

PRAWO W DZIAŁANIU

49

SPRAWY KARNE

Warszawa 2022

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów
z konferencji międzynarodowych
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 100 punktów.

ISSN: 2657–4691 (wersja online)

ISSN 2084–1906

Nakład 200 egz.

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



Wydawca:

Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00–071 Warszawa
tel. +48 22 630 94 53
faks +48 22 630 99 24
e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

RADA PROGRAMOWA

Marek Andrzejewski (Polska Akademia Nauk, Polska), Davor Derenžinović (University of Zagreb, Croatia), Ondřej Frinta (Charles University, Czech Republic), Beata Gruszczyńska (Uniwersytet Warszawski, Polska), Beata Janiszewska (Uniwersytet Warszawski, Polska), András Koltay (University of Public Service, Hungary), Andrea Nicolussi (Catholic University of the Sacred Heart, Italy), Wojciech Patryas (Uniwersytet Szczeciński, Polska), Martin Píry (Matej Bel University, Slovakia), Dušan V. Popović (University of Belgrade, Serbia), Aleš Rozehnal (Charles University, Czech Republic), Piotr Ryłski (Uniwersytet Warszawski, Polska), Sanja Savèić (University of Novi Sad, Serbia), János Ede Szilágyi (Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Hungary), Hanna Witczak (Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska), Piotr Zapadka (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska)

REDAKTOR NACZELNY

Marcin Wielec

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marcin Wielec (Przewodniczący, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska), Elżbieta Holewińska-Łapińska (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo cywilne i rodzinne, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Łukasz Pohl (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo karne, Uniwersytet Szczeciński, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Beata Bieńkowska (redaktor tematyczny: procedura karna, Uniwersytet Warszawski, Polska), Grzegorz Blicharz (redaktor tematyczny: prawo prywatne porównawcze, Uniwersytet Jagielloński, Polska), Agata Czarnecka (redaktor tematyczny: teoria prawa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Polska), Maciej Dybowski (redaktor tematyczny: prawa podstawowe, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Polska), Robert Netczuk (redaktor tematyczny: prawo karne skarbowe, Uniwersytet Śląski, Polska), Marcin Romanowski (redaktor tematyczny: aksjologia prawa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Leszek Wieczorek (redaktor tematyczny: kryminologia, prawo karne, procedura karna, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, Polska)

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Paweł Ostaszewski (redaktor statystyczny)
Fabiola Mikler (redaktor językowy – język polski)
Barbara Janusz-Pohl (opieka merytoryczna – język angielski)

ADRES REDAKCJI

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 630 94 53
faks +48 22 630 99 24
e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

Szanowni Czytelnicy,

z przyjemnością przekazujemy w Państwa ręce kolejny numer kwartalnika „Prawo w Działaniu”. Ostatni rok wyjątkowej pracy i zaangażowania Pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w liczne przedsięwzięcia naukowe oraz współpracę międzynarodową – oznaczał również intensyfikację prac oraz rozwój Wydawnictwa IWS. W tych okolicznościach podjęliśmy decyzję o przejęciu prac związanych z procesem wydawniczym nad kwartalnikiem od Wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., z którym łączyła nas wieloletnia, szczególnie owocna współpraca. Zachowaliśmy ją na polu propagowania treści objętych kwartalnikiem – z nadzieją na kolejne lata wspólnej pracy.

W imieniu własnym oraz całej Redakcji kwartalnika „Prawo w Działaniu” składam podziękowania za dotychczasową współpracę Pracownikom oraz Współpracownikom Wydawnictwa Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. zaangażowanym w proces wydawniczy kwartalnika.

Kwartalnik „Prawo w Działaniu” zachowuje swój profil merytoryczny, jednak począwszy od 2022 r. będzie się ukazywał w nowej szacie graficznej.

Miło mi również poinformować, że zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 1 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych kwartalnik „Prawo w Działaniu” uzyskał 100 punktów.

Z uprzejmą prośbą o życzliwe przyjęcie
prof. ucz. dr hab. Marcin Wielec
Redaktor Naczelny

Dear Readers,

It is our pleasure to present you with the newest issue of the quarterly "Law in Action". Last year was full of intense work and involvement of the employees of the Institute of Justice in numerous scientific projects and international cooperation. It also meant the intensification of work and the development of the Institute of Justice Publishing House. Under these circumstances, we decided to take over the works related to the publishing process of the quarterly from the Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., with whom we have had many years of very fruitful cooperation. We will keep on co-operating in terms of promoting of the content covered by the quarterly - with hope for many years of working together in the future.

On behalf of myself and the entire editorial staff of the quarterly "Law in Action", I would like to thank the employees and associates of the Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o. involved in the publishing process of our quarterly. "Law in Action" retains its substantive profile, but from 2022 it will be published in a new layout.

I am also pleased to inform you that according to the Communication of the Minister of Education and Science of December 1, 2021 on the list of scientific journals and reviewed materials from international conferences, the quarterly "Law in Action" has obtained 100 points.

With a kind request for your friendly reception
prof. ucz. dr hab. Marcin Wielec
Editor in Chief

Spis treści

Contents

Artykuły

Articles

Jacek Giezek, Konrad Lipiński

Trójstronność przestępstwa wzięcia zakładnika. O niemożności kumulowania roli zakładnika oraz podmiotu szantażowanego
Tripartism of the offense of taking a hostage. On the impossibility of becoming a hostage in one's own case

9

Katarzyna Laskowska

Kryminalizacja „zajmowania najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii” w świetle art. 210¹ kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej
Criminalisation of “holding the highest position in the criminal hierarchy” in light of the Article 210¹ of Russian Federation Criminal Code

18

Konrad Buczkowski

Praktyka ścigania i karania sprawców przestępstwa z art. 306a Kodeksu karnego na podstawie badań aktowych
Practice of prosecution and punishment of perpetrators of the offence under Article 306a of the Criminal Code on the basis of file research

34

Wiktoria Grabalska, Rafał Wielki

„Czy dzieci powinny trafiać do sieci?” Prawne i kryminologiczne aspekty zjawiska *sharentingu*
“Should children get onto the Web?” Legal and criminological aspects of the phenomenon of sharenting

50

Piotr Poniatowski

Uwolnienie (się) osoby prawnie pozbawionej wolności w państwach z kręgu rzymskiej kultury prawnej – aspekty prawnokarne
(Self)release of a person legally deprived of liberty in the Roman legal culture – criminal law aspects

67

Ewelina Wojewoda

Refleksje wokół prawnokarnej oceny fałszowania produktów leczniczych oraz wprowadzania ich do obrotu
Reflections on the criminal law assessment of the falsification of medicinal products and their placing on the market

83

Marcin Sowała

Ewolucja procesowej ochrony pokrzywdzonego przestępstwami seksualnymi w toku przesłuchania – analiza art. 185c Kodeksu postępowania karnego

Evolution of the procedural protection of the victim of sexual crimes during the interrogation – analysis of art. 185c of the Code of Criminal Procedure 99

Łukasz Pohl

Propozycja nowelizacji art. 11 Kodeksu karnego

The proposed amendment to Art. 11 of the Penal Code 113

Komentarze orzecznicze

Case Commentaries

Damian Szeleszczuk

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 19.02.2020 r., I KA 10/19

Comments to the verdict of 19 February 2020 of the Supreme Court (I KA 10/19) 122

Varia

János Szinek

The Impact of Digital Platforms and Social Media on Freedom of Expression and Pluralism – in specific terms

Wpływ platform cyfrowych i mediów społecznościowych na wolność wypowiedzi i pluralizm – w ujęciu szczegółowym 134

Jacek Giezek, Konrad Lipiński

Trójstronność przestępstwa wzięcia zakładnika. O niemożności kumulowania roli zakładnika oraz podmiotu szantażowanego

Tripartism of the offense of taking a hostage.

On the impossibility of becoming a hostage in one's own case

Abstract

The authors raise the issue of the structure of the offense of taking a hostage, trying to answer the question of whether it is possible to conclude that the offense under Art. 252 CC would be committed in a situation where the subject compelled to behave in a certain manner is the hostage itself. Using linguistic and systemic arguments, they answer the question in the negative way. This is mainly due to the dictionary definition of the term "hostage", as well as the international legal context which imposed the introduction of Art. 252 (offense of taking a hostage) to the Criminal Code.

Keywords: *hostage, coercion, deprivation of liberty*

Streszczenie

Autorzy poruszają kwestię konstrukcji przestępstwa wzięcia zakładnika, próbując udzielić odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest stwierdzenie realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 252 k.k. w sytuacji, w której podmiotem zmuszanym do określonego zachowania się miałby być sam zakładnik. Posługując się argumentami o charakterze językowym oraz systemowym, formułują odpowiedź przeczącą. Wynika ona przede wszystkim ze słownikowej definicji terminu „zakładnik”, jak również z kontekstu prawnomiedzynarodowego, który narzucił wprowadzenie konstrukcji ujętej w art. 252 do Kodeksu karnego.

Słowa kluczowe: *zakładnik, zmuszanie, pozbawienie wolności*

Prof. dr hab. Jacek Giezek, Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski, Polska, ORCID: 0000-0002-0907-5346, e-mail: jacek.giezek@uwr.edu.pl; dr Konrad Lipiński, Katedra Prawa Karnego Materialnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski, Polska, ORCID: 0000-0001-5342-4905, e-mail: konrad.lipinski@uwr.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 1.11.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.02.2022 r.

Pośród przestępstw stypizowanych w rozdziale XXXII Kodeksu karnego¹, których rodzajowym przedmiotem ochrony ustawodawca uczynił trudno uchwytnie dobro prawne w postaci porządku publicznego², jako pierwsza uregulowana została zbrodnia wzięcia lub przetrzymywania zakładnika. Typizacja, o której mowa, mimo relatywnie prostej – jak mogłoby się wydawać – jurystycznej konstrukcji, wywołuje jednak, zwłaszcza w praktyce wymiaru sprawiedliwości, szereg wątpliwości interpretacyjnych. Wątpliwość najbardziej podstawową – *prima facie* dotyczącą wyłącznie jednego ze znamion, choć dotyczącą samej istoty analizowanego przestępstwa – dałoby się wyrazić w następująco sformułowanym pytaniu: czy zmuszany do określonego zachowania podmiot może być jednocześnie brany lub przetrzymywany przez sprawcę zakładnikiem? Chodzi więc przede wszystkim o to, czy można stać się zakładnikiem we „własnej” sprawie, a więc pozostając jednocześnie podmiotem szantażowanym, czyli osobą, od której oczekuje się zachowania wymuszanego poprzez fakt wzięcia zakładnika.

Na wstępie warto zauważyć, że zapatrywanie, iż zakładnikiem może być również osoba, do której porywacze kierują swe żądania (a przynajmniej – że osobą zmuszaną może być ktokolwiek, bez sugerowanego tu ograniczenia), jeśli nawet nie jest w literaturze i orzecznictwie przyjmowane jednolicie, to z pewnością jednoznacznie przeważa³. W toku dalszych rozważań jego poprawność postaramy się jednak zakwestionować. Zauważmy zatem na wstępie, że jeśliby zachowanie sprawcy polegało na wzięciu „zakładnika” w celu zmuszenia go do określonego zachowania, mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której zarówno osobą przetrzymywaną (właśnie w charakterze zakładnika), jak i osobą zmuszaną, byłby ten sam podmiot. Słowem – pokrzywdzony miałby być „zakładnikiem” we własnej sprawie. Tego rodzaju układ faktyczny z kilku przyczyn nie pozwałaby jednak – w naszym przekonaniu – na stwierdzenie realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 252 § 1 k.k.

W pierwszej kolejności warto sobie uświadomić, że przeciwko tego rodzaju tożsamości (kumulacji ról) przemawia już językowa analiza znamienia „zakładnik”. Otóż według definicji słownikowej zakładnik to „człowiek zatrzymany przez terrorystę,

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

² W składnąd niezbyt zawołowany sposób projektodawca Kodeksu karnego dał wyraz temu, że równie dobrze rozdział XXXII k.k. można by ująć jako zawierający po prostu „inne przestępstwa” – *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego* [w:] *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 202.

³ Spośród opracowań, które w ogóle poruszają tę kwestię, zob. Z. Cwiakalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, cz. II, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, teza 21 do art. 252; D. Gruszecka [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 1030; M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015, teza 3 do art. 252; K. Wiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, nb 8 do art. 252; A. Herzig [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, nb 9 do art. 252; M. Bojarski [w:] *System prawa karnego*, t. 8, red. L. Gardocki, Warszawa 2018, s. 829; S. Hoc, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2002 r.*, I KZP 3/02, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002/4, s. 125 i n.; K. Czeszejko-Sochacka, *Przestępstwo wzięcia zakładnika jako przestępstwo przeciwko porządkowi publicznemu*, „Państwo i Prawo” 2013/9, s. 73–74; T. Retyk, *Charakter przestępstwa wzięcia zakładnika (art. 252 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008/4, s. 147; P. Janas, Ł. Kazaren, *Porwanie dla okupu (art. 252 k.k.) – zagadnienia wybrane, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki zbiegu przepisów*, „Prokurator” 2008/2–3, s. 79. Dodać przy tym trzeba, że spora część przytoczonych opracowań powołuje się na postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 16.11.2005 r., II KK 165/05, OSNwSK 2005/1, poz. 2079, którego teza – w naszym przekonaniu nietrafna – brzmi: „Wzięcie (czy przetrzymywanie) zakładnika w rozumieniu art. 252 § 1 k.k. może mieć na celu wymuszenie „okupu” właśnie od tej (pozbawionej wolności) osoby np. w zamian za uwolnienie”.

porywacza itp., mający gwarantować wykonanie postawionych przez napastników żądań”⁴. Widać zatem, że w samą istotę tego pojęcia czy – szerzej – wyrażenia „wziąć zakładnika” wpisana jest swego rodzaju wielopodmiotowość czy trójstronność. W sytuacji faktycznej, którą dałoby się określić jako „wzięcie zakładnika”, potrzebny jest zatem: a) sprawca, b) zakładnik, c) osoba lub inny podmiot, wobec którego kierowane są jakieś żądania. Gdybyśmy zatem chcieli ograniczyć się do wykładni językowej oraz towarzyszących jej intuicji znaczeniowych, to z łatwością zauważylibyśmy, że nie da się zostać „zakładnikiem” we własnej sprawie – nie taka jest bowiem konotacja tego pojęcia. Zakładnik (jego wolność, życie, zdrowie) to natomiast swoisty środek, za pomocą którego wywiera się nacisk na inny podmiot.

Argument czysto językowy, o którym w tym miejscu mowa, dostrzega się zresztą w niektórych wypowiedziach przedstawicieli doktryny. Przykładowo zatem Aneta Michalska-Warias zauważa, że „osoba uprowadzona przez porywaczy nie może być gwarantem wymuszenia jej własnego zachowania, bowiem z językowego znaczenia tego określenia wynika, że to groźba skrzywdzenia tej osoby ma zmusić do określonych zachowań bezpośrednich adresatów żądania sprawców”⁵. To zaś spostrzeżenie prowadzi finalnie autorkę do trudnego do zdezwuowania wniosku, że „w stanie faktycznym, w którym sprawcy uprowadziliby ofiarę, a następnie kierowali do niej groźby mające wymusić na niej niekorzystne rozporządzenie mieniem, nie dochodzi zatem w ogóle do realizacji znamion zbrodni z art. 252 k.k.”⁶. Podobne w swej istocie wypowiedzi – wskazujące, iż zakładnikiem musi być osoba, której sprawca gotów jest wyrządzić krzywdę, aby tego rodzaju groźbą zmusić inne podmioty do określonego zachowania – znajdziemy w nielicznych opracowaniach komentarzowych⁷.

Wiodący do takiej konkluzji argument da się zresztą również z łatwością odczytać z samej stylizacji przepisu art. 252 § 1 k.k., wymieniającego kolejno różnych adresatów gróźb, których sprawca – biorąc lub przetrzymując zakładnika – chciałby zmusić do określonego zachowania. Nie sposób nie zauważyć, że znajdują się wśród nich takie podmioty jak chociażby osoba prawna, a także organ państwowy, organ samorządowy, instytucja czy organizacja, które – z natury rzeczy – do tego, aby je przetrzymywać czy – szerzej – pozbawiać wolności⁸, po prostu się nie nadają. Z tego też względu okazują się one również swoście odseparowane czy niezależne od samego zakładnika. Wydaje się, że nie bez znaczenia pozostaje także kolejność, w jakiej ustawodawca wymienia zmuszane podmioty. Osoby fizyczne lub grupy takich osób – a trzeba chyba przyjąć, że tylko one mogą pojawić się w roli zakładników – bynajmniej nie otwierają listy podmiotów zmuszanych. Trzeba to – naszym

⁴ L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2007, s. 789.

⁵ A. Michalska-Warias, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 lipca 2017 r., II AKa 237/17*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018/7–8, s. 94.

⁶ A. Michalska-Warias, *Glosa...*, s. 94.

⁷ A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, art. 252, nb 18; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 435.

⁸ Chodzi tutaj o tzw. wolność w sensie lokomocyjnym (czysto fizycznym), będącą przedmiotem ochrony typu czynu zabronionego z art. 189 § 1 k.k. Zob. m.in. K. Lipiński [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 531.

zdaniem – odczytać jako istotną wskazówkę interpretacyjną. Gdyby wszak ustawodawca chciał dać wyraz temu, że osobą zmuszaną do określonego zachowania może być również sam zakładnik, to najprawdopodobniej ująłby analizowany przepis np. w sposób następujący: „Kto bierze lub przetrzymuje zakładnika w celu zmuszenia go lub innej osoby fizycznej lub prawnej, organu państwowego lub samorządowego, instytucji albo organizacji do określonego zachowania się, podlega karze...”. Pomijając wątpliwość co do kryminalnopolitycznego sensu takiego ujęcia analizowanego przestępstwa (także w kontekście rodzajowego przedmiotu prawnokarnej ochrony), uzyskalibyśmy pewność, że zakładnikiem wykonania woli sprawcy może stać się również osoba zmuszana do określonego zachowania. Skoro zaś w aktualnym brzmieniu przepisu ustawodawca otwiera listę podmiotów zmuszanych różnego rodzaju instytucjami, zaś zamyka jednostkami i ich grupami, pomijając jednak samego zakładnika, należy założyć, że podmiot ten nie został przez ustawodawcę przewidziany jako ten, który mógłby być poddany presji stanowiącej istotę przestępstwa z art. 252 k.k.

Próbując jak najwinniej odczytać intencję ustawodawcy (a jednocześnie pamiętając o tym, że założenie o jego racjonalności ma charakter idealizacyjny), warto zwrócić uwagę na uzasadnienie projektu ustawy, mocą której z dniem 19.04.2010 r. zmodyfikowano szereg jednostek redakcyjnych art. 252 k.k., w tym § 1 w zakresie ustawowego zagrożenia⁹. W uzasadnieniu projektu wskazano wszak m.in., że „za zmianą zagrożenia przemawia ciężar tego czynu, stanowiącego jedną z najgroźniejszych postaci działania terrorystycznego, powiązaną ze skrajnie instrumentalnym traktowaniem osoby lub osób, wykorzystywanych przez sprawcę jako element wywieranego takim sposobem nacisku na inne osoby lub podmioty (...)”¹⁰. Widać zatem, że trójstronność przestępstwa wzięcia (brania) zakładnika dostrzegał również projektodawca przygotowujący uzasadnienie wprowadzanej zmiany normatywnej, wyraźnie akcentując, że nacisk wywoływany jest – za pośrednictwem samego zakładnika – na inne osoby lub podmioty.

Samo językowe znaczenie pojęcia „zakładnik” to jednak nie wszystko. Warunek odrębności zakładnika oraz podmiotu poddawanego zamierzonemu przez sprawcę zmuszaniu staje się bowiem jednocześnie podstawą drugiego z argumentów wykluczających możliwość realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 252 § 1 k.k. w rozważanym układzie faktycznym. Trzeba mianowicie założyć, że nie bez powodu przestępstwo wzięcia zakładnika pojawiło się w grupie przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, a nie przeciwko wolności. Do wniosku, zgodnie z którym – w skrócie mówiąc – nie można być zakładnikiem we własnej sprawie, prowadzi bowiem uwzględnienie w procesie wykładni art. 252 § 1 k.k. chronionego przez ten przepis dobra prawnego, które niechybnie wpływa na dający się wyinterpretować z przepisów kodeksu karnego zakres kryminalizacji (a wcześniej – również zakres bezprawności)¹¹. Jeśliby zatem przestępstwo wzięcia zakładnika

⁹ Ustawa z 17.12.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2010 r. Nr 7, poz. 46).

¹⁰ Druk sejmowy nr 753, Sejm VI kadencji, uzasadnienie, s. 3.

¹¹ Zob. S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2016, s. 263 i n.

chroniło w istocie przede wszystkim samą wolność osoby, którą sprawca przetrzymuje, to nie byłoby jakiegokolwiek powodu przemawiającego za tym, aby umieścić je poza rozdziałem XXIII Kodeksu karnego, penalizującym właśnie przestępstwa przeciwko wolności. Wydaje się, że to właśnie ów dodatkowy element naruszania porządku publicznego – będącego czymś „zewnętrznym” wobec wolności samego zakładnika – uzasadnia umieszczenie omawianego typu czynu zabronionego w rozdziale XXXII k.k. Tak też Andrzej Marek stwierdza, że przedmiotem ochrony art. 252 § 1 k.k. jest „zarówno wolność i nietykalność człowieka, na którego skierowany jest zamach (co mogłoby uzasadniać umieszczenie tego przestępstwa w rozdz. XXIII k.k. o przestępstwach przeciwko wolności), jak i swoboda działania (wolność od zmuszania) organu państwowego, samorządowego, instytucji lub organizacji albo osoby fizycznej lub prawnej, którą sprawca chce zmusić do określonego zachowania się (np. zwolnienia zatrzymanych terrorystów, określonej decyzji politycznej lub prawnej, zapłacenia okupu itp.). Właśnie ten drugi element przestępstwa uzasadnia ich umieszczenie w rozdz. XXXII k.k. o przestępstwach przeciwko porządkowi publicznemu”¹². Jakkolwiek zatem każde przestępstwo w jakimś stopniu uderza również w porządek publiczny¹³, to w rozważanym przypadku, z uwagi na wprowadzenie do opisu czynu zabronionego dodatkowej i modelowo niezaangażowanej w relację sprawca – podmiot zmuszany osoby, mamy do czynienia z pewnym naddatkiem, atakiem na coś więcej niż wyłącznie wolność innego człowieka¹⁴. Inaczej mówiąc, na gruncie przestępstwa z art. 252 § 1 k.k. dochodzi do oddzielenia przedmiotu służącego do popełnienia przestępstwa, czyli takiego, którego sprawca używa przy popełnieniu tego przestępstwa (a którym jest zakładnik), i przedmiotu, na którym następuje dokonanie czynu zabronionego, czyli obiektu, w który sprawca godzi swym bezprawnym zachowaniem (przedmiotu czynności wykonawczej)¹⁵. Słowem, zakładnik – jako ktoś „zewnętrzny” – jedynie służy do wywierania nacisku na inny podmiot, przeciwko któremu w istocie skierowane jest jego zachowanie. To właśnie owo rozdzielenie przesądza o tym, że przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 252 § 1 k.k. nie jest jedynie wolność zakładnika, lecz porządek publiczny, naruszany w wyniku nacisku na organ państwowy, instytucję, organizację, osobę fizyczną lub prawną itd., przy czym nacisk ten wywierany jest poprzez pozbawianie wolności zupełnie innej i instrumentalnie potraktowanej osoby – z tego właśnie względu nazywanej „zakładnikiem”¹⁶.

¹² A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, teza 4 do art. 252.

¹³ Zob. m.in. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 44.

¹⁴ O tym, że mamy tutaj do czynienia z pewnym naddatkiem zwiększającym natężenie abstrakcyjnie ujętej społecznej szkodliwości czynu, przekonuje również porównanie ustawowego zagrożenia art. 189 § 1 oraz art. 252 § 1 k.k.

¹⁵ Por. S. Tarapata, *Przedmiot czynności wykonawczej a przedmiot służący do popełnienia przestępstwa. Uwagi na marginesie uchwały SN z dnia 30 października 2008 r.*, 1 KZP 20/08, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009/3, s. 136.

¹⁶ Do podobnego wniosku dochodzi Bogumiła Kaszowska stwierdzając, że w układzie faktycznym, w którym żądania sprawcy kierowane są do samego zakładnika, „odpada zastosowanie art. 252 § 1 k.k. (wzięcie zakładnika) ze względu na brak podmiotów oddziaływania, czyli osób (...) zmuszanych do określonego zachowania się”. B. Kaszowska, *Porwanie osoby dla okupu w świetle art. 252 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004/10, s. 52.

Argumentując tezę o immanentnym z perspektywy art. 252 § 1 k.k. oddzieleniu zakładnika od podmiotu zmuszanego, sięgnąć należy również do regulacji prawa międzynarodowego. Rzecz bowiem w tym, że odpowiednika przestępstwa wzięcia zakładnika nie przewidywał Kodeks karny z 1969 roku, czy też szerzej – jest to przestępstwo nieznane polskiemu prawu przed wejściem w życie aktualnie obowiązującego Kodeksu¹⁷. Założyć zatem można, że jego wprowadzenie do systemu prawnego wynikało z zobowiązań międzynarodowych powstałych po wejściu w życie poprzednio obowiązującej ustawy karnej. W istocie, obowiązek taki wprowadza Międzynarodowa Konwencja przeciwko braniu zakładników sporządzona w Nowym Jorku dnia 18.12.1979 roku¹⁸, dokładniej zaś – jej art. 2, zobowiązujący każde państwo–stronę do ustanowienia odpowiednich kar za popełnienie przestępstw wzięcia zakładnika, z uwzględnieniem poważnego charakteru tych przestępstw. Co jednak ważniejsze, Konwencja ta w art. 1 ust. 1 przewiduje swoistą definicję brania zakładnika, którą dla uniknięcia wątpliwości przytoczyć należy *in extenso*: „Każda osoba, która zatrzymuje lub przetrzymuje i grozi zabiciem, zranieniem albo dalszym przetrzymywaniem innej osoby (zwanej dalej «zakładnikiem») w celu wymuszenia od strony trzeciej, to jest od państwa, międzynarodowej organizacji międzyrządowej, osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób, działania lub powstrzymania się od jakiegokolwiek działania jako wyraźnego lub dorozumianego warunku zwolnienia zakładnika, popełnia przestępstwo brania zakładników («branie zakładnika») w rozumieniu niniejszej konwencji”. Widać zatem, że również wykładnia systemowa – uwzględniająca przepisy prawa międzynarodowego wiążącego Rzeczpospolitą Polską – prowadzi do wniosku o „trójstronności” przestępstwa brania zakładnika. Z przytoczonego przepisu wynika wszak, że aby spełnić warunki sformułowane w definicji „brania zakładnika”, potrzebny jest udział:

- 1) samego sprawcy, określonego w Konwencji jako „każda osoba”,
- 2) „innej osoby” będącej zakładnikiem,
- 3) „strony trzeciej”, czyli państwa, międzynarodowej organizacji międzyrządowej, osoby fizycznej lub prawnej albo grupy osób, które to podmioty miałyby być zmuszane do określonego działania lub zaniechania.

Jasne jest również, że jakkolwiek kodeksowe ujęcie przestępstwa brania zakładnika nie stanowi wiernej kopii pojęć użytych w Konwencji (co tłumaczyć należy swoistościami polskiego języka prawnego, w tym w szczególności języka używanego w Kodeksie karnym), to niewątpliwie nawiązuje ono do prawnomiędzynarodowej definicji. Jeśli zatem nawet przyjąć, że nie mamy do czynienia z definicją o bezwzględnie wiążącym charakterze, do której sięgać należy w toku wykładni językowej, to z całą pewnością uprawnione jest odwołanie się do wspomnianego aktu prawnego w ramach wykładni systemowej.

¹⁷ Zob. Z. Ćwiakalski [w:] *Kodeks...*, t. II, cz. II, teza 1 do art. 252.

¹⁸ Dz.U. z 2000 r. Nr 106, poz. 1123 – dalej Konwencja.

Dotychczasowe rozważania prowadzą do konkluzji, że na gruncie art. 252 § 1 k.k. wykluczona jest tożsamość zakładnika oraz osoby, względem której sprawca kieruje swe żądania¹⁹. Wniosek taki wypływa z:

- językowego znaczenia słowa „zakładnik”, którym to podmiotem jest jedynie „człowiek zatrzymany przez terrorystę, porywacza itp., mający gwarantować wykonanie postawionych przez napastników żądań”²⁰,
- uwzględnienia w procesie wykładni typu czynu zabronionego z art. 252 § 1 k.k. znamienia dobra prawem chronionego, którym jest – obok wolności zakładnika (schodzącej jednak w tym przypadku na dalszy plan) – porządek publiczny, stanowiący ze względu na istotę przestępstwa element zasadniczy, przesądzający o decyzji ustawodawcy, by umieścić je w rozdziale XXXII, a nie XXIII k.k.,
- koniecznej do uwzględnienia w ramach wykładni systemowej definicji pojęcia „brania zakładnika” wynikającej z art. 1 ust. 1 Międzynarodowej Konwencji przeciwko braniu zakładników.

Argumenty te pozwalają – naszym zdaniem – przyjąć, że przestępstwo z art. 252 § 1 k.k. ma charakter trójstronny, zaś określenie mianem „zakładnika” osoby, wobec której kierowane są żądania sprawcy, musiałoby oznaczać, że – językowo rzecz ujmując – mamy w tym przypadku do czynienia z jakąś postacią *contradictio in adiecto*. W tego rodzaju układzie sytuacyjnym posługiwalibyśmy się wszak sformułowaniem „szantażowany zakładnik”. Nie można zatem być „zakładnikiem” we własnej sprawie ze względów czysto pojęciowych.

Trójstronność analizowanego przestępstwa, wykluczająca możliwość kumulowania roli zakładnika oraz podmiotu poddawanego określonej presji, nie oznacza jednak, że w przypadku relacji dwustronnej – a więc powstającej wówczas, gdy sprawca pozbawia inną osobę wolności w celu zmuszenia jej do określonego działania, zaniechania lub znoszenia – odpowiedzialność karna nie wchodzi w rachubę. Zachowanie skierowane przeciwko podmiotowi, który jest jednocześnie zmuszany i pozbawiany wolności, winno być jednak kwalifikowane co do zasady z art. 191 k.k., ewentualnie – jeśli by pozbawienie wolności przekraczało ramy tego, co wynika z samej istoty zmuszania – również z art. 189 k.k. Jeśli by natomiast cel zmuszania implikował realizację znamion innego typu czynu zabronionego – a zatem, przykładowo, jeśli by stosowanie przemocy polegające na pozbawieniu wolności stanowić miało zmuszenie do rozporządzenia mieniem – w kwalifikacji prawnej czynu powinien się pojawić jedynie przepis typizujący określone przestępstwo przeciwko mieniu (art. 280 k.k., art. 282 k.k.), względnie – jeśli by zachowanie sprawcy znamienne było celem wymuszenia zwrotu wierzycelności – art. 191 § 2 k.k. (w ewentualnym zbiegu z art. 189 § 1 k.k.). Dzieje się tak z tego względu, że art. 191 § 1 k.k. wysławia podstawowe znamiona

¹⁹ Mamy tutaj zatem do czynienia ze swoistą odwrotnością warunku przewidzianego przez art. 286 § 1 k.k., gdzie powszechnie przyjmuje się, że warunkiem realizacji znamion oszustwa jest tożsamość osoby wprowadzanej w błąd oraz dokonującej rozporządzenia mieniem. Zob. m.in. P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie zaufania i oszustwo w konfiguracjach wieloosobowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014/1, s. 45; postanowienie SN z 29.01.2004 r., I KZP 37/03, LEX nr 140096; wyrok SN z 13.12.2006 r., V KK 104/06, OSNwSK 2006/1 poz. 2427.

²⁰ L. Drabik, E. Sobol, *Słownik...*, s. 789.

typów należących do „rodziny” przestępstw polegających na zmuszaniu²¹, zaś cel owego zmuszania poczytywać można jako okoliczność różnicującą poszczególne typy połączone tak zakreślonymi „więzami pokrewieństwa”²².

Próbując zwięźliwie dotychczasowe uwagi syntetycznym podsumowaniem, należy stwierdzić, że dla realizacji znamion przestępstwa wzięcia zakładnika niezbędne jest zaangażowanie trzech podmiotów: sprawcy (zmuszającego), zakładnika (wobec którego sprawca jednak nie kieruje żądań) oraz podmiotu zmuszanego. Układ sytuacyjny, w którym osoba pozbawiona wolności jest zarazem zmuszana do określonego zachowania się, powinno postrzegać się przez pryzmat jednego z przestępstw należących do „rodziny” typów polegających na zmuszaniu, dla których podstawowe znamiona typu wysławia art. 191 § 1 k.k. (w ewentualnym zbiegu z art. 189 k.k.). W tego rodzaju „dwustronnej” relacji niepodobna bowiem doszukać się owego ude-rzającego w porządek publiczny naddatku, który przesądza o umieszczeniu czynu stypizowanego w art. 252 § 1 k.k. w rozdziale XXXII Kodeksu karnego.

Bibliografia

1. Bojarski M. [w:] *System prawa karnego*, t. 8, red. L. Gardocki, Warszawa 2018.
2. Cieślak W., *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, Palestra 1994, nr 12.
3. Czeszejko-Sochacka K., *Przestępstwo wzięcia zakładnika jako przestępstwo przeciwko porządkowi publicznemu*, Państwo i Prawo 2013, z. 9.
4. Ćwiakalski Z. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, cz. II, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
5. Drabik L., Sobol E., *Słownik języka polskiego*, Warszawa 2007.
6. Giezek J., *Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017.
7. Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007.
8. Gruszecka D. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
9. Herzog A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
10. Hoc S., *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 3/02*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2002, nr 4.
11. Janas P., Kazaren Ł., *Porwanie dla okupu (art. 252 k.k.) – zagadnienia wybrane, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki zbiegu przepisów*, Prokurator 2008, nr 2–3.
12. Kardas P., *Odpowiedzialność za nadużycie zaufania i oszustwo w konfiguracjach wielo-osobowych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2014, nr 1.

²¹ Zob. J. Giezek, *Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 153 i n.

²² K. Lipiński, *Wymuszanie zwrótu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw*, „Prawo w Działaniu” 2020/41, s. 100 i n.; zob. też W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, „Palestra” 1994/12, s. 40 i n.

13. Kaszowska B., *Porwanie osoby dla okupu w świetle art. 252 kodeksu karnego*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 10.
14. Lipiński K. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
15. Lipiński K., *Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw*, Prawo w Działaniu 2020, t. 41.
16. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
17. Michalska-Warias A. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
18. Michalska-Warias A., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 lipca 2017 r., II AKa 237/17*, Orzecznictwo Sądów Polskich 2018, z. 7–8.
19. Mozgawa M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2015.
20. Retyk T., *Charakter przestępstwa wzięcia zakładnika (art. 252 § 1 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 4.
21. Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2016.
22. Tarapata S., *Przedmiot czynności wykonawczej a przedmiot służący do popełnienia przestępstwa. Uwagi na marginesie uchwały SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 20/08*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2009, z. 3.
23. *Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego [w:] Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.
24. Wiak K. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
25. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.

Katarzyna Laskowska

Kryminalizacja „zajmowania najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii” w świetle art. 210¹ kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej

Criminalisation of “holding the highest position in the criminal hierarchy” in light of the Article 210¹ of Russian Federation Criminal Code

Abstract

The paper deals with the issue of quite new and interesting Russian Federation’s regulation concerning the one’s responsibility of holding the highest position in the criminal hierarchy. The Author presents rationale behind implementing such regulation. In addition, particular characteristics of the crime of article 210¹ of the Criminal Code are outlined while the difficulties in its interpretation being underlined. The Author describes issues with its execution in practice. The regulation’s dimension, its goal and practical application have also been assessed. What is more, some incoherence with basic rules of the Penal Code have been identified.

Keywords: *the highest position in the criminal hierarchy, Criminal Code of Russian Federation, thief in law, organized crime*

Streszczenie

Opracowanie dotyczy stosunkowo nowej i bardzo interesującej regulacji w prawie karnym Federacji Rosyjskiej, a mianowicie odpowiedzialności osoby za zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii. Autorka ukazała powody przyjęcia takiego rozwiązania oraz omówiła poszczególne znamiona/cechy przestępstwa z art. 210¹ k.k. FR, wskazując na ich trudności interpretacyjne. Poprzez poddanie ocenie zakresu, celowości wprowadzenia i przydatności w praktyce karania za zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii przedstawiła problemy związane ze stosowaniem tego przepisu, co w efekcie wykazało sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa karnego.

Słowa kluczowe: *zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii, kodeks karny Federacji Rosyjskiej, wor w zakonie, przestępczość zorganizowana*

Prof. dr hab. Katarzyna Laskowska, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa Uniwersytet w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0001-6767-3929, e-mail: laskowska@uwb.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.01.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.02.2022 r.

1. Wprowadzenie

Skala i zakres zorganizowanej działalności przestępczej w Rosji od wielu lat budzi trwogę. Przyczyn tej sytuacji jest wiele, ale spośród nich należy zwrócić uwagę na sposób zorganizowania nielegalnych struktur. To on w znacznej mierze wpływa na ich skuteczność. Szczególną rolę pełnią liderzy cieszący się autorytetem wśród członków ugrupowań, posiadający umiejętności w zarządzaniu grupą ludzi i organizowaniu ich działalności przestępczej. Wobec tego, dążąc do dostosowania prawa do aktualnej sytuacji, ustawodawca dokonywał zmian kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej z 1996 r.¹ ukierunkowanych na zwalczanie liderów zorganizowanych struktur przestępczych. Szczególnie interesujące rozwiązania z ostatnich lat dotyczyły odpowiedzialności za „zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii”.

Celem niniejszego opracowania jest dokonanie analizy art. 210¹ k.k. FR przewidującego regulację tej kwestii. Podstawą analiz uczyniono ten akt prawny oraz literaturę prawniczą i kryminologiczną.

Na potrzeby niniejszych rozważań przyjęto następującą tezę: „Kryminalizacja zajmowania najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii uregulowana w rosyjskim kodeksie karnym jest niezgodna z zasadami prawa karnego”.

2. Uzasadnienie wprowadzenia art. 210¹ k.k. FR

Na podstawie art. 210¹ k.k. FR² karalne jest zajmowanie najwyższej pozycji w hierarchii przestępczej. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności na okres od 8 do 15 lat oraz fakultatywnej grzywnie w wysokości do 5.000.000 rubli albo w wysokości wynagrodzenia lub innego dochodu osoby skazanej za okres do 5 lat oraz karze ograniczenia wolności na okres od roku do 2 lat. Warto zauważyć, że odpowiedzialność ta dotyczy zarówno okresu pobytu na wolności, jak i odbywania kary pozbawienia wolności w placówce penitencjarnej.

Treść tego przepisu wprowadzono ustawą „O wniesieniu zmian do kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej i kodeksu postępowania karnego Federacji Rosyjskiej w zakresie przeciwdziałania przestępczości zorganizowanej” N 46-ФЗ z 1.04.2019 r.³

Według notatki wyjaśniającej projekt ustawy „Najgroźniejsze i najpoważniejsze przestępstwa popełniają zorganizowane ugrupowania przestępcze. Liderzy ugrupowań przestępczych (organizacji przestępczych) koordynują działania przestępcze, tworzą trwałe więzi przestępcze między różnymi zorganizowanymi grupami, zajmują się podziałem sfer przestępczego wpływu i dochodów przestępczych, kierują

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ (dostęp: 16.12.2021 r.) – dalej k.k. FR.

² „Занятие высшего положения в преступной иерархии – наказывается лишением свободы на срок от восьми до пятнадцати лет со штрафом в размере до пяти миллионов рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет либо без такового и с ограничением свободы на срок от одного года до двух лет” (art. 210¹ k.k. FR).

³ Федеральный закон „О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в части противодействия организованной” от 1.04.2019 N 46-ФЗ, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_321411/ (dostęp: 16.12.2021 r.).

działaniami przestępczymi i w związku z tym stanowią największe zagrożenie publiczne. Jednak ze względu na swoją pozycję w przestępczej hierarchii przywódcy ugrupowań przestępczych (organizacji przestępczych), co do zasady, uchylają się od odpowiedzialności karnej⁴.

Zatem regulacja była „próbą stworzenia efektywnej bazy prawnej do walki z liderami i wiodącymi ideologami ugrupowań przestępczych (organizacji przestępczych) jako wyższej formy przestępczości zorganizowanej”⁵. Stanowiła wynik dążenia ustawodawcy do stworzenia odpowiednio surowej, karnoprawnej reakcji wobec działalności zorganizowanych struktur. Stało się to niezbędne po wieloletnich doświadczeniach i poszukiwaniach przez niego odpowiednich rozwiązań „najbardziej optymalnego modelu kryminalizacji społecznie niebezpiecznej działalności liderów środowiska przestępczego”⁶. Wiązało się też z potrzebą podkreślenia społecznego niebezpieczeństwa takich jednostek⁷. Powodem były więc niewielkie efekty przeciwdziałania działalności liderów przestępczych i luki w prawie karnym w tym zakresie⁸.

Wprowadzając ten przepis ustawodawca uznał, że w Rosji istnieje „profesjonalny przestępczy świat”, w którym występują osoby zajmujące najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii⁹.

3. Zakres znamion „przestępcza hierarchia”, „najwyższa pozycja” w przestępczej hierarchii, „zajmowanie” najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii

Rozważania należy rozpocząć od wyjaśnienia pojęć stanowiących znamiona przestępstwa z art. 210¹ k.k. FR.

Przestępcza hierarchia to „wewnętrzna struktura konkretnego ugrupowania przestępczego (organizacji przestępczej)”, w której osobą zajmującą najwyższą pozycję jest lider ugrupowania lub organizacji. To on nią kieruje¹⁰. Hierarchia, o której mowa, to „struktura podległości i wzajemnych stosunków między

⁴ Пояснительная записка к проекту федерального закона „О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (в части противодействия организованной преступности)”, <https://sozd.duma.gov.ru/bill/645492-7> (dostęp: 16.12.2021 r.).

⁵ Т. Якушева, *Уголовная ответственность преступных авторитетов: новеллы законодательства*, „Уголовное право” 2019/3, s. 85.

⁶ А.В. Шеслер, „Вор в законе”: криминальный статус или основание уголовной ответственности, „Вестник Кузбасского института” 2020/1, s. 111.

⁷ А.В. Шеслер, „Вор в законе”..., s. 111.

⁸ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 86.

⁹ В.С. Ишигеев, Н.Л. Романова, В.Л. Лапша, *Криминальная субкультура и ее роль в определении высшего положения в преступной иерархии (вопросы квалификации статьи 210¹ ук РФ)*, „Вестник Восточно-Сибирского Института МВД России” 2020/2, s. 84.

¹⁰ Т.Ю. Федоренко, *Высшее положение в преступной иерархии (ч. 4 ст. 210 ук РФ): проблемы толкования и применения [w:] Молодежь и наука: сборник материалов X Юбилейной Всероссийской научно-технической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых с международным участием, посвященной 80-летию образования Красноярского края*, Красноярск 2014, s. 3, <http://elib.sfu-kras.ru/handle/2311/18576> (dostęp: 20.12.2021 r.).

jednostkami, przestrzegającymi zasad i tradycji przyjętych w środowisku przestępczym”¹¹. Obejmuje podległość niższemu wyższemu według ściśle określonej gradacji. Stanowi pewne podporządkowanie, rozmieszczenie ludzi¹². Określa sytuację członka ugrupowania przestępczego (organizacji przestępczej)¹³. Poprzez miejsce w strukturze przestępczej wyznacza wartość jednostki¹⁴. W znaczeniu karnoprawnym obejmuje „zarządzanie społecznością przestępczą na zasadzie podporządkowania jej członków”¹⁵.

Należy przy tym stwierdzić, że w różnych organizacjach przestępczych hierarchia kształtuje się odmiennie. W analizowanym przepisie nie wskazano poziomu przestępczej hierarchii (federalny, regionalny, lokalny) istotnego dla odpowiedzialności karnej. W przekonaniu ustawodawcy nie ma on znaczenia¹⁶. Jednakże, jak się wydaje, ważne jest uściślenie: chodzi o zajmowanie pozycji w Rosji czy w konkretnym ugrupowaniu?

Termin „pozycja” oznacza miejsce, rolę jednostki w życiu publicznym, w zespole. Jest to tytuł, status prawny. Słowo „najwyższa” oznacza „główna, wiodąca; górna; reprezentująca najwyższy etap rozwoju, jakość, doskonałość; najbardziej złożona i rozwinięta w dowolnym zestawie, w dowolnej hierarchii”¹⁷.

Wyjaśnienie tych pojęć okazuje się istotne, gdyż według kryminologów, współcześnie najwyższą pozycję w środowisku przestępczym może zajmować kilka kategorii przestępców. Jednym z nich jest *wor w zakonie* (*вор в законе*) – lider, uznany przywódca zorganizowanego środowiska przestępczego. Tytuł ten otrzymuje się za zasługi oraz wierność wartościom przestępczym i innym przestępcom¹⁸. *Wora* cechuje: profesjonalizm przestępczy (kiedyś wielość skazań, długość odbywania kary pozbawienia wolności), zdolności organizacyjne i zarządcze, negatywny stosunek do państwa i prawa, umiejętność zjednywania przestępców i przekonywania do swoich wartości¹⁹. Zgodnie z tradycją tytuł ten nadaje się podczas specjalnego spotkania *worów w zakonie* (tzw. *schodki*)²⁰. *Wor* nie powinien i nie może ukrywać swego statusu, także przed organami państwowymi. Jeśli go ukrywa, co zostanie ujawnione, traci status, a nawet

¹¹ И.В. Годунов, *Организованная преступность от расцвета до заката*, Москва 2008, s. 60.

¹² А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу о целесообразности статьи 210.1 УК РФ и изменений статьи 210 УК РФ в действующем уголовном законодательстве* [w:] *Уголовное законодательство: вчера, сегодня, завтра. Материалы ежегодной всероссийской научно-практической конференции*, Санкт Петербург 2019, s. 94–95.

¹³ М.В. Максименко, Е.Е. Гашев, *Современная структура и состояние преступной херархии. Аналитический обзор*, Пермь 2021, s. 8.

¹⁴ Г.А. Дымов, *Криминальная субкультура как элемент организованной преступности*, „Вестник Владимирского юридического института” 2012/1, s. 83.

¹⁵ П.В. Агапов, А.Н. Сухаренко, *Актуальные проблемы борьбы с лидерами преступной среды России*, „Безопасность бизнеса” 2017/5, s. 38.

¹⁶ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 96.

¹⁷ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 94.

¹⁸ А.И. Долгова [red.] *Российская криминологическая энциклопедия*, Москва 2000, s. 119.

¹⁹ О.В. Безлепкина, Р.Б. Границкий, *Проблемные вопросы практического применения ст 210.1 УК РФ, „Аграрное и земельное право”* 2020/7, s. 131.

²⁰ О.И. Мальчук, *История развития феномена „вор в законе”, „Проблемы в российском законодательстве”* 2018/5, s. 110.

życie²¹. Współcześnie *wor w zakonie* jest „top-menedżerem świata przestępczego”²², stanowi kadrę zarządzającą²³. Można zatem potraktować go jako uprawnionego do przygotowywania przestępstw i kierowania nimi. Osoba taka dba o rozwój „kadry”, tj. aktywnie uzupełnia szeregi struktury przestępczej. Ponadto rozwiązuje spory (jako arbiter), organizuje finansowanie środowiska przestępczego oraz odpowiada za „porządek” w placówkach penitencjarnych. W wielu przypadkach zarządza życiem zwykłych ludzi²⁴. Poprzez kierowane przez siebie struktury wpływa na wszystkie sfery życia państwa i społeczeństwa²⁵. Tytuł *wora w zakonie* jest zdecentralizowany. Oznacza to, że jednego, głównego, najważniejszego *wora* w rosyjskim świecie przestępczym nie ma. Natomiast trwa walka pomiędzy wieloma *worami* na obszarze Rosji²⁶.

Jednakże nie w każdej części kraju występują *wory w zakonie*, dlatego często mają oni swoich „namiestników”. Jest nim *położeniec* (*положенец*) i (lub) *smotriaszczij* (*смотрящий*), którzy albo z braku *wora*, albo za jego zgodą zajmują najwyższą pozycję na danym obszarze²⁷. Pełnią oni funkcję *wora w zakonie* na określonym terenie, dbają o szerzenie subkultury, organizują *schodki* i pobierają środki do *obszczaka*. Mogą tego też dokonywać w placówkach penitencjarnych²⁸.

Ważną rolę odgrywa też lider. Jest to osoba ciesząca się autorytetem, dochowująca wierności przestępczym tradycjom i pełniąca szerokie, organizacyjno-ideologiczne funkcje²⁹. To ona zakłada i przewodzi strukturze przestępczej, zajmuje się organizowaniem jej działalności, określaniem taktyki, kierunków działania, rozwiązywaniem konfliktów w strukturze, podziałem posiadanych środków³⁰. Nie ma jednak specjalnego tytułu, tak jak *wor w zakonie*.

Współcześnie ww. przywódcy struktur przestępczych (niezależnie od ich nazwy) samodzielnie rozwiązują problemy związane z działalnością grupy, kierują, zarządzają grupami, kreują „politykę przestępczą” z udziałem swoich współpracowników. Są to ludzie dobrze wykształceni, bardzo sprawni intelektualnie. Dzięki temu dobrze planują działania grupy, obmyślają sposoby popełniania przestępstw i ukrycia ich następstw. Sami ich nie dokonują, opracowują jedynie strategię, taktykę

²¹ В.Ю. Зайкин, А.И. Лайпанов, Н.А. Выборнов, *Существование „воровского” сообщества в России как проблема ресоциализации осужденных* [w:] Международный Пенитенциарный Форум „Преступление, наказание, исправление”. Сборник тезисов выступлений и докладов участников к 140-летию уголовно-исправительной системы России и 85-летию Академии ФСИН России, Рязань 2019, s. 227.

²² С.А. Кутякин, *Проблемы противодействия криминальной оппозиции в уголовно-исполнительной системе России: научная значимость и задачи исследования*, „Вестник Института. Издательство Вологодского института права и экономики ФСИН России” 2012/1, s. 65.

²³ С.А. Кутякин, Г.В. Курбатова, *„Воры в законе”: на рубеже веков*, Рязань 2003, s. 24.

²⁴ М.С. Ефимкин, *Роль „воров в законе” в организации преступной деятельности*, „Вестник Московского университета МВД России” 2010/4, s. 99.

²⁵ С.А. Кутякин, *Содержание и структура криминальной оппозиции в местах лишения свободы*, „Криминологический журнал ОГУЭП” 2009/1, s. 11.

²⁶ В.Ю. Зайкин, А.И. Лайпанов, Н.А. Выборнов, *Существование...* [w:] Международный..., s. 226.

²⁷ К.А. Шилов, *К вопросу об уголовно-правовой ответственности за занятие высшего положения в преступной иерархии*, „Вестник Томского института повышения квалификации работников ФСИН России” 2020/2, s. 78.

²⁸ П.В. Агапов, А.Н. Сухаренко, *Актуальные...*, s. 39.

²⁹ П.В. Агапов, А.Н. Сухаренко, *Актуальные...*, s. 38.

³⁰ С.Ю. Качалов, *Криминальные авторитеты современной России: тенденции и проблемы*, „Научный портал МВД России” 2009/2, s. 57.

i ich szczegóły³¹. Ponadto rozstrzygają konflikty, a także dbają o finanse grupy. Pełnią zatem następujące funkcje: kadrową, finansową, koordynacyjno-strategiczną, arbitralną i regulującą stosunki wewnętrzne³².

Trzeba przy tym zauważyć, że występują też struktury, w których władza lidera nie ma charakteru absolutnego. Wpływ na nią mają inni członkowie grupy. W niektórych grupach zarządza tzw. „braterski krąg” – lider i jego bliskie otoczenie, którego członkowie cieszą się podobnym lub takim samym autorytetem w grupie jak lider. Rola lidera ma charakter reprezentacyjny, przedstawicielski³³.

Należy podkreślić, że *worowskie zakony*, normy i pojęcia zawsze były dokładnie sformułowane, ale nigdy nie przyjęły formy pisemnej³⁴. W związku z tym również status w hierarchii przestępczej nigdzie nie pozostaje udokumentowany³⁵.

Odnosząc się do art. 210¹ k.k. FR trzeba stwierdzić, że posiadanie statusu *wora w zakonie, położeńca, smotriaszczego*, lidera daje podstawę do odpowiedzialności wynikającej z tego przepisu. Jednakże, jak wskazano, najwyższą pozycję mogą zajmować też inne osoby, nieposiadające żadnego z wymienionych tytułów, ale mające cechy umożliwiające kierowanie, zarządzanie grupą. Ponadto trzeba udowodnić, że osoba z powyższym statusem wywiera realny wpływ na członków tej struktury³⁶. Można również przyjąć, że za skutki działalności przestępczej odpowiada jedynie *wor w zakonie*. Pojawia się jednak pytanie: czy ze względu na to, że pełni on swoją funkcję dożywotnio, po skazaniu i po odbyciu kary ponownie powinien odpowiadać za fakt bycia liderem? Wydaje się, że uwolnić go od odpowiedzialności i kary może tylko konspiracja lub śmierć³⁷. Natomiast gdyby osoba zajmująca najwyższą pozycję chciała zrezygnować z tego statusu, by uniknąć konsekwencji, to nie wiadomo w jaki sposób miałyby to zrobić. W jakim trybie i komu powinna przekazać nabyte uprawnienia związane ze swoim statusem w hierarchii? Jak powinna to udokumentować? Analiza przepisu nie pozwala udzielić logicznej odpowiedzi.

Następnie należy zwrócić uwagę na tzw. „zajmowanie” najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii. Słowo „zajmowanie” oznacza pracę, profesjonalne, zawodowe zajmowanie się czymś. To dziedzina działalności, która jest elementem pracy, aktywności człowieka³⁸.

³¹ С.А. Шатов, *Организованная преступность. Некоторые аспекты криминологической характеристики*, „Государственная служба и кадры” 2019/3, s. 150.

³² О.В. Пристанская [w:] А.В. Самохина, *Функции лидера в организованной преступной группе*, „Следователь” 2000/3, s. 16–17.

³³ В.В. Агильдин, *Организованная преступность: понятие, признаки, вопросы, требующие разрешения*, „Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права” 2013/3, s. 52.

³⁴ Н.П. Барабанов, *Криминологическая и психологическая характеристика криминальной субкультуры осужденных*, „Уголовное право” 2014/2, s. 33.

³⁵ В.Г. Громов, А.А. Судейкина, *Проблемы определения лиц занимающих, высшее положение в преступной иерархии [w:] Правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: история и современность. Материалы международной научно-практической конференции*, red. Е.М. Якимова, Иркутск 2020, s. 15.

³⁶ А.В. Сенатов, *Признаки, характеризующие лицо, занимающее высшее положение в преступной иерархии*, „Вестник Кузбасского института” 2020/1, s. 78.

³⁷ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 96.

³⁸ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 94.

W kontekście analizowanego przepisu można je rozumieć jako:

- proces zmiany/awansu z poprzedniego położenia/statusu do najwyższego, który jest wynikiem woli, intelektu, siły fizycznej osoby; może on też nastąpić bez jej starań, ale za jej zgodą³⁹; zatem oznacza to nie tylko proces pozyskiwania odpowiedniego statusu z inicjatywy samego przestępcy, ale też nadawania go przez innych przestępców (taki pogląd wyraża np. Азалия Ивановна Долгова)⁴⁰;
- „przebywanie osoby zajmującej najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii, znajdowanie się na najwyższym szczeblu w tej hierarchii”, które można traktować jako czyn/zachowanie; wówczas będzie to stanowiło przestępstwo trwałe, które utrzymuje się od uzyskania do utraty statusu, niezależnie od przyczyny; jednakże należy zauważyć, że dyspozycja art. 210¹ k.k. nie przewiduje „realizacji swojego statusu”, zatem zajmowanie pozycji nie stanowi zachowania/czynu⁴¹;
- funkcjonalne umiejscowienie w działalności grupy przestępczej, cechującej się podporządkowaniem⁴²;
- niedokończony proces zajmowania tej pozycji, tj. niedoprowadzony do końca⁴³;
- „proces z ukazaniem rezultatem” i jako „stan człowieka”⁴⁴;
- spełnienie wymagań dla „kandydatów”, zajęcie najwyższej pozycji, a następnie sprawowanie kontroli, realizowanie czynności organizacyjnych, koordynacyjnych działalności grup przestępczych oraz ochronę ich działalności, regulowanie relacji między grupami przestępczymi i okazywanie negatywnego wpływu na członków grupy ze względu na autorytet w środowisku przestępczym⁴⁵.

Należy stwierdzić, że ani rosyjski kodeks karny, ani Sąd Najwyższy nie wyjaśnił pojęcia „zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii”. Niektórzy twierdzą, że definicja jest potrzebna, bo określiłaby podmiot przestępstwa z art. 210¹ k.k., pomogłaby sądom w kwalifikacji przestępstw, ukróciłaby ich samowolę w ocenie prawnej zachowań sprawców, wyeliminowałaby jej lakoniczność⁴⁶. Jednakże trzeba zauważyć, że termin ten ma charakter kryminologiczny, a nie karnoprawny. Nie wiąże się z popełnieniem przestępstwa. Ma charakter ocenny. Jego prawdziwość musi być więc potwierdzana każdorazowo w procesie⁴⁷.

Przedstawione informacje ukazują zatem złożoność pojęć stanowiących znamiona analizowanego przestępstwa.

³⁹ П.А. Скобликов, *Занятие высшего положения в преступной иерархии: статус или деяние?*, „Уголовное право” 2019/6, s. 84.

⁴⁰ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 82.

⁴¹ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 84.

⁴² А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 95.

⁴³ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 90.

⁴⁴ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 82.

⁴⁵ О.В. Безлепкина, Р.Б. Границкий, *Проблемные...*, s. 130.

⁴⁶ Н.С. Беркумбаев, А.Р. Егоров, *Занятие высшего положения в преступной иерархии: проблема квалификации и правоприменения*, „Вопросы российской юстиции” 2020/5, s. 417–418.

⁴⁷ А.В. Шеслер, *„Вор в законе”...*, s. 118.

4. Odpowiedzialność karna za „zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii”

W tym miejscu analizy należy postawić pytanie: za co przepis art. 210¹ k.k. FR przewiduje odpowiedzialność karną? Czy przewiduje ją za sam status osoby, tj. najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii, czy za jej zachowanie/czyn? Odpowiedź nie jest oczywista. Rosyjscy prawnicy zajmują trzy stanowiska.

Zwolennicy pierwszego z nich twierdzą, że powyższy przepis przewiduje odpowiedzialność za sam fakt zajmowania wysokiej pozycji w hierarchii przestępczej⁴⁸. Zwolennicy drugiego stanowiska uważają, że podstawą odpowiedzialności są konkretne przestępstwa świadczące o wysokiej pozycji w strukturze, a nie status osoby w przestępczej hierarchii. Zwolennicy trzeciego punktu widzenia sądzą, że podstawę odpowiedzialności stanowią cechy charakteryzujące społeczne niebezpieczeństwo danej osoby, a nie jej czyn⁴⁹.

