30 LECIE INSTYTUTU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

41

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Łukasz Pohl

Wolters Kluwer

Warszawa 2020

30 LECIE
INSTYTUTU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

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

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:
Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH
Klaudia Szawłowska-Milczarek
e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Spis treści:

Artykuły

Rodrigo Brandalise
Collaboration agreements in Brasil: a legal transaction with the perpetrator of an offence in criminal proceedings 9

Barbara Janusz-Pohl
O zasadach obliczania terminów procesowych 49

Adam Taracha
„Kontrola osobista i przeglądanie zawartości bagażu" (art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji) a ochrona konstytucyjnych praw człowieka 64

Marcin Wielec
Immunitet *versus* przeszukanie w postępowaniu karnym 76

Dorota Orkiszewska
Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego w sprawach karnych na tle systemów prawnych wybranych państw 88

Konrad Lipiński
Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw 100

Marta Mozgawa-Saj
Z problematyki trybów ścigania 113

Paulina Banaszak
Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia w świetle wyników badań aktowych 125

Roland Szymczykiewicz
Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 2: ujęcie prawno-karne 158

Bartłomiej Oręziak
Dowody elektroniczne a sprawiedliwość procesu karnego 187

Aleksandra Różycka
Zasadność nowych środków ochrony osób doznających przemocy domowej 197

Grzegorz Ocieczek
Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza organów ochrony oraz wybrane *case study* (część I) 209

Witold Klaus, Małgorzata Makarska
Propozycja definicji pracy przymusowej – projekt art. 115 § 22b Kodeksu karnego 229

Łukasz Pohl
Propozycja nowelizacji art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego 238

Komentarze orzecznicze

Paweł Mazur, Ewa Nowak
Dwie uwagi do wyroku Sądu Najwyższego z 30.11.2016 r., SNO 51/16 244

Mariusz Nawrocki
Miejsce popełnienia czynu zabronionego a jurysdykcja karna. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21.09.2017 r., IV KK 262/17 258

Contents:

Articles

Rodrigo Brandalise
Collaboration agreements in Brasil: a legal transaction with the perpetrator of an offence in criminal proceedings 9

Barbara Janusz-Pohl
On the Principles of Calculating Procedural Time Limits 49

Adam Taracha
'Personal Search and Luggage Security Search' (Article 15(1)(5) of the Police Act) in the Context of Protection of Constitutional Human Rights 64

Marcin Wielec
Immunity in the Context of Search and Seizure in the Criminal Procedure 76

Dorota Orkiszewska
Principles of Trial Continuity and Evidence Concentration in Criminal Cases against the Background of Legal Systems of Selected Countries 88

Konrad Lipiński
Extortion of Debt Repayment in the Context of Certain Offences against Property. Mutually Exclusive Modified Types of Offences 100

Marta Mozgawa-Saj
On the Methods of Prosecuting Offences 113

Paulina Banaszak
Change of the Manner of Prosecuting Perpetrators of Rape in the Light of Case File Studies 125

Roland Szymczykiewicz
The Place of the So-Called Whistleblowers in the Polish Legal System. Part 2: Penal Law Approach 158

Bartłomiej Oręziak
Electronic Evidence and the Fairness of the Criminal Trial 187

Aleksandra Różycka
Expediency of New Measures Protecting Victims of Domestic Violence 197

Grzegorz Ocieczek
Combating Corruption-Related Crime in Ukraine: Analysis Concerning Protection Authorities and Selected Case Studies (part I) 209

Witold Klaus, Małgorzata Makarska
Proposal of Definition of Forced Labour: Amendments to Article 115(22b) of the Polish Criminal Code 229

Łukasz Pohl
Proposals of Amendments to Article 175(1) of the Code of Criminal Procedure 238

Case law commentaries

Paweł Mazur, Ewa Nowak
Two Comments on Supreme Court Judgment of 30 November 2016, SNO 51/16 244

Mariusz Nawrocki
Place Where a Prohibited Act Was Committed in the Context of Criminal Jurisdiction. Commentary on Decision of the Supreme Court of 21 September 2017, IV KK 262/17 258

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4101

Rodrigo Brandalise*

Collaboration agreements in Brasil: a legal transaction with the perpetrator of an offence in criminal proceedings**[1]

I. DESCRIPTION OF THE PARADIGMATIC CASE

To analyse the collaboration agreements, we will examine a Brazilian Supreme Court decision rendered on a provisional remedy in Habeas Corpus[2].

Initially, the constitutional remedy was filed against the ratification of the collaboration agreement made by J.M.B., W.M.B., R.S., F.A.S., F.C.O., V.A.B., and D.A.C. with the General Attorney's Office in Petition 7.003-DF[3]. The approved collaboration agreement was intended to support the investigation carried out by the General Attorney's Office. It was not yet a conviction stage of a court proceeding.

According to Petition 7.003-DF, the purpose of the investigation was to confirm alleged illicit advantages obtained by Brazilian politicians, including members of the Federal Executive Branch, and to further the interests of collaborating parties (obviously, before the collaboration) with advantages specially granted to the latter.

The individuals who decided to accept the collaboration agreement were already being investigated, which motivated them to indicate the participation of third parties as a way of obtaining criminal procedural benefits.

Consistent with the case summary of the decision rendered on the provisional remedy in habeas corpus, the petitioner did not dispute the willingness of the collaborating party and the regularity (including in the formal sense) of the collaboration agreement, but the legality of the benefit of not filing a criminal indictment

* Dr Rodrigo Brandalise, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Rio Grande do Sul, Brazylia, ORCID 0000–0003–1311–1511, e-mail: rsbrandalise@gmail.com

** The manuscript was submitted by the author on 25 July 2019; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on 8 January 2020.

[1] This work is an English version adapted from the text 'O acordo de colaboração processual no Brasil: um negócio jurídico inserido no direito probatório' that will be published by Editora Almedina in Portugal as a part of the book *Prova Penal Teórica e Prática*, edited by Professors Paulo Sousa Mendes and Rui Soares Pereira. It contains amendments introduced by Brazilian Federal Law 13.964/2019 (section 14) in Brazilian Federal Law 12.850/2013 (sections 3-A to section 7, paragraph 3). Except when specified, the legal provisions previously mentioned have already been updated.

[2] Brazilian Supreme Court's (Supremo Tribunal Federal – STF) decision in Provisional Remedy in Habeas Corpus HC 144.652-DF, dated 12 June 2017.

[3] Brazilian Supreme Court's decision concerning motion Pet 7.003-DF, dated 11 May 2017 (the contents of the decision are protected by the secrecy of justice).

against those who collaborated, which included heads of criminal organizations (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 4[4]). According to the petitioner, the General Attorney's Ofiice should have filed an indictment[5] against J.M.B., W.M.B., R.S., F.A.S., F.C.O., V.A.B., and D.A.C.

On account of the alleged illegality of the benefit granted, the petitioner pursued before the Brazilian Supreme Court an action for invalidation of the collaboration agreement ratified by the Court and all the criminal evidence produced after that.

The Brazilian Supreme Court decided not to accept the remedy in Habeas Corpus for several reasons[6]. However, some considerations made in the decision are of interest for the present analysis, namely the following:

- the judge´s reasoning to ratify the collaboration agreement was based on the triple perspective of its voluntariness, regularity, and legality;
- in the ratification decision there was no substantive appreciation on the content of the testimonies given by the collaborating party, which would only be subject to judicial appraisal at the time of the judgment in the criminal proceeding when it would be evaluated in the light of other evidence produced in the case;
- in the ratification proceeding, the judge should only control abusive, disproportionate or illegal clauses;
- the appropriate moment for the competent judicial body to examine the effectiveness of the collaboration is the final judgment of the criminal case.

That is, the Brazilian Supreme Court understood that the collaboration agreement has two stages of consideration by the court: the approval of the deal itself (ratification) and the ruling after discovery. Which leads us to the questions: how should the collaboration agreement be considered within the evidence law? As a valid agreement, when does its begin to be effective? How soon can the agreement be withdrawn from, so that the self-incriminating evidence from the collaborating party could not be used? Are the considerations of the Brazilian Supreme Court correct?

It should be noted that, according to Petition 7.003, of February 2018, the General Attorney´s Office requested the Brazilian Supreme Court to ratify the termination of the collaboration agreements comprised in HC 144.652-DF, and to declare the loss of the benefits previously granted, while preserving the validity of the statements given by W.M.B. and F.A.S. as evidence in the criminal procedure. The request was submitted to the Court so that they would be guaranteed the rights to full defence and to be heard (principle of *audi alteram parte*). The request is not available for public access and, until the completion of this study, decision was still pending.

---

[4] According to the valid terms at the time of the agreement, once the conditions for that have changed, as it will be mentioned below.

[5] First document filed with the Court, in which the Prosecutor´s Office presents the accusation, in the hypothesis of public criminal action cases. As for section 24 of the Brazilian Criminal Procedure Code: 'In case of public action crimes, this will be promoted by denunciation of the Prosecutor's Office [...]'.

[6] Specifically: the judicial challenge to the collaboration agreement submitted by third parties was illegitimate; the criminal investigation is a legal duty and a legitimate response of the state to the reported crimes; it is not possible to file habeas corpus against the act of a Supreme Court Justice (in this case, the court which approved the collaboration agreement); the habeas corpus is not the proper recourse to challenge the collaboration agreement; and that the collaborating party is a 'leader of the criminal organization' is a fact that would depend on evidence appraisal, which is not possible through habeas corpus.

Given the above, the present study examines the collaboration agreements based on Brazilian Federal Law 12.850/2013, and compares it, when appropriate, to foreign laws and leniency agreements provisions (due to their similarity), addressing its consequences in terms of the agreements' existence, validity, and effectiveness.

The choice of the subject is not only motivated by its current relevance to Brazil. The German legal literature, for example, shows a genuine concern that the German legislature should ensure reduction of technical errors in the provisions relating to the *Kronzeugenregelung*[7], including through examination of other legal systems[8].

Also, in June 2017, there was an event promoted by the Portuguese Bar Association to discuss the procedure of the accused turning state´s evidence. There was also an event organized by the Institute of Criminal Law and Criminal Sciences of the University of Lisbon School of Law in April 2019 on this subject[9]. Furthermore, there are diverse opinions on the need to adopt this mechanism in the Portuguese criminal system as a way to deal with economic and financial crime (while the Public Prosecutor defends it, the Bar Association refutes it).

