny prelegent wystąpił **dr Blaža Markelja** (adiunkt Studiów nad Bezpieczeństwem na Wydziale Wymiaru Sprawiedliwości w Sprawach Karnych i Bezpieczeństwa, Uniwersytet w Mariborze, Słowenia). Podczas swojej prelekcji omówił problematykę urządzeń mobilnych, które są niezbędnym elementem dzisiejszego rozwoju technologii. W referacie wskazał, dlaczego tak ważna jest edukacja w zakresie przechowywania i wykorzystywania urządzeń mobilnych. Istotnym zagadnieniem, jakie zostało poruszone w ramach wystąpienia, było określenie zagrożeń oraz dokonanie oceny ryzyk płynących z korzystania z urządzeń mobilnych i przetwarzania na nich newralgicznych danych.

Jako ostatni głos zabrał **dr hab. inż. Teodor Buchner** (adiunkt na Wydziale Fizyki Politechniki Warszawskiej, ekspert narodowego operatora telekomunikacyjnego EXATEL S.A.), który przedstawił referat pt. „**Od czarnych i białych skrzynek do optyki kosmicznej i kwantowej: nowe wymiary bezpiecznej telekomunikacji**”. W trakcie swojego wystąpienia omówił on przykładowe kwestie związane z cyberbezpieczeństwem w sferze telekomunikacji w ujęciu fizycznym.

Na zakończenie pierwszego dnia konferencji odbyła się debata z uczestnikami wszystkich paneli, którzy mieli możliwość odniesienia się do zaprezentowanych inicjatyw mających na celu zwiększenie cyberbezpieczeństwa, a także przytoczonych metod zwalczania cyberprzestępczości.

Podsumowania pierwszego dnia konferencji dokonał **Jan Kostrzewa**, który podziękował wszystkim uczestnikom za udział w dyskusji i zaprosił do udziału w kolejnym dniu obrad.

W drugim dniu konferencji uroczystego powitania gości oraz prelegentów dokonał też **Jan Kostrzewa**.

Następnie głos zabrał **mgr Karol Wróbel** (dyrektor Departamentu Cyberbezpieczeństwa w EXATEL S.A., doświadczony architekt rozwiązań bezpieczeństwa, skupiony na tworzeniu i rozwoju kompleksowych usług cyberbezpieczeństwa), który wygłosił prelekcję pt. „**Rekonesans cyberbezpieczeństwa**”. Tematem przewodnim przemówienia była problematyka podejścia do bezpieczeństwa ofensywnego, jako efektywnego czasowo i kosztowo sposobu mającego na celu poprawę poziomu cyberbezpieczeństwa w podmiotach o różnym znaczeniu – zarówno tych działających jako podmioty prywatnego, jak i tych publicznych.

Kolejną prelegentką była **dr Aleksandra Komar-Nalepa** (adwokat w Izbie Adwokackiej w Warszawie, adiunkt w Zakładzie Międzynarodowego Postępowania Karnego WPiA UW). Poruszyła ona istotny temat z punktu widzenia procesu karnego, jakim jest charakter dowodów elektronicznych w postępowaniu karnym ze szczególnym uwzględnieniem ryzyka manipulacji. Dowody elektroniczne stały się integralną częścią procesu karnego, jednak organy procesowe muszą być uważne przy dopuszczaniu i przeprowadzaniu takich dowodów, co zostało wyraźnie podkreślone w przemówieniu.

Jako następny wystąpił **dr Rafał Kierzyńka** (sędzia Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim, główny specjalista z zakresu europejskiego prawa karnego w MS i autor publikacji z tej dziedziny, przedstawiciel Polski w organach Unii Europejskiej i Rady Europy zajmujących się współpracą w sprawach karnych), który zaprezentował referat pt. „**Ewolucja kradzieży tożsamości jako efekt uboczny cyfryzacji usług**”. Przedstawił on skutki uboczne przyspieszonej cyfryzacji i informatyzacji, jakimi niewątpliwie może być kradzież tożsamości.