Najpierw należy odnieść się do stanowiska pierwszego, według którego sam fakt zajmowania wysokiej pozycji w hierarchii przestępczej to podstawa odpowiedzialności karnej. Takie podejście oznacza, że nie jest wymagane popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa⁵⁰. Dla kwalifikacji czynu pierwszorzędne znaczenie ma więc pozycja w hierarchii⁵¹, przynależność jednostki do środowiska liderów przestępczych⁵². W takiej sytuacji osoba odpowiada za swoją sytuację, pozycję, położenie w strukturze przestępczej⁵³. Należy zaznaczyć, że znajdowanie się, przebywanie na najwyższym szczeblu hierarchii nie mieści się w pojęciu „zachowanie”, nie stanowi czynu⁵⁴. „To określony stan”, charakterystyka społecznej jednostki. Sam fakt zajmowania najwyższej pozycji nie może być podstawą odpowiedzialności⁵⁵. Usytuowanie na szczycie drabiny przestępczej nie wyczerpuje znamion przestępstwa⁵⁶. Należy stwierdzić, że takiego rozwiązania, tj. uznania za przestępstwo samego faktu zajmowania pozycji lidera w hierarchii przestępczej, nie można nazwać typowym dla rosyjskiego prawa⁵⁷. Wprowadzenie tego przepisu przeczy teorii kryminalizacji⁵⁸, dlatego wywołuje szereg pytań.

⁴⁸ М.С. Кармановский, Е.В. Косьяненко, *Ответственность за деяния предусмотренные статьями 210 и 210¹ УК РФ*, „Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России” 2019/2, s. 150.

⁴⁹ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 86.

⁵⁰ М.С. Кармановский, Е.В. Косьяненко, *Ответственность...*, s. 150.

⁵¹ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 89.

⁵² А.В. Шестер, „Вор в законе”..., s. 118.

⁵³ А. Мондохонов, *Новеллы уголовного законодательства в сфере противодействия организованной преступности: комментарий и проблемы применения*, „Уголовное право” 2019/3, s. 58.

⁵⁴ Н.А. Егорова, А.Г. Егоров, *Уголовная ответственность за занятие высшего положения в преступной херархии: продолжение дискуссии*, „Вестник Волгоградской Академии МВД России” 2020/1, s. 2.

⁵⁵ А.В. Иванчин, *Оптимизация уголовно-правовых средств борьбы с организованной преступностью: критический анализ актуальных инициатив*, „Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки” 2019/2, s. 55.

⁵⁶ А.А. Душкин, И.А. Двойменный, *О проблемах применения новой статьи уголовного кодекса Российской Федерации „занятие высшего положения в преступной херархии”*, „Вестник Воронежского Института Высочайших Технологий” 2020/1, s. 119

⁵⁷ В. Борков, *Занятие высшего положения в преступной херархии: начало, содержание и конец преступления*, „Уголовное право” 2019/4, s. 11.

⁵⁸ А.В. Иванчин, *Оптимизация...*, s. 55.

W jaki sposób można wiarygodnie ustalić i udowodnić, kto zajmuje najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii nielegalnej grupy? Odpowiadając na to pytanie, należy stwierdzić, że trzeba uzyskać dowody potwierdzające zajmowanie tej pozycji. Zasadniczo otrzymanie informacji z tego zakresu jest możliwe tylko za pośrednictwem metod niejawnych. Zatem problem stanowi pozyskiwanie i legalizacja danych podczas działań operacyjno-rozpoznawczych⁵⁹. Może to też nastąpić w wyniku: zeznania danej osoby do protokołu o zajmowaniu przez nią takiej pozycji⁶⁰, zeznań świadków (tj. członków tej grupy) czy innych bezpośrednich lub pośrednich dowodów potwierdzających przynależność do elity przestępczej (dokumenty w formie pisemnej)⁶¹. Wiarygodny dowód zostanie pozyskany tylko wówczas, gdy taka osoba sama poświadczy to przed organami ścigania i sądowymi⁶². Jak wynika z praktyki, *wory w zakonie*, choć mają obowiązek potwierdzić swój status przy prowadzeniu z nimi czynności operacyjnych, albo w ogóle nie zeznają, albo nie podpisują żadnych pism procesowych⁶³.

W sytuacji oskarżenia kogoś o zajmowanie takiej pozycji Komitet Śledczy będzie musiał ustalić, że funkcjonowała określona struktura przestępcza powołana do popełniania przestępstw, że posiadała ona hierarchię wewnętrzną, w której występowała osoba zajmująca najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii, a także że to oskarżony ją zajmuje. Ponadto trzeba udowodnić, kiedy i gdzie to nastąpiło, jak to zostało ustalone oraz że oskarżonemu można przypisać winę umyślną w zajmowaniu tej pozycji⁶⁴. Organy ścigania i sąd przy kwalifikacji przestępstwa muszą „zwracać uwagę na występowanie w życiu i działalności *worów w zakonie* konkretnych tradycji, obyczajów i zasad, charakterystycznych dla świata przestępczego, któremu specyficzne są *worowskie* prawa, a także obowiązkowo oceniać prawnie znaczenie tych zasad w ich przestępczym życiu i działalności”⁶⁵. Powinny też udowodnić, że osoba posiadająca ten status ma realny wpływ na członków tej struktury⁶⁶. Czy uzyskane w ten sposób dowody okażą się wiarygodne, dopuszczalne i dostateczne do pociągnięcia *wora* do odpowiedzialności⁶⁷? Wydaje się, że niezbędne będzie też wykorzystanie informacji z badań kryminologicznych przestępców i ich środowiska,

⁵⁹ A.B. Шеслер, „Вор в законе”..., s. 121.

⁶⁰ Według *worowskich* tradycji zabronione jest ukrywanie swojej pozycji *wora w zakonie* przed przedstawicielami władzy. Jednakże zezwala się na kłamstwa w tym zakresie przed organami ścigania w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej. Zatem żaden uczestnik „koronacji” (tj. obrzędu przyjęcia do społeczności *worów*, w czasie którego *wor* otrzymywał pseudonim i prawo do wykonania tatuażu *worowskiego*) nie potwierdzi faktu uczestnictwa w niej. Zob.: O.B. Безлепкина, Р.Б. Границкий, *Проблемные...*, s. 133; Р.Г. Ардашев, В.Н. Туркова, *Проблемные вопросы доказывания статуса „вора в законе” у обвиняемого при расследовании преступлений*, „Закон и право” 2019/6, s. 142; Т.Т. Месхидзе, А.И. Черлонкачевич, *Психологические особенности личности современного криминального авторитета*, „Вестник Института Мировых Цивилизаций” 2016/12, s. 3.

⁶¹ А.А. Душкин, И.А. Двойменный, *О проблемах...*, s. 120.

⁶² Р.Г. Ардашев, В.Н. Туркова, *Проблемные...*, s. 142.

⁶³ П.В. Агапов, А.Н. Сухаренко, *Актуальные...*, s. 38.

⁶⁴ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 85.

⁶⁵ А.В. Федотова, О.В. Безлепкина, *Исторический аспект образования преступного феномена вор в законе в Российском государстве* [w:] *Уголовная политика и правоприменительная практика. Сборник материалов VII-ой Международной научно-практической конференции*, Санкт Петербург 2019, s. 473.

⁶⁶ А.В. Сенатов, *Признаки...*, s. 78.

⁶⁷ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 96.

dlatego że to subkultura przestępcza określa status osób w środowisku przestępczym, tworzy obyczaje, które stanowią swoiste prawo⁶⁸. Zatem udowadnianie zajmowania najwyższej pozycji zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego wydaje się złożone.

Przedstawia się ono jako tym trudniejsze, że rosyjski świat przestępczy nie jest homogeniczny. Cechuje go zróżnicowanie regionalne, subkulturowe, ideologiczne. Oznacza to, że nie ma jednej struktury przestępczej, której wszyscy podlegają, nie ma więc jednej osoby zajmującej najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii⁶⁹. Niektórzy podają, że w ostatnich latach w Rosji było ich ok. 400⁷⁰.

Jeżeli chodzi natomiast o pogląd drugi (według którego za podstawę odpowiedzialności karnej uznaje się popełnienie przestępstwa przez osobę zajmującą najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii), należy przyjąć go za słuszny, bowiem karanie osoby nie za popełniony czyn, a za jej położenie w strukturze przestępczej narusza art. 3 k.k. FR (zasada praworządności). Przewiduje on, że istotę odpowiedzialności stanowią przestępność i karalność zachowania, tzn. odpowiedzialność karna grozi tylko za popełnienie przestępstwa. W przeciwnym wypadku naruszone zostałyby: art. 5 k.k. FR (zasada winy), art. 8 k.k. FR (podstawą odpowiedzialności jest zachowanie mające cechy przestępstwa) i art. 14 ust. 1 k.k. FR (przestępstwo to czyn społecznie niebezpieczny, zakazany przez kodeks karny pod groźbą kary)⁷¹. Artykuł 210¹ k.k. FR stanowi więc wyzwanie podstawowym zasadom prawa karnego opartym na pojęciu czynu społecznie niebezpiecznego⁷².

Następnie należy odnieść się do stanowiska trzeciego, według którego podstawą odpowiedzialności karnej powinno być społeczne niebezpieczeństwo tej osoby, a nie przestępstwo popełnione przez osobę zajmującą najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii. Okazuje się, że w tym przypadku społeczne niebezpieczeństwo czynu nie wiąże się z działaniem lub zaniechaniem działania. Wyraża się w zajmowanym statusie, w osobowości przestępcy, co koliduje z instytucją pojęcia przestępstwa⁷³. Na czym polega społeczne niebezpieczeństwo osoby zajmującej najwyższą pozycję, jeśli nie popełnia ona przestępstwa? Według niektórych badaczy zajmowanie pozycji nie zawsze polega na aktywnej działalności, a istotną rolę odgrywa to, że dana osoba posiada możliwości zarządzania działalnością przestępczą. Dzięki swojemu statusowi może na nią wpływać⁷⁴. Niektórzy uważają, że „sam status jest czynnikiem

⁶⁸ В.С. Ишигеев, Н.Л. Романова, В.Л. Лапша, *Криминальная...*, s. 84.

⁶⁹ П.А. Скобликов, *Высшее положение в преступной херархии: проблемы толкования и применения ч. 4 ст. 210 ук РФ*, „Закон” 2019/7, s. 111.

⁷⁰ С.И. Муравьев, *Актуальные проблемы реализации уголовной ответственности за занятие высшего положения в преступной херархии и пути их преодоления*, „Вопросы российской юстиции” 2019/3, s. 784; А.Е. Шалагин, *Криминальная среда и ее общественная опасность*, „Ученые записки Казанского юридического института МВД России” 2016/2, s. 137.

⁷¹ А.В. Шестер, „Вор в законе”..., s. 118; А.А. Душкин, И.А. Двойменный, *О проблемах...*, s. 119; М.С. Кармановский, Е.В. Косьяненко, *Ответственность...*, s. 151.

⁷² М.Л. Прохорова, Л.А. Прохоров, *Занятие высшего положения в преступной херархии: эволюция уголовно-правового „статуса”*, s. 290, <https://cyberleninka.ru/article/n/zanyatie-vysshego-polozeniya-v-prestupnoy-ierarhii-evolyutsiya-ugolovno-pravovogo-statusa> (dostęp: 04.01.2022 r.).

⁷³ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 95.

⁷⁴ В.Н. Бураков, В.Ф. Щепельков, *Лидер преступного сообщества и основание ответственности: постмодерн в уголовном праве*, „Всероссийский криминологический журнал” 2019/3(13), s. 473.

organizującym i charakteryzuje go społeczne niebezpieczeństwo”⁷⁵. „Jeśli status przestępcy charakteryzuje społeczne niebezpieczeństwo, to może ono być podstawą kryminalizacji takiego statusu” (taki pogląd wyrażają Владимир Николаевич Бурлаков i Владислав Федорович Щепельков)⁷⁶. Zatem posiadanie przez osobę wyższych uprawnień decyduje o jej społecznym niebezpieczeństwie (związanym np. z kierowaniem grupą). Nabycie tych uprawnień stanowi fazę poprzedzającą uzyskanie najwyższej pozycji, a faza ta przecież nie podlega kryminalizacji (zgodnie z opinią np. В.Н. Бурлакова)⁷⁷. W takim ujęciu, jak w zwierciadle odbija się radziecka teoria o społecznym niebezpieczeństwie wynikającym ze sprawcy, a nie z jego czynu. Zatem niewłaściwe jest dokonywanie kryminalizacji na nieaktualnych założeniach prawa karnego.

Które stanowisko stanie się dominujące w praktyce ścigania i karania, pokaże czas. Do tej pory jednak, pomimo wielu problemów z interpretacją art. 210¹ k.k. FR, organy ścigania aresztowały wielu *worów w zakonie*⁷⁸.

5. Ocena regulacji przestępstwa z art. 210¹ k.k. FR

Wprowadzenie art. 210¹ k.k. FR wywołało dyskusję wśród teoretyków prawa karnego i praktyków. Według nich była to „nieoczekiwana i niejednoznaczna nowelizacja”, niepoprzedzona dyskursem prawniczym, niepodlegająca analizom praktyków⁷⁹. Prawnicy ci uważają, że przepis ten nie wpłynie na praktykę stosowania prawa ze względu na (wskazywane powyżej) mankamenty regulacji. Nie traktują oni tego przepisu jako „efektywnego instrumentu w działaniach funkcjonariuszy operacyjnych w zakresie wykrywania i dokumentowania najbardziej niebezpiecznych form zorganizowanej działalności przestępczej”⁸⁰. Zauważają, że cel wprowadzenia art. 210¹ k.k. FR obejmował uzupełnienie prawa o przepisy pozwalające na karanie przywódców świata przestępczego, jednakże stało się to niemożliwe wobec braku przypisania im konkretnych przestępstw⁸¹. Sądzą, że na jego podstawie może dochodzić do niesłusznych skazań, w tym na surowe kary. Podkreślają, że przepis nie spełnia swojej odstraszałej roli ze względu na wiele niejednoznaczności w nim zawartych. Zatem wprowadzenie tej regulacji nie rozwiązało problemów ścigania i karania liderów struktur przestępczych. Pokazało jedynie ich złożoność.

Wspomniane wątpliwości i brak jednoznacznego stanowiska prawników pozwoliły wyodrębnić konkretne zarzuty stawiane wobec omawianego przepisu. Spośród nich, jako istotny, należy wskazać trudności z określeniem podmiotu przestępstwa z art. 210¹ k.k. FR. Powinno się przyjąć, że to osoba, która przeszła „koronację”, ma tytuł i cieszy się autorytetem⁸². Zatem karana jest ona za posiadanie określonych cech.

⁷⁵ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 82.

⁷⁶ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 82.

⁷⁷ М.Л. Прохорова, П.А. Прохоров, *Занятие...*, s. 291.

⁷⁸ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 85.

⁷⁹ П.А. Скобликов, *Занятие...*, s. 81.

⁸⁰ П.А. Скобликов, *Высшее...*, s. 117.

⁸¹ В. Борков, *Занятие...*, s. 14.

⁸² О.В. Безлепкина, Р.Б. Границкий, *Проблемные...*, s. 132.

Inny problem dotyczy braku strony przedmiotowej przestępstwa. Jak ustalono, zajmowanie pozycji nie stanowi czynu⁸³. Występują też trudności z rozstrzygnięciem sytuacji, gdy osoba posiada autorytet w środowisku przestępczym, ale go nie wykorzystuje. Skazanie takiej osoby naruszy zasadę winy (art. 5 k.k. FR)⁸⁴. Ponadto odpowiedzialności według tego przepisu podlega osoba w danym czasie zajmująca najwyższą pozycję, a także osoba, która nie prowadzi już działalności przestępczej, a zachowała swój status. Ta ostatnia, w mojej opinii, nie powinna ponosić odpowiedzialności⁸⁵.

Problem stanowi też ustalenie czasu odpowiedzialności sprawców z art. 210¹ k.k. FR. W związku z tym pojawiają się pytania: Czy odpowiedzialności podlega osoba, która uzyskała tytuł *wora w zakonie* przed wejściem w życie tej regulacji (tj. w kwietniu 2019 r.), czy osoba, która nabyła go dopiero po jej wejściu w życie? Czy odpowiadają osoby, które zaprzestały działalności przestępczej, a nikt ich nie pozbawił tytułu *wora*? Czy należy stosować względem nich terminy przedawnienia ścigania, a jeśli tak, to jakie? Czy można w tej sytuacji ścigać je do końca życia?⁸⁶ Skoro przepis ten wszedł w życie w kwietniu 2019 r., należałoby uznać, że osoba powinna odpowiadać tylko za swoje zachowania po tym okresie (prawo nie ma mocy wstecznej)⁸⁷. Wydaje się, że odpowiedzialności karnej nie będzie podlegać *wor w zakonie*, który miał taki status przed wejściem w życie art. 210¹ k.k. FR i nie podjął żadnej działalności (tworzenie grupy przestępczej, koordynowanie nią) po wejściu w życie tego przepisu⁸⁸.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w art. 210 ust. 4 k.k. FR skryminalizowano odpowiedzialność „osoby zajmującej najwyższą pozycję w przestępczej hierarchii”. Na jego podstawie karze podlegają popełnione przez nią przestępstwa zawarte w art. 210 ust. 1 i art. 210 ust. 1.1 k.k. FR. Pozwala to stwierdzić występowanie kolizji art. 210 ust. 4 i art. 210¹ k.k. FR, tj. między całą normą a częścią normy prawnej. Jak zatem należy stosować te przepisy w przypadku ustalenia faktu przywództwa? Czy można uznać ich zbieg? Co do zasady w tego typu sytuacjach wskazuje się, aby stosować tę normę, która najpełniej obejmuje wszystkie cechy popełnionego czynu⁸⁹. Wynika stąd konieczność stosowania art. 210 ust. 4 k.k. FR, co potwierdza zbyteczność regulacji art. 210¹ k.k. FR.

Poza tym należy zauważyć, że z konstrukcji przepisu wynika formalny charakter tego przestępstwa. Dyspozycja ma charakter prosty. Nie definiuje przestępstwa, a jedynie zawiera jego nazwę. W praktyce taką konstrukcję ustawodawca stosuje w sytuacji, gdy znamiona opisujące przestępstwo są jasne, zrozumiałe i nie wymagają wyjaśnienia. Jednakże w tym przypadku kształtują się one inaczej. Zatem redakcji przepisu nie można uznać za oczywistą⁹⁰.

⁸³ М.Л. Прохорова, Л.А. Прохоров, *Занятие...*, s. 290.

⁸⁴ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 89.

⁸⁵ А.В. Иванчин, *Оптимизация...*, s. 56.

⁸⁶ А.В. Шеслер, „*Вор в законе*”..., s. 120.

⁸⁷ О.В. Безлепкина, Р.Б. Границкий, *Проблемные...*, s. 133.

⁸⁸ Т. Якушева, *Уголовная...*, s. 90.

⁸⁹ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 95; В.П. Семенов, Н.С. Гришин, *Лицо занимающее высшее положение в преступной херарзии, как субъект преступления предусмотренного статьей 210.1 УК РФ, „Закон и право”* 2019/8, s. 76.

⁹⁰ А.В. Коротков, Н.В. Еремина, *К вопросу...*, s. 94.

Jedynym plusem tej regulacji, w opinii niektórych badaczy, okazuje się zmuszenie liderów do nieafiszowania się ze swoim statusem, do ukrywania swoich wpływów w regionach⁹¹. Z kolei inni uważają, że wprowadzenie tego przepisu jest aktualnym i niezbędnym przedsięwzięciem, ale wymaga dopracowania⁹². Nieliczni sądzą, że art.210¹ k.k. FR stanowi „rewolucyjny krok w ojczystym ustawodawstwie karnym”⁹³, podczas gdy inni sugerują usunięcie go z kodeksu karnego⁹⁴.

6. Podsumowanie

Przeprowadzona analiza regulacji odpowiedzialności za zajmowanie najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii wprowadzona do rosyjskiego kodeksu karnego z 1996 r. dowiodła niezgodności z zasadami prawa karnego. Potwierdza to tezę postawioną na początku rozważań.

Kryminalizacja samego faktu zajmowania najwyższej pozycji w przestępczej hierarchii nie powinna mieć miejsca, gdyż ocena, czy ugrupowanie posiada charakter przestępczy, należy wyłącznie do sądu. To on musi ustalić ten fakt na podstawie popełnionych przez nie przestępstw i ustalić rolę danego sprawcy w tym ugrupowaniu. W obecnej sytuacji w celu rozwiązania problemu prawnego trzeba posługiwać się pojęciami z kryminologii, co jednak nie przynosi jasnego rozstrzygnięcia. Zatem wydaje się, że kolejny ruch powinien należeć do ustawodawcy, który usunie ten przepis z rosyjskiego kodeksu karnego.

Bibliografia

1. Агапов П.В., Сухаренко А.Н., *Актуальные проблемы борьбы с лидерами преступной среды России*, Безопасность бизнеса 2017, № 5.
2. Агильдин В.В., *Организованная преступность: понятие, признаки, вопросы, требующие разрешения*, Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права 2013, № 3.
3. Ардашев Р.Г., Туркова В.Н., *Проблемные вопросы доказывания статуса „вора в законе” у обвиняемого при расследовании преступлений*, Закон и право 2019, № 6.
4. Барабанов Н.П., *Криминологическая и психологическая характеристика криминальной субкультуры осужденных*, Уголовное право 2014, № 2.
5. Безлепкина О.В., Границкий Р.Б., *Проблемные вопросы практического применения ст 210.1 ук РФ*, Аграрное и земельное право 2020, № 7.
6. Беркумбаев Н.С., Егоров А.Р., *Занятие высшего положения в преступной херархии: проблема квалификации и правоприменения*, Вопросы российской юстиции 2020, № 5.

⁹¹ А.В. Шеслер, „Вор в законе”..., s. 121.

⁹² К.А. Шилов, *К вопросу...*, s. 79.

⁹³ А. Мондохонов, *Новеллы...*, s. 56.

⁹⁴ М.Л. Прохорова, Л.А. Прохоров, *Занятие...*, s. 291; А.В. Шеслер, „Вор в законе”..., s. 118; Н.А. Егорова, А.Г. Егоров, *Уголовная...*, s. 7.

7. Борков В., *Занятие высшего положения в преступной херархии: начало, содержание и конец преступления*, Уголовное право 2019, № 4.
8. Бурлаков В.Н., Щепельков В.Ф., *Лидер преступного сообщества и основание ответственности: постмодерн в уголовном праве*, Всероссийский криминологический журнал 2019, Т. 13, № 3.
9. Годунов И.В., *Организованная преступность от расцвета до заката*, Москва 2008.
10. Громов В.Г., Судейкина А.А., *Проблемы определения лиц занимающих, высшее положение в преступной иерархии [w:] Правовые средства обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: история и современность, Материалы международной научно-практической конференции, red. Е.М. Якимова, Иркутск 2020.*
11. Долгова А.И. [red.] *Российская криминологическая энциклопедия*, Москва 2000.
12. Душкин А.А., Двойменный И.А., *О проблемах применения новой статьи уголовного кодекса Российской Федерации „занятие высшего положения в преступной херархии”*, Вестник Воронежского Института Высочих Технологий 2020, № 1.
13. Дымов Г.А., *Криминальная субкультура как элемент организованной преступности*, Вестник Владимирского юридического института 2012, № 1.
14. Егорова Н.А., Егоров А.Г., *Уголовная отвественность за занятие высшего положения в преступной херархии: продолжение дискуссии*, Вестник Волгоградской Академии МВД России 2020, № 1.
15. Ефимкин М.С., *Роль „воров в законе” в организации преступной деятельности*, Вестник Московского университета МВД России 2010, № 4.
16. Зайкин В.Ю., Лайпанов А.И., Выборнов Н.А., *Существование „воровского” сообщества в России как проблема ресоциализации осужденных [w:] Международный Пенитенциарный Форум „Преступление, наказание, исправление”. Сборник тезисов выступлений и докладов участников к 140-летию уголовно-исправительной системы России и 85-летию Академии ФСИН России, Рязань 2019.*
17. Иванчин А.В., *Оптимизация уголовно-правовых средств борьбы с организованной преступностью: критический анализ актуальных инициатив*, Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки 2019, № 2.
18. Ишигеев В.С., Романова Н.Л., Лапша В.Л., *Криминальная субкультура и ее роль в определении высшего положения в преступной херархии (вопросы квалификации статьи 210¹ ук РФ)*, Вестник Восточно-Сибирского Института МВД России 2020, № 2.
19. Кармановский М.С., Косьяненко Е.В., *Ответственность за деяния предусмотренные статьями 210 и 210¹ УК РФ*, Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России 2019, № 2.
20. Качалов С.Ю., *Криминальные авторитеты современной России: тенденции и проблемы*, Научный портал МВД Росси 2009, № 2.
21. Коротков А.В., Еремина Н.В., *К вопросу о целесообразности статьи 210.1 ук РФ и изменений статьи 210 ук РФ в действующим уголовном законодательстве [w:] Уголовное законодательство: вчера, сегодня, завтра. Материалы ежегодной всероссийской научно-практической конференции, Санкт Петербург 2019.*

22. Кутякин С.А., Курбатова Г.В., *„Воры в законе”: на рубеже веков*, Рязань 2003.
23. Кутякин С.А., *Проблемы противодействия криминальной оппозиции в уголовно-исполнительной системе России: научная значимость и задачи исследования*, Вестник Института. Издательство Вологодского института права и экономики ФСИН России 2012, № 1.
24. Кутякин С.А., *Содержание и структура криминальной оппозиции в местах лишения свободы*, Криминологический журнал ОГУЭП 2009, № 1.
25. Максименко М.В., Гапшев Е.Е., *Современная структура и состояние преступной херархии. Аналитический обзор*, Пермь 2021.
26. Мальчук О.И., *История развития феномена „вор в законе”*, Проблемы в российском законодательстве 2018, № 5.
27. Месхидзе Т.Т., Черлюнкачевич А.И., *Психологические особенности личности современного криминального авторитета*, Вестник Института Мировых Цивилизаций 2016, № 12.
28. Мондохонов А., *Новеллы уголовного законодательства в сфере противодействия организованной преступности: комментарий и проблемы применения*, Уголовное право 2019, № 3.
29. Муравьев С.И., *Актуальные проблемы реализации уголовной ответственности за занятие высшего положения в преступной херархии и пути их преодоления*, Вопросы российской юстиции 2019, № 3.
30. Пристанская О.В. [w:] А.В. Самохина, *Функции лидера в организованной преступной группе*, Следователь 2000, № 3.
31. Прохорова М.Л., Прохоров Л.А., *Занятие высшего положения в преступной херархии: эволюция уголовно-правового „статуса”*, <https://cyberleninka.ru/article/n/zanyatie-vysshego-polozheniya-v-prestupnoy-ierarhii-evolyutsiya-ugolovno-pravovogo-statusa>.
32. Семенов В.Р., Гришин Н.С., *Лицо занимающее высшее положение в преступной херархии, как субъект преступления предусмотренного статьей 210.1 УК РФ*, Закон и право 2019, № 8.
33. Сенатов А.В., *Признаки, характеризующие лицо, занимающее высшее положение в преступной херархии*, Вестник Кузбасского института 2020, № 1.
34. Скобликов П.А., *Занятие высшего положения в преступной херархии: статус или деяние?*, Уголовное право 2019, № 6.
35. Скобликов П.А., *Высшее положение в преступной херархии: проблемы толкования и применения ч. 4 ст. 210 ук РФ*, Закон 2019, № 7.
36. Федоренко Г.Ю., *Высшее положение в преступной херархии (ч. 4 ст. 210 ук РФ): проблемы толкования и применения [w:] Молодежь и наука: сборник материалов X Юбилейной Всероссийской научно-технической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых с международным участием, посвященной 80-летию образования Красноярского края*, Красноярск 2014, <http://elib.sfu-kras.ru/handle/2311/18576>.
37. Федотова А.В., Безлепкина О.В., *Исторический аспект образования преступного феномена вор в законе в Российском государстве [w:] Уголовная полититка*

- и правоприменительная практика. Сборник материалов VII-ой Международной научно-практической конференции, Санкт Петербург 2019.*
38. Шалагин А.Е., *Криминальная среда и ее общественная опасность*, Ученые записки Казанского юридического института МВД России 2016, Т. 2.
 39. Шатов С.А., *Организованная преступность. Некоторые аспекты криминологической характеристики*, Государственная служба и кадры 2019, № 3.
 40. Шеслер А.В., *„Вор в законе”: криминальный статус или основание уголовной ответственности*, Вестник Кузбасского института 2020, № 1.
 41. Шилов К.А., *К вопросу об уголовно-правовой ответственности за занятие высшего положения в преступной херархии*, Вестник Томского института повышения квалификации работников ФСИН России 2020, № 2.
 42. Якушева Т., *Уголовная ответственность преступных авторитетов: новеллы законодательства*, Уголовное право 2019, № 3.

Konrad Buczkowski

Praktyka ścigania i karania sprawców przestępstwa z art. 306a Kodeksu karnego na podstawie badań aktowych

*Practice of prosecution and punishment of perpetrators
of the offence under Article 306a of the Criminal Code
on the basis of file research*

Abstract

Introduction of the provision of Article 306a to the penal code, penalizing the behaviour consisting in the change of indications of the odometer, was the legislator's answer to a quite common practice of modifying the actual condition of the vehicle odometer in order to conceal the actual number of kilometres driven. Such modifications usually aim at falsifying either the actual wear and tear of the vehicle which is being sold or the actual working hours of a professional driver giving him an opportunity to extend them beyond the limits provided by law.

The article presents the results of the study of preparatory and judicial proceedings in the initial period of functioning of the provision of Article 306a of the Penal Code in the Polish legal system, i.e. in the period from the entry into force of the provision on 25 May 2019 to 31 December 2020 and assesses the effectiveness of the introduced type of crime in combating behaviors covered by its disposition.

Keywords: odometer revocation, counterfeiting, motor vehicle, Article 306a of the Polish Criminal Code

Streszczenie

Wprowadzenie do Kodeksu karnego przepisu art. 306a penalizującego zachowanie polegające na zmianie wskazań drogomierza stanowiło odpowiedź ustawodawcy na dosyć powszechną praktykę modyfikowania faktycznego stanu licznika pojazdu w celu ukrycia rzeczywistej liczby przejechanych kilometrów. Zmiany takie najczęściej mają na celu zafałszowanie albo faktycznego zużycia pojazdu, który jest przedmiotem sprzedaży, albo faktycznych godzin pracy zawodowego kierowcy, dając mu możliwość ich wydłużenia ponad limity przewidziane przepisami prawa.

Artykuł przedstawia wyniki badania postępowań przygotowawczych i sądowych w początkowym okresie funkcjonowania przepisu art. 306a k.k. w polskim systemie prawnym, tj. w okresie od wejścia w życie przepisu dnia 25.05.2019 r. do 31.12.2020 r. i dokonuje oceny skuteczności wprowadzonego typu przestępstwa w zwalczaniu zachowań objętych jego dyspozycją.

Słowa kluczowe: cofanie drogomierza, fałszerstwo licznika, pojazd mechaniczny, art. 306a k.k.

Dr Konrad Buczkowski jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk oraz Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, Polska, ORCID: 0000-0002-3083-0393, e-mail: k.buczkowski@inp.pan.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.01.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.02.2022 r.

1. Wprowadzenie

Występek polegający na zmianie wskazań drogomierza samochodowego to w polskim Kodeksie karnym³ przepis stosunkowo nowy. Pracę nad jego wprowadzeniem rozpoczęto w połowie 2018 r., gdy opracowano pierwszą wersję projektu zmiany ustawy Prawo o ruchu drogowym⁴ oraz ustawy – Kodeks karny⁵.

W uzasadnieniu tego projektu wskazano, że „Zjawisko nieuprawnionej ingerencji we wskazania przebiegu licznika pojazdu (drogomierza) przybrało w ostatnich latach skalę nieakceptowalną społecznie”⁶. Zgodnie z zamierzeniami projektodawców celem nowego przepisu miało być ograniczenie sytuacji, w których zbywca pojazdu osiąga nieuprawnioną korzyść majątkową w wyniku wprowadzenia kupującego w błąd co do faktycznego stanu technicznego sprzedawanego pojazdu⁷.

W ówczesnym stanie prawnym zachowanie polegające na cofnięciu stanu licznika samochodu mające na celu doprowadzenie nabywcy pojazdu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez jego wprowadzenie w błąd co do faktycznego stanu technicznego takiego pojazdu i osiągnięcia w ten sposób przez zbywcę korzyści majątkowej mogło co najwyżej zostać w tym konkretnym przypadku uznane za przestępstwo oszustwa z art. 286 § 1 k.k. W praktyce jednak stosowanie konstrukcji oszustwa przy tego rodzaju zachowaniach rodziło szereg trudności związanych z ustaleniem osoby, która faktycznie dokonała cofnięcia wskazań drogomierza (szczególnie w przypadku, gdy samochód był przedmiotem kilkukrotnych transakcji kupna-sprzedaży), oraz wypełnieniem pozostałych znamion tego przestępstwa⁸.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

⁴ Ustawa z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 450 ze zm.).

⁵ Druk sejmowy nr 2878, Sejm VIII Kadencji.

⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 2878, Sejm VIII Kadencji.

⁷ Takim kryterium dla kupującego jest m.in. przebieg pojazdu, który wskazuje na stopień zużycia samochodu. Jak zauważa Radosław Krajewski: „pozwala on bowiem na oszacowanie spodziewanych wydatków związanych z wymianą części eksploatacyjnych, jak też na założenie okresu dalszego jego użytkowania (...). Ponadto wpływa on na bezpieczeństwo jazdy takim pojazdem, jak również na jego parametry ekologiczne, ale też ma znaczenie dla gwarancji pojazdu uzależnionej często także właśnie od przebiegu”. R. Krajewski, *Przestępstwo fałszowania licznika samochodowego*, „Prawo w Działaniu” 2021/45, s. 22.

⁸ Za błędne należy uznać stwierdzenie projektodawcy wskazujące, iż przed wejściem w życie przepisu art. 306a k.k. zachowanie polegające na fałszowaniu wskazań drogomierza było uznawane za jeden z elementów składających się na realizację znamion czynności sprawczej przestępstwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k. Jak zauważają Tomasz Sroka i Szymon Tarapata: „Fałszowanie wskazań drogomierza nie stanowi jednego z «elementów składających się na realizację znamion czynności sprawczej» czynu zabronionego z art. 286 § 1. Jeżeli byłoby inaczej, wówczas podjęcie się takiego zachowania musiałoby wyczerpywać cechy usiłowania przestępstwa oszustwa. W takim wypadku art. 306a § 1 stanowiłby jedynie *superfluum* dla kwalifikacji czynu zabronionego z art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1. Tymczasem fałszowanie wskazań drogomierza to potencjalnie co najwyżej zachowanie stwarzające warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania innego przestępstwa, przede wszystkim oszustwa z art. 286 § 1. Ustawodawca nie przewidział jednak odpowiedzialności karnej za przygotowanie do przestępstwa oszustwa. W konsekwencji wprowadzenie karalności czynu opisanego w art. 306a § 1 można uznać za objęcie karalnością części zachowań, które mogłyby być kwalifikowane jako przygotowanie w rozumieniu art. 16 § 1, a dotychczas nie były karalne, ze względu na brak klauzuli karalności przygotowania do oszustwa”. T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III. Komentarz do art. 278–363 k.k., red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2022, s. 899.

Zatem – jak wskazywano w uzasadnieniu do projektu – „[p]roponowana nowelizacja ma wypełnić istniejącą lukę, gwarantując pewność obrotu i zapobiegając nieuczciwym, oszukańczym praktykom sprzedających pojazdy mechaniczne. Jednocześnie nowelizacja ma zadanie zlikwidować proceder polegający na oferowaniu usług zaniżania wskazań drogomierza w pojeździe mechanicznym, który to proceder jest obecnie bezkarny, a w większości przypadków poprzedza zabiegi osób, chcących w oszukańczy sposób sprzedać pojazd”⁹.

Ostatecznie dnia 15.03.2019 r. przyjęto ustawę o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny¹⁰, która w części zmieniającej przepisy ustawy – Prawo o ruchu drogowym wprowadziła nowe obowiązki administracyjnoprawne kierowane zarówno do właścicieli i posiadaczy pojazdów mechanicznych, jak i do organów i służb państwowych (Policji, Straży Granicznej, Inspekcji Transportu Drogowego, Żandarmerii Wojskowej, Służby Celno-Skarbowej), których zadania zostały poszerzone o zapobieganie i przeciwdziałanie ingerencjom we wskazania drogomierza. Natomiast w części zmieniającej przepisy Kodeksu karnego dodała ona w Rozdziale XXXVI, którego jednocześnie tytuł został zmieniony na „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”, nowy typ przestępstwa w postaci art. 306a, penalizujący zachowania polegające na zmianie wskazań drogomierza pojazdu.

Należy wskazać, że ustawa ta stanowi realizację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/45/UE z 3.04.2014 r. w sprawie okresowych badań zdatości do ruchu drogowego pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz uchylającej dyrektywę 2009/40/WE¹¹, która w motywie 25 stwierdza, że „Oszustwo polegające na fałszowaniu przebiegu powinno być traktowane jako przestępstwo podlegające sankcji, ponieważ manipulacja przebiegiem może prowadzić do błędnej oceny stanu zdatości do ruchu drogowego pojazdu. Wykrywanie manipulacji lub ingerencji w stan licznika powinno być łatwiejsze dzięki rejestrowaniu przebiegu w świadectwie zdatości do ruchu drogowego oraz dostępowi diagnostów do tych informacji”.

Przepisy tej nowelizacji weszły w życie z dniem 1.01.2020 r., z wyjątkiem artykułu nowelizującego Kodeks karny, który zaczął obowiązywać już 25.05.2019 r.

Niniejsze opracowanie przedstawia wyniki badania postępowań przygotowawczych i sądowych w początkowym okresie funkcjonowania przepisu art. 306a k.k. w polskim systemie prawnym, tj. w okresie od wejścia w życie przepisu dnia 25.05.2019 r. do 31.12.2020 r., i dokonuje oceny skuteczności wprowadzonego typu przestępstwa w zwalczaniu zachowań objętych jego dyspozycją. Ponadto – w zakresie niezbędnym dla przejrzystości opisu badania – poruszono zagadnienia teoretyczne dotyczące konstrukcji typu przestępstwa opisanego w art. 306a k.k.¹²

⁹ T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks...*, s. 899.

¹⁰ Dz.U. z 2019 r. poz. 870.

¹¹ Dz.Urz. UE L 127 z 29.04.2014 r., s. 51 ze zm.

¹² Przestępstwo z art. 306a k.k. było przedmiotem szeregu analiz dogmatycznych, z których większość została przywołana w wykazie literatury do niniejszego tekstu.

2. Artykuł 306a k.k. – zagadnienia teoretyczne

Konstrukcja przepisu art. 306a k.k. obejmuje trzy typy przestępstwa fałszerstwa wskazań drogomierza zawarte w trzech jednostkach redakcyjnych.

W § 1 i 2 znajdują się dwa typy podstawowe – pierwszy (opisany w § 1) polegający – alternatywnie – na dokonaniu zmiany wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru, drugi (zawarty w § 2) – polegający na zleceniu innej osobie wykonania czynu, o którym mowa w § 1.

Typ uprzywilejowany występku z art. 306a umieszczono w § 3 tego przepisu. Referuje on do typów podstawowych określonych w § 1 i § 2, a dotyczy sytuacji, gdy czyny tam określone stanowią wypadek mniejszej wagi. Jako przykłady takich zachowań zasługujących na uprzywilejowane potraktowanie sprawcy można wskazać: nieznaczną modyfikację przebiegu pojazdu, zmianę stanu drogomierza pomimo odzwierciedlenia jego rzeczywistego stanu w rejestrze Centralnej Ewidencji Pojazdów lub dokumentacji samego pojazdu czy modyfikację nieudolną, umożliwiającą łatwe jej wykrycie nawet przez niedoświadczoną osobę¹³.

Ze względu na umieszczenie tego nowego typu przestępstwa w Rozdziale XXXVI Kodeksu karnego, obejmującym przestępstwa dotyczące ochrony obrotu gospodarczego i interesów majątkowych w obrocie cywilnoprawnym, a nie w ramach przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, na co wskazywać by mogła czynność sprawcza art. 306a k.k., przyjąć należy, że przedmiotem ochrony tego przepisu są: bezpieczeństwo obrotu gospodarczego pojazdami mechanicznymi, równość podmiotów tego obrotu oraz interesy majątkowe ewentualnego nabywcy pojazdu¹⁴. Takie ujęcie przedmiotu ochrony czynu zabronionego z art. 306a k.k. powoduje, że chroni on nie tylko obrót gospodarczy, ale również interesy cywilnoprawne, co może uzasadniać zmianę tytułu Rozdziału XXXVI k.k. wprowadzoną przy okazji kryminalizacji fałszowania wskazań drogomierza pojazdu.

Przestępstwo typizowane w art. 306a § 1 k.k. ma charakter materialny, a jego dokonanie uzależnione jest od wystąpienia określonego skutku w postaci zmiany wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencji w prawidłowość pomiaru (tak: Jacek Potulski, Tomasz Sroka i Szymon Tarapata oraz Marek Kulik¹⁵; odmiennie: Małgorzata Gałązka¹⁶).

Czynność sprawcza opisana w § 1 obejmuje zmianę wskazań drogomierza lub ingerencję w prawidłowość dokonywanych przez niego pomiarów. Przez „zmianę

¹³ Zob. J. Dąbrowski, *Liability for illegal tampering with a motor vehicle odometer reading or interference into its proper mileage measurement (Article 306a CC)*, „Ius Novum” 2019/4, s. 39.

¹⁴ Tak: M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2021, s. 1059. Podobnie: J. Potulski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis.

¹⁵ J. Potulski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2021, Legalis; T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks...*, s. 910; M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1059. M. Kulik wskazuje ponadto, że przy skutkowym ujęciu ingerowania w pracę drogomierza „zachowanie, którym sprawca umyślnie bezpośrednio zmierzał do wywołania zakłóceń, a które owych zakłóceń nie wywołało, stanowi usiłowanie” (M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1060).

¹⁶ M. Gałązka [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, Legalis. Autorka opowiada się za skutkowym charakterem zmiany i bezskutkowym ingerowania w pracę drogomierza, definiując tę ostatnią czynność sprawczą jako zakłócanie poprawności jego funkcjonowania.

wskazań drogomierza” należy uznać każdą ingerencję w zapis informacji na takim urządzeniu, która powoduje wskazanie niezgodne z jego rzeczywistym przebiegiem. W większości przypadków taka ingerencja polegać będzie na zmniejszeniu wskazań licznika (np. poprzez mechaniczne oddziaływanie na drogomierz), choć może ona polegać również na zwiększeniu wartości licznika¹⁷.

W piśmiennictwie wskazuje się, że zmianą wskazań drogomierza nie będzie jego wymiana na drogomierz pochodzący z innego pojazdu. W takim przypadku może zaś dojść do wypełnienia znamion wykroczenia z art. 97 Kodeksu wykroczeń^{18, 19}. Z poglądem tym nie zgadzają się T. Sroka i S. Tarapata wskazując, iż nie powinno się sprawcy, który zmienia wskazania zamontowanego już licznika lub ingeruje w prawidłowość jego pomiaru, karać za przestępstwo, zaś podmiotu montującego drogomierz pochodzący z innego samochodu – jedynie za wykroczenie z art. 97 k.w.²⁰

„Ingerowanie w prawidłowość pomiaru” to zachowania zakresowo szersze niż „zmiana”, polegające na każdym zakłóceniu poprawnego funkcjonowania drogomierza, np. poprzez użycie oprzyrządowania lub oprogramowania zakłócającego pracę drogomierza. Zatem dla realizacji znamion czynu z art. 306a § 1 k.k. wystarczyłoby, iż znamieniem czasownikowym objęto by wyłącznie „ingerowanie” w prawidłowość pomiaru. Nie będzie wyczerpywać znamion czynu zabronionego ujawniona w dalszej części obrotu pojazdem zmiana wskazań drogomierza mająca na celu przywrócenie, choćby szacunkowe, rzeczywistego przebiegu pojazdu, dokonana np. w związku z ujawnieniem uprzedniej zmiany tych wskazań²¹.

Czynność sprawcza opisana w § 1 może polegać na działaniu, gdyż wymaga zachowania aktywnego sprawcy prowadzącego do zmiany wskazań drogomierza lub innego zakłócenia jego funkcjonowania (tak: J. Potulski²²). Nie można jednak wykluczyć, iż do realizacji znamion czynu z § 1 może dojść poprzez zaniechanie (tak: M. Kulik²³), w szczególności w przypadku umyślnego poruszania się pojazdem z niesprawnym drogomierzem, który w wyniku usterki albo zaprzestał dokonywania pomiarów, albo dokonywał pomiary nieprawidłowe²⁴.

¹⁷ Jako przykład takiej sytuacji Błażej Boch podaje zdarzenie, w którym pracownik firmy transportowej zwiększa wskazania drogomierza, aby uzyskać więcej pieniędzy, jeżeli od tego zależy jego wynagrodzenie. Zob. B. Boch, *Praktyczne problemy związane z postępowaniem przygotowawczym w sprawach o przestępstwo „cofania liczników”* (art. 306a KK), „Monitor Prawniczy” 2020/21, s. 1134.

¹⁸ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2008 ze zm.) – dalej k.w.

¹⁹ Tak: M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1059; D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019/1, s. 89. Artykuł 97 k.w. przewiduje odpowiedzialność (kara grzywny do 3000 złotych albo kara nagany) uczestnika ruchu lub innej osoby znajdującej się na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub strefie ruchu, a także właściciela lub posiadacza pojazdu, który wykracza przeciwko innym przepisom ustawy z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym lub przepisom wydanym na jej podstawie. Takim wykroczeniem będzie np. wymiana drogomierza w pojeździe zgodnie z art. 81a ustawy – Prawo o ruchu drogowym i nieprzedstawienie pojazdu w stacji kontroli pojazdów w celu dokonania odczytu wskazania drogomierza w terminie 14 dni od dnia wymiany drogomierza (art. 81b ust. 1 ustawy).

²⁰ T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks...*, s. 906.

²¹ T. Oczkowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, s. 1417.

²² J. Potulski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis.

²³ M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1059.

²⁴ J. Dąbrowski, *Liability...*, s. 40.

Przedmiotem czynności wykonawczej jest drogomierz, czyli urządzenie służące do pomiaru odległości przebytej przez pojazd. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia²⁵ wymaga wyposażenia w drogomierz pojazdu samochodowego, który jest jednym z rodzajów pojazdów wchodzących w skład pojęcia „pojazd mechaniczny”. Pojazdem mechanicznym jest – zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych²⁶ – a) pojazd samochodowy, ciągnik rolniczy, motorower i przyczepa „określone w przepisach ustawy – Prawo o ruchu drogowym, b) pojazd wolnobieżny w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym, z wyłączeniem pojazdów wolnobieżnych będących w posiadaniu rolników posiadających gospodarstwo rolne i użytkowanych w związku z posiadaniem tego gospodarstwa”. Przyjąć zatem należy, że ustawowe znamiona czynu zabronionego wyczerpuje podjęcie czynności wykonawczej w odniesieniu do pojazdu mechanicznego niebędącego pojazdem samochodowym, o ile jest on wyposażony w drogomierz²⁷, z wyłączeniem pojazdów historycznych.²⁸

W literaturze można odnaleźć liczne zastrzeżenia, jakie budzi typ podstawowy przestępstwa z art. 306a § 2 k.k. Wskazuje się, że trudno jest znaleźć uzasadnienie dla takiego opisu znamion określających czynność sprawczą, polegającą na zleceniu innej osobie zmiany wskazań drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencji w jego wskazania, która wychodziłaby poza ramy podżegania do tego przestępstwa (art. 18 § 2 k.k.), co w efekcie rozbija spójność terminologiczną Kodeksu karnego, a sama zmiana okazuje się zbędna.²⁹ Odmiennie do takiej konstrukcji podszedł ustawodawca, który w uzasadnieniu stwierdził, iż „podżeganie nie wyczerpuje wszystkich stanów faktycznych mogących mieć miejsce w sprawach związanych z ingerencją we wskazania drogomierza”³⁰. Pozostaje w tym przypadku podzielić zdanie Jacka Dąbrowskiego, według którego przyjętą konstrukcję czynu opisanego w art. 306a § 2 k.k. „uznać należy za jedną z form podżegania, niejako wyjętą przed nawias w odniesieniu do innych postaci tej niesprawczej formy popełnienia przestępstwa, zagrożoną taką samą karą jak postać sprawcza”³¹.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2022 ze zm.

²⁶ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 854 ze zm.

²⁷ M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1060.

²⁸ Tak: D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, s. 92.

²⁹ M. Kulik [w:] *Kodeks...*, s. 1060.

³⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 2878, Sejm VIII Kadencji, s. 4.

³¹ J. Dąbrowski, *Liability...*, s. 48. T. Sroka i S. Tarapata zauważają, że „nie jest natomiast wykluczone ani popełnienie przestępstwa podżegania lub pomocnictwa do zlecenia wykonania tzw. oszustwa licznikowego (art. 18 § 2 lub 3 w zw. z art. 306a § 2), ani usiłowanie zlecenia wykonania tego czynu (art. 13 § 1 w zw. z art. 306a § 2). Nawet bowiem w wypadku uznania, że art. 306a § 2 stanowi *sui generis* podżeganie, należy zaakceptować dominujący w doktrynie i orzecznictwie pogląd wskazujący na dopuszczalność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za tzw. łańcuszkowe podżeganie, a w tym wypadku podżeganie do zlecenia, jak i usiłowanie podżegania, a w tym wypadku usiłowanie zlecenia oszustwa licznikowego (zob. np. uchwała SN z 21.10.2003 r., I KZP 11/03, LEX nr 81317)”. T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks...*, s. 909.

Wypadek mniejszej wagi typizowany w art. 306a § 3 k.k. w kontekście uwag zamieszczonych powyżej powinno się oceniać pod kątem wielkości modyfikacji wskazań lub pracy drogomierza.

Wszystkie typy przestępstwa z art. 306a k.k. mają charakter powszechny. Stronę podmiotową stanowi umyślność, przy czym w odniesieniu do § 1 obejmować ona będzie zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny, natomiast w przypadku § 2 – tylko bezpośredni. Do znamion strony podmiotowej nie należy cel fałszerstwa, w szczególności chęć zbycia pojazdu lub wprowadzenia w błąd nabywcy pojazdu. W tym ostatnim przypadku możliwa będzie odpowiedzialność za oszustwo z art. 286 § 1 k.k. Wszystkie typy czynów określone w art. 306a k.k. mogą pozostawać w zbiegu kumulatywnym z art. 286 § 1 k.k., a w przypadku pojazdów o znacznej wartości kwalifikacja powinna uwzględniać również art. 294 § 1 k.k.³²

Przestępstwo cofania drogomierza jest występką o średnim zagrożeniu karą. W przypadku typów z § 1 i § 2 sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a w odniesieniu do wypadków mniejszej wagi – grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Warto wskazać, że przestępstwo „cofania licznika” występuje również od 2005 r. w prawie niemieckim. Manipulacje przy liczniku pojazdu zagrożone są karą pozbawienia wolności do lat 5³³.

3. Efektywność ścigania w postępowaniach przygotowawczych

Dane do analizy pozyskano z 332 prokuratur rejonowych (w tym wydziałów zamiejscowych) i okręgowych z terenu całego kraju. Obejmują one informacje o zakończonych w okresie od 25.05.2019 r. do 31.12.2020 r. – wydaniem prawomocnego postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania albo jego umorzeniu – postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 306a k.k.

Z pozyskanych danych wynika, iż w badanym okresie prawomocnie postępowanie zakończyło się albo odmówiono wszczęcia postępowania w 13.410 sprawach o czyn z art. 306a k.k. Z tej liczby ponad 63% spraw zostało umorzonych, w ponad 15% wydano decyzję o odmowie wszczęcia postępowania, a co do pozostałych 22% nie podano danych pozwalających na określenie formy zakończenia postępowania (przesłano jedynie ogólną informację o liczbie spraw). W odniesieniu do 4764 postępowań pozyskano informację o podstawach ich umorzenia, a w przypadku 1115 spraw – o podstawach odmowy wszczęcia postępowania. Stanowią one odpowiednio: 56% i 54% postępowań umorzonych oraz zakończonych wydaniem odmowy wszczęcia postępowania.

Ze względu na fakt, iż – jak to wskazano wyżej – część pozyskanych danych nie zawierała wyszczególnionych podstaw przyjętych dla umorzenia postępowania lub odmowy jego wszczęcia albo podane zostały informacje zbiorcze (dotyczyło to łącznie ok. 56% wszystkich uzyskanych danych), szczegółowej analizie w toku

³² J. Dąbrowski, *Liability...*, s. 52.

³³ Za: *Cofnięty licznik w aucie... również z Niemiec. Jak się bronić?*, <https://www.autobaza.pl/page/portal/auto-ekspert/cofniety-licznik-w-aucie-rowniez-z-niemiec-jak-sie-bronic/> (dostęp: 31.12.2021 r.).

badania – w odniesieniu do opisu czynu i czasu trwania postępowań – poddano próbę 483 postępowań z okręgów dwóch prokuratur: Prokuratury Okręgowej w Gorzowie Wielkopolskim (151 spraw) oraz w Koninie (332 sprawy).

W zdecydowanej większości przypadków (ponad 99%) kwalifikacja stanowiąca podstawę wszczęcia / odmowy wszczęcia postępowania dotyczyła czynu z art. 306a § 1 k.k. Czynności sprawcze analizowanego przepisu sprowadzały się najczęściej do ujawnienia w toku kontroli drogowej (przeprowadzanej przez patrol Policji albo Inspektoratu Transportu Drogowego) zmiany wskazań drogomierza w pojeździe poprzez cofnięcie jego wskazania do niższej wartości. W nielicznych sytuacjach ujawnienie zmiany wskazania licznika dokonane zostało przez diagnostę w trakcie badań technicznych związanych z przeprowadzeniem okresowej kontroli pojazdu. Ponadto również pojedyncze przypadki ujawnienia zmiany wskazań licznika były następstwem kolizji, w której uczestniczył samochód. W kilku wypadkach zmianę wskazań drogomierza ujawniono w związku z transakcją kupna-sprzedaży pojazdu, w którym – dla zwiększenia jego wartości – dokonano cofnięcia wskazań drogomierza, czym oprócz wyczerpania znamion czynu z art. 306a k.k. wprowadzono nabywcę pojazdu w błąd co do jego stanu technicznego i wartości, a tym samym dokonano przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k.

Kwalifikacja na podstawie art. 306a § 2 k.k. albo art. 306a § 3 k.k. występowała w pojedynczych przypadkach, przy czym w odniesieniu do wypadku mniejszej wagi (art. 306a § 3 k.k.) następowała kwalifikacja kumulatywna z § 1 tego przepisu. Również w pojedynczych przypadkach w kwalifikacji obok art. 306a § 1 k.k. przywoływano art. 286 § 1 k.k.

Patrząc na ogół pozyskanych danych w ramach postępowań przygotowawczych, odnotowano następujące kwalifikacje czynów: a) art. 306a § 1 k.k. i art. 306a § 2 k.k., b) art. 306a § 1 k.k. i art. 286 § 1 k.k., c) art. 306a § 1 k.k. i art. 284 § 2 k.k., d) art. 306a § 1 k.k. i art. 271 § 1 k.k., e) art. 306a § 1 k.k. i art. 244 k.k., f) art. 306a § 1 k.k. i art. 178 § 1 k.k. oraz art. 244 k.k., g) art. 306a § 1 k.k. i art. 180a k.k., h) art. 306a § 1 k.k. i art. 157 § 1 k.k., i) art. 306a § 1 k.k. i art. 62 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii³⁴.

Opis czynu w postanowieniach o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania sprowadzał się do wskazania, iż zachowanie przestępcze polegało na zmianie – w nieustalonym miejscu i czasie, przez bliżej nieustaloną osobę – prawidłowego wskazania drogomierza przejechanych kilometrów w pojeździe poprzez cofnięcie jego pomiarów w taki sposób, aby drogomierz wskazywał wartości niższe od liczby rzeczywiście przejechanych kilometrów.

Interesującym jest fakt, że w przeważającej większości przypadków (ponad 80%) – inaczej niż w wypadku spraw zakończonych wydaniem wyroku na etapie postępowania sądowego – zmianę wskazań drogomierza ujawniano w samochodach osobowych lub mniejszych samochodach transportowych, a nie ciężarowych. Głównie dotyczyło to marek samochodów niemieckich (Audi, BMW, Mercedes-Benz, Volkswagen) oraz francuskich (Renault, Peugeot, Citroën).

³⁴Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2050 ze zm.).

Analizując przypadki umorzeń postępowania przygotowawczego pod kątem podstaw umorzenia wskazać należy, że w ponad 55% przypadków za podstawę przyjęto art. 17 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego³⁵, tj. okoliczność, że „czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia”. W kolejnych blisko 40% przypadków podstawę stanowił art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., tj. okoliczność, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. W kolejnych ponad 4% przypadków podstawę umorzenia postępowania przygotowawczego stanowiła przesłanka z art. 322 § 1 k.p.k. w związku z niewykryciem sprawcy czynu. W niespełna 0,5% przypadków postępowania przygotowawcze z art. 306a k.k. umorzono na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 („społeczna szkodliwość czynu jest znikoma”), pkt 6 („nastąpiło przedawnienie karalności”) oraz pkt 7 k.p.k. („postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone albo wcześniej wszczęte toczy się”).

W odniesieniu do podstaw przyjętych przy odmowie wszczęcia postępowania w niemal 57% przypadków był to art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. oraz w 43% przypadków – art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. W kilku sprawach (0,3%) za podstawę przyjęto art. 17 § 1 pkt 3 i pkt 7 k.p.k.

Jeżeli spojrzeć na czas trwania postępowań, to wskazać należy, iż postępowania zakończone odmową wszczęcia trwały od kilku do kilkunastu dni, a w części z nich decyzja o odmowie zapadała już tego samego albo następnego dnia od rejestracji zawiadomienia. W przypadku spraw zakończonych wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania ten czas był zdecydowanie dłuższy – średnio takie postępowanie trwało od około 1,5 miesiąca do 2 miesięcy.

4. Analiza postępowań sądowych

W okresie od wejścia w życie art. 306a k.k., tj. od 25.05.2019 r. do 31.12.2020 r., wydano 72 wyroki za popełnienie omawianego typu przestępstwa. Do analizy aktowej pozyskano 69 spraw (niemal 96% wszystkich) wydanych w 39 sądach rejonowych, a zatem wnioski wynikające z badania można określić jako prezentujące rzeczywistą praktykę sądową w sprawach o przestępstwo cofania drogomierza.

Dla dalszej analizy interesujące wydaje się być umiejscowienie sądów wydających orzeczenia w sprawach z art. 306a k.k. Najwięcej orzeczeń zapadło w sądach województwa lubuskiego – 23, w tym aż 16 w Sądzie Rejonowym w Słubicach. Drugie w kolejności jest województwo warmińsko-mazurskie (8 wyroków), a na kolejnych miejscach: województwa wielkopolskie i pomorskie (po 7 orzeczeń), województwo zachodniopomorskie (6 wyroków), województwa łódzkie, mazowieckie, podlaskie i lubelskie (po 3 orzeczenia), województwo śląskie (2 wyroki) oraz województwa dolnośląskie, podkarpackie, kujawsko-pomorskie i małopolskie (po jednym orzeczeniu).