In other words, we hope to contribute to the important debate that is taking place around the possibility of collaboration agreements in high-profile criminal cases. Last, but not least, we are aware of the criticism of collaboration agreements[10], especially as a means of obtaining evidence[11]. Nevertheless, the present study does not aim to discuss the arguments to disapprove them, but to understand the procedure established by the Brazilian law for ratifying collaboration agreements[12]. The criticism of collaboration agreements as a mechanism of evidence law refers to the possibility of establishing the collaboration itself (see the study on criminal cases negotiation[13]), a subject that is outside the remit of the present study.

We can now move forward to the actual object of our study.

---

[7] As collaboration agreements are called in Germany.

[8] J. Zopfs, *Dogmatisch fragwürdig und weitgehend ohne praktischen Nutzen. Die Vorschriften zur Bekämpfung des Missbrauchs der Kronzeugenregelung,* Mainz 2011, p. 673.

[9] 'Workshop and Conference on Plea Agreement', available on <http://www.idpcc.pt/en/news/Workshop-and-Conference-on-Plea-Agreement/474/> (accessed on 17 January 2020).

[10] Among others, the following: it is not possible to guarantee that the penalty would be greater if there were the ordinary judgment of the accused who collaborates; there is the possibility of false confessions to obtain procedural benefits and to avoid the risk of a conviction, which would break the presumption of innocence, the right to defence and the right not to provide self-incriminating evidence; and that punishment might not further the social interest impaired by the committed crime (for a more detailed discussion, see R. Rauxloh, *Plea Bargaining in National and International Law: A Comparative Study,* London 2012, 85–94). Or, as Schünemann criticizes, there is a supposed principle of consensus (*Konsensprinzip*), a fiction that contributes nothing to the necessary link between the process and criminal law (B. Schünemann, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo 2013, p. 257).

[11] For example, there could be 'moral torture' to achieve collaboration and pretrial prisons, with violations of the principle of presumption of innocence and due process, and the prevalence of information elements obtained at the investigation phase over evidence produced during the criminal proceeding (I. Martins, A. Oliveira, *O Direito de Defesa na Constituição. A Natureza Jurídica da Prisão Preventiva. Exercício Abusivo como Forma de Obtenção de Delações Premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer*, Porto Alegre 2015, p. 22, 25 and 35). In addition, the alleged proximity to inquisitorial methods to serve as a cause of reversal of the burden of proof, and the use of prison to constrain the accused and force the collaboration. (F. Carata, *Colaboração Premiada: reflexões sobre o seu valor probatório e a postura do magistrado na sua avaliação*, Ribeirão Preto 2015, p. 11, 13 and 17).

[12] The procedure established in Brazilian law was welcomed by local legal literature. Notably, because the written agreement provides greater security for the parties, especially the collaborating one, also regarding its enforceability by the Judiciary, so that collaboration differs from confession (T. Bottino, *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na 'Operação Lava Jato'*, São Paulo 2016, p. 375).

[13] Without excluding other authors: R. Brandalise, *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*, Curitiba 2016.

II. COLLABORATION AGREEMENTS IN BRAZIL: AN OVERVIEW OF BRAZILIAN FEDERAL LAW 12.850/13

For a proper understanding of this study, it is imperative to present collaboration agreements[14] as contemplated in Brazilian Federal Law 12.850/2013, known as the Organized Crime Law[15].

Organized crime is a category of illegal activity that demands the reinvention of investigative forms[16], especially as regards the means of obtaining evidence. It is well known that more serious offences present difficulties in terms of clarification with traditional methods of acquiring evidence, which have been developed for standard criminality, in which active and passive participation is distinguished[17].

The collaboration agreements studied here are a means of obtaining evidence[18], especially since there is a regulated procedure for their validation. They aim to find evidence within the criminal structure, insofar as its members are those who possess privileged information[19]. That is the provision of Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3, subsection I, section 3-A and section 4, respectively[20].

Under the terms of the aforementioned Law, collaboration agreements are instruments of investigation of organized crime or macro-crime. They assume disclosure of information by one or more participants of a particular criminal operation, either by identifying the others involved or by indicating the place where the assets, values, and interests that were obtained through crime are. The statement given by the collaborating party becomes a confession, and its purpose is to get the proceeding discontinued, obtain judicial pardon or a reduction of the applicable quantum of penalty[21].

---

[14] Procedural collaboration is also a generic definition, of which the confession, the proceeding of attaching a co-accused to the case (which occurs only at the judicial phase, without recognition of guilt), the whistleblowing (which occurs at any stage and requires confession), the collaboration agreeements (which presuppose the accused contribution to the investigation of the offence and those responsible for it), and the procedural collaboration *stricto sensu* (which includes any form of collaboration that results in a procedural benefit, such as the absence of prosecution) are specific examples. (R. Brandalise, *Justiça penal*..., p. 149).

[15] To explain why this is needed, it is important to point out some characteristics of organized crime, such as the division of assignments and dissolution of individual responsibility; the commutativity of the members; the secret; the combination of legitimate and illegal activities; the ability to transfer earnings and profits; and the ability to counter the efforts to enforce criminal law (J. Fonseca, *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*, Coimbra 2004, no. 12, p. 417–418,).

[16] F. Turessi, *Breves Apontamentos sobre Crime Organizado, Delação Premiada e Proibição da Proteção Penal Insuficiente*, São Paulo 2013, p. 231–232.

[17] F. Pereira, *Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada,* São Paulo 2013, 328. The criminal procedure exists for a conciliation between the restatement of the ethical-juridical community, protected by criminal law, and the essential respect for the individual freedom and dignity (A. Neves, *Sumários de Processo Criminal,* Coimbra 1968, p. 7).

[18] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência,* São Paulo 2016, 351. Case law: Brazilian Supreme Court decision Petition 5.700-DF, dated 22 September 2015; and Brazilian Supreme Court decision Precautionary Measure in Habeas Corpus HC 144.652-DF, dated 12 June 2017.

[19] F. Pereira, *Compatibilização Constitucional*…, 322. The evidence derived from the collaboration agreement arises from a situation in which there would be no other way to obtain it, and the collaboration agreement provides an opportunity to break the internal solidarity of the group, and to establish the responsibility of the same (E. Amodio, *I Pentiti Nella Common Law*, Milan 1986, p. 1003). It is, therefore, an instrument to obtain evidence through procedural negotiation, although it does not have a private nature (L. Carvalho, P. Wunder, *Colaboração premiada: justa causa para quê?*, São Paulo 2018, p. 285).

[20] In foreign law, there is similar interpretation. In Italy, for example, there are those who claim that collaboration agreements have 'the functional nature of a procedural tool for searching evidence' (T. Padovani, *La Soave Inquisizione: Observazioni e Rilevi a Proposito delle Nuove Ipotesi di 'Ravvedimento',* Milan 1981, p. 542, own translation).

[21] J. de C. Penteado, *Delação Premiada*, São Paulo 2006, p. 637.

Alternatively, as it may be summarized, a collaboration agreement consists in 'granting the accused in the criminal prosecution certain benefits in return for collaborative action with the police or judicial authorities to the detriment of third parties, as a general rule in the form of an indictment agreed with them'[22].

Once the above-mentioned requirements are met, *usefulness* and *public interest* are justified and they become the *prerequisites* of the collaboration agreement[23].

It is also relevant to mention the need to adjust Brazilian law to two international documents. The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, incorporated into the Brazilian legal system through Decree 5.015, dated 12 March 2004, encourages States to grant benefits to those who participate or have participated in criminal activities, in exchange for essential and useful information for investigative and evidentiary purposes in the fight against organized crime (Article 26, paragraphs 1, 2 and 3). The same applies to the United Nations Convention against Corruption, incorporated into the Brazilian legal system through Decree 5.687, dated 31 January 2006, in its Article 37, paragraphs 1, 2 and 3.

As explained above, collaboration agreements in criminal cases correspond to a collaborative agent turning state's evidence by admitting guilt and testifying against an accomplice[24] through statements that can be effectively used as evidence in criminal prosecution, and thereby advance procedurally and substantively the criminal case[25] (it is a type of benefit in criminal proceedings[26]).

In Brazil, several legislative instruments provide the possibility of a collaborative agent turning state's evidence and other forms of collaboration of the accused with the prosecution. As an example, the provisions contained in Brazilian Federal Law 9.613/98 (which concerns the crimes of money laundering and concealment of assets, rights, and values), modified by Brazilian Federal Law 12.683/12[27], and Brazilian Federal Law 9.807/99 (which regulates witnesses protection), in its sections 13[28] and 14[29].

---

[22] J. Canotilho, N. Brandão, *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*, Coimbra 2016, 21, own translation. Its purpose is greater investigative effectiveness combined with a partial reduction of guilt of the collaborating party (E. Romero, *A Colaboração Premiada*, São Paulo 2017, p. 255).

[23] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-A, *in fine*.

[24] The confession is a prerequisite of the agreement and any doubt as to its freedom and credibility prevents the ratification of the agreement (J. Dias, *Acordos sobre a sentença em processo penal: o 'fim' do Estado de direito ou um novo princípio,* Porto 2011, p. 47).

[25] Brazilian Supreme Court's decision in Habeas Corpus HC 127.483-PR, dated 27 August 2015.

[26] I. Paz, *El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal,* Granada 2005, p. 2.

[27] Section 1, paragraph 5 provides that the sentence may be reduced from one to two-thirds and be served in open or semi-open system, allowing the judge to stop applying it or to replace it, at any time, by a rights--restricting penalty, if the accused, co-accused or participant spontaneously cooperates with the authorities, providing clarifications that lead to the determination of criminal offences, the identification of its perpetrators, co-perpetrators and participants, or the location of property, rights or values being proceeds of the crime.

[28] It provides that the judge may, *ex officio* or at the request of the parties, grant judicial pardon and cancellation of punishment to the accused who, has collaborated effectively and voluntarily with the investigation and criminal prosecution, provided that this collaboration has resulted in the identification of other co--perpetrators or participants in the criminal action, the location of the victim with his/her physical integrity preserved, and total or partial recovery of the proceeds of crime. To this end, the judge will also take into account the personality of the beneficiary and the nature, circumstances, gravity, and social repercussions of the criminal act.

[29] It provides that the accused who cooperates voluntarily with the police investigation and the criminal proceeding to identify the co-perpetrators or other participants in the crime, locate the victim alive and recover all or part of the proceeds of crime, shall have the sentence reduced by one to two-thirds, in case of conviction.

Nevertheless, these instruments have been criticized for a reason of great importance: the absence of regulation of the procedural aspects of collaboration agreements in the Brazilian legal system[30]. In view of these comments, Brazilian Federal Law 12.850/2013 shows its most important significance: from its section 3-B to 7[31], the Law establishes the rules that apply in the criminal proceeding, regulating on what terms a collaborating agent turns state's evidence.

