

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

13

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Marek Mozgawa



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2013

ISSN 2084-1906

Nakład 300 egz.

Wersja papierowa Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną)

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer Polska S.A.
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a

WOLTERS KLUWER POLSKA



Wolters Kluwer
Polska

DYREKTOR DZIAŁU CZASOPISM

Klaudiusz Kaleta

tel. (22) 535 82 03; 535 80 20

faks (22) 535 83 32

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

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

www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący
Andrzej Siemaszko

Członkowie:

Beata Gruszczyńska, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Marek Mozgawa, Jacek Sadowski,
Roman Trzaskowski, Dobrochna Wójcik, Eleonora Zielińska

REDAKCJA

Redaktor Naczelny
Andrzej Siemaszko

Redaktor Naukowy – Sprawy karne
Marek Mozgawa

Redaktor Naukowy – Sprawy cywilne
Elżbieta Holewińska-Łapińska

Sekretarz Redakcji – Sprawy karne
Paweł Bachmat

Sekretarz Redakcji – Sprawy cywilne
Michał Warciński

Redaktor statystyczny - Beata Gruszczyńska

Redakcja językowa – Katarzyna Sowińska

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

Spis treści:

Teresa Gardocka	
Efektywność sądowej kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi, przebywających w domach pomocy społecznej i zakładach leczenia psychiatrycznego.....	7
Magdalena Budyn-Kulik	
Wybrane dogmatyczne i kryminologiczne aspekty paserstwa.....	33
Marek Kulik	
Środki zabezpieczające w prawie karnym wybranych państw europejskich.....	63
Filip Radoniewicz	
Odpowiedzialność karna za przestępstwo hackingu.....	121
Patrycja Kozłowska-Kalisz, Joanna Piórkowska-Flieger	
Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 2011 r.	175

Contents:

Teresa Gardocka	
Efficiency of judicial control of observance of rights of persons with mental disorders, staying in nursing homes and psychiatric hospitals.....	7
Magdalena Budyn-Kulik	
Selected dogmatic and criminological aspects of receiving.....	33
Marek Kulik	
Securing measures in criminal law of selected European states.....	63
Filip Radoniewicz	
Criminal liability for the offence of hacking	121
Patrycja Kozłowska-Kalisz, Joanna Piórkowska-Flieger	
Review of Supreme Court case law in area of substantive criminal law in 1 st half of 2011	175

Teresa Gardocka*

Efektywność sądowej kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi, przebywających w domach pomocy społecznej i zakładach leczenia psychiatrycznego

1. CEL I UZASADNIENIE PODJĘCIA TEMATU BADAWCZEGO

Upřednio prowadzone w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badanie¹ dotyczące procedury umieszczania osób w domach opieki społecznej bez ich zgody wskazało m.in. na istotny problem stosowania w tych domach środków przymusu bezpośredniego – jak się wydawało – bez zachowania należytego (oczekiwanego) umiaru. Badanie to zostało przeprowadzone w 2010 r. i objęło sprawy sądowe dotyczące kierowania do domów pomocy społecznej dla osób z zaburzeniami psychicznymi w trybie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego² w aspekcie respektowania praw tych osób w toku procedury kierowania ich do domów opieki społecznej bez ich zgody. Badaniem tym objęto również w pewnym zakresie procedury kontroli sądowej nad domami opieki społecznej przeznaczonymi dla osób z zaburzeniami psychicznymi, w tym nad stosowaniem w tych domach środków przymusu bezpośredniego. Badanie wskazywało na wyraźne nadużywanie tych środków w niektórych domach pomocy społecznej i nieefektywną kontrolę przestrzegania w tych domach praw osób przymusowo w nich umieszczonych.

Stosowanie środków przymusu bezpośredniego wobec osób chorych psychicznie (obok stosowania metod leczniczych, na które wymagana jest specjalna zgoda pacjenta, jak np. elektrowstrząsów) należy do najdrastyczniejszych działań dopuszczalnych wobec tych osób. Wskazane wyżej badanie można potraktować jako pilotażowe dla tej problematyki. Wskazało ono na konieczność badania pogłębionego i przede wszystkim poszerzonego o szpitale psychiatryczne. Zbadanie mechanizmu kontroli i jej skuteczności dotyczy ustalenia poziomu gwarancji ochrony praw tych osób udzielanych przez instytucje zewnętrzne (przede wszystkim sądy).

* Dr hab. Teresa Gardocka jest profesorem współpracującym z Instytutem Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ T. Gardocka, Problematyka umieszczania osób chorych psychicznie i upośledzonych umysłowo w domach pomocy społecznej (w kontekście gwarancji procesowych), „Prawo w Działaniu” 2011/9, s. 5.

² Ustawa z 19.08.1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 231, poz. 1375 ze zm.), dalej jako u.o.z.p.

Prawidłowość i efektywność działania mechanizmu kontroli ma zasadnicze znaczenie dla sytuacji osób zamkniętych w szpitalach psychiatrycznych lub specjalistycznych domach pomocy społecznej. Osoby te nie potrafią się skarżyć lub też ich skargi nie docierają do właściwych adresatów albo nie są traktowane dostatecznie poważnie. O tym, że osoby leczone z powodu chorób psychicznych lub umieszczone w domach pomocy społecznej z powodu dysfunkcji psychicznych, które uniemożliwiają im samodzielne funkcjonowanie, doznają opresji ze strony personelu opiekuńczego i medycznego, informowała także prasa. Nie prowadzono natomiast systematycznych badań stanu rzeczy w tym względzie.

Dopiero w czerwcu 2012 r., więc już w końcowej fazie pracy nad tym opracowaniem, opublikowane zostały wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli, przeprowadzonej w szpitalach psychiatrycznych i nastawionej przede wszystkim na zbadanie przestrzegania praw pacjentów w podstawowym, bo dotyczącym ich wolności, zakresie. Rezultaty tej kontroli prasa przedstawiała jako dramatyczne. Niewiedza lub nikła wiedza o tym, co dzieje się w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej dla osób z zaburzeniami psychicznymi, powoduje z jednej strony mnożenie mitów o strasznym traktowaniu zamkniętych tam ludzi, z drugiej – stan nieuzasadnionego spokoju społecznego, pozwalający spychać te problemy w najgłębszy cień, jako dotyczące osób, które nie mają wielkich możliwości skarżenia się. Nawet zresztą gdy to czynią, zawsze są wątpliwości, czy skargi te mają jakiegokolwiek uzasadnienie. Pochodzą przecież od „psychicznych”. Ujawnienie prawdziwego stanu rzeczy jest niezwykle trudne.

W szpitalach psychiatrycznych wiele rzeczy da się bez trudu ukryć przed światem zewnętrznym, a przeprowadzenie głębokiej kontroli wymaga nie tylko dużej wiedzy o możliwych problemach, ale i odpowiedniego zaangażowania kontrolujących. Dlatego przedmiotem badania stały się sprawozdania złożone przez sędziów z wymaganych ustawą o ochronie zdrowia psychicznego kontroli. Sędziowie dokonujący kontroli powinni nastawiać się na te aspekty, które dotyczą przestrzegania praw osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, mniej uwagi poświęcając innym sprawom, łatwiejszym do skontrolowania, jak np. sprawy bytowe pacjentów, co jest zresztą sprawdzane przez inne instytucje. Takie wydaje się założenie nałożone na sędziów obowiązku kontroli. Na sędziach zatem spoczywa obowiązek najtrudniejszy – sprawdzenia, czy zamknięci w szpitalach psychiatrycznych ludzie traktowani są po ludzku, a więc po pierwsze, czy personel tych zakładów leczniczych wprost nie narusza prawa wynikającego z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego w zakresie stosowania środków przymusu, i po drugie, czy prawa do stosowania środków ograniczających wolność pacjentów faktycznie nie nadużywa.

Badanie miało za zadanie pokazać, jak wykonywany jest wymagany ustawą obowiązek kontroli sędziowskiej, jak staranne są owe kontrole, na czym sędziowie skupiają swą uwagę i z jakim zaangażowaniem usiłują ustalić prawdziwy stan rzeczy w zakresie przestrzegania praw człowieka w zakładach leczenia i opieki psychiatrycznej. Oczywiście wyniki badań pokazują również sytuację osób przebywających w zakładach leczenia i opieki psychiatrycznej jako obraz wynikający z sędziowskich sprawozdań i jako obraz wynikający z tego, czego w owych sprawozdaniach zabrakło lub co zostało przedstawione wyłącznie z formalnego punktu widzenia.

2. STAN PRAWNY W BADANYM OKRESIE

Badaniu poddałam sprawozdania z kontroli w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej złożone w sądach okręgowych w roku 2011 oraz do końca kwietnia 2012 r.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego w art. 43 reguluje kwestię kontroli nad przestrzeganiem praw osób z zaburzeniami psychicznymi w następujący sposób:

- „1. Do szpitala psychiatrycznego i domu pomocy społecznej przeznaczonego dla osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo ma prawo wstępu o każdej porze sędzia w celu kontroli legalności przyjęcia i przebywania w takim szpitalu lub domu pomocy społecznej osób z zaburzeniami psychicznymi, przestrzegania ich praw oraz kontroli warunków, w jakich one tam przebywają.
2. Minister Sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zdrowia i ministrem właściwym do spraw zabezpieczenia społecznego określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowy sposób i tryb sprawowania kontroli, o której mowa w ust. 1, oraz sposób jej dokumentowania, uwzględniając potrzebę ochrony praw i godności osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, a także biorąc pod uwagę różne rodzaje i typy tych placówek”.

Na podstawie delegacji zawartej w art. 43 ust. 2 u.o.z.p. minister sprawiedliwości (bez porozumienia ze wskazanymi w tym artykule innymi ministrami) wydał rozporządzenie w sprawie kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej³. Rozporządzenie to dotyczy sądowej kontroli nad sytuacją osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej w zakresie ich przyjmowania do tego rodzaju zakładów oraz warunków, w jakich przebywają. Kontrolę wykonuje sędzia, obeznany z problematyką ochrony zdrowia psychicznego, wyznaczony przez prezesa sądu wojewódzkiego (obecnie okręgowego), w którego okręgu znajduje się zakład. Kontrola ma być wykonywana co najmniej raz w roku (§ 4 pkt 1 r.k.p.p.o.) lub doraźnie i ma obejmować całokształt spraw podlegających kontroli. Może też mieć miejsce kontrola doraźna oraz taka, która obejmuje tylko niektóre zagadnienia i jest przeprowadzana w miarę potrzeby.

Kontrola sądowa zgodnie z § 2 r.k.p.p.o. ma obejmować w szczególności:

- 1) prawidłowość dokumentacji medycznej stanowiącej podstawę przyjmowania i przebywania w zakładzie osób z zaburzeniami psychicznymi,
- 2) prawidłowość dokumentacji medycznej dotyczącej zastosowania przymusu bezpośredniego oraz stosowania świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta,
- 3) zasadność dalszego pobytu w szpitalu psychiatrycznym w przypadkach hospitalizacji powyżej sześciu miesięcy,

³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 22.02.1995 r. w sprawie kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej (Dz. U. Nr 23, poz. 128), dalej jako r.k.p.p.o.

- 4) przestrzegania praw osób przebywających w zakładzie, określonych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego oraz w przepisach o zakładach opieki zdrowotnej, a także w przepisach o pomocy społecznej,
- 5) warunki bytowe w zakładzie,
- 6) działalność zakładu w zakresie współpracy sądu z kuratorami sprawującymi nadzór nad osobami z zaburzeniami psychicznymi, przebywającymi w zakładzie,
- 7) współdziałanie zakładu z rodzinami i opiekunami osób z zaburzeniami psychicznymi,
- 8) prawidłowość i terminowość załatwiania skarg i wniosków osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w zakładzie.

Sędzia po zakończeniu kontroli może wydać zalecenia pokontrolne, a ich wykonanie można sprawdzić w ramach kontroli doraźnej lub w trakcie następnej zwykłej kontroli. Z przebiegu kontroli sędzia sporządza sprawozdanie i składa je w sądzie okręgowym, gdzie jest przechowywane (§ 6 r.k.p.p.o.). Prezes sądu okręgowego przesyła to sprawozdanie sądowi opiekuńczemu, kierownikowi kontrolowanego zakładu oraz organowi sprawującemu nadzór nad zakładem, a w razie stwierdzenia istotnych uchybień w działalności kontrolowanego zakładu także odpowiednio ministrowi zdrowia (szpital psychiatryczny) lub ministrowi pracy i polityki socjalnej (dom opieki).

Przymus bezpośredni mógł być stosowany zgodnie z art. 18 ust. 1 u.o.z.p. wobec osób z zaburzeniami psychicznymi przy wykonywaniu czynności przewidzianych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego tylko wtedy, gdy przepis tej ustawy do tego upoważniał albo gdy osoby te:

- 1) dopuszczają się zamachu przeciwko:
 - a) życiu lub zdrowiu własnemu lub innej osoby lub
 - b) bezpieczeństwu powszechnemu, lub
- 2) w sposób gwałtowny niszczą lub uszkadzają przedmioty znajdujące się w ich otoczeniu, lub
- 3) poważnie zakłócają lub uniemożliwiają funkcjonowanie podmiotu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotnego w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej.

Jest to wyczerpujące wyliczenie przyczyn zastosowania przymusu bezpośredniego. Zatem nie można stosować przymusu z powołaniem się na inne okoliczności niż wymienione. Szczegółowo opisane w zleceniu przyczyny zastosowania przymusu muszą mieścić się w ogólnych przyczynach opisanych w ustawie. W jaki sposób można zastosować przymus bezpośredni, reguluje art. 3 ust. 6 u.o.z.p., który to przepis wymienia następujące formy przymusu:

- a) przytrzymanie – doraźne, krótkotrwałe unieruchomienie osoby z użyciem siły fizycznej,
- b) przymusowe zastosowanie leków – doraźne lub przewidziane w planie postępowania leczniczego wprowadzenie leków do organizmu osoby – bez jej zgody,
- c) unieruchomienie – obezwładnienie osoby z użyciem pasów, uchwytów, prześcieradeł, kaftana bezpieczeństwa lub innych urządzeń technicznych,

- d) izolację – umieszczenie osoby, pojedynczo, w zamkniętym i odpowiednio przystosowanym pomieszczeniu.

Jest to również wyliczenie wyczerpujące. Nie wolno zatem stosować przymusu bezpośredniego w żadnej innej formie niż wymieniona w ustawie. Pewną swobodę w zakresie stosowanych form daje ogólny opis unieruchomienia, gdzie pozwala się na stosowanie innych środków technicznych niż wymienione. Wiele zakładów leczniczych korzysta z pasów magnetycznych, zamiast tradycyjnych parcianych lub skórzanych pasów unieruchamiających. Ustawa nie zawiera również szczegółowego opisu pomieszczenia do izolacji, mogą one więc wyglądać rozmaicie, zależnie od możliwości i specyfiki zakładu.

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego określa szczegółowo procedurę związaną ze stosowaniem środków przymusu bezpośredniego w art. 18 stanowiąc, że:

- „2. O zastosowaniu przymusu bezpośredniego decyduje lekarz, który określa rodzaj zastosowanego środka przymusu oraz osobiście nadzoruje jego wykonanie. W szpitalach psychiatrycznych, jednostkach organizacyjnych pomocy społecznej oraz w trakcie wykonywania czynności, o których mowa w art. 21 ust. 3 oraz art. 46a ust. 3, jeżeli nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji lekarza, o zastosowaniu przymusu bezpośredniego decyduje i nadzoruje osobiście jego wykonanie pielęgniarka, która jest obowiązana niezwłocznie zawiadomić o tym lekarza. Każdy przypadek zastosowania przymusu bezpośredniego i uprzedzenia o możliwości jego zastosowania odnotowuje się w dokumentacji medycznej.
- 3. W jednostce organizacyjnej pomocy społecznej, która nie zatrudnia lekarza, informację, o której mowa w ust. 2, pielęgniarka przekazuje kierownikowi jednostki, który niezwłocznie informuje o tym upoważnionego przez marszałka województwa lekarza specjalistę w dziedzinie psychiatrii.
- 4. W szpitalu psychiatrycznym lekarz, o którym mowa w ust. 2, niezwłocznie zatwierdza zastosowanie przymusu bezpośredniego zleconego przez pielęgniarkę lub nakazuje zaprzestanie jego stosowania.
- 5. Jeżeli nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji osoby, o której mowa w ust. 2, o zastosowaniu przymusu bezpośredniego w trakcie wykonywania czynności, o których mowa w art. 21 ust. 3 oraz art. 46a ust. 3, lub wobec osoby, o której mowa w ust. 1, której pomocy udziela zespół ratownictwa medycznego, decyduje i nadzoruje osobiście kierujący akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych, który jest obowiązany niezwłocznie zawiadomić o tym dyspozytora medycznego. Każdy przypadek zastosowania przymusu bezpośredniego i uprzedzenia o możliwości jego zastosowania odnotowuje się w dokumentacji medycznej.
- 6. Zastosowanie przymusu bezpośredniego wobec osoby, o której mowa w ust. 1 pkt 1 i 2 polega na przytrzymaniu, przymusowym podaniu leków, unieruchomieniu lub izolacji, a wobec osoby, o której mowa w ust. 1 pkt 3 – na przytrzymaniu lub przymusowym podaniu leku.
- 7. W sytuacji, o której mowa w ust. 5, zastosowanie przymusu bezpośredniego polega na przytrzymaniu lub unieruchomieniu. Przymus bezpośredni

stosuje się nie dłużej niż przez czas niezbędny do uzyskania pomocy lekarskiej, a w przypadku gdy jej uzyskanie jest utrudnione, na czas niezbędny do przewiezienia osoby do podmiotu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotne w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej lub szpitala wskazanego przez dyspozytora medycznego. Przewiezienie osoby z zastosowaniem przymusu bezpośredniego następuje w obecności zespołu ratownictwa medycznego.

8. Przed zastosowaniem przymusu bezpośredniego uprzedza się o tym osobę, wobec której środek ten ma być podjęty. Przy wyborze środka przymusu należy wybierać środek możliwie dla tej osoby najmniej uciążliwy, a przy stosowaniu przymusu należy zachować szczególną ostrożność i dbałość o dobro tej osoby.
9. W przypadkach określonych w ust. 1 jednostki systemu Państwowe Ratownictwo Medyczne, Policja oraz Państwowa Straż Pożarna są obowiązane do udzielania lekarzowi, pielęgniarce lub kierującemu akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych pomocy na ich żądanie.
10. Zasadność zastosowania przymusu bezpośredniego:
 - 1) przez lekarza podmiotu leczniczego, w tym lekarza, który zatwierdził stosowanie środka przymusu bezpośredniego zleconego przez inną osobę – ocenia, w terminie 3 dni, kierownik tego podmiotu, jeżeli jest lekarzem, lub lekarz przez niego upoważniony;
 - 2) przez innego lekarza, pielęgniarkę jednostki organizacyjnej pomocy społecznej lub kierującego akcją prowadzenia medycznych czynności ratunkowych – ocenia, w terminie 3 dni, upoważniony przez marszałka województwa lekarz specjalista w dziedzinie psychiatrii.
11. Minister właściwy do spraw zdrowia w porozumieniu z Ministrem Sprawiedliwości oraz ministrem właściwym do spraw zabezpieczenia społecznego określi, w drodze rozporządzenia, sposób:
 - 1) stosowania przymusu bezpośredniego,
 - 2) dokumentowania zastosowania przymusu bezpośredniego,
 - 3) dokonywania oceny zasadności zastosowania przymusu bezpośredniego – uwzględniając potrzebę ochrony praw i godności osoby, wobec której jest stosowany przymus bezpośredni”.

Na podstawie delegacji zawartej w przytoczonym powyżej art. 18 ust. 11 u.o.z.p. minister zdrowia i opieki społecznej (bez porozumienia z innymi ministrami) wydał rozporządzenie w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego⁴. Rozporządzenie to reguluje szczegółowo czas stosowania przymusu polegającego na unieruchomieniu lub izolacji. Zasadniczo może on trwać tylko do czasu ustania przyczyn jego zastosowania (§ 9 ust. 1 r.s.p.b.). Istnieje jednak również dokładne ograniczenie godzinowe. Przymus w tych postaciach może być zastosowany (przez lekarza lub wyjątkowo przez pielęgniarkę, jeżeli nie jest możliwe uzyskanie natychmiastowej decyzji lekarza) na czas nie dłuższy niż cztery godziny. W razie potrzeby lekarz,

⁴ Rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 23.08.1995 r. w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego (Dz. U. Nr 103, poz. 514), dalej jako r.s.p.b.

po osobistym zbadaniu pacjenta, może przedłużyć unieruchomienie na następne okresy sześciogodzinne (pielęgniarka może dokonać takiego przedłużenia tylko w domu pomocy społecznej, gdy nie ma możliwości uzyskania zlecenia od lekarza). Przedłużenie unieruchomienia lub izolacji na okresy dłuższe niż 24 godziny jest dopuszczalne tylko w warunkach szpitalnych (§ 10 ust. 2 r.s.p.b.). Stan pacjenta unieruchomionego lub przebywającego w izolacji musi być kontrolowany przez pielęgniarkę nie rzadziej niż co 15 minut, również w czasie snu pacjenta. Pielęgniarka ma obowiązek krótkotrwałego uwalniania pacjenta od unieruchomienia w celu zmiany jego pozycji lub zaspokojenia potrzeb fizjologicznych i higienicznych, nie rzadziej niż co cztery godziny (§ 14 ust. 1 pkt 2 r.s.p.b.). Kontrola ta ma być odnotowana w karcie zastosowania unieruchomienia lub izolacji (wzór takiej karty stanowi załącznik do rozporządzenia w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego), zaś pielęgniarka ma obowiązek odnotowywania zastosowania przymusu bezpośredniego w raporcie pielęgniarskim. Załącznikiem do rozporządzenia w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego jest także karta kodowych oznaczeń zachowań obserwowanych podczas stosowania przymusu oraz wzór zawiadomień o stosowaniu przymusu kierowanych do kierownika podmiotu leczniczego lub lekarza psychiatry, upoważnionego przez marszałka województwa. Procedura stosowania przymusu jest – jak widać – skomplikowana, odpowiedzialność rozłożona na kilka osób i poddana szczegółowo określonej procedurze kontrolnej. Wszystko to, w zamyśle ustawodawcy, by zapobiec nadużywaniu tak drastycznych środków wobec pacjentów psychiatrycznych lub osób, którym zapewniona jest opieka (nie leczenie) ze względów psychiatrycznych.

Warto zwrócić uwagę, że możliwości stosowania przymusu bezpośredniego we wszystkich formach i procedura jego stosowania jest zupełnie taka sama w stosunku do pacjentów lub osób, którym zapewniona jest opieka ze względów psychiatrycznych, leczonych lub umieszczonych w domu pomocy społecznej za zgodą i bez zgody (decyzją sądu opiekuńczego). Tak uregulowany przymus bezpośredni może być stosowany na powyżej opisanych zasadach w szpitalu psychiatrycznym (ustawa zrównuje przy tym ze szpitalem psychiatrycznym oddział psychiatryczny w szpitalu ogólnym, klinikę psychiatryczną i sanatorium dla osób z zaburzeniami psychicznymi oraz inne przedsiębiorstwa podmiotu leczniczego w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej, sprawującego całodobową opiekę psychiatryczną lub odwykową – art. 3 pkt 2 u.o.z.p.) oraz w domu pomocy społecznej, środowiskowym domu samopomocy lub innych formach pomocy instytucjonalnej dla osób z zaburzeniami psychicznymi (art. 3 pkt 3 u.o.z.p.).

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego określa także w art. 3 pkt 1, kogo uważa za osobę z zaburzeniami psychicznymi. Przymus bezpośredni wedle art. 18 u.o.z.p. można stosować do osób z zaburzeniami psychicznymi. Jest to więc osoba chora psychicznie (wykazująca zaburzenia psychotyczne), upośledzona umysłowo, wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym. Osoba z zaburzeniami psychicznymi może znaleźć się w szpitalu psychiatrycznym (lub zakładzie leczniczym z nim zrównanym), jeżeli ma być poddana leczeniu. Może znaleźć się również w zakładzie

opiekuńczo-leczniczym lub w domu pomocy społecznej, jeżeli wymaga opieki, a nie może jej uzyskać w środowisku rodzinnym lub w środowisku społecznym (pomoc, jaką może zapewnić ośrodek pomocy społecznej, nie jest wystarczająca dla bezpiecznego funkcjonowania tej osoby). Opieka nad osobami z zaburzeniami psychicznymi niewymagającymi leczenia jest zapewniana w domach pomocy społecznej przeznaczonych dla osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo. Tylko tego rodzaju domy pomocy społecznej podlegają kontroli sądowej w trybie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (art. 43 u.o.z.p.).

Opisany powyżej w punkcie II stan prawny uległ zmianie w momencie wejścia w życie ustawy o działalności leczniczej⁵. Ustawa ta zmieniła art. 18 u.o.z.p., określający przyczyny i procedurę stosowania przymusu bezpośredniego, nie dokonując w nim jednak zmiany merytorycznej, a tylko zmieniając terminologię na stosowaną w nowej ustawie (określenie „szpital psychiatryczny” zamieniono na „podmiot leczniczy”). Nie wydano natomiast do dziś nowego rozporządzenia dotyczącego sposobu stosowania przymusu, dokumentowania stosowania przymusu i dokonywania oceny zasadności zastosowania przymusu bezpośredniego. Rozporządzenie wydane w 1995 r. zachowało moc obowiązującą do 1.07.2012 r. na podstawie art. 219 ust. 1 pkt 6 u.dz.l. Tak więc w całym badanym okresie przymus bezpośredni stosowano i dokumentowano w oparciu o rozporządzenie w sprawie sposobu stosowania przymusu bezpośredniego z 1995 r.

3. DOBÓR PRÓBY BADAWCZEJ

Badanie efektywności kontroli przestrzegania praw osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej przeznaczonych dla osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo zostało przeprowadzone w oparciu o zbadanie sprawozdań sędziów przeprowadzających kontrole w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, w których przebywają osoby chore psychicznie lub upośledzone umysłowo na podstawie art. 43 u.o.z.p.

Kontrolę zarządza prezes sądu okręgowego, wyznaczając sędziego, który ma ją przeprowadzić. Szczegółowe zagadnienia dotyczące tej kontroli są uregulowane rozporządzeniem w sprawie kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej z 1995 r.

Zakres kontroli § 2 ust. 1 r.k.p.p.o. określa bardzo szeroko. Sędzia ma kontrolować:

- „1) prawidłowość dokumentacji medycznej stanowiącej podstawę przyjmowania i przebywania w zakładzie osób z zaburzeniami psychicznymi,
- 2) prawidłowość dokumentacji medycznej dotyczącej zastosowania przymusu bezpośredniego oraz stosowania świadczeń zdrowotnych stwarzających podwyższone ryzyko dla pacjenta,
- 3) zasadność dalszego pobytu w szpitalu psychiatrycznym w przypadkach hospitalizacji powyżej 6 miesięcy,

⁵ Ustawa z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 217), dalej jako u.dz.l., weszła w życie 1.07.2011 r.

- 4) przestrzeganie praw osób przebywających w zakładzie, określonych w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego oraz w przepisach o zakładach opieki zdrowotnej, a także w przepisach o pomocy społecznej,
- 5) warunki bytowe w zakładzie,
- 6) działalność zakładu w zakresie współpracy z sądem i kuratorami sprawującymi nadzór nad osobami z zaburzeniami psychicznymi, przebywającymi w zakładzie,
- 7) współdziałanie zakładu z rodzinami i opiekunami osób z zaburzeniami psychicznymi,
- 8) prawidłowość i terminowość załatwiania skarg i wniosków osób z zaburzeniami psychicznymi przebywającymi w zakładzie”.

Z przebiegu kontroli sędzia sporządza sprawozdanie, które powinno zawierać w szczególności dane dotyczące zakresu kontroli, oceny sposobu wykonania zaleceń związanych z poprzednią kontrolą oraz zalecenia pokontrolne (§ 6 r.k.p.p.o.). Sprawozdania przechowuje się w aktach właściwego sądu okręgowego.

W szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, w których przebywają osoby chore psychicznie lub upośledzone umysłowo, przeprowadza się wiele kontroli. Instytucje kontrolujące badają różne aspekty działalności tych instytucji, m.in. wykorzystanie środków publicznych (Urząd Kontroli Skarbowej), stan sanitarny (Inspektor Sanitarny), decyzje lekarzy udzielających świadczeń opieki zdrowotnej dotyczące ordynowania leków lub wyrobów medycznych niezbędnych do prowadzenia farmakoterapii, a objętych refundacją przez Narodowy Fundusz Zdrowia (oddziały NFZ), postępowanie z materiałami archiwalnymi wchodzącymi w skład państwowego zasobu archiwalnego (Archiwum Państwowe), przestrzeganie przepisów przeciwpożarowych (Państwowa Straż Pożarna), warunki pobytu mieszkańców domów pomocy społecznej (Centrum Pomocy Rodzinie), przestrzeganie przepisów sanitarnych (sanepid). Kontrole w zakresie przestrzegania praw pacjentów przeprowadziła wyjątkowo w 2012 r. Najwyższa Izba Kontroli.

Kontrola dokonywana przez sędziów jest najbardziej wszechstronna, musi uwzględniać zakres wynikający z § 2 r.k.p.p.o., a także inne istotne kwestie, jakie wynikną w czasie kontroli. Z pewnością jednak ze względu na osobę sędziego i charakter jego zadań w państwie podstawowym przedmiotem kontroli powinna być kwestia przestrzegania praw osób znajdujących się w szpitalu lub domu pomocy społecznej. Nie jest to w zasadzie przedmiotem innych kontroli. Żaden inny organ kontrolujący nie ma ani uprawnień, ani kompetencji do kontroli przestrzegania praw człowieka. Sędzia, który skontrolowałby wszystko z wyjątkiem prawidłowości umieszczenia osób w szpitalu lub domu pomocy społecznej i zasadności dalszego w nim przebywania (rodzaj pozbawienia wolności), prawidłowości stosowania przymusu bezpośredniego i szczególnego rodzaju świadczeń zdrowotnych, nie wywiązałby się ze swego zadania.

Na te kwestie sędzia powinien być wyczulony, jest bowiem osobą obdarzoną publicznym zaufaniem, powołaną do zapewnienia poszanowania prawa. Dlatego efektywność kontroli przestrzegania praw osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej może być ustalona w oparciu o analizę działania sędziów w tym zakresie, ze szczególnym zwróceniem uwagi na zakres kontroli stosowania środków przymusu wobec chorych.

Badaniu podałam **wszystkie** sprawozdania sędziów z kontroli szpitali psychiatrycznych i domów pomocy społecznej złożone prezesom sądów okręgowych w okresie od początku stycznia 2011 r. do 30.04.2012 r.

Materiał badawczy to sprawozdania złożone w tym okresie prezesom następujących sądów okręgowych:

- Białystok – 1 szpital i 6 domów pomocy społecznej,
- Bielsko-Biała – 6 szpitali i 16 domów pomocy społecznej,
- Bydgoszcz – 5 szpitali i 14 domów pomocy społecznej,
- Częstochowa – 2 szpitale i 9 domów pomocy społecznej,
- Elbląg – 5 szpitali i 11 domów pomocy społecznej,
- Gdańsk – 12 szpitali i 22 domy pomocy społecznej,
- Gliwice – 10 szpitali i 26 domów pomocy społecznej,
- Gorzów Wielkopolski – 9 domów pomocy społecznej (szpitale psychiatrycznych nie ma),
- Jelenia Góra – 3 szpitale i 7 domów pomocy społecznej,
- Kalisz – 4 szpitale i 9 domów pomocy społecznej,
- Katowice – 8 szpitali i 18 domów pomocy społecznej,
- Kielce – 4 szpitale i 24 domy pomocy społecznej,
- Konin – 9 domów pomocy społecznej (szpitale nie ma w okręgu),
- Koszalin – 5 szpitali i 10 domów pomocy społecznej,
- Kraków – 28 szpitali (oddziałów szpitalnych) i 36 domów pomocy społecznej,
- Krosno – 1 szpital i 5 domów pomocy społecznej,
- Legnica – 1 szpital i 1 dom pomocy społecznej,
- Lublin – 8 szpitali i 15 domów pomocy społecznej,
- Łomża – 3 szpitale i 2 domy pomocy społecznej,
- Łódź – 11 szpitali i 22 domy pomocy społecznej,
- Nowy Sącz – 3 szpitale i 6 domów pomocy społecznej,
- Olsztyn – 3 szpitale i 10 domów pomocy społecznej,
- Opole – 7 szpitali i 19 domów pomocy społecznej,
- Ostrołęka – 2 szpitale i 8 domów pomocy społecznej,
- Płock – 3 szpitale i 12 domów pomocy społecznej,
- Piotrków Trybunalski – 3 szpitale i 5 domów pomocy społecznej,
- Poznań – 5 szpitali i 6 domów pomocy społecznej,
- Przemyśl – 8 szpitali i 9 domów pomocy społecznej,
- Radom – 3 szpitale i 2 domy pomocy społecznej,
- Rzeszów – 6 szpitali i 11 domów pomocy społecznej,
- Siedlce – 1 szpital i 9 domów pomocy społecznej,
- Sieradz – 1 szpital i 11 domów pomocy społecznej,
- Słupsk – 6 szpitali i 10 domów pomocy społecznej,
- Suwałki – 1 szpital i 5 domów pomocy społecznej,
- Szczecin – 4 szpitale i 6 domów pomocy społecznej,
- Świdnica – 2 szpitale i 9 domów pomocy społecznej,
- Tarnobrzeg – 4 szpitale i 4 domy pomocy społecznej,
- Tarnów – 13 domów pomocy społecznej (szpitala nie ma w okręgu),
- Toruń – 5 szpitali i 11 domów pomocy społecznej,

- Warszawa – 3 szpitale i 7 domów pomocy społecznej,
- Warszawa–Praga – 4 szpitale i 16 domów pomocy społecznej,
- Włocławek – 2 szpitale i 10 domów pomocy społecznej,
- Wrocław – 4 szpitale i 5 domów pomocy społecznej,
- Zamość – 2 szpitale i 12 domów pomocy społecznej,
- Zielona Góra – 2 szpitale i 9 domów pomocy społecznej.

Ogółem liczba zbadanych sprawozdań z sędziowskiej kontroli wynosi 201 – z kontroli szpitali (oddziałów szpitalnych) psychiatrycznych i 496 – z kontroli domów pomocy społecznej dla osób chorych psychicznie i upośledzonych umysłowo.

Zakłady opiekuńczo-lecznicze zaliczone zostały do oddziałów szpitalnych. Już na etapie prezentacji liczby kontrolowanych zakładów widać zadziwiające różnice przede wszystkim w liczbie domów pomocy społecznej na określonym terenie. Czy jest jakieś rozsądne wyjaśnienie, że domów pomocy społecznej, które podlegają kontroli w trybie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (domy, które są przeznaczone dla osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo), jest w okręgu Sądu Okręgowego w Gdańsku – 22, zaś w okręgu Sądu Okręgowego we Wrocławiu – 5? W okręgu Sądu Okręgowego w Warszawie domów pomocy społecznej podlegających kontroli w trybie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jest 16, zaś w okręgu Sądu Okręgowego w Kielcach jest aż 25 takich domów.

Jedyną nasuwającą się hipotezą jest niekwalifikowanie domów pomocy społecznej jako takich, które podlegają kontroli w trybie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Nie można się bowiem spodziewać, że nie ma osób, które się w nich umieszcza. Hipoteza powinna zostać zweryfikowana praktycznym badaniem, np. przez ustalenie, gdzie sądy z okręgów we Wrocławiu lub w Warszawie kierują osoby przymusowo umieszczane w domu pomocy społecznej w trybie art. 39 u.o.z.p.

4. ANALIZA WYNIKÓW BADANIA

4.1. Ocena formalna kontroli i złożonych sprawozdań

Kontrole przeprowadzane w trybie art. 43 u.o.z.p. traktowane są jak kontrole roczne, obejmujące okres roku (w przypadku Sądu Okręgowego w Gdańsku – okres sześciu miesięcy, kontrole przeprowadzane są dwa razy w roku w odstępach półrocznych). Doroczny charakter kontroli wywodzi się zapewne z § 4 pkt 1 r.k.p.p.o., który stanowi, że „kontrole zakładów – przeprowadzane co najmniej raz w roku lub doraźnie – obejmujące całokształt spraw podlegających kontroli albo kontrole obejmujące tylko niektóre zagadnienia, przeprowadzane w miarę potrzeby”.

Poza dorocznymi kontrolami, obejmującymi okres roku (wyjątkowo w Gdańsku sześciu miesięcy) od poprzedniej kontroli, nie było w zasadzie według sędziów potrzeby przeprowadzania kontroli obejmujących niektóre zagadnienia. Były w badanym okresie dwie kontrole doraźne, obie związane z nadzwyczajnymi zdarzeniami w kontrolowanych instytucjach.

Sędziowie zgodnie z przepisem § 2 ust. 2 r.k.p.p.o. uprzedzają kierownika zakładu o przystąpieniu do kontroli; czynią to co najmniej z jednodniowym wyprzedzeniem.

Sędzię powołuje do kontroli prezes sądu okręgowego. Istnieje w tym względzie dość powszechna praktyka powierzania obowiązku kontroli stale tym samym sędziom. Prezesi zapewne kierują się zapisem rozporządzenia w sprawie kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, że kontrolę sprawuje sędzia obeznany z problematyką ochrony zdrowia psychicznego (§ 1 r.k.p.p.o.). Z wielu sprawozdań jasno wynika, że sędzia kontroluje zakład po raz kolejny w kolejnym roku, np. jedna z sędziów kontrolujących w okręgu Sądu Okręgowego w Olsztynie napisała, że dom pomocy społecznej kontroluje od 14 lat. Często obowiązki kontrolne powierzane są jednemu lub dwóm sędziom w okręgu, np.:

- w okręgu Sądu Okręgowego w Płocku na 15 kontroli 5 przeprowadziła jedna sędzia i 4 – druga;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Białymstoku na 7 kontroli 3 przeprowadziła jedna sędzia i 4 – druga;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu na 8 kontroli 3 przeprowadziła jedna sędzia i 4 – drugi sędzia;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Krośnie wszystkie kontrole (6) przeprowadziła jedna sędzia;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Częstochowie wszystkie kontrole (11) przeprowadziła jedna sędzia, która w sprawozdaniach umieściła wzmiankę, że przeprowadzała kontrole również w poprzednim okresie;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Zamościu na 14 kontroli 13 przeprowadziła jedna sędzia;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Świdnicy na 11 kontroli 8 przeprowadził jeden sędzia, 3 – inny;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Tarnowie na 13 kontroli 7 przeprowadził jeden sędzia, 3 – inny, z pozostałych jeden – 2 kontrole i jeden – 1;
- w okręgu Sądu Okręgowego w Kaliszu na 13 kontroli 6 przeprowadziła jedna sędzia i 7 – drugi sędzia.

W pozostałych okręgach w kontrole zaangażowanych było po kilku sędziów rejonowych.

Zastrzeżenia do tego systemu kontroli są następujące.

Sędzia kontrolujący wiele szpitali psychiatrycznych i domów pomocy społecznej w ciągu roku (z reguły w krótkim okresie) dokonuje kontroli w sposób rutynowy. Widać to po sprawozdaniach, w których przeklejane są często całe fragmenty opisu. Sędzia taki traci wrażliwość na możliwe w zakładach leczenia psychiatrycznego naruszenia prawa, a nawet na ludzką krzywdę, jaka spotyka pacjentów.

Dodatkowo sędzia nawiązuje kontakt osobisty z dyrektorem zakładu, co z reguły nie sprzyja wnikliwej kontroli, a raczej skłania do bagatelizowania niedociągnięć, a nawet naruszeń prawa. Sędziowie zwracają uwagę na warunki bytowe w zakładach, imprezy organizowane dla pensjonariuszy domów pomocy społecznej, kontakty z rodzinami, dostępność posług religijnych, zaś w zakresie przestrzegania praw człowieka często badają tylko dokumentację, przywiązując wagę do jej braków, a mniej zastanawiając się, co może kryć się za istniejącymi brakami w papierach (przykłady zostaną przytoczone w dalszej części opracowania).

Jakość składanych przez sędziów sprawozdań jest różna. Nie są one uschematyzowane w sensie wzorca, któremu powinny odpowiadać. Sędziowie z reguły opisują wszystkie punkty, jakie są wyliczone w rozporządzeniu w sprawie kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w szpitalach psychiatrycznych i domach pomocy społecznej, ale czynią to z różnym stopniem szczegółowości (od jednej strony do kilkunastu). Niektóre sprawozdania wyglądają na absolutnie nierzetelne w tym sensie, że nie dostarczają żadnej wiedzy o badanej instytucji.

W całym badanym materiale jest jeden przypadek nieprzyjęcia sprawozdania przez Departament Wykonania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości. Sprawozdanie dotyczyło osób internowanych w szpitalu psychiatrycznym. Sprawozdanie z dorocznej kontroli Samodzielnego Publicznego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych w Międzyrzeczu nie wspomina nic o stosowaniu przymusu, jest całkowicie opisowe, liczy trzy i pół strony.

Wiele złożonych sprawozdań nie ma nawet parafy prezesa, jej obecność świadczyłaby, że z pewnością poddane zostały analizie. Można zatem mieć wątpliwości, czy taka szczegółowa analiza miała miejsce w każdym przypadku. W badanym materiale znalazł się jeden przypadek złożenia sprawozdania z dorocznej kontroli domu pomocy społecznej, a następnie kontroli dodatkowej w związku z sytuacją nadzwyczajną.

Sytuacja taka miała miejsce w Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci i Młodzieży w Grabiu (okręg Sądu Okręgowego we Włocławku). W tym domu w marcu 2011 r. przeprowadzona została kontrola przez pracowników Biura Rzecznika Praw Dziecka. Kierownictwo domu prowadzonego przez Zgromadzenie Zakonne Sióstr św. Elżbiety udzieliło odpowiedzi na ustalenia kontroli. W wyjaśnieniu tym napisano m.in. „Dom Pomocy Społecznej nie stosuje środków przymusu bezpośredniego, zgodnie z zaleceniem lekarza psychiatry stosuje się incydentalnie zabezpieczenie terapeutyczne. Zjawisko jest monitorowane i stosuje się wszelkie możliwe środki ograniczenia agresji, stosując się w tym zakresie do zaleceń lekarskich”.

Nie wiemy, co oznacza termin „zabezpieczenie terapeutyczne”, można się tylko domyślać, że nie jest to nic przyjemnego dla pensjonariuszy (dzieci agresywnych). Zapewne to eufemizm zastępujący pojęcie „przymus bezpośredni”. Prezes Sądu Okręgowego we Włocławku zarządził dodatkową kontrolę Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci i Młodzieży w Grabiu, która miała miejsce w 8.06.2011 r. W toku kontroli ustalono, że w ostatnim roku stosowano przymus bezpośredni wobec trojga pensjonariuszy (dzieci). Nie wynika z protokołu, jaka forma przymusu była stosowana.

Ta sama sędzia przeprowadziła w listopadzie 2011 r. zwykłą doroczną kontrolę placówki. Z protokołu wynika, że w 2011 r. nie stwierdzono przypadków stosowania przymusu bezpośredniego. Sprawozdanie z dorocznej kontroli liczy półtorej strony maszynopisu.

4.2. Stosowanie przymusu bezpośredniego w szpitalach psychiatrycznych

Z badań wynika, że w niemal wszystkich szpitalach psychiatrycznych stosowany jest przymus bezpośredni, chociaż z różnym natężeniem. Z badanych sprawozdań

wynika, że nie stosowano przymusu w Oddziale Odwykowym Zakładu Opieki Zdrowotnej w Dębicy. Materiał badawczy zawierał 201 sprawozdań z sędziowskich kontroli szpitali (oddziałów szpitalnych) psychiatrycznych.

We wszystkich oddziałach stosowano przymus bezpośredni wobec pacjentów, także pacjentów małoletnich. Nie czyniono rozróżnienia na pacjentów leczonych za zgodą i bez zgody (za zgodą sądu opiekuńczego).

Regułą jest stosowanie przymusu w postaci unieruchomienia pasami (różnego rodzaju), często na sali ogólnej, nawet bez parawanu. Takie stosowanie przymusu miało miejsce np. w Dolnośląskim Centrum Zdrowia Psychicznego we Wrocławiu. W sprawozdaniu podano, że w 2011 r. Centrum przyjęło łącznie 1982 pacjentów, przymus zastosowano 883 razy wobec 409 pacjentów, elektrowstrząsy wobec 20 pacjentów (w dawkach od 1 do 20 zabiegów), w dwóch przypadkach bez zgody pacjenta, ale za zgodą sądu. Unieruchomienie pasami stosowano na ogólnych kilkunastoosobowych salach w obecności innych pacjentów.

W Wielospecjalistycznym Szpitalu w Miliczu – Oddział Psychiatryczny, przyjęto w ciągu roku 1908 pacjentów, w tym 200 małoletnich. Przymus zastosowano wobec 111 pacjentów, w tym wobec 27 małoletnich (zawsze pasy bezpieczeństwa).

W Oddziale Psychosomatycznym 114 Szpitala Wojskowego z Przychodnią w Przemysłu przymus bezpośredni stosowano wobec 16 osób (przyjęto w ciągu roku 307 pacjentów). Wśród tych pacjentów był pacjent, którego 12.04.2010 r. przyjęto bez jego zgody i od razu zastosowano wobec niego przymus bezpośredni w postaci pasów na kończyny górne i dolne z powodu agresji i pobudzenia oraz izolację w sali obserwacyjnej. Unieruchomienie trwało 16 godzin i 45 minut. Następnie przeniesiono pacjenta 13.04.2010 r. na neurologię. Zmarł 18.04.2010 r.

Na oddziale Psychiatrycznym Ogólnym Wojewódzkiego Podkarpackiego Szpitala Psychiatrycznego w Żurawicy (okręg Sądu Okręgowego w Przemysłu) wobec jednego pacjenta przebywającego w szpitalu w okresie od 11.07.2011 r. do 21.07.2011 r. stosowano przymus w postaci unieruchomienia pasami 10 razy i izolację 3 razy; czas trwania unieruchomienia po 24 godziny. Oznacza to, że pacjent przez cały czas przebywania w szpitalu był unieruchomiony.

Na oddziale Psychiatrycznym Ogólnym Wojewódzkiego Szpitala Psychiatrycznego w Żurawicy stosowano wobec pacjenta przymus bezpośredni „w postaci szelek i zabezpieczenia pełnego z powodu tendencji samobójczych, braku współpracy i negatywizmu” – sędzia nie miał zastrzeżeń. Na tym oddziale przymus bezpośredni wobec innego pacjenta stosowano w postaci izolacji na sali obserwacyjnej i zabezpieczenia pełnego z powodu stanu po próbie samobójczej, tendencji do ucieczki – sędzia go nie zakwestionował.

W Szpitalu Psychiatrycznym w Węgorzewie (okręg Sądu Okręgowego w Olsztynie) stosowano przymus bezpośredni w postaci unieruchomienia pasami z uzasadnieniem „pobudzenie psychoruchowe”. Sędzia pouczyła, że należy stosować terminologię ustawy.

Sędzia kontrolująca Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Oddział Psychiatryczny i Pododdział Leczenia Alkoholowych Zespołów Abstynencyjnych w Płocku miała zastrzeżenia co do stosowania przymusu. Zastrzeżenia dotyczyły prowadzenia dokumentacji, w której były istotne braki. Sędzia słusznie uznała, że nieudokumentowane

czynności nie były wykonywane (czasowe uwolnienie z więzów, obserwacja w czasie unieruchomienia, wpisanie czasu trwania przymusu). Stwierdziła także, że podstawy inne niż wymienione w ustawie (majaczenie, brak rzeczowego kontaktu słownego, pobudzenie) nie mogą stanowić przyczyny unieruchomienia.

Sędzia kontrolująca Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zakład Opiekuńczo-Leczniczy Psychiatryczny w Tarnobrzegu stwierdziła, że wobec jednej z pacjentek stosowano 20 razy przymus bezpośredni w okresie od 20.06.2010 r. do 18.11.2010 r. Komentarz – dokumentacja prowadzona prawidłowo.

W sprawozdaniu z kontroli w Oddziale Psychiatrycznym Szpitala Powiatowego w Leżajsku znajduje się informacja, że w Oddziale Leczenia Alkoholowych Zespołów Abstynencyjnych unieruchomienie na czas przekraczający 24 godziny w 2011 r. stosowano wobec 36 osób, a w okresie od stycznia 2012 do dnia kontroli (20.03.2012 r.) wobec kolejnych 36 osób.

W sprawozdaniu z kontroli w Oddziale VB Szpitala Specjalistycznego im. J. Babińskiego w Krakowie jest informacja o stosowaniu przymusu bezpośredniego (pasów) 13 razy wobec pacjentki przebywającej od 26.03.2011 r. do 8.04.2011 r. Oznacza to, że pacjentka była krępowana codziennie. Przyczyna – „z powodu rzucania przedmiotami, szczególnie kubkami”. Sędzia kontrolujący Szpital Specjalistyczny im. Dr. Józefa Babińskiego w Krakowie Oddział VIa podaje w sprawozdaniu informację o „niewystarczającym wyszkoleniu Rzecznika Praw Pacjenta, który podaje pacjentom informacje, że mogą odmówić przyjmowania leków, negocjować leczenie, więc mogą się nie leczyć – szczególnie jednemu z pacjentów, przebywającemu na podstawie art. 23.1 ustawy, będącemu w trakcie procedury o ubezwłasnowolnienie, Rzecznik miał mu powiedzieć, że nie musi brać leków, a także podaje pacjentom informacje o ich prawach w nieostrożnym momencie – gdy pacjent, ze względu na stan zdrowia, nie może z niej zrobić użytku dla zabezpieczenia swoich praw”.

Na Oddziale IA Szpitala Specjalistycznego im. J. Babińskiego w Krakowie stosowano przymus w postaci unieruchomienia wobec jednej pacjentki 213 razy z wyjaśnieniem, że „zdaniem ordynator pacjentka M.K. rozwiązana zagrażała swojemu życiu przy jedzeniu np. wkładała sobie do ust całego kartofla i mogła się nim zadławić, także rozbierała się do naga, wyrывała zastrzyki, pampersy, i zabierała rzeczy pacjentkom”.

Sprawozdanie z kontroli Oddziału VD Szpitala Specjalistycznego im. Dr. J. Babińskiego w Krakowie zawiera informację, że przymus w postaci unieruchomienia (pasy ochronne) trwał wobec kilku pacjentów odpowiednio: 12 godzin bez uwolnienia, 11 godzin i 45 minut bez uwolnienia, 16 godzin i 45 minut bez uwolnienia, 18 godzin i 45 minut bez uwolnienia.

Sprawozdanie z kontroli w I Oddziale Psychiatrycznym Powiatowego Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Grójcu zawiera informację, że „w sześciu przypadkach czas trwania przymusu wynosił ponad 20 godzin, co związane było z koniecznością unieruchomienia pacjentek, które próbowały wyrwać sobie sondy pokarmowe, którymi były karmione”. W sprawozdaniu nie wyczuwa się potępienia dla takiej praktyki.

Prawdziwy horror wyziera ze sprawozdania z kontroli przestrzegania praw osób z zaburzeniami psychicznymi przebywających w Zakładzie Opiekuńczo-Lecznicznym w Rajsku. „Podczas wizytacji placówki uzyskano informację, że niektórzy

z mieszkańców znając swoje zachowanie i spodziewając się nasilenia agresji, sami zgłaszają się do personelu zakładu i proszą o pasowanie w celu uniknięcia niepożądanych reakcji”. Przymus wobec pacjentów był tam stosowany ciągle nawet ponad 120 godzin.

W Oddziale Psychiatrycznym Szpitala w Grajewie (okręg Sądu Okręgowego w Łomży) według sprawozdania stosowano wielogodzinne unieruchomienie wobec kilkunastu pacjentów. Wobec jednego pacjenta przymus stosowano łącznie przez 154 godziny. Ze sprawozdania o nim wynika, że „był agresywny, wypowiadał treści urojeniowe, odgrażał się personelowi, mówił, że widzi szatana”. Komentarz sędziego w sprawozdaniu brzmi: „zebrany materiał wskazuje, że długotrwałe stosowanie przymusu wobec ww. osób było w pełni uzasadnione”.

Komentarz sędziego umieszczony w sprawozdaniu z kontroli Kliniki Psychiatrycznej Państwowego Szpitala Klinicznego nr 1 Akademii Medycznej w Lublinie za okres od 1.01.2011 r. do 31.12.2011 r. stanowi, że „zgodnie z art. 18 u.o.-z.p. przymus bezpośredni może być użyty w określonych okolicznościach wobec każdego zaburzonego psychicznie. W Klinice Psychiatrii nie stwierdzono, aby zastosowanie przymusu bezpośredniego miało miejsce poza sytuacjami nagłymi, w obliczu bezpośredniego zagrożenia zdrowia lub życia własnego, osoby z zaburzeniami psychicznymi bądź innych osób albo wobec destrukcyjnych zachowań tej osoby. (...) Należy podkreślić, że stosowanie przymusu bezpośredniego nie podlega automatycznej kontroli sądowej, a jedynie kontrola stosowania jest ograniczona do zewnętrznego nadzoru administracyjnego nad działalnością lekarzy ZOZ lub innych lekarzy”.

Sędziowie z reguły ograniczają swą rolę do kontroli formalnej (dokumentacji). Za typową uwagę w sprawozdaniu uważam stwierdzenie sędziego zamieszczone w sprawozdaniu z kontroli Subrejonowego Ośrodka Leczenia Psychiatrycznego w Bielsku-Białej, w którym zauważa, że „w 2011 r. zachodziła potrzeba zastosowania wobec 111 pacjentów środków przymusu bezpośredniego w postaci unieruchomienia i izolacji. Ogółem zastosowano 212 takich środków. Stosowanie tych środków odnotowane zostało w dokumentacji pacjentów”.

W sprawozdaniu z lustracji przeprowadzonej w Oddziale XXIII Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie Chorych im. St. Kryzana w Starogardzie Gdańskim (okręg Sądu Okręgowego w Gdańsku) zawarte jest stwierdzenie, że „w dniu 13 grudnia 2010 r. dyrektor Szpitala zawiadomił Prokuraturę Rejonową w Starogardzie Gdańskim o możliwości popełnienia przestępstwa w postaci:

- przemocy psychicznej i fizycznej dokonywanej przez personel zatrudniony w oddziale psychiatrii sądowej dla nieletnich w formie zastraszania, grożenia, poniżania, szantażu, popychania, szarpania, kopania,
- narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu przez nienależyte zapewnienie opieki nad pacjentami przez personel oddziału,
- łamania praw pacjentów oddziału, w tym prawa do godnego i zgodnego z etyką lekarską i pielęgniarską traktowania”.

Zawiadomienie to było poprzedzone buntem pacjentów wobec próby zastosowania środka przymusu bezpośredniego wobec jednego z nich.

W sprawozdaniu z kontroli Niepublicznego Specjalistycznego Zakładu Opieki Zdrowotnej – Ośrodek Leczenia Nerwicy Mawiko (sp. z o.o.) w Chojnicach (okręg Sądu Okręgowego w Słupsku) znajduje się następujący fragment: „Istnieją wątpliwości co do formalnej legalności pobytu w Zakładzie całkowicie ubezwłasnowolnionej pacjentki Renaty G. bez zgody sądu opiekuńczego (...). Należy jednak zastrzec, że pobyty te były konieczne ze względu na ujawnione zaburzenia stanu zdrowia psychicznego i nie doszło do naruszenia praw osób z zaburzeniami psychicznymi”.

W sprawozdaniu z kontroli Oddziału Psychiatrycznego w Samodzielnym Publicznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Działdowie (okręg Sądu Okręgowego w Elblągu) sędzia stwierdza, że „Ordynator mówi, że jednorazowe, krótkotrwałe przytrzymania nie są odnotowywane”. Bez komentarza.

Ze sprawozdania z kontroli w Samodzielnym Publicznym Specjalistycznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej „Zdroje” w Szczecinie – Oddziały Psychiatryczne wynika, że w badanym roku przyjęto 3849 osób, przymus bezpośredni stosowano 1257 razy, w tym 1145 razy w izbie przyjęć.

W sprawozdaniu z kontroli Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 1 w Szczecinie – Klinika Psychiatryczna znajduje się informacja, że w okresie kontrolowanym 8 pacjentów dokonało 27 samookaleczeń, 8 pacjentów uciekło, 4 pacjentów dokonało 5 prób samobójczych.

W Oddziale Psychiatrycznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Poznaniu zastosowano przymus bezpośredni wobec jednej z pacjentek „pasy kończyn górnych albowiem wyginała się prowokując upadek”.

Z fragmentu sprawozdania z kontroli Oddziału Psychiatrycznego Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpitala Miejskiego w Nowej Rudzie (okręg Sądu Okręgowego w Gliwicach) wynika, że „w roku 2011 użyto 176 razy pasów bezpieczeństwa wobec 90 pacjentów. Przyczyną ich zastosowania było zagrożenie życia w/w, innych pacjentów oraz personelu. Przymus bezpośredni stosowany jest zasadnie. Ordynator wykazuje szczególną dbałość w zakresie prowadzenia dokumentacji dotyczącej stosowania przymusu bezpośredniego”.

W sprawozdaniu z kontroli Szpitala dla Nerwowo i Psychiczenie Chorych w Rybniku (okręg Sądu Okręgowego w Gliwicach) czytamy, że „informacja o zastosowaniu ww. środków odnotowywana jest w tzw. karcie przymusu i raporcie pielęgniarstwie, stanowiących część dokumentacji medycznej. Najczęściej stosowanym środkiem przymusu bezpośredniego jak wynika z kontrolowanej dokumentacji jest unieruchomienie pacjenta w tzw. «pasach bezpieczeństwa». Zastosowanie tego środka w przeważającej ilości przypadków dotyczy przywiezienia pacjenta do szpitala i pierwszych jego godzin pobytu w szpitalu, przed zastosowaniem leków”. Innych informacji o przymusie w sprawozdaniu nie ma.

Sprawozdanie z wizytacji Oddziału Psychiatrycznego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego nr 4 w Bytomiu (okręg Sądu Okręgowego w Katowicach) liczy sobie półtorej strony. O przymusie bezpośrednim znajduje się w nim stwierdzenie, że „przymus bezpośredni stosowano u 18 pacjentów”.

Na podstawie analizy sprawozdań wydaje się, że prezesi sądów okręgowych ich nie czytają. Gdyby czytali, wnioski z tego raportu musiałyby być jeszcze bardziej bolesne dla sądów.

4.3. Stosowanie przymusu bezpośredniego w domach opieki społecznej przeznaczonych dla osób chorych psychicznie i upośledzonych umysłowo

Przymus bezpośredni nie jest stosowany we wszystkich domach pomocy społecznej. Wiele jest takich, w których od długiego czasu przymusu się nie stosuje. W niektórych sprawozdaniach sędziów z kontroli nie ma wzmianki o stosowaniu przymusu bezpośredniego. Należy mniemać, że i tam nie jest on stosowany. Są domy pomocy społecznej, w których dozwolony ustawą przymus bezpośredni stosowany jest w sposób bardzo wyważony. Trudno wówczas czynić zarzut, że dom pomocy społecznej stosuje dopuszczalny prawem przymus wobec pensjonariuszy. Warto natomiast rozważyć, czy rzeczywiście w domach pomocy społecznej stosowanie przymusu bezpośredniego powinno być dopuszczalne.

Są jednak takie domy pomocy społecznej, w których stosowanie przymusu bezpośredniego przybiera formy budzące zaniepokojenie, a może nawet oburzenie.

Na potrzeby niniejszego opracowania zbadalam 496 sprawozdań z sędziowskiej kontroli domów pomocy społecznej, w których przebywają osoby chore psychicznie lub upośledzone umysłowo.

Domy pomocy społecznej zostaną omówione w podziale na trzy wskazane kategorie.

1. Domy pomocy społecznej, w których nie stosuje się żadnej formy przymusu bezpośredniego. W badanej próbie jest takich 331, przy czym zaliczyłam do tej kategorii również te domy, w odniesieniu do których w sprawozdaniach nie pojawia się informacja o stosowaniu środków przymusu wobec pensjonariuszy. Niektóre sprawozdania wspominają, że w domach tych był w przeszłości stosowany przymus, którego od pewnego momentu poniechano. Zawierają też informacje, czy dom ma środki (np. pasy unieruchamiające lub kaftan bezpieczeństwa) służące do stosowania przymusu.
2. Domy pomocy społecznej, w których stosuje się wprawdzie przymus bezpośredni w postaci przytrzymania celem przymusowego podania leków lub nawet unieruchomienia lub izolacji, lecz jest on stosowany rozważnie, rzadko, w sytuacji nieprzewidzianej. W badanej grupie jest 136 takich domów pomocy społecznej.
3. Domy pomocy społecznej, w których przymus bezpośredni stosowany wobec pensjonariuszy przyjmuje nieakceptowany społecznie wymiar. Takich domów w badanej próbie jest 29.

Nawet w tych domach pomocy społecznej, w których przymusu – jak się wydaje – nie nadużywa się, pojawiają się dziwne stwierdzenia w sprawozdaniach.

W sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Wielkich Oczach (okręg Sądu Okręgowego w Przemyśle), prowadzonym przez zakonnicę, czytamy, że przymus bezpośredni stosowany jest wobec jednego wychowanka. Lekarz prowadzący zezwolił na stałe stosowanie przymusu, ale nie jest on stałe stosowany. Nie widać ze sprawozdania, by sędzia uważał to za naganne.

Omówienie trzeciej grupy domów pomocy społecznej, w których przymus bezpośredni stosowany wobec pensjonariuszy przyjmuje nieakceptowany społecznie

wymiar, wymaga przytoczenia fragmentów sprawozdań z przeprowadzonych w nich kontroli.

W sprawozdaniu z kontroli domu pomocy społecznej w Goślicach (okręg Sądu Okręgowego w Płocku) sędzia pisze, że „podczas sprawdzania pokoi mieszkalnych dzieci leżących niepokój wzbudził widok jednego z dzieci, którego tułów był przywiązany jakąś dzianiną do poręczy łóżka. Kierownik działu podała, że konieczność częściowego unieruchomienia tego dziecka wynika z jego napadów takiego przemieszczania się, które stwarza ryzyko wypadnięcia z łóżka. Nawiązanie słownego kontaktu z tym dzieckiem nie było możliwe – z powodu stopnia jego upośledzenia, ale podczas kontroli dziecko to leżało spokojnie. Należy stwierdzić, że praktyka jakiegokolwiek przywiązywania mieszkańca do łóżka, krępowania jego ruchów w sytuacji braku agresji uzasadniającej ewentualne stosowanie przymusu bezpośredniego, jest nieprawidłowa, stanowi ukrytą formę faktycznego stosowania przymusu bezpośredniego i winna być wyeliminowana”.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej dla Przewlekłe Chorych w Piskarzowicach-Mołyniach (okręg Sądu Okręgowego w Rzeszowie) jest informacja o stosowaniu przymusu 68 razy wobec 11 pensjonariuszy w ciągu roku.

Ze sprawozdania z kontroli Domu Pomocy Społecznej im. Św. Ojca Pio w Dębicy (okręg Sądu Okręgowego w Rzeszowie) wynika, że w ciągu roku przymus stosowano 104 razy (w domu przebywa 213 mieszkańców), a wobec 3 pensjonariuszy jest stosowany przymus stały. Brak bliższego opisu, co miałoby to znaczyć. Jest za to stwierdzenie, że dokumentacja prowadzona jest prawidłowo, a zasadność przymusu bezpośredniego nie budzi zastrzeżeń.

W Domu Pomocy Społecznej dla Dorosłych Niepełnosprawnych Intelakualnie im. Józefy Jaklińskiej w Rzeszowie przymus stosowano, wprowadzie z umiarem ilościowym (3 razy), a powodem zastosowania przymusu „był zwykle napad agresji fizycznej w stosunku do współmieszkańców, personelu, trzaskanie drzwiami” (!).

W Domu Pomocy Społecznej dla mężczyzn w Iwoniczu (okręg Sądu Okręgowego w Krośnie), prowadzonym przez konwent bonifratrów, przymus stosowano wobec 37 (na 104) pensjonariuszy, wobec niektórych wielokrotnie. Sędzia pisze, że „odnotowano również przypadki permanentnego stosowania unieruchomienia wobec pensjonariuszy, którzy mają problem z zachowaniem równowagi”.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Bobolicach (okręg Sądu Okręgowego w Koszalinie), prowadzonego przez siostry pallotynki, sędzia pisze, że „13 razy stosowano unieruchomienie w formie specjalnie uszytej koszuli z przedłużonymi rękawami”. W dokumentacji nie ma informacji o czasie unieruchomienia.

W Domu Pomocy Społecznej Caritas Archidiecezji Krakowskiej w Zatorze (okręg Sądu Okręgowego w Krakowie) unieruchomienie kaftanem bezpieczeństwa stosowano tylko 2 razy (50 pensjonariuszy), ale „w dniu zastosowania przymusu dyrektorzy placówki (były i obecny) sami do siebie kierowali zawiadomienia o przestępstwie”.

W Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci i Młodzieży Niepełnosprawnej Intelakualnie w Jordanowie (okręg Sądu Okręgowego w Krakowie) „wobec pensjonariuszki J.K. postanowieniem z 30.10.2008, sygn. akt III RNs 209/08, tutejszy sąd zezwolił opiekunowi prawnemu B.G. na umieszczenie ww osoby w specjalistycznym

łóżku, tylko w okresie nocnego spoczynku. W listopadzie 2011 r. lekarz psychiatra J.Ch. wydał zalecenie zgodnie z ogólnym zaleceniem wydanym na piśmie z daty 17.12.2003 r. na założenie kaftana bezpieczeństwa ww pensjonariuszce według decyzji siostry pielęgniarki w razie ostrego niepokoju i pobudzenia zagrażającego zdrowiu podopiecznej lub zdrowiu innych mieszkanek DPS”.

Sprawozdanie z kontroli Domu Pomocy Społecznej przy ul. Łanowej 43 w Krakowie zawiera opis stosowania przymusu bezpośredniego z następującymi danymi – 177 razy stosowano różnego rodzaju przymus bezpośredni (162 pensjonariuszy). „Jedna z mieszanek mówiła o stosowaniu unieruchomienia za nieposłuszeństwo”.

Prawdziwy horror opisuje sędzia w sprawozdaniu z kontroli przeprowadzonej w Domu Pomocy Społecznej w Krakowie, ul. Babińskiego 25. Oto opis: „W wizytowanym DPS nie było zabójstw, samobójstw, pobić. W domu stosuje się przymus w postaci kaftana bezpieczeństwa i pasów magnetycznych. Środki te stosowano 166 razy (w domu mieszka 88 kobiet niepełnosprawnych intelektualnie – przyp. T.G.).

Nie stwierdzono przypadku nieuzasadnionego zastosowania przymusu bezpośredniego, czy zastosowania nieprzewidzianego w ustawie środka przymusu.

W bieżącym okresie kontrolnym przymus w postaci pasów magnetycznych stosowano najczęściej – 101 razy – w stosunku do mieszkanki A.P. (...) Mieszkanka A.W. praktycznie na co dzień funkcjonowała w kaftanie od kilkunastu lat. Wymuszała ona zaspokajanie swoich potrzeb poprzez narastającą agresję do wybranych mało sprawnych współmieszkanek. Na skutek ataków agresji i autoagresji oraz skarg poszkodowanych mieszanek, stosowano przymus w postaci kaftana. Mieszkanka dłuższy czas jest w kaftanie, ponieważ uwolnienie jej nadal kończy się samookaleczeniem przez uszkodzenie małżowiny usznej. (...)

Przymus bezpośredni w postaci pasów magnetycznych stosowano 101 razy w ciągu roku u mieszkanki A.P. z powodu agresji i autoagresji. Mieszkanka często wkłada palec do oka, drapiąc go, raniąc”.

Nie ma również porządku w dokumentowaniu przymusu. Sędzia pisze, iż „stwierdzono, że w dokumentacji mieszanek wobec których przymus był stosowany załączają (tak w oryginale – przyp. T.G.) zawiadomienia dla lekarza upoważnionego przez wojewodę którego zawiadamia się o zastosowaniu przymusu. Nie ekspediowano ich z powodu – jak podano – braku adresu lekarza, na który zawiadomienia miałyby być przesłane”. Sprawozdanie zostało przyjęte przez prezesa sądu.

W sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Pcimiu (okręg Sądu Okręgowego w Krakowie), w którym przymusu bezpośredniego nie stosowano, znajduje się jednak zaskakujący fragment: „Nie było też sytuacji ani też żadnych ofert firm farmaceutycznych aby testować leki na pensjonariuszach”.

Ze sprawozdania w Domu Pomocy Społecznej w Bobrku (okręg Sądu Okręgowego w Krakowie) wynika, że wobec kilku pacjentów w ciągu roku stosowano przymus 50 razy, 40 razy, a nawet 77 razy.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej nr 6 w Lublinie sędzia podaje, że „w 2011 r. nie był stosowany środek przymusu bezpośredniego, natomiast sporadycznie pensjonariusze obłożnie chorzy mają unieruchamiane ręce, tak aby zapobiec wyrywaniu sobie cewników lub sond do karmienia albo zrywaniu opatrunków”.

W sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Bielsku-Białej (sprawozdanie ma dwie strony) o przymusie napisano: „Sprawdzono zeszyt stosowania

przymusu bezpośredniego, w którym nie stwierdzono jednak żadnych wpisów”.

W Domu Pomocy Społecznej w Łodzi dla młodzieży niepełnosprawnej intelektualnie sędzia pisze, że stosowano kaftan bezpieczeństwa w dzień, pasy unieruchamiające w nocy, a następnie, że „zastosowany środek przymusu polegał we wszystkich wypadkach na skrepowaniu rąk”.

Sędzia przeprowadzająca kontrole w domach pomocy społecznej (w Rokocinie, w Szpęgawsku, w Starogardzie Gdańskim – wszystkie w okręgu Sądu Okręgowego w Gdańsku) przekleja w każdym z nich takiej treści informację: „W zakresie przestrzegania praw pensjonariuszy oraz stosowania przymusu bezpośredniego nie stwierdziłam uchybień”.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Rożdżalach (okręg Sądu Okręgowego w Sieradzu) jest wzmianka, że „w stosunku do 4 osób personel stosuje okresowe unieruchomienie w pasach”. Komentarza nie ma.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Parchowie (okręg Sądu Okręgowego w Słupsku) znajdujemy fragment, że „gdy zachodzi konieczność stosowany jest przymus bezpośredni”. Sprawozdanie zostało przyjęte przez prezesa.

Kontrola stosowania środków przymusu w Domu Pomocy Społecznej w Przytoku (okręg Sądu Okręgowego w Słupsku) opisana została, jak następuje: „W budynku znajduje się izolatka, w którym stoi jedno łóżko wyposażone w pasy bezpieczeństwa. Konieczność użycia takich pasów zdarza się wyjątkowo rzadko. Stosowana jest przez pielęgniarki i dotyczy sytuacji, w których podopieczny swym zachowaniem sprawia zagrożenie dla siebie lub innych. Użycie pasów bezpieczeństwa jest następnie odnotowywane w odpowiednich dokumentach”.

W Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci i Młodzieży w Suwałkach, prowadzonym przez siostry franciszkanki, w 17 przypadkach zastosowanie przymusu zarządzała psycholog. Stosuje się przytrzymywanie rąk lub założenie kasku w celu zapobiegnięcia samookaleczeniom.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Wieleniu (okręg Sądu Okręgowego w Poznaniu) sędzia pisze, że „powodem jednorazowego stosowania przymusu bezpośredniego wobec drugiego z pensjonariuszy było pogorszenie się jego stanu psychicznego”. Wobec jednego z pensjonariuszy stosowano w ciągu roku unieruchomienie 9 razy, z powodu upojenia alkoholowego.

Sędzia po dokonaniu kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Raciborzu (okręg Sądu Okręgowego w Gliwicach) odnotował w sprawozdaniu, że „w okresie sprawozdawczym stosuje się regularnie środek przymusu bezpośredniego w postaci przytrzymywania wobec jednej osoby (kobiety), która ma zalecone przez lekarza psychiatrę zastrzyki i dobrowolnie nie zgadza się na stosowanie takiego leczenia. Przypadki te zostały prawidłowo odnotowane”.

W sprawozdaniu z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Wodzisławiu (okręg Sądu Okręgowego w Gliwicach) sędzia napisał, że „w 2011 r. zastosowanie przymusu bezpośredniego w formie pasów na stałe lub w razie potrzeby (także kaftan bezpieczeństwa) w celu zabezpieczenia przed urazami fizycznymi u osób ze stałą autoagresją i agresją wobec otoczenia lekarz medycyny psychiatra zlecił wobec...”. Nie ma komentarza sędziego.

Fragment sprawozdania sędziego z kontroli w Domu Polskiego Czerwonego Krzyża w Chorzowie informuje, że „w Ośrodku nie stosuje się środków przymusu

ze względu na stan zdrowia pensjonariuszy. Ze względów bezpieczeństwa (np. możliwość upadku z wózka) pensjonariusze są przypinani pasami”.

W sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci i Młodzieży „Junior” w Miłkowie (okręg Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze) sędzia napisała, że „przez zatrudnione pielęgniarki prowadzona jest dokumentacja dotycząca stosowania przymusu bezpośredniego, ale praktycznie nie jest stosowany. Lekarz psychiatra wystawił stosowne zaświadczenie dla konkretnych mieszkańców zezwalające na stosowanie wobec nich przymusu bezpośredniego i są one w aktach”. Nie ma komentarz sędziego.

Ta sama sędzia w sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Janowicach Wielkich pisze, że przymus stosowano jeden raz, „ale jest wypis ze szpitala psychiatrycznego o potrzebie stosowania wobec pensjonariusza mechanicznego zabezpieczenia z uwagi na zagrożenie jakie stwarza dla siebie i innych współmieszkańców”.

Opis ze sprawozdania z kontroli Domu Pomocy Społecznej w Czarnewasach (okręg Sądu Okręgowego w Opolu), prowadzonego przez Zgromadzenie Sióstr św. Jadwigi wskazuje, że „wobec jednej podopiecznej J.P. jednak konieczne jest jej stałe izolowanie z uwagi na agresję wobec innych mieszkanek przejawiająca się wsadzeniem palców do oczu (raz już uszkodziła jednej współmieszkance narząd wzroku), rzucaniem się do bicia, drapaniem, co w razie pozostawienia jej z innymi nie tylko uniemożliwia im spokojne funkcjonowanie, ale i zagraża zdrowiu, a nawet życiu. (...) Od dłuższego zatem czasu J.P. zamykana jest w osobnym pokoju na zasuwkę i wyprowadzana z niego na posiłki i w celu załatwienia potrzeb fizjologicznych. Niejednokrotnie konieczne jest wówczas również jej przytrzymanie. Ostatnio nie jest już wyprowadzana na dwór, bowiem nie chce wychodzić ze swojego pokoju. W pokoju w celu zapewnienia bezpieczeństwa wyciągnięto klamki okienne i wyniesiono meble poza łóżkiem i szafką z uwagi na niszczenie i zanieczyszczanie przez nią wszelkich przedmiotów. (...) Z przeprowadzonej rozmowy wynikało, że pracownicy DPS dotychczas nie zdawali sobie sprawy, iż izolacja jest środkiem przymusu bezpośredniego”.

Sprawozdanie z kontroli Rodzinnego Domu Opieki dla Ludzi Starszych w Stanisławowie (okręg Sądu Okręgowego Warszawa-Praga): „Według informacji udzielonej przez kierownika domu opieki przymus czasami jest stosowany w stosunku do pacjentów w zakresie niezbędnym np. przymusowe podanie leku bądź unieruchomienie pasami”. Dokumentacji nie prowadzi się.

W sprawozdaniu z kontroli w Domu Pomocy Społecznej w Ścinawce Dolnej (okręg Sądu Okręgowego w Świdnicy) sędzia zapisała następującą wątpliwość: „Kierownik zespołu opiekuńczo-terapeutycznego E.K. w obecności dyr. R.H. stwierdziła, że w 2011 r. – podobnie jak w poprzednich latach – nie miało miejsca zastosowanie przymusu bezpośredniego w jakiegokolwiek formie. (...) Przekonywano, że nie stosuje się przymusu bezpośredniego, gdyż nie ma takiej potrzeby, a gdyby miała miejsce – to najprawdopodobniej wezwano by policję. Dowodzono, że stosowanie przymusu przez głównie żeński personel wobec mężczyzn pensjonariuszy, może powodować jedynie eskalacje zdarzeń. Jest to nieco wątpliwe, zważywszy na profil placówki, oraz fakt, że w pozostałych domach opieki społecznej przymus bezpośredni jest stosowany i należycie udokumentowany”.

Z kolei treść sprawozdania z kontroli w Domu Pomocy Społecznej dla Dzieci w Ludwikowicach Śląskich (okręg Sądu Okręgowego w Świdnicy) budzi wątpliwość ze względu na sprzeczność zapisów. Sędzia pisze, że przymusu nie stosowano, a zarazem w zaleceniach pokontrolnych stwierdza: „1. W przypadku zastosowania przymusu bezpośredniego przez kierownika zespołu medyczno-terapeutycznego należy niezwłocznie zawiadomić lekarza, który w dokumentacji winien stwierdzić, że zapoznał się z nią w określonym dniu, a następnie należy stosować procedurę kontroli przez wyznaczonego lekarza specjalistę”.

Niestety, ze sprawozdań z kontroli sędziowskiej dość często wynika niepełna świadomość sędziów, co w zakresie przymusu jest dozwolone, a co nie. Podobnie, a nawet częściej, widać brak takiej świadomości po stronie osób zarządzających domami pomocy społecznej. W najdrastyczniejszych przypadkach wydaje się, że cofnęliśmy się do mroków średniowiecza, przynajmniej w zakresie traktowania ludzi z zaburzeniami psychicznymi.

5. PODSUMOWANIE

Z badania wynikają następujące konkluzje.

1. Sędziowie przeprowadzają kontrole i sporządzają sprawozdania o różnym stopniu szczegółowości. Niektóre sprawozdania liczą półtorej do dwóch stron, są bardzo ogólne, niewiele z nich wynika. Nie wydaje się, że prezesi sądów przykładają dużą wagę do tej sfery działalności sądów. Każde właściwie sprawozdanie jest przyjmowane. Jedyne zakwestionowane zostało podważone przez Ministerstwo Sprawiedliwości, nie prezesa sądu.

2. Sędziowie nie skupiają się na kontroli zakładów leczenia psychiatrycznego i domów pomocy społecznej w najważniejszej kwestii, mianowicie – przestrzegania praw człowieka w ich działalności. Zbyt często sędzia kontroluje tylko dokumentację, nie ma wątpliwości i nie wnika głębiej w działalność placówki. Nie podejmuje starań, by rzeczywiście ocenić stosunek do pacjentów lub pensjonariuszy. W jednym tylko przypadku sędzia napisała, że ma wątpliwości, czy kierujący placówką mówią jej prawdę.

3. Sędziowie kontrolujący zakłady leczenia psychiatrycznego i domy pomocy społecznej przeważnie nie wykazują, niezbędnej w tego rodzaju działalności, wrażliwości społecznej. Kontrola ma zbyt często charakter formalny, rutynowy, powierzchowny.

4. Materiał badawczy dotyczący jednego roku pokazuje, że w zbyt wielu przypadkach prawa osób leczonych psychiatrycznie lub poddanych opiece psychiatrycznej nie są przestrzegane, niekiedy drastycznie się je narusza.

5. Warto rozważyć, czy stosowanie przymusu bezpośredniego w domach pomocy społecznej powinno być dozwolone, a co najmniej czy powinno się dopuszczać stosowanie przymusu w najdrastyczniejszych formach – unieruchomienia i izolacji.

6. Warto także rozważyć, czy przymusowe zabiegi lecznicze powinny być dopuszczalne w leczeniu psychiatrycznym w tak szerokim zakresie, w jakim dopuszcza się je obecnie.

7. Powinno się monitorować sytuację w zakresie poszanowania praw osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych lub domach pomocy społecznej co najmniej przez coroczną analizę składanych przez sędziów sprawozdań i publikowanie wniosków z takiej analizy dla wszystkich sędziów. Powinno się również powierzać kontrole w zakładach leczenia psychiatrycznego i domach pomocy społecznej różnym sędziom celem uniknięcia niebezpiecznej w tej pracy rutyny i uwikłań personalnych.

8. Słuszne wydaje się również, wobec wielu instytucji kontrolujących sferę leczenia i opieki psychiatrycznej, ograniczenie zakresu kontroli sędziowskich do ochrony praw człowieka, stosowania przymusu, w tym przymusowego podawania leków i zasadności przebywania tych osób w zakładach psychiatrycznych. Inne sfery należy pozostawić innym organom. Kontrola sędziowska musiałaby być wówczas bardziej wnikliwa.

Summary

Teresa Gardocka – Efficiency of judicial control of observance of rights of persons with mental disorders, staying in nursing homes and psychiatric hospitals

The correctness and efficiency of operation of the control mechanism are of vital importance for the situation of persons locked in psychiatric hospitals or specialized nursing homes. These persons cannot complain or their complaints do not reach the appropriate addressees, or are not treated sufficiently seriously. The news that persons treated for mental diseases or put in nursing homes due to mental dysfunctions that prevent them from living on their own suffer oppression at the hands of care and medical workers was also published in the press. But no systematic studies of facts in this respect have been conducted.

It was only in June 2012, that is, at the final stage of work on this article, that we saw the publication of results of the controls conducted by the Supreme Chamber of Control in psychiatric hospitals and focusing mainly on examining the observance of patients' rights in the basic scope, concerning their freedoms.

In this study, the writer examines the reports on controls in psychiatric hospitals and in nursing homes submitted to regional courts in 2011 and by the end of 2012. The following conclusions can be drawn:

- 1. Judges conduct controls and prepare reports with different degrees of detail. Some reports are a page and a half or two pages long, very general and little results from them. Chief judges do not seem to attach much weight to this sphere of court activity. Virtually every report is accepted. The only questioned one was challenged by the Minister of Justice, not the chief judge.*
- 2. In their control of psychiatric hospitals and nursing homes judges do not focus on the most important issue, namely on observance of human rights in their activity. In too many cases the judge only controls documentation, has no doubts and does not delve deeper into the establishment's operations. They make no effort to really assess the attitude towards patients or residents. It was only in one case that the judge wrote that she had doubts if the establishment management were telling her the truth.*

3. *Judges controlling psychiatric hospital and nursing homes do not usually exhibit social sensitivity, which is necessary for activity of this kind. The controls are often too formal, standard, superficial.*
4. *The research material concerning a single year shows that in too many cases the rights of persons undergoing psychiatric treatment or in psychiatric care are not observed, sometimes drastically infringed.*
5. *It is worthwhile to consider whether use of direct coercion in nursing homes should be permitted, or at least whether there should be permission for using the most drastic forms of coercion – immobilization and isolation.*
6. *It is also worth considering whether forced treatment methods should be permitted in psychiatric hospitals to such a broad extent as they are now.*
7. *Situation should be monitored as regards respect for the rights of persons staying in psychiatric hospitals or nursing homes, at least through annual analysis of reports submitted by judges and publication of conclusions from such analyses for all judges. Various judges should be entrusted with the task of controlling psychiatric hospitals and nursing homes in order to avoid developing a routine or personal links, which are dangerous in this work.*
8. *It also seems justified, in view of the fact that many institutions control the sphere of psychiatric treatment and care, to limit the scope of judges' control only to protection of human rights, the use of coercion, including forced administration of medicines and the expediency of keeping such persons in psychiatric care establishments. Other spheres should be left to different bodies. Then judges' control would have to be more careful.*

Magdalena Budyn-Kulik*

Wybrane dogmatyczne i kryminologiczne aspekty paserstwa

1. PRZESTĘPSTWO Z ART. 291 § 1 K.K. – TZW. UMYŚLNE PASERSTWO, TYP PODSTAWOWY

1.1. Przedmiot

Rodzajowym przedmiotem ochrony w przypadku umyślnego paserstwa jest mienie. Powszechnie przyjmuje się, że szczególnym przedmiotem ochrony jest własność i posiadanie rzeczy ruchomej¹. Jednak, jak trafnie zwraca się uwagę w doktrynie, tak ujmowany szczególnie przedmiot ochrony jest zbyt wąski. Niewątpliwie z takim właśnie przedmiotem ochrony mamy do czynienia, gdy przedmiotem czynności wykonawczej jest rzecz pochodząca z przestępstwa przeciwko mieniu. Jednak gdy jest nim rzecz uzyskana w wyniku czynu zabronionego za zgodą właściciela, przedmiotem ochrony jest legalny obrót rzeczami. Zaś wówczas, gdy paserstwo polega na ukrywaniu rzeczy, które nie były (nie są) przeznaczone do obrotu, przedmiotem ochrony staje się wymiar sprawiedliwości². Wskazuje się również w literaturze, że przedmiot ochrony ma złożony charakter, ponieważ ów przedmiot czynności wykonawczej, o którym mowa w przepisie art. 291 k.k.³, może pochodzić nie tylko z przestępstwa przeciwko mieniu. W zależności zatem od przedmiotu ochrony przestępstwa wyjściowego, z którego pochodzi rzecz, pojawia się także w odniesieniu do paserstwa odpowiedni przedmiot ochrony. Wskazuje się również, że przestępstwo paserstwa godzi także w porządek prawny, zwłaszcza w zakresie pewności i legalności obrotu gospodarczego⁴.