Szczególną uwagę zwraca tutaj znaczna przewaga wyroków wydanych w Lubuskiem, z czego aż 16 tylko w jednym sądzie rejonowym. Przyczyn takiego

³⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.) – dalej k.p.k.

stanu rzeczy można doszukiwać się w fakcie, iż to w tym województwie swój początek bierze autostrada A2, biegnąca z zachodu na wschód Polski (od granicy z Niemcami w stronę granicy z Białorusią). Nie dziwią zatem wzmożone kontrole – przeprowadzane zarówno przez Policję, jak i Inspekcję Transportu Drogowego – samochodów ciężarowych tak wjeżdżających do Polski, jak też poruszających się tą autostradą. Gdyby tylko trzymać się samego przebiegu tej autostrady, to wyroki wydane w województwach, przez które ona prowadzi (oraz na terenie województw położonych na wschód od Warszawy w kierunku granicy z Białorusią), stanowią ponad 56% wszystkich orzeczeń wydanych w sprawach z art. 306a k.k., choć oczywiście nie wszystkie wyroki dotyczą kontroli prowadzonych w okolicach autostrady.

Czynności związane z wszczęciem postępowania przygotowawczego następowały w wyniku kontroli drogowych podejmowanych przez Policję samodzielnie lub na wezwanie przeprowadzających kontrolę funkcjonariuszy Inspekcji Transportu Drogowego (ok. 48% przypadków) bądź w wyniku kontroli prowadzonej samodzielnie przez Inspekcję Transportu Drogowego i następnie zawiadomienia złożonego przez Wojewódzkiego Inspektora Transportu Drogowego (ponad 46% przypadków). W pozostałych 6% przypadków (4 sprawy) wszczęcie postępowania było wynikiem zawiadomienia urzędu celno-skarbowego, wydziału komunikacji urzędu miasta oraz osoby fizycznej będącej nabywcą pojazdu, w którym dokonano cofnięcia drogomierza.

Należy wskazać, że podejmowanie czynności kontrolnych w zakresie wskazań drogomierza przez Policję i inne uprawnione do kontroli organy: Inspekcję Transportu Drogowego, Żandarmerię Wojskową, Służbę Celno-Skarbową stało się możliwe w wyniku przeprowadzonej w 2019 r. nowelizacji ustawy z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym. Nowela ta, wprowadzając uregulowania związane z możliwością wymiany drogomierza w pojeździe, w art. 129 ust. 2 określającym uprawnienia Policji w zakresie czuwania nad bezpieczeństwem i porządkiem ruchu na drogach dodała pkt 4a, na mocy którego Policja uprawniona została do „odczytu w czasie kontroli wskazania drogomierza pojazdu, drogomierza pojazdu holowanego oraz drogomierza pojazdu przewożonego wraz z jednostką miary”. Natomiast poprzez dodanie do ustawy art. 129l uprawnienia te rozciągnięto na inne uprawnione organy kontroli. Zmiana ta spowodowała, że tak Policja, jak i inne uprawnione organy uzyskały szerokie możliwości wykrywcze w zakresie przestępstwa z art. 306a k.k.

W odniesieniu do 87% przypadków (60 spraw) postępowania wszczynano w kierunku czynu z art. 306a § 1 k.k. Stany faktyczne w takich sprawach polegały na:

- ujawnieniu w trakcie kontroli ingerencji w działanie drogomierza w kontrolowanym pojeździe poprzez zamontowanie na impulsorze skrzyni biegów pojazdu magnesu neodymowego, w wyniku czego nie naliczał on przejechanych kilometrów (to zdecydowanie najczęściej wykorzystywana metoda popełnienia przestępstwa – ze względu na jej prostotę),
- ingerencji w prawidłowość pomiaru drogomierza zainstalowanego w kontrolowanym pojeździe poprzez podłączenie do tachografu pojazdu niedozwolonego urządzenia, w wyniku czego nie następowało poprawne rejestrowanie przebytej przez pojazd odległości, osiągniętej prędkości, a także czasu pracy kierowcy (mogło

to być zarówno urządzenie spowalniające pracę tachografu, jak również mechaniczny wyłącznik tachografu),

- ingerencji w prawidłowość pomiaru drogomierza w pojeździe poprzez użycie dodatkowego oprogramowania zainstalowanego w urządzeniu rejestrującym, które powodując wyłączenie tachografu zakłóciło właściwe działanie drogomierza,
- zmianie (zarówno mechaniczną, jak i poprzez ingerencję w oprogramowanie tachografu) wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego skutkującej zmniejszeniem wartości kilometrów przebiegu pojazdu,
- ingerencji w rzeczywiste wskazania drogomierza w samochodzie ciężarowym w ten sposób, że wyjęty został bezpiecznik odpowiedzialny za prawidłowe działanie drogomierza i tachografu tego pojazdu, co zakłóciło poprawność dokonywanych przez te urządzenia pomiarów.

W dwóch przypadkach postępowanie prowadzone było w kierunku art. 306a § 2 k.k. Stan faktyczny polegał tutaj na:

- zleceniu w nieustalonym miejscu innej, nieustalonej osobie zmiany wskazania drogomierza w samochodzie, co zostało ujawnione w trakcie kontroli drogowej,
- zleceniu nieustalonej osobie zainstalowania urządzenia i oprogramowania ingerującego w prawidłowość pomiarów tachografu i drogomierza w samochodzie ciężarowym.

Również w dwóch przypadkach czyn sprawcy zakwalifikowano jako wypadek mniejszej wagi z art. 306a § 3 k.k., natomiast w dwóch innych – jako przestępstwo z art. 306a § 1 k.k. i art. 306a § 3 k.k. oraz w jednym – z art. 306a § 3 k.k. w zw. z art. 306a § 1 k.k. Stan faktyczny w przypadku tych spraw sprowadzał się do:

- ingerencji w prawidłowość pomiaru drogomierza zainstalowanego w samochodzie ciężarowym w ten sposób, że przyłożono magnes do nadajnika impulsów pojazdu, czym zakłócone zostało prawidłowe funkcjonowanie drogomierza poprzez nienaliczenie przejechanych kilometrów,
- zmianie w nieustalonym miejscu wskazań drogomierza w samochodzie dostawczym w ten sposób, że zlecono wykonanie tej czynności nieustalonej osobie, w wyniku czego cofnięto wskazania drogomierza.

Należy zauważyć, że we wskazanych powyżej przypadkach wystarczająca była kwalifikacja z art. 306a § 3 k.k., jako że wszystkie uznano za wypadki mniejszej wagi, a dyspozycja typu uprzywilejowanego odwołuje się wprost do typów podstawowych. Nie ma w związku z tym konieczności stosowania kwalifikacji kumulatywnej.

W dwóch ostatnich, analizowanych sprawach zastosowano kwalifikację z art. 306a § 3 k.k. w zb. z art. 315 § 2 k.k. (używanie przerobionego narzędzia pomiarowego w postaci tachografu w trakcie wykonywania transportu drogowego i ingerencja w pracę tego tachografu oraz drogomierza poprzez wstrzymanie ich pracy po wprowadzeniu kodu PIN, przy czym czyn stanowił przypadek mniejszej wagi) oraz art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 306a § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. (działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem poprzez wprowadzenie w błąd co do wskazań drogomierza samochodu ciężarowego w ten sposób, że dokonano zmiany wskazań licznika, obniżając liczbę przejechanych kilometrów, a następnie sprzedano pojazd pokrzywdzonemu).

Od strony dowodowej analizowane postępowania nie wymagały znacznego zaangażowania przez organy je prowadzące. W 94% spraw zakończonych wydaniem wyroku sprawcy czynów z art. 306a k.k. przyznali się do ich popełnienia oraz – w części z nich – dodatkowo dobrowolnie poddali się karze (w trybie art. 335 § 1 k.p.k.)³⁶. Jedynie w 4 przypadkach (pozostałe 6%) oskarżeni nie przyznali się do winy. Podstawowym uzasadnieniem podawanym przez oskarżonych, tłumaczącym podejmowane przez nich zachowania przestępcze, była chęć przedłużenia czasu pracy kierowcy zawodowego w celu dowiezienia przewożonego towaru do punktu docelowego na czas albo chęć wydłużenia możliwego czasu przejazdu samochodem w celu wcześniejszego powrotu do domu³⁷.

W związku z faktem, iż przestępstwo cofnięcia drogomierza stanowi przykład kryminalizacji uproszczonej³⁸, nie jest niezbędne przeprowadzanie skomplikowanego postępowania dowodowego. Jednak w niektórych przypadkach (10 spraw, tj. 15% wszystkich) w toku prowadzonego postępowania przygotowawczego skorzystano z opinii biegłych w zakresie techniki motoryzacyjnej w celu dokonania oceny, czy w urządzeniach rejestrujących przejechane kilometry albo czas pracy kierowców dokonano modyfikacji lub wpływno w inny sposób na prawidłowość pracy tych urządzeń. Opinie biegłych potwierdziły we wszystkich przypadkach fakt manipulacji. Ponadto w dwóch przypadkach skorzystano z biegłego tłumacza z uwagi na to, iż podejrzany nie posługiwał się językiem polskim.

Na 69 analizowanych spraw zakończonych orzeczeniem sądowym w 26 sprawach (38%) warunkowo umorzono postępowania, wyznaczając (w oparciu o art. 66 § 1 i 2 k.k. oraz 67 § 1 k.k.) okres próby wynoszący jeden rok (11 przypadków) lub 2 lata (15 przypadków) oraz dodatkowo zasądzając (na podstawie art. 67 § 3 k.k. i 39 pkt 7 k.k.) od oskarżonego świadczenie pieniężne na Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej w wysokości od 500 do 2500 zł. Ponadto zasądzano od sprawców zwrot kosztów postępowania i opłat sądowych. W jednym przypadku wobec oskarżonego orzeczono w oparciu o art. 67 § 2 k.k. dozór kuratora.

W pozostałych 43 analizowanych postępowaniach (62% spraw) wydano wyroki skazujące. W 36 z nich wymierzoną karą była grzywna samoistna orzekana w wymiarze (po przeliczeniu ze stawek dziennych) od 800 do 6000 zł (średnio 2000 zł). W 5 przypadkach wobec sprawcy orzeczono karę pozbawienia wolności w wymiarze od 3 do 6 miesięcy (wobec 2 osób – 3 miesiące, wobec innych dwóch – 4 miesiące i wobec jednej – 6 miesięcy) z zawieszeniem na okres próby wynoszący 1 rok (3 sprawy)

³⁶ W 9 innych sprawach wniosek taki został złożony przez prokuratora w trybie art. 335 § 2 k.p.k.

³⁷ Odnosić należy, że czas pracy kierowców transportu drogowego może być dłuższy niż 8 godzin, jednakże musi on uwzględniać przerwy na odpoczynek (po 4,5 godzinie prowadzenia pojazdu w wymiarze 45 minut) i przerwę dobową wynoszącą co najmniej 11 godzin nieprzerwanego wypoczynku, a przerwa tygodniowa musi wynosić co najmniej 35 godzin nieprzerwanego odpoczynku. W tym czasie kierowcy nie wolno jest prowadzić pojazdu, choć może w nim przebywać (np. na postoju). Za: Ogólne zasady dotyczące czasu pracy kierowców https://m.ciop.pl/CIOPortalWAR/appmanager/ciop/mobi?_nfpb=true&_pageLabel=P39200118761482245057910&html_tresc_root_id=300005761&html_tresc_id=300005756&html_klucz=300004753&html_klucz_spis, portal Centralnego Instytutu Ochrony Pracy – Państwowego Instytutu Badawczego (dostęp: 31.12.2021 r.).

³⁸ Szerzej na ten temat: L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 66–68. Zob. też: T. Sroka, S. Tarapata [w:] *Kodeks...*, s. 900.

albo 2 lata (2 sprawcy). Ponadto wobec jednego skazanego orzeczono dozór kuratora oraz nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego, wobec dwóch innych – podanie wyroku do publicznej wiadomości. Zasądzono również (w jednym przypadku) świadczenie pieniężne na Fundusz Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, a także nałożono na skazanego (na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 k.k.) obowiązek informowania sądu o przebiegu okresu próby. Wobec jednego skazanego sąd orzekł karę 10 miesięcy ograniczenia wolności oraz 30 godzin w stosunku miesięcznym nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne. We wszystkich przypadkach sądy orzekały od skazanych zwrot kosztów postępowania. Od żadnego z wydanych wyroków skazujących nie wniesiono środka odwoławczego.

Wydane wyroki pokazują, iż podstawową karę stosowaną za popełnienie przestępstwa z art. 306a k.k. stanowi grzywna, której orzeczenie jest możliwe na podstawie art. 37a § 1 k.k. Wysokość orzekanej grzywny należy do stosunkowo niskich, oscylując w granicach 1000–2500 zł. Nieliczne przypadki skazań na karę pozbawienia wolności (we wszystkich przypadkach z warunkowym zawieszeniem jej wykonania) mieściły się blisko dolnej granicy kary przewidzianej dla tego przestępstwa. Świadczyć to może o tym, że w ocenie sądów kara grzywny jest wystarczającą dolegliwością dla skazanego, realizującą cele kary.

Próbując dokonać charakterystyki sprawcy przestępstwa cofania liczników, można stwierdzić, iż jest nim mężczyzna w wieku pomiędzy 33. a 47. rokiem życia, o wykształceniu zawodowym lub średnim, żonaty i posiadający dzieci, zarabiający pomiędzy 2000 a 4000 zł miesięcznie, niekarany. Profil taki wskazuje na osoby o ustabilizowanej sytuacji życiowej, dla których skazanie w sprawie karnej będzie istotną dolegliwością. Wyrok skazujący takiego człowieka może mieć wpływ na dalsze wykonywanie zawodu w przypadku kierowców zawodowych. Na marginesie warto zauważyć, że podjęcie i wykonywanie transportu drogowego wymaga zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w rozumieniu ustawy z 6.09.2001 r. o transporcie drogowym³⁹, do czego potrzebne jest posiadanie dobrej reputacji, przez którą rozumie się niepopelnienie przestępstw umyślnych określonych enumeratywnie w art. 5 ust. 2a pkt 1 wspomnianej ustawy. Katalog ten obejmuje m.in. wszystkie przestępstwa z rozdziału XXXVI Kodeksu karnego, w którym znajduje się również art. 306a – jednak nie uwzględniając go. Uznać to należy za przeoczenie ustawodawcy, skoro poza tym jednym wszystkie pozostałe występki zawarte w powyższym rozdziale Kodeksu karnego zostały uznane za mające wpływ na reputację przewoźnika konieczną do uzyskania stosownej licencji.

Podstawową formą prowadzenia postępowań przygotowawczych zakończonych aktem oskarżenia albo wnioskiem o warunkowe umorzenie postępowania z art. 306a k.k. jest śledztwo. Choć wydawać by się mogło, że ze względu na nieskomplikowany charakter zachowania sprawczego objętego dyspozycją art. 306a k.k. oraz uproszczoną kryminalizację, wystarczającą formą dla właściwego prowadzenia spraw z omawianego artykułu byłaby forma dochodzenia, to jednak przepisy wykluczają jej zastosowanie. Wynika to z brzmienia art. 325b § 2 k.p.k., który wyłącza

³⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 180 ze zm.

przestępstwa określone w Rozdziale XXXVI k.k. (za wyjątkiem art. 297 i 300) z zakresu spraw, w których prowadzi się dochodzenie. Należałoby tym samym rozważyć nowelizację brzmienia tego przepisu i wyłączyć spod zakresu jego obowiązywania również art. 306a k.k.⁴⁰

Ze względu na brak konieczności prowadzenia skomplikowanego postępowania dowodowego okres postępowania przygotowawczego od jego wszczęcia do wniesienia aktu oskarżenia / wniosku o warunkowe umorzenie postępowania wynosił od 2 do 3 miesięcy. W roku 2020 dało się zaobserwować wydłużenie czasu prowadzonych postępowań do okresu od 3 do 5 miesięcy, co wiązać należy z pojawieniem się pandemii COVID-19 i wprowadzanymi okresami izolacji. To samo dotyczy czasu trwania postępowania od wniesienia aktu oskarżenia do wydania wyroku skazującego, który uległ wydłużeniu z około 2 miesięcy do około 5 miesięcy.

5. Podsumowanie

Wprowadzenie do Kodeksu karnego przepisu art. 306a penalizującego zachowanie polegające na zmianie wskazań drogomierza stanowiło odpowiedź ustawodawcy na dosyć powszechną praktykę modyfikowania faktycznego stanu licznika pojazdu w celu ukrycia rzeczywistej liczby przejechanych kilometrów. Uproszczona postać czynności sprawczej przestępstwa w połączeniu ze zmianami w przepisach ustawy – Prawo o ruchu drogowym pozwala obecnie na szybsze i skuteczniejsze prowadzenie postępowań w sprawach o fałszowanie wskazań drogomierza. Nie oznacza to jednak, że w praktyce nie będą pojawiać się trudności związane z procesem dowodzenia popełnienia czynu wypełniającego znamiona art. 306a k.k.

Już fakt bardzo dużej liczby postępowań zakończonych umorzeniem albo wręcz odmową wszczęcia pokazuje, że samo stwierdzenie dokonania zmiany lub ingerencji w prawidłowość funkcjonowania drogomierza nie wystarczy, aby przedstawić konkretnej osobie zarzut popełnienia tego przestępstwa. Szczególnie trudne może się to okazać w sytuacji, gdy pojazd był wielokrotnie sprzedawany, ma więcej niż jednego użytkownika albo kierujący pojazdem (lub jego właściciel) zaprzecza jakimkolwiek ingerencjom w drogomierz. Poskutkuje to koniecznością umorzenia postępowania ze względu na to, że brakuje danych dostatecznie uzasadniających popełnienie przestępstwa, czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo nie wykryto sprawcy. Przeprowadzone badanie pokazuje, iż w praktyce są to trzy najważniejsze przyczyny umorzenia postępowań już na etapie postępowania przygotowawczego.

W wyniku badania dokonano interesującego ustalenia, że postępowania zakończone skierowaniem do sądu aktu oskarżenia lub wniosku o warunkowe umorzenie postępowania opierano na przyznaniu się sprawcy. To zdecydowanie ułatwia przeprowadzenie postępowania, ale prawie całkowity brak przypadków skierowania postępowania na drogę postępowania sądowego bez przyznania się oskarżonego każe postawić pytanie, dlaczego tak się dzieje. Zapewne jednak udowodnienie konkretnej osobie faktu dokonania zmiany lub ingerencji w prawidłowość

⁴⁰Szerzej: B. Boch, *Praktyczne...*, s. 1137.

działania drogomierza, przy braku przyznania się do winy, nie jest jednak takie proste, o czym świadczyć może odnotowana w badaniu dysproporcja pomiędzy liczbą postępowań zakończonych już na etapie postępowania przygotowawczego umorzeniem lub odmową wszczęcia a liczbą spraw zakończonych na etapie postępowania sądowego.

Badanie postępowań zakończonych wyrokiem skazującym pokazuje, że przewidziana za popełnienie przestępstwa z art. 306a k.k. kara jest w odniesieniu do tego czynu zbyt surowa. Sankcję za popełnienie tego przestępstwa w typach podstawowych stanowi kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a w typie uprzywilejowanym – grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Analiza akt spraw wykazała, że tylko w kilku przypadkach sądy skazały oskarżonych na kary pozbawienia wolności, z których żadna nie była wyższa niż 6 miesięcy, a ponadto wszystkie one zostały jednocześnie warunkowo zawieszone na okres próby. Podstawową karą za popełnienie przestępstwa z art. 306a k.k. stała się grzywna (stosowana na podstawie art. 37a § 1 k.k.), która również orzekana była w dolnych granicach przewidzianych przepisami. Zasadnym zatem wydaje się postulowanie zmiany sankcji przewidzianej za fałszerstwo wskazań drogomierza w kierunku albo obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności, albo uzupełnienia katalogu kar w typie podstawowym również o grzywnę i karę ograniczenia wolności – jak to już przewidziano w wypadku mniejszej wagi.

Warto również rozważyć nowelizację art. 325b § 2 k.p.k., aby z zakresu postępowań, przy których istnieje konieczność prowadzenia ich w formie śledztwa, wyłączyć art. 306a k.k. Wydaje się, że wprowadzanie zbytniego formalizmu związanego z prowadzeniem śledztwa w odniesieniu do fałszerstw wskazań drogomierza nie jest zasadne i w większości przypadków nie pojawi się potrzeba znacznego angażowania organów prokuratury w ich prowadzenie, jak to się odbywa w obecnym stanie prawnym. Fakt dokonania zmiany lub ingerencji w prawidłowość pomiaru drogomierza ujawniany jest w trakcie kontroli drogowej dokonywanej przez Policję lub inne uprawnione organy (w większości przypadków przez Inspekcję Transportu Drogowego) i wydaje się zasadnym, aby to Policja – jako organ prowadzący dochodzenie – mogła takie postępowania prowadzić.

Można również rozważyć zmianę § 2 w art. 306a k.k. Regulacja ta jest zasadnie krytykowana jako nadmiarowa, gdyż czynność sprawcza opisana w tym przepisie nosi znamiona podżegania do czynu z art. 306a § 1 k.k. Czy zatem w takim przypadku nie wystarczyłoby oparcie się na przepisach części ogólnej Kodeksu karnego, aby osiągnąć cel w postaci karalności podżegacza do fałszerstwa wskazań drogomierza?

Niezależnie od podniesionych powyżej uwag i propozycji zmian uznać należy, że wprowadzenie do polskiego systemu prawa karnego przestępstwa penalizującego fałszowanie wskazań drogomierza pozwoli na ograniczenie tego dotychczas niezwykle popularnego sposobu ukrywania rzeczywistego przebiegu pojazdu. Warto pamiętać, że według szacunkowych danych, przed 1.05.2019 r. nawet do 70% pojazdów oferowanych do sprzedaży jako używane mogło mieć zafalszowany przebieg⁴¹.

⁴¹ Za: <https://www.niekrecony.pl/prawnicy> (dostęp: 31.12.2021).

Bibliografia

1. Boch B., *Praktyczne problemy związane z postępowaniem przygotowawczym w sprawach o przestępstwo „cofania liczników” (art. 306a KK)*, Monitor Prawniczy 2020, nr 21.
2. Dąbrowski J., *Liability for illegal tampering with a motor vehicle odometer reading or interference into its proper mileage measurement (Article 306a CC)*, Ius Novum 2019, nr 4.
3. Gałązka M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, Legalis.
4. Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
5. Krajewski R., *Przestępstwo fałszowania licznika samochodowego*, Prawo w Działaniu 2021, t. 45.
6. Kulik M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2021.
7. Oczkowski T. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020.
8. Potulski J. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, Legalis.
9. Potulski J. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2021, Legalis.
10. Sroka T., Tarapata S. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2022.
11. Szeleszczuk D., *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 1.

Wiktoria Grabalska, Rafał Wielki

„Czy dzieci powinny trafiać do sieci?” Prawne i kryminologiczne aspekty zjawiska *sharentingu* “Should children get onto the Web?” Legal and criminological aspects of the phenomenon of *sharenting*

Abstract

The phenomenon of sharenting, associated with the spread of image and information about children by parents in social media, is becoming more and more popular due to the development of new technologies. So far experience makes us assume that too little attention is paid to the possible negative effects of generating content about the children and their lives. This phenomenon is also not widely described by law, hence the authors wish to present its overview and distinguish the types of sharenting that may be considered pathological. In addition, their own view on the dangers that may cause new forms of criminal behavior towards children is presented. The presented considerations also aim at starting of a discussion on the perspective of future legal problems that may arise as a result of sharing information about children in the Internet.

Keywords: law, criminology, children, Internet, social media, *sharenting*

Streszczenie

Zjawisko *sharentingu*, związane z rozpowszechnianiem przez rodziców wizerunku oraz informacji dotyczących dzieci w mediach społecznościowych, staje się masowe za sprawą rozwoju nowych technologii. Dotychczasowe doświadczenia każą przypuszczać, że zbyt mało uwagi poświęca się refleksjom nad ewentualnymi negatywnymi skutkami generowania treści na temat życia dzieci. Zjawisko to nie jest również powszechnie znane w nauce prawa, dlatego autorzy pragną przedstawić jego opis, a także wyróżnić typy zjawisk uważanych za potencjalnie patologiczne. Ponadto wyrazili własny pogląd dotyczący zagrożeń, stanowiących możliwą przyczynę nowych form zachowań przestępczych w stosunku do dzieci. Zaprezentowane rozważania dążą również do rozpoczęcia dyskusji nad przyszłymi problemami prawnymi, które mogą powstawać w wyniku udostępniania informacji o dzieciach w internecie.

Słowa kluczowe: prawo, kryminologia, dzieci, internet, media społecznościowe, *sharenting*

Wiktoria Grabalska jest studentką V roku Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Opolski, Polska, ORCID: 0000-0003-2184-3341, e-mail: wiktoria.grabalska@uni.opole.pl; dr Rafał Wielki, Instytut Nauk Prawnych, Uniwersytet Opolski, Polska, ORCID: 0000-0002-0703-5367, e-mail: rwielki@uni.opole.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 30.11.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.02.2022 r.

1. Wstęp

Rozwój technologiczny i jego dynamika w XXI wieku sprawiają, że można wysnuć dwa przypuszczenia. Po pierwsze – ludzie powoli osławiają się z nowymi trendami i zmianami zachodzącymi w społeczeństwie w miarę rozwoju technologii, po drugie – że powieści Lema były niezwykle realistyczne, ponieważ jak pisarz sam zauważył, technologia rozprzestrzenia się szybciej od epidemii.¹ *Sharenting* to zjawisko, jakie zawałdnęło internetem, za „ofiary” biorąc dzieci, za „sprawców” natomiast – głównie rodziców. Problem ten, jako społeczeństwo, zdajemy się bagatelizować i ubierać w cechy pozytywne, które bynajmniej w opisywanym zjawisku trudno dostrzec. Określenie, jakie problemy wynikną w przyszłości z rosnącej popularności *sharentingu*, stanowi wyzwanie. Autorzy niniejszym opracowaniem podejmą próbę opisanie możliwych zachowań przestępczych, jak i skutków zjawiska w ciągu najbliższych dekad. Przede wszystkim zaś spróbują skłonić czytelnika do refleksji nad kwestią: skoro nie zostawiamy dzieci samych w domu, przy otwartych drzwiach, bojąc się włamania, porwania i skrzywdzenia dziecka, dlaczego nie mamy skrupułów, by udostępniać całą bazę informacji o dzieciach w internecie, gdzie potencjalnie ma do nich dostęp każdy użytkownik sieci na świecie? W związku z powyższym autorzy stawiają sobie za cel próbę odpowiedzi na następujące pytania badawcze:

- Czym charakteryzuje się *sharenting* i jakie są jego formy?
- Czy zjawisko *sharentingu* można uznać za mające znamiona zjawiska patologicznego?
- Jak kształtują się zagrożenia wynikające z tego zjawiska oraz jego potencjalne skutki?
- Czy kwestia *sharentingu* powinna zostać uregulowana prawnie, a jeżeli tak, to jaką formę powinny przyjąć tego typu regulacje?

W związku z przedstawionymi założeniami autorzy pragną przeprowadzić prawną i kryminologiczną analizę zjawiska z uwzględnieniem dorobku interdyscyplinarnych badań naukowych na ten temat.

2. Opis i szacunkowa skala zjawiska

W pierwszej kolejności należy przybliżyć termin „*sharenting*”. Słowo to powstało z połączenia dwóch angielskich określeń: rozpowszechniać (*share*) oraz rodzicielstwo (*parenting*). Wprowadzone zostało prawdopodobnie przez dziennikarzy „*Wall Street Journal*”, którzy opisywali rodziców nadmiernie dzielących się informacjami o życiu swoich dzieci w mediach społecznościowych². W szerszej perspektywie, wspomina się, że *sharenting* odnosi się do sposobów korzystania z internetu – przede wszystkim z mediów społecznościowych – przez rodziców lub przyszłych rodziców, których cel to udostępnianie zdjęć, filmów oraz innych informacji o swoich dzieciach³. Autorzy

¹ S. Bereś, S. Lem, *Tako rzeczy Lem. Ze Stanisławem Lemem rozmawia Stanisław Bereś*, Kraków 2002.

² V. Barassi, *Child, Data, Citizen. How Tech Companies Are Profiling Us from before Birth*, Cambridge 2020, s. 6.

³ A. Blecher-Prigat, *Children's Right to Privacy* [w:] *The Oxford Handbook of Children and the Law*, red. J.G. Dwyer, Oxford 2020, s. 373.

pragną podkreślić, że nie będą podejmować próby sformułowania pojęcia w języku polskim, pozostając przy anglojęzycznym zwrocie.

Z pewnością trudno uznać zjawisko dzielenia się przez rodziców informacjami o swoich dzieciach (także ich wizerunkiem) za nowe, jednakże przez intensywny rozwój współczesnych technologii, a także niesłabnącą popularność mediów społecznościowych, nabrało ono odmiennego znaczenia. Wszakże w minionych dziesięcioleciach rodzice fotografowali swoje dzieci, dzielili się zdjęciami ze znajomymi, rozpowszechniali wizerunek dziecka np. poprzez udział w konkursach fotograficznych organizowanych przez prasę i – zdaje się – rzadko takie zachowania niosły ze sobą refleksję, że możemy mieć do czynienia ze zjawiskiem posiadającym cechy patologii społecznej. Wydaje się, że to rozwój nowoczesnych technologii spowodował zmianę nastawienia społecznego oraz zwiększone zainteresowanie prawników kwestią udostępniania wizerunku dziecka, gdyż internetowy obieg informacji jest przede wszystkim łatwy do powielenia, a przez to również permanentny.

W literaturze naukowej wskazuje się, że popularność blogów oraz vlogów o tematyce rodzicielskiej (tzw. profile *parentingowe*) stale rośnie, a dzielenie się informacjami o własnych dzieciach okazuje się powszechnie lubianą formą tworzenia treści w internecie. Można przypuszczać, że wiele owych treści służy przekazywaniu wiedzy związanej z rodzicielstwem, publicznej wymianie doświadczeń oraz umożliwia rodzicom dostęp do różnych społeczności wsparcia czy porad. Jednakże *sharenting* niesie ze sobą sporo obaw, gdyż niemało rodziców oraz innych osób ze społecznego kręgu dziecka porusza się po niezbadanym terytorium etycznych oraz praktycznych aspektów dzielenia się informacjami. Tymczasem pierwsze pokolenie użytkowników mediów społecznościowych osiąga pełnoletniość, dlatego istnieje potrzeba badania tego, w jaki sposób rodzice definiują granice swojej cyfrowej osobowości, jak waga różne spreczne interesy, a także jak uzasadniają, co jest ich „historią do opowiedzenia”⁴.

Dokonując opisu przedmiotowego zjawiska, nie sposób pominąć kwestii motywacji rodziców do upubliczniania treści związanych z życiem swoich dzieci. Oczywiście, ze względu na fakt, iż praca ta dotyczy aspektów prawnych, a nie socjologicznych, autorzy ograniczą się do przytoczenia wyników badań znanych w literaturze. Badania te pokazują, że część rodziców próbuje znaleźć ujście dla własnej kreatywności i wyrażenia siebie, a część skupia się na prowadzeniu otwartej kroniki swojego życia przeznaczonej dla dzieci i szerszego audytorium poprzez bezrefleksyjne udostępnianie materiałów. Niektórzy rodzice starają się wspierać określone polityczne, religijne lub kulturowe praktyki, a jeszcze inni próbują tworzyć społeczności wsparcia w aspektach praktycznych lub emocjonalnych. Nie bez znaczenia pozostaje również motywacja finansowa, która wyrażać się może blogowaniem, budowaniem własnej marki, promowaniem działalności innych twórców internetowych, z którymi łączą ich relacje biznesowe, czy wspieraniem określonych produktów⁵. Zwraca się również uwagę na to, że dzielenie się życiem swoich dzieci jest wyrazem tworzenia narracji o sobie oraz o własnych aspiracjach i możliwościach, dążenia do kontrolowania

⁴ A. Blum-Ross, S. Livingstone, „*Sharenting, Parent Blogging, and the Boundaries of the Digital Self*,” *Popular Communication* 2017/15(2), s. 110–111.

⁵ A. Blum-Ross, S. Livingstone, „*Sharenting*,” ..., s. 112.

i uznania osobistych niedoskonałości. Ponadto media społecznościowe dają możliwość szerokiej ekspresji poprzez stosowanie symboli, manipulowanie znaczeniem, eksponowanie praktyk, co pozwala na oryginalną formę autoprezentacji⁶. Niektórzy badacze wskazują, że ukazywanie inwestycji w siebie, zdrowie, żywienie, edukację dzieci postrzega się nie tylko jako wymierny czynnik indywidualnego dobrobytu, ale także ogólnego powodzenia życiowego⁷.

Warto również wspomnieć o innej perspektywie. W oczach młodzieży do czynników *sharentingu* zaliczyć należy: potrzebę bycia zabawnym w towarzystwie, dążenie do poprawy autoprezentacji, okazywanie dumy ze swoich dzieci, skłonność do informowania znajomych o życiu rodzinnym, udzielanie znajomym porad wychowawczych, proszenie o porady wychowawcze, chęć uzyskania polubień lub innych reakcji od znajomych, stymulowanie rozmowy ze znajomymi, stymulowanie rozmowy z własnymi dziećmi, kolekcjonowanie wspomnień, udzielanie rad znajomym, branie udziału w konkursach internetowych⁸. Co więcej, aktualne badania wskazują, iż *sharenting* jest raczej domeną kobiet niż mężczyzn⁹.

W 2020 r. 66% Polek i Polaków korzystało z mediów społecznościowych, co stanowi 5% więcej niż w 2016 r.¹⁰ Wiele badań pokazało, że to przedstawicielki płci żeńskiej najchętniej korzystają z *social media* i dzielą się z internetową publiką momentami ze swojego życia. Wynika to z biologicznych różnic między płciami, które powodują, że kobiety częściej niż mężczyźni czują potrzebę podzielenia się z innymi czymś dla nich ważnym. Podobne dysproporcje można zauważyć, biorąc pod uwagę kontekst rodzicielstwa. Przede wszystkim mowa tu o instynkcie macierzyńskim. W odniesieniu do *sharentingu* posiada on znaczenie o tyle, że kobiety – mając skłonności do większej potrzeby dzielenia się momentami z życia z innymi, dodatkowo poruszone swoją rolą matki, a także kierując się dumą z potomstwa – częściej dzielą się *parentingowymi* treściami w internecie niż ich partnerzy. Z raportu *London School of Economics* z 2018 r. wynika, że 75% rodziców, którzy regularnie korzystają z internetu i mają konta w serwisach społecznościowych, udostępnia zdjęcia i filmy przedstawiające ich dzieci. Z badań *Statista Research Department* przeprowadzonych w kwietniu 2021 r. wynika, że największa grupa korzystająca z Facebooka to osoby w wieku 25–34

⁶S. Holiday, M.S. Norman, R.L. Densley, *Sharenting and the Extended Self: Self-representation in Parents' Instagram Presentations of their Children*, „Popular Communication” 2020, s. 10.

⁷L. Lazar, R. Capdevilla, C. Dann, A. Locke, S. Roper, *Sharenting: Pride, Affect and the Day-to-day Politics of Digital Mothering*, „Social and Personality Psychology Compass” 2019/13(4), s. 4.

⁸Zob. G. Ouvrein, K. Verswijvel, *Sharenting: Parental Adoration or Public Humiliation? A Focus Group Study on Adolescents' Experiences with Sharenting against the Background of their Own Impression Management*, „Children and Youth Services Review” 2019/99, s. 319–327; K. Verswijvel, M. Walrave, K. Hardies, W. Heirman, *Sharenting, is it a Good or a Bad Thing? Understanding how Adolescents Think and Feel about Sharenting on Social Network Sites*, „Children and Youth Services Review” 2019/104, s. 1–10.

⁹Por. A. Brosch, *When the Child is Born into the Internet: Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook*, „The New Educational Review” 2016/43(1), s. 225–235; M. Marasli, E. Suhendan, N.H. Yilmazturk, F. Cok, *Parents' Shares on Social Networking Sites About their Children: Sharenting*, „The Anthropologist” 2016/24(2), s. 399–406; A.K. Fox, M.G. Hoy, *Smart Devices, Smart Decisions? Implications of Parents' Sharenting for Children's Online Privacy: An Investigation of Mothers*, „Journal of Public Policy & Marketing” 2019/38(4), s. 414–432.

¹⁰A. Sas, *Share of individuals using social networks in Poland from 2016 to 2020*, <https://www.statista.com/statistics/1224285/poland-share-of-people-using-social-media/> (dostęp: 15.08.2021 r.).

lata¹¹. I to właśnie rodzice z tej grupy najczęściej dopuszczają się *sharentingu*. Co więcej, w badaniach przeprowadzonych w 2014 r. przez naukowców z *University of Michigan*, na podstawie 102 wywiadów z rodzicami, ustalono, że to głównie matki są odpowiedzialne za udostępnianie zdjęć i nagrań z dziećmi w sieci, a także za wybór materiału do publikacji. Wśród badanych, 66 mężczyzn stwierdziło, że to ich partnerki znacznie częściej udostępniają treści, a tylko w 14 przypadkach mężczyźni przyznali, że to oni takie treści udostępniają¹².

W drugim kwartale 2021 r. Facebook liczył 2,89 miliarda aktywnych użytkowników (aktywnych, czyli takich, którzy przynajmniej raz zalogowali się na swoje konto w przeciągu miesiąca). Natomiast 3,51 miliarda ludzi używało co najmniej jednego z następujących portali: Facebook, Instagram, WhatsApp, Messenger¹³. W Polsce według stanu na czerwiec 2021 r. liczba aktywnych użytkowników w serwisie Facebook wynosiła 21,82 miliona, z czego ponad 25% stanowiły osoby w grupie wiekowej 25–34 lata¹⁴. Według badań, 21% rodziców udostępnia zdjęcia i nagrania dzieci do sieci przynajmniej raz w tygodniu¹⁵. Nie bez znaczenia jest wiek dzieci, ponieważ rodzice tych młodszych częściej dzieli się chwilami z ich życia. Dotyczy to 60% rodziców posiadających dzieci poniżej 4. roku życia, podczas gdy w przypadku dzieci w wieku 13–17 lat odsetek rodziców kształtuje się na poziomie 47%. Różnica może wynikać z tego, że rodzice starszych dzieci sami są starsi, wobec czego rzadziej korzystają z internetu. Ponadto starsze dzieci posiadają własne konta w serwisach społecznościowych i nie chcą, by rodzice udostępniali zdjęcia z ich udziałem. Rodzice częściej dokumentują życie młodszych dzieci ze względu na ich szybki rozwój i wiele czynności wykonywanych pierwszy raz (nauka chodzenia, pierwsze słowa). Stwierdzono, że 63% badanych rodziców, którzy już wcześniej udostępniali treści związane z ich dziećmi w sieci, umieściło w ciągu miesiąca 1–9 zdjęć dzieci w serwisach społecznościowych¹⁶.

Raport „*Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci?*”, opublikowany w 2019 r., jest wynikiem pierwszych w Polsce badań jakościowych i ilościowych na temat udostępniania wizerunku dzieci przez ich rodziców w internecie. Wynika z niego, że 40% polskich rodziców dzieli się w sieci zdjęciami i filmami z życia ich dzieci, a roczna liczba takich publikacji wynosi średnio 72 zdjęcia i 24 filmy¹⁷. Badanie *sharentingu* w Polsce wykazało ponadto następujące dane: 81% rodziców ocenia udostępnianie zdjęć własnych dzieci pozytywnie lub neutralnie,

¹¹ *Distribution of Facebook users in the United States as of April 2021, by age group and gender*, <https://www.statista.com/statistics/187041/us-user-age-distribution-on-facebook/> (dostęp: 26.07.2021 r.).

¹² Zob. T. Ammari, P. Kumar, C. Lampe, S. Schoenebeck, *Managing Children's Online Identities: How Parents Decide what to Disclose about their Children Online*, „Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems – CHI '15” 2015, s. 1895–1904.

¹³ *Number of monthly active Facebook users worldwide as of 2nd quarter 2021*, <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/> (dostęp: 26.07.2021 r.).

¹⁴ G. Wanat, *Share of Facebook users in Poland as of June 2021, by age and gender of users*, <https://www.statista.com/statistics/975656/poland-facebook-users-by-age-and-gender/> (dostęp: 26.07.2021 r.).

¹⁵ M. Bierca, A. Wysocka-Świtała, *Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci? Pierwszy raport w Polsce na temat wizerunku dzieci w internecie na zlecenie Clue PR*, 2019, s. 4.

¹⁶ S. Livingstone, A. Blum-Ross, D. Zhang, *What Do Parents Think, and Do, about Their Children's Online Privacy? Parenting for a Digital Future: Survey Report 3*, London 2018, s. 6.

¹⁷ M. Bierca, A. Wysocka-Świtała, *Sharenting...*, s. 4.

57% rodziców deklaruje, że o prywatności dziecka decydują oni sami, i jedynie 25% rodziców zapytało własne dziecko o zgodę na udostępnianie jego zdjęć w sieci. W 2010 r. „Business Wire” opublikował badania „Digital Birth: Welcome to the Online World”, z których wynikało, że 92% dwulatków w Stanach Zjednoczonych miało już cyfrowy ślad¹⁸. Podkreślić należy datę opublikowania raportu, albowiem w dobie XXI wieku i stałych przemian społecznych oraz technologicznych liczba ta może już być nieaktualna i najprawdopodobniej wzrosła (nie przeprowadzono jednak jeszcze ponownych badań).

3. Typy sharentingu

Choć *sharenting* to stosunkowo nowe zjawisko, w literaturze wyróżnia się już kilka jego odmian. Rozróżnienie tych typów pozwala na lepszą ocenę aktywności rodziców w sieci, jak i specyfiki ich działań. Okazuje się bowiem, że niektóre z rodzajów *sharentingu* stosowane są znacznie częściej niż pozostałe. Z uwagi na fakt stałej ewolucji zjawiska również i katalog poszczególnych jego rodzajów stale się powiększa. W swoim opracowaniu autorzy omówią następujące typy:

1. *oversharenting*,
2. *parental trolling*,
3. *commercial sharenting*,
4. *prenatal sharenting*,
5. *family sharenting*.

Oversharenting stanowi nadmierne dzielenie się treściami dotyczącymi dziecka przez rodziców, oczywiście w świecie mediów społecznościowych. Idealny przykład stanowi tu zakładanie i prowadzenie profili społecznościowych małoletnich, poniekąd w ich imieniu. Najczęściej są to profile w serwisie Instagram i YouTube przekazujące treści kierowane dla innych dzieci i ich rodziców. Do najpopularniejszych na świecie kanałów na YouTube należy „Like Nastya”¹⁹, czyli historie z życia rosyjskiej dziewczynki. Bohaterka filmów pokazuje, jak się uczy i spędza wolny czas.

Bardziej skrajną podkategorią *sharentingu* jest *parental trolling*, czyli dzielenie się treściami, które wprost kompromitują dzieci lub pokazują trudne dla nich momenty²⁰. Na podkreślenie zasługuje fakt bezrefleksyjnego udostępniania takich zdjęć. Najlepszym i najbardziej znanym na świecie przykładem *parental trollingu* jest filmik zamieszczony w serwisie YouTube, który przedstawia 7-letniego wówczas chłopca o imieniu David, wracającego z tatą z wizyty u dentysty i zachowującego się (pod wpływem działania medykamentów) w sposób, jaki wydał się rodzicom zabawny. Film został do tej pory odtworzony ponad 140 milionów razy.

¹⁸ *Digital Birth: Welcome to the Online World*, <http://www.businesswire.com/news/home/20101006006722/en/Digital-Birth-Online-World> (dostęp: 29.07.2021 r.).

¹⁹ <https://www.youtube.com/channel/UCJplp5SJeGSdVdwsfb9Q7lQ> (dostęp: 29.08.2021 r.).

²⁰ Por. J. Uliasz, *Prawna ochrona prywatności oraz wolności dzieci w Internecie*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2020/110(28), s. 285–298; W. Qader, „Parental trolling” – wybrane zagadnienia prawne, „Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy” 2019/32(3), s. 139–144; F. Sztandera, M. Pająk, *Wybrane prawne aspekty zjawiska parental trollingu w sieci Internet [w:] Problemy nauk prawnych*, t. 12, red. K. Pujer, Wrocław 2019, s. 27–36.

Warto dodać, że w Polsce zapadł już wyrok odnośnie *parental trollingu*²¹. Sprawa dotyczyła ojca, który udostępnił w serwisie Facebook zdjęcie nagiego, dwuletniego syna, który w jednej ręce trzymał butelkę piwa, w drugiej zaś – swoje przyrodzenie. Ojciec dziecka spotkał się z konsekwencjami prawnymi w postaci ograniczenia wolności. Wyrok ten był w Polsce przełomowym, bowiem pokazał, że rodzice nie dysponują wizerunkiem dziecka bez ograniczeń i nie mogą udostępniać go bezkarnie w przypadku, gdy robią to nieodpowiedzialnie²².

Kolejny typ *sharentingu* dotyczy zawodu twórcy internetowego. *Commercial sharenting* polega na współpracach reklamowych, które tworzą na swoich profilach rodzice, i w których udział biorą ich dzieci. *Sharenting* komercyjny tworzony jest dla zysku finansowego²³. Często rodzice tłumaczą się z takiego zachowania twierdząc, że pieniądze zarobione z wykorzystaniem wizerunku dzieci mogą w przyszłości przeznaczyć na ich dobrobyt. Zjawisko to zdaje się jednak wymykać spod kontroli. Na początku 2020 r. echem odbiła się w internecie historia 16-letniej córki jednej z popularnych influencerów. Dziewczyna anonimowo opisała w serwisie Reddit, że ma dość występowania w serwisach społecznościowych matki, która cały czas robi jej zdjęcia lub kręci filmy i następnie udostępnia swojej szerokiej publice. Dziewczyna wielokrotnie poruszała ten temat i jak podkreśliła, nie wyraziła zgody na żadne opublikowane treści. Matka ignorowała jej zdanie, więc córka zamówiła bluzy z napisami takimi jak: „No photos”, „No means no”, „I do not consent to be photographed”, „Respect my privacy”. Dziewczyna nosiła tę odzież w domu, na rodzinnych uroczystościach, w sklepie i wszędzie, gdzie przebywała obok matki. Influencerka nie była z tego powodu zadowolona i nie rozumiała zachowania córki.

Na podstawie tego przykładu można wysnuć wniosek, że często rodzice nie pytają dzieci o zgodę na udostępnienie ich wizerunku oraz nie liczą się z ich zdaniem, kiedy podopieczni proszą o usunięcie materiałów z ich udziałem. Da się tu więc zauważyć rosnący i niebezpieczny trend, który dopóki nie zostanie uregulowany prawnie, może powodować wiele problemów zarówno dla dzieci, jak i rodziców. Temu zagadnieniu autorzy poświęcą uwagę w części dotyczącej zagrożeń, jakie niesie za sobą *sharenting*.

Autorzy pragną podkreślić, że w ich opinii brakuje w literaturze rozróżnienia dwóch kolejnych typów badanego zjawiska, które dopiero się kształtują, jednak już zdążyły na tyle mocno zakorzenić się w kulturze, że nie sposób ich nie wymienić.

Prenatal sharenting to zjawisko udostępniania w sieci wyników obrazowych badań prenatalnych. Publikowanie zdjęć ultrasonograficznych wykonywanych już między 12. a 20. tygodniem ciąży staje się coraz bardziej powszechne, szczególnie jako ogłoszenie w internecie wiadomości o ciąży. Grafiki te często opisywane są przez rodziców jako „Pierwsze zdjęcie dziecka online” lub „Pierwsze selfie”, tworząc ślad cyfrowy jeszcze nienarodzonego dziecka. Osobnym rozważaniem należy pozostawić fakt okoliczności udostępniania danych matki przy okazji dzielenia się fotografią, jeżeli dane nie zostaną ukryte. Statystyki wskazują, że nawet 34% takich zdjęć posiada metadane jak imię i nazwisko matki, placówka medyczna wykonania USG czy planowana data porodu.

²¹ Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 25.01.2017 r., IV Ka 1206/16, niepubl.

²² Zob. Z. Ochońska, *Dysponowanie dobrami osobistymi małoletniego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019/3, s. 117–118.

²³ L.A. Plunkett, *Sharenthood: Why We Should Think Before We Talk about Our Kids Online*, Cambridge 2020, s. 92.

Family sharenting z kolei pojawia się wówczas, gdy zdjęciami dzieci dzielą się w internecie już nie rodzice, a członkowie rodziny. Zjawisko to jest mniej popularne od klasycznego *sharentingu*, jednak jego częstość występowania wciąż rośnie. Z badań *Paw Research Center* wynika, że 88% rodziców nigdy nie miało pretensji do członków rodziny, którzy podzielili się w sieci zdjęciami ich dzieci, ani nie uważają tego za złe²⁴.

Przedstawiona tu typologia to propozycja uwzględniająca obecny stan wiedzy i zjawisk społecznych, jednak należy mieć wzgląd na fakt, że postęp technologiczny oraz zmiany społeczne będące jego następstwem mogą w przyszłości skłaniać badaczy do prezentowania odmiennej perspektywy.

4. Zagrożenia

Z kryminologicznego punktu widzenia analiza zjawiska społecznego określanego mianem *sharenting* oraz próba udzielenia odpowiedzi na pytanie: czy możemy mieć do czynienia z zachowaniem patologicznym? wymagają zbadania kwestii zagrożeń, jakie może ono przynosić. Jednym z ważniejszych pojęć powiązanych z zagrożeniem jest krytyczność (inaczej dotkliwość). Mamy w ten sposób na myśli najgorsze konsekwencje zagrożenia²⁵. Jak bardzo słusznie zauważa Giovanna Mascheroni, współczesne dziecko rodzi się i wychowuje w cyfrowym świecie, który podlega stałemu monitoringowi, analizom, a także – co warto podkreślić – manipulacjom przy użyciu nowych technologii. To zaś stwarza obawy, że dzieciństwo przestaje być kojarzone z czasem beztroskiej zabawy i radości, a zaczynamy o nim powszechnie myśleć w kategoriach okresu datafikacji (*datafication*) i inwigilacji (*dataveillance*)²⁶. *Dataveillance* to angielskie słowo powstałe z połączenia dwóch innych: *data* (dane) i *surveillance* (nadzór). Używa się go do określenia nadzoru nad działaniami danej osoby poprzez badanie śladu danych, utworzonego na podstawie zapisów aktywności w internecie. *Datafication*, czyli datafikacja, to z kolei popularny proces digitalizacji danych. Dane, na jakich pracujemy, coraz częściej występują w postaci elektronicznej. W przypadku *sharentingu* dobrym przykładem są rodzinne albumy fotograficzne, niegdyś występujące w formie tradycyjnej, dziś zaś przeważnie znajdujące się na nośnikach danych.

Główny aspekt rozważań nad zagrożeniami, jakie niesie za sobą *sharenting*, to prywatność dziecka. Prawo do prywatności ma bowiem każdy człowiek i stanowi ono dobro osobiste w rozumieniu art. 23 Kodeksu cywilnego²⁷. Co więcej jest jednym z podstawowych praw opisanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁸, w związku z którą Unia Europejska (dalej UE) stworzyła GDPR (*General Data Protection*

²⁴ M. Duggan, A. Lenhart, C. Lampe, N.B. Ellison, *Parents and Social Media*, <http://www.pewinternet.org/2015/07/16/parents-and-social-media/> (dostęp: 18.09.2021 r.).

²⁵ D.S. Hermann, *Complete Guide to Security and Privacy Metrics. Measuring Regulatory Compliance, Operational Resilience, and ROI*, Boca Raton 2007, s. 773.

²⁶ Zob. G. Mascheroni, *Researching Datafield Children as Data Citizens*, „Journal of Children & Media” 2018/12(4), s. 517.

²⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.).

²⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wartości sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

Regulation), w Polsce znane jako RODO²⁹, które nakłada obowiązki przestrzegania tego prawa na organizacje światowe niezależnie od miejsca urzędowania, o ile tylko gromadzą dane dotyczące osób w UE.

Ponadto wyróżnić można także prawo do zapomnienia, które definiuje się jako uprawnienie jednostki do kształtowania własnej, prywatnej sfery życia, aby była ona wolna od ingerencji i niedostępna dla innych. Obejmuje prawo do prywatności informacyjnej, ale i kontrolę wykorzystywania przez osoby trzecie atrybutów tożsamości w celach komercyjnych³⁰. Prawo to i konieczność jego regulacji zostało dostrzeżone w UE i poskutkowało unormowaniem w art. 17 wcześniej wspomnianego RODO.

Prawo do zapomnienia stoi w konflikcie z przywołanym *commercial sharentingiem* i rodzicami udostępniającymi wizerunek dziecka bez jego zgody, co z kolei koliduje z prawem rodziców do decydowania i dzielenia się informacjami o własnym potomstwie. W sytuacji tej należałoby na podstawie przesłanek obiektywnych zastosować ocenę wartości dóbr osobistych i tym samym wybrać ochronę dobra oczywiście ważniejszego niż dobro naruszone, czym według autorów za każdym razem powinno być dobro dziecka i tym samym jego prawo do prywatności stanowiące filar bezpiecznego wychowania.

W przypadku dzielenia się zdjęciami z życia dziecka należy pamiętać, że informacje te zostaną w sieci już na zawsze, nawet gdy dziecko dorośnie. Dojrzewające dzieci influencerów skarżą się, opisując sytuacje, w których towarzyszył im dyskomfort, ponieważ każdy, kto chciał, mógł szybko sprawdzić wiele informacji z ich życia, przejrzeć setki zdjęć. Nie pozwala im to samodzielnie kształtować treści na swój temat, gdyż podlegają narracji stworzonej przez swoich rodziców. Wyobrazić można sobie sytuację, gdy już jako osoby dorosłe wchodzi na rynek pracy, a pracodawca po rozmowie kwalifikacyjnej ma możliwość przejrzenia w internecie historii z życia potencjalnego pracownika. Tak samo bywa w przypadku zawierania nowych znajomości czy związków.

Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w 1989 r.³¹ w art. 16 ust. 1 stanowi, iż „Żadne dziecko nie będzie podlegało arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego, rodzinnego lub domowego czy w korespondencję ani bezprawnym zamachom na jego honor i reputację”. Ponadto art. 16 ust. 2 przewiduje możliwość ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju ingerencji lub zamachom. Choć regulacje te były klarowne już w momencie ich implementacji, dziś, w dobie internetu, są coraz ważniejsze, jednak ich stosowanie sprawia wiele problemów.

Wymienione wyżej konsekwencje *sharentingu* prowadzić mogą zarówno do poważnych problemów emocjonalnych, jak i do cyberprzemocy. Rodzice udostępniający zdjęcia zapewne liczą się z hejtem, jaki im zagraża, jednak nie jest powiedziane, że

²⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – Dz.Urz. UE L 119 z 4.05.2016 r., s. 1.

³⁰ <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/ochrona-prawa-do-prywatnosci-osoby-zamoznej,70909.html> (dostęp: 2.08.2021 r.).

³¹ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

dzieci w przyszłości same nie natkną się na komentarze nieznanym na swój temat. Istnieje ewentualność, że cyberprzemoc uderzy w dzieci także od strony ich rówieśników, którzy tak jak każda inna osoba w sieci będą mieli dostęp do opublikowanych treści. Łączy się to po raz kolejny z brakiem możliwości tworzenia narracji na swój temat. Hejt pod postacią cyberprzemocy najczęściej skutkuje problemami emocjonalnymi, także w przypadku porównywania się do innych oraz mierzenia własnej wartości liczbą *like* i *follow* (liczby polubień zdjęć i osób obserwujących profil), czyli kreowaniem kompleksów wynikających ze świata cyfrowego i przenoszonych do świata realnego. Rodzice jako obrońcy dzieci powinni dążyć do zapobiegania takim sytuacjom, nie zaś stwarzać możliwość ich wystąpienia.

Ślad cyfrowy jest kolejnym aspektem *sharentingu* stanowiącym zagrożenie dla upublicznionego wizerunku dzieci. W badaniach przeprowadzonych przez AVG Technologies w 2010 r. ślad cyfrowy w postaci zdjęć umieszczonych w internecie przez rodziców miało 92% dwulatków w USA³². Miało to zaś miejsce jeszcze przed zdobyciem przez media społecznościowe tak wielkiej popularności, a także przed wprowadzeniem do Facebooka i Instagrama narzędzia *Stories*, które zyskało największą popularność w tych serwisach. *Stories* pozwalają na czasowe podzielenie się fotografią z grupą odbiorców obserwujących nasz profil w przypadku kont prywatnych, jak i z całą społecznością w przypadku kont otwartych. Zdjęcie takie znika po 24 godzinach od udostępnienia, jednak można je przypisać do swojego profilu na stałe. Niewykluczona jest także możliwość utworzenia przez osoby trzecie zrzutów ekranowych udostępnionej treści.

Wiele lat wstecz dzieci lub młodzież pojawiały się w *social mediach* dopiero w momencie, gdy same utworzyły swoje profile i postanowiły dzielić się pewnymi treściami ze swojego życia. Dziś zdecydowana większość dzieci w krajach wysoko rozwiniętych nie ma wpływu na moment utworzenia swojego śladu cyfrowego, bowiem rodzice (posiadający dostęp do internetu) dzielą się treściami z ich życia, zanim one osiągną wiek, w którym same mogłyby prowadzić swoje konta w serwisach społecznościowych.

Jedno z najbardziej krytycznych zagrożeń *sharentingu* to kradzież tożsamości (*identity theft*). W dużym uproszczeniu, z takim zdarzeniem mamy do czynienia, gdy dane osobowe dziecka są używane bez jego lub jego rodziców wiedzy. Choć powszechnie się o tym mówi, wielu rodziców wciąż nie ma świadomości, że informacje w mediach społecznościowych cechują się wysoką podatnością na wykorzystanie w celu dokonania nadużyć. Rodzice dopuszczający się *sharentingu* często (również nieświadomie) ujawniają imiona, wiek, datę urodzenia, adresy domowe, miejsce urodzenia, nazwisko panieńskie matki, ukończone szkoły, imiona zwierząt domowych, nazwy drużyn sportowych itd. Z punktu widzenia praktyki policyjnej wzbudza to wiele obaw o to, że takie dane mogą być wykorzystane do wyludzania pożyczek, transakcji kartami kredytowymi lub innych oszustw związanych z zakupami w internecie.

Żeby uzmysłowić skalę problemu, warto przytoczyć prognozy opracowane przez brytyjski bank *Barcleys*, według którego do 2030 r. *sharenting* może być odpowiedzialny

³² Digital...

za 2/3 wszystkich przypadków kradzieży tożsamości, a powiązane z nim popełniane oszustwa będą kosztować społeczeństwo ok. 670 milionów funtów każdego roku. Kolejne pokolenie rodziców przesadnie dzielących się informacjami może spowodować prawie 7,5 miliona incydentów związanych z kradzieżą tożsamości³³. Wagę problemu kradzieży tożsamości osób nieletnich zdaje się dostrzegać praktyka prawnicza, o czym świadczyć może przypadek, który był przedmiotem rozważań Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC). W jednym z ogłoszeń na portalu randkowym zostały wykorzystane dane 12-letniego chłopca, takie jak jego wiek, numer telefonu, opis cech fizycznych wraz z linkiem do strony internetowej zawierającej jego zdjęcie. Ogłoszenie posiadało wydźwięk seksualny sugerując, że chłopiec szuka intymnych kontaktów z innymi chłopcami w podobnym wieku lub starszych. Śledczy mieli problem z uzyskaniem tożsamości osoby, która zamieściła ogłoszenie, gdyż obowiązujące w Finlandii przepisy nie pozwalały na uzyskanie takich danych od dostawcy internetu. ETPC wyraził zdanie, że skuteczne ściganie przestępstw nabiera jeszcze większego znaczenia, gdy zagrożone jest fizyczne i moralne dobro dziecka. W tym przypadku Trybunał uznał, że wspomniane zagrożenie zaistniało, ponieważ chłopiec został przedstawiony w internecie jako cel ataków pedofilskich³⁴. W ten sposób dostrzega się w europejskim orzecznictwie, że państwa mają obowiązek zapewnienia praktycznej i skutecznej ochrony dzieci przed kradzieżą tożsamości oraz że muszą podjąć skuteczne kroki w celu identyfikacji i ścigania sprawców. Z całą pewnością zjawisko *sharentingu* stawia wiele wyzwań w tej materii.