To understand the impact of Brazilian Federal Law 12.850/2013, it is necessary to clarify its provisions regarding concessions and obligations for both prosecution and defence[32].

Initially[33], it provides that the judge may at the request of the parties grant judicial pardon, reduce the custodial sentence by up to two-thirds, or replace it with a restriction of rights for those who have collaborated effectively and voluntarily during the investigation and in the course of criminal proceedings.

To this end, the statements of the collaborating agent (accused) must result in the identification of accomplices in the criminal organization and the criminal infractions they committed; and/or disclosure of the hierarchical structure and division of tasks within the criminal organization; and/or prevention of future criminal offences arising from the activities of said criminal organization; and/or total or partial recovery of the proceeds of criminal offences committed by the criminal organization; and/or location of any victim with their physical integrity preserved[34].

Therefore, the prerequisites of *usefulness* and *public interest* are reinforced, as indicated previously.

In terms of relevance of the collaboration offered, the following situations may arise[35]: (a) the Prosecutor`s Office (at any time) and the Police (during the police investigation[36]) may request judicial pardon for the collaborating agent; (b) the Prosecutor`s Office may request suspension of the deadline for filing the indictment against the collaborating agent to 6 (six) months, extendable for the same period, so that the collaborative measures can be implemented, with the combined suspension

[30] F. Pereira, *Valor Probatório da Colaboração Processual*, São Paulo 2009, p. 476.

[31] According to the Brazilian case law, Brazilian Federal Law 12.850/2013: '[...] brings positive contributions by ensuring that the co-accused is able to challenge the testimony of the collaborating party, by reducing the possibility of judicial error through prohibiting the conviction based exclusively on the of the collaborating parties, by guarantying physical integrity of the collaborating party, and by regulating the collaboration agreement [...]' [own translation of the Brazilian Supreme Court's decision rendered in the matter of Precautionary Measure in Habeas Corpus HC 144.652-DF, dated 12 June 2017].

[32] Contrary to what is argued in legal literature (J. Canotilho, N. Brandão, *Colaboração premiada*…, p. 29), according to Brazilian law, it is possible to apply the procedure used in collaboration agreements to other hypotheses of collaboration in the Brazilian legal system. As we will see, the collaboration agreement is executed through a legal document that gives certainty to the parties, so that the rule of section 3 of the Brazilian Criminal Procedure Code cannot be ignored ('Criminal procedural law will allow extensive interpretation and application by analogy, as well as supplementing the general principles of law'). Brazilian law, therefore, is not basis for the views expressed in legal literature. It is not aimed to trivialize collaboration agreements, but to make them viable, whenever possible (in this sense, Brazilian Federal Law 12.850/2013 can be considered a general procedural law: C. Masson, V. Marçal, *Crime Organizado,* Rio de Janeiro 2017, p. 141).

[33] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, subsections I to V.

[34] The extent of the benefits will depend on the scope and relevance of the collaboration. First, the content of the collaboration offered must be known so that promises can be made to the would be collaborating party (E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, São Paulo 2017, p. 335).

[35] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraphs 2, 3, 4 and 5.

[36] According to Brazilian legislation, the police officer is the authority responsible for conducting the criminal investigation (Brazilian Federal Law 12.830/2013, section 1).

of the statutory term; (c) the Prosecutor`s Office may not file the indictment[37] if the collaborating party is not the leader of the criminal organization, and he/she is the first to provide effective collaboration, as long as the proposed agreement with him/her concerns a crime not previously known[38] (this requirement did not feature in the previous wording of Brazilian Federal Law 12.850/2013); and (d) if the collaboration takes place after the decision, the judge may reduce the sentence by half or lessen the penalty regime even if the requirements are not met.

It is interesting to note that the judge does not participate in the negotiations concerning the collaboration agreement, which is agreed between the police, the accused, and the defence lawyers, and approved by the Prosecutor's Office (this is not a binding document, once it is up to the judiciary to define the possible disagreements between the Public Prosecutor's Office and the police regarding the collaboration agreement[39]), or between the Prosecutor's Office and the accused, and his/her defence lawyers[40].

As it was said before, here lies the great importance of Brazilian Federal Law 12.850/2013: the possible consequences of collaboration depend on the existence of a written agreement. The collaboration agreement must include the object of the collaboration (the collaborating party must report all criminal acts they were involved in, which were directly connected to the investigation[41]) and its potential results; the conditions of the offer made by the Prosecutor's Office or by the Police; the acceptance of the collaborating party and his/her defence lawyer; a specification of the measures to protect the collaborating party and his/her family[42], when necessary, and the signatures of all parties involved – the Prosecutor's Office, the Police Authority, the collaborating party, and his/her defence lawyer. It can also include other terms of the agreement, as long as they are essential to it[43].

The collaboration agreement will be presented to the court for ratification under judicial secrecy[44] (and it will be processed separately from the investigation until then[45]), and it will only contain information that does not identify the collaborating

[37] Essado states that this hypothesis characterizes the application of the principle of opportunity in unconditional public criminal actions. It is important to note that the delimitation of granting the benefit to the one who gives the information first has a logic (T. Essado, *Delação Premiada e Idoneidade Probatória,* São Paulo 2013, p. 212). If it was possible to grant it to others, the leniency program would not be effective, since all those involved would expect a co-accused to manifest before coming forward themselves and obtain the same benefit (United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, Geneva 2016, p. 5).

[38] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 4.

[39] Brazilian Supreme Court's decision in Appeal ADIN 5,508-DF, dated 20 June 2018.

[40] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 6.

[41] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-C, paragraph 3. Moreover, the legislator was consistent, once the approved agreement can be terminated in case of intentional omission of facts that are the object of the collaboration agreement. (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 17).

[42] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 6.

[43] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 354.

[44] In the original version of Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 7, paragraph 3, the collaboration agreement ceases to be confidential as soon as charges are pressed. In its new wording, paragraph 3 states that the collaboration agreement and the *collaborating party's testimonies* are kept confidential until charges are pressed, *and the judge is prohibited from deciding to disclose them under any circumstances.*

[45] The receipt of a collaboration proposal for analysis or the Confidentiality Term do not imply in themselves the suspension of investigation, except for an agreement in reverse regarding the proposal of pre-trial measures such as detention, search and seizure and so on, as well as civil procedural measures included in the Brazilian Civil Procedure Code in force (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3, paragraph 3). A controlled action may be undertaken upon receipt of the proposal for analysis in order to enhance the terms and results of future collaboration, according to Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 8.

party or its object. It will be presented to the competent judge, who must issue a decision within 48 hours. To ensure the success of the collaboration, only the judge, the Prosecutor, and the Police Authority responsible for the investigation can have access to the request for ratification. The defence lawyers will be granted full access to the evidence necessary to exercise the right of the accused to be heard, provided that it is preceded by judicial authorization, except the evidence which concerns the ongoing proceedings[46].

Once the judge has ratified the collaboration agreement, it will be inserted into the original investigation file as part of it. Then, the collaborating party, accompanied by his/her defence lawyer, may be heard at the General Attorney's Office or by the Police Officer responsible for the investigation. Moreover, even if the benefit of the ratified agreement is the judicial pardon or not indicting the collaborating party, he/she may be heard in court at the request of other parties to the criminal case or upon initiative of the judicial authority[47].

Brazilian Federal Law 12.850/2013 provides that collaboration agreements can be made at the investigation stage, at the judicial phase, and after the judgment imposing a sentence[48], with *res judicata* or not (at the appeal stage or at the stage of serving the sentence[49]).

III. A MEANINGFUL COMPARISON: LENIENCY PROGRAMMES

Brazilian Federal Law 12.850/2013 has had substantial impact on Brazilian criminal procedural law concerning the treatment of collaboration agreements, especially for the evidentiary purposes they seek to achieve. Nevertheless, they are not new, either in terms of the concept of granting benefits or in terms of the intention of collecting future evidence, since before that there were the leniency programmes[50], instated in the United States of America.

The leniency programs are based on the idea of collaborating with an investigation (including the collection of evidence), for which the offender obtains future benefits.

In the US, leniency programs were established in 1978 as part of the leniency policy managed by the Department of Justice, with a substantial revision in 1993. Today, there are both corporate leniency policy[51] and individual leniency policy[52].

[46] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 7, paragraps 1 and 2.
[47] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraphs 9 and 12.
[48] According to section 4, paragraph 5 of Brazilian Federal Law 12.850/2013, if the collaboration agreement is executed after the sentence has been passed, the penalty already imposed the collaborating party may be reduced by half or it can be admitted the progression of the prison system, even if the objective requirements are not met. It is clear, however, that collaboration at this stage does not have the power to reverse the conviction (the prosecution's merits).
[49] An example of procedural collaboration in the stage of the enforcement of the sentence is the adoption of measures that could assure the final direct and indirect product of the crime did not happen during the persecution, which makes possible the procedural collaboration in this stage of the criminal proceeding (R. Lima, *Manual de processo penal*, Salvador 2016, p. 788).
[50] As stated in one of the opinions issued in the Federal Senate Bill 150/2006, which gave rise to Brazilian Federal Law 12.850/2013, signed by former Senator Aloísio Mercadante: 'Paragraph 4 deals with the hypothesis of an immunity agreement similar to the agreement of leniency provided for in sections 35-B and 35-C of Brazilian Federal Law 8.884/1994', own translation. It should be said that the legal provisions referred to in Brazilian Federal Law 8.884/1994 were revoked by Brazilian Federal Law 12.529/2011, section 127).
[51] United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, Washington 1993.
[52] United States Department of Justice, *Leniency Policy for Individuals*, Washington 1994.

In short, leniency programmes have emerged to encourage cartel members to take the initiative to approach the Department of Justice, to confess their participation in illegal activities, and to assist authorities in investigating them, the objective being to act effectively at the centre of the cartel[53].

In corporate cases, the inclusion in a leniency programme must occur before the investigation starts, and it will be admitted if six conditions are fulfilled. For the present study, the following conditions should be noted: the investigating authority may not have received notice of the illegal activity from any other source than the applicant company itself (there should be spontaneous denunciation)[54]; the applicant company should collaborate with the investigation as an entity and in the broadest possible way[55], not confusing the confession of the legal entity with the admission of guilt by its executives or legal representatives[56].

In that case, all directors, officers, and employees who admit involvement in illegal actions will be granted leniency, so that they will not be criminally prosecuted for these actions. To this end, they should collaborate during the entire investigation[57].