1.2. Strona przedmiotowa

Ustawodawca wprowadził różne warianty czynności sprawczej. Paserstwo należy zatem do tzw. przestępstw wieloodmianowych⁵. Może ono polegać na nabyciu,

* Dr Magdalena Budyn-Kulik jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz adiunktem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ M. Kulik w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 600.

² M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 600; W. Świda w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 658; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2008, t. 3, s. 443.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

⁴ E. Guzik-Makaruk, E. Plywaczewski w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, t. 9, s. 254.

⁵ B. Michalski w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, t. 2, s. 1231.

udzieleniu pomocy do zbycia, przyjęciu lub udzieleniu pomocy w ukryciu przez sprawcę rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego. Do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. wystarczy zrealizowanie choćby jednej ze wskazanych form zachowania, natomiast zrealizowanie przez sprawcę więcej niż jednej z nich (np. przyjęcie do ukrycia i pomoc w zbyciu) nie powoduje multiplikacji przestępstw – sprawca nadal popełnia jedno przestępstwo. W zależności od formy zachowania przestępstwo to może zostać popełnione przez działanie (nabycie) lub zaniechanie⁶. Od formy zachowania zależy również charakter materialny (nabycie, przyjęcie rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego) lub formalny (pozostałe formy zachowania) tego przestępstwa⁷. W przypadku gdy ma ono charakter materialny, skutkiem jest objęcie przez sprawcę władztwa nad rzeczą⁸.

Jeżeli paserstwo popełnione jest przez nabycie rzeczy, może zostać popełnione tylko przez działanie. Dla bytu przestępstwa nie ma znaczenia, czy nabycie jest odpłatne, czy nie⁹. Nabycie polega na uzyskaniu przez sprawcę władztwa nad rzeczą od osoby, która nią włada bezprawnie, za jej zgodą¹⁰. Sprawca paserstwa uzyskuje w wyniku nabycia pełne władztwo nad rzeczą, czyli może wobec niej postępować jak właściciel¹¹. Nie staje się jednak właścicielem, ponieważ nabycie rzeczy nastąpiło od osoby nieuprawnionej¹².

W przypadku nabycia rzeczy przestępstwo paserstwa jest dokonane w chwili przeniesienia na sprawcę władztwa nad rzeczą¹³. Jeżeli do przekazania władztwa nie doszło, a jedynie zawarta została umowa dotycząca jego przeniesienia w przyszłości, nie dochodzi również do dokonania paserstwa, a do jego usiłowania. Znamiona tej formy sprawczej wypełnia także zachowanie sprawcy polegające na rozpoczęciu negocjacji dotyczących nabycia rzeczy¹⁴.

Dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca nabywa rzecz bezpośrednio od osoby, która uzyskała ją w wyniku czynu zabronionego, czy od innej osoby, a także czy osoba, od której sprawca nabył rzecz, wiedziała o tym, że rzecz pochodziła z przestępstwa¹⁵.

Kolejną formą czynności sprawczej wskazaną przez ustawodawcę jest pomoc do zbycia rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego. Polega ona na podjęciu jakichkolwiek działań ułatwiających zbywcy rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego jej zbycie. Nie ma tu znaczenia, czy zbywca rzeczy jest osobą, która uzyskała rzecz z czynu zabronionego¹⁶.

Pod pojęciem zbycia rzeczy należy rozumieć wszelkie działania zmierzające do odpłatnego lub nieodpłatnego wyzbycia się władztwa nad rzeczą i przeniesienia jej na inną osobę lub osoby, podjęte przez posiadacza rzeczy (pośrednictwo,

⁶ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 601–602.

⁷ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

⁸ W. Świda w: *Kodeks karny...*, s. 661; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 419–420.

⁹ O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1962, s. 42; E. Plywaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 78; K. Indeck, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 r. Analiza dogmatyczna*, Łódź 1991, s. 63.

¹⁰ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 601; E. Guzik-Makaruk, E. Plywaczewski w: *System prawa...*, s. 257.

¹¹ W. Świda w: *Kodeks karny...*, s. 659; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 444.

¹² K. Indeck, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 63; E. Plywaczewski, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 78.

¹³ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 601; B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1231.

¹⁴ W. Świda w: *Kodeks karny...*, s. 659; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 445–446.

¹⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 446.

¹⁶ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

przewiezienie rzeczy, zdobywanie informacji o potencjalnych nabywcach)¹⁷. Jak się trafnie wskazuje, chodzi tu bardziej o potoczne rozumienie tego pojęcia niż o ocenę takiego zachowania dokonywaną z cywilistycznego punktu widzenia¹⁸.

Jeżeli czynność sprawcza polega na pomocy w zbyciu, paserstwo może zostać popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie (odpowiedzialność ponosi tylko ta osoba, na której ciążył szczególny prawny obowiązek ujawnienia prawdy dotyczącej pochodzenia rzeczy)¹⁹.

Przyjęcie rzeczy polega na objęciu władztwa nad rzeczą uzyskaną w wyniku czynu zabronionego na podstawie porozumienia zawartego z posiadaczem rzeczy. Sprawca nabywa władztwo nad rzeczą w zakresie ograniczonym treścią owego porozumienia (otrzymuje rzecz na przechowanie, w użyczenie, użytkowanie), choć chyba pewnym uproszczeniem jest stwierdzenie, że zawsze ma charakter chwilowy²⁰. Przyjęcie zostaje dokonane, gdy rzecz znajdzie się we władztwie sprawcy poprzez przekazanie mu jej albo złożenie jej w miejscu, którym włada (mieszkaniu, garażu, piwnicy)²¹. Przyjęcie rzeczy może zostać dokonane zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie.

Pod pojęciem pomocy do ukrycia kryją się wszelkie czynności ułatwiające posiadaczowi rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego utrzymanie się przy tym posiadaniu poprzez uniemożliwienie lub utrudnienie odzyskania rzeczy przez uprawnionego do dysponowania nią²². Ów posiadacz rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego niekoniecznie musi być osobą, która czyn zabroniony popełniła. W tej postaci paserstwo może być popełnione zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie. Na ogólnych zasadach przez zaniechanie dopuścić się popełnienia tego przestępstwa może tylko osoba, na której ciążył szczególny prawny obowiązek ujawnienia rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego. Chociaż co do zasady ma rację B. Michalski, pisząc, że „ukrycie” ma charakter chwilowy w odróżnieniu od „ukrywania”, które ma charakter trwały²³, jednak nie można wysnuć stąd wniosku, iż zachowanie sprawcy polegające na przyjęciu rzeczy do ukrycia podlega karze na podstawie art. 291 k.k., zaś pomoc w dalszym jego ukrywaniu już nie.

Paserstwo należy do tzw. przestępstw przepołowionych²⁴. Oznacza to, że paserstwo rzeczy o wartości do 250 zł stanowi wykroczenie z art. 122 kodeksu wykroczeń²⁵ wówczas, gdy rzecz ta pochodzi z kradzieży lub przywłaszczenia²⁶. Kodeks wykroczeń zna jednak odstępstwa od tej ogólnej reguły, zarówno jeżeli chodzi o tę wartość graniczną, jak i rodzaj mienia, a także ze względu na sposób jego niezgodnego z prawem uzyskania. Jeżeli chodzi o wartość graniczną, jest ona niższa, gdy przedmiotem czynności wykonawczej jest drzewo wyrąbane w lesie.

¹⁷ K. Indeck, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 70–71; E. Szwedek, *Przestępstwo paserstwa w polskim prawie karnym*, Poznań 1970, s. 70; B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1233.

¹⁸ S. Łagodziński, Glosa do uchwały SN z 18 listopada 1998, I KZP 17/98, „Prokuratura i Prawo” 2000/2, s. 93.

¹⁹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

²⁰ Tak E. Guzik–Makaruk, E. Plywaczewski w: *System prawa...*, s. 257.

²¹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

²² M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602; także E. Plywaczewski, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 94; O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie...*, s. 49; K. Indeck, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 69.

²³ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1234.

²⁴ Por. także E. Guzik–Makaruk, E. Plywaczewski w: *System prawa...*, s. 261–262.

²⁵ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 482 ze zm.), dalej jako k.w.

²⁶ Ale już nie np. oszustwa – tak B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1226.

Wynosi wówczas 75 zł. W myśl art. 130 k.w. zawsze, niezależnie od wartości przedmiotu wartości wykonawczej, paserstwo stanowi przestępstwo, gdy dotyczy broni, amunicji, materiałów lub przyrządów wybuchowych²⁷. Kontrowersyjna jest kwestia, czy granicę 250 zł powinno się stosować do paserstwa rzeczy pochodzących z kradzieży w typie kwalifikowanym – z włamaniem (art. 279 k.k.), rozboju (art. 280 k.k.) czy rozbójniczej (art. 281 k.k.). Sytuacja jest jasna w odniesieniu do rozboju i kradzieży rozbójniczej. Paserstwo rzeczy pochodzących z tych przestępstw zawsze stanowi przestępstwo, niezależnie od wartości skradzionej rzeczy. Jest to pogląd ugruntowany zarówno w doktrynie prawa karnego, jak i orzecznictwie sądowym²⁸. Trafnie wskazuje się w literaturze, że paserstwo rzeczy pochodzącej z kradzieży z włamaniem, o wartości do 250 zł, jest wykroczeniem z art. 122 k.w.²⁹ Prezentowane było również swego czasu stanowisko, że sytuacja wygląda tak samo w przypadku rzeczy pochodzącej z rozboju. Jednak zostało ono skrytykowane³⁰.

Do znamion strony przedmiotowej należy również przedmiot czynności wykonawczej. W przypadku paserstwa jest nim rzecz uzyskana w wyniku czynu zabronionego. Pojęcie rzeczy należy rozumieć tak, jak w przypadku kradzieży³¹. Może to być zarówno rzecz ruchoma, jak i nieruchomości³². W przypadku nieruchomości z wiadomych względów niemożliwe jest popełnienie paserstwa poprzez pomoc do ukrycia rzeczy³³.

Przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa w myśl art. 293 § 1 k.k. może być również program komputerowy³⁴. Pod tym pojęciem należy rozumieć zapisany w stosownym języku programowania algorytm połączony z określonymi danymi³⁵.

Ustawodawca wymaga, by rzecz pochodziła z czynu zabronionego, a nie z przestępstwa³⁶. Nie można zatem podzielić odmiennego poglądu wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie³⁷. Dla odpowiedzialności pasera nie ma znaczenia, czy sprawca „przestępstwa bazowego” może ponieść odpowiedzialność karną, czy też z powodu wieku lub niepoczytalności nie może zostać ukarany³⁸.

Rzecz, o której mowa w art. 291 k.k., nie musi pochodzić z czynu zabronionego bezpośrednio³⁹. Przez „uzyskanie rzeczy z czynu zabronionego” należy rozumieć

²⁷ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 600–601.

²⁸ Wyrok SN z 19.09.1978 r. (III KR 136/78), OSNKW 1979/4, poz. 43; wyrok SN z 12.09.1986 r. (U 7/86), OSNKW 1986/11–12, poz. 85, z głosami T. Grzegorzcyka, NP 1988/9 i B. Kurzepy, WPP 1988/1; wyrok SN z 6.10.1986 r. (Rw 721/86), OSNKW 1987/5–6, poz. 45, z głosem B. Kurzepy, „Nowe Prawo” 1989/2–3; wyrok SN z 18.02.1998 r. (II KKN 456/97), OSNKW 1998/5–6, poz. 26, z głosem L. Czapskiego, PS 1999/6; por. także W. Radecki, *Przedmiot czynności wykonawczej jako przestępstwa i wykroczenia*, „Problemy Praworządności” 1978/3, s. 43; M. Bojarski, W. Radecki, *Oceny prawne obszarów stycznych przestępstw i wykroczeń*, Wrocław 1989, s. 93; B. Michalski w: *Kodeks karny...*, t. 2, s. 1227.

²⁹ Uchwała SN z 24.09.1997 r. (I KZP 15/97), OSNKW 1997/11–12, poz. 96, z głosami aprobującymi T. Grzegorzcyka, OSP 1998/4 i K. Indeckiego, „Prokuratura i Prawo” 1998/11–12; E. Pływaczewski, *Z problematyki rozgraniczenia wykroczeń i przestępstw*, „Zagadnienia Wykroczeń” 1986/1, s. 28; E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 49; K. Indeckie, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 61.

³⁰ Por. wyrok SN z 18.10.1983 r. (IV KR 211/83), OSNKW 1984/5–6, poz. 56; także E. Pływaczewski, *Z problematyki rozgraniczenia...*, s. 29; E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 49; K. Indeckie, *Przestępstwo paserstwa...*, s. 59; B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1226–1227.

³¹ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1227.

³² E. Guzik–Makaruk, E. Pływaczewski w: *System prawa...*, s. 254; B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1225.

³³ O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie...*, s. 22.

³⁴ Nieco inaczej B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1228.

³⁵ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 927–928.

³⁶ Tak np. M. Dąbrowska–Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 421.

³⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.03.1998 r. (II AKa 1/98), Apel.–W–wa 1998/4, poz. 17.

³⁸ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1229.

³⁹ Odmiennie B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1230.

każde nabycie władztwa nad rzeczą w wyniku popełnienia czynu zabronionego, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio⁴⁰. Rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego jest również rzecz wytworzona ze skradzionych materiałów, a także rzecz, której wytwarzanie jest zabronione⁴¹. Można znaleźć w literaturze określenie, że paserstwo ma charakter wtórny⁴². Ów czyn zabroniony, z którego pochodzi przedmiot czynności wykonawczej, nie musi należeć do grupy przestępstw przeciwko mieniu – może to być np. przestępstwo płatnej protekcji, łapownictwa⁴³.

Rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego nie traci tego charakteru w wyniku jej późniejszego przetworzenia czy przerobienia, pod warunkiem oczywiście, że sprawca miał świadomość jej pochodzenia z nielegalnego źródła⁴⁴.

Wprowadzenie do obrotu w rozumieniu art. 305 ust. 1 prawa własności przemysłowej⁴⁵ w poprzednim brzmieniu zdaniem Sądu Najwyższego nie polegało na dalszym obrocie towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi i jako takie nie wypełniało znamion paserstwa⁴⁶. Stanowisko to zostało słusznie skrytykowane w literaturze przedmiotu⁴⁷. Obecnie przepis został zmieniony i obejmuje zachowanie polegające na oznaczaniu towarów podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać, w celu wprowadzenia do obrotu, lub dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami. Ustawodawca w ten sposób podzielił pogląd SN i aby objąć znamieniem „wprowadzania do obrotu” nie tylko pierwsze takie wprowadzenie towaru, ale także kolejne, zmienił przepis.

1.3. Podmiot

Paserstwo jest przestępstwem powszechnym. Ustawodawca nie wymaga, aby sprawca charakteryzował się jakimiś szczególnymi cechami. Na ogólnych zasadach nie może ponieść odpowiedzialności karnej za popełnienie tego występków nieletni, ponieważ ustawodawca nie wymienił przestępstwa z art. 291 k.k. w katalogu przestępstw wymienionych w art. 10 § 2 k.k.

Dla popełnienia paserstwa niezbędne jest swego rodzaju uczestnictwo konieczne – rzecz uzyskana z czynu zabronionego musi zostać sprawcy paserstwa przekazana przez inną osobę. Nie popełnia ona paserstwa, ale bez jej zachowania niemożliwe jest popełnienie paserstwa przez inną osobę.

Warto zwrócić uwagę na pewne kwestie związane z możliwością popełnienia tego przestępstwa w różnych formach zjawiskowych. Złożona jednorazowo sprawcy planującemu popełnienie przestępstwa przeciwko mieniu obietnica nabycia rzeczy z niego uzyskanych nie stanowi paserstwa, a pomocnictwo do przestępstwa przeciwko mieniu⁴⁸.

⁴⁰ M. Kulik, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 8/08*, „Ius Novum” 2009/1, s. 154.

⁴¹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

⁴² B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1229; E. Guzik–Makaruk, E. Pływaczewski w: *System prawa...*, s. 258.

⁴³ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1229.

⁴⁴ Wyrok SN z 7.12.1984 r. (II KR 100/84), OSNKW 1985/11–12, poz. 94.

⁴⁵ Ustawa z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.), dalej jako p.w.p.

⁴⁶ Uchwała SN z 30.06.2008 r. (I KZP 8/08), LEX nr 393997.

⁴⁷ M. Kulik, *Glosa do uchwały...*, s. 148–158; por. także M. Mozgawa, R. Skubisz, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 maja 2005 r.*, (I KZP 13/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50), „Prokuratura i Prawo” 2006/6, s. 144–152.

⁴⁸ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 947.

Sprawcą paserstwa nie może być osoba, która popełniła czyn zabroniony, z którego pochodzi rzecz. Jej ukrycie czy pomoc w zbyciu udzielona innemu współdziałającemu w popełnieniu tego czynu zabronionego winna być traktowana jako współłukarana czynność następca (korzystanie z owoców przestępstwa).

1.4. Strona podmiotowa

Paserstwo z art. 291 k.k. jest przestępstwem umyślnym. Można je popełnić w obu postaciach zamiaru – bezpośrednim i ewentualnym. Zamiar sprawcy nakierowany jest na uzyskanie władztwa nad rzeczą, jej przyjęcie, pomoc do zbycia lub ukrycia⁴⁹.

Należy zauważyć, że do znamion strony podmiotowej tego przestępstwa nie należy cel. Ustawodawca nie wymaga, aby sprawca popełnił czyn w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jak to miało miejsce na gruncie kodeksu karnego z 1969 r.⁵⁰ Warto pamiętać, że zamiar kierunkowy (w celu osiągnięcia korzyści majątkowej) stanowi znamię paserstwa z art. 118 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁵¹.

Odpowiedzialność karną za popełnienie paserstwa z art. 291 k.k. należy ograniczyć jedynie do tych przypadków, gdy sprawca miał świadomość, że rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego w rozumieniu zamiaru bezpośredniego i ewentualnego⁵².

Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że ową wiedzę sprawcy na temat pochodzenia rzeczy należy oceniać *ex ante*, a nie *ex post*. Chociaż, w odróżnieniu od przepisu art. 292 k.k., ustawodawca nie mówi wprost „na podstawie towarzyszących okoliczności”, to właśnie na tej podstawie należy oceniać zachowanie sprawcy⁵³. Utrwalony i trafny jest pogląd prezentowany zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, że wystarczy ogólna świadomość sprawcy, iż rzecz pochodzi z czynu zabronionego. Nie musi on znać żadnych szczegółów dotyczących jego popełnienia⁵⁴.

2. TYP UPRIWILEJOWANY – ART. 291 § 2 K.K.

Ustawodawca w art. 291 § 2 k.k. przewidział typ uprzywilejowany, tzw. wypadek mniejszej wagi. Jest to specyficzny rodzaj typu uprzywilejowanego. Jak się wskazuje w literaturze, zachodzi tu w istocie wielość przesłanek uprzywilejowujących⁵⁵. Bierze się tu pod uwagę elementy składające się na ocenę stopnia jego społecznej szkodliwości (art. 115 § 2 k.k.)⁵⁶. W doktrynie i orzecznictwie utrwalili się poglądy, że wypadek mniejszej wagi charakteryzuje się stopniem społecznej szkodliwości

⁴⁹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 602.

⁵⁰ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1224; E. Guzik-Makaruk, E. Pływaczewski w: *System prawa...*, s. 259.

⁵¹ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), dalej jako p.a.p.p.

⁵² B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1235.

⁵³ Wyrok SN z 17.11.1972 r. (II KR 162/72), OSNKW 1973/4, poz. 46.

⁵⁴ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1236.

⁵⁵ T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 142; por. D. Mucha, *Przestępstwo paserstwa jako wypadek mniejszej wagi*, „Ius Novum” 2009/4, s. 77–84.

⁵⁶ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 576.

zmniejszonym w stosunku do typu podstawowego⁵⁷. Dla oceny czynu jako wypadku mniejszej wagi nie mają znaczenia żadne inne okoliczności⁵⁸.

W doktrynie prawa karnego podkreśla się, że pewne postaci realizacji znamienia czasownikowego są ze swej istoty bardziej szkodliwe społecznie niż inne. Przykładowo zdaniem B. Michalskiego nabycie należy ocenić surowiej niż pomoc w ukryciu rzeczy osobie znajomej, z którą sprawcę paserstwa łączą więzi emocjonalne⁵⁹. Znaczenie ma tu również postać świadomości sprawcy o pochodzeniu rzeczy. Jeżeli sprawca wie, że rzecz pochodzi z czynu zabronionego, nie powinno się przyjmować wypadku mniejszej wagi⁶⁰. Nie można natomiast – jak się wydaje – podzielić poglądu, że przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości paserstwa należy brać pod uwagę również rodzaj przestępstwa „pierwotnego”, z którego rzecz pochodzi⁶¹. Może to być okoliczność brana pod uwagę tylko w jednym przypadku – jeżeli sprawca wie dokładnie, że rzecz pochodzi z takiego, a nie innego czynu zabronionego, np. rozboju.

3. TYPY KWALIFIKOWANE TZW. UMYŚLNEGO PASERSTWA – ART. 294 § 1 I § 2 K.K.

Ustawodawca wprowadził także typy kwalifikowane przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. Uczynił to w art. 294 § 1 i § 2 k.k. Znamieniem kwalifikującym z art. 294 § 1 k.k. jest popełnienie czynu wobec mienia znacznej wartości. W myśl art. 115 § 5 k.k. mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 zł⁶².

Natomiast w art. 294 § 2 k.k. zawarty jest typ kwalifikowany, którego znamię kwalifikujące stanowi popełnienie czynu w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury. Wykładnia tego znamienia nie jest prosta⁶³. Należy interpretować je w odniesieniu do pojęcia dobra kultury, które jest zdefiniowane w art. 1

⁵⁷ Wyrok SN z 3.12.1980 r. (V KRN 338/80), OSNPG 1981/5, poz. 50; wyrok SN z 9.10.1996 r. (V KKN 79/96), OSNKW 1997/3–4, poz. 27, z głosem aprobowującym K. Buchały, PiP 1997/9; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 8.08.1996 r. (II AKa 91/96), „Prokuratura i Prawo” 1997/5, s. 65, z głosem aprobowującym A. Wąska; wyrok SN z 4.04.1997 r. (V KKN 6/97), „Prokuratura i Prawo” 1997/10, poz. 7; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.11.2001 r. (II AKa 161/00), OSA 2001/7–8, poz. 42; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30.11.2001 r. (II AKa 260/01), OSA 2002/z. 9, poz. 70; wyrok SN z 24.04.2002 r. (II KKN 193/00), niepubl.; postanowienie SN z 13.06.2002 r. (V KKN 544/00), OSNKW 2002/9–10, poz. 73; por. także I. Andrejew, *Sporne kwestie w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1970/7, s. 5; T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów...*, s. 144; T. Hajduk, *Wypadki przestępstw mniejszej wagi (ze szczególnym uwzględnieniem kradzieży z włamaniem)*, „Prokuratura i Prawo” 2002/5, s. 54; W. Kubala, *Wypadek mniejszej wagi*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1972/3, s. 328; T. Majewski, *Przestępstwa przeciwko mieniu w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1969/8–9, s. 343; A. Marek, A. Peczeniuk w: A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, Warszawa 1985, s. 77; R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996/12, s. 128; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 457; A. Zelga, *Wypadki mniejszej wagi w kodeksie karnym*, „Palestra” 1972/1, s. 60–61.

⁵⁸ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 576.

⁵⁹ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1237–1238.

⁶⁰ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1238.

⁶¹ Por. B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1238.

⁶² E. Guzik–Makaruk, E. Pływaczewski w: *System prawa...*, s. 265–266.

⁶³ J. Kaczmarek, M. Kierszka, *Pojęcie „mienia w wielkich rozmiarach”, „zniszczenie w świecie roślinnym lub zwierzęcym w znacznych rozmiarach” oraz „dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury” w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2000/3, s. 116; por. także E. Guzik–Makaruk, E. Pływaczewski w: *System prawa...*, s. 266–268.

konwencji o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego⁶⁴ jako dobra ruchome lub nieruchome, które posiadają wielką wagę dla dziedzictwa kulturalnego narodu, np. zabytki architektury, sztuki lub historii, zarówno religijne, jak i świeckie; stanowiska archeologiczne; zespoły budowlane posiadające jako takie znaczenie historyczne lub artystyczne; dzieła sztuki, rękopisy, książki i inne przedmioty o znaczeniu artystycznym, historycznym lub archeologicznym, jak również zbiory naukowe i poważne zbiory książek, archiwaliów lub reprodukcji wyżej określonych dóbr; a także gmachy, których zasadniczym i stosowanym w praktyce przeznaczeniem jest przechowywanie lub wystawianie dóbr kulturalnych ruchomych, np. muzea, wielkie biblioteki, składnice archiwalne, jak również schrony mające na celu przechowywanie w razie konfliktu zbrojnego dóbr kulturalnych ruchomych; ośrodki obejmujące znaczną ilość dóbr kulturalnych („ośrodki zabytkowe”) – bez względu na ich pochodzenie oraz na osobę właściciela.

W literaturze podkreśla się, że dobrem o szczególnym znaczeniu dla kultury jest dobro o charakterze wyjątkowym, unikatowym, niepowtarzalnym, szczególnie wartościowym⁶⁵. Pojęcia tego nie można utożsamiać z pojęciem zabytku, o którym mowa w art. 3 pkt 1 ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami⁶⁶, chociaż pojawiają się poglądy odmienne⁶⁷. Trafnie wskazuje się, że zabytkowy charakter przedmiotu przesądza o uznaniu go za dobro kultury, choć nie zawsze za dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury. Jednocześnie za dobra kultury mogą być uznawane dobra niebędące zabytkami⁶⁸.

Za dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury mogą zostać uznane m.in. materiały archiwalne w rozumieniu ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach⁶⁹.

4. TZW. PASERSTWO NIEUMYŚLNE – ART. 292 K.K.

4.1. Typ podstawowy – art. 292 § 1 k.k.

Ustawodawca stworzył również w art. 292 § 1 k.k. typ podstawowy paserstwa nieumyślnego⁷⁰. Od występuku z art. 291 k.k. różni się stroną podmiotową. Określanie jednak przestępstwa z art. 292 k.k. mianem nieumyślnego paserstwa jest pewnym uproszczeniem. Nie chodzi tu również o tzw. winę kombinowaną⁷¹.

Strona podmiotowa charakteryzuje się tu nieumyślnością, ale nie w odniesieniu do samego znamienia czasownikowego jako takiego, ale do znamienia pochodzenia rzeczy z czynu zabronionego. Znamiona czynności wykonawczej, takie jak nabycie,

⁶⁴ Konwencja o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego wraz z regulaminem wykonawczym do tej konwencji oraz protokołem o ochronie dóbr kulturalnych w razie konfliktu zbrojnego, podpisane w Hadze 14.05.1954 r. (Dz. U. z 1957 r. Nr 46, poz. 212).

⁶⁵ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1267–1274; por. także M. Kulik, *Przestępstwo uszkodzenia rzeczy*, Lublin 2005, s. 155.

⁶⁶ Ustawa z 23.07.2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. Nr 162, poz. 1568 ze zm.).

⁶⁷ W. Radecki, *Ochrona dóbr kultury w nowym kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1998/2, s. 14.

⁶⁸ Por. Kulik, *Przestępstwo...*, s. 155–159; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 450.

⁶⁹ Ustawa z 14.07.1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 ze zm.); tak W. Radecki, *Ochrona dóbr...*, s. 14; J. Kaczmarek, M. Kierszka, *Pojęcie „mienia...*, s. 119.

⁷⁰ Analogiczny typ nieumyślnego paserstwa typizuje także art. 118 ust. 3 p.a.p.p.

⁷¹ E. Guzik-Makaruk, E. Plywachewski w: *System prawa...*, s. 273.

pomoc do zbycia, przyjęcie lub pomoc do ukrycia, są objęte umyślnością. Nieumyślność dotyczy tylko samego pochodzenia rzeczy⁷². Ustawodawca nie wymaga tu, aby sprawca zdawał sobie sprawę z tego, że rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego. Wystarczy, że na podstawie okoliczności może i powinien to przypuszczać⁷³.

Zasadnicze znaczenie przy wykładni przepisu art. 292 k.k. ma znamię towarzyszący okoliczności, na podstawie których sprawca może i powinien przypuszczać, że rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego⁷⁴. Odnosi się ono do strony podmiotowej. Ustawodawca posłużył się tu znamieniem nieostrym. Są to wszelkie okoliczności, na podstawie których istnieje obiektywna możliwość powzięcia przypuszczenia, że rzecz pochodzi z czynu zabronionego (element obiektywny), a sprawca te okoliczności znał i mógł je właściwie ocenić (element subiektywny). Tym, co odróżnia czyn zabroniony z art. 291 i art. 292 k.k. jest brak pewności sprawcy, że rzecz pochodzi z czynu zabronionego. Gdy sprawca taką pewność ma, dopuszcza się tzw. paserstwa umyślnego – z art. 291 k.k. W odniesieniu do czynu zabronionego z art. 292 k.k. wystarczy możliwość powzięcia owego przypuszczenia.

Okoliczności te powinny mieć charakter obiektywny⁷⁵, a sprawca powinien je sobie uświadamiać⁷⁶. Do tych okoliczności można zaliczyć zaoferowanie sprawcy rzeczy do kupna po cenie znacznie niższej niż rynkowa czy też prośbę o pośrednictwo w sprzedaży rzeczy po takiej cenie⁷⁷. W literaturze podkreśla się jednak, że w takim wypadku sprawca musiał mieć rozeznanie, przynajmniej orientacyjne, w rynkowych cenach rzeczy danego rodzaju⁷⁸. Warto się zatrzymać przy tej okoliczności, ponieważ relatywnie często pojawia się ona w uzasadnieniach aktów oskarżenia lub wyroków, w szczególności w odniesieniu do telefonów komórkowych, stanowiących niezwykle często przedmiot czynności wykonawczej paserstwa (por. część empiryczna). Cena, za którą sprawca nabywa telefon komórkowy, różni się oczywiście od ceny wskazanej w postępowaniu sądowym jako cena danego aparatu. Należy jednak pamiętać o tym, że zwłaszcza w odniesieniu do telefonu komórkowego określenie jego rzeczywistej ceny jest niezwykle trudne. Można oczywiście sięgnąć w tym celu do katalogów firm oferujących takie telefony. Nie oddaje to jednakże istoty rzeczy. Telefon komórkowy można oczywiście nabyć za cenę katalogową w sklepie elektronicznym (bez karty SIM). Zazwyczaj jednak telefony te kupowane są w związku z nabyciem usługi telekomunikacyjnej u wybranego operatora. Cena aparatu różni się często znacznie od ceny katalogowej danego modelu, zwłaszcza wówczas, gdy nabywca decyduje się na opłacanie abonamentu. Zależy ona od wysokości miesięcznej opłaty abonamentowej i okresu, na jaki zawierana jest umowa. Z reguły zależność jest następująca – im wyższa opłata abonamentowa, tym niższa cena tzw. promocyjna aparatu. Można więc aparat, którego cena w sklepie określona jest np. na 800 zł, kupić za 10 zł, a nawet symboliczną cenę 1 zł. Po upływie okresu,

⁷² M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

⁷³ O. Górniok w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2005, t. 2, s. 418–419.

⁷⁴ Por. także M. Mozgawa w: *System prawa...*, s. 26.

⁷⁵ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1248.

⁷⁶ B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1248–1249; D. Mucha, *Kilka uwag o paserstwie nieumyślnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002/1, s. 20.

⁷⁷ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

⁷⁸ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

na jaki zastała zawarta umowa, właściciel aparatu może zawrzeć z operatorem nową umowę, ponownie nabywając kolejny aparat po niskiej cenie. Swoją „stary” (często roczny lub najwyżej dwuletni) aparat może zbyć. Ponieważ cena jego uzyskania była niska, wręcz symboliczna, praktycznie każda cena, jaką sprzedający uzyska, stanowi jego zysk. Ludzie przyzwyczajeni są do tego, że cena telefonu komórkowego, obiektywnie drogiego, może być więc niska.

Przy okazji należy zaznaczyć, że kolejną okolicznością, która powinna wzbudzić podejrzenie osoby przyjmującej (nabywającej) rzecz, jest brak oryginalnego opakowania. Ta okoliczność podnoszona jest w uzasadnieniach również głównie w odniesieniu do telefonów komórkowych. Pamiętać trzeba, że o ile aparat telefonu komórkowego jest zazwyczaj niewielki, jego opakowanie stanowi dość duże, nieporęczne pudełko. Zasady doświadczenia życiowego wskazują, że relatywnie rzadko przechowywane są takie opakowania, co więcej, kupujący czasem proszą pracownika salonu od razu o uruchomienie aparatu i w ogóle nie zabierają opakowania ze sobą. Zdaniem sądów okolicznością, na podstawie której nabywca telefonu komórkowego powinien zorientować się, że przedmiot może pochodzić z czynu zabronionego, jest brak akcesoriów (np. ładowarki). Należy zauważyć, że brak takich akcesoriów nie musi świadczyć o nielegalności transakcji. Zazwyczaj ta sama ładowarka może być używana do uzupełniania poziomu energii nie tylko w jednym modelu aparatu telefonicznego danego producenta. Zbywca telefonu może potrzebować ładowarki do nowego telefonu, chce ją pozostawić jako zapasową itp. Z drugiej jednak strony trafnie wskazuje się w doktrynie, że czasem właśnie zbycie rzeczy bez śladów używania, w fabrycznie nowym, nienaruszonym opakowaniu, powinno wzbudzić podejrzenia nabywcy co do pochodzenia rzeczy, ponieważ może wskazywać na pochodzenie z kradzieży ze sklepu bądź hurtowni⁷⁹.

Kolejną okolicznością wskazywaną przez sądy jest brak zawarcia pisemnej umowy. Należy zauważyć, że w odniesieniu do pewnych rzeczy ruchomych przepisy prawa cywilnego nie wymagają zawarcia umowy w formie pisemnej. W obrocie tzw. codziennym sporządzanie pisemnych umów także nie należy do powszechnie stosowanego zwyczaju. Oczywiście chodzi o przedmioty niewielkie, o niezbyt dużej wartości (np. telefon komórkowy, wiertarka), ale już nie o np. samochód. W tym ostatnim przypadku zawarcie pisemnej umowy stanowi podstawę przeprowadzenia dalszych kroków niezbędnych do legalnego bycia właścicielem samochodu, takich jak rejestracja pojazdu czy jego ubezpieczenie.

Do okoliczności, które powinny wzbudzić pewną czujność nabywającego, należy także zaoferowanie, zwrócenie się o pośrednictwo w zbyciu lub złożenie rzeczy, jeżeli sprawca wiedział, że w niedawnej przeszłości miała miejsce kradzież tego rodzaju rzeczy⁸⁰.

Jak się wskazuje w literaturze, okolicznością, na podstawie której można wnioskować o pochodzeniu rzeczy, jest także jej status. Chodzi o takie właściwości rzeczy jak jej zabytkowy charakter, wiek, ślady używania⁸¹.

Prawdopodobieństwo pochodzenia rzeczy z czynu zabronionego jest wysokie, jeżeli dana rzecz jest poszukiwana przez organy ścigania, np. wizerunek lub

⁷⁹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

⁸⁰ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

⁸¹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 604.

szczegółowy opis rzeczy opublikowano w środkach masowego przekazu. Oczywiście niezbędne jest w tym przypadku udowodnienie sprawy, że zapoznał się z komunikatem organów ścigania⁸².

Trafnie podkreśla się także w doktrynie, że owe okoliczności mogą dotyczyć również osoby, od której sprawca otrzymał rzecz. Sprawca może posiadać np. wiedzę o uprzedniej karalności tej osoby, złej opinii, braku zatrudnienia i niskim prawdopodobieństwie legalnego wejścia w posiadanie oferowanej rzeczy. Jeżeli sprawca nie zna osoby zbywcy, okolicznościami mogącymi poddać w wątpliwość legalne pochodzenie rzeczy może być wygląd zbywcy, jego młody wiek⁸³.

Kolejną okolicznością, o której mowa w art. 292 k.k., jest sytuacja, miejsce, czas przekazania rzeczy⁸⁴.

Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń wskazał, że na pochodzenie rzeczy z czynu zabronionego wskazywać może również zaoferowanie ich znacznej ilości wówczas, gdy sprawcy wiadome jest, że zbywca nie prowadzi działalności w zakresie obrotu rzeczami danego rodzaju⁸⁵.

Ustalenie, że sprawca mógł i powinien przypuszczać, iż rzecz została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, jest relatywnie proste w odniesieniu do znamienia ukrycia rzeczy. Jeżeli rzecz pochodzi z legalnego źródła, zwykle nie ma powodów, aby rzecz ukrywać. Sama prośba o pomoc w ukryciu rzeczy wskazuje na wysokie prawdopodobieństwo, że pochodzenie rzeczy nie jest legalne⁸⁶.

Trafnie jednak podkreśla się w literaturze, że nabywca nie jest zobowiązany do przedsięwzięcia kroków zmierzających do ustalenia prawa zbywcy do rzeczy, jeżeli nie zachodzą jakieś szczególne okoliczności⁸⁷.

Owe okoliczności muszą istnieć przed popełnieniem czynu lub w czasie jego popełnienia⁸⁸.

Istnieje bogate orzecznictwo dotyczące owych okoliczności w odniesieniu do obrotu używanymi samochodami⁸⁹.

4.2. Typ kwalifikowany – art. 292 § 2 k.k.

Ustawodawca w art. 292 § 2 k.k. przewidział kwalifikowany typ paserstwa nieumyślnego. Znamieniem kwalifikującym jest znaczna wartość rzeczy. Należy zauważyć, że w analogicznym typie kwalifikowanym umyślnego paserstwa z art. 294 § 1 k.k. oraz w innych przepisach kodeksu karnego ustawodawca posługuje się pojęciem „mienie znacznej wartości”. Wydaje się, iż nie ma powodów, dla których należałoby wyklądać znamień „rzecz znacznej wartości” inaczej niż „mienie znacznej wartości”. W myśl art. 115 § 5 k.k. mieniem znacznej wartości jest mienie, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 zł.

⁸² M. Kulik w: *Kodeks karny*..., s. 604.

⁸³ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 346.

⁸⁴ B. Michalski w: *Kodeks karny*..., s. 1248–1249.

⁸⁵ Wyrok SN z 12.06.1984 r. (IV KR 116/84), OSNPG 1984/12, poz. 110; B. Michalski w: *Kodeks karny*..., s. 1248–1250.

⁸⁶ M. Kulik w: *Kodeks karny*..., s. 604.

⁸⁷ E. Pływaczewski, *Cywilnoprawne i karnoprawne aspekty nabycia rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego*, „Państwo i Prawo” 1988/5, s. 71–72.

⁸⁸ B. Michalski w: *Kodeks karny*..., s. 1249.

⁸⁹ Por. orzecznictwo powołane w B. Michalski w: *Kodeks karny*..., s. 1249.

4.3. Paserstwo programu komputerowego – art. 293 § 1 w zw. z art. 291 i art. 292 k.k.

Przepis art. 293 § 1 k.k. rozciąga pojęcie paserstwa na popełnienie czynu opisanego w przepisie art. 291 i art. 292 k.k. wówczas, gdy przedmiotem czynności wykonawczej jest program komputerowy. Program komputerowy nie jest rzeczą, dlatego stosowanie przepisów typizujących paserstwo wprost nie jest możliwe.

Artykuł 294 § 2 k.k. pozwala na orzeczenie przepadku rzeczy i programu komputerowego uzyskanych w drodze paserstwa, choćby nie stanowiły one własności sprawcy. Trafnie w literaturze wskazuje się na pewną niekonsekwencję ustawodawcy – art. 294 § 2 k.k. stanowi, że możliwe jest orzeczenie przepadku rzeczy określonej w art. 294 § 1 k.k., tymczasem art. 294 § 1 k.k. operuje pojęciem programu komputerowego, który nie jest rzeczą⁹⁰.

Warto również zauważyć, że w przepisie art. 294 § 1 k.k. ustawodawca posługuje się pojęciem programu komputerowego, zaś w przepisie art. 118 p.a.p.p. mowa jest o paserstwie „przedmiotu stanowiącego nośnik utworu”, polegającym na jego nabyciu, pomocy do zbycia, przyjęciu, pomocy do ukrycia. W przepisie tym przewidziane zostały dwa typy tego przestępstwa: umyślne (ust. 1) oraz nieumyślne (ust. 3). Znamieniem czynu zabronionego przez art. 118 ust. 2 p.a.p.p. jest działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Program komputerowy w rozumieniu ustawy o prawie autorskim jest zarówno nośnikiem utworu, jak i utworem (program komputerowy może stanowić byt samoistny, niezwiązany z nośnikiem, np. w sieci komputerowej, za pośrednictwem której można program nabyć, przyjąć czy udzielić pomocy do jego zbycia)⁹¹. Oczywiście, każdy przedmiot będący nośnikiem utworu siłą rzeczy „zawiera w sobie” utwór (zapisany w jakiejś postaci), jednakże może być tak, iż program komputerowy może wystąpić w oderwaniu od nośnika – w postaci cyfrowej, w której paser może przyjąć lub nabyć program za pośrednictwem sieci komputerowej⁹².

5. WYMIAR KARY

Wszystkie typy przestępstwa paserstwa są występkami. Najniższą karą zagrożone jest przestępstwo z art. 291 § 2 k.k. – karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do 1 roku. Niewiele surowszą karę ustawodawca przewidział w art. 292 § 1 k.k. – przestępstwo stypizowane w tym przepisie zagrożone jest karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Typ kwalifikowany tego przestępstwa (art. 292 § 2 k.k.) zagrożony jest wyłącznie karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Taką samą karą zagrożone jest paserstwo z art. 291 § 1 k.k. Najsurowsza kara została przewidziana za popełnienie przestępstwa z art. 294 § 1 k.k. – kara pozbawienia wolności od 1 roku do lat 10.

W orzecznictwie wskazuje się, że przy wymiarze kary za przestępstwo paserstwa należy brać pod uwagę m.in. wartość przedmiotu paserstwa, rodzaj i jakość przestępstwa, z którego pochodzi rzecz⁹³.

⁹⁰ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 605.

⁹¹ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 605.

⁹² M. Mozgawa w: *System prawa...*, s. 23.

⁹³ Wyrok SN z 24.10.1967 r. (II KR 104/67), OSNKW 1968/9, poz. 108.

Ustawodawca przewidział w stosunku do sprawcy przestępstwa z art. 291 i art. 292 k.k. możliwość pewnych modyfikacji przy wymiarze kary. Wynikają one z przepisu art. 295 § 1 i § 2 k.k. Wobec sprawcy, który dobrowolnie naprawił szkodę w całości albo zwrócił pojazd lub rzecz mającą szczególne znaczenie dla kultury w stanie nieuszkodzonym, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Natomiast wobec sprawcy, który dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary. Przesłanką zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary jest tu dobrowolne naprawienie szkody lub zwrot rzeczy stanowiącej dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury w stanie nieuszkodzonym.

Na podstawie art. 293 § 2 k.k. sąd może orzec przepadek rzeczy będącej przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa, choćby nie stanowiła ona własności sprawcy.

Ze względu na wysokość grożącej kary wobec sprawcy przestępstwa z art. 291 i art. 292 k.k. (ale nie z art. 294 k.k.) może znaleźć zastosowanie modyfikacja z art. 58 § 3 k.k. Sąd może orzec zamiast kary pozbawienia wolności grzywnę albo karę ograniczenia wolności do lat 2, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny; karę ograniczenia wolności wymierza się w miesiącach i latach. Z kolei wobec sprawcy przestępstwa z art. 291 § 2 i art. 292 § 1 k.k. może znaleźć zastosowanie przepis art. 59 § 1 k.k. Warunkiem jest, aby społeczna szkodliwość czynu nie była znaczna. Sąd może wówczas odstąpić od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, a cele kary zostaną przez ten środek spełnione.

W stosunku do sprawcy przestępstwa z art. 291 § 2 i art. 292 § 1 k.k. sąd może warunkowo umorzyć postępowanie, wyjątkowo może to uczynić także wobec sprawcy przestępstwa z art. 292 § 1 i art. 292 § 2 k.k., jeżeli sprawca pojechał się z pokrzywdzonym.

Jeżeli sąd orzeka karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą lat 2, na ogólnych zasadach może orzec warunkowe zawieszenie jej wykonania. Również na ogólnych zasadach może wymierzyć karę grzywny lub ograniczenia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania.

6. ZBIEG PRZEPISÓW USTAWY I ZBIEG PRZESTĘPSTW

Wykroczenie paserstwa stypizowane jest w art. 122 k.w.

Czyny zabronione zbliżone zakresowo do paserstwa unormowane są także w kodeksie karnym skarbowym⁹⁴. Przepis art. 91 k.k.s. typizuje przestępstwo i wykroczenie paserstwa towaru. Polegają one na nabyciu, przechowaniu, przewożeniu lub pomocy do zbycia towaru stanowiącego przedmiot przestępstwa lub wykroczenia celnego określonego w art. 86–90 k.k.s.⁹⁵ Towar, o którym mowa w art. 91 k.k.s., nie musi być rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego. Przykładowo, może być towarem nabytym legalnie, lecz wwiezionym bez dopełnienia obowiązku celnego (art. 86 k.k.s.)⁹⁶. Z tego względu przepis art. 91 k.k.s. nie stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 291 k.k.; jak się wskazuje w literaturze, w przypadku zbiegu przepisu art. 291 k.k. i art. 91 k.k.s. zastosowanie powinna znaleźć raczej zasada

⁹⁴ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186), dalej jako k.k.s.

⁹⁵ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 603.

⁹⁶ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 603; G. Bogdan w: *Kodeks karny skarbowy z komentarzem*, G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A.R. Światłowski, Gdańsk 2000, s. 276.

konsumpcji⁹⁷. Zbieg tych przepisów najczęściej będzie stanowił rzeczywisty niewłaściwy, pomijalny zbieg przepisów. Zasadę konsumpcji ocenia się nie *in abstracto*, lecz *in concreto* – w odniesieniu do realiów konkretnej sprawy. Z tego względu niekiedy dojdzie do idealnego zbiegu przestępstw lub wykroczeń skarbowych z przestępstwem lub wykroczeniem powszechnym. Zgodnie z art. 8 k.k.s. należy wówczas zastosować każdy ze zbiegających się przepisów. Natomiast wykonaniu podlega jedynie kara najsurowsza, co nie stoi na przeszkodzie orzekaniu środków karnych lub innych środków na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów⁹⁸. Przepis art. 291 k.k. może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z art. 65 k.k.s.⁹⁹

Warto przyrzeć się bliżej możliwości zbiegu przepisu typizującego paserstwo z kodeksu karnego i ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Artykuł 118 ust. 1 p.a.p.p. stanowi, że kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przedmiot będący nośnikiem utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu rozpowszechnianego lub zwielokrotnianego bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom nabywa lub pomaga w jego zbyciu albo przedmiot ten przyjmuje lub pomaga w jego ukryciu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Jeżeli zatem sprawca działa „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”, a przedmiotem wykonawczym przestępstwa jest nośnik programu komputerowego, to czyn taki wypełnia znamiona przestępstwa z art. 293 w zw. z art. 291 § 1 k.k. i art. 118 ust. 1 p.a.p.p., stanowiąc rzeczywisty właściwy zbieg przepisów ustawy¹⁰⁰. Należy podzielić pogląd Sądu Apelacyjnego w Katowicach, że pomiędzy tymi przepisami nie zachodzi pozorny zbieg przepisów ustawy¹⁰¹. Jeżeli nabycie odbywa się bez celu osiągnięcia korzyści majątkowej albo w odniesieniu do programu, lecz bez nabycia samego nośnika, czyn taki wypełnia znamiona przestępstwa z art. 293 § 1 k.k.¹⁰²

Nieco bardziej skomplikowana sytuacja powstaje w odniesieniu do utworów niebędących programami komputerowymi. W literaturze przedmiotu został wyrażony pogląd, że przepis art. 118 p.a.p.p. nie uwzględnia karalności paserstwa „elektronicznego”, ponieważ nie uwzględniona on niematerialnego charakteru samego utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu lub nadania¹⁰³.

Możliwa jest kumulatywna kwalifikacja z art. 294 § 1 i 2 k.k., ponieważ w przepisach tych wskazane są różne okoliczności kwalifikujące, jeżeli czyn popełniono w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury, stanowiącego jednocześnie mienie znacznej wartości¹⁰⁴.

Przepis art. 291 k.k. może pozostawać również w zbiegu z przepisem art. 239 k.k. (poplecznictwo). Wydaje się, że jest to zbieg rzeczywisty niewłaściwy, pomijalny na zasadzie konsumpcji¹⁰⁵. W orzecznictwie sądowym jednak pojawił się

⁹⁷ Odmienne B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1241.

⁹⁸ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 603.

⁹⁹ Por. szerzej B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1240.

¹⁰⁰ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 107–108; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.07.2005 r. (II AKa 147/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/1, poz. 29.

¹⁰¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 21.07.2005 r. (II AKa 147/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/1, poz. 29.

¹⁰² M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 605; A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 107–108.

¹⁰³ E. Czarny-Drożdziejko, *Projektowane zmiany w przepisach karnych ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wnalezczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1999/71, s. 177; por. także M. Mozgawa w: *System prawa...*, s. 24.

¹⁰⁴ M. Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 607.

¹⁰⁵ Odmienne B. Michalski w: *Kodeks karny...*, s. 1241.

pogląd, że art. 291 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 239 k.k., a zatem między tymi przepisami zachodziłby zbieg pozorny¹⁰⁶.

W przypadku nabywania płyt nielegalnie zwielokrotnionych zawierających programy komputerowe zachodzi zbieg przepisu art. 291 k.k. z art. 116 ust. 3 p.a.p.p. Jest on rzeczywisty właściwy, zastosowanie znajduje tu kumulatywna kwalifikacja.

Zachodzi również rzeczywisty właściwy zbieg przepisów art. 291 lub art. 292 k.k. z art. 305 ust. 1 p.w.p. Może mieć on miejsce, gdy sprawca kupuje lub sprzedaje na przykład odzież oznaczoną nieoryginalnymi znakami towarowymi znanych firm.

7. BADANIA EMPIRYCZNE

7.1. Uwagi wprowadzające

Badania empiryczne zostały przeprowadzone na podstawie 481 spraw – w 326 z nich czyn wypełniał znamiona przestępstwa z art. 291 k.k., zaś w 155 – z art. 292 k.k. Do sądów rejonowych została rozesłana prośba o przesłanie sygnatur akt spraw o przestępstwo z art. 291 oraz 292 k.k. zakończonych w 2008 r. prawomocnym orzeczeniem. Z nadesłanych sygnatur losowo wybrano 10% spraw¹⁰⁷.

Nie jest łatwo liczyć sprawy o paserstwo, ponieważ występują tu bardzo złożone konfiguracje procesowe – zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe. Zazwyczaj najpierw zostaje wszczęte postępowanie przygotowawcze w sprawie o kradzież. Następnie zostaje ono umorzone z powodu, najczęściej, braku wykrycia sprawcy. Zwykle przy okazji innej sprawy o kradzież udaje się ustalić, że sprawcą umorzonego postępowania jest ten sam sprawca. Zostaje ono więc podjęte i obie sprawy rozpoznawane są łącznie. Czasem w ten sposób łączy się trzy, cztery lub więcej spraw. Jednocześnie w niektórych z tych dołączanych spraw występuje więcej niż jedna sprawca. Z kilku spraw powstaje jedna, w której występuje kilku sprawców. Niektórzy z nich decydują się na skorzystanie z instytucji skazania bez przeprowadzenia rozprawy (art. 335 kodeksu postępowania karnego¹⁰⁸), niektórzy dopiero podczas procesu decydują się na skorzystanie z dobrowolnego poddania się karze (art. 387 k.p.k.), niektórzy przeciwnie – nie przyznają się do popełnienia czynu lub ukrywają przed wymiarem sprawiedliwości. Z tego względu postępowanie wobec niektórych sprawców, co do których możliwe jest szybkie zakończenie postępowania, zostaje wyłączone do odrębnego postępowania (tak naprawdę tylko do wydania wyroku w trybie art. 335 lub art. 387 k.p.k.) i otrzymuje nową sygnaturę. W ten sposób liczba spraw „pączkuje”. Jej dokładne ustalenie zależy zatem od przyjętego sposobu ich zliczania. Na potrzeby tego badania przyjęto następującą zasadę: jeżeli ze sprawy na ostatnim jej etapie (tylko do wydania wyroku) wyłączono postępowanie wobec sprawcy lub sprawców, nie traktowano tego jako odrębnej sprawy, natomiast jeżeli sprawę o paserstwo niejako w całości wyłączono z innej sprawy (o kradzież, rozbój, oszustwo), wówczas traktowana była jako samoistna sprawa.

¹⁰⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19.01.1994 r. (II Akc 227/93), KZS 1994/3, poz. 19.

¹⁰⁷ Pisma z wykazami sygnatur nadesłane przez sądy rejonowe zostały ułożone w przypadkowej kolejności. Następnie, oddzielnie dla art. 291 k.k. oraz dla art. 292 k.k., wybrana została co 10. sygnatura. Pierwsza sygnatura została wybrana przy pomocy rzutu kostką (3).

¹⁰⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

Analizie poddano 326 spraw o przestępstwo z art. 291 k.k.¹⁰⁹ oraz 155 spraw o przestępstwo z art. 292 k.k.¹¹⁰ W 15 sprawach sprawcy popełnili zarówno czyn umyślny z art. 291 k.k., jak i nieumyślny z art. 292 k.k., w tym w dwóch takich sprawach sprawcą czynu umyślnego i nieumyślnego była ta sama osoba. Sprawy te zostały policzone dwukrotnie – raz wliczono je do spraw z art. 291 k.k., a raz do spraw z art. 292 k.k.

Wszczęcie postępowania w sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. oraz z art. 292 k.k. ma charakter niejako wtórny; najczęściej następuje jako „pochodna” innej sprawy, zwykle o przestępstwo „bazowe” dla paserstwa (kradzież, rozbój). W ten sposób wszczęto 208 spraw o przestępstwo z art. 291 k.k. oraz 98 spraw o przestępstwo z art. 292 k.k. W 159 przypadkach wszczęcie postępowania o przestępstwo z art. 291 k.k. nastąpiło poprzez wyłączenie z innej sprawy; w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. – w 52 przypadkach. Jedynie w 13 przypadkach postępowanie w sprawie rozpoczęło się od złożenia zawiadomienia o popełnieniu czynu z art. 291 k.k.; odpowiednio w 5 sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k.

7.2. Dane dotyczące sprawcy

W 326 sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. wystąpiło łącznie 378 oskarżonych. Większość z nich stanowili mężczyźni – 346. Jedynie 32 sprawców było kobietami (8,5% sprawców w tej grupie).

Natomiast w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. sprawców było 174 (po 2 w 16 sprawach, w pojedynczych sprawach 3 i 4). Tutaj również wśród sprawców przeważali mężczyźni – 150, chociaż odsetek kobiet w tej grupie spraw był wyższy – 24 sprawców było kobietami (13,8%). Ogółem kobiety stanowiły 10,1% wszystkich sprawców, co mniej więcej odpowiada udziałowi procentowemu kobiet w przestępczości, który kształtuje się na poziomie 10–12%.

Najliczniejszą grupę sprawców stanowiły osoby z przedziału wiekowego 22–30 lat, zarówno w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. (41,3% sprawców), jak i w sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. (36,2%). Ogółem sprawcy z tego przedziału wiekowego stanowili 39,7% wszystkich sprawców oskarżonych o przestępstwo paserstwa. Drugą pod względem liczebności grupę stanowili sprawcy z przedziału wiekowego 17–21 lat (24,1% wszystkich). Liczebność grup malała wraz ze wzrostem wieku – sprawcy powyżej 60. roku życia stanowili już ułamek procenta (dokładne wyniki przedstawia tabela 1).

Odnosnie do wykształcenia sprawców należy zauważyć, że sprawcy przestępstwa paserstwa mieli w większości wykształcenie podstawowe, zawodowe lub średnie – po około 30% sprawców. Zachodzą tu jednak pewne różnice pomiędzy sprawcami przestępstwa z art. 292 k.k. a art. 291 k.k. Wśród sprawców przestępstwa z art. 292 k.k. nieznacznie przeważają sprawcy z wykształceniem zawodowym (30,4% sprawców z tej grupy), zaś wśród sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. – sprawcy z wykształceniem średnim (35,1% sprawców z tej grupy). Szczegółowe dane przedstawia tabela 2.

Większość sprawców stanowiły osoby, które nie pozostawały nigdy w związku małżeńskim – 59,6% wszystkich sprawców. Na drugim miejscu plasowały się osoby,

¹⁰⁹ Spraw tych po losowaniu powinno być 354, ale w sumie 28. spraw nie poddano analizie (błędnie podana sygnatura sprawy o inne przestępstwo, brak prawomocnego rozstrzygnięcia, brak możliwości przesłania akt).

¹¹⁰ Wylosowano 168 spraw, lecz 13. z nich nie poddano analizie (błędnie podana sygnatura sprawy o inne przestępstwo, brak prawomocnego rozstrzygnięcia, brak możliwości przesłania akt).

które pozostawały w związku małżeńskim – 33% wszystkich sprawców. W obu badanych grupach nie zanotowano różnic, jeżeli chodzi o procentowy obraz stanu cywilnego sprawców (zob. tabela 3).

Wśród sprawców w obu grupach spraw przeważali ci wykazujący aktywność zawodową – posiadający stałą lub dorywczą pracę lub prowadzący działalność gospodarczą. Tacy sprawcy stanowili 64,4% wszystkich. Sprawcy deklarujący brak aktywności zawodowej i związany z tym brak jakichkolwiek własnych źródeł utrzymania stanowili 28,2% wszystkich sprawców (dokładne dane przedstawia tabela 4).

Ze względu na dużą różnorodność trudno jest w syntetyczny sposób zestawiać dane dotyczące zawodu wyuczonego sprawców. Tytułem przykładu można wskazać, że najliczniejszą grupę stanowili sprawcy, którzy takiego wyuczonego zawodu nie posiadali. Natomiast wśród sprawców posiadających zawód najliczniej reprezentowani byli mechanicy samochodowi (wybrane dane w tej mierze przedstawia tabela 5).

Tabela 1. Wiek sprawców									
	Art. 291 k.k.			Art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
17–21	87	23	15,8	46	26,4	8,3	133	-----	24,1
22–30	156	41,3	28,2	63	36,2	11,4	219	-----	39,7
31–40	73	19,3	13,2	32	18,4	6	105	-----	19
41–50	43	11,4	7,8	19	11	3,4	62	-----	11,2
51–60	16	4,2	2,9	10	5,7	1,8	26	-----	4,7
61+	3	0,8	0,5	4	2,3	0,7	7	-----	1,3
Suma	378	100	68,4	174	100	31,6	552	100	100

l.b. – liczby bezwzględne

% – stosunek liczby sprawców w danej kategorii do wszystkich sprawców oskarżonych o przestępstwo z art. 291 k.k. (lub odpowiednio art. 292 k.k.)

%c – stosunek liczby sprawców w danej kategorii do wszystkich sprawców

Tabela 2. Wykształcenie sprawców									
	Art. 291 k.k.			Art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
podstawowe	110	29,1	19,9	43	24,7	7,8	153	-----	27,7
zawodowe	115	30,4	20,8	50	28,7	9,1	165	-----	29,9
gimnazjum	32	8,5	5,8	12	6,9	2,2	44	-----	8
średnie	104	27,5	18,8	61	35,1	11	165	-----	29,8
wyższe	15	3,9	2,7	7	4	1,3	22	-----	4
bez wykształcenia	1	0,3	0,2	0	0	0	1	-----	0,2
brak danych	1	0,3	0,2	1	0,6	0,2	2	-----	0,4
Suma	378	100	68,4	174	100	31,6	552	100	100

Tabela 3.

Stan cywilny sprawców

	Art. 291 k.k.			Art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
kawaler/panna	222	58,7	40,2	107	61,5	19,4	329	-----	59,6
w związku małżeńskim	128	33,9	23,2	54	31	9,8	182	-----	33
wdowiec/wdowa	4	1,0	0,7	2	1,2	0,4	6	-----	1
po rozwodzie	23	6,1	4,1	10	5,7	1,8	33	-----	6
brak danych	1	0,3	0,2	1	0,6	0,2	2	-----	0,4
Suma	378	100	68,4	174	100	31,6	552	100	100

Tabela 4.

Źródła utrzymania sprawców

Forma zarobkowania	Sprawcy z art. 291 k.k.			Sprawcy z art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
stała praca	115	30,4	20,8	72	41,4	13,1	187	-----	33,9
dorywczo	77	20,4	13,9	20	11,5	3,6	97	-----	17,5
własna działalność gospodarcza	51	13,5	9,2	21	12,1	3,8	72	-----	13
nie pracuje	108	28,5	19,6	47	27	8,6	155	-----	28,2
emerytura lub renta	15	4	2,7	8	4,6	1,4	23	-----	4,1
zasilek	11	2,9	2	6	3,4	1,1	17	-----	3,1
brak danych	1	0,3	0,2	0	0	0	1	-----	0,2
Suma	378	100	68,4	174	100	31,6	552	100	100

Tabela 5.

Zawody sprawców

Zawody	Sprawcy z art. 291 k.k.	Sprawcy z art. 292 k.k.
bez wyuczonego zawodu	138	68
uczeń	36	23
mechanik samochodowy	30	17
ślusarz	14	6
murarz	12	8
stolarz	12	4
kierowca	10	1
elektromonter	10	4
sprzedawca	7	8
student	4	1
cukiernik	5	3

Tabela 5 cd. Zawody sprawców		
Zawody	Sprawcy z art. 291 k.k.	Sprawcy z art. 292 k.k.
ogrodnik	2	4
informatyk	1	3
rolnik	10	2
kucharz	2	4

Stosunkowo niewielu sprawców, popełniając czyn, znajdowało się w stanie po spożyciu alkoholu – 17 (wszyscy popełnili przestępstwo z art. 292 k.k.), zaś pod wpływem narkotyków w czasie popełnienia czynu było dwóch sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. i jeden sprawca z art. 292 k.k.; 14 sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. było uzależnionych od alkoholu, zaś 1 od narkotyków.

Jeżeli chodzi o uprzednią karalność, należy stwierdzić, że 140 sprawców z art. 291 k.k. i 43 sprawców z art. 292 k.k. było już wcześniej karanych; część z nich więcej niż raz. Z art. 291 k.k. 14 sprawców (3,7% tych sprawców) oraz trzech (1,7%) z art. 292 k.k. popełniło uprzednio przestępstwo paserstwa. W przeszłości 79 (art. 291 k.k.) i 14 (art. 292 k.k.) sprawców popełniło inne przestępstwo przeciwko mieniu.

Jedynie w pięciu sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. oraz trzech z art. 292 k.k. wywołano opinię psychologiczną, zaś opinię psychiatryczną odpowiednio w 23 (art. 291 k.k.) i 9 (art. 292 k.k.). Tylko u jednego sprawcy przestępstwa z art. 291 k.k. stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, a u jednego – w stopniu umiarkowanym. W grupie sprawców przestępstwa z art. 292 k.k. w dwóch przypadkach stwierdzono upośledzenie umysłowe w stopniu lekkim, a u jednego sprawcy – chorobę psychiczną.

Większość sprawców obu typów przestępstw przyznała się do popełnienia czynu. Nie uczyniło tego 118 sprawców czynu z art. 291 k.k. (31,2% sprawców w tej grupie spraw) i 43 sprawców czynu z art. 292 k.k. (2,5%).

7.3. Realizacja wybranych znamion strony przedmiotowej

7.3.1. Czyn

W sprawach zakwalifikowanych w akcie oskarżenia, wniosku o warunkowe umorzenie postępowania lub rozstrzygnięciu kończącym sprawę jako przestępstwo z art. 291 k.k. popełniono w sumie 446 czynów (w 39 sprawach po 2 czyny, w 14 – po 3, w siedmiu – po 4, w 6 – powyżej 4 czynów, a w jednej – 23 czyny). Obok czynu zakwalifikowanego jako paserstwo z art. 291 k.k. 49 razy pojawiły się zarzuty popełnienia innych czynów (z art. 278, art. 178a i in. k.k.). Z kolei w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. popełnionych zostało w sumie 179 czynów. W 7 sprawach obok czynu zakwalifikowanego jako przestępstwo z art. 292 k.k. pojawiły się zarzuty popełnienia innych czynów.

Najczęściej zarzucano sprawcy, że „nabył” rzecz pochodzącą z czynu zabronionego – 64,3% wszystkich czynów. Drugą co do liczności grupę zachowań stanowiła

pomoc w zbyciu – 14% wszystkich czynów. W grupie przestępstw z art. 291 k.k. następne w kolejności było zachowanie polegające na przyjęciu na przechowanie – 9,1% czynów w tej grupie. Takie zachowanie w ogóle nie pojawiło się w odniesieniu do przestępstwa z art. 292 k.k. Tu natomiast w 5,5% przypadków opisano czyn po prostu jako „przyjęcie rzeczy”. Relatywnie liczną grupę stanowiły sprawy, w których czyn polegał na „przyjęciu rzeczy” na przechowanie – 6,6% wszystkich spraw, lub do ukrycia (także pomoc w zbyciu) – 5,6% wszystkich czynów. Czyn polegał również na posiadaniu rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego, zbyciu, a także wprowadzeniu do obrotu (szczegółowe dane przedstawia tabela 6).

Tabela 6. Opis czynności wykonawczej ¹¹¹									
	Art. 291 k.k.			Art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
nabył	290	58,6	42,9	145	79,7	21,4	435	-----	64,3
pomagał w zbyciu	81	16,4	12	13	7,2	2	94	-----	14
posiadał	16	3,2	2,4	2	1,1	0,3	18	-----	2,7
przyjął do ukrycia lub pomagał w ukryciu	33	6,7	4,9	5	2,8	0,7	38	-----	5,6
przyjął na przechowanie	45	9,1	6,6	0	0	0	45	-----	6,6
zbył	13	2,6	2	0	0	0	13	-----	2
przyjął	0	0	0	10	5,5	1,5	10	-----	1,5
wprowadzał do obrotu	4	0,8	0,6	0	0	0	4	-----	0,6
dostarczył	3	0,6	0,4	0	0	0	3	-----	0,4
sprzedał	0	0	0	4	2,2	0,6	4	-----	0,6
uzyskał z internetu	3	0,6	0,4	0	0	0	3	-----	0,4
ukrył	2	0,4	0,3	0	0	0	2	-----	0,3
rozpowszechniał	2	0,4	0,3	0	0	0	2	-----	0,3
użytkował	2	0,4	0,3	0	0	0	2	-----	0,3
oferował do sprzedaży	1	0,2	0,1	0	0	0	1	-----	0,1
wszedł w posiadanie	0	0	0	1	0,5	0,1	1	-----	0,1
ściągał z internetu	0	0	0	1	0,5	0,1	1	-----	0,1
ukradł	0	0	0	1	0,5	0,1	1	-----	0,1
Suma	495	100	73,2	182	100	26,8	677	-----	100

Prokurator uznał, że w celu osiągnięcia korzyści majątkowej 27 sprawców przestępstwa popełniło czyn z art. 291 k.k. oraz 4 – z art. 292 k.k. Uznano, że 5 sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. i 1 z art. 292 k.k. popełniło czyn w celu odsprzedaży.

¹¹¹ Liczby w tej tabeli nie sumują się z liczbą czynów, ponieważ czasami czyn opisany był przy pomocy więcej niż jednego czasownika.

7.3.2. Przedmiot czynności wykonawczej

Zdecydowanie najwięcej czynów dotyczyło telefonów komórkowych. Wydaje się, że nastąpiła tu pewna „detronizacja” samochodów lub ich części jako przedmiotu czynności wykonawczej paserstwa. Stanowią one drugą pod względem liczebności grupę przedmiotów czynności wykonawczej paserstwa z art. 291 k.k.; zdecydowanie rzadziej pojawiają się w przypadku przestępstwa z art. 292 k.k. Często przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa są programy komputerowe, elektronarzędzia lub urządzenia elektroniczne. Dość często pojawiają się różnego rodzaju przedmioty metalowe, kable. Pojedyncze czyny w sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. dotyczyły teczki z dokumentami, okularów korekcyjnych, suszu owocowego, strzykawki z maścią dla zwierząt, proszku do prania, żyletek, cukru, sadzonek roślin, aparatu do destylacji, starodruków (dokumentów historycznych), wódki, drzwi wejściowych, damskiej torebki. Natomiast w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. przedmiotem czynności wykonawczej pojedynczych czynów były: kosmetyki, kostka brukowa, olej napędowy, hydrant, drzewka (sadzonki), płyty CD i DVD, rusztowania, klaser ze znaczkami, wózek dziecięcy, łóżko do solarium.

Nieco bardziej szczegółowe dane dotyczące przedmiotu czynności wykonawczej znajdują się w tabeli 7.

Tabela 7. Przedmiot czynności wykonawczej ¹¹²			
Przedmiot czynności wykonawczej	Art. 291 k.k.	Art. 292 k.k.	Suma
telefon komórkowy	106	85	191
programy komputerowe	58	10	68
samochody lub ich części	57	20	77
sprzęt elektroniczny lub narzędzia	52	30	82
kauczuk	23 (w jednej sprawie)	-----	23
złom	18	9	27
rowery	18	7	25
rusztowania i inne elementy maszyn lub konstrukcji budowlanych	11	1	12
bizuteria i zegarki	10	-----	10
płyty CD lub DVD	9	1	10
mleko w proszku	8	-----	8
butle gazowe	7	-----	77
komputer	7	4	11
paliwo	5	-----	5
kable	5	-----	5
drewno opałowe	4	4	8

¹¹² Podane liczby dotyczą czynów z aktu oskarżenia lub wniosku o warunkowe umorzenie postępowania.

Tabela 7 cd. Przedmiot czynności wykonawczej			
Przedmiot czynności wykonawczej	Art. 291 k.k.	Art. 292 k.k.	Suma
odzież	4	2	6
motorower lub motocykl	4	2	6
olej napędowy	3	1	4
ser	3	-----	3
broń pneumatyczna	3	-----	3
zwierzęta (psy, jagnięta)	3	-----	3
pieniądze	2	-----	2
kosmetyki	2	1	3
sprzęt sportowy	2	-----	2

7.4. Kwalifikacja czynu w akcie oskarżenia lub wniosku o warunkowe umorzenie postępowania

Podstawowym przepisem, który pojawiał się w kwalifikacji prawnej czynu, był oczywiście odpowiednio art. 292 k.k. lub art. 291 k.k. Zdecydowaną większość stanowiły typy podstawowe przestępstw w przepisach tych opisanych; należy zwrócić także uwagę na dość znaczną liczbę przypadków zastosowania w kwalifikacji przepisu art. 293 k.k. – paserstwa programu komputerowego. Obok któregoś z typów paserstwa w kwalifikacji pojawiały się także przepisy typizujące czyny zabronione w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz w ustawie – Prawo własności przemysłowej. W jednostkowych przypadkach czyn sprawcy stanowił usiłowanie. Na marginesie należy zauważyć, że sporadycznie w kwalifikacji pojawiały się przepisy typizujące któryś z typów kradzieży (następnie w wyroku ulegający zmianie na paserstwo). Nie można nie zauważyć, że dość często kwalifikacja z art. 291 k.k. lub art. 292 k.k. pojawia się w sytuacjach, gdy brak wystarczających dowodów na to, że sprawca jest „autorem” owego czynu zabronionego, z którego pochodzi rzecz. Dane na temat kwalifikacji prawnej czynów zostały zebrane w tabeli 8.

Tabela 8. Kwalifikacja czynu w postępowaniu przygotowawczym		
Kwalifikacja	Przestępstwo zaliczone do grupy art. 291 k.k.	Przestępstwo zaliczone do grupy art. 292 k.k.
art. 291 § 1 k.k.	384	17
art. 291 § 2 k.k.	25	0
art. 278 k.k.	2	0
art. 279 k.k.	0	1
art. 292 § 1 k.k.	2	162
art. 292 § 2 k.k.	0	0

Tabela 8 cd.

Kwalifikacja czynu w postępowaniu przygotowawczym

Kwalifikacja	Przestępstwo zaliczone do grupy art. 291 k.k.	Przestępstwo zaliczone do grupy art. 292 k.k.
w zw. z art. 13 § 1 k.k.*	1	1
w zw. z art. 31 § 2 k.k.	1	0
w zw. z art. 64 § 1 k.k.	17	2
w zw. z art. 12 k.k.	22	4
w zw. z art. 91 k.k.	6	0
w zw. z art. 293 § 1 k.k.	65	10
w zw. z art. 118 p.a.p.p.	15	0
w zw. z art. 116 p.a.p.p.	4	0
w zw. z art. 294 k.k.	3	0
art. 305 ust. 1 p.w.p.	0	1

* wszystkie dane „w zw.” zostały wliczone do liczby przestępstwa głównego, tj. z art. 291 lub 292 k.k.; czyli stanowią one dane „w tym”.

7.5. Postępowanie sądowe

7.5.1. Rozstrzygnięcie sądu I instancji

W większości przypadków zapadły wyroki skazujące. Stanowią one 86,5% wszystkich rozstrzygnięć procesowych w badanym materiale empirycznym. Jeśli chodzi o odsetek spraw w poszczególnych grupach, to należy zauważyć, że sprawy o przestępstwo z art. 291 k.k. znacznie częściej kończyły się skazaniem niż w przypadku spraw o przestępstwo z art. 292 k.k. Z kolei w przypadku spraw o przestępstwo z art. 292 k.k. wyższy niż w przypadku przestępstw z art. 291 k.k. jest odsetek spraw zakończonych warunkowym umorzeniem postępowania (decyduje o tym przede wszystkim zagrożenie karą).

Tabela 9.

Wyrok sądu I instancji

	Art. 291 k.k.			Art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
wyrok skazujący	341	90,2	61,8	136	78,1	24,7	477	-----	86,5
wyrok uniewinniający	10	2,7	1,8	1	0,6	0,2	11	-----	2
warunkowe umorzenie postępowania	25	6,6	4,5	33	19	6	58	-----	10,5
umorzenie postępowania ¹	2	0,5	0,3	4	2,3	0,7	6	-----	1
Suma	378	100	68,4	174	100	31,6	552	-----	100

¹ W sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. podstawą umorzenia postępowania był w jednym przypadku przepis art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. i jeden raz art. 17 § 9 k.p.k. Natomiast w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. – dwukrotnie fakt przedawnienia karalności czynu (sąd uznał, że czyn stanowi wykroczenie), jeden raz art. 17 § 1 pkt 7 (*res iudicata*) i jeden raz art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.

Ze względu na zagrożenie karą, a także ze względu na fakt, iż w większości przypadków paserstwo nie stanowi czynu o znacznej społecznej szkodliwości, wielu sprawców skorzystało z uproszczonej formy skazania, co wiąże się często z relatywnie łagodniejszym potraktowaniem sprawcy – skazanie bez rozprawy czy dobrowolne poddanie się karze zwykle wiąże się z wymierzeniem kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (kara pozbawienia wolności) lub kary łagodniejszego rodzaju (gdy ustawodawca daje alternatywę). Ogólnie z takiej formy ukarania „skorzystało” 56,1% wszystkich sprawców. Stanowi to 64,6% wszystkich wyroków skazujących. W grupie spraw z art. 291 k.k. 45,5% sprawców skorzystało z tej formy skazania, natomiast w grupie spraw z art. 292 k.k. sprawców takich było 66,9%. Należy tu ponadto uwzględnić fakt, iż wobec 10,5% sprawców postępowanie warunkowo umorzono (co stanowi 19% przypadków z art. 292 k.k. i odpowiednio 6,6% z art. 291 k.k.). Z punktu widzenia przepisów prawa karnego materialnego i procesowego warunkowe umorzenie postępowania ma inne konsekwencje prawne niż wydanie wyroku skazującego z zastosowaniem art. 335 czy art. 387 k.p.k.; faktycznie te dwie instytucje (zwłaszcza z art. 335 k.p.k.) zdają się wypierać stosowanie warunkowego umorzenia postępowania (tabela 10 przedstawia szczegółowe dane dotyczące wyroków skazujących).

Tabela 10.

Wyroki skazujące

	Art. 291 k.k.				Art. 292 k.k.				Suma		
	l.b.	%	%cs	%cw	l.b.	%	%cs	%cw	l.b.	%cs	%cw
w trybie art. 335 k.p.k.	184	53,9	38,6	33,3	80	58,8	16,8	14,5	264	55,4	47,8
w trybie art. 387 k.p.k.	33	9,7	6,9	6	11	8,1	2,3	2	44	9,2	8,3
wyrok nakazowy	30	8,8	6,3	5,4	27	19,8	5,7	4,9	57	12	10,3
wyrok zaoczny	5	1,5	1	1	2	1,5	0,4	0,3	7	1,4	1,3
wyrok „zwykły”	89	26,1	18,7	16,1	16	11,8	3,3	2,9	105	22	19,9
Suma	341	100	71,5	61,8	136	100	28,5	24,6	477	100	86,4

% – stosunek liczby wyroków w danej kategorii do wyroków skazujących odpowiednio w grupie spraw z art. 291 lub art. 292 k.k.

%cs – stosunek liczby wyroków w danej kategorii do wszystkich wyroków skazujących

%cw – stosunek liczby wyroków w danej kategorii do wszystkich rozstrzygnięć kończących postępowanie przed sądem I instancji

7.5.2. Kwalifikacja prawna w rozstrzygnięciu sądu I instancji

W sprawach o tzw. umyślne paserstwo w większości przypadków została utrzymana kwalifikacja z aktu oskarżenia (lub wniosku o warunkowe umorzenie postępowania). Sąd uznał w odniesieniu do 22 czynów, że wypełniają znamiona przestępstwa nie z art. 291 § 1 k.k., lecz z art. 291 § 2 k.k. Jeden raz miała miejsce odwrotna sytuacja. Trzykrotnie sąd zmienił kwalifikację prawną czynu z kradzieży (art. 278 k.k.) na art. 291 § 1 k.k. Dwukrotnie, ze względu na wartość przedmiotu czynności wykonawczej, sąd zmienił kwalifikację na art. 122 k.w. Uległa redukcji

liczba czynów: jeden raz stwierdzono, że dwa zachowania sprawcy zostały przedsięwzięte w warunkach czynu ciągłego (art. 12 k.k.), zaś 21 razy zdaniem sądu czyny sprawców popełnione zostały w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 k.k.; w ten sposób zostało „usuniętych” 70 czynów).

Natomiast w sprawach o tzw. paserstwo nieumyślne zmiana kwalifikacji przede wszystkim polegała na jej złagodzeniu – sąd uznał, że 17 czynów wypełnia znamiona nie przestępstwa z art. 291 k.k., lecz z art. 292 k.k., zaś 2 czyny, ze względu na wartość przedmiotu czynności wykonawczej, wypełniają znamiona wykroczenia z art. 122 k.w. W jednym przypadku kwalifikacja uległa zmianie na art. 284 § 3 k.k. Liczba czynów została zredukowana o osiem przez uznanie, że w czterech przypadkach sprawcy popełnili przestępstwa w warunkach ciągu przestępstw (art. 91 k.k.).

7.5.3. Wymiar kary przez sąd I instancji¹¹³

Najczęściej wymierzaną karą za przestępstwo paserstwa w ogóle jest kara pozbawienia wolności – 64,3% wszystkich przypadków, w których wymierzono sprawcy wyrok skazujący. Ze względu na ustawowe zagrożenie karą kara pozbawienia wolności przeważa w przypadku przestępstwa z art. 291 k.k. – stanowi 77,1% kar wymierzonych sprawcom za to przestępstwo, co stanowi ponad połowę kar pozbawienia wolności wymierzonych sprawcom paserstwa w ogóle. W odniesieniu do 55 sprawców tego przestępstwa sąd zastosował modyfikację kary z art. 58 § 3 k.k., wymierzając sprawcy karę ograniczenia wolności lub samoistną karę grzywny.

Za przestępstwo z art. 292 k.k. najczęściej wymierzaną karą była samoistna kara grzywny – wymierzono ją wobec 61% sprawców tego przestępstwa, co stanowi 17,4% przypadków wymierzenia tej kary w ogóle (szczegółowe dane dotyczące rodzajów orzeczonych kar przedstawia tabela 11).

Tabela 11. Rodzaje orzeczonych kar									
	Sprawca z art. 291 k.k.			Sprawca z art. 292 k.k.			Suma		
	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
kara pozbawienia wolności	263	77,1	55,1	44	32,4	9,2	307	-----	64,3
kara ograniczenia wolności	22	6,4	4,6	7	5,1	1,5	29	-----	6,1
kara grzywny (jako samoistna)	56	16,5	11,7	83	61	17,4	139	-----	29,1
odstąpienie od wymiaru kary	0	0	0	2	1,5	0,5	2	-----	0,5
Suma	341	100	71,4	136	100	28,6	477	-----	100

Jeżeli zaś chodzi o karę pozbawienia wolności, aż w 94,4% przypadków została ona wymierzona z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Wobec 184 sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. oraz wobec 31 sprawców przestępstwa z art. 292 k.k. obok kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania sąd

¹¹³ W przypadku przekazania sprawy do ponownego rozpoznania uwzględniony został jedynie wyrok sądu I instancji zapadły po ponownym rozstrzygnięciu.

wymierzył grzywnę. Dozór kuratora został ustanowiony wobec 64 sprawców przestępstwa z art. 291 k.k. oraz 13 sprawców przestępstwa z art. 292 k.k.

Tabela 12. Kara pozbawienia wolności										
		Sprawca z art. 291 k.k.			Sprawca z art. 292 k.k.			Suma		
		l.b.	%	%c	l.b.	%	%c	l.b.	%	%c
kara pozbawienia wolności	bezwzględna	14	5,3	4,6	3	6,8	1	17	-----	5,6
	z warunkowym zawieszeniem wykonania kary	249	94,7	81,1	41	93,2	13,3	290	-----	94,4
Suma		263	100	85,7	44	100	14,3	307	-----	100

Kara pozbawienia wolności wymierzana za przestępstwo z art. 291 § 1 k.k. została przewidziana w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat. W większości przypadków wymierzana była kara pozbawienia wolności poniżej 1 roku. Jedynie wobec 26 sprawców orzeczono karę przekraczającą 1 rok pozbawienia wolności, przy czym jedynie trzykrotnie była to kara „pojedyncza”, w pozostałych przypadkach orzeczona kara stanowiła karę łączną. Wykonanie tylko jednej z tych kar (dwa lata pozbawienia wolności – kara łączna) nie zostało warunkowo zawieszone. Jeden raz sąd orzekł karę 5 lat pozbawienia wolności (jako karę łączną). Okres próby określany jest z reguły na dwa lub trzy lata, jedynie 12 razy wyniósł on pięć lat, a raz – siedem lat.