Sharentingowi towarzyszyć może jeszcze inne patologiczne działanie, o którym coraz częściej wspomina się w literaturze. Oddziela się je od kradzieży tożsamości, choć niewątpliwie istnieje wśród nich wiele elementów wspólnych. Mowa tutaj o cyberporwaniu (*digital kidnapping*), a dla lepszego wyjaśnienia tego pojęcia warto posłużyć się egzemplifikacją. Pewna matka udostępniała w portalu Facebook zdjęcia swojej córki. Zauważyła, że fotografie były polubione przez kogoś nieznanego. Okazało się, że osoba ta umieszczała w swoim profilu zdjęcia dziewczynki, przedstawiając ją jako własne dziecko³⁵. Istota cyberporwania polega więc na kradzieży zdjęcia z mediów społecznościowych i wykorzystaniu go w innym kontekście, często z nadaniem nowej narracji wokół postaci dziecka lub traktując je jako własne. Zjawisko to jest o tyle niebezpieczne, że stwarza zagrożenie związane z kradzieżą tożsamości dziecka lub próbą uwiedzenia³⁶.

Cyberporwanie może przybrać również formę innej aktywności, którą nazywa się odgrywaniem roli dziecka (*baby role play*). Jak tłumaczy Bożena Chrostowska, sprawca

³³ Zob. E. Nottingham, 'Dad! Cut that Part Out!'. *Children's Rights to Privacy in the Age of 'Generation Tagged': Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-celebrity* [w:] *The Routledge International Handbook of Young Children's Rights*, red. J. Murray, B.B. Swadener, K. Smith, Abingdon 2020, s. 184; S. Williams-Ceci, G.E. Gose, A.C. Pinch, R.F. Kizilcec, N.A. Lewis Jr., *Combating Sharenting: Interventions to Alter Parents' Attitudes toward Posting about their Children Online*, „Computers in Human Behavior” 2021/125.

³⁴ European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child*, Luxembourg 2015, s. 70.

³⁵ S.B. Steinberg, *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*, „Emory Law Journal” 2017/66, s. 854.

³⁶ A. Siibak, *Digital Parenting and the Datafield Child* [w:] *Educating 21st Century Children. Emotional Well-being in the Digital Age*, red. T. Burns, F. Gottschalk, Paryż 2019, s. 113–114.

umieszcza w internecie wizerunek nieznanego sobie dziecka, nadając mu wybrane przez siebie imię, opisując jego preferencje oraz informując, że jest gotowe do adopcji. Następnie sam zaczyna odgrywać rolę dziecka lub jego rodzica. Inni użytkownicy sieci „adoptują” dziecko, wcielając się w wybraną przez siebie rolę oraz komentując zdjęcia i wysyłając wiadomości³⁷. Część osób symuluje wykonywanie rodzicielskich zadań, cechując się wręcz empatycznym podejściem, jednakże istnieje również grupa internautów, których narracja stanowi uzewnętrznienie seksualnych lub przemocowych fantazji. Użytkownicy sieci zaangażowani w tego typu patologiczne aktywności często posługują się hasztagami: #babyrp, #adoptionrp, #orphanrp, #kidrp.

Sharenting może być źródłem szczególnie niebezpiecznej sytuacji, w której wzrasta ryzyko użycia informacji dotyczących dzieci przez pedofilów, zwłaszcza że 51% rodziców dzieli się danymi, które mogą prowadzić do ujawnienia lokalizacji ich dzieci w konkretnym czasie³⁸, a ok. 3,5% rodziców przyznaje się nawet do publikowania zdjęć nagich dzieci³⁹. Media społecznościowe to bardzo często teren poszukiwań dla pedofilów, którzy nagminnie pobierają z serwisów zdjęcia dzieci, a następnie handlują tymi fotografiami na zamkniętych forach internetowych. Szacuje się, że nawet połowa materiałów gromadzonych przez pedofilów pochodzi z portali społecznościowych⁴⁰. Należy jednak zauważyć, że problem wykorzystania informacji pochodzących od rodziców, a dotyczących ich dzieci, nie został jeszcze dogłębnie zbadany na gruncie kryminologii. Wbrew wstępnemu przypuszczeniu autorów niniejszego opracowania relacje między sharentingiem a przestępstwami seksualnymi nie stanowiły przedmiotu wieloaspektowych analiz. Koniecznością staje się prowadzenie badań w celu wykazania, w jaki sposób materiały w grupach pedofilskich są pozyskiwane: czy zwykle dochodzi do pobierania danych z profili publicznych czy występują głównie włamania i kradzieże prywatnych treści z serwisów internetowych⁴¹.

5. Dyskusja o kształcie przyszłych problemów prawnych

Z całą pewnością można zauważyć, że toczące się debaty wokół mediów społecznościowych odzwierciedlają dylematy, które zajmowały uwagę publiczną podczas powstania telewizji. Istnieje jednakże wyraźny dysonans w stosunku do starszych technologii i to on jest źródłem współczesnych rozważań na temat problemów prawnych. Najbardziej widoczną różnicę stanowi interaktywność mediów społecznościowych, która powoduje, że trudniej ująć je w ramy regulacji państwowych. Wskazywane trudności oznaczać mogą konieczność refleksji nad umową społeczną, która kształtuje relacje między państwem a jednostkami w odniesieniu do nowych

³⁷ B. Chrostowska, *Sharenting – skala i wielowymiarowość zjawiska (nierozważnego) ujawniania przez rodziców informacji o dzieciach w mediach społecznościowych*, „Problemy Wczesnej Edukacji” 2018/4(43), s. 63.

³⁸ Zob. A. Korajlija, *An Unfair Game of Virtual Hide-and-Go-Seek: The Passive Collection of Children's Information Online*, „Canadian Journal of Children's Rights” 2020/7(1), s. 326–349.

³⁹ K. Kopecky, R. Szotkowski, I. Aznar-Díaz, J.-M. Romero-Rodríguez, *The Phenomenon of Sharenting and its Risks in the Online Environment. Experiences for Czech Republic and Spain*, „Children and Youth Services Review” 2020/110, s. 5.

⁴⁰ S.B. Steinberg, *Sharenting...*, s. 881.

⁴¹ K. Hamming, *A Dangerous Inheritance: A Child's Digital Identity*, „Seattle University Law Review” 2020/43, s. 1060.

form mediów⁴². Przyszłe problemy prawne wynikające z *sharentingu* autorzy opracowania pragną odnieść do kwestii związanych z: prawem do prywatności, konfliktem wartości, wykorzystaniem danych dziecka oraz kształtowaniem norm prawnych. W ocenie autorów nadrzędnym i narastającym problemem dotyczącym *sharentingu* jest – ze względu na obecny postęp technologiczny oraz rosnącą świadomość prawną obywateli – kwestia prawa do prywatności. Problemy, jakie pojawiają się na gruncie *sharentingu* i niejako mają swoje korzenie w prawie do prywatności, to prawo do tworzenia narracji o sobie i prawo do zapomnienia. Nie sposób nie zauważyć, że rodzice tworząc profile dla dzieci czy też udostępniając ich wizerunek w sieci, zabierają dzieciom możliwość tworzenia narracji o nich samych. Stoi to w konflikcie z prawem rodziców do dysponowania wizerunkiem dzieci aż do osiągnięcia przez nie pełnoletniości. Nie ma prawodawstwa, które dałoby jednoznaczną odpowiedź na to, czy rodzic może kształtować historię dziecka od jego najmłodszych lat przed szeroką publiką internetową. Pozostaje to w kwestii moralności rodziców i ich wyborów, na ten moment stanowiąc konflikt wartości, który omówić należałoby bardziej z punktu widzenia socjologicznego aniżeli prawnego. To samo dotyczy prawa do zapomnienia związanego z unijnym rozporządzeniem RODO (art. 17 ust. 1). Jeżeli dorosły człowiek decyduje się na pokazywanie swojego wizerunku w sieci, godzi się na to, że dane udostępnione publicznie w internecie nigdy z niego nie znikną, bowiem zawsze pozostanie po nich ślad. Dzieci w przypadku *sharentingu* pozbawione są możliwości zdecydowania, czy chcą, aby ich twarz pojawiła się w przestrzeni wirtualnej, co więcej – zapewne często wbrew ich woli – wizerunek raz udostępniony nigdy nie zostanie całkowicie z sieci usunięty, gdy osiągną pełnoletniość. To z kolei oznacza, że dzieci padające ofiarą *sharentingu* tracą bezpowrotnie prawo do bycia zapomnianym.

Na gruncie prawnym dostrzega się kolejny problem, jaki w przyszłości może się narodzić w wyniku *sharentingu*. Dzieci, które zostały pozbawione przez rodziców prawa do bycia zapomnianym i prawa do kształtowania narracji o sobie – szczególnie dzieci padające ofiarami *parental trollingu* – mogą w przyszłości wkroczyć na drogę procesową, pozywając rodziców. Na ten moment ciężko określić podstawy prawne oraz możliwe rozstrzygnięcia takich sporów. Nie należy jednak takiej możliwości wykluczać. Co więcej, autorzy opracowania sądzą, iż prawdopodobieństwo sporów, w których osiłą okaże się *sharenting*, jest niezwykle duże, zważając na tempo rozwoju *social mediów*, jak i wzrostu świadomości na temat udostępniania wizerunku dzieci.

Przedmiotowe w tym artykule zagadnienie kryminologicznej analizy zjawiska *sharentingu* powoduje potrzebę zastanowienia się nad problematyką uregulowań prawnych. W umysłach czytelników może zrodzić się wątpliwość: czy wobec przedstawionych istoty oraz skali zjawiska, a także możliwych zagrożeń konieczne jest przyjęcie polityki kryminalnej, która uwzględniłaby kwestię wdrożenia regulacji prawnych?

Wydaje się, że można uznać, iż *sharenting* to jedno ze zjawisk społecznych, które wytworzyły się naturalnie w dobie cyfryzacji i powszechności korzystania z mediów

⁴² B. Simpson, *Young People, Social Media and The Law*, Abingdon 2018, s. 11.

społecznościowych, na podobnych zasadach jak wszelkie inne zjawiska związane z dzieleniem się przez ludzi informacjami o prywatnych sprawach. Należy zatem przyjąć, że to element życia społecznego, który współcześnie jest powszechnie akceptowalny i stanowi wyraz obecnie obowiązujących norm kulturowych. Wobec powyższego trudno wyobrazić sobie sytuację, w której państwo za sprawą norm prawnych próbowałoby dokonywać ingerencji w materię wyrażania własnych przekonań. Autorzy stoją na stanowisku, że opisane przez nich zachowania – w szczególności wyróżnione typy *sharentingu* – nie powinny być przedmiotem nadmiernych uregulowań prawnych, gdyż postrzeganie owych działań wykształtuje się prawdopodobnie w ramach norm społecznych, choć z pewnością obecnie w wielu przypadkach te działania mogą budzić sporo dylematów moralnych. Autorzy nie zgadzają się z poglądem, iż skutkiem wytworu norm prawnych będzie zmiana norm społecznych, a w konsekwencji – ludzkich zachowań.

Wyjątek stanowi kwestia omówionego *parental trollingu*, gdyż zjawisko to nosi znamiona patologii społecznej i niesie ze sobą daleko idące skutki w odniesieniu do przyszłych poczynąń dziecka zarówno w świecie realnym, jak i wirtualnym. Nie jest oczywiste, w jakiej formie należałoby uwzględnić konsekwencje prawne zachowań, mających znamiona *parental trollingu*, w ustawach karnych, jednakże to zagadnienie autorzy pragną pozostawić do dyskusji na gruncie prawa karnego materialnego.

Dokonując rozważań na temat przyszłych problemów prawnych, nie sposób zapomnieć o kwestii śladu cyfrowego dziecka. Każda treść pozostawiona w mediach społecznościowych poddawana jest analizie za pomocą zautomatyzowanych systemów sztucznej inteligencji i służy profilowaniu użytkowników pod kątem dostarczania im spersonalizowanych materiałów oraz reklam. Za powszechny już i niebudzący wątpliwości w świecie nauki uznaje się fakt, że profilowanie użytkowników może kreować również zachowania ludzkie, o czym głośno stało się po ujawnieniu sprawy *Cambridge Analytica*⁴³. Należałoby przyjąć, że koniecznym staje się uregulowanie przez ustawodawcę działalności mediów społecznościowych pod kątem ochrony dzieci oraz ich praw, by ich wizerunek oraz metadane dotyczące tego wizerunku były przetwarzane w ograniczonym stopniu, a sam ich proces mógł podlegać kontroli sformalizowanych organów ochrony prawnej.

Odnosząc się do przedstawionego już poglądu o ograniczonych potrzebach dokonywania regulacji prawnych, należy przedstawić alternatywę, która ograniczałaby ryzyko nadużyć związanych z *sharentingiem*. Wydaje się, że przede wszystkim państwa powinny kłaść nacisk na edukację społeczeństwa związaną ze świadomym poruszaniem się po meandrach wirtualnej rzeczywistości. Istnieje zatem konieczność dalszego uświadamiania jednostek o zagrożeniach w sieci oraz sposobach zapobiegania im.

Prostym, a zarazem efektywnym sposobem na ograniczenie skali zjawiska *sharentingu* i jego odmian byłoby wprowadzenie komunikatu podczas dodawania zdjęć na profile społecznościowe. Pojawienie się ostrzeżenia następowałoby z wykorzystaniem sztucznej inteligencji, która rozpoznawałaby, czy na zdjęciu, które użytkownik próbuje udostępnić, znajduje się wizerunek dziecka. Jeśli tak – powinien pojawić się

⁴³ Zob. C. Wylie, *Mindf*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America*, New York, s. 232.

komunikat, który wymagałby zaakceptowania: „Na zdjęciu, które chcesz udostępnić znajduje się wizerunek dziecka. Czy jesteś pewien, że chcesz się nim podzielić z użytkownikami serwisu? Jeżeli nie wiesz, jakie zagrożenia mogą być związane z udostępnianiem wizerunku dzieci w internecie, przeczytaj więcej na...”. Taka informacja z odnośnikiem do opisu *sharentingu* i możliwych zagrożeń mogłaby znacznie zmniejszyć skalę zjawiska. Przyniosłoby to nadzieję, że rodzice i inni użytkownicy sieci przemyśleliby swój ruch, gdyż współcześnie dzielenie się treściami dotyczącymi dzieci uznać można za działanie bezrefleksyjne.

6. Wnioski końcowe

Podsumowując przedstawione rozważania, w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że skala zjawiska udostępniania treści dotyczących dzieci w internecie może budzić niepokój. Przede wszystkim ważny jest tu fakt, że cyfrowy ślad dziecka często powstaje jeszcze przed jego przyjściem na świat. Wydaje się również, że przedmiotowe zjawisko – ze względu na jego powszechność – wymaga wyróżnienia poszczególnych typów, stąd też autorzy zdecydowali się na przedstawienie własnej propozycji klasyfikacji, która może być istotna pod kątem dalszych badań w naukach prawnych.

Szczególnie istotne okazuje się zwrócenie uwagi na kwestię zagrożeń wynikających z *sharentingu*. Te zaś mogą przybierać formę manipulacji z użyciem nowych technologii, a w szerszym ujęciu – nawet pozbawiać dzieci prawa do prywatności, co objawia się m.in. odebraniem możliwości tworzenia własnej narracji o sobie w przyszłości. Nie bez znaczenia są również ewentualne konsekwencje emocjonalne, jak i narażenie na doświadczenie cyberprzemocy. Część zagrożeń wprost może odnosić się do działalności przestępczej przyjmującej formę kradzieży tożsamości, narażenia na oszustwa, cyberporwania czy nawet powodującej wykorzystanie wizerunku dziecka w sferze życia seksualnego lub do realizacji własnych potrzeb przez osoby z zaburzeniami osobowości.

Wydaje się, że najistotniejsze konkluzje odnoszą się do możliwych, przyszłych problemów prawnych wynikających ze zjawiska *sharentingu*. Związane jest to z naruszeniem wspomnianej kwestii prawa do prywatności oraz wyznaczeniem granic rozporządzania wizerunkiem dzieci. W ocenie autorów, nie można wykluczyć sytuacji, w której udostępnianie informacji o dzieciach stanie się w przyszłości przyczyną nowych sporów prawnych między dziećmi a rodzicami. Przedstawione problemy stają się przyczynkiem do szerszej dyskusji nad rolą mediów społecznościowych, ich wpływem na życie jednostek, a także do prowadzenia dalszych badań w naukach prawnych nad ewentualnymi kwestiami regulacyjnymi.

Bibliografia

1. Ammari T., Kumar P., Lampe C., Schoenebeck S., *Managing Children's Online Identities: How Parents Decide what to Disclose about their Children Online*, Proceedings of the 33rd Annual ACM Conference on Human Factors in Computing Systems – CHI 2015.

2. Barassi V., *Child, Data, Citizen. How Tech Companies Are Profiling Us from before Birth*, Cambridge 2020.
3. Bereś S., Lem S., *Tako rzeczy Lem. Ze Stanisławem Lemem rozmawia Stanisław Bereś*, Kraków 2002.
4. Bierca M., Wysocka-Świtała A., *Sharenting po polsku, czyli ile dzieci wpadło do sieci? Pierwszy raport w Polsce na temat wizerunku dzieci w internecie na zlecenie Clue PR*, 2019.
5. Blecher-Prigat A., *Children's Right to Privacy* [w:] *The Oxford Handbook of Children and the Law*, red. J.G. Dwyer, Oxford 2020.
6. Blum-Ross A., Livingstone S., „Sharenting,” *Parent Blogging, and the Boundaries of the Digital Self*, *Popular Communication* 2017, t. 15, nr 2.
7. Brosch A., *When the Child is Born into the Internet: Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook*, *The New Educational Review* 2016, t. 43, nr 1.
8. Chrostowska B., *Sharenting – skala i wielowymiarowość zjawiska (nierozważnego) ujawniania przez rodziców informacji o dzieciach w mediach społecznościowych*, *Problemy Wczesnej Edukacji* 2018, t. 43, nr 4.
9. *Digital Birth: Welcome to the Online World*, <http://www.businesswire.com/news/home/20101006006722/en/Digital-Birth-Online-World>.
10. *Distribution of Facebook users in the United States as of April 2021, by age group and gender*, <https://www.statista.com/statistics/187041/us-user-age-distribution-on-facebook/>.
11. Duggan M., Lenhart A., Lampe C., Ellison N.B., *Parents and Social Media*, <http://www.pewinternet.org/2015/07/16/parents-and-social-media/>.
12. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, *Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child*, Luxembourg 2015.
13. Fox A.K., Hoy M.G., *Smart Devices, Smart Decisions? Implications of Parents' Sharenting for Children's Online Privacy: An Investigation of Mothers*, *Journal of Public Policy & Marketing* 2019, t. 38, nr 4.
14. Hamming K., *A Dangerous Inheritance: A Child's Digital Identity*, *Seattle University Law Review* 2020, t. 43.
15. Herrmann D.S., *Complete Guide to Security and Privacy Metrics. Measuring Regulatory Compliance, Operational Resilience, and ROI*, Boca Raton 2007.
16. Holiday S., Norman M.S., Densley R.L., *Sharenting and the Extended Self: Self-representation in Parents' Instagram Presentations of their Children*, *Popular Communication* 2020.
17. Kopecky K., Szotkowski R., Aznar-Díaz I., Romero-Rodríguez J.-M., *The Phenomenon of Sharenting and its Risks in the Online Environment. Experiences for Czech Republic and Spain*, *Children and Youth Services Review* 2020, t. 110.
18. Korajlija A., *An Unfair Game of Virtual Hide-and-Go-Seek: The Passive Collection of Children's Information Online*, *Canadian Journal of Children's Rights* 2020, t. 7, nr 1.
19. Lazar L., Capdevilla R., Dann C., Locke A., Roper S., *Sharenting: Pride, Affect and the Day-to-day Politics of Digital Mothering*, *Social and Personality Psychology Compass* 2019, t. 13, z. 4.
20. Livingstone S., Blum-Ross A., Zhang D., *What Do Parents Think, and Do, about Their Children's Online Privacy? Parenting for a Digital Future: Survey Report 3*, London 2018.

21. Marasli M., Suhendan E., Yilmazturk N.H., Cok F., *Parents' Shares on Social Networking Sites About their Children: Sharenting*, *The Anthropologist* 2016, t. 24, nr 2.
22. Mascheroni G., *Researching Datafield Children as Data Citizens*, *Journal of Children & Media* 2018, t. 12, z. 4.
23. Nottingham E., 'Dad! Cut that Part Out!'. *Children's Rights to Privacy in the Age of 'Generation Tagged': Sharenting, Digital Kidnapping and the Child Micro-celebrity* [w:] *The Routledge International Handbook of Young Children's Rights*, red. J. Murray, B.B. Swadener, K. Smith, Abingdon 2020.
24. *Number of monthly active Facebook users worldwide as of 2nd quarter 2021*, <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>.
25. Ochońska Z., *Dysponowanie dobrami osobistymi małoletniego*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego* 2019, nr 3.
26. Ouvrein G., Verswijvel K., *Sharenting: Parental Adoration or Public Humiliation? A Focus Group Study on Adolescents' Experiences with Sharenting against the Background of their Own Impression Management*, *Children and Youth Services Review* 2019, nr 99.
27. Plunkett L.A., *Sharenthood: Why We Should Think Before We Talk about Our Kids Online*, Cambridge 2020.
28. Qader W., „Parental trolling” – wybrane zagadnienia prawne, *Zeszyty Naukowe Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy* 2019, t. 32, nr 3.
29. Sas A., *Share of individuals using social networks in Poland from 2016 to 2020*, <https://www.statista.com/statistics/1224285/poland-share-of-people-using-social-media/>.
30. Siibak A., *Digital Parenting and the Datafield Child* [w:] *Educating 21st Century Children. Emotional Well-being in the Digital Age*, red. T. Burns, F. Gottschalk, Paryż 2019.
31. Simpson B., *Young People, Social Media and The Law*, Abingdon 2018.
32. Steinberg S.B., *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*, *Emory Law Journal* 2017, t. 66.
33. Sztandera F., Pająk M., *Wybrane prawne aspekty zjawiska parental trollingu w sieci Internet* [w:] *Problemy nauk prawnych*, t. 12, red. K. Pujer, Wrocław 2019.
34. Uliasz J., *Prawna ochrona prywatności oraz wolności dzieci w Internecie*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego* 2020, nr 110, Prawo 28.
35. Verswijvel K., Walrave M., Hardies K., Heirman W., *Sharenting, is it a Good or a Bad Thing? Understanding how Adolescents Think and Feel about Sharenting on Social Network Sites*, *Children and Youth Services Review* 2019, t. 104.
36. Wanat G., *Share of Facebook users in Poland as of June 2021, by age and gender of users*, <https://www.statista.com/statistics/975656/poland-facebook-users-by-age-and-gender>.
37. Williams-Ceci S., Gose G.E., Pinch A.C., Kizilcec R.F., Lewis Jr. N.A., *Combating Sharenting: Interventions to Alter Parents' Attitudes toward Posting about their Children Online*, *Computers in Human Behavior* 2021, t. 125.
38. Wylie C., *Mindf*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America*, New York.

Piotr Poniatowski

Uwolnienie (się) osoby prawnie pozbawionej wolności w państwach z kręgu rzymskiej kultury prawnej – aspekty prawnokarne

(Self)release of a person legally deprived of liberty in the Roman legal culture – criminal law aspects

Abstract

The subject of this article is an analysis of the legal regulations on offences relating to the regaining of liberty by a person legally deprived of it in Italy, France and Spain. The author discusses the provisions relating to the offence of the escape of a person deprived of their liberty, the offence of assistance to escape and the offence of failure to return to a place of isolation after the time limit for allowing the person to leave the place temporarily. Similarities and differences between the solutions adopted in individual countries of the Roman legal culture, as well as between these solutions and the regulations contained in the Polish Criminal Code, are discussed. The analysis carried out led the author to formulate several de lege ferenda postulates.

Keywords: *the offence of the escape of a person deprived of his or her liberty, the offence of assistance to escape, the offence of failure to return to a place of isolation*

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza regulacji prawnych dotyczących przestępstw związanych z odzyskaniem wolności przez osobę prawnie jej pozbawioną obowiązujących we Włoszech, Francji i Hiszpanii. Autor omawia przepisy typizujące przestępstwo ucieczki osoby pozbawionej wolności, przestępstwo udzielenia pomocy w ucieczce oraz przestępstwo niepowrócenia do miejsca izolacji po upływie terminu zezwolenia na czasowe opuszczenie tego miejsca. Omówione zostały podobieństwa i różnice pomiędzy rozwiązaniami przyjętymi w poszczególnych państwach rzymskiej kultury prawnej, a także pomiędzy tymi rozwiązaniami a regulacjami zawartymi w polskim Kodeksie karnym. Przeprowadzona analiza doprowadziła do sformułowania kilku postulatów de lege ferenda.

Słowa kluczowe: *przestępstwo ucieczki osoby pozbawionej wolności, przestępstwo ułatwienia ucieczki, przestępstwo niepowrócenia do miejsca izolacji*

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

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 5.01.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 24.02.2022 r.

1. Uwagi wstępne

„W całym szeregu ustaw spotkać można stanowisko, że skazany, podobnie jak obwiniony, jest stroną w wielkim procesie wymiaru sprawiedliwości, a zatem może postępować dowolnie. Nie jest to jednak stanowisko powszechne. Jak w wielu innych wypadkach, tak i tutaj mamy do czynienia ze ścieraniem się dwu poglądów: rzymskiego i germańskiego. Prawo rzymskie ucieczkę uwięzionego uważało za zamach na władzę państwową. Przeciwnie prawo niemieckie wykazuje wybitną tendencję do uważania ucieczki uwięzionego za bezkarną. Te dwa poglądy odbijają się w prawie nowszym”¹. Słowa te zostały wypowiedziane przez Juliusza Makarewicza podczas prac nad kodeksem karnym Polski Odrodzonej. Pomimo upływu niemal 100 lat nie straciły one na aktualności. W państwach, które można zaliczyć do tzw. germańskiej kultury prawnej (Niemcy, Austria, Szwajcaria), ostrze reakcji karnej skierowane jest w zasadzie tylko na osoby, które pomagają innym w bezprawnym odzyskaniu wolności. Odpowiedzialności karnej nie podlegają natomiast sami uciekinierzy. Stanowi to pokłosie poglądu, że nie można karać człowieka za realizację jego naturalnego (przyrodzonego) pędu do wolności². Z kolei w państwach tzw. romańskiej kultury prawnej (Włochy, Francja, Hiszpania), których rozwiązania zostaną w niniejszym artykule omówione, hołduje się tradycji prawa rzymskiego, w którym odpowiedzialność o charakterze penalnym ponosili wszyscy uczestnicy procedury ucieczki z prawnej izolacji, łącznie z głównym zainteresowanym, tj. osobą uwalniającą się³.

Celem opracowania jest przedstawienie podobieństw i różnic pomiędzy rozwiązaniami przyjętymi w poszczególnych państwach romańskiej kultury prawnej oraz pomiędzy tymi rozwiązaniami a regulacjami zawartymi w polskim Kodeksie karnym⁴, a także ewentualne sformułowanie postulatów *de lege ferenda* odnośnie do prawa polskiego. Analizie poddano rozwiązania przewidujące odpowiedzialność karną, a więc umożliwiające wymierzenie kary kryminalnej. Poza zakresem rozważań pozostawiono odpowiedzialność dyscyplinarną.

Aby osiągnąć wyżej wskazane cele, zastosowano w pracy metodę dogmatyczno-prawną wzbogaconą o analizę orzecznictwa sądowego, a także metodę porównawczą, która poprzez zestawienie rozwiązań zagranicznych z polskimi pozwala spojrzeć na te ostatnie z innej perspektywy i ewentualnie (przy stwierdzeniu niedostatków polskich regulacji) sformułować postulaty wprowadzenia odpowiednich zmian w prawie.

Polskie regulacje, do których odniosę rozwiązania zagraniczne, znajdują się w art. 242 i 243 k.k. w rozdziale XXX k.k. – „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”⁵. W art. 242 § 1 k.k. określono przestępstwo samouwolnienia

¹ Protokół posiedzenia sekcji prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP z dnia 30 stycznia 1923 r., Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja Prawa Karnego, t. II, s. 36.

² Zob. P. Poniatowski, *Przestępstwa uwolnienia osoby prawnie pozbawionej wolności (art. 242 i 243 k.k.)*, Warszawa 2019, s. 41 oraz 44–45.

³ Zob. P. Poniatowski, *Odpowiedzialność penalna za ucieczkę osoby prawnie pozbawionej wolności w prawie rzymskim i prawie starożytnych Aten*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2020/1, s. 77 i n.

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

⁵ Na temat przestępstw z art. 242 i 243 k.k. zob. szerzej P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, *passim*.

w typie podstawowym. Zgodnie z tym przepisem karze podlega ten, kto uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy. Kwalifikowaną postać tego czynu zabronionego reguluje art. 242 § 4 k.k. Znamiona zwiększające stopień społecznej szkodliwości czynu w myśl tego przepisu to: działanie w porozumieniu z innymi osobami, używanie przemocy lub groźby jej użycia oraz uszkodzanie miejsca zamknięcia. Kodeks karny przewiduje również przestępstwo niepowrótca do miejsca izolacji (tzw. niepowrót). Karę przewiduje się dla tego, kto, korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru albo zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia (względnie – korzystając z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności), bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci do jednostki penitencjarnej najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu (art. 242 § 2 i 3 k.k.). Zgodnie natomiast z art. 243 k.k. karze podlega ten, kto osobę pozbawioną wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy uwalnia lub ułatwia jej ucieczkę.

2. Włochy

Relevantne z punktu widzenia omawianej problematyki przepisy znajdują się w tytule III „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”, w rozdziale II „Przestępstwa przeciwko powadze decyzji sądowych” włoskiego kodeksu karnego⁶.

Zgodnie z art. 385 ust. 1 c.p. kto, będąc zgodnie z prawem aresztowanym lub uwięzionym za przestępstwo, dopuszcza się ucieczki, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 3. Jeśli sprawca dopuszcza się czynu, używając przemocy wobec osoby lub groźby jej użycia albo wyłamując się z zamknięcia, podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 5 lat; jeśli natomiast przemocy lub groźbie towarzyszy użycie broni albo ucieczki dopuściła się większa liczba osób, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 do 6 lat (art. 385 ust. 2 c.p.). Wyłamanie się polega na zastosowaniu siły wobec każdej rzeczy, która służy zabezpieczeniu pozbawienia wolności więźnia⁷. Z kolei zgodnie z art. 585 ust. 2 c.p. przez „broń” na potrzeby prawa karnego rozumie się: 1) broń palną, a także inny rodzaj broni naturalnie przeznaczony do atakowania ludzi; 2) każde inne urządzenie, które może posłużyć do ataku i którego noszenie jest zabronione przez prawo (bezwzględnie albo bez uzasadnionej przyczyny). Jako broń należy traktować również materiały wybuchowe oraz gazy duszące i oślepiające. Natomiast „większa liczba osób” to co najmniej dwie osoby⁸.

Przepisy art. 385 ust. 1 i 2 c.p. mają zastosowanie również do oskarżonego, który ucieka, będąc osadzonym w areszcie domowym lub innym miejscu przeznaczonym

⁶ *Codice penale* z 19.10.1930 r., nr 1398, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (dostęp: 3.01.2022 r.) – dalej c.p.

⁷ Wyrok I Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 30.03.1982 r., nr 3378, <https://www.brocardi.it/massimario/39694.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

⁸ V. Delnon, B. Rüdy [w:] *Basler Kommentar. Strafrecht II. Art. 111–392 StGB*, red. M.A. Niggli, H. Wiprächtiger, Basel 2013, s. 2758 (jest to komentarz do szwajcarskiego kodeksu karnego, jednakże zawarto tam uwagi dotyczące również włoskiego *Codice penale*).

do wykonywania tego środka, a także do skazanego, który wykonuje pracę poza terenem jednostki penitencjarnej (art. 385 ust. 3 c.p.). Areszt domowy (*arresti domiciliari*) jest środkiem zapobiegawczym przewidzianym w art. 284 *Codice di Procedura Penale*⁹. Oddalenie się z aresztu domowego pociąga za sobą karę nawet wtedy (nie zachodzi stan wyższej konieczności), gdy sprawca udaje się na policję z prośbą o przyjęcie do jednostki penitencjarnej, tłumacząc swoje zachowanie trudnościami we wspólnym mieszkaniu z domownikami¹⁰. W kontekście przestępstwa z art. 385 c.p. podkreśla się w orzecznictwie, że osoba osadzona w areszcie domowym ma prawo przebywać jedynie w miejscu, w którym mieszka, z wyłączeniem terenów przyległych, przybudówek, ogrodów, dziedzińców czy innych podobnych miejsc, które nie są ściśle związane z mieszkaniem i nie stanowią jego integralnej części¹¹. W jednej ze spraw, osadzonego w areszcie domowym sprawcę skazano z art. 385 c.p., gdyż został on zatrzymany, kiedy w domowym ubraniu zamiatał śmieci w pobliżu bramy swojego domu. Sąd rozpatrujący sprawę powołał się na opisane wyżej granice, w których aresztant może przebywać, i podkreślił, że skoro areszt domowy powinien być zbliżony w swych skutkach do aresztu wykonywanego w jednostce penitencjarnej, a cel tego środka polega na zapobieganiu kontaktom oskarżonego z otoczeniem, to przebywanie sprawcy na terenie wspólnym można uznać za niweczące istotę aresztu domowego¹². Jeśli zaś chodzi o niepowrót z miejsca pracy znajdującego się poza jednostką penitencjarną, to skazany, któremu zezwolono na wykonywanie zatrudnienia zewnętrznego w systemie bez konwojenta i który nie pojawił się w miejscu pracy, odpowiada na podstawie art. 385 c.p., jeśli nie powróci do jednostki penitencjarnej w ciągu 12 godzin¹³.

W przypadku gdy uciekinier powróci do miejsca izolacji, zanim zapadnie wyrok skazujący, kara zostaje złagodzona (art. 385 ust. 4 c.p.). Chodzi tu o sytuację, w której uciekinier powraca do miejsca izolacji dobrowolnie, nie będąc do tego przymuszonym przez siły porządkowe. Nie bierze się przy tym pod uwagę, czy zachowanie sprawcy wynikało ze spontaniczności czy stanowiło efekt nakłaniania, udzielania porad lub ostrzeżeń, gdyż cel omawianego przepisu to przywrócenie stanu pozbawienia wolności bez marnotrawstwa energii organów porządku publicznego¹⁴. Wskazana okoliczność łagodząca nie ma zastosowania do dobrowolnego powrotu do aresztu domowego¹⁵.

⁹ Włoski kodeks postępowania karnego z 22.09.1988 r., nr 447, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁰ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 18.04.2013 r., nr 17910, <https://www.altalex.com/documents/news/2013/06/03/fugge-dai-domiciliari-per-tornare-in-carcere-e-comunque-evasione> (dostęp: 3.01.2022 r.). Por. też wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 29.05.2014 r., nr 22109, <https://www.brocardi.it/massimario/39670.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹¹ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 2.02.2015 r., nr 4830, <https://www.brocardi.it/massimario/39663.html> (dostęp: 3.01.2022 r.), a także wyrok II Sekcji karnej tegoż sądu z 21.03.2017 r., nr 13825, <https://www.brocardi.it/massimario/47268.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹² Zob. *Arresti domiciliari: recarsi in giardino è evasione*, <https://www.brocardi.it/notizie-giuridiche/arresti-domiciliari-recarsi-giardino-evasione/703.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹³ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 2.07.1994 r., nr 7508, <https://www.brocardi.it/massimario/39704.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁴ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 4.03.2003 r., nr 9960, <https://www.brocardi.it/massimario/39682.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁵ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 1.10.2003 r., nr 37386, <https://www.brocardi.it/massimario/39681.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

W najnowszym orzecznictwie wskazuje się, że przestępstwo ucieczki popełnia osoba, wobec której wykonuje się areszt domowy, a która przebywa poza miejscem izolacji poza godzinami, w jakich zgodnie z postanowieniem sądu stosującego ten środek może opuszczać to miejsce¹⁶. Przestępstwem jest też zachowanie polegające na niepoddaniu się aresztowi domowemu, gdyż istota ucieczki to nie tylko uwolnienie się z zakładu karnego lub miejsca uwięzienia domowego, ale także unikanie obecnego lub potencjalnego nadzoru odpowiedzialnych osób¹⁷. Warto zauważyć, że przecięcie elektronicznej bransoletki przez uciekiniera osadzonego w areszcie domowym nie wypełnia znamienia wyłamania się, o którym mowa w art. 385 ust. 2 c.p.¹⁸

Uszczegółowienie art. 385 c.p. można znaleźć we włoskiej ustawie karnej wykonawczej z 26.07.1975 r.¹⁹ Odpowiedzialności z art. 385 c.p. podlega w myśl przepisów tego aktu normatywnego:

- 1) osadzony, który bez uzasadnionego powodu opuszcza miejsce znajdujące się poza jednostką penitencjarną, w którym jest diagnozowany lub leczony (art. 11 ust. 6 o.p.),
- 2) osadzony, który korzystając z przepustki losowej, bez uzasadnionego powodu nie powraca do jednostki penitencjarnej po upływie 12 godzin od wyznaczonego terminu powrotu (art. 30 o.p.),
- 3) skazany na karę pozbawienia wolności, który odbywając tę karę w domu lub innym prywatnym miejscu zamieszkania albo w publicznym zakładzie leczniczym lub opiekuńczym, oddala się ze wskazanych miejsc (art. 47-ter ust. 8 o.p.)²⁰,
- 4) kobieta skazana na karę pozbawienia wolności, która korzystając ze specjalnego zezwolenia na odbycie tej kary w domu lub innym prywatnym miejscu zamieszkania albo w zakładzie leczniczym lub opiekuńczym, oddala się ze wskazanych miejsc bez uzasadnionego powodu na okres przekraczający 12 godzin (art. 47-sexies ust. 2 o.p.)²¹,
- 5) osadzony, który odbywając karę pozbawienia wolności w systemie półwolnościowym, pozostaje bez uzasadnionego powodu poza jednostką penitencjarną przez okres przekraczający 12 godzin (art. 51 o.p.).

¹⁶ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 6.08.2019 r., nr 35681, <https://www.brocardi.it/massimario/63311.html> (dostęp: 3.01.2022 r.), a także wyrok VII Sekcji karnej tegoż sądu z 14.11.2017 r., nr 51855, <https://www.brocardi.it/massimario/47267.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁷ Wyrok IV Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 5.10.2017 r., nr 45928, <https://www.brocardi.it/massimario/47266.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁸ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 11.05.2017 r., nr 23043, <https://www.brocardi.it/massimario/47269.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

¹⁹ *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, nr 354, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2018/11/26/legge-sull-ordinamento-penitenziario> (dostęp: 3.01.2022 r.) – dalej o.p.

²⁰ Należy zauważyć, że włoski Sąd Konstytucyjny wyrokami z 12.06.2009 r., nr 177 oraz z 22.11.2018 r., nr 211 orzekł, że wspomniany przepis jest niezgodny z konstytucją Republiki Włoskiej w zakresie, w jakim nie ogranicza odpowiedzialności karnej na podstawie art. 385 c.p. do oddalenia się ze wskazanych miejsc na czas przekraczający 12 godzin, w sytuacji gdy nie istnieje konkretne niebezpieczeństwo popełnienia kolejnych przestępstw. Zob. <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=177> oraz <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=211> (dostęp: 3.01.2022 r.).

²¹ Przepis ten ma również zastosowanie do skazanego mężczyzny, który korzysta ze specjalnego zezwolenia na odbycie kary poza jednostką penitencjarną (art. 47-sexies ust. 4 o.p.).

W orzecznictwie podkreśla się, że przestępstwo z art. 385 c.p. we wszystkich jego wariantach ma charakter przestępstwa jednorazowego o trwałych skutkach²². W kontekście ucieczki z aresztu domowego wskazano, że to przestępstwo jednochwilowe i jako takie jest popełnione w momencie opuszczenia miejsca izolacji, w związku z czym przy ustalaniu ewentualnych okoliczności usprawiedliwiających sprawcę powinno się brać pod uwagę ten właśnie moment, a nie okres późniejszego pozostawiania na wolności²³. Uwaga o jednorazowym charakterze przestępstwa dotyczy także niepowrótca do jednostki penitencjarnej po upływie okresu, na jaki udzielono zezwolenia na opuszczenie jej²⁴, w tym niepowrótca z zatrudnienia zewnętrznego²⁵.

Zgodnie z art. 386 ust. 1 c.p. kto umożliwia lub ułatwia ucieczkę osoby zgodnie z prawem aresztowanej lub uwięzionej za przestępstwo, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. Chociaż w przepisie tym nie mówi się o osobie osadzonej w areszcie domowym, to orzecznictwo stoi na stanowisku, że regulacja ta może mieć zastosowanie również do osoby, która ułatwiła ucieczkę takiemu aresztantowi²⁶. Jeśli czyn dotyczył osoby skazanej na karę śmierci²⁷ lub dożywotniego pozbawienia wolności, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 do 10 lat (art. 386 ust. 2 c.p.). Kara powinna być zaostrzona, jeśli sprawca stosuje jeden ze środków wskazanych w ust. 1 poprzedniego artykułu (art. 386 ust. 3 c.p.)²⁸. Karę należy złagodzić, gdy: 1) sprawca to bliski krewny osoby pozbawionej wolności; 2) sprawca w ciągu 3 miesięcy od ucieczki spowoduje schwytanie uciekiniera lub postawienie go przed władzami (art. 386 ust. 4 c.p.). Dla celów prawa karnego przez „bliskich krewnych” rozumie się wstępnych, zstępnych, małżonków, partnerów związku cywilnego osób tej samej płci, rodzeństwo, powinowatych w tym samym stopniu, wujostwo, bratanków i siostrzeńców; jednakże termin ten nie obejmuje powinowatych w przypadku śmierci małżonka i braku potomstwa (art. 307 c.p.). Skazując sprawcę za przestępstwo określone w omawianym artykule, sąd orzeka pozbawienie praw publicznych (art. 386 ust. 5 c.p.).

Artykuł 386 ust. 1 c.p. przewiduje dwa rodzaje czynności sprawczej: umożliwianie i ułatwienie ucieczki. W pierwszym przypadku sprawca odgrywa decydującą i wiodącą rolę w bezpośrednim przygotowaniu lub wykonaniu cudzej ucieczki, natomiast w drugim przypadku sprawca czyni ucieczkę osoby pozbawionej wolności łatwiejszą

²² Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 19.09.1997 r., nr 2217, <https://www.brocardi.it/massimario/17911.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

²³ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 3.04.2015 r., nr 14037, <https://www.brocardi.it/massimario/39644.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

²⁴ Wyrok V Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 11.06.1982 r., nr 5823, <https://www.brocardi.it/massimario/39647.html> (dostęp: 3.01.2022 r.). W orzeczeniu tym wyraźnie wskazano, że tego typu przestępstwo nie ma charakteru trwałego i jest popełnione w momencie i miejscu, w którym skazany zaniechał powrotu do miejsca izolacji we właściwym czasie.

²⁵ Wyrok III Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 5.12.1996 r., nr 3712, <https://www.brocardi.it/massimario/12709.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

²⁶ Wyrok VI Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 27.04.2006 r., nr 14612, <https://www.brocardi.it/massimario/35402.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

²⁷ Obecnie włoskie prawo nie przewiduje kary śmierci.

²⁸ Chodzi tu zapewne o art. 385 ust. 2, gdyż w ust. 1 brak jest okoliczności kwalifikujących.

poprzez zapewnienie odpowiednich środków i udzielenie innej, niezbędnej pomocy²⁹. Umożliwić ucieczkę można również przez zaniechanie, np. przez niesprawowanie odpowiedniego nadzoru³⁰.

W myśl art. 387 ust. 1 c.p. kto, będąc z racji sprawowanego przez siebie urzędu odpowiedzialnym, choćby tymczasowo, za pilnowanie osoby aresztowanej lub uwięzzonej za przestępstwo, przez niedbalstwo dopuszcza do ucieczki tej osoby, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 albo grzywnie od 103 do 1032 euro. Chodzi tutaj o osoby sprawujące funkcje kierownicze w jednostce penitencjarnej, a także osoby, które sprawują bezpośredni nadzór nad osadzonymi, takie jak funkcjonariusze służby więziennej czy policji³¹. Sprawca nie podlega karze, jeśli w ciągu 3 miesięcy od ucieczki spowoduje schwytanie uciekiniera lub postawienie go przed władzami (art. 387 ust. 2 c.p.).

Na koniec należy przytoczyć art. 391 c.p., zgodnie z którym kto umożliwia lub ułatwia ucieczkę osoby, wobec której stosowany jest izolacyjny środek zabezpieczający, albo ukrywa takiego zbiega lub w inny sposób pomaga mu uniknąć poszukiwań ze strony władz, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2; art. 386 ust. 3 stosuje się (art. 391 ust. 1 c.p.); jeśli do ucieczki dopuściła przez niedbalstwo osoba, która z racji sprawowanego przez siebie urzędu była odpowiedzialna, choćby tymczasowo, za pilnowanie zbiega, podlega ona grzywnie do 1032 euro; art. 387 ust. 2 stosuje się (art. 391 ust. 2 c.p.). Izolacyjne środki zabezpieczające (*measure di sicurezza detentive*) to: umieszczenie w kolonii rolniczej albo domu pracy; umieszczenie w zakładzie leczniczym albo domu opieki; umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym; umieszczenie w zakładzie poprawczym (art. 215 c.p.).

3. Francja

Interesujące z omawianego punktu widzenia przepisy znajdują się w rozdziale IV „Przestępstwa przeciwko funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości”, w sekcji 3 „Przestępstwa przeciwko powadze wymiaru sprawiedliwości”, w paragrafie 2 „Ucieczka” francuskiego kodeksu karnego³².

Zgodnie z art. 434–27 ust. 1 c.pén. karalna ucieczka zachodzi wtedy, gdy więzień uchyla się od dozoru, któremu jest poddany. Ucieczka pociąga za sobą karę pozbawienia wolności do lat 3 i grzywnę do 45.000 euro (art. 434–27 ust. 2 c.pén.). Jeśli ucieczce towarzyszyło użycie przemocy, wyłamanie się lub korupcja (nawet jeżeli tych zachowań dopuściła się, w porozumieniu z więźniem, osoba trzecia), sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 i grzywnie do 75.000 euro (art. 434–27 ust. 3 c.pén.). Wyłamanie się polega na sforsowaniu, uszkodzeniu lub

²⁹ Wyrok I Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 22.01.1980 r., nr 886, <https://www.brocardi.it/massimario/56650.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

³⁰ Wyrok III Sekcji karnej włoskiego Najwyższego Sądu Kasacyjnego z 22.03.1991 r., nr 3251, <https://www.brocardi.it/massimario/35403.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

³¹ Zob. <https://www.brocardi.it/codice-penale/libro-secondo/titolo-iii/capo-ii/art387.html> (dostęp: 3.01.2022 r.).

³² *Code pénal* z 22.07.1992 r., <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070719> (dostęp: 3.01.2022 r.) – dalej c.pén.

zniszczeniu jakiegokolwiek urządzenia służącego zamknięciu bądź ogrodzeniu określonego miejsca. Jako wyłamanie należy traktować również użycie podrobionego lub nielegalnie uzyskanego klucza albo innego urządzenia, które może posłużyć do otwarcia urządzenia zamykającego, nawet jeśli nie łączy się to z forsowaniem lub uszkodzaniem takiego urządzenia (art. 132–73 c.pén.).

W myśl art. 434–29 c.pén. takim samym karom jak za ucieczkę podlega:

- 1) więzień, który uchodzi z zakładu opieki zdrowotnej lub szpitala, gdzie poddany jest dozorowi,
- 2) skazany, który uchyla się od kontroli, pod jaką się znajduje w związku z zezwoleniem na wykonywanie kary na zewnątrz jednostki penitencjarnej lub w areszcie domowym w systemie dozoru elektronicznego albo w systemie półwolnościowym³³, względnie w związku z korzystaniem przez niego z zezwolenia na czasowe opuszczenie jednostki penitencjarnej,
- 3) skazany, który nie powraca do jednostki penitencjarnej po zakończeniu okresu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności lub okresu odbywania takiej kary w częściach, względnie nie powraca do jednostki penitencjarnej po upływie terminu zezwolenia na wykonywanie kary na zewnątrz tej jednostki, na wykonywanie kary w systemie półwolnościowym lub na czasowe opuszczenie jednostki penitencjarnej,
- 4) skazany odbywający karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, który w jakikolwiek sposób zakłóca działanie urządzeń służących do kontroli miejsca jego przebywania.

Zgodnie z art. 434–28 c.pén. na potrzeby niniejszego paragrafu (tj. paragrafu 2 – „Ucieczka”) przez „więźnia” rozumie się osobę, która:

- 1) została zatrzymana przez policję,
- 2) oczekuje na postawienie przed sądem lub jest w trakcie stawiania jej przed sądem po zatrzymaniu przez policję lub podczas wykonywania nakazu zatrzymania,
- 3) została powiadomiona o nakazie przyjęcia do aresztu lub nakazie zatrzymania, który jest w mocy,
- 4) odbywa karę pozbawienia wolności lub została zatrzymana w celu wykonania takiej kary,
- 5) znajduje się w areszcie ekstradycyjnym.

Kwalifikowane typy przestępstwa ucieczki zostały również opisane w art. 434–30 c.pén., zgodnie z którym czyny określone w art. 434–27 oraz art. 434–29 pkt 1 podlegają karze pozbawienia wolności do lat 7 i grzywnie do 100.000 euro, jeżeli zostały popełnione przy zastosowaniu groźby użycia broni, materiałów wybuchowych, łatwopalnych lub toksycznych (art. 434–30 ust. 1 c.pén.); jeśli wskazane w ust. 1 przestępstwa zostały popełnione z użyciem broni, materiałów wybuchowych, łatwopalnych lub toksycznych, względnie przestępstw tych dopuściła się zorganizowana grupa przestępcza, niezależnie od tego, czy członkowie tej grupy

³³ Wykonywanie kary na zewnątrz jednostki penitencjarnej (*le placement à l'extérieur*) w areszcie domowym w systemie dozoru elektronicznego (*la détention à domicile sous surveillance électronique*) oraz w systemie półwolnościowym (*la semi-liberté*) są to systemy wykonywania kary pozbawienia wolności, które mają na celu społeczną reintegrację skazanego (zob. art. 132–25 i 132–26 c.pén.).

byli więźniami, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 10 i grzywnie do 150.000 euro (art. 434–30 ust. 2 c.pén.). W myśl art. 132–75 c.pén. broń to każdy przedmiot zaprojektowany do zabijania i ranienia. Każdy inny przedmiot, który może stanowić zagrożenie dla ludzi, jest uważany za broń, jeżeli używa się go do zabijania, zadawania ran lub gróźb albo – w zamyśle osoby, która ten przedmiot posiada – ma zostać użyty do tych celów. Również każdy przedmiot podobny do broni zaprojektowanej do zabijania i ranienia, który jest używany do grożenia zabiciem lub zranieniem albo – w zamyśle osoby, która ten przedmiot posiada – ma zostać użyty do tych celów, traktuje się jako broń. Użycie zwierzęcia do zabicia, zranienia lub groźby uważa się za użycie broni. Z kolei zgodnie z art. 132–71 c.pén. zorganizowana grupa przestępcza to każde sformowane ugrupowanie lub porozumienie zawarte w celu przygotowania jednego lub większej liczby przestępstw, charakteryzowane przez jedno lub większą liczbę znamion tych przestępstw. Przygotowanie przestępstw interpretuje się jako ogół czynności, których celem jest ułatwienie dalszych etapów realizacji znamion czynu zabronionego (np. rozpoznawanie miejsc, gdzie ma zostać popełniony czyn, sporządzanie planów działania, nadzorowanie sprawców wykonawczych)³⁴.

Należy zauważyć, że bez uszczerbku dla przepisów art. od 132–2 do 132–5 (przepisy te dotyczą kwestii zbiegu przestępstw) kary nałożone za ucieczkę kumulują się i nie mogą być wykonywane równolegle z karami, które odbywał uciekinier, lub które zostały nałożone na niego za popełnienie przestępstwa, w związku z którym został pozbawiony wolności (art. 434–31 c.pén.).

Przestępstwo udzielenia pomocy w ucieczce zostało stypizowane w art. 434–32 c.pén. Zgodnie z tym przepisem, kto dostarcza więźniowi jakichkolwiek środków, dzięki którym może on uchylić się od dozoru, któremu jest poddany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 i grzywnie do 45.000 euro (art. 434–32 ust. 1 c.pén.); jeśli udzieleniu pomocy towarzyszyło użycie przemocy, wyłamanie lub korupcja, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5 i grzywnie do 75.000 euro (art. 434–32 ust. 2 c.pén.); jeśli natomiast pomoc wiązała się z dostarczeniem lub użyciem broni, materiałów wybuchowych, łatwopalnych lub toksycznych, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 7 i grzywnie do 100.000 euro (art. 434–32 ust. 3 c.pén.).

W myśl art. 434–33 ust. 1 c.pén. kto, będąc odpowiedzialnym za sprawowanie dozoru nad więźniem, ułatwia lub przygotowuje jego ucieczkę, chociażby przez celowe zaniechanie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 10 i grzywnie do 150.000 euro. Przepis powyższy stosuje się także do osoby, która z racji sprawowanych funkcji ma prawo wstępu do jednostki penitencjarnej lub zbliżenia się do więźnia w jakimkolwiek charakterze (art. 434–33 ust. 2 c.pén.). Jeśli pomoc wiązała się z dostarczeniem lub użyciem broni, materiałów wybuchowych, łatwopalnych lub toksycznych, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 15 i grzywnie do 225.000 euro (art. 434–33 ust. 3 c.pén.).

³⁴ Zob. J. Brzezińska, *Z problematyki przestępczości zorganizowanej w prawie francuskim* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XXXIX, red. T. Kalisz, Wrocław 2016, s. 14.

Osoby, o których mowa w art. 434–32 i 434–33 c.pén., mogą być solidarnie zobowiązane do zapłaty odszkodowania, którego pokrzywdzony miałby prawo dochodzić od więźnia, wnosząc powództwo cywilne o wynagrodzenie szkód spowodowanych przestępstwem, za jakie tenże został uwięziony (art. 434–34 c.pén.).

Usiłowanie występku określonych w omawianym paragrafie jest karalne (art. 434–36 c.pén.)³⁵.

Artykuł 434–37 c.pén. przewiduje instytucję czynnego żalu, polegającą na tym, że nie podlega karze osoba, która – jako sprawca albo współdziałający – dopuściła się usiłowania przestępstwa określonego w niniejszym paragrafie, jeśli zawiadomiła o ucieczce organ sądowy lub administrację jednostki penitencjarnej i tym samym zapobiegła dokonaniu ucieczki.

4. Hiszpania

Rozwiązania interesujące z punktu widzenia omawianej problematyki znajdują się w tytule XX „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”, w rozdziale VIII „Naruszenie wyroku” hiszpańskiego kodeksu karnego³⁶.

Zgodnie z art. 468 ust. 1 cód.p. kto narusza orzeczoney wobec niego wyrok, środek zabezpieczający³⁷, środek zapobiegawczy, areszt, karę pozbawienia wolności bądź uchyla się od konwoju (chodzi o przemieszczanie osadzonego poza jednostką penitencjarną³⁸), podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do roku, jeśli był pozbawiony wolności, a w pozostałych przypadkach – grzywnie od 12 do 24 miesięcy³⁹.

Przepis ten ma zastosowanie do ucieczki dokonanej przez osobę prawnie pozbawioną wolności, a także do niepowrócenia osadzonego do jednostki penitencjarnej po upływie okresu, na jaki zostało udzielone zezwolenie na czasowe opuszczenie tejże jednostki. Zgodnie z art. 5 ust. 2 lit. a *Real Decreto* 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario⁴⁰ podstawowym obowiązkiem osadzonego jest pozostawać w jednostce penitencjarnej do czasu zwolnienia do dyspozycji władzy sądowniczej lub w celu wykonania nałożonej na niego kary pozbawienia wolności. W literaturze podkreśla się, że z obowiązku tego wynika zakaz ucieczki, którego przełamanie może implikować odpowiedzialność z art. 468

³⁵ Prawo francuskie dzieli przestępstwa, w zależności od ciężaru gatunkowego, na zbrodnie (*crimes*), występkę (*délits*) i wykroczenia (*contraventions*) (art. 111–1 c.pén.). Zgodnie z art. 121–4 c.pén. usiłowanie zbrodni jest karalne zawsze, natomiast usiłowanie występku – tylko w przypadkach przewidzianych przez prawo. Spośród omawianych przestępstw zbrodnią jest tylko czyn z art. 434–33 ust. 3, pozostałe przestępstwa to występkę.

³⁶ *Código Penal (Ley Orgánica 10/1995)* z 23.11.1995 r., <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (dostęp: 3.01.2022 r.) – dalej: cód.p.

³⁷ Środki zabezpieczające (*las medidas de seguridad*) wymienione są w art. 96 cód.p.

³⁸ Zob. *Delito de quebrantamiento de condena y evasión de presos*, <https://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/delito-quebrantamiento-condena-evasion-presos> (dostęp: 3.01.2022 r.).

³⁹ Jeśli przepis prawa nie stanowi inaczej, grzywnę wymierza się w stawkach dziennych (art. 50 ust. 2 cód.p.). Jeżeli wymiar grzywny jest określony w miesiącach lub latach, przez miesiąc należy rozumieć 30 dni, a przez rok – 360 dni (art. 50 ust. 4 cód.p.).

⁴⁰ Akt ten reguluje wykonywanie kar i innych środków skutkujących pozbawieniem wolności; <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-3307> (dostęp: 3.01.2022 r.).

lub 469 cód.p.⁴¹ Należy zauważyć, że hiszpański Sąd Najwyższy wskazał w wyroku z 14.02.2020 r. (nr 50/2020), że występujące w art. 468 cód.p. sformułowanie „był pozbawiony wolności” odnosi się do aspektu normatywnego, tj. odbywania kary pozbawienia wolności, a nie do aspektu faktycznego związanego z pozbawieniem wolności w sensie fizycznym, w związku z czym w przypadku niepowrótca do zakładu karnego z zezwolenia na jego opuszczenie wobec sprawcy powinna być orzeczona kara pozbawienia wolności, a nie grzywna⁴². W przedmiotowej sprawie oskarżony, odbywający karę pozbawienia wolności, uzyskał zezwolenie na opuszczenie zakładu karnego na kilka dni. Nie powrócił do jednostki w wyznaczonym terminie i został zatrzymany dopiero kilka miesięcy później. Hiszpańskie prawo karne wykonawcze, tak jak polskie, przewiduje zezwolenia na czasowe opuszczenie jednostki penitencjarnej (*permisos de salida*) (zob. art. 47 i 48 *Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria*⁴³). W literaturze podkreśla się, że jedną z konsekwencji (oprócz np. konsekwencji dyscyplinarnych) zaniechania powrotu do jednostki w wyznaczonym terminie jest możliwość zastosowania art. 468 cód.p.⁴⁴

W myśl art. 37 ust. 3 cód.p. przepisy art. 468 cód.p. mają zastosowanie również do osoby, która uchyła się od kary aresztu domowego. Kara ta (*la localización permanente*) polega na obowiązku przebywania skazanego w jego domu lub innym miejscu określonym przez sąd (art. 35 i art. 37 ust. 1 cód.p.). W pewnych sytuacjach można orzec, że kara ta będzie wykonywana w soboty, niedziele i święta państwowe w zakładzie karnym położonym najbliżej miejsca zamieszkania skazanego (art. 37 ust. 1 akapit 2 cód.p.). Należy zauważyć, że charakter tego środka bardziej przypomina ograniczenie wolności niż jej pozbawienie.