Nevertheless, there is also the possibility of applying for the leniency programme after the investigation has begun. In this case, in addition to some of the previous conditions, it is required that the applicant company be the first to report the illegal activities and that the investigative authority have insufficient evidence to support a conviction against the company that presents itself for the agreement until this moment.

In cases involving individual applicants, the inclusion in a leniency programme must also occur prior to the initiation of the investigation and it will be admitted upon fulfilment of the following conditions: the investigating authority may not have received notice of the illegal activity from any other source than the applicant individual himself/herself (the accused must self-report); the applicant individual should collaborate with the investigation in the broadest possible way, and the applicant individual cannot have forced the participation of others in the illegal practice, nor can he/she be the leader or the person responsible for creating the criminal activity.

If it is not possible to reach an agreement with a particular individual, they may still be granted a statutory or informal immunity from criminal prosecution[58],

[53] United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, Geneva 2016, p. 1.

[54] According to legal literature, leniency is automatically granted when this happens before the investigation (S. Hammond, *The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement over the Last Two Decades*, Washington 2010, p. 2).

[55] Among others, the company can report on other participants, the nature of the activity, the affected product(s), the affected territory, and the duration of the activity (United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, Geneva 2016, p. 8).

[56] In addition, it is required that: once aware of the illegal activity, the company promptly and effectively cease to participate in it, unless otherwise approved by the investigating authority (Spratling 1998: document with no page numbers – text indicated by the US Department of Justice on the subject); whenever possible, the company should compensate the injured parties; and the company cannot be the one that forced others to participate in the illicit practice, nor can it be the leader or the person responsible for creating the illegal activity (the latter situation is similar to Brazilian Federal Law 12.850, section 4, paragraph 4).

[57] If the benefits were not extended to the individuals working for the company, they could influence the decision of the other members of the company involved to avoid collaboration and thereby avoid prosecution against themselves. (United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines...*, p. 6).

[58] This is also the treatment accorded to members of the company who confirm involvement in the illegal practice when the company cannot benefit from the leniency for having already started the investigation.

which should be assessed at the discretion of the prosecuting authority. Nonetheless, as a general rule, the protection of criminal prosecution for all officers, directors, and employees who collaborate is a strong incentive for making leniency proposals.

In both corporate and individual leniency policy, after fulfilling the conditions, a recommendation is issued in favour of granting leniency. Subsequently, the Assistant Attorney General will be responsible for the final decision. If there is no recommendation for the grant of leniency, the applicant or his/her defence attorney can still present their intentions, upon which leniency may be granted at the discretion of the Department of Justice (it is not a right, but a possibility).

If the Department of Justice grants leniency, this does not produce effects immediately, as they will depend on the collaborating party then fulfilling the obligations imposed on him/her, particularly concerning the investigation of other participants on the illegal activity and the reimbursement of the crime proceeds. If the collaborating party does not comply with his/her obligations satisfactorily, leniency may be revoked[59].

It is important to remind that, once the Department of Justice expressly acknowledges that the conditions for leniency have been met (even partially) by the applicant, it is no longer possible to withdraw from the programme. The application can only be withdrawn at the previous stage, when the conditions for obtaining future amnesty are being assessed[60].

It is essential to consider that the US measures had influence on other initiatives[61].

In Brazil, there are two options of leniency programs. Section 86 of Brazilian Federal Law 12.529/2011 introduces the Brazilian System for the Protection of Competition. According to this provision, benefits such as the termination of the punitive action by the public administration[62], or the reduction by a third (1/3) up to two-thirds (2/3) of the applicable penalty, can be granted to natural and legal persons who are guilty of a crime against the economic order. To do so, the accused must collaborate effectively during the investigation and the administrative proceeding, as well as identify other participants involved in the illegal activity, and collaborate to obtain information and documents that prove the crime reported or investigated.

With regard to the previous scenario, according to Brazilian Federal Law 12.529/2011, section 86, paragraph 1, points I to IV, there are other requirements that must be complied with: the applicant company must be the first to report the illegal activity under investigation; the applicant company must cease its involvement in the reported actions as of the date of filing the request for the agreement; the General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence

[59] K. Wallace, *To cooperate or not: obtaining amnesty under the DOJ's Corporate Leninecy Policy*, Chicago 2010, document with no page number.

[60] G. Spratling, *The Corporate Leniency Policy: answer to recurring questions*, Washington 1998, document with no page numbers. According to the original version: '[…] Also, once an applicant has fulfilled all of the conditions for amnesty and the Division has issued a final amnesty letter, the Department will not permit the company to withdraw'.

[61] United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines...*, p. 12.

[62] Although there is no legal provision for its application in civil actions, only in administrative proceedings, it may have judicial consequences in the future. (P. Machado, *Acordo de Leniência...*, p. 112–113).

(in Portuguese, *CADE*) must not have sufficient evidence to ensure the conviction of the company or individual when the application for the agreement is presented; the applicant company must confess its participation in the illegal activity and cooperate fully and permanently during the investigation and the administrative proceeding, appearing, at their expense, whenever requested, in all procedural activities, until their conclusion[63].

According to Brazilian Federal Law 12.529/2011, section 86, paragraph 2, the agreement can also be entered into with a natural person, provided that the last three conditions are met. According to section 86, paragraph 3, the leniency agreement entered into with the CADE must stipulate the conditions to ensure the effectiveness of the collaboration and usefulness of its results.

As the collaboration agreements, the leniency programme provided for by the competition law also tries to affect the relations of trust and secrecy between corruptors. Its goal is to be a more effective tool in producing results that serve the public and social interests[64].

According to Brazilian Federal Law 12.529/2011, section 87, in crimes against the economic order, as described in Brazilian Federal Law 8.137/1990, and other crimes directly related to cartel practice, such as those defined in Brazilian Federal Law 8.666/1993 and section 288[65] of the Brazilian Criminal Code, the leniency agreement results in suspension of the period of limitation of the offence and prevents the offer of the complaint in relation to the collaborating party. Once the leniency agreement's obligations are accomplished, there is the extinction of the criminal liability of the offender[66].

The second possibility of leniency programs is provided for by Brazilian Federal Law 12.846/2013, which establishes administrative and civil liability of legal entities for acts against national or foreign public administrations. According to section 16, subsections I and II, the supreme authority of each public body[67] may enter into

[63] According to section 86, paragraph 4, subsections I and II, § 4 of Brazilian Federal Law 12.529/2011, once the compliance with the agreement is verified, the Administrative Court shall terminate the punitive action of the public administration in favour of the transgressor, if the settlement proposal has been submitted to the General Superintendence without prior knowledge of the notified violation; or in the other cases, reduce the applicable penalties from one (1) to two-thirds (2/3), subject to section 45 of this Law, also considering the classification of the penalty taking into acocunt the effective collaboration provided and the transgressor's good faith in the complying with the lenience agreement. The effects of the leniency agreement shall be extended to companies of the same group, de facto or de jure, and to their directors, administrators or employees involved in the offence, provided they enter into the agreement jointly, respecting the imposed conditions. (Brazilian Federal Law 12.529/2011, section 86, paragraph 6º).

[64] P. Machado, *Acordo de Leniência...*, p. 104–105.

[65] It defines criminal association as the association of 3 (three) or more persons, for the specific purpose of committing crimes.

[66] In Brazil, it is unconstitutional to provide for effects in the criminal procedure of leniency agreements in which the Public Prosecution Office does not participate, since Prosecutor's Office is the one entitled to present criminal actions, under section 129, subsection I, of the Brazilian Constitution (P. Machado, *Acordo de Leniência...*, p. 173). CADE corroborates that the Prosecutor's Office participation is imperative, in view of all criminal repercussions of leniency agreements for CADE. In this case, the Public Prosecutors must intervene to assist in criminal investigations (Brazil's General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence, *Programa de Leniência Antitruste do CADE*, Brasília 2016, p. 41), but they will not have access to the information and documents negotiated withing the leniency agreement prior to its signature. (Brazil's General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence, *Programa de Leniência Antitruste do CADE*, Brasília 2016, p. 42).

[67] The Federal Inspector's Office is the competent body to enter into leniency agreements within the Federal Executive Branch, as well as in cases of illegal acts against foreign public administration (§ 10). It is not the purpose of this study to go further into the subject, but we are aware of the discussion on the possibility of

a leniency agreement with the legal entities responsible for the illegal acts if they effectively collaborate during the investigation and the administrative proceeding, by identifying other participants in the illegal acts or facilitating access to information and documents that prove the illegal acts under investigation[68].

According to section 16, paragraph 1, the applicant company must also be the first to report the illegal activity under investigation; the applicant company must cease its involvement in the reported acts as of the date of filing the request for the agreement[69]; and it must confess its participation in the illegal activity and collaborate fully throughout the investigations and the administrative proceeding, appearing, at their expense, whenever requested, during all procedural acts, until their conclusion.

The request of the applicant company or individual to enter into a leniency agreement does not imply recognition of the practice of the investigated illegal activity if rejected (paragraph 7), but once the parties enter into the deal, it interrupts the period of limitation in relation to the illicit acts provided for in Brazilian Federal Law 12.846/2013 (paragraph 9).

Portugal also has the so-called clemecy program, provided for in Portuguese Law 19/2012[70], section 75[71] et seq.

According to section 77, paragraph 1 of the cited Portuguese Law, the Competition Authority grants penalty exemption[72] for the applicant company which discloses its participation in an alleged unfair agreement or concerted practice, provided that the applicant company is the first to provide information and evidence that, in the opinion of the Competition Authority, enables it to request for search and seizure when otherwise it would not be possible. The exemption from penalty can also be granted if the Competition Authority was aware of the existence of the violation, but did not have sufficient evidence to prove it until the applicant company disclosed its participation and provided information and evidence.

---

leniency agreements being executed by the Public Prosecution Office. In the minutes of the 5th Coordination and Review Chamber (Fight against Corruption) of the Federal Public Prosecutor's Office on situations involving the so-called 'Operation Car Wash' approval was espressed for collaborations in leniency agreements at the Public Prosecutor's Office. However, there is a judicial decision in Brazil that says that the authority competent for the leniency agreement is the Federal Inspector's Office. The Public Prosecutor's Office would only participate within the limits of jurisdiction indicated above (Court of Appeals decision AI No. 5023972–66.2017.4.04.0000/PR of TRF4, dated 22 August 2017.

[68] According to Brazilian Federal Law 12.846/2013, the leniency agreement will exempt legal entities from the santion of prohibition of receiving incentives, subsidies, subsidies, donations or loans from public bodies or entities and from public or state-controlled financial institutions for a minimum term of one (1) and a maximum of five (5) years, and reduce by two-thirds (2/3) the applicable fine. On the other hand, it will not exempt the legal entity from the obligation to fully repair the damage caused and it will stipulate the necessary conditions to ensure the effectiveness of the collaboration and the useful outcome of the process (paragraphs 3 and 4).