Kolejnym punktem konferencji „V4CybePower” był ekspercki panel dyskusyjny zatytułowany „Spójność regulacji na poziomie unijnym, problematyka skutecznego zwalczania kradzieży tożsamości w aspekcie retencji danych, w kontekście rozstrzygnięć TSUE w sprawie w sprawach połączonych C-511/18, C-512/18, C-520/18 oraz współpraca z Facebookiem, Twitterem i innymi mediami społecznościowymi”. Stanowił on rozwinięcie wystąpienia wygłoszonego przez dr. Rafała Kierzynekę. Uwagę skupiono na dostawcach usług w zakresie portali społecznościowych. Głos w dyskusji zabrali: **dr Gabor Jancso** (zastępca Sekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Węgier), **dr inż. Tomasz Kisielewicz** (Kierownik Zespołu ds. Nowych Technologii MS) oraz **dr Rafał Kierzyńska**. Prelegenci zwrócili szczególną uwagę na rolę dostawców usług portali społecznościowych w zakresie kradzieży danych. Takie media jak Facebook, Twitter, LinkedIn posiadają ogromną bazę danych, w związku z tym konieczne jest podjęcie z nimi współpracy w zakresie przeciwdziałania kradzieży tożsamości, aby nie dochodziło do powtarzających się incydentów związanych z wyciekami danych.

Następnym prelegentem był **Piotr Sobczak** (dyrektor Biura Informacyjnego Krajowego Rejestru Sądowego), który wygłosił referat pt. „Faktyczne implikacje wynikające z przetwarzania przez Krajowy Rejestr Karny danych o zagranicznym skazaniu obywatela polskiego w wyniku kradzieży tożsamości”. Temat wystąpienia był ściśle powiązany z przestępstwem kradzieży tożsamości popełnionym za granicą przez polskiego obywatela.

Kolejny panel dyskusyjny nosił nazwę „Gdzie uczą się cyberprzestępcy?”. Głos w nim zabrali kolejno: **Jan Kostrzewa**, **dr inż. Tomasz Kisielewicz**, **dr Gabor Jancso** oraz **Paweł Wiszniewski** (ekspert Biura Bezpieczeństwa Narodowego). Celem panelu była próba odpowiedzi na zadane w tytule panelu pytanie o metody pozyskiwania wiedzy i rozwój cyberprzestępców. W ramach dyskusji istotnie zauważono, że cyberprzestępcy nie stoją w miejscu i wykorzystują nowe sposoby na popełnianie cyberprzestępstw. W związku z tym istotna jest analiza tego zjawiska oraz dalsze rozwijanie możliwości służb, które mają zapobiegać i wykrywać popełniane czyny zabronione.

Następnie **Paweł Wiszniewski** zaprezentował wystąpienie pt. „Bądźmy odporni na cyberzagrożenia, cyberbezpieczeństwo – kluczowy element w koncepcji bezpieczeństwa państwa”. Wskazywał w nim na stale rosnące znaczenie cyberbezpieczeństwa w strategii bezpieczeństwa publicznego nowoczesnych państw.

Kolejny referat zaprezentował **mgr Dariusz Krzęcio** (doktorant na Wydziale Nauk o Bezpieczeństwie Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach), a nosił on tytuł „Ryzyko cybernetyczne jako zjawisko naruszenia danych osobowych”.

W dalszej części drugiego dnia konferencji głos zabrał również **dr inż. Tomasz Kisielewicz**, który omówił najważniejsze aspekty funkcjonowania Zespołu ds. Nowych Technologii działającego przy MS oraz wskazał na wagę zagadnień, które zostały podjęte w ramach Międzynarodowej Konferencji Naukowej pt. „V4CyberPower”.