Kwalifikowany typ przestępstwa samouwolnienia określony został w art. 469 cód.p., zgodnie z którym ten, kto – będąc skazanym lub uwięzionym na innej podstawie – ucieka z miejsca pozbawienia wolności, używając przemocy wobec osoby lub groźby jej użycia, przemocy wobec rzeczy albo biorąc udział w buncie, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 4. W literaturze bunt definiuje się jako wystąpienie kilku skazanych lub więźniów przeciwko władzom odpowiedzialnym za ich pilnowanie⁴⁵.

W art. 470 cód.p. stypizowano przestępstwo ułatwienia ucieczki. Zgodnie z ust. 1 tego artykułu kto umożliwia ucieczkę skazanemu, uwięzionemu na innej podstawie albo zatrzymanemu, zarówno z miejsca, w którym jest on pozbawiony wolności, jak i w trakcie jego konwojowania, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do roku i grzywnie od 12 do 24 miesięcy. Jeśli w celu popełnienia przestępstwa, o którym mowa w ust. 1, użyto przemocy wobec osoby lub groźby jej użycia, przemocy wobec rzeczy albo dopuszczono się korupcji, sprawca podlega karze pozbawienia wolności

⁴¹ Zob. F.J. Armenta González-Palenzuela, V. Rodríguez Ramírez, *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Sevilla 2006, s. 78.

⁴² Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 50/2020, <https://vlex.es/vid/840799120> (dostęp: 3.01.2022 r.).

⁴³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708> (dostęp: 3.01.2022 r.).

⁴⁴ Zob. F.J. Armenta González-Palenzuela, V. Rodríguez Ramírez, *Reglamento...*, s. 253 i 567.

⁴⁵ Zob. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, red. G. Quintero Olivares, Pamplona 2016, s. 1901.

od 6 miesięcy do lat 4 (art. 470 ust. 2 cód.p.). Jeśli przestępstwa dopuściła się osoba wskazana w art. 454 cód.p. (osoba najbliższa dla więźnia⁴⁶), podlega ona grzywnie od 3 do 6 miesięcy, przy czym kara powinna być adekwatna do wyrządzonej szkody lub zastosowanej przemocy albo groźby (art. 470 ust. 3 cód.p.). Natomiast zgodnie z art. 471 cód.p. sąd stosuje zaostrenie kary o jeden stopień⁴⁷, jeśli sprawca przestępstwa to funkcjonariusz publiczny odpowiedzialny za konwojowanie lub strzeżenie skazanego lub uwięzionego na innej podstawie. Wobec takiej osoby należy również orzec zakaz zatrudnienia lub sprawowania urzędów w sferze publicznej na okres od 6 do 10 lat, jeśli uciekinier był skazany prawomocnym wyrokiem, a w pozostałych przypadkach – na okres od 3 do 6 lat.

5. Wnioski

Poczynione uwagi pozwalają na sformułowanie następujących wniosków.

1. Dobro chronione przez omówione wyżej przepisy to – podobnie jak w prawie polskim – prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. We włoskim kodeksie jest ono uszczegółowione i określone mianem „powagi decyzji sądowych”, podobnie w hiszpańskim, gdzie mówi się o „naruszeniu wyroku”, natomiast we francuskim następuje zawężenie do „powagi wymiaru sprawiedliwości”.

2. We wszystkich przeanalizowanych prawodawstwach samouwolnienie (ucieczka) osoby pozbawionej wolności zgodnie z prawem podlega karze. Interesujące jest jednak to, że w przepisach Włoch, Francji i Hiszpanii chodzi o izolację związaną z wykonywaniem przez państwo szeroko rozumianego prawa karania (*ius puniendi*). Mowa tu o pozbawieniu wolności w sprawach o charakterze karnym, np. odbywanie kary pozbawienia wolności, zatrzymanie w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa, tymczasowe aresztowanie. Artykuł 242 § 1 polskiego k.k. dużo szerzej rysuje krąg podmiotów mogących być sprawcą ucieczki, wskazując ogólnie, że chodzi o osobę pozbawioną wolności „na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy”. Może się to więc wiązać z izolacją stosowaną w związku z wykonywaniem wymiaru sprawiedliwości w sprawach nie tylko karnych, ale też cywilnych czy administracyjnych⁴⁸.

Należy wskazać, że we Włoszech przepis penalizujący ucieczkę ma zastosowanie również do skazanego, który wykonuje pracę poza terenem jednostki penitencjarnej i oddala się samowolnie z takiego miejsca. Kwestia kwalifikacji prawnej takiego zachowania jest na gruncie polskiego k.k. skomplikowana⁴⁹. Próbę ujednolicenia

⁴⁶ Najbliżsi to: małżonek lub osoba, która pozostaje z więźniem w stałej relacji uczuciowej podobnego rodzaju, a także wstępni, zstępni, rodzeństwo (rodzone i wynikające z przysposobienia) oraz powinowaci w tym samym stopniu.

⁴⁷ Kara zaostrzona o jeden stopień nie może być niższa od górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o jeden dzień lub jedną stawkę dzienną grzywny, w zależności od rodzaju wymierzonej kary, oraz nie może przekraczać górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 70 ust. 1 pkt 1 cód.p.).

⁴⁸ Zob. na ten temat szerzej P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 79–118.

⁴⁹ Zob. P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 178–185, 344–346, 353–358 oraz B. Boch, *Kwalifikacja prawna czynu polegającego na samowolnym oddaleniu się skazanego z miejsca pracy poza zakładem karnym w systemie bez konwojenta*, „Przegląd Sądowy” 2017/11–12, s. 81 i n.

orzecznictwa w tym zakresie podjęto w uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 8.04.2021 r., I KZP 9/20⁵⁰, w której stwierdzono, że: „Samowolne opuszczenie miejsca pracy przez skazanego, zatrudnionego poza terenem zakładu karnego w systemie bez konwojenta, na podstawie art. 91 pkt 2 k.k.w.⁵¹, nie stanowi czynności sprawczej przestępstwa określonego w art. 242 § 1 k.k.”⁵².

3. Wszystkie omówione prawodawstwa przewidują również kwalifikowany typ przestępstwa ucieczki, przy czym najbardziej zbliżona do rozwiązania polskiego jest regulacja hiszpańska. Znamiona kwalifikujące to: użycie przemocy (wobec osoby – Włochy, wobec osoby lub rzeczy – Hiszpania, Francja); groźba użycia przemocy wobec osoby (Włochy, Hiszpania); groźba użycia broni, materiałów wybuchowych, łatwopalnych lub toksycznych (Francja); wyłamanie się z miejsca izolacji (Włochy, Francja); użycie broni, materiałów wybuchowych lub toksycznych (Włochy, Francja); popełnienie przestępstwa przez więcej niż jedną osobę (Włochy – co najmniej dwie osoby, Francja – zorganizowana grupa przestępcza, Hiszpania – co najmniej kilka osób biorących udział w buncie); korupcja (Francja). W polskim k.k. (art. 242 § 4) mówi się z kolei ogólnie o użyciu przemocy (co wiąże się z wpływaniem na psychikę określonej osoby poprzez oddziaływanie na człowieka lub rzecz), groźbie jej użycia, działaniu w porozumieniu z innymi osobami (czyli co najmniej dwiema), a także uszkodzeniu miejsca zamknięcia. To ostatnie znamię nie występuje w analizowanych regulacjach obcych, choć takie uszkodzenie może towarzyszyć wyłamaniu się, o którym mowa w kodeksie włoskim i francuskim.

4. Wszystkie przeanalizowane prawodawstwa przewidują rozwiązania podobne do art. 242 § 2 i 3 polskiego k.k. (przestępstwo tzw. niepowrotu), przy czym o ile we Włoszech i Francji przepisy wyraźnie odnoszą się do różnego rodzaju zezwoleń na czasowe opuszczenie jednostki penitencjarnej, o tyle w Hiszpanii karalność niepowrotu wyprowadza się z ogólnego przepisu art. 468 ust. 1 cód.p. Warunkiem dokonania przestępstwa z art. 242 § 2 i 3 k.k. jest pozostawanie przez sprawcę na wolności ponad 3 dni po upływie wyznaczonego terminu powrotu do jednostki penitencjarnej. Podobne rozwiązanie przyjęto we Włoszech, jednakże tam czas ten wynosi 12 godzin. Kolejnym podobieństwem w stosunku do polskiej regulacji okazuje się to, że we włoskim prawie znamieniem negatywnym przestępstwa niepowrócenia do miejsca izolacji jest istnienie uzasadnionego powodu zaniechania powrotu. Co ciekawe, we włoskim orzecznictwie przyjmuje się, iż omawiane przestępstwo ma charakter jednorazowy. W Polsce dominuje (nietrafny moim zdaniem) pogląd, że przestępstwo to cechuje się trwałością, a więc jest popełniane przez cały okres bezprawnego pozostawiania sprawcy na wolności⁵³.

5. Jeśli chodzi o odpowiedniki naszego art. 243 k.k. (uwolnienie osoby pozbawionej wolności lub ułatwienie jej ucieczki), to we wszystkich badanych prawodawstwach występują przestępstwa tego typu, przy czym mają one również swoje odmiany

⁵⁰ OSNK 2021/6, poz. 22.

⁵¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 53 ze zm.).

⁵² Takie kategoryczne postawienie sprawy, bez niuansowania problemu wykonywania pracy poza terenem zakładu karnego, jest moim zdaniem nietrafne. Do kwestii tej odniosłem się szerzej w odrębnym opracowaniu, które w momencie pisania niniejszych słów oczekuje na publikację.

⁵³ Zob. szerzej P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 198–208.

zmodyfikowane, czego w polskim Kodeksie karnym brak. Biorąc pod uwagę typy podstawowe, czynność sprawcza polega na: umożliwianiu lub ułatwianiu ucieczki (Włochy), dostarczaniu więźniowi jakichkolwiek środków, dzięki którym może on uchylić się od dozoru, jakiemu jest poddany (Francja), lub umożliwianiu ucieczki (Hiszpania). Wszystkie te czynności stanowią formę umyślnego udzielenia pomocy przy ucieczce.

Znamiona kwalifikujące te przestępstwa to m.in. użycie przemocy (Włochy, Francja, Hiszpania), wyłamanie (Włochy, Francja), korupcja (Francja, Hiszpania), dostarczenie lub użycie broni (Francja). Interesujące, że we Włoszech okolicznością zwiększającą karygodność omawianego typu przestępstwa jest surowa kara odbywana przez zbiega, któremu sprawca pomaga. We Francji i Hiszpanii znamieniem kwalifikującym jest to, że pomocy przy ucieczce udziela osoba odpowiedzialna za sprawowanie nadzoru nad więźniem.

We Włoszech i Hiszpanii określono również typy uprzywilejowane przestępstwa. Łagodniejszej karze podlega sprawca, który jest – ogólnie rzecz ujmując – osobą bliską dla uciekiniera. Włoski kodeks przewiduje również, że łagodniej należy potraktować sprawcę, który wyraził swego rodzaju czynny żal po dokonaniu przestępstwa (w ciągu 3 miesięcy od ucieczki spowodował schwytanie uciekiniera lub postawienie go przez władzami).

Warto też zwrócić uwagę na to, że włoski kodeks przewiduje odpowiedzialność karną za dopuszczenie do ucieczki przez niedbalstwo. Sprawcą takiego czynu zabronionego może być tylko osoba odpowiedzialna za pilnowanie więźnia. Na gruncie polskiego k.k. takie zachowanie można rozpatrywać pod kątem art. 231 § 3 k.k. (nieumyślne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego). Trzeba jednak pamiętać, że warunkiem zastosowania tego przepisu jest ustalenie, że sprawca swoim czynem wyrządził istotną szkodę. Przestępstwo nieumyślnego uwolnienia osoby pozbawionej wolności lub ułatwienia jej ucieczki przewidywał natomiast art. 257 § 2 Kodeksu karnego z 1969 r.⁵⁴

6. Porównanie regulacji prawnych obowiązujących we Włoszech, Francji i Hiszpanii prowadzi do wniosku, że państwa te można zaliczyć do tej samej kultury prawnej, którą można nazwać romańską. Regulacje te nie są identyczne, jednakże wykazują podobne cechy. Niewykluczone, że wynika to właśnie z tego, że wyrastają z jednego pnia, tj. z tradycji prawa rzymskiego.

Zauważyć można, że polskie rozwiązania charakteryzują się większą syntetycznością niż omówione regulacje obce. Zastanowić trzeba się jednak, czy taka syntetyczność nie jest źródłem chaosu interpretacyjnego, który można zauważyć w orzecznictwie i doktrynie w kontekście analizy art. 242 i 243 k.k.⁵⁵

Być może należałoby poświęcić syntetyczność kosztem drobnej kazuistyki i wyraźnie uregulować niektóre kwestie, np. stworzyć typ przestępstwa polegającego

⁵⁴ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.). Zapewne powodem wyeliminowania tego typu przestępstwa z polskiego porządku prawnego była bardzo mała liczba skazań za takie czyny (zob. P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 38).

⁵⁵ Zob. na ten temat P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, *passim*, w szczególności rozdziały dotyczące analizy ustawowych znamion omawianych tam przestępstw.

na samowolnym oddaleniu się osadzonego z miejsca pracy wykonywanej poza jednostką penitencjarną (np. wprowadzenie do art. 242 k.k. paragrafu 3a o treści: „Karze określonej w § 2 podlega także osadzony skierowany do pracy poza terenem zakładu karnego lub aresztu śledczego [ewentualnie: jednostki penitencjarnej], który nie stawia się w miejscu pracy w wyznaczonym terminie albo samowolnie oddala się z takiego miejsca, chyba że ma zastosowanie § 1 niniejszego artykułu”).

Ponadto warto pomyśleć nad ograniczeniem karalności samouwolnień do ucieczek z izolacji o charakterze karnym. Przepis mógłby mieć następujące brzmienie: „Kto uwalnia się, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy w związku z popełnionym przez niego czynem zabronionym wypełniającym znamiona przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo w związku z umieszczeniem w zakładzie poprawczym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Należy zastanowić się też nad wprowadzeniem – wzorem art. 385 ust. 4 włoskiego kodeksu karnego – regulacji przewidującej łagodniejszą odpowiedzialność za samouwolnienie lub tzw. niepowrót, jeśli sprawca dobrowolnie powrócił do miejsca izolacji w określonym czasie po dokonaniu przestępstwa.

W świetle problemu rozpatrywanego przez Sąd Najwyższy w sprawach I KZP 11/16 oraz I KZP 3/17⁵⁶, związanego w kwalifikacją prawną uchylenia się skazanego od odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, warto pójść za wzorem rozwiązań włoskich oraz francuskich i stworzyć przepis wprowadzający karalność wskazanego zachowania, szczególnie że trudno uzasadnić brak takiej regulacji, skoro podobne czyny, ale dotyczące wykonywania niektórych środków karnych i zabezpieczających, są penalizowane (art. 244a i 244b k.k.). Regulacja taka mogłaby przyjąć następujący kształt: „Skazany, wobec którego wykonywany jest dozór elektroniczny stacjonarny, który bez usprawiedliwionej przyczyny narusza obowiązek pozostawania we wskazanym przez sąd miejscu w wyznaczonym czasie, podlega karze...”.

Jeśli zaś chodzi o przestępstwo z art. 243 k.k., to – czerpiąc inspirację z prawa włoskiego i hiszpańskiego – można zastanowić się nad wprowadzeniem łagodniejszej odpowiedzialności dla osoby, która uwolniła lub ułatwiła ucieczkę osobie najbliższej

⁵⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 19.01.2017 r., I KZP 11/16, w którym stwierdzono, że: „zwrot normatywny «uwalnia się sam będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu», powinien być interpretowany również jako takie działanie, które stanowi bezprawne uwolnienie się od wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, a sprawca ponosi wówczas odpowiedzialność karną na podstawie art. 242 § 1 k.k.” (http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia_prawne/EditForm/I-KZP-0011-16_p.pdf; dostęp: 3.01.2022 r.), a także związany z nim wyrok składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 21.06.2017 r., I KZP 3/17, LEX nr 2334899. Krytycznie do zapatrywań Sądu Najwyższego odnieśli się: P. Poniatowski, *Gloss on the Supreme Court ruling of 19 January 2017, I KZP 11/16 (with reference to the Supreme Court judgement of 21 June 2017, I KZP 3/17)*, „Ius Novum” 2018/4, s. 160 i n. oraz W. Ludźmierski, M. Tyralik, *Przestępstwo samouwolnienia a system dozoru elektronicznego i praca poza zakładem karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2021/1, s. 15 i n., natomiast aprobowując – A. Górski, *Wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego a przestępstwo samouwolnienia (uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego, I KZP 3/17)*, „Państwo i Prawo” 2019/4, s. 79 i n.

(analogicznie jak w art. 239 § 2 albo 3 k.k.). Przykładowa treść takiego przepisu przedstawiałaby się następująco: „Sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia, jeżeli sprawca uwolnił osobę najbliższą lub ułatwił jej ucieczkę”.

Bibliografia

1. Armenta González-Palenzuela F.J., Rodríguez Ramírez V., *Reglamento Penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, Sevilla 2006.
2. *Arresti domiciliari: recarsi in giardino è evasione*, <https://www.brocardi.it/notizie-giuridiche/arresti-domiciliari-recarsi-giardino-evasione/703.html>.
3. Boch B., Kwalifikacja prawna czynu polegającego na samowolnym oddaleniu się skazanego z miejsca pracy poza zakładem karnym w systemie bez konwojenta, *Przegląd Sądowy* 2017, nr 11–12.
4. Brzezińska J., *Z problematyki przestępczości zorganizowanej w prawie francuskim* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, t. XXXIX, red. T. Kalisz, Wrocław 2016.
5. *Delito de quebrantamiento de condena y evasión de presos*, <https://www.eliasymunozabogados.com/diccionario-juridico/delito-quebrantamiento-condena-evasion-presos>.
6. Delnon V., Rüdy B. [w:] *Basler Kommentar. Strafrecht II. Art. 111–392 StGB*, red. M.A. Niggli, H. Wiprächtiger, Basel 2013.
7. Górski A., Wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego a przestępstwo samouwolnienia (uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego, I KZP 3/17), *Państwo i Prawo* 2019, z. 4.
8. Ludźmierski W., Tyralik M., *Przestępstwo samouwolnienia a system dozoru elektronicznego i praca poza zakładem karnym*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2021, z. 1.
9. Poniatowski P., *Gloss on the Supreme Court ruling of 19 January 2017, I KZP 11/16 (with reference to the Supreme Court judgement of 21 June 2017, I KZP 3/17)*, *Ius Novum* 2018, nr 4.
10. Poniatowski P., *Odpowiedzialność penalna za ucieczkę osoby prawnie pozbawionej wolności w prawie rzymskim i prawie starożytnych Aten*, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 2020, z. 1.
11. Poniatowski P., *Przestępstwa uwolnienia osoby prawnie pozbawionej wolności (art. 242 i 243 k.k.)*, Warszawa 2019.
12. *Protokół posiedzenia sekcji prawa karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP z dnia 30 stycznia 1923 r.*, Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego, t. II.
13. Quintero Olivares G. [red.], *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona 2016.

Ewelina Wojewoda

Refleksje wokół prawnokarnej oceny fałszowania produktów leczniczych oraz wprowadzania ich do obrotu

*Reflections on the criminal law assessment of the falsification
of medicinal products and their placing on the market*

Abstract

Pharmaceutical crime poses a huge challenge both to the national legislators and the international community. We have recently observed a particular development of this phenomenon, also due to the outbreak of the Covid-19 pandemic. The specific nature of pharmaceutical crime determines that in the case of irregularities in the marketing of medicinal products, we may have to deal with several regimes of liability – administrative, civil, criminal as well as professional one. On the penal level, the provisions grouped in the Criminal Code and the Pharmaceutical Law will be of fundamental importance. Correct classification of counterfeiting of medicinal products and their marketing may raise practical doubts which are based on the establishment of mutual relations between provisions – Article 165 paragraph 1 point 2 of the Penal Code and non-Code regulations found in the pharmaceutical law and extra-code regulations contained in the pharmaceutical law.

Keywords: *Pharmaceutical crime, counterfeiting of medicines, falsified medicines, falsified medicinal products, medical criminal law*

Streszczenie

Przestępczość farmaceutyczna stanowi ogromne wyzwanie dla ustawodawców krajowych i społeczności międzynarodowej. W ostatnim czasie możemy zaobserwować szczególny rozwój tego zjawiska, do czego przyczynił się wybuch pandemii COVID-19. Specyfika przestępczości farmaceutycznej przesądza o tym, że w przypadku nieprawidłowości w obrocie produktami leczniczymi możemy mieć do czynienia z kilkoma reżimami odpowiedzialności – odpowiedzialnością administracyjną, cywilną, karną, jak też zawodową. Na płaszczyźnie penalnej zasadnicze znaczenie będą miały przepisy zgrupowane w Kodeksie karnym i Prawie farmaceutycznym. Dokonanie prawidłowej subsumpcji fałszowania produktów leczniczych i wprowadzania ich do obrotu może wzbudzać wątpliwości praktyczne, u podłoża których leży ustalenie wzajemnego stosunku przepisów: art. 165 § 1 pkt 2 k.k. i regulacji pozakodeksowych znajdujących się w Prawie farmaceutycznym.

Słowa kluczowe: *przestępczość farmaceutyczna, fałszowanie leków, leki sfałszowane, sfałszowane produkty lecznicze, medyczne prawo karne*

Dr Ewelina Wojewoda jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0003-1684-506X, e-mail: e.wojewoda@uwb.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 1.02.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 8.03.2022 r.

1. Wprowadzenie

Współcześnie przestępczość farmaceutyczna urasta do rangi bardzo poważnego, globalnego problemu, z którym mierzy się społeczność międzynarodowa. Wpisała się ona już na stałe w obraz przestępczości na świecie, stając się tym samym jednym z klasycznych i bardzo dochodowych obszarów aktywności zorganizowanych struktur przestępczych. Od lat zagrożenie przestępczością farmaceutyczną w naszym kraju kształtuje się na wysokim poziomie, do czego przyczynia się przede wszystkim geograficzne położenie Polski. W ostatnim czasie eskalacja tego rodzaju przestępczości uwarunkowana była niewątpliwie wybuchem pandemii COVID-19¹, która wywarła bardzo istotny wpływ na wiele sfer życia społeczno-gospodarczego, w tym także funkcjonowanie sektora farmaceutycznego. Na dużą skalę zaczęto fałszować produkty stosowane w leczeniu COVID-19 oraz wyroby medyczne przeznaczone do diagnozowania zakażeń wirusem SARS-CoV-2. Pojawiały się także szczepionki, w których składzie nie było deklarowanego składnika antygenowego albo które zawierały wyłącznie roztwór soli kuchennej. Na początku grudnia 2020 r. Interpol wydał nawet ostrzeżenie o zagrożeniu związanym z działalnością zorganizowanych grup przestępczych trudniących się nielegalną produkcją oraz obrotem sfalszowanymi lekami, testami i szczepionkami przeciwko COVID-19, a także przeciwko grypie.

Szczególne miejsce w ramach szeroko rozumianej przestępczości farmaceutycznej zajmuje niewątpliwie proceder fałszowania produktów leczniczych i wprowadzania ich do obrotu, co wiąże się z ogromnym zagrożeniem dla życia i zdrowia ludzi. Do najczęściej fałszowanych produktów leczniczych należą sterydy anaboliczne, środki odchudzające, antykoncepcyjne i psychotropowe oraz preparaty stosowane w przypadku występowania zaburzeń erekcji². Główny Inspektorat Farmaceutyczny zwraca uwagę, że w krajach rozwiniętych znacznie częściej niż w pozostałych fałszuje się także leki specjalistyczne oraz drogie³. Należy podkreślić, że sfalszowane produkty często wytwarzane są z pominięciem jakichkolwiek norm jakości, przy użyciu niepełnowartościowych substancji. Ponadto zawierają niedozwolone substancje czynne, toksyczne zanieczyszczenia, jak również środki nieznanego pochodzenia. Ich stosowanie prowadzi do zwiększenia skali zachorowalności na różne choroby, wzrostu lekooporności oraz minimalizuje szanse uzyskania pozytywnych efektów procesu leczenia. W konsekwencji wpływa więc także na wzrost współczynnika śmiertelności⁴. Wskazuje się, że ryzyko śmierci spowodowanej zażyciem tych produktów jest statystycznie wyższe niż w skutek malarii i AIDS łącznie. Tytułem przykładu można odnieść się do Chin, w których liczba zgonów z powodu zażycia leków sfalszowanych i substandardowych sięga aż 200.000

¹ O nowych trendach w przestępczości w dobie pandemii COVID-19 zob. szerzej P. Pawluczuk-Bučko, *The Impact of the Pandemic on Economic Crime*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2021/26(6), s. 71–84.

² *Sfalszowane produkty lecznicze*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/sfalszowane-produkty-lecznicze> (dostęp: 18.01.2022 r.).

³ *Sfalszowane produkty lecznicze*, <https://archiwum.gif.gov.pl/pl/nadzor/sfalszowane-produkty-le/informacje-ogolne/sfalszowane-produkty-le/479,Fakty.html> (dostęp: 18.01.2022 r.).

⁴ E. Wojewoda, *Wybrane kodeksowe przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu powiązane z przestępczością farmaceutyczną* [w:] *Przestępczość farmaceutyczna w XXI wieku*, red. E.M. Guzik-Makaruk, I. Sołtyszewski, Warszawa 2022, s. 112–113.

na przestrzeni roku⁵. W USA liczba ofiar, które poniosły śmierć w następstwie zażycia sfalszowanych leków, przewyższa liczbę ofiar, które zginęły w wypadkach drogowych⁶. Niestety brakuje oficjalnych danych dotyczących skali zgonów z tego powodu w Polsce.

Z informacji prezentowanych przez World Health Organization (dalej WHO) wynika, że średnio 10% leków dostępnych na światowych rynkach stanowią produkty sfalszowane i niespełniające wymogów jakościowych⁷. W krajach rozwijających się udział ten sięga nawet 30%⁸. Ponadto szacuje się, że wartość sektora nielegalnych i sfalszowanych farmaceutyków wynosi nawet 30 miliardów dolarów⁹. Można przypuszczać, że liczby te stanowią tylko ułamek przestępczości rzeczywistej, albowiem obszar przestępczości farmaceutycznej dotknięty jest w znacznej mierze tzw. ciemną liczbą. Należy zwrócić uwagę także na to, że wiele koncernów farmaceutycznych unika upubliczniania informacji na temat fałszowania ich produktów, gdyż obawia się niekorzystnego wpływu takich doniesień na prowadzoną sprzedaż¹⁰.

Sfalszowane i nielegalne leki, suplementy diety oraz wyroby medyczne są powszechnie dostępne. Można je nabyć prawie wszędzie: na targowiskach, siłowniach, w sklepach dla sportowców czy w gabinetach masażu oraz medycyny orientalnej¹¹. Niepokój wzbudza fakt ujawniania przypadków obecności sfalszowanych leków także w legalnym łańcuchu dystrybucji¹². Szczególnym miejscem, w którym odbywa się handel tymi produktami na szeroką skalę, jest przestrzeń wirtualna. WHO zwraca uwagę, że nawet połowę produktów leczniczych dostępnych w internecie mogą stanowić produkty sfalszowane¹³. Wskazuje się również, że polskojęzyczne domeny, na których można nabyć takie produkty, rejestrowane są na zagranicznych serwerach¹⁴, co w zasadniczym stopniu utrudnia walkę z tym fenomenem.

2. Cel analizy

Na gruncie krajowego ustawodawstwa problematyka bezpieczeństwa produktów leczniczych uregulowana została w kompleksowy sposób w ustawie z 6.09.2001 r.

⁵ Z. Fijałek, K. Sarna, *Wybrane aspekty jakości produktów leczniczych i suplementów diety – produkty substandardowe, nielegalne i sfalszowane*, „Rynek Farmaceutyczny” 2009/7(65), s. 470.

⁶ *Falszowanie leków: laboratorium jak z CSI wykrywa to, czego nie widzi oko*, Polityka Zdrowotna z 12 kwietnia 2018 r., <https://www.politykazdrowotna.com/30631,falszowanie-lekow-laboratorium-jak-z-csi-wykrywa-to-czego-nie-widzi-ok> (dostęp: 8.03.2021 r.).

⁷ *Substandard and falsified medical products*, https://www.who.int/health-topics/substandard-and-falsified-medical-products#tab=tab_1 (dostęp: 25.01.2022 r.).

⁸ *A study on the public health and socioeconomic impact of substandard and falsified medical products*, Geneva 2017, http://www.who.int/medicines/regulation/ssfc/publications/SEStudy_EN_web.pdf?ua=1 (dostęp: 8.01.2022 r.).

⁹ *Manufacturing of and trafficking in falsified medical products*, <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-3/key-issues/falsified-medical-products.html> (dostęp: 18.01.2022 r.).

¹⁰ Z. Fijałek, K. Sarna, *Falszowanie leków i inne przestępstwa farmaceutyczne*, „Problemy Kryminalistyki” 2009/263, s. 6.

¹¹ *Miejsca dystrybucji sfalszowanych leków*, <https://www.gif.gov.pl/pl/nadzor/sfalszowane-produkty-le/informacje-ogolne/miejscadystrybucji-sfa/480,Miejscadystrybucji-sfalszowanych-lekow.html> (dostęp: 18.01.2022 r.).

¹² D. Świeczkowski, S. Zdanowski, P. Merkes, M.J. Jaguszewski, *Leki sfalszowane jako wyzwanie dla zdrowia publicznego – próba definicji pojęcia i skali zjawiska na świecie oraz ujęcie prawne i socjologiczne*, „Farmacja Społeczna” 2019/11, s. 617.

¹³ *Sfalszowane produkty lecznicze*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/sfalszowane-produkty-lecznicze> (dostęp: 18.01.2022 r.).

¹⁴ *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 r.*, Warszawa 2017, s. 145.

– Prawo farmaceutyczne¹⁵, w której znalazły się także przepisy penalne. Prawnokarna ocena fałszowania produktów leczniczych i wprowadzania ich do obrotu budzi liczne wątpliwości praktyczne. Ich źródłem jest kwestia ustalenia wzajemnego stosunku art. 165 § 1 pkt 2 Kodeksu karnego¹⁶ i regulacji pozakodeksowych znajdujących się w wyżej wskazanym akcie normatywnym, tj. art. 124 i 124b u.p.f.

Wstępna analiza treści wskazanych przepisów prowadzi do wniosku, iż zachowania polegające na fałszowaniu produktów leczniczych mogą wypełniać znamiona określone zarówno w przepisach kodeksowych, jak i pozakodeksowych, co rodzi wątpliwości w kontekście przyjęcia właściwej kwalifikacji prawnej czynu. Wielość przepisów prawnokarnych konkurujących ze sobą do oceny tego samego stanu faktycznego stwarza więc konieczność ustalenia wzajemnych relacji, jakie między nimi zachodzą. W tym celu analizie poddane zostaną znamiona wybranych przestępstw penalizowanych na płaszczyźnie pozakodeksowej oraz znamiona czynu typizowanego w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Poza zakresem rozważań pozostaną natomiast czyny zabronione określone w Prawie własności przemysłowej¹⁷.

3. Charakterystyka ustawowych znamion przestępstw z art. 124 i 124b ustawy Prawo farmaceutyczne

Na gruncie Prawa farmaceutycznego szczególne znaczenie w kontekście opisywanej problematyki ma wspomniany już art. 124b u.p.f., który został dodany do ustawy Prawo farmaceutyczne w wyniku nowelizacji z 19.12.2014 r.¹⁸ W ust. 1 wskazanej jednostki redakcyjnej penalizacją objęto wytwarzanie sfałszowanego produktu leczniczego lub sfałszowanej substancji czynnej. Wskazuje się, że przedmiotem ochrony tego przepisu, jak również pozostałych przepisów karnych zgrupowanych w rozdziale 9 u.p.f., jest zdrowie publiczne¹⁹. W tym miejscu wypada jednak zauważyć, że nie wszystkie przepisy karne znajdujące się w przedmiotowej ustawie mają za przedmiot ochrony zdrowie. Jeżeli chodzi o zachowania typizowane w art. 124b u.p.f., to niewątpliwie stwarzają one zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego²⁰, a zatem dobrami chronionymi w art. 124b będą właśnie te wartości. Ponadto typizowane zachowania w istotny sposób godzą w zaufanie do produktów leczniczych i substancji czynnych²¹.

Czynność sprawcza określona w art. 124b ust. 1 u.p.f. polega na wytwarzaniu sfałszowanego produktu leczniczego lub substancji czynnej. W świetle art. 2 pkt 42 i 42a u.p.f. wytwarzanie obejmuje: pozyskiwanie materiałów niezbędnych do produkcji

¹⁵ Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1977 ze zm.) – dalej u.p.f.

¹⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

¹⁷ Ustawa z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 324).

¹⁸ Ustawa z 19.12.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo farmaceutyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 28 ze zm.).

¹⁹ I. Kalinowska-Maksim, *Fałszowanie produktów leczniczych. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2020, s. 238.

²⁰ V. Konarska-Wrzošek, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu* [w:] *Szczegółne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa 2018, s. 416.

²¹ L. Wilk, *Komentarz do art. 124b pr. farm.* [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 260–261; W.L. Olszewski, *Komentarz do art. 124b pr. farm.* [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W.L. Olszewski, LEX/el. 2016, uw. 1.

specyfiku, samą produkcję, ale też pakowanie lub przepakowywanie oraz przechowywanie i dystrybucję wytwarzanych produktów leczniczych objętych wnioskiem o wydanie zezwolenia na wytwarzanie, jak również czynności kontrolne związane z nadzorem nad tymi procesami. Nie budzi więc wątpliwości, że zakres desygnatów tego pojęcia jest szeroki i wykracza poza znaczenie przyjęte w języku potocznym. Wytwarzanie oznacza więc, oprócz samej produkcji, także czynności następujące po niej, np. przechowywanie i dystrybucję produktów leczniczych²².

Definicja legalna produktu leczniczego znajduje się zaś w art. 2 pkt 32 u.p.f. Produktem leczniczym „jest substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”.

Na płaszczyźnie ustawowej zdefiniowano także pojęcie sfałszowanego produktu leczniczego. W art. 2 pkt 38a u.p.f. wskazano, że termin ten odnosi się do produktu leczniczego, „z wyłączeniem produktu leczniczego z niezamierzoną wadą jakościową, który został fałszywie przedstawiony w zakresie: tożsamości produktu, w tym jego opakowania, etykiety, nazwy lub składu w odniesieniu do jakichkolwiek składników, w tym substancji pomocniczych, oraz mocy tych składników, jego pochodzenia, w tym jego wytwórcy, kraju wytworzenia, kraju pochodzenia lub podmiotu odpowiedzialnego, (...) jego historii, w tym danych i dokumentów dotyczących wykorzystanych kanałów dystrybucji”.

W zakresie definiensów sfałszowanego produktu leczniczego znalazło się sporo różnych kategorii. Należy zauważyć, że fałszuje się nie tylko leki oryginalne, lecz także ich odpowiedniki. Ponadto produkty lecznicze sfałszowane mogą mieć składniki zgodne z oryginalnymi²³. Fałszowanie może dotyczyć samego leku (niewłaściwe składniki bądź składniki stosowane w nieodpowiednich proporcjach), a także jego opakowania. Może zdarzyć się więc tak, że sam lek pochodzi ze źródła legalnego (jest to lek oryginalny), natomiast sfałszowane zostało wyłącznie jego opakowanie, co jest wystarczające do uznania go za produkt sfałszowany²⁴.

Na gruncie przedmiotowego aktu prawnego mianem substancji czynnej określa się natomiast substancję lub mieszaninę substancji, „która ma zostać wykorzystana do wytworzenia produktu leczniczego i która, użyta w jego produkcji, staje się składnikiem czynnym tego produktu przeznaczonym do wywołania działania farmakologicznego, immunologicznego lub metabolicznego w celu przywrócenia, poprawy lub zmiany funkcji fizjologicznych lub do postawienia diagnozy medycznej” (art. 2 pkt 38c u.p.f.). Zgodnie zaś z treścią art. 2 pkt 38b u.p.f. sfałszowana substancja czynna to „substancja czynna, z wyłączeniem substancji czynnej zawierającej niezamierzoną wadę jakościową, która została fałszywie przedstawiona w zakresie: tożsamości, w tym opakowania, etykiety, nazwy lub składu w odniesieniu do

²²L. Wilk, *Komentarz...* [w:] *Pozakodeksowe...*, s. 124.

²³M. Kondrat, *Komentarz do art. 2 pkt 38(a) pr. farm.* [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, LEX/el. 2016.

²⁴M. Kondrat, *Komentarz...* [w:] *Prawo...*

jakichkolwiek składników oraz mocy tych składników, jej pochodzenia, w tym jej wytwórcy, kraju wytworzenia, kraju pochodzenia lub podmiotu odpowiedzialnego, (...) jej historii, w tym danych i dokumentów dotyczących wykorzystanych kanałów dystrybucji”.

Z perspektywy prawnokarnej odpowiedzialności na gruncie art. 124b u.p.f. irrelevantne pozostaje to, czy taki sfalszowany produkt leczniczy bądź substancja czynna rzeczywiście prowadzą do negatywnych następstw zdrowotnych, albowiem przestępstwo z art. 124b u.p.f. stanowi przestępstwo z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Penalizacją objęto bowiem już samo fałszywe przedstawienie takich środków w zakresie tożsamości, pochodzenia czy też historii. Takie produkty mogą być również obojętne dla organizmu i nie prowadzić wcale do pogorszenia stanu zdrowia. Należy jednak podkreślić, że produkty lecznicze, które nie mają deklarowanych właściwości w zakresie zapobiegania i zwalczania określonych dolegliwości, najczęściej wcale nie okazują się neutralnymi dla organizmu i wpływają w negatywny sposób na stan zdrowia publicznego. Stosowanie takich środków uniemożliwia realizację pożądaných oczekiwań terapeutycznych, co zmniejsza ogólny poziom zaufania do szeroko rozumianej służby zdrowia. Ponadto ich przyjmowanie może powodować wystąpienie bardzo poważnych reakcji niepożądanych. Tytułem przykładu warto odnieść się do sfalszowanych produktów leczniczych, w których składzie występują steroidy anaboliczne. Podkreśla się, że ich stosowanie może zaburzać prawidłową gospodarkę hormonalną i prowadzić do bardzo poważnych następstw zdrowotnych, poczynając od nadmiernego owłosienia na obszarach androgenowrażliwych u kobiet i braku miesiączki oraz zaburzenia spermatogenezy u mężczyzn²⁵, co niewątpliwie generuje poważne problemy z płodnością²⁶, kończąc na uszkodzeniu zastawek serca, tętnic obwodowych oraz zaburzeniach w funkcjonowaniu układu immunologicznego²⁷.

Warto zauważyć, że ustawodawca formułując definicję sfalszowanego produktu leczniczego i sfalszowanej substancji czynnej, *expressis verbis* poza jej zakresem umieścił przypadki obejmujące występowanie niezamierzonej wady jakościowej. W razie wystąpienia wspomnianej wady istnieją bowiem specjalne procedury umożliwiające wycofanie takich produktów z obrotu²⁸. W tym miejscu warto zasygnalizować, że od leków sfalszowanych należy odróżnić leki substandardowe i nielegalne²⁹. Leki substandardowe to leki autoryzowane, lecz niespełniające wymogów w zakresie jakości i specyfikacji. Chodzi tu zatem o przypadki, gdy taki produkt jest dotknięty niezamierzoną wadą jakościową np. z powodu przechowywania w nieodpowiednich

²⁵ A.E. Jabłońska, K.A. Stepień, *Falszowanie produktów leczniczych oraz zagrożenia wynikające z ich stosowania*, „Biuletyn Wydziału Farmaceutycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego” 2019/11, s. 66–67 i powołana tam literatura.

²⁶ Zob. szerzej E. Wojewoda, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganej prokreacji*, Białystok 2019, s. 47.

²⁷ M. Mędraś, P. Józków, *Zastosowanie testosteronu i steroidów androgenno-anabolicznych w sporcie*, „Endokrynologia Polska” 2009/63(3), s. 207.

²⁸ I. Kalinowska-Maksim, *Wybrane czyny zabronione z obszaru przestępczości farmaceutycznej* [w:] *Przestępczość farmaceutyczna w XXI wieku*, red. E.M. Guzik-Makaruk, I. Sołtyszewski, Warszawa 2022, s. 108.

²⁹ *Substandard and falsified medical products*, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/substandard-and-falsified-medical-products> (dostęp: 25.01.2022 r.).

warunkach lub przeterminowania się. Lekiem nielegalnym (niezarejestrowanym) określa się zaś lek, który nie został dopuszczony do obrotu na terytorium danego państwa przez uprawnione do tego organy (w Polsce – Urząd Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych).

Na koniec należy zaznaczyć, że przepisy Prawa farmaceutycznego, co *explicite* wynika z postanowień ustawy, stosuje się także „do produktów leczniczych będących środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi i prekursorami w rozumieniu przepisów o przeciwdziałaniu narkomanii, w zakresie nieuregulowanym tymi przepisami” (art. 1 ust. 2 u.p.f.). Przepisy Prawa farmaceutycznego stosuje się również w przypadku produktów, które jednocześnie spełniają kryteria produktu leczniczego oraz kryteria innego rodzaju produktu (w szczególności suplementu diety, produktu kosmetycznego lub wyrobu medycznego) określone odrębnymi przepisami, o czym stanowi art. 3a u.p.f.

W art. 124b ust. 2 u.p.f. penalizacją objęto zaś dostarczanie lub udostępnianie odpłatnie albo nieodpłatnie sfalszowanego produktu leczniczego lub sfalszowanej substancji czynnej, a także przechowywanie ich w tym celu. W doktrynie tak określone czynności sprawcze rozumiane są zgodnie ze znaczeniem przyjmowanym w języku potocznym. Zwraca się uwagę, że pojęcie dostarczania mieści się w zakresie udostępniania³⁰. Dostarczanie i udostępnianie odnosi się do stadiów następujących po wprowadzeniu do obrotu³¹ (produkt znajduje się już w obrocie³²).

Występki typizowane w art. 124b u.p.f. należą do grupy przestępstw powszechnych. Strona podmiotowa charakteryzuje się umyślnością. W przypadku czynów określonych w art. 124b ust. 1 u.p.f. w grę wchodzi obie postacie zamiaru (*dolus directus* i *dolus eventualis*), natomiast czyn zabroniony z art. 124b ust. 2 u.p.f. stanowi przestępstwo kierunkowe, o czym przesądza znamię celu (*dolus directus coloratus*).

W art. 124 u.p.f. penalizacją objęto zaś wprowadzanie do obrotu lub przechowywanie w celu wprowadzenia do obrotu produktu leczniczego, nieposiadającego pozwolenia na dopuszczenie do obrotu. Dobrem chronionym na gruncie analizowanego przepisu są zasady dopuszczania produktów leczniczych do obrotu. Wskazuje się, że bliższym przedmiotem ochrony jest także „instytucja pozwolenia na dopuszczenie do obrotu”³³. W pośredni sposób analizowana regulacja chroni także życie i zdrowie ludzi³⁴. W świetle art. 3 ust. 1 u.p.f. do obrotu dopuszcza się wyłącznie produkty lecznicze, które uzyskały stosowne pozwolenie. Zgodnie z art. 2 pkt 26 u.p.f. pozwolenie na dopuszczenie do obrotu to decyzja, która zostaje wydana przez uprawniony organ – Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych. Decyzja ta potwierdza, że produkt leczniczy, którego dotyczy, może być przedmiotem obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Przed wydaniem takiej decyzji każdy lek musi przejść

³⁰ L. Wilk, *Komentarz... [w:] Pozakodeksowe...*, s. 269.

³¹ E. Wojewoda, *Wybrane... [w:] Przestępczość...*, s. 124.

³² M. Ożóg, *System handlu produktami leczniczymi i produktami pokrewnymi. Problematyka prawna*, Warszawa 2009, s. 156.

³³ L. Wilk, *Komentarz... [w:] Pozakodeksowe...*, s. 261.

³⁴ L. Wilk, *Komentarz do art. 124 pr. farm. [w:] Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiegło, Warszawa 2018, s. 1125.

stosowny proces weryfikacji w zakresie jego jakości, skuteczności i bezpieczeństwa stosowania³⁵. Wszystkie leki dopuszczone do obrotu na terytorium naszego kraju figurują w Rejestrze Produktów Leczniczych Dopuszczonych do Obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁶. Konieczność uzyskania pozwolenia nie dotyczy produktów określonych w art. 3 ust. 4 u.p.f., m.in. leków aptecznych i recepturowych, jak również wskazanych w art. 4 u.p.f.

W art. 124 u.p.f. penalizacją objęto dwie alternatywne czynności sprawcze – wprowadzanie do obrotu i przechowywanie w celu wprowadzenia do obrotu. Jeżeli chodzi o wprowadzenie do obrotu, to polega ono na ulokowaniu produktu leczniczego – po raz pierwszy – w obrocie³⁷. Chodzi tu zatem o umieszczenie produktów leczniczych w obiegu (pierwsza czynność). W oparciu o analizę znamion art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Ryszard Andrzej Stefański wskazuje, że pod pojęciem tym należy rozumieć sprzedaż detaliczną, hurtową, darowanie, przechowywanie, przewóz, a także inne zachowania, które mają dostarczyć przedmiot do odbiorcy³⁸. Na gruncie art. 305 ust. 1 ustawy z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej³⁹ Sąd Najwyższy stwierdził, że: „O wprowadzeniu do obrotu decyduje moment zamierzonej utraty kontroli nad przedmiotami przez dotychczas uprawnioną osobę. Chodzi o takie wyzbycie się przedmiotów, które «umożliwia ich dalszą swobodną cyrkulację». Kolejne, dalsze transakcje tym towarem, dokonywanie nim obrotu, nie mogą więc stanowić «wprowadzenia do obrotu» skoro ów towar już się znalazł w owej «swobodnej cyrkulacji». Stąd też w pojęciu «wprowadzenie do obrotu» mieści się tylko pierwszy obrót owym przedmiotem (towarem), a nie kolejne jego dotyczące, następujące po sobie transakcje”⁴⁰. Nie ma znaczenia, czy chodzi o czynności odpłatne czy nieodpłatne⁴¹. Należy podkreślić, że na podstawie tego przepisu nie może dojść do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy samego obrotu produktami leczniczymi, albowiem są to dalsze stadia, następujące już po wprowadzeniu do obrotu⁴².

Formuła drugiego ze znamion czasownikowych jednoznacznie wskazuje, że penalizacją objęto przedpole wprowadzenia do obrotu (przykład penalizacji czynności przygotowawczych). Ustawodawca zdecydował się bowiem wyszczególnić także przechowywanie produktu leczniczego w tym celu. Istotą przechowywania jest „utrzymywanie produktu leczniczego w swoim władztwie połączone z kontrolą nad tym produktem przez pewien czas”⁴³. Takie ujęcie czynności sprawczej pozwala

³⁵ Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/pozwolenie-na-dopuszczenie-do-obrotu1> (dostęp: 25.01.2022 r.).

³⁶ <https://rejestrmedyczne.ezdrowie.gov.pl/rpl/search/public> (dostęp: 25.01.2022 r.).

³⁷ Tak m.in.: uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 21.09.2005 r., I KZP 29/05, OSNKW 2005/10, poz. 90 wydana na gruncie art. 12 pkt 3 ustawy z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55 ze zm.).

³⁸ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2021, uw. 38 i 39.

³⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 324.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z 10.01.2007 r., IV KK 426/06, LEX nr 249185.

⁴¹ L. Wilk, *Komentarz...* [w:] *Prawo...*, s. 1127.

⁴² L. Wilk, *Komentarz...* [w:] *Prawo...*, s. 1128.

⁴³ L. Wilk, *Komentarz...* [w:] *Prawo...*, s. 1128.

przyjąć, że ów czyn stanowi przestępstwo trwale⁴⁴. Penalizowane zachowania stanowią przestępstwa formalne.

Z uwagi na podmiot, opisywane przestępstwo należy do grupy przestępstw powszechnych. Strona podmiotowa przestępstwa charakteryzuje się umyślnością, w przypadku drugiego ze znamion czasownikowych ograniczona została ona do zamiaru bezpośredniego kierunkowego, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę sformułowania „w celu wprowadzenia do obrotu”.

4. Charakterystyka ustawowych znamion art. 165

§ 1 pkt 2 Kodeksu karnego

Przechodząc na płaszczyznę kodeksową, analizie poddać należy znamiona art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Przepis ten penalizuje przestępstwo sprowadzenia niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób. Jeżeli chodzi o strukturę art. 165 k.k., można wyodrębnić typ podstawowy (§ 1) i wariant nieumyślny (§ 2) oraz dwa typy kwalifikowane (§ 3 i § 4). Przedmiotem chronionym w art. 165 k.k. jest bezpieczeństwo powszechne. Ponadto ochronie na gruncie tego przepisu podlega życie, zdrowie i mienie w wielkich rozmiarach⁴⁵.

Istota czynności sprawczej zasadza się na sprowadzeniu niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach, co może nastąpić w efekcie podejmowana różnego rodzaju zachowań. Zbiór sposobów zachowania sprawcy jest otwarty⁴⁶, o czym decyduje brzmienie art. 165 § 1 pkt 5 k.k. („działając w inny sposób w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych”). Znamiona przedmiotowego czynu zostaną więc zrealizowane za każdym razem, gdy sprawca dopuści się zachowania w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych, czyli takich, które powodują powstanie zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach. Takie rozwiązanie pozwala penalizacją objąć szereg różnorodnych przypadków, które nie zmieszczą się w ramach wyszczególnionych zachowań w analizowanym przepisie i nie zostały odrębnie stypizowane na gruncie k.k. lub innej ustawy. W literaturze można odnotować głosy, że takie ujęcie może godzić w zasadę określoności znamion czynu zabronionego. Grzegorz Bogdan zauważa, że posłużenie się określeniem „działania w inny sposób» prowadzi do wykształcenia w ramach art. 165 potencjalnie bardzo niebezpiecznego, rozszerzającego kierunku wykładni⁴⁷. Warto zaznaczyć, że przepis ten traktuje o „okolicznościach szczególnie niebezpiecznych”, nie zaś o niebezpieczeństwie wynikającym z samego zachowania sprawcy. Dlatego zwraca się uwagę, że „w istocie idzie tu o popełnienie pewnego zachowania, które staje się nieakceptowalnie ryzykowne dopiero w momencie podjęcia go w takich szczególnych okolicznościach, z uwzględnieniem szerszego kontekstu”⁴⁸.

⁴⁴ L. Wilk, *Komentarz...* [w:] *Prawo...*, s. 1128.

⁴⁵ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym. System Prawa Karnego*, t. 8, red. L. Gardocki, Legalis/el. 2018, uw. 74.

⁴⁶ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Przestępstwa...*, t. 8, uw. 76.

⁴⁷ G. Bogdan, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Warszawa 2017, s. 448.

⁴⁸ D. Zajac, *Karalność obrotu dopalaczami w świetle art. 165 k.k. (analiza dogmatyczna)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017/4, s. 72.

W art. 165 § 1 pkt 2 k.k. odniesiono się wprost do wyrabiania lub wprowadzania do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji, środków spożywczych lub innych artykułów powszechnego użytku lub też środków farmaceutycznych nieodpowiadających obowiązującym warunkom jakości. W tym miejscu analiza ograniczona zostanie do rozważań nt. podejmowania wskazanych czynności mających za przedmiot wykonawczy środki farmaceutyczne, co stanowi konsekwencję ograniczenia ram niniejszego opracowania tylko do problematyki prawnokarnej oceny fałszowania produktów leczniczych i wprowadzania ich do obrotu.

Na gruncie obowiązującej ustawy karnej nie zdefiniowano terminu „środki farmaceutyczne”. W dogmatyce przeważa pogląd, aby termin ten rozumieć zgodnie ze znaczeniem nadanym produktom leczniczym w Prawie farmaceutycznym⁴⁹. Należy jednak podkreślić, że nie jest to stan pożądany, albowiem posługiwanie się odmienną nomenklaturą w Kodeksie karnym i Prawie farmaceutycznym może wzbudzać liczne wątpliwości interpretacyjne i skłaniać do poszukiwania cech odróżniających środki farmaceutyczne od produktów leczniczych.

Do środków farmaceutycznych, które nie odpowiadają obowiązującym warunkom jakości zaliczyć można środki podrobione, zepsute, jak również właśnie sfalszowane⁵⁰. Należy podkreślić, że w grę wchodzi tu takie środki, co do których konsument (pacjent) może mieć przekonanie, że są one bezpieczne z uwagi na ich ogólnodostępność⁵¹. Nie dotyczy to więc środków niezarejestrowanych (nielegalnych). Jeżeli obrót takimi środkami na terytorium danego kraju nie jest dozwolony⁵², to trudno wymagać, aby spełniały one wymogi jakościowe, które pojawiają się w procesie legalnej produkcji leków. Podejmowanie wyszczególnionych w tym przepisie czynności wobec tych środków nie pozostanie jednak w żadnym wypadku poza polem penalizacji, albowiem w grę wchodzi kwalifikacja takich zachowań na podstawie art. 165 § 1 pkt 5 k.k.⁵³

Zachowanie sprawcy może polegać na wyrabianiu lub wprowadzaniu do obrotu wskazanych środków farmaceutycznych. Mianem wyrabiania określa się wszelkie czynności, które mają prowadzić do powstania ostatecznej wersji produktu⁵⁴. Istotę wprowadzania do obrotu przeanalizowano zaś opisując znamiona art. 124 u.p.f.

Występek z art. 165 k.k. stanowi przestępstwo z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Na marginesie warto zaznaczyć, że nie wymaga się, aby było ono bezpośrednie⁵⁵. Musi mieć jednak realny⁵⁶, a nie abstrakcyjny wymiar. Jest to więc przestępstwo materialne, którego skutkiem jest spowodowanie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach. W tym

⁴⁹ Tak: R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX/el. 2016, uw. 10; R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks...*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2021, uw. 32.

⁵⁰ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks...*, red. R.A. Stefański, uw. 34.

⁵¹ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks...*, red. R.A. Stefański, uw. 34.

⁵² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11.01.2018r., II AKa 266/17, LEX nr 2455116.

⁵³ E. Wojewoda, *Wybrane...* [w:] *Przestępczość...*, s. 139.

⁵⁴ Z. Gądzik, R.G. Hałas, *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, s. 1073.

⁵⁵ Zob. szerzej E. Wojewoda, *Wybrane...* [w:] *Przestępczość...*, s. 138 i powołana tam literatura oraz orzecznictwo.

⁵⁶ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z 4.08.2020 r., V KK 478/19, LEX nr 3180918.

przepisie penalizacją objęto wyrabianie i wprowadzanie do obrotu środków farmaceutycznych, które nie spełniają wymogów jakościowych, z czym musi wiązać się wystąpienie realnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, o czym przesądzać będzie stopień szkodliwości tych substancji. Źródło tej szkodliwości może leżeć właśnie w sfalszowaniu środka farmaceutycznego. Należy podkreślić, że w analizowanym przepisie nie chodzi jednak wcale o wywołanie zbiorowego zatrucia spowodowanego zażyciem określonej substancji. Realizacja znamion tego przepisu nie jest uzależniona także od wystąpienia zbiorowego kalectwa czy też śmierci. Z perspektywy prawnokarnej odpowiedzialności istotnym będzie zatem wykazanie skutku w postaci wystąpienia konkretnego, ale przy tym niebezpośredniego narażenia życia lub zdrowia wielu osób, nie zaś naruszenia tych dóbr. Znamię „wiele osób” posiada charakter ocenny. Nie ma wątpliwości, że „wiele” oznacza więcej niż kilka, stąd niektórzy przyjmują, że w grę wchodzi zagrożenie dla życia lub zdrowia minimum 10 osób⁵⁷. Należałoby jednak opowiedzieć się za tym, że o powszechności zagrożenia powinny decydować okoliczności towarzyszące konkretnemu stanowi faktycznemu; nie da się bowiem arbitralnie zinterpretować znamienia wyrażonego przy użyciu liczebnika nieokreślonego. Tak też zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z 11.01.2017 r.⁵⁸ W orzeczeniu tym podkreślono, że owo znamię należy rozpatrywać *in concreto*. Uwzględnienie okoliczności stanu faktycznego ma znaczenie w kontekście dokonywania późniejszej oceny, czy liczba osób, których dobra zostały zagrożone, wpisuje się w zakres znamienia „wiele”.

W art. 165 § 3 i 4 k.k. ustanowiono typy kwalifikowane. Okolicznością wpływającą na powstanie typów zmodyfikowanych jest następstwo w postaci uszczerbku na zdrowiu, śmierci człowieka bądź szkody w mieniu wielkich rozmiarów. Wszystkie typy określone w art. 165 k.k. stanowią przestępstwa powszechne. Jeżeli chodzi zaś o stronę podmiotową, w przypadku art. 165 § 1 k.k. ograniczona została ona do umyślności, zaś w przypadku art. 165 § 2 k.k. typizacją objęto wariant nieumyślny. W wypadku typów kwalifikowanych następstwo każdorazowo musi być objęte nieumyślnością.

5. Wnioski

Biorąc pod uwagę treść powyższych przepisów, pojawia się problem prawidłowego wartościowania fałszowania i wprowadzania do obrotu sfalszowanych produktów leczniczych, albowiem w ocenie tych samych stanów faktycznych mogą konkurować przepisy zgrupowane na płaszczyźnie kodeksowej i poza Kodeksem karnym. Zgodnie z art. 11 § 2 k.k.: „jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje sprawcę za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów”. Dotyczy to przypadków

⁵⁷ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 163 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 963; M. Kulik, *Komentarz do art. 163 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021. W tym miejscu nie sposób pominąć, że w judykaturze pojawiły się głosy, iż powszechność zagrożenia zachodzi wtedy, gdy dotyczy już 6 osób – zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 2.09.2010 r., II AKa 202/10, LEX nr 686853.

⁵⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z 11.01.2017 r., III KK 196/16, OSNKW 2017/5, poz. 25.

rzeczywistego zbiegu, odzwierciedlanego w kumulatywnej kwalifikacji czynu. Kara wymierzona zostaje natomiast na podstawie przepisu przewidującego najsurowsze zagrożenie, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów (art. 11 § 3 k.k.). W praktyce przepisy karne zawarte w Prawie farmaceutycznym często występują w kumulatywnej kwalifikacji z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.⁵⁹ Należy więc zastanowić się, czy faktycznie zbieg przepisów zostaje przeniesiony w drodze rekonstrukcji na płaszczyznę norm. W celu rozwiązania przypadków nadmiaru informacji normatywnej stosuje się zasady wyłączania wielości ocen (zasada specjalności, konsumpcji i subsydiarności).

Przed wszystkim warto zauważyć, że przedmiotem wykonawczym czynu zabronionego z art. 124b u.p.f. jest sfalszowany produkt leczniczy bądź sfalszowana substancja czynna. Zazwyczaj każdy produkt sfalszowany będzie jednocześnie produktem, który nie spełnia wymogów jakości⁶⁰ (ale nie każdy środek farmaceutyczny niespełniający wymogów jakości musi być falsyfikatem). Można sobie wyobrazić sytuację, w której sfalszowane zostało wyłącznie opakowanie produktu, zaś skład pozostaje zgodny z oryginałem, nawet pod względem zachowania proporcji poszczególnych składników. Ponadto, jak wskazano wyżej, art. 124b u.p.f. nie dotyczy zachowań podejmowanych wobec leków substandardowych. Artykuł 165 § 1 pkt 2 k.k. może zaś odnosić się do zachowań, które mają za przedmiot wykonawczy substandardowe produkty lecznicze.