[69] Regarding the need to terminate the participation in illicit activities, it was positive that it was included as a legal condition for collaboration agreements in Brazil by the new law (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 18).

[70] The cited law approved the new legal regime of competition, repealing Portuguese Law 18, of 11 June 2003, and Federal Law 39, of 25 August 2006, and made the second amendment to Portuguese Law 2, of 12 January 1999 (the Press Law).

[71] According to the section 75, the exemption or special reduction of fines is granted in the context of proceedings concerning unfair agreements or concerted practices between two or more competing companies that coordinate their behavior on the market or influence competitive variables by fixing prices or other trading conditions, allocating production or sales quotas, market sharing, including agreements in auctions and public tenders, restriction of imports or exports or anti-competitive actions against others competitors.

[72] Section 78 provides for the possibility of reduction of fines by the Competition Authority, and section 79 provides for the possibility of extending it to individuals working for the company and involved in the illegal activity.

According to section 77 paragraph 2 of the cited Portuguese Law, the Competition Authority will grant the penalty exemption provided that the company complies with certain conditions, mainly ensures full and continuous collaboration with the Competition Authority from the time of the application for annulment or reduction of the fine, including all the information and evidence it has or will have in its possession or under its control, as well as responds promptly to any request for information that may contribute to the determination of the facts[73].

The information and evidence provided by the applicant company must contain full and accurate information on the unfair agreement entered into or the concerted practice and the other companies involved, including information on the product or service which the competition distortion concerns, the adopted actions and procedures, the geographical scope, the duration and specific information on dates, sites, contents and participants and all relevant explanations presented in support of the request (paragraph 3).

Finally, Germany also has such program. Through the *Bundeskartellamt*, the participant of a cartel can receive immunity from fines or their reduction, in two different scenarios[74].

In the first scenario, the collaboration must happen before the *Bundeskartellamt* that will as a result have proof to obtain a warrant for search and seizure. In these cases, the applicant must provide sufficient verbal and written information to get the warrant, besides collaborating fully with the investigation authority[75].

The second scenario of immunity from fines exists after the search and seizure warrant. In that case, the applicant must meet the requirement to be the first to contact the investigating authority, before it has sufficient evidence to confirm the illegal actions, and no other member of the cartel can have been granted immunity under the previous scenario.

In turn, the reduction of fine may occur in cases where it is not possible to apply full immunity, but the applicant provides relevant information to determine the illegal acts and collaboerates fully and continuously with the investigating authority.

To apply for the German leniency program, the applicant must declare the intention and willingness to cooperate[76], and describe the scope of the illegal activity,

[73] There is also a requirement to abstain from any act that may hinder the investigation, in particular the destruction, falsification or concealment of information or evidence related to the infraction; the disclosure of the existence or the contents of, or the intention to present, the request for exemption, unless expressly authorized by the Competition Authority; the termination of participation in the illegal activity, until the company provides the Competition Authority with the information and evidence, except to the extent reasonably necessary in the opinion of the Competition Authority to preserve the effectiveness of the investigation; and that the company has not coerced the other companies to participate in the illegal activity.

[74] As stated in *Notice no. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases – Leniency Programme – of 07 March 2006*, p. 1, from which the following information was extracted.

[75] In addition, the participant must be the first to contact the Competition Authority, it cannot be the main leader of the cartel, nor can it have forced the participation of others. The *Bundeskartellamt* explains: 'The **first applicant** to disclose information and evidence giving rise to the initial suspicion of a hardcore cartel will be automatically granted immunity from a fine. This provision only applies if the applicant cooperates fully and on a continuous basis with the Bundeskartellamt […]' (Germany Bundeskartellamt, *Effective Cartel Prosecution: benefits for the economy and consumers*, Bonn 2016, p. 21).

[76] In case there is no intention to collaborate, it is established that: 'Once fines proceedings have been instituted, they broadly follow the rules on criminal procedure. In particular, the persons and companies that are suspected of having participated in the illegal cartel agreements are not obliged to cooperate in the proceedings. The *nemo tenetur* principle applies, i.e. no-one is obliged to incriminate themselves. Legal persons will only have to provide information and documents on specific turnovers. All other evidence

including geographical information. Firstly, the *Bundeskartellamt* should confirm the moment of receipt of the application, so it can decide if it is a case of granting immunity as the application is prior to obtaining the search and seizure warrant.

If the application for the leniency programme is made in the second scenario (after the search and seizure order) or based on the premises for fine reduction, the applicant will be advised of the conditions of the programme and that benefits will only be granted if he/she complies fully with the duties of collaboration, notably with regard to obtaining sufficient evidence to demonstrate the illegal activities.

It remains to be said that leniency agreements are intended to be an instrument inserted in the administrative sanctioning procedure to maintain the competitive order[77]. In the countries where criminal proceedings are mandatory, their impact on criminal proceedings is reduced, as regards the benefits granted.

From the above, it is possible to note similarities of the procedural collaboration with regard to the probative plan: the need for confession of employee participation, the requirement that the promised aid be effective during the investigation, the availability of evidence that is available to them (for contributing to the investigation or specific measures, such as the search warrant). Add to this the need to fulfil the legal conditions for the agreement to exist, the requirement of an actual will and the subsequent production of the promised effects.

From the foregoing, it is possible to note similarities between leniency agreements and collaboration agreements as regards the evidentiary aspect: they both require the applicant's self-report, that the collaboration be effective, and that the applicant hand over all the evidence for the purpose of contributing to the investigation or specific measures, such as obtaining the seizure and search warrant. We also have to mention the need to comply with the legal requirements for the agreement to exist, the existence of actual willingness of the applicant and the subsequent production of the promised effects concerning the investigation. Thus, it is possible to say that leniency agreements also inspired Brazilian law.

The last similarity leads us to an interest in the structure of the process of collaboration agreement in order to gauge how important each stage is.

IV. ANALYTICAL STUDY ON THE TIMEFRAMES OF COLLABORATION AGREEMENTS ACCORDING TO BRAZILIAN FEDERAL LAW 12.850/2013

The similarities mentioned above lead us to an important consideration: a collaboration agreement is a legal transaction with consequences in criminal law and criminal proceedings[78]. In 2015[79], the Brazilian Supreme Court defined that the

required for proving an infringement must be obtained and secured by the Bundeskartellamt, in particular from the persons and companies concerned, by means of searching the relevant premises' (Germany Bundeskartellamt, *Effective Cartel Prosecution: benefits for the economy and consumers*, Bonn 2016, p. 23).

[77] Brazilian Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça – STJ) decision Habeas Corpus RHC 24.499-SP, dated 20 September 2011.

[78] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*, München 2016, p. 144. It is characterized as a contract, considering the advantages expected by the parties because of what was agreed upon (F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 151).

[79] Brazilian Supreme Court decision at Habeas Corpus HC 127.483-PR, dated 27 August 2015.

collaboration agreement is a personal legal transaction introduced in the criminal proceeding[80]. This is in line with the understanding of US case-law on non-prosecution arrangements, according to which they must be formalized following the general principles of contract law, while respecting the rules of due process, within of a specific procedure[81].

As a legal transaction introduced in the criminal proceeding, it gives the parties of the collaboration agreement the possibility to choose and establish certain legal procedural situations, within the limits set by the law[82].

That peculiarity brings the need to understand that there is an interconnection between criminal procedural law and civil law, since this is the field of law that best regulates voluntary agreements.

Thus, the parties to the collaboration agreement have the power to propose what is most appropriate for their future collaboration. This includes freedom to negotiate, create, stipulate, and bind themselves in what is called the principle of respect for the autonomy of will in the process[83].

An example of a legal transaction inserted in the Brazilian criminal law is the one provided for in section 89 of Brazilian Federal Law 9.099/95, known as the conditional suspension of proceedings[84], which is the Brazilian equivalent to the Portuguese concept of provisional suspension of the case[85], and the transaction regulated in section 153a of the German Criminal Procedure Code (*Strafprozessordnung*).

After these comments, we identify that Brazilian Federal Law 12.850/2013 provides three different windows of time for the collaboration agreement as part of a criminal proceeding[86].

1. The moment of formation: the relationship between prosecution and defence

According to section 3-B, section 3-C and section 4, paragraph 6 of Brazilian Federal Law 12.850/2013, the first moment of collaboration in the criminal procedure corresponds to the negotiation and execution of the collaboration agreement between the parties. It refers, therefore, to the moment when the transaction comes into existence.

[80] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-A (see n. 1).

[81] United States District Court, *United States v. STOLT-NIELSEN S.A.*, et al., 524 F. Supp. 2d 609 (2007), Criminal Action No. 06-cr-466, E.D. Pennsylvania, dated 29 November 2007.

[82] P. Nogueira, *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro,* Salvador 2015, p. 84–85.

[83] F. Didier Jr., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil*, Salvador 2015, p. 20.

[84] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 145. It is relevant to transcribe section 89 of Brazilian Federal Law 9.099/95: 'In crimes where the minimum sentence commenced is equal to or less than one year, whether or not covered by this Law, the Public Prosecutor may, when filing the indictment, propose the suspension of proceedings for two to four years, provided that the accused is not being prosecuted or has not been convicted of another crime, in addition to the other requirements that would authorize the conditional suspension of the sentence (section 77 of the Criminal Code)', own translation.

[85] As stated in section 281, paragraph 1 of the Portuguese Criminal Procedure Code, if the offence is punishable by imprisonment not exceeding 5 years or by a sanction other than imprisonment, the Public Prosecutor, on his own initiative or at the request of the accused or the assistant, determines, with the agreement of the jugde, the suspension of proceedings, imposing on the defendant injunctions and rules of conduct.

[86] These three stages are used in the context of the established procedural form and, according to legal literature, their verification is necessary to protect the collaborating party and the affected third party, respecting the principle of procedural legality (J. Canotilho, N. Brandão*, Colaboração premiada*…, p. 25).

The moment of existence takes into account all the sufficient facts to which a particular legal standard is applied[87]. By their nature, collaboration agreements are executed outside the criminal proceeding, although it is within it that they produce effects. In such agreements, the parties express their conscious and free will and good faith in the specific situation[88], elements that are firstly expressed in the offers that the parties make to each other.

For a better understanding of the topic, it is essential to comprehend what the offer consists of. The offer is not to be confused with the period of discussion when the parties decide whether they are willing to enter into the collaboration agreement or not[89], since negotiations precede the offer itself.