Ostatnie merytoryczne wystąpienie należało do **dr hab. Szymona Pawelca**, **prof. UW**, który odniósł się do zagadnienia dowodów elektronicznych. Wygłosił on prelekcję pt. „Wybrane aspekty spraw karnych z udziałem dowodów elektronicznych”. Podczas wystąpienia wskazano na doniosłość i zwiększającą się rolę

dowodów elektronicznych w sprawach karnych, ale jednocześnie ostrzeżono przed płynącymi z tego tytułu zagrożeniami.

Na koniec konferencji głos zabrał Podsekretarz Stanu MS **dr Marcin Romanowski**, który podziękował prelegentom za udział w konferencji oraz wskazał na potrzebę podejmowania debaty w zakresie cyberbezpieczeństwa. Podsekretarz Stanu wyraził nadzieję, że podejmowane w dyskusji problemy zostaną rozwinięte podczas kolejnej konferencji oraz w publikacji, która ma być rezultatem projektu badawczego pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Konferencja cieszyła się dużym zainteresowaniem, a przede wszystkim okazała się sukcesem z uwagi na to, że pozwoliła skonfrontować stanowiska wielu ekspertów z zakresu cyberbezpieczeństwa oraz cyberprzestępczości. Prelegentami byli zarówno teoretycy, praktycy, decydenci, funkcjonariusze publiczni oraz przedsiębiorcy, jak i naukowcy, co sprawiło, że konferencja przybrała przymiot wydarzenia interdyscyplinarnego poruszającego problematykę w sposób kompleksowy. Podjęte zagadnienia będą rozwijane w ramach dalszej realizacji projektu badawczego pt. „Cyberbezpieczeństwo Grupy Wyszehradzkiej na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”, czego efektem będzie m.in. wspomniana wyżej monografia naukowa.

Profesor Andrzej Siemaszko nie żyje (1950–2021)

Andrzej Siemaszko w 1972 r. ukończył Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, a następnie podjął studia doktoranckie w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk (1972–1975). 28 listopada 1975 r. Rada Naukowa INP PAN nadała Mu stopień naukowy doktora nauk prawnych. Zmieniona i uzupełniona wersja rozprawy doktorskiej została opublikowana („*Spoleczna geneza przestępczości. Wokół teorii E.H. Sutherlanda*”, Warszawa 1979).

W latach 1976–1989 Andrzej Siemaszko pracował na stanowisku adiunkta w Instytucie Problematyki Przestępczości. 24 lutego 1989 r. Rada Naukowa INP PAN na podstawie dorobku naukowego, w tym rozprawy habilitacyjnej „*Zachowania dewiacyjne młodzieży. Rozmiary – struktura – uwarunkowania*”, Warszawa 1986, nadała Andrzejowi Siemaszce stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych (w zakresie kryminologii).

W latach 1989–1991 dr hab. Andrzej Siemaszko pracował w United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) w Rzymie, a opracowania z tego okresu były publikowane za granicą¹. Po powrocie do kraju objął funkcję zastępcy dyrektora, a następnie dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (1992–2015), w którym pracował nieprzerwanie do śmierci. Równolegle (do 2011 r.) był nauczycielem akademickim (od 1992 r. na stanowisku profesora) Wydziału Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego.

W 1992 r. Profesor Andrzej Siemaszko został laureatem nagrody Amerykańskiego Towarzystwa Kryminologicznego dla wybitnego kryminologa spoza USA, a w 1993 r., na dorocznej Sesji Plenarnej Stałego Komitetu Zarządzającego ds. Przestępczości (CDPC) Rady Europy, został wybrany na członka prestiżowej Naukowej Rady Kryminologicznej (Criminological Scientific Council).

W 1996 r. Profesor został mianowany prokuratorem Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie, a w 2001 r. – prokuratorem Prokuratury Krajowej. W latach 2001–2005 pełnił funkcję sędziego Sądu Dyscyplinarnego dla prokuratorów I instancji przy Prokuratorze Generalnym.