Charakterystyka znamion czasowników art. 124b u.p.f. jednoznacznie wskazuje, że przepis ten obejmuje swoim zakresem znacznie większą gamę zachowań dotyczących sfalszowanych produktów leczniczych niż art. 165 § 1 pkt 2 k.k. Artykuł 124b u.p.f. konstytuuje przestępstwa formalne, kodeksowy przepis zaś – materialne. W przypadku przypisania odpowiedzialności na podstawie art. 165 § 1 pkt 2 k.k. koniecznym staje się udowodnienie, że brak spełnienia wymogów jakościowych decyduje o szkodliwości środków farmaceutycznych, co stwarza konkretne i realne zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego w poważnym stopniu, mając tym samym wymiar niebezpieczeństwa powszechnego. Na gruncie art. 124b ust. 1 u.p.f. wystarczy już sama niezgodność z deklarowanymi właściwościami. W przepisie pozakodeksowym chodzi o przypadki, w których zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi ma wymiar abstrakcyjny. Niebezpieczeństwo związane z opisywanym zachowaniem kształtuje się więc na znacznie niższym poziomie niż to, które musi wystąpić na gruncie art. 165 k.k. Jest ono potencjalne i z tego powodu zachowanie określone w art. 124b ust. 1 u.p.f. uważa się za mniej ryzykowne. Nie można też zapominać o konieczności realizacji ocenego znamienia „wiele” w kontekście przypisania odpowiedzialności na podstawie art. 165 k.k. Powyższe ukazuje, że proces dowodzenia popełnienia czynu typizowanego w Kodeksie karnym jest znacznie bardziej złożony, albowiem wymaga się spełnienia licznych, dodatkowych wobec art. 124b u.p.f. przesłanek.

⁵⁹ I. Kalinowska-Maksim, *Falszowanie...*, s. 269.

⁶⁰ Por. I. Kalinowska-Maksim, *Falszowanie...*, s. 271.

Jeżeli umyślne zachowanie polegające na produkcji sfalszowanych produktów leczniczych będzie jednocześnie stwarzało realne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób, należy dokonać redukcji płaszczyzny przypisania do art. 165 § 1 pkt 2 k.k., a w razie wystąpienia następstwa – art. 165 § 3 k.k. Tytułem przykładu można podać produkcję heparyny, w której składzie znalazły się zanieczyszczenia siarczanem chondroityny i siarczanem dermatanu⁶¹. Należy przyjąć, że relacja między art. 165 § 1 pkt 2 k.k. a art. 124b ust. 1 u.p.f. stanowi przykład pomijalnego zbiegu i zastosowanie znajdzie reguła konsumpcji – przepis pozakodeksowy zostanie pochłonięty przez kodeksowy. Zawartość kryminalnego bezprawia wyrabiania sfalszowanych produktów leczniczych, które są szkodliwe dla życia lub zdrowia wielu osób, z czym wiąże się wystąpienie powszechnego niebezpieczeństwa, oddaje w pełni art. 165 k.k. Rzecz jasna fragment tego czynu realizuje też znamiona art. 124b ust. 1 u.p.f., ale we wskazanej sytuacji przepis kodeksowy zawiera w sobie okoliczności normy pozakodeksowej, dotyczy skonkretyzowanego niebezpieczeństwa. Przestępstwo typizowane w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. charakteryzuje się też wyższym stopniem społecznej szkodliwości niż czyn określony w Prawie farmaceutycznym, co odzwierciedlają także granice ustawowego zagrożenia. Kwalifikacja z art. 124b ust. 1 u.p.f. może mieć miejsce wyłącznie wtedy, gdy skutek w postaci sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego nie może być przypisany sprawcy, co wykluczyłoby kwalifikację z art. 165 k.k. Artykuł 165 § 1 pkt 2 k.k. nie znajdzie natomiast zastosowania do zachowań, które mieszczą się w pojęciu „wytwarzania”, a wykraczają poza samą produkcję, np. przechowywania i dystrybucji sfalszowanych środków.

Kumulatywna kwalifikacja będzie natomiast dopuszczalna w razie różnic w zakresie strony podmiotowej. Podanie jednego z przepisów może bowiem nie oddawać w pełni charakteru zachowania, którego dopuszcza się sprawca. Może zdarzyć się tak, że sprawca umyślnie fałszuje produkty lecznicze, ale zamiarem nie obejmuje już tego, że są one szkodliwe dla życia i zdrowia ludzkiego np. z uwagi na ilość zanieczyszczeń w ich składzie. Sprowadzenie niebezpieczeństwa powszechnego zostanie więc objęte nieumyślnością. Wówczas zasadnym jest przyjęcie zbiegu realnego art. 165 § 2 k.k. i art. 124b ust. 1 u.p.f. Kwalifikacja takiego zachowania wyłącznie na podstawie art. 124 ust. 1 u.p.f. nie odda bowiem tego, że sprawcy należy przypisać spowodowanie skutku. Podanie zaś w kwalifikacji prawnej tylko art. 165 § 2 k.k. nie pozwoli natomiast wyeksponować umyślnego charakteru wytwarzania sfalszowanych produktów leczniczych. Podobnie – art. 124b ust. 1 u.p.f. może wystąpić w kwalifikacji kumulatywnej z art. 165 § 4 k.k., jeżeli wystąpi następstwo wpływające na powstanie typu kwalifikowanego – śmierć, człowieka lub uszczerbek na zdrowiu wielu osób. Jeżeli zaś sprawca produkuje sfalszowane produkty lecznicze obojętne dla funkcjonowania ludzkiego organizmu i wprowadza nabywców w błąd co do terapeutycznych właściwości tych produktów, wykluczone jest stosowanie art. 165 k.k. Brak zagrożenia dla życia

⁶¹ W latach 2007–2008 Agencja Żywności i Leków (FDA) wykryła 81 przypadków śmiertelnych w wyniku zastosowania heparyny, w której składzie znalazło się od 5 do 40% zanieczyszczeń przesuflonowanym siarczanem chondroityny i siarczanem dermatanu. Zob. Z. Fijałek, K. Sarna, *Falszowanie...*, s. 10.

lub zdrowia wielu osób dekompletuje bowiem znamiona regulacji kodeksowej. W takich przypadkach jako podstawę kwalifikacji czynu należy podawać art. 124b ust. 1 u.p.f.

Rzeczywisty zbieg przepisów może wystąpić także między art. 165 § 1 pkt 2 k.k. i art. 124b ust. 2 u.p.f.⁶² Chodzi tu o przypadki, gdy sprawca umieści w obrocie produkty lecznicze sfalszowane i niespełniające norm jakości (co spowoduje wystąpienie niebezpieczeństwa powszechnego) oraz będzie podejmował wobec pozostających w obrocie produktów dalsze czynności. Ponadto warto zasygnalizować, że sposób ujęcia znamion czasownikowych w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. przesądza o tym, że na podstawie tego przepisu niedopuszczalne jest karanie sprawców obrotu sfalszowanymi środkami farmaceutycznymi, albowiem penalizacją objęto wyłącznie pierwsze wprowadzenie do obrotu, nie zaś podejmowanie dalszych czynności. Można rozważyć pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawców takich czynności na podstawie art. 165 § 1 pkt 5 k.k., oczywiście przy spełnieniu pozostałych warunków wymaganych w tym przepisie. Wydaje się, że handel sfalszowanymi środkami farmaceutycznymi (np. w przestrzeni internetowej), z których stosowaniem wiąże się realne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób, może być uznany za „działanie w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych”, jednak ocena takich przypadków na poziomie abstrakcyjnym okazuje się niezwykle trudna. Koniecznym staje się bowiem uwzględnienie wszelkich okoliczności, które stanowiły tło zachowania sprawcy w konkretnym przypadku. Dominik Zajac, rozpatrując odpowiedzialność za handel dopalaczami na tej podstawie, zwraca uwagę, że sama sprzedaż tych substancji nie stanowi działania w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych. W celu oceny wystąpienia takich okoliczności należy poddać analizie także zdarzenia niezależne od sprawcy, które towarzyszyły jego zachowaniu, albowiem to z nimi ma wiązać się szczególne ryzyko⁶³.

Trudno wyobrazić sobie zaś możliwość wystąpienia zbiegu rzeczywistego art. 124 i 124b u.p.f.⁶⁴, albowiem ich zakresy są rozłączne. Decydujące znaczenie ma tutaj przedmiot wykonawczy czynu. Artykuł 124b u.p.f. odnosi się do produktów leczniczych sfalszowanych, natomiast art. 124 u.p.f. penalizacją obejmuje zachowania podejmowane wobec nielegalnych produktów leczniczych. Artykuł 124 u.p.f. nie powinien pojawić się zatem w podstawie przypisania w przypadku czynu polegającego na wprowadzeniu do obrotu falsyfikatów. Nie wydaje się także możliwe przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji czynu na podstawie art. 165 § 1 pkt 2 k.k. oraz 124 u.p.f. Wskazana regulacja kodeksowa nie odnosi się do środków, którymi obrót jest zakazany⁶⁵, czyli np. leków niedopuszczonych do obrotu. W stosunku do nich nie obowiązują bowiem standardy jakości, które dotyczą tylko procesu legalnej produkcji i dystrybucji. Zakresy tych norm są zatem rozłączne.

⁶² Tak również: I. Kalinowska-Maksim, *Falszowanie...*, s. 273.

⁶³ D. Zajac, *Karalność...*, s. 72.

⁶⁴ D. Zajac, *Karalność...*, s. 74.

⁶⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 11.01.2018r., II AKa 266/17, LEX nr 2455116.

Bibliografia

1. *A study on the public health and socioeconomic impact of substandard and falsified medical products*, Geneva 2017, http://www.who.int/medicines/regulation/ssffc/publications/SEStudy_EN_web.pdf?ua=1.
2. Bogdan G., *Komentarz do art. 165 kk. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Warszawa 2017.
3. *Falszowanie leków: laboratorium jak z CSI wykrywa to, czego nie widzi oko*, *Polityka Zdrowotna* z 12 kwietnia 2018 r., <https://www.politykazdrowotna.com/30631,falszowanie-lekow-laboratorium-jak-z-csi-wykrywa-to-czego-nie-widzi-ok>.
4. Fijałek Z., Sarna K., *Falszowanie leków i inne przestępstwa farmaceutyczne*, *Problemy Kryminalistyki* 2009, nr 263.
5. Fijałek Z., Sarna K., *Wybrane aspekty jakości produktów leczniczych i suplementów diety – produkty substandardowe, nielegalne i sfalszowane*, *Rynek Farmaceutyczny* 2009, nr 7, t. 65.
6. Gądzik Z., Hałas R.G., *Komentarz do art. 165 kk. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
7. Jabłońska A.E., Stępień K.A., *Falszowanie produktów leczniczych oraz zagrożenia wynikające z ich stosowania*, *Biuletyn Wydziału Farmaceutycznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego* 2019, nr 11.
8. Kalinowska-Maksim I., *Falszowanie produktów leczniczych. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2020.
9. Kalinowska-Maksim I., *Wybrane czyny zabronione z obszaru przestępczości farmaceutycznej [w:] Przestępczość farmaceutyczna w XXI wieku*, red. E.M. Guzik-Makaruk, I. Sołtyszewski, Warszawa 2022.
10. Konarska-Wrzosek V., *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu [w:] Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, red. M. Bojarski, Warszawa 2018.
11. Kondrat M., *Komentarz do art. 2 pkt 38(a) pr. farm. [w:] Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. M. Kondrat, LEX/el. 2016.
12. Kulik M., *Komentarz do art. 163 kk. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021.
13. *Manufacturing of and trafficking in falsified medical products*, <https://www.unodc.org/e4j/en/organized-crime/module-3/key-issues/falsified-medical-products.html>.
14. Mędraś M., Józków P., *Zastosowanie testosteronu i steroidów androgenno-anabolicznych w sporcie*, *Endokrynologia Polska* 2009, t. 63, nr 3.
15. *Miejsca dystrybucji sfalszowanych leków*, <https://www.gif.gov.pl/pl/nadzor/sfalszowane-produkty-le/informacje-ogolne/miejscadystrybucji-sfa/480,Miejsca-dystrybucji-sfalszowanych-lekow.html>.
16. Olszewski W.L., *Komentarz do art. 124b pr. farm. [w:] Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W. L. Olszewski, LEX/el. 2016.
17. Ożóg M., *System handlu produktami leczniczymi i produktami pokrewnymi. Problematyka prawna*, Warszawa 2009.

18. Pawluczuk-Bućko P., *The Impact of the Pandemic on Economic Crime*, Białostockie Studia Prawnicze 2021, vol. 26, nr 6.
19. *Pozwolenie na dopuszczenie do obrotu*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/pozwolenie-na-dopuszczenie-do-obrotu1>.
20. *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 r.*, Warszawa 2017.
21. *Sfałszowane produkty lecznicze*, <https://archiwum.gif.gov.pl/pl/nadzor/sfałszowane-produkty-le/informacje-ogolne/sfałszowane-produkty-le/479,Fakty.html>.
22. *Sfałszowane produkty lecznicze*, <https://www.gov.pl/web/zdrowie/sfałszowane-produkty-lecznicze>.
23. Stefański R.A., *Komentarz do art. 163 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
24. Stefański R.A., *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX/el. 2016.
25. Stefański R.A., *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis/el. 2021.
26. Stefański R.A., *Komentarz do art. 165 kk.* [w:] *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym. System Prawa Karnego*, t. 8, red. L. Gardocki, Legalis/el. 2018.
27. *Substandard and falsified medical products*, https://www.who.int/health-topics/substandard-and-falsified-medical-products#tab=tab_1.
28. *Substandard and falsified medical products*, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/substandard-and-falsified-medical-products>.
29. Świeszkowski D., Zdanowski S., Merkes P., Jaguszewski M.J., *Leki sfałszowane jako wyzwanie dla zdrowia publicznego – próba definicji pojęcia i skali zjawiska na świecie oraz ujęcie prawne i socjologiczne*, *Farmacja Społeczna* 2019, nr 11.
30. Wilk L., *Komentarz do art. 124 pr. farm.* [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017.
31. Wilk L., *Komentarz do art. 124 pr. farm.* [w:] *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. L. Ogiełło, Warszawa 2018.
32. Wojewoda E., *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganą prokreacji*, Białystok 2019.
33. Wojewoda E., *Wybrane kodeksowe przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu powiązane z przestępczością farmaceutyczną* [w:] *Przestępczość farmaceutyczna w XXI wieku*, red. E.M. Guzik-Makaruk, I. Sołtyszewski, Warszawa 2022.
34. Zając D., *Karalność obrotu dopalaczami w świetle art. 165 k.k. (analiza dogmatyczna)*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2017, nr 4.

Marcin Sowała

Ewolucja procesowej ochrony pokrzywdzonego
przestępstwami seksualnymi
w toku przesłuchania – analiza
art. 185c Kodeksu postępowania karnego

*Evolution of the procedural protection of the victim
of sexual crimes during the interrogation
– analysis of art. 185c of the Code of Criminal Procedure*

Abstract

In this publication, the author raises issues related to the special mode of interrogation of a victim of a sexual offense regulated by Art. 185c of the Code of Criminal Procedure. The purpose of the analysis was to determine whether the legislator properly provided protection to such a victim against the effects of secondary victimization. The research was twofold – first, the provision was analyzed before the amendment to the Code of Criminal Procedure of 19 February 2019. In this way, the author of the publication tried to determine whether the then-wording of the provision sufficiently provided protection and, therefore, whether it was necessary to introduce changes in this respect. Then, using the historical method, the author compared the wording of the article before the amendment with its wording after the amendment. Thanks to this, it was possible to determine whether the currently applicable art. 185c of the Code of Criminal Procedure reduces the flaws of the previous legal status. Having performed the analyzes, the author states that until the day of entry into force of the amendment, protection of the victim against repeated harm was only provisional. There were many shortcomings in this respect and thus it was necessary to introduce changes. In addition, the author states that the introduced changes significantly improved the situation of the victim of a sexual crime. Modifications to the interrogation mode should therefore be assessed positively. However, there are still many solutions that need to be transformed. In this respect, the author puts forward several de lege ferenda postulates.

Keywords: *interrogation, special mode of interrogation, secondary victimization, sexual offense, victim*

Mgr Marcin Sowała jest asystentem w Katedrze Postępowania Karnego, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0002-1960-9575, e-mail: m.sowala@uwb.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.08.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 17.02.2022 r.

Streszczenie

W niniejszej publikacji autor porusza problematykę związaną ze szczególnym trybem przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym uregulowanym w art. 185c Kodeksu postępowania karnego. Celem przeprowadzonej analizy było ustalenie, czy ustawodawca w sposób właściwy zapewnił ochronę takiemu pokrzywdzonemu przed skutkami wiktymizacji wtórnej. Badania przebiegały dwutorowo. Najpierw dokonano analizy przepisu przed nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z dnia 19.07.2019 r. W ten sposób autor publikacji starał się określić, czy ówczesne brzmienie przepisu w sposób wystarczający zapewniało ochronę i tym samym, czy wprowadzenie w tym zakresie zmian należy uznać za konieczne. Następnie autor, stosując metodę historyczną, porównał brzmienie przepisu sprzed nowelizacji z jego brzmieniem po nowelizacji, co dało możliwość stwierdzenia, czy obecnie obowiązujący art. 185c Kodeksu postępowania karnego niweluje wady poprzedniego stanu prawnego. Po przeprowadzonych analizach autor stwierdza, iż do dnia wejścia w życie nowelizacji ochrona pokrzywdzonego przed powtórny pokrzywdzeniem była jedynie prowizoryczna. Istniało bowiem w tym zakresie wiele mankamentów i z tego powodu konieczne było wprowadzenie zmian. Ponadto autor stwierdza, iż dokonane zmiany w znacznej części poprawiają sytuację ofiary przestępstwa seksualnego. Modyfikacje trybu przesłuchania należy zatem oceniać pozytywnie. Wciąż istnieje jednak wiele rozwiązań, które wymagają przekształcenia. W tym zakresie autor wysuwa kilka postulatów de lege ferenda.

Słowa kluczowe: przesłuchanie, szczególny tryb przesłuchania, wiktymizacja wtórna, przestępstwo seksualne, pokrzywdzony

1. Wprowadzenie

W części szczególnej polskiej ustawy karnomaterialnej¹ ustawodawca przewidział szereg przepisów mających chronić różnego rodzaju dobra. Wśród nich wyodrębnić można rozdziały dotyczące np. przestępstw przeciwko mieniu, przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji czy też przestępstw przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową. Żadne jednak z czynów zabronionych nie powoduje w psychice pokrzywdzonego² takich skutków jak czyny określone w rozdziale XXV Kodeksu karnego. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności – bo o nich właśnie mowa – wiążą się z możliwością wywołania u ofiary takiego przestępstwa skutków wiktylizacji wtórnej³. Wiktylizację podzielić można na wiktylizację pierwotną oraz wiktylizację wtórną. Przez wiktylizację pierwotną rozumie się pokrzywdzenie, stanowiące bezpośredni skutek danego przestępstwa, wywołane samym popełnieniem przestępstwa. Ofiara jest krzywdzona przez samego sprawcę wskutek naruszenia lub zagrożenia dobra prawnego. Za wiktylizację wtórną natomiast uznaje się dalsze negatywne doświadczenia, mające związek z zaistnieniem wiktylizacji pierwotnej. Wśród częstych powodów tych przykrych przeżyć należy wymienić niestosowne, niewłaściwe traktowanie ofiary przez społeczeństwo, w którym funkcjonuje dany pokrzywdzony, i – co ważniejsze – czynności podejmowane przez instytucje zajmujące się ściganiem przestępstw oraz instytucje wymiaru sprawiedliwości⁴.

Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185c Kodeksu postępowania karnego stanowiło swoiste *novum* legislacyjne. Przepis ten ustanowiony został ustawą z 13.06.2013 r.⁵ Wprowadzone rozwiązanie miało na celu przede wszystkim przeciwdziałanie zjawisku wiktylizacji wtórnej. Wiązało się także ze zmianą trybu ścigania niektórych przestępstw seksualnych z trybu publicznoskargowego na wnioski na tryb publicznoskargowy z urzędu⁶. Powtórne pokrzywdzenie stanowi niezwykle niepożądany skutek przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym. Z tego też powodu niezbędne było wprowadzenie instrumentu, który niwelowałby takie reperkusje. Przynajmniej w pewnym zakresie tryb art. 185c k.p.k. miał chronić

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

² Pojęcia „pokrzywdzonego” oraz „ofiary” w języku powszechnym używane są synonimicznie. Na gruncie języka prawniczego określeń tych nie powinno się jednak ze sobą utożsamiać. Termin „pokrzywdzony” zdefiniowano w art. 49 Kodeksu postępowania karnego (ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego [tekst jedn.: Dz.U. z 2021 poz. 534 ze zm.] – dalej k.p.k.) i takim znaczeniem ściśle posługuje się ustawa karnoprocesowa. Z kolei pojęcie „ofiary” stosuje się w wiktymologii, gdzie „ofiara” to pojęcie szersze, gdyż wykracza poza prawną kategorię pokrzywdzonego. Ofiarą może być bowiem również ktoś, kto został w sposób pośredni pokrzywdzony przestępstwem. Szerzej na ten temat D. Kuźelewski, *Definicja pokrzywdzonego i jej elementy* [w:] *System prawa karnego procesowego. Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. C. Kulesza, Warszawa 2016, s. 336–337. Autor niniejszej publikacji może jednak posługiwać się niekiedy pojęciem „ofiary” w znaczeniu „pokrzywdzonego”.

³ E. Bienkowska, *Zjawisko wiktylizacji wtórnej. Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008/29–30, s. 65–74.

⁴ E. Bienkowska, *Wiktymologia. Zarys wykładu*, Warszawa 2000, s. 7.

⁵ Ustawa z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 849), która weszła w życie 27.01.2014 r.

⁶ A. Baj, *Udział stron postępowania przygotowawczego w czynnościach powtarzalnych*, „Prokuratura i Prawo” 2019/2, s. 126.

pokrzywdzonego przed ujemnymi emocjami i odczuciami wywołanymi przesłuchaniem w charakterze świadka⁷. Do dnia wejścia w życie przepisu wprowadzającego art. 185c k.p.k. przesłuchanie odbywało się na zasadach ogólnych. W pewnym zakresie organ prowadzący czynność procesową kierowany swoistym poczuciem humanitaryzmu mógł zasady te modyfikować. W podjętej przez Sąd Najwyższy (dalej SN) uchwale⁸ uznano, iż w procesie karnym zawsze trzeba mieć na uwadze, by podczas czynności procesowych nie narazić pokrzywdzonego na zbędne przykrości, a w szczególności należy w miarę możliwości unikać wielokrotnego jej przesłuchiwanie. Były to jednak jedynie zalecenia, na których opierało się odebranie zeznań od pokrzywdzonego przestępstwem godzącym w jego wolność seksualną.

W 2019 r. weszła w życie nowelizacja ustawy karnoprosesowej⁹, która swym zakresem objęła art. 185c k.p.k. Na jej gruncie tryb przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym¹⁰ uległ znacznym modyfikacjom.

2. Cel pracy i metoda badawcza

Problem badawczy stawiany w niniejszej publikacji zawiera się w pytaniach: w jakim zakresie konieczne było poszerzenie ochrony pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym przed skutkami wiktymizacji wtórnej? czy nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r. ochronę tę poszerzyła, a jeżeli tak, to w jakim zakresie? Autor artykułu stawia hipotezę, że ofiara przestępstwa seksualnego nie podlegała dotychczas wystarczającej ochronie i w związku z tym niezbędnym okazało się przemodelowanie trybu przesłuchania z art. 185c k.p.k. Autor prezentuje też tutaj wstępne stanowisko, iż obecne brzmienie przepisu w sposób całościowy zapewnia zabezpieczenie przed powtórny pokrzywdzeniem.

Zasadnicze metody badawcze stosowane w niniejszej publikacji to metoda historyczna oraz metoda dogmatyczno-językowa. Autor porównuje bowiem ze sobą obecne brzmienie przepisu art. 185c k.p.k. z jego brzmieniem sprzed nowelizacji z dnia 19.07.2019 r. Dzięki tak zastosowanym metodom można uzyskać odpowiedzi na wyżej przedstawiony problem badawczy. Zestawienie ze sobą zmian dokonanych w zakresie sposobu przesłuchania tej szczególnej kategorii osób pokrzywdzonych pozwoli na ustalenie, czy dokonane modyfikacje w sposób efektywny przyczynią się do przeciwdziałania tak szkodliwemu zjawisku, jakim jest wiktymizacja wtórna.

Zakres przedmiotowy publikacji obejmuje tryb przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem o charakterze seksualnym, jednak z ograniczeniem jedynie do art. 185c k.p.k. Co prawda art. 185a k.p.k. również umożliwia przesłuchanie

⁷ M. Błoński [w:] *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2015, s. 53.

⁸ Uchwała SN połączone izby – Izby Karna oraz Wojskowa z 21.12.1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973/2–3, poz. 18.

⁹ Ustawa z 19.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1694), której art. 1 pkt 28, dotyczący art. 185c k.p.k., wszedł w życie 5.10.2019 r.

¹⁰ W tym miejscu należy bardzo wyraźnie zaakcentować, że autor posługując się terminem „przestępstwo seksualne”, ma w gruncie rzeczy na myśli trzy przestępstwa: art. 197, art. 198 i art. 199 k.k. Tylko te czyny mieszczą się bowiem w zakresie przedmiotowym przepisu art. 185c k.p.k. i w tym znaczeniu używane będzie w niniejszej publikacji pojęcie „przestępstwa seksualnego”.

pokrzywdzonego przestępstwem naruszającym wolność seksualną, lecz tylko wtedy gdy pokrzywdzonym tym jest małoletni. Autor pomija tę problematykę, gdyż zagadnienia te wymagałyby obszernego omówienia w ramach odrębnej publikacji.

3. Przesłuchanie pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym w trybie sprzed nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r.

W art. 185c k.p.k. przewidziano szczególny tryb składania zawiadomienia o przestępstwie oraz tryb przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym. Ten przepis szczególny mógł mieć zastosowanie jednak tylko w wypadku, gdy zawiadomienie to składane było przez pokrzywdzonego przestępstwem zgwałcenia z art. 197 Kodeksu karnego, przestępstwem seksualnego wykorzystania niepoczytalności lub bezradności z art. 198 Kodeksu karnego lub seksualnym wykorzystaniem zależności określonym w art. 199 Kodeksu karnego¹¹. Szczególny tryb przesłuchania miał natomiast zastosowanie w sytuacji, gdy pokrzywdzony takimi przestępstwami brał udział w sprawie w charakterze świadka¹². Jeżeli chodzi o treść przepisu art. 185c k.p.k., to w ramach niniejszej publikacji wskazane zostaną najważniejsze, najbardziej kontrowersyjne i budzące najwięcej wątpliwości rozwiązania dotyczące omawianego przepisu. Szczegółowa i dogłębna analiza przepisu sprzed nowelizacji została już wielokrotnie przeprowadzona przez liczne grono przedstawicieli doktryny procesu karnego¹³.

Po pierwsze – ze względu na kryterium wieku – pokrzywdzony, który mógł być przesłuchany w trybie art. 185c k.p.k. to zawsze osoba, która ukończyła 18. rok życia. Jeżeli zaś chodzi o art. 185a k.p.k., ustawodawca przewidział, iż co do zasady przepis ten stosuje się wobec małoletniego, który nie ukończył 15. roku życia. W przypadku zaś małoletniego, który w chwili przesłuchania ukończył 15. rok życia, lecz nie ukończył 18. roku życia, pojawiał się często problem, czy zastosować powinno się przepis art. 185c k.p.k. czy też art. 185a § 4 k.p.k. Zgodnie z art. 185a § 4 k.p.k. w sprawach o przestępstwa wymienione w art. 185a § 1 k.p.k. małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchiowano w warunkach określonych w art. 185a § 1–3, gdy zachodziła uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Przedstawiciele doktryny stali raczej na stanowisku, iż w takiej sytuacji pierwszeństwo ma art. 185a § 4 k.p.k., a dopiero w razie niezaistnienia przewidzianych w tym przepisie przesłanek rozważyć można było zastosowanie art. 185c k.p.k. Bardzo słusznie bowiem zauważali, że w art. 185a § 4 k.p.k. wskazano, że tryb z tego przepisu stosuje

¹¹ A. Sakowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III KK 394/15*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2018/23/1, s. 235.

¹² D. Gruszecka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, s. 424.

¹³ Szerzej na ten temat m.in. K. Federowicz, *Wybrane aspekty przesłuchania przez organ nieuprawniony pokrzywdzonego i świadka, o których mowa w art. 185a–185c kodeksu postępowania karnego*, „Przegląd Sądowy” 2016/2, s. 71–82; D. Kaczmarska, *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2014/1, s. 14–28; A.Z. Krawiec, *Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2016/7–8, s. 88–99.

się, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach, np. warunkach określonych w art. 185c k.p.k., mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny¹⁴. Jednocześnie zaznaczano, że w razie niespełnienia tej przesłanki zastosowanie miał art. 185c k.p.k., o ile oczywiście zachodziły przesłanki przewidziane w tym przepisie¹⁵.

Jeżeli chodzi o procedurę zawiadamiania o przestępstwie, ustawodawca przewidział, iż w sytuacji, gdy zawiadomienie składał pokrzywdzony przestępstwem z art. 197, art. 198 i art. 199 k.k., to czynność taka powinna była ograniczać się do zebrania informacji o najważniejszych faktach i dowodach. Podmiot przyjmujący zawiadomienie o przestępstwie musiał działać w taki sposób, aby już na tym etapie posiadać wystarczającą wiedzę co do czynu, jakiego dopuścił się sprawca¹⁶. Koniecznym było bowiem uzyskanie informacji, czy sprawca przestępstwa wypełnił znamiona jednego z czynów zabronionych wymienionych w art. 185c § 1 k.p.k. Jednocześnie organ musiał postępować na tyle ostrożnie, aby dokonując odebrania zawiadomienia o przestępstwie nie przekroczyć zakresu uzyskania danych o najważniejszych faktach i dowodach. Wymagało to zatem doświadczenia oraz właściwego przeszkolenia funkcjonariusza biorącego udział w czynności¹⁷.

Kolejną kwestią, na którą warto zwrócić uwagę, jest procedura przesłuchania pokrzywdzonego. Zgodnie z art. 185c § 2 k.p.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji przesłuchanie przeprowadzał sąd na posiedzeniu, w którym miał prawo wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego. Zasada taka istniała bez względu na etap procesu karnego, a zatem także na etapie postępowania przygotowawczego. Można zauważyć, iż absolutnie zabronionym była obecność oskarżonego podczas przesłuchania¹⁸. Prawo oskarżonego do obrony realizował jego obrońca. Na gruncie ówczesnej ustawy karnoprocesowej zaznaczał się brak przepisów, z których wynikałby obowiązek posiadania przez oskarżonego obrońcy podczas przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k. W związku z tym, że oskarżony nie miał możliwości wzięcia udziału w czynności i jednocześnie zdarzyłoby się, że nie był on reprezentowany przez obrońcę, dojść mogło do naruszenia konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do obrony. Bardzo krytycznie należy zatem ocenić takie ograniczenie.

Na gruncie art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji wiele wątpliwości budziło to, czy przesłuchanie w tym trybie oparte jest o zasadę jednokrotnego przesłuchania. Jeżeli chodzi o art. 185a k.p.k., to taka dyrektywa została wyrażona *expressis verbis* w przepisie. W przypadku art. 185c k.p.k. zasadę tę można co najwyżej wyinterpretować, posługując się wykładnią funkcjonalną przepisu. Biorąc pod uwagę okoliczność,

¹⁴Tak chociażby R.A. Stefański, S. Zabłocki [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II. Komentarz do art. 167–296, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2019, s. 397; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. D. Świecki, Warszawa 2015, s. 649.

¹⁵R. Koper, *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, „Przegląd Sądowy” 2019/5, s. 77.

¹⁶P. Banaszak, *Ocena zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Analiza teoretyczno-empiryczna*, Warszawa 2018, s. 44.

¹⁷M. Klejnowska, *Kilka uwag na tle znowelizowanych przepisów art. 185a i art. 185b k.p.k. dotyczących przesłuchania małoletniego w procesie karnym*, „Ius et Administratio” 2014/2, s. 44.

¹⁸P. Czarnecki, *Pokrzywdzony jako źródło dowodowe w postępowaniu karnym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2019/24(105), s. 33.

że naczelną funkcją przepisu to ochrona pokrzywdzonych przed zjawiskiem wiktymizacji wtórnej, można uznać, że przepis ten opierał się o zasadę jednokrotnego przesłuchania. Nadto zwrot „zajdzie konieczność ponownego przesłuchania”, o czym mowa w § 3 przepisu, prowadzi do konkluzji, że w razie braku tej konieczności organ nie powinien był dokonywać powtórnego przesłuchania. Zasada jednokrotnego przesłuchania stanowiła jednak wyłącznie koncepcję prezentowaną przez niektórych przedstawicieli doktryny¹⁹. Można się jednak także spotkać z poglądem, że zasada jednokrotności przesłuchania nie miała absolutnie zastosowania w przypadku art. 185c k.p.k. Uznaje się bowiem, że jeżeli ustawodawca chciałby taką restrykcję wprowadzić, zrobiłby to wprost lub chociażby wprowadziłby odesłanie do art. 185a k.p.k. Skoro jednak tak nie zostało uczynione, to – powołując się na koncepcję racjonalnego ustawodawcy – przesłuchanie w trybie art. 185c k.p.k. nie było obwarowane jednokrotnością jego dokonania²⁰. Autor niniejszej publikacji jednak nie do końca podziela to stanowisko. Zgodzić należy się bowiem z przywołanymi wcześniej badaczami, którzy posługując się wykładnią funkcjonalną przepisu, wyraźnie akcentowali fakt, że unormowanie art. 185c k.p.k. chronić miało pokrzywdzonych przez wiktymizacją wtórną. Inne rozumienie przepisu i jednocześnie dopuszczanie do kilkukrotnego przesłuchania pokrzywdzonych z pewnością z funkcją tą by się kłóciło.

Kwestia odstąpienia od zasady jednokrotnego przesłuchania wiązała się jednak z dalej idącymi problemami interpretacyjnymi. Przede wszystkim brak było określenia przesłanek odstąpienia od zasady jednokrotnego przesłuchania – zakładając oczywiście, że w ogóle ta zasada obowiązywała. Tutaj przedstawiciele doktryny oparli swe zdanie o dwa stanowiska. Pierwsze z nich, do którego zresztą przychylił się autor, zakładało, że do przepisu art. 185c k.p.k. należy *per analogiam* stosować przepis art. 185a § 1 k.p.k. Zgodnie z tą normą od zasady jednokrotnego przesłuchania można odstąpić w sytuacji, gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, które wymagają dodatkowego wyjaśnienia, albo w sytuacji, gdy w chwili pierwszego przesłuchania oskarżony nie miał obrońcy – tak samo zatem powinno się postępować w przypadku przesłuchania z art. 185c k.p.k.²¹ Drugie ze stanowisk utrzymywało, że wniosek o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym powinien być oceniany w świetle art. 170 k.p.k. – przepisu przewidującego możliwości oddalenia wniosku dowodowego²². Ze względu na wiele rozbieżności w zakresie przesłanek odstąpienia od zasady jednokrotności przesłuchania do problemu tego odniósł się też Sąd Najwyższy w jednym ze swych postanowień²³. Zauważono wówczas, iż brak posiadania obrońcy przez oskarżonego podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego nie może być podstawą do zarządzenia ponownego przesłuchania,

¹⁹ Tak chociażby D. Gruszecka [w:] *Kodeks...*, s. 425. Problematykę zasady jednokrotnego przesłuchania podkreślono także w pozycji R. Koper, *Przesłuchanie...*, s. 83, choć zwrócono tu uwagę na dość swobodne możliwości odstępowania od tej reguły.

²⁰ Takie stanowisko prezentuje m.in. E. Kruk, *Ochrona prawna małoletniego w procesie karnym. Uwagi na tle art. 185a–c Kodeksu postępowania karnego*, „Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie”, 2019/1(XII), s. 125.

²¹ E. Kruk, *Ochrona...*, s. 125.

²² M. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 650.

²³ Postanowienie SN z 22.09.2016 r., IV KK 264/16, LEX nr 2123261.

jak ma to miejsce w art. 185a k.p.k. Sąd Najwyższy uznał, iż brak jest dostatecznych podstaw normatywnych do sformułowania tak daleko idącej tezy.

Ostatnią już kwestią, jaką należy omówić, to ponowne przesłuchanie, które mogło odbyć się za pomocą urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie czynności na odległość, jednak wyłącznie na wniosek pokrzywdzonego i tylko wtedy, gdy zachodziła uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania pokrzywdzonego lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Zastosowanie szczególnych zasad ponownego przesłuchania nie miało zatem charakteru obligatoryjnego i podejmowane było dopiero po złożeniu stosownego wniosku. Pokrzywdzony, który nie zdawałby sobie sprawy ze znaczenia złożenia takiego wniosku i w konsekwencji wniosku takiego by nie złożył, zostałby przesłuchany na zasadach ogólnych. W sytuacji, gdyby zaś wniosek złożył, jego uwzględnienie leżałoby w gestii uznania sądu²⁴. Z całą pewnością takie rozwiązanie należy ocenić bardzo krytycznie.

Podsumowując część publikacji dotyczącą treści art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji z 19.07.2019 r., stwierdzić należy, że ochrona pokrzywdzonego przestępstwem o charakterze seksualnym miała charakter dość ograniczony. Wprowadzenie tego przepisu z całą pewnością było dużym postępem legislacyjnym w porównaniu do stanu prawnego, gdy nie istniała żadna regulacja w tym przedmiocie. Przepis ten jednak i tak zawierał wiele mankamentów. Rzeczywiście przesłuchanie odbywało się bez udziału oskarżonego, co należy uznać za rozwiązanie godne pochwały, ale jednocześnie nie można zaaprobować tego, iż ten sam oskarżony nie mając obowiązku posiadania obrońcy podczas takiego przesłuchania, ograniczany jest w swoim prawie do obrony. Przesłuchanie poza tym nie różni się znacznie od przesłuchania na zasadach ogólnych. Nie zagwarantowano bowiem jednokrotności przesłuchania – instrumentu, który praktycznie odróżnia szczególny tryb przesłuchania od zwykłego przesłuchania. Ponadto wyjątki od reguły jednokrotności stanowiły kwestię pozostawiającą wiele wątpliwości. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty, należy jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji w gruncie rzeczy nie zapewniał żadnej ochrony przed zjawiskiem wiktylizacji wtórnej. Z tego też powodu przepis ten wymagał przeprowadzenia znacznych zmian. Potwierdziła się zatem pierwsza z hipotez postawionych przez autora publikacji.

4. Przesłuchanie pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym w trybie po nowelizacji z 19.07.2019 r.

Jak już wskazano wyżej, nowelizacja art. 185c dokonana ustawą z 19.07.2019 r., która weszła w życie 5.10.2019 r., w znaczny sposób zmodyfikowała tryb przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym.

Odnosząc się do obecnie obowiązującej treści art. 185c § 1 k.p.k., należy zauważyć, iż nie zmienił się tryb składania zawiadomienia o przestępstwie. Przepis ten pozostał w kształcie pierwotnym. Nie jest to jednak żadna wada nowelizacji, gdyż

²⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, s. 665–666.

autor niniejszego opracowania nie dostrzegł żadnych braków związanych z trybem składania zawiadomienia o przestępstwie. Zwraca się jedynie uwagę, iż osoba przyjmująca zawiadomienie o przestępstwie powinna działać w taki sposób, aby zebrać dane pozwalające na dokonanie kwalifikacji prawnej czynu przy jednoczesnym nieprzekroczeniu granic pozyskania informacji o najważniejszych faktach i dowodach. Kwestie te jednak nie wymagają zmian na poziomie ustawowym, lecz wiążą się z właściwym przeszkoleniem funkcjonariuszy.

Zgodzić się należy z opinią prezentowaną przez przedstawicieli doktryny procesu karnego, że wprowadzona nowelizacja art. 185c k.p.k. miała na celu zrównanie gwarancji pokrzywdzonych przesłuchiowanych w trybie art. 185c k.p.k. z tymi, które dotychczas przysługiwały przesłuchiwanym w charakterze świadka, gdy przesłuchanie to przeprowadzane było w oparciu o art. 185a k.p.k.²⁵ Jak już wcześniej fragmentarycznie wskazywano, art. 185a k.p.k. dotyczący przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego stanowi znacznie dalej sięgający instrument przeciwdziałający wiktymizacji wtórnej aniżeli art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji. Pierwszy ze wskazanych przepisów, zdaniem autora, oceniać należy bardzo pozytywnie, gdyż ustanawiając go, ustawodawca przewidział liczne mechanizmy chroniące pokrzywdzonego²⁶. W ten sam sposób nie można jednak oceniać art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji. Obecnie art. 185c k.p.k. w swej konstrukcji zbliżył się znacznie do art. 185a k.p.k., przyjmując pewne rozwiązania ujęte w tym przepisie. Z całą pewnością jest to działanie prawodawcy, które w kontekście zwalczania szkodliwego zjawiska powtórnego pokrzywdzenia zasługuje na uznanie.

Nowelizacja rozwiązała kwestię, czy małoletniego, który ukończył 15. rok życia, a nie ukończył 18. roku życia, powinno przesłuchiwać się w trybie art. 185a § 4 k.p.k. czy też art. 185c k.p.k. Stwierdzono bowiem, że wobec małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat i wobec którego zachodzą przesłanki do przesłuchania w trybie art. 185a § 1–3 k.p.k., nie stosuje się przepisów art. 185c k.p.k., ale unormowania art. 185a § 1–3 k.p.k.²⁷ Wynika to z treści art. 185a § 4 k.p.k. *in fine*. Takie rozwiązanie z pewnością zasługuje na pozytywną ocenę. Uzupełniona została bowiem pewna luka prawna, którą dotychczas niwelowano za pomocą stosowania odpowiednich reguł wykładni prawa. Preferuje się jednak, aby wszelkie luki prawne wypełniane były na poziomie legislacyjnym.

Przesłuchanie pokrzywdzonego powinno stanowić *ultima ratio* – przesłuchanie odbywa się jedynie w sytuacji, gdy zeznania danej osoby mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Podyktowane jest to oczywiście chęcią minimalizacji obciążeń psychicznych osoby pokrzywdzonej, przede wszystkim z uwagi na

²⁵ C.P. Kłak, *Opinia prawna sporządzona na zlecenie Biura Analiz Sejmowych dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 3251), Warszawa 2019, s. 17.

²⁶ Jak już wskazano wcześniej, art. 185a k.p.k. nie został szerzej omówiony w ramach niniejszej publikacji. Dokładana analiza przepisu wymagałaby odrębnego komentarza. Częściowo jednak autor wskazał na pewne zalety tego przepisu: zasada jednokrotnego przesłuchania; ściśle określone dwa przypadki, kiedy od zasady tej można odstąpić; wskazanie ustawowego terminu, w którym należy dokonać przesłuchania; obligatoryjne wyznaczenie obrońcy oskarżonemu.

²⁷ K. Wytrykowski, *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I. Komentarz. Art. 1–424, red. D. Drązewicz, Warszawa 2020, Legalis.

humanitaryzm, ale również ze względu na wpływ na wartość dowodową ewentualnego zeznania²⁸.

Przechodząc już jednak do analizy przepisu art. 185c k.p.k. po przeprowadzonej nowelizacji, należy wskazać, że zakres przedmiotowy stosowania art. 185c k.p.k. nie uległ żadnym zmianom. Wciąż bowiem przepis może mieć zastosowanie w przypadku zrealizowania znamion przestępstwa określonego w art. 197, art. 198 lub art. 199 k.k. Sponuje się, że pożądanym jest rozszerzenie zakresu czynów zabronionych, których popełnienie prowadziłoby do zastosowania omawianego trybu przesłuchania. Co prawda ustawodawca ograniczył przepis do trzech najbardziej dotkliwych przestępstw seksualnych, które wiążą się z doprowadzeniem innej osoby do obcowania płciowego, jednak nie wydaje się, aby inne przestępstwa, które godzą w wolność, seksualność i obyczajność *in abstracto* mogły mniej oddziaływać na psychikę ofiary i tym samym nie generować negatywnych skutków wiktylizacji wtórnej. Można zatem postulować rozszerzenie katalogu czynów mieszających się w zakresie przedmiotowym normy prawnej konstruowanej na bazie art. 185c k.p.k. Autor nie dostrzega żadnych uzasadnionych powodów, dla których katalog czynów określonych w art. 185c § 1 k.p.k. jest węższy niż katalog czynów określonych w art. 185a czy 185b k.p.k. Jedyną różnicą między tymi przepisami jest to, że art. 185a i 185b k.p.k. dotyczą małoletnich, zaś art. 185c k.p.k. odnosi się już do osób pełnoletnich (naturalnie z uwzględnieniem kwestii związanych z pokrzywdzonymi, którzy ukończyli 15. rok życia, o czym wspomniano wcześniej). Można zatem przyjąć, że wiek pokrzywdzonego jest jedynym kryterium, jakim kierował się ustawodawca, określając wskazany katalog czynów. Trudno znaleźć uzasadnienie, dlaczego chociażby przestępstwo zmuszania kogoś do prostytucji (art. 203 k.k.) zostało wyjęte z katalogu czynów określonych w art. 185c k.p.k. W literaturze przedmiotu odnaleźć można także liczne opracowania psychologiczne, w których autorzy zwracają uwagę na krótko- i długotrwale skutki w psychice osób, które uczestniczyły w popełnieniu przestępstwa kazirodstwa (art. 201 k.k.). Są to chociażby chroniczna neurotyczna nerwica czy zespół chronicznych potraumatycznych zakłóceń, co objawiać się może fobiami, lękami, okaleczeniem się, uległością czy letargiem²⁹. Z tych przyczyn w ocenie autora niniejszej publikacji w zakresie przedmiotowym omawianego przepisu znaleźć się powinien cały rozdział XXV Kodeksu karnego.

Co bardzo ważne, wskutek nowelizacji z 19.07.2019 r. w art. 185c k.p.k. nareszcie *expressis verbis* wyrażona została zasada jednokrotnego przesłuchania. Takie działanie ustawodawcy w pełnym zakresie zasługuje na pozytywną ocenę. Zasada ta wynika z § 1a omawianego przepisu. Ponadto wprost wyartykułowany został również wyjątek od wskazanej reguły. Mianowicie ponowne przesłuchanie może mieć miejsce w sytuacji, gdy wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania. Dostrzega się w doktrynie, że pojawić się muszą nowe okoliczności mające istotny charakter, a ich wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania. Konieczność przesłuchania nie będzie zachodziła w przypadku, gdy

²⁸ D. Gruszecka [w:] *Kodeks...*, s. 426.

²⁹ Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 241.

wprawdzie zostały ujawnione nowe istotne okoliczności, jednakże nie wymagają one wyjaśnienia w świetle dotychczasowych zeznań, a także gdy nie doszło do wyjścia na jaw nowych okoliczności lub nowe okoliczności nie są istotne³⁰. Wskazany wyłom od zasady jednokrotnego przesłuchania to jedyny wyjątek przewidziany przez ustawodawcę. Nie ma tu bowiem zastosowania drugi wyjątek, o którym mowa w art. 185a k.p.k., a mianowicie wtedy gdy żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego.

Przesłuchanie będące przedmiotem niniejszej publikacji przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia wpływu wniosku. Wprowadzenie obowiązku niezwłocznego przeprowadzenia czynności, a najpóźniej w terminie 14 dni, również stanowi nowe rozwiązanie. Obowiązek niezwłocznego podjęcia czynności ma na celu zniwelowanie stanu niepewności oraz stresu związanego z koniecznością oczekiwania i rozmyślenia nad nadchodzącym przesłuchaniem. Przedstawiciele procesu karnego stoją nawet na stanowisku, iż maksymalny termin 14 dni jest terminem zbyt długim i powinien on zostać skrócony do 7 dni³¹. Wydaje się, że to postulat słuszny. W przesłuchaniu może wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego. Na posiedzeniu ma prawo także znajdować się przedstawiciel ustawowy, opiekun lub osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, jednak tylko wtedy gdy nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Ponadto zgodnie z art. 185c § 4 k.p.k. na wniosek pokrzywdzonego należy zapewnić, aby biegły psycholog biorący udział w przesłuchaniu był osobą tej samej płci co pokrzywdzony, chyba że spowoduje to utrudnienia w postępowaniu. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół przesłuchania. Jako iż ustawa nie przewiduje uprawnienia oskarżonego do wzięcia udziału w posiedzeniu, sąd powinien w każdej sytuacji, gdy oskarżony nie ma obrońcy z wyboru lub wcześniej wyznaczonego obrońcy z urzędu, rozważyć wyznaczenie dla niego obrońcy z urzędu³². Brakuje ustawowego obowiązku wyznaczenia obrońcy z urzędu w takiej sytuacji. Inaczej jest zaś w przypadku art. 185a § 2 *in fine* k.p.k., w którym wskazano, że jeżeli oskarżony zawiadomiony o czynności przesłuchania nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu. Należy zatem postulować, aby podobny zapis znalazł się w treści art. 185c k.p.k. lub aby art. 185a § 2 *in fine* k.p.k. stosowany był *mutatis mutandis* do przesłuchania, o którym mowa w art. 185c k.p.k.

W art. 185c § 3 k.p.k. przewidziano tryb postępowania w razie przeprowadzenia ponownego przesłuchania w sytuacji ziszczenia się przesłanki ujawnienia się nowych, istotnych okoliczności, których wyjaśnienia wymaga ponowne przesłuchanie. W świetle tego przepisu, na wniosek pokrzywdzonego przesłuchanie przeprowadza się za pomocą urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie czynności na odległość, jednak tylko wtedy gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na

³⁰ D. Gruszecka [w:] *Kodeks...*, s. 426.

³¹ C.P. Klak, *Opinia...*, s. 17.

³² K. Wytrykowski, *Komentarz...*

zeznania pokrzywdzonego lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Przepis ten w żaden sposób nie został zmieniony komentowaną nowelizacją. Dalej bowiem takie przesłuchanie może mieć miejsce, o ile stosowny wniosek zostanie złożony przez pokrzywdzonego. Wniosek ten następnie poddany zostaje ocenie sądu pod względem ziszczenia się właściwej przesłanki. Jak już wskazano w poprzedniej części artykułu, takie rozwiązanie należy uznać za niewłaściwe. Przeprowadzenie przesłuchania na odległość powinno być stosowane obligatoryjnie i *ex officio*. Stanowiłoby to z pewnością duży krok w kierunku ochrony pokrzywdzonego. Projektodawca jednak do podobnych konkluzji nie doszedł.

5. Podsumowanie

Zasadniczy problem badawczy skonstruowany w niniejszej pracy zawierał się w pytaniach: w jakim zakresie konieczne było rozszerzenie ochrony pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym przed wiktylizacją wtórną? czy wprowadzona w dniu 5.10.2019 r. nowelizacja Kodeksu postępowania karnego ochronę tę poszerzyła, a jeśli tak, to w jakim zakresie? Autor postawił hipotezę, że ofiara przestępstwa seksualnego nie podlegała dotychczas wystarczającej ochronie i w związku z tym niezbędnym okazało się przemodelowanie trybu przesłuchania z art. 185c k.p.k. Ponadto sformułowano założenie, iż nowelizacja z 19.07.2019 r. w sposób kompleksowy zapewniła ochronę ofierze przestępstwa o charakterze seksualnym. Badania nad tymi zagadnieniami przebiegły dwutorowo. Po pierwsze za pomocą metody dogmatyczno-językowej przeanalizowano treść art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji, aby określić, czy zmiany w zakresie tego przepisu można uznać za konieczne. Ponadto wykorzystano metodę badawczą w postaci metody historycznej, za pomocą której dokonano porównania brzmienia art. 185c k.p.k. sprzed nowelizacji z jego brzmieniem po nowelizacji. Dzięki tak przeprowadzonej analizie możliwym było ustalenie, czy modyfikacje trybu przesłuchania obecnie zapewniają już ochronę przed powtórным pokrzywdzeniem.

Konkludując, jeżeli chodzi o szczególny tryb przesłuchania pokrzywdzonego obowiązujący od 27.01.2014 r. do 4.10.2019 r., stwierdzić należy, iż jedynie w sposób częściowy zapewniał on ochronę przed wiktylizacją wtórną. Istniał bowiem szereg mankamentów, które przeczyły funkcji, jaką miał spełniać ten tryb. Przede wszystkim w przypadku dawnego brzmienia przepisu nie obowiązywała zasada jednokrotnego przesłuchania, a przynajmniej nie pozostawała ona wyrażona wprost. Jej obowiązywanie podważali zresztą przedstawiciele doktryny procesu karnego. Ponadto nawet przy założeniu jej istnienia brakowało wyraźnie określonych przypadków, kiedy od zasady tej można odstąpić. Środowisko podzielone było również w tym przedmiocie. Wiele wątpliwości budził także zakaz brania udziału oskarżonego w posiedzeniu. Z jednej strony to oczywiście słuszne rozwiązanie, jednakże jednocześnie nie powinno się w tak głęboki sposób ingerować w prawo do obrony oskarżonego. Istnieje bowiem potrzeba instrumentu równoważącego prawa oskarżonego i pokrzywdzonego. Nieprzychylnie odnieść się też należało do trybu przeprowadzania ewentualnego ponownego przesłuchania pokrzywdzonego. Brak

stosowanego wniosku lub jego nieuwzględnienie skutkować mogło skierowaniem sprawy na zasady ogólne. Biorąc pod uwagę powyższe powody, należy stwierdzić, iż ówczesny przepis art. 185c k.p.k. nie dawał właściwych gwarancji ofierze. Można uznać, iż ochrona miała raczej charakter prowizoryczny. Z tego też względu autor stwierdza, że dokonanie zmian w zakresie art. 185c k.p.k. było niezbędne. Niemniej jednak samo wprowadzenie art. 185c k.p.k. należy uznać za swoisty krok milowy w przedmiocie ochrony pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym przed wiktylizacją wtórną.

Poprzez nowelizację przeprowadzoną w dniu 19.07.2019 r. omawiany tryb przesłuchania uległ znacznym przekształceniom. Model przesłuchania zbliżono do tego, który stosuje się do małoletnich pokrzywdzonych, co zasługuje na pozytywną ocenę. Dzięki zmianom w sposób jednoznaczny została wprowadzona zasada jednokrotnego przesłuchania. Wprost określono także wyłom od tej reguły. Stanowi to znaczne rozszerzenie ochrony pokrzywdzonego. Jednakże nadal istnieją pewne niedociągnięcia. Przede wszystkim podkreślić należy, iż brak jest obowiązku posiadania przez oskarżonego obrońcy podczas przesłuchania, jak ma to miejsce chociażby przy przesłuchaniu z art. 185a k.p.k. Autor wnosi zatem postulat *de lege ferenda* wprowadzenia tutaj analogicznego zapisu. Należy także apelować do ustawodawcy, aby ponowne przesłuchanie zawsze prowadzić za pomocą wideokonferencji, niezależnie od wniosku pokrzywdzonego. Rozważeniu powinien podlegać katalog czynów objętych dyspozycją art. 185c § 1 k.p.k., gdyż w ocenie autora jest on stanowczo za wąski. Mimo jednak tych wad obecne brzmienie art. 185c k.p.k. w znacznej mierze chroni pokrzywdzonego przed skutkami wiktylizacji wtórnej. Ochrona ta powinna jednak cechować się szerszym zakresem i uwzględniać wyżej wskazane postulaty.

Bibliografia

1. Baj A., *Udział stron postępowania przygotowawczego w czynnościach powtarzalnych*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 2.
2. Banaszak P., *Ocena zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Analiza teoretyczno-empiryczna*, Warszawa 2018.
3. Bieńkowska E., *Wiktymologia. Zarys wykładu*, Warszawa 2000.
4. Bieńkowska E., *Zjawisko wiktylizacji wtórnej. Pojęcie, przyczyny, przeciwdziałanie (na przykładzie niektórych polskich regulacji karnych)*, Archiwum Kryminologii 2007–2008, t. 29–30.
5. Błoński M. [w:] *Dowody i postępowanie dowodowe w procesie karnym. Komentarz praktyczny z orzecnictwem. Wzory pism procesowych*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2015.
6. Czarnecki P., *Pokrzywdzony jako źródło dowodowe w postępowaniu karnym*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego 2019, nr 105, Prawo 24.
7. Federowicz K., *Wybrane aspekty przesłuchania przez organ nieuprawniony pokrzywdzonego i świadka, o których mowa w art. 185a–185c kodeksu postępowania karnego*, Przegląd Sądowy 2016, nr 2.

8. Gruszecka D. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020.
9. Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014.
10. Kaczmarek D., *Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 1.
11. Klejnowska M., *Kilka uwag na tle znówelizowanych przepisów art. 185a i art. 185b k.p.k. dotyczących przesłuchania małoletniego w procesie karnym*, *Ius et Administratio* 2014, z. 2.
12. Kłak C.P., *Opinia prawna sporządzona na zlecenie Biura Analiz Sejmowych dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3251)*, Warszawa 2019.
13. Koper R., *Przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, *Przegląd Sądowy* 2019, nr 5.
14. Krawiec A.Z., *Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.*, *Prokuratura i Prawo* 2016, nr 7–8.
15. Kruk E., *Ochrona prawna małoletniego w procesie karnym. Uwagi na tle art. 185a–c Kodeksu postępowania karnego*, *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie* 2019, t. XII, nr 1.
16. Kurowski M. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. D. Świecki, Warszawa 2015.
17. Kuźelewski D., *Definicja pokrzywdzonego i jej elementy* [w:] *System prawa karnego procesowego. Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. C. Kulesza, Warszawa 2016.
18. Lew-Starowicz Z., *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000.
19. Sakowicz A., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III KK 394/15*, *Białostockie Studia Prawnicze* 2018, vol. 23, nr 1.
20. Stefański R.A., Zabłocki S. [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II. *Komentarz do art. 167–296*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2019.
21. Wytrykowski K., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I. *Komentarz. Art. 1–424*, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020.

Łukasz Pohl

Propozycja nowelizacji art. 11 Kodeksu karnego

The proposed amendment to Art. 11 of the Penal Code

Abstract

The article proposes introducing of the theory of the multiplicity of offences into the Polish Penal Code. This theory allows for a more accurate response to the fact of violation of many norms than the theory of the unity of offence.

Keywords: *theory of the unity of offence, theory of the multiplicity of offences, concurrence of penal law provisions, concurrence of offences*

Streszczenie

Niniejszy artykuł zawiera propozycję wprowadzenia do polskiego Kodeksu karnego teorii wielości przestępstwa. Teoria ta pozwala bowiem najwłaściwiej zareagować na fakt naruszenia wielu norm, w przeciwieństwie do teorii jedności przestępstwa.

Słowa kluczowe: *teoria jedności przestępstwa, teoria wielości przestępstw, zbieg przepisów, zbieg przestępstw*

Niniejszym proponuję zmienić treść art. 11 Kodeksu karnego¹ w sposób następujący:

„Art. 11. § 1. Tym samym zachowaniem można popełnić więcej niż jedno przestępstwo.

§ 2. W wypadku, gdy sprawca jednym i tym samym zachowaniem popełnia więcej niż jedno przestępstwo, sąd skazuje za każde popełnione przestępstwo i wymierza odrębną karę za każde z nich.