Jeżeli chodzi o grzywnę orzecaną zarówno jako kara samoistna, jak i obok kary pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 291 k.k., należy zauważyć, że wymiar tej kary był bardzo zróżnicowany – od 10 do 300 stawek (w postaci kary łącznej grzywny). Wysokość stawek także była zróżnicowana – od 10 do 120 zł, chociaż przeważały stawki określone na 10 i 20 zł.

Karę ograniczenia wolności wymierzano od 3 miesięcy do 12, najczęściej 4 miesiące (6 razy) i 6 miesięcy (7 razy); z wymiarem pracy na cele społeczne w wysokości 20 lub 30 godzin.

Jeżeli chodzi o przestępstwo z art. 292 k.k., kara pozbawienia wolności tylko 5 razy przekroczyła 1 rok (były to dwukrotnie kary 1,6 lat oraz 1,4 lat, raz kara 1,2 lat). Kary grzywny były i tutaj zróżnicowane, zarówno co do ilości stawek (od 10 do 200), jak i ich wysokości (od 10 zł do 50 zł, z dominacją kwoty 10 zł), chociaż rozpiętość ilości stawek i ich wysokości była mniejsza niż w przypadku przestępstwa z art. 291 k.k.

Karę ograniczenia wolności wymierzano od 3 miesięcy do 8 miesięcy, z dominującą liczbą godzin pracy wynoszącą 20 (w pięciu przypadkach), wobec dwóch sprawców ustalono tę liczbę na 25 godzin.

7.5.4. Zaskarżanie rozstrzygnięć sądu I instancji

W sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. od wyroku sądu I instancji wniesiono 33 apelacje, od 9 wyroków nakazowych wniesiono 9 sprzeciwów. Sąd II instancji

19 zaskarżonych wyroków utrzymał w mocy, w 4 przypadkach zmienił rozstrzygnięcie o karze, zaś 10 wyroków I instancji uchylił i przekazał do ponownego rozpoznania. Jedynie 13 wyroków II instancji uzasadniono, ale uzasadnienie dotyczyło strony podmiotowej jedynie w czterech przypadkach, z czego w dwóch miało charakter czysto deklaratoryjny.

W sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. wyrok I instancji został zaskarżony apelacją pięciokrotnie, zaś od trzech wyroków nakazowych wniesiony został sprzeciw. Sąd II instancji utrzymał w mocy trzy zaskarżone wyroki, zaś dwa uchylił i przekazał do ponownego rozpoznania.

8. WNIOSKI KOŃCOWE

1. Paserstwo należy do przestępstw dość dokładnie omówionych w doktrynie. Przedmiotem ochrony jest mienie. Przestępstwo to polega na nabyciu, udzieleniu pomocy do zbycia, przyjęciu lub udzieleniu pomocy w ukryciu przez sprawcę rzeczy uzyskanej w drodze czynu zabronionego. Do wypełnienia znamion przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. wystarcza zrealizowanie choćby jednej ze wskazanych form zachowania. Paserstwo należy do tzw. przestępstw przepołowionych. Oznacza to, że paserstwo rzeczy o wartości do 250 zł stanowi wykroczenie z art. 122 k.w. wówczas, gdy rzecz ta pochodzi z kradzieży lub przywłaszczenia. Ustawodawca w art. 291 § 2 k.k. przewidział typ uprzywilejowany, tzw. wypadek mniejszej wagi. Ustawodawca wprowadził także typy kwalifikowane przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. Uczynił to w art. 294 § 1 i § 2 k.k. Znamieniem kwalifikującym z art. 294 § 1 k.k. jest popełnienie czynu wobec mienia znacznej wartości. Natomiast w art. 294 § 2 k.k. zawarty jest typ kwalifikowany, którego znamię kwalifikujące stanowi popełnienie czynu w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury.

2. Badania empiryczne zostały przeprowadzone na podstawie 481 spraw – w 326 z nich czyn wypełniał znamiona przestępstwa z art. 291 k.k., zaś w 155 – z art. 292 k.k. W 15 sprawach sprawcy popełnili zarówno czyn umyślny z art. 291 k.k., jak i nieumyślny z art. 292 k.k.; w tym w dwóch takich sprawach sprawcą czynu umyślnego i nieumyślnego była ta sama osoba. Sprawy te zostały policzone dwukrotnie – raz wliczono je do spraw z art. 291 k.k., a raz do spraw z art. 292 k.k.

3. Wszczęcie postępowania w sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. oraz z art. 292 k.k. ma charakter niejako wtórny; najczęściej następuje jako „pochodna” innej sprawy, zwykle o przestępstwo „bazowe” dla paserstwa (kradzież, rozbój).

4. W 326 sprawach o przestępstwo z art. 291 k.k. wystąpiło łącznie 378 oskarżonych. Większość z nich stanowili mężczyźni – 346. Jedynie 32 sprawców było kobietami (8,5% sprawców w tej grupie). W sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. sprawców było 174. W tej grupie również wśród sprawców przeważali mężczyźni – 150, chociaż odsetek kobiet był wyższy (13,8%). Najlicniejszą grupę sprawców stanowili ci z przedziału wiekowego 22–30 lat, zarówno w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. (41,3% tych sprawców), jak i w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. (36,2%). Jeżeli chodzi o uprzednią karalność, 140

sprawców z art. 291 k.k. i 43 sprawców z art. 292 k.k. było już wcześniej karanych. Z art. 291 k.k. 14 sprawców (3,7% tych sprawców) oraz 3 (1,7%) z art. 292 k.k. popełniło uprzednio przestępstwo paserstwa.

5. W sprawach zakwalifikowanych w akcie oskarżenia, wniosku o warunkowe umorzenie postępowania lub rozstrzygnięciu kończącym sprawę jako przestępstwo z art. 291 k.k. popełniono w sumie 446 czynów. Z kolei w sprawach o przestępstwo z art. 292 k.k. popełniono w sumie 179 czynów. Najczęściej zarzucano sprawcy, że „nabył” rzecz pochodzącą z czynu zabronionego – 64,3% wszystkich czynów. Drugą co do liczebności grupę zachowań stanowiła pomoc w zbyciu – 14% wszystkich czynów.

6. Zdecydowanie najwięcej czynów dotyczyło telefonów komórkowych. Samochody lub ich części stanowią drugą pod względem liczebności grupę przedmiotów czynności wykonawczej paserstwa z art. 291 k.k., zdecydowanie rzadziej pojawiają się w przypadku przestępstwa z art. 292 k.k. Często przedmiotem czynności wykonawczej paserstwa są programy komputerowe, elektronarzędzia lub urządzenia elektroniczne.

7. Podstawowym przepisem, który pojawiał się w kwalifikacji prawnej czynu, był oczywiście odpowiednio art. 292 k.k. lub art. 292 k.k. Zdecydowaną większość stanowiły typy podstawowe przestępstw w przepisach tych opisanych. Obok któregoś z typów paserstwa w kwalifikacji pojawiały się także przepisy typizujące czyny zabronione w ustawie o prawie autorskim czy w prawie własności przemysłowej.

8. W większości przypadków zapadły wyroki skazujące. Stanowią one 86,5% wszystkich rozstrzygnięć procesowych w badanym materiale empirycznym. Skazania z zastosowaniem art. 335 lub art. 387 k.p.k. stanowią 64,6% wszystkich wyroków skazujących. Najczęściej wymierzaną karą za przestępstwo paserstwa w ogóle jest kara pozbawienia wolności – 64,3% wszystkich przypadków, w których wymierzono sprawcy wyrok skazujący. W przypadku przestępstwa z art. 291 k.k. kara pozbawienia wolności stanowi 77,1% kar wymierzonych sprawcom za to przestępstwo, co stanowi ponad połowę kar pozbawienia wolności wymierzonych sprawcom paserstwa w ogóle. Za przestępstwo z art. 292 k.k. najczęściej wymierzaną karą była samoistna kara grzywny – wymierzono ją wobec 61% sprawców tego przestępstwa, co stanowi 17,4% przypadków wymierzenia tej kary w ogóle.

9. Warto zastanowić się nad rezygnacją z dwóch typów paserstwa – umyślnego i nieumyślnego. Można wprowadzić jeden typ paserstwa, w którym podstawą odpowiedzialności byłoby swego rodzaju obiektywne przypisanie. Dla wypełnienia znamion tego czynu zabronionego wystarczyłoby, że sprawca nabył rzecz pochodzącą z czynu zabronionego w sytuacji, gdy obiektywnie możliwe było uświadomienie sobie sprawcy tej cechy rzeczy i że sprawca w czasie popełnienia był do tego zdolny. Można by wówczas stworzyć typ uprzywilejowany – wypadek mniejszej wagi oraz typy kwalifikowane (mienie znacznej wartości lub przedmiot o szczególnym znaczeniu dla kultury).

10. Oczywiście szerszą kwestią, od dawna postulowaną w doktrynie prawa karnego, jest likwidacja tzw. czynów przepołowionych. Paserstwo powinno stać się wówczas jednolitym przestępstwem. Sąd posiada instrumenty pozwalające mu na złagodzenie reakcji karnej lub wręcz rezygnację z niej w przypadku, gdy przedmiot czynności wykonawczej stanowi rzecz o bardzo małej wartości majątkowej.

Summary

Magdalena Budyn-Kulik – *Selected dogmatic and criminological aspects of receiving*

The subject of this study is the offence of receiving, as described in Art. 291 of the Criminal Code (the so-called intentional receiving) and in Art. 292 CC (the so-called unintentional receiving). Receiving belongs to offences triable either way. This means that receiving things worth up to PLN 250 is a petty offence described in Art. 122 of the Code of Petty Offences when the thing comes from theft or appropriation. The object of the action performed is the thing obtained as a result of prohibited act, or a computer program. A thing obtained through a prohibited act does not lose such a character if it is subsequently processed or modified, naturally provided that the perpetrator was aware of it being from an illegal source. Empirical research was conducted on the basis of 481 cases: in 326 of them the act had the features of the offence defined in Art. 291 CC, while in 155 – in Art. 292 CC. In 15 cases, the perpetrators committed both the intentional act described in Art. 291 CC and the unintentional act described in Art. 292 CC. In 326 cases relating to offences defined in Art. 291 CC, the total number of accused persons was 378. The majority were men: 346. Only 32 perpetrators were women (8.5% of perpetrators in the group). In cases relating to offences defined in Art. 292 CC, there were 174 perpetrators. Here, again the majority were men: 150, although the percentage of women in this group of cases was higher (13.8%). In most cases the perpetrators were convicted. Convictions accounted for 86.5% of all procedural decisions in the empirical material studied. The most frequent punishment for the offence of receiving is imprisonment (64.3% of all cases in which the perpetrator was convicted). It is worthwhile to consider abolition of the two kinds of receiving – intentional and unintentional. A single basic type of receiving could be introduced, the grounds for liability being objective attribution, with the privileged type in case of lesser value, and aggravated types (property of considerable value or object of particular cultural importance).

Marek Kulik*

Środki zabezpieczające w prawie karnym wybranych państw europejskich

1. UWAGI WSTĘPNE

Celem raportu jest przedstawienie uregulowań w zakresie środków zabezpieczających w wybranych państwach europejskich. Analiza obejmuje katalog środków, ich charakter, możliwości modyfikacji w toku wykonywania, czas, w którym są orzekane, w szczególności pod kątem, czy możliwe jest orzekanie środków zabezpieczających w trakcie postępowania wykonawczego. Przedmiotem uwagi jest też ustalenie, jak kształtują się możliwości orzekania środków zabezpieczających obok kar, w szczególności, czy izolacyjne środki zabezpieczające wykonywane są przed wykonaniem kary pozbawienia wolności, czy później. Aby zrealizować tak postawione cele, należało przedstawić unormowania w zakresie środków zabezpieczających w poszczególnych państwach, a następnie pokusić się o sformułowanie ewentualnych cech wspólnych i ogólnych prawidłowości.

Prawa karne poszczególnych państw współczesnych z reguły znają środki zabezpieczające. Jednak ich kształt jest zróżnicowany w zależności od przyjętych w danym państwie założeń kryminalno-politycznych. Dobór państw do analizowanej próby nie jest zatem łatwy. Przyjęto założenie, że pożyteczne może być badanie środków zabezpieczających w państwach znających system prawa karnego zbliżony do istniejącego w Polsce (zatem germański). Jednak ograniczenie się do systemu germańskiego może zostać uznane za niewystarczające, tym bardziej że współczesne prawa karne typu germańskiego wykazują pewną skłonność do romanizacji, wyrażającej się zawężeniem zakresu swobody sędziowskiej przy szeroko pojętym wymiarze kary, zwiększeniem kazuistyki ustawy karnej, znacznym rozwarstwieniem typów przestępstw i wzbogaceniem środków prawnokarnej reakcji na przestępstwo. Ta dająca się zaobserwować w ostatnich latach tendencja sprawia, że w poniższych rozważaniach uwzględniono szereg państw, których prawo karne można zaliczyć do szeroko rozumianego kręgu romańskiego.

Oczywiście, zawsze w razie konieczności dokonania pewnego wyboru należy się liczyć z możliwością zgłoszenia zastrzeżeń co do uwzględnienia jednego państwa, a pominięcia innego. Należy zatem wyjaśnić, że przy doborze państw do badanej

* Dr Marek Kulik jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

próby w pierwszej kolejności poddano analizie uregulowania w tych państwach, których systemy są podobne do polskiego, w drugiej zaś, których rozwiązania można uznać albo za typowe, albo za szczególnie interesujące. Nie bez znaczenia przy doborze analizowanych państw była dostępność aktualnych aktów prawnych, która jest zróżnicowana, co zawsze powoduje pewne trudności przy tego rodzaju opracowaniach. Stan prawny raportu jest aktualny na 31.01.2013 r.

2. AUSTRIA

Kodeks karny Austrii z 24.01.1974 r.¹ (Strafgesetzbuch, dalej jako öStGB) zna kilka środków zabezpieczających przewidzianych w § 21 i n. öStGB.

Największe znaczenie ma § 21 öStGB, zatytułowany „Umieszczenie w zakładzie dla sprawców łamiących prawo, chorych umysłowo”. Zgodnie z § 21 ust. 1 öStGB jeżeli sprawca popełnia czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 1 rok², i nie jest możliwe ukaranie go ze względu na to, że popełnił czyn w stanie niepoczytalności określonym w § 11 öStGB, a polegającym na pozostawianiu w stanie upośledzenia psychicznego lub umysłowego znacznego stopnia, sąd orzeka skierowanie go do zakładu dla sprawców chorych umysłowo, jeżeli w związku z osobą, stanem lub rodzajem czynu sprawcy zachodzi obawa, iż może on pod wpływem swego upośledzenia umysłowego lub psychicznego ponownie popełnić czyn zabroniony o ciężkich następstwach³.

Paragraf 11 ust. 2 öStGB dotyczy sprawców, którzy popełnili czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności przekraczającą 1 rok w stanie poczytalności, jednak znajdując się pod wpływem upośledzenia umysłowego lub psychicznego. Zgodnie z tym przepisem sąd może skierować takiego sprawcę do zakładu dla przestępców chorych umysłowo, a umieszczenie w nim jest traktowane na równi z orzeczeniem kary. Również w tym wypadku wymagane jest zachowanie przesłanki istnienia obawy, że sprawca może pod wpływem swego upośledzenia umysłowego lub psychicznego ponownie popełnić czyn zabroniony o ciężkich następstwach.

Zgodnie z § 21 ust. 3 öStGB za czyny uzasadniające skierowanie do zakładu nie uważa się czynów zabronionych przeciwko mieniu, chyba że zostały popełnione z użyciem przemocy wobec osoby lub groźby bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia. Ten ostatni przepis został wprowadzony do kodeksu karnego ustawą z 30.12.2010 r.⁴ Była to ostatnia, jak dotąd, zmiana omawianego przepisu. Jej wprowadzenie uzasadniano tym, że badania praktyki wykazały, iż znaczący odsetek orzeczeń o umieszczeniu sprawców w zakładzie dla przestępców chorych umysłowo

¹ Bundesgesetzblatt (Dziennik Ustaw Republiki Austrii – BGBl.) 1974, poz. 60 ze zm.

² Co oznacza, że sprawca musi zrealizować zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe znamiona czynu. Istotne jest, że należy sprawcy przypisać, także w tych warunkach, stronę podmiotową – por. wyrok austriackiego Sądu Najwyższego (OGH) z 3.07.2007 r. (11 Os 66/07a), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=374046>; wyrok OGH z 5.12.2007 r. (13 Os 129/07f), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=374046>. W orzecznictwie pojawiają się poglądy, że przypisanie strony podmiotowej w takich warunkach jest niemożliwe, zatem orzekanie odbywa się na gruncie znamion rozumianych przedmiotowo – por. wyrok OGH z 5.12.2007 r. (13 Os 134/07s), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=374046>.

³ Pojęcie ciężkich następstw dostarcza pewnych trudności orzecznictwu z uwagi na swą niedookreśloność – por. wyrok OGH z 3.06.1976 r. (12 Os 56/76), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=443682>.

⁴ BGBl. 2010 nr I, poz. 111.

dotyczył sprawców czynów zabronionych przeciwko mieniu popełnionych bez użycia przemocy lub groźby jej zastosowania⁵. Stosowanie umieszczenia w zakładzie dla przestępców chorych umysłowo w takich wypadkach uznano ze niekonieczne, kosztowne i trudne do uzasadnienia z uwagi na nieproporcjonalny charakter dolegliwości w stosunku do popełnionego czynu⁶.

Paragraf 22 öStGB odnosi się do sprawcy nadużywającego środków odurzających lub narkotyków, który w stanie upojenia lub w związku z uzależnieniem dopuszcza się czynu zabronionego lub który w stanie całkowitego upojenia dopuszcza się czynu określonego w § 287 öStGB⁷. Zgodnie z § 22 ust. 1 öStGB sprawca taki jest kierowany do ośrodka odwykowego dla sprawców czynów zabronionych, jeżeli w związku z osobą, stanem, lub rodzajem czynu sprawcy zachodzi obawa, że ponownie popełni czyn zabroniony o ciężkich następstwach lub czyn zabroniony inny niż o błahych następstwach⁸, związany z jego uzależnieniem. Zgodnie z § 22 ust. 2 öStGB należy stwierdzić, czy sprawca będzie musiał przebywać w zakładzie więcej niż 2 lata, czy nie zachodzą podstawy umieszczenia go w zakładzie dla sprawców chorych umysłowo albo czy umieszczenie w ośrodku odwykowym nie jest z góry skazane na niepowodzenie. Wówczas umieszczenie go tam jest niemożliwe. Okoliczność tę sąd stwierdza w toku postępowania⁹. Przepis ten jest odczytywany jako tworzący ograniczenie dla zastosowania terapii odwykowej w odniesieniu do sprawcy, przy czym ograniczenie to jest oceniane przez sąd¹⁰. Czas pobytu w zakładzie jest zgodnie z § 24 öStGB zaliczany na poczet kary¹¹.

Paragraf 23 öStGB zatytułowany jest „Umieszczenie w placówce dla niebezpiecznych przestępców powrotnych”. Zgodnie z § 23 ust. 1 öStGB jeżeli sprawca, który ukończył 24. rok życia, zostaje skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 2 lat, sąd może równocześnie zarządzić umieszczenie go w placówce dla niebezpiecznych przestępców powrotnych. Możliwe jest to w razie spełnienia trzech dodatkowych warunków:

⁵ Warto zauważyć, że doktryna od dawna zalecała dużą ostrożność w stosowaniu omawianego przepisu – por. C. Bertel, *Die Prognose im StGB. Eine Betrachtung zu dessen § 21 – 234*, „Forensia” 1975/1, s. 31; A. Wąsek w: *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, S. Frankowski (red.), Warszawa 1982, s. 210.

⁶ Por. uzasadnienie projektu http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=BgbAuth&Dokumentnummer=BGBLA_2010_I_111.

⁷ Austriackie prawo karne w zakresie traktowania osób odurzonych operuje konstrukcją tzw. *Rauschdelikt*, określoną w § 287 öStGB. Sprawca nie ponosi odpowiedzialności bezpośrednio za to, co uczyni w stanie upojenia, jednak ponosi odpowiedzialność za samo upojenie, i to zarówno umyślne, jak i nieumyślne. Konstrukcja *Rauschdelikt* oznacza, że kto umyślnie lub nieumyślnie wprawi się w stan odurzenia za pomocą alkoholu lub innych środków, czym wywoła u siebie niepoczytalność, popełnia *Rauschdelikt*, jeżeli w tym stanie dopuści się czynu zabronionego jako przestępstwo lub wykroczenie. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 lub grzywny do 360 stawek dziennych, jednak nie wyższej niż przewidzianej za czyn zabroniony, którego dopuścił się w stanie niepoczytalności wywołanej odurzeniem.

⁸ Dawniej chodziło o taki czyn, w odniesieniu do którego nie zachodzą okoliczności umniejszające odpowiedzialność karną wskazane w § 42 ust. 1 i 2 öStGB, zawierającym katalog okoliczności łagodzących – por. wyrok OGH z 20.01.1977 r. (13 Os 4/77), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=441790>. Obecnie jednak § 42 öStGB jest uchylony, co oznacza, że przesłanka ta podlega ocenie sądu.

⁹ Wyrok OGH z 17.01.1984 r. (9 Os 3/84), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=423426>; wyrok OGH z 5.09.1984 r. (11 Os 110/84), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=423426>.

¹⁰ Wyrok OGH z 29.09.1987 r. (15 Os 145/87), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=414351>.

¹¹ Por. wyrok OGH z 9.09.1997 r. (14 Os 115/97), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=386444>.

Po pierwsze wówczas, kiedy skazanie ma miejsce wyłącznie lub w przeważającej części za kilka umyślnych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, cudzemu mieniu (w tym wypadku przy zastosowaniu przemocy wobec osoby lub groźby jej użycia), przeciwko wolności i samostanowieniu seksualnemu, przy skazaniu za przestępstwo z § 28a austriackiej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii¹² albo przy skazaniu za kilka przestępstw umyślnych przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu¹³.

Po drugie, jeżeli sprawca był już dwukrotnie skazany wyłącznie lub w przeważającej części za czyny określone wyżej na karę pozbawienia wolności każdorazowo przekraczającą 6 miesięcy¹⁴ przed popełnieniem nowych czynów przestępnych, a do ukończenia 19. roku życia spędził co najmniej 18 miesięcy w zakładzie poprawczym.

Po trzecie, jeżeli istnieje obawa, że z powodu jego pociągu do popełniania czynów zabronionych wskazanych wyżej¹⁵ albo z powodu utrzymywania się z ich popełniania w przeważającej części¹⁶ będzie on nadal popełniać takie przestępstwa.

Zgodnie z § 23 ust. 2 öStGB od dnia umieszczenia w placówce należy sprawcę obserwować, czy nie zachodzą podstawy umieszczenia go w zakładzie dla przestępców chorych umysłowo. W razie stwierdzenia takiej konieczności można go tam umieścić. Wówczas nie jest konieczne orzeczenie środka zabezpieczającego w postępowaniu jurysdykcyjnym, możliwe jest orzeczenie go w postępowaniu wykonawczym.

Paragraf 23 ust. 3 öStGB stanowi, że czas wykonywania środka zabezpieczającego jest wliczony do czasu orzeczonej kary.

Paragraf 23 ust. 4 öStGB tworzy swego rodzaju przedawnienie recydywy w rozumieniu § 23 ust. 1 öStGB. Stanowi on, że wcześniejsze ukaranie nie jest brane pod uwagę, jeżeli od wykonania kary do popełnienia kolejnego czynu minęło więcej niż 5 lat¹⁷. Jeżeli kara została odbyta w ten sposób, że zaliczono na jej poczet okres rzeczywistego pozbawienia wolności przed wydaniem prawomocnego

¹² Przepis ten penalizuje wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu narkotyków. Ustawa z 5.09.1997 r. o trujących nalogach, środkach psychotropowych i prekursorach (tzw. Suchtmittelgesetz –SMG), Bundesgesetzblatt (BGBl.) 1997, nr I, poz. 112

¹³ Wykaz ten w zasadzie uważa się za enumeratywny – por. wyrok OGH z 25.02.1976 r. (9 Os 182/75), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=444469>.

¹⁴ Przy czym uważa się, że wykonanie jednego z dwóch wyżej omówionych środków zabezpieczających stoi na równi z wykonaniem wobec sprawcy kary pozbawienia wolności, o czym wyraźnie stanowi § 23 ust. 3 öStGB.

¹⁵ Pociąg do popełniania czynów rozumiany jest w orzecznictwie austriackim w ten sposób, że uważa się, iż zachodzi on wówczas, kiedy osobowość sprawcy jest ukształtowana tak, iż ma on ciągłą i trwałą skłonność do zachowania sprzecznego z prawem. Jest to coś więcej niż przyzwyczajenie sprawcy do popełniania przestępstw. Skłonność, o której mowa, polega na tym, że możliwość wykrycia i ukarania sprawcy nie powstrzymuje go przed popełnieniem przestępstwa należącego do danej kategorii, lecz skłonny on jest je popełniać przy każdej nadarzającej się sposobności. Możliwości reintegracji sprawcy ze społeczeństwem lub środowiskiem rodzinnym są w tych warunkach utrudnione. Chodzi tu zatem w gruncie rzeczy o utrwaloną skłonność sprawcy do popełniania przestępstw danego rodzaju – por. wyrok OGH z 10.01.1984 r. (10 Os 189/83), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=423500>.

¹⁶ Co do treści tych pojęć por. wyrok OGH z 5.12.1977 r. (12 Os 151/77), „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1978/96, s. 273.

¹⁷ W wypadku popełnienia jednego z czynów wskazanych w treści § 23 ust. 1 öStGB i skazania sprawcy na karę przekraczającą 6 miesięcy pozbawienia wolności można mówić o swego rodzaju przerwaniu terminu pięcioletniego. Popełnienie innego czynu lub skazanie na łagodniejszą karę jest dla możliwości zastosowania przepisu bez znaczenia – por. wyrok OGH z 28.05.1976 r. (11 Os 62/76), „Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen” 1976/9, s. 20.

wyroku, termin ten liczy się od dnia uprawomocnienia się wyroku. Zgodnie z § 23 ust. 5 öStGB skazania zagraniczne mogą być podstawą orzeczenia omawianego środka zabezpieczającego, jeżeli spełnione są wymogi określone w § 73 öStGB¹⁸, a także jeżeli za dane przestępstwo sąd austriacki mógłby orzec karę powyżej 6 miesięcy pozbawienia wolności i zostałyby zrealizowane wymogi orzeczenia środka zabezpieczającego.

Kolejność wykonywania kary pozbawienia wolności i środków zabezpieczających związanych z pozbawieniem wolności reguluje § 24 öStGB. Zgodnie z § 24 ust. 1 öStGB umieszczenie w zakładzie dla sprawców łamiących prawo chorych umysłowo oraz umieszczenie w ośrodku odwykowym dla sprawców czynów zabronionych jest wykonywane przed karą pozbawienia wolności. Czas przebywania w placówce jest zaliczany na poczet kary. Środek zaprzestaje się wykonywać najpóźniej w czasie, w którym sprawca zakończyłby odbywanie kary¹⁹. Jeżeli wykonywanie środka zakończy się przed tym terminem, sprawcy można darować resztę kary bezwarunkowo lub warunkowo. Umieszczenie w placówce dla niebezpiecznych przestępców powrotnych (§ 24 ust. 2 öStGB) wykonuje się po odbyciu przez sprawcę kary pozbawienia wolności. Przed umieszczeniem skazanego w placówce sąd z urzędu stwierdza, czy jest to konieczne.

Wszystkie przedstawione środki zabezpieczające orzeka się z góry, nie określając czasu ich wykonywania. Wykonywane są tak długo, jak jest to konieczne ze względu na cel środka. Jednak umieszczenie w ośrodku odwykowym dla sprawców czynów zabronionych nie może trwać dłużej niż 2 lata, a umieszczenie w placówce dla niebezpiecznych przestępców powrotnych nie może trwać dłużej niż 10 lat (§ 25 ust. 1 öStGB). Natomiast nie określa się maksymalnej długości wykonywania środka pobytu w zakładzie dla sprawców chorych umysłowo. O zaprzestaniu stosowania środka decyduje sąd (§ 25 ust. 2 öStGB). Czy przetrzymywanie sprawcy w zakładzie dla sprawców łamiących prawo chorych umysłowo lub w placówce dla niebezpiecznych przestępców powrotnych jest nadal konieczne, sąd rozstrzyga z urzędu przynajmniej raz do roku (§ 25 ust. 3 öStGB), natomiast o konieczności dalszego pozostawiania sprawcy w ośrodku odwykowym dla sprawców czynów zabronionych – co 6 miesięcy (§ 25 ust. 4 öStGB).

Środkiem zabezpieczającym w austriackim prawie karnym jest także konfiskata przedmiotów określona w § 19a i § 26 öStGB. Przepadkowi na podstawie tych przepisów podlegają przedmioty służące lub przeznaczone do popełnienia przestępstwa, jeżeli ze względu na szczególne właściwości tych przedmiotów jest to wskazane dla przeciwdziałania popełnianiu czynów zabronionych pod groźbą kary.

¹⁸ Przepis ten dotyczy uznawania przez sądy austriackie skazań za granicą. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, co do zasady skazanie przez sąd zagraniczny jest równoznaczne ze skazaniem przez sąd austriacki, o ile dotyczy czynu, który jest zabroniony także według prawa austriackiego, jeżeli wyrok został wydany zgodnie ze standardami określonymi w art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284). Uważa się przy tym, że wymogi określone w art. 6 Konwencji są spełnione w przypadku każdego państwa, które jest stroną KE, o ile brak jest dowodów przeciwnych – por. wyrok OGH z 31.05.2007 r. (12 Os 34/07b), <http://www.jusline.at/index.php?cpid=77cc2619465c939cd4189c33216b2d0c&feed=371402>.

¹⁹ Jest to tzw. *System des Vikariierens*, polegający na konieczności zaliczenia na poczet kary wykonanego środka. O jego istocie i wadze w austriackim prawie karnym pisze w polskiej literaturze A. Wąsek w: *Prawo karne...*, s. 211.

3. SZWAJCARIA

Dosyć rozbudowany jest system środków karnych w szwajcarskim prawie karnym, przy czym podlegał on w ostatnich latach szerokim zmianom²⁰. Szwajcarski kodeks karny z 21.12.1937 r.²¹ (dalej jako SStGB) normuje je w art. 56–65. Dzieli się one na trzy kategorie:

- środki terapeutyczne stacjonarne (izolacyjne – art. 59 i n. SStGB),
- leczenie ambulatoryjne (art. 63 i n. SStGB), oraz
- dozór (art. 64 i n. SStGB).

Istnieją ogólne przepisy dotyczące stosowania środków zabezpieczających. Zgodnie z art. 56 ust. 1 SStGB środek zabezpieczający stosuje się, jeżeli zastosowanie kary jest nieodpowiednie, a istnieje obawa popełnienia przez sprawcę dalszych czynów karalnych, jeżeli istnieje konieczność leczenia sprawcy lub wymaga tego bezpieczeństwo publiczne, a jednocześnie jeżeli spełnione są dalsze wymogi przewidziane w art. 59–61 oraz art. 63–64 SStGB. Zgodnie z art. 56a ust. 1 SStGB w sytuacji, kiedy odpowiednie jest zastosowanie więcej niż jednego środka, jednak konieczne jest stosowanie tylko jednego, sąd powinien zastosować środek, którego wykonanie jest dla sprawcy najmniej dolegliwe. Sąd może zastosować kilka środków tylko wówczas, jeżeli jest to konieczne (art. 56a ust. 2 SStGB).

Co do zasady środki terapeutyczne stacjonarne (izolacyjne) stosowane są obok kary. Artykuł 57 ust. 1 SStGB stanowi, że jeżeli istnieją podstawy zarówno do ukarania, jak i do zastosowania środka zabezpieczającego, sąd stosuje oba rodzaje sankcji²². Wykonanie kary i środka zabezpieczającego określonego w art. 59–61 oraz art. 62a SStGB może następować równocześnie z wykonaniem kary pozbawienia wolności (art. 57 ust. 2 SStGB), a pozbawienie wolności związane z wykonaniem środka zabezpieczającego podlega zaliczeniu na poczet kary (art. 57 ust. 3 SStGB). Jednak zgodnie z art. 19 ust. 3 SStGB możliwe jest samoistne zastosowanie środka zabezpieczającego, jeżeli wymierzenie kary jest niemożliwe z powodu podejrzenia niepoczytalności sprawcy. Zgodnie z art. 58 ust. 2 SStGB wykonanie środków terapeutycznych określonych w art. 59–61 SStGB może następować niezależnie od wykonania kary, zasadniczo przed jej wykonaniem.

Środkami terapeutycznymi (stacjonarnymi) są: leczenie zaburzeń psychicznych (art. 59 SStGB), leczenie uzależnień (art. 60 SStGB) i szczególne środki stosowane wobec sprawców młodocianych (poniżej 25. roku życia – art. 61 SStGB).

²⁰ Wskazuje je w tekście. Zasadnicze znaczenie miało wprowadzenie w 2004 r. dożywotniego dozoru w odniesieniu do przestępców szczególnie niebezpiecznych. Zasadniczym motywem była ochrona przed poważnymi przestępcami, w szczególności seksualnymi. Uchwalenie ustawy wynikło z inicjatywy społecznej. Chcąc z jednej strony zaspokoić oczekiwania społeczne, a z drugiej pozostać w zgodzie z podstawowymi zasadami prawa karnego, ustawodawca szwajcarski zmuszony był do zastosowania niezwykle skomplikowanych uregulowań, które dodatkowo, z uwagi na swe zagmatwanie, rodziły szereg wątpliwości, które usiłowano usuwać licznymi nowelizacjami przepisów dotyczących środków zabezpieczających. Ostateczny rezultat (mowa o sytuacji na styczeń 2013 r.) jest wątpliwy w tym sensie, że przepisy te są niezwykle skomplikowane, przy czym trudno je ocenić jako jasne. Wysoce prawdopodobne, że szwajcarski ustawodawca zdecyduje się na dalsze nowelizacje omawianych przepisów, przy czym należy wyrazić wątpliwość, czy możliwe jest takie ich sformułowanie, by były jednocześnie funkcjonalne, proste i poddające się jednoznacznej interpretacji.

²¹ Tekst jedn.: Amtliche Sammlung (dziennik ustaw Szwajcarii) AS z 1954, poz. 757 ze zm.

²² „Sind die Voraussetzungen sowohl für eine Strafe wie für eine Massnahme erfüllt, so ordnet das Gericht beide Sanktionen an”.

Leczenie zaburzeń psychicznych jest unormowane w art. 59 SStGB²³. Zgodnie z art. 59 ust. 1 SStGB podstawą orzeczenia leczenia jest ciężkie poszkodowanie psychiczne sprawcy, jeżeli sprawca ten popełnił czyn zabroniony jako przestępstwo lub wykroczenie związane z jego chorobą psychiczną i można oczekiwać, że zachodzi niebezpieczeństwo popełnienia przez niego dalszych czynów związanych z jego chorobą. Terapia szpitalna odbywa się w dostosowanym do tego celu szpitalu psychiatrycznym lub ośrodku wykonywania środków zabezpieczających (art. 59 ust. 2 SStGB). Jak długo istnieje zagrożenie, że sprawca może zbiec lub popełnić dalsze czyny karalne, powinien przebywać w ośrodku zamkniętym. Może też być przetrzymywany w zakładzie karnym w rozumieniu art. 76 ust. 2 SStGB²⁴, o ile konieczna terapia jest zagwarantowana przez fachowy personel (art. 59 ust. 3 SStGB). Pozbawienie wolności związane z terapią może wynieść co najwyżej 5 lat. Jednak jeżeli przyczyny, dla których zastosowano środek, nie ustąpią po 5 latach i nadal istnieje niebezpieczeństwo, że sprawca będzie popełniał czyny karalne związane z zaburzeniami psychicznymi, sąd może przedłużyć wykonywanie środka na wniosek odpowiednich władz. Każdorazowe przedłużenie następuje na okres nie dłuższy niż kolejne 5 lat (art. 59 ust. 4 SStGB).

Kolejnym stacjonarnym środkiem zabezpieczającym jest leczenie uzależnień, określone w art. 60 SStGB. Zgodnie z art. 60 ust. 1 SStGB jeżeli sprawca jest uzależniony od środków odurzających lub w inny sposób, sąd może zarządzić terapię szpitalną, gdy sprawca dopuścił się przestępstwa lub wykroczenia związanego z uzależnieniem, a należy oczekiwać niebezpieczeństwa, że dopuści się dalszych czynów pozostających w takim związku. Zgodnie z art. 60 ust. 2 SStGB sąd, orzekając ten środek, bierze pod uwagę prośby sprawcy i jego gotowość do poddania się zabiegom. Terapia przeprowadzana jest w wyspecjalizowanym ośrodku, a w razie potrzeby w szpitalu psychiatrycznym. Przy orzekaniu i wykonywaniu środka bierze się pod uwagę indywidualne potrzeby sprawcy (art. 60 ust. 3 SStGB). Pozbawienie wolności związane z leczeniem może trwać co do zasady do 3 lat. Jeżeli po upływie 3 lat istnieją dane, by uznać, że potrzebna jest dalsza terapia, ponieważ nadal istnieje niebezpieczeństwo dopuszczania się przez sprawcę kolejnych czynów karalnych związanych z uzależnieniem, sąd może na wniosek właściwego organu wydłużyć stosowanie terapii o dalszy rok. Wydłużenie może następować kilkakrotnie, jednak łączny okres wykonywania środka nie może przekraczać 6 lat (art. 60 ust. 4 SStGB).

Szczególne środki stosowane wobec sprawców młodocianych (młodych dorosłych) normuje art. 61 SStGB. Dotyczy on przypadków, kiedy sprawca w czasie czynu nie ukończył 25 lat życia, a rozwój jego osobowości był znacznie zaburzony. Wówczas sąd może skierować sprawcę do ośrodka dla młodych dorosłych sprawców czynów karalnych. Przesłankami zastosowania tego środka są popełnienie czynu karnego jako przestępstwo lub wykroczenie w związku z zakłóceniami w rozwoju osobowości sprawcy i istnienie niebezpieczeństwa, że sprawca w dalszym ciągu będzie popełniał takie czyny (art. 61 ust. 1 SStGB). Środek ten jest wykonywany

²³ Przepis stosunkowo niedawno znowelizowany ustawą z 24.03.2006 r. – „Amtliche Sammlung des Bundesrechts” (szwajcarski dziennik ustaw) 2006, poz. 3539. Nowelizacja polegała na doprecyzowaniu sposobu wykonywania środka.

²⁴ Chodzi o zakład karny typu zamkniętego, który może być zgodnie ze wskazanym przepisem osobnym zakładem lub wydzielonym oddziałem istniejącego zakładu karnego.

w specjalnie wydzielonych ośrodkach, które mogą być tworzone przy zakładach karnych, jak też przy placówkach, w których wykonywane są inne środki zabezpieczające (art. 61 ust. 2 SStGB). Jeżeli sprawca popełnił czyn przed ukończeniem 18. roku życia, środek może być wykonywany w ośrodku dla nieletnich (art. 61 ust. 5 SStGB).

Celem środka jest wyrobienie w sprawcy zdolności do życia odpowiedzialnego i zgodnego z prawem (art. 61 ust. 3 SStGB). Pozbawienie wolności związane z wykonywaniem środka może trwać co najwyżej 4 lata. Istnieje możliwość wydłużenia tego czasu do 6 lat, jednak nie może być on wykonywany po ukończeniu przez sprawcę 30 lat życia (art. 61 ust. 4 SStGB).

Do wszystkich stacjonarnych środków zabezpieczających znajduje zastosowanie przepis art. 62 SStGB, który przewiduje możliwość warunkowego zwolnienia z wykonywania środka. Artykuł 62 ust. 1 SStGB stanowi, że sprawca powinien być zwolniony warunkowo z odbywania środka zawsze, kiedy jego stan usprawiedliwia danie mu możliwości sprawdzenia się na wolności. Okres próby w przypadku zwolnienia ze środka określonego w art. 59 SStGB wynosi do 5 lat, a w razie zwolnienia ze środków określonych w art. 60 i art. 61 SStGB – do 3 lat (art. 62 ust. 2 SStGB). Sprawca zwolniony warunkowo może zostać przez sąd zobowiązany do poddania się w okresie próby leczeniu ambulatoryjnemu. Możliwe jest objęcie sprawcy w okresie próby dozorem; właściwe organy udzielają mu w tym czasie odpowiednich wskazówek (art. 62 ust. 3 SStGB). Jeżeli w okresie próby pojawi się konieczność objęcia sprawcy dozorem, nałożenia obowiązków, leczenia ambulatoryjnego, a także niebezpieczeństwo popełnienia czynów zabronionych związanych ze stanem sprawcy, sąd może zmienić zasady warunkowego zwolnienia, łącznie z wydłużeniem okresu próby, przy czym w wypadku warunkowego zwolnienia z odbywania środka określonego w art. 59 SStGB możliwe jest jednorazowe wydłużenie okresu próby o kolejne 5 lat, a w wypadku dwóch pozostałych środków jednorazowe wydłużenie o kolejne 3 lata (art. 62 ust. 4 SStGB). Oznacza to, że w przypadku środków określonych w art. 60 i art. 61 SStGB maksymalna długość okresu próby to 6 lat (art. 62 ust. 5 SStGB). Natomiast jeżeli sprawca popełnił czyn karalny w rozumieniu art. 64 ust. 1 SStGB²⁵, okres próby może być wydłużany kilkakrotnie, jeżeli tylko istnieje niebezpieczeństwo popełniania dalszych czynów tego rodzaju przez sprawcę (art. 62 ust. 6 SStGB).

Zgodnie z art. 62a ust. 1 SStGB, jeżeli w okresie próby sprawca warunkowo zwolniony popełni czyn karalny i okaże, że niebezpieczeństwo uzasadniające stosowanie środka zabezpieczającego nadal trwa, niezależnie od oceny nowego czynu można zarządzić ponowne umieszczenie w ośrodku, wydłużenie okresu stosowania środka, zmianę środka lub – jeżeli cele środka zostaną zrealizowane – zrezygnowanie z jego stosowania i orzeczenie kary pozbawienia wolności. Jeżeli w odniesieniu do nowo popełnionego czynu istnieją podstawy orzeczenia kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, a istnieją nadal podstawy

²⁵ Chodzi o popełnienie przez sprawcę morderstwa, zabójstwa z premedytacją, spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, zgwałcenia, rozboju, wzięcia zakładników, podpalenia, spowodowania niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia bądź innego przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat, przez które sprawca ciężko naruszył lub chciał naruszyć fizyczną, psychiczną lub seksualną nietykalność osoby.

wykonywania środka zabezpieczającego, sąd stosuje przepis art. 49 SStGB²⁶ (art. 62a ust. 2 SStGB). Jeżeli na podstawie zachowania sprawcy można oczekiwać, że istnieje poważne niebezpieczeństwo popełnienia przez niego czynu zabronionego określonego w art. 64 ust. 1 SStGB, sąd, który zastosował środek zabezpieczający, może wydłużyć okres jego wykonywania (art. 62a ust. 3 SStGB). Wydłużenie wykonania środka określonego w art. 59 SStGB może nastąpić na czas do kolejnych 5 lat, środków określonych w art. 60 i art. 61 SStGB na okres do kolejnych 2 lat (art. 62a ust. 4 SStGB). Jeżeli sąd widzi konieczność rezygnacji z wydłużenia okresu stosowania środka lub zamiany środka na inny, może zastosować warunkowe zwolnienie, leczenie ambulatoryjne, dozór; może też nałożyć obowiązki. Wówczas okres próby w przypadku środka określonego w art. 59 SStGB zostaje przedłużony o okres do lat 5, a w przypadku środków określonych w art. 60 i art. 61 SStGB o okres do 3 lat (art. 62a ust. 5 SStGB). W razie gdy sprawca uchyla się od dozoru lub wykonywania obowiązków, zastosowanie znajdują przepisy o możliwości odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 62a ust. 6 SStGB).

Bezwarunkowego zwolnienia z odbywania stacjonarnego środka zabezpieczającego, w tym w wypadku uprzedniego zwolnienia warunkowego, dotyczą kolejne przepisy. Zgodnie z art. 62b ust. 1 SStGB bezwarunkowe zwolnienie następuje z upływem okresu próby. Sprawca zostaje zwolniony bezwarunkowo także wtedy, kiedy okres stosowania środka określonego w art. 60 lub art. 61 SStGB osiągnął maksimum ustawowe, a cele środka zostały osiągnięte (art. 62b ust. 2 SStGB). Jeżeli osiągnięto cel środka, a jego wykonanie wiązało się z pozbawieniem wolności krótszym niż orzeczona obok niego kara pozbawienia wolności, kara ta nie jest wykonywana (art. 62b ust. 3 SStGB). Zgodnie z art. 62c ust. 1 SStGB zniesienie środka zabezpieczającego następuje wówczas, gdy jego trwanie lub wydłużanie nie daje nadziei osiągnięcia celu, gdy wykonywano środek z art. 60 lub 61 SStGB przez maksymalny okres i brak jest podstaw do zwolnienia, a także gdy ujawni się lub powstanie brak podstaw stosowania środka. Jeżeli środek zabezpieczający polegający na pozbawieniu wolności wykonywany jest krócej niż odłożona w celu wykonania środka kara pozbawienia wolności, kara ta może być wykonana (art. 62c ust. 2 SStGB). Możliwe jest orzeczenie innego środka zabezpieczającego zamiast kary podlegającej wykonaniu (art. 62c ust. 3 SStGB). Przy zniesieniu środka zabezpieczającego orzeczonego z powodu dopuszczenia się przez sprawcę czynu zabronionego wskazanego w treści art. 64 ust. 1 SStGB możliwe jest oddanie sprawcy pod dozór po zakończeniu wykonywania środka (art. 62c ust. 4 SStGB). Sąd może uchylić terapeutyczny stacjonarny środek i orzec w to miejsce inny stacjonarny środek terapeutyczny, jeżeli uzna, że nowy środek lepiej spełni cele (art. 62c ust. 6 SStGB)²⁷.

Zgodnie z art. 62d ust. 1 SStGB właściwe organy kontrolują wszystkie prośby i wnioski o zmianę lub zwolnienie z wykonywania środka. Niezależnie od tego raz do roku z urzędu kontrolują wykonywanie środka pod kątem potrzeby takich modyfikacji. Konieczne jest wtedy zasięgnięcie opinii kierownika instytucji, w której środek jest wykonywany. Jeżeli sprawca dopuścił się czynu wskazanego

²⁶ Zatem wymierza karę łączną, która w Szwajcarii co do zasady polega na obostrożeniu kary najsurowszej z łączonych.

²⁷ Przepis art. 62c ust. 5 SStGB wprowadzono ustawą z 26.06.2006 r. (BBl 2006 7001), a następnie zmieniono ustawą z 19.12.2008 r. (AS 2001, poz. 725).

w art. 64 ust. 1 SStGB, wszelkie decyzje w tym zakresie podejmowane są po zasięgnięciu opinii niezależnego biegłego oraz biegłych zatrudnionych w organach ochrony porządku prawnego, w szczególności biegłego psychiatry, przy czym biegłym nie może być ten, kto opiekował się sprawcą (art. 62d ust. 2 SStGB).

Niestacjonarnym środkiem terapeutycznym jest leczenie ambulatoryjne. Podstawy jego zastosowanie określa art. 63 ust. 1 SStGB. Jeżeli sprawca jest upośledzony psychicznie lub uzależniony od środków odurzających albo w inny sposób, sąd może zarządzić, że będzie on leczony nie stacjonarnie, lecz ambulatoryjnie, gdy dopuścił się czynu zabronionego związanego z jego stanem i należy się spodziewać niebezpieczeństwa popełnienia dalszych czynów zabronionych z tym związanych.

Sąd wówczas może odroczyć wykonanie równocześnie orzeczonej bezwzględnej kary pozbawienia wolności, uzależniając jej ostateczne wykonanie od wyników leczenia ambulatoryjnego. Może także nałożyć na sprawcę w czasie leczenia odpowiednie obowiązki (art. 63 ust. 2 SStGB). Zgodnie z art. 63 ust. 3 SStGB właściwy organ może zarządzić wstępne leczenie stacjonarne, jeżeli jest ono niezbędnym wstępem do leczenia ambulatoryjnego. Leczenie stacjonarne wówczas nie może trwać dłużej niż miesiąc. Maksymalny czas trwania leczenia ambulatoryjnego art. 63 ust. 4 SStGB określa na 5 lat. Sąd na wniosek właściwego organu może okres ten wydłużyć w związku z istniejącym niebezpieczeństwem popełniania przez sprawcę czynów zabronionych maksymalnie o dalsze 5 lat, przy czym wydłużenie to może nastąpić kilkakrotnie.

Właściwe organy przynajmniej raz do roku kontrolują przebieg leczenia pod kątem zasadności dalszego stosowania środka, wysłuchując opinii terapeuty (art. 63a ust. 1 SStGB). Leczenie ambulatoryjne jest przerywane przez właściwy organ, jeżeli zostało skutecznie zakończone, kontynuowanie go nie daje nadziei powodzenia lub osiągnięty został maksymalny ustawowy czas leczenia z uzależnienia (art. 63a ust. 2 SStGB). Jeżeli sprawca w czasie trwania leczenia ambulatoryjnego dopuszcza się czynu zabronionego związanego ze stanem, w jakim się znajduje, i stan jego wskazuje, że istniejące niebezpieczeństwo popełniania przez niego czynów zabronionych nie zostaje uchylone, sąd, orzekając w sprawie o nowy czyn, rozstrzyga kwestię zasadności stosowania środka (art. 63a ust. 3 SStGB). Jeżeli sprawca uchyla się od dozoru lub wykonywania nałożonych obowiązków, stosuje się odpowiednio przepisy o warunkowym skazaniu (art. 63a ust. 4 SStGB).

W przypadku skutecznego zakończenia leczenia ambulatoryjnego kara pozbawienia wolności nie podlega wykonaniu (art. 63b ust. 1 SStGB). W razie przerwania leczenia ambulatoryjnego z powodu braku nadziei powodzenia, osiągnięcia maksymalnego terminu ustawowego lub z powodu określonego w art. 63a ust. 3 SStGB, możliwe jest wykonanie odroczonej kary pozbawienia wolności (art. 63b ust. 2 SStGB). Wówczas możliwe jest leczenie ambulatoryjne w czasie odbywania kary (art. 63b ust. 3 SStGB). Sąd natomiast określa, w jakim zakresie okres leczenia ambulatoryjnego w warunkach wolnościowych zaliczany jest na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności (art. 63b ust. 4 SStGB). Zamiast orzeczonej kary może orzec zastosowanie terapeutycznego środka stacjonarnego (art. 59–61 SStGB), jeżeli jest to konieczne dla zapobieżenia popełnianiu przez sprawcę nowych czynów zabronionych (art. 63b ust. 5 SStGB).

Kolejnym środkiem zabezpieczającym w szwajcarskim prawie karnym jest dozór określony w art. 64 SStGB. Jest to instytucja stosunkowo niedawno zmodyfikowana, bowiem dozór dożywotni wprowadzono nowelizacją kodeksu karnego z 2004 r.²⁸

Zgodnie z art. 64 ust. 1 SStGB sąd zarządza dozór, jeżeli sprawca dopuścił się morderstwa, zabójstwa z premedytacją, spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, zgwałcenia, rozboju, wzięcia zakładników, podpalenia, spowodowania niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia, bądź innego przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat, przez które sprawca ciężko naruszył lub chciał naruszyć fizyczną, psychiczną lub seksualną nietykalność osoby, jeżeli z powodu cech osobowości sprawcy, okoliczności przestępstwa, a także warunków życia sprawcy, bądź z powodu stałej²⁹ lub długotrwałej ciężkiej choroby psychicznej, z którą pozostawał w związku popełniony przez sprawcę czyn, należy oczekiwać, że popełni on dalsze czyny tego rodzaju. Zarządzenie dozoru jest możliwe tylko wtedy, kiedy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że sprawca ponownie popełni czyn tego rodzaju, a zarządzenie innego środka zabezpieczającego nie rokuje powodzenia. Środek ten zatem stanowi *ultima ratio* systemu środków zabezpieczających w szwajcarskim prawie karnym. Istnieją dwie postaci dozoru – pierwszy, który można określić jako „zwykły”, jest orzekany na podstawie art. 64 ust. 1 SStGB, natomiast obok niego istnieje także dozór dożywotni, orzekany na podstawie art. 64 ust. 1bis SStGB. Ten ostatni jest orzekany, jeżeli sprawca dopuszcza się morderstwa, zabójstwa z premedytacją, spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, zgwałcenia, wymuszenia seksualnego, rozboju, pozbawienia wolności, porwania, wzięcia zakładników, handlu żywym towarem, ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennej i spełnione są dodatkowe przesłanki. Pierwszą z nich jest to, że sprawca przez swój czyn naruszył lub chciał naruszyć w szczególnie ciężki sposób fizyczną, psychiczną lub seksualną integralność innej osoby. Drugą przesłanką jest to, że istnieje szczególnie wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez sprawcę takiego przestępstwa w przyszłości. Trzecią przesłanką jest to, że sprawca nie rokuje nadziei na to, by zastosowanie jakiegokolwiek innego środka przyniosło pozytywne rezultaty. Wszystkie przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Wykonanie orzeczonej kary pozbawienia wolności następuje przed wykonaniem dozoru, w obu jego postaciach (art. 64 ust. 2 SStGB). Orzeczenie tego środka możliwe jest zarówno w postępowaniu jurysdykcyjnym, jak i w postępowaniu wykonawczym. W tym ostatnim przypadku orzeczenie środka jest możliwe w razie warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 64 ust. 3 SStGB).

Z samego dozoru można sprawcę warunkowo przedterminowo zwolnić, jeżeli sprawdzi się on w warunkach wolnościowych. Można wówczas nałożyć na sprawcę zwykły dozór i obowiązki probacyjne. Okres próby ustala sąd; wynosi on od 2 do 5 lat (art. 64a ust. 1 SStGB). Okres ten może być w razie potrzeby przedłużony na wniosek właściwego organu na dalszy czas oznaczony, wynoszący także od 2

²⁸ Z mocą obowiązującą od 8.02.2004 r. Przepis art. 64 SStGB, dotyczący dozoru zwykłego, był kilkakrotnie nowelizowany, w tym ustawą z 24.03.2006 r. (AS 2006, poz. 3539), ustawą z 21.12.2007 r. (AS 2008, poz. 2961), ustawą z 18.06.2010 r. (AS 2010, poz. 4963).

²⁹ W tekście przepisu użyto sformułowania „anhaltenden oder langdauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere”, co można dosłownie przetłumaczyć jako „trwałego lub długotrwałego uszkodzenia psychicznego znacznej ciężkości”.

do 5 lat (art. 64a ust. 2 SStGB). Jeżeli w okresie próby okazuje się, że istnieje obawa, iż sprawca może w dalszym ciągu popełniać czyny wskazane w treści art. 64 ust. 1 SStGB, możliwe jest odwołanie próby; podobnie jeżeli sprawca uchyla się od dozoru lub nie wykonuje obowiązków (art. 64a ust. 3 i 4 SStGB). W razie pozytywnego przebiegu próby dozór uznaje się za wykonany z chwilą warunkowego zwolnienia (art. 64a ust. 5 SStGB)³⁰.

W przypadku dozoru zwykłego, kontrola możliwości warunkowego zwolnienia z dozoru powinna następować co najmniej raz do roku, jednak pierwsza następuje dopiero po 2 latach wykonywania dozoru. Natomiast kontrola, czy nie zachodzą podstawy zastosowania terapeutycznego środka zabezpieczającego, następuje przed rozpoczęciem wykonywania dozoru, a następnie co najmniej raz na 2 lata (art. 64b ust. 1 SStGB)³¹. Kontrola, o której mowa, obejmuje zapoznanie się z opinią kierownictwa placówki i zasięgnięcie opinii biegłych (art. 64b ust. 2 SStGB), komisji powołanej na podstawie art. 64d SStGB, a także wysłuchanie sprawcy.

W razie dożywotniego dozoru właściwe organy z urzędu lub na wniosek stwierdzają, czy pojawiły się nowe ustalenia nauki pozwalające na uznanie, że sprawca nie stanowi już zagrożenia dla społeczeństwa. Właściwa w takich sprawach jest komisja do spraw oceny sprawców skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności (art. 64c ust. 1 SStGB)³². Jeżeli właściwe organy rozstrzygną, jaki powinien być sposób traktowania sprawcy, przedstawiają mu określoną propozycję. Możliwość modyfikacji w tej drodze istnieje aż do zniesienia dożywotniego dozoru (art. 64c ust. 2 SStGB). Przepisy art. 64c ust. 1 i 2 SStGB znajdują zastosowanie także do dożywotniego dozoru orzeczanego w odniesieniu do sprawcy skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności. Możliwe jest zwolnienie go z zakładu karnego i zastosowanie dożywotniego dozoru najwcześniej po odbyciu 15 lat kary (art. 64c ust. 6 SStGB).

Jeżeli zostanie ustalone, że niebezpieczeństwo ze strony sprawcy tak dalece się zmniejszyło, iż nie stanowi on już zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego, sąd zamienia dożywotni dozór na jeden ze środków zabezpieczających przewidzianych w art. 59–61 SStGB (art. 64c ust. 3 SStGB).

Sąd może zwolnić sprawcę warunkowo z dożywotniego dozoru, jeżeli wskutek poważnej choroby, późnej starości lub z innego ważnego powodu nie przedstawia zagrożenia dla społeczeństwa. Do warunkowego zwolnienia stosuje się zasady przewidziane w art. 64a SStGB omówione wyżej (art. 64c ust. 4 SStGB). Zwolnienia z dożywotniego dozoru może udzielić tylko ten sąd, który je zastosował, przy czym konieczne jest zasięgnięcie opinii co najmniej dwóch niezależnych biegłych, z których żaden nigdy nie opiekował się sprawcą (art. 64c ust. 5 SStGB).

Zgodnie z art. 65 ust. 1 SStGB w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności lub dozoru możliwe jest zawsze dokonanie zmiany polegającej na zastosowaniu środków zabezpieczających przewidzianych w art. 59–61 SStGB, jeżeli ich zastosowanie może spełnić cele środka. Czyni to sąd, który orzekał w sprawie. W razie zastosowania jednego ze środków przewidzianych w art. 59–61 SStGB wykonanie reszty kary jest odraczane.

³⁰ Art. 64a SStGB, znowelizowany ostatnio ustawą z 21.12.2007 r. (AS 2008, poz. 2961).

³¹ Art. 64b SStGB, znowelizowany ostatnio ustawą z 24.03.2006 r. (AS 2006, poz. 3539).

³² Przepis art. 64c SStGB wprowadzony został ustawą z 21.12.2007 r. (AS 2008, poz. 2961).

Od 2006 r. istnieje możliwość zastosowania dozoru w odniesieniu do sprawcy, w stosunku do którego dozór ten nie został orzeczony w postępowaniu jurysdykcyjnym. Wprowadzony wówczas art. 65 ust. 2 SStGB stanowi, że w przypadku, kiedy sprawca odbywa karę pozbawienia wolności, a nie orzeczono wobec niego środka zabezpieczającego, sąd może w postępowaniu wykonawczym orzec zastosowanie wobec sprawcy dozoru po zakończeniu odbywania kary³³.

Podsumowując uwagi odnoszące się do uregulowania szwajcarskiego, należy stwierdzić istnienie szerokiej gamy środków zabezpieczających. Orzekane są one zasadniczo obok kary pozbawienia wolności i wykonywane po lub przed jej odbyciem przez sprawcę. W razie wykonania środka przed odbyciem kary możliwe jest zrezygnowanie z wykonania kary. Zasadniczo środki zabezpieczające są ograniczone w czasie. Ich orzekanie możliwe jest zarówno w czasie postępowania jurysdykcyjnego, jak i w czasie postępowania wykonawczego. Poważne komplikacje teoretyczne związane były z wprowadzeniem dożywotniego dozoru jako postaci dozoru, który uważany jest w systemie szwajcarskim za najpoważniejszy środek zabezpieczający. Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom społecznym, a jednocześnie chcąc zachować podstawowe zasady prawa karnego, ustawodawca szwajcarski skonstruował wszystkie środki zabezpieczające, a w szczególności dozór, w sposób niezwykle skomplikowany, niejasny i kazuistyczny. Wady te usiłuje usunąć przez liczne nowelizacje odpowiednich przepisów, co w praktyce tylko je pogłębia. Należy podkreślić, że liczne zmiany w zakresie uregulowania środków zabezpieczających nie ułatwiają stosowania przepisów z uwagi na okoliczność, iż w konkretnej sprawie wchodzi w grę stosowanie ustawy korzystniejszej dla sprawcy.

4. NIEMCY³⁴

Rozbudowany jest też katalog środków zabezpieczających w niemieckim prawie karnym. Dotyczy ich tytuł szósty części ogólnej „Środki poprawy i zabezpieczające”. Zgodnie z § 61 niemieckiego kodeksu karnego z 15.05.1871 r.³⁵ (dalej jako StGB) są nimi środki izolacyjne – umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, umieszczenie w zakładzie odwykowym, umieszczenie w specjalnym zakładzie izolowanym, dozór, pozbawienie prawa jazdy i zakaz wykonywania zawodu³⁶. Należy zauważyć, że środki zabezpieczające w niemieckim prawie karnym, przynajmniej w pewnym

³³ Możliwość wprowadzona ustawą z 24.03.2006 r. (AS 2006, poz. 3539).

³⁴ Tekst niniejszy powstał jesienią 2012 r. i uwzględnia stan prawny na 31.10.2012 r. Niemiecki ustawodawca w grudniu zeszłego roku dokonał istotnej zmiany w omawianym zakresie. Ustawą z 5.12.2012 r. o ustawowym określeniu warunków izolowania sprawcy stwarzającego zagrożenie społeczne (BGBl. I s. 2425) zmieniono przepisy § 66a – 66e. Istotą wprowadzonych zmian było wyraźne wyłączenie możliwości stosowania środka izolacyjnego z mocą wsteczną, a także ograniczenie zakresu jego stosowania do sytuacji wyjątkowych, zatem w obecnym kształcie jest on pomyślany jako swego rodzaju *ultima ratio*.

³⁵ Obecnie kodeks funkcjonuje w postaci nadanej drugą ustawą o reformie prawa karnego (Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts, tzw. 2. StRG) z 4. 07. 1969, BGBl. I, s. 717, naturalnie z licznymi zmianami.

³⁶ Dawniej istniał w niemieckim kodeksie karnym także środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie terapii społecznej (§ 65 StGB). Obejmował on umieszczenie w odpowiednim zakładzie sprawców z ciężkimi zaburzeniami osobowości, będących wielokrotnymi recydywistami, którzy popełnili czyn zabroniony pod wpływem popędu płciowego, co do których istniała obawa, że staną się przestępcami z nawyknięcia, i sprawców niepoczytalnych lub o zmniejszonej poczytalności. Wykonanie środka trwało do czasu osiągnięcia celu, z tym że nie dłużej niż 5 lat. Nie dotyczyło to sprawców niepoczytalnych lub o zmniejszonej poczytalności, wobec których środek ten mógł być wykonywany bezterminowo. Przepis ten, który budził poważne kontrowersje w doktrynie, ostatecznie nigdy nie wszedł w życie. Wprowadzony został w 1975 r., kilkakrotnie przesuwano termin jego wejścia w życie, ostatecznie uchylono go w 1984 r.

zakresie, pełnią funkcję środków karnych znanych polskiemu prawu karnemu. W całym systemie penalnym RFN, obok kar zasadniczych (pozbawienie wolności i grzywna) oraz środków zabezpieczających, istnieje tylko jedna tzw. kara dodatkowa, którą jest zakaz prowadzenia pojazdów³⁷, a także przepadek (§ 73–75 StGB), który jednak jest postacią prawnego skutku skazania, a nie środkiem penalnym. Stąd środki zabezpieczające i poprawcze w niemieckim prawie karnym są nieco inną kategorią niż w prawie polskim.

Zgodnie z § 62 StGB środek poprawy i zabezpieczający nie może zostać zastosowany, jeżeli nie jest proporcjonalny do popełnionego przez sprawcę czynu, a także do stopnia niebezpieczeństwa sprawcy³⁸.

Bardzo rozbudowane są regulacje odnoszące się do środków izolacyjnych. Pierwszym z nich jest umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, określone w § 63 StGB, który stanowi, że w przypadku sprawcy, który dopuścił się czynu zabronionego³⁹ w stanie wyłączenia (§ 20 StGB) lub ograniczenia (§ 21 StGB)⁴⁰ winy, sąd może zarządzić umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, jeżeli ogólna ocena sprawcy i jego czynu wskazuje, iż wobec stanu, w którym się znajduje, można oczekiwać, że popełni dalsze czyny zabronione i wskutek tego jest niebezpieczny dla ogółu⁴¹. Środek ten może w razie popełnienia czynu w stanie braku winy orzec zamiast kary, natomiast w razie popełnienia czynu w stanie ograniczenia winy – obok kary. W tym ostatnim przypadku jest on wykonywany przed wykonaniem kary pozbawienia wolności (§ 67 ust. 1 StGB). Możliwa jest jednak modyfikacja w tym zakresie. Sąd może mianowicie uznać za słuszne wykonanie części kary przed wykonaniem środka zabezpieczającego (§ 67 ust. 2 StGB). Jest to możliwe, jeżeli cel środka może w ten sposób zostać łatwiej osiągnięty. W razie wykonania środka zabezpieczającego w całości lub w części przed wykonaniem kary czas wykonywania środka jest wliczany do wymiaru kary (§ 67 ust. 4 StGB). W zależności od przebiegu wykonania środka zabezpieczającego sąd po jego wykonaniu może zrezygnować z wykonania kary (§ 67 ust. 5 StGB). Czasu pobytu w szpitalu psychiatrycznym nie określa się z góry, jednak należy uznać środek za wykonany, jeżeli sąd uzna, że jego cele zostały osiągnięte i sprawca nie popełni więcej czynu zabronionego (§ 67d ust. 6 StGB).

Umieszczenie w zakładzie odwykowym reguluje § 64 StGB. Zgodnie z tym przepisem sprawca, który jest nałogowym alkoholikiem lub nadużywa innych środków odurzających i popełnił czyn zabroniony w stanie odurzenia lub w związku z nałogiem, może zostać skierowany na podstawie orzeczenia sądu do zakładu odwykowego, jeżeli istnieje niebezpieczeństwo popełnienia w przyszłości poważnych czynów zabronionych związanych z nałogiem. Środek ten sąd może w razie

³⁷ Orzekana na podstawie § 44 StGB wobec sprawców przestępstw drogowych na czas od 1 do 3 miesięcy.

³⁸ Por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, A. Schönke, H. Schröder (red.), Monachium 2001, s. 875; E. Dreher, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Monachium 1975, s. 374–375. Należy zauważyć, że w zakresie środków izolacyjnych niemiecka literatura przedmiotu wprowadza także zasadę subsydiarności, wyrażającą się w tym, że środka izolacyjnego nie orzeka się, jeżeli jego cel może zostać osiągnięty w inny sposób – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 879; E. Dreher, *Strafgesetzbuch...*, s. 374–375.

³⁹ Zatem niekoniecznie przestępstwa – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 876.

⁴⁰ Co sąd powinien ustalić w wyroku – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 876.

⁴¹ Prognoza ta jest stawiana na czas wyrokowania, a musi wynikać nie z czynu, którego się dopuścił, ale ze stanu, w jakim się znajduje. Ocena charakteru czynu ma charakter pomocniczy i służy ustaleniu, czy stan sprawcy skutkuje tym, iż jest on niebezpieczny – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 877–878; E. Dreher, *Strafgesetzbuch...*, s. 380.

popelnienia czynu w stanie braku winy orzec zamiast kary, natomiast w razie popelnienia czynu w stanie ograniczenia winy – obok kary⁴². W tym ostatnim przypadku jest on wykonywany przed wykonaniem kary pozbawienia wolności (§ 67 ust. 1 StGB). Sąd może uznać za słuszne wykonanie części kary przed wykonaniem środka zabezpieczającego (§ 67 ust. 2 StGB)⁴³. W razie wykonania środka zabezpieczającego w całości lub w części przed wykonaniem kary czas wykonywania środka jest wliczany do czasu wykonanej kary (§ 67 ust. 4 StGB)⁴⁴. W zależności od przebiegu wykonania środka zabezpieczającego sąd po jego wykonaniu może zrezygnować z wykonania kary (§ 67 ust. 5 StGB). Umieszczenie sprawcy w zakładzie odwykowym może trwać najdłużej przez 2 lata. Termin biegnie od początku faktycznego umieszczenia sprawcy w zakładzie. W (typowej) sytuacji, kiedy środek jest wykonywany przed karą pozbawienia wolności, możliwe jest wydłużenie go o ponad 2 lata, jednak nie dłużej niż do końca orzeczonej kary pozbawienia wolności (§ 67d ust. 1 StGB). Możliwe jest wcześniejsze uznanie środka za wykonany, jeżeli sąd stwierdzi, że cele jego zostały osiągnięte (§ 67d ust. 5 StGB).

Jeżeli wobec sprawcy orzeczono umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub zakładzie leczenia odwykowego, sąd może w trakcie wykonywania środka zastosować wobec sprawcy inny środek, jeżeli będzie to lepiej służyło jego resocjalizacji (§ 67a ust. 1 StGB). Jeżeli zmiana środka nie przynosi spodziewanego efektu, możliwe jest powrót do uprzednio wykonywanego środka (§ 67a ust. 3 StGB). Zastosowanie wobec sprawcy, co do którego orzeczono wcześniej inny środek zabezpieczający, umieszczenia w zakładzie odwykowym skutkuje odwołaniem poprzednio stosowanego środka z mocy prawa (§ 67f StGB).

Umieszczenie w specjalnym zakładzie izolowanym jest ostatnim izolacyjnym środkiem zabezpieczającym. Uważany jest on za najsurowszy ze środków zabezpieczających. Stosuje się go wobec sprawców, co do których kara pozbawienia wolności jest bezskuteczna. Zgodnie z § 66 ust. 1 StGB środek ten stosuje się obok kary pozbawienia wolności wobec sprawców skazanych na karę co najmniej 2 lat pozbawienia wolności za:

- 1) umyślne przestępstwo przeciwko życiu, integralności cielesnej (zdrowiu), wolności osobistej, samostanowieniu seksualnemu;
- 2) przestępstwo stypizowane w części szczególnej StGB w rozdziałach 1 – Wszczęcie wojny napastniczej, zdrada, zagrożenie państwa, 7 – Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu, 20 – Rabunek i szantaż, 28 – Przestępstwa sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego lub w kodeksie prawa karnego narodów⁴⁵ bądź ustawie o środkach odurzających⁴⁶, jeżeli czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat;

⁴² Obok tego środka istnieje także możliwość zastosowania i innych środków zabezpieczających, o ile spełnione są przesłanki ich zastosowania – por. E. Dreher, *Strafgesetzbuch...*, s. 384–385.

⁴³ W tym zakresie sytuacja wygląda podobnie jak w przypadku umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym.

⁴⁴ Jest to przejaw zasady, znanej też austriackiemu prawu karnemu, zaliczania środka zabezpieczającego na poczet kary – por. E. Dreher, *Strafgesetzbuch...*, s. 376.

⁴⁵ Ustawa z 26.06.2002 r. kodeks karny narodów (*Völkerstrafgesetzbuch*), BGBl. I, s. 2254. Ustawa typizuje ludobójstwo, przestępstwa przeciwko ludzkości i przestępstwa wojenne.

⁴⁶ Ustawa z 10.12.1929 r. o środkach odurzających (*Betäubungsmittelgesetz*), t. j. (BGBl. I, s. 681 ze zm.).

- 3) niektóre postaci przestępstwa z § 145a StGB⁴⁷, a także przestępstwo z § 323a StGB, związane z popełnieniem jednego z czynów wskazanych wyżej w punktach 1 i 2 w stanie upojenia⁴⁸.

Dla zastosowania środka wymagane są jeszcze dodatkowe przesłanki. Mianowicie wolno go zastosować tylko wobec sprawcy, który dwukrotnie dopuścił się jednego z wymienionych wyżej czynów i każdorazowo został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 1 roku⁴⁹, sprawca odbył przed popełnieniem czynu karę w wymiarze co najmniej 2 lat pozbawienia wolności łącznie lub przez taki okres stosowano wobec niego izolacyjny środek poprawczy lub zabezpieczający, wreszcie ogólna ocena sprawcy i jego czynów winna prowadzić do wniosku, że sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na wykazywaną skłonność do ciężkich przestępstw. Ta dosyć skomplikowana regulacja ma na celu izolowanie sprawców przestępstw z nawyknięcia, a zatem takich, wobec których stosowanie klasycznych środków reakcji karnej wydaje się być niecelowe.

Orzeczenie umieszczenia w specjalnym zakładzie izolacyjnym jest możliwe także wobec sprawców, którzy nie byli skazywani za poprzednio popełnione przestępstwa. Zezwała na to § 66 ust. 2 StGB, jeżeli sprawca dopuścił się trzech przestępstw umyślnych popełnionych w warunkach wymienionych w § 66 ust. 1 StGB i za każde z tych przestępstw należało orzec karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 1 roku, natomiast za jedno z nich sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 3 lat⁵⁰.

Zgodnie z § 66 ust. 3 StGB jeżeli sprawca w warunkach określonych w § 66 ust. 1 StGB popełnia czyn z § 174–174c⁵¹, § 176⁵², § 179 ust. 1–4⁵³, § 180⁵⁴, § 182⁵⁵, § 224⁵⁶, § 225⁵⁷ ust. 1 lub 2 lub umyślny czyn z § 323a StGB związany

⁴⁷ Niestosowanie się do obowiązków orzekanych w ramach nadzoru. Środek można orzec, jeżeli sprawca popełnia czyn z § 145a StGB, a nadzór został orzeczony z powodu popełnienia przez niego umyślnego przestępstwa przeciwko życiu, integralności cielesnej (zdrowiu), wolności osobistej, samostanowieniu seksualnemu, przestępstwo stypizowane w rozdziałach 1, 7, 20, 28 części szczególnej StGB lub z kodeksu prawa karnego narodów bądź ustawy o środkach odurzających, jeżeli czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

⁴⁸ Chodzi tu o specyficzną konstrukcję odpowiedzialności karnej za czyny popełnione w stanie odurzenia. Sprawca, który dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności wywołanej upojeniem lub odurzeniem, kiedy nie przewidywał ani nie mógł przewidzieć, że w tym stanie popełni czyn zabroniony, odpowiada nie za czyn, którego dopuścił się w stanie niepoczytalności, ale za *Vollrausch*. Bliżej na temat tej konstrukcji zob. A. Spotowski w: *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, S. Frankowski (red.), Warszawa 1982, s. 137.

⁴⁹ Przy czym przepis § 66 ust. 4 StGB wyraźnie stanowi, że areszt lub inne pozbawienie wolności niebędące karą stanowi karę w rozumieniu omawianych przepisów tylko wówczas, jeżeli zostały zaliczone na poczet orzeczonej kary.

⁵⁰ Stanowi to swego rodzaju ustawową miarę niebezpieczeństwa sprawcy – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 895.

⁵¹ Przestępstwo nadużycia seksualnego podopiecznego (§ 174 StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego osoby pozbawionej wolności, chorej lub wymagającej opieki (§ 174a StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego z nadużyciem pozycji urzędowej (§ 174b StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego z nadużyciem stosunku zależności (§ 174c StGB).

⁵² Wykorzystanie seksualne dzieci.

⁵³ Różne postaci wykorzystania seksualnego osób niezdolnych do zrozumienia znaczenia zachowań seksualnych podejmowanych w odniesieniu do nich.

⁵⁴ Wspieranie zachowań seksualnych małoletnich.

⁵⁵ Wykorzystanie seksualne małoletniego.

⁵⁶ Spowodowanie uszczerbku na zdrowiu w niebezpieczny sposób.

⁵⁷ Przestępstwo znęcania się nad podopiecznym.

z popełnieniem jednego z wyżej wymienionych czynów⁵⁸, i zostaje za to skazany na karę przynajmniej 2 lat pozbawienia wolności, sąd może obok kary pozbawienia wolności zastosować środek w postaci umieszczenia w specjalnym zakładzie izolacyjnym, jeżeli sprawca z powodu jednego lub kilku takich czynów był uprzednio skazany na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności, a są spełnione przesłanki dodatkowe⁵⁹. Jeżeli sprawca dopuścił się dwóch czynów zabronionych spośród wskazanych w treści § 66 ust. 1 StGB, a za każdy z nich orzeczona została kara co najmniej 2 lat pozbawienia wolności, a następnie popełni kolejny taki czyn lub czyny, za który (które) zostaje skazany na karę 3 lat pozbawienia wolności, sąd, przy spełnieniu założeń, że ogólna ocena sprawcy i jego czynów prowadzi do wniosku, iż sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na wykazywaną skłonność do ciężkich przestępstw, może zastosować umieszczenie w zakładzie izolacyjnym bez wcześniejszego skazania lub stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego.

Istnieje swego rodzaju przedawnienie recydywy, które § 66 ust. 4 StGB ustala na 5 lat. Jeżeli taki okres czasu minie od popełnienia poprzedniego czynu, nie może być on brany pod uwagę jako podstawa orzekania środka. W wypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej termin ten jest dłuższy i wynosi 15 lat. Co do zasady nie uwzględnia się czynów osądzonych przez sądy obce⁶⁰.

Zgodnie z § 66a ust. 1 StGB sąd może zarządzić umieszczenie sprawcy w zakładzie izolacyjnym, jeżeli sprawca dopuścił się czynu określonego w § 66 ust. 3 StGB, spełnione są pozostałe założenia wynikające z tego przepisu, a zachodzi prawdopodobieństwo, że sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na wykazywaną skłonność do ciężkich przestępstw.

Orzeczenie środka jest możliwe także wtedy, kiedy nie są spełnione warunki określone w § 66 StGB, ale sprawca odbył karę przynajmniej 5 lat pozbawienia wolności za jedno lub więcej przestępstw przeciwko życiu, zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, przestępstwa z rozdziału 28 StGB – Przesłanki sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego lub z § 250, § 251 StGB – Kwalifikowane typy rozbój, także w związku z § 252 – Kradzież rozbójnicza lub § 255 StGB – Wymuszenie rozbójnicze, natomiast istnieje podejrzenie, że sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na wykazywaną skłonność do ciężkich przestępstw (§ 66a ust. 2 StGB).

Zgodnie z § 66a ust. 3 StGB orzeczenie środka na podstawie § 66a ust. 1 lub 2 StGB może nastąpić nie tylko w orzeczeniu kończącym postępowanie, lecz także w postępowaniu wykonawczym, najpóźniej do zakończenia wykonania orzeczenia. Istotne jest, że w odróżnieniu od omówionych wyżej izolacyjnych środków zabezpieczających umieszczenie sprawcy w specjalnym zakładzie izolacyjnym orzeczone

⁵⁸ Chodzi o konstrukcję *Vollrausch*, o której była mowa wyżej.

⁵⁹ Sprawca dwukrotnie dopuścił się jednego z wymienionych wyżej czynów i każdorazowo został skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 1 roku, odbył przed popełnieniem czynu karę w wymiarze co najmniej 2 lat pozbawienia wolności łącznie lub przez taki okres stosowano wobec niego izolacyjny środek poprawczy lub zabezpieczający, wreszcie ogólna ocena sprawcy i jego czynów winna prowadzić do wniosku, że sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na wykazywaną skłonność do ciężkich przestępstw.

⁶⁰ Przepis § 66 StGB zmieniony ostatnio na mocy wyroku niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgerichts) z 4.05.2011 r. 2(BvR 2365/09), http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html.

obok kary pozbawienia wolności jest co do zasady wykonywane nie przed odbyciem kary, ale po zakończeniu jej odbywania.

Zgodnie z § 66b ust. 1 StGB jeżeli zarządzono umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym na podstawie § 67d ust. 6 StGB w sytuacji, kiedy wyłączający lub zmniejszający winę stan sprawcy, na podstawie którego nastąpiło umieszczenie sprawcy, nie został ustalony, sąd może zarządzić późniejsze umieszczenie sprawcy w specjalnym zakładzie izolacyjnym, jeżeli zastosowanie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym nastąpiło z powodu czynów wskazanych w § 66 ust. 1 StGB lub jeżeli przed popełnieniem czynu, z powodu którego sprawca został umieszczony w zakładzie psychiatrycznym, odbył karę przynajmniej 3 lat pozbawienia wolności za inne czyny lub był umieszczony w zakładzie psychiatrycznym na okres przynajmniej 3 lat za inne czyny. Ponadto jest koniecznym warunkiem, by ogólna ocena sprawcy i jego czynów wskazywała, że sprawca jest niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na możliwość popełnienia w przyszłości przestępstw mogących wyrządzić pokrzywdzonym ciężkie szkody fizyczne lub psychiczne.

W trakcie wykonywania środka w postaci umieszczenia w specjalnym zakładzie izolacyjnym sąd może zastosować wobec sprawcy inny środek zabezpieczający (wolnościowy), jeżeli uzna, że będzie on lepiej służył jego resocjalizacji (§ 67a ust. 2 StGB). Jeżeli zmiana środka nie przynosi spodziewanego efektu, możliwe jest powrócenie do uprzednio wykonywanego środka (§ 67a ust. 3 StGB).

Umieszczenie w specjalnym zakładzie izolacyjnym trwa maksymalnie 10 lat. Po upływie dziesięcioletniego terminu sąd uznaje środek za wykonany, jeżeli stwierdzi, że sprawca nie jest już niebezpieczny dla społeczeństwa ze względu na możliwość popełnienia w przyszłości przestępstw mogących wyrządzić pokrzywdzonym ciężkie szkody fizyczne lub psychiczne (§ 67d ust. 3 StGB). Takie ujęcie przepisu oznacza, że w razie stwierdzenia przez sąd po upływie 10 lat istnienia negatywnej prognozy wobec sprawcy powinien on zarządzić dalsze wykonywanie środka. W efekcie dziesięcioletni termin nie jest w gruncie rzeczy terminem końcowym środka, lecz terminem, w którym sąd powinien podjąć decyzję, czy sprawcę należy zwolnić, czy też środek ten powinien być dalej wykonywany⁶¹. Należy zresztą pamiętać o uregulowaniu § 67e StGB, które zostanie przedstawione niżej.

W toku wykonywania środków zabezpieczających sąd może wprowadzać zmiany w sposobie ich wykonywania (§ 67 ust. 3 StGB).

W przypadku wykonania izolacyjnego środka zabezpieczającego przed karą pozbawienia wolności, co jest regułą, sąd po jego wykonaniu decyduje, czy jest konieczne wykonanie kary (§ 67b ust. 1 StGB).

Jeżeli wykonania izolacyjnego środka zabezpieczającego nie rozpoczęto w ciągu 3 lat od uprawomocnienia się decyzji o jego zastosowaniu, rozpoczęcie wykonywania środka jest niemożliwe. Do tego okresu nie wlicza się czasu, kiedy sprawca jest pozbawiony wolności na mocy decyzji właściwego organu. Jednak jeżeli wykonanie środka nie nastąpiło od razu po jego orzeczeniu, sąd zarządza je tylko wtedy, kiedy sens środka wymaga jeszcze jego wykonania. Możliwa w takiej sytuacji jest zamiana środka na nieizolacyjny (§ 67c ust. 2 StGB). Jednak wykonanie środka

⁶¹ Por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 905.

zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu w specjalnym zakładzie izolacyjnym nie podlega przedawnieniu (§ 79 ust. 4 StGB).