11 kwietnia 2003 r. Prezydent RP nadał dr. hab. Andrzejowi Siemaszce tytuł profesora nauk prawnych. Podstawę procedury o nadanie tego tytułu stanowiła praca „*Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*” (Warszawa 2001).

¹ *Etude bibliographique sur le mesures alternatives l'emprisonnement de 1980 a 1989*, “Revue International de Criminologie et de Police” 1991, no. 3; *Review of Selected Research (1980–1990)*, in: *Development and Crime*, ed. by U. Zvekic, Rome 1992; *Central and Eastern European Victimisation Rates: to Compare or not to Compare?*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993; *Summaries of Country Surveys – Poland*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993; *Review of Literature on Alternatives to Imprisonment (1980–1989)*, in: *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*, ed. by U. Zvekic and A. Alvazzi del Frate, Chicago 1994.

W latach 2006–2008 Profesor Siemaszko był przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości, a w latach 2011–2013 wiceprzewodniczącym Rady ds. efektywności wymiaru sprawiedliwości.

Dorobek naukowy Andrzeja Siemaszki obejmuje 21 książek (w tym cztery obszerne monografie jego wyłącznego autorstwa) oraz ponad 50 artykułów w krajowych i zagranicznych czasopismach naukowych i pracach zbiorowych, a także liczne opracowania popularyzatorskie i publicystyczne.

Profesor nadzorował (również merytorycznie) prace w kilkuset projektach badawczych zrealizowanych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości. Kierował bezpośrednio kilkudziesięcioma szeroko zakrojonymi badaniami empirycznymi, w tym wieloma grantami naukowymi. Przykładowo: w latach 1996–1997 grantem Komitetu Badań Naukowych „Przestępczość i polityka karna w Polsce w latach 1994–1994”, w latach 1996–1998 grantem KBN „*International Crime (Victim) Survey '96* (polska część międzynarodowych badań przestępczości nieujawnionej)”, w latach 1999–2001 grantem KBN „*Prawo karne gospodarcze w świetle praktyki i standardów Unii Europejskiej*”, w latach 2004–2007 grantem Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyzszego „*Polska część międzynarodowych badań ofiar przestępstw (International Crime Survey 2004)*”, w latach 2006–2009 grantem Komisji Europejskiej w ramach programu DAPHNE „*International Self Report Delinquency Study 2*”, a w latach 2008–2010 grantem Komisji Europejskiej zakładającym przeprowadzenie nowego, europejskiego, pilotażowego badania wiktyimizacyjnego SASU.

Dorobek naukowy Profesora Andrzeja Siemaszki, tu jedynie zasygnalizowany, jest niewątpliwym, niemniej we wdzięcznej pamięci pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości najistotniejszą aktywnością Profesora pozostanie Jego organizatorski i naukowy wkład w powstanie i prestiż naszego Instytutu, dbałość o dobrą jakość merytoryczną i metodologiczną powstających w nim opracowań, w szczególności badań kryminologicznych i statystycznych oraz analiz orzecznictwa sądów powszechnych, i stworzenie dla ich publikacji kwartalnika „Prawo w Działaniu”.

Pełne informacje o przebiegu kariery zawodowej Prof. Andrzeja Siemaszki oraz prezentacja Jego poglądów naukowych są zawarte w dedykowanej Profesorowi księdze jubileuszowej, z której pochodzi również poniższy wykaz najważniejszych Jego publikacji (GRANICE PRAWA. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki pod redakcją Konrada Buczkowskiego i Pawła Ostaszewskiego, Warszawa 2020, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, s. 17–36).