§ 3. Jeżeli w wypadku określonym w § 2 wymierzono kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, sąd orzeka karę łączną na zasadach określonych w tym kodeksie.”

Uzasadnienie²

W obecnie obowiązującym w Polsce Kodeksie karnym – analogicznie zresztą jak w jego poprzednikach z lat 1932³ i 1969⁴ – przyjęto tzw. teorię jedności przestępstwa, a więc teorię, której istotę wyraża idea, iż ten sam czyn stanowić może tylko jedno przestępstwo. Jak powszechnie wiadomo, we współczesnej polskiej doktrynie prawa karnego wskazana teoria ma się całkiem dobrze, a jednym z przejawów tego stanu rzeczy jest okoliczność, że nie rozważa się usunięcia tej teorii z obecnie obowiązującego k.k., w którym – przypomnijmy – zadekretowano ją w art. 11 § 1 pod postacią formuły, iż: „Ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo”. Tym samym można przypuszczać, ba: wręcz przyjąć, że uzasadnienie, które dla owej teorii sformułował przed wielu laty profesor Władysław Wolter⁵, zostało uznane za wystarczająco przekonujące o jej trafności (słuszności).

Zanim jednak przejdziemy do sedna problemu, kilka słów poświęcić należy kwestiom terminologicznym, mającym – podkreślmy – znaczenie także merytoryczne. Przypomnijmy zatem raz jeszcze⁶, że w starszej literaturze przedmiotu, a więc w literaturze przydającej czynowi rolę pierwszego elementu w dogmatycznie ujmowanej strukturze przestępstwa, teorię jedności przestępstwa wiązano właśnie ze słowem „czyn”; wyrażano ją wszak za pomocą formuły, że jednym czynem można popełnić tylko jedno przestępstwo, czego reprezentatywnym przykładem jest wypowiedź W. Woltera, określającą ją jako teorię „(...) przyjmującą możliwość popełnienia jednym czynem tylko jednego przestępstwa”⁷. Współcześnie – jak już

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

² Treści przedstawione w niniejszym artykule bazują w szerokim zakresie na moich wcześniejszych rozważaniach i poczynionych w nich ustaleniach – zob. Ł. Pohl, *O rezerwę wobec teorii jedności przestępstwa* [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz, Wrocław 2015, s. 313 i n. Można zatem powiedzieć, że powołany artykuł posłuży nam za uzasadnienie wskazanej propozycji nowelizacyjnej.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

⁴ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

⁵ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 5 i n.

⁶ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 313.

⁷ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 7.

wskazywałem⁸ – powyższe ujęcie teorii jedności przestępstwa okazuje się nie w pełni adekwatne ze względu na najnowsze ustalenia teorii prawa karnego, wysubtelniające różnicę, jaka zachodzi między czynem a zachowaniem się w dogmatycznie ujmowanej strukturze przestępstwa. Według tych ustaleń jest bowiem jasne, że w ramach teorii jedności przestępstwa w istocie chodzi nie o czyn, a więc o pojęcie, które w języku współczesnej karnistyki określa warunki stawiane ludzkiemu zachowaniu pod kątem możliwości uznania go za czyn w prawie karnym (kwestia różnie rozumianego uwarunkowania psychicznego), lecz o (jedno) zachowanie się człowieka będące przedmiotem prawnokarnego wartościowania⁹; acz ponownie dodajmy¹⁰, że tylko zachowaniem będącym czynem jego podmiot może naruszyć prawnokarną normę sankcjonowaną i tym samym wypełnić nim znamiona typu czynu zabronionego¹¹. Oznacza to, że wskazanej starszej wersji ujęcia teorii jedności przestępstwa można bronić także współcześnie, mając jednakże w polu widzenia, że istota tej teorii wiąże się z przedmiotem prawnokarnego wartościowania, a nie z kryteriami wartościującymi kryjącymi się pod pojęciem czynu¹². Stąd też, honorując powyższe ustalenia, w przedstawianej tu propozycji zmiany art. 11 k.k. mowa nie o czynie, lecz o zachowaniu się człowieka.

Jak już podniesiono, autorem szerszego uzasadnienia w polskiej karnistyce na rzecz trafności (słuszności) teorii jedności przestępstwa jest W. Wolter. Przypomnijmy więc raz jeszcze, że zdaniem tego wybitnego karnisty, dla tego, kto twierdzi, że do przestępstwa tylko wchodzi czyn (dzisiaj powiedzielibyśmy: zachowanie się człowieka), „(...) czyn przestaje być podstawą przestępstwa, punkt ciężkości przesuwają się z czynu na tego jego właściwości, które decydują o jego przestępczości, wobec czego o ilości przestępstw decyduje ilość zawartych w czynie kompleksów znamion”¹³. W konsekwencji – zdaniem autora – w teorii wielości przestępstw: „(...) sprawa sprowadza się do tego, że ilość przestępstw zależy od ilości możliwych prawnokarnych ocen”¹⁴. Kto jednak tak rozumuje – dodaje W. Wolter – „(...) ten musi przyjąć i konsekwencje tego rozumowania. Jeżeli ilość przestępstw zależy od ilości ocen, to przestępstwo jest oceną, a nie ocenionym czynem”¹⁵. W tym stanie rzeczy – stwierdza autor – trzeba z konieczności wybierać. Wybór zaś – według jego opinii – „(...) wynika z pewnego nastawienia metodologicznego, które decyduje o tym, czy metoda określa

⁸ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 313–314.

⁹ Na temat umiejscowienia czynu w dogmatycznie ujmowanej strukturze przestępstwa uzasadnionego rolą tego elementu w owej strukturze zob. w szczególności: J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997, s. 31 i n.; M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 28 i n.; P. Kardas, *Zbiór przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 51 i n. oraz Ł. Pohl, *Czyn w prawie karnym [w:] System Prawa Karnego, t. 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 202 i n.

¹⁰ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 314.

¹¹ Czyn jest bowiem w istocie warunkiem wstępnym normowania tego rodzaju normą, co oznacza, że zachowanie zakazujące unormowane w prawie karnym to tylko takie zachowanie, które jest czynem w rozumieniu prawa karnego.

¹² Na temat teorii jedności przestępstwa zob. również M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 39 i n., a także cytowane tam piśmiennictwo.

¹³ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 21–22.

¹⁴ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 25.

¹⁵ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 25.

przedmiot, czy też przedmiot metodę. W pierwszym przypadku (tj. w przypadku akceptacji teorii wielości przestępstw – dop. Ł.P.) wkracza się na drogę idealizmu, w drugim (tj. w przypadku akceptacji teorii jedności przestępstwa – dop. Ł.P.) na drogę realizmu. Ujmowanie przestępstwa jako oceny jest wynikiem idealistycznego ujęcia i właśnie ten idealizm prowadzi do możliwości dopatrywania się w jednym czynie wielości przestępstw. (...) Ujmowanie zaś przestępstwa jako ocenionego czynu jest wynikiem realistycznego podejścia. Na tej zaś drodze nie udało się dotąd nikomu wykazać, iż jeden czyn realny może stanowić kilka przestępstw¹⁶. W konsekwencji więc – zdaniem W. Woltera – jeżeli „(...) przyjęcie w przypadku zbiegu idealnego wielości przestępstw łączy się z podejściem idealistycznym, to w takim razie podejście nieidealistyczne, czyli to, dla którego podstawą jest przestępstwo jako czyn realny, prowadzić chyba winno do odrzucenia teorii wielości przestępstw”¹⁷. Widać wyraźnie – powtórzmy to ponownie¹⁸ – że u podstaw opowiedzenia się przez W. Woltera za teorią jedności przestępstwa leży krytyka poglądu, według którego do przestępstwa wchodzi czyn, a więc poglądu, którego skutkiem w interesującym nas aspekcie jest to, iż jedno zachowanie się – w razie przekroczenia nim przez jego podmiot więcej niż jednej prawnokarnej normy sankcjonowanej – może być składnikiem wielu przestępstw.

Raz jeszcze podkreślić jednak należy, że krytyka ta jest niezasadna¹⁹. Co do tego, że zachowanie się człowieka to pierwszy element dogmatycznie ujmowanej struktury przestępstwa, wątpliwości mieć nie można. Tym samym za bezsporną uchodzić musi opinia, że stanowi ono – z tego właśnie tytułu – konieczny składnik każdego przestępstwa. Wobec tego – i jeszcze raz to zaakcentujmy²⁰ – nie można zgodzić się z W. Wolterem, że konsekwencja przyjęcia krytykowanego przezeń poglądu oznacza akceptację opinii, iż zachowanie to nie jest wówczas podstawą przestępstwa. Jest ono tą podstawą – i podkreślmy to z naciskiem – z racji jego roli w dogmatycznie ujmowanej strukturze przestępstwa. W związku z tym za nieuprawnioną należy uznać konkluzję W. Woltera, iż w ramach systemu opartego na teorii wielości przestępstw przestępstwo określił: „(...) oceną, a nie ocenionym czynem”²¹. O nietrafności tej konkluzji świadczą zresztą już powody logiczne. Odnotujemy bowiem po raz kolejny²², że zdanie: „przestępstwo jest oceną” to z punktu widzenia składni logicznej zdanie nieskładne, a przez to kontrsensowne. Jako powód wskazać należy brak argumentu nazwowego w postaci „zachowania się” dla znajdującego się w nim funkтора nazwotwórczego „ocena”. Powyższa uwaga na temat kategorii syntaktycznej (gramatycznej) wyrazu „ocena” pozwala przeto dostrzec, że w interesującym nas aspekcie nie ma żadnej różnicy pomiędzy stwierdzeniem, że przestępstwo jest oceną zachowania się sprawcy, a stwierdzeniem, iż przestępstwo jest ocenionym zachowaniem się sprawcy.

¹⁶ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 25.

¹⁷ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 31.

¹⁸ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 315.

¹⁹ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 315.

²⁰ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 315.

²¹ W. Wolter, *Kumulatywny...*, s. 25.

²² Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 316.

Dopowiedzmy także ponownie²³, że o przydaniu wyrazowi „ocena” kategorii syntaktycznej funktora nazwotwórczego decyduje fakt, iż nie sposób mówić o ocenie z pominięciem jej przedmiotu.

Różnica pomiędzy teorią jedności przestępstwa a teorią wielości przestępstw sprowadza się więc w istocie tylko do tego, że w ramach teorii jedności przestępstwa wielość przestępstw przy jednym zachowaniu się sprawcy nie jest możliwa. Słowem, w ramach owej teorii nigdy nie może zaistnieć tzw. jednoczynowy zbieg przestępstw, a więc zbieg, który w literaturze przedmiotu zwykło się określać się mianem idealnego zbiegu przestępstw.

W tym stanie rzeczy – jak już wskazywałem²⁴ – pojawia się więc pytanie: która z konkurujących tu teorii jest trafna (słuszna)? Wydaje się, że rozstrzygnięcie tej kwestii winno następować wyłącznie poprzez porównanie poziomu ich operatywności w systemie prawa karnego²⁵. Jak wiadomo, spór pomiędzy teorią jedności przestępstwa a teorią wielości przestępstw powstaje na gruncie sytuacji, w której podmiot swoim zachowaniem się wypełnia znamiona dwóch lub więcej typów czynów zabronionych, a więc wówczas, gdy przekracza nim więcej niż jedną prawnokarną normę sankcjonowaną²⁶. Jak już także podniesiono, w systemie opartym na teorii jedności przestępstwa sprawca może w takiej sytuacji popełnić tylko jedno przestępstwo, zaś w systemie opartym na teorii wielości przestępstw może on wówczas dopuścić się więcej niż jednego przestępstwa; w teorii prawa karnego wskazuje się przy tym, że wskazane ewentualności są konsekwencjami przyjęcia twierdzeń aksjomatycznych²⁷.

W toku dyskusji wokół interesującej nas kwestii za szczególnie doniosłe uchodzą – i raz jeszcze je przypomnijmy – spostrzeżenia Piotra Kardasa oraz Jarosława Majewskiego²⁸, które ostatni z wymienionych autorów powtórzył w Systemie Prawa Karnego. Według zaprezentowanego tamże punktu widzenia teoria wielości przestępstw przegrywa z teorią jedności przestępstwa, gdyż znamionuje ją: „(...) wpisana w nią immanentnie konieczność sztucznego rozdzielenia pewnej integralnej całości,

²³ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 316.

²⁴ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 317.

²⁵ Właśnie taki sposób podejścia zaprezentowałem w pracy będącej szeroką, wręcz *in extenso* cytowaną, podstawą niniejszych rozważań – zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 317 i n.

²⁶ Na temat uzasadnienia tego ostatniego stwierdzenia zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 55 i n. oraz Ł. Pohl, *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, „Ius Novum” 2010/1, s. 7 i n., a także podaną tam literaturę przedmiotu.

²⁷ Za aksjomatycznym charakterem tych twierdzeń opowiedział się J. Majewski wskazując, że twierdzenie, iż jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo, jest „(...) w tym samym stopniu aksjomatyczne i przez to niemożliwe do udowodnienia jak twierdzenie mu przeciwstawne, które za jego pomocą miałyby być obalone” – J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 1065. W odniesieniu do tego poglądu pozwoliłem sobie sformułować uwagę, że aksjomatyczność twierdzenia nie pociąga za sobą niemożliwości udowodnienia go – zob. Ł. Pohl, *Objaśnienia do art. 11 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 179. Jak wskazywał bowiem Mikołaj Poletyło, aksjomatem jest nie tyle twierdzenie niemożliwe do udowodnienia, ile twierdzenie, które przyjęto bez dowodu – zob. M. Poletyło, *Aksjomat* [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław-Warszawa-Kraków 1970, s. 3.

²⁸ Zob. P. Kardas, J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym oraz sposobach jej rozstrzygnięcia* [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994, s. 182 i n.

jaką stanowi kwantum społecznej szkodliwości ocenianego czynu, na kilka części w celu przypisania określonych ładunków społecznej szkodliwości poszczególnym zbiegającym się przestępstwom, a następnie oznaczenia stopnia winy w odniesieniu do każdego z tych przestępstw²⁹. Tymczasem – jak podnosi J. Majewski – ma to być: „(...) nieodzowne dla prawidłowego wymiaru kary za te przestępstwa (limitująca funkcja winy)”³⁰. W opinii powołanych wyżej autorów przyjęcie koncepcji idealnego zbiegu przestępstw czyni dokonanie oceny stopnia społecznej szkodliwości „(...) zadaniem bardzo trudnym. Z dwóch powodów. Naprzód dlatego, że każe sądowi jeden fragment aktywności człowieka rozciąć myślowo (...) wedle poszczególnych przepisów na kilka części (...), po czym z osobna ocenić stopień społecznego niebezpieczeństwa każdej z nich. A że najczęściej, jeśli nie zawsze, uzyskane tak części będą się wzajemnie zazębiać i na siebie zachodzić, istnieje ryzyko, iż ten sam faktor współwyznaczający społeczne niebezpieczeństwo ocenianego zachowania się sprawcy zostanie uwzględniony więcej niż jeden raz. I w konsekwencji dojdzie do zafałszowania obrazu substratu oceny przez zwielokrotnienie stopnia jego społecznego niebezpieczeństwa. Następnie przez to, że zamiast jednej kompleksowej oceny stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu podlegającego prawnokarnemu wartościowaniu każe sądowi dokonać kilku cząstkowych ocen poszczególnych jego aspektów. Z istoty społecznego niebezpieczeństwa jako kategorii niedającej się ująć matematycznie, wynika, że każda próba oceny jego stopnia musi być obciążona pewnym ryzykiem błędu. Prawdopodobieństwo błędu i ewentualna jego wielkość – przy kilku ocenach musi ulec zwielokrotnieniu”³¹. W ocenie J. Majewskiego, wskazanych kłopotów „(...) można by, naturalnie, uniknąć, dokonując jednej całościowej oceny stopnia społecznej szkodliwości badanego czynu i jednej całościowej oceny stopnia winy, wymagałoby to jednak porzucenia najbardziej naturalnej postaci idealnego zbiegu przestępstw”³². Jak widać, w świetle powołanej opinii społeczna szkodliwość nie jest elementem odrębnie relatywizowanym do każdej naruszonej przez sprawcę prawnokarnej normy sankcjonowanej, lecz elementem jednokrotnie relatywizowanym do zachowania, którym przekroczono więcej niż jedną normę tego typu i tym samym wypełniono znamiona więcej niż jednego typu czynu zabronionego. Powstaje tu jednak pytanie, czy przyjmowane w ramach omawianej opinii ujęcie przedmiotu społecznej szkodliwości przedstawia się jako w pełni przekonujące. Jak już podniosłem³³, uważam, iż może ono wywoływać zastrzeżenia, a szczególnie obiekcje formułowane z perspektywy rozwiązań przyjętych w obecnie obowiązującym k.k. Wszak w art. 1 § 2 tego kodeksu postanowiono, że nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma, przesądzając tym samym – ponownie to podkreślmy³⁴ – o konieczności ustalania stopnia społecznej szkodliwości zachowania się człowieka w odniesieniu do każdej naruszonej tym zachowaniem się prawnokarnej

²⁹ J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1066.

³⁰ J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1066.

³¹ P. Kardas, J. Majewski, *Kilka...*, s. 183.

³² J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1067.

³³ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 318 i n.

³⁴ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 318.

normy sankcjonowanej, a więc oddzielnie dla każdej realizacji znamion typu czynu zabronionego³⁵. Za tego rodzaju procedowaniem – jak już to wskazałem – przemawia nadto istotna, a pomijana przez autorów i zwolenników referowanego ujęcia, okoliczność o charakterze teoretycznym i zarazem o dużym znaczeniu praktycznym, wyrażająca się w zakładanej przez rzeczzone ujęcie zgodzie na przypisanie naruszeniu jednej prawnokarnej normy sankcjonowanej wymaganego dla przestępności zachowania się człowieka ładunku społecznej szkodliwości znamionującego naruszenie innej jednoczynowo przekroczonej przezeń prawnokarnej normy sankcjonowanej, a więc zgodzie, którą w sposób arbitralny i niezasadny rozszerza się zakres podstawy (ewentualnej) odpowiedzialności karnej³⁶. Możliwości takiej nie dopuszcza oczywiście teoria wielości przestępstw. Słowem – jak już to podniesiono³⁷ – mankament teorii wielości przestępstw, mający polegać na (ewentualnej, potencjalnej) możliwości zafałszowania obrazu substratu oceny przez zwielokrotnienie stopnia jego społecznego niebezpieczeństwa³⁸, okazuje się być dużo mniejszy od znamionującej konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy karnej słabości teorii jedności przestępstwa, wyrażającej się stworzeniem możliwości pociągania do odpowiedzialności karnej za niekarygodną realizację znamion typu czynu zabronionego.

Teoria jedności przestępstwa ustępuje teorii wielości przestępstw także i na innych obszarach prawa karnego. Jeden z nich – jak już zauważono³⁹ – to okoliczności wyłączające przestępność. Powtórzyć należy bowiem pytanie o to, jak w ramach teorii jedności przestępstwa poradzić sobie z sytuacją, w której z jednoczynowo zbiegających się realizacji znamion różnych typów czynów zabronionych jedna jest przestępna, a druga – nie, właśnie z racji wystąpienia przy niej okoliczności wyłączającej przestępność, np. w postaci wyłączającego winę usprawiedliwionego błędu co do prawa. W systemie prawa karnego przyjmującym teorię jedności przestępstwa należałoby wówczas o wskazanym zachowaniu się orzec, że jest ono zarazem zawinione i niezawinione, co – jak wiadomo – oznacza kwalifikację nie do przyjęcia. Oczywiście, w doktrynie prawa karnego dostrzega się kłopotliwość takiej kwalifikacji i proponuje się, by usuwać ją poprzez zabieg całościowej oceny stopnia winy⁴⁰. Zastrzeżenia, które sformułowano wyżej w odniesieniu do rozwiązania problemów społecznej szkodliwości, aktualizują się jednak i tutaj. Za niedopuszczalne uznać należy rozwiązanie pozwalające na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za niezawinioną realizację znamion czynu zabronionego tylko na tej

³⁵ Zachowanie, którym sprawca zrealizował znamiona więcej niż jednego czynu zabronionego, nie staje się – za sprawą jednoczynowego zbiegu – nowym czynem zabronionego. Szerzej na temat podstaw tego poglądu zob. Ł. Pohl, *Czy możliwy jest rzeczywisty zbieg przepisu określającego kwalifikowaną postać czynu zabronionego z przepisem określającym jego postać uprzywilejowaną?* [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. I, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012, s. 256 i n. (przypis nr 10).

³⁶ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 318–319.

³⁷ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 319.

³⁸ Zarzut ten należy uznać za zasadny tylko przy przyjęciu założenia, że ustalenie stopnia społecznej szkodliwości jest realizowane nie w odniesieniu do każdej realizacji znamion typu czynu zabronionego, lecz w odniesieniu do całościowo ujmowanego zachowania się sprawcy.

³⁹ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 319.

⁴⁰ J. Majewski, *Zbieg...*, s. 1067.

podstawie, że jednoczynowo zbiegająca się z nią realizacja znamion innego typu czynu zabronionego była przez sprawcę zawiniona w stopniu pozwalającym na obdarowanie stosowną porcją zawinienia niezawinionej realizacji znamion typu czynu zabronionego. Jak już zwracałem na to uwagę w artykule – podstawie niniejszego opracowania⁴¹ – jako oczywiste i niesporne zarazem ocenić należy to, że na gruncie teorii wielości przestępstw rozwiązanie wskazanych wyżej problemów nie rodzi absolutnie żadnych trudności.

Przewaga teorii jedności przestępstwa nad teorią wielości przestępstw winna mieć miejsce także w sferze wymiaru kary. W pełni trafnie objaśnił jednak J. Majewski – po raz kolejny przytoczę jego słowa – że „(...) przeświadczenie, iż ten sam czyn nie może stanowić podstawy kilku skazań, że za jeden czyn nie powinno się być karanym więcej niż raz (...) dotyczy ponownego skazania i ukarania w osobnym postępowaniu za wcześniej już osądzony czyn, nie zaś tego, co dzieje się w ramach jednego postępowania, chociażby nawet miało to polegać na przypisaniu sprawcy na podstawie tego samego czynu kilku przestępstw i wymierzeniu za nie z osobna kilku kar. W ten sam sposób można względnie łatwo uchylić wątpliwości, jakie mogą się pojawić odnośnie do tego, czy model idealnego zbiegu przestępstw nie popada w kolizję z zasadą *ne bis in idem*”⁴². Uzupełniając powyższe wypowiedzi, należy więc stwierdzić, że w przypadku teorii wielości przestępstw nie ma oczywiście miejsca sytuacja wielu skazań za to samo. Skazań jest tyle, ile w sposób przestępny naruszono prawnokarnych norm sankcjonowanych. Analogicznie rzecz przedstawia się na gruncie wymiaru kary. Kar jest tyle, ile przestępstw. Słowem, wszelkie zarzuty o naruszaniu wówczas zasady *ne bis in idem* okazują się bezpodstawne i biorą się z braku uchwycenia wyluszczonych konsekwencji teorii wielości przestępstw. Powtarzając przeto wcześniej sformułowane stanowisko⁴³, wyrażam zdanie, że teoria jedności przestępstwa w wersji z wymiarem jednej kary na podstawie przepisu najsurowszego posiada wadę jawnej nieodpowiedniości. Co istotne, budzi ona także zastrzeżenia natury teoretycznoprawnej, bo – co nie podlega dyskusji – zastosowanie prawnokarnych norm sankcjonujących jest warunkowane stosownymi naruszeniami prawnokarnych norm sankcjonowanych, a nie liczbą zachowań się sprawcy⁴⁴. Ta bowiem – i raz jeszcze to zaakcentujmy⁴⁵ – dla faktu naruszenia wskazanych norm nie ma absolutnie żadnego znaczenia. Pomimo tego w przedstawionej propozycji nowelizacyjnej proponuje się rozwiązanie kompromisowe, pozwalające respektować zależność: jedno zachowanie – jedna kara. Sugeruje się jednakże, aby honorować ją poprzez łączenie kar jednostkowych w karze łącznej, a więc w sposób, który należycie odzwierciedla fakt naruszenia więcej niż jednej

⁴¹ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 320.

⁴² J. Majewski, *Zbieg...*, s. 106.

⁴³ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 320.

⁴⁴ Inną sprawą jest oczywiście to, że można – jak uczyniono to w k.k. – opracować i zakodować w tekście prawnym normę, która w sytuacji jednoczynowego przekroczenia więcej niż jednej prawnokarnej normy sankcjonowanej nakazywała będzie sądowi zastosowanie tylko jednej normy sankcjonującej – normy operującej najsurowszą sankcją. Szerzej nt. tej kwestii zob. Ł. Pohl, *Czy możliwy...*, s. 256 i n., a także Ł. Pohl, *Struktura...*, s. 216 i n.

⁴⁵ Zob. Ł. Pohl, *O rezerwę...*, s. 320.

prawnokarnej normy sankcjonowanej, czego – rzecz jasna – z pewnością nie można powiedzieć o sposobie ograniczania podstawy wymiaru kary do jednego, choćby najsurowszego, przepisu.

Bibliografia

1. Kardas P., Majewski J., *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym oraz sposobach jej rozstrzygania* [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994.
2. Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.
3. Majewski J., *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu. Zagadnienia węzłowe*, Kraków 1997.
4. Majewski J., *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
5. Pohl Ł., *Czy możliwy jest rzeczywisty zbieg przepisu określającego kwalifikowaną postać czynu zabronionego z przepisem określającym jego postać uprzywilejowaną?* [w:] *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga Jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. I, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2012.
6. Pohl Ł., *Czyn w prawie karnym* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3. *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013.
7. Pohl Ł., *O rezerwę wobec teorii jedności przestępstwa* [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, J. Brzezińska, K. Łucarz, Wrocław 2015.
8. Pohl Ł., *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, *Ius Novum* 2010, nr 1.
9. Pohl Ł., *Objaśnienia do art. 11 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015.
10. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.
11. Poletyło M., *Aksjomat* [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław-Warszawa-Kraków 1970.
12. Rodzynekiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998.
13. Tarnawski M., *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977.
14. Wolter W., *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960.

Damian Szeleszczuk

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 19.02.2020 r., I KA 10/19¹

*Comments to the verdict of 19 February 2020
of the Supreme Court (I KA 10/19)*

Abstract

This comment on the judgment is about degradation. Degradation is an important element of the sanctions system in Polish military criminal law. The author accepts the position of the Supreme Court on this punishment. In the presented study, based on the verdict of 19 February 2020, as well as previous verdicts of the Supreme Court, the premises for its adjudication and the function of degradation were analyzed. The article is also intended to indicate the practical and theoretical problems that the application of this punishment entails.

Keywords: *penal measures, degradation, military criminal law*

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest degradacja, funkcjonująca jako istotny element systemu sankcji w polskim wojskowym prawie karnym. Autor przyjął stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w orzeczeniu z 19.02.2020 r., odnośnie tego środka karnego. Opierając się na powyższym wyroku oraz na innych orzeczeniach Sądu Najwyższego, dokonał gruntownej analizy przesłanek orzekania oraz funkcji degradacji. Opracowanie ma na celu wskazanie praktycznych i teoretycznych problemów, jakie pociąga za sobą stosowanie tej kary.

Słowa kluczowe: *środki karne, degradacja, wojskowe prawo karne*

Dr Damian Szeleszczuk, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska, ORCID: 0000-0002-7062-3145, e-mail: d.szeleszczuk@wp.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 4.01.2021 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.02.2022 r.

¹ LEX nr 3056892.

„Ratio legis stosowania środka karnego w postaci degradacji jest ochrona autorytetu wynikającego z posiadania stopnia wojskowego, bez którego niemożliwe jest prawidłowe funkcjonowanie wojska, mającego hierarchiczną strukturę.”

Kanwą dla komentowanego orzeczenia był następujący stan faktyczny. W dniu 17.01.2018 r. w miejscowości C. major M.W., „działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej złożył do Dowódcy (...) Brygady Obrony Terytorialnej w C. wniosek o przyznanie należności pieniężnych z tytułu przeniesienia służbowego wraz z fakturą VAT nr (...) /2017 z dnia 20 listopada wystawioną przez F. w S. za usługę przewozu urządzeń domowych z R. do C. wartości 5600 zł, mimo że wskazana usługa transportowa nie była wykonana, czym wprowadził w błąd doprowadzając do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, poprzez przyznanie mu na tej podstawie decyzją nr (...) /2018 z dnia 22 lutego 2018 r. Dowódcy wymienionej jednostki wojskowej świadczenia pieniężnego tytułem zwrotu kosztów przewozu urządzeń domowych, a następnie wypłacenie mu w dniu 15 marca 2018 r. kwoty 5600 zł na podstawie zatwierdzonej przez Komendanta (...) Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Z. listy zbiorczej dodatkowych należności”¹. Oskarżony został uznany za winnego popełnienia przestępstwa z art. 286 § 1 Kodeksu karnego² w zb. z art. 273 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i za przestępstwo to przy zastosowaniu art. 37a k.k. Sąd Okręgowy w W. wymierzył mu karę grzywny w wysokości 40 stawek dziennych po 100 zł każda.

Wyrok ten został zaskarżony przez prokuratora na niekorzyść oskarżonego w części dotyczącej orzeczenia o karze. Podstawą zarzutu apelacyjnego była rażąca „niewspółmierność środka karnego, poprzez nieorzeczenie wobec majora M. W. środka karnego w postaci degradacji i niesłuszne uznanie, że major M. W., mimo skazania za przestępstwo umyślne – oszustwo z art. 286 § 1 k.k., którego rodzaj, sposób i okoliczności popełnienia, zwłaszcza działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie pozwalają przyjąć, że utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego, podczas gdy prawidłowa ocena prowadzi do przyjęcia wniosku przeciwnego i pozwala na orzeczenie środka karnego w postaci degradacji. Prokurator wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci degradacji”³.

Zarówno teza orzeczenia, jak i jego uzasadnienie zasługują na aprobatę. Mogą one stanowić dobry punkt wyjścia dla rozważań na temat degradacji, stanowiąc z jednej strony swoistego rodzaju podsumowanie dotychczasowego dorobku orzeczniczego najwyższej instancji sądowej, a z drugiej – jego zaktualizowane rozwinięcie. Glosowane orzeczenie zawiera również treści inspirujące do dyskusji nad istotą degradacji, jej funkcjami, jak również sensem jej utrzymywania w systemie wojskowych środków penalnych, zwłaszcza wobec dokonujących się w wojsku przemian, wpływających na denotację tradycyjnych pojęć składających się na żołnierski etos. Potrzeba takiej dyskusji staje się tym bardziej oczywista,

¹ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 19.02.2020 r., I KA 10/19, LEX nr 3056892.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.) – dalej k.k.

³ Wyrok SN z 19.02.2020 r., I KA 10/19, LEX nr 3056892.

gdy uwzględni się fakt, że degradację uznaje się za najbardziej dolegliwy wojskowy środek karny⁴, którego funkcje zostały w istocie zredukowane wyłącznie do represji⁵, w związku z czym jego orzekanie powinno być zarezerwowane do najpoważniejszych przestępstw, charakteryzujących się znacznym stopniem społecznej szkodliwości⁶. Aktualność podjętej w orzeczeniu problematyki potwierdzają również dostrzegane w piśmiennictwie tendencje do podmiotowego poszerzenia zakresu degradacji i objęcia nią także sprawców, którzy w chwili popełnienia czynu zabronionego, choć posiadali stopień wojskowy, to żołnierzami służby czynnej nie byli⁷. Warto dokonać szczegółowej analizy tego judykatu także z tego powodu, że Sąd Najwyższy rzadko ma okazję wypowiedzieć się w kwestii wojskowych środków karnych, co wynika z faktu, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości stosuje się je wyjątkowo rzadko⁸.

Problematyki degradacji nie sposób analizować w oderwaniu od pojęcia etosu żołnierza i oficera. Zdaniem Marii Ossowskiej etos to styl życia jakiejś społeczności, przyjęta przez tę społeczność hierarchia wartości, formułowana w sposób wyraźny lub dająca się wyczytać z ludzkich zachowań⁹. Definicja ta podkreśla zarówno hermetyczność, jak i wyjątkowy charakter etosu danej grupy, co powoduje, że jest on specyficzny dla różnych społeczności czy struktur społecznych. Za Carlem von Clausewitzem można przyjąć, że o odrębności etosu wojskowego decyduje organizacja, obyczaje i prawa¹⁰. Oczywiście odrębność ta wynika z celów i zadań realizowanych przez wojsko, zarówno w czasie pokoju, jak i wojny. W powszechnym odczuciu była ona od zawsze w pełni uzasadniona i wypływała z wyjątkowej pozycji zajmowanej przez wojsko w społeczeństwie oraz z zaufania, jakim się je obdarza. Zaufanie miało swoje źródło w żołnierskim etosie, na który składały się m.in.: odwaga, honor, dyscyplina, gotowość do poświęceń w imię szczytnych ideałów, prawość charakteru, wierność, prawdomówność, solidarność wobec towarzyszy służby. Z tymi wartościami, normami i postawami wiązały się liczne przywileje, prawa honorowe, zaszczyty i uprawnienia. Były one tym większe, im wyższa ranga w wojskowej hierarchii. Z kolei im wyższa pozycja w hierarchii, tym wyższy poziom oczekiwań i zaufania wobec żołnierza. Nadużycie tego zaufania, przejawiające się w popełnieniu czynu zabronionego, sprzecznego z tym etosem, nie mogło pozostać bez reakcji karnej, której jednak nie ograniczano do środków penalnych analogicznych do tych, które stosowano wobec cywilów. Już w najodleglejszych czasach dostrzeżono, że specyfika służby wojskowej wymaga

⁴ Por. A. Ziółkowska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 1334.

⁵ Por. R. Janiszowski-Downarowicz, *Wojskowe środki karne* [w:] *Środki karne po nowelizacji w 2015 r.*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2016, s. 491.

⁶ Por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007 s. 592. W doktrynie postulowano, aby orzekanie degradacji zostało ograniczone do sytuacji, gdy sprawca popełnił przestępstwo z niskich pobudek. Por. S. Przyjemski, *Prawo karne wojskowe*, Gdańsk 1999, s. 95.

⁷ Por. S. Winik, M. Nowak, *Degradacja w praktyce – problematyka możliwości podmiotowego rozszerzenia stosowania środka karnego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2019/4, s. 44–61.

⁸ Według S. Winika i M. Nowaka od początku roku 2018 do połowy roku 2019 degradację orzeczono wobec 7 sprawców będących żołnierzami. Por. S. Winik, M. Nowak, *Degradacja...*, s. 45.

⁹ M. Ossowska, *Ethos rycerski i jego odmiany*, Warszawa 2014, s. 7.

¹⁰ C. von Clausewitz, *O wojnie*, t. 1, Warszawa 1958, s. 157 i n.

zastosowania odmiennych środków prawnokarnej reakcji. Kara w wojsku musiała być odzwierciedleniem szczególnej pozycji żołnierza, z którą łączyło się nadzwyczajne zaufanie, jakim go obdarzano. Dotyczyło to zwłaszcza żołnierzy starszych stopniem, oficerów i podoficerów, w stosunku do których wymagania i oczekiwania kształtowały się na wyższym poziomie niż w przypadku żołnierzy szeregowych. W warstwie normatywnej oznaczało to konieczność pozbawienia żołnierzy tego, co decydowało o ich wyjątkowej pozycji, zarówno w społeczeństwie, jak i względem towarzyszy broni, czyli оголошение z godności, prestiżu, czci, szacunku, poważania i honoru¹¹. Stąd powszechna tendencja do stosowania wobec żołnierzy licznych kar na czci i honorze. Do jednej z nich należała degradacja – sankcja ściśle związana z hierarchią stopni wojskowych oraz ich rolą i znaczeniem w wojsku, a także poza nim¹². Degradacja stanowiła taką tradycyjną formę akcesoryjnej dolegliwości stosowanej wobec żołnierzy, której ostrze mierzyło przede wszystkim w honor i cześć skazanego¹³. Degradację w formie kary dodatkowej żołnierze odbierali jako bardziej dotkliwą niż kary zasadnicze (główne)¹⁴. Genezy tej kary należy doszukiwać się już w prawie rzymskim, gdzie występowała ona pod nazwą „*gradus deiectio*”¹⁵. Od najdawniejszych czasów była karą stosowaną wobec oficerów i podoficerów i oznaczała powrót do stopnia szeregowego, jak również obniżenie żołdu do poziomu przysługującemu szeregowemu¹⁶. W polskim wojskowym prawie karnym pojawiła się w XVII wieku i istniała aż do końca I Rzeczypospolitej¹⁷. Również w II Rzeczypospolitej stanowiła istotny element wojskowego systemu środków penalnych¹⁸. W Kodeksie karnym z 1997 r. dokonano istotnych zmian w ustawowym kształcie degradacji, przede wszystkim precyzując i zawężając podstawy jej orzekania.

Orzeczenie degradacji zależy od stwierdzenia, że sprawca utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego. Właściwości te to przymioty, które powinny charakteryzować żołnierza mianowanego na określony stopień wojskowy¹⁹. Można powiedzieć, że właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego to

¹¹ Por. M. Czyżak, *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Warszawa 2010, s. 158.

¹² Por. J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III. Komentarz do art. 278–363, red. A. Zoll, Warszawa 2006, s. 1017.

¹³ Por. w szczególności M. Czyżak, *Odrębność...*, s. 164.

¹⁴ Por. W. Organiściak, *Z badań nad karami na czci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej w XVI–XVIII wieku*, „Z Dziejów Prawa” 1999/2, s. 64.

¹⁵ Por. G. Kuleczka, *Studia nad rzymskim wojskowym prawem karnym*, Poznań 1974, s. 110–111; W. Kutzman, *Dezercja i samowolne oddalenie w rzymskim wojskowym prawie karnym epoki pryncypatu*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1981/4, s. 440, E. Sander, *Das römische Militärstrafrecht*, „Neue Folge” 1960/103, s. 305 oraz B. Sitek, *Wymierzanie infamii za przestępstwa wojskowe. Przyczynek do studiów nad rzymskim procesem karnym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2003/2, s. 6.

¹⁶ D. Szeleszczuk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2017, s. 1385. Por. także T. Rybicki, *Prawo karne wojskowe rzymskie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1934/1, s. 4.

¹⁷ Zob. szerzej J. Muszyński, *Niektóre zagadnienia prawne dyscypliny wojskowej w polskim przedrozbiorowym ustawodawstwie wojskowym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1961/4, s. 533 oraz D. Szeleszczuk, *Degradacja w polskim wojskowym prawie karnym od XVII do XIX wieku*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2017/4.

¹⁸ Por. B. Łapicki, *Prawo rzymskie*, Łódź 1948, s. 50 oraz D. Szeleszczuk, *Degradacja w wojskowym prawie karnym II Rzeczypospolitej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2018/4.

¹⁹ Por. S. Hoc [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1711.

znormatywizowane cechy składające się na pojęcie etosu oficera²⁰. Pełnienie służby wojskowej nierozdzielnie wiąże się nie tylko z wysokimi kwalifikacjami zawodowymi i spełnieniem odpowiednich wymagań fizycznych i psychicznych, ale także z określoną postawą moralną, prestiżem i uznaniem społecznym. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w przepisach ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych²¹. Zgodnie z treścią art. 2 u.s.w.ż.z. żołnierzem zawodowym może zostać osoba posiadająca m.in. nieposzlakowaną opinię. W odniesieniu do żołnierzy zawodowych powyższe właściwości figurują przede wszystkim w Kodeksie Honorowym Żołnierza Zawodowego Wojska Polskiego²².

W literaturze wskazuje się, że obecnie etos oficera Wojska Polskiego kształtowany jest przez kilka podstawowych grup wartości. Pierwszą z nich stanowią wartości zawodowe, rozumiane jako zobowiązania i wymagania wynikające ze specyfiki zawodu oficera. Uznaje się je za emanację postulowanych cech zawodowych, gdyż ich realizacja służy właściwemu wykonaniu zadań. Należą do nich m.in. fachowość, odpowiedzialność, zdyscyplinowanie i karność, dbałość o podwładnych, odwaga, koleżeństwo, operatywność, lojalność wobec przełożonych. Drugą grupę tworzą wartości czysto moralne, które umożliwiają (gdy się ich przestrzega) bezkonfliktowe współzycie jednostek i grup ludzkich. Wartości te często są nazywane przymiotami osobistymi lub cnotami moralnymi. Jak zwraca się uwagę, wartości te decydują o tzw. „kręgosłupie moralnym” dowódcy, pomagają we właściwym oddziaływaniu na podwładnych, ułożeniu stosunków społecznych i realizacji powinności wychowawczych. W tej grupie wartości wyróżnia się m.in. honor, uczciwość, sprawiedliwość, takt, życzliwość, szlachetność, tolerancję, poszanowanie godności i szacunek wobec drugiego człowieka (żołnierza). Kolejną grupę stanowią tzw. wartości charakteru,

²⁰ Przez pojęcie etosu należy rozumieć przeświadczenia moralne (oceny) i praktyki moralne danej społeczności lub nawet poszczególnych jej przedstawicieli. W konsekwencji skutkiem wykonywania określonego zawodu może być wytworzenie w psychice przeświadczenia o konieczności przestrzegania określonych zwyczajów nazywanych niekiedy zawodowymi. Na pojęcie etosu składają się zatem nie tylko wartości moralne i obyczajowe, ale także pewien przyjęty przez daną grupę ideał społeczny, założone cele grupy, jej światopogląd i ideologia. Przyjmuje się, że etos danej grupy zakorzeniony jest w jej tradycji i czerpie z jej dorobku. Dlatego też do zrealizowania ukształtowanego w określonym środowisku etosu zawodowego potrzeba dodatkowej wskazówki. Za taką wskazówkę uznaje się zasady etyki. Powyższe wynika z faktu, że wiedza o wykonywaniu zawodu i elementy etosu wymagają pewnego usystematyzowania. W ten sposób zrodziła się idea kodeksów etyki zawodowej. O ile bowiem pojęcie etosu odnosi się do opisu systemu norm i wartości danej zbiorowości, o tyle pojęcie etyki dotyczy opisu działania jednostki, który to opis wyznacza jej model właściwego zachowania. Stwierdza się, że kodeksy etyki zawodowej powinny stanowić werbalizację przeświadczeń już wytworzonych w danej grupie zawodowej, krystalizację wartości w niej uznawanych, refleks zachowań ocenianych w danej grupie moralnie dodatnio. Por. S. Olejnik, *Etos i etyka pracy zawodowej*, „Collectanea Theologica” 1957/3–4, s. 540–561 oraz M. Michalik, *Uwagi w sprawie «kodeksów» etyki zawodowej*, „Etyka” 1966/1, s. 169–188.

²¹ Ustawa z 11.09.2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1131 ze zm.) – dalej u.s.w.ż.z.

²² Dz.Urz. MON z 2008 r. Nr 5, poz. 55. Z postanowień Kodeksu wynika, że „fundamentalnymi cnotami żołnierza zawodowego są: patriotyzm, męstwo, uczciwość, odpowiedzialność, sprawiedliwość, prawdomówność i solidarność zawodowa (...). Respektuje (on – D.S.) normy prawne i społeczne. Szanuje instytucje państwa i społeczeństwa. Cechuje go szczerość i szacunek dla innych. Stawia zawsze dobro służby ponad ambicje osobiste (...). Nie dopuszcza się czynów, narażających na uszczerbek jego honoru i dobre imię wojska. Czynami niegodnymi żołnierza są w szczególności: zdrada Ojczyzny, tchórzostwo na polu walki, obłuda, prywata, niewywiązywanie się z przyjętych zobowiązań”.

czyli m.in. stanowczość, prawdomówność, słowność, rzetelność, skromność. Na etos oficera składają się także wartości doskonalące (kreujące), do których można zaliczyć: inteligencję, wiedzę oraz – umożliwiające jej zdobycie – pracowitość i wytrwałość, a także wartości obywatelskie, wśród których należy wymienić przede wszystkim patriotyzm²³.

Rodzaj popełnionego przestępstwa, sposób i okoliczności jego popełnienia mają potwierdzać utratę powyższych właściwości. Pozostaje zatem zgodzić się z uwagą Jarosława Majewskiego mówiącą, że merytoryczna przesłanka orzekania degradacji jest spełniona tylko wówczas, gdy sprawca całkowicie utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego. Nie wystarczy więc ustalenie, że owe właściwości uległy u sprawcy osłabieniu, ale ich „natężenie” nie spadło jeszcze poniżej koniecznego minimum²⁴.

W ocenie SN w rozpoznawanej sprawie orzeczenie degradacji nie było uzasadnione. Nie można bowiem uznać, że oskarżony utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego, nawet wobec przypisania mu przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, za czym przemawiać ma m.in. okoliczność, że przypisane oskarżonemu przestępstwo posiadało charakter jednostkowy, o czym świadczą niekaralność i wzorowa, wieloletnia służba oskarżonego. Należy stwierdzić, że taka ocena pozostaje jak najbardziej bezsporna.

Utrata właściwości wymaganych do posiadania stopnia wojskowego musi wynikać z oceny rodzaju czynu oraz sposobu i okoliczności jego popełnienia. Ocena ta powinna być kompleksowa i uwzględniać wszystkie komponenty (rodzaj czynu, sposób i okoliczności jego popełnienia). Nie może ona opierać się jedynie na niektórych czynnikach decydujących o utracie właściwości niezbędnych do posiadania stopnia wojskowego. Zasadnie przy tym podnosi się w orzecznictwie SN, że wpływu na tę ocenę nie powinny mieć inne okoliczności, takie jak zachowanie się sprawcy przed popełnieniem przestępstwa lub po nim czy też opinia środowiska²⁵. Kontynuując tę linię orzecniczą, SN stwierdził, że „posiadanie dobrych opinii służbowych czy też orzeczenie innych środków karnych nie może skutecznie tamować orzekania tytułem środka karnego degradacji. Wszak środek ten usuwa ze społeczności wojskowej żołnierzy posiadających określony stopień wojskowy, którzy swoim czynem sprzeniewierzyli się zasadom służby wojskowej pojmowanej jako «misji społecznej o wyjątkowej randze i szczególnie doniosłym charakterze»”²⁶. Potwierdzenie tej tendencji stanowi kolejny judykat, w którym zaznaczono, że okoliczności w postaci „wzorowej służby żołnierskiej” nie można uznać za przesłankę wystarczającą do stwierdzenia, że brak jest podstaw do orzeczenia degradacji. Dla oceny celowości orzeczenia tego środka decydujące znaczenie ma rodzaj czynu, sposób i okoliczności

²³ Zob. szerzej M. Kasperski, *Przemiany wzorów osobowych kadry WP w okresie transformacji* [w:] *Tradycje i współczesność etosu oficera Wojska Polskiego*, red. M. Adamkiewicz, Warszawa 1997, s. 221; M. Marcinkowski, *Wartości moralne w edukacji żołnierzy zawodowych* [w:] *Obywatel w mundurze. Aksjologiczny wymiar funkcjonowania nowoczesnych sił zbrojnych*, red. H. Spustek, M. Bodziany, M. Smolarek, A. Gołębiowski, Wrocław 2012, s. 70.

²⁴ Por. J. Majewski [w:] *Kodeks...*, t. III, s. 925.

²⁵ Por. wyrok SN z 22.08.2000 r., WA 25/00, LEX nr 532402. Por. także S. Winik, M. Nowak, *Degradacja...*, s. 50.

²⁶ Wyrok SN z 25.08.2005 r., WA 20/05, OSNwSK 2005/1, poz. 1566.

jego popełnienia wskazujące, że sprawca utracił kwalifikacje potrzebne do posiadania stopnia oficerskiego²⁷. W orzeczeniu analizowanym w niniejszej glosie SN ugruntował to stanowisko, co należy przyjąć z zadowoleniem, zwłaszcza wobec nieuprawnionego powoływania się na dotychczasowy sposób życia prywatnego czy też przebieg kariery zawodowej jako na argumenty przemawiające za zaniechaniem orzeczenia degradacji w stosunku do sprawcy przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej²⁸.

Akceptując argumentację SN, trzeba podkreślić, że również okoliczność w postaci negatywnie ocenianej służby, włącznie z uprzednią karalnością za przestępstwa czy przewinienia dyscyplinarne, nie powinna przemawiać za orzeczeniem degradacji. W tym kontekście warto zauważyć, że decyzja o zastosowaniu bądź odmowa jej orzeczenia nie powinna być następstwem wartościowania dotychczasowego życia zawodowego i prywatnego żołnierza. Zaniechanie orzeczenia degradacji nie może bowiem stanowić swoistego rodzaju premii, podsumowującej dotychczasowy, pozytywnie oceniany tryb życia czy przebieg kariery zawodowej. Nie wolno również traktować degradacji jako formy represji bilansującej negatywnie oceniany przebieg służby. Należy więc odseparować decyzję o orzeczeniu degradacji od pozytywnie lub negatywnie ocenianej przeszłości żołnierza obejmującej sferę zawodową lub prywatną. Dla oceny celowości orzeczenia tego środka decydujące znaczenie ma zatem rodzaj czynu, sposób i okoliczności jego popełnienia wskazujące, że oskarżony utracił kwalifikacje potrzebne dla posiadania stopnia oficerskiego.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia SN poświęcił sporo uwagi rozważaniom dotyczącym okoliczności popełnienia przestępstwa oraz motywacji sprawcy. Problematyka ta była już wielokrotnie poruszana przez SN we wcześniejszym orzecznictwie²⁹. Okoliczności popełnienia przestępstwa to przede wszystkim czas i miejsce, jak również sytuacja, w której zostało ono popełnione (działanie w miejscu publicznym, wspólnie z innym żołnierzem, zwłaszcza młodszym). W komentowanym wyroku SN, nawiązując do wcześniejszych poglądów, ponownie podkreślił, że okoliczność, iż żołnierz zawodowy działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i ponadto dopuszcza się przestępstwa z żołnierzami młodszymi w stopniu wojskowym, powinna na ogół skutkować orzeczeniem degradacji wobec takiego sprawcy³⁰. Dostrzegając tę zależność, SN w uzasadnieniu do głosowanego orzeczenia zauważył jednak, że

²⁷ Por. wyrok SN z 17.10.2006 r., WA 28/06, OSNwSK 2006/1, poz. 1964. Analogiczne stanowisko wyraził SN w wyroku z 16.04.2019 r., VI KA 5/19, LEX nr 2677119.

²⁸ Por. S. Winik, M. Nowak, *Degradacja...*, s. 50.

²⁹ Oceniając sposób popełnienia przestępstwa, trzeba wziąć pod uwagę cechy charakteryzujące zachowanie sprawcy, a więc – przykładowo – brutalność działania, użycie przemocy czy broni palnej, wykorzystanie podstępny, okrucieństwo, poziom zaangażowania sprawcy w realizację znamion przestępstwa. Uzasadnieniem orzeczenia degradacji będzie także fakt, że sprawca dopuścił się przestępstwa w stanie nietrzeźwości, lub chuligański charakter tego przestępstwa. Por. wyrok SN z 31.01.1979 r., Rw 408/78, OSNKW 1979/4, poz. 40. Warto również przytoczyć tezę zawartą w postanowieniu SN z 17.01.1964 r., Rw 1517/63, OSNKW 1964/5, poz. 77, gdzie podkreślono, że o „pozbawieniu sprawcy posiadanego dotychczas stopnia wojskowego w postaci wymierzenia mu kary dodatkowej – degradacji decyduje nie okoliczność, czy sprawca w chwili popełnienia przestępstwa miał na sobie mundur z właściwymi dystynkcjami, lecz sam czyn przestępny, jego pobudki i sposób jego popełnienia”.

³⁰ Por. także wyrok SN z 16.03.1979 r., Rw 60/79, OSNKW 1979/5, poz. 57.

oskarżony w ramach swojego działania w żaden sposób nie współdziałał z innymi osobami z jednostki wojskowej czy podległymi mu żołnierzami. Jego czyn nie oddziaływał zatem bezpośrednio na oblicze, prestiż oficera. Aprobując to stanowisko, można wysnuć dalej idące wnioski i sformułować tezę, że również współdziałanie z osobami z zewnątrz (cywilami) kształtuje negatywny wizerunek oficera poza środowiskiem wojskowym i powinno uzasadniać zastosowanie degradacji. Reasumując, wydaje się, że orzeczenie degradacji jest możliwe zarówno w sytuacji, gdy sprawca współdziałał z żołnierzami młodszymi stopniem bądź też z cywilnymi pracownikami wojska, jak i z cywilami niezwiązanymi w żaden sposób z wojskiem.

Wartość komentowanego orzeczenia polega również na tym, że SN podkreślił rangę degradacji, akcentując funkcję, jaką pełni ten wojskowy środek karny. Jak skonstatował SN „*ratio legis* stosowania środka karnego w postaci degradacji jest ochrona autorytetu wynikającego z posiadania stopnia wojskowego, bez którego niemożliwe jest prawidłowe funkcjonowanie wojska, mającego hierarchiczną strukturę”³¹. Według stanowiska SN, z którym trudno się nie zgodzić, popełnienie przestępstwa uzasadniającego orzeczenie degradacji obniża autorytet oficera, a zarazem godzi w prawidłowe funkcjonowanie wojska.

Pozycja współczesnego oficera opiera się przede wszystkim na autorytecie. Autorytet to ogólnie uznana czyjaś powaga, wpływ, znaczenie. Autorytet to zespół różnorodnych właściwości, a zwłaszcza poważanie, jakim darzony jest człowiek, np. w grupie, środowisku pracy, które skłania, bez nakazu i strachu przed sankcjami, do podporządkowania się jego nakazom, zakazom, opiniom. Autorytet stwarza możliwość kierowania innymi ludźmi. Podporządkowanie się człowiekowi pełniącemu rolę autorytetu wynika z pozytywnej oceny cech osobowości, a nie obawy przed karą³². Powyższa wykładnia dotyczy nie tylko autorytetu formalnego, lecz także nieformalnego, który opiera się przede wszystkim na wiarygodności. Autorytetu nie osiąga się ani poprzez normy, ani z czyjegokolwiek nadania. Zdobywa się go własnym przykładem i postawą. Dla budowania autorytetu ważna jest spójność pomiędzy tym, co się mówi i czego się wymaga od innych, a osobistą postawą, co stanowi wyraz odpowiedzialności za kształtowanie właściwych postaw podwładnych. Zachowanie wbrew etosowi pozbawia oficera autorytetu, a tym samym uniemożliwia mu pozytywne oddziaływanie na podległych mu żołnierzy. Oficer bez autorytetu staje się „dysfunkcyjny”, co niesie ze sobą konsekwencję w postaci obniżenia poziomu dyscypliny. Redukcji ulegają zdolności przywódcze oraz – finalnie – zdolność do realizacji zadań stawianych przed wojskiem. Bez kompetentnego dowódcy, cieszącego się autorytetem i obdarzonego odpowiednimi cechami i umiejętnościami, sprawność dowodzenia może zostać zakłócona, a wtedy realizacja założonych celów i zadań staje się zagrożona. Przełożony (oficer) ma za zadanie poprzez swój autorytet zmusić podwładnych do wykonania określonych zadań i czynności będących jego suwerennymi decyzjami bądź też prerogatywami nadanymi mu przez wyższe dowództwo do realizacji. Powinien on w każdej sytuacji ucieleśniać konsekwencję

³¹ Wyrok SN z 19.02.2020 r., I KA 10/19, LEX nr 3056892.

³² Por. J. Borkowski, M. Dyrda, L. Kanarski, B. Rokicki, *Słownik terminów z zakresu psychologii dowodzenia i zarządzania*, Warszawa 2000, s. 16.

i uczciwość, które stanowią podstawę przywództwa, co ma także istotne znaczenie dla podwładnych. Żołnierze chcą wierzyć, że ich przełożony jest bezwzględnie i krystalicznie uczciwy, zarówno w pracy, jak i w życiu prywatnym. Te wzajemne relacje pomiędzy autorytetem a oddziaływaniem na innych trafnie ujął Władysław Witwicki słowami: „Przed każdym dowódcą tupią żołnierskie buty na baczność i podczas defilady – a tylko przed niektórymi defilują dusze”³³. W dobie relatywizmu, załamania się zasad moralnych, spadku rangi uniwersalnych wartości oraz braku autorytetów dobrze się stało, że SN tę prawdę wyartykułował i potwierdził. Warto również zauważyć, że SN dostrzega zależność, iż autorytet instytucji (wojska) opiera się na autorytecie jednostek, a skaza na jednym elemencie struktury hierarchicznej nie pozostaje obojętna dla wizerunku i postrzegania całości.

W dotychczasowym orzecznictwie SN akcentowano szczególnie, że wymierzenie żołnierzowi środka karnego w postaci degradacji jest uzasadnione zwłaszcza w razie popełnienia przez niego przestępstwa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Nie można jednak traktować tego równoznacznie z tym, że żołnierz utracił właściwości wymagane do posiadania stopnia wojskowego, ani tym bardziej automatycznie wiązać z obowiązkiem orzeczenia degradacji. Popełnienie przestępstwa w ww. celu winno stanowić asumpt dla sądu, aby dokonał szczególnie wnikliwej oceny celowości orzeczenia degradacji, a decyzja o niezastosowaniu tego środka karnego powinna być uzasadniona szczególnie okolicznościami danej sprawy³⁴. W tym kontekście warto przytoczyć opinię Andrzeja Marka, zdaniem którego, uzależnienie wymierzenia kary degradacji od przyjęcia, że żołnierz działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jest „znaczną przesadą”³⁵. W kontekście przedmiotowej sprawy pogląd ten należy podzielić.

Dla głosowanego rozstrzygnięcia istotne znaczenie miała kwestia, że oskarżony nie dopuścił się przestępstw związanych z gospodarowaniem publicznymi środkami, ale jak wyartykułował to SN, „oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, niemniej jego nieprawidłowe zachowanie dotyczyło świadczenia, które w rzeczywistości mu przysługiwało i związane było ze sferą jego uprawnień pracowniczych, a nie bezpośrednio z pełnioną służbą wojskową, wykonywaniem zadań (...). Oskarżony nie wykorzystywał tym samym wprost sposobności wynikających ze służby”³⁶, np. dysponowania określonymi środkami finansowymi czy materiałami będącymi na wyposażeniu armii. Należy zaznaczyć, że możliwość wymierzenia żołnierzowi środka karnego w postaci degradacji następuje nie tylko w wyniku popełnienia przez niego przestępstwa godzącego w interesy służby wojskowej. Także popełnienie jakiegokolwiek innego przestępstwa umyślnego może uzasadniać jego zastosowanie. Jak trafnie podkreślił SN, okoliczność, że popełnione przez żołnierza przestępstwo nie narusza interesu wojskowo-służbowego, lecz dotyczy prywatnej bądź osobistej sfery życia, nie stanowi przeszkody do orzeczenia degradacji, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 327 § 2 k.k.³⁷

³³ W. Witwicki, *Psychologia a wojsko*, Warszawa 1938, s. 14.

³⁴ Por. W. Marcinkowski, *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 127.

³⁵ Por. A. Marek, *Kodeks...*, s. 592.

³⁶ Wyrok SN z 19.02.2020 r., I KA 10/19, LEX nr 3056892.

³⁷ Por. wyrok 7 sędziów SN z 20.08.1970 r., RNw 42/70, OSNKW 1970/11, poz. 136.