Paragraf 67e StGB ustanawia obowiązek dokonywania przez sąd okresowych kontroli izolacyjnych środków zabezpieczających pod kątem konieczności ich dalszego stosowania. Jak wskazano wyżej, wszelkie środki zabezpieczające mogą w toku ich wykonywania być zmieniane, zastępowane innymi, możliwe jest także warunkowe zwalnianie z ich odbywania. Zgodnie z § 67e ust. 1 StGB sąd może dokonać kontroli, o której mowa, w każdym czasie. Natomiast musi dokonywać jej w razie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym nie rzadziej niż co 1 rok, w razie umieszczenia w ośrodku leczenia odwykowego nie rzadziej niż co 6 miesięcy, w razie umieszczenia w specjalnym zakładzie izolacyjnym nie rzadziej niż co 2 lata (§ 67e ust. 2 StGB). Decyzją sądu terminy te mogą zostać skrócone (§ 67e ust. 3 StGB), a biegną od dnia rozpoczęcia internowania sprawcy (§ 67e ust. 4 StGB).

W przypadku warunkowego zwolnienia sprawcy z izolacyjnego środka zabezpieczającego sąd odwołuje zwolnienie, jeżeli sprawca w okresie trwania nadzoru popełni czyn zabroniony, jeżeli poważnie lub uporczywie narusza obowiązki związane z nadzorem określone w § 68 StGB, a także jeżeli uchyła się od nadzoru i przez to wykaże, że istnieje potrzeba dalszego stosowania wobec niego środka izolacyjnego (§ 67g ust. 1 StGB). Sąd odwołuje także zwolnienie z odbywania środków określonych w § 63 i 64 StGB, jeżeli w czasie trwania nadzoru okaże się, że wskutek stanu sprawcy należy się spodziewać, iż będzie on popełniał czyny sprzeczne z prawem i dlatego istnieje konieczność wykonywania wobec niego środka izolacyjnego (§ 67g ust. 2 StGB). Sąd odwołuje zwolnienie także wtedy, jeżeli w toku wykonywania nadzoru ujawnią się okoliczności wskazujące na konieczność umieszczenia sprawcy w ośrodku zamkniętym (§ 67g ust. 3 StGB). W przypadku zwolnienia i ponownego umieszczenia sprawcy w ośrodku zamkniętym łączny czas pobytu w ośrodku nie może przekroczyć maksymalnej długości trwania środka izolacyjnego (§ 67g ust. 4 StGB). Natomiast jeżeli sprawca został przedterminowo zwolniony z odbywania środka izolacyjnego i nie zarządzono ponownego umieszczenia go w ośrodku zamkniętym, uważa się, że wykonywanie środka zostaje zakończone z zakończeniem nadzoru (§ 67g ust. 5 StGB).

W czasie trwania nadzoru sąd może zarządzić umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub w zakładzie odwykowym na okres do 3 miesięcy, jeżeli nastąpiło nagłe pogorszenie stanu sprawcy lub nawrót choroby, a nie ma potrzeby zastosowania § 67g StGB. Umieszczenie takie może nastąpić kilkakrotnie, jednak jego łączny czas nie może przekroczyć 6 miesięcy (§ 67h ust. 1 StGB), przy czym środek ten należy uchylić zawsze, kiedy jego cel został osiągnięty (§ 67h ust. 2 StGB).

Nieizolacyjne środki zabezpieczające to zgodnie z niemieckim prawem karnym nadzór, odebranie prawa jazdy i zakaz wykonywania zawodu.

Można wyodrębnić dwa rodzaje nadzoru – orzekany przez sąd (§ 68 ust. 1 StGB) i następujący z mocy samego prawa (przepisy następujące po § 68 StGB). Na podstawie § 68 ust. 1 StGB nadzór może zostać orzeczony obok kary pozbawienia wolności, jeżeli wymierzona kara pozbawienia wolności wynosi przynajmniej 6 miesięcy, a istnieje niebezpieczeństwo, że sprawca może popełnić dalsze czyny zabronione. Paragraf 68 ust. 2 StGB wskazuje przypadki nadzoru następującego z mocy samego prawa. Chodzi o nadzór orzekany w ramach wykonywania izolacyjnych środków zabezpieczających (o czym była już mowa wyżej).

W czasie trwania nadzoru sprawa podlega organowi nadzorczemu, a także znajduje się pod opieką kuratora (§ 68a ust. 1 StGB). Organ nadzoru współpracuje z kuratorem w zakresie opieki nad sprawcą (§ 68a ust. 2 StGB) i wykonuje nadzór zgonie z zaleceniami sądu, z pomocą kuratora, monitorując zachowanie skazanego (§ 68a ust. 3 StGB). W razie braku porozumienia między organem nadzorującym a kuratorem w kwestiach dotyczących wykonywania środka spór rozstrzyga sąd (§ 68a ust. 4 StGB), który też może udzielać obu tym podmiotom wskazówek i instrukcji (§ 68a ust. 5 StGB).

Paragraf 68b ust. 1 StGB przewiduje możliwość nałożenia na sprawcę w okresie trwania nadzoru pewnych obowiązków. Mogą być one następujące:

- zakaz opuszczania lokalu lub miejsca pobytu bez zezwolenia organu wykonującego nadzór;
- zakaz pobytu w określonych miejscach, dających sprawcy okazję do popełniania nowych czynów zabronionych;
- zakaz kontaktowania się, zbliżania, wspólnego kształcenia, nocowania z pokrzywdzonym, wskazaną przez sąd osobą lub osobą należącą do wskazanej przez sąd grupy osób;
- zakaz wykonywania działalności, która może dawać okazję do popełniania czynów zabronionych;
- zakaz posiadania, noszenia ze sobą lub przechowywania określonych przedmiotów, które mogą dać sprawcy okazję lub zachęcić go do popełniania kolejnych czynów zabronionych;
- zakaz posiadania lub prowadzenia pojazdów silnikowych, pojazdów silnikowych określonego rodzaju lub innych pojazdów, jeżeli mogłyby zostać użyte do popełnienia czynów zabronionych;
- nakaz zgłaszania się w określonym czasie u organu nadzoru, innego określonego organu lub u kuratora;
- nakaz niezwłocznego informowania organu nadzoru o każdej zmianie miejsca zamieszkania lub zatrudnienia;
- nakaz zgłoszenia się w razie utraty pracy do właściwego urzędu lub podmiotu pośrednictwa pracy;
- zakaz używania napojów alkoholowych lub innych środków odurzających, jeżeli na podstawie ustaleń istnieje przypuszczenie, że ich użycie może prowadzić do popełnienia kolejnych czynów zabronionych, a także nakaz poddania się badaniom na obecność alkoholu lub innych środków odurzających, o ile badania te nie są połączone z fizyczną ingerencją;
- nakaz zgłaszania się w określonych terminach u lekarza, psychoterapeuty lub w ambulatorium sądowym;
- nakaz poddania się kontroli miejsca pobytu środkami elektronicznymi, których działanie nie ma ujemnego wpływu na nadzorowanego.

Ostatni ze wskazanych obowiązków jest obwarowany dodatkowymi wymogami przewidzianymi w § 68b ust. 1 StGB. Mianowicie jest on dopuszczalny tylko wówczas, jeżeli nadzór został orzeczony w ramach wykonania kary pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 3 lat, kara ta została orzeczona za co najmniej jeden czyn spośród wskazanych w treści § 66 ust. 3 pkt 1 StGB (o czym była już

mowa wyżej), a istnieje niebezpieczeństwo, że sprawca dopuści się dalszych czynów zabronionych wskazanych w treści § 66 ust. 3 pkt 1 StGB.

Zgodnie z § 68b ust. 2 StGB w wypadku objęcia sprawcy nadzorem możliwe jest nałożenie na niego także dodatkowych obowiązków, dotyczących nauki, pracy, sposobu spędzania wolnego czasu, prowadzenia działalności gospodarczej, wykonywania obowiązków alimentacyjnych. W szczególności sąd może zobowiązać sprawcę do poddania się terapii psychiatrycznej, psychologicznej czy o charakterze społecznym. Opieka tego rodzaju może być udzielona sprawcy także przez ambulatorium sądowe, które dysponuje stosownymi możliwościami w tym zakresie, a sposób działania którego regulują przepisy § 68a ust. 7 i n. StGB. W ramach obowiązków o charakterze terapeutycznym może na sprawcę zostać nałożony także obowiązek poddawania się kontroli w zakresie używania alkoholu i środków odurzających. Z uwagi na otwarty charakter przepisu ustawodawca niemiecki uznał za konieczne poczynienie zastrzeżenia, że na sprawcę nie mogą być nakładane żadne niewykonalne obowiązki (z § 68b ust. 3 StGB).

Nadzór, zgodnie z treścią § 68c ust. 1 StGB, trwa od 2 do 5 lat, przy czym sąd może ten okres skrócić w toku postępowania wykonawczego. Ustanowienie nadzoru o maksymalnej długości jest wyjątkiem. Jest możliwe, jeżeli sprawca nie zgadza się, by poddać się terapii związanej z dokonywaniem zabiegów ingerujących w jego ciało lub terapii odwykowej⁶², bądź nie poddaje się terapii, terapii odwykowej lub nie wypełnia nałożonych obowiązków, a istnieje dla społeczeństwa niebezpieczeństwo objawiające się możliwością popełnienia przez sprawcę dalszych czynów zabronionych (§ 68c ust. 2 StGB). Wydłużenie takie możliwe jest także w postępowaniu wykonawczym. Jeżeli wydłużenie nastąpiło w wyniku braku zgody sprawcy na poddanie się terapii, a następnie sprawca zgodę taką wyraził, możliwe jest dokonanie w toku dalszego postępowania wykonawczego korekty długości trwania środka.

Możliwe jest orzeczenie nadzoru bezterminowo. Paragraf 68c ust. 3 StGB wskazuje kilka takich przypadków. Pierwszym jest umieszczenie sprawcy w szpitalu psychiatrycznym, jednak orzekane nie jako samodzielny środek zabezpieczający, a w ramach wykonywania umieszczenia w specjalnym zakładzie izolacyjnym⁶³. Drugim jest omawiany już przypadek, kiedy sprawca nie wykonywał obowiązków wskazanych w § 68b ust. 1 lub 2 StGB albo dowiedziano istnienia innych okoliczności wskazujących na to, że sprawca może się dopuszczać dalszych czynów zabronionych niebezpiecznych dla ogółu, albo dopuścił się jednego z czynów zabronionych wskazanych w § 181b StGB⁶⁴, za który został skazany na karę

⁶² Zgodnie z § 56c ust. 3 pkt 1 StGB poddanie się takiej terapii wymaga zgody sprawcy, niezależnie od tego, w ramach jakiego środka (omawianego tutaj, czy probacyjnego) jest ona orzekana.

⁶³ § 67d StGB dopuszcza taką możliwość, jeżeli istnieją wątpliwości co do stanu psychicznego sprawcy, wobec którego orzeczono umieszczenie w specjalnym zakładzie izolacyjnym.

⁶⁴ Przepis ten wymienia przestępstwo nadużycia seksualnego podopiecznego (§ 174 StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego osoby pozbawionej wolności, chorej lub wymagającej opieki (§ 174a StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego z nadużyciem pozycji urzędowej (§ 174b StGB); przestępstwo wykorzystania seksualnego z nadużyciem stosunku zależności (§ 174c StGB); wykorzystanie seksualne dzieci w typie podstawowym (§ 176 StGB) i typach kwalifikowanych (§ 176a i 176b StGB); nadużycie seksualne i zgwałcenie w typie podstawowym (§ 177 StGB) i kwalifikowanym (§ 178 StGB); wykorzystanie seksualne osób niezdolnych do zrozumienia znaczenia zachowań seksualnych podejmowanych w odniesieniu do nich (§ 179 StGB); wspieranie zachowań seksualnych małoletnich (§ 180 StGB); stręczycielstwo (§ 181a StGB); wykorzystanie seksualne małoletniego (§ 182 StGB).

pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 2 lat lub zastosowano środek karny w postaci umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym bądź placówce leczenia odwykowego w wymiarze co najmniej 2 lat, albo nadzór orzeczono z nałożeniem obowiązku określonego w § 68b ust. 1 pkt 3 StGB⁶⁵, a sprawcę skazano na karę pozbawienia wolności lub wymierzono mu izolacyjny środek zabezpieczający za przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, przestępstwa z rozdziału 28 StGB lub z § 250, 251 StGB, także w związku z § 252 lub § 255 StGB.

Zgodnie z przepisem § 68d ust. 1 i 2 StGB ustalenia w zakresie długości trwania środka i nałożonych obowiązków mogą być przez sąd zmieniane w trakcie wykonywania środka.

Nadzór kończy się, o ile nie został orzeczony bezterminowo lub po uchyleniu środka izolacyjnego, po pierwsze – z rozpoczęciem wykonywania środka izolacyjnego, po drugie – z rozpoczęciem wykonywania kary pozbawienia wolności, obok której został orzeczony, po trzecie – z orzeczeniem nowego nadzoru (§ 68e ust. 1 StGB). W pozostałych przypadkach w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego związanego z pozbawieniem wolności bieg środka w postaci nadzoru zostaje wstrzymany (§ 68e ust. 2 StGB).

Jeżeli sąd uzna, że nie występuje niebezpieczeństwo popełnienia przez sprawcę nowych czynów zabronionych, uchyla nadzór. Jest to możliwe dopiero po upływie minimalnego ustawowego okresu trwania nadzoru, czyli 2 lat (§ 68e ust. 3 StGB). Natomiast w sytuacji nadzoru orzeczonego bezterminowo termin, po którym możliwe jest uchylenie dozoru, wynosi 2 lub 5 lat; 5 lat, jeżeli sprawca nie zgadza się na to, by poddać się terapii związanej z dokonywaniem zabiegów ingerujących w jego ciało lub terapii odwykowej, 2 lata w pozostałych przypadkach (§ 68e ust. 3 StGB). W razie uchylenia nadzoru sąd może w ciągu kolejnych 2 lat zdecydować o jego przywróceniu (§ 68e ust. 3 StGB).

Zgodnie z § 68f ust. 1 StGB jeżeli wobec sprawcy wykonana została kara pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 2 lat za przestępstwo umyślne lub kara pozbawienia wolności w wymiarze przynajmniej 1 roku za przestępstwo wskazane w § 181b StGB, odbycie kary skutkuje uchyleniem nadzoru, jednak nie dotyczy to przypadków, kiedy wykonywano wobec sprawcy związany z pozbawieniem wolności środek zabezpieczający lub poprawczy. Jednak nawet w tym ostatnim przypadku sąd może zdecydować o uchyleniu środka, jeżeli uzna, że sprawca nie dopuści się kolejnych czynów zabronionych (§ 68f ust. 2 StGB).

W przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia lub orzeczenia zakazu wykonywania zawodu z warunkowym zawieszeniem wykonania nadzór nie może się skończyć przed upływem okresu próby (§ 68g ust. 1 StGB). Jeżeli przedterminowe zwolnienie i nadzór zostają orzeczone na podstawie tego samego czynu, sąd może zarządzić, że bieg trwania nadzoru w okresie próby zostaje wstrzymany. Wówczas okres próby nie jest wliczany do okresu trwania nadzoru (§ 68g ust. 2 StGB). Co do zasady z upływem terminu warunkowego zawieszenia kary lub warunkowego przedterminowego zwolnienia

⁶⁵ Chodzi o zakaz kontaktowania się, zbliżania, wspólnego kształcenia, nocowania z pokrzywdzonym, wskazaną przez sąd osobą lub osobą należącą do wskazanej przez sąd grupy osób.

kończy się czas trwania nadzoru, jednak nie dotyczy to przypadków, kiedy nadzór jest orzeczony bezterminowo (§ 68g ust. 3 StGB).

Kolejnym wolnościowym środkiem zabezpieczającym jest odebranie prawa jazdy. Zgodnie z § 69 ust. 1 StGB jego orzeczenie następuje wówczas, kiedy sprawca popełni przestępstwo lub czyn zabroniony w czasie lub w związku z prowadzeniem pojazdu mechanicznego lub z naruszeniem obowiązków kierowcy, a sprawca jest niezdolny do prowadzenia pojazdów mechanicznych. Istnieje przy tym zasada, że w razie popełnienia niektórych czynów sprawcę z reguły uznaje się za niezdolnego do prowadzenia pojazdów⁶⁶.

Z chwilą uprawomocnienia się wyroku ważność dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdów wygasa (§ 69 ust. 3 StGB).

Pozbawienie prawa jazdy oznacza, że sprawca traci dokument; nie posiadając go, nie może prowadzić pojazdów, jednak może się ubiegać o wydanie nowego dokumentu. To różni omawiany środek zabezpieczający od znanej niemieckiemu prawu karnemu kary dodatkowej (odpowiednik polskich środków karnych) zakazu jazdy, określonej w § 44 StGB. Ta ostatnia polega na zakazie prowadzenia pojazdów określonego lub wszelkiego rodzaju na czas od 1 do 3 miesięcy. Wówczas dokument trafia do depozytu i jest zwracany po upływie określonego czasu bądź – np. w przypadku dokumentów wystawionych poza RFN – czyni się w nim stosowną adnotację. W przypadku omawianego środka zabezpieczającego sprawca traci prawo jazdy, może się ubiegać o wydanie nowego, jednak – zgodnie z treścią § 69a ust. 1 StGB – nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy. Sąd może w wyroku skazującym wyznaczyć dłuższy okres zakazu ubiegania się o wydanie nowego prawa jazdy do 5 lat. Natomiast jeżeli można oczekiwać, że maksymalny przewidziany w ustawie termin nie wystarczy do ochrony przed niebezpieczeństwem, które stwarza sprawca, możliwe jest ustanowienie zakazu ubiegania się o prawo jazdy na zawsze. Jeżeli sprawca nie ma prawa jazdy, a dopuści się czynu zabronionego uzasadniającego odebranie prawa jazdy, zakaz jest wydawany na zawsze (§ 69a ust. 1 StGB). Zakaz ubiegania się o odzyskanie prawa jazdy nie może być krótszy niż 1 rok, jeżeli w ciągu ostatnich 3 lat przed czynem w stosunku do sprawcy orzeczono ten sam środek zabezpieczający (§ 69a ust. 3 StGB). Sąd może wyłączyć spod zakazu ubiegania się o wydanie prawa jazdy pewne kategorie pojazdów, jeżeli uzna, że nie narazi to środka na niepowodzenie (§ 69a ust. 2 StGB).

Ostatnim środkiem zabezpieczającym znanym niemieckiemu prawu karnemu jest zakaz wykonywania zawodu. Zgodnie z § 70 ust. 1 StGB sąd może orzec zakaz wykonywania zawodu, jeżeli sprawca popełni przestępstwo lub czyn zabroniony związany z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych lub z wykorzystaniem wykonywania zawodu⁶⁷, gdy istnieje niebezpieczeństwo, że w razie dalszego wykonywania zawodu sprawca popełni nowe czyny zabronione. Zakaz orzekany jest na okres od 1 roku do 5 lat. W sytuacji gdy należy oczekiwać, że orzeczenie zakazu na najdłuższy przewidziany w ustawie termin nie wystarczy do uchylenia grożącego ze strony sprawcy niebezpieczeństwa, sąd może orzec zakaz wykonywania

⁶⁶ Chodzi o spowodowanie zagrożenia w ruchu drogowym (§ 315c StGB), prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości (§ 316 StGB), niedozwolone oddalenie się z miejsca wypadku (§ 142 StGB), a także przestępstwa *Vollrausch* (§ 323a StGB) związanego z popełnieniem jednego z wyżej wymienionych czynów.

⁶⁷ Wystarczy spełnienie choćby jednego z członów alternatywy – por. W. Stree w: *Strafgesetzbuch...*, s. 948.

zawodu na zawsze. Wykonanie zakazu można warunkowo odwołać, co do zasady wówczas, jeżeli był wykonywany przynajmniej przez rok (§ 70a StGB), przy czym w razie ponownego popełnienia czynu zabronionego związanego z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych lub z wykonywaniem zawodu, w razie niewykonywania obowiązków probacyjnych czy też uchylania się od dozoru, zakaz jest ponownie kierowany do wykonania (§ 70b StGB).

Dwa ostatnie z opisanych środków zabezpieczających i poprawczych mają w gruncie rzeczy charakter środków karnych w rozumieniu polskiego prawa karnego.

Warto zauważyć, że niemiecki system środków zabezpieczających jest stosunkowo skomplikowany, uregulowany niezwykle kazuistycznie, cechuje się jednak znaczną elastycznością. Orzekanie jest możliwe co do zasady zarówno w toku postępowania jurysdykcyjnego, jak i wykonawczego, możliwe są daleko idące modyfikacje treści środków w czasie ich wykonywania, zastępowanie ich innymi środkami, warunkowe uchylanie środków. Jednocześnie ustawodawca niemiecki przywiązuje duże znaczenie do realizacji funkcji gwarancyjnej prawa karnego, co powoduje, że stara się możliwie dokładnie określić podstawy ich stosowania, zwłaszcza w przypadku środków orzekanych na zawsze. O ile znaczna elastyczność niemieckich rozwiązań może być uznana za ich zaletę, o tyle wadą jest znaczna kazuistyka, która sprawia, iż odnośne uregulowania są skomplikowane, a przez to mało czytelne.

5. CZECHY

Kodeks karny Republiki Czeskiej (dalej jako TZ)⁶⁸ zawiera ogólne uregulowanie dotyczące stosowania środków zabezpieczających stosownie do zasady proporcjonalności. Zgodnie z § 96 ust. 1 TZ środków zabezpieczających nie stosuje się, jeżeli nie jest to odpowiednie z uwagi na charakter i wagę czynu, a także zagrożenie, jakie na przyszłość stanowi sprawca zarówno dla siebie, jak i dla interesów chronionych przez prawo karne. Paragraf 96 ust. 2 TZ stanowi, że krzywda wyrządzona sprawcy w wyniku zastosowania środka zabezpieczającego nie może być poważniejsza niż konieczna do osiągnięcia celów tego środka.

Środki zabezpieczające mogą być stosowane obok kary lub samoistnie (§ 97 ust. 1 TZ). Możliwe jest wymierzenie więcej niż jednego środka zabezpieczającego, chyba że ustawa stanowi inaczej. Ograniczenie w tym zakresie stanowi § 98 ust. 3 TZ, który zakazuje łączenia oddziaływania leczniczego z internowaniem zabezpieczającym. Ponadto, jeżeli stosowny efekt może być osiągnięty przez wymierzenie jednego tylko środka, należy się do niego ograniczyć (§ 97 ust. 3 TZ). Jeżeli orzeczono kilka środków zabezpieczających, a ich jednoczesne wykonanie nie jest możliwe, sąd określa kolejność ich wykonania (§ 97 ust. 4 TZ).

Środkami zabezpieczającymi są: leczenie ochronne, internowanie zabezpieczające, konfiskata i przewidziane w przepisach dotyczących postępowania w sprawach nieletnich oddziaływanie wychowawcze (§ 98 ust. 1 i 2 TZ).

⁶⁸ Ustawa z 8.01.2009 r. – Kodeks karny (Trestny Zakonik), Sbirky zakonom (dziennik ustaw Republiki Czeskiej) Sb 2009, poz. 40, ze zm.

Leczenie ochronne jest unormowane w § 99 TZ. Obejmuje ono zarówno leczenie psychiatryczne, jak i terapię psychologiczną czy terapię uzależnień. W ramach tego samego środka zabezpieczającego unormowano leczenie w zakładzie zamkniętym oraz leczenie ambulatoryjne. Zgodnie z § 99 ust. 1 TZ leczenie ochronne sąd stosuje wówczas, gdy sprawca nie ponosi odpowiedzialności karnej z uwagi na popełnienie czynu w stanie niepoczytalności, a także w razie popełnienia czynu ze zmniejszoną poczytalnością. Zgodnie z § 99 ust. 2 TZ zastosowanie leczenia ochronnego jest możliwe w sytuacji, kiedy sprawca popełnił czyn zabroniony w stanie zaburzenia psychicznego lub pod wpływem substancji odurzającej, jeżeli jego pobyt na wolności jest niebezpieczny. Orzeczenie tego środka karnego możliwe jest także w razie odstąpienia od wymierzenia kary (§ 99 ust. 3 TZ). W zależności od rodzaju zaburzenia i leczenia sąd zarządza leczenie stacjonarne lub ambulatoryjne. Jeżeli obok kary pozbawienia wolności orzeczono leczenie stacjonarne, co do zasady wykonuje się je po odbyciu przez sprawcę kary pozbawienia wolności, jednak jeżeli przeprowadzenie leczenia po odbyciu kary jest niemożliwe, przeprowadza się je przedtem. Podobnie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do leczenia ambulatoryjnego, które przeprowadza się co do zasady po rozpoczęciu wykonywania kary pozbawienia wolności, w więzieniu. Jednak jeżeli leczenie takie nie mogłoby być w tych warunkach wydajnie prowadzone, można je przeprowadzić przed wykonaniem kary pozbawienia wolności. Jeżeli długość kary pozbawienia wolności nie wystarcza do wykonania pełnego leczenia ambulatoryjnego, sąd może zarządzić kontynuowanie go po opuszczeniu przez skazanego więzienia (§ 99 ust. 4 TZ). Stosownie do treści § 99 ust. 5 TZ sąd może zamienić leczenie ambulatoryjne na leczenie stacjonarne, i odwrotnie. Możliwa jest zamiana środka w postaci stacjonarnego leczenia na środek w postaci internowania zabezpieczającego, w szczególności jeżeli sprawca zbiegł z miejsca wykonywania leczenia, użył przemocy w stosunku do pracowników placówki lub innych osób, utrudniał wykonywanie zabiegów bądź w inny sposób okazał negatywne nastawienie do leczenia.

Leczenie ochronne trwa tak długo, jak wymagają tego jego cele, jednak nie dłużej niż 2 lata. Jeżeli leczenie w tym czasie nie zostanie ukończone, sąd przez upływem terminu może je przedłużyć, nawet kilkakrotnie, jednak każdorazowo nie dłużej niż o kolejne 2 lata, w przeciwnym razie wydaje decyzję o zakończeniu leczenia. Leczenie może zostać zakończone wcześniej, jeżeli okaże się, że jego cel nie może zostać osiągnięty. Jeżeli w czasie wydawania decyzji o zakończeniu leczenia istnieje niebezpieczeństwo, iż sprawca popełni kolejny czyn zabroniony, sąd w decyzji o zakończeniu leczenia zarządza oddanie sprawcy pod dozór na okres do 5 lat (§ 99 ust. 6 TZ). Jeżeli przed rozpoczęciem wykonywania leczenia ustaną okoliczności, które zdecydowały o jego zastosowaniu, sąd uchyla środek (§ 99 ust. 7 TZ).

Paragraf 100 TZ dotyczy internowania zabezpieczającego. Środek ten orzeka się, jeżeli sąd odstępuje od wymierzenia kary w razie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego w stanie ograniczonej poczytalności, a także w razie popełnienia czynu w stanie zaburzeń o charakterze psychicznym, a z uwagi na rodzaj zaburzeń i możliwości popełnienia czynu przez sprawcę nie można oczekiwać, że leczenie ochronne będzie wystarczające dla ochrony społeczeństwa przed nim, a sąd uznaje, iż internowanie zabezpieczające będzie skuteczniejszym sposobem osiągnięcia tego celu niż kara (§ 100 ust. 1 w zw. z § 47 ust. TZ). Orzeczenie tego środka jest

dopuszczalne, zgodnie z tym samym przepisem, także w razie popełnienia czynu zabronionego w stanie niepoczytalności, jeżeli przebywanie sprawcy na wolności jest niebezpieczne, a nie można oczekiwać, że leczenie ochronne będzie wystarczające dla ochrony społeczeństwa przed nim. To pierwsza z postaci internowania zabezpieczającego, orzekana zamiast kary. Istnieje także i druga postać – § 100 ust. 2 TZ stanowi, że możliwe jest zastosowanie internowania zabezpieczającego ze względu na uprzednie życie sprawcy, jeżeli sprawca dopuścił się czynu zabronionego w stanie zaburzenia psychicznego, jego pobyt na wolności jest niebezpieczny, nie można oczekiwać, iż leczenie ochronne będzie w odniesieniu do niego skuteczne. Internowanie zabezpieczające w tej postaci można orzec także wobec sprawcy uzależnionego od środków odurzających, który popełnił przestępstwo w stanie odurzenia lub w związku z odurzeniem i został za nie skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 2 lat, a nie można oczekiwać, że leczenie ochronne będzie stanowiło wystarczające zabezpieczenie dla społeczeństwa. Dotyczy to zwłaszcza przypadku, gdy sprawca był już leczony ochronnie.

Zgodnie z § 100 ust. 3 TZ sąd może orzec internowanie zabezpieczające samoistnie, odstępując od wymierzenia kary lub obok kary. Jeżeli środek został orzeczony obok kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, środek wykonywany jest po wykonaniu kary. W takiej sytuacji w czasie odbywania przez sprawcę kary pozbawienia wolności bieg terminu wykonywania środka zabezpieczającego zostaje wstrzymany, środek zaczyna być wykonywany od razu po zakończeniu kary. Internowanie zabezpieczające trwa tak długo, jak wymaga tego konieczność zabezpieczenia społeczeństwa. Sąd przynajmniej raz na 12 miesięcy, a w wypadku sprawców nieletnich – raz na 6 miesięcy, bada, czy istnieją podstawy utrzymywania środka (§ 100 ust. 5 TZ). Jeżeli stwierdzi odpadnięcie podstaw stosowania środka, odstępuje od jego wykonania, nawet jeżeli go nie rozpoczęto (§ 100 ust. 6 TZ).

Internowanie zabezpieczające jest wykonywane w specjalnej placówce, w której stosowane są programy terapeutyczne, psychologiczne, rehabilitacyjne, edukacyjne i zajęciowe (§ 100 ust. 4 TZ).

Omawiany środek może być w toku wykonywania zamieniony na ochronne leczenie stacjonarne, jeżeli sąd stwierdzi zaistnienie warunków dla zastosowania tego ostatniego środka (§ 100 ust. 5 TZ).

Wolnościowym środkiem zabezpieczającym jest przepadek rzeczy lub innej wartości majątkowej określony w § 101 TZ. Można go zastosować wówczas, kiedy nie orzeczono kary przepadku określonej w § 70 TZ⁶⁹, jeżeli należą do sprawcy, którego nie można skazać, sprawcy, w odniesieniu do którego sąd odstąpił od wymierzenia kary, a także jeżeli przedmiot zagraża bezpieczeństwu ludzi lub mienia bądź istnieje niebezpieczeństwo, że będzie użyty do popełnienia czynu zabronionego (§ 101 ust. 1 TZ). Bez zaistnienia wyżej wskazanych przesłanek sąd może orzec przepadek rzeczy, jeżeli jest ona choćby pośrednim owocem czynu zabronionego i:

- dana rzecz lub inna wartość majątkowa pochodziła z czynu zabronionego lub była nagrodą za czyn zabroniony i nie należy do sprawcy;

⁶⁹ Zgodnie z tym przepisem przepadkowi podlegają rzeczy użyte do popełnienia przestępstwa, przeznaczone do popełnienia przestępstwa, uzyskane przez sprawcę przestępstwa jako nagroda za jego popełnienie oraz takie, które sprawca nabył za wartości uzyskane w drodze przestępstwa.

- dana rzecz lub inna wartość majątkowa została nabyta przez inną osobę niż sprawca, jednak przynajmniej w części pochodziła z czynu zabronionego lub z nagrody za popełnienie czynu zabronionego;
- dana rzecz lub inna wartość majątkowa została nabyta przez osobę inną niż sprawca, została nabyta przynajmniej w części za wartości uzyskane za pomocą czynu zabronionego, w tym także jako nagroda za jego popełnienie.

W tym ostatnim przypadku środka nie orzeka się, jeżeli wartość rzeczy lub innej wartości majątkowej jest nieistotna (§ 101 ust. 2 TZ). Środka tego nie stosuje się, jeżeli sprawca lub inna osoba pozostaje w konflikcie dotyczącym własności rzeczy lub innej wartości (§ 101 ust. 3 TZ).

Zamiast przepadku sąd może orzec obowiązek dokonania w rzeczy lub innej wartości takich zmian, by nie mogły służyć do popełniania czynów społecznie niebezpiecznych, wyeliminowania niektórych urządzeń, usunięcia z rzeczy lub innego przedmiotu oznaczenia, ograniczenia wartości rzeczy lub innego majątku, każdorazowo określając czas, w którym obowiązek ten ma być wykonany (§ 101 ust. 4 TZ). W razie niewykonania obowiązku sąd podejmuje decyzję o przepadku (§ 101 ust. 5 TZ). Jeżeli sprawca lub inna osoba uniemożliwi w jakikolwiek sposób orzeczenie lub wykonanie przepadku, czy też przedmiot lub wartość majątkowa została utracona, możliwe jest orzeczenie przepadku równowartości rzeczy lub innej wartości majątkowej (§ 102 TZ).

Paragraf 103 TZ rozciąga przepisy o przepadku na pliki z zawartością sprzeczną z prawem, a także na urządzenia wykorzystywane przy produkcji i powielaniu takich plików jak drukarki, płyty, inne nośniki, programy komputerowe. Dotyczy to nie tylko całych plików znajdujących się w posiadaniu sprawcy, lecz także ich fragmentów znajdujących się w posiadaniu różnych osób (§ 103 ust. 1 i 2 TZ). Uregulowania te stosuje się także do plików, których rozpowszechnianie ze względu na ich zawartość może stanowić czyn zabroniony i wobec których orzeczenie przepadku jest konieczne, by zapobiec ich nielegalnemu rozpowszechnianiu (§ 103 ust. 3 TZ).

Przedmioty, których przepadek orzeczono, stają się własnością państwa (§ 104 ust. 1 TZ).

Prawo karne Republiki Czeskiej operuje zatem dość wąskim zestawem środków zabezpieczających. W szczególności brak jest znanego np. niemieckiemu czy szwajcarskiemu prawu karnemu środka w postaci internowania wielokrotnych recydywistów. Istniejące w czeskim prawie karnym internowanie zabezpieczające jest w gruncie rzeczy środkiem orzekanym zamiast leczenia ochronnego lub wspierającym leczenie ochronne i jest stosowane w odniesieniu do sprawców zaburzonych. Nie istnieje natomiast żaden środek zabezpieczający odnoszący się do szczególnie niebezpiecznych przestępców, u których nie stwierdzono zaburzeń psychicznych.

6. HOLANDIA

Holenderski kodeks karny z 3.03.1881 r. nie wyodrębnia środków zabezpieczających jako osobnej kategorii. Występuje ona w ramach szerszej kategorii tzw. środków (*Maatregelen*).

Do środków należy w pierwszej kolejności przepadek przedmiotów. Zgodnie z art. 36b kodeksu karnego Holandii (dalej jako WbSt)⁷⁰ przepadek przedmiotów może być orzeczony w razie skazania za przestępstwo, odstąpienia od wymierzenia kary, w razie popełnienia czynu zabronionego, który nie stanowi przestępstwa, w osobnej decyzji sądu na wniosek prokuratora, przy wymierzeniu kary. Środek może zostać wymierzony zarówno samoistnie, jak i obok kary (art. 36b ust. 3 WbSt). Przepadkowi podlegają przedmioty pochodzące z czynu zabronionego, korzyści pochodzące z czynu zabronionego, służące do popełnienia lub przygotowania do czynu zabronionego, przedmioty, których posiadanie jest zabronione, a także inne w takim zakresie, w jakim ich posiadanie jest sprzeczne z prawem lub pożytkiem publicznym (art. 36c WbSt). Środek ten w kształcie i funkcjach zbliżony jest do środka karnego w rozumieniu polskiego prawa karnego.

Natomiast funkcję klasycznego środka zabezpieczającego pełni umieszczenie sprawy w szpitalu psychiatrycznym. Zgodnie z art. 37 ust. 1 WbSt sąd może jeszcze przed rozstrzygnięciem sprawy umieścić sprawcę w szpitalu psychiatrycznym, jeżeli popełnił on czyn zabroniony w wyniku niedorozwoju umysłowego lub patologicznego zaburzenia zdolności psychicznych, a sprawca jest niebezpieczny dla siebie lub innych osób. Pobyt w szpitalu na tej podstawie trwa nie dłużej niż 1 rok. Środek taki można zastosować tylko po wysłuchaniu opinii dwóch biegłych z różnych dziedzin, w tym jednego psychiatry, przy czym wystarcza, jeżeli za internowaniem w szpitalu opowie się jeden biegły (art. 37 ust. 2 WbSt). W razie popełnienia przez sprawcę w wyniku niedorozwoju umysłowego lub patologicznego zaburzenia zdolności psychicznych czynu zabronionego z art. 132 WbSt – Wzywanie do stosowania przemocy przeciwko władzy publicznej, art. 285 WbSt – Jedna z postaci groźby, art. 285b WbSt – Stalking, z art. 175 ustawy o ruchu drogowym⁷¹ i z art. 11 ustawy o opium⁷², a sprawca został skazany na karę co najmniej 4 lat więzienia, środek można nałożyć, jeżeli bezpieczeństwo innych osób albo bezpieczeństwo ogólne ludzi i mienia tego wymaga (art. 37a ust. 1 WbSt). Stosując ten środek, sąd może odstąpić od wymierzenia kary, nawet jeżeli istnieją podstawy jej wymierzenia (art. 37a ust. 2 WbSt). Także i tu obowiązuje procedura powoływania biegłych, identyczna jak w poprzednim przypadku (art. 37a ust. 3 WbSt).

Sąd może zalecić odpowiedniej instytucji państwowej objęcie sprawcy opieką wolnościową, która może polegać na terapii w warunkach wolnościowych połączonej z dozorem, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa innym osobom lub ogólnego bezpieczeństwa osób i mienia (art. 37b ust. 1 WbSt), przy czym sąd może zalecić na podstawie art. 38c WbSt, że obowiązek opieki trwa nadal, mimo ustania stanu niebezpieczeństwa, jaki przedstawia sobą sprawca. Jednak opieka wolnościowa nie może być utrzymywana dłużej niż przez 2 lata od uprawomocnienia się wyroku, którym została nałożona (art. 38d ust. 1 WbSt). Istnieje możliwość przedłużenia jej o rok lub 2 lata, jeżeli wymaga tego bezpieczeństwo innych osób lub ogólne bezpieczeństwo osób i mienia (art. 38d ust. 2 WbSt),

⁷⁰ Ustawa z 3.03.1881 r. kodeks karny (Wetboek van Strafrecht) BWBR0001854.

⁷¹ Ustawa z 21.04.1994 r. o ruchu drogowym (Wegenverkeerswet). Przepis penalizuje przestępstwo spowodowania wypadku drogowego.

⁷² Ustawa z 12.05.1928 r. Opiumwet, BWBR 0001941 ze zm. Przepis penalizuje cały szereg zachowań związanych z posiadaniem substancji odurzających, obrotem nimi i ich wytwarzaniem.

co oznacza, że maksymalny okres trwania tak pojmowanego nadzoru nie może być dłuższy niż 4 lata, o czym wprost stanowi art. 38e ust. 1 WbSt.

Termin trwania dozoru nie biegnie w czasie odbywania kary więzienia, w czasie stosowania izolacyjnego środka zabezpieczającego, w czasie dłuższego niż tydzień uchylenia się od dozoru (art. 38g WbSt). W trakcie dozoru jego warunki mogą być modyfikowane (art. 38i WbSt), można też dozór zakończyć warunkowo, ustalając dalszy okres próby na czas od 1 do 2 lat (art. 38j ust. 1 WbSt). Cały okres dozoru, wraz z dozorem przedłużonym i próbą w razie warunkowego zwolnienia z dozoru, nie może przekroczyć 9 lat (art. 38j ust. 2 WbSt).

W razie zakończenia dozoru istnieje, pod pewnymi warunkami, możliwość jego wznowienia (art. 38k WbSt).

Specjalnym środkiem zabezpieczającym jest umieszczenie sprawcy w ośrodku dla recydywistów. Na podstawie art. 38l ust. 1 WbSt czyni to sąd na wniosek prokuratora, jeżeli sprawca w ciągu 5 lat przed popełnieniem przestępstwa co najmniej trzykrotnie skazywany był na karę lub środek związany z pozbawieniem wolności, a istnieje uzasadnione przypuszczenie, że ponownie popełni przestępstwo, zaś bezpieczeństwo osób i mienia wymaga zastosowania takiego środka. Zgodnie z art. 38l ust. 2 WbSt środek ten ma na celu zakończenie recydywy sprawcy i ochronę społeczeństwa.

Środek ten ma także inny cel. Jeżeli bowiem zostanie ustalone, że sprawca jest uzależniony od narkotyków, celem środka jest także wyleczenie go z uzależnienia, o czym stanowi art. 38l ust. 3 WbSt.

Maksymalna długość pobytu sprawcy w ośrodku to 2 lata od dnia uprawomocnienia się wyroku (art. 38m ust. 1 WbSt), przy czym w wyroku należy określić czas, przez jaki środek będzie wykonywany w areszcie lub w szpitalu psychiatrycznym, gdzie można umieścić sprawcę w celach diagnostycznych (art. 38m ust. 2 WbSt). Sąd może uchylić środek bezwarunkowo (art. 38p ust. 1 WbSt) lub warunkowo, z okresem próby nieprzekraczającym 3 lat (art. 38p ust. 2 WbSt), przy czym w tym ostatnim przypadku możliwe jest zastosowanie dozoru (art. 38p ust. 4 WbSt), a także nałożyć na skazanego obowiązek leczenia w warunkach wolnościowych, z tym że obowiązek leczenia może być nałożony wyłącznie za zgodą skazanego (art. 38p ust. 5 WbSt). Warunki te mogą być uchylane lub zmieniane z urzędu, na wniosek prokuratora, sprawcy lub jego obrońcy (art. 38q WbSt). Jeżeli warunki, na jakich zrezygnowano ze stosowania środka, nie będą przez sprawcę dotrzymywane, możliwe jest zarządzenie dalszego wykonywania środka w warunkach izolacyjnych (art. 38r WbSt).

Holenderski kodeks kary operuje zatem stosunkowo wąskim wachlarzem środków zabezpieczających, przy czym są one ukształtowane dosyć łagodnie, z dużą dbałością o zrealizowanie gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Szczególnie zwraca uwagę okoliczność operowania stosunkowo krótkimi terminami stosowania środków zabezpieczających. Uprawnienia sądu w zakresie stosowania środków są drobiazgowo uregulowane, także w zakresie kwestii czysto technicznych, jak sposób powoływania biegłych czy ich wyłączanie. Te ostatnie kwestie, jako nienależące do istoty zagadnienia, pominięto. Należy jednak zasygnalizować ich istnienie, jako że stanowią dowód mocnego wyczulenia ustawodawcy holenderskiego na kwestie gwarancyjne.

7. WŁOCHY

Prawo karne Włoch zna rozbudowany katalog środków zabezpieczających⁷³. Poświęcono im tytuł VIII kodeksu karnego Włoch z 19.10.1930 r. (dalej jako CP).⁷⁴ Dzielią się one na dwie podstawowe kategorie: środki osobiste (tytuł VIII rozdział I) i majątkowe (tytuł VIII rozdział II). W ramach środków osobistych można wyodrębnić jeszcze środki izolacyjne i nieizolacyjne. Tytuł VIII zawiera nadto rozbudowane przepisy ogólne dotyczące stosowania środków.

Artykuł 199 CP stanowi, że nie mogą być orzekane środki zabezpieczające nieznane ustawie. Artykuł 200 CP stwierdza, iż środki zabezpieczające są wykonywane zgodnie z przepisami prawa. Jeżeli przepisy z czasu wymierzenia środka zabezpieczającego i z czasu jego wykonywania różnią się, stosuje się przepisy obowiązujące w czasie jego wykonywania, a środki zabezpieczające stosuje się również do cudzoziemców zamieszkałych na terytorium Włoch. Środki zabezpieczające przewidziane we włoskim prawie karnym znajdują zastosowanie również do przestępstw popełnionych poza terytorium Włoch lub do wyroków, których wykonanie zostało przejęte, z zastrzeżeniem, że ma to miejsce wówczas, gdy dowiedziono, iż dana osoba jest niebezpieczna (art. 201 CP).

Zgodnie z art. 202 CP środki zabezpieczające mogą być stosowane wyłącznie wobec sprawców społecznie niebezpiecznych, którzy dopuścili się czynu uznanego przez prawo za przestępstwo, przy czym przepisy prawa karnego mogą przewidywać wyjątki i dopuszczać stosowanie środków zabezpieczających wobec osób, które nie popełniły takiego czynu (art. 202 CP)⁷⁵. Za społecznie niebezpiecznego uważany jest co do zasady człowiek, który dopuścił się czynu uznanego przez prawo za przestępstwo, a istnieje niebezpieczeństwo, że będzie dopuszczał się takich czynów w przyszłości, o czym stanowi przepis art. 203 CP. Ten sam przepis nakazuje przy ocenie stopnia społecznego niebezpieczeństwa sprawcy brać pod uwagę okoliczności wskazane w art. 133 CP, który wymienia:

- charakter, rodzaj, czas, miejsce, okoliczności popełnionego czynu;
- wagę szkody lub zagrożenia szkodą;
- postać zamiaru i stopień winy.

Należy ponadto brać pod uwagę możliwości popełnienia nowego czynu zabronionego ujawnione w czasie popełnienia czynu podlegającego ocenie, a zatem:

- motywów popełnienia czynu i charakter sprawcy;
- zachowanie i życie sprawcy przed popełnieniem czynu;
- postępowanie sprawcy po popełnieniu czynu;
- okoliczności osobiste, rodzinne i bytowe sprawcy⁷⁶.

⁷³ Przy czym pomijam tu administracyjne środki zabezpieczające, istniejące w ustawodawstwie administracyjnym.

⁷⁴ Ustawa z 19.10.1930 r. Codice Penale (kodeks karny), Gazzetta Ufficiale z 26.01.1930, n. 251, ze zm.

⁷⁵ Np. usiłowanie nieudolne (art. 49 CP).

⁷⁶ Nie obowiązuje już (uchylony ustawą z 10.10.1986 r.) przepis art. 204 CP, wprowadzający domniemanie społecznego niebezpieczeństwa pewnych kategorii sprawców – por. M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, M. Filar (red.), Toruń 2007, s. 188. Autor ten słusznie zwraca uwagę na znaczną dyskrejonalną władzę sędziego przy orzekaniu środków zabezpieczających; por. też M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw Europy Zachodniej. Wybrane zagadnienia*, S. Frankowski (red.), Warszawa 1982, s. 99.

Środki zabezpieczające wymierza się w wyroku skazującym lub uniewinniającym. Można je wymierzyć w razie skazania w czasie wykonywania wyroku, przy zwolnieniu sprawcy, w przypadku uniewinnienia, zawsze w przypadkach przewidzianych przez prawo (art. 205 CP). Ujęcie takie oznacza możliwość wymierzenia środka zabezpieczającego nie tylko w postępowaniu jurysdykcyjnym, lecz także w postępowaniu wykonawczym, a nawet po wykonaniu kary. Wydaje się, że należy podzielić pogląd, iż względy prewencyjne ustępują w danym wypadku przed względami represyjnymi⁷⁷.

Możliwe jest zastosowanie tymczasowego środka zabezpieczającego w toku postępowania na czas odpowiadający minimalnemu okresowi, na który może być orzeczony środek (art. 206 CP). Dotyczy to umieszczenia w sądowym szpitalu psychiatrycznym, reformatorium dla nieletnich lub w domu leczenia i opieki.

Możliwości uchylenia osobistych środków zabezpieczających dotyczy art. 207 CP. Stanowi on, że nie można uchylić środka, jeżeli sprawca, wobec którego go orzeczono, nie przestał być niebezpieczny⁷⁸. Nie można również uchylić środka, jeżeli nie upłynął minimalny okres wykonywania przewidziany dla każdego z nich z osobna. Natomiast po upływie tego okresu sąd dokonuje oceny w zakresie dalszej potrzeby stosowania środka. Jeżeli sprawca jest nadal niebezpieczny, sąd ustala termin, w którym ma być przeprowadzone kolejne badanie stanu sprawcy. Niezależnie od tego w dowolnym momencie sąd może dokonywać ustaleń, czy stan niebezpieczeństwa sprawcy minął (art. 208 CP).

W razie popełnienia przez jednego sprawcę, nawet w różnym czasie, więcej niż jednego czynu uzasadniającego zastosowanie środka, można orzec jeden środek z powodu wszystkich tych czynów (art. 209 CP).

W przypadku przedawnienia karalności czynu nie jest dopuszczalne orzeczenie środków zabezpieczających, za wyjątkiem tych, których orzeczenie możliwe jest w każdym czasie. Natomiast przedawnienie wykonania już orzeczonych środków zabezpieczających następuje po 10 latach od ich orzeczenia, z zastrzeżeniem że środki w postaci umieszczenia w kolonii rolnej lub w domu pracy zostaje zastąpiony wtedy przez dozór (art. 210 CP).

Środki zabezpieczające zastosowane obok kary pozbawienia wolności wykonuje się po jej odbyciu lub po uznaniu za wykonaną w inny sposób. Natomiast środki zabezpieczające zastosowane obok kary nieizolacyjnej wykonywane są wówczas, kiedy orzeczenie o karze staje się ostateczne (art. 211 CP).

Środkami zabezpieczającymi osobistymi są, jak wskazano wyżej, środki izolacyjne i nieizolacyjne. Izolacyjne to zgodnie z art. 215 CP:

- umieszczenie w kolonii rolnej lub domu pracy (art. 216–218 CP);
 - umieszczenie w domu leczenia i opieki (art. 219–221 CP);
 - umieszczenie w sądowym szpitalu psychiatrycznym (art. 222 CP);
 - umieszczenie nieletniego w reformatorium sądowym (art. 223–227 CP).
- Środkami nieizolacyjnymi zgodnie z art. 215 CP są:
- dozór (art. 228–232 CP);

⁷⁷ Krytycznie na ten temat M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 188–189; M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw...*, s. 100.

⁷⁸ M. Filar stwierdza, że w praktyce często wykonanie izolacyjnych środków zabezpieczających nie różni się od wykonywania kary – por. M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 188–189.

- zakaz pobytu w określonej miejscowości lub regionie (art. 233 CP);
- zakaz uczęszczania do miejsc publicznego wyszynku (art. 234 CP);
- wydalenie cudzoziemca z terytorium państwa (art. 235 CP).

Umieszczenie w kolonii rolnej lub domu pracy stosowane jest zgodnie z art. 216 CP wobec:

- sprawców, którzy popełniali przestępstwa zawodowo, z nawyknięcia lub w wyniku trwałej skłonności⁷⁹,
- sprawców zawodowych lub z nawyknięcia, w wypadku których popełnienie nowego nieumyślnego przestępstwa nie jest przejawem przestępczości zawodowej, z nawyknięcia lub w wyniku trwałej skłonności, którzy nie byli jeszcze poddani środkowi zabezpieczającemu,
- osób skazanych lub zwalnianych z kary, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Istnieje jeszcze dodatkowa możliwość skierowania sprawcy do kolonii rolnej lub domu pracy, której nie przewiduje wskazany przepis, a która wynika z art. 231 CP. Mianowicie sprawca, który uchyła się od dozoru, może zostać umieszczony w kolonii rolnej lub domu pracy. Słusznie w literaturze zwraca się uwagę na represyjność tego przepisu⁸⁰.

Zgodnie z art. 217 CP umieszczenie w kolonii rolnej lub domu pracy trwa minimum 1 rok. Dla przestępców z nawyknięcia najkrótszy okres wykonywania środka wynosi 2 lata, dla przestępców zawodowych – 3 lata. Sąd określa, czy środek ma być wykonywany w kolonii rolnej, czy w domu pracy, w zależności od indywidualnych predyspozycji sprawcy. Środek może być zmieniony w czasie wykonywania. W przypadku przestępców z nawyknięcia, w wyniku trwałej tendencji lub zawodowych kolonie i domy są zorganizowane odrębnie (art. 218 CP).

Umieszczenie w domu leczenia i opieki jest orzekane wobec sprawców przestępstw nieumyślnych, przestępstw związanych z ułomnością psychiczną, z powodu przewlekłego zatrucia alkoholem lub narkotykami, w związku z tym, że sprawca jest głuchoniemy. Jeżeli czyn popełniony przez sprawcę jest zagrożony karą nie mniejszą od 5 lat pozbawienia wolności, pobyt w domu trwa co najmniej 1 rok. W przypadku zagrożenia karą nie mniejszą niż 10 lat pozbawienia wolności lub karą więzienia dożywotniego okres pobytu w domu nie może być krótszy niż 3 lata. Jeżeli sprawca dopuścił się w opisanych wyżej warunkach innego przestępstwa

⁷⁹ W literaturze zwraca się uwagę, że zastosowana tu typologia sprawców może być uznana za relikty koncepcji neolombrozyjskich, w szczególności poglądów E. Ferriego. Dotyczy to zwłaszcza pojęcia przestępstwa popełnionego w wyniku trwałych skłonności. Pojęcie to, określone w art. 108 CP, obejmuje sprawcę, który nie będąc wielokrotnym recydywistą ani przestępcą zawodowym czy z nawyknięcia, popełnia umyślne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, w których ujawnia się jego specjalna skłonność do przestępstwa znajdująca przyczynę w specjalnie złym usposobieniu sprawcy. Pojęcia przestępcy z nawyknięcia (art. 102 i art. 103 CP) i przestępcy zawodowego (art. 105 CP) są określone w sposób dokładniejszy, choć także i w odniesieniu do tych kategorii istnieją pewne „luzy” interpretacyjne. Słusznie zwraca na to uwagę M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw...*, s. 100; M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 188. Warto podkreślić, co wynika ze wskazanej wyżej treści art. 205 CP, a na co zwraca także uwagę powołany autor, że uznanie sprawcy za przestępcę zawodowego, z nawyknięcia lub popełniającego przestępstwa w wyniku trwałej tendencji może nastąpić nie tylko w toku postępowania jurysdykcyjnego, lecz także w postępowaniu wykonawczym, a nawet po wykonaniu kary – por. M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw...*, s. 100; M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 188.

⁸⁰ M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 189.

zagrożonego karą pozbawienia wolności, a można go uznać za społecznie niebezpiecznego, pobyt w domu leczenia i opieki trwa co najmniej 6 miesięcy, jednak sąd może środek ten zastąpić innym, mianowicie dozorem (art. 219 CP). Środek ten wykonuje się po karze pozbawienia wolności (art. 220 CP). Sąd, biorąc pod uwagę szczególnie warunki psychiczne skazanego, może uznać, że środek będzie wykonywany przed rozpoczęciem lub zakończeniem kary. Jeżeli powody, dla których orzeczono środek, ulegną złagodzeniu, sąd może odwołać środek, jednak nie wcześniej niż przed upływem minimalnego okresu jego wykonywania określonego w art. 219 CP (art. 220 CP)⁸¹.

Szczególnie regulacje odnoszą się do środka umieszczenia w domu leczenia i opieki w odniesieniu do osób nadużywających alkoholu i środków odurzających. Zgodnie z art. 222 CP jeżeli sprawca popełnił przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności w stanie pijaństwa lub pod wpływem narkotyków, można wobec niego zastosować ten właśnie środek. Jednak jeżeli sprawcy wymierzono karę pozbawienia wolności poniżej 3 lat, można w to miejsce zastosować dozór. Środek wykonuje się w specjalnym zakładzie, a minimalny okres jego trwania to 6 miesięcy.

Środek w postaci umieszczenia w sądowym szpitalu psychiatrycznym wymierza się w razie unięwinnienia sprawcy z powodu choroby psychicznej, przewlekłego zatrucia alkoholem lub narkotykami; dotyczy to także sprawcy głuchoniemego. Okres pobytu w szpitalu psychiatrycznym nie może być krótszy niż 2 lata. Nie dotyczy to czynów nieumyślnych, a także czynów umyślnych, za które ustawa przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 2 lub łagodniejszą (art. 222 CP). Natomiast zgodnie z tym samym przepisem środek ten może być stosowany także wobec nieletnich sprawców czynów zabronionych jako przestępstwa, niewinnych ze względu na wiek, jeżeli ukończyli 14 lat życia⁸², przy spełnieniu innych warunków określonych w przepisie.

W przypadku przestępstw zagrożonych karą dożywotniego pozbawienia wolności lub karą pozbawienia wolności nie niższą niż 5 lat minimalny okres pobytu w szpitalu wynosi 10 lat. Jeżeli wobec osoby hospitalizowanej orzeczona jest kara polegająca na choćby ograniczeniu wolności osobistej, wykonanie tej kary zostaje odroczone do czasu zakończenia hospitalizacji (art. 222 CP).

Umieszczenie nieletniego w reformatorium sądowym reguluje art. 223 CP. Jest to środek zabezpieczający przewidziany dla nieletnich. Jego wykonywanie nie może trwać krócej niż rok. Stosuje się go w odniesieniu do osób, które nie ukończyły 18. roku życia, może jednak być zastąpiony w pewnych warunkach umieszczeniem w kolonii rolnej lub domu pracy.

⁸¹ Wydaje się, że jest to kolejny przejaw represyjności systemu środków zabezpieczających we włoskim prawie karnym. Skoro odpady podstawy umieszczenia sprawcy w szpitalu, nie istnieją żadne merytoryczne racje, by w nim przybywał. Wskazana reguła oznacza, że po wyleczeniu sprawca w szpitalu odbywa po prostu karę.

⁸² A nie ukończyli 18. roku życia. Zgodnie z art. 98 CP sprawca, który ukończył 14 lat życia, a nie ukończył 18, a więc pozostając nieletnim, odpowiada karnie, jeżeli popełnił czyn zabroniony, mając zdolność jego rozumienia i chcenia. Oznacza to, że jeżeli był tej zdolności pozbawiony, nie ponosi winy. Właśnie w takiej sytuacji można wobec niego zastosować omawiany środek zabezpieczający. Natomiast jeżeli nieletni nie ukończył 14 lat życia, nie tylko nie ponosi odpowiedzialności karnej, lecz zastosowanie środka, o którym mowa, jest niedopuszczalne. Natomiast jeżeli nieletni po ukończeniu 14. roku życia popełni czyn zabroniony ze zdolnością jego chcenia i rozumienia, odpowiada na zasadach ogólnych, z pewnymi modyfikacjami w zakresie wykonywania kary, np. w więzieniu-szkole – por. na ten temat M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 189.

Zgodnie z art. 224 CP jeżeli nieletni skończył 14 lat, popełnił czyn zabroniony bez zdolności jego pojmowania i chcenia, a może być postrzegany jako niebezpieczny, w szczególności z uwzględnieniem wagi czynu, moralnych warunków rodziny, w której przebywał, może być skierowany do reformatorium sądowego lub objęty wolnościowym środkiem zabezpieczającym w postaci dozoru.

W reformatorium można umieścić także nieletniego działającego z rozeznaniem, jeżeli ukończył 14 lat życia i został uznany za niebezpiecznego. Sprawca taki zostaje skierowany do reformatorium po odbyciu kary, sąd może też wtedy zrezygnować z umieszczenia nieletniego w reformatorium i zastosować środek zabezpieczający w postaci dozoru (art. 225 CP).

Środek ten jest obligatoryjny w odniesieniu do nieletnich, którzy popełniają przestępstwa zawodowo, z nawyknięcia lub w wyniku trwałej skłonności. Wówczas jego wykonywanie trwa co najmniej 3 lata. Jeżeli w czasie wykonywania środka sprawca ukończy 21 lat, sąd kieruje go do kolonii rolnej lub domu pracy (art. 226 CP).

Jeżeli nieletni dopuścił się umyślnego czynu zabronionego zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności lub karą pozbawienia wolności nie niższą niż 3 lata, nie można wobec niego orzec dozoru, lecz należy go skierować do reformatorium na okres nie krótszy niż 3 lata. Uregulowanie to dotyczy zarówno nieletnich, którzy odpowiadają karnie, jak i takich, którzy nie ponoszą odpowiedzialności. Jeżeli nieletni jest szczególnie niebezpieczny, może być skierowany do reformatorium o charakterze specjalnym (art. 227 CP).

Warto zauważyć, że istnienie tak określonego środka zabezpieczającego stosowanego w odniesieniu do nieletnich, bardziej nawet niż okoliczność, że środek ten jest instytucją prawa karnego, a nie wyodrębnionego prawa nieletnich, oznacza, iż włoskie prawo karne przyjmuje w zakresie sposobu traktowania nieletnich sprawców czynów karalnych koncepcję uznania nieletniego za „małego dorosłego”, rzadko już współcześnie spotykaną i ocenianą jako mało skuteczną⁸³.

Pierwszym z przewidzianych we włoskim kodeksie karnym osobistych wolnościowych środków zabezpieczających jest dozór. Zgodnie z art. 228 CP wykonywanie tego środka jest powierzone organom bezpieczeństwa publicznego. Na sprawców, wobec których orzeczono dozór, nakładane są obowiązki mające zapobiec popełnianiu przez nich nowych czynów zabronionych. Obowiązki te mogą być zmieniane i modyfikowane w toku wykonywania środka. Celem nadzoru jest ułatwienie sprawcy przystosowania się do życia w społeczeństwie, w szczególności poprzez pracę. Czas jego wykonywania nie może być krótszy niż rok (art. 228 *in fine* CP). Dozór można orzec w razie skazania na karę pozbawienia wolności nie dłuższą niż 1 rok, a także jeżeli kodeks zezwala na zastosowanie środka zabezpieczającego do czynów, które nie stanowią przestępstwa (art. 229 CP).

Obligatoryjnie stosuje się dozór zgodnie z art. 230 CP w razie:

- skazania na karę pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej 10 lat; nie może on wówczas trwać krócej niż 3 lata;
- przy warunkowym zwolnieniu z odbywania kary pozbawienia wolności;
- w razie recydywy;
- w innych przypadkach przewidzianych przez ustawę.

⁸³ M. Filar w: Prawo karne i wymiar sprawiedliwości..., s. 190.

Należy przypomnieć treść powołanego wyżej art. 231 CP, zgodnie z którym w razie uchylania się sprawcy od dozoru może być on skierowany do kolonii rolnej lub domu pracy.

Środek w postaci zakazu pobytu w określonej miejscowości lub regionie może być zgodnie z art. 233 CP orzeczony wobec sprawcy, który dopuścił się przestępstwa przeciwko państwu, porządkowi publicznemu, przestępstwa popełnionego z motywów politycznych lub wynikającego ze szczególnych warunków społecznych lub moralnych, które panują w danym miejscu. Czas wykonywania środka nie może być krótszy niż 1 rok, a w razie ponownego popełnienia przestępstwa uzasadniającego nałożenie zakazu może być połączony z dozorem.

Zakaz uczęszczania do miejsc publicznego wyszynku trwa nie mniej niż 1 rok. Można go orzec obok kary w razie skazania za przestępstwo popełnione w stanie upojenia lub w miejscu wyszynku. Środek ten można łączyć z dozorem i kaucją dobrego prowadzenia się (art. 234 CP).

Środek w postaci wydalenia cudzoziemca z terytorium państwa jest ostatnim spośród środków o charakterze osobistym. Zgodnie z art. 235 CP sąd nakazuje wydalenie z terenu państwa cudzoziemca lub obywatela państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli został skazany na karę pozbawienia wolności przekraczającą 2 lata.

Majątkowymi środkami zabezpieczającymi są gwarancyjna kaucja dobrego prowadzenia się i konfiskata (art. 236 CP). Gwarancyjna kaucja dobrego prowadzenia się jest unormowana w przepisach art. 237–239 CP. Zgodnie z art. 237 CP polega na złożeniu do depozytu sądowego wskazanej przez sąd kwoty pieniężnej bądź zabezpieczenia dobrego prowadzenia się, np. w drodze hipoteki. Czas trwania zabezpieczenia wynosi od 1 do 5 lat, zatem jest ograniczony zarówno co do minimum (jak środki o charakterze osobistym), jak i co do maksimum. Czas, od którego liczony jest bieg środka, wyznacza dzień, w którym faktycznie złożono kaucję. W wypadku niezłożenia kaucji w wyznaczonym terminie sąd zastępuje ją dozorem (art. 238 CP). W razie popełnienia w czasie trwania kaucji przestępstwa lub innego naruszenia prawa, za które możliwe jest pozbawienie sprawcy wolności, kaucja przepada na rzecz państwa. W innym razie po upływie terminu wygasa i podlega zwrotowi (art. 239 CP).

Konfiskatę reguluje art. 240 CP. Następuje ona w przypadku skazania sprawcy i obejmuje rzeczy, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, a także owoce przestępstwa. Konfiskata jest obligatoryjna w odniesieniu do rzeczy, które były opłatą za przestępstwo⁸⁴, i rzeczy, których wytwarzanie, używanie, posiadanie, unieszkodliwianie są zabronione jako przestępstwo⁸⁵.

Katalog środków zabezpieczających we włoskim prawie karnym jest więc dosyć szeroki. Warto podkreślić, że wspólną cechą wszystkich, poza gwarancyjną kaucją dobrego prowadzenia się, środków zabezpieczających wymiernych w czasie jest to, że ustawa określa tylko minimalny okres, w jakim środek powinien być wykonywany. Generalną cechą środków jako takich jest oparcie ich na elemencie społecznego niebezpieczeństwa sprawcy. W przypadku środków orzekanych obok kary

⁸⁴ Nie dotyczy to rzeczy stanowiącej własność osoby innej niż sprawca.

⁸⁵ Nie dotyczy przypadków, kiedy na czynności te sprawca posiada zezwolenie stosownych władz.

pozbawienia wolności zasadą jest wykonywanie ich po zakończeniu odbywania kary, choć sąd może zmienić tę kolejność w sytuacjach określonych w ustawie. Orzekanie o możliwości zastosowania środka ma miejsce w postępowaniu jurysdykcyjnym, natomiast w postępowaniu wykonawczym możliwe jest dokonanie całego szeregu modyfikacji środka, z zastąpieniem go innym środkiem włącznie. Istnieje środek w postaci umieszczenia w kolonii rolnej lub domu pracy stosowany po wykonaniu kary pozbawienia wolności wobec przestępców zawodowych, z nawyknięcia i popełniających przestępstwa w wyniku trwałej skłonności. Niewątpliwie należy podzielić pogląd, że włoski system środków zabezpieczających we współczesnym kształcie jest konsekwencją tradycji pozytywistycznej włoskiego prawa karnego⁸⁶. Jest on dosyć represywny, a istniejące środki zabezpieczające często pełnią po prostu funkcje kar. Ponadto uregulowania w tym zakresie cechuje z jednej strony znaczna kazuistyka i spora sztywność norm (liczne reguły obligatoryjne przy wymiarze środków), z drugiej – istnienie całego szeregu przypadków, kiedy sąd otrzymuje bardzo szeroką władzę dyskrecyjną. Jest to, jak słusznie zauważa się w literaturze, cecha nie tylko systemu środków zabezpieczających, ale włoskiego prawa karnego jako takiego⁸⁷.

Szczególne zastrzeżenia budzi środek zabezpieczający w postaci umieszczenia nieletniego w reformatorium, stanowiący przejaw traktowania nieletnich jako tzw. małych dorosłych, która to koncepcja jest współcześnie uznawana za mało skuteczną⁸⁸.

8. SŁOWENIA

Nowy kodeks karny Słowenii z 20.05.2008 r.⁸⁹ (dalej jako KZ, Krivični Zakon) ograniczył ilość środków zabezpieczających w porównaniu do poprzednio obowiązującego kodeksu z 23.04.1999 r. Nowy kodeks karny nie zna już środka zabezpieczającego w postaci przymusowego leczenia sprawców uzależnionych od alkoholu i narkotyków. Środek taki był przewidziany w art. 66 KZ z 1999 r., obecnie natomiast nie istnieje jako samodzielny środek zabezpieczający. Leczenie sprawców uzależnionych jest możliwe, jednak wyłącznie za ich zgodą, w ramach innych niż środki zabezpieczające instytucji prawa karnego, mianowicie w ramach skazania warunkowego połączonego z nadzorem (art. 65 ust. 3 KZ), w ramach wykonywania kary więzienia (art. 85 KZ) i w ramach warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 88 KZ). Nie istnieją natomiast w słoweńskim prawie karnym przepisy pozwalające nałożyć obowiązek takiego leczenia.

W obecnie obowiązującym kodeksie karnym Słowenii istnieje pięć rodzajów środków zabezpieczających. Są to zgodnie z art. 69 KZ:

⁸⁶ M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw...*, s. 100; M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 188.

⁸⁷ M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 189.

⁸⁸ Warto dodać, że uregulowania włoskiego kodeksu karnego w tym zakresie są uzupełniane przepisami administracyjnymi i cywilnymi, np. w dekretach z 20.07.1934 r. (nr 1404) i ustawie nr 835 z 1935 r. System ten, w praktyce sprowadzający się do swego rodzaju karania nieletnich przy zastosowaniu w pierwszym rzędzie umieszczenia w reformatorium, jest oceniany, także we włoskiej literaturze przedmiotu, jako mało efektywny – por. M. Filar w: *Prawo karne niektórych państw...*, s. 104–105; M. Filar w: *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości...*, s. 190–191 i powołana tam literatura włoska.

⁸⁹ Uradni List (dziennik ustaw Republiki Słowenii), p. 5865–5956, ze zm.

- przymusowe leczenie psychiatryczne i zamknięcie we właściwej instytucji;
- przymusowe leczenie psychiatryczne na wolności;
- zakaz wykonywania zawodu;
- unieważnienie prawa jazdy;
- przepadek przedmiotów.

Istnieją uregulowania odnośnie do zasad orzekania środków zabezpieczających. Zgodnie z art. 70 ust. 1 KZ sąd może orzec jeden lub więcej środków zabezpieczających, jeżeli zachodzą podstawy prawne ich zastosowania. Stosując środek zabezpieczający, sąd jest związany zasadą proporcjonalności, uwzględnia wagę popełnionego czynu zabronionego i czynów zabronionych, które – zgodnie z racjonalnym przekonaniem sądu – mogą być popełnione przez sprawcę w razie gdyby nie zastosowano wobec niego środka zabezpieczającego (art. 70 ust. 2 KZ). Przymusowe leczenie psychiatryczne i zamknięcie we właściwej instytucji oraz przymusowe leczenie psychiatryczne na wolności mogą być samodzielnie zastosowane wobec sprawcy niepoctywalnego, jeżeli nie ma innej możliwości zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwu. Wraz z tymi środkami sąd może zastosować również wszystkie inne środki zabezpieczające (art. 70 ust. 3 KZ). Unieważnienie prawa jazdy i przepadek przedmiotów mogą być orzeczone w razie skazania sprawcy (wymierzenia mu kary więzienia, warunkowego skazania lub wymierzenia kary napomnienia sądowego), jak również w razie odstąpienia od wymierzenia kary (art. 70 ust. 4 KZ). Zakaz wykonywania zawodu może zostać zastosowany w razie skazania na karę więzienia bezwzględną lub w ramach warunkowego skazania (art. 70 ust. 5 KZ).

Już z samej analizy podstaw orzekania środków zabezpieczających można wniesć, że część z nich odpowiada polskiemu środkom karnym, jednak mogą one występować także w funkcji klasycznych środków zabezpieczających. Słoweńskie prawo karne normuje zatem środki zabezpieczające podobnie jak np. niemieckie.

Przymusowe leczenie psychiatryczne i zamknięcie we właściwej instytucji może zostać orzeczone przez sąd, jeżeli sprawca dopuścił się czynu zabronionego zagrożonego karą co najmniej 1 roku więzienia w stanie niepoctywalności lub poctywalności znacząco ograniczonej, gdy na podstawie wagi popełnionego czynu i stopnia zaburzeń intelektualnych sprawcy można przypuszczać, że pozostając na wolności, sprawca może dopuścić się ciężkiego przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, wolności seksualnej lub mieniu, a niebezpieczeństwo to może być zażegnane tylko przez zapewnienie, by sprawca otrzymał leczenie i opiekę w placówce leczenia psychiatrycznego, która spełnia szczególne wymogi bezpieczeństwa przewidziane prawem (art. 70a ust. 1 KZ). Czas stosowania środka nie może być dłuższy niż 5 lat (art. 70a ust. 3 KZ). Sąd może uchylić ten środek lub zastąpić go przymusowym leczeniem psychiatrycznym na wolności, jeżeli uzna, że dalsze wykonywanie go nie jest konieczne. Decyzję w sprawie zasadności dalszego stosowania tego środka sąd podejmuje co 6 miesięcy (art. 70a ust. 2 KZ). W przypadku sprawcy, który popełnił przestępstwo w stanie poctywalności znacząco ograniczonej i został skazany na karę więzienia, sprawca jest kierowany nie do zakładu karnego, lecz do zamkniętej placówki leczenia psychiatrycznego. Czasu pobytu w tym ośrodku nie uważa się za czas wykonywania środka zabezpieczającego, jego wykonanie jest bowiem w tym czasie zawieszane, lecz czas wykonywania kary więzienia, i jest zaliczany na jej poczet.

Jeżeli nie istnieje potrzeba dalszego leczenia sprawcy, a nie upłynął jeszcze czas, na który orzeczono karę więzienia, sąd może warunkowo zwolnić sprawcę lub zdecydować o wykonaniu pozostałej części kary więzienia. W przypadku podjęcia decyzji o warunkowym zwolnieniu sąd bierze pod uwagę w szczególności pozytywne wyniki terapii, stan zdrowia sprawcy, czas pobytu w placówce leczniczej i pozostałą do odbycia część kary więzienia (art. 70a ust. 3 KZ). W razie warunkowego zwolnienia na opisanych wyżej warunkach sąd może zastosować wobec sprawcy leczenie w warunkach wolnościowych (art. 70b ust. 2 KZ).

Leczenie psychiatryczne na wolności zgodnie z art. 70b ust. 1 KZ sąd stosuje wówczas, kiedy sprawca dopuścił się czynu zabronionego w stanie niepoczytalności i jest to konieczne i właściwe, by zapobiec popełnieniu przez niego czynu zabronionego w przyszłości. Wyżej wskazano na możliwość zastosowania tego środka także w razie warunkowego zwolnienia sprawcy uprzednio leczonego w placówce zamkniętej (art. 70b ust. 2 KZ), a także możliwość zamiany leczenia w warunkach zamkniętych na ten środek (art. 70a ust. 2 KZ).

Czas leczenia psychiatrycznego w warunkach wolnościowych nie może przekraczać 2 lat. Sąd może uchylić ten środek, jeżeli uzna, że dalsze wykonywanie go nie jest konieczne. Decyzję w sprawie zasadności dalszego stosowania tego środka sąd podejmuje co 6 miesięcy (art. 70b ust. 3 KZ). Jeżeli sprawca odmawia leczenia lub samowolnie je przerywa lub jeżeli leczenie nie przynosi oczekiwanych efektów, sąd może zarządzić umieszczenie go w placówce zamkniętej, jednak tylko pod warunkiem spełnienia przesłanek leczenia w placówce zamkniętej określonych w art. 70a ust. 1 KZ⁹⁰. Jednak wtedy pobyt w placówce zamkniętej nie może trwać dłużej niż 2 lata, a po upływie 6 miesięcy od umieszczenia sprawcy w placówce zamkniętej sąd podejmuje decyzję w sprawie konieczności dalszego stosowania środka, ewentualnej zamiany go na środek wolnościowy lub zrezygnowania z jego dalszego stosowania (art. 70b ust. 4 KZ).

Zakaz wykonywania zawodu polega na tym, że sąd zakazuje sprawcy wykonywania określonego zawodu, działalności gospodarczej lub stanowiska, jeżeli sprawca dopuścił się czynu zabronionego, a sąd ma podstawy, by uważać, że dalsze wykonywanie przez niego zawodu, prowadzenie działalności lub zajmowanie stanowiska może być niebezpieczne (art. 71 ust. 1 KZ). Sąd określa długość trwania zakazu. Trwa on jednak nie krócej niż 1 rok, a nie dłużej niż 5 lat, licząc od dnia, kiedy wyrok stał się niezaskarżalny. Do czasu trwania zakazu nie wlicza się czasu pobytu sprawcy w więzieniu lub zamkniętej placówce leczniczej (art. 71 ust. 2 KZ). W razie warunkowego skazania sąd może zastrzec, że złamanie zakazu wykonywania zawodu będzie podstawą odwołania warunkowego skazania (art. 71 ust. 3 KZ). Po 2 latach trwania zakazu sąd może go odwołać. Czyni to na wniosek sprawcy, jeżeli uzna, że odpadły podstawy, które zdecydowały o jego zastosowaniu (art. 71 ust. 4 KZ).

Unieważnienie prawa jazdy obejmuje uprawnienia do prowadzenia pojazdów silnikowych lub pojazdów określonego rodzaju. Po jego orzeczeniu sprawca traci

⁹⁰ Wskazano je wyżej – sprawca dopuścił się czynu zabronionego zagrożonego karą co najmniej 1 roku więzienia, na podstawie wagi popełnionego czynu i stopnia zaburzeń intelektualnych sprawcy można przypuszczać, że pozostając na wolności, sprawca może dopuścić się ciężkiego przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, wolności seksualnej lub mieniu, a niebezpieczeństwo to może być zażegnane tylko przez zapewnienie, by sprawca otrzymał leczenie i opiekę w placówce leczenia psychiatrycznego, która spełnia szczególne wymogi bezpieczeństwa przewidziane prawem. W danym wypadku chodzi wyłącznie o sprawcę, który popełnił czyn zabroniony w stanie niepoczytalności.

uprawnienia do prowadzenia pojazdów, a nowe prawo jazdy nie może mu być wystawione w czasie trwania środka (art. 72 ust. 1 KZ). Środek ten sąd może orzec w razie popełnienia czynu zabronionego przeciwko bezpieczeństwu w ruchu drogowym (art. 72 ust. 1 KZ). Materiałną podstawą orzeczenia zakazu jest stwierdzenie, że przyszłe uczestnictwo sprawcy w publicznym ruchu drogowym mogłoby zagrażać jego bezpieczeństwu z powodu zachowania sprawcy, jego właściwości osobistych lub niezdolności do bezpiecznego prowadzenia pojazdów silnikowych (art. 72 ust. 2 KZ). Jeżeli sprawca nie dysponuje uprawnieniami do prowadzenia pojazdów, sąd może zdecydować, że w tym czasie nie można sprawcy wystawić prawa jazdy (art. 72 ust. 1 KZ). Po zakończeniu okresu, na który orzeczono środek, sprawca może uzyskać nowe prawo jazdy na zasadach ogólnych (art. 72 ust. 4 KZ). Środek ten trwa od 1 do 5 lat (art. 72 ust. 1 KZ), a czas ten biegnie od dnia wydania ostatecznego orzeczenia w sprawie (art. 72 ust. 3 KZ). Do czasu trwania zakazu nie wlicza się czasu pobytu w więzieniu lub zamkniętej placówce leczniczej (art. 72 ust. 3 KZ). Sąd może skrócić okres trwania zakazu, jeżeli był on wykonywany przez 2 lata, jeżeli uzna, że podstawy do jego utrzymywania już nie istnieją (art. 72 ust. 5 KZ).

Przepadek przedmiotów jest uregulowany w art. 73 KZ. Zgodnie z art. 73 ust. 1 KZ przypadkowi podlegają przedmioty służące lub przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, a także uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o ile stanowią własność sprawcy. Natomiast jeżeli przedmioty te nie stanowią własności sprawcy, ich przypadek może być orzeczony tylko wtedy, jeżeli przedmioty te stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego lub moralności, a prawa innych osób, które mogą żądać naprawienia szkody od sprawcy, nie zostają przez to naruszone (art. 73 ust. 2 KZ). Ustawa może przewidywać orzekanie przypadku jako środka zabezpieczającego w szerszym zakresie (art. 73 ust. 3 KZ).

Ogólnie uregulowanie słoweńskie może być postrzegane jako dosyć przejrzyste i przemyślane. Jego wadą jest brak określenia możliwości postępowania z osobami upośledzonymi umysłowo. Dyskusyjny jest brak środka zabezpieczającego stosowanego wobec osób uzależnionych. Nie istnieje żadna postać postępowania z wielokrotnymi recydywistami. Ogólną cechą środków zabezpieczających w słoweńskim kodeksie karnym jest ich łagodny charakter, co zresztą jest charakterystyczne dla słoweńskiego prawa karnego jako takiego.

9. CZARNOGÓRA

Artykuł 67 kodeksu karnego Czarnogóry z 17. 12. 2003 r. (Krivični Zakon, Crne Gore dalej jako KZC)⁹¹ wymienia następujące środki zabezpieczające:

- przymusowe leczenie psychiatryczne w szpitalu psychiatrycznym;
- przymusowe leczenie psychiatryczne w warunkach wolnościowych;
- przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków;
- przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu;
- zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności;

⁹¹ Službeni list Republike Crne Gore (dziennik ustaw Republiki Czarnogóry), 2003, poz. 70 ze zm.

- zakaz prowadzenia pojazdów silnikowych;
- przepadek przedmiotów;
- wydalenie cudzoziemca z terytorium państwa;
- podanie orzeczenia do publicznej wiadomości.

Zgodnie z art. 68 ust. 1 KZC sąd może zastosować jeden lub więcej środków zabezpieczających, jeżeli jest to dozwolone przepisami kodeksu. Środki polegające na przymusowym leczeniu, zarówno w warunkach izolacyjnych, jak i na wolności, stosowane są wobec sprawców niepełnosprawnych psychicznie. Orzeka się je samodzielnie, a także obok kary. Obok środków związanych z leczeniem psychiatrycznym sprawcy w odniesieniu do sprawcy niepełnosprawnego psychicznie można orzec zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności, zakaz prowadzenia pojazdów i przepadek przedmiotów (art. 68 ust. 2 KZC). Przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków, przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu, zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności, zakaz prowadzenia pojazdów, przepadek przedmiotów i podanie wyroku do publicznej wiadomości mogą być orzeczone zarówno obok kary, jak i w razie warunkowego skazania, bądź uniewinnienia sprawcy (art. 68 ust. 4 KZC), natomiast wydalenie cudzoziemca z kraju może być orzeczone jedynie w razie skazania lub skazania warunkowego (art. 68 ust. 4 KZC).

Przymusowe leczenie psychiatryczne w szpitalu psychiatrycznym może być orzeczone przez sąd wobec sprawcy, który popełnił czyn zabroniony jako przestępstwo w stanie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, jeżeli można uważać, że w związku ze stanem umysłowym sprawcy oraz wagą popełnionego przez niego czynu może popełnić w przyszłości poważne przestępstwo (art. 69 ust. 1 KZC). Przy zachowaniu pozostałych warunków można orzec przymusowe leczenie w szpitalu psychiatrycznym także wobec osoby, która popełniła czyn zabroniony w stanie niepoczytalności (art. 69 ust. 2 KZC). Jeżeli przesłanki umieszczenia w placówce odpadają, sąd ma obowiązek uchylić środek (art. 69 ust. 3 KZC). Jeżeli środek został orzeczony obok kary pozbawienia wolności⁹², długość pobytu w placówce medycznej nie może przekraczać długości orzeczonej kary (art. 69 ust. 4 KZC). W przypadku sprawcy, który popełnił przestępstwo w stanie poczytalności znacząco ograniczonej i został skazany na karę pozbawienia wolności, sprawca jest kierowany nie do zakładu karnego, lecz do zamkniętej placówki leczniczej. Czasu pobytu w tym ośrodku nie uważa się za czas wykonywania środka zabezpieczającego, lecz za czas wykonywania kary pozbawienia wolności, i jest on zaliczany na jej poczet. Jeżeli nie istnieje potrzeba dalszego leczenia sprawcy, a nie upłynął jeszcze czas, na który orzeczono karę pozbawienia wolności, sąd może warunkowo zwolnić sprawcę lub zdecydować o wykonaniu pozostałej części kary pozbawienia wolności (art. 69 ust. 5 KZC).