The offer corresponds to a single act in which one party invites the other to enter into the legal transaction, indicating on what basis the offeror intends to settle[90]. Acceptance, in turn, is the consent of the other party to the offer[91]. Once the acceptance is expressed, the bond is formed[92].

Once these premises are known, section 3-B of Brazilian Federal Law 12.850/2013 is understood. According to its initial part, the receipt of the collaboration agreement offer marks the beginning of negotiations and the obligation of confidentiality, whereas any disclosure of the preliminary talks or documents formalizing the agreement constitute a breach of confidentiality, trust and good faith until they become public by judicial decision.

It is clear that the legislator defined not only the moment when the agreement is perceived to exist, but also that the parties must be committed to keeping the offer confidential, insofar as it must not be used against the presumption of innocence of the collaborating party and the third parties (which may happen when an offer received or made is disclosed in the press or social networks).

This is even more evident when the parties sign the Confidentiality Term[93] to proceed with the deal, except when the offer is summarily rejected (which must be properly justified and notified to the party concerned). This Term will bind the persons involved in the negotiations and prevent later rejection without good reasons[94].

Summary rejection may occur when the collaboration offer does not add any new evidence in the investigation[95], does not present the whole involvement of the collaborating party in the acts or when the collaboration is regarded as terminated with one state body, and the offer is made to another one in an attempt to recover benefits.

---

[87] M. Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte*, São Paulo 2010, p. 17.
[88] F. Yarshell, *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, Salvador 2015, p. 68.
[89] N. Rosenvald, *Contratos (geral)*, Barueri 2007, p. 321.
[90] S. Rodrigues, *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, São Paulo 2002, p. 68–69.
[91] S. Rodrigues, *Direito Civil*..., p. 70.
[92] S. Rodrigues, *Direito Civil*..., p. 72.
[93] It aims to determine that none of the parties involved will use the material obtained through collaboration before the judicial approval, as well as to set the beginning of negotiations. (C. Fonseca, *Colaboração Premiada*, Belo Horizonte 2017, p. 112).
[94] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3, paragraphs 1 and 2. According to Brazilian literature, once the proposal is accepted, and the collaborating party and the Prosecutor sign the confidentiality agreement, the information will effectively be considered as part of the collaboration agreement (E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*…, 2016, p. 353).
[95] Explaining: 'what matters is to analyse whether the use of collaboration agreements adds evidence' (C. Fonseca, *Colaboração*..., p. 110, free translation).

Precisely in order to avoid a or justify a summary rejection, the law provides that the collaboration agreement may be preceded by evidence gathering (information gathering indeed, once this is not regarded as evidence gathering during judicial proceedings) when its object, facts reported, relevance, usefulness and public interest must be identified or complemented[96].

In order to guarantee the above, the terms of collaboration offer and the obligation of confidentiality are defined and signed by the Public Prosecutor's Office and/or the Brazilian Chief Police Officer, the collaborating party and their lawyer or public defensor with specific powers[97]. No negotiations on a collaboration agreement must be carried out without the presence of a lawyer or public defensor[98], and in case of a possible conflict of interests or a disadvantaged collaborating party, the state body must require the presence of another lawyer or the participation of a public defensor[99].

Those in charge of the collaborating party's defence must present their power of attorney in respect of the offer in order to begin the collaboration proceedings and the negotiations, which can be supplied with the personal signature of the collaborating party and their lawyer or public defensor[100].

Another concern (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-B, paragraph 6) is that, in case the agreement is not concluded by the state bodies (Public Prosecutor's Office and/or Brazilian Chief Police Officer)[101], they must not make use of the information or evidence presented by the collaborator in good faith for any other purpose. This circumstance embraces one of the most critical precepts as to the treatment of collaboration agreements in the Brazilian legal system: the parties can withdraw from the offer.

It is a fact that the retraction considered by the Brazilian law occurs at the time the offer exists and it has an *ex tunc* effect, since it makes the offer ineffective[102] as a form of repentance concerning collaboration from its outset[103]. Withdrawal of acceptance of the offer is not to be confused with a breach of contract, which would be a contractual offence and would entail specific consequences[104].

It is, therefore, at the level of existence of the agreement that the retraction of the offer produces its effects[105]. If acceptance of one of the parties is missing, there

[96] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3, paragraph 4.
[97] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3, paragraph 5.
[98] The negotiations must be recorded, and a copy of the transcript must be available to the collaborator and his/her defence counsel (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 13).
[99] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-C, paragraphs 1 and 2.
[100] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-C. It is understood that special powers are also required from the Public Defensor, once he/she is not a *substitute,* but *a legal representative,* as already decided in another scenario in which the same power was demanded (Brazilian Superior Court decision in Appeal REsp. 1.431.031-MG, dated 16 April 2015).
[101] According to news reports, the Supreme Court decided, in MS 35,693 (proceeding covered by confidentiality), that it is not up to the judge to oblige the Public Prosecutor's Office to carry out a collboration agreement, once its usefulness must be assessed by the parties concerned. The investigated party or the accused do not have an express legal right to it. What is required is that the Prosecutor's rejection be justified so that it may be reviewed by their own Institution. ('Court rules investigated party has no clear legal right to collaboration agreement', available on <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412407>, accessed on 1 April 2020).
[102] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 160.
[103] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2017, p. 338.
[104] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 160–161.
[105] H. Pinho, P. Wunder, *A revisão do acordo de colaboração premiada e o aproveitamento da prova já produzida*, São Paulo 2018, p. 1.

is no more agreement and the evidentiary content of the agreement whose offer has been retracted may be extracted from evidence in the criminal proceeding.

In sum: the elements collected in the interrupted negotiations by state bodies cannot be used to support the responsibility of the collaborator and of other members of the criminal organization. Likewise, if the collaborator withdraws his/her proposal, all the elements may be used by the state bodies, even if they are self-incriminating.

The point is to reconcile what has been previously discussed (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-B, paragraph 6) with the wording of Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 10. According to this last provision, in case of retraction, the self-incriminatory evidence produced by the collaborating party must not be used solely against him/her.

Considering both provisions, we understand that the use of such evidence is only impossible when the state bodies refuse to conclude the agreement, as mentioned above. In addition, in the current version of Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-B, paragraph 6, if the collaborating party is responsible for retraction of the offer, even the self-incriminating evidence can be used, except if the retraction derives from a previous malicious intent of the state representative who might have influenced the party who was willing to collaborate (as in the use of deceitful means or the promise of legally unacceptable advantages).

Therefore, if the agreement is not executed by the state representative, the evidence obtained on its basis cannot be used by the Attorney's Office in the criminal prosecution against the accused or third parties[106], unless it is voluntarily handed over, independently of the agreement. In conclusion, self-incriminating evidence cannot be used only when the agreement is retracted prior to its approval[107] and in the conditions described above.

Another important aspect appears in Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 3-C, paragraph 4: the burden of proof regarding the defence was established, once they are supposed to gather appropriately described facts for the agreement offer, with all the circumstances, indicating evidence that will corroborate the agreement.

This provision is easily explained: as this article has previously described, procedural collaboration is a means of obtaining evidence that brings benefits to the accused. If the accusation already has evidence, the collaboration is not needed. If they do not have it, the means is justified once the benefits are obtained by the one who possesses it, i.e. the investigated party! Therefore, regarding the demands set for the collaboration, especially the confession of all facts they participated in, the investigated party must present all necessary elements so that the source of evidence is useful and of public interest for the prosecution as well as the collaborating party[108].

---

[106] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 353. There is a similar provision involving collaboration agreements in the German criminal procedural law: if the agreement is not accepted or finalized, the confession of the accused made during the negotiations cannot be used against him/her. (*Strafprozessordnung*, § 257c, 4).

[107] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 355.

[108] After all, the approved agreement may also be terminated in case of a conscious omission of facts that are the object of the collaboration (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 18).

2. The validity: the ratification that prevents the offer from being withdrawn

The Brazilian procedural collaboration agreement is a means of obtaining evidence (the same can be said of leniency agreements[109]). So far, it has been studied in terms of its existence.

Once the agreement exists, it is necessary to examine its validity, as required in section 4, paragraph 7 of Brazilian Federal Law 12.850/2013, now with four new subsections. Validity corresponds to the perfection of legal acts according to the substantive law of a particular State, especially provisions on the actual free and conscious consent to be bound by the agreement[110]. That involves the future effectiveness[111].

It should be noted that, even if the State is barred from demanding procedural collaboration, the fact that a particular defendant has the purpose of having some advantage cannot be interpreted as a violation of the principles of investigation or of the criminal proceeding[112]. After all, there must be more leniency towards those who want to conform to the values demanded by law and society, by an actual expression of confidence that legitimizes one of the purposes that criminal legislation seeks to achieve[113]. It comprises an attitude of respect for the dignity of persons[114], justice, and the exercise of the right of defence[115].

As we know, autonomy is the ethical foundation of human dignity, based on individual free will, and the capacity we all have to define the best way to live our life. It is conditioned by reason, independence, and choice, and it encompasses essential personal motivations[116]. That is why it would be a disservice to modern societies to rely on individual rights in an absolute way, without respecting individual needs and proportionality in each case[117].

---

[109] As supported by legal literature, it is evident that the leniency agreement is a mechanism to facilitate the collection of evidence and a technique of investigation (P. Machado, *Acordo de Leniência...*, p. 182; Germany Bundeskartellamt, *Effective Cartel Prosecution: Benefits for the Economy and Consumers*, Bonn 2016, p. 19). Thus, it provides an investigation tool for the discovery of cartels that would not be discovered otherwise, and could continue to harm consumers (S. Hammond, *The Evolution of Criminal Aantitrust Enforcement over the Last Two Decades*, Washington 2010, p. 2).

[110] Mello, 2010b: 32–33. Based on US case law: 'With respect to immunity agreements, due process requires prosecutors to scrupulously adhere to commitments made to suspects in which they induce the suspects to surrender their constitutional rights in exchange for the suspects giving evidence that the government needs against others which simultaneously implicates themselves' (*United States v. STOLT-NIELSEN S.A. et al.*, 524 F. Supp. 2d 609 (2007), Criminal Action No. 06-cr-466, United States District Court, E.D. Pennsylvania, dated 29 November 2007.

[111] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada...*, p. 141.

[112] I. Leite, *Arrependido': a Colaboração Processual do Co-Arguido na Investigação Criminal,* Coimbra 2010, p. 383.

[113] G. Silva, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos*, Lisboa 1994, p. 32.