Najważniejsze publikacje Profesora Andrzeja Siemaszki

A. Książki

1. *Spoleczna geneza przestępczości. Wokół teorii E.H. Sutherlanda*, Warszawa 1979.
2. *Zachowania dewiacyjne młodzieży. Rozmiary – struktur – uwarunkowania*, Warszawa 1986.
3. *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Warszawa 1993.
4. *Tymczasowe aresztowanie* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1993.
5. *Atlas przestępczości w Polsce* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 1994.
6. *Ławnicy – rezultaty badań empirycznych* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1994.
7. *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
8. *Przestępczość gospodarcza. Doświadczenia europejskie i amerykańskie* (red.), Warszawa 1995.
9. *Quo Vadis Iustitia? Stan i perspektywy wymiaru sprawiedliwości w Polsce* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1996.

10. *Administration of Justice in Poland* (wraz z M. Jankowskim), Warszawa 1999.
11. *Atlas przestępczości w Polsce 2* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 1999.
12. *Crime and Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2000.
13. *Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*, Warszawa 2001.
14. *Atlas przestępczości w Polsce 3* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2003.
15. *Wymiar sprawiedliwości w Europie. Polska na tle wybranych krajów* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2006.
16. *Geografia występku i strachu. Polskie Badanie Przestępczości '07* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2008.
17. *Atlas przestępczości w Polsce 4* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2009.
18. *Stosowanie Prawa. Księga Jubileuszowa na XX-lecie istnienia IWS* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2011.
19. *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Podstawowe parametry dla Polski i pozostałych krajów* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2011.
20. *Atlas przestępczości w Polsce 5* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2015.
21. *Nękami, oszukiwani, hakowani. Nowe i tradycyjne wymiary wiktyimizacji* (współautorstwo), Warszawa 2021.

B. Pozostałe publikacje naukowe

1. *Zastosowanie teorii uczenia się w wyjaśnianiu zachowań dewiacyjnych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1976, tom 5.
2. *Teoria zróżnicowanych powiązań a koncepcja naznaczenia społecznego: Podejście konkurencyjne czy komplementarne?*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, tom 9.
3. *Kradzieże dóbr kultury*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, tom 10.
4. *Recenzja książki M.M. Lefkowitz, L.O. Eron, L.O. Walder, „Grawing Up to be Violent”*, „Państwo i Prawo” 1979, z. 5 (wraz z K. Ostrowską).
5. *Zapobieganie nieprzystosowaniu społecznemu i przestępczości młodzieży w Południowej Australii*, „Przestępczość na świecie” 1981, tom 14 (wraz z K. Ostrowską).
6. *Uwagi na marginesie psychologicznej teorii samowiedzy Józefa Kozielskiego*, „Studia Philisopiae Christianae” 1982, nr 2 (wraz z K. Ostrowską).
7. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 1983, tom 13.
8. *Rozmiary spożywania napojów alkoholowych przez młodzież szkół ponadpodstawowych na terenie Warszawy w roku 1979*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1983, tom 13 (wraz z K. Ostrowską).
9. *Przestępczość wielokrotnych recydywistów i stosowana wobec nich polityka karna*, „Archiwum Kryminologii” 1983, tom 10.
10. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych uczniów szkół ponadpodstawowych z terenu Warszawy*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1983, tom 14.
11. *Dewiacja w perspektywie konfliktu kultur*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1984, tom 15.
12. *Wandalizm – definicja, etiologia, zapobieganie*, w: „Wandalizm”, B. Hołyst (red.), Warszawa 1984.
13. *Odkrycie narkomanii, czyli jak reklamować polską heroinę?*, w: *Po tej stronie granicy*, M. Siemieński (red.), Warszawa 1985.
14. *Rozmiary zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1986, tom 17.
15. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 1986, tom 13.
16. *Kierunek kontroli społecznej w socjologii dewiacji*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1988, tom 19.
17. *Metodologiczne problemy badań typu self-report*, „Archiwum Kryminologii” 1988, tom 15.
18. *Teorie kontroli społecznej – od Durkheima do Hirschiego*, w: *Spoleczna kontrola zachowań dewiacyjnych*, J. Kwaśniewski (red.), „Prace IPSiR UW”, Warszawa 1989, tom 11.