Leczenie psychiatryczne na wolności sąd orzeka w razie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego jako przestępstwo w stanie niepoczytalności, jeżeli uzna, że ze względu na stan sprawcy i wagę popełnionego przez niego czynu istnieje niebezpieczeństwo ponownego popełnienia przez niego czynu zabronionego, jednak

⁹² Co jest możliwe w przypadku orzekania na podstawie art. 69 ust. 1 KZC.

wystarczające jest leczenie go na wolności (art. 70 ust. 1 KZC). Środek ten jest stosowany także wobec sprawcy niepozytalnego w czasie popełnienia czynu zabronionego, wobec którego stosowany był środek w postaci przymusowego leczenia w szpitalu psychiatrycznym, jednak z uwagi na stan sprawcy wystarczające już jest leczenie go w warunkach wolnościowych (art. 70 ust. 2 KZC). Obie te możliwości istnieją na mocy art. 70 ust. 3 KZC także w odniesieniu do sprawcy, który popełnił przestępstwo, działając z pozytalnością w znacznym stopniu ograniczoną. Terapia w warunkach wolnościowych trwa tak długo, jak to konieczne, jednak nie dłużej niż 3 lata (art. 70 ust. 5 KZC).

Jeżeli jest to konieczne dla powodzenia terapii, środek wolnościowy może być okresowo wykonywany w placówce zamkniętej, jednak pobyt w niej nie może każdorazowo przekroczyć 15 dni, a łącznie 2 miesięcy (art. 70 ust. 4 KZC). Możliwe jest także umieszczenie skazanego w placówce zamkniętej na stałe, jednak tylko wtedy, gdy – przy zachowaniu innych wymogów zastosowania tego środka – sprawca nie podejmuje leczenia lub samowolnie je przerywa (art. 70 ust. 6 KZC).

Przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków można orzec w razie popełnienia przez sprawcę przestępstwa w związku z uzależnieniem od narkotyków, a istnieje poważne niebezpieczeństwo popełnienia takiego czynu w przyszłości (art. 71 ust. 1 KZC). Środek ten jest wykonywany w placówce medycznej lub innej wyspecjalizowanej placówce. Czasu trwania leczenia nie określa się z góry, jednak nie może być on dłuższy niż 3 lata (art. 72 ust. 3 KZC). Jeżeli orzeczono karę pozbawienia wolności krótszą niż 3 lata, okres wykonywania środka nie może być dłuższy od kary (art. 71 ust. 4 KZC). Czas spędzony w ośrodku jest zaliczany na poczet kary (art. 71 ust. 4 KZC). Środek ten może być wykonywany w warunkach wolnościowych, jednak wyłącznie w razie skazania na karę wolnościową (art. 71 ust. 5 KZC), a jeśli sprawca nie podejmuje leczenia lub samowolnie je przerywa, można leczenie wykonać w warunkach placówki zamkniętej (art. 71 ust. 6 KZC). Leczenie w warunkach wolnościowych trwa tak długo, jak to konieczne, jednak nie dłużej niż 3 lata (art. 71 ust. 5 KZC).

Przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu można orzec w razie popełnienia przez sprawcę przestępstwa w związku z uzależnieniem od alkoholu, a istnieje poważne niebezpieczeństwo popełnienia takiego czynu w przyszłości (art. 72 ust. 1 KZC). Środek ten jest podobny do przymusowego leczenia z uzależnienia od narkotyków, z tą tylko różnicą, że maksymalny okres wykonywania środka wynosi 2 lata (art. 72 ust. 4 KZC). W pozostałym zakresie zachowują aktualność uwagi poczynione wyżej.

Orzeczenie zakazu wykonywania zawodu może objąć zarówno wykonywanie zawodu, jak i zajmowanie stanowiska, prowadzenie działalności czy dokonywanie pewnych ściśle określonych czynności w ramach tej działalności. Materialną przesłanką jest słuszne przekonanie sądu, że wykonywanie działalności bądź czynności mogłoby stanowić niebezpieczeństwo na przyszłość (art. 73 ust. 1 KZC).

Zakaz orzekany jest na okres od 1 do 10 lat, a termin jego trwania nie biegnie w czasie, gdy wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający skutkujący pozbawieniem wolności (art. 73 ust. 2 KZC).

W przypadku skazania warunkowego podjęcie przez sprawcę zakazanych działań jest obligatoryjną podstawą wykonania kary (art. 73 ust. 3 KZC).

Jeżeli środek był wykonywany przez 3 lata, sąd może zdecydować o jego uchyleniu (art. 78 ust. 1 KZC). Orzekając o tym, sąd bierze pod uwagę zachowanie sprawcy po popełnieniu czynu, czy wynagrodził pokrzywdzonemu szkodę, czy zwrócił korzyść majątkową osiągniętą w drodze przestępstwa, a także inne okoliczności, które mogą pomóc w ocenie, czy uchylenie środka byłoby słuszne (art. 78 ust. 2 KZC).

Środek zabezpieczający zakazu prowadzenia pojazdów silnikowych można orzec w razie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego narażającego bezpieczeństwo w ruchu drogowym (art. 74 ust. 1 KZC). Zakaz odnosi się do kategorii lub rodzajów pojazdów, zatem sąd powinien określić w wyroku, o jakie pojazdy chodzi (art. 74 ust. 2 KZC). Przy orzekaniu zakazu sąd powinien uwzględnić wagę popełnionego czynu, wagę i charakter wcześniejszych naruszeń zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, jeżeli sprawca się ich dopuszczał, a także poziom niebezpieczeństwa, które wiąże się z prowadzeniem pojazdów określonej kategorii przez sprawcę (art. 74 ust. 3 KZC). Środek ten może być orzeczony także w odniesieniu do cudzoziemca. Wówczas zakaz obowiązuje tylko na terytorium Czarnogóry (art. 74 ust. 4 KZC). W razie skazania warunkowego niestosowanie się przez sprawcę do zakazu jest obligatoryjną podstawą wykonania kary (art. 74 ust. 5 KZC). Jeżeli środek był wykonywany przez 3 lata, sąd może zdecydować o jego uchyleniu (art. 78 ust. 1 KZC). Orzekając o tym, sąd bierze pod uwagę zachowanie sprawcy po popełnieniu czynu, czy wynagrodził pokrzywdzonemu szkodę, czy zwrócił korzyść majątkową osiągniętą w drodze przestępstwa, a także inne okoliczności, które mogą pomóc w ocenie, czy uchylenie środka byłoby słuszne (art. 78 ust. 2 KZC).

Przypadkowi przedmiotów (art. 75 ust. 1 KZC) podlegają przedmioty służące lub przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, a także uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o ile stanowią własność sprawcy. Natomiast jeżeli przedmioty te nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek może być orzeczony tylko wtedy, jeżeli orzeczenie ich przypadku jest konieczne ze względów bezpieczeństwa publicznego lub moralności, a prawa innych osób, które mogą żądać naprawienia szkody od sprawcy, nie zostają przez to naruszone (art. 75 ust. 2 KZC).

Wydalenie z terytorium państwa może być orzeczone wobec cudzoziemca, który popełnił przestępstwo. Wydalenie obejmuje zakaz powrotu na okres od 1 do 10 lat. W przypadku recydywisty możliwe jest orzeczenie wydalenia na zawsze (art. 76 ust. 1 KZC)⁹³. Orzekając środek, sąd bierze pod uwagę czas, wagę, motywy, sposób oraz inne okoliczności popełnienia przestępstwa, które wskazują na to, że cudzoziemiec nie powinien przebywać na terytorium Czarnogóry (art. 76 ust. 2 KZC).

Podanie wyroku do publicznej wiadomości jest możliwe w razie popełnienia przestępstwa za pomocą środków masowego komunikowania się. Polega na opublikowaniu orzeczenia lub informacji o nim na koszt sprawcy (art. 77 ust. 1 i 2 KZC).

Oceniając uregulowanie w prawie karnym Czarnogóry, należy wskazać na spore podobieństwo przyjętych rozwiązań do tych, jakie prezentuje kodeks karny Słowenii z podobnymi wadami i zaletami. Różnica leży w nieco szerszym katalogu środków zabezpieczających, kodeks karny Czarnogóry zna bowiem przymusowe

⁹³ Chodzi o recydywę ogólną określoną w art. 43 KZC i stanowiącą okoliczność obciążającą przy wymiarze kary.

leczenie osób uzależnionych, a także podanie wyroku do publicznej wiadomości i wydalenie cudzoziemca z terytorium państwa, które to środki w gruncie rzeczy wykazują znaczne podobieństwo do środków karnych istniejących w polskim prawie karnym.

10. SERBIA

Serbski kodeks karny z 10.06.2009 (dalej KZS – Krivični Zakonik Republike Srbije)⁹⁴ jako podstawowy cel środków zabezpieczających wskazuje w art. 78 KZS wyeliminowanie okoliczności lub warunków, które mogą mieć wpływ na popełnienie przez sprawcę czynu zabronionego w przyszłości.

Środkami zabezpieczającymi zgodnie z art. 79 ust. 1 KZS są:

- przymusowe leczenie psychiatryczne w szpitalu psychiatrycznym;
- przymusowe leczenie psychiatryczne w warunkach wolnościowych;
- przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków;
- przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu;
- zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności;
- zakaz prowadzenia pojazdów silnikowych;
- przepadek przedmiotów;
- wydalenie cudzoziemca z terytorium państwa;
- podanie orzeczenia do publicznej wiadomości.

Środki zabezpieczające zgodnie z art. 79 ust. 2 KZS mogą być zastosowane wobec osób, które popełniły czyn zabroniony lub przestępstwo w stanie niepoczytalności lub poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, przy spełnieniu dodatkowych warunków określonych przepisami szczególnymi.

Zgodnie z art. 80 ust. 1 KZS sąd może, w razie spełnienia określonych w ustawie przesłanek, zastosować jeden lub więcej środków zabezpieczających. Przymusowe leczenie psychiatryczne w szpitalu psychiatrycznym oraz przymusowe leczenie psychiatryczne w warunkach wolnościowych może być zastosowane wobec sprawcy zaburzonego psychicznie, zarówno jeżeli w czasie czynu jego poczytalność była wyłączona, jak i w przypadku poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej (art. 80 ust. 3 KZS). Obok tych środków wobec sprawcy, o którym mowa, można zastosować zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności, zakaz prowadzenia pojazdów silnikowych i przepadek przedmiotów (art. 80 ust. 2 KZS). Przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków, przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu, zakaz wykonywania zawodu, zajmowania stanowiska lub prowadzenia działalności, zakaz prowadzenia pojazdów, przepadek przedmiotów i podanie wyroku do publicznej wiadomości mogą być orzeczone zarówno obok kary, jak i w razie warunkowego skazania, jak też w razie uniewinnienia sprawcy (art. 80 ust. 4 KZS).

Przymusowe leczenie psychiatryczne w szpitalu psychiatrycznym można zastosować zgodnie z art. 81 ust. 1 KZS wobec sprawcy, który popełnił przestępstwo

⁹⁴ Służebni gласnik (dziennik urzędowy Republiki Serbii), RS 2009, poz. 41 ze zm.

w stanie poczytalności ograniczonej w znacznym stopniu, a zgodnie z art. 81 ust. 2 KZS – wobec sprawcy, który popełnił czyn zabroniony w stanie niepoczytalności. W obu przypadkach zastosowanie środka jest możliwe, jeżeli czyn wynikał z zaburzenia umysłowego, a istnieje obawa, że sprawca w przyszłości popełni taki lub poważniejszy czyn ponownie, w związku z tym leczenie w warunkach zamkniętych jest konieczne, by temu zapobiec. W wypadku orzeczenia środka wobec sprawcy, który popełnił przestępstwo w stanie poczytalności ograniczonej, środek może być zastosowany obok kary pozbawienia wolności, a jego wykonywanie nie może trwać dłużej niż wykonywanie kary (art. 80 ust. 4 KZS). Czas spędzony w ośrodku leczenia jest zaliczany na poczet kary pozbawienia wolności. Jeżeli czas ten jest krótszy od orzeczonej kary, po wykonaniu środka sąd decyduje, czy należy wykonać karę. Może wówczas sprawcę przedterminowo zwolnić (art. 80 ust. 5 KZS), przy czym możliwe jest wówczas zastosowanie środka w postaci leczenia psychiatrycznego na wolności (art. 81 ust. 3 KZS).

Zgodnie z art. 80 ust. 3 KZS jeżeli odpadnie materialna podstawa leczenia, sąd decyduje o zaniechaniu stosowania środka.

Podstawy zastosowania środka w postaci przymusowego leczenia psychiatrycznego na wolności są podobne jak w przypadku leczenia w ośrodku zamkniętym. Zgodnie z art. 82 ust. 1 i 2 KZS podstawą jest popełnienie czynu zabronionego w stanie niepoczytalności lub popełnienie przestępstwa w warunkach poczytalności ograniczonej, jeżeli istnieje niebezpieczeństwo, że sprawca popełni taki czyn ponownie, a dla zapobieżenia temu wystarczy leczenie psychiatryczne w warunkach wolnościowych. Wykonywanie tego środka nie może trwać dłużej niż 3 lata (art. 82 ust. 5 KZS).

Jeżeli jest to konieczne dla powodzenia terapii, środek wolnościowy może być okresowo wykonywany w placówce zamkniętej, jednak pobyt w niej nie może każdorazowo przekroczyć 15 dni, a łącznie 2 miesięcy (art. 82 ust. 4 KZS). Możliwe jest także umieszczenie skazanego w placówce zamkniętej na stałe, jednak tylko wtedy, gdy – przy zachowaniu innych wymogów zastosowania tego środka – sprawca nie podejmuje leczenia lub samowolnie je przerywa (art. 82 ust. 6 KZS).

Przymusowe leczenie z uzależnienia od narkotyków orzeka się w razie popełnienia przez sprawcę przestępstwa pozostającego w związku z uzależnieniem, jeżeli istnieje poważne niebezpieczeństwo popełnienia przez niego takiego przestępstwa w przyszłości (art. 83 ust. 1 KZS). Leczenie wykonuje się w ośrodku zamkniętym, okres jego trwania nie może przekroczyć 3 lat (art. 83 ust. 2 KZS), a czas ten zalicza się na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności (art. 83 ust. 4 KZS). Leczenie może być przeprowadzone także w warunkach wolnościowych, jeżeli sąd uzna to za wystarczające. Także i w tym przypadku okres leczenia nie może przekraczać 3 lat (art. 83 ust. 3 KZS). Jeżeli sprawca został skazany na karę wolnościową, leczenie musi być przeprowadzone w warunkach wolnościowych (art. 83 ust. 5 KZS). Zawsze jednak jest możliwe umieszczenie skazanego w placówce zamkniętej, jeżeli sprawca nie podejmuje leczenia lub samowolnie je przerywa (art. 83 ust. 6 KZS).

Przymusowe leczenie z uzależnienia od alkoholu można orzec w razie popełnienia przez sprawcę przestępstwa w związku z uzależnieniem od alkoholu, a istnieje poważne niebezpieczeństwo popełnienia takiego czynu w przyszłości (art. 84

ust. 1 KZS). Zasady orzekania i wykonywania tego środka są identyczne jak środka w postaci przymusowego leczenia z uzależnienia od narkotyków, z tą różnicą, że wykonywanie środka w warunkach wolnościowych może maksymalnie trwać nie 3, lecz 2 lata (art. 84 ust. 4 KZS).

Orzeczenie zakazu wykonywania zawodu może objąć zarówno wykonywanie zawodu, jak i zajmowanie stanowiska, prowadzenie działalności czy dokonywanie wszystkich lub niektórych czynności w ramach tej działalności. Materialną przesłanką jest słuszne przekonanie sądu, że wykonywanie działalności czy czynności mogłoby stanowić niebezpieczeństwo na przyszłość (art. 85 ust. 1 KZS). Zakaz orzekany jest na okres od 1 do 10 lat, a czas jego trwania nie biegnie, gdy wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający skutkujący pozbawieniem wolności (art. 85 ust. 2 KZS). W przypadku skazania warunkowego podjęcie przez sprawcę zakazanych działań jest obligatoryjną podstawą wykonania kary (art. 85 ust. 3 KZS).

Środek zabezpieczający zakazu prowadzenia pojazdów silnikowych można orzec w razie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego narażającego bezpieczeństwo w ruchu drogowym (art. 86 ust. 1 KZS). Zakaz odnosi się do kategorii lub rodzajów pojazdów (art. 86 ust. 2 KZS). Przy orzekaniu zakazu sąd powinien uwzględnić wagę popełnionego czynu, wagę i charakter wcześniejszych naruszeń zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, jeżeli sprawca się ich dopuszczał, a także poziom niebezpieczeństwa, które wiąże się z prowadzeniem pojazdów określonej kategorii przez sprawcę (art. 86 ust. 3 KZS). Zakaz może trwać od 3 miesięcy do 5 lat (art. 86 ust. 4 KZS). Środek może być orzeczony także w odniesieniu do cudzoziemca. Wówczas zakaz obowiązuje tylko na terytorium Serbii (art. 86 ust. 5 KZS). W przypadku skazania warunkowego niestosowanie się przez sprawcę do zakazu jest obligatoryjną podstawą wykonania kary (art. 86 ust. 6 KZS).

Przepadkowi przedmiotów (art. 87 ust. 1 KZS) podlegają przedmioty służące lub przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, a także uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o ile stanowią własność sprawcy. Natomiast jeżeli przedmioty te nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek może być orzeczony tylko wtedy, gdy orzeczenie ich przepadku jest konieczne ze względów bezpieczeństwa publicznego lub moralności, a prawa innych osób, które mogą żądać od sprawcy naprawienia szkody, nie zostają przez to naruszone (art. 87 ust. 2 KZS).

Wydalenie z terytorium państwa może być orzeczone wobec cudzoziemca, który popełnił przestępstwo. Wydalenie obejmuje zakaz powrotu na okres od 1 do 10 lat. Orzekając ten środek, sąd bierze pod uwagę czas, wagę, motywy, sposób oraz inne okoliczności popełnienia przestępstwa, które wskazują na to, że cudzoziemiec jest osobą niepożądaną na terytorium Serbii (art. 88 ust. 1 i 2 KZS).

Podanie wyroku do publicznej wiadomości jest możliwe w razie popełnienia przestępstwa za pomocą środków masowego komunikowania się lub w celu wyeliminowania zagrożenia dla życia lub zdrowia (art. 89 ust. 1 KZS).

Warto zauważyć, że kształt środków zabezpieczających w prawie karnym Serbii jest niemal identyczny jak w prawie karnym Czarnogóry, a bardzo podobny jak w prawie karnym Słowenii. Zachowują zatem aktualność uwagi podsumowujące wypowiedziane na gruncie obu omówionych wyżej systemów.

11. RUMUNIA

Nowy rumuński kodeks karny⁹⁵ (dalej jako CPR) jeszcze nie wszedł w życie⁹⁶, jednak wydaje się, że analizę środków zabezpieczających w rumuńskim prawie karnym należy oprzeć właśnie na nim, wskazując jedynie na przypadki, w których zaszły poważniejsze zmiany w stosunku do uregulowania, które jeszcze obowiązują. Nowy kodeks karny Rumunii przewiduje następujące środki zabezpieczające (art. 108 CPR): zobowiązanie do leczenia, internowanie medyczne, zakaz pełnienia funkcji lub wykonywania zawodu i przepadek⁹⁷. Celem stosowania środków zabezpieczających jest zapobieżenie niebezpieczeństwu popełniania nowych czynów zabronionych przez prawo (art. 107 ust. 1 CPR). Stosować je można tylko wobec osób, które dopuściły się czynu zabronionego (art. 107 ust. 2 CPR). Środki zabezpieczające można stosować także wtedy, kiedy nie jest możliwe wymierzenie kary (art. 107 ust. 3 CPR).

Przymusowe leczenie stosuje się wobec sprawców cierpiących na choroby psychiczne, uzależnionych od alkoholu lub substancji psychoaktywnych lub cierpiących na chorobę wywołaną zatruciem tymi substancjami, jeżeli stanowią zagrożenie dla społeczeństwa. Jego stosowanie jest uzasadnione koniecznością wyeliminowania zagrożenia (art. 109 ust. 1 CPR). Identycznie zostały określone przesłanki internowania medycznego (art. 110 CPR). Leczenie w warunkach internowania ma miejsce wówczas, kiedy nie jest wystarczające leczenie w warunkach wolnościowych (art. 109 ust. 2 CPR). Jeżeli wobec sprawcy orzeczono karę pozbawienia wolności, leczenie odbywa się w czasie jej wykonywania (art. 109 ust. 3 CPR).

Zakaz wykonywania zawodu można orzec, jeżeli sprawca dopuścił się czynu zabronionego z powodu niezdadności, braku wykształcenia lub z innego powodu, który sprawia, że jest niezdadny do wykonywania zawodu, pełnienia funkcji lub wykonywania określonych czynności (art. 111 ust. 1 CPR). Środek ten można uchylić na wniosek sprawcy, jeżeli był stosowany przynajmniej przez rok i jeżeli sąd uznał, że ustały przyczyny, dla których go zastosowano. W wypadku odrzucenia wniosku kolejny nie może zostać złożony przed upływem kolejnego roku (art. 111 ust. 2 CPR).

Przypadkowi podlegają zgodnie z art. 112 ust. 1 CPR następujące kategorie przedmiotów:

- przedmioty pochodzące z czynu zabronionego;
- przedmioty służące lub przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, jeżeli należą do sprawcy, a także jeżeli należą do innej osoby, która wiedziała o ich użyciu lub przeznaczeniu do popełnienia czynu zabronionego;
- przedmioty użyte natychmiast po popełnieniu czynu zabronionego w celu zapewnienia sprawcy bezkarności⁹⁸;

⁹⁵ Kodeks karny Rumunii Codul Penal al Romaniei, Monitorul Oficial (dziennik urzędowy | Rumunii), cz. I, poz. 510.

⁹⁶ Ma to nastąpić 1.02.2014 r., obecnie obowiązuje jeszcze kodeks karny z 2004 r.

⁹⁷ Obecnie obowiązujący kodeks z 2004 r. zawiera dodatkowo zakaz przebywania w określonym miejscu, zakaz powrotu do domu rodzinnego przez określony okres i wydalenie cudzoziemca z kraju (art. 128 CPR z 2004 r.).

⁹⁸ Jest to nowa kategoria przedmiotów podlegających przypadkowi w rumuńskim prawie karnym. Obecnie obowiązujący kodeks karny z 2004 r. jej nie przewiduje.

- przedmioty, które stanowiły nagrodę lub zapłatę za popełnienie czynu zabronionego;
- przedmioty nabyte w drodze popełnienia czynu zabronionego;
- przedmioty, których posiadanie jest zabronione przez prawo karne.

System środków zabezpieczających w rumuńskim prawie karnym nie jest zatem rozbudowany. Charakteryzuje się, co jest często spotykane w Europie, brakiem uregulowań odnoszących się do postępowania z osobami upośledzonymi umysłowo. Nie istnieje środek stosowany wobec niebezpiecznych sprawców wykonywany po zakończeniu odbywania kary pozbawienia wolności.

12. ROSJA

W kodeksie karnym Federacji Rosyjskiej z 24.05.1996 r.⁹⁹ (dalej jako UKRF od Ugodowny Kodeks Rossijskoj Fiedieracyi) istnieje rozdział XV zatytułowany „Środki zabezpieczające o charakterze medycznym”. Artykuł 97 ust. 1 UKRF reguluje podstawy zastosowania tych środków. Zgodnie z nim medyczne środki zabezpieczające mogą zostać wymierzone tylko przez sąd. Wymierza się je sprawcom, którzy dopuścili się czynów zabronionych przewidzianych w kodeksie karnym¹⁰⁰ w stanie niepoczytalności; sprawcom, u których po popełnieniu przestępstwa wystąpił rozstrój psychiczny; sprawcom, którzy popełnili przestępstwo w stanie rozstroju psychicznego niewyłączającego poczytalności; sprawcom, którzy w wieku powyżej 18. roku życia dopuścili się przestępstwa o charakterze seksualnym wobec małoletniego, jeżeli cierpieli na zaburzenie preferencji seksualnych (pedofilię), które nie usunęło ich poczytalności¹⁰¹. Zgodnie z art. 97 ust. 2 UKRF środek zabezpieczający może zostać wymierzony tylko wtedy, kiedy rozstrój psychiczny wiąże się z możliwością wyrządzenia przez sprawcę istotnej szkody albo z niebezpieczeństwem dla sprawcy lub innej osoby. W przypadku osób cierpiących na zaburzenia wskazane w art. 97 ust. 1 UKRF, niestanowiących zagrożenia ze względu na swój stan psychiczny, sąd może przekazać niezbędne materiały organom ochrony zdrowia w celu rozwiązania problemów ich leczenia lub skierowania ich na leczenie psychoneurologiczne w zakładach opieki zdrowotnej (art. 97 ust. 3 UKRF).

Zgodnie z art. 98 UKRF celem stosowania medycznych środków zabezpieczających jest poprawa stanu psychicznego sprawców, a także zapobieżenie dokonaniu przez nich nowych czynów zabronionych przewidzianych w kodeksie karnym.

Rodzaje środków określa art. 99 ust. 1 UKRF. Są to: przymusowa ambulatoryjna obserwacja i przymusowe ambulatoryjne leczenie psychiatryczne, przymusowe leczenie psychiatryczne w oddziale typu ogólnego, przymusowe leczenie psychiatryczne w oddziale typu specjalnego oraz przymusowe leczenie psychiatryczne w oddziale typu specjalnego z intensywną obserwacją. Środki te mogą być orzeczone

⁹⁹ Sobranije Zakonodatelstwa Rossijskoj Fiedieracyi (Zbiór Prawodawstwa Federacji Rosyjskiej), SZRF 1996, nr 25, s. 2954 i n. ze zm.

¹⁰⁰ Prawo karne Federacji Rosyjskiej jest zawarte wyłącznie w kodeksie karnym. Nie istnieją ustawy karne dodatkowe.

¹⁰¹ Tę kategorię sprawców wprowadzono ustawą z 29.02.2012 r. o zmianie kodeksu karnego ZSRF nr 14, poz. 3.

zarówno samoistnie, jak i obok kary pozbawienia wolności. Ten ostatni przypadek zachodzi wówczas, kiedy sprawca został skazany za czyn popełniony w stanie poczytalności, jednak wymaga leczenia psychiatrycznego. Wówczas możliwe jest orzeczenie środka wolnościowego (art. 99 ust. 2 UKRF).

Środek wolnościowy – przymusowa ambulatoryjna obserwacja psychiatryczna i przymusowe ambulatoryjne leczenie psychiatryczne – może być orzeczony zgodnie z art. 100 UKRF wówczas, kiedy istnieją podstawy orzeczenia środka medycznego przewidziane w art. 97 UKRF, jednak nie istnieje potrzeba zastosowania środka izolacyjnego.

Przymusowe leczenie psychiatryczne we wszystkich postaciach może być orzeczone, jeżeli istnieją podstawy orzeczenia środka medycznego przewidziane w art. 97 UKRF, a charakter zaburzenia psychicznego osoby wymaga takich warunków leczenia, traktowania i obserwacji, które mogą być zapewnione jedynie w szpitalnym oddziale psychiatrycznym (art. 101 ust. 1 UKRF). Leczenie w psychiatrycznym oddziale ogólnym może zostać orzeczone, jeżeli sprawca ze względu na swój stan psychiczny wymaga leczenia i obserwacji o charakterze stacjonarnym, jednak nie wymaga intensywnej obserwacji (art. 101 ust. 2 UKRF). Przymusowe leczenie psychiatryczne w oddziale typu specjalnego może być orzeczone, gdy sprawca ze względu na swój stan psychiczny wymaga stałej obserwacji (art. 101 ust. 3 UKRF). Przymusowe leczenie psychiatryczne w oddziale typu specjalnego z intensywną obserwacją może być orzeczone, jeżeli sprawca ze względu na swój stan psychiczny przedstawia szczególne zagrożenie dla siebie i otoczenia oraz wymaga stałej i intensywnej obserwacji (art. 101 ust. 4 UKRF).

Przedłużenie, zmiana i przerwanie stosowania środka może nastąpić na mocy decyzji sądu podjętej na wniosek jednostki wykonującej przymusowe leczenie, sprawującej nadzór penitencjarny nad wykonaniem środka. Wniosek jest składany na podstawie opinii komisji lekarzy psychiatrów (art. 102 ust. 1 UKRF). Osoba, wobec której zastosowano ten środek, podlega kontroli wykonywanej przez komisję lekarzy psychiatrów nie rzadziej niż co 6 miesięcy. Celem kontroli jest stwierdzenie istnienia podstaw złożenia wniosku o zmianę lub przerwanie stosowania środka. Kontrolę przeprowadza się także z inicjatywy lekarza leczącego sprawcę, jeżeli w trakcie terapii doszedł on do wniosku, że istnieje konieczność zmiany lub zaprzestania stosowania środka, a także na wniosek samego sprawcy, jego przedstawiciela ustawowego lub bliskiego krewnego. W braku podstaw do zmiany lub zaprzestania stosowania środka właściwy organ przedstawia sądowi wniosek o przedłużenie czasu jego stosowania (art. 102 ust. 2 UKRF).

Szczególny charakter ma przepis art. 102 ust. 2.1 UKRF, wprowadzony ustawą o zmianie kodeksu karnego z 29.02.2012 r.¹⁰² Stanowi on, że niezależnie od czasu ostatniego badania i od podjętej decyzji o przerwaniu stosowania medycznego środka zabezpieczającego sąd na podstawie wniesionego nie później niż 6 miesięcy od zakończenia wykonywania kary wniosku właściwego organu zarządza badanie sądowo-psychiatryczne sprawcy, który w wieku powyżej 18. roku życia dopuścił się przestępstwa o charakterze seksualnym wobec małoletniego, jeżeli cierpiał na zaburzenie preferencji seksualnych (pedofilię), które nie usunęło jego poczytalności. Celem badania jest stwierdzenie, czy istnieje potrzeba stosowania medycznych

¹⁰² SZRF nr 14, poz. 3.

środków zabezpieczających w okresie próby przy warunkowym przedterminowym zwolnieniu, w okresie odbywania łagodniejszej kary lub po wykonaniu kary. Na podstawie badania sąd może orzec ambulatoryjne leczenie psychiatryczne.

Zmiana lub przerwanie stosowania medycznego środka zabezpieczającego następuje na mocy decyzji sądu w razie takiej zmiany stanu psychicznego sprawcy, przy której odpada potrzeba stosowania środka zabezpieczającego lub powstaje potrzeba zastosowania innego środka niż dotąd stosowany (art. 102 ust. 3 UKRF). W przypadku zaprzestania przymusowego leczenia w szpitalu psychiatrycznym sąd może przekazać niezbędne materiały organom ochrony zdrowia w celu rozwiązania problemów leczenia sprawców lub skierowania ich na leczenie psychoneurologiczne w zakładach opieki zdrowotnej (art. 102 ust. 4 UKRF).

W przypadku leczenia osoby, u której zaburzenie psychiczne zaistniało po popełnieniu przestępstwa przy wyznaczaniu kary lub wznowieniu jej wykonywania, czas, przez który wobec sprawcy stosowano leczenie przymusowe w szpitalu psychiatrycznym, jest zaliczany na poczet kary pozbawienia wolności (art. 103 UKRF).

W przypadkach przewidzianych przez art. 99 ust. 2 UKRF¹⁰³ lecznicze środki zabezpieczające są wykonywane w miejscu odbywania kary pozbawienia wolności, a w przypadku skazania na inną karę – w postaci leczenia ambulatoryjnego (art. 104 ust. 1 UKRF). Jeżeli w stanie zdrowia sprawcy zająd takie zmiany, które wymagają leczenia szpitalnego, skierowanie skazanego na takie leczenie możliwe jest tylko w sytuacjach przewidzianych przepisami o ochronie zdrowia (art. 104 ust. 2 UKRF), a okres leczenia szpitalnego zaliczany jest na poczet kary (art. 104 ust. 3 UKRF).

Ze stosowania środka zabezpieczającego połączonego z odbywaniem kary rezygnuje sąd na wniosek właściwego organu złożony na podstawie decyzji komisji lekarzy psychiatrów (art. 104 ust. 4 UKRF).

Środki medyczne są jedyną postacią środków zabezpieczających znaną rosyjskiemu prawu karnemu. Warto zauważyć, że nie istnieją w rosyjskim kodeksie karnym środki zabezpieczające medyczne związane z leczeniem uzależnień, czy to od alkoholu, czy od innych środków, natomiast istniejące środki polegają wyłącznie na leczeniu psychiatrycznym. Brak jest terapii właściwej dla zaburzeń o charakterze psychologicznym, a także środków zabezpieczających polegających na zakazach i przepadku. Nie istnieje stosowny system postępowania wobec osób, które są wielokrotnymi recydywistami. Katalog środków jest zatem bardzo wąski. Zwraca natomiast uwagę możliwość przekazania przez sąd karny materiałów dotyczących stosowania środka właściwemu organowi administracyjnemu w celu zastosowania leczenia w trybie odrębnych przepisów.

13. BIAŁORUŚ

Kodeks karny Białorusi z 09. 07.1999 r.¹⁰⁴ (dalej jako UKRB – Ugołownyj Kodeks Riespubliki Bielaruś) reguluje środki zabezpieczające w rozdziale IV zatytułowanym „Środki przymusu bezpieczeństwa i leczenia”.

¹⁰³ Sprawca został skazany za czyn popełniony w stanie poczytalności, jednak wymaga leczenia psychiatrycznego.

¹⁰⁴ Nacionalnyj rejestr prawowych aktow Riespubliki Bielaruś (dziennik ustaw Republiki Białorusi), Nr 275, poz. 3 ze zm.

Artykuł 100 ust. 1 UKRB stanowi, że środki przymusu bezpieczeństwa i leczenie mogą być zastosowane przez sąd w stosunku do osoby cierpiącej na chorobę psychiczną, która dopuściła się czynów społecznie niebezpiecznych przewidzianych przez kodeks karny, w celu leczenia i ochrony tej osoby, a także w celu zapobieżenia dokonaniu przez nią nowych czynów zabronionych.

Jeżeli sprawca w czasie popełnienia czynu był poczytalny, środek można zastosować obok kary, przy zachowaniu wyżej wskazanych celów (art. 100 ust. 2 UKRB). Dotyczy to także osób, które popełniły przestępstwo w związku z uzależnieniem od alkoholu, narkotyków lub innych środków, w celu leczenia sprawców i osiągnięcia warunków odpowiednich do realizacji celów odpowiedzialności karnej (art. 100 ust. 3 UKRB).

Zgodnie z art. 101 UKRB wobec sprawcy, który w czasie popełnienia czynu zabronionego był niepoczytalny albo który dopuścił się przestępstwa w stanie poczytalności, lecz do czasu wydania wyroku lub wykonania kary zachorował psychicznie, tak że nie może rozpoznać znaczenia swoich czynów, a w związku z charakterem swych dolegliwości i popełnionego czynu można uważać, że stanowi zagrożenie dla otoczenia, można zastosować następujące środki zabezpieczające:

- przymusowe leczenie ambulatoryjne i ambulatoryjna obserwacja przez lekarza psychiatrę;
- przymusowe leczenie w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączone ze zwykłą obserwacją;
- przymusowe leczenie w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączone ze wzmocnioną obserwacją;
- przymusowe leczenie w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączone z surową obserwacją.

Na mocy art. 106 ust. 1 UKRB środki te mogą być zastosowane także wobec sprawców przestępstw, którzy popełnili je w stanie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej.

Szczegółowe podstawy zastosowania poszczególnych postaci leczenia określa art. 102 UKRB, który w ust. 1 stanowi, że w przypadku, kiedy nie jest konieczne leczenie w warunkach zamkniętych, sąd może zastosować wobec sprawcy leczenie i obserwację w warunkach ambulatoryjnych. Jeżeli sprawca z uwagi na charakter popełnionego czynu i schorzenia wymaga leczenia w warunkach zamkniętych, sąd stosuje środek w postaci leczenia w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączonego ze zwykłą obserwacją (art. 102 ust. 2 UKRB). Przymusowe leczenie w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączone ze wzmocnioną obserwacją jest stosowane w przypadku sprawców, którzy popełnili czyn zabroniony, jednak inny niż przeciwko życiu i zdrowiu. Środek ten można zastosować, nawet jeżeli stan psychiczny sprawcy nie uzasadnia przekonania, że stanowi on zagrożenie dla otoczenia, jeżeli sąd uzna, iż sprawca potrzebuje leczenia szpitalnego w warunkach wzmocnionej obserwacji (art. 102 ust. 3 UKRB). Przymusowe leczenie w szpitalu lub oddziale psychiatrycznym połączone z surową obserwacją stosuje się wobec sprawców, którzy ze względu na charakter popełnionego czynu stanowią szczególne niebezpieczeństwo dla społeczeństwa i w związku z tym wymagają leczenia psychiatrycznego połączonego z surową obserwacją (art. 102 ust. 4 UKRB). Dwie ostatnie

postaci leczenia wykonywane są w specjalnych warunkach, które mają uniemożliwić sprawcom popełnienie nowego czynu zabronionego (art. 102 ust. 5 UKRB).

Możliwe jest dokonywanie zmian w toku leczenia. Czyni to sąd na podstawie opinii komisji lekarskiej (art. 103 ust. 1 UKRB), przy czym osoba, w stosunku do której jest wykonywany środek, przynajmniej raz na 6 miesięcy powinna być badana przez komisję lekarską w celu stwierdzenia podstaw podjęcia decyzji, a jej opinia może być zaskarżona do sądu (art. 103 ust. 2 UKRB). Podobnie możliwe jest przerwanie stosowania środka także na podstawie decyzji sądu (art. 103 ust. 3 UKRB). Istnieje podobne do rosyjskiego rozwiązanie przypadku, kiedy sąd uzna, że dana osoba nie potrzebuje już leczenia wykonywanego w ramach środka zabezpieczającego, jednak powinna nadal znajdować się pod opieką psychiatry. Sąd może przekazać wówczas akta do decyzji w sprawie leczenia w trybie administracyjnym właściwemu organowi, którym jest Miński Miejski Komitet Wykonawczy. Organ ten może zarządzić w trybie administracyjnym przymusową obserwację psychiatryczną sprawcy w miejscu zamieszkania (art. 103 ust. 4 UKRB).

Po zakończeniu stosowania środka, jeżeli wobec sprawcy orzeczono również karę, a nie upłynął jeszcze termin przedawnienia jej wykonania, można ją wykonać, o czym decyduje sąd. Co ciekawe, ponieważ białoruskie prawo karne dopuszcza zastosowanie środka karnego bez rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej, pojawia się tu również możliwość wymierzenia kary. W omówionym wyżej przypadku, kiedy sprawca, popełniając czyn, był poczytalny, jednak zachorował psychicznie po popełnieniu czynu, a przed wydaniem wyroku, sprawcy może, ale nie musi, być wymierzona kara. Można bez rozstrzygania w ogóle kwestii jego odpowiedzialności karnej zastosować wobec niego, i wykonywać, środek zabezpieczający, okresu trwania którego nie określa się z góry. Następnie, po uznaniu środka za wykonany, można przeprowadzić postępowanie karne o czyn, w związku z którym wobec sprawcy stosowano środek zabezpieczający, orzec karę i skierować ją do wykonania (por. art. 104 UKRB). Rozwiązanie to należy ocenić krytycznie z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego, tworzy bowiem szerokie pole do różnego rodzaju nadużyć. Źródłem tej wysoce wątpliwej możliwości jest istniejąca w białoruskim prawie karnym możliwość zastosowania środka bez rozstrzygnięcia w sprawie¹⁰⁵. W razie wcześniejszego lub późniejszego orzeczenia kary pozbawienia wolności wykonany środek zabezpieczający zalicza się na jej poczet (art. 105 UKRB).

W przypadku osób, które popełniły przestępstwo w stanie poczytalności w znacznym stopniu ograniczonej, środki zabezpieczające stosuje się w razie skazania na karę izolacyjną – w miejscu jej odbywania, w razie skazania na karę nieizolacyjną – w miejscu zamieszkania, zawsze w postaci leczenia i obserwacji w warunkach ambulatoryjnych (art. 106 ust. 2 UKRB).

¹⁰⁵ Różnica między rozwiązaniem polskim a białoruskim jest więc taka, że w Polsce w sytuacji, kiedy w czasie czynu sprawca jest poczytalny, jednak w czasie postępowania nie, sąd rozstrzygnie kwestię jego odpowiedzialności karnej, z wymierzeniem kary włącznie, natomiast po ewentualnym wykonaniu środka zabezpieczającego podejmie decyzję, czy konieczne jest wykonywanie już orzeczonej kary. W białoruskim stanie prawnym możliwa jest sytuacja, gdy wobec sprawcy wykonuje się środek zabezpieczający w układzie, w którym nie rozstrzygnięto, czy w ogóle dopuścił się czynu zabronionego. Możliwe jest bowiem, że dopiero po wyleczeniu sprawcy sąd w ogóle rozpozna sprawę co do meritum. Możliwa jest do pomyślenia sytuacja, że w takim procesie okaże się, iż sprawca w ogóle nie popełnił zarzucanego mu czynu, a zatem środek zabezpieczający stosowano wobec niego bezpodstawnie.

Przymusowe leczenie z uzależnienia jest na podstawie art. 107 ust. 1 UKRB stosowane wobec sprawców, którzy popełnili przestępstwa, cierpiąc na alkoholizm, narkomanię lub toksykomanię¹⁰⁶, przy czym jest stosowane zawsze obok kary¹⁰⁷. W przypadku osób skazanych na kary izolacyjne leczenie prowadzone jest w miejscu wykonywania kary, natomiast w razie skazania na kary nieizolacyjne – w postaci leczenia i obserwacji w miejscu zamieszkania (art. 107 ust. 2 UKRB). Przerwanie leczenia jest dokonywane na wniosek komisji lekarskiej (art. 107 ust. 3 UKRB).

Uregulowanie środków zabezpieczających w białoruskim prawie karnym wykazuje znaczne podobieństwo do rozwiązań rosyjskich, prezentując podobne wady i zalety. Podstawową różnicą jest istnienie w białoruskim prawie karnym środka zabezpieczającego polegającego na leczeniu uzależnień, natomiast zwraca uwagę osłabienie systemu gwarancyjnego.

14. UWAGI KOŃCOWE

Uregulowanie środków zabezpieczających w państwach poddanych analizie jest zróżnicowane. We wszystkich analizowanych państwach przesłanką zastosowania środka jest zagrożenie, jakie sprawca stanowi dla społeczeństwa, przy czym w pojedynczych przypadkach (Włochy, Niemcy) jest ono określane jako stan niebezpieczeństwa sprawy. W przypadku stanu niebezpieczeństwa sprawy jako podstawy orzekania środka zabezpieczającego zawsze wskazuje się na jego niebezpieczeństwo dla otoczenia, niekiedy także na to, że sprawca jest niebezpieczny sam dla siebie (Holandia).

Wszędzie też podstawą zastosowania środka zabezpieczającego jest to, że sprawca dopuścił się czynu zabronionego lub przestępstwa; jedynie prawo włoskie dopuszcza wyjątki pozwalające na zastosowanie środka wobec osoby, która nie dopuściła się czynu zabronionego, jednak wyjątki te każdorazowo muszą być wprowadzone ustawowo.

Zróżnicowanie między poszczególnymi państwami występuje natomiast w zakresie samego katalogu istniejących środków, a także kolejności ich wykonywania. Zróżnicowane są też podstawy orzekania środków, chociaż – jak wskazano wyżej – wszędzie podstawą jest istnienie niebezpieczeństwa ze strony sprawcy. Podstawa ta jest niekiedy uzupełniana dodatkowymi warunkami. Na przykład kodeks karny Szwajcarii zastrzega, że mimo możliwości kumulatywnego orzeczenia wobec jednego sprawcy kilku środków zabezpieczających sąd powinien z niej korzystać tylko wyjątkowo, natomiast przy wyborze jednego środka powinien się kierować dyrektywą wyboru środka, którego wykonanie jest dla sprawcy najmniej dolegliwe. Niemiecki kodeks karny zastrzega, że zastosowanie środka zabezpieczającego powinno być proporcjonalne do wagi popełnionego przez sprawcę czynu i jego niebezpieczeństwa. Podobne uregulowanie zawiera kodeks karny Republiki Czeskiej, stanowiąc, że krzywda wyrządzona sprawcy w wyniku zastosowania środka zabezpieczającego nie może być poważniejsza niż konieczna do osiągnięcia celów

¹⁰⁶ Określenie kodeksowe.

¹⁰⁷ Jest tak dlatego, gdyż na gruncie białoruskiego prawa karnego działanie w stanie odurzenia nigdy nie wyłącza poczytalności.

środka. Uregulowanie czeskie zawiera, obok zasady proporcjonalności stosowanego środka, także zasadę jego subsydiarności, bowiem stanowi, że środków zabezpieczających nie stosuje się, jeżeli nie jest to odpowiednie z uwagi na charakter i wagę czynu, a także zagrożenie, jakie na przyszłość stanowi sprawca zarówno dla siebie, jak i dla interesów chronionych przez prawo karne. Na konieczność stosowania środków zabezpieczających z uwzględnieniem zasady proporcjonalności wskazuje kodeks karny Słowenii.

Środki zabezpieczające we wszystkich analizowanych państwach mogą być stosowane zarówno samodzielnie, jak i obok kary.

We wszystkich analizowanych państwach istnieją środki zabezpieczające związane z leczeniem chorób psychicznych. Natomiast już nie we wszystkich istnieją możliwości zastosowania odpowiedniego trybu postępowania w stosunku do osób upośledzonych umysłowo. Niekiedy leczenie choroby psychicznej jest utożsamiane z postępowaniem stosowanym wobec osób upośledzonych umysłowo, niekiedy ustawa w ogóle nie przewiduje odrębnego postępowania w stosunku do osób upośledzonych umysłowo, co może oznaczać, że praktyka traktuje te osoby jako chore psychicznie.

W niektórych państwach (Austria, Niemcy, Holandia, Słowenia, Czarnogóra, Serbia) istnieje możliwość umieszczenia sprawców upośledzonych umysłowo w szpitalu psychiatrycznym, co wydaje się być nie do końca prawidłowe z uwagi na różny charakter obu zaburzeń, co oznaczać musi różny sposób postępowania z osobami nimi dotkniętymi. Inne ustawodawstwa nie interesują się ogóle kwestią postępowania w stosunku do osób upośledzonych umysłowo, co oznacza, że prawdopodobnie w praktyce stosowane jest wobec nich umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym (Rumunia, Rosja, Białoruś). W innych wreszcie jest przewidziany środek polegający na umieszczeniu sprawcy upośledzonego umysłowo w specjalnym zakładzie, w którym stosowane są odpowiednie środki (Czechy, Włochy).

Czasu pobytu w szpitalu psychiatrycznym czy w ośrodku, w którym prowadzone jest stosowne postępowanie wobec osób upośledzonych, co do zasady nie określa się z góry, jednak w niektórych państwach istnieją regulacje odnoszące się do maksymalnego okresu pobytu w takim ośrodku (Szwajcaria – 5 lat z możliwością przedłużenia, Słowenia) lub do uregulowanej już w samym przepisie kodeksu karnego konieczności przeprowadzania okresowych badań stanu sprawcy w celu rozstrzygnięcia, czy istnieje potrzeba dalszego stosowania środka (Słowenia, Rosja, Białoruś). W przypadku środka orzeczanego obok kary pozbawienia wolności spotykana jest reguła uniemożliwiająca przetrzymywanie sprawcy w zakładzie dłużej niż orzeczona kara (Austria, Czarnogóra, Serbia). Niekiedy istnieją ograniczenia odnoszące się do możliwości skierowania na leczenie w warunkach zamkniętych wyłącznie sprawców, którzy dopuścili się tylko najpoważniejszych przestępstw (Austria). Znana jest też możliwość wykonywania leczenia w zakładzie karnym w ramach samej kary (Szwajcaria). Pewien wyjątek stanowi prawo karne włoskie, które dla środków terapeutycznych w postaci umieszczenia w domu leczenia i opieki oraz umieszczenia w sądowym szpitalu psychiatrycznym tworzy minimalne okresy pobytu, nie odnosząc się do maksymalnych. Dużą punitivność tego uregulowania łagodzi przewidziana przepisami możliwość zamiany pierwszego z wymienionych środków na dozór.

Obok leczenia psychiatrycznego czy też terapii psychologicznej, wykonywanych w warunkach zamkniętych, powszechnie znany jest środek polegający na terapii wykonywanej w warunkach wolnościowych.

W większości analizowanych państw istnieje środek polegający na przymusowym leczeniu odwykowym sprawcy. Nie zna go prawo słoweńskie, a w Holandii jest on wykonywany wolnościowo, jako element innego środka zabezpieczającego, jakim jest dozór. Pozostałe państwa znają leczenie odwykowe wykonywane zarówno w zakładzie zamkniętym, jak i w warunkach wolnościowych. Istnieją przypadki, kiedy leczenie w warunkach wolnościowych może się odbywać okresowo w zakładzie zamkniętym, zawsze jednak z ograniczeniem w czasie (Słowenia, Serbia, Czarnogóra). W niektórych państwach istnieje możliwość zastosowania leczenia stacjonarnego w odniesieniu do sprawcy, wobec którego stosowane było bezskutecznie leczenie na wolności. W szczególności dotyczy to uregulowań przewidujących warunkowe zwolnienie z wykonywania środka, jednak nie tylko, istnieją bowiem państwa, których regulacje przewidują możliwość ponownego umieszczenia sprawcy w zakładzie zamkniętym także wówczas, kiedy sąd, nie zwalniając go warunkowo, zdecydował o zamianie środka izolacyjnego na wolnościowy (Słowenia, Serbia, Czarnogóra, Włochy). Niekiedy czas leczenia odwykowego w zakładzie zamkniętym jest ograniczony (Szwajcaria, Niemcy). W odniesieniu do leczenia stosowanego obok kary pozbawienia wolności wykonywanego przed nią znana jest też zasada, że długość stosowania środka nie może przekraczać długości kary (Niemcy).

Terapeutyczne środki zabezpieczające wykonywane są co do zasady przed odbyciem kary pozbawienia wolności, jeżeli została orzeczona (Austria, Niemcy, Szwajcaria), jednak istnieją w tym zakresie pewne różnice. Niekiedy możliwe jest wykonywanie środka i kary jednocześnie (Szwajcaria). Istnieje przypadek, kiedy sąd może zdecydować o wykonaniu części kary przed wykonaniem środka (Niemcy). Często okres pobytu w ośrodku zamkniętym jest zaliczany na poczet kary (Austria, Szwajcaria, Serbia). Niekiedy zakończenie terapii wcześniej niż zakończenie wykonania kary stwarza możliwość odstąpienia od jej dalszego wykonania (Austria, Niemcy, Serbia) lub warunkowego przedterminowego zwolnienia z reszty kary (Austria, Serbia). Istnieją jednak ustawodawstwa przewidujące możliwość leczenia psychiatrycznego po odbyciu kary pozbawienia wolności (Czechy, z zastrzeżeniem, że jeżeli wykonanie kary bez uprzedniego przeprowadzenia terapii jest niemożliwe, najpierw przeprowadza się terapię; Włochy, jednak z wyjątkiem w odniesieniu do umieszczenia w sądowym szpitalu psychiatrycznym, które jest zawsze wykonywane przed wykonaniem kary).

W niektórych państwach istnieje, niezależnie od możliwości zamiany izolacyjnego środka terapeutycznego na nieizolacyjny, możliwość warunkowego zwolnienia z pobytu w ośrodku zamkniętym, co wiąże się z oddaniem pod dozór, a niekiedy z terapią wolnościową (Szwajcaria). Możliwość warunkowego zwolnienia często odnosi się także do środków izolacyjnych o charakterze nieterapeutycznym, jeżeli dane ustawodawstwo je przewiduje (Szwajcaria).

W niektórych ustawodawstwach przewiduje się wprost, że leczenie ambulatoryjne, zastosowane obok kary pozbawienia wolności, przeprowadzane jest w zakładzie karnym, a zatem *de facto* w warunkach izolacyjnych (Czechy).

Dosyć szerokie są możliwości zmiany stosowanych środków terapeutycznych w czasie ich wykonywania, w tym nawet zmiany leczenia ambulatoryjnego

na stacjonarne. Natomiast stosunkowo rzadkie są możliwości zastosowania środka zabezpieczającego w postępowaniu wykonawczym, o ile zastosowanie to nie polega na zmianie już stosowanego środka (Włochy). Zwraca uwagę, że uregulowanie włoskie przewiduje możliwość zastosowania środka zabezpieczającego nawet po wykonaniu kary.

Dodać należy, że obok środków terapeutycznych przewidzianych w prawie karnym w każdym z analizowanych państw istnieją środki administracyjne, których analiza wykracza poza ramy raportu. Tu należy tylko wskazać, że istnieją państwa, których kodeksy karne stanowią, iż sąd w razie odstąpienia od stosowania terapeutycznego środka zabezpieczającego może zawiadomić odpowiedni organ administracyjny w celu leczenia sprawcy w trybie administracyjnym (Rosja, Białoruś).

Obok środków terapeutycznych poszczególne państwa znają także i inne, mające charakter ochronny. Mogą one być stosowane wraz ze środkami terapeutycznymi, można je też stosować samodzielnie. W tej funkcji występują takie środki jak przypadek przedmiotów, zakaz wykonywania zawodu, zakaz prowadzenia pojazdów (pozbawienie prawa jazdy), zakaz pobytu w określonej miejscowości lub regionie, zakaz uczęszczania do miejsc publicznego wyszynku, wydalenie cudzoziemca z terytorium państwa, podanie orzeczenia do publicznej wiadomości. W funkcji swej są one zbliżone do środków karnych znanych polskiemu prawu karnemu. Specyficzne w tym zakresie jest np. uregulowanie niemieckie, gdzie środki zabezpieczające pełnią rolę podobną do tej, jaką w Polsce pełnią środki karne.

Po raz kolejny specyfikę wykazuje uregulowanie włoskie, które za środek zabezpieczający uznaje umieszczenie w reformatorium dla nieletnich, a zatem środek zaliczany powszechnie do osobnej kategorii środków reakcji na popełnienie czynu zabronionego.

W niektórych państwach istnieją wreszcie środki, które odpowiadają cechom środka zabezpieczającego znanym polskiemu prawu karnemu, jednak nie mają charakteru terapeutycznego, a czysto ochronno-resocjalizacyjny. Chodzi o umieszczenie w zamkniętym zakładzie dla recydywistów i dozór ochronny. Środek w postaci umieszczenia w ośrodku zamkniętym istnieje w kilku porządkach prawnych i jest stosowany po odbyciu przez sprawcę kary. Zna go prawo karne Austrii, Szwajcarii (jednak tylko w odniesieniu do sprawców młodocianych, a więc dorosłych poniżej 25. roku życia), Niemiec, Holandii, Włoch. Środek taki stosowany jest wyłącznie w stosunku do poważnych przestępstw i tylko w odniesieniu do wielokrotnych recydywistów. Czas jego stosowania z reguły jest ograniczony, istnieją szerokie możliwości uchylenia środka, warunkowego zwolnienia z jego stosowania, zamiany na inny środek wolnościowy, jakim jest dozór, występujący w prawie karnym Niemiec, Szwajcarii¹⁰⁸, Holandii i Włoch.

W wielu państwach uregulowanie środków zabezpieczających jest niezwykle kazuistyczne, niekiedy mało efektywne. W niektórych z nich dokonywane były w tym zakresie w ostatnich latach pewne zmiany, co zostało wyszczególnione wyżej. Należy jednak zastrzec, że nie stwierdzono istnienia klauzul pozwalających na zastosowanie nowo wprowadzanych środków do sprawców czynów popełnionych przed

¹⁰⁸ Wobec istniejącej możliwości warunkowego zwolnienia ze stosowanego środka izolacyjnego.

wprowadzeniem zmian ustawowych. Najdalej w zakresie stosowania ustawy nowej idzie kodeks karny Włoch, który przewiduje w razie zmiany przepisów stosowanie ustawy nowej do środków orzeczonych w trakcie obowiązywania poprzedniego stanu prawnego. Jednak ta klauzula nie obejmuje przypadków wprowadzenia nowych środków zabezpieczających, a jedynie sposób wykonania już istniejących, co w gruncie rzeczy jest materia, przynajmniej częściowo, procesową.

15. WNIOSKI

1. Uregulowanie środków zabezpieczających w prawie karnym analizowanych państw wykazuje znaczne zróżnicowanie. Niekiedy jako środki zabezpieczające klasyfikowane są odpowiedniki środków karnych i środków stosowanych wobec nieletnich, znanych prawu polskiemu.

2. Regulacje poszczególnych państw różnią się między sobą także pod względem redakcyjnym, wykazując znaczną rozpiętość od syntetycznego do wysoce kazuistycznego sposobu normowania.

3. We wszystkich analizowanych państwach istnieje środek lub środki polegające na leczeniu chorób psychicznych, zarówno stacjonarnym, jak i w warunkach wolnościowych. Środek ten można orzec samodzielnie bądź obok kary. W razie orzeczenia obok kary pozbawienia wolności jest najczęściej wykonywany przed wykonaniem kary. Możliwa jest zamiana środka izolacyjnego na nieizolacyjny, możliwa jest też, aczkolwiek rzadziej, zamiana środka nieizolacyjnego na izolacyjny. Niekiedy ustawa określa dopuszczalny maksymalny czas stosowania terapii zarówno w warunkach izolacyjnych, jak i wolnościowych.

4. Pewnym deficytem licznych unormowań jest brak uregulowań odnoszących się do postępowania ze sprawcami upośledzonymi umysłowo. Z reguły są oni traktowani jak sprawcy chorzy psychicznie, co umożliwia umieszczanie ich w szpitalu psychiatrycznym (przy spełnieniu przesłanek zastosowania środka izolacyjnego), a co trudno uznać za rozwiązanie satysfakcjonujące. Jest to wada, która dotyczy także rozwiązania polskiego, a nie występuje jedynie w nielicznych spośród analizowanych państw.

5. W większości analizowanych państw występuje środek w postaci przymusowego leczenia odwykowego sprawców uzależnionych, zarówno stacjonarnego, jak i w warunkach wolnościowych. Środek ten można orzec samodzielnie bądź obok kary. W razie orzeczenia obok kary pozbawienia wolności jest najczęściej wykonywany przed wykonaniem kary. Możliwa jest zamiana środka izolacyjnego na nieizolacyjny, możliwa jest też, aczkolwiek rzadziej, zamiana środka nieizolacyjnego na izolacyjny. Niekiedy ustawa określa dopuszczalny maksymalny czas stosowania zarówno terapii w warunkach izolacji, jak i na wolności. Zwraca uwagę dość często spotykana możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia sprawcy z możliwością późniejszego umieszczenia w ośrodku zamkniętym w razie negatywnego przebiegu próby.

6. Niektóre z państw znają środki stosowane wobec recydywistów. Środki te mają postać dozoru lub internowania zabezpieczającego. Ten ostatni środek jest stosowany tylko wyjątkowo, wobec najgroźniejszych recydywistów, z reguły jest ograniczony w czasie i wiąże się z możliwością warunkowego zwolnienia. W odróżnieniu od środków terapeutycznych jest wykonywany po zakończeniu odbywania przez sprawcę kary pozbawienia wolności.

7. Możliwości leczenia sprawców zaburzonych po odbyciu kary są stosunkowo rzadko spotykane; najczęściej wiąże się to z zamiarą izolacyjnego środka terapeutycznego na nieizolacyjny, z przedterminowym zwolnieniem z kary pozbawienia wolności czy z warunkowym zwolnieniem ze środka zabezpieczającego. Co do zasady mają charakter wolnościowy. Nie stwierdzono przypadków leczenia sprawców po odbyciu kary, z której sprawca został warunkowo zwolniony, poza przypadkami stosowania internowania zabezpieczającego, które jest wykonywane po odbyciu kary i które może się wiązać ze stosowaniem elementów terapii.

8. Nie stwierdzono przypadków istnienia klauzul pozwalających na zastosowanie nowo wprowadzanych do ustawy karnej środków zabezpieczających do sprawców czynów popełnionych przed wprowadzeniem zmian ustawowych.

9. Obok trybu przewidzianego przepisami kodeksu karnego w grę wchodzi system środków o charakterze administracyjnym, który istnieje w poszczególnych państwach niezależnie od reżimu prawnokarnego. System ten nie był przedmiotem analizy, która ograniczona została do środków zabezpieczających w prawie karnym¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Wniosek z punktu 8 prowadzi do konstatacji, że w przedstawionych państwach nie jest możliwe zastosowanie środków zabezpieczających w rozumieniu prawa karnego do sprawców zwalnianych z zakładów karnych po odbyciu kary, jeżeli środki te nie istniały w czasie popełnienia przez nich czynu zabronionego. Ostatnio w Polsce dyskutowana jest potrzeba zabezpieczenia społeczeństwa przed przyszłymi zachowaniami sprawców, do których nie mogą mieć zastosowania ewentualne nowo wprowadzone do kodeksu karnego środki zabezpieczające. Wydaje się, że system środków o charakterze administracyjnym stwarza tu możliwości, jakich nie daje system środków zabezpieczających. W tę stronę wydają się też iść prace polskiej Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego.

Summary

Marek Kulik – *Securing measures in criminal law of selected European states*

The purpose of the report is to present the regulations concerning securing measures in selected European states. The analysis covers the list of measures, their character, the possibility of their modification in course of execution, the time when they are decided, in particular from the point of view of whether it is possible to decide on securing measures during enforcement proceedings. Attention is also drawn to determining what possibilities exist for securing measures being imposed in addition to penalties, in particular whether isolation securing measures are executed before the penalty of imprisonment is served, or afterwards. In order to attain the goals set in this way, the norms relating to securing measures in individual states had to be presented and then it was possible to venture to formulate any possible common features and general principles.

Criminal laws in individual contemporary states usually include some securing measures. But they differ depending on the criminal policy assumptions made in a given state. Thus the selection of states for the analysed sample is not easy. An assumption was made that it might be useful to examine securing measures applied in states with criminal law systems similar to the Polish one (German system). But limiting oneself to the German system may be seen as insufficient, the more so that contemporary criminal laws of the German model display a certain trend of Romanization, manifested by narrowing down the scope of judges' freedom in the administration of penalties in the broad sense, greater casuistry in the criminal statutes, considerable stratification of types of offences and richer set of means of criminal law reactions to offences. This trend, observable in the recent years, results in inclusion in the considerations that follow of a number of states whose criminal laws can be included in the Roman law circle, in the broad sense.

Filip Radoniewicz*

Odpowiedzialność karna za przestępstwo hackingu

WSTĘP

Niniejszy raport prezentuje wyniki przeprowadzonych w 2012 r. badań dotyczących szeroko pojętego hackingu (czynów zabronionych określonych w przepisach art. 267–269b kodeksu karnego¹). Składa się z czterech zasadniczych części.

W części pierwszej przeprowadzona została analiza ustawowych znamion czynów zabronionych stypizowanych w przepisach art. 267 § 1–4, art. 268 § 1–3, art. 268a § 1–2, art. 269 § 1–2, art. 269a oraz art. 269b § 1 k.k. Omówiona również została problematyka zbiegów powyższych przepisów, wymiaru kary oraz trybu ścigania.

W części drugiej zaprezentowane zostały wyniki ogólnokrajowych badań empirycznych dotyczących hackingu, w ramach których przeanalizowano akta postępowań przygotowawczych zarejestrowanych w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury w latach 2009–2010.

W części trzeciej zawarto wnioski płynące zarówno z analizy ustawowych znamion czynów zabronionych będących przedmiotem niniejszego raportu, jak i przeprowadzonych badań.

W części czwartej przedstawione zostały wybrane stany faktyczne.

CZĘŚĆ 1. ANALIZA DOGMATYCZNA

1.1. Uwagi wprowadzające

O początkach hackingu można w zasadzie mówić już w momencie powstania pierwszych sieci telefonicznych, wtedy bowiem pojawili się tzw. phreakerzy (od ang. *phone freak* – „telefoniczny maniak”). Włamywali się oni do sieci telekomunikacyjnych, by móc nawiązywać darmowe połączenia. Inną grupą przestępców, którzy pojawili się w tym czasie byli tzw. crackerzy (od ang. *crack* – łupać), specjalizujący się w łamaniu zabezpieczeń systemów telekomunikacyjnych. Obecnie tego terminu

* Mgr Filip Radoniewicz jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jak k.k.

używa się głównie w stosunku do „łamaczy” haseł i zabezpieczeń. Obie wyżej wskazane grupy można uznać za poprzedników dzisiejszych hackerów² (zresztą wielu z nich zaczynało właśnie w ten sposób swoją działalność). Początkowo termin „hacker” miał trochę inne znaczenie niż obecnie – oznaczał po prostu zdolnego programistę. Później, po złaniu się w latach 70. XX w. subkultury hackerów z phreakerami, zaczął nabierać dzisiejszego znaczenia – kogoś działającego w podziemiu, włamującego się do komputerów i sieci, często ze szlachetnych pobudek, a czasami po prostu dla zabawy i zdobycia sławy. Taki obraz w kulturze utrwaliły filmy (zwłaszcza *Gry wojenne* Johna Badhama z 1983 r. czy *Hackerzy* Iaina Softleya z 1995 r.)³. Obecnie pod terminem „hacker” często rozumie się osobę, która „sieje zamęt” w Internecie, czyli zarówno włamuje się do sieci komputerowych i komputerów, jak i działa w celu zakłócenia ich pracy⁴. W języku potocznym często określenie to używane jest dla generalnego określenia przestępców działających w Internecie, w tym internetowych oszustów.

W związku z powyższym pojęcie „hacking” można rozumieć na kilka sposobów: *sensu stricto*, czyli zachowanie polegające na uzyskaniu dostępu do systemu informatycznego lub danych komputerowych, *sensu largo*, a więc jako wszelkie zamachy na bezpieczeństwo systemów i danych informatycznych (czyli również np. zakłócenie pracy systemu informatycznego, modyfikację lub zniszczenie danych komputerowych), oraz w znaczeniu najszerszym, potocznym – jako zbiorcze określenie praktycznie wszystkich przestępstw popełnianych w sieci (oczywiście z wyjątkiem np. rozpowszechniania pornografii). Przedmiotem niniejszego opracowania jest hacking *sensu largo*.

1.2. Wyjaśnienie podstawowych pojęć

Przed przejściem do analizy dogmatycznej znamion poszczególnych typów czynów zabronionych wskazane jest wyjaśnienie pewnych podstawowych terminów użytych przez ustawodawcę w treści omawianych przepisów, a mianowicie danych komputerowych (informatycznych), systemu informatycznego (oraz komputerowego), sieci telekomunikacyjnej, sieci teleinformatycznej oraz informatycznego nośnika danych. Jednocześnie konieczne jest określenie stosunku między pojęciem danych a pojęciem informacji.

Polska regulacja hackingu, czyli tzw. przestępstw komputerowych przeciwko ochronie informacji (zgrupowanych w rozdziale XXXIII k.k. „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji”, w przepisach art. 267–269b k.k.), zawdzięcza swój

² Termin „hacker” pochodzi od ang. *hack*, którego używali w latach 60. studenci Massachusetts Institute of Technology na określenie wyróżniających się pomysłowością żartów przez nich płatanych, http://pl.wikipedia.org/wiki/Hacker_%28slang_komputerowy%29.

³ Por. S. Bukowski, *Przestępstwo hackingu*, „Przegląd Sądowy” 2006/4, s. 134–137; B. Fischer, *Przestępstwa komputerowe i ochrona informacji*, Kraków 2000, s. 53–58; D. Littlejohn Shinder, *Cyberprzestępczość. Jak walczyć z łamaniem prawa w Sieci*, Gliwice 2005, s. 65–78; J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe*, t. 1: *Fenomen cywilizacji*, Warszawa 1999, s. 187–189.

⁴ Jednocześnie mamy do czynienia ze swego rodzaju paradoksem – nie ma już konieczności, by hacker w takim rozumieniu, posiadał zaawansowane umiejętności, jak jego poprzednik z wcześniejszych lat. Wystarczy, że pobierze z sieci odpowiedni program, który wszystkie czynności wykona za niego. Ukuty został nawet termin dla określenia takich osób – *script kiddies* – czyli „dzieciaki skryptowe” (skrypt – program napisany w języku skryptowym, który wykonuje pewne działania wewnątrz innego programu; w uproszczeniu jest to niesamodzielny program, np. skrypty *JavaScript* na stronach WWW, makra w dokumentach MS Office).

obecny kształt nowelizacji z 2008 r.⁵, mającej służyć m.in. implementacji postanowień decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne⁶. W związku z tym, że pojęcia systemu informatycznego oraz danych komputerowych są w niej zdefiniowane, właściwe jest rozumienie tych terminów zgodnie z definicjami z tego aktu.

W świetle przepisu art. 1 lit. b decyzji ramowej 2005/222 dane komputerowe⁷ należy rozumieć jako „każde przedstawienie faktów, informacji lub koncepcji w formie odpowiedniej do przetwarzania w systemie informatycznym, włącznie z programem nadającym się do spowodowania wykonania funkcji przez system”. Zbliżona definicja znajduje się w konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości⁸, zgodnie z którą „dane komputerowe oznaczają każde dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej do przetwarzania w systemie komputerowym, łącznie z odpowiednim programem nadającym się do spowodowania wykonania funkcji przez system komputerowy”. Powyższe definicje danych można uznać za tożsame (zwłaszcza że obie czerpią z definicji sformułowanej przez ISO⁹). Wyrażnie z nich wynika, że dane komputerowe są nośnikiem (medium) informacji, faktów i koncepcji, które dopiero sprowadzone do postaci danych komputerowych są czytelne dla systemu informatycznego. W tym celu muszą zostać „zakodowane” w języku binarnym – zamienione w ciąg „0” i „1”, a następnie mogą zostać zapisane na nośniku (np. płycie CD, DVD lub na dysku twardym) czy przesłane za pośrednictwem sieci jako impulsy energetyczne. W świetle definicji danymi komputerowymi są też programy odpowiadające za wykonywanie funkcji przez system informatyczny.

Zgodnie z powyższym informacją jest to, co można wyinterpretować, odkodować z danych. Rozróżnienie pojęć danych komputerowych i informacji ma znaczenie z prawnego punktu widzenia. Można bowiem wejść w posiadanie danych komputerowych, ale nie móc skorzystać z zawartych w nich informacji, np. z uwagi na nieznajomość algorytmu, według którego zostały one zakodowane. Zniszczenie danych nie zawsze oznacza zniszczenie informacji, podobnie jak zabór danych nie musi być kradzieżą informacji¹⁰. Uzyskanie do nich dostępu również nie zawsze musi być równoznaczne z uzyskaniem dostępu do informacji (np. w czasie transmisji danych informatycznych, kiedy to – w dużym uproszczeniu – są „zdelokalizowane”, gdyż dla potrzeb transferu dzielone są na pakiety, które przesyłane są często różnymi

⁵ Ustawa z 24.10.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 214, poz. 1344).

⁶ Decyzja ramowa Rady 2005/222/WSiSW z 24.02.2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz. Urz. UE L 69 z 2005 r., s. 67), dalej jako decyzja ramowa 2005/222.

⁷ Wprawdzie polski ustawodawca użył w kodeksie karnym pojęcia danych informatycznych, ale niewątpliwie zakres przedmiotowy tego terminu jest zbieżny z danymi komputerowymi z decyzji ramowej 2005/222.

⁸ Konwencja Rady Europy nr 185 o cyberprzestępczości z 23.11.2001 r., <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>. Polska podpisała tę konwencję właśnie 23.11.2001 r., ale jeszcze nie ratyfikowała; przepisy kodeksu karnego do jej postanowień miała dostosować ustawa z 18.03.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 69, poz. 626).

⁹ Międzynarodowa Organizacja Standaryzacyjna (ang. *International Organization for Standardization*) to międzynarodowa organizacja pozarządowa zrzeszająca krajowe organizacje normalizacyjne. Z uwagi na swój pozarządowy charakter normy przez nią tworzone nie mają charakteru wiążącego dla państw. Są przez nie jednak respektowane ze względu na autorytet ISO.

¹⁰ Zob. szerzej A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 37 i 38.

trasami i w różnej kolejności, a następnie składane w punkcie docelowym)¹¹. W związku z tym w aktach prawa międzynarodowego oraz unijnego dotyczących problematyki bezpieczeństwa sieci dla określenia przedmiotu ochrony operuje się pojęciem danych komputerowych, a nie informacji. Wskazane byłoby przyjęcie takiego rozwiązania na gruncie polskiego prawa karnego.

Wyróżnia się (i chroni) trzy główne aspekty bezpieczeństwa informacji, danych komputerowych i systemów informatycznych: dostępność, integralność oraz poufność. Za zaleceniem Rady OECD C (92) 188 dotyczącym wytycznych w zakresie bezpieczeństwa systemów informatycznych¹² możemy przyjąć, iż:

- **dostępność (ang. *availability*)** informacji, danych komputerowych i systemów informatycznych oznacza, że są one osiągalne i zdadne do użytku w każdym czasie i w wymagany sposób;
- **integralność (ang. *integrity*)** jest to cecha danych i informacji oznaczająca ich dokładność i kompletność oraz utrzymywanie ich w tym stanie¹³; odnosi się zarówno do nienaruszalności danych, jak i systemów komputerowych;
- **poufność (ang. *confidentiality*)** jest to właściwość danych i informacji polegająca na ujawnianiu ich wyłącznie uprawnionym podmiotom, w dozwolonych przypadkach i w dozwolony sposób.

Jako przykładowe formy zamachów na dostępność można wskazać sabotaż, a przede wszystkim ataki DoS¹⁴. Do najczęściej spotykanych zamachów skierowanych przeciw integralności należą włamanie, a następnie niszczenie lub modyfikacja danych czy zainfekowanie systemu w celu skasowania danych. Formami zamachu na poufność są np. włamanie i uzyskanie dostępu do danych, czy ich przechwycenie podczas przesyłania siecią.

Dla potrzeb decyzji ramowej 2005/222 przyjęto, że systemem informatycznym jest „każde urządzenie lub grupa połączonych lub powiązanych urządzeń, z których co najmniej jedno dokonuje zgodnie z oprogramowaniem automatycznego przetwarzania danych komputerowych, jak również danych przechowywanych, przetwarzanych, odzyskanych lub przekazanych przez nie w celach ich eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania w dobrym stanie” (art. 1 lit. a decyzji ramowej 2005/222)¹⁵. Z powyższej definicji wynika, że systemem informatycznym w świetle decyzji ramowej 2005/222 jest zarówno pojedyncze urządzenie (np. komputer), jak

¹¹ O przesyłaniu danych w sieci zob. np. D. Littlejohn Shinder, *Cyberprzestępczość...*, s. 201-268, F. Radoniewicz, *Formy popełniania przestępstw komputerowych przeciwko bezpieczeństwu danych i systemów informatycznych*, w: M. Wędrychowicz (red.), *IV Dni Kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego*, Rzeszów 2010, s. 161-166.

¹² *Recommendation of the Council concerning Guidelines for the Security of Information Systems of 26 November 1992 [C(92)188/FINAL]*; por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 41.

¹³ W przypadku informacji przetwarzanych w sieci informatycznej oznacza identyczność danych wysłanych z odebranymi.

¹⁴ Atak DoS (ang. *Denial of Service* – odmowa usług) polega na wywołaniu znacznego ruchu sieciowego w celu unieruchomienia serwera lub atakowanego komputera. Bardziej jego skomplikowaną formą jest atak dDoS (ang. *Distributed Denial of Service* – rozproszona odmowa usług) przeprowadzany przy użyciu wielu komputerów przejętych w tym celu wcześniej (tzw. komputery zombie), oczywiście bez wiedzy ich użytkowników.

¹⁵ W polskiej wersji tekstu decyzji ramowej 2005/222 zamiast zwrotu „każde urządzenie” użyto „wszelkie urządzenia”.

i grupa połączonych urządzeń, czyli sieć – zarówno mała (np. lokalna), obejmująca kilka komputerów, jak i wielka, obejmująca swoim zasięgiem np. miasta. Potwierdzenie zasadności tak szerokiego rozumienia pojęcia „systemu informatycznego” znaleźć można w treści komunikatu Komisji COM (2002) 173 final¹⁶, w którym zawarto propozycję decyzji ramowej 2005/222. W dokumencie tym wskazano, że za systemy informatyczne uważane są w szczególności komputery, telefony komórkowe oraz sieci i serwery tworzące infrastrukturę Internetu. W definicji posłużono się sformułowaniem „połączone lub powiązane”, co oznacza, że urządzenia nie muszą być połączone fizycznie (np. za pomocą przewodów), a transfer danych między nimi może odbywać się za pośrednictwem innego medium (np. fal elektromagnetycznych). Przy wyjaśnieniu pojęcia automatycznego przetwarzania danych wskazane jest sięgnięcie do konwencji Rady Europy o ochronie osób fizycznych w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych¹⁷, do której zresztą znajduje się odwołanie w treści preambuły do decyzji ramowej 2005/222. W świetle definicji zawartej w art. 2 lit. c konwencji o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych automatycznym przetwarzaniem danych są następujące czynności, jeśli w całości lub częściowo wykonywane są za pomocą procedur zautomatyzowanych: gromadzenie danych, stosowanie do nich operacji logicznych i/lub arytmetycznych, ich modyfikowanie, usuwanie, wybieranie lub rozpowszechnianie. Natomiast za procedury zautomatyzowane należy uznać takie działania, które w całości lub częściowo dokonywane są za pomocą zautomatyzowanych środków, czyli bez ingerencji człowieka¹⁸.

Na pozór zbliżonym do systemu informatycznego pojęciem posłużono się w konwencji o cyberprzestępczości. Użyto tam terminu „system komputerowy”, rozumianego jako „każde urządzenie lub zespół połączonych lub powiązanych urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, automatycznie przetwarza dane” (art. 1 lit. a konwencji o cyberprzestępczości). Jednakże zakres przedmiotowy tego terminu jest nieporównywalnie węższy niż systemu informatycznego z decyzji ramowej 2005/222. Zgodnie bowiem z oficjalnym komentarzem sporządzonym przez autorów konwencji o cyberprzestępczości¹⁹ systemem komputerowym jest procesor lub jednostka centralna oraz ewentualne urządzenia peryferyjne (monitor, drukarka, napęd DVD itp.). Będzie to zatem telefon komórkowy, dekodery, a przede wszystkim to, co potocznie rozumie się jako samodzielny komputer osobisty, czyli pojedynczy host. Natomiast dwa lub więcej takich niezależnych, połączonych ze sobą jednostek będzie stanowiło sieć. Dlatego nie jest poprawne posłużenie się w polskim oficjalnym tłumaczeniu²⁰ (sporządzonym przez polskie Ministerstwo

¹⁶ Proposal for a Council Framework Decision on attacks against information systems (COM (2002) 173 final) (Dz. Urz. WE C 203E z 2002 r., s. 109).

¹⁷ Konwencja nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu 28.01.1981 r. (Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25); por. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>.

¹⁸ Zob. szerzej F. Radoniewicz, *Problematyka ujednolicenia terminologii informatycznej – zagadnienia wybrane*, w: M. Mazuryk, S. Jaśkiewicz (red.), *Administracja publiczna w III RP. Dwie dekady doświadczeń*, Warszawa 2011, s. 685–687.

¹⁹ *Explanatory Report*, pkt 23 i 24, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>.

²⁰ <http://bip.ms.gov.pl/pl/ministerstwo/wspolpraca-miedzynarodowa/rada-europy/konwencje-rady-europy-z-obszaru-sprawiedliwosci-i-sprawy-wewnetrzne-podpisane-ratyfikowane-przez-polske/>.

Sprawiedliwości) konwencji o cyberprzestępczości terminem „system informatyczny”, zamiast „system komputerowy” (*computer system*).

W związku z powyższym należy przyjąć, że pojęć danych informatycznych oraz danych komputerowych można – jako pojęć tożsamyh – używać zamiennie, natomiast wykluczone jest to w przypadku systemu informatycznego oraz systemu komputerowego.

Kolejnym pojęciem, które należy wyjaśnić przed przejściem do głównej części opracowania, jest „sieć telekomunikacyjna”. Zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 2 pkt 35 prawa telekomunikacyjnego²¹ przez sieć telekomunikacyjną należy rozumieć „systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju”. Wskazane w definicji systemy transmisyjne to urządzenia lub zestaw urządzeń, zapewniające przesyłanie sygnałów. W zakresie przedmiotowym tego pojęcia mieszczą się nie tylko sieci o określonych zakończeniach²², ale wszelkie systemy transmisyjne, w tym systemy radiodifuzyjne (nadawcze). Transmisja sygnałów dokonywana jest za pomocą różnych mediów transmisyjnych²³. Będą to zatem np. sieci satelitarne, sieci stałe wykorzystujące komutację łączy²⁴ oraz komutację pakietów²⁵, sieci telewizji kablowej czy sieci elektryczne umożliwiające transmisję sygnałów. Urządzenia komutacyjne to urządzenia służące komutacji łączy (np. centrale telefoniczne)²⁶, natomiast urządzenia przekierowujące – komutacji pakietów (będą to przede wszystkim routery służące trasowaniu, czyli wyznaczaniu tras i wysyłaniu nimi pakietów danych)²⁷.

Sieć teleinformatyczna²⁸ – kolejne pojęcie, które należy wyjaśnić – nie jest obecnie zdefiniowana w żadnym akcie prawnym. Natomiast znajdziemy definicję pojęcia zbliżonego – systemu teleinformatycznego. Z uwagi na panujący chaos pojęciowy w celu uporządkowania i ujednolicenia siatki terminologicznej uchwalono ustawę o zmianie ustaw w celu ujednolicenia terminologii informatycznej²⁹. Odsyła ona w przypadku użycia w którejś ze wskazanych w jej treści ustaw terminu „system teleinformatyczny” do art. 3 pkt 1–4 ustawy o informatyzacji działalności

²¹ Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 ze zm.), dalej jako pr. tel.

²² Zgodnie z art. 2 pkt 52 pr. tel. przez zakończenie sieci rozumie się fizyczny punkt, w którym abonent otrzymuje dostęp do publicznej sieci telekomunikacyjnej. W przypadku sieci stosujących komutację lub przekierowywanie (zob. dalsze uwagi) zakończenie sieci identyfikuje się za pomocą konkretnego adresu sieciowego, który może być przypisany do numeru lub nazwy abonenta.

²³ S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 101.

²⁴ Komutacja łączy (komutacja kanałów, komutacja obwodów) – sposób transmisji głosu lub danych polegający na utworzeniu między dwoma punktami sieci (nadawcą i odbiorcą) „stałego” połączenia na czas transmisji.

²⁵ Komutacja pakietów – sposób transmisji danych polegający na podziale ich na fragmenty (pakiety), z których każdy może dotrzeć inną drogą do celu. Proces przesyłania pakietów nazywa się routowaniem (trasowaniem) i odbywa się pomiędzy węzłami sieci (routerami).

²⁶ A. Krasuski, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 63–64.

²⁷ Zob. szerzej np. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne...*, s. 100–106; F. Radoniewicz, *Problematyka ujednolicenia...*, s. 682–684.

²⁸ Sieć teleinformatyczna była zdefiniowana na gruncie nieobowiązującej już ustawy z 22.01.1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631) w jej art. 2 ust. 1 pkt 9 jako organizacyjne i techniczne połączenie systemów teleinformatycznych.

²⁹ Ustawa z 4.09.2008 r. o zmianie ustaw w celu ujednolicenia terminologii informatycznej (Dz. U. Nr 171, poz. 1056).

podmiotów realizujących zadania publiczne³⁰. Zdefiniowane w nim jest pojęcie systemu teleinformatycznego jako zespołu współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniającego przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego w rozumieniu prawa telekomunikacyjnego³¹. Wynika z powyższego, iż sieć teleinformatyczna jest zespołem systemów informatycznych, w których przetwarzane są dane, powiązanych ze sobą sieciami telekomunikacyjnymi służącymi przesyłaniu danych między tymi systemami. Jest to struktura rozległa, której powstanie związane jest z procesem konwergencji technologii informatycznej i telekomunikacji³².