[114] In Germany, the dignity of the human person was enshrined in the text of the Basic Law of 1949; it is considered inviolable (section 1.1) and gives rise to the right to 'free development of personality' (section 2.1), which should serve as the basis for the interpretation of the other rights (L. Barroso, *'Aqui, lá e em Todo Lugar'. A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional*, Rio de Janeiro 2013, p. 102–103).

[115] Also in: G. Silva, *Bufos, Infiltrados...*, p. 30.

[116] L. Barroso, *'Aqui, lá e em Todo Lugar...*, p. 126.

[117] J. Dias, *Acordos sobre a sentença...*, p. 27. As a necessary reverse of recognition of individual autonomy, it must also be protected. After all, if the collaborating party's willingness is misled, by words or by any act that might deceive the party, especially when this error is essential to obtaining the evidence provided by the party, such evidence will be illicit (J. Dias, M. Andrade, *Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)*, Coimbra 2009, p. 32). A very useful list is provided in section 32, paragraph 8 of the Portuguese Constitution, which affirms that all evidence obtained through torture, coercion,

According to the aforementioned legal precept, after the agreement is executed, it will be sent, with the declarations of the collaborating party and a copy of the investigation file, to the judge for ratification. They shall, then, hear the collaborating party, accompanied by the defence attorney, in closed session, and analyse the following aspects of the testimony in order to approve it[118]:

- whether it is consistent with the principles of regularity and legality (subsection I);
- whether the benefits agreed are appropriate according to Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraphs 4 and 5 (already mentioned in this study) (subsection II);
- whether the results of the collaboration are appropriate in the context of the minimum results specified in subsections I to V of section 4 (already mentioned in this study) (subsection III);
- whether there is voluntariness and willingness, especially in cases in which the collaborating party is or has been under pre-trial measures[119] (subsection IV).

Therefore, the consent of both parties is sufficient for the execution of the legal transaction, because of the existence of two intents, and for achieving the social function that said legal transaction represents[120].

The validity depends on the fulfilment of legal requirements, and the willingness of the collaborating party is a precondition for the validity and future effectiveness of the agreement. The judge will, therefore, be responsible for confirming that there is a reciprocal relation between the benefits provided for in the collaboration agreement in favour of the collaborating party (accused) and the right of defence, which he/she will no longer exercise because of the agreement[121].

It must be said that the judge's absence during the negotiations is related to his/her responsibility for examining the validity of the agreement. Negotiations are conducted between the parties. It is for the judge to act as an arbiter of the balance between them and confirming the regularity of the agreement's terms

offence against physical or moral integrity of the person, abusive interference in private life, at home, in correspondence or in telecommunications is null and void. And its use is not allowed even when agreed upon (F. Pereira, *Compatibilização Constitucional*..., p. 328). It should also be said that, in the Portuguese context, the rule is that the statement to be given by the accused must be preceded by a caution and a warning about the right to remain silent (Portuguese Criminal Procedure Code in its sections 343, 1, 61, nº 1, g, 141, nº 4, and 143, nº 2. In the legal literature: M. Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra 2013, p. 86). In addition, it must be mentioned that, under section 344 of the Portuguese Criminal Procedure Code, the confession that can stop the investigation needs to be provided in court, in a free, complete and unreserved manner (without any possibility of exclusion of the liability reported) (T. Beleza, *'Tão Amigos que nós Éramos': o Valor Probatório do Depoimento do Co-Arguido no Processo Penal Português*, Lisboa 1998, p. 52–53).

[118] In the original version, Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 7 stated that, once the agreement was concluded, its was to be sent, accompanied by the collaborating party's testimony, for approval to the judge, who had to verify its regularity, legality and voluntariness, being able to, for this purpose, secretly listen to the collaborating party in the presence of his/her defence counsel. Note that this hearing, according to the previous version, was a judicial possibility. *Now* it is the judge's *duty* to do that.

[119] This alteration has been made in order to prevent the pretrial measure to be used to coerce the collaborating party to accept the agreement.

[120] From the lessons of Rosenvald (N. Rosenvald, *Contratos*..., p. 321).

[121] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 159.

based on the facts (the judge may reject the agreement when it is not supported by the evidence)[122].

If valid, the agreement will be ratified by the judge at the procedural phase[123], which justifies his/her role. Obviously, the agreement might not be approved: if the judge finds it untenable, the agreement will be returned to the parties for the necessary adaptations (paragraph 8[124])[125].

As asserted by the Brazilian Supreme Court, ratification consists of a judgement of determination of the regularity, voluntariness, and legality of the agreement, without any judgement regarding the substance of the statements of the collaborating party[126].

At the stage of approval of the agreement, the judge is specifically bound by the request made to him/her, since the approval of the agreement depends on the initiative of the parties. At this stage, the court (judge) cannot pursue new information[127] (not even the General Attorney's Office should do so; otherwise, the principle of the party disposition would be infringed[128]). If there are any new facts, they must be stated and verified in an independent file, not at the time of ratification.

The content of the last two paragraphs is also set out in the decision mentioned in the introduction to the present analysis, to which it refers.

Hence it can be said that this assessment concerns the understanding, intelligence, and freedom of manifestation of the collaborating party[129]. All this so that it is always guaranteed that the accused can only be used as evidence if he/she is willing[130].

---

[122] S. Kobor, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany: Matter of Justice and Administrative Efficiency within Legal*, Frankfurt am Main 2008, p. 102; F. Pereira, *Delação Premiada. Legitimidade e procedimento*, Curitiba 2013–2014, p. 142. The judge carries out a 'legality appraisal', not a 'merit appraisal' (C. Masson, V. Marçal, *Crime*..., p. 171).

[123] After all, as Chiovenda taught, jurisdiction is exercised through the process (G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid 1922, p. 359).

[124] In the previous version of paragraph 8, the judge could refuse to accept an offer that did not meet the legal requirements or *could adapt it to the specific case*. Now, it is not up to the judge, but to the parties, to make such amendments.

[125] It is relevant to mention that the decision issued by the Supreme Court determined the need for the agreement to be adequate. After verifying there was no compatibility between the agreement set forth between the parties and the current normative system, the Court decided not to ratify the agreement presented. Among other reasons, the Court detected that the agreement provided for a custodial sentence and the pardon of crimes to the collaborating party, encroaching upon the powers of the judiciary, when the agreement was not even concluded within a judicial proceeding. Likewise, the parties to the agreement could not agree on the species, the level and the prison regime, under penalty for violation of the separation of powers by the Public Prosecutor's Office. Also, ratification was refused because it is not possible to demand general and unrestricted waiver of the guarantee against self-incrimination, the right to silence and the right of appeal of the collaborating party (Brazilian Supreme Court decision Petition 7.265-DF, dated 14 November 2017).

[126] Brazilian Supreme Court decision in Habeas Corpus no. HC 127.483-PR, dated 27 August 2015.

[127] Brazilian Supreme Court decision on Provisional Remedy in Habeas Corpus MC no. HC 144.652-DF, dated 12 June 2017.

[128] It is worth remembering that 'the perpetrator and the defendant have the judicial process at their disposal to the extent they are the ones who wish to litigate or not' (J. Almeida, *Processo Penal. Ação e Jurisdição*, São Paulo 1975, 15, own translation). The judge, after all, is limited to assessing if the claim of the party is well founded (G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2016, p. 98).

[129] A. Ristori, *Sobre o Silêncio do Argüido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra 2007, p. 114–115. The interrogation of the accused is a guarantee of the agreement effectivness (US Supreme Court decision *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), dated 20 December 1971). In addition: privilege against self-incrimination is a guarantee so that no one is compelled to make self-incriminating statements by force (US Supreme Court decision *Kastigar v. United States*, 406 US 441 (1972), dated 22 May 1972).

[130] J. Dias, M. Andrade, *Poderes de Supervisão*..., p. 31.

After all, the collaborating party cannot have his/her will damaged by a promise or advantage that has no legal basis. It is not for the court to substitute legislative intentions, given the rules of separation of powers and equality in law enforcement[131].

It is important to point out that the Brazilian Supreme Court states that: the other defendants cannot be familiar with the contents of the negotiations, otherwise it could impact the validity of the agreement. The contents of the negotiations will be put in the file of the criminal proceeding together with the signed agreement; it is understood that the collaboration agreement ratification does not have any legal effect on third parties[132].

It should be mentioned that there are no obstacles to concluding collaboration agreements with an accused who is imprisoned[133]. First, because the legal circumstance of being in prison is governed by its own rules, which can be reviewed[134]; secondly, because it violates the logic applied to the specific case: it requires mental freedom[135] not freedom of movement[136].

The ability to give up fundamental rights is inherent in their exercise[137]. After all, they are rights and as such their holder can choose to exercise them or not, which follows from the autonomy of will of the accused[138].

In addition, the idea that a prisoner could not collaborate (a) would create a disproportionate decrease of civil capacity of the individuals who are imprisoned; (b) would cause irreconcilable material inequality between the individuals who are at liberty and those who are imprisoned, and (c) in the worst case scenario, would delay the execution of arrest warrants with the individual being arrested only after collaborating with the State.

All these situations are considered and the confirmation that the agreement is flawless will result in its ratification. It must be considered that the defendant does not have the right to silence as an inalienable right[139], so that no authoritarian tendency can be imputed to collaboration.

---

131 J. Canotilho, N. Brandão, *Colaboração premiada*..., p. 24.

132 Brazilian case law: Supreme Court decision RHC 69.988-RJ, dated 25 October 2016; and Supreme Court decision in Appeal Ag. Reg. Rcl 21.258 MC, dated 15 March 2016. Foreign case law, in the same vein: European Court of Human Rights judgment in *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (application no. 9053/05), dated 29 April 2014.

133 This was a previous thought; and after the entry into force of the new provision described in this article (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 7, subsection IV), this understanding is confirmed.

134 E. Romero, *A Colaboração*..., p. 269.

135 Insofar as the restriction relates to the impossibility of being compelled, self-incrimination is an exercise inherent in one's own will and defence, with the possibility of the declaration being reversed for said party's benefit, and integrating the concept of due process of law (which ensures the possibility of the accused being heard) (W. Lafave, J. Israel, *Criminal Procedure,* Saint Paul 1992, p. 1031–1032). The accused has the right to intervene and express himself in his own defence (M. Andrade, *Sobre as Proibições*..., p. 121).

136 E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 352. In identical terms: Brazilian Supreme Court decision HC 127.483-PR, dated 27 August 2015.

137 J. Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria,* Coimbra 2006, p. 235.

138 In legal literature: F. Torrão, *A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Coimbra 2000, 75. In foreign case law: US Court of Appeal for the Third Circuit decision *United States of America v. Craig A. Grimes*, no. 12–4523, dated 13 November 2013.