19. *Zachowanie dewiacyjne młodzieży a sytuacja ich rodzin*, w: M. Jarosz (red.), *Patologia życia rodzinnego*, Warszawa 1990.
20. *Percepcja dewiacji w społeczeństwie*, „Archiwum Kryminologii” 1991, tom XVII.
21. *Etude bibliographique sur le mesures alternatives l'emprisonnement de 1980 a 1989*, „Revue International de Criminologie et de Police” 1991, no. 3.
22. *Review of Selected Research (1980–1990)*, in: *Development and Crime*, ed. by U. Zvekic, Rome 1992.
23. *Mechanizmy naznaczania społecznego*, w: *Miedzy autonomią a kontrolą*, A. Kojder (red.), Warszawa 1992.
24. *Central and Eastern European Victimisation Rates: to Compare or not to Compare?*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993.
25. *Summaries of Country Surveys – Poland*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993.
26. *Review of Literature on Alternatives to Imprisonment (1980–1989)*, in: *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*, ed. by U. Zvekic and A. Alvazzi del Frate, Chicago 1994.
27. *The media and Crime*, in: *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
28. *Unreported Crime*, in: *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
29. *Kilka uwag o przestępczości gospodarczej*, w: *Przestępczość gospodarcza. Doświadczenia europejskie i amerykańskie*, A. Siemaszko (red.), Warszawa 1995.
30. *Ciemna liczba przestępstw w Polsce*, w: *IPSiR dzisiaj. Księga pamiątkowa na 25-lecie IPSiRu*, M. Porowski (red.), Warszawa 1998.
31. *Przestępczość nieujawniona: porównanie polskich rezultatów ICVS '92 i '96*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, tomy XXIII–XXIV.
32. *The International Crime Victim Survey in Poland (1996)*, w: *The International Crime Victim Survey in Countries in Transition. National Reports*, ed. by O. Hatalak, A. Alvazzi del Frate, U. Zvekic, Rome 1998.
33. *Przestępczość nieujawniona*, „Jurysta” 1998, nr 7–8.
34. *Zezwolenie na czasowe opuszczenie zakładu karnego (wraz z J. Szumskim i D. Wójcik)*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, tomy XXIII–XXIV.
35. *Dostęp do sądu a przewlekłość postępowania*, „Jurysta” 1999, nr 1.
36. *Metodologia badań wiktymizacyjnych*, „Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego” 1999, nr 8.
37. *Granice niezawisłości sędziowskiej (wraz z J. Szumskim)*, „Jurysta” 1999, nr 1.
38. *Przestępczość i polityka kryminalna w Polsce lat dziewięćdziesiątych: próba syntezy*, w: *Atlas przestępczości w Polsce 2*, A. Siemaszko (red.), Warszawa 1999.
39. *Założenia do nowelizacji ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz propozycje zmian (wraz z J. Brolem, J. Sadomskim i E. Warzochą)*, „Jurysta” 1999, nr 1.
40. *Orzeczone kary pozbawienia wolności a długość faktycznego pobytu w więzieniu (na przykładzie skazanych za przestępstwa z użyciem przemocy (wraz z B. Gruszczyńską, R. Kulmą i M. Marczewskim)*, „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, tom XXV.
41. *Usytuowanie prokuratury w wybranych krajach*, „Prokurator” 2000, nr 2.
42. *Crime and Criminal Policy in Poland: A Look Back and into the Future*, w: *Crime and Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (ed. by A. Siemaszko), Warsaw 2000.
43. *Przestępczość w okresie transformacji: uboczny skutek demokracji*, w: *Księga dziesięciolecia Polski Niepodległej*, W. Kuczyński (red.), Warszawa 2001.
44. *Facts and Figures (wraz z B. Gruszczyńską i M. Marczewskim)*, w: *Crime And Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (ed. by A. Siemaszko), Warsaw 2000.
45. *Probacja à la polonaise czyli piórko Damoklesa*, w: *Probacyjne środki polityki karnej – stan i perspektywy*, Warszawa 2001.
46. *Orzeczone kary pozbawienia wolności a długość faktycznego pobytu w więzieniu (na przykładzie skazanych za przestępstwa agresywne)*, „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, tom XXV.
47. *Ekspertyza (dot. Sądownictwa)*, w: *Przyszłość polskiego wymiaru Sprawiedliwości*, A. Zieliński i M. Zubik (red.), Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2002.
48. *Przestępczość w Polsce na przełomie wieków*, „IUS ET LEX” 2006, nr 4.
49. *Przestępczość i polityka karna w krajach postkomunistycznych: spojrzenie laika*, „Archiwum Kryminologii” 2007, tom XXVIII.