Ostatnim pojęciem, jakie należy zdefiniować, jest „informatyczny nośnik danych”. W świetle przepisu art. 3 pkt 1 u.i.d.p.p. jest to „materiał lub urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej”. Z uwagi na to, iż definicja ta, w swoim obecnym brzmieniu, jest precyzyjna i klarowna, nie budzi w zasadzie wątpliwości zakres przedmiotowy tego pojęcia³³ – mieszczą się w nim wszystkie nośniki danych, czyli dyskiety, dyski twarde (nośniki magnetyczne), płyty CD i DVD (nośniki optyczne), pamięci półprzewodnikowe (m.in. pamięci RAM – *Random Access Memory*, ROM – *Read Only Memory*, oraz pamięci zamontowane np. w drukarkach), pamięci flash itd.

1.3. Art. 267 § 1 k.k. – hacking *sensu stricto* („kradzież informacji”)

W treści art. 267 § 1 k.k. przewidziano odpowiedzialność karłą za uzyskanie przez sprawcę bez uprawnienia dostępu do informacji dla niego nieprzeznaczonej, przez otwarcie zamkniętego pisma, podłączenie się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamanie albo ominięcie elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego szczególnego jej zabezpieczenia. Czyn ten zagrożony jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat dwóch.

Przedmiotem ochrony przepisu art. 267 § 1 k.k. jest poufność informacji. Realizuje on konstytucyjną gwarancję wolności komunikowania się i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 oraz art. 51 ust. 1 i 2 Konstytucji³⁴). Odnosi się on nie tylko do sfery prywatnej jednostki, ale obejmuje swoim zakresem również „informacje będące w dyspozycji lub przeznaczone dla osoby prawnej,

³⁰ Ustawa z 17.02.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 235 ze zm.), dalej jako u.i.d.p.p.

³¹ Zgodnie z art. 2 pkt 43 pr. tel. telekomunikacyjne urządzenie końcowe jest to „urządzenie telekomunikacyjne przeznaczone do podłączenia bezpośrednio lub pośrednio do zakończeń sieci”. W przypadku podłączenia pośredniego między urządzeniem końcowym (czyli np. kartą sieciową, telefonem, odbiornikiem telewizyjnym) a zakończeniem sieci znajduje się jeszcze urządzenie końcowe pośredniczące w przekazywaniu sygnałów, np. modem, modem DSL (ang. *Digital Subscriber Line* – cyfrowa linia abonencka; rodzaj tzw. szerokopasmowego dostępu do Internetu) czy dekodery. Możliwe jest kolejne dołączanie urządzeń końcowych do zakończenia sieci.

³² Por. X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 62–64; A. Urbanek w: *Vademecum teleinformatyka*, J. Chustecki i in., Warszawa 1999, s. 4–5.

³³ Definicja ta jest zbliżona do sformułowanej wcześniej w piśmiennictwie; zob. J. Gołaczyński, *Elektroniczne czynności procesowe*, „Monitor Prawniczy” 2004/4 (dodatek „Prawo Mediów Elektronicznych”), s. 3; E. Rudkowska-Ząbczyk, *Pisma elektroniczne wnoszone w postępowaniu cywilnym na elektronicznych nośnikach informatycznych*, „Monitor Prawniczy” 2006/16 (dodatek „Prawo Mediów Elektronicznych”), s. 33–34.

³⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

instytucji lub organizacji, której uzyskanie jest niezgodne z wolą dysponenta (nieuprawnione), w tym informacje zakodowane elektronicznie lub magnetycznie³⁵. By odpowiedzieć na pytanie, komu przysługuje prawo do dysponowania określoną informacją, trzeba sięgnąć do regulacji konstytucyjnych, przepisów kodeksu cywilnego oraz innych ustaw szczególnych, odnoszących się do szeroko rozumianego prawa do informacji³⁶.

Przepis art. 267 § 1 k.k. kryminalizuje trzy zachowania będące zamachami na bezpieczeństwo systemów informatycznych: podłączenie się do sieci telekomunikacyjnej, przełamanie elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego szczególnego jej zabezpieczenia, ominięcie takiego zabezpieczenia.

Pierwsze z wyżej wskazanych znamion – podłączenie się do sieci telekomunikacyjnej – swój obecny kształt zawdzięcza nowelizacji kodeksu karnego z 2008 r. (poprzednio: „podłączenie się do przewodu służącego do przekazywania informacji”). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowelizacji, zmiana ta ma rozszerzyć zakres kryminalizacji na zachowania polegające na podłączeniu się do każdej sieci, w tym bezprzewodowej, a użycie pojęcia sieci telekomunikacyjnej nawiązywać ma do prawa telekomunikacyjnego³⁷. Jak słusznie wskazuje B. Kunicka-Michalska, trudno jest rozgraniczyć znanie podłączenia się od użytego w art. 267 § 3 k.k. zakładania lub posługiwania się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Z jednej strony nie jest to istotne, gdyż w obu wypadkach grozi taka sama sankcja i oba czyny ścigane są w tym samym trybie³⁸, ale z drugiej jednak strony jest też zasadnicza różnica – czyn z art. 267 § 1 k.k. dokonany jest tylko wtedy, gdy sprawca uzyskał dostęp do informacji, natomiast w przypadku przestępstwa z art. 267 § 3 k.k. wystarczy, by działał na celu jej uzyskania.

Zgodnie z zasługującą na aprobatę uchwałą Sądu Najwyższego z 22.01.2003 r. „działanie sprawcy, polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej, godzi w prawa majątkowe nadawcy programu, nie wyczerpuje jednak znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k.”³⁹. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy trafnie podkreślił, że istotą przestępstwa z art. 267 § 1 k.k. jest uzyskanie informacji nieprzeznaczonej dla sprawcy, natomiast program emitowany w sieci kablowej przeznaczony jest dla każdego, kto opłaca abonament. Tym samym naruszone zostają jedynie prawa majątkowe operatora sieci kablowej. Ze stanowiskiem takim zgadza się B. Kunicka-Michalska⁴⁰. Natomiast W. Wróbel odniósł się do powyższej tezy krytycznie. Uważa bowiem, że prawo do dysponowania określoną informacją związane jest także ze sposobem jej utrwalenia, a nie tylko z samą treścią⁴¹.

Drugie z kryminalizowanych w przepisie zachowań polega na przełamaniu elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego szczególnego

³⁵ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 570.

³⁶ W. Wróbel w: *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do artykułów 117–277 k.k.*, A. Zoll (red.), Kraków 2006, s. 1278.

³⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm VI kadencji, druk sejmowy nr 458, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/458>.

³⁸ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *Komentarz do artykułów 222–316*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 694.

³⁹ Uchwała SN z 22.01.2003 r. (I KPZ 40/02), OSNKW 2003/1–2, poz. 5.

⁴⁰ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 694–695.

⁴¹ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1281–1282.

zabezpieczenia. Podkreślić należy, iż przepis art. 267 § 1 k.k. chroni tylko takie informacje przechowywane w systemach komputerowych, które zostały przez ich dysponenta zabezpieczone przed nieuprawnionym dostępem. Przez zabezpieczenia należy rozumieć „wszelkie formy utrudnienia dostępu do informacji, których usunięcie wymaga wiedzy specjalistycznej lub posiadania szczególnego urządzenia lub kodu”⁴².

Dane komputerowe mogą być chronione bezpośrednio, np. przez zaszyfrowanie czy zabezpieczenie dostępu hasłem, lub pośrednio – w ramach ochrony samego systemu informatycznego – czemu służą *firewalle*⁴³, systemy wykrywania włamań⁴⁴ czy procedura uwierzytelniania⁴⁵. Przez przełamanie zabezpieczeń rozumie się działanie polegające na zniwelowaniu ich funkcji ochronnej; nie musi się ono wiązać z ich zniszczeniem⁴⁶. Dla bytu przestępstwa określonego w przepisie art. 267 § 1 k.k. niezbędne jest, by zabezpieczenie to było realne oraz aktywne w momencie ataku hakera. W przeciwnym wypadku nie dojdzie do wypełnienia znamion przestępstwa⁴⁷.

Ostatnim kryminalizowanym w przepisie art. 267 § 1 k.k. zachowaniem jest ominięcie zabezpieczeń. Znamię to zostało dodane w wyniku nowelizacji kodeksu karnego z 2008 r. W ten sposób przyjęto, że sprawca, by popełnić przestępstwo hackingu, nie musi przełamać zabezpieczenia – wystarczy, że je ominie. Pamiętać bowiem należy, że przełamanie zabezpieczeń jest tylko jedną z wielu technik (i to nawet nie najczęściej spotykaną) używanych przez hackerów do penetracji systemów komputerowych. Pozostałe sprowadzają się do ich ominięcia, a polegają na:

- wprowadzeniu w błąd człowieka (ang. *social engineering*, czyli tzw. socjotechnika, polegająca np. na podaniu się za inną osobę w celu wyłudzenia hasła albo uzyskania dostępu do pomieszczenia, gdzie jest serwer, i fizyczne podłączenie się do niego);
- wprowadzeniu w błąd systemu – wśród metod polegających na ominięciu zabezpieczeń w ten sposób należy wskazać tzw. *spoofing* (maskarada), czyli fałszowanie adresów, mające na celu wprowadzenie w błąd co do miejsca wysłania komunikatów. Najczęściej fałszowane są adresy IP

⁴² W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1282–1283.

⁴³ Są to urządzenia dedykowane – komputery służące ochronie sieci komputerowych wyposażone w odpowiednie oprogramowanie albo programy chroniące pojedyncze komputery, na których je zainstalowano. Ich zadaniem jest przede wszystkim filtrowanie przesyłanych danych – zwykle na kilku poziomach – w celu zablokowania potencjalnie niebezpiecznych czy – jeżeli wyposażono je w odpowiedni system – wykrywanie określonych ataków i podejmowanie odpowiednich – zdefiniowanych z góry – kroków; zob. D. Littlejohn Shinder, *Cyberprzestępczość...*, s. 368–371; J. Muszyński w: *Vademecum teleinformatyka III*, T. Janoś (red.), Warszawa 2004, s. 206–207.

⁴⁴ Zob. szerzej T. Bilski w: *Bezpieczeństwo danych w systemach informatycznych*, T. Bilski, T. Pankowski, J. Stokłosa, Warszawa 2001, s. 32–33; J. Muszyński w: *Vademecum teleinformatyka...*, s. 213–217; F. Radoniewicz, *Formy popełniania przestępstw...*, s. 177–178.

⁴⁵ Istnieje wiele metod uwierzytelniania, czyli weryfikacji tożsamości użytkownika (komputera lub procesu). Polegają one na wymogu podania jakichś danych w celu identyfikacji. W przypadku uwierzytelniania użytkowników zazwyczaj wyróżnia się następujące sposoby: „coś, co wiesz” – najczęściej polega na wymogu podania hasła lub numeru PIN, „coś, co masz” – konieczność posiadania jakiegoś przedmiotu służącego uwierzytelnianiu (np. karty chipowej), „to, kim jesteś” – jest to metoda, w którym do identyfikacji służą cechy fizyczne osoby (takie jak np. linie papilarne, tęczówka oka).

⁴⁶ P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji w polskim prawie karnym z perspektywy przestępstw komputerowych. Analiza dogmatyczna i strukturalna w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000/1, s. 71–72; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2012, s. 621; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1283.

⁴⁷ Por. S. Bukowski, *Przestępstwo hackingu*, s. 142–143; P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 64.

użytkowników (adres logiczny komputera nadany przez administratora sieci), ale możliwe jest fałszowanie również np. adresów WWW (celem skierowania ofiary na stronę stworzoną przez sprawcę, np. udającą witrynę banku);

- wykorzystaniu luk (błędów) w systemach operacyjnych, aplikacjach czy protokołach (są to zbiory zasad określających procesy komunikacyjne odpowiadające m.in. za identyfikację komputerów w sieci), czemu służą programy zwane *exploitami*⁴⁸.

Z popełnieniem przestępstwa z art. 267 § 1 k.k. mamy do czynienia, gdy sprawca w wyniku podłączenia się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamania albo ominięcia zabezpieczeń bez uprawnienia uzyskuje dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej. Sformułowanie to zostało wprowadzone w miejsce dotychczasowego – mocno krytykowanego⁴⁹ – „kto bez uprawnienia uzyskuje informację dla niego nieprzeznaczoną”. Krytyka ta wynikała z dwóch zasadniczych przyczyn. Po pierwsze, nie zawsze hacker szuka informacji. Czasami dostaje się do systemu z powodów ambicjonalnych, by wykazać nieskuteczność zabezpieczeń – zdaniem brytyjskich ekspertów do spraw bezpieczeństwa systemów komputerowych taki jest cel 95% ataków⁵⁰. Po drugie, wykazanie, że sprawca uzyskał jakiegokolwiek informację w wyniku włamania może w praktyce okazać się trudne. System operacyjny rejestruje wprowadzie wszystkie polecenia wydawane przez użytkownika (jako tzw. logi systemowe⁵¹), co pozwala ustalić, jakie pliki były otwierane, ale osoba posiadająca odpowiednie umiejętności jest w stanie wyłączyć rejestrację swoich działań lub wykasować po ich dokonaniu logi. Obecnie dla bytu przestępstwa z art. 267 § 1 k.k. nie jest istotne, czy uzyskana przez sprawcę informacja jest tą, której poszukiwał, a także to, czy jest dla niego w jakikolwiek sposób przydatna⁵². Karalne jest samo uzyskanie dostępu do informacji, co wiąże się z uzyskaniem dostępu do danych procedowanych przez ten system (co jest równoznaczne z uzyskaniem dostępu do systemu informatycznego lub jego części)⁵³. By było możliwe postawienie sprawcy zarzutów, nie musi on ani uzyskać nad informacją władztwa (jak było przed nowelizacją z 2008 r.), ani tym bardziej się z nią zapoznać.

Przestępstwo z art. 267 § 1 k.k. ma charakter powszechny. Może je popełnić każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej, która nie jest dysponentem informacji⁵⁴. Występek ten można popełnić tylko umyślnie, działając w zamiarze bezpośrednim, o czym świadczy sposób, w jaki ujęto znamiona wykonawcze („podłącza się do sieci telekomunikacyjnej”, „przełamuje zabezpieczenie”)⁵⁵.

⁴⁸ Zob. F. Radoniewicz, *Formy popełniania przestępstw...*, s. 168–176.

⁴⁹ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 49.

⁵⁰ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 48.

⁵¹ Są to zapisy zdarzeń – zachodzących na pojedynczym komputerze lub w sieci – wraz ze wskazaniem uczestniczących w nich podmiotów; w zależności od ich umiejscowienia mogą rejestrować np. logowanie, nawiązanie połączenia, adresy odwiedzonych stron itp.

⁵² M. Kalitowski w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2012, s. 1207.

⁵³ Zob. też A. Adamski, *Nowe ujęcie cyberprzestępstw w kodeksie karnym – ale czy lepsze?*, „Prawo Teleinformatyczne” 2007/3, s. 6–7.

⁵⁴ W przeciwieństwie do czynu z art. 266 k.k. (czyli naruszenia tajemnicy służbowej lub zawodowej), gdzie podmiot jest określony indywidualnie (np. funkcjonariusz publiczny).

⁵⁵ Tak też A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 571; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 622; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1284.

Takie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy w wyroku z 2.06.2003 r.⁵⁶ Inaczej uważa B. Kunicka-Michalska, według której możliwe jest popełnienie omawianego przestępstwa również w zamiarze ewentualnym⁵⁷. Występek ten nie może być popełniony nieumyślnie. Nie sposób zatem uznać za hackera kogoś, kto przez pomyłkę zapoznaje się z informacją dla niego nieprzeznaczoną (np. korzystając w miejscu publicznym z komputera przeczyta maila osoby, która przed nim z niego korzystała i nie wylogowała się ze swojej skrzynki pocztowej) lub przypadkowo (np. w wyniku błędu systemu) „złamię” zabezpieczenia.

1.4. Art. 267 § 2 k.k. – nieuprawniony dostęp do systemu informatycznego

Nowelizacją z 2008 r. dodano do art. 267 k.k. – jako § 2 – przepis kryminalizujący działanie sprawcy polegające na uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do całości lub części systemu informatycznego. Jego przedmiotem ochrony jest – podobnie jak przepisu art. 267 § 1 k.k. – poufność informacji. Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w przepisie art. 267 § 2 k.k. spotkało się z uzasadnioną krytyką z trzech zasadniczych powodów. Po pierwsze, jest to niejako automatyczne i dosłowne przepisane treści art. 2 decyzji ramowej 2005/222. Należy podkreślić, że decyzje ramowe są (a w zasadzie były – w ciągu pięciu lat od wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego⁵⁸ miały zostać uchylone lub zastąpione dyrektywami; do tego momentu jednak obowiązują⁵⁹) instrumentami prawnymi służącymi do zbliżania przepisów porządków prawnych państw członkowskich. Określony jest w nich rezultat, jaki ma zostać osiągnięty, natomiast dobór środków ku temu prowadzących pozostawiany jest krajowym ustawodawcom. W przypadku decyzji ramowych z dziedziny prawa karnego materialnego ustawodawca krajowy ma obowiązek wprowadzenia takich zmian w porządku prawnym, by na podstawie przepisów prawa karnego możliwe było kryminalizowanie opisanych w decyzji ramowej czynów. Co za tym idzie – postanowienia decyzji ramowych sformułowane są bardzo ogólnie. Mówiąc skrótowo, ustawodawca krajowy powinien dokonać implementacji norm prawnych, a nie przepisów. W związku z tym decyzje ramowe harmonizujące prawo karne materialne nie nadają się do dosłownej transpozycji⁶⁰. Natomiast polski ustawodawca – jak wskazano – dosłownie przepisał treść art. 2 decyzji ramowej 2005/222. A Adamski zastosowaną „technikę legislacyjną” trafnie określił jako *copy and paste*⁶¹.

Po drugie, w związku z powyższym przepis art. 267 § 2 k.k. jest niezwykle pojemny treściowo. Znamiona czynu w nim opisanego wypełni sprawca, który „uzyskuje nielegalny dostęp” do danych informatycznych (co nie zawsze jest jednak równoznaczne z uzyskaniem dostępu do informacji; zob. też uwagi w rozdziale 1.2), bo na tym polega – o czym była już mowa – uzyskanie dostępu do systemu,

⁵⁶ Wyrok SN z 2.06.2003 r. (II KK 232/02), LEX nr 78373.

⁵⁷ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 703–704.

⁵⁸ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. (Dz. Urz. UE C 306 z 1007 r., s. 1) wszedł w życie 1.12.2009 r. Ujednolicone teksty traktatów są dostępne na stronie <http://eur-lex.europa.eu/pl/treaties/index.htm>.

⁵⁹ Zob. szerzej J. Barcz, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony. Traktaty stanowiące Unię Europejską. Stan obecny oraz teksty skonsolidowane w brzmieniu Traktatu z Lizbony*, Warszawa 2008, s. 64.

⁶⁰ Zob. szerzej np. A. Grzelak, *Trzeci filar Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 118–123.

⁶¹ A. Adamski, *Nowe ujęcie cyberprzestępstw...*, s. 7–8.

przy czym by odpowiadać karne, nie musi w tym celu ani łamać zabezpieczenia, ani go omijać. Jedyne warunki stanowią, by dostęp ów był nieuprawniony. Można by się zastanawiać, czy ustawodawca w ten sposób usiłował stworzyć swego rodzaju typ podstawowy przestępstwa hackingu (art. 267 § 2 k.k.) oraz jego typ kwalifikowany (art. 267 § 1 k.k.), wymagający działania polegającego na pokonaniu zabezpieczeń, a co za tym idzie – działania bardziej szkodliwego społecznie. Wyklucza to jednak fakt, iż oba występki zagrożone są identyczną sankcją – karą pozbawienia wolności do lat dwóch. Wydaje się w związku z tym, że najbardziej racjonalnym rozwiązaniem jest przyjęcie, iż przepis art. 267 § 2 k.k. będzie znajdował zastosowanie w przypadkach, gdy głównym elementem czynu sprawcy było samo uzyskanie dostępu do całości lub części systemu informatycznego, a nie uzyskanie dostępu do informacji. Z sytuacją taką mamy do czynienia np. w wypadku włamania się na konto w serwisie aukcyjnym w celu wykorzystania go do popełnienia przestępstwa oszustwa, uzyskaniu dostępu do profilu na portalu społecznościowym, a następnie modyfikacji zawartych w nim danych, czy włamaniu na konto użytkownika gry MMORPG w celu zaboru wirtualnych przedmiotów lub postaci (wszystkie te kwestie zostaną szczegółowo omówione w dalszej części). Szeroki zakres przedmiotowy przepisu art. 267 § 2 k.k. sprawia, że również część zachowań kryminalizowanych przez przepis art. 267 § 3 k.k., określanych jako podsłuch komputerowy, będzie mogła być jednocześnie kwalifikowana z art. 267 § 2 k.k. (przy identycznym zagrożeniu sankcją)⁶².

Po trzecie – jak wyżej wspomniano – jedynym warunkiem, który musi zostać spełniony, by możliwe było postawienie sprawcy zarzutu naruszenia przepisu art. 267 § 2 k.k., jest uzyskanie przez niego dostępu do systemu bez uprawnień. Natomiast kwestię uprawnień użytkowników sieci komputerowych regulują przede wszystkim takie „akty” jak regulaminy, a nie przepisy o randze ustawowej. To swego rodzaju odesłanie przez ustawodawcę do norm pozaprawnych jest niebezpieczne i trudne do pogodzenia z zasadą określoności przestępstwa⁶³.

1.5. Art. 267 § 3 k.k. – nielegalny podsłuch i inwigilacja za pomocą urządzeń technicznych

Przepis art. 267 § 3 k.k. sankcjonuje konstytucyjne gwarancje prawa do ochrony życia prywatnego (art. 47 Konstytucji), wolności komunikowania się i ochrony prywatności tej komunikacji (art. 49 Konstytucji), a także nienaruszalności mieszkania (art. 51 Konstytucji). Wymienione wartości są chronione również na gruncie obowiązujących Polskę umów międzynarodowych – Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶⁴ (art. 8: „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”) oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁶⁵

⁶² Zob. F. Radoniewicz, *Ujęcie cyberprzestępstw w Kodeksie karnym z 1997 roku a postanowienia decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne*, „Ius Novum” 2009/1, s. 57–58.

⁶³ Zwraca na to uwagę A. Adamski; zob. A. Adamski, *Nowe ujęcie cyberprzestępstw...*, s. 8.

⁶⁴ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁶⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

(art. 17: „Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego część i dobre imię”)⁶⁶.

Przedmiotem ochrony omawianego przepisu jest poufność informacji oraz innych form komunikacji międzyludzkiej. Ponadto na jego podstawie można karać wiele działań polegających na ingerencji w życie prywatne. Przykładowo wskazać można tu naruszenie swobodnego korzystania z mieszkania przez inwigilację za pomocą urządzeń podsłuchowych czy wizualnych bądź też przechwytywanie informacji przesyłanych siecią telekomunikacyjną⁶⁷. Zakres informacji chronionych przez ten przepis jest bardzo szeroki. Według B. Kunickiej-Michalskiej⁶⁸ chroni on zarówno tajemnice prywatne (tj. związane z prywatną i intymną sferą życia człowieka), jak również tajemnice niechronione przez inne przepisy szczególne⁶⁹.

Przepis art. 267 § 3 k.k. penalizuje zakładanie lub posługiwanie się – w celu uzyskania informacji – podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Wprowadzenie tego ostatniego terminu jako narzędzia służącego inwigilacji uciną dywagacje na temat, czy program komputerowy można za narzędzie uznać⁷⁰. Przepis ten również można wykorzystywać do kryminalizacji niektórych postaci hackingu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że za zachowanie wyczerpujące znamiona przepisu art. 267 § 3 k.k. uznać można działanie hackera polegające na zainstalowaniu w komputerze osoby inwigilowanej programu do przekazywania danych⁷¹, takiego jak:

- koń trojański (trojan) – z pozoru użyteczny program wykonujący działania nieleżące w intencji użytkownika, jednocześnie pozostające poza jego świadomością. Służy on do obejścia zabezpieczeń – po zainstalowaniu i uruchomieniu takiego programu hacker ma otwartą drogę do systemu. Jednocześnie sam trojan może wykonywać pewne działania polegające np. na modyfikacji lub usuwaniu plików, przysyłaniu danych do napastnika, instalowaniu innych programów lub wirusów. Ponieważ trojan może wykonywać zazwyczaj wszystkie czynności, do których uprawniony jest użytkownik, szczególnie niebezpieczna jest sytuacja, gdy zainstaluje go osoba z uprawnieniami administratora. Trojany mogą być zamaskowane jako niewinne programy, np. narzędzia, wygaszacze ekranu, makra w dokumentach *MS Office*. Zdarza się, że są umieszczane jako skrypty wykonywalne (np. *JavaScript*, kontrolki *ActiveX*) na stronie internetowej. Dlatego też wejście na taką witrynę może spowodować automatyczną instalację trojana w systemie (jeśli oczywiście przeglądarka użytkownika ma włączoną opcję automatycznego uruchamiania skryptów);

⁶⁶ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 56–57.

⁶⁷ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 57.

⁶⁸ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 698–699.

⁶⁹ Inaczej L. Gardocki, według którego służy on jedynie ochronie życia prywatnego; zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 302–303.

⁷⁰ W pierwotnej wersji projektu nowelizacji była mowa o oprogramowaniu specjalnym. W toku prac w sejmie słusznie usunięto jednak przymiotnik „specjalne”, który mógł sugerować, że chodzi o programy komputerowe stworzone wyłącznie do popełnienia przestępstwa, podczas gdy w wielu wypadkach mamy do czynienia z programami „o podwójnej naturze” – spełniającymi wiele funkcji, ale mogącymi być wykorzystanymi (często wbrew woli i zamierzeniom ich twórców) przez przestępców; zob. szerzej dalsze uwagi dotyczące art. 269b k.k.

⁷¹ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 59; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1287.

- program należący do kategorii oprogramowania szpiegującego (ang. *spyware*), przesyłający osobie, która go umieściła, informacje na temat użytkownika, w którego systemie funkcjonuje, takie jak adresy odwiedzanych stron WWW, dane osobowe, numery kart płatniczych, hasła;
- program „tylne drzwi” (ang. *back door*) – program umożliwiający intruzowi wejście do systemu operacyjnego z pominięciem zabezpieczeń. Zazwyczaj jest instalowany przez hackera, który po włamaniu do systemu operacyjnego pozostawia sobie w ten sposób „furtkę”;
- rejestrator klawiatury (ang. *keylogger*) – program przejmujący kontrolę nad procedurami systemu operacyjnego służącymi do obsługi klawiatury. W specjalnym pliku rejestruje on każde naciśnięcia klawiszy klawiatury, dzięki czemu może przechwytywać hasła. Zazwyczaj jest wyposażony w funkcję umożliwiającą przesłanie uzyskanych danych osobie, która go w systemie operacyjnym umieściła za pośrednictwem sieci.

W przepisie art. 267 § 3 k.k. ustawodawca użył znamion alternatywnych – by pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności wystarczy, by jedynie zainstalował on urządzenie lub program (nie musi potem z niego korzystać) lub posługiwał się narzędziem (lub programem) założonym (umieszczonym w systemie informatycznym) przez kogoś innego. Dla bytu omawianego przestępstwa wystarcza dokonanie którejs z wymienionych czynności. Natomiast sama okoliczność faktycznego uzyskania w ten sposób informacji nie ma znaczenia⁷².

Inwigilację systemów informatycznych często określa się mianem podsłuchu komputerowego. Wyróżnia się dwa jego rodzaje: pasywny (gdy sprawca jedynie zapoznaje się z treścią przesyłanych informacji) oraz aktywny (gdy dokonuje modyfikacji przesyłanych danych, np. poprzez przekierowanie transmisji danych do innego miejsca w sieci)⁷³.

Wśród sposobów infiltrowania sieci polegających na przechwytywaniu danych w czasie ich transmisji bez ingerencji w ich treść wskazać należy przede wszystkim tzw. *sniffing* (po polsku „węszenie”), czyli przechwytywanie pakietów (w uproszczeniu „porcji”, na jakie dzielone są dane, by mogły być przesłane siecią) oraz ich filtrowanie pod kątem poszukiwanych danych. Sprawca może posłużyć się w tym celu specjalnym programem (tzw. *snifferem*) albo narzędziem służącym administratorom sieci do jej monitorowania (np. *NetMon* (*Network Monitor*) implementowany we wszystkich nowszych systemach Microsoftu). Przykładem podsłuchu aktywnego jest atak *man in the middle* (czyli „człowiek pośrodku”), polegający – w znacznym uproszczeniu – na „wpięciu się” w trwającą transmisję danych między dwoma komputerami i – w rezultacie – niejako pośredniczeniu w procesie wymiany wiadomości między nimi⁷⁴.

Przestępstwo z art. 267 § 3 k.k. ma charakter formalny w zakresie czynności posługiwania się urządzeniem, w odniesieniu do czynności zakładania

⁷² W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1285.

⁷³ Por. A. Kiedrowicz, *Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej*, „Prokuratura i Prawo” 2008/10, s. 126–127; zob. szerzej np. J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe...*, s. 148–152.

⁷⁴ Zob. szerzej np. http://pl.wikipedia.org/wiki/Atak_man_in_the_middle.

ma charakter materialny (skutek następuje, gdy urządzenie zostaje zainstalowane zgodnie z wolą sprawcy)⁷⁵.

Omawiane przestępstwo ma charakter powszechny. Nie może być oczywiście popełnione przez osobę uprawnioną do uzyskania informacji.

Przestępstwo określone w przepisie art. 267 § 3 k.k. można popełnić jedynie umyślnie w zamiarze bezpośrednim kierunkowym, na co wskazuje zwrot „w celu uzyskania informacji”. Osoba instalująca urządzenie służące do inwigilacji ponosi odpowiedzialność na podstawie omawianego przepisu, jeżeli ma świadomość, że nie jest uprawniona do tego. Zleceniodawca takich czynności będzie odpowiadać za sprawstwo kierownicze lub polecające.

Bezprawność czynu z art. 267 § 3 zostaje uchylona, jeśli zachowanie wypełniające znamiona jest legalnym działaniem organów ścigania (wynika z odpowiednich przepisów⁷⁶).

1.6. Art. 267 § 4 k.k. – ujawnienie informacji uzyskanej nielegalnie

W przepisie art. 267 § 4 k.k. przewidziano odpowiedzialność za czyn polegający na ujawnieniu innej osobie informacji uzyskanej w wyniku działań kryminalizowanych w przepisach art. 267 § 1–3 k.k. Jest to przestępstwo powszechne, co oznacza, że popełnić je może każdy, kto przekazuje nielegalne informacje, wiedząc o źródle ich pochodzenia (a więc nie tylko sprawca występków z art. 267 § 1, § 2 lub § 3 k.k., który bezpośrednio je uzyskał). Ujawnienie informacji może polegać zarówno na działaniu, jak i zaniechaniu. Jest to przestępstwo materialne – jego skutkiem jest dojście informacji do innej osoby (może to być jedna, konkretna osoba, a także nieokreślony krąg osób, gdy sprawca posługuje się mediami). Może być popełnione tylko umyślnie, w obu postaciach zamiaru⁷⁷. Ustawodawca nie przewidział kwalifikowanego typu tego przestępstwa, polegającego na posłużeniu się przez sprawcę w celu ujawnienia informacji środkami masowego przekazu, jak to uczynił np. w przypadku czynu zabronionego przewidzianego w przepisie art. 212 k.k. (zniesławienie)⁷⁸.

1.7. Art. 268 k.k. – naruszenie integralności zapisu informacji

Przepis art. 268 § 2 k.k. kryminalizuje bezprawne zachowania polegające na niszczeniu, uszkodzaniu, usuwaniu lub zmienianiu zapisu istotnej informacji na informatycznym nośniku danych albo udaremnianiu lub znacznym utrudnianiu w inny sposób osobie uprawnionej zapoznania się z informacją utrwaloną na takim nośniku. Ze względu na większą szkodliwość społeczną tego czynu stanowi on typ kwalifikowany przestępstwa z art. 268 § 1 k.k.

Przedmiotem ochrony jest integralność zapisu informacji (mowa jest o całkowitym unicestwieniu zapisu – wskazują na to zwroty „niszczy”, „usuwa”, oraz

⁷⁵ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 622; por. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 572; inaczej S. Hoc w: *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Legalis 2012, komentarz do art. 267.

⁷⁶ Przede wszystkim należy wskazać przepisy kodeksu postępowania karnego, ustawy z 6.04.1990 r. o Policji (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 287, poz. 1687 ze zm.), ustawy z 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.).

⁷⁷ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 622; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1289.

⁷⁸ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 701.

o modyfikacji bez unicestwienia, ale w stopniu znacznym – „uszkadza”, „zmienia”) oraz jej dostępność (czyli możliwość korzystania) dla osoby uprawnionej. Ustawodawca jednocześnie wymaga, aby była to informacja „istotna” – przede wszystkim w sensie obiektywnym (ze względu na jej treść, wagę i znaczenie⁷⁹) – ale z uwzględnieniem interesów osoby uprawnionej do zapoznania się z nią⁸⁰, w tym celu, jakiemu służyła lub miała służyć⁸¹.

Przedmiotem czynności wykonawczej – zgodnie z literalnym brzmieniem – są dane informatyczne zapisane na informatycznym nośniku danych. W związku z tym uważam, że przepis art. 268 § 2 k.k. nie znajdzie zastosowania do sytuacji, gdy utrudnienie w zapoznaniu się z informacją będzie rezultatem zachowań polegających na zakłócaniu pracy sieci. Zostanie on wtedy pochłonięty przez przepis art. 268a lub 269a k.k.

Działania wymienione w tym przepisie mogą być zarówno celem działania sprawcy, jak i środkiem do niego prowadzącym (np. umieszczenie w atakowanym systemie trojana lub programu „tylnych drzwi”). Mogą one również stanowić sposób zatarcia przez hackera śladów jego obecności w systemie (np. modyfikacja logów).

Pierwszą grupę czynności wykonawczych – jak wskazano wyżej – stanowią czyny godzące w integralność danych. Będą to przede wszystkim działania o charakterze logicznym, polegające np. na ich kasowaniu, usuwaniu, często za pomocą specjalnych programów takich jak wirusy, robaki, trojany. Dane na informatycznym nośniku danych można unicestwić również poprzez działania fizyczne, np. niszcząc nośnik czy uszkadzając go (np. poprzez umieszczenie w polu elektromagnetycznym).

Druga grupa czynności wykonawczych – udaremnianie lub znaczne utrudnianie osobie uprawnionej zapoznania się z informacją – ma charakter dopełniający. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie jest bardzo pojemne⁸². Zachowanie sprawcy może polegać np. na zmianie sposobu zakodowania informacji, nawet bez zmiany jej treści, ukryciu nośnika, zamontowaniu hasła uniemożliwiającego dostęp czy zniszczeniu programu umożliwiającego zapoznanie się z informacją⁸³.

Przepis art. 268 § 3 k.k. jest typem kwalifikowanym przestępstwa naruszenia integralności zapisu informacji. Znamieniem kwalifikującym jest wyrządzenie przez sprawcę znacznej szkody majątkowej⁸⁴. Niewątpliwie chodzi tu nie o wartość informatycznego nośnika danych (która może być symboliczna), ale o szkodę, jaką faktycznie ponosi dysponent informacji w następstwie czynu, np. mogą to być koszty związane z odtworzeniem zapisów księgowości czy utracony przez autora dzieła zysk związany z jego sprzedażą⁸⁵. Jak wskazuje W. Wróbel, szkoda majątkowa może być następstwem czynu zabronionego określonego w omawianym przepisie, gdy pokrzywdzony wskutek niemożności zapoznania się z określoną informacją podejmuje decyzje majątkowe,

⁷⁹ P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 88.

⁸⁰ P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 88; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 624; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1296.

⁸¹ O. Górniok w: *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Gdańsk 2005, s. 363–364; M. Kalitowski w: *Kodeks karny...*, s. 1209.

⁸² P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 90.

⁸³ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1293–1294.

⁸⁴ Przez znaczną szkodę majątkową rozumie się (zgodnie z przepisami art. 115 § 7 w zw. z § 5 k.k.) szkodę, której wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200.000 zł.

⁸⁵ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 573; tak też B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 715–716.

które przynoszą mu straty⁸⁶. Obejmuje ona zarówno uszczerbek w majątku pokrzywdzonego (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*)⁸⁷. W związku z faktem, że Internet jest w coraz większym stopniu wykorzystywany do wszelkiego rodzaju działalności gospodarczej, problem z tego typu przestępstwami będzie wzrastał.

Omawiany czyn może popełnić każda osoba, która nie jest uprawniona do uzyskania określonej informacji, a w szczególności zaś nie jest jej dysponentem. Jest to zatem przestępstwo powszechne⁸⁸.

Według B. Kunickiej-Michalskiej pojęcie uprawnienia ma charakter konkretny, związany z określoną pracą, działalnością, czynnościami. Zakres oraz istota uprawnienia wynika z konkretnych przepisów, które określają zarówno rodzaj informacji, jak i jej dysponenta i sposób przekazywania kompetencji⁸⁹. Ustawami przewidującymi takie uprawnienia są przede wszystkim ustawa o ochronie danych osobowych⁹⁰ i ustawa o ochronie informacji niejawnych⁹¹. Pierwsza z nich przyznaje ściśle określonym podmiotom uprawnienia do przetwarzania danych osobowych, druga określa krąg osób uprawnionych do zapoznania się z informacjami objętymi klauzulami tajności. Osobą uprawnioną jest z mocy prawa administrator danych (zob. art. 7 pkt 4 u.o.d.o.) oraz osoby działające na jego polecenie, rozumiane jako przekazanie im pewnych zadań (zob. art. 31 u.o.d.o.)⁹². Uprawnienie takie może wynikać również z woli dysponenta informacji⁹³.

Popełnienie omawianego przestępstwa możliwe jest zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie⁹⁴. Czyn zabroniony z art. 268 § 3 k.k. nie jest typem kwalifikowanym przez następstwo, stąd też art. 9 § 3 k.k. nie ma zastosowania⁹⁵. W zasadzie panuje zgoda w doktrynie, że wchodzi tu w grę tylko wina umyślna, zarówno w postaci zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego⁹⁶ – sprawca musi co najmniej godzić się na to, że jego działanie może skutkować uniemożliwieniem lub znacznym utrudnieniem zapoznania się z istotną informacją przez uprawnioną osobę. Nie jest możliwe popełnienie tego występku nieumyślnie. Przykładowo nie wypełnia znamion niezachowanie ostrożności przy korzystaniu z komputera podłączonego do sieci i przypadkowe zainfekowanie pozostałych pracujących w niej komputerów wirusem otrzymanym jako załącznik do poczty elektronicznej.

Ustalenie motywów sprawy konieczne jest dla stwierdzenia, czy nie zostały wypełnione znamiona innych przestępstw komputerowych, np. oszustwa komputerowego (art. 287 k.k.).

⁸⁶ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1295.

⁸⁷ P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 92.

⁸⁸ O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 363; P. Kardas, *Prawnokarna ochrona...*, s. 90–91; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 716; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1292.

⁸⁹ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 716–717.

⁹⁰ Ustawa z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.), dalej jako u.o.d.o.

⁹¹ Ustawa z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228).

⁹² B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 716–717.

⁹³ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 624.

⁹⁴ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625.

⁹⁵ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 717; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1296; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 573; inaczej O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 364.

⁹⁶ Odmienne A. Marek, który uważa, że „usuwanie”, „zmienianie”, „udaremnianie” lub „utrudnianie” wymagają zamiaru bezpośredniego; zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 573.

1.8. Art. 268a k.k. – naruszenie integralności danych, utrudnianie dostępu do danych oraz zakłócanie ich przetwarzania

Przepis ten (podobnie jak art. 269a i art. 269b k.k.) został wprowadzony do kodeksu karnego nowelizacją z 2004 r. w związku z podpisaniem przez Polskę 23.11.2001 r. konwencji o cyberprzestępczości. Przewiduje on karę pozbawienia wolności do trzech lat za nieuprawnione niszczenie, uszkodzanie, usuwanie, zmienianie lub utrudnianie dostępu do danych informatycznych albo za zakłócanie w stopniu istotnym lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych.

Przedmiotem ochrony przepisu art. 268a k.k. są dane informatyczne, a dokładnie – ich integralność (w przepisie jest mowa o niszczeniu, uszkodzaniu, usuwaniu danych), ich dostępność (bezpieczne gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie)⁹⁷.

Ustawodawca nie użył w treści omawianego przepisu pojęcia systemu informatycznego. Nie ulega jednak wątpliwości, że środowiskiem, w którym następuje przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych, jest właśnie system informatyczny.

Przepis art. 268a § 1 k.k. sformułowany jest niezwykle nieprecyzyjnie. Brzmi on dosłownie: „kto, nie będąc do tego uprawnionym, niszczy, uszkodza, usuwa, zmienia lub utrudnia dostęp do danych informatycznych”. Wątpliwości powstają przy próbie odpowiedzi na pytanie, co jest przedmiotem wykonawczym kryminalizowanych zachowań polegających na „niszczeniu”, „uszkodzaniu”, „usuwaniu”, „zmienianiu”? Czy jest to – jak wynika z literalnego brzmienia – dostęp do danych informatycznych, czy dane informatyczne? Skłaniam się ku tej drugiej interpretacji jako logiczniejszej⁹⁸.

Pierwsza część przepisu art. 268a § 1 k.k. kryminalizuje działania polegające na niszczeniu, modyfikacji danych i utrudnianiu do nich dostępu. Omówione już one zostały wcześniej. W drugiej części przepisu penalizowane są działania polegające na istotnym zakłócaniu (czyli utrudnianiu funkcjonowania systemu informatycznego) lub uniemożliwianiu przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych. Sformułowanie to odnosi się do wszelkich czynności oddziałujących na te procesy, których skutkiem jest ich nieprawidłowy przebieg lub spowolnienie, a także zniekształcenie czy modyfikacja przetwarzanych, przekazywanych lub gromadzonych danych informatycznych⁹⁹.

Pojęcie istotnego stopnia zakłócenia jest pojęciem nieostrym. Stopień zakłócenia bowiem może być różnie oceniany. Nie chodzi tu o ocenę jedynie subiektywną, lecz także obiektywną. B. Kunicka-Michalska uważa, że taka sytuacja zachodzi, gdy w ocenie przeciętnego użytkownika nie jest możliwe szybkie i niekłopotliwe usunięcie zakłócenia¹⁰⁰.

⁹⁷ Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1299–1300; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 720. Inaczej A. Adamski, który uważa, że przepis art. 268a k.k. chroni jedynie dostępność danych (zob. A. Adamski, *Cyberprzestępczość – aspekty prawne i kryminologiczne*, „Studia Prawnicze” 2005/4, s. 58–59), oraz A. Marek, który zawęża przedmiot ochrony tego przepisu do baz danych (zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 574).

⁹⁸ Podobnie P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 626; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1300; przeciwnie B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 720–721; A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 59; S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 268a.

⁹⁹ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1302.

¹⁰⁰ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 736.

Przepis art. 268a § 2 k.k. przewiduje typ kwalifikowany przestępstwa z art. 268a § 1 k.k. Znamieniem kwalifikującym jest spowodowanie przez sprawcę znacznej szkody majątkowej, a grożącą sankcją – kara pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat.

Omawiane przestępstwo ma charakter materialny. Skutkiem jest zniszczenie, uszkodzenie, usunięcie lub zmiana danych, jak również zakłócenie oraz uniemożliwienie ich przetwarzania, gromadzenia i przekazywania (art. 268a § 1 k.k.), aż wreszcie spowodowanie takim działaniem znacznej szkody majątkowej (art. 268a § 2 k.k.).

Jest to przestępstwo powszechne. Można je popełnić zarówno przez działanie, jak i zaniechanie¹⁰¹.

Oba typy omawianego przestępstwa mają charakter umyślny, mogą być popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym¹⁰². Nietrafny jest w związku z tym pogląd spotykany w doktrynie¹⁰³, iż może tu wchodzić w grę wina kombinowana (art. 9 § 3 k.k.), gdyż przepis mówi nie o następstwach, lecz o skutku¹⁰⁴.

Sprawcy omawianego przestępstwa kierują się różnymi motywami. Często są to ambicje hackerów pragnących zaprezentować swoje umiejętności. Przykładowo tak właśnie m.in. powstały wirusy wykorzystujące wiadomości pocztowe HTML, wirusy wieloplatformowe (infekujące zarówno systemy Windows, jak i Linuks) czy wirusy-pliki graficzne.

Czasami można mówić wręcz o podłożu ideologicznym – jako przykłady można podać ataki dokonywane na izraelskie serwery przez hackerów palestyńskich czy atakowanie witryny WWW Telekomunikacji Polskiej, uważanej przez wielu polskich użytkowników Internetu za monopolistę utrudniającego rozwój usług internetowych.

Ustalenie motywów sprawcy – podobnie jak w przypadku art. 268 § 2 i 3 k.k. – jest niezbędne dla stwierdzenia, czy nie zostały wypełnione znamiona innych przestępstw komputerowych, np. oszustwa komputerowego (art. 287 k.k.).

1.9. Art. 269 k.k. – sabotaż informatyczny

Istotą przestępstwa tzw. sabotażu informatycznego określonego art. 269 § 1 k.k. jest niszczenie, uszkodzanie, usuwanie lub zmienianie danych informatycznych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego albo zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych. Zgodnie z przepisem art. 269 § 2 k.k. przestępstwo sabotażu informatycznego polegać może również na niszczeniu albo wymianie informatycznego nośnika danych lub niszczeniu albo uszkodzaniu urządzenia służącego do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania chronionych danych informatycznych.

¹⁰¹ S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 268a.

¹⁰² J. Piórkowska-Flieger w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2012, s. 709. Według A. Marka formy wykonawcze wymagają zamiaru bezpośredniego, natomiast istotność zakłócenia w art. 268a § 1 k.k. oraz wielkość szkody w art. 268a § 2 k.k. mogą być objęte zamiarem ewentualnym (A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 574).

¹⁰³ M. Kalitowski w: *Kodeks karny...*, s. 1210.

¹⁰⁴ S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 268a.

Zagrożone jest ono wysoką sankcją – karą pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do ośmiu lat.

Przedmiotem ochrony przepisów art. 269 § 1 i 2 k.k. jest integralność oraz dostępność danych informatycznych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego. Omawiane przepisy chronią zatem szczególne informacje, ponadto – pośrednio – obronność kraju (termin ten odnosi się zarówno do bezpieczeństwa zewnętrznego, jak i – jak się zdaje – wewnętrznego), bezpieczeństwo w komunikacji (w ruchu lądowym, morskim i powietrznym) oraz funkcjonowanie szeroko pojętej administracji państwowej. Według B. Kunickiej-Michalskiej właśnie te wartości są ich podstawowym przedmiotem ochrony¹⁰⁵.

Sabotaż informatyczny uważa się za typ kwalifikowany w stosunku do przestępstw z art. 268 § 2, art. 268a i art. 269a k.k. Znamieniem kwalifikującym jest tu rodzaj chronionych danych. Są to dane informatyczne mające szczególne znaczenie dla wymienionych w przepisie art. 269 § 1 k.k. wartości, czyli – jak była mowa wyżej – obronność kraju, bezpieczeństwo w komunikacji oraz niezakłócone funkcjonowanie administracji państwa.

Konstruując typ przestępstwa z art. 269 § 1 k.k., ustawodawca posłużył się alternatywnymi znamionami¹⁰⁶. Pierwsza ich grupa to niszczenie, uszkadzanie, usuwanie lub zmienianie danych informatycznych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego. Przedmiot ochrony stanowi w tym wypadku integralność danych należących do wskazanej w nim kategorii. Działania wymienione w dyspozycji są karalne niezależnie od tego, czy istnieje kopia zniszczonych lub zmodyfikowanych danych, czy też nie. Przedmiotem wykonawczym są dane informatyczne. Przez niszczenie, usuwanie należy rozumieć całkowite unicestwienie danych, natomiast przez zmianę, uszkodzenie – ich modyfikację w stopniu znacznym. Zamachy te mają charakter logiczny.

Na drugą grupę znamion, wymienionych w drugiej części przepisu art. 269 § 1 k.k., składa się zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania organów administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego. W tym wypadku przedmiotem ochrony jest dostępność danych o szczególnym znaczeniu dla wymienionych w przepisie wartości. Znaczenie użytych w omawianym przepisie terminów oraz sposoby działań sprawcy są identyczne z poddanymi analizie przy charakterystyce czynu zabronionego określonego w art. 268a k.k.

Środowiskiem popełnienia omawianego przestępstwa może być zarówno sieć lokalna, służąca do przetwarzania chronionych informacji, jak i sieć publiczna (np. Internet), jeśli temu celowi służy¹⁰⁷.

¹⁰⁵ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 728.

¹⁰⁶ Por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 77–78.

¹⁰⁷ Por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 78–79.

Przepis art. 269 § 2 k.k. chroni określone w treści art. 269 § 1 k.k. dane informatyczne przed zamachami o charakterze fizycznym, polegającymi na niszczeniu albo wymianie informatycznego nośnika danych lub niszczeniu albo uszkodzeniu urządzeń służących do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych informatycznych. Efektem wymienionych zachowań może być zarówno fizyczne unicestwienie danych (np. w wyniku zniszczenia dysków twardych w serwerze), jak i utrudnienie lub uniemożliwienie ich przetwarzania (np. w rezultacie uszkodzenia urządzeń sieciowych).

Nie stanowi przestępstwa sabotażu informatycznego uszkodzenie przez sprawcę samych kabli czy przewodów służących do transmisji – nie można ich uznać za urządzenia. Według W. Wróbla działania takie mogą natomiast być uznane za zakłócenie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych¹⁰⁸.

Przestępstwo sabotażu informatycznego ma charakter materialny¹⁰⁹. Dla jego bytu konieczne jest wystąpienie skutku w postaci unicestwienia lub uszkodzenia określonych w przepisie art. 269 § 1 k.k. danych albo zakłócenia lub uniemożliwienia automatycznego ich przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania, obojętne czy w wyniku ataku logicznego (art. 269 § 1 k.k.), czy działania fizycznego (art. 269 § 2 k.k.)¹¹⁰. Jest to przestępstwo o charakterze powszechnym.

Strona podmiotowa omawianego przestępstwa obejmuje obie odmiany umyślności – zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny. Sprawca musi chcieć popełnienia tego czynu lub przynajmniej godzić się, że swoim zachowaniem wypełni znamiona przestępstwa¹¹¹. Musi mieć ponadto świadomość, że dane, z którymi ma do czynienia, mają lub mogą mieć szczególne znaczenie dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania organów administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego, albo że jego zachowanie doprowadzi lub może doprowadzić do zakłócenia lub uniemożliwienia automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych. W przypadku czynów z art. 269 § 2 k.k. sprawca musi zdawać sobie sprawę z przeznaczenia niszczonych nośników lub urządzeń (lub przynajmniej podejrzewać, do czego służą)¹¹².

1.10. Art. 269a k.k. – zakłócenie pracy systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej

Przepis art. 269a k.k. przewiduje odpowiedzialność karną osoby, która bez uprawnienia w stopniu istotnym zakłóca pracę systemu lub sieci teleinformatycznej poprzez działania o charakterze logicznym takie jak transmisja, zniszczenie, uszkodzenie

¹⁰⁸ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1307.

¹⁰⁹ Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 627.

¹¹⁰ Por. W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1306. Inaczej A. Adamski, który uważa, że skutek w postaci utrudnienia lub uniemożliwienia dostępu do informacji uprawnionemu nie należy do znamion przestępstwa sabotażu informatycznego (w przeciwieństwie do czynu zabronionego z art. 268 § 2 k.k.); zob. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 77.

¹¹¹ A. Marek uważa, że czynności sprawcze muszą być objęte zamiarem bezpośrednim, natomiast szczególne znaczenie może być objęte również zamiarem ewentualnym; zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 575.

¹¹² A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 80.

lub zmiana danych informatycznych. Przewidywaną sankcją jest kara pozbawienia wolności na czas od trzech miesięcy do pięciu lat.

Przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo pracy systemu komputerowego, a co za tym idzie – dostępność i integralność przetwarzanych w nim danych informatycznych.

Użyte przez ustawodawcę pojęcia „zniszczenie”, „usunięcie”, „uszkodzenie”, „zmiana”, „zakłócenie w stopniu istotnym”, „system komputerowy”¹¹³ i „sieć teleinformatyczna” zostały omówione we wcześniejszej części opracowania.

Co się natomiast tyczy pojęcia transmisji, nie jest ono zdefiniowane. Według O. Górniok jest ono bliskie lub jednoznaczne z wyrażeniem „przekazywanie”, użytym w art. 268a i art. 269 k.k.¹¹⁴ Uznać jednak należy, że jego zakres jest węższy i odnosi się do przekazywania na odległość danych informatycznych w postaci zakodowanej (a nie za pośrednictwem nośników fizycznych takich jak płyty CD, pendrive’y). W. Wróbel w zakresie tego pojęcia włącza jeszcze wprowadzenie danych informatycznych do systemu¹¹⁵.

Wymienione w treści przepisu sposoby działania sprawcy tworzą katalog zamknięty¹¹⁶.

Zamach na pracę systemu komputerowego i sieci teleinformatycznej jest zamachem logicznym, a nie fizycznym – zakłócenie ma być wywołane przez transmisję, zniszczenie, usunięcie, uszkodzenie lub zmianę danych informatycznych. Będą to np. ataki typu DoS.

A. Adamski¹¹⁷ i W. Wróbel¹¹⁸ zauważają, że przepisy art. 268a i 269a k.k. nakładają się na siebie zakresowo. Określenia „w istotnym stopniu zakłóca lub uniemożliwia automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych” oraz „w istotnym stopniu zakłóca pracę systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej” są w istocie tożsame. Praca systemu komputerowego oraz sieci teleinformatycznej polega właśnie na przetwarzaniu, gromadzeniu i przekazywaniu danych. A. Adamski proponuje, by przepis art. 268a k.k. traktować jako narzędzie inkryminowania działań sprawców, które nie wypełniły znamion strony przedmiotowej art. 269a k.k.¹¹⁹ W. Wróbel natomiast postuluje stosować przepis art. 269a k.k. wówczas, gdy następuje kwalifikowane zakłócenie pracy systemu lub sieci¹²⁰.

Przestępstwo z art. 269a k.k. ma charakter materialny. Jego skutkiem jest zakłócenie w istotnym stopniu pracy systemu komputerowego lub sieci informatycznej. Zanim dojdzie do takiego zakłócenia, można mówić co najwyżej o usiłowaniu przestępstwa¹²¹.

Może je popełnić każdy (przestępstwo powszechne), kto nie jest uprawniony do ingerencji w dany system komputerowy lub sieć teleinformatyczną¹²².

¹¹³ Należy nadmienić, że chodzi w tym wypadku o system komputerowy w znaczeniu zgodnym z konwencją o cyberprzestępczości, tj. o pojedynczy komputer (czy inne samodzielne urządzenie służące przetwarzaniu danych, np. tzw. *smartphone*), a nie o system informatyczny, o którym mowa w decyzji ramowej 2005/222.

¹¹⁴ O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 368.

¹¹⁵ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1309.

¹¹⁶ Tak też B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 737.

¹¹⁷ A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 58–59.

¹¹⁸ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1309.

¹¹⁹ A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 58.

¹²⁰ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1309.

¹²¹ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 736.

¹²² A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 576; O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 368.

Omawiane przestępstwo można popełnić jedynie umyślnie, w obu postaciach zamiaru¹²³.

1.11. Art. 269b k.k. – tzw. bezprawne wykorzystanie programów i danych

Przedmiotem ochrony przepisu art. 269b k.k. jest szeroko rozumiane bezpieczeństwo danych komputerowych, systemów komputerowych i sieci teleinformatycznych (czyli zarówno ich poufność, jak i integralność oraz dostępność)¹²⁴.

Artykuł 269b k.k. został wprowadzony w związku z dostosowywaniem polskiego prawa do konwencji o cyberprzestępczości. Mimo że od początku był on obiektem ostrej krytyki¹²⁵ ze względu na swoje liczne wady, dotychczas nie został skorygowany.

Przepis art. 269b k.k. penalizuje szeroko pojęte czynności przygotowawcze do przestępstw wymienionych w jego dyspozycji. Kryminalizuje on wytwarzanie, pozyskiwanie, zbywanie, udostępnianie urządzeń lub programów komputerowych przystosowanych do popełnienia przestępstw określonych w art. 165 § 1 pkt 4 k.k. (sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach), art. 267 § 3, art. 268a § 1 albo § 2 w zw. z § 1, art. 269 § 2 albo art. 269a k.k., a także hasel komputerowych, kodów dostępu lub innych danych umożliwiających dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym lub w sieci teleinformatycznej. Jak widać, ustawodawca, nowelizując powyższy przepis, z niewiadomych przyczyn nie uwzględnił w wyliczeniu zawartym w treści art. 269b k.k. przepisów art. 267 § 1 i § 2 k.k.¹²⁶

Przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo informacji przetwarzanych elektronicznie, we wszystkich aspektach, tj. poufność, integralność i dostępność danych informatycznych i systemów.

Z „wytwarzaniem” mamy do czynienia wówczas, gdy sam sprawca tworzy narzędzia hackerskie lub przystosowuje w tym celu urządzenia i programy stworzone do innych, nieprzestępnych celów. „Pozyskanie” to każde działanie, wskutek którego sprawca uzyskuje dostęp do takich narzędzi (oraz możliwość użycia), a przeniesienie własności egzemplarzy narzędzi hackerskich na inne osoby stanowić będzie „zbycie”. Z kolei przez „udostępnienie” rozumieć należy umożliwienie korzystania z narzędzi osobom trzecim (zarówno konkretnym, jak i innym, bliżej nieokreślonym), bez utraty władztwa nad nimi lub dostępu do nich¹²⁷. Przykładem takiego działania będzie umieszczenie ich w witrynie internetowej lub serwerze ftp, a nawet zamieszczenie na stronie internetowej linka, czyli odnośnika do strony, z której można je uzyskać¹²⁸.

¹²³ Tak też O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 368; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 739; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 628; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1309. Natomiast według odosobnionego poglądu A. Marka jego popełnienie jest możliwe jedynie w zamiarze bezpośrednim (choć co do skutku i znamienia istotności autor ten dopuszcza zamiar ewentualny); zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 576.

¹²⁴ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 628; J. Piórkowska-Flieger w: *Kodeks karny...*, s. 713.

¹²⁵ Zob. np. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 60–61; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa stypizowanego w art. 269b kodeksu karnego*, „Prokurator” 2005/1, s. 74–83.

¹²⁶ Uwzględniony jest przepis art. 267 § 3 k.k., kryminalizujący podsłuch komputerowy – istnieje więc możliwość postawienia hackerowi zarzutu tworzenia czy udostępniania narzędzi hackerskich, jeżeli udowodni się, że mogą one służyć również do popełnienia przestępstwa z tego przepisu.

¹²⁷ Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 629; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1312.

¹²⁸ A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 61; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa...*, s. 82. Inaczej W. Wróbel, który uważa, że działanie polegające tylko na umieszczeniu linka może być kwalifikowane jedynie jako pomocnictwo do przestępstwa z art. 269b k.k.; zob. W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1312.

„Hasła komputerowe i kody dostępu” to przykładowe wyliczenie danych umożliwiających uzyskanie dostępu do informacji przechowywanych w systemach informatycznych i sieciach teleinformatycznych. Z tej przyczyny pod pojęciem danych należy rozumieć również dane biometryczne. Nie zawierają się w nim natomiast numery seryjne oprogramowania komputerowego¹²⁹. Pojęcia sieci teleinformatycznej oraz systemu komputerowego zostały wyjaśnione w części wstępnej do niniejszego opracowania.

Mimo że ustawodawca użył liczby mnogiej w stosunku do przedmiotów wykonawczych, penalizacją objęte jest np. zbycie tylko jednego programu czy udostępnienie tylko jednego hasła. Odnosnie do tej kwestii panuje zgodność w doktrynie i orzecznictwie. Natomiast jak zauważa A. Marek, dyskusyjna jest interpretacja, zgodnie z którą do wypełnienia znamion czasownikowych zbywania lub udostępniania wystarcza dokonanie tych czynności wobec jednej osoby¹³⁰. Wydaje się, iż należy się zgodzić z P. Kozłowską-Kalisz, że gdyby wystarczające było dopuszczenie się czynności sprawczej określonej w omawianym przepisie wobec jednej tylko osoby, ustawodawca posłużyłby się liczbą pojedynczą, tak jak np. w art. 267 § 4 czy art. 265 § 1 k.k.¹³¹ W sytuacji gdy sprawca dokonuje bowiem jednej z wymienionych w dyspozycji przepisu czynności względem konkretnej osoby, co najmniej licząc się z możliwością, że wykorzysta ona dany program czy hasło do popełnienia określonego czynu zabronionego, jego zachowanie należy kwalifikować jako pomocnictwo do przestępstwa popełnionego przez kupującego (czy też osobę, której narzędzie udostępnił).

Omawiane przestępstwo można popełnić w zasadzie zarówno przez działanie, jak i zaniechanie (za wyjątkiem wytworzenia).

Jest to przestępstwo materialne. Do jego znamion należy skutek w postaci stworzenia urządzenia lub programu (przy wytworzeniu), objęcie władztwa nad nim (lub nad nośnikiem danych, na którym jest zapisany), uzyskanie doń dostępu (w przypadku pozyskania), przeniesienie władztwa nad nim (lub nad nośnikiem danych, na którym jest zapisany) na osoby trzecie (zbycie)¹³² lub uczynienie dostępnym dla osób trzecich (w przypadku zbycia za pośrednictwem sieci lub udostępniania).

Jest to przestępstwo powszechne.

Omawiany występki popełnić można tylko umyślnie. Mimo że ustawodawca zastosował podobną konstrukcję do pomocnictwa¹³³, strona podmiotowa obejmuje obie postaci umyślności (zob. dalsze uwagi).

Przepis art. 269b § 1 k.k. stanowić miał panaceum na problem powszechnej dostępności w Internecie narzędzi hackerskich, umożliwiającej dokonywanie ataków i innych działań destrukcyjnych nawet osobom dysponującym zaledwie elementarną wiedzą z dziedziny informatyki. Jednak – jak już wskazano – jest wadliwie skonstruowany. Pierwsza z wad została wyżej wspomniana – jest nią brak w katalogu zawartym w jego treści wskazania hackingu. Co się tyczy innych – po pierwsze, w przepisie tym mowa jest o programach „przystosowanych” do określonych działań. Istnieje zatem problem,

¹²⁹ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1312.

¹³⁰ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 576.

¹³¹ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 629.

¹³² Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 629.

¹³³ Por. O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 369–370.

jak ocenić działanie twórcy programu spełniającego kilka funkcji (tzw. programy o podwójnej naturze)¹³⁴, użytego następnie przez osobę trzecią w celach przestępczych, których autor by sobie nie życzył¹³⁵. W celu zachowania *ratio legis* wprowadzenia tego przepisu i uniknięcia zbyt szerokiej kryminalizacji W. Wróbel zaproponował jego interpretację nawiązującą do definicji karalnych czynności przygotowawczych z art. 16 § 1 k.k.¹³⁶, wymagając tym samym od sprawcy wytwarzającego lub pozyskującego wymienione w przepisie narzędzia zamiaru bezpośredniego¹³⁷. Większość przedstawicieli doktryny uważa jednak (za wyjątkiem właśnie W. Wróbla, o czym była mowa wyżej, oraz B. Kunickiej-Michalskiej¹³⁸, A. Marka¹³⁹ oraz J. Piórkowskiej-Flieger¹⁴⁰), że dla przypisania sprawcy winy wystarczy – jak sygnalizowano – by działał on w zamiarze ewentualnym¹⁴¹. Przyjęcie takiego rozwiązania stwarza możliwość ściągania zarówno osób, które wytwarzają i udostępniają w Internecie programy służące do działań destrukcyjnych (ich autorów, webmasterów umieszczających na swoich witrynach internetowych owe narzędzia lub linki do stron, na których są takowe dostępne), jak i administratorów oraz osób zajmujących się bezpieczeństwem systemów informatycznych, które wymieniają się w sieci wiedzą na ten temat czy używają tego typu programów do testowania zabezpieczeń systemów¹⁴². B. Kunicka-Michalska stoi na stanowisku, że wobec takich osób, jako działających w ramach praw i obowiązków, ma miejsce wyłączenie odpowiedzialności karnej¹⁴³, a W. Wróbel podkreśla, że brak w treści przepisu art. 269b § 1 k.k. klauzuli wskazującej, że sprawca podlega karze tylko wówczas, gdy podejmuje wymienione w nim działania bez uprawnienia, należy uznać za przeoczenie ustawodawcy¹⁴⁴. Zwłaszcza że wprowadzanie takowej przewiduje art. 6 konwencji o cyberprzestępczości, którego postanowienia ma realizować omawiany przepis. Należy przy okazji zaznaczyć, że w artykule tym przewiduje się, by sprawca „miał zamiar popełnienia przestępstw”, a więc by działał w zamiarze bezpośrednim.

Według W. Wróbla w zakresie, w jakim art. 296b § 1 k.k. przewiduje w istocie karalność za czynności przygotowawcze do popełnienia przestępstw z art. 165 § 1 pkt 4, art. 267 § 3, art. 268a § 1 albo § 2 w zw. z § 1, art. 269 § 2 albo art. 269a k.k., możliwe jest na zasadzie dopuszczalnej analogii na korzyść sprawcy stosowanie art. 17 k.k., przewidującego instytucje czynnego żalu wyłączającego karalność¹⁴⁵.

¹³⁴ Np. monitory sieciowe, inaczej nazywane analizatorami protokołów, umożliwiające administratorom analizę ruchu w sieci, mogą zostać wykorzystane przez hackerów jako sniffery.

¹³⁵ Por. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 60.

¹³⁶ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1311–1312.

¹³⁷ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1313.

¹³⁸ B. Kunicka-Michalska uważa, że trudno wyobrazić sobie wytwarzanie, pozyskiwanie czy zbywanie bez zamiaru bezpośredniego sprawcy; zob. B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 748.

¹³⁹ Według A. Marka czynności sprawcze wymienione w przepisie art. 269b § 1 k.k. mogą być popełnione jedynie w zamiarze bezpośrednim, zaś zamiarem ewentualnym może być objęte przeznaczenie urządzeń, programów, haseł, kodów dostępu i innych danych; zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 576.

¹⁴⁰ J. Piórkowska-Flieger, która wskazuje, że pozyskiwanie i wytwarzanie możliwe jest jedynie z zamiarem bezpośrednim; zob. J. Piórkowska-Flieger w: *Kodeks karny...*, s. 713.

¹⁴¹ Zob. np. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, s. 61; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa...*, s. 81–82; O. Górniok w: *Kodeks karny...*, s. 369–370; M. Kalitowski w: *Kodeks karny...*, s. 1214; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 629.

¹⁴² Art. 6 konwencji o cyberprzestępczości przewiduje wyłączenie w takim wypadku karalności. Podobną klauzulę należałoby wprowadzić w tym przepisie.

¹⁴³ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 749.

¹⁴⁴ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1313.

¹⁴⁵ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1313–1314.

1.12. Zbiegi przepisów i przestępstw

Według W. Wróbla możliwy jest rzeczywisty właściwy zbieg przepisów pomiędzy art. 267 § 1 oraz art. 278 § 2 k.k. (uzyskanie cudzego programu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez zgody uprawnionej osoby), gdyż pierwszy z tych przepisów nie odnosi się bezpośrednio do praw majątkowych, eksponując jednocześnie sposób uzyskania informacji, jakim jest przełamanie szczególnego jej zabezpieczenia¹⁴⁶. Zbieg taki może również zachodzić między przepisami art. 267 § 1 i art. 275 § 1 k.k., gdy sprawca przełamuje specjalne zabezpieczenia w celu kradzieży dokumentu zawierającego informacje, do których uzyskania nie jest uprawniony¹⁴⁷. Do rzeczywistego właściwego zbiegu przepisów ustawy pomiędzy art. 267 § 1 k.k. a przepisami z rozdziału XXXV k.k. (przestępstwa przeciwko mieniu) dochodzi wówczas, gdy przedmiot stanowiący nośnik posiada określoną wartość majątkową, będąc jednocześnie rzeczą ruchomą (np. komputer). Konieczne jest zatem zaistnienie dwóch przesłanek: czyn musi naruszać prawa majątkowe pokrzywdzonego oraz prawo do dysponowania informacją¹⁴⁸. Powyższe uwagi można odnieść odpowiednio do przepisu art. 267 § 2 k.k. (zob. uwagi dotyczące stosunku między zakresem przedmiotowym przepisów zawarte we wcześniejszej części raportu). Według B. Kunickiej-Michalskiej możliwa jest sytuacja, że sprawca wypełni jednocześnie znamiona czynu z art. 267 k.k. opisane w różnych paragrafach tego przepisu kodeksu karnego – czyn ujęty w jednym paragrafie, najbardziej odpowiadającym zachowaniu sprawcy, pochłonie wówczas czynności poprzednie jako współukarane czynności uprzednie¹⁴⁹. Należy przyjąć, że sytuacja taka może zaistnieć w przypadku zbiegu przepisów art. 267 § 1 lub art. 267 § 2 z art. 267 § 3 k.k. (przepis art. 267 § 1 lub art. 267 § 2 może na zasadzie *lex consumens* wyłączyć zastosowanie art. 267 § 3 k.k.). Natomiast między powyższymi przepisami a przepisem art. 267 § 4 k.k. zachodzi zbieg kumulatywny. Możliwy jest rzeczywisty właściwy zbieg przepisu art. 267 § 4 k.k. z przepisami kryminalizującymi ujawnienie informacji, które stanowią tajemnicę: państwową (art. 265 § 1 i 2 k.k.), prywatną (art. 266 § 1 k.k.), służbową (266 § 2 k.k.), przedsiębiorstwa (art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁵⁰), skarbową (art. 293 ordynacji podatkowej¹⁵¹), bankową (art. 171 ust. 5 prawa bankowego¹⁵²)¹⁵³.

Jak wskazują wyniki badań, bardzo częstym zjawiskiem jest przejmowanie kont na serwisach aukcyjnych w celu ich użycia do popełniania oszustw polegających na oferowaniu towarów na licytacji i w ten sposób wyłudzaniu pieniędzy tytułem zapłaty za wylicytowany od sprawcy nieistniejący produkt. Wydaje się

¹⁴⁶ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1290. Podobnie P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 622–623.

¹⁴⁷ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1290.

¹⁴⁸ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1290.

¹⁴⁹ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 705.

¹⁵⁰ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej jako u.z.n.k.

¹⁵¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.).

¹⁵² Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.).

¹⁵³ Por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 52–53. Podobnie P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 622–623. Odmienne stanowisko zajmuje B. Kunicka-Michalska, która uważa, że w przypadku zbiegu przepisu art. 267 § 4 k.k. z przepisami art. 266 k.k. lub art. 265 k.k. przepis art. 265 k.k. (lub art. 266 k.k.) pochłonie art. 267 § 4; zob. B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 705.

– jak wskazywano w pierwszej części raportu – iż czyny takie należy kwalifikować z art. 267 § 2 k.k., czyli jako nieuprawnione uzyskanie dostępu do konta (pod warunkiem oczywiście, że pokrzywdzony użytkownik konta złoży wniosek o ściąganie) w kumulatywnym zbiegu z czynem z art. 286 § 1 k.k. (oszustwo). Innym bardzo często popełnianym przestępstwem jest przejmowanie kont na portalach społecznościowych (przede wszystkim na *Naszej klasie*). Sprawcy tych czynów zwykle działają „dla żartu”. Zdarza się też, że motywem jest zemsta. Uzyskując dostęp do takiego konta, swoim działaniem wypełniają znamiona przestępstwa z art. 267 § 2 k.k. (w przypadku jednak, gdy działają przede wszystkim w celu uzyskania dostępu do informacji – zgodnie z tym, co wcześniej stwierdzono – w grę wchodzi raczej zastosowanie art. 267 § 1 k.k.). Następnie ich zachowanie może polegać na realizacji znamion całego szeregu pozostających ze sobą w zbiegu kumulatywnym występów: z art. 190 § 1 k.k. lub art. 216 § 2 k.k. (np. poprzez wysyłanie z konta wiadomości zawierających groźby, wyzwiska czy obelgi), art. 212 § 2 k.k. (np. umieszczanie komentarzy zniesławiających użytkownika) czy art. 202 § 1 lub § 2 k.k. (np. poprzez umieszczenie zdjęć pornograficznych w galeriach użytkownika). W przypadku przejmowania kont e-mailowych, gdy sprawcy zależy na uzyskaniu dostępu do informacji, zastosowanie znajdzie art. 267 § 1 k.k.

Przepis art. 268 § 3 k.k. wyłącza na zasadzie specjalności art. 268 § 2 k.k.¹⁵⁴ W przypadku czynu penalizowanego przez przepis art. 268 § 2 k.k. może mieć miejsce analogiczna sytuacja jak omawiana przy okazji art. 267 § 2 k.k. – rzeczywisty zbieg tego przepisu z niektórymi przepisami z rozdziału XXXV k.k. Sprawca może bowiem utrudnić uprawnionej osobie dostęp do informacji, np. poprzez zabór komputera lub informatycznego nośnika danych, co może nastąpić na drodze czynów kryminalizowanych w przepisach art. 278 k.k. (kradzież), art. 284 k.k. (przywłaszczenie) czy art. 288 k.k. (zniszczenie rzeczy będącej nośnikiem danych)¹⁵⁵. Oczywiście możliwe jest to tylko w przypadku, jeśli sprawca działał z zamiarem uniemożliwienia bądź znacznego utrudnienia osobie uprawnionej zapoznania się z informacją lub godził się na nie, licząc się z możliwością wystąpienia takich następstw swoich działań (sam nośnik musi mieć przy tym wartość majątkową)¹⁵⁶. P. Kozłowska-Kalisz uważa, iż możliwy jest kumulatywny zbieg pomiędzy przepisami art. 268 § 2 k.k. i art. 276 k.k.¹⁵⁷ Zdaniem W. Wróbla jest on wykluczony – w przypadku umyślnego zniszczenia, uszkodzenia lub usunięcia zapisu na informatycznym nośniku danych czyn sprawcy należy kwalifikować, zgodnie z zasadą specjalności, na podstawie art. 268 § 2 k.k.¹⁵⁸ Natomiast według R.A. Stefańskiego przepis art. 268 § 2 k.k. jako *lex specialis* wyłącza art. 276 k.k.¹⁵⁹

W. Wróbel podkreśla, że ze względów kryminalno-politycznych wykluczony jest zbieg pomiędzy art. 268 § 3 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. Jeżeli sprawca, działając w celu wyrządzenia szkody majątkowej znacznej wartości, zmienia lub usuwa określony zapis na komputerowym nośniku informacji, powinien odpowiadać

¹⁵⁴ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 718.

¹⁵⁵ Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...* s. 623; J. Piórkowska-Flieger w: *Kodeks karny...*, s. 708.

¹⁵⁶ Por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 74; W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1297.

¹⁵⁷ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 625.

¹⁵⁸ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1298.

¹⁵⁹ R.A. Stefański, *Przestępstwo niszczenia dokumentów (art. 276 K.K.)*, „Prokuratura i Prawo” 2002/7–8, s. 79; tak też B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 718.

z przepisu art. 294 k.k. Natomiast kumulatywna kwalifikacja między przepisami art. 268 § 3 k.k. oraz art. 287 § 1 k.k. zachodzi wówczas, gdy sprawca dokonujący zmiany lub usunięcia zapisu na komputerowym nośniku informacji działań w celu wyrządzenia szkody majątkowej, a skutek w postaci wyrządzenia znacznej szkody obejmował zamiarem ewentualnym¹⁶⁰.

Możliwy jest rzeczywisty niewłaściwy zbieg przepisów art. 268a i 268 k.k. W takiej sytuacji przepis art. 268 § 2 k.k. jest wyłączany na zasadzie konsumpcji¹⁶¹.

Przepis art. 269 wyłącza na zasadzie specjalności przepisy art. 268, 268a¹⁶² i 269a k.k. Stanowi również *lex specialis* w stosunku do art. 276 k.k. (niszczenie dokumentów)¹⁶³. Możliwy jest kumulatywny zbieg przepisów art. 269 i 165 k.k. oraz art. 269 i 174 k.k. (lub 173 k.k.)¹⁶⁴.

P. Ochman trafnie wskazuje, iż na etapie przesyłania dokumentu elektronicznego, choć istnieje techniczna możliwość sfalszowania go, ingerencja w jego treść nie może być traktowana jako fałsz materialny dokumentu (art. 270 § 1 k.k.), a jedynie jako uszkodzenie danych (art. 268a k.k.) czy ewentualnie jako sabotaż komputerowy (art. 269 k.k.)¹⁶⁵. Związane jest to z faktem, iż dokument elektroniczny przesyłany siecią traci przymiot dokumentu (nie jest zapisany, tylko przesyłany)¹⁶⁶.

Przepis art. 269a k.k. wyłącza na zasadzie konsumpcji przepisy art. 268 § 2 i art. 268a k.k.¹⁶⁷

Możliwy jest rzeczywisty niewłaściwy zbieg przepisu art. 278 k.k. z przepisem art. 268 § 2, art. 268a lub art. 269a k.k. W takim wypadku pierwszy ze wskazanych przepisów stanowi *lex consumens* w stosunku do pozostałych¹⁶⁸.

Ze względu na to, że część czynności sprawczych z art. 269b k.k., a mianowicie zbycie i udostępnianie urządzeń lub programów komputerowych przystosowanych do popełnienia wyliczonych tam przestępstw, może wypełniać jednocześnie znamiona pomocnictwa, sprawca będzie odpowiadał z przepisu przewidującego wyższą sankcję¹⁶⁹. Istnieje możliwość pozornego zbiegu przepisów art. 267 § 3 k.k. oraz art. 269b k.k. W tym wypadku zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* sprawca będzie odpowiadał na podstawie przepisu art. 269b k.k.¹⁷⁰ Według W. Wróbla w sytuacji, gdy sprawca czyni użytek z wytworzonego lub pozyskanego wcześniej urządzenia lub programu komputerowego, popełniając przestępstwo zagrożone niższą karą (art. 267 § 3, art. 268a k.k.), wyczerpuje znamiona czynu

¹⁶⁰ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1298; por. A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 116–117.

¹⁶¹ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 626; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 725; S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 268a.

¹⁶² Inaczej W. Wróbel, który uważa, że art. 269 k.k. stanowi *lex consumens* w stosunku do art. 268a k.k.; zob. W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1303.

¹⁶³ B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 733; R.A. Stefański, *Przestępstwo niszczenia...*, s. 80.

¹⁶⁴ Por. P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 627; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 732; J. Piórkowska-Flieger w: *Kodeks karny...*, s. 711; S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 269.

¹⁶⁵ P. Ochman, *Spór o pojęcie dokumentu w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009/1, s. 34–35.

¹⁶⁶ P. Ochman, *Spór o pojęcie...*, s. 34–35; por. F. Radoniewicz, *Problematyka ujednolicenia...*, s. 678–681, oraz wskazana tam literatura.

¹⁶⁷ P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 628; B. Kunicka-Michalska w: *Kodeks karny...*, s. 739; S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 269a.

¹⁶⁸ Natomiast zdaniem M. Dąbrowskiej-Kardas i P. Kardasa przepis art. 287 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do przepisów art. 268, art. 268a § 1 oraz art. 269a k.k.; zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 3: *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, A. Zoll (red.), Kraków 2006, s. 352.

¹⁶⁹ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1314.

¹⁷⁰ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1314; P. Kozłowska-Kalisz w: *Kodeks karny...*, s. 629.

ciągłego, jeśli w ten sposób realizuje powzięty wcześniej zamiar. W innym wypadku – jak twierdzi ten Autor – sprawca popełnia dwa odrębne przestępstwa, które z uwagi na sankcje wymienione w art. 269b k.k. nie mają charakteru przestępstw współukaranych¹⁷¹.

Z uwagi na postępujący proces informatyzacji zachodzący we wszystkich dziedzinach ludzkiej działalności coraz większa liczba przestępstw może pozostawać w zbiegu kumulatywnym z występkami z art. 267–269b k.k. Z uwagi na ograniczenia ramowe niniejszego opracowania problem ten zostanie jedynie zasygnalizowany. Poza wskazanymi już przestępstwami przeciwko mieniu oraz związanymi z naruszeniem tajemnicy (jako najczęstszymi przypadkami) będą to głównie przestępstwa gospodarcze (choć nie tylko), przewidziane zarówno w przepisach kodeksu karnego, jak i ustaw szczególnych. W ramach pierwszej grupy można – przykładowo – wskazać nadużycie funkcji przez funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k.), nadużycie zaufania przez osobę uprawnioną do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej (art. 296 k.k.), wyrządzenie szkody poprzez nieprowadzenie lub prowadzenie w sposób nierzetelny dokumentacji działalności gospodarczej (art. 303 k.k.), utrudnianie przetargu publicznego (art. 305 k.k.). Z grupy drugiej (również przykładowo) można wskazać art. 77 ustawy o rachunkowości¹⁷² czy przepis art. 54 ustawy o statystyce publicznej¹⁷³.

1.13. Problematyka wymiaru kary

Przestępstwa będące przedmiotem badań generalnie zagrożone są stosunkowo niskimi sankcjami. Kradzież informacji (art. 267 § 1 k.k.), hacking (art. 267 § 2k.k.), zakładanie lub posługiwanie się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym lub innym urządzeniem lub oprogramowaniem (art. 267 § 3 k.k.), a także ujawnianie bezprawnie uzyskanych tą drogą informacji (art. 267 § 4 k.k.), podlegają grzywnie, karze ograniczenia albo pozbawienia wolności do lat dwóch. Niewiele wyższa kara (pozbawienia wolności od miesiąca do lat trzech) przewidziana jest za typy podstawowe przestępstw udaremnienia lub uniemożliwienia zapoznania się z informacją zapisaną na informatycznym nośniku danych (art. 268 § 2 k.k.), zamachu na dane i systemy komputerowe (art. 268a k.k.) oraz „niewłaściwego użycia urządzeń” (art. 269b k.k.). W związku z tym, że w przypadku wyżej wymienionych występków zagrożenie karą pozbawienia wolności jest niższe niż trzy lata, możliwe jest stosowanie warunkowego umorzenia postępowania na podstawie art. 66 § 2 k.k. Ponadto, jeśli społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd może odstąpić od wymierzenia kary i poprzestać na orzeczeniu środka karnego, jeżeli cele kary zostaną przez ten środek spełnione (art. 59 k.k.). Z kolei typy kwalifikowane przestępstw z art. 268 § 1 i 2 oraz art. 268a § 1 k.k. (czyli art. 268 § 3 oraz art. 268a § 2 k.k.), jak również zakłócenie pracy systemu informatycznego przewidziane w przepisie art. 269a k.k. zagrożone są karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat

¹⁷¹ W. Wróbel w: *Kodeks karny...*, s. 1314.

¹⁷² Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 330 ze zm.), dalej jako u.r.

¹⁷³ Ustawa z 29.06.1995 r. o statystyce publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 591 ze zm.).

pięciu, co umożliwia zastosowanie warunkowego umorzenia postępowania jedynie na zasadzie art. 66 § 3 k.k., czyli w przypadku zaistnienia dodatkowej przesłanki w postaci pojednania się pokrzywdzonego ze sprawcą, naprawienia przez niego szkody lub przynajmniej uzgodnienia sposobu jej naprawienia. Ponadto w przypadku wszystkich wskazanych wyżej występków dopuszczalne jest orzeczenie przez sąd – zamiast kary pozbawienia wolności – grzywny albo kary ograniczenia wolności do lat dwóch, w szczególności jeżeli orzekany jest równocześnie środek karny (art. 58 § 3 k.k.). Podobnie też może mieć zastosowanie instytucja prawa procesowego przewidziana w art. 11 kodeksu postępowania karnego¹⁷⁴ (tzw. umorzenie absorpcyjne), umożliwiająca umorzenie postępowania w sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności do lat pięciu, jeżeli orzeczenie wobec oskarżonego (podejrzanego) kary byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary prawomocnie orzeczonej za inne przestępstwo, a interes pokrzywdzonego temu się nie sprzeciwia.