139 F. Pereira, *Compatibilização Constitucional*..., p. 322. It is not just a Brazilian understading. The European Court of Human Rights has recognized that there is no impediment to the defendant not using his rights freely, expressly and voluntarily. This should be protected by good faith, which legitimizes the non-exercise of procedural law by the defendant [European Court of Human Rights decision in *Scoppola v. Italy* (para. 2, application no. 10249/03), dated 17 September 2009].

Here is an important milestone for understanding the procedural collaboration agreements in the Brazilian legal system: once the agreement has been ratified[140], there can be no retraction by the collaborating party, since the offer phase is over, and the time limit established by Brazilian Federal Law 12.850/2013 applies, as explained above.

In short: from the ratification onwards, the material that accompanies the collaboration agreement can be used[141].

We should realize the difference between withdrawal of the offer and changing the version of the facts stated in the agreement after the recognition of its validity. The second scenario means a breach of the agreement[142]. In order to guarantee stability and legal certainty, the ratification decision is protected by the principle of formal and material *res judicata*[143]. Therefore, the decision cannot be annulled by a unilateral declaration of one of the parties, only through a new jurisdictional action specifically carried out for this purpose[144].

On the other hand, the ratification of an illegal agreement does not authorize the use of the evidentiary material attached to it and material that was provided in performance of it[145]. Such a case would be covered by section 157, paragraph 1 of the Brazilian Criminal Procedure Code, according to which evidence derived from illicit sources is inadmissible[146] (the widely known metaphor of the fruits of the poisonous tree), especially since the fault would be in the way the evidence was obtained[147].

In summary: the process of ratification explained so far describes a function of the judiciary. Thus, although the statements of the parties expressed in the collaboration agreement will result in acts that will be performed by themselves, they must be submitted to the judge. There is a requirement for judicial intermediation, because the law makes the effectiveness of the extrajudicial transaction conditional on judicial approval[148].

---

[140] R. Lima, *Manual de processo*..., p. 785.

[141] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 355.

[142] Brazilian Superior Court of Justice decision in Habeas Corpus HC 186.566-SP, dated 15 February 2011.

[143] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 159.

[144] F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada*..., p. 164. Albergaria explains that in the US there is always the freedom to revoke the externalized intention. However, under Rule 11(d)(2)(B) of the Federal Rules of Criminal Procedure, if it takes place after the acceptance of the guilty plea, it can only happen for a justified reason (P. Albergaria, *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra 2007, p. 102), e.g., the collaborating party demonstrates that at the time of the agreement he/she was being coerced by a third party so that a determined and innocent person could be held criminally liable in order to secure the acquittal of those who coerced him/her.

[145] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2017, p. 335; E. Romero, *A Colaboração*..., p. 269.

[146] As it appears, e.g. in section 5, subsection LVI, of the Brazilian Constitution, echoed in the current wording of section 157 of the Brazilian Criminal Procedure Code.

[147] J. Dias, M. Andrade, *Poderes de Supervisão*..., p. 29. Unless it has been demonstrated that the tests were conducted according to legally prescribed exceptions to the theory of the fruits of the poisonous tree, as admitted by Brazilian legislation (the Criminal Procedure Code, section 157, paragraphs 1 and 2, known as an independent source and as an inevitable discovery).

[148] M. Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte*, São Paulo 2010, p. 230. It should be pointed out that the Brazilian procedure is not to be confused with the Italian one, provided for in Law of 15 March 1991, nº 82, with its subsequent modifications (especially that of Law of 13 February 2001, nº 45). Section 16-quarter establishes the so-called *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*, which is applicable in cases of terrorism, subversion of the constitutional order, crimes of mafia and other similar crimes (according to section 9, paragraph 2), but legal literature says it extends to any offence for the purpose of admitting the collaboration (P. Tonini, C. Conti, *Il Diritto delle Prove Penali*, Milano 2014, p. 315, n. 279). Its main objective is not to allow the collaborating party to opportunistically choose the best moment to demonstrate his/her willingness to collaborate (M. D'Elia, *I Collaboratori di Giustizia*, Roma 2012–2013, p. 81). According to the procedure, statements that have been made within 180 days

There is no time limit established in the Brazilian law and once the collaboration agreement has been ratified, it will be fully effective, despite the time it took to do so[149].

Thus, the consensus expressed in a collaboration agreement is connected with the criteria of intention and knowledge, and is therefore not refractory to the concept of truth, especially the concept of truth valid in procedural terms. Knowledge must be supported by the statement itself, therefore, the last stage serves to reveal the truth[150], since it is shared by the participant of the proceding who knows it best: the defendant.

In order to finalize this topic, it is relevant to say that there are clauses that can be called judicially unenforceable, once Brazilian Federal Law 12.850/2013[151] expressly prohibits any clauses that:

- do not meet the rules of the initial imprisonment regime for sentence enforcement according to the Brazilian Criminal Code, section 33[152];
- violate the rules of the given regime, according to the Brazilian law, as well as those which alter the requirements for changing the prison regime to a lighter one, except for Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 5 (as indicated in this article); and
- provide for waiver of the right to appeal against agreement ratification (see note 131).

It is evident that there is a question of criminal policy to be respected and enforced by the Brazilian State. Therefore, those carrying out the agreement must not change the policy.

2.1. More on the moment when the agreement becomes valid: the legal nature of the statements made by the collaborating party. The appraisal of the evidence accompanying the agreement

In essence, procedural collaboration is a means of obtaining evidence[153], so it aims to move forward a criminal investigation. It aims to find evidence within the criminal structure, insofar as its members are those who possess the most privileged

after the manifestation of the will to collaborate and which are relevant to the reconstruction of the facts and circumstances of more serious crimes causing social outcry, in addition to the identification of other participants, may be used for the identification, seizure and confiscation of money, property and any other means belonging to criminal groups (n. 1).

149 Again, it does not follow the *verbale illustrativo*, referred to in the previous footnote. According to the Italian system, after a period of 180 days (*dichiarazioni tardive* – P. Tonini, C. Conti, *Il Diritto*…, p. 315), statements cannot be used against third parties in the *dibattimento*, except in case they are unrepeatable (paragraph 9), but may be used against the person making them. However, they may be used during preliminary investigations for precautionary purposes, at the preliminary hearing or in the case of *giudizio abbreviato* (P. Tonini, C. Conti, *Il Diritto*…, p. 317). It is a case of relative *inutilizzabilità*, since prosecutors have the constitutional duty to initiate the criminal action (Italian Constitution, section 112) on the basis of the received notice of a crime, including the possibility of requesting other means of taking evidence, such as interceptions. The prohibition is, in the first place, at the stage of *dibattimento* (M. D'Elia, *I Collaboratori*…, p. 95).

150 J. Costa, *Consenso, Verdade e Direito*, Coimbra 2001, p. 427 and 429.

151 Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 7, subsection II, and paragraph 7-B.

152 Closed conditions, when the sentence is longer than 8 years; semi-open conditions, when the sentence is longer than 4 year, but no longer than 8 years, except if the convict is a repeat offender; open conditions, sentence of 4 years or less, except if the convict is a repeat offender. Repeat offenders may have worse conditions, regardless of the sentence received.

153 E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 351. In case law: Brazilian Supreme Court decisions: Motion Petition 5.700-DF, dated 22 September 2015; and Provisional Remedy in Habeas Corpus MC in HC 144.652-DF, dated 12 June 2017.

information[154]. That is clear from the reading of section 3, subsection I, and section 4 of collaboration agreement 12850/2013[155].

The Brazilian Supreme Court stated that the ratification of collaboration agreements makes possible the use of the information presented by the collaborating party[156]. It is now necessary to understand the reasons for such a conclusion, insofar as the Law on Combating Criminal Organizations provides that procedural collaboration agreements can be carried out during the pre-procedural, procedural and sentence execution phases.

As we have already seen, the purpose of the collaboration agreement ratification is to verify the elements on which its validity depends. The exercise of jurisdiction[157] at this stage aims to ensure that the judicial authority imposes a rule to regulate the legal situation in question. Ultimately, it regulates the recognition and protection of public interest[158].

As provided in section 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code, it is possible to perceive the difference between information and evidence. As a general rule, the latter is produced in the judicial proceedings and covered by the right to full defence and the principles of adversarial system (requirements for evidence validity). Exceptionally, there is evidence that, even if produced during the investigation, is treated differently and enables conviction, such as as the so-called precautionary, non-repeatable, and anticipated evidence.

Section 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code also makes clear that information is collected in the investigative phase and does not have the characteristics of evidence. It serves to support precautionary measures and prosecution decisions[159]. Likewise, information does not serve as the sole basis for convicting the accused, only to supplement the evidence produced in court; otherwise, it would violate section 5, subsection LV, of the Brazilian Constitution[160], which is the reason why, as a rule, it needs to be repeated in court.

Herein lies the connection between the statements inserted in the collaboration agreement and the elements of investigation (including the confession made at the investigation phase): neither of them can result in a conviction! That is what the law establishes for both situations (especially for collaboration agreements: section 4, paragraph 16, subsection III of Brazilian Federal Law 12.850/2013).

If the evidence (information) does not lead to a conviction, there is no evidence. Consequently, as it happens with other investigative factors[161], the statements in-

[154] F. Pereira, *Compatibilização Constitucional*..., p. 322.

[155] In foreign law there are similar views. For example, in Italy, there is the 'natura funzionale di strumenti processuali di ricerca probatoria' (T. Padovani, *La Soave Inquisizione*…, p. 542).

[156] Brazilian Supreme Court decision in Investigation Inq. 4.130QO, dated 23 September 2015.

[157] On jurisdiction: J. Marques, *Da Competência em Matéria Penal*, Campinas 2000, p. 3–4.

[158] As Figueiredo Dias says: 'With regard to criminal proceedings, this means that, as representatives of the legal community and the official power of the state in which it is constituted, the courts are the only competent bodies to decide on the legal and criminal cases that are brought to trial by applying the substantive criminal law' (J. Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra 1974, p. 302, own translation).

[159] R. Lima, *Manual de processo*..., p. 574. It is import to remember that there is no the right to be heard during police investigation, which the parties will only have before the Court, the place of the criminal proceedings (M. Andrade, *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores,* Curitiba 2013, p. 139–140).

[160] R. Lima, *Manual de processo*..., p. 574–575.

[161] In the same sense: 'In addition, besides not being characterized as the evidence sought from a point of view of the final outcome, there is no contradiction in the execution of the collaboration agreement, since the content of the collaborating party´s statements