50. *International Crime Victim Survey '04/05: Polska na tle wybranych krajów Unii Europejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008, tomy XXIX–XXX.
51. *Polskie Badanie Przestępczości (PBP) 2007–2009: Analiza Wybranych Rezultatów*, „Archiwum Kryminologii” 2009, tom XXXI.
52. Poland, w: *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond. Results of the Self-Report Delinquency Study*, Springer 2010 (wraz z J. Czabańskim, B. Gruszczyńską i M. Marczewskim).
53. *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki (Raport z badania nt. uporczywego nękania pod redakcją A. Siemaszki)*, „Archiwum Kryminologii” 2011, tom XXXII (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, P. Ostaszewskim i D. Woźniakowską-Fajst).
54. *Spoleczna percepcja zagrożeń korupcyjnych w Polsce*, w: *Korupcja i antykorupcja – wybrane zagadnienia*, J. Kosiński, K. Krak (red.), Szczytno 2011 (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim i P. Ostaszewskim).
55. *Efektywność warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności mierzona powrotnością do przestępstwa* (wraz z M. Jankowskim i S. Momotem), „Prawo w Działaniu” 2014, nr 18.
56. *Sądownictwo. Polska na tle pozostałych krajów Unii Europejskiej* (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, P. Ostaszewskim i A. Wićcek-Durańską), „Prawo w Działaniu” 2016, nr 26.
57. *Działalność prokuratur rejonowych – analiza statystyczna* (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, K. Drapałą i A. Wićcek-Durańską), „Prawo w Działaniu” 2016, nr 28.
58. *Attitudes to Punishment. The Results of Three Surveys* (wraz z P. Ostaszewskim i J. Klimczak), „Prawo w Działaniu” 2019, nr 38.
59. *Sense of Security among the Residents of Warsaw. Survey Results* (wraz z P. Ostaszewskim, J. Klimczak i J. Włodarczyk-Madejską), „Prawo w Działaniu” 2019, nr 38.
60. *Punitivność a poczucie bezpieczeństwa mieszkańców Warszawy. Wstępne analizy współzmienności* (wraz z P. Ostaszewskim, J. Klimczak i J. Włodarczyk-Madejską), *Po co nam kryminologia? Księga jubileuszowa Profesor Ireny Rzeplińskiej*, Warszawa 2019.