Za przestępstwo sabotażu informatycznego (art. 269 k.k.), we wszystkich jego postaciach, przewidziana jest wyłącznie kara pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do ośmiu lat. Tak wysoka sankcja (na tle innych omawianych przestępstw komputerowych) wynika ze znacznej szkodliwości społecznej tego czynu. Wyklucza ona warunkowe umorzenie postępowania oraz zastosowanie instytucji przewidzianych w art. 58 § 3, art. 59 k.k. oraz art. 11 k.p.k.

W przypadku wszystkich przestępstw będących przedmiotem badań, z uwagi na niewysokie zagrożenie karą, możliwe jest skorzystanie z trybu przewidzianego w art. 335 k.p.k., czyli umieszczenie przez prokuratora w akcie oskarżenia wniosku o wydanie wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kary lub środka karnego, oczywiście o ile spełnione są pozostałe w tym przepisie warunki, tj. jeżeli okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte.

W przypadku skazania za omawiane przestępstwa środki karne stosowane być mogą na zasadach ogólnych. Jeżeli sąd skazuje sprawcę za występki polegający na uzyskaniu informacji (art. 267 § 1, § 2 lub § 3 k.k.), na podstawie art. 44 § 1 k.k. orzeka przypadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, np. płyty CD ze skopiowanym zapisem informacji¹⁷⁵. Nie jest to jednak zbyt dotkliwe. W. Wróbel wskazuje, że w sytuacji skazania za przestępstwo z art. 267 § 3 k.k. należy w każdym przypadku rozważyć potrzebę zastosowania instytucji wskazanej w art. 44 § 2 k.k. – przypadku urządzeń podsłuchowych, wizualnych lub innych urządzeń lub oprogramowania jako narzędzi służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa. Orzeczenie tego środka wskazane jest również w przypadku pozostałych przestępstw będących przedmiotem badań – sprawca do ich popełnienia musiał przecież korzystać z narzędzia, tj. komputera, który często stanowił jego własność.

Natomiast jeżeli sprawca swoim czynem spowodował szkodę majątkową, zastosowanie będzie miał przepis art. 46 k.k., nakładający na sąd obowiązek orzeczenia na wniosek pokrzywdzonego stosownego odszkodowania (w całości lub części).

¹⁷⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

¹⁷⁵ S. Hoc w: *Kodeks karny...*, komentarz do art. 267.

Ponadto sąd powinien rozważyć zastosowanie go z urzędu (tj. bez stosownego wniosku złożonego przez pokrzywdzonego lub inną uprawnioną osobę), w szczególności w przypadkach skazania za przestępstwa z przepisu art. 268 § 3 oraz art. 268a § 2 k.k., gdyż ich dalszym przedmiotem ochrony są interesy majątkowe osoby pokrzywdzonego (w obu wypadkach znamieniem kwalifikującym jest spowodowanie znacznej szkody majątkowej).

W przypadku wszystkich omawianych przestępstw celowe wydaje się rozważenie możliwości – gdy tylko zaistnieją ku temu okoliczności – zastosowania środków przewidzianych przez przepis art. 41 k.k. (zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu), art. 45 k.k. (przepadek korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa albo jej równowartości) i art. 52 k.k. (zwrot korzyści majątkowej osiągniętej przez osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej w wyniku popełnienia przestępstwa przez sprawcę działającego w jej imieniu lub interesie).

W art. 269b § 2 k.k. przewidziane jest ponadto obligatoryjne orzeczenie przypadku przedmiotów wymienionych w art. 269b § 1 k.k., tj. urządzeń lub programów komputerowych przystosowanych do popełnienia określonych w treści tego przepisu przestępstw. W przypadku gdy są one własnością sprawcy, orzeczenie ich przypadku ma charakter obligatoryjny, w innym wypadku – fakultatywny.

1.14. Tryb ścigania

Wszystkie omawiane przestępstwa ścigane są z oskarżenia publicznego. Część z nich ma charakter przestępstw bezwzględnie wnioskowych (dotyczy to występków z art. 267, 268, 268a k.k.). Ze względu na wysoką szkodliwość społeczną czyny penalizowane w art. 269 k.k. (sabotaż informatyczny), art. 269a k.k. (zakłócanie pracy sieci komputerowej) oraz art. 269b k.k. (tzw. bezprawne wykorzystanie programów lub danych) są ścigane z urzędu. W przypadku przestępstwa sabotażu informatycznego jest to dodatkowo uzasadnione charakterem chronionych przez ten przepis danych informatycznych.

CZĘŚĆ 2. WYNIKI BADAŃ EMPIRYCZNYCH

2.1. Uwagi wprowadzające

Badaniami objęte zostały akta prokuratorskie spraw dotyczących przestępstw z art. 267 § 2, art. 268a, art. 269, art. 269a oraz art. 269b k.k.¹⁷⁶, które zostały

¹⁷⁶ Poza zakresem badań pozostawiono sprawy o przestępstwa z art. 267 § 1 k.k. Wynikało to z dwóch zasadniczych przyczyn. Otóż – jak wspomniano – po nowelizacji kodeksu karnego przeprowadzonej w 2008 r. głównym narzędziem do walki z hackingiem (w rozumieniu wąskim) stał się nowy przepis art. 267 § 2 k.k. Jednocześnie fakt, iż przepis art. 267 § 1 k.k. kryminalizuje szeroko rozumiane naruszenie tajemnicy korespondencji, wskazywał na duże prawdopodobieństwo, iż sprawy dotyczące hackingu stanowiłyby niewielką ich część. Założenie to potwierdziły częściowo badania prowadzone równoległe na terenie apelacji lubelskiej dotyczące przestępstw kwalifikowanych z przepisu art. 267 § 1 k.k. Na 124 sprawy, które wpłynęły w 2010 r., 50 dotyczyło hackingu (40%). Oznacza to, że objęcie niniejszymi badaniami również spraw o przestępstwa z tego przepisu mogłoby wiązać się z koniecznością sprowadzenia dodatkowo do Instytutu akt ponad dwóch tysięcy spraw (należy pamiętać, że badaniami objęte były sprawy z dwóch lat), z czego ponad połowa nie mieściłaby się w zakresie przedmiotowym badań (oczywiście przy założeniu, że badania na terenie apelacji lubelskiej były miarodajne dla całego kraju).

zarejestrowane w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury w latach 2009–2010, czyli w zasadzie w okresie pierwszych dwóch lat obowiązywania powyższych przepisów w brzmieniu nadanym nowelizacją kodeksu karnego z 2008 r. (która weszła w życie 23.12.2008 r.). Do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości wpłynęło w sumie 1418 spraw (akta prokuratorskie główne, podręczne lub zarówno podręczne, jak i główne, albo kserokopie akt lub samych postanowień, aktów oskarżenia lub wyroków). Po wstępnej selekcji, polegającej na odrzuceniu spraw błędnie zakwalifikowanych (np. spraw dotyczących podsłuchu zakwalifikowanych z art. 267 § 2 k.k., zamiast – jak powinno mieć miejsce po nowelizacji z 2008 r. – art. 267 § 3 k.k.) lub dotyczących przestępstw niemieszczących się w zakresie badań (np. *skimming*¹⁷⁷), analizie poddano akta 1163 spraw (498 spraw z 2009 r. oraz 665 spraw z 2010 r.).

Ustalono, iż w latach 2009–2010 w poszczególnych apelacjach zarejestrowano następującą liczbę spraw dotyczących badanych przestępstw:

- apelacja gdańska – 143 sprawy;
- apelacja warszawska – 183 sprawy;
- apelacja krakowska – 123 sprawy;
- apelacja łódzka – 75 spraw;
- apelacja białostocka – 61 spraw;
- apelacja lubelska – 103 sprawy;
- apelacja poznańska – 134 sprawy;
- apelacja szczecińska – 57 spraw;
- apelacja wrocławska – 98 spraw;
- apelacja katowicka – 123 sprawy;
- apelacja rzeszowska – 63 sprawy.

Z powyższego zestawienia wynika, że ilość spraw zależała w zasadzie od wielkości apelacji oraz znajdujących się na ich terenie miast. Najwięcej spraw było w apelacjach warszawskiej (15,73%), gdańskiej (12,29%), poznańskiej (11,52%), krakowskiej (10,58%), katowickiej (10,58%), a najmniej – w rzeszowskiej (5,41%) i białostockiej (5,24%).

2.2. Sposób załatwienia sprawy

W skali całego kraju umorzeniem zakończyło się 750 spraw (64,49% ogólnej liczby spraw; w 2009 r. – 331, w 2010 r. – 419). Odmówiono wszczęcia postępowania w 213 przypadkach (18,31% ogólnej liczby spraw; w 2009 r. – 88, w 2010 r. – 125). W 102 sprawach (8,77% ogólnej liczby) do sądu skierowano akty oskarżenia (w 2009 r. – 41 spraw, w 2010 r. – 61). W 25 wypadkach (2,15% liczby spraw) prokurator sporządził wnioski o warunkowe umorzenie postępowania (w 2009 r. – 12, w 2010 r. – 13). W inny sposób załatwiono 68 (5,85%) spraw (w 2009 r. – 24, w 2010 r. – 44). Co do sposobu zakończenia dwóch postępowań przygotowawczych brak jest danych (oba z 2009 r.), natomiast trzy się toczą (wszystkie z 2010 r.).

¹⁷⁷ *Skimming* – kopiowanie zawartości paska magnetycznego (obecnie również danych z chipa) karty bankomatowej w celu jej podrobienia.

2.2.1. Odmowy wszczęcia postępowania

Tabela 1.			
Podstawa odmowy wszczęcia postępowania	2009	2010	Suma
art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – czynu nie popełniono	1	7	8
art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu	28	32	60
art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. – czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego	30	41	71
art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. – znikoma społeczna szkodliwość czynu	4	1	5
art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. – sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych	0	1	1
art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. – brak wniosku o ściganie	40	58	98
Suma	103	140	243

Z tabeli 1 wynika, iż najczęściej pojawiającą się podstawą odmowy wszczęcia postępowania był brak wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.; 98 spraw, tj. 40,33%). Wśród przyczyn takich decyzji pokrzywdzonych należy wskazać – po pierwsze – fakt, iż wielu spośród nich było zainteresowanych jedynie złożeniem zawiadomienia o przestępstwie i otrzymaniem stosownego zaświadczenia potwierdzającego dokonanie tej czynności. Miało to miejsce np. w przypadku przejęć kont w internetowych serwisach aukcyjnych (przede wszystkim na *Allegro*). Dzięki takiemu zaświadczeniu pokrzywdzeni odzyskują konta, a serwis zwraca prowizję pobraną od transakcji zawartych za pomocą przejętego konta oraz – w przypadku pokrzywdzonych będących kupującymi, którzy nie otrzymali zamówionego towaru (lub otrzymali, ale znacznie różniący się od opisanego w ofercie) – wyrównuje straty do pewnej wysokości (10.000 zł w przypadku *Allegro*). Drugim często spotykanym powodem cofnięcia (lub niezłożenia) wniosku o ściganie było ustalenie już w toku pierwszych czynności, iż sprawcą jest osoba znana pokrzywdzonemu, która swoim zachowaniem, mającym na celu np. splatanie żartu (często „niesmacznego”), nieświadomie dopuściła się przestępstwa (np. przejęła konto na portalu *Nasza klasa* i umieściła złośliwe komentarze). Za przykład odmowy wszczęcia postępowania z powodu braku znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), która to przesłanka pojawiła się 71 razy (29,22%), może posłużyć podszywanie się pod pokrzywdzonego przez stworzenie przez sprawcę fałszywego profilu na portalu społecznościowym¹⁷⁸ albo randkowym¹⁷⁹.

2.2.2. Umorzenia postępowania

Jak wynika z zestawienia zawartego w tabeli 2, zdecydowanie najczęstszą przyczyną umorzenia postępowania przygotowawczego było niewykrucie sprawcy

¹⁷⁸ Zob. w ostatniej części raportu sprawa nadzorowana przez Prokuraturę Rejonową w Pruszkowie (4Ds1632/10).

¹⁷⁹ Obecnie zachowania polegające na podszywaniu się pod inną osobę, wykorzystywaniu jej wizerunku lub innych jej danych osobowych w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej mogą być kwalifikowane jako tzw. *stalking* (art. 191a § 2 k.k.).

Tabela 2.			
Podstawa umorzenia postępowania	2009	2010	Suma
art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – czynu nie popełniono	2	9	11
art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu	52	71	123
art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. – brak danych, że podejrzany popełnił zarzucany mu czyn	0	1	1
art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. – czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego	74	65	139
art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. – zachowanie podejrzanego nie wypełniło znamion czynu zabronionego	0	10	10
art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. – ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze	0	1	1
art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. – znikoma społeczna szkodliwość czynu	10	12	22
art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. – postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone albo wcześniej wszczęte toczy się	1	1	2
art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. – brak wniosku o ściganie	48	52	100
art. 322 § 1 k.p.k. – nie wykryto sprawcy	183	261	444
art. 322 § 1 k.p.k. – brak danych uzasadniających, że podejrzany popełnił zarzucany mu czyn zabroniony	6	5	11
Suma	375	489	864

(51,39% przypadków). Paradoksalnie w wielu wypadkach nie wynikało to z jego sprytu czy przebiegłości. Oczywiście zdarzały się skomplikowane ataki typu dDoS, do których realizacji używano setek przejętych komputerów¹⁸⁰, co praktycznie uniemożliwiało odnalezienie źródła takiego ataku, czy sytuacje, gdy sprawca oszustw popełnianych za pomocą kont przejętych na portalu aukcyjnym świadomie uniemożliwiał zidentyfikowanie swojej osoby (np. korzystając z telefonu z kartą typu *prepaid* oraz karty kredytowej tego typu)¹⁸¹. W większości spraw niewykrycie sprawcy wynikało jednak z bardzo prozaicznych przyczyn – korzystanie przez niego z komputera w bibliotece czy szkole, łączenie się przez grupę użytkowników z Internetem za pośrednictwem jednego routera, korzystanie przez sprawcę z sieci poprzez podłączenie się do niezabezpieczonej sieci radiowej czy wreszcie po prostu użytkowanie tego samego komputera przez większą grupę osób (np. członkowie rodziny, koledzy i koleżanki ze szkoły). Duże problemy pojawiały się, gdy konto poczty elektronicznej, do którego uzyskano nieuprawniony dostęp, było założone w zagranicznym serwisie internetowym (takim jak np. niezwykle popularny *Gmail*). Polski przedstawiciel właściciela takiego serwisu (w przypadku *Gmaila* jest to Google Inc. – przedsiębiorstwo z siedzibą w Stanach Zjednoczonych) nie mógł bowiem udostępnić danych logowań do takiej skrzynki pocztowej i kierował w tej sprawie do głównej siedziby firmy.

¹⁸⁰ Zob. omówioną w ostatniej części raportu sprawę nadzorowaną przez Prokuraturę Rejonową Warszawa-Praga Północ (7Ds463/10/III/IV).

¹⁸¹ Zob. omówienie sprawy nadzorowanej przez Prokuraturę Rejonową w Oleśnie (1Ds1166/10).

2.2.3. „Inny sposób” załatwienia sprawy

Tabela 3.			
„Inny sposób” załatwienia sprawy	2009	2010	Suma
Dołączenie do innej sprawy	0	1	1
Przekazanie innej jednostce z uwagi na właściwość miejscową	11	24	35
Przekazanie innej jednostce z uwagi na dobro wymiaru sprawiedliwości	0	1	1
Przekazanie sądowi rodzinnemu	10	14	24
Zawieszenie	3	4	7
Suma	24	44	68

Z przedstawionych w tabeli 3 danych można by wyciągnąć mylne wnioski odnośnie do niewielkiej liczby nieletnich wśród sprawców – jedynie w 24 sprawach (co stanowi 2,06% badanych spraw) przekazano sprawy do sądów rodzinnych. Należy jednak pamiętać, iż – dla porównania – akty oskarżenia i wnioski o warunkowe umorzenie sporządzono w 127 sprawach. A poza sprawami, które znalazły swój finał w sądzie rodzinnym, jest wiele takich, w których z materiału dowodowego można wywnioskować, iż sprawcą była osoba nieletnia, ale nie została ona wykryta bądź cofnięto wniosek o ściganie¹⁸².

2.3. Kwalifikacje prawne

W niniejszym podrozdziale zaprezentowane zostały kwalifikacje czynów przyjęte w postanowieniach o odmowie wszczęcia, umorzeniu, w wyrokach (lub aktach oskarżenia w przypadku braku tych ostatnich) oraz we wnioskach prokuratora o warunkowe umorzenie postępowania. Następnie przedstawione zostały wyniki ich analizy.

Ze względu na znaczną ilość przyjętych kwalifikacji oraz znaczne ich zróżnicowanie, przy jednoczesnej powtarzalności najczęściej występujących, wskazane było ograniczenie się do przedstawienia w poniższych zestawieniach właśnie tej grupy. W przypadku postanowień o odmowie wszczęcia postępowania w tabeli ujęto te kwalifikacje, które wystąpiły co najmniej pięć razy. Ze względu na znaczną liczbę spraw zakończonych umorzeniem w ich wypadku zawarto w tabeli te kwalifikacje, które odnotowano co najmniej 10 razy. Przyjęcie analogicznego rozwiązania nie było możliwe w przypadku wyroków (i aktów oskarżenia), gdyż kwalifikacje w nich przyjęte okazały się znacznie bardziej zróżnicowane. Stąd ograniczenie się jedynie do wskazania ich przykładów.

¹⁸² W jednej z badanych spraw (Prokuratura Rejonowa w Koszalinie (DS2924/09/D)) nieznani sprawcy włamali się do szkolnych dzienników elektronicznych. Wniosek o ściganie został jednak cofnięty przez dyrektora szkoły, który uzasadnił to posunięcie decyzją rady pedagogicznej, iż najlepszym rozwiązaniem będzie wyłączenie konsekwencji wobec sprawców „we własnym zakresie” przez władze szkoły.

Tabela 4.			
Kwalifikacje prawne przyjęte w postanowieniu o odmowie wszczęcia postępowania	2009	2010	Suma
art. 267 § 1 k.k.	3	3	6
art. 267 § 2 k.k.	5	8	13
art. 268 § 1 k.k.	5	0	5
art. 268 § 1 w zw. z 268 § 2 k.k.	2	4	6
art. 268 § 2 k.k.	15	18	33
art. 268a § 1 k.k.	53	80	133
art. 269a k.k.	7	5	12
art. 269b § 1 k.k.	5	4	9
Pozostałe czyny ¹⁸³	8	18	26
Suma	103	140	243

Tabela 5.			
Kwalifikacje prawne najczęściej przyjmowane w postanowieniach o umorzeniu postępowania	2009	2010	Suma
art. 267 § 1 k.k.	15	8	23
art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2 k.k.	11	10	21
art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.	9	8	17
art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.	5	6	11
art. 267 § 2 k.k.	4	18	22
art. 268 § 1 w zw. z art. 268 § 2 k.k.	8	7	15
art. 268 § 2 k.k.	41	55	96
art. 268a § 1 k.k.	165	241	406
art. 269a k.k.	15	13	28
art. 269b § 1 k.k.	11	11	22
art. 286 § 1 k.k.	9	15	24
Pozostałe ¹⁸⁴	82	97	179
Suma	375	489	864

¹⁸³ Kwalifikacje pominięte: art. 23 u.z.n.k., art. 190 § 1, art. 202 § 1, art. 202 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 216 § 2, art. 231 § 1, art. 231 § 1 w zb. z art. 267 § 1 w zb. z 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 266 § 1, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 3, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zb. z art. 268a, art. 287 § 1 k.k.

¹⁸⁴ Kwalifikacje pominięte: art. 77 pkt 1 u.r., art. 23 u.z.n.k., art. 49 ust. 1 u.o.d.o. w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 13 § 1 w zw. z art. 268 § 1, art. 13 § 1 w zw. z art. 282 w zb. z art. 269a, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 w zw. z art. 12, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 w zb. z art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 190 § 1, art. 202 § 2, art. 202 § 4a, art. 212 § 2, art. 216 § 1, art. 216 § 2, art. 217 § 2, art. 226 § 1, art. 231 § 1, art. 231 § 1 w zb. z art. 276 w zb. z art. 278 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 266 § 1, art. 18 § 3 w zw. z art. 267 § 1, art. 267 § 1 w zw. z art. 12, art. 267 § 1

Przed przejściem do przedstawienia wniosków, które nasuwają się po analizie powyższych kwalifikacji, konieczne jest zwrócenie uwagi na powód umieszczenia w nich przepisów dotyczących przestępstw niebędących przedmiotem badań. Wynika to stąd, że przestępstwa te albo wystąpiły w zbiegu z omawianymi w tym raporcie czynami zabronionymi, albo wręcz powinny być zakwalifikowane w zbiegu kumulatywnym z przepisów je kryminalizujących (a nie zostały, z uwagi np. na brak wniosku o ściganie).

Najczęściej przyjmowanymi kwalifikacjami prawnymi, zarówno w postanowieniach o odmowie wszczęcia, jak i o umorzeniu, były przepisy art. 268a k.k. (odpowiednio 133 czynów, tj. 54,73%, oraz 406, tj. 46,99%) i art. 268 § 2 k.k. (odpowiednio 33 czyny, tj. 13,58%, oraz 101, tj. 11,69%).

Nie przedstawiono kwalifikacji przyjętych w aktach oskarżenia i wyrokach. Jak sygnalizowano wyżej, wynika to z faktu, iż były one niezwykle zróżnicowane (w zasadzie się nie powtarzały) i niemożliwe było jakiekolwiek ich pogrupowanie i przedstawienie w uporządkowany sposób. Potwierdza się jednak w nich tendencja widoczna w przypadku postanowień o odmowie wszczęcia i o umorzeniu – przepisami, po które sięgano najczęściej, były art. 268a § 1 oraz art. 268 § 2 k.k. Jako przykładowe kwalifikacje można wskazać: art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 2 w zb. z art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 286 § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 w zw. z art. 65 § 1, art. 269b § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 (zastosowano art. 91 § 1 k.k.), art. 268a § 1 k.k. w zb. z art. 7 ust. 2 ustawy o dostępie warunkowym¹⁸⁵ (zastosowano art. 91 § 1 k.k.).

Przechodząc do analizy przedstawionych wyżej danych, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż czyny polegające na uzyskaniu nieuprawnionego dostępu

w zb. z art. 267 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 3, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1, art. 267 § 1 w zb. z art. 269a, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 284 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 269a w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zb. z art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 1 w zb. z art. 267 § 2 w zb. z art. 12, art. 267 § 2 w zb. z art. 267 § 3 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 267 § 2 w zb. z art. 279 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 267 § 3, art. 268 § 1, art. 268 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zw. z art. 12, art. 268 § 1 w zb. z art. 268 § 2 w zb. z art. 267 § 1, art. 268 § 1 w zb. z art. 268a w zw. z art. 11 § 2, art. 268 § 2 w zw. z art. 12, art. 268 § 2 w zb. z art. 276 w zw. z art. 11 § 2, art. 268 § 2 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 268 § 2 w zb. z art. 278 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 268 § 1 i 2 w zb. z art. 267 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 268a § 1 w zw. z art. 91, art. 268a § 1 w zw. z art. 12, art. 268a § 1 w zb. z art. 276 w zb. z art. 284 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 284 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 278 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12, art. 268a § 1 w zb. z art. 212 § 2 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 269a w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 257 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 268a § 2, art. 268a w zb. z art. 269b § 1, art. 269 § 1 w zw. z art. 12, art. 269a w zw. z art. 11 § 2, art. 269a w zw. z art. 12, art. 13 § 1 w zw. z art. 286 § 1 w zb. z art. 269b w zw. z art. 11 § 2, art. 269b § 1 w zw. z art. 12, art. 270 § 1, art. 275 § 1, art. 276, art. 278 § 2, art. 285 § 1 w zw. z art. 294 § 1, art. 286 w zw. z art. 12, art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 286 § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 279 § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zb. z art. 269b § 1 w zw. z art. 11 § 2, art. 284 § 2, art. 284 § 2 w zw. z art. 276 w zw. z art. 11 § 2, art. 287 § 1, art. 288 § 1, art. 296 § 1, art. 305 § 1 k.k.

¹⁸⁵ Ustawa z 5.07.2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (Dz. U. Nr 126, poz. 1068).

do danych informatycznych (np. włamanie na konto poczty elektronicznej, profil na portalu społecznościowym) kwalifikowano zwykle na podstawie któregoś z trzech następujących przepisów: art. 267 § 2 (lub § 1), art. 268a § 1 lub art. 268 § 2 k.k. (ewentualnie jako art. 268 § 2 w zw. z art. 268 § 1 k.k.).

Pragnę zaznaczyć, że uważam, iż błędem jest stosowanie w tych wypadkach przepisu art. 268 § 2 k.k., gdyż odnosi się on – jak sygnalizowano wcześniej (zob. uwagi do przepisu art. 268 § 2 k.k. w części pierwszej raportu) – do czynów, w których przedmiotem czynności wykonawczej są dane informatyczne na informatycznym nośniku danych.

W związku z powyższym pozostaje odpowiedzieć na pytanie, czy zastosowanie w omawianym wypadku powinien znaleźć przepis art. 267 § 2 (lub § 1) k.k., czy art. 268a § 1 k.k., czy może oba. Otóż wszystko zależy od konkretnego stanu faktycznego. Jeżeli sprawca przełamał zabezpieczenia, uzyskując dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej, i to było głównym elementem czynu, zgodnie z tym, co stwierdzono w części pierwszej raportu, czyn należy zakwalifikować z art. 267 § 1 k.k. Jeżeli sprawca jednocześnie utrudnił bądź uniemożliwił pokrzywdzonemu dostęp do danych informatycznych (zmienił hasło dostępu, zlikwidował konto) albo dokonał modyfikacji danych, dojdzie do zbiegu kumulatywnego z art. 268a § 1 k.k. Analogicznie sytuacja będzie się przedstawiać w przypadku, gdy sprawca uzyskał dostęp do konta w celu innym niż uzyskanie dostępu do informacji lub nie przełamał zabezpieczenia (np. znał hasło lub hasła nie było), tyle że wtedy zastosowanie znajdzie art. 267 § 2 k.k. (zob. uwagi do art. 267 § 2 k.k. w części pierwszej raportu).

Przepis art. 267 § 2 k.k. może służyć – zgodnie z tym, co wskazano w części pierwszej raportu – do kryminalizacji zachowań polegających na uzyskaniu dostępu do niezabezpieczonej bezprzewodowej sieci. Jeżeli zachowanie sprawcy będzie powodowało spadek wydajności tejże sieci na tyle, że będzie utrudniać korzystanie z niej podmiotom uprawnionym, dojdzie do zbiegu rzeczywistego właściwego z art. 268a § 1 k.k.

Znaczna ilość spośród badanych spraw dotyczyła oszustw na portalach aukcyjnych (głównie na *Allegro*) – przestępstw polegających na oferowaniu na aukcji internetowej nieistniejących (tj. niebędących w posiadaniu sprawcy) produktów z zamiarem wyłudzenia za nie zapłaty. Jeżeli sprawca korzystał z konta, które w tym celu założył, sytuacja jest jasna – swoim zachowaniem realizuje jedynie znamiona przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. Zwykle jednak uzyskuje w tym celu dostęp do profilu użytkownika, który miał już wyrobioną dobrą opinię (sprzedawał bądź kupował za pośrednictwem danego portalu aukcyjnego jakieś towary i dał się poznać jako rzetelny kontrahent, w związku z czym zebrał pewną liczbę pozytywnych ocen i komentarzy), i podszywając się, popełnia przestępstwo. W takiej sytuacji należy przyjąć, iż ma miejsce zbieg kumulatywny art. 267 § 2 k.k. (nieuprawnione uzyskanie dostępu do konta w serwisie aukcyjnym), art. 268a § 1 k.k. (uniemożliwienie korzystania z konta jego użytkownikowi oraz modyfikacja danych) oraz art. 286 § 1 k.k. Należy przy tym pamiętać, że przestępstwa z art. 267 § 2 i art. 268a § 1 k.k. są przestępstwami wnioskowymi. Brak wniosku będzie więc skutkował przyjęciem kwalifikacji jedynie z art. 286 § 1 k.k. (co zresztą się zdarzało w badanych sprawach i jest widoczne w zestawieniach zawartych w części wcześniejszej).

Wielość zachowań może skutkować zastosowaniem konstrukcji czynu ciągłego (art. 12 k.k.) lub ciągu przestępstw (zob. przedostatni stan faktyczny omawiany w czwartej części raportu).

Istotną kwestią, która pojawiła się ostatnimi czasy, są „kradzieże” przedmiotów, pieniędzy lub postaci w wirtualnych światach, przede wszystkim w grach MMORPG¹⁸⁶ lub MMORLG¹⁸⁷. W badanych sprawach dotyczących tego problemu zwykle skupiano się na fakcie włamania na konto użytkownika w grze lub związanym z tym utrudnianiu korzystania z niego przez pokrzywdzonego lub modyfikacji danych komputerowych, przyjmując kwalifikację z art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. W wielu wypadkach istotny stawał się jednak aspekt ekonomiczny związany z tym, że wirtualne przedmioty, postaci oraz wirtualne pieniądze mogą mieć realną wartość majątkową¹⁸⁸, a sprawca dopuszczający się czynu polegającego na zdobyciu władztwa nad nimi działał w celu uzyskania korzyści majątkowej (np. sprzedawał następnie „skradzione” przedmioty na aukcji internetowej za „realne” pieniądze), a w związku z tym jego zachowanie wypełniało również znamiona przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. Dlatego też w takim przypadku należy stosować kumulatywną kwalifikację z art. 267 § 2 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. (zob. siódmy stan faktyczny omawiany w czwartej części raportu)¹⁸⁹.

Najmniej trudności organom ścigania sprawiały stany faktyczne polegające na zakłóceniu pracy sieci informatycznej (np. w drodze ataków typu DoS), które prawidłowo kwalifikowano z art. 268a § 1 lub art. 269a k.k. (jak wspomniano w części pierwszej raportu, zakresy przedmiotowe obu tych przepisów krzyżują się, a w większości wypadków, właśnie dotyczących zamachów na sieci informatyczne, wręcz pokrywają się).

Ponadto przepis art. 268a § 1 k.k. był trafnie wykorzystywany do kwalifikacji zachowań polegających na modyfikacji treści stron internetowych.

Pewne problemy natomiast pojawiły się na tle stosowania przepisu art. 269b § 1 k.k. W większości wypadków przepis ten błędnie, moim zdaniem, stosowano do stanów faktycznych, w których sprawca uzyskiwał dostęp do poczty elektronicznej (czy profilu w portalu społecznościowym, grze on-line) po przełamaniu zabezpieczenia w postaci hasła.

¹⁸⁶ Massively multiplayer online role-playing game (MMORPG) – gra on-line, w którą może grać wielu graczy, polegająca na wcielaniu się w wirtualne postacie i rywalizacji w wirtualnym świecie (zwykle fantastycznym, np. w świecie *Gwiezdnych wojen* w przypadku *Star Wars: The Old Republic*). Inne przykłady takich gier to *World of Warcraft* czy *Metin 2*.

¹⁸⁷ Massively multiplayer online real-life game (MMORLG) – gra on-line, w której użytkownik tworzy postać funkcjonującą w wirtualnym świecie (niejako równoległym do rzeczywistego i kształtowanym na jego podobieństwo). Tego typu gry potocznie nazywane są po prostu wirtualnymi światami (np. *Second Life*); zob. szerzej na ten temat J. Kulesza, J. Kulesza, *Gra „Second Life” – wirtualny świat, realne przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2009/3, s. 23 i 24; zob. też http://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_world.

¹⁸⁸ Gracze w toku rozgrywki „ulepszają” postać (uzyskuje ona kolejne poziomy) oraz zdobywają wspomniane przedmioty (np. znajdując je, kupując za uzyskane w trakcie gry „wirtualne” pieniądze). Funkcjonuje jednak handel tymi dobrami. Takie transakcje odbywają się za pośrednictwem portali aukcyjnych. Większość producentów gier w swoich regulaminach zabrania tego procederu, nie mają jednak żadnych możliwości egzekwowania tego zakazu.

¹⁸⁹ Nieujęcie w kwalifikacji prawnej przepisu art. 268a § 1 k.k. wynika z faktu, iż w większości wypadków przepis ten będzie pochłaniany przez przepis art. 287 § 1 k.k. W przypadku jednak gdy sprawca po włamaniu na konto zablokuje dostęp do niego jego użytkownikowi (zmieniając hasło) lub je skasuje, przepis art. 268a § 1 k.k. nie zostanie pochłonięty i kwalifikacja powinna się przedstawiać w sposób następujący: art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Odzwierciedlenie w praktyce znalazły rozważania dotyczące zbiegów przestępstw będących przedmiotem badań z przestępstwami przeciwko mieniu oraz ustaw szczególnych (por. uwagi w pierwszej części raportu).

Z analizy przyjętych kwalifikacji prawnych wynika, iż zdecydowanie dominującą formą stadialną jest dokonanie – w opisie jedynie 13 czynów pojawiło się usiłowanie (art. 13 § 1 k.k.).

Na zakończenie należy zwrócić uwagę, iż niezwykle rzadko sięgano po przepis art. 65 § 1 k.k., umożliwiający zaostrezenie odpowiedzialności karnej w przypadku sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu. Analiza wielu stanów faktycznych pozwala wysnuć wnioski, iż sytuacja taka miała miejsce, na co wskazuje np. zakres przestępczej działalności (ilość popełnionych czynów) czy fakt, iż w czasie ich popełnienia sprawca nie miał innych źródeł dochodu.

2.4. Oskarżeni

W sumie skierowano akty oskarżenia lub wnioski o warunkowe umorzenie przeciwko 134 osobom (dalej umownie nazywani oskarżonymi).

Wiek:

- 17–20 lat – 40 (30%)
- 21–25 lat – 33 (25%)
- 26–30 lat – 26 (26%)
- 31–40 lat – 22 (16%)
- 41–50 lat – 10 (7%)
- 51–60 lat – 1 (<1%)
- <60 lat – 2 (1,5%)

Wykształcenie:

- podstawowe – 8 (6%)
- gimnazjalne – 18 (13%)
- zawodowe – 11 (8%)
- średnie – 68 (w tym 4 techników-informatyków oraz 4 techników-elektroników) (51%)
- licencjat – 2 (1,5%)
- wyższe – 27 (w tym 7 informatyków, 1 grafik komputerowy, 1 inżynier telekomunikacji) (20%)

Zatrudnienie:

- pracujący/-ca – 66 (49%)
- na utrzymaniu rodziców – 41 (30%), w tym:
 - 6 studentów/studentek (4,5%)
 - 10 uczniów/uczennic (7,5%)
- na utrzymaniu małżonka – 5 (4%)
- niepracujący/-ca (zasiłek ewentualnie prace dorywcze) – 22 (16%)

Płeć:

- kobiety – 25 (19%)
- mężczyźni – 109 (81%)

Stan cywilny:

- panna – 19 (14%)/kawaler – 74 (55%) – łącznie 83 osoby (69%)

- zamężna – 5 (3,7%)/żonaty – 31 (23%) – łącznie 36 osób (26,7%)
- rozwiedziona – 1 (<1%)/rozwidziony – 5 (3,7%) – łącznie 6 osób (4,5%)

Dzieci:

- tak – 33 (25%)
- nie – 101 (75%)

Karalność:

- karany/-na – 15 (11%)
- niekarany/-na – 117 (87,5%)
- brak danych – 2 (1,5%)

Wśród oskarżonych dominowali ludzie bardzo młodzi – większość nie ukończyła 26. roku życia (30% stanowiły osoby w wieku 17–20 lat, a 25% – w wieku 21–25 lat; osoby w wieku powyżej 40 lat stanowiły niecałe 10%). W istotnym stopniu młody wiek rzutował na wykształcenie (większość oskarżonych miała wykształcenie średnie – 51%, a dość duży odsetek, bo 13% – gimnazjalne), stan cywilny (osoby stanu wolnego – nie licząc rozwiedzionych – stanowiły niemal 70% ogółu), sytuację rodzinną (tylko 25% posiadało dzieci) czy karalność (uprzednio karani stanowili jedynie 11%). Zdecydowaną większość oskarżonych stanowili mężczyźni – 81%. Z racji wykształcenia, związanego z informatyką bezpośrednio (7 informatyków – 5%, 4 techników-informatyków – 3%) lub pośrednio (inżynier telekomunikacji, 4 technicy-elektronicy, grafik komputerowy – łącznie 5% ogółu), 17 podejrzanych (13%) miało „wiedzę dotyczącą komputerów” większą niż przeciętny użytkownik.

Wśród form zjawiskowych dominowało jednosprawstwo (jedynie w dziewięciu sprawach pojawiło się współsprawstwo). Odnotowano jeden przypadek pomocnictwa¹⁹⁰. W ani jednej sprawie nie wystąpiło podżeganie.

2.5. Problematyka wymiaru kary

Akty oskarżenia skierowano do sądów w 102¹⁹¹ spośród badanych spraw. W 63 postępowaniach zapadły wyroki skazujące, w 9 wypadkach sąd warunkowo umorzył postępowanie, 3 zostały umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k., 2 skończyły się uniewinnieniem, 8 spraw jeszcze się toczyło, 1 sprawa była zawieszona, 1 zakończyła się ugodą, co do 11 – brak danych. W jednym wypadku zapadł wyrok, w którym co do dwóch czynów sąd umorzył postępowanie warunkowo, a w kwestii trzeciego – uniewinnił. W celach statystycznych został on potraktowany jako dwa orzeczenia.

W związku z powyższym wśród 81 spraw, w których znane są rozstrzygnięcia, skazaniem zakończyło się 78%, warunkowym umorzeniem – 12,34%, umorzeniem – 3,7%, uniewinnieniem – 3,7%, natomiast zawarciem ugody – 1,2%.

W sumie skazano 67 sprawców, z czego jedynie wobec 3 z nich orzeczono kary bezwzględnej pozbawienia wolności, w wymiarze:

¹⁹⁰ Prokuratura Rejonowa Kraków-Śródmieście Zachód (2 Ds170/09).

¹⁹¹ Liczba spraw jest inna niż liczba aktów oskarżenia ze względu na przekształcenia, jakie zachodziły w toku postępowań sądowych (miało miejsce zarówno łączenie postępowań, jak i wyłączenia do odrębnego rozpoznania).

- 1 rok i 2 miesiące¹⁹²;
- 2 lata i 6 miesięcy (wobec sprawcy orzeczono ponadto: grzywnę 250 stawek po 10 zł, obowiązek naprawienia szkody w całości, przepadek na podstawie art. 44 § 2 k.k.)¹⁹³;
- 3 lata (wobec sprawcy orzeczono ponadto: grzywnę 360 stawek po 30 zł, obowiązek naprawienia szkody w całości, przepadek na podstawie art. 44 § 2 k.k.)¹⁹⁴.

W stosunku do 40 sprawców orzeczona zastała kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w wymiarze: 3 miesiące (6 przypadków), 4 miesiące (3 przypadki), 6 miesięcy (10 przypadków), 5 miesięcy (1 przypadek), 8 miesięcy (5 przypadków), 10 miesięcy (4 przypadki), 1 rok (4 przypadki), 1 rok i 6 miesięcy (2 przypadki), 1 rok i 10 miesięcy (1 przypadek), 2 lata (3 przypadki), 3 lata (1 przypadek).

Okresy próby wynosiły: 23 razy – 3 lata, 13 razy – 2 lata, 3 razy – 5 lat, 1 raz – 4 lata. W 16 przypadkach oddano skazanego pod dozór, 4 razy orzeczono przepadek dowodów na podstawie art. 44 § 2 k.k., 2 razy nałożono obowiązek przeproszenia pokrzywdzonego, 12 razy zobowiązano skazanego do naprawienia szkody, w 19 przypadkach orzeczono grzywnę (stawki najczęściej 10 zł – w 14 wypadkach, w pozostałych niewiele wyższe: 4 razy – 20 zł, najwyższa – 50 zł, bardziej różnicowana była ilość stawek – od 10 do 70, w jednym wypadku – 150 i również w jednym – 300).

Jedynie 7 sprawców skazano na karę ograniczenia wolności: 3 razy na 6 miesięcy (z obowiązkiem kontrolowanej, nieodpłatnej pracy w wymiarze w 2 wypadkach 20 godzin na miesiąc, w 1 – 40), 2 razy na 8 miesięcy (z obowiązkiem pracy w jednym wypadku w wymiarze 20 godzin miesięcznie, w drugim – 30), 1 raz na 10 miesięcy (z obowiązkiem pracy w wymiarze 20 godzin miesięcznie), 1 raz na 12 miesięcy (z obowiązkiem pracy w wymiarze 20 godzin miesięcznie). Ponadto 1 sprawcę zobowiązano do naprawienia szkody, raz orzeczono przepadek dowodów na podstawie art. 44 § 2 k.k. W przypadku jednego sprawcy na wniosek kuratora zamieniono orzeczoną karę ograniczenia wolności na karę pozbawienia wolności¹⁹⁵.

Karę grzywny orzeczono 17 razy (w 7 wypadkach wysokość stawki dziennej ustalono na 10 zł, w 6 – 20 zł, w 2 – 30 zł, w jednym wypadku 25 zł; ilość stawek wahała się od 10 do 100, przy czym bliższa była tej pierwszej wartości). W jednym wypadku zawieszono wykonanie kary grzywny (w wymiarze 100 stawek dziennych wysokości 10 zł) na dwa lata¹⁹⁶.

Jedna sprawa zakończyła się ugodą, zawartą już w toku postępowania, po wniesieniu przez oskarżonego sprzeciwu od wyroku nakazowego. W treści ugody zobowiązał się on do przeproszenia pokrzywdzonego oraz zapłacenia 5000 zł tytułem zadośćuczynienia.

W 10 sprawach sąd umorzył warunkowo postępowanie (w 6 wypadkach na okres próby wynoszący 2 lata, w 4 – 1 rok; jednego sprawcę zobowiązano do naprawienia

¹⁹² Olsztyn (połączone sprawy 1Ds894/10, 1Ds128/10, 1Ds1207/10).

¹⁹³ Gdańsk (6Ds52/09).

¹⁹⁴ Gdańsk (6Ds52/09).

¹⁹⁵ Zakopane (Ds1057/10/D).

¹⁹⁶ Augustów (Ds340/09).

szkody, czterech do świadczenia pieniężnego wysokości od 500 do 1000 zł).

Przeciwko 26 osobom skierowano wnioski o warunkowe umorzenie postępowania (w 25 sprawach). Sąd wobec 18 z nich warunkowo umorzył postępowanie na okres 1 roku, wobec 6 – na 2 lata. Na 20 sprawców nałożony został obowiązek świadczenia pieniężnego (jego wysokość wahała się od 100 zł do 1000 zł, średnio wynosząc 357,50 zł). W jednym wypadku umorzono postępowanie z powodu cofnięcia wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). W jednej sprawie zawarto ugodę (sprawczyni przeprosiła pokrzywdzoną i zobowiązała się do zapłaty na jej rzecz kwoty 2000 zł tytułem zadośćuczynienia).

Z powyższego wynika, iż orzeczone kary nie były surowe. Wynikało to przede wszystkim z młodego wieku sprawców oraz ich uprzedniej niekaralności. W większości spraw podejrzani przyznawali się do zarzucanych im czynów i zgadzali się na skazanie bez przeprowadzania rozprawy w trybie art. 335 k.p.k.

Bezwzględne kary pozbawienia wolności orzeczone zostały w dwóch sprawach. W pierwszej z nich¹⁹⁷, dotyczącej kilku oszustw na portalu aukcyjnym *Allegro*, była to kara 1 roku i 10 miesięcy wymierzona wobec sprawcy, który wcześniej był karany za podobne przestępstwa. Druga sprawa¹⁹⁸ była skomplikowana (blisko 800 pokrzywdzonych w całym kraju, ponad 120 tomów akt), a dotyczyła oszustw internetowych (zarówno przy użyciu portalu *Allegro* za pomocą przejętych wcześniej kont, jak i przy wykorzystaniu innych metod, np. za pomocą spreparowanej strony internetowej służącej wyłudzeniu pieniędzy w zamian za pośrednictwo w uzyskaniu pracy w Norwegii). Trzem sprawcom postawiono w sumie 276 zarzutów (pierwszemu – 48, drugiemu – 130, a trzeciemu – 98). Ustalono, że działalność przestępcza stanowiła ich jedyne źródło dochodów, nie tworzyli jednak zorganizowanej grupy – sprawca, który pełnił rolę inicjatora popełnianych przestępstw, współpracował z każdym z pozostałych współsprawców z osobna. Wszyscy trzej byli wcześniej karani za podobne czyny. Wobec dwóch orzeczono kary bezwzględnego pozbawienia wolności (w wymiarze odpowiednio: 2 lata i 6 miesięcy oraz 3 lata), w przypadku trzeciego sąd orzekł karę 2 lat pozbawienia wolności, ale zawiesił jej wykonanie na okres 5 lat.

Stosunkowo rzadko (jedynie 7 przypadków) orzekano środki karny w postaci przepadku narzędzia służącego popełnieniu przestępstwa. Należy przyjąć, że w większości wypadków byłoby to niewspółmierne do wagi popełnionego czynu. Ponadto w wielu wypadkach nie stanowiło ono własności sprawcy.

CZĘŚĆ 3. WNIOSKI KOŃCOWE

1. Obecny kształt regulacji dotyczącej przestępstw będących przedmiotem badań, tj. tzw. przestępstw komputerowych przeciwko ochronie informacji (zgrupowanych w rozdziale XXXIII k.k. „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji”, w przepisach art. 267–269b k.k.), nadała nowelizacja dokonana ustawą z 2008 r., mająca służyć m.in. implementacji postanowień decyzji ramowej 2005/222 w sprawie ataków na systemy informatyczne.

¹⁹⁷ Olsztyn (połączone sprawy 1Ds894/10, 1Ds128/10, 1Ds1207/10).

¹⁹⁸ Gdańsk (6Ds52/09).

2. W kodeksie karnym nie zawarto definicji użytych przez ustawodawcę pojęć, tj. systemu informatycznego oraz komputerowego, sieci teleinformatycznej, sieci telekomunikacyjnej, danych informatycznych oraz informatycznego nośnika danych, co zwłaszcza w przypadku trzech pierwszych terminów rodzi trudności interpretacyjne.

3. W wyniku nowelizacji kodeksu karnego z 2008 r. pojawił się nowy przepis – art. 267 § 2 k.k., który w zamierzeniu jej twórców miał zapewne stać się głównym narzędziem walki z hackingiem. Jednocześnie jednak pozostawiono w niezmiennym kształcie art. 267 § 1 k.k. Efektem opisanej sytuacji jest fakt, że niektóre zachowania (np. uzyskanie przez sprawcę dostępu do sieci teleinformatycznej za pomocą programu komputerowego) teoretycznie mogą być kryminalizowane z trzech przepisów – art. 267 § 1, art. 267 § 2 oraz art. 267 § 3 k.k.

4. Wątpliwości budzi również sama redakcja przepisu art. 267 § 2 k.k. – przewiduje on niezwykle szeroką kryminalizację, a jednocześnie zawiera odesłanie do norm pozaprawnych, pozostawiając tym samym zbyt dużą swobodę organom ścigania.

5. Jak zaznaczono, przepisy art. 268a i art. 269a k.k. nakładają się zakresowo, w związku z tym ten ostatni przepis wydaje się zbędny.

6. Przepis art. 269b k.k. jest wadliwie skonstruowany. Przede wszystkim nie przewidziano w nim wyłączenia odpowiedzialności uprawnionych osób (np. administratorów systemów czy inspektorów bezpieczeństwa), których zachowanie – mające na celu testowanie czy zabezpieczanie systemu informatycznego – może wypełnić znamiona określonego w nim przestępstwa. Ponadto nie znajduje on zastosowania do czynności przygotowawczych do przestępstwa hackingu *sensu stricto* art. 267 § 1 oraz art. 267 § 2 k.k.).

7. W okresie objętym ogólnopolskimi badaniami (lata 2009–2010) odnotowano w sumie 1163 spraw, z których większość (750 spraw, czyli 64,49% ich ogólnej liczby) zakończyła się umorzeniem postępowania. Odmówiono wszczęcia postępowania w 213 przypadkach (18,31% ogólnej liczby spraw), a 68 spraw (5,85%) załatwiono w inny sposób. Jedynie w 102 sprawach (8,77%) do sądu skierowano akty oskarżenia. W 25 wypadkach (2,15%) prokurator sporządził wnioski o warunkowe umorzenie postępowania.

8. Zdecydowanie najczęstszymi powodami odmowy wszczęcia postępowania był brak wniosku o ściganie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.) – 98 czynów (40,33%) oraz brak znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.) – 71 przypadków (29,22%), natomiast w wypadku podstaw umorzeń postępowania zdecydowanie dominowało niewykrycie sprawcy czynu (art. 322 k.p.k.) – 444 przypadki (51,34%).

9. Najczęściej przyjmowanymi kwalifikacjami prawnymi, zarówno w postanowieniach o odmowie wszczęcia, jak i o umorzeniu, były przepisy art. 268a k.k. (odpowiednio 133 czyny, tj. 54,73%, oraz 406, tj. 46,99%) i art. 268 § 2 k.k. (odpowiednio 33 czyny, tj. 13,58%, oraz 101, tj. 11,69%).

10. Jak wykazały prowadzone badania, w praktyce pojawiają się problemy ze stosowaniem przepisów kryminalizujących hacking. Dotyczy to zwłaszcza wystąpienia rzeczywistego właściwego zbiegu przepisów art. 267 § 1 (lub art. 267 § 2) z art. 268a § 1 k.k., co ma miejsce np. w przypadku zachowań polegających na uzyskaniu nieuprawnionego dostępu do cudzego konta pocztowego (czy profilu na portalu społecznościowym), przy jednoczesnym uniemożliwieniu (poprzez zmianę hasła czy usunięcia

konta lub profilu) korzystania z niego przez pokrzywdzonego. Bardzo często taki czyn kwalifikuje się jedynie z art. 267 § 1 (lub art. 267 § 2) albo art. 268a § 1 k.k., zamiast przyjmować kumulatywną kwalifikację. Przepis art. 268 § 2 k.k., który powinien mieć zastosowanie jedynie do zachowań, których przedmiotem wykonawczym jest informatyczny nośnik danych, stosowany jest jak „wytrych” do ścigania sprawców wielu innych czynów (np. przejścia profili na portalach społecznościowych i ich modyfikacji). Kolejnym problemem jest kradzież wirtualnych przedmiotów i postaci w grach on-line. W takich sprawach często skupiano się na fakcie włamania na konto w grze lub związanym z tym utrudnianiu korzystania z niego przez pokrzywdzonego lub (ewentualnie) modyfikacji danych komputerowych. Często pomijano zupełnie aspekt ekonomiczny – wirtualne przedmioty mają wszak realną wartość majątkową, a sprawca działał w celu uzyskania korzyści majątkowej, a w związku z tym jego zachowanie wypełniało również znamiona przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. Pewne trudności rodziły się również w związku ze stosowaniem przepisu art. 269b k.k., który w wielu wypadkach używany był w sytuacjach, gdy sprawca złamał hasło do konta czy profilu, a następnie tą drogą uzyskał do niego nieuprawniony dostęp.

11. Niezwykle rzadko w kwalifikacjach prawnych pojawiał się przepis art. 65 § 1 k.k., umożliwiający zaostrzenie odpowiedzialności karnej w przypadku sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu.

12. Większość oskarżonych stanowili ludzie młodzi (30% stanowiły osoby w wieku 17–20 lat, a 25% – w wieku 21–25 lat) oraz – co w wielu wypadkach było konsekwencją wieku – o wykształceniu średnim (51%), stanu wolnego (nie licząc rozwiedzionych, niemal 70%), bezdzietnych (75%). Wykształcenie 17 osób (13%) było pośrednio lub bezpośrednio związane z informatyką. Blisko 81% oskarżonych stanowili mężczyźni. Tylko 11% oskarżonych było wcześniej karane.

13. Z 81 badanych spraw, w których znane są rozstrzygnięcia, skazaniem zakończyło się 78%, warunkowym umorzeniem – 12,34%, umorzeniem – 3,7%, uniewinnieniem – 3,7%, natomiast zawarciem ugody – 1,2%. W sumie skazano 67 sprawców, z czego: 3 na karę bezwzględnego pozbawienia wolności, 40 na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, 7 na karę ograniczenia wolności oraz 17 na karę grzywny (w tym w jednym wypadku z zawieszeniem jej wykonania). Jak widać, orzeczone kary nie były surowe, co związane było przede wszystkim z wagą czynów, wiekiem sprawców i ich wcześniejszą niekaralnością.

14. Stosunkowo rzadko (jedynie w 7 przypadkach) orzekano środek karny w postaci przepadku narzędzia służącego popełnieniu przestępstwa. Wynikało to z dwóch zasadniczych przyczyn – z zachodzącej w większości wypadków niewspółmierności tego środka do wagi popełnionego czynu oraz okoliczności, iż w wielu wypadkach narzędzie nie stanowiło własności sprawcy.

CZĘŚĆ 4. WYBRANE STANY FAKTYCZNE

4.1. Prokuratura Rejonowa Kraków-Śródmieście Wschód w Krakowie (4Ds361/09/D)

Dnia 19.02.2009 r. w Krakowie Xavier G., dyrektor generalny i jednocześnie prokurent E. Polska sp. z o.o., zgłosił fakt popełnienia przestępstwa na szkodę

reprezentowanej przez siebie spółki. Twierdził on, że 18.02.2009 r. został poinformowany przez pracowników spółki, iż Urszula D., która była managerem ds. finansowo-administracyjnych w spółce do końca stycznia 2009 r., ostatniego dnia pracy usunęła istotne dla spółki dane ze służbowego komputera. Xavier G. podejrzewał, iż Urszula D. posiadała kopie zapasowe zniszczonych danych oraz mogła mieć zamiar udostępnienia ich konkurencji.

Dnia 24.02.2009 r. wszczęto dochodzenie w sprawie zniszczenia poprzez usunięcie danych należących do E. Polska sp. z o.o., tj. o przestępstwo z art. 268 § 2 k.k.

W toku postępowania przesłuchano szereg świadków, w tym wskazaną przez dyrektora generalnego jako sprawczynię Urszulę D. Potwierdziła ona, że w październiku 2008 r. zrezygnowała z pracy w spółce E., ale zgodnie z przepisami kodeksu pracy pracowała jeszcze przez okres wypowiedzenia, tj. do końca stycznia 2009 r. Ponieważ nie uzyskała informacji, komu powinna przekazać dane znajdujące się na użytkowanym przez nią służbowym komputerze, za radą prawnika spółki zarchiwizowała je, zabezpieczyła hasłem (były to bowiem dokumenty zawierające m.in. dane osobowe i tajemnice spółki) i pozostawiła w takim stanie na tymże komputerze. Nie znajdowały się one jednak w katalogu „Moje dokumenty”, w nim bowiem – jak zeznała Urszula D. – przechowywała jedynie bieżące dane (tj. z bieżącego roku), ale w katalogu „Ulubione”. Z uwagi na to, że w dalszym ciągu nie wskazano jej osoby, która przejmie jej obowiązki, hasła nie podała nikomu. Dyrektor generalny, po pobieżnym przejrzeniu zawartości dysku komputera i nieznaalezieniu wszystkich danych, chociaż miał dane kontaktowe Urszuli D., zamiast bezpośrednio zwrócić się do niej, zgłosił się na policję.

W związku z tym, że w toku dochodzenia stwierdzono, iż żadne dane nie zostały zniszczone, 30.03.2009 r. postępowanie umorzono z uwagi na brak znamion czynu zabronionego, tj. na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.

4.2. Prokuratura Rejonowa w Wadowicach (1Ds275/10/D)

Dnia 5.02.2010 r. na komisariat w Wadowicach zgłosił się Bartosz J., uczeń liceum, który zawiadomił, że nieznany mu z imienia i nazwiska sprawca, poznany za pośrednictwem komunikatora *Gadu-gadu*, podający się za dziewczynę o imieniu Sandra, przełamał w dniach między 31.01.2010 r. a 3.02.2010 r. zabezpieczenia w postaci haseł zabezpieczających dostęp do jego konta poczty elektronicznej, profilu portalu *Nasza klasa* oraz konta w komunikatorze *Gadu-gadu*, a następnie korespondował w jego imieniu z jego znajomymi. Według pokrzywdzonego sprawca dokonał tego w ten sposób, że po nawiązaniu z nim kontaktu przez komunikator *Gadu-gadu* pod pretekstem wymiany zdjęć uzyskał adres poczty elektronicznej pokrzywdzonego. Znając jego dane (przede wszystkim datę jego urodzenia), podane przez niego w tzw. katalogu publicznym *Gadu-gadu*, złamał hasło zabezpieczające do kont poczty elektronicznej za pomocą opcji „przypomnij hasło”, a następnie w podobny sposób uzyskał dostęp do profilu na *Naszej klasie* oraz do konta użytkownika w komunikatorze *Gadu-gadu*.

Dnia 4.03.2010 r. wszczęto dochodzenie w sprawie zamiany haseł dostępu do kont pocztowych, konta użytkownika *Gadu-gadu*, konta użytkownika *Naszej klasy*, zarejestrowanych na osobę Bartosza J., tj. o przestępstwo z art. 268a § 1 k.k.¹⁹⁹

W toku postępowania ustalono na podstawie analizy logowań do przejętych kont, że sprawca korzystał z komputera, którego użytkownikiem była 17-letnia Sandra S.

Przesłuchana 16.04.2010 r. w charakterze podejrzanego Sandra S. przyznała się do popełnienia zarzucanego jej czynu, odmówiła składania wyjaśnień, złożyła wniosek o skierowanie sprawy do mediacji oraz o warunkowe umorzenie postępowania.

W czasie spotkania mediacyjnego, które miało miejsce 28.04.2010 r., zawarto ugodę. Sandra S. przeprosiła Bartosza J. oraz zobowiązała się do przeproszenia do 1.05.2010 r. za pośrednictwem komunikatora *Gadu-gadu* znajomych pokrzywdzonego, z którymi korespondowała tą drogą, podszywając się pod niego, a także (jeszcze tego samego dnia) podania hasła do kont pocztowych, komunikatora *Gadu-gadu* oraz profilu na *Naszej klasie*. Dnia 3.05.2010 r. Bartosz J. złożył wniosek o cofnięcie wniosku o ściganie, w związku z czym dochodzenie zostało umorzone następnego dnia na podstawie art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.

4.3. Prokuratura Rejonowa Warszawa-Praga Północ w Warszawie (7Ds463/10/III/IV)

Prezes zarządu A. SA – firmy prowadzącej jeden z większych sklepów internetowych w Polsce – zgłosił popełnienie na szkodę reprezentowanej przez niego spółki przestępstwa polegającego na blokowaniu serwerów do niej należących, które nastąpiło od 22.05.2010 r. do 26.05.2010 r. Jego przyczyną były ponawiane rozproszone ataki odmowy dostępu usług (dDoS). Wiązało się to ze stratami finansowymi firmy rzędu kilkudziesięciu tysięcy złotych dziennie, gdyż uniemożliwiło składanie zamówień przez potencjalnych klientów sklepu. Dnia 25.05.2010 r. otrzymano wiadomość e-mailową z ofertą „pomocy” w zabezpieczeniu serwerów przed dalszymi atakami w zamian za uiszczenie kwoty 793 USD za pośrednictwem systemu Western Union.

Dnia 28.06.2010 r. wszczęto śledztwo w sprawie usiłowania w dniach 22–26.05.2010 r. „doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w kwocie 793 USD groźbą zamachu na mienie poprzez przeprowadzenie ataku hackerskiego w istotny sposób zakłócającego pracę systemu komputerowego A. SA tj. o przestępstwo z art. 13 § 1 w zw. z 282 k.k. w zb. z 269a k.k.”²⁰⁰. W toku

¹⁹⁹ Uważam, że w tym wypadku miał miejsce rzeczywisty właściwy zbieg przepisów art. 267 § 2 k.k. (sprawca uzyskał dostęp w sposób nieuprawniony do kont pokrzywdzonego) oraz art. 268a § 1 k.k. (sprawca uniemożliwił dostęp pokrzywdzonemu do kont), a w związku z tym należałoby przyjąć kwalifikację prawną z art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

²⁰⁰ Z uwagi na to, że sprawca działań w celu uzyskania korzyści majątkowej, zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 287 § 1 k.k., który wyłącza na zasadzie konsumpcji przepis art. 269a k.k. Jednocześnie trzeba zwrócić uwagę, że sprawca nie osiągnął swojego celu (nie uzyskał korzyści majątkowej w postaci okupu), ale jednocześnie spowodował kilkudniowe zakłócenie pracy systemu informatycznego A. SA. W związku z tym wypełnił znamiona czynu zabronionego z art. 268a § 1 lub art. 269a k.k. Ponieważ zakłócenie przez niego wywołane można określić jako istotne, zastosowanie znajdzie ten drugi przepis. Stąd czyn należałoby, moim zdaniem, zakwalifikować z przepisu art. 13 § 1 w zw. z art. 282 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zb. z art. 269a w zw. z art. 11 § 2 k.k. Natomiast w wypadku, gdy działania sprawcy wyrządziłyby znaczną szkodę, z art. 13 § 1 w zw. z art. 282 w zb. z art. 294 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zb. z art. 269a w zw. z art. 11 § 2 k.k. lub z art. 13 § 1 w zw. z art. 282 w zb. z art. 294 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zb. z art. 268a § 2 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

postępowania przesłuchano osobę odpowiedzialną za monitorowanie i zabezpieczenie serwerów, z których korzystała A. SA. Ustalono, że konto e-mail, z którego pochodziły wiadomości z żądaniem zapłaty, znajdowało się w Szwecji, a drugie konto poczty elektronicznej, z którego wysłana została wiadomość e-mail, należy do spółki z siedzibą w Krakowie, która to spółka zaprzeczyła, jakoby takie konto w ogóle istniało. W związku z powyższym śledztwo zostało umorzone na podstawie art. 322 § 1 k.p.k.

4.4. Prokuratura Rejonowa w Śremie (Ds1372/10/D)

Dnia 20.12.2010 r. Tomasz G. powiadomił policję o podejrzeniu dokonania w dniach 11–12.12.2010 r. włamania na jego konto poczty elektronicznej, a następnie skasowaniu jego profilu na portalu społecznościowym *Nasza klasa*. Dnia 22.12.2010 r. wszczęto dochodzenie w sprawie – jak to błędnie określono – „szkody w bazach danych”, tj. o czyn z art. 268a § 1 w zw. z art. 12 k.k. W toku postępowania ustalono, że sprawcą przestępstwa jest Rafał S. (23 lata, wykształcenie zawodowe, zawód wyuczony: murarz, zatrudniony jako tapicer, kawaler, bezdzietny, niemający nikogo na utrzymaniu, niekarany), który przesłuchany w charakterze podejrzanego 24.01.2011 r. przyznał się do popełnienia zarzuczanych mu przestępstw. Wyjaśnił, iż pokrzywdzony był niegdyś w związku z jego obecną partnerką Joanną D., a na portalu *Nasza klasa* umieścił wspólne ich zdjęcia z okresu, gdy byli jeszcze parą.

Złożono wniosek w trybie art. 335 k.p.k. o skazanie bez przeprowadzenia rozprawy. Sąd 15.02.2011 r. uznał oskarżonego za winnego popełnienia zarzuczanych mu czynów, tj. przestępstw z art. 267 § 1 w zw. z art. 12 k.k. oraz art. 268a § 1 w zw. z art. 12 k.k.²⁰¹, i zgodnie z wnioskiem wymierzył mu za pierwszy czyn karę 4 miesięcy pozbawienia wolności, za drugi – 3 miesiące pozbawienia wolności. Jako karę łączną orzeczono karę 5 miesięcy pozbawienia wolności w zawieszeniu na 2 lata oraz grzywnę wysokości 20 stawek po 20 zł. Ponadto skazany został obciążony kosztami postępowania.

4.5. Prokuratura Rejonowa w Częstochowie (1Ds351/09)

Właściciel firmy PHU Z. R., będącej dostawcą usług internetowych za pośrednictwem sieci radiowej, zgłosił 23.02.2009 r. popełnienie przestępstwa polegającego na nieuprawnionym uzyskiwaniu dostępu do sieci do niego należącej i korzystania z niej bez uiszczania należnych opłat. Dnia 28.02.2009 r. wszczęto dochodzenie w sprawie „uzyskiwania informacji poprzez łącza radiowe od dnia 30.01 do 23.02.2009 r. na szkodę firmy PHU Z. R., tj. czyn z art. 267 § 2 k.k.”. W wyniku prowadzonych czynności ustalono, iż sprawcą czynu był Radosław G. (20 lat, o wykształceniu średnim, zawód wyuczony: technik-handlowiec, kawaler, bezdzietny, niepracujący, pozostający na utrzymaniu rodziców, niekarany). Postawiono mu zarzut uzyskiwania od 30.01.2009 r. do 2.04.2009 r. nieuprawnionego

²⁰¹ Uważam, że w przypadku drugiego czynu należałoby przyjąć kumulatywną kwalifikację prawną z art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

dostępu do sieci radiowej, czym spowodował straty wysokości 2000 zł na szkodę PHU Z. R. Przesłuchany w charakterze podejrzanego 2.04.2009 r. Radosław G. przyznał się do zarzucanego przestępstwa, wyjaśniając, iż niegdyś korzystał z usług firmy PHU Z. R. polegających na dostarczaniu dostępu do Internetu za pośrednictwem sieci radiowej. Z uwagi na sytuację finansową musiał jednak z nich zrezygnować. Za radą znajomego zainstalował w swoim komputerze program do wykrywania i uzyskiwania dostępu do sieci radiowych. Ponieważ sieć firmy PHU Z. R. nie była zabezpieczona przed nieuprawnionym dostępem, za pomocą posiadanego sprzętu i tegoż programu uzyskiwał do niej dostęp i łączył się z Internetem za jej pośrednictwem, nie płacąc przy tym należnych opłat (w postaci abonamentu). Prokurator złożył wniosek w trybie art. 335 k.p.k., w którym zaproponował wymierzenie kary 1 roku pozbawienia wolności w zawieszeniu na 3 lata, grzywny wysokości 20 stawek po 20 zł, oddanie na okres zawieszenia wykonania kary pod dozór kuratora, przepadek dowodu (komputera służącego sprawcy do popełnienia zarzucanego przestępstwa) oraz obciążenie kosztami postępowania. Sąd wyrokiem²⁰² z 9.09.2009 r. warunkowo umorzył postępowanie na okres 2 lat oraz zwolnił oskarżonego z kosztów postępowania na podstawie art. 624 § 1 k.p.k.

4.6. Prokuratura Rejonowa w Pruszkowie (4Ds1632/10)

Dnia 19.11.2010 r. aktor Radosław P. zawiadomił prokuraturę w Pruszkowie o popełnieniu przestępstwa polegającego na założeniu na portalu społecznościowym *Facebook* profilu z jego danymi osobowymi przez nieznanego sprawcę, który podszywał się pod pokrzywdzonego oraz korespondował z jego znajomymi z branży artystycznej. Ponadto sprawca dokonywał wpisów komentujących aktywność podejmowaną przez innych użytkowników na *Facebooku* (umieszczane zdjęcia, komentarze, filmy itp.), czym niejednokrotnie szkodził reputacji i dobremu imieniu pokrzywdzonego. Dnia 29.12.2010 r. wydano postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia w sprawie zmiany zapisu na informatycznym nośniku danych poprzez utworzenie profilu Radosława P. na portalu społecznościowym *Facebook* bez wiedzy i zgody pokrzywdzonego, tj. o czyn z art. 268 § 2 na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.k., z uwagi na brak znamion czynu zabronionego²⁰³.

4.7. Prokuratura Rejonowa w Zakopanem (Ds1057/10/D)

Jarosław P. zgłosił, że nieznaną sprawcę w nieokreślonym precyzyjnie czasie przed 22.03.2010 r. uzyskał dostęp do jego konta poczty elektronicznej, a dzięki temu do konta w grze on-line *Metin2*. Pozbawił postać należącą do pokrzywdzonego

²⁰² W wyroku przyjęto kwalifikację prawną identyczną jak w akcie oskarżenia (art. 267 § 2 k.k.). Natomiast z uwagi na fakt, iż na czyn sprawcy składało się więcej zachowań podjętych w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru uzyskania korzyści majątkowej (poprzez uniknięcie przez sprawcę powstania pasywów wynikających z konieczności uiszczenia opłat za korzystanie z dostępu do Internetu, co sam przyznał), zasadne byłoby przyjęcie następującej kwalifikacji: art. 267 § 2 w zw. z art. 287 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

²⁰³ Obecnie – jak już sygnalizowano – zachowanie sprawcy w takim przypadku mogłoby zostać zakwalifikowane jako tzw. *stalking* (art. 190a § 2 k.k.).

ekwipunku w postaci 3 mieczy, 4 zbroi, 1 hełmu, 2 kolczyków, 2 tarcz, 6 naszyjników, 7 par butów oraz wirtualnych pieniędzy (60 milionów yang).

Dnia 2.04.2010 r. wszczęto dochodzenie w sprawie zamiany hasła dostępu do poczty elektronicznej oraz do konta w grze *Metin2*, ujawnionej 22.03.2010 r. w Zakopanem, na szkodę Jarosława P., tj. o przestępstwo z art. 269b § 1 w zb. z art. 267 § 1 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Sprawcą przestępstwa okazał się Wojciech S. (17 lat, o wykształceniu gimnazjalnym, bez zawodu, niepracujący, będący na utrzymaniu babci, kawaler), który hasła dostępowe uzyskał dzięki użyciu tzw. *keyloggera* (programu zainstalowanego w komputerze ofiary przestępstwa, przechwytyującego hasła i inne dane wpisywane za pomocą klawiatury – stąd nazwa).

Dnia 14.09.2010 r. skierowano do sądu akt oskarżenia, w którym Wojciechowi S. zarzucono pozyskanie przy pomocy *keyloggerów* dostępu do gry on-line *Metin2*, czym działał na szkodę Jarosława P., tj. o czyn z art. 269b § 1 k.k., oraz o uzyskanie bez uprawnienia dostępu do konta poczty elektronicznej Jarosława P. poprzez ominięcie informatycznych zabezpieczeń, a następnie dokonanie zmiany hasła do *Metin2*, przez co utrudnił dostęp do tejże gry pokrzywdzonemu, a następnie pozbawił postać należącą do niej wirtualnego ekwipunku (tj. o czyn z art. 268a § 1 w zb. z art. 267 § 1 w zw. z art. 11 § 2)²⁰⁴.

Sąd w wyroku z 28.12.2010 r. uznał oskarżonego winnym zarzucanych mu czynów. Za pierwszy z nich orzeczona została kara 4 miesięcy ograniczenia wolności oraz praca społeczna w wymiarze 20 godzin miesięcznie. Za drugi czyn wymierzona została kara identycznej wysokości. Jako karę łączną orzeczono 6 miesięcy ograniczenia wolności oraz prace społeczne w wymiarze 20 godzin na miesiąc. Skazany został zwolniony od ponoszenia kosztów postępowania. Ponieważ uchylał się on od wykonania kary, została mu ona wyrokiem z 28.02.2011 r. zamieniona na zastępczą karę 90 dni pozbawienia wolności.

4.8. Prokuratura Rejonowa w Świdnicy (1Ds2266/10/D)

Dnia 20.10.2010 r. do Komendy Wojewódzkiej we Wrocławiu wpłynęło sporządzone przez pełnomocnika banku PKO BP SA zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa na szkodę jego klientów. Przestępstwo polegało na wyłudzeniu od klientów korzystających z serwisów internetowych www.ipko.pl oraz www.inteligo.pl danych służących do logowania w nich oraz numerów kart płatniczych. Służyć temu miały strony internetowe łudząco przypominające wskazane wyżej serwisy banku. Sprawcy udało się w ten sposób wprowadzić w błąd co najmniej kilku klientów banku i za pomocą uzyskanych numerów kart dokonać szeregu

²⁰⁴ Uważam, że kwalifikacje czynów sprawcy powinny wyglądać odmiennie. Po pierwsze – w przypadku pierwszego czynu powinna zostać przyjęta kwalifikacja prawna z art. 267 § 1 k.k. Po drugie – w przypadku drugiego czynu wydaje się, że właściwsze byłoby zastosowanie przepisu art. 267 § 2 k.k., zamiast art. 267 § 1 k.k., gdyż sprawca owszem przełamał zabezpieczenie, ale z drugiej strony nie uzyskał dostępu do informacji – wirtualne „przedmioty” są danymi informatycznymi, ale raczej dyskusyjne jest uznanie ich za informacje. Zatem kwalifikacja powinna wyglądać następująco: art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k. Ponadto uzyskany ekwipunek owszem był wirtualny, ale posiadał określoną wartość rynkową. Jeżeli sprawca przestępstwa działałby w celu uzyskania korzyści majątkowej (np. sprzedaży uzyskanych „przedmiotów” na aukcji internetowej), należałoby jego zachowanie zakwalifikować z art. 267 § 2 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

transakcji w Internecie. Dnia 9.12.2010 r. wszczęto w tej sprawie dochodzenie w kierunku popełnienia przestępstwa z art. 267 § 1 i 2 k.k. (w sprawie nielegalnego uzyskania informacji przez nieustaloną osobę wykorzystującą w tym celu specjalne oprogramowanie)²⁰⁵.

W toku postępowania podjęto szereg czynności, przede wszystkim powołano biegłego w celu dokonania ekspertyzy dysku twardego komputera jednej z pokrzywdzonych osób. Jej celem miało być przede wszystkim ustalenie, czy znajdują się na dysku programy „szczytujące i przekazujące nieuprawnionym osobom dane kart płatniczych banku PKO BP SA”. Biegły w sporządzonej opinii stwierdził, iż z dostarczonego przez bank wraz z zawiadomieniem o podejrzeniu popełnienia przestępstwa wydruku kodu źródłowego fałszywej strony internetowej banku wynika, iż prawdopodobnie na dysku użytkownika znajdował się specjalnie przez sprawcę spreparowany plik *cookie*, który podczas próby zalogowania na stronie banku przekierowywał użytkownika na fałszywą stronę, za pomocą której wymuszane było podanie danych karty płatniczej. Jednocześnie przeprowadzana była weryfikacja ich poprawności. W przypadku podania niepoprawnych danych okno dialogowe nie zamykało się, uniemożliwiając korzystanie z serwisu. Plik prawdopodobnie został umieszczony w systemie pokrzywdzonego za pomocą konia trojańskiego (trojana). Przypuszczalnie za pośrednictwem tego samego konia trojańskiego dane były przekazywane sprawcy. Jednak na dysku dostarczonym do badań biegły nie znalazł ani pliku, ani trojana – plik *cookie* został prawdopodobnie usunięty automatycznie przez przeglądarkę (miała włączoną opcję kasowania tego typu plików po 20 dniach od ich zapisania), a trojan – przez program antywirusowy. Tym samym nie było już żadnych śladów przestępstwa na badanym dysku. W związku z powyższym 18.03.2011 r. dochodzenie umorzono z uwagi na niewykrycie sprawcy, tj. na podstawie art. 322 k.p.k.

4.9. Prokuratura Rejonowa w Oleśnie (1Ds1166/10/D)

Pokrzywdzony Wojciech K. 26.07.2010 r. na portalu aukcyjnym *Allegro* wylicytował telefon *Apple Iphone 3GS* za kwotę 1705 zł (1725 zł po uwzględnieniu kosztów przesyłki). Natychmiast po tym fakcie zadzwoniła do niego z telefonu komórkowego osoba podająca się za sprzedawcę. W trakcie rozmowy sprzedający podał numer rachunku bankowego, na który pokrzywdzony miał wpłacić pieniądze. Był to inny rachunek niż podany na profilu *Allegro* sprzedającego, ale został on przez niego zaproponowany, gdy okazało się, że pokrzywdzony również ma rachunek w tym banku. Umówiono się, że telefon zostanie wysłany pocztą kurierską natychmiast po wpłynięciu pieniędzy na konto sprzedającego, najpóźniej 28.07.2010 r. Dnia 2.08.2010 r. do Wojciecha K. zatelefonował Łukasz O.-W., który poinformował go, że telefon został wylicytowany z konta na *Allegro* do niego należącego, ale nie on go na aukcję wystawił. Zasugerował, że zostało ono przejęte i nieznana mu osoba posłużyła się nim. Łukasz O.-W. o całej sprawie wie stąd, że nie mógł zalogować

²⁰⁵ Wydaje się, że chodzi tutaj raczej o przepis art. 267 § 3 k.k. (przed nowelizacją kodeksu karnego z 2008 r. – art. 267 § 2 k.k.). Uważam jednak, że powinna zostać przyjęta następująca kwalifikacja: art. 267 § 1 w zb. z art. 287 § 1 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. Sprawca bowiem po ominięciu zabezpieczenia uzyskał dostęp do informacji, do których nie był uprawniony, czyli dane kart płatniczych, a następnie przy ich użyciu skorzystał ze środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach pokrzywdzonych.

się na konto i skontaktował się z obsługą serwisu *Allegro*, która poinformowała go o możliwości przejścia konta przez osobę trzecią.

Wojciech K. tego samego dnia złożył zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa na jego szkodę. Dnia 2.09.2010 r. wszczęto dochodzenie w sprawie oszustwa na kwotę 1725 zł przy sprzedaży telefonu marki *Apple iPhone 3GS*, dokonanego 26.07.2010 r. za pośrednictwem portalu aukcyjnego *Allegro*, na szkodę Wojciecha K., tj. o czyn z art. 286 § 1 k.k.

Równolegle wszczęte dochodzenie (prowadzone przez Komendę Rejonową Policji Warszawa IV (1ds1359/10)) w sprawie nieuprawnionej ingerencji w dane informatyczne 23.07.2010 r. – konto na portalu *Allegro* zarejestrowane na Łukasz O.-W. z jednoczesnym przełamaniem zabezpieczeń informatycznych tego konta, tj. o przestępstwo z art. 268a § 1 k.k., postanowiono dołączyć do omawianego postępowania. Powodem takiej decyzji było oczywiście wysokie prawdopodobieństwo, że obu czynów dokonał ten sam sprawca. Postępowanie prowadzono w sprawie popełnienia przestępstwa z art. 268a § 1 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.²⁰⁶

W toku omawianego postępowania przeprowadzono szereg czynności mających na celu ustalenie osoby sprawcy. W pierwszej kolejności zwrócono się do QXL Poland sp. z o.o. (właściciela portalu *Allegro*) o podanie numeru IP, z jakiego logował się sprawca do portalu *Allegro*. Po jego uzyskaniu próbowano od dostawcy usług internetowych, do którego puli należał wskazany adres IP, uzyskać dane użytkownika, który korzystał z tego adresu. Ten jednak nie był w stanie określić, komu przypisany był ten numer w czasie popełnienia przestępstwa. Niemożliwe okazało się ustalenie, do kogo należał numer telefonu, z którego sprawca korzystał, kontaktując się z pokrzywdzonym, gdyż okazało się, że był to numer przyporządkowany do karty *prepaid*. Analogiczna sytuacja miała miejsce w przypadku numeru rachunku bankowego, którym sprawca się posłużył – z danych udostępnionych przez WBK Bank Zachodni SA wynikało, iż było to konto typu *prepaid*. W związku z powyższym dochodzenie zostało umorzone z powodu niewykrycia sprawcy, tj. na podstawie art. 322 § 1 k.p.k.

4.10. Prokuratura Rejonowa w Braniewie (Ds463/09/D)

Dnia 14.02.2009 r. na Komendę Miejską Policji w Koszalinie zgłosiła się Aneta R. w celu zgłoszenia popełnionego przestępstwa. Nieznany sprawca 30.12.2008 r. włamał się na jej konto w portalu *Nasza klasa*, zmienił dane osobowe, umieszczał zdjęcia pornograficzne oraz obraźliwe komentarze. Ponadto korespondował w jej imieniu z jej znajomymi, składając im niedwuznaczne propozycje. Dnia 16.03.2009 r. wszczęto dochodzenie w sprawie dokonania bez uprawnienia zmian w profilu użytkownika Anety R. na portalu *Nasza klasa* oraz zamieszczania tam treści ją znieważających, tj. przestępstwo określone w art. 268a § 1 w zb. z art. 216 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.²⁰⁷

²⁰⁶ W opisie czynu pominięto fakt, że sprawca uzyskał nieuprawniony dostęp do profilu na *Allegro*. Stąd jego zachowanie należało zakwalifikować z art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 286 § 1 w zw. z art. 11 § 2 k.k.

²⁰⁷ W kwalifikacji tej – podobnie jak w przypadku wcześniej omawianej sprawy – nie uwzględniono fragmentu czynu w postaci uzyskania przez sprawcę dostępu do profilu pokrzywdzonej (art. 267 § 2 k.k.). Powinna ona się przedstawiać następująco: art. 267 § 2 w zb. z art. 268a § 1 w zb. z art. 216 § 2 w zw. z art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k.

W toku postępowania ustalono, że sprawca logował się do konta Anety R. z komputera należącego do Huberta P., zamieszkałego w Pieniężnie. Okazało się, że sprawczyniami włamania do konta Anety R. były jego córka Amanda P. (wiek 15 lat, uczennica gimnazjum) oraz jej koleżanka Aneta R. (wiek 15 lat, uczennica gimnazjum). W związku z tym, że obie były nieletnie, sprawę przekazano według właściwości do dalszego prowadzenia Wydziałowi Rodzinnemu i Nieletnich Sądu Rejonowego w Braniewie. W trakcie wysłuchania nieletnie zeznały, iż na konto pokrzywdzonej dostały się przez przypadek, próbując uzyskać dostęp do konta jednej z nich. Prawdopodobnie pomyliły litery, wpisując hasło. Stwierdziły, iż dokonując modyfikacji konta pokrzywdzonej, działały pod wpływem chwili, zapewne sądząc, że robią po prostu żart, działając w poczuciu bezkarności, nie zdając sobie sprawy, iż mogą grozić im jakieś konsekwencje, a tym bardziej że ich zachowanie wypełnia znamiona przestępstwa.

Dnia 29.07.2009 r. Sąd Rejonowy w Braniewie wydał postanowienie o zastosowaniu środków wychowawczych wobec Anety R. i Amandy P. w postaci upomnienia (art. 6 pkt 1 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich²⁰⁸). Jednocześnie orzeczono o zwrocie dowodu rzeczowego (komputera) rodzicom nieletniej Amandy P. oraz o nieobciążaniu ich kosztami postępowania.

²⁰⁸ Ustawa z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 33, poz. 178 ze zm.).

Summary

Filip Radoniewicz – *Criminal liability for the offence of hacking*

This report presents the results of research conducted in 2012 on hacking in the broad sense (prohibited acts described in the provisions of Art. 267–269b of the Criminal Code). It consists of four basic parts.

The first part contains an analysis of the statutory features of prohibited acts typified in the provisions of Art. 267 § 1–4, Art. 268 § 1–3, Art. 268a § 1–2, Art. 269 § 1–2, Art. 269a and art. 269b § 1 of the Criminal Code. It also discusses the problems of concurrence of the aforementioned provisions, the choice of penalty and the mode of prosecution.

The second part presents the results of nationwide empirical research on hacking, under which preparatory proceedings files registered in universal prosecution organization units in 2009–2010 were analysed.

The third part presents the conclusions from both analysis of statutory features of prohibited acts being the subject of this report and the conducted research.

Finally, the fourth part presents the facts of selected cases.

Patrycja Kozłowska–Kalisz, Joanna Piórkowska–Flieger*

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 2011 r.

Niniejszy przegląd obejmuje dwanaście orzeczeń Sądu Najwyższego, które zapadły w pierwszym półroczu 2011 r. Wybrano w nim orzeczenia, w których Sąd Najwyższy wypowiadał się w kwestiach dotyczących zagadnień z zakresu prawa karnego materialnego. Orzeczenia te odnosiły się do wykładni nie tylko przepisów i instytucji obowiązującego kodeksu karnego¹, ale również przepisów pozakodeksowych (ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii²). Wśród najczęściej poddawanych przez Sąd Najwyższy analizie instytucji prawa karnego w tym okresie znalazła się problematyka orzekania kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W przeglądzie posłużono się metodą chronologicznego przedstawiania wybranych orzeczeń.

STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTWA OSZUSTWA

Postanowienie Sądu Najwyższego z 4.01.2011 r. (III KK 181/10)³

- „1. Przestępstwo oszustwa określone w art. 286 § 1 k.k. jest przestępstwem umyślnym, zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Charakterystyczny dla strony podmiotowej tego przestępstwa zamiar bezpośredni powinien obejmować zarówno cel działania sprawcy, jak i sam sposób działania zmierzającego do zrealizowania tego celu.
2. Przypisanie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. wiąże się z wykazaniem, że sprawca obejmował swoją świadomością i zamiarem bezpośrednim kierunkowym wprowadzenie w błąd innej osoby oraz to, że doprowadza ją w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem”.

Postanowienie Sądu Najwyższego dotyczy zagadnień strony podmiotowej przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k. *Prima facie* wydawać by się mogło, że problematyka

* Dr Patrycja Kozłowska–Kalisz i dr Joanna Piórkowska–Flieger są adiunktami na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie–Skołodowskiej w Lublinie.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jak k.k.

² Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 124 ze zm.), dalej jako u.p.n.

³ OSNKW 2011/3, poz. 27, „Biuletyn SN” 2011/3, s. 21.

ta nie powinna budzić większych trudności interpretacyjnych w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych. Wśród komentatorów nie istnieją też wątpliwości, że przestępstwo oszustwa może być popełnione tylko umyślnie, a ze względu na cel osiągnięcia korzyści majątkowej – w zamiarze bezpośrednim (przestępstwo kierunkowe)⁴. W powołanej sprawie sąd okręgowy w uzasadnieniu swojego wyroku wyraził jednak pogląd, że z dyspozycji art. 286 § 1 k.k. wynika, że zamiarem bezpośrednim (kierunkowym) objęte jest znamię działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej rozumianej zgodnie z dyspozycją art. 115 § 4 k.k., inne zaś znamiona przestępstwa, a więc przede wszystkim niekorzystne rozporządzeniem mieniem przez pokrzywdzonego, mogą być objęte zamiarem ewentualnym. Zauważyć należy, że już na gruncie kodeksu karnego z 1969 r.⁵ Sąd Najwyższy wypowiadał się co do konieczności objęcia zamiarem bezpośrednim wszystkich ustawowych znamion przestępstwa oszustwa. Dla przykładu w wyroku z 22.11.1973 r.⁶ SN stwierdził, że: „Elementy przedmiotowe oszustwa muszą się mieścić w świadomości sprawcy i muszą być objęte jego wolą. Sprawca nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową, lecz musi także chcieć w tym celu użyć określonego sposobu działania lub zaniechania. Jeżeli jeden z tych elementów nie jest objęty świadomością – nie ma oszustwa i jeśli któregoś z nich sprawca nie chce, lecz tylko nań się godzi – również nie ma oszustwa. Oszustwo może być przestępstwem popełnionym tylko umyślnie z zamiarem bezpośrednim, kierunkowym, obejmującym cel i sposób działania”⁷. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 4.01.2011 r. trafnie więc zakwestionował przyjęte przez sąd okręgowy zapatrywanie. Interpretacja znamion przestępstwa z art. 286 k.k. prowadzi bowiem do wniosku, że czynnościom wykonawczym sprawcy powinien towarzyszyć zamiar bezpośredni i to w odniesieniu do wszystkich płaszczyzn kwalifikacji zachowania z tego przepisu. W uzasadnieniu postanowienia podkreślono, że charakterystyczny dla strony podmiotowej przestępstwa oszustwa zamiar bezpośredni powinien obejmować zarówno cel działania sprawcy, jak i sam sposób działania zmierzającego do zrealizowania tego celu. Sprawca musi chcieć użyć takiego właśnie sposobu działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i cel ten musi stanowić punkt odniesienia przy realizowaniu każdego ze znamion przedmiotowych przestępstwa. Strona podmiotowa przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. wymaga więc wykazania, że sprawcy towarzyszył zamiar bezpośredni kierunkowy zarówno w zakresie wprowadzenia w błąd innej osoby, jak i doprowadzenia jej w ten sposób do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. W płaszczyźnie woluntatywnej zamiar oszustwa musi się więc sprowadzić do chęci przedsięwzięcia zachowania zmierzającego do wywołania błędu, wyzyskania błędu lub wyzyskania niezdolności osoby rozporządzającej mieniem do należytego pojmowania przedsiębranego działania, chęci doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez

⁴ Tak M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363*, A. Zoll (red.), Kraków 2006, t. 3, s. 299; M. Kulik w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2013, s. 664; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 517; M. Gałązka w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiaka (red.), Warszawa 2012, s. 1206; B. Michalski w: *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz do artykułów 222–316*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, t. 2, s. 1148; M. Szwarczyk w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2009, s. 647; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 548.

⁵ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

⁶ Wyrok SN z 22.11.1973 r. (III KR 278/73), OSNPG 1974/7, poz. 81.

⁷ Tak też w wyroku SN z 16.01.1980 r. (V KRn 317/79), OSNPG 1980/5, poz. 81.

osobę, w stosunku do której sprawca podejmuje działania wprowadzające w błąd, zaniechania poinformowania o pozostawianiu przez tę osobę w błędnym przekonaniu lub zachowania polegającego na wyzyskaniu jej niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania oraz chęci osiągnięcia przy pomocy obu opisanych wyżej zachowań korzyści majątkowej⁸. Stanowisko takie znajduje też potwierdzenie w licznych innych orzeczeniach Sądu Najwyższego, zapadłych już na gruncie obowiązującego kodeksu karnego⁹. Tak więc, jeśli realizacji jakiegokolwiek znamienia przedmiotowego oszustwa, choć objętego świadomością sprawcy, sprawca nie chce, lecz tylko na jego wystąpienie się godzi, o oszustwie nie może być mowy. W aprobującej glosie do analizowanego postanowienia Z. Kukuła¹⁰ słusznie zauważył, że przyjęcie koncepcji oszustwa popełnionego w zamiarze ewentualnym jest nie do zaakceptowania także z dwóch powodów. **Po pierwsze**, prowadziłyby to do naruszenia pewności prawa jako pozostającej w sprzeczności z gwarancyjną rolą prawa karnego (z zasadą *nullum crimen sine lege certa*). Gdyby bowiem zamierzaniem ustawodawcy było objęcie kryminalizacją oszustw popełnianych w zamiarze ewentualnym, konstrukcja przepisu art. 286 k.k. byłaby przecież zgoda odmienna. **Po drugie**, nadmierna kryminalizacja na płaszczyźnie życia gospodarczego (bo w tej właśnie sferze oszustwa są popełniane najczęściej) godzi w zasadę *ultima ratio* prawa karnego. Zdaniem glosatora „karanie za oszustwo w zamiarze ewentualnym przerosłoby się w karanie przedsiębiorców za powstanie długów, których przyczyna leży nie do końca w ich winie, a dokładniej – za podejmowanie samego ryzyka w działalności gospodarczej, które jest jej nieodłącznym elementem”¹¹.

PODOBIEŃSTWO PRZESTĘPSTW JAKO OKOLICZNOŚĆ OBCIĄŻAJĄCA PRZY WYMIERZANIU KARY ŁĄCZNEJ

Postanowienie Sądu Najwyższego z 5.01.2011 r. (II KK 172/10)¹²

„Nie można przyjąć, że podobieństwo popełnianych przestępstw zawsze stanowi okoliczność łagodzącą w sprawie, ponieważ może również świadczyć o niepoprawności sprawcy i jego konsekwencji, czy wręcz premedytacji w dążeniu do łamania porządku prawnego”.

Przedstawione w postanowieniu z 5.01.2011 r. stanowisko Sądu Najwyższego w odniesieniu do prawnokarnej oceny sytuacji, w której przypisuje się sprawcy popełnienie przestępstw podobnych, zasługuje zasadniczo na aprobatę. Zauważyć należy, że pogląd ten Sąd Najwyższy wypowiedział na gruncie analizy prawidłowości

⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas w: *Kodeks karny...*, s. 300.

⁹ Por. wyrok SN z 14.01.2004 r. (IV KK 192/03), LEX nr 84458; wyrok SN z 13.01.2010 r. (II KK 150/09), „Biuletyn Prawa Karnego” 2010/2, poz. 6; wyrok SN z 4.06.2009 r. (WA 16/09), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2009, poz. 1253; wyrok SN z 11.02.2009 r. (III KK 245/08), „Orzecznictwo, Prokuratura i Prawo” 2009/7–8, poz. 8; wyrok SN z 19.07.2007 r. (V KK 384/06), „Biuletyn Prawa Karnego” 2007/14, poz. 33; wyrok SN z 3.07.2007 r. (II KK 327/06), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2007, poz. 1498.

¹⁰ Z. Kukuła, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 2011 r. III KK 181/10*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2011/3, s. 63–67.

¹¹ Z. Kukuła, *Glosa do postanowienia...*, s. 67.

¹² OSNKW 2011/2, poz. 13, „Biuletyn SN” 2011/2, s. 12.

orzekania kary łącznej i jej wymiaru, podkreślając, że to właśnie sąd wydający wyrok łączny ma możliwość „dostrzec” pełnię osądzonej działalności przestępczej skazanego, która była uprzednio przedmiotem rozstrzygania w różnym czasie przez różne sądy, i tę właśnie okoliczność sąd powinien uwzględnić przy ustalaniu wysokości kary łącznej. Skazanie zaś sprawcy różnymi wyrokami za przestępstwa podobne, pozostające w zbiegu realnym, a następnie konieczność połączenia kar i wymierzenia kary łącznej w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego rodzi potrzebę uwzględnienia dyrektyw wymiaru tej kary. Zauważyć przy tym trzeba, że aktualnie w literaturze przeważający jest pogląd, iż wydanie wyroku łącznego może zasadniczo doprowadzić do pogorszenia sytuacji prawnej skazanego, a instytucja kary łącznej nie jest i nie powinna być formą łagodzenia represji karnej¹³. Także orzecznictwo sądowe, choć na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. w tej kwestii niejednolite¹⁴, aktualnie wydaje się to zaprzeczanie potwierdzać¹⁵. Fakt, że sprawca popełnił przestępstwa podobne, za które został skazany, powinien stanowić okoliczność, którą sąd wymierzający karę łączną jest zobowiązany uwzględnić, określając jej wymiar. Wątpliwe jest natomiast przyjęcie – które zdaje się wynikać z treści powołanego postanowienia – że podobieństwo popełnianych przestępstw może niekiedy być potraktowane jako okoliczność łagodząca w sprawie, uwzględniana na korzyść sprawcy. Wydaje się, że przeciwnie – popełnienie przestępstw podobnych zawsze musi zostać ocenione jako okoliczność obciążająca sprawcę, przemawiająca na jego niekorzyść. Biorąc bowiem pod uwagę przyjętą przez ustawodawcę w art. 115 § 3 k.k. definicję przestępstwa podobnego i kryteria takiego podobieństwa (tożsamość rodzajowa, zastosowanie przy popełnieniu przestępstwa przemocy lub groźby jej użycia, cel osiągnięcia korzyści majątkowej), może budzić wątpliwości, czy jest w ogóle możliwe uznanie, że popełnienie przestępstw w takich warunkach (tj. ich podobieństwa) może kiedykolwiek uzasadniać łagodniejsze potraktowanie sprawy. Przeczy temu chociażby analiza ustawowych konsekwencji popełnienia przestępstw podobnych, które zawsze wiążą się z bardziej dolegliwym skutkiem dla sprawcy – podobieństwo przestępstw jest przecież przesłanką tzw. recydywy specjalnej podstawowej (art. 64 § 1 k.k.), uzasadnia zarządzenie kary warunkowo zawieszanej (art. 75 § 1 k.k.). Widać zatem, że ustawodawca traktuje podobieństwo przestępstw jako sytuację uzasadniającą surowszą ocenę sprawy i jego postawy wobec zasad porządku prawnego. Tym samym słuszne jest stwierdzenie zawarte w tezie postanowienia z 5.01.2011 r., że popełnienie przestępstw w warunkach podobieństwa świadczy o niepoprawności sprawcy i jego konsekwencji, premedytacji w dążeniu do łamania porządku prawnego; wydaje się, że świadczy o tym zawsze, a zatem nigdy nie może być podstawą uznania, że skoro sprawca popełnił on przestępstwa podobne, zasługuje na łagodniejsze prawnokarne potraktowanie.

¹³ J. Giezek w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red.), Warszawa 2012, s. 543–544; P. Kardas w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2007, t. 1, s. 928.

¹⁴ Por. np. wyrok SN z 28.10.1993 r. (III KRn 238/93), OSNKW 1994/1–2, poz. 11; postanowienie SN z 18.03.1981 r. (VI KZP 5/81), OSNPG 1981/5, poz. 43.

¹⁵ Por. postanowienie SN z 3.11.2003 r. (IV KK 295/02), OSNKW 2004/1, poz. 7; postanowienie SN z 1.02.2002 r. (V KK 73/02), LEX nr 56827; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8.02.2011 r. (II AKa 14/11), KZS 2011/5, poz. 43.

STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTW PRZECIWKO ŻYCIU I ZDROWIU – PROBLEMATYKA ZAMIARU OGÓLNEGO

Wyrok Sądu Najwyższego z 13.01.2011 r. (II KK 188/10)¹⁶

- „1. Biegły nie określa kwalifikacji prawnej czynu, a jedynie ustala rodzaj obrażeń i stopień naruszenia czynności narządów ciała, co pozwala sądowi na prawidłowe zakwalifikowanie zachowania sprawcy.
2. Nie budzi wątpliwości, że przyjmowanie tzw. zamiaru ogólnego przy przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu wymaga, gdy chodzi o art. 156 § 1 k.k., aby zamiar sprawcy obejmował nie jakiekolwiek naruszenie czynności narządów ciała lub rozstrój zdrowia, ale w aspekcie choćby ewentualnym ciężki uszczerbek na zdrowiu, w tym wynikający np. ze sposobu działania sprawcy. Ponadto między zachowaniem sprawcy a tym skutkiem musi istnieć związek przyczynowy, choć oczywiście nie jest wymagane uświadomienie sobie przez niego dokładnego przebiegu tego związku”.

Wyrok Sądu Najwyższego z 13.01.2011 r. dotyczy problematyki strony podmiotowej przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, w szczególności postaci zamiaru przypisywanego sprawcom takich przestępstw. Zagadnienie to ma doniosłe praktyczne znaczenie i niejednokrotnie budzi wątpliwości interpretacyjne, widoczne także w orzecznictwie sądowym. Przeprowadzana w powołanym wyroku analiza prawna odnosiła się do kwalifikacji zachowania sprawcy z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. w kontekście właściwego rozpoznania strony podmiotowej sprawcy tego przestępstwa. Sądy obu instancji nie dokonały prawidłowej analizy znamion subiektywnych, przyjmując kwalifikację z art. 156 § 1 pkt 2 k.k. *de facto* w oparciu o ocenę spowodowanego przez sprawcę skutku („silne kopnięcie podbiciem obutej stopy w unieruchomioną łydkę oznacza, że sprawca co najmniej godził się na spowodowanie tych obrażeń, które spowodował”). Nie budzi żadnych wątpliwości w literaturze karnistycznej, że przestępstwo określone w art. 156 § 1 k.k. może być popełnione tylko umyślnie, zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i z zamiarem wynikowym (ewentualnym), przy czym sprawca musi obejmować świadomością przynajmniej możliwość spowodowania swoim zachowaniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu innej osoby i chcieć takiego skutku albo na nastąpienie takiego skutku się godzić. Podkreśla się jednak, że postać ciężkiego uszkodzenia ciała, wymieniona w art. 156 § 1 pkt 1 lub 2 k.k., nie musi już być sprecyzowana w świadomości sprawcy, bowiem spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przybrać może postać zamiaru ogólnego¹⁷. Dla przykładu w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8.02.2001 r.¹⁸ stwierdzono, że: „Przy umyślnych uszkodzeniach ciała przyjmuje się tak zwany zamiar

¹⁶ OSNKW 2011/2, poz. 17, „Biuletyn SN” 2011/2, s. 13.

¹⁷ A. Zoll w: *Kodeks karny. Część szczególna...*, t. 2, s. 338; M. Budyn-Kulik w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2013, s. 361; K. Wiak w: *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2012, s. 785; por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 26.02.2002 r. (II AKa 18/02), „Prokuratura i Prawo” 2004/4, poz. 21.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8.02.2001 r. (II AKa 36/01), „Prokuratura i Prawo” 2002/3, poz. 15 (dodatek).

ogólny, który obejmuje faktycznie powstałe następstwa zadanych umyślnie obrażeń, zakłada się bowiem, że sprawca nie mógł mieć świadomości dokładnego obrazu wszystkich następstw swego działania, ale działał on ze świadomością możliwości powstania daleko sięgającej krzywdy biorąc pod uwagę rodzaj użytego narzędzia, liczbę i siłę uderzeń, odporność ofiary itp.”. Konstrukcja tzw. zamiaru ogólnego (*dolus generalis*) zakłada, że sprawca swoją wolą obejmuje jedynie bardzo ogólnie wyobrażone skutki, odpowiada zaś za ten, który faktycznie wywołał¹⁹. Współcześnie formuła ta w swej klasycznej postaci nie ma oparcia normatywnego, trudno ją też pogodzić z zasadą subiektywnej odpowiedzialności.

Ta teoretyczna postać zamiaru wiązana jest tradycyjnie z typami czynu zabronionego, w których istotne są elementy ilościowe (wielkościowe) relatywizujące osiągnięcie określonej ilości (wielkości) do kwalifikacji zachowania sprawcy²⁰. Zauważyć jednak należy, że w świetle art. 9 § 1 k.k. zamiar obejmuje albo chęć popełnienia czynu zabronionego, albo zgodę na takie popełnienie, co zakłada, że konstrukcja tzw. zamiaru ogólnego musi mieścić się w normatywnym ujęciu zamiaru, określonym w tym przepisie. Tak więc popełniając przestępstwo z art. 156 § 1 k.k., sprawca musi obejmować swoją świadomością przynajmniej możliwość, że swoim zachowaniem spowoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonego i do osiągnięcia takiego skutku dążyć lub się na niego godzić. Dopuszczenie w takich wypadkach tzw. zamiaru ogólnego oznacza więc tyle, że sprawca nie musi chcieć czy godzić się na spowodowanie konkretnego skutku wymienionego przez ustawodawcę w treści art. 156 § 1 k.k. ani zakładać z góry czasu trwania skutku²¹. O przyjęciu umyślnego przestępstwa materialnego decyduje tu – w warstwie subiektywnej – to, że sprawca uświadamia sobie możliwość urzeczywistnienia skutku decydującego o bycie danego przestępstwa, a nie jakiegoś nieokreślonego skutku, i ma zamiar jego urzeczywistnienia (w kontekście choćby zamiaru ewentualnego)²². W związku z tym dla przyjęcia popełnienia przez sprawcę przestępstwa uszkodzenia ciała z art. 156 k.k. konieczne jest wykazanie, że sprawca uświadamiał sobie możliwość spowodowania np. pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy lub zdolności płodzenia i tego chcieć lub godzić się – nie wystarczy założenie, że godził się na jakiegokolwiek uszkodzenia ciała w ogóle. Słusznie więc Sąd Najwyższy przyjął, że tzw. zamiar ogólny przy przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu wymaga jednak, gdy chodzi o art. 156 § 1 k.k., aby zamiar sprawcy obejmował nie jakiegokolwiek naruszenie czynności narządów ciała lub rozstrój zdrowia, ale w aspekcie choćby ewentualnym ciężki uszczerbek na zdrowiu, w tym wynikający np. ze sposobu jego działania. Ponadto, między zachowaniem sprawcy, a owym skutkiem, musi istnieć związek przyczynowy, choć oczywiście nie jest wymagane uświadomienie sobie przez niego dokładnego przebiegu tego związku. Tak więc sprawca przestępstwa umyślnego swoją świadomością i wolą objąć powinien wszystkie znamiona czynu zabronionego, w tym także wymagany dla przestępstw materialnych konkretny skutek²³. Kwestią oczywistą jest też to – co Sąd Najwyższy słusznie podkreślił

¹⁹ A. Marek, *Prawo karne...*, s. 135–136.

²⁰ Por. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 317.

²¹ Por. M. Budyn-Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 361.

²² Por. K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 317.

²³ Por. też postanowienie SN z 3.01.2006 r. (II K 80/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/5, poz. 6 (dodatek).

– że o tym, czy sprawca wypełnił swym zachowaniem dyspozycję jakiegokolwiek przepisu, nie może decydować opinia biegłego. To nie biegły przesądza o zakwalifikowaniu wywołanego przez działanie oskarżonego skutku z określonego przepisu prawa, a jedynie podany przez niego rodzaj obrażeń i naruszenie przez nie czynności narządów ciała, w tym wywołanie ciężkiego uszczerbku, ma pozwolić sądowi na prawidłowe zakwalifikowanie zachowania sprawcy.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ GWARANTA ZA KONKRETNE NARAŻENIE NA NIEBEZPIECZEŃSTWO UTRATY ŻYCIA LUB CIĘŻKIEGO USZCZERBKU NA ZDROWIU

Postanowienie Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. (IV KK 356/10)²⁴

„Zakres obowiązków ciążyących na gwarancie (art. 160 § 2 k.k.) musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania”.

Teza powołanego postanowienia Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. stanowi w istocie powtórzenie tezy z wyroku tego sądu z 8.06.2010 r.²⁵ Orzeczenia te odnoszą się do problematyki odpowiedzialności karnej za konkretne narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w szczególności w sytuacji, gdy za stan tego bezpośredniego niebezpieczeństwa czy też znaczące jego zwiększenie odpowiedzialność ponosić ma gwarant. Penalizacją na podstawie art. 160 k.k. objęte jest każde działanie albo zaniechanie, które stwarza bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, tzn. zmienia sytuację z bezpiecznej na taką, w której występuje bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia człowieka w zakresie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu; skutek ten będzie mieć miejsce także wówczas, gdy sprawca swoim zachowaniem zwiększy zagrożenie dla już istniejącego bezpośredniego niebezpieczeństwa²⁶. Kwalifikowany typ tego przestępstwa dotyczy narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osoby, wobec której sprawca ma szczególnie obowiązek opieki (art. 160 § 2 k.k.), przy czym podnosi się w literaturze, że ze względu na treść art. 160 § 2 k.k. przestępstwo określone w art. 160 § 1 k.k. może być popełnione tylko przez działanie, zaś przestępstwo określone w art. 160 § 2 k.k. może być popełnione zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie, bowiem zaniechanie jest podstawą odpowiedzialności za spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa tylko wtedy, gdy na sprawcy ciążył prawny szczególnie obowiązek zapobiegnięcia narażeniu na niebezpieczeństwo²⁷. Jako że powołane typy

²⁴ OSNKW 2011/2, poz. 18, „Biuletyn SN” 2011/2, s. 13.

²⁵ Wyrok SN z 8.06.2010 r. (III KK 408/09), LEX nr 598846.

²⁶ M. Bielski, *Prawokarnie przypisanie skutku w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r.*, V KK 37/04, „Przegląd Sądowy” 2005/4, s. 119; A. Zoll w: *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 381.

²⁷ A. Zoll w: *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 379; M. Budyn-Kulik w: *Kodeks karny...*, s. 370; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 9.03.1995 r. (II Akc 40/95), „Prokuratura i Prawo” 1995/6, poz. 23.

przestępstw należą do kategorii konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, oczywiste jest też, że kwalifikacja z któregośkolwiek paragrafu art. 160 k.k. może mieć miejsce wtedy tylko, gdy ustalony zostanie stan bezpośredniego niebezpieczeństwa rozumianego jako pewna obiektywna sytuacja, czyli pewien szczególny układ rzeczy i zjawisk, z którego rozwojem zachodzi wysokie prawdopodobieństwo nastąpienia uszczerbku w dobru prawnym. Niebezpieczeństwem jest bowiem taki szczególny układ sytuacyjny, z którego wynika wysokie prawdopodobieństwo wystąpienia uszczerbku dla dobra prawnego, ale który jednocześnie nie musi, a jedynie może doprowadzić do naruszenia tego dobra²⁸. Z kolei określając bezpośredniość niebezpieczeństwa, wskazuje się na takie jego cechy jak natychmiastowość, realność, konkretne istnienie w sytuacji już stworzonej przez sprawcę, bez jego dalszych możliwych działań²⁹. Powyższe uwagi wyznaczają zakres badania w kontekście kwalifikacji z przepisu art. 160 k.k. Powołane postanowienie Sądu Najwyższego z 19.01.2011 r. zapadło na gruncie rozpoznania sprawy, w której zarzuty dotyczyły zaniechania (poprzez brak nadzoru, niedopełnienie obowiązków), a przez to narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, co w konsekwencji doprowadziło do śmiertelnego wypadku. Zdaniem sądu w okolicznościach faktycznych danej sprawy nie było możliwe przypisanie oskarżonym popełnienia przestępstwa z art. 160 § 1 k.k., jako że przestępstwo to może zostać popełnione wyłącznie przez działanie, a tymczasem oskarżonym zarzucano bezczynność prowadzącą do nieszczęśliwego wypadku; przyjęto natomiast, że wszystkie osoby wskazane w akcie oskarżenia spełniały funkcję gwaranta z art. 160 § 2 k.k. Sąd Najwyższy wskazał jednak, że żadnej z tych osób nie można przypisać, iż mając ku temu wszelkie możliwości i znając zagrożenie, zaniechała podjęcia ciężącego na nich obowiązku w sposób zawiniony, który mógłby doprowadzić do zmniejszenia lub wyeliminowania stanu zagrożenia. Nie było więc możliwe obiektywne przypisanie im skutku w postaci wystąpienia bezpośredniego niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, jako że warunki odpowiedzialności karnej gwaranta za przestępstwo materialne nie zostały w realiach tej sprawy spełnione. Można bowiem – zdaniem sądu – przypisać gwarantowi skutek będący znamieniem przestępstwa popełnionego z zaniechania tylko wtedy, gdy skutek ten był przewidywalny, a niebezpieczeństwo dla dobra prawnego rozpoznawalne. Stąd też wniosek wypowiedziany w tezie powołanego postanowienia Sądu Najwyższego, że zakres obowiązków ciężących na gwarancie musi być definiowany w odniesieniu do tego momentu czasowego, w którym on działa, w oparciu o wtedy dostępne mu informacje o okolicznościach stanu faktycznego. W odniesieniu do tego momentu formułowane powinny być wnioski co do zakresu realizacji tychże obowiązków i niebezpieczeństw, które wynikać mogą z ich zaniechania. Gwarant bowiem ma obowiązek podjąć wszystkie takie działania, które w określonym, konkretnym układzie sytuacyjnym, w jakim funkcjonuje, są według zasad wynikających z aktualnego stanu wiedzy wymagane jako dające szansę na wyeliminowanie niebezpieczeństwa³⁰. W głosie do powołanego

²⁸ Por. M. Bielski, *Prawnokarne przypisanie...*, s. 123.

²⁹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 4.10.2007 r. (II AKa 132/07), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007/12, poz. 53.

³⁰ Por. J. Wyrembak, *Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2004 r.*, V KK 37/04, „Prawo i Medycyna” 2005/3, s. 148–149.

postanowienia H. Kuczyńska³¹, dzieląc co do zasady słuszną rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, zwróciła jednak uwagę na konieczność dodatkowego rozważania możliwości przypisania w analizowanym stanie faktycznym (jak i w stanach podobnych) przestępstwa z art. 160 § 3 k.k., jakim jest nieumyślne doprowadzenie do stanu zagrożenia powodującego bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Autorka słusznie zauważyła, że ryzyko odpowiedzialności karnej wynikającej z niezrealizowania obowiązków po stronie osób wykonujących funkcje publiczne w zakresie np. odśnieżania, naprawy dróg, wyburzania wałących się budynków, powodujących realne stany zagrożenia dla zdrowia czy życia, jest bardzo aktualne. W takich sytuacjach H. Kuczyńska proponuje stosowanie w praktyce teorii oparcia odpowiedzialności karnej z art. 160 § 3 k.k. na zachowaniu niezgodnym z prawem, uzależniającej odpowiedzialność od spowodowania nie każdego niebezpieczeństwa, ale takiego, które jest „zabronione”, „prawnie potępiane”. To właśnie kryterium bezprawności w zachowaniu sprawcy wyznaczałoby granicę oddzielającą zaniechanie przestępne od zaniechania, które nie prowadzi do odpowiedzialności karnej. Choć takie stanowisko wprowadza dodatkowe, pozaustawowe (i zawężające) kryterium przypisywania realizacji znamion czynu zabronionego, to w wymiarze praktycznym na pewno ułatwiałoby stosowanie art. 160 § 3 k.k.³²

PENALIZACJA POSIADANIA ŚRODKA ODURZAJĄCEGO LUB SUBSTANCJI PSYCHOTROPOWEJ

Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 27.01.2011 r. (I KZP 24/10)³³

„Posiadaniem środka odurzającego lub substancji psychotropowej w rozumieniu art. 62 ustawy z 21.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii jest każde władanie takim środkiem lub substancją, a więc także związane z jego użyciem lub zamiarem użycia”.

Uchwała Sądu Najwyższego z 27.01.2011 r. rozstrzyga rozbieżności występujące w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w zakresie dotyczącym zagadnienia prawnego, czy posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej związane z jego zażywaniem lub zamiarem zażycia („na własny użytek”) stanowi realizację znamion typu czynu zabronionego z art. 62 u.p.n. Skład orzekający, podejmując przedmiotową uchwałę, zwrócił uwagę, że występująca tu rozbieżność orzecznicza nie ma jednak charakteru rozbieżności interpretacyjnej związanej z ustaleniem treści normy prawnej, ponieważ spór, jaki rysuje się w zapadłych w tym zakresie odmiennych orzeczeniach, nie dotyczy tego, jak należy rozumieć pojęcie posiadania środka odurzającego lub substancji psychotropowej w rozumieniu art. 62 u.p.n., ale czy jest takim posiadaniem (karalnym) dysponowanie środkiem w czasie, gdy jest on używany (zażywany). Uchwała ta w swojej

³¹ H. Kuczyńska, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2011 r., IV KK 356/10. Prawnokarne aspekty opieki nad drzewami*, „Palestra” 2012/7–8, s. 130–137.

³² H. Kuczyńska, *Glosa do postanowienia...*, s. 136–137.

³³ OSNKW 2011/1, poz. 2, LEX nr 686664, „Biuletyn SN” 2011/1, s. 15.

istocie sprowadza się więc do rozstrzygnięcia, czy na gruncie obowiązującego ustawodawstwa karnego kryminalizuje się posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych (narkotyków) związane z ich użyciem (zażyciem) lub zamiarem użycia (zażycia). Złożoność zagadnienia potwierdza fakt, że uchwała ta doczekała się aż sześciu głos, w większości jednak o charakterze aprobującym (trzy głosy aprobujące, dwie częściowo krytyczne i jedna krytyczna)³⁴.

Argumentacja powoływana w poprzednio wydawanych orzeczeniach, przyjmujących, że każda forma posiadania narkotyków, niezależnie od jego celu lub czasu trwania, stanowi karalne posiadanie w rozumieniu art. 62 u.p.n., sprowadzała się – w uproszczeniu – do twierdzenia, że z literalnego brzmienia art. 62 u.p.n. nie wynika jakiegokolwiek zawężenie karalności posiadania narkotyków i że posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej jest karalne bez względu na cel tego posiadania oraz bez względu na jego ramy czasowe³⁵. Z kolei judykaty odmienne opierały się na przyjęciu, że krótkotrwale posiadanie środka odurzającego w związku z jego użyciem nie jest czynem karalnym w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, bowiem wykładnia celowościowa tego przepisu prowadzi do wniosku, że intencją ustawodawcy nie było w ten sposób karanie samego zażywania narkotyków przez kwalifikowanie tego rodzaju zachowania jako posiadania. *Ratio legis* penalizacji posiadania narkotyków jest zapobieżenie wprowadzeniu ich do obrotu, udzieleniu innej osobie, przywozu, wywozu albo innym zabronionym zachowaniom, podczas gdy jednocześnie samo zażywanie jest poza zakresem kryminalizacji i jako takie nie jest przez aktualne ustawodawstwo zabronione³⁶.

Podjmując uchwałę z 27.01.2011 r., Sąd Najwyższy oparł się w przyjętej argumentacji zasadniczo na rezultacie wykładni językowej, podpierając ją dodatkowo argumentami odwołującymi się do wykładni systemowej wewnętrznej i zewnętrznej oraz historycznej. W zakresie odwoływania się do wykładni językowej jako punkt wyjścia słusznie sąd powołał się na potrzebę analizy znamienia czasownikowego wyrażonego w przepisie art. 62 u.p.n. słowem „posiada”. Sposób rozumienia tego pojęcia na gruncie prawa karnego wydaje się bowiem dla analizowanej problematyki przesądzający. Sąd Najwyższy przyjął (tak samo zresztą jak w pozostałych powołanych orzeczeniach), że pojęcie posiadania w prawie karnym nie jest tożsame ze znaczeniem, jakie temu terminowi nadaje się w prawie cywilnym, i jeżeli nic innego nie wynika z treści aktu prawnego lub kontekstu, w jakim określoną regulację wiązać należy z innymi przepisami, jest używane w znaczeniu ogólnym i oznacza po prostu „mieć” coś, „dysponować” czymś. Tak więc sprawcą zabronionego czynu opisanego w art. 62 u.p.n. będzie ten, kto wbrew przepisom

³⁴ Glosa aprobująca – J. Raglewski, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, LEX/el. 2011; M. Małecki, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011/2, s. 149–168; M. Derlatka, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, „Państwo i Prawo”; glosa częściowo krytyczna – M. Maraszek, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, LEX/el. 2011; T. Snarski, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2011/3; glosa krytyczna – M. Kornak, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 stycznia 2011 r.*, I KZP 24/10, LEX/el. 2011.

³⁵ Np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 13.03.2007 r. (II AKa 28/07), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007/9, poz. 74; postanowienie SN z 28.10.2009 r. (I KZP 22/09), OSNKW 2009/12, poz. 103.

³⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 17.11.2005 r. (II AKa 288/05), OSA 2006/5, poz. 26; wyrok SN z 21.01.2009 r. (II KK 197/08), OSNKW 2009/4, poz. 30.

ustawy „ma” środek odurzający lub substancję psychotropową, przy czym nie mają dla realizacji znamion tego przestępstwa znaczenia ani ramy czasowe takiego posiadania, ani też elementy intelektualne sprowadzające się choćby do celu czy motywacji towarzyszącej posiadaniu. Tym samym, zdaniem Sądu Najwyższego, już sama wykładnia językowa dostarcza wystarczających argumentów pozwalających na przyjęcie stanowiska wyrażonego w podjętej uchwale – każde władztwo, każde faktyczne dysponowanie środkiem odurzającym lub substancją psychotropową będzie wypełniało znamię czasownikowe typu przestępstwa z art. 62 u.p.n. Niejako dodatkowo Sąd Najwyższy – dla wzmocnienia argumentacji językowej – odwołał się do innych metod wykładni, które w żadnym zakresie nie przeczą, a przeciwnie – potwierdzają wnioskowanie wynikające z językowego ustalenia zakresu normy sankcjonującej z art. 62 u.p.n. Odwołując się do wykładni systemowej, Sąd Najwyższy wskazał, że ustawa od strony pozytywnej określa wypadki dopuszczalnego posiadania narkotyków, a żaden przepis ustawy nie wprowadza upoważnienia dla posiadania narkotyków związanego z osobistym ich wykorzystywaniem (używaniem), z wyjątkiem używania leczniczego, wobec czego nie można wywodzić, że obowiązująca ustawa nie zabrania zażywania narkotyków, i – co więcej – wywieść z niej można swoiste prawo podmiotowe do zażywania narkotyków. Odwołując się do wykładni historycznej, wskazano przede wszystkim na fakt, że od czasu ustawy o zapobieganiu narkomanii z 1985 r.³⁷ ustawodawca od strony pozytywnej określa wypadki dopuszczalnego (zgodnego z prawem) posiadania narkotyków i do takiego zgodnego z prawem posiadania ustawodawca nie zaliczył dysponowania odpowiednim środkiem na własny użytek, nawet jeżeli przewidywał niepodleganie za takie zachowanie karze; dodatkowo każdy wypadek niezgodnego z prawem posiadania narkotyków prowadził do zabezpieczenia i orzeczenia przepadku takiego narkotyku. Co więcej, od uchylenia w 2000 r. przepisu art. 48 ust. 4 u.z.n., uchylającego karalność posiadania na własny użytek środków odurzających lub substancji psychotropowych w ilości nieznacznej, pomimo przedstawiania odpowiednich propozycji, ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie do obowiązującej ustawy żadnego przepisu, który stałby na przeszkodzie ukaraniu za przestępstwo posiadania nieznacznej ilości narkotyków osoby, która posiada je na własny użytek. Z wyżej zaprezentowaną argumentacją Sądu Najwyższego należy się oczywiście zgodzić. Nie przekonują też przedstawione w jedynej krytycznej głosie do powołanej uchwały argumenty powołane przez M. Kornak, że wykładnia pojęcia posiadania na gruncie art. 62 u.p.n. musi się odbywać wyłącznie przez pryzmat celu wprowadzenia przepisów antynarkotykowych, które miały być instrumentem skutecznej walki z przestępczością narkotykową, nie zaś konsumentami. Autorka podniosła, że konsekwencją uznania pełnej karalności każdej formy posiadania narkotyków jest doprowadzenie do wyciągania prawnokarnych konsekwencji wobec każdej osoby uzależnionej od tych środków, a także wobec osoby, co do której organy ścigania powzięłyby wiarygodną informację, że środek taki zażyła. Tzw. posiadanie konsumenckie (tj. prowadzące w sposób bezpośredni do konsumpcji posiadanych używek) – wobec braku wyraźnego ustawowego zakazu zażywania – miałoby być więc

³⁷ Ustawa z 31.01.1985 r. o zapobieganiu narkomanii (Dz. U. Nr 4, poz. 15 ze zm.), dalej jako u.z.n.

prawnie dopuszczalne³⁸. Argumenty te trudno zaakceptować. **Po pierwsze**, efekty wykładni celowościowej nie mogą być traktowane jako przesądzające w wypadkach, kiedy są sprzeczne z dość jednoznacznymi wynikami wykładni językowej. Poza tym Autorka glosy krytycznej wydaje się jednocześnie podzielać interpretację znamienia czynnościowego posiadania przyjętego na gruncie art. 62 u.p.n. **Po drugie**, dystynkcja posiadania konsumenckiego (jako dozwolonego) i posiadania komercyjnego (jako zabronionego) nie znajduje zupełnie uzasadnienia w kontekście jakichkolwiek reguł wykładni językowej. Dodatkowo z uchwały Sądu Najwyższego nie wynika wcale, że stwierdzenie obecności narkotyków w organizmie rodzi *a priori* założenie o ich uprzednim posiadaniu. Posiadanie takie musiałoby zostać udowodnione zgodnie z regułami dowodzenia, a dowód ten obciążałby oskarżyciela. Słusznie bowiem Sąd Najwyższy podniósł, że samo znajdowanie się w stanie po użyciu środka odurzającego lub substancji psychotropowej nie jest przestępstwem i nie może być uznane za bezpośredni dowód na wcześniejsze posiadanie narkotyków.

PODMIOT PRZESTĘPSTWA NARUSZENIA MIRU DOMOWEGO

Postanowienie Sądu Najwyższego z 3.02.2011 r. (V KK 415/10)³⁹

„Tak jak dla ustalenia zakresu pojęcia mienia niezbędne jest sięgnięcie do prawa cywilnego, tak również przy badaniu relacji osób uprawnionych do przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 193 k.k. konieczne jest uwzględnienie regulacji normatywnych funkcjonujących w innych – pozakarnych – dziedzinach prawa”.

W odniesieniu do przestępstwa określanego mianem naruszenia miru domowego pojawiają się niekiedy wątpliwości w zakresie właściwego rozumienia podmiotu tego czynu. W myśl art. 193 k.k. przestępstwo to polega na wdarciu się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia bądź ogrodzonego terenu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej nieopuszczeniu takiego miejsca. Na określenie kręgu osób mogących ponosić odpowiedzialność karną na podstawie art. 193 k.k. wpływa interpretacja pojęć wykraczających poza ramy terminologii ściśle karnistycznej, tj. pojęć „cudzy” i „osoba uprawniona”. Do tych właśnie problematycznych kwestii Sąd Najwyższy odniósł się w postanowieniu z 3.02.2011 r. Jednym z wariantów zabronionego w art. 193 k.k. zachowania jest wdarcie się do obiektu stanowiącego, jak zaznaczył Sąd Najwyższy, w stosunku do sprawcy mienie cudze. Sprawcą tego czynu może więc być tylko taka osoba, której na mocy obowiązujących przepisów lub istniejących między stronami relacji albo umów nie przysługuje prawo dostępu do obiektu będącego względem niego formalnie mieniem cudzym. Sąd Najwyższy słusznie podkreślił, że uzyskanie przez określoną osobę na podstawie prawa lub w wyniku czynności cywilnoprawnych dostępu do obiektu powoduje, że staje się ona osobą uprawnioną w rozumieniu art. 193 k.k., także wobec właściciela obiektu, jednak z uwzględnieniem ograniczeń przewidzianych w prawie cywilnym.

³⁸ M. Kornak, *Glosa do uchwały...*

³⁹ OSNKW 2011/5, poz. 42.

W uzasadnieniu postanowienia trafnie zaznaczono, że prawo własności, na które powołał się w kasacji od wyroku Sądu Okręgowego pełnomocnik oskarżyciela subsydiarnego, podobnie jak wiele innych uprawnień, które zagwarantowane są w Konstytucji, nie ma charakteru absolutnego. Prawo to doznaje ograniczeń przewidzianych w przepisach ustawowych, które kształtują i chronią równie istotne prawa obywatelskie innych osób. Takie ograniczenia ustanowione są w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Uzasadnione są racjami społecznymi w imię zabezpieczenia pozycji małżonka, który mieszkał w stanowiącym wyłączną własność drugiego małżonka mieszkaniu.

Ponadto Sąd Najwyższy słusznie wykluczył możliwość stosowania do przeprowadzanej w ramach procesu karnego oceny realizacji znamion przestępstwa dyrektyw zawartych w art. 5 kodeksu cywilnego⁴⁰, co proponował wnoszący kasację pełnomocnik oskarżyciela subsydiarnego. Artykuł 5 k.c., w myśl którego: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”, przewiduje zasady funkcjonujące w ramach regulowanych przez prawo cywilne stosunków prawnych. M. Pyziak-Szafnicka podkreśliła, że: „Choć zasady, do których odwołuje się art. 5 k.c., mają charakter uniwersalnych reguł ludzkiego postępowania, zakres zastosowania tego przepisu jest ograniczony do stosunków prawa prywatnego”⁴¹. Należy dodać, że analogiczne rozwiązanie ustanowiono w art. 8 kodeksu pracy⁴². Natomiast w kodeksie karnym nie przewidziano instytucji nadużycia prawa i wynikających z niego konsekwencji prawnych. Z uwagi na to odwoływanie się do niej przy interpretacji znamion jakiegokolwiek czynu zabronionego byłoby sprzeczne z gwarancyjną funkcją prawa karnego.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA BEZPRAWNY PRZEWÓZ ZA GRANICĘ DOKUMENTU STWIERDZAJĄCEGO TOŻSAMOŚĆ INNEJ OSOBY ALBO JEJ PRAWA MAJĄTKOWE

Wyrok Sądu Najwyższego z 16.02.2011 r. (III KK 395/10)⁴³

„Użyty w art. 275 § 2 k.k. zwrot «przewozi za granicę dokument stwierdzający tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe» oznacza wywóz takiego dokumentu z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

Zgodnie z art. 275 § 2 k.k. odpowiedzialność karną ponosi ten, kto bezprawnie przewozi, przenosi bądź przesyła za granicę dokument stwierdzający tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe. W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 16.02.2011 r. słusznie podkreślono, że przepis ten sankcjonuje nie jakiegokolwiek transfer graniczny określonego dokumentu, a jedynie jego przemieszczanie przez granicę

⁴⁰ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), dalej jako k.c.

⁴¹ M. Pyziak-Szafnicka w: *System prawa prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna*, M. Safjan (red.), Warszawa 2007, t. 1, s. 780.

⁴² Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.).

⁴³ OSNKW 2011/5, poz. 43.

Rzeczypospolitej Polskiej. Argumentując swoje stanowisko, Sąd Najwyższy powołał się na wykładnię historyczną, funkcjonalną i systemową. Stosując wykładnię historyczną, Sąd Najwyższy wskazał na przepisy ustawy o ewidencji ludności i dowodach osobistych⁴⁴. Zgodnie z art. 41 ust. 1 u.e.l.d.o. osoba posiadająca dowód osobisty lub tymczasowe zaświadczenie tożsamości, otrzymując paszport bądź dokument podróży na wyjazd za granicę, była obowiązana złożyć swój dowód osobisty lub tymczasowe zaświadczenie tożsamości organowi, który jej wydał paszport bądź dokument podróży. W art. 54 ust. 2 u.e.l.d.o. natomiast przewidziano odpowiedzialność karną za bezprawne przewożenie, przenoszenie lub przesyłanie za granicę dokumentu stwierdzającego tożsamość. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że użyty w tym przepisie zwrot „za granicę” oznaczał w rozumieniu art. 41 ust. 1 u.e.l.d.o. wywóz z Polski dokumentu w związku z wyjazdem za granicę. Sąd Najwyższy uznał, że prezentowany w okresie obowiązywania art. 54 ust. 2 u.e.l.d.o. pogląd, iż przedmiotem ochrony tego przepisu jest porządek prawny w zakresie zabezpieczenia interesu państwa przed wywożeniem dokumentów stwierdzających tożsamość za granicę, zachowuje także aktualność na gruncie obowiązującego stanu prawnego, ponieważ w art. 275 § 2 k.k. przewidziano takie same znamiona czynności sprawczej jak w art. 54 ust. 2 u.e.l.d.o. Ze względu na to, zdaniem Sądu Najwyższego, także wykładnia funkcjonalna oparta o *ratio legis* ustanowienia takiej regulacji prawnej przemawia za uznaniem, że art. 275 § 2 k.k. odnosi się do przypadków przemieszczania dokumentów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ponadto zastosowanie wykładni systemowej prowadzi, jak stwierdził Sąd Najwyższy, do ograniczenia rozumienia zwrotu „za granicę” wyłącznie do „wywozu za granicę”, a więc jako przemieszczania przedmiotu czynu tylko w jednym kierunku, czyli z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W uzasadnieniu wyroku wskazano na art. 183 § 4 i 5 oraz art. 299 § 1 k.k., w których użyto określenia „wywozi za granicę”, a także przepisy ustawy o broni palnej i amunicji⁴⁵, kodeksu karnego skarbowego⁴⁶ (np. art. 86 § 1 k.k.s.) i nieobowiązującej już ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r.⁴⁷, gdzie zastosowano określenia „przywóz z zagranicy”, „wywóz za granicę” lub „przywozi z zagranicy”, „wywozi za granicę”. Zestawienie powołanych przepisów potwierdza słuszność zaprezentowanego w wyroku rozumienia zwrotu „za granicę”. Sąd Najwyższy przytoczył pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z 9.11.2009 r.⁴⁸ na gruncie nieobowiązującego art. 204 § 4 k.k., sankcjonującego zwabienie lub uprowadzenie innej osoby w celu uprawiania prostytucji za granicą, zgodnie z którym znamię „uprawianie prostytucji za granicę” nie jest w żaden sposób ograniczone np. przez dookreślenie, że odnosi się ono do granicy Rzeczypospolitej Polskiej. Stanowisko to uzasadniono koniecznością respektowania zobowiązań konwencyjnych, przede wszystkim wynikających z konwencji w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji⁴⁹. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu analizowanego orzeczenia określił ten pogląd jako mający charakter historyczny i uznał,

⁴⁴ Ustawa z 10.04.1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 ze zm.), dalej jako u.e.l.d.o.

⁴⁵ Ustawa z 21.05.1999 r. o broni palnej i amunicji (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 576).

⁴⁶ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186), dalej jako k.k.s.

⁴⁷ Ustawa z 24.04.1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz. U. Nr 75, poz. 468 ze zm.).

⁴⁸ Postanowienie SN z 9.11.2009 r. (III KK 161/09), OSNKW 2010/4, poz. 33.

⁴⁹ Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji, otwarta do podpisu w Lake Success 21.03.1950 r. (Dz. U. z 1952 r. Nr 41, poz. 278).

że nie zmienia on przedstawionej na gruncie art. 275 § 2 k.k. argumentacji odnoszącej się do rozumienia zwrotu „za granicę”, tym bardziej że szeroka wykładnia tego przepisu nie byłaby w jakikolwiek sposób usprawiedliwiona.

Interpretacja dokonana przez Sąd Najwyższy zasługuje na pozytywną ocenę. Została przeprowadzona wielopłaszczyznowo, z uwzględnieniem argumentów wynikających z różnych rodzajów wykładni. Może jednak powstać wątpliwość co do słuszności przyjętego w art. 275 § 2 k.k. rozwiązania. W przepisie tym sankcją objęto wprowadzić bezprawny transfer określonych dokumentów, a nie posługiwanie się nimi, co penalizowane jest w art. 275 § 1 k.k., jednak w wyniku zachowania sprawcy powstaje potencjalne zagrożenie dla pewności obrotu prawnego. W stanie faktycznym, do którego odniósł się Sąd Najwyższy, sprawca bezprawnie przewiózł przez granicę państwową z Republiki Litwy do Rzeczypospolitej Polskiej paszport obywatela Białorusi. Zachowanie sprawcy, co dowiódł Sąd Najwyższy, nie realizowało znamion czynu opisanego w art. 275 § 2 k.k. Taką samą ocenę prawnokarną należałoby zastosować do przypadku, gdyby przedmiotem czynu był należący do obywatela polskiego dokument, bezprawnie przewożony z zagranicy do Polski. Przepisy zawarte w rozdziale obejmującym przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów chronią bowiem dokumenty zarówno polskie, jak i zagraniczne. Jest to założenie słuszne, które wynika z faktu, że pewność obrotu prawnego może być zagrożona niezależnie od pochodzenia dokumentu. W sytuacji gdy z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej bezprawnie transportowane są za granicę określone dokumenty, powstaje potencjalne zagrożenie dla pewności obrotu prawnego w państwie, do którego zostały przewiezione. Konsekwencją bezprawnego przewozu określonych dokumentów do naszego kraju jest powstanie potencjalnego zagrożenia dla pewności obrotu prawnego funkcjonującego w Polsce. Jak należy przyjąć, polski ustawodawca uznał jednak, że potencjalne zagrożenie dla pewności obrotu prawnego nie jest w tym przypadku dostateczną racją karalności. Dopiero czyn polegający np. na posłużeniu się bezprawnie przywiezionym z zagranicy dokumentem stwierdzającym tożsamość innej osoby albo jej prawa majątkowe, jego kradzież lub przywłaszczenie realizuje znamiona przestępstwa, które przewidziane jest w art. 275 § 1 k.k.

POJĘCIE DOKUMENTU W ROZUMIENIU PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO I PROCESOWEGO

Wyrok Sądu Najwyższego z 3.03.2011 r. (V KK 311/10)⁵⁰

„Artykuł 115 § 14 k.k. wskazuje jedynie, jakie dokumenty znajdują się pod ochroną prawa karnego, a więc określa przedmiot ochrony prawnej przy przestępstwach skierowanych przeciwko wiarygodności dokumentów. Określony przedmiot nie musi być jednak dokumentem w rozumieniu karnoprawnym, aby być dowodem z dokumentu w rozumieniu karnoprocessowym”.

W wyroku tym Sąd Najwyższy podjął kwestię znaczenia pojęcia dokumentu na gruncie prawa karnego materialnego w relacji z jego rozumieniem w innych

⁵⁰ OSNKW 2011/6, poz. 52.

działach prawa. Dokument w znaczeniu procesowym, jak podkreślił Sąd Najwyższy, to każda treść pojęciowa utrwalona graficznie lub w inny sposób w jakimś przedmiocie, jeżeli nie jest on wyłączony jako dowód zgodnie z zakazami i regułami dowodowymi, albo też inaczej – każdy przedmiot bądź zapis na nośniku informacji zawierający treść wyrażoną w postaci słów lub znaków graficznych, która została tam umieszczona w wyniku aktu woli jego wystawcy.

Sąd Najwyższy w analizowanym wyroku nawiązał do prezentowanego już w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądu, zgodnie z którym pojęcie dokumentu w rozumieniu karnoprosesowym jest szersze od karnomaterialnego, ponieważ obejmuje nie tylko dokumenty w rozumieniu definicji zawartej w kodeksie karnym, ale także inne dowody spełniające określone cechy⁵¹. Pogląd ten nie wydaje się słuszny. W myśl art. 115 § 14 k.k.: „Dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”. Analiza tej definicji skłania raczej do innego wniosku, a mianowicie, że obejmuje swoim zakresem dokumenty w znaczeniu karnoprosesowym, których istotną cechą jest zawieranie określonej treści pojęciowej, a sposobem przeprowadzenia dowodu jest wówczas odczytanie treści dokumentu oraz przedmioty lub inne zapisane nośniki informacji stanowiące dokumenty w rozumieniu karnomaterialnym nie ze względu na zawartą w nich treść, lecz z uwagi na wiążące się z nimi prawo. Ta ostatnia kategoria dokumentów w znaczeniu prawa karnego materialnego nie może być uznana w świetle prawa karnego procesowego za dokumenty, ale za dowody rzeczowe, podlegające oględzinom.

Sąd Najwyższy przychylił się w uzasadnieniu orzeczenia do stanowiska wyrażonego przez sąd odwoławczy, w myśl którego tzw. zeszyty stanów zerowych oraz utargów dziennych i wypłat z kasy nie mają waloru dokumentu w rozumieniu art. 115 § 14 k.k. Zapatrywanie to oparto na założeniu, że wskazane dokumenty miały charakter nieformalny, nie odpowiadały cechom dokumentów księgowych, a w związku z tym, jak uznano, nie było z nimi związane jakiekolwiek prawo, a także zawarta w nich treść nie stanowiła dowodu prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. Sąd Najwyższy niesłusznie zawęził zakres prawnokarnego rozumienia pojęcia dokumentu jedynie do tzw. dokumentu formalnego, a więc spełniającego przewidziane w odpowiednich przepisach, p.. prawa cywilnego lub finansowego, wymogi. Definicja autentyczna dokumentu zawarta w art. 115 § 14 k.k. nie stwarza podstaw do twierdzenia, że przewidziana w kodeksie karnym prawna ochrona dokumentów dotyczy jedynie tych, które odpowiadają ustanowionym w odrębnych przepisach prawa warunkom. W przeciwnym bowiem razie bezkarne byłoby np. podrobienie w celu użycia za autentyczną faktury VAT, jeżeli podrobiona faktura nie obejmowałaby wszystkich elementów, które w myśl odpowiednich regulacji prawnych powinna zawierać. Należy zatem podkreślić, że to, czy określony przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji chroniony jest jako dokument przez przepisy kodeksu karnego, nie zależy od unormowań poszczególnych dziedzin prawa, które przewidują warunki, jakim mają odpowiadać określonego rodzaju dokumenty, ale od tego, czy spełnia wymogi przewidziane

⁵¹ Zob. wyrok SN z 29.11.1972 r. (III KR 217/72), OSNPG 1973/6, poz. 82.

w art. 115 k.k. Sąd Najwyższy, odmawiając wewnętrznym zeszytom, jakie prowadzone były w księgarni, charakteru dokumentu w rozumieniu prawnokarnym, przyznał im jednak walor dokumentu w znaczeniu prawa karnego procesowego. Odnosząc się do kwestii relacji między rozumieniem pojęcia dokumentu w znaczeniu prawa karnego materialnego oraz innych dziedzin prawa, można przytoczyć opinię Sądu Najwyższego wyrażoną w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1932 r.⁵² W wyroku z 10.02.1937 r.⁵³ stwierdzono bowiem, że: „Skoro dokument ze względu na swoją treść i ogólną postać może stanowić dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne, kwestia ważności tego dokumentu z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego nie ma dla istoty przestępstwa z art. 187 k.k. (jego odpowiednikiem jest art. 270 § 1 k.k. – przyp. J.P.–F.) znaczenia”.

Stosowanie instytucji przewidzianej w art. 178 § 1 k.k.

Wyrok Sądu Najwyższego z 1.03.2011 r. (V KK 284/10)⁵⁴

„O ile w przypadku popełnienia przestępstwa określonego w art. 177 § 1 k.k. lub w art. 177 § 2 k.k. sprawca może ponosić odpowiedzialność także za skutki swojego bezprawnego zachowania, które były poza jego percepcją w czasie czynu, to dla przyjęcia kwalifikacji prawnej obejmującej przepis art. 178 § 1 k.k. z powodu zbiegnięcia z miejsca zdarzenia niezbędne jest przypisanie sprawcy umyślności co do tego, że przez zbiegnięcie zmierzał on do uniknięcia odpowiedzialności za zachowanie, które wyczerpało znamiona ustawowe przestępstw stypizowanych w art. 177 k.k.”.

Regulacja przewidziana w art. 178 k.k., stanowiąca podstawę nadzwyczajnego zaostżenia kary wobec sprawcy określonych przestępstw komunikacyjnych, m.in. spowodowania wypadku komunikacyjnego, budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych. Sąd Najwyższy słusznie uznał, że zbiegnięcie z miejsca zdarzenia w rozumieniu art. 178 k.k. jest zachowaniem intencjonalnym sprawcy, które ukierunkowane jest na uniknięcie odpowiedzialności karnej. Umyślność „zbiegnięcia” oznacza w konsekwencji, że zbiegający obejmuje umyślnością to, za jaki czyn zabroniony zamierza uniknąć odpowiedzialności karnej przez ucieczkę. W sprawie, która stała się kanwą analizowanego orzeczenia, ustalono, że oskarżony nie był świadomy tego, iż potrafił pisać. Z uwagi na to niemożliwe było, jak uczynił to sąd rejonowy, przypisanie oskarżonemu zbiegnięcia z miejsca spowodowania wypadku komunikacyjnego. Ponadto Sąd Najwyższy zauważył, że nieuzasadnione było, co przyjął sąd okręgowy, zakwalifikowanie zachowania sprawcy jako zbiegnięcia z miejsca spowodowania bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy, nie tylko ze względu na obowiązujący w razie wniesienia apelacji wyłącznie na korzyść oskarżonego zakaz *reformationis in peius*, ale także z uwagi na okoliczności faktyczne zaistniałe w sprawie. Sąd

⁵² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

⁵³ Wyrok SN z 10.02.1937 r. (II KK 1145/36), „Zbiór Orzeczeń Izby Karnej Sądu Najwyższego” 1937/8, poz. 224.

⁵⁴ OSNKW 2011/5, poz. 45.

Najwyższy trafnie stwierdził bowiem, że powstaje pytanie co do logicznej spójności upatrywania „zbiegnięcia” z miejsca sprowadzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy, którego dokonanie następowało właśnie przez ucieczkę, i postawił pytanie, czy przyjęcie przez sąd okręgowy „zbiegnięcia” z miejsca, gdzie wciąż trwała niebezpieczna ucieczka samochodem, nie powoduje dublowania materialnoprawnego kwalifikowania tej samej okoliczności faktycznej. Niewątpliwie uwagi te są trafne. Kwalifikacja tego samego zachowania sprawcy jako spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa katastrofy i równocześnie jako ucieczka z miejsca realizacji znamion tego czynu zabronionego jest niedopuszczalna ze względu na brak możliwości wyodrębnienia w analizowanym stanie faktycznym przynajmniej dwóch czynów, co jest konieczne w razie stosowania instytucji przewidzianej w art. 178 k.k. ze względu na zbiegnięcie z miejsca zdarzenia. Pierwszym czynem jest oczywiście przestępstwo komunikacyjne opisane w art. 173, art. 174 lub art. 177 k.k., drugi czyn natomiast polega na ucieczce z miejsca jego popełnienia.

Analizowany wyrok Sądu Najwyższego spotkał się z pozytywną oceną R.A. Stefańskiego⁵⁵ i R. Małka⁵⁶. P. Pawlonka natomiast, aprobując w części zapatrywania Sądu Najwyższego, zauważył jednak, że w uzasadnieniu wyroku niesłusznie uznano, iż dla zastosowania instytucji określonej w art. 178 § 1 k.k. wystarczające jest stwierdzenie jakiegokolwiek formy umyślności po stronie sprawcy. Zdaniem Sądu Najwyższego możliwe jest zastosowanie tej instytucji, gdy sprawca co najmniej godził się, że zbiega z miejsca, w którym popełnił czyn zabroniony. P. Pawlonka podkreślił, że zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie prawa karnego przyjmuje się powszechnie, iż zachowanie polegające na zbiegnięciu z miejsca zdarzenia w świetle art. 178 § 1 k.k. jest intencjonalne, ukierunkowane wprost na uniknięcie odpowiedzialności karnej⁵⁷. Należy podkreślić, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia wyraził aprobatę dla tego stanowiska. Przyjęte przez Sąd Najwyższy w odniesieniu do zbiegnięcia z miejsca zdarzenia szerokie rozumienie umyślności stoi zatem w sprzeczności z zaakceptowanym uprzednio poglądem. Intencjonalność zachowania oznacza bowiem, że sprawca je ukierunkowuje na osiągnięcie określonego celu, działa więc z zamiarem bezpośrednim.

ORZECANIE KARY ŁĄCZNEJ Z WARUNKOWYM ZAWIESZENIEM JEJ WYKONANIA

Wyrok Sądu Najwyższego z 8.02.2011 r. (III KK 414/10)⁵⁸

„W dacie wyrokowania przez sąd rejonowy, to jest w dniu 25 listopada 2008 r., dyspozycja art. 89 § 1 k.k. wykluczała możliwość wymierzenia w wyroku łącznym kary bezwzględnego pozbawienia wolności powstałej z połączenia kar orzeczonych również z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Wymierzenie w wyroku

⁵⁵ R.A. Stefański, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 1 marca 2011 r., V KK 284/10*, „Prokuratura i Prawo” 2011/11, s. 176–182.

⁵⁶ R. Małek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 1 marca 2011 r., V KK 284/10*, „Ius Novum” 2011/3, s. 156–161.

⁵⁷ P. Pawlonka, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 1 marca 2011 r., V KK 284/10*, LEX/el. 2012.

⁵⁸ „Biuletyn Prawa Karnego” 2011/3, poz. 9.

łącznym kary bezwzględnego pozbawienia wolności w tych warunkach wywołałoby w stosunku do jednostkowej kary warunkowo zawieszanej takie skutki, jak postanowienie o zarządzeniu jej wykonania. A przecież podstawą do tego rodzaju decyzji procesowej mogły być jedynie okoliczności wymienione w art. 75 § 1–3 k.k., po stwierdzeniu przez sąd ich wystąpienia i umożliwieniu wypowiedzenia się skazanego, nie zaś – art. 89 § 1 k.k.”.

Stanowisko Sądu Najwyższego nie zasługuje na akceptację, ponieważ jest oparte na błędnej i niestety prezentowanej już od dłuższego czasu w orzecznictwie Sądu Najwyższego interpretacji art. 89 k.k.⁵⁹ Twierdzenie, że art. 89 § 1 k.k. w pierwotnej wersji nie przewidywał możliwości wymierzenia w wyroku łącznym kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w przypadku zbiegu kar jednostkowych orzeczonych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, nie miało oparcia w ujęciu słownym przepisu. Artykuł 89 § 1 k.k. w pierwotnym brzmieniu stanowił bowiem, że: „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69”. Regulacja ta zatem stwarzała w opisanym układzie procesowym podstawę orzeczenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania lub jako kary bezwzględnej. Decyzję w tym zakresie sąd podejmował, tak jak na gruncie obowiązującego stanu prawnego, kierując się przewidzianymi w art. 69 k.k. przesłankami warunkowego zawieszenia wykonania kary. Nowelizacja art. 89 § 1 k.k.⁶⁰ sprowadziła się do zawarcia zastrzeżenia, że regulacja w nim ujęta dotyczy wyłącznie wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym. W ten sposób

⁵⁹ Sąd Najwyższy w uchwale z 27.03.2001 r. (I KZP 2/01), OSNKW 2001/5–6, poz. 41, przyjął, że w przypadku skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego zawieszenia jej wykonania niedopuszczalne jest orzeczenie w wyroku łącznym kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Orzeczenie to zostało krytycznie ocenione przez wielu przedstawicieli doktryny prawa karnego w opublikowanych do niego głosach – zob. m.in. glosy K. Grzegorzczka, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2001/2, i M. Gajewskiego, „Monitor Prawniczy” 2001/18). W uchwale 7 sędziów SN z 21.11.2001 r. (I KZP 14/01), OSNKW 2002/1–2, poz. 1, stwierdzono zaś, że: „Zastrzeżenia podniesione pod adresem uchwały z dnia 27 marca 2001 r. są zasadne jedynie w tej części, która dotyczy pewnego niedoprecyzowania tezy. Natomiast uzasadnienie tej uchwały nie pozostawia już żadnych wątpliwości co do tego, że tezę tę odnosić należy jedynie do sytuacji, w której sąd dochodzi do przekonania, iż zachodzą przesłanki do warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej, określone w art. 69 k.k. Sens tej uchwały jest zatem taki, iż w wypadku, gdy przesłanki z art. 69 k.k. nie zachodzą, sąd nie może połączyć węzłem kary łącznej kar z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia wykonania oraz zawiesić wykonania kary łącznej (w takiej sytuacji nie dochodzi do wydania wyroku łącznego), nie zaś taki, że w każdym wypadku opisanego zbiegu obowiązany jest orzec karę łączną z warunkowym zawieszeniem jej wykonania”. Por. uwagi zawarte w uzasadnieniu wyroku SN z 5.10.2004 r. (V KK 224/04), OSNKW 2004/10, poz. 98; zob. także wyrok SN z 8.01.2003 r. (III KK 403/02), LEX nr 74371; wyrok SN z 14.04.2005 r. (III KK 54/05), „Prokuratura i Prawo” 2005/11, poz. 3; wyrok SN z 19.10.2006 r. (V KK 191/06), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych” 2006, poz. 1989. Natomiast w uzasadnieniu uchwały SN z 25.10.2000 r. (I KZP 28/01), OSNKW 2000/11–12, poz. 91, stwierdzono, że: „Przepis art. 89 § 1 k.k. w sposób wyraźny dopuszcza taki układ procesowy, kiedy wyrokiem łącznym zostają objęte kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny orzeczone z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania wymierzone za zbiegające się przestępstwa. Orzekając karę łączną w takiej sytuacji sąd może jej wykonanie warunkowo zawiesić. Jeśli jednak z tej możliwości, uzależnionej od spełnienia przesłanek określonych w art. 69 k.k., nie korzysta, to *a contrario* może orzec karę łączną bez warunkowego jej zawieszenia”.

⁶⁰ Dokonana na mocy ustawy z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589).

ustawodawca zakończył toczące się do tej pory spory w kwestii, czy art. 89 k.k. odnosi się wyłącznie do wymierzania kary łącznej w wyroku łącznym, czy do każdego przypadku wymiaru kary łącznej⁶¹. Ustawa nowelizacyjna żadnych innych merytorycznych zmian nie wprowadziła do regulacji zawartej w art. 89 § 1 k.k.

W sprawie, która stała się kanwą orzeczenia Sądu Najwyższego, wobec skazanego orzeczono karę łączną w wyroku łącznym i kary podlegające odrębnemu wykonaniu. Z uwagi na to Sąd Najwyższy wskazał na skutek orzeczenia w wyroku łącznym kary bezwzględnego pozbawienia wolności w stosunku do kary jednostkowej orzeczonej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a mianowicie zarządzenie jej wykonania. Taka decyzja procesowa natomiast, jak podkreślił Sąd Najwyższy, ma swoje umocowanie nie w art. 89 § 1 k.k., ale wyłącznie w art. 75 § 1–3 k.k., przewidującym przesłanki zarządzenia wykonania kary, które może nastąpić po stwierdzeniu przez sąd ich zaistnienia i umożliwieniu wypowiedzenia się skazanego.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 23.03.2011 r. (I KZP 29/10)⁶²

„Objęcie wyrokiem łącznym kary powyżej 2 lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – orzeczonej przy zastosowaniu art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k. – nie zmienia reguł warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej określonych w art. 89 k.k., które może nastąpić jedynie wówczas, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69 k.k.”.

Pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w zacytowanej tezie dotyczący zasad wymiaru kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w przypadku skazania bez rozprawy zasługuje na aprobatę. W doktrynie prawa karnego pozytywnie odnieśli się do niego M. Niewiadomska-Krawczyk⁶³ i M. Kulik⁶⁴. Artykuł 343 § 2 pkt 2 kodeksu postępowania karnego⁶⁵ stanowi, że w razie skazania bez rozprawy „warunkowe zawieszenie wykonania kary może nastąpić niezależnie od przesłanek określonych w art. 69 § 1–3 kodeksu karnego, przy czym nie stosuje się go do kary pozbawienia wolności w wymiarze powyżej lat 5, a okres próby nie może przekroczyć 10 lat”. Regulacja ta całkowicie eliminuje stosowanie w tej szczególnej sytuacji procesowej ogólnych zasad wymiaru kary z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Dopuszczalne jest więc warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności także wtedy, gdy jej wymiar przekracza dwa lata.

⁶¹ Np. zdaniem A. Zolla i L. Tyszkiewicza art. 89 k.k. przed nowelizacją odnosił się wyłącznie do wymierzania kary łącznej w wyroku łącznym – por. A. Zoll w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego*, K. Buchała, A. Zoll (red.), Kraków 1998, t. 1, s. 565; L. Tyszkiewicz w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002, s. 667. Takie stanowisko wyraził także Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z 21.11.2001 r. (I KZP 14/01), OSNKW 2002/1–2, poz. 1. Za nieograniczanym stosowaniem art. 89 k.k. do przypadków orzekania kary łącznej w wyroku łącznym opowiedzieli się m.in. A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 250; M. Kulik, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2001 r.*, I KZP 14/2001, „Prokuratura i Prawo” 2002/4, s. 99.

⁶² OSNKW 2011/3, poz. 24.

⁶³ M. Niewiadomska-Krawczyk, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 23 marca 2011 r.*, I KZP 29/10, LEX/el. 2011.

⁶⁴ M. Kulik, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 23 marca 2011 r.*, I KZP 29/10, LEX/el. 2011.

⁶⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia podkreślił, że art. 69 k.k. nie jest jedynym przepisem kodeksu karnego, który stanowi podstawę warunkowego zawieszenia wykonania kary. Taka podstawa przewidziana jest bowiem także w art. 60 § 3–5 k.k. Ponadto w innych ustawach ustanowione są regulacje umożliwiające zastosowanie tego środka probacyjnego, czyli w art. 343 § 2 pkt 2 k.p.k. i art. 152 kodeksu karnego wykonawczego⁶⁶. Wszystkie wskazane unormowania, jak słusznie zaznaczył Sąd Najwyższy, odnoszą się jednak wyłącznie do możliwości orzeczenia kary jednostkowej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, a nie kary łącznej. Bez względu na to, czy wymiar kary łącznej następuje w oparciu o art. 569 k.p.k., przewidujący tryb wydania wyroku łącznego, czy na podstawie art. 89 k.k., jedynym przepisem, do którego następuje odwołanie w zakresie ustalenia przesłanek określających dopuszczalność orzeczenia kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jest – jak podkreślono w uzasadnieniu postanowienia – art. 69 k.k. W myśl art. 69 § 1 k.k. natomiast możliwe jest warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności nieprzekraczającej dwóch lat. Sąd Najwyższy zauważył, że niektórzy przedstawiciele doktryny prawa karnego wyrażają opinie, w myśl których dopuszczalne jest orzeczenie kary łącznej w wymiarze przekraczającym dwa lata z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, jednak uzasadniając je, ograniczają się do wskazania jednego argumentu. Twierdzą bowiem, że stosowanie maksymalnej granicy określonej w art. 69 § 1 k.k. prowadziłoby do trudno akceptowalnych konsekwencji, ponieważ nie uwzględniałoby koncesji co do następstw prawno-karnych, które sprawca uzyskał np. na podstawie art. 60 § 5 k.k. Sąd Najwyższy podkreślił, że autorzy prezentujący takie stanowisko z jednej strony ograniczają wykładnię art. 89 k.k. do jej aspektu teleologicznego, z drugiej zaś strony pomijają fakt, że uzyskana przez sprawcę koncesja zawsze dotyczy tylko orzeczonej wobec sprawcy kary (kar) jednostkowej, a nie kary łącznej.

Ponadto Sąd Najwyższy, nawiązując do stwierdzenia sądu rejonowego, że: „Można w niniejszym przypadku, orzekając karę łączną, *per analogiam* postąpić, jak w przypadku art. 343 § 1 k.p.k.”, podkreślił m.in., iż analogia stanowiąca metodę wypełniania luk w prawie nie powinna mieć w analizowanej kwestii zastosowania, ponieważ instytucja warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej została wyczerpująco uregulowana w art. 89 § 1 k.k. W głosie do prezentowanego orzeczenia Sądu Najwyższego S. Żółtek wyraził odmienny pogląd. Stwierdził bowiem, że art. 89 k.k. nie dotyczy sytuacji szczególnych, czyli takich, do których z założenia nie odnosi się art. 69 k.k. Zdaniem S. Żółtka taka interpretacja uzasadnia twierdzenie, że występuje luka techniczna w prawie polegająca na braku regulacji sytuacji specjalnych, a więc uprawnione jest sięgnięcie na zasadzie analogii do artykułu, który stanowi podstawę szczególną do orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, np. art. 60 § 5 k.k., odczytywanego łącznie z art. 89 § 1 k.k.⁶⁷ Stanowisko S. Żółtka nie wydaje się słuszne. Fakt, że ustawodawca w niektórych przypadkach odmiennie uregulował sposób orzekania jednostkowej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem

⁶⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 ze zm.).

⁶⁷ S. Żółtek, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 23 marca 2011 r., I KZP 29/10*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2011/11, poz. 115.

jej wykonania, nie oznacza, iż w razie wymierzania kary łącznej na podstawie kar orzeczonych na tych szczególnych zasadach obowiązują odrębne reguły w tym zakresie. Należy zatem wówczas stosować ogólne zasady orzekania kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania.

Niektóre uwagi zawarte w uzasadnieniu analizowanego orzeczenia Sądu Najwyższego zasługują jednak na krytyczną ocenę. Sąd Najwyższy, odnosząc się do możliwości „zniweczenia” przy orzekaniu kary łącznej efektów, jakie zakładano przy wymierzaniu kary jednostkowej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w oparciu o inne zasady niż przewidziane w art. 69 k.k., uznał, że problem ten nie miał praktycznego znaczenia do czasu nowelizacji art. 89 k.k. Zdaniem Sądu Najwyższego zgodnie z brzmieniem art. 89 k.k. sprzed nowelizacji w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania sąd w wyroku łącznym miał jedynie możliwość albo warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, albo odstąpić od jej orzeczenia. W tym stanie prawnym, jak podkreślono, nie było możliwości orzeczenia kary łącznej w wymiarze przekraczającym dwa lata pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania czy też bez warunkowego zawieszenia jej wykonania.

Zmiana stanu prawnego w tym zakresie nastąpiła, zdaniem Sądu Najwyższego, wraz z wejściem w życie ustawy nowelizującej art. 89 k.k. Jej mocą do art. 89 k.k. dodano bowiem § 1a, zgodnie z którym „w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania”.

M. Kulik w głosie do tego orzeczenia, pozytywnie oceniając zasadniczą jego tezę, krytycznie odniósł się do niektórych opinii wyrażonych w uzasadnieniu orzeczenia. Stwierdzenie Sądu Najwyższego, że w przypadku skazania na podlegające łączeniu kary z warunkowym zawieszeniem wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania sąd mógł jedynie albo wykonanie kary łącznej warunkowo zawiesić, albo odstąpić od jej wymierzenia, autor uznał za nieuzasadnione. W przypadku skazania na kary podlegające łączeniu wymierzenie kary łącznej było bowiem obowiązkiem sądu, a zatem odstąpienie od wymierzenia kary łącznej było niedopuszczalne. Nowelizacja art. 89 k.k. niczego w tym zakresie nie zmieniła i sąd nadal jest zobligowany w takiej sytuacji do wymierzenia kary łącznej⁶⁸.

Wyrok Sądu Najwyższego z 12.04.2011 r. (V KK 74/11)⁶⁹

„Możliwość wymierzenia kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1a k.k., zgodnie z art. 4 § 1 k.k., dotyczy skazań za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, popełnione po dniu 7.06.2010 r.”.

W orzeczeniu tym problematyka wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym została rozważona w kontekście intertemporalnych zasad obowiązywania ustawy karnej.

⁶⁸ M. Kulik, *Glosa do postanowienia...*

⁶⁹ OSNKW 2011/6, poz. 54.

Sąd Najwyższy przychylił się do stanowiska wyrażonego w kasacji, zgodnie z którym zastosowanie przez sąd ustawy nowej i orzeczenie na podstawie art. 89 § 1a k.k. kary łącznej bezwzględnego pozbawienia wolności stanowiło rażące i mające istotny wpływ na treść wyroku naruszenie art. 4 § 1 k.k. W sytuacji bowiem, gdy za zbiegające się przestępstwa w wyrokach jednostkowych orzeczono kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, a w czasie popełnienia przez skazanego przestępstw obowiązywała ustawa względniejsza dla skazanego, ponieważ art. 89 § 1 k.k. w brzmieniu obowiązującym do 8.06.2010 r., zdaniem wnoszącego kasację, wykluczał w takim przypadku możliwość orzeczenia bezwzględnego pozbawienia wolności, sąd był zobowiązany do zastosowania tego przepisu. Pozytywnie do poglądu wyrażonego w analizowanym wyroku odniósł się w doktrynie prawa karnego M. Siwek⁷⁰.

Słusznie Sąd Najwyższy podkreślił, że kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego, a zatem przy jej orzekaniu powinno się uwzględnić zasadę przewidzianą w art. 4 § 1 k.k., zgodnie z którą, jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się nową ustawę, należy jednak stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. Można się jednak zastanawiać, czy art. 89 k.k. w pierwotnym brzmieniu jest dla skazanego przepisem względniejszym. Odwołując się do wyrażonych uprzednio uwag krytycznych wobec stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 8.02.2011 r.⁷¹, należy podkreślić, że nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, iż art. 89 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji wykluczał możliwość orzeczenia kary łącznej bezwzględnego pozbawienia wolności w razie orzeczenia jednostkowych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego zawieszenia wykonania. Artykuł 89 § 1 k.k. taką ewentualność przewidywał, choć stanowisko przeciwne często było prezentowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego, co – jak się okazało – nie tylko wpłynęło na orzecznictwo sądów powszechnych, ale i na doktrynę prawa karnego. P. Kardas, który krytycznie odnosił się do tego kierunku w orzecznictwie Sądu Najwyższego, stwierdził jednak po latach, że: „Niezależnie od przedstawianych w piśmiennictwie zastrzeżeń dotyczących poprawności przyjmowanej w orzecznictwie Sądu Najwyższego wykładni art. 89 § 1 k.k., kierując się zasadą stałości orzecznictwa oraz mając na uwadze skutki prawne wynikające z dominującego w orzecznictwie Sądu Najwyższego, a w konsekwencji w orzecznictwie sądów powszechnych sposobu interpretacji omawianego przepisu w okresie poprzedzającym wejście w życie zmiany normatywnej dokonanej nowelą z 5.11.2009 r., a także mając na uwadze zasadę równości i jej implikacje także w zakresie fundamentalnej zasady prawa karnego materialnego wyrażonej w art. 4 § 1 k.k. oceniając sytuacje związane z orzekaniem w wyroku łącznym kary łącznej w związku z pozostającymi w realnym zbiegu przestępstwami popełnionymi przed dniem 8.06.2010 r. za podstawowy punkt odniesienia należy przyjmować stanowisko, wedle którego wykluczona była możliwość wymierzenia kary łącznej bezwzględnego pozbawienia wolności z połączenia kar orzeczonych z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania”⁷².

Przed nowelizacją art. 89 k.k. ustawodawca nie rozstrzygał jednak wprost kwestii stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej w sytuacji, gdy

⁷⁰ M. Siwek, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2011 r.*, V KK 74/11, LEX/el. 2011.

⁷¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 8.02.2011 r. (III KK 414/10), „Biuletyn Prawa Karnego” 2011/3, poz. 9.

⁷² P. Kardas w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2012, t. 1, s. 1135.

wszystkie podlegające łączeniu kary zostały orzeczone z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. W doktrynie prawa karnego dopuszczalność orzeczenia kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w takiej sytuacji akceptowali m.in. A. Marek⁷³ i P. Kardas⁷⁴. Dopuszczalność orzeczenia kary łącznej bezwzględniego pozbawienia wolności w razie zbiegu wyłącznie kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania Sąd Najwyższy wykluczył w uchwale z 25.10.2000 r.⁷⁵ Stanowisko to nie miało jednak oparcia w kodeksie karnym. Do czasu wprowadzenia § 1a do art. 89 k.k. żaden z przepisów kodeksu karnego nie odnosił się do przypadku zbiegu wyłącznie kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, a zatem nie było podstawy do twierdzenia, że zgodnie z obowiązującym do tego momentu stanem prawnym istniał obowiązek w analizowanej sytuacji orzeczenia kary łącznej pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Biorąc to pod uwagę, powstaje istotna wątpliwość, czy w stanie faktycznym, na bazie którego wydane zostało analizowane orzeczenie Sądu Najwyższego, rzeczywiście zachodzi kolizja ustaw.

Dodanie § 1a do art. 89 k.k. należy uznać za trafne rozwiązanie, ponieważ wyeliminowało wątpliwości w zakresie dopuszczalności w opisanej sytuacji orzeczenia kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. T. Bojarski słusznie zauważył, że: „Wielość popełnionych przestępstw sprzeciwia się z zasady pozytywnej prognozie kryminologicznej leżącej u podstaw warunkowego zawieszenia wykonania kary. Zatem prawo sądu do orzeczenia kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia może być w konkretnym przypadku uzasadnione”⁷⁶.

W przedstawionych rozważaniach Sądu Najwyższego dotyczących wymierzania kary łącznej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania można dostrzec pomijanie istotnego faktu, a mianowicie, że stosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary jest w każdym przypadku fakultatywne. We wszystkich przepisach stanowiących podstawę do zastosowania tej instytucji probacyjnej mowa jest o możliwości warunkowego zawieszenia kary przez sąd (np. art. 69, art. 60 § 3–4, art. 89 k.k.). Powoływana w analizowanych orzeczeniach Sądu Najwyższego ustawa nowelizująca art. 89 k.k. nie zmieniła takiego charakteru warunkowego zawieszenia wykonania kary.

⁷³ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 213.

⁷⁴ P. Kardas w: *Kodeks karny. Część ogólna...*, Warszawa 2007, t. I, s. 994–995.

⁷⁵ Uchwała SN z 25.10.2000 r. (I KZP 28/00), OSNKW 2000/11–12, poz. 91.

⁷⁶ T. Bojarski w: *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2012, s. 207.

Summary

Patrycja Kozłowska-Kalisz, Joanna Piórkowska-Flieger – *Review of Supreme Court case law in area of substantive criminal law in 1st half of 2011*

This review covers twelve judgments of the Supreme Court issued in the first half of 2011. Judgments selected for the review were ones in which the Supreme Court expressed views on the issues of substantive criminal law. These judgments concerned interpretation of not only provisions and mechanisms of the existing Criminal Code, but also extra-code provisions (Act on Counteracting Drug Addiction). One of the mechanisms of criminal law which were analysed by the Supreme Court most often in this period was the problems of imposing aggregated sentences with conditional suspension of serving them. In the review, the method of chronological presentation of selected judgments was followed.