W kontekście komentowanego orzeczenia warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt wyraźnie podkreślony w uzasadnieniu wyroku, gdzie stwierdzono, iż „oskarżony przed sądem przyznał się do winy, złożył obszernie wyjaśnienia a nadto naprawił w całości szkodę, zwracając wypłaconą kwotę (...). Oskarżony poniósł nadto dolegliwość finansową wynikającą z wykonania kary grzywny, której wymiar nie miał charakteru symbolicznego”³⁸. Odnosząc się do tej argumentacji trzeba zauważyć, że realizacja celu sprawiedliwościowego wymaga, ażeby kara była proporcjonalna do winy oraz ciężaru przestępstwa. W przypadku orzeczenia degradacji przedmiotem oceny sądu nie powinien być wyabstrahowany środek karny, ale kara rozumiana jako suma dolegliwości, mająca w konsekwencji realizować cele kary. Trafnie bowiem zwraca się uwagę, iż ilekroć obok kary orzekany jest jednocześnie środek karny, tworzy się karę o nowej jakości (surowości)³⁹, co powinno dawać asumpt do kompleksowego ujmowania dolegliwości jako sumy wynikającej z zastosowania kary oraz środka karnego. Suma tej dolegliwości nie powinna przekraczać stopnia winy⁴⁰. Rolą sądu jest więc odpowiedni dobór poszczególnych składników orzeczenia, ażeby zostały zrealizowane dyrektywy wymiaru kary⁴¹. Sytuacja, gdy dolegliwość wynikająca z orzeczonych przez sąd kar i środków karnych będzie nadmierna, tzn. zbyt surowa, może stać się podstawą zarzutu rażącej niewspółmierności kary, co stanowić może tzw. względną przyczynę odwoławczą (art. 438 pkt 4 Kodeksu postępowania karnego⁴²)⁴³. Za jak najbardziej słuszną, w kontekście sprawiedliwości kary, uznaje się także konieczność uwzględnienia całokształtu ujemnych konsekwencji czynu, które dotyczą sprawcę, w tym także i tych wynikających z innych przepisów, norm moralnych i społecznych⁴⁴. Orzekając degradację, sąd powinien mieć na względzie także skutki skazania, immanentnie związane z tym wojskowym środkiem karnym. Dlatego orzekanie tego najsurowszego spośród wojskowych środków karnych powinno być wyważone i poprzedzone gruntowną analizą, czy całokształt karnoprawnych środków reakcji na przestępstwo odpowiada stopniowi winy sprawcy. Dopiero takie całościowe ujęcie odpowiada w pełni zasadzie proporcjonalności. Ta kompleksowa ocena powinna uwzględniać fakt, że degradacja – swoistego rodzaju infamia niwecząca pozycję skazanego – niesie za sobą, obok dolegliwości ściśle związanych ze zwolnieniem ze służby wojskowej, także konsekwencje natury finansowej w postaci utraty źródła dochodu i prawa do zaopatrzenia emerytalnego. Pociąga za sobą także całkowite przekreślenie dotychczasowych osiągnięć zawodowych. Z praktyki wynika, że sprawcy przestępstw, wobec których można orzec degradację, skłonni są poddać

³⁸ Wyrok SN z 19.02.2020 r., I KA 10/19, LEX nr 3056892.

³⁹ Zob. M. Szewczyk, *Uwagi dotyczące niektórych kar dodatkowych w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1988/5, s. 104.

⁴⁰ Tak SN w wyroku 7 sędziów z 17.04.1973 r., V KRN 595/72, OSNKW 1973/12, poz. 154.

⁴¹ Zob. S. Zabłocki, *Glosa do wyroku SN z 29.3.1977 r.*, VI KRN 395/76, OSPiKA 1977/10, poz. 171.

⁴² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.).

⁴³ Zob. uchwała SN z 23.04.2002 r., I KZP 12/02, OSNKW 2002/7-8, poz. 50.

⁴⁴ Zob. K. Buchała [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, K. Buchała, A. Zoll, Warszawa 1998, s. 379.

się bezwzględnej karze pozbawienia wolności w zamian za zachowanie stopnia wojskowego, a w konsekwencji uprawnień emerytalnych⁴⁵.

Mając na uwadze powyższe, wydaje się, że SN trafnie przyjął, że orzeczenie wobec oskarżonego środka karnego w postaci degradacji nie było konieczne. Należy zgodzić się z konkluzją SN, że oskarżony, pomimo iż niewątpliwie naruszył etos oficera, nie utracił właściwości wymaganych do posiadania stopnia wojskowego, nawet wobec przypisania mu przestępstwa popełnionego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Biorąc pod uwagę rodzaj popełnionego przestępstwa, sposób oraz okoliczności ich popełnienia, trzeba skonstatować, że degradacja zarezerwowana jest dla bardziej drastycznych przypadków niż ten ujęty w niniejszej analizie.

Bibliografia

1. Borkowski J., Dyrda M., Kanarski L., Rokicki B., *Słownik terminów z zakresu psychologii dowodzenia i zarządzania*, Warszawa 2000.
2. Buchała K. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, K. Buchała, A. Zoll, Warszawa 1998.
3. Czyżak M., *Odrębność polskiego prawa karnego wojskowego wobec prawa karnego powszechnego*, Warszawa 2010.
4. Hoc S. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
5. Janiszowski-Downarowicz R., *Wojskowe środki karne* [w:] *Środki karne po nowelizacji w 2015 r.*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2016.
6. Kasperski M., *Przemiany wzorów osobowych kadry WP w okresie transformacji* [w:] *Tradycje i współczesność etosu oficera Wojska Polskiego*, red. M. Adamkiewicz, Warszawa 1997.
7. Kuleczka G., *Studia nad rzymskim wojskowym prawem karnym*, Poznań 1974.
8. Kutzman W., *Dezercja i samowolne oddalenie w rzymskim wojskowym prawie karnym epoki pryncypatu*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1981, nr 4.
9. Łapicki B., *Prawo rzymskie*, Łódź 1948.
10. Majewski J. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III. *Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Warszawa 2006.
11. Marcinkowski M., *Wartości moralne w edukacji żołnierzy zawodowych* [w:] *Obywatel w mundurze. Aksjologiczny wymiar funkcjonowania nowoczesnych sił zbrojnych*, red. H. Spustek, M. Bodziany, M. Smolarek, A. Gołębiowski, Wrocław 2012.
12. Marcinkowski W., *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011.
13. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007.
14. Michalik M., *Uwagi w sprawie «kodeksów» etyki zawodowej*, *Etyka* 1966, nr 1.
15. Muszyński J., *Niektóre zagadnienia prawne dyscypliny wojskowej w polskim przedrozbiorowym ustawodawstwie wojskowym*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1961, Nr 4.
16. Olejnik S., *Etos i etyka pracy zawodowej*, *Collectanea Theologica* 1957, nr 3–4.
17. Organiściak W., *Z badań nad karami na czci w prawie wojskowym Rzeczypospolitej szlacheckiej w XVI–XVIII wieku*, *Z Dziejów Prawa* 1999, nr 2.

⁴⁵ Por. S. Winik, M. Nowak, *Degradacja...*, s. 45.

18. Ossowska M., *Ethos rycerski i jego odmiany*, Warszawa 2014.
19. Przyjemski S., *Prawo karne wojskowe*, Gdańsk 1999.
20. Rybicki T., *Prawo karne wojskowe rzymskie*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1934, nr 1.
21. Sander E., *Das römische Militärstrafrecht*, Neue Folge 1960, Band 103.
22. Sitek B., *Wymierzanie infamii za przestępstwa wojskowe. Przyczynek do studiów nad rzymskim procesem karnym*, *Studia Prawnoustrojowe* 2003, nr 2.
23. Szeleszczuk D. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2017.
24. Szeleszczuk D., *Degradacja w polskim wojskowym prawie karnym od XVII do XIX wieku*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2017, nr 4.
25. Szeleszczuk D., *Degradacja w wojskowym prawie karnym II Rzeczypospolitej*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2018, nr 4.
26. Szewczyk M., *Uwagi dotyczące niektórych kar dodatkowych w kodeksie karnym*, *Państwo i Prawo* 1988, nr 5.
27. von Clausewitz C., *O wojnie*, t. 1, Warszawa 1958.
28. Winik S., Nowak M., *Degradacja w praktyce – problematyka możliwości podmiotowego rozszerzenia stosowania środka karnego*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2019, nr 4.
29. Witwicki W., *Psychologia a wojsko*, Warszawa 1938.
30. Zabłocki S., *Glosa do wyroku SN z 29.3.1977 r., VI KRN 395/76*, *OSP i KA* 1977, nr 10.
31. Ziółkowska A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016.

János Szinek

The Impact of Digital Platforms and Social Media on Freedom of Expression and Pluralism – in specific terms¹

Wpływ platform cyfrowych i mediów społecznościowych na wolność wypowiedzi i pluralizm – w ujęciu szczegółowym

Abstract

This paper aims at providing a comprehensive report on the conference titled The Impact of Digital Platforms and Social Media on the Freedom of Expression and Pluralism held on 23 November 2021 in Budapest and organized by the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law. This conference report addresses one plenary and two sessions of the event in separate chapters. The symposium was part of a conference series organized within the framework of the Central European Professors' Network. This network operates with an active contribution of thirty-four professors from seven Central European countries: Croatia, the Czech Republic, Hungary, Poland, Serbia, Slovakia, and Slovenia. The Central European Professors' Network divided comprehensive international scientific research into four groups. The conference presented the outcomes of one of these research groups, simply referred to as the social media research group.

Keywords: conference report, digital platforms, freedom of expression, practice, social media

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie kompleksowego raportu z konferencji pt. Wpływ platform cyfrowych i mediów społecznościowych na wolność wypowiedzi i pluralizm, która odbyła się 23 listopada 2021 r. w Budapeszcie i została zorganizowana przez Instytut Prawa Porównawczego im. Ferencza Mádl. Niniejsze sprawozdanie dotyczy jednej sesji plenarnej oraz dwóch sesji tego wydarzenia opisanych w osobnych rozdziałach. Sympozjum było częścią cyklu konferencji organizowanych w ramach Central European Professors' Network. Sieć ta działa przy aktywnym udziale trzydziestu czterech profesorów z siedmiu krajów Europy Środkowej: Chorwacji, Czech, Węgier, Polski, Serbii, Słowacji i Słowenii. Central European Professors' Network podzieliła kompleksowe międzynarodowe badania naukowe na cztery grupy. Na konferencji zaprezentowano wyniki jednej z tych grup badawczych – grupy badawczej mediów społecznościowych.

Słowa kluczowe: raport z konferencji, platform cyfrowe, wolność wypowiedzi, praktyka, media społecznościowe

Dr. János Szinek LL.M., researcher, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law; PhD student, Ferenc Deák Doctoral School of the Faculty of Law of the University of Miskolc, Hungary, e-mail: szinekjanos@gmail.com
The manuscript was submitted by the author on: 14 January 2022; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 24 January 2022.

¹ Conference report, 23 November 2021, Budapest, Hungary.

1. Plenary session

The International Scientific Conference titled “The Impact of Digital Platforms and Social Media on Freedom of Expression and Pluralism – in specific terms” was held at the ceremonial hall of the Budapest Bar Association on 23 November 2021. Assoc. Prof. Dr. Zsolt Zódi (National University of Public Service, Budapest, Hungary) moderated the conference.

Prof. Dr. János Ede Szilágyi delivered the opening speech for the one-day event. Throughout his presentation, Professor Szilágyi introduced a series of books published within the framework of the Studies of the Central European Professors’ Network. Each research group issued a scientific monograph to assess the outcomes of the research conducted by the group’s professors.

The first book², titled “The Impact of Digital Platforms and Social Media on the Freedom of Expression and Pluralism”, was edited by Prof. Dr. Marcin Wielec. The study’s main findings are that freedom of expression and pluralism are legally protected in all analyzed Central European countries, however the state response is inefficient in controlling of fake news and censorship arising from the digital era. No adequate legal framework or uniform international standard has been adopted to address the digital age. It can be stated that websites and social media as private companies stand above the law and public communication, and that the liability rules of social media platforms are not properly described. According to the findings of the second book³, “Religious Symbols in the Public Sphere” edited by Prof. UO Paweł Sobczyk, religious symbols are fundamental building blocks of Central European countries’ state structures. Therefore, the use of religious symbols in public spaces is considered a long-standing tradition. The presence of religious symbols is widespread, however their use is not sufficiently regulated by law, and relevant case law is relatively poor within this area. The indirect prohibition on the use of religious symbols can only be found in Slovenia, where religious education is expressly forbidden by law. It can also be concluded that constructive discussions usually solve problems and disputes occurring from the presence of religious symbols in the public sphere. The presence of religious symbols can be considered a standard feature or value within society.

“Family Protection from a Legal Perspective” edited by Prof. Dr. Tímea Barzó and Prof. Dr. Barnabás Lenkovics forms the third part⁴ of the book series. The book shows that families and marriages share the sense of similar high-level protection in the analyzed countries. According to the research group’s summaries, in the inspected Central European countries, a man and a woman may only marry based on the same Christian tradition. It is also an important finding that same-sex partnerships are accepted in every country. Some countries provide legal status to same-sex partnerships,

²M. Wielec (ed.), *The Impact of Digital Platforms and Social Media on the Freedom of Expression and Pluralism*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.

³P. Sobczyk (ed.), *Religious Symbols in the Public Sphere*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.

⁴T. Barzó, B. Lenkovics (eds.), *Family Protection from a Legal Perspective*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.

and in other countries there is an ongoing discussion about an adequate solution to be implemented. There are attempts to guarantee a suitable family environment to protect minors and ensure that only minors are subject to adoption, except in the Czech Republic. Joint adoption by same-sex partners is forbidden in all the examined countries, and it can be concluded that the legal protection of families and people in different relationships is based on the same common principles and Christian tradition, with particular emphasis on marriage.

The book edited by Prof. Dr. Zoltán J. Tóth, “Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation”⁵, emphasizes that Central and Eastern European national constitutional courts more often refer to the case law of the European Court of Human Rights than to the case law of the Court of Justice of the European Union. Comparative law arguments are moderately common, and mostly only have a strengthening or ornamental nature. The question thus arises, why the constitutional courts of Central and Eastern Europe do not refer to each other’s decisions. Some legitimacy problems stem from the fact that the European Court of Human Rights explicitly declares that its argumentation constantly changes depending on the circumstances. By contrast, national constitutional courts do not declare this. Moreover, there are more moral arguments in their case law than in the case law of the European Court of Human Rights.

Prof. Dr. János Ede Szilágyi also introduced dozens of dissemination events organized within the framework of the Central European Professors’ Network. Overall, more than fifty events were organized to share the researchers’ experiences. He also spoke about the Central European Junior Programme, which consists of a PhD programme at the Deák Ferenc Doctoral School of Law at the University of Miskolc and an internship programme at the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law. The book series called “Legal Studies on Central Europe” aims at supporting the PhD programme by providing the PhD students with an up-to-date curriculum. The first publications in the newly founded journal “Law, Identity and Values” will be published in the first few months of 2022. A new publishing house called Central European Academic Publishing has been established. The publishing house was determined to serve as a specialized publishing house for English-language scholarly books and journals. Three national associations established the Central European Association for Comparative Law to set up a new framework for Central European national scientific communities. Prof. Dr. Szilágyi concluded that cooperation launched in the Central European Professors’ Network Framework will continue during the next year. Nevertheless, its activities will take place within the framework of a new organization.

Prof. Dr. Marcin Wielec (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Institute of Justice, Poland) expressed his satisfaction that the cooperation between the Ferenc Mádl Institute of Comparative Law (*Mádl Ferenc Összehasonlító Jogi Intézet*) and the Institute of Justice in Warsaw (*Instytut Wymiaru Sprawiedliwości*) was further strengthened by the operation of the four research groups. He introduced the aim of the social media research group, as well as the eight researchers working in this

⁵ Z.J. Tóth (ed.), *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.

research team. He said there was no doubt that the impact of digital platforms on freedom of expression and pluralism is a trending issue that requires an interdisciplinary research approach. The members of the research group are specialists in different fields of law such as civil law, criminal law, economic law, and contract law. He stated that there is a great need to operate such international research programs in the Central European area. One of the most important effects of the Central European Professors' Network is that it unites researchers from the Central European region. Through this project, the network sends a strong signal that there is vast scientific potential in this part of Europe, which gives rise to sustainable and healthy ideas that are useful for society.

The book was reviewed by Dr. Marcin Romanowski (Deputy State Secretary, Ministry of Justice of Poland). Within the framework of the scientific work, two main issues were addressed in the monograph: the problem of fake news and censorship on the Internet. Both of these issues required in-depth analysis. The work resulted in numerous proposed solutions and postulated *de lege ferenda* proposals enriching European achievements in the legal sciences. Social media research groups may be considered a normative orientation in Central Europe in this respect. One of the main results of the scientific work was the creation of a research monograph, which included the analysis of the reported problem of fake news and censorship on social networks. The monograph consists of nine chapters in addition to one concluding chapter. The authors of the chapters are professors of the social media research group. Prof. Dr. Marcin Wielec from Poland wrote a chapter on fake news as an essential factor in digital platforms and the impact of social media on freedom of expression and truth of information. Professor Dr. András Koltay from Hungary devoted his work to the monograph on the regulation of social media platforms in Hungary. Assoc. Prof. Dr. Sanja Savčič analyzed the impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism in Serbia. Prof. Dr. Davor Derenčinović from Croatia dealt with the issue of social media, freedom of speech, and regulation of fake news in the legal system in Croatia. Dr. Kristina Čufar (University of Ljubljana, Faculty of Law, Ljubljana, Slovenia) analyzed the legal aspects of content moderation in social networks in Slovenia. Assoc. Prof. Dr. Aleš Rozehnal, from the Czech Republic, wrote a chapter on the role of social media in shaping society. Assoc. Prof. Dr. Gábor Hulkó from Slovakia addressed the impact of digital platforms and social media on freedom of expression and pluralism in Slovakia. Prof. Dr. Dušan Popović from Serbia analyzed the issue of freedom of expression in social networks from an international perspective. Bartłomiej Oręziak from Poland on the other hand analyzed the censorship of digital platforms and social media in light of freedom of speech from the Polish law perspective. The monograph began with two points of reference for the legal analysis conducted. The first concerns the phenomenon of fake news, including the impact of fake news on reality, considering the current structure of social media and digital platforms. The definitions and classification of fake news, the reasons and the means of creating fake news, the relationship between fake news and deep fake news, the role and significance of the use of fake news, and the liability for the creation and dissemination of fake news in the fields of criminal, civil,

and administrative law were the main focus of the research. Proposals for the legal regulation of fake news were an integral part of the book. According to Dr. Marcin Romanowski, the fight against fake news is based on five pillars: identification, combating, liability, legislation, and the impact of fake news on the guarantees of freedom of expression and truthfulness of the information. The second point of reference is the negative phenomenon of censorship on digital platforms and social media platforms. Numerous general issues were analyzed, such as the concept of censorship, legal and factual grounds of censorship, relevant international standards, entities deciding on censorship, and criteria for censorship. Dr. Marcin Romanowski pointed out other essential characteristics of the book. According to him, the problems were accurately and deeply analyzed with the help of an appropriate research methodology and the use of the legal comparative method.

In his address, Prof. Dr. András Koltay (National University of Public Service, Budapest, Hungary) referred to the legal regulations of social media platforms⁶. Professor Koltay talked about the enormous influence of new gatekeepers (social media platforms) on freedom of expression and the public sphere, emphasizing that these are private powers that restrict freedom of expression and can make decisions on what and how the content is available to the public⁷. According to him, regulation methods can be divided into the following six categories: no regulation, self-regulation, co-regulation, private regulation, private law regulation, and media regulation. The doctrine of *no regulation* is obviously outdated and may be considered a metaphor for the Wild West in the online word⁸. Self-regulation is a process whereby an organization volunteers to monitor its adherence to legal and ethical standards rather than having a governmental entity enforce those standards. Self-regulation can be internal or more or less independent, such as through the Facebook Oversight Board. For economic reasons, it is difficult to imagine an efficient self-regulatory system in the online platform market⁹. Co-regulation is

⁶ Title of the presentation: A typology of social media regulations. Further relevant publications from the author: A. Koltay, *The Right of Reply in European Comparative Perspective*, "Acta Iuridica Hungarica – Hungarian Journal of Legal Studies" 2013, Vol. 1, pp. 73–89; A. Koltay, *Az Alkotmánybíróság határozata az internetes kommentek polgári jogi megítéléséről*, "Jogesetek Magyarázata" 2015, No. 1, pp. 9–22; A. Koltay, *On the Constitutionality of the Punishment of Scaremongering in the Hungarian Legal System*, "Hungarian Yearbook of International Law and European Law" 2021, Vol. 9, pp. 23–42; A. Koltay, *A vélemény szabadság alkotmányos védelme az Alaptörvény első évtizedében*, "Acta Humana: Hungarian Centre for Human Rights Publications" 2021, No. 9(2), pp. 37–93; A. Koltay, *The private censorship of Internet gatekeepers*, "University of Louisville Law Review" 2021, Vol. 59 No. 1, pp. 255–304; A. Koltay, *Médiaszabályozás az online platformok korában: Ami eddig történt, és ami előttünk áll* [in:] *Magyarország 2020: 50 tanulmány az elmúlt 10 évről*, Á. Mernyei, B. Orbán, Budapest 2021, pp. 457–477; A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Hart Publishing 2021; A. Koltay, *A szólásszabadság doktrínája és a fake news jelensége az online platformokon* [in:] *Ünnepi kötet a 65 éves Imre Miklós tiszteletére*, É.M. Kovács (ed.), Budapest 2020, 450 p., pp. 231–268.

⁷ For more information about this issue, read the paper published by A. Koltay, *Online gatekeepers and the future (and present) of the democratic public sphere*, "In Focus" 2020, No. 1, pp. 119–124.

⁸ For more about the doctrine of "no regulation" read: A. Koltay, *A sajtószabadság fogalma ma* [in:] *Sajtószabadság és médiaszabályozás a 21. század elején 2.*, A. Koltay, B. Török, Budapest 2015, pp. 136–137.

⁹ The establishing of the Facebook Oversight Board is an apt example for the self-regulation. For more about the initiative read E. Klein, *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, available at: <https://bit.ly/37oMi2A> [accessed on: 2 December 2021].

a joint effort by state and industry agents combining a codified law and a self-regulation system. This kind of regulation is an umbrella term, as it has many possible forms and shades of cooperation between the state and the concerned industry. The eCommerce Directive and the AVMS Directive are excellent examples of co-regulation. According to the eCommerce Directive, since 2000, platforms are host providers and may not be subject to any general monitoring obligations; they are required to remove any violating content only after they become aware of its infringing nature¹⁰. This process is called the “notice and takedown” procedure. In this case, platforms must decide upon the legality or infringing nature of certain user-uploaded content. The most critical issue of the eCommerce Directive is that platforms are forced into a decision-making role regarding user content¹¹. According to the AVMS Directive of 2008, video-sharing platform providers operating within their respective jurisdictions must take appropriate measures to ensure the protection of minors, deleting incitement of violence or hatred against a group, and the lawfulness of commercial communications. The provisions of the AVMS Directive are not directly aimed at content, but focus on procedural provisions. Applying rules of private regulation platforms may enforce the regulation of their users’ content through the respective contract with them, for example, filtering, blocking, suspending, and deleting¹². The Facebook Oversight Board may also be considered a private regulation as far as users’ rights are concerned. The problem with these types of regulations is that the platform’s codes of conduct and standards can have a legally binding force between the parties, but no free speech guarantees can be observed. Content curation practices such as up-ranking and prioritization that determine which content is circulated and accessed online have been under less scrutiny. Users do not necessarily encounter opinions that contradict their personal views and opinions unless they specifically seek them. Personalized services can reduce the diversity and selection of news that individual users encounter when using a platform¹³. Contract law-based regulation involves applying public law rules to directly affect legal relations between private individuals in their relations with other private legal entities. The media regulation toolbox controls ownership concentration, right to reply, fair news coverage, so-called must-carry rules, and the coverage of local news and broadcasting public service content. The presentation concluded that the judicial system or public authority would not be able to handle the workload associated with the operation of the platforms, so the notice and takedown system remains the basis for the liability of the platforms as an emergency measure.

¹⁰ eCommerce Directive 2000/31/EC, art. 12–14.

¹¹ eCommerce Directive 2000/31/EC, art. 14.

¹² The general prohibition appears to have been undermined by the judgment of the Court of Justice of the European Union in *Glawischnig-Piesczek v. Facebook* case, in which the court ruled that it was not contrary to EU law to oblige a platform provider to delete posts with similar or the same content as a defamatory post that has previously been declared unlawful.

¹³ For more information about this trending issue read: A. Koltay, *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere (Book Review)*, “Hungarian Yearbook of International Law and European Law” 2020, Vol. 8, pp 425–428.

2. First panel

In his address, Prof. Dr. Davor Derenčinović focused on analyzing Article 17 of the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as ECHR)¹⁴. Freedom of expression is considered a principal fundamental value of a democratic state. Numerous international legal documents, including ECHR, have protected this fundamental right. According to Article 10 of the ECHR, everyone has a right to freedom of expression. This right includes the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by any public authority, regardless of the frontiers¹⁵. The right to the freedom of expression has both active and passive aspects. The European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECtHR) further developed the substance and the scope of this right. Freedom of expression is not an absolute right; it can be restricted to certain conditions. According to the exclusion clause of Article 10 of the ECHR, “the exercise of these freedoms, since it carries with its duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary for a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary”¹⁶. Certain forms of freedom of expression are not protected by Article 10 of the ECHR. According to Article 17 of the ECHR, the ECtHR has the authority to *prima facie*, excluding some forms of freedom of expression from the protective reach of Article 10 of the ECHR. Article 17 of the ECHR, titled Prohibition of Abuse of Rights, enshrines that “nothing in this European Convention on Human Rights may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention”¹⁷. Article 17 of the ECHR was described by some commentators as a guillotine provision that undermines the foundations of the ECHR. In cases in which the court established

¹⁴Title of the presentation: Freedom of expression and its restrictions in Europe – on the applicability of Article 17 of the European Convention on Human Rights to disinformation (fake news). Further relevant publications of Prof. Dr. Davor Derenčinović and important papers of other scholars on this topic: F. Cassim, *Regulating hate speech and freedom of expression on the internet: Promoting tolerance and diversity*, “South African Journal of Criminal Justice” 2015, Vol. 28 Issue 3, pp. 303–336; S. Roksandić Vidlička, *Possible future challenge for the ECtHR: Importance of the Act on exemption and the Sanader case for transitional justice jurisprudence and the development of transitional justice policies*, “Zbornik Pravnog Fakulteta Zagrebu” 2014, Vol. 64 No. 5–6, pp. 1091–1120; B. Henson, B.W. Reynolds, B.S. Fisher, *Fear of crime online? examining the effect of risk, previous victimization, and exposure on fear of online interpersonal victimization*, “Journal of Contemporary Criminal Justice” 2013, Vol. 29 Issue 4, pp. 475–497; M. Kettemann, *Follow-Up to the Comparative Study on ‘Blocking, Filtering, and Take-Down of Illegal Internet Content’*, Germany 2019, available at: <https://rm.coe.int/dgi-2019-update-chapter-germany-study-on-blocking-and-filtering/168097ac51> [accessed on: 8 December 2021]; G. Nielsen, *Populism, Fake News, and the Flight from Democracy* [in:] *Navigating Fake News, Alternative Facts, and Misinformation in a Post-Truth World*, K. Dalkir, R. Katz, IGI Global Disseminator of Knowledge 2020, pp. 238–257; M.A. Peters, S. Rider, M. Hyvönen, T. Besley (eds.), *Post truth, fake news: Viral modernity and higher education*, Singapore 2021.

¹⁵European Convention on Human Rights, Article 10 paragraph 1.

¹⁶European Convention on Human Rights, Article 10 paragraph 2.

¹⁷European Convention on Human Rights, Article 17.

grounds for applying Article 17 of the ECHR, the three-step test of Article 10 of the ECHR would not apply. This can be considered a short-track mechanism for rejecting claims of alleged free speech violations that have been used to exclude hate speech from the protective function of Article 10 of the ECHR. Notwithstanding, the entire democratic and liberal dimension of some forms of fake news, particularly those integrated into large-scale disinformation campaigns, undoubtedly runs contrary to the text and spirit of the conventions. Many valid arguments justify the curation of the blanket lifting of the free-speech mechanism provided in Article 10 of the ECHR. Therefore, applying the clause in disinformation should be decided exclusively on a case-by-case basis, considering all relevant arguments discussed.

Assoc. Prof. Dr. Aleš Rozehnal (Charles University, Faculty of Law, Prague, Czech Republic) spoke about the new dimensions of freedom of expression in the first part of his presentation¹⁸. The media is an indispensable part of a democratic society. Protecting freedom of expression creates a marketplace for ideas and allows citizens to hold public officials and figures accountable for their actions. However, protecting freedom of expression does not automatically imply the credibility of the media actors themselves. Media credibility depends mainly on strict adherence to ethical practices. It can be concluded that there is noticeable tension between traditional media and citizen journalism. The general values of traditional journalism include accuracy, verification, and impartiality. The most important values of social media are its immediacy, transparency, and strong opinions. These values should be protected in all possible manners. The second part of the presentation focused on fake news and hate speech. Many media require journalists to use social media to gather information on such services and start blogs, Facebook pages, or Twitter accounts. Nevertheless, the media are not responsible for contributing to the amount of fake news circulating in cyberspace. Just by forwarding or publishing information from someone else, the media is a guarantor of the truth of that information. When media are often accused of spreading fake news, it is crucial that journalists use platforms including social media, chat rooms, and forums for their reporting and that they verify their sources and information from these sites. It is an essential issue that there are no boundaries for digital monopolies, which is why they have emerged recently. By removing post-blocking users' content, monopolies can influence the outcome of elections and influence public debate. The European Union has the ability to halt this undemocratic environment. For twenty years, the Internet has evolved with minimal rules to become a truly digital Wild West. Freedom of speech on the Internet must be guaranteed to all, not just to strong information service providers. Their procedures must be transparent and they must be accountable for their actions. It is time to set some basic rules so that online democracy remains real. If we do not want to become obedient payers supporting large digital companies and sooner or later follow their political preferences, this is a necessary step, however, it is necessary to be careful about over-regulation.

¹⁸ Title of the presentation: Social Media – Digital Democratic Agora or Threat to Democracy? Further relevant publications from the professor: A. Rozehnal, *Media Laws – A Commentary*, Prague 2008; A. Rozehnal, *Protection of Personality in the Media* [in:] *Media, Communication and Culture*, J. Bystrický (ed.), Pilsen 2008; A. Rozehnal, *Media Law*, Pilsen 2015; A. Rozehnal, *Media Law in the Czech Republic*, Kluwer Law International 2013.

In his address, Prof. Dr. Dušan Popović (University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, Serbia) critically analyzed the case laws of the ECtHR and the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as the CJEU)¹⁹. At the beginning of the presentation, the professor highlighted that anonymous Internet communication was predominantly valued. However, people have started increasingly using this type of protection provided by online anonymity to attack others. One way to do so is by posting comments on the Internet, which may be moderated or left unmoderated by the platform. The moderation of comments may be exercised either *ex ante* (before posting a comment) or *ex post* (after posting a comment). The protection of freedom of expression stems from various legal sources, the most important of which are the ECHR, The Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter referred to as the CFR), several national Constitutions, and relevant case-law. Article 10 of the ECHR states that freedom of expression includes the freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority, regardless of frontiers.

In the second part of the presentation, Dr. Popović introduced three critical cases dealing with moderating comments. In the case of *Eva Glawischnig-Piesczek*²⁰, the CJEU provided some practical, interpretative guidance regarding the safe harbor regime and the prohibition of a general monitoring obligation²¹. The CJEU held that the eCommerce Directive did not preclude a member state from ordering a hosting provider to remove information that has been held to be unlawful as well as information that is identical or equivalent to such unlawful information posted by any user. In *the Delfi v. Estonia* case²², the ECtHR decided on the liability of Delfi, a high-volume Estonian online news outlet, for defamation based on offensive comments posted by readers below one of its online news articles. The case of *MTE v. Hungary*²³ also concerned the liability of online intermediaries for user comments. In 2010, MTE, a self-regulatory body of Hungarian Internet content providers, published an article on two real estate management websites. Shortly thereafter, several offensive pseudonymous comments were posted in the article. The same type of comments appeared when the full text of the opinion was reproduced on other online portals such as www.index.hu. In *the Delfi*

¹⁹Title of the presentation: Defamatory online comments: a critical analysis of ECtHR and CJEU case-law. For further relevant publications from the author see: D. Popović, M. Jovanović: *Pravo Interneta – Odabrane teme, I izdanje*, Beograd 2019. For further relevant publications on this topic read: V. Balasubramani, *Online Intermediary Immunity Under Section 230, "The Business Lawyer"* 2016/2017, Vol. 72 Issue 1, pp. 275–286; S.W. Brenner, *Should online defamation be criminalized?*, "Mississippi Law Journal" 2007, Vol. 76 Issue 3, pp. 705–787; C. Castets-Renard, *Algorithmic content moderation on social media in EU law: Illusion of perfect enforcement*, "University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy" 2020, Issue 2, pp. 283–323; F. Durach et al., *Tackling Disinformation: EU Regulation of the Digital Space*, "Romanian Journal of European Affairs" 2020, Vol. 20 No 1, pp. 5–20.; K. Klonick, *The new governors: the people, rules and processes governing online speech*, "Harvard Law Review" 2017, Vol. 131 Issue 6, pp. 1598–1670; O. Pollicino, L. Somaini, *Online disinformation and freedom of expression in the democratic context: The European and Italian responses* [in:] *Misinformation in referenda*, S. Baume et al. (eds.), London and New York 2020, pp. 171–193.

²⁰Case C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited*, Judgement of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber) of 3 October 2019.

²¹For more information about the safe harbour regime, visit <https://www.alrc.gov.au/publication/serious-invasions-of-privacy-in-the-digital-era-dp-80/10-defences-and-exemptions/safe-harbour-scheme-for-internet-intermediaries/> [accessed on: 4 December 2021].

²²Grand Chamber Case of *Delfi AS v. Estonia* (Application no. 64569/09).

²³Case of *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt. v. Hungary* (Application no. 22947/13).

v. Estonia case, the ECtHR listed four specific factors to guide the balancing process: the context of the comments, the measures applied by the platform to prevent or remove the comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the platform's liability, and the consequences of domestic proceedings for the platform. In *the MTE v. Hungary case*, the ECtHR added a fifth factor: the consequences of the comments for the victim. Although the eCommerce Directive provides for the limitation of liability for intermediaries, its provisions do not correspond to recent technical developments and the appearance of new forms of online communication. Moreover, it does not harmonize the conditions for holding intermediaries liable, but only the requirements for exempting Internet intermediaries from liability. In the last part of the presentation, Prof. Dr. Dušan Popović introduced the Digital Services Act proposal (hereinafter referred to as the DSA)²⁴, which makes it obligatory for service providers to act when they receive orders about a specific item of illegal content. Such illegal content is defined as any information that, per se or by its reference to an activity, including the sale of products or provision of services, is not in compliance with EU law or the law of a member state, irrespective of the precise subject matter or the nature of that law. Given that the DSA proposal refers to illegal content that may be disabled or removed under certain conditions, it seems that all types of online comments will not be captured under the proposed mechanism. This brings us back again to the complex distinction made by the ECtHR between the categories of "manifestly illegal comments" and "merely offensive comments."

Assoc. Prof. Dr. Sanja Savčić (University of Novi Sad, Faculty of Law, Novi Sad, Serbia) devoted her presentation to analyzing the status of online discrimination in Serbia²⁵. First, the professor quoted Article 46 of the Constitution of Serbia²⁶, which guarantees that freedom of thought and expression shall be guaranteed as well as the freedom to seek, receive, and impart information and ideas through speech, writing, art, or in some other manner²⁷. Freedom of expression may be restricted by law if it is necessary to protect the rights and reputation of others, uphold the authority and objectivity of the court, and protect public health, the morals of a democratic society, and the national security of the Republic of Serbia. Apart from the general provision, there are many special laws that apply to the protection of freedom of expression. According to the professor, the most frequent violations were threatening content, compromising security, different kinds of insults, unfounded accusations, hate speech, and discrimination. Almost half of the reported Internet-based violations are related to hate speech and discrimination. Assoc. Prof. Dr. Sanja Savčić introduced the most

²⁴ More information about the DSA package available at <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> [accessed on: 5 December 2021].

²⁵ Title of the presentation: Is there an effective civil action against discrimination in Serbia? For further relevant literature read: H. Allcott, M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, "Journal of Economic Perspectives" 2017, Vol. 31 No. 2, pp. 211-236; J. Colliander, *This is fake news: Investigation the role of conformity to other users' views when commenting on and spreading disinformation in social media*, "Computers in Human Behavior" 2019, Vol. 97, pp. 202-215; D.O. Klein, J.R. Wueller, *Fake News: A Legal Perspective*, "Journal of Internet Law" 2017, Vol. 10, pp. 5-13.

²⁶ Constitution of Serbia (*Ustav Srbije*).

²⁷ Constitution of Serbia, Article 46.

important sources of law related to the breach of the right of equity in Serbia, according to which, the essential sources of laws are the Law on Prohibition of Discrimination of the Republic of Serbia (2009), the Law on Public Information and Media (2014), and the Code on Journalists (2015). Discrimination is any unjustified differentiation, inequitable conduct, or misconduct about persons or groups or members of their families or persons close to them, directly or indirectly, if this behavior is based on race, colour, ancestry, citizenship, nationality or ethnic origin, language, religious or political beliefs, gender, gender identity, sexual orientation, property status, birth, genetic characteristics, health status, disability, marital or family status, conviction, age, appearance, membership in a political, trade union, and other organisations, and other natural or assumed personal characteristics. Violation as a criminal offence can lead to up to three years of imprisonment. If it is directed against a public officer, the penalty rate ranges from three months to five years. Civil claims, which can be initiated by the rightsholder, can aim to determine the infringement, cease the violation of the right, remove the infringement's consequences, compensate for the damage caused by infringement, and publish judicial decisions. The responsibility for the infringement can be in case of registered media, the editor-in-chief, or in case of a claim for compensation for the damage, the editor-in-chief, and the journalist. According to the relevant provision of the eCommerce Directive²⁸ according to court or administrative decisions, the service provider must inform competent state authorities and disclose and remove content or disable access. However, there is no obligation to monitor content and the most frequently used services fall outside of domestic jurisdiction. One particular problem is identifying the direct perpetrator.

3. Second panel

In her address, Dr. Kristina Čufar introduced the relevant case law in Slovenia and analyzed the impact of social networks on the Slovenian judicial system²⁹. Problematic expressions on social networks are distributed extremely quickly, gain much media attention, spark controversy, divert from real issues, lower the standards of public debates, and cause lasting consequences that injunctive orders cannot entirely prevent. In extreme cases, problematic online expressions might spill over and materialize in the physical

²⁸See Article 18 of the eCommerce Directive: "...when he knew or could have known about the unlawful actions of service users or the content of the data and did not remove or disable the access to the given data immediately upon acknowledgement of an unlawful action or data".

²⁹Title of the presentation: (Re)constructions of Social Networks in Slovenian Case Law. Further relevant bibliography: V. Bajt, *Online Hate speech and the "refugee crisis" in Slovenia* [in:] *The disaster of European refugee policy: Perspectives from the 'Balkan route'*, Š. Neža Kogovšek, I.Ž. Žagar, M. Lukšič Hacin (eds.), Newcastle upon Tyne UK 2018, pp. 133–155; V. Bakir, A. McStay, *Fake News and The Economy of Emotions*, "Digital Journalism" 2018, Vol. 6 Issue 2, pp. 154–175; L. Bayer, *Inside Slovenia's war on the media*, 2021, available at: <https://www.politico.eu/article/slovenia-war-on-media-janez-jansa/> [accessed on: 3 December 2021]; U. Godnov, T. Redek, *The use of Twitter for political purposes in Slovenia*, "Romanian Journal of Political Science" 2014, Vol. 14 No.1, pp. 3–33; U. Horvat, *Slovenia as the last EU country that does not yet have a GDPR implementing law*, 2020, available at: <http://jadek-pensa.si/en/slovenia-as-the-last-eu-country-that-does-not-yet-have-a-gdpr-implementing-law/> [accessed on: 3 December 2021]; C. Vaccari, A. Chadwick, *Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News*, "Social Media + Society" 2020, Vol. 6 No. 1, pp. 1–13.

world. The reviewed case law demonstrates that the courts in Slovenia perceive social networks to be important forums of public expression and seek to avoid the chilling effect and excessive restrictions on freedom of expression in the online sphere. As online public debates are becoming more polarised, it seems that courts go increasingly far to ensure freedom of expression on social networks, exonerating speech that would otherwise not be permitted. The political debate on social networks is transforming into a competition of insults instead of debating the various aspects of society's problems. The fact that the Slovenian Supreme Court³⁰ recognized what would usually be considered an offensive *ad personam* attack as a political critique in need of protection, evoking the pursuit of the truth and enlightenment principles, is the most dramatic example of a lowering standard of acceptable speech on social networks in Slovenian case law. It will be interesting to see how courts deal with this phenomenon in the future and whether this new normal will become habitual in the eyes of the legal system.

Engagement with case law also shows that courts carefully dissect the circumstances of each case when it comes to deciding whether a post may be considered a breach of personal rights. While courts are vigilant when it comes to unlawful breaches of privacy, they also consider that we live in a world in which the means of communication have changed, leading to lower expectations of privacy in public settings. Technologies such as smartphones and social networks have already transformed our lives and relationship with the notion of privacy, which is reflected in the court's reasoning. The transformations of communication and societies provoked by social networks are a global phenomenon – like in all jurisdictions – and the Slovenian legal system is negotiating the impacts of living in a digital society. The fact that more people can reach wider audiences with their expressions has many positive effects on society, as previously invisible stories can emerge and marginalised groups gain the possibility to get connected. In the near future, courts will deal with many more cases involving social networks. For example, technological developments and deepfake technologies pose new challenges that must be accommodated by the legal system. “As ever, judicial system will have to adapt and invent responses to our changing realities,” concluded Dr. Čufar.

In his address, Prof. Dr. Marcin Wielec (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw / Institute of Justice, Poland) analysed legal criminal protection against fake news in Poland³¹. This analysis shows that criminal liability for fake news is

³⁰ Supreme Court of Slovenia (Vrhovno sodišče republike Slovenije).

³¹ Title of the presentation: Polish criminal law and fake news. Other relevant papers from the author: M. Wielec, *Wartosci – analiza z perspektywy osobliwości postępowania karnego*, Lublin 2017; M. Wielec (ed.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Standardy polskiego systemu prawnego na przykładzie wybranych zawodów prawniczych*, Warszawa 2018. Further relevant publications on this topic: A. Bąk, *Serwisy społecznościowe – efekt Facebooka i nie tylko*, “Media i Społeczeństwo” 2016, No. 6, pp. 134–146; K. Bąkiewicz, *Wprowadzenie do definicji i klasyfikacji zjawiska fake newsa*, “Studia Medioznawcze” 2019, Vol. 20 No. 3, pp. 280–289; A. Brenda-Mañkowska, *Fake news, clickbait, żebrołajki – problemy mediów w dobie postprawdy* [in:] *Mass media we współczesnym świecie*, V. Tanaś, W. Welskop (eds.), Łódź 2019; D. Bryndał, P. Kochański, *Multimedialne platformy cyfrowe*, “Rzeczpospolita”, 21 September 1998; K. Daniel, *Media wobec fake newsów – motywy kreowania, przyjmowane postawy, podejmowane działania*, “Polityka i Społeczeństwo” 2018, Vol. 16 No. 3, pp. 95–114; I. Dąbrowska, *Deepfake, Nowy wymiar internetowej manipulacji*, “Zarządzenie Mediami” 2020, Vol. 8 No. 2, pp. 89–101; J. Dębowski, *O klasycznej koncepcji prawdy i jej filozoficznych podstawach. Czy w Matrixie możliwa jest prawda?* [in:] *Oblicza prawdy w filozofii, kulturze, języku*, A. Kikiewicz, E. Starzyńska-Kościszko (eds.), Olsztyn 2014.

not strictly provided for in the Polish criminal law system. Thus, the actual legal act in the form of the Penal Code³² does not list prohibited acts that directly involve the creation, dissemination, or changing of information to the extent that it becomes a carrier of false content. However, criminal law is a specific type of law in all legal systems. Therefore, criminal law should deal with fake news with the most significant impact, that is, disinformation that threatens the highest values, such as state security. Disinformation of minor importance should be addressed in other branches of law such as civil law, administrative law. To answer the question of whether there is a possible punishment for fake news, it is necessary to balance the conflict between the constitutional value of the freedom of expression and the construction of a fake news offence. To cover disinformation under criminal law, one must establish a catalogue of the types of conduct and behaviors that make up for this type of offence. Compiling such a catalogue is very difficult. Therefore, there will be difficulties in the legal definition of fake news, and it will also be challenging to prove this type of offence in a criminal trial. However, the legislative work agenda in Poland features a draft act on protecting the freedom of social network users. It is a thorough administrative regulation, and the character of the act should be preserved. Criminal law should always be used as a last resort, as an *ultima ratio* regulation.

The *Renckhoff case* (C-161/17) and the censorship of contents were critical points of the address delivered by Bartłomiej Oręziak³³ (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw/Institute of Justice, Poland). The *Renckhoff* ruling introduced censorship on the Internet, with normative justification on copyright grounds. This censorship applies to the posting of hyperlinks to content lawfully communicated online, that is, with the consent of the copyright holder. In this ruling, the CJEU failed to use the model it had developed for the admissibility of hyperlinking to content made available on the Internet illegally, that is, without the consent of the copyright holder. The argumentation and interpretation of Article 3 (1) of Directive 2001/29/EC adopted in the *Renckhoff case* appear to be incompatible with the specific nature and content-communicated principles of the Internet. The inaccuracy or even defectiveness of this ruling is one thing; its consequences for the realization of freedom of expression on the Internet in practice is another one. It may paralyse hyperlinking in any form, disrupting the proper functioning of the Internet and causing an unjustified

³² Polish Penal Code (*Kodeks Karny*, consolidated text: Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.).

³³ Title of the presentation: *Renckhoff case* (C-161/17): Internet Content Censorship and Freedom of Expression. For more relevant literature see: B. Oręziak, *Judgement of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 8 September 2016 in Case C 160/15 in the proceedings of GS Media v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruid Dekker*, "Comparative Law Review" 2018, Vol. 23 No.1, pp. 243–253; B. Oręziak, *Judicial Dialogue between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in the Field of Legal Liability for Posting Hyperlinks*, "International Community Law Review" 2019, Vol. 21 Issue 5, pp. 432–448. Further relevant publication from the author: B. Oręziak, *Czy linkowanie w sieci jest dopuszczalne? Analiza w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [in:] *Własność intelektualna w Internecie*, D. Żak (ed.), Lublin 2018, pp. 137–157; B. Oręziak, *Ograniczenia linkowania w Internecie w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – analiza orzeczenia z dnia 14 czerwca 2017 roku w sprawie C-610/15*, "Przegląd Prawno-Ekonomiczny" 2018, No. 4, pp. 199–219; B. Oręziak, *Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom*, "Prawo w Działaniu" 2019, Vol. 40, pp. 181–192.

limitation in the implementation of legal norms related to the freedom of expression in the digital environment. It should be emphasized that the comprehensive analysis carried out in this paper concludes that the court decision in the *Renckhoff* case may be deemed a normatively ungrounded restriction of freedom of expression on the Internet. Furthermore, its illogical disharmony is striking regarding the degree of severity of the response to a subsequent communication to the public within the meaning of Article 3 (1) of Directive 2001/29/EC, where Internet users must expect a harsher reaction when hyperlinking content is legally available on the Internet, and a more lenient reaction when hyperlinking content is illegally available. To conclude the scholarly analysis above, first, the judgement in the *Renckhoff* case should be assessed critically by the presented arguments and to the substantive extent of these arguments. Second, it is proposed that all the *de lege ferenda* postulates proposed in this regard be introduced into law. The latter can be achieved either by amending Directive 2001/29/EC and using the national law to implement this directive or a ruling issued by the CJEU, which will depart from the construction adopted in the *Renckhoff* case.

In her presentation, Assoc. Prof. Dr. Marta Dragičević Prtenjača (the University of Zagreb, Faculty of Law, Zagreb, Croatia)³⁴ introduced the most important sources of law concerning criminal law in Croatia. The presentation focused on freedom of expression, fake news, and trending issues in this field of law. The Constitution of Croatia³⁵ protects freedom of expression at its highest level³⁶ through numerous acts, such as the Penal Code³⁷, the Media Act³⁸, the Electronic Media Act³⁹, and the Misdemeanors Act against Public Order and Peace⁴⁰, which ensure the high-level protection of this fundamental right. The speaker asked the following questions: How can freedom of expression be defined? Can this be limited by law? Alternatively, is it an unlimited fundamental law? The professor also talked about Articles 10 and 127 of the ECHR on Freedom of Expression, According to which, as mentioned before, freedom of expression is limited by criminal offences such as insults, defamation, false alarms, public incitement to violence, and hatred. In Croatia, aiding in and abetting to commit a criminal offence is not a special offence. There is no criminal offence referred to in Article 147 of this Act if the perpetrator achieved its characteristics in scientific, professional, literary, artwork, or public information, in the performance of duties prescribed by law, political or other public or social activities, in journalistic work, or defense of some right, and that is done in the public interest or for other justifiable reasons. The next part of the presentation focused on the definition of fake news.

³⁴ Title of the presentation: Limits of Freedom of Expression in Relation of Fake News in Contemporary Criminal Law – Croatian perspective.

³⁵ The Constitution of the Republic of Croatia (*Ustav Republike Hrvatske*).

³⁶ The Constitution of the Republic of Croatia, OG 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14 – Art. 38. Constitution of the Republic of Croatia; restrictions Art. 16. Constitution of the Republic of Croatia.

³⁷ Penal code (*Kazneni zakon*), OG, 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 – Art. 127 PC.

³⁸ Media Act (*Zakon o medijima*), OG 59/04, 84/11, 81/13.

³⁹ Electronic Media Act (*Zakon o elektroničkim medijima*), OG 111/21.

⁴⁰ Misdemeanours Act against Public Order and Peace (*Zakon o prekršajima protiv javnog reda i mira*), OG, 5/90, 30/90, 47/90, 29/94.

Concluding the varied perspectives, it can be stated that it is difficult to determine whether something is a fake news. After identifying fake news, the question is, who is responsible for creating and disseminating fake news and who is authorized to determine whether something is fake news or not? There are several repercussions that do not prevent fake news. Currently, there are more issues than answers. Who is authorized to censor fake news? What about robots and semi-truths? How can we determine whether something is fake or true? What types of scientific methods can support the identification of fake news? The following conclusions were drawn: There are limits to freedom of expression. Censorship may only be forbidden if it is unlawful. Several boundaries can be found in criminal offences, but creating and disseminating fake news is not a criminal offence in Croatia.

References

1. Allcott H., Gentzkow M., *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, Journal of Economic Perspectives 2017, Vol. 31 No 2.
2. Bajt V., *Online Hate speech and the "refugee crisis" in Slovenia [in:] The disaster of European refugee policy: Perspectives from the 'Balkan route'*, Š. Neža Kogovšek, I.Ž. Žagar, M. Lukšič Hacin (eds.), Newcastle upon Tyne UK 2018.
3. Bakir V., McStay A., *Fake News and The Economy of Emotions*, Digital Journalism 2018, Vol. 6 Issue 2.
4. Balasubramani V., *Online Intermediary Immunity Under Section 230*, The Business Lawyer 2016/2017, Vol. 72 Issue 1.
5. Barzó T., Lenkovics B. (eds.), *Family Protection from a Legal Perspective*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.
6. Bayer L., *Inside Slovenia's war on the media*, available at: <https://www.politico.eu/article/slovenia-war-on-media-janez-jansa/>.
7. Bąk A., *Serwisy społecznościowe – efekt Facebooka i nie tylko*, Media i Społeczeństwo 2016, No. 6.
8. Bąkowicz K., *Wprowadzenie do definicji i klasyfikacji zjawiska fake newsa*, Studia Medioznawcze 2019, Vol. 20 No. 3.
9. Brenda-Mańkowska A., *Fake news, clickbait, żebrołajki – problemy mediów w dobie postprawdy [in:] Mass media we współczesnym świecie*, V. Tanaś, W. Welskop (eds.), Łódź 2019.
10. Brenner S.W., *Should online defamation be criminalized?*, Mississippi Law Journal 2007, Vol. 76 Issue 3.
11. Bryndal D., Kochański P., *Multimedialne platformy cyfrowe*, Rzeczpospolita, 21 September 1998.
12. Cassim F., *Regulating hate speech and freedom of expression on the internet: Promoting tolerance and diversity*, South African Journal of Criminal Justice 2015, Vol. 28 Issue 3.
13. Castets-Renard C., *Algorithmic content moderation on social media in EU law: Illusion of perfect enforcement*, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2020, Issue 2.

14. Colliander J., *This is fake news: Investigation the role of conformity to other users' views when commenting on and spreading disinformation in social media*, Computers in Human Behavior 2019, Vol. 97.
15. Daniel K., *Media wobec fake newsów – motywy kreowania, przyjmowane postawy, podejmowane działania*, Polityka i Społeczeństwo 2018, Vol. 16 No. 3.
16. Dąbrowska I., *Deepfake, Nowy wymiar internetowej manipulacji*, Zarządzenie Mediami 2020, Vol. 8 No 2.
17. Dębowski J., *O klasycznej koncepcji prawdy i jej filozoficznych podstawach. Czy w Matrixie możliwa jest prawda?* [in:] *Oblicza prawdy w filozofii, kulturze, języku*, A. Kiklewicz, E. Starzyńska-Kościuszko (eds.), Olsztyn 2014.
18. Durach F. et al., *Tackling Disinformation: EU Regulation of the Digital Space*, Romanian Journal of European Affairs 2020, Vol. 20 No 1.
19. Godnov U., Redek T., *The use of Twitter for political purposes in Slovenia*, Romanian Journal of Political Science 2014, Vol. 14 No. 1.
20. Henson B., Reyns B.W., Fisher B.S., *Fear of crime online? examining the effect of risk, previous victimization, and exposure on fear of online interpersonal victimization*, Journal of Contemporary Criminal Justice 2013, Vol. 29 Issue 4.
21. Horvat U., *Slovenia as the last EU country that does not yet have a GDPR implementing law*, 2020, available at: <http://jadek-pensa.si/en/slovenia-as-the-last-eu-country-that-does-not-yet-have-a-gdpr-implementing-law/>.
22. Kettemann M., *Follow-Up to the Comparative Study on 'Blocking, Filtering, and Take-Down of Illegal Internet Content'*, Germany 2019, available at: <https://rm.coe.int/dgi-2019-update-chapter-germany-study-on-blocking-and-filtering/168097ac51>.
23. Klein D.O., Wueller J.R., *Fake News: A Legal Perspective*, Journal of Internet Law 2017, Vol. 10.
24. Klein E., *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, available at: <https://bit.ly/37oMi2A>.
25. Klonick K., *The new governors: the people, rules and processes governing online speech*, Harvard Law Review 2017, Vol. 131 Issue 6.
26. Koltay A., *The private censorship of Internet gatekeepers*, University of Louisville Law Review 2021, Vol. 59 No 1.
27. Koltay A., *A sajtószabadság fogalma ma* [in:] *Sajtószabadság és médiaszabályozás a 21. század elején 2*, A. Koltay, B. Török, Budapest 2015.
28. Koltay A., *A szólásszabadság doktrínája és a fake news jelensége az online platformokon* [in:] *Ünnepi kötet a 65 éves Imre Miklós tiszteletére*, É.M. Kovács (ed.) Budapest 2020.
29. Koltay A., *A vélemény szabadság alkotmányos védelme az Alaptörvény első évtizedében*, Acta Humana: Hungarian Centre for Human Rights Publications 2021, No. 9(2).
30. Koltay A., *Az Alkotmánybíróság határozata az internetes kommentek polgári jogi megítéléséről*, Jogesetek Magyarázata 2015, No. 1.
31. Koltay A., *Médiaszabályozás az online platformok korában: Ami eddig történt, és ami előttünk áll* [in:] *Magyarország 2020: 50 tanulmány az elmúlt 10 évről*, Á. Mernyei, B. Orbán, Budapest 2021.
32. Koltay A., *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere*, Hart Publishing 2021.

33. Koltay A., *New Media and Freedom of Expression: Rethinking the Constitutional Foundations of the Public Sphere (Book Review)*, Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2020, Vol. 8.
34. Koltay A., *On the Constitutionality of the Punishment of Scaremongering in the Hungarian Legal System*, Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2021, Vol. 9.
35. Koltay A., *Online gatekeepers and the future (and present) of the democratic public sphere*, In Focus 2020, No. 1.
36. Koltay A., *The Right of Reply in European Comparative Perspective*, Acta Iuridica Hungarica – Hungarian Journal of Legal Studies 2013, Vol. 1.
37. Nielsen G., *Populism, Fake News, and the Flight from Democracy* [in:] *Navigating Fake News, Alternative Facts, and Misinformation in a Post-Truth World*, K. Dalkir, R. Katz, IGI Global Disseminator of Knowledge 2020.
38. Oręziak B., *Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie MAGYAR JETI ZRT przeciwko Węgrom*, Prawo w Działaniu 2019, Vol. 40.
39. Oręziak B., *Czy linkowanie w sieci jest dopuszczalne? Analiza w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [in:] *Własność intelektualna w Internecie*, D. Żak (ed.), Lublin 2018.
40. Oręziak B., *Judgement of the Court of Justice of the European Union (Second Chamber) of 8 September 2016 in Case C 160/15 in the proceedings of GS Media v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruid Dekker*, Comparative Law Review 2018, Vol. 23 No. 1.
41. Oręziak B., *Judicial Dialogue between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in the Field of Legal Liability for Posting Hyperlinks*, International Community Law Review 2019, Vol. 21 Issue 5.
42. Oręziak B., *Ograniczenia linkowania w Internecie w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – analiza orzeczenia z dnia 14 czerwca 2017 roku w sprawie C-610/15*, Przegląd Prawno-Ekonomiczny 2018, No. 4.
43. Peters M.A., Rider S., Hyvönen M., Besley T. (eds.), *Post truth, fake news: Viral modernity and higher education*, Singapore 2021.
44. Pollicino O., Somaini L., *Online disinformation and freedom of expression in the democratic context: The European and Italian responses* [in:] *Misinformation in referenda*, S. Baume et al. (eds.), London and New York 2020.
45. Popović D.V., Jovanović M., *Pravo Interneta – Odabrane teme, I izdanje*, Beograd 2017.
46. Roksandić Vidlička S., *Possible future challenge for the ECtHR: Importance of the Act on exemption and the Sanader case for transitional justice jurisprudence and the development of transitional justice policies*, Zbornik Pravnog Fakulteta Zagrebu 2014, Vol. 64 No. 5–6.
47. Rozehnal A., *Media Law in the Czech Republic*, Kluwer Law International 2020.
48. Rozehnal A., *Media Law*, Pilsen 2015.
49. Rozehnal A., *Media Laws – A Commentary*, Prague 2008.

50. Rozehnal A., *Protection of Personality in the Media* [in:] *Media, Communication and Culture*, Bystrický J. (ed.), Pilsen 2008.
51. Sobczyk P. (ed.), *Religious Symbols in the Public Sphere*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.
52. Tóth Z.J. (ed.), *Constitutional Reasoning and Constitutional Interpretation*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.
53. Vaccari C., Chadwick A., *Deepfakes and Disinformation: Exploring the Impact of Synthetic Political Video on Deception, Uncertainty, and Trust in News, Social Media + Society* 2020, Vol. 6 No. 1.
54. Wielec M. (ed.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Standardy polskiego systemu prawnego na przykładzie wybranych zawodów prawniczych*, Warszawa 2018.
55. Wielec M. (ed.), *The Impact of Digital Platforms and Social Media on the Freedom of Expression and Pluralism*, Budapest-Miskolc: Ferenc Mádl Institute of Comparative Law and Central European Academic Publishing 2021.
56. Wielec M., *Wartości – analiza z perspektywy osobliwości postępowania karnego*, Lublin 2017.