C. Najważniejsze wywiady i artykuły prasowe

1. *„Quo vadis iustitia? – raport, który poraża*, rozmowę przeprowadziła Żaneta Semprich, „Rzeczpospolita” 1997, nr 48.
2. *Pytania na Nowy Rok*, opracowanie Paweł Smoleński, „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 1.
3. *Cena strachu*, rozmowę przeprowadził Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 14.
4. *Sąd nierychliwy* (wraz z Włodzimierzem Olszewskim), „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 265.
5. *Mity i fakty*, rozmowę przeprowadziła Małgorzata Zielińska-Fazan, „Prawo i Życie” 1998, nr 9.
6. *Wiele grozą*, rozmowę przeprowadziła Ewa Siedlecka, „Gazeta Wyborcza” 1999, nr 141.
7. *Policja nie chce wiedzieć*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2000, nr 53.
8. *Zardzewiałe zawiasy*, rozmowę przeprowadził Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 2001, nr 158.
9. *Zabójcy na zwolnieniu*, „Rzeczpospolita” 2001, nr 93.
10. *My nie zgłaszamy, oni nie ścigają*, rozmowę przeprowadzili Wojciech Cieśla i Bogdan Wróblewski, „Gazeta Wyborcza” 2003, nr 148.
11. *Karykatura prawa do obrony. O roli adwokatów w procesie FOZZ*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2005, nr 45.
12. *Minister Ziobro kontra prawnicy – debata „Gazety”*, opracowanie Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 2006, nr 48.
13. *Wieżenie częściej, ale krócej – karać czy wychowywać?*, rozmowę przeprowadził Krzysztof Sobczak, „Rzeczpospolita” 2006, nr 99.
14. *Za dużo sędziowskich generałów*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2006, nr 18.
15. *Nieużytkowana armia Temidy. Raport Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości pokazuje, jak nieefektywne są u nas sądy*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2006, nr 14.
16. *Przestępcy nas opuścili*, rozmowę przeprowadziła Ewa Siedlecka, „Gazeta Wyborcza” 2009, nr 52.
17. *Kosztami Temidy nikt się nie przejmuje*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2011, nr 183.
18. *Tematy zleca ministerstwo, a my badamy*, rozmowę przeprowadziła Ewa Szadkowska, „Dziennik Gazeta Prawna” 2014, nr 177.
19. *Jest bezpieczniej – starsi kradną mniej*, rozmowę przeprowadził Piotr Szymaniak, „Dziennik Gazeta Prawna” 2015, nr 246.

PRAWO W DZIAŁANIU tom 47

- **Barbara Janusz-Pohl, Paulina Kosmatka**
Zmiany w prawie karnym procesowym – analiza z perspektywy zasady koncentracji
- **Wojciech Konaszczuk**
Legislacyjne rozwiązania w zakresie przeciwdziałania cyberprzestępczości w prawie podatkowym – wybrane zagadnienia
- **Piotr Poniatowski**
Czyn ciągły a współdziałanie przestępne – wybrane zagadnienia
- **Emilia M. Truskolaska**
Grooming, czyli uwodzenie małoletnich przez internet – aspekty kryminologiczne oraz prawne
- **Diana Dajnowicz-Piesiecka**
Prawne aspekty przeciwdziałania przestępczości kampusowej w szkołach wyższych w USA
- **Paweł Mazur**
Status prawny zwierząt pokrzywdzonych w wyniku popełnienia przestępstw stypizowanych w ustawie o ochronie zwierząt z 21.08.1997 r.
- **Katarzyna Borkowska**
Przestępstwo oszustwa w polskim i niemieckim prawie karnym
- **Rafał Rejmaniak**
Posiadanie broni palnej a poziom przestępczości z jej użyciem w Polsce
- **Michał Wawrzyńczak**
Kilka uwag o instytucji warunkowego tymczasowego aresztowania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r.
- **Tomasz Bojanowski**
Wybrane prawnokarne aspekty mowy nienawiści w kontekście standardów ochrony wolności słowa
- **Krzysztof Kmąk**
O zastrzeniu kary za czyn ciągły (odpowiedź Profesorowi Łukaszowi Pohlowi)
- **Łukasz Pohl**
Ponownie w sprawie czynu ciągłego (replika na kolejne uwagi Krzysztofa Kmąka)
- **Stanisław Hoc**
Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11.06.2019 r., II AKa 36/19
- **Łukasz Buczek**
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 1.06.2017 r., III KK 492/16
- **Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Iryna Prystenska**
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „V4CyberPower”. Warszawa, 3–4 grudnia 2020 r.

Cena: 34,99 zł (w tym 8% VAT)



PKWiU 2008 58.14.12.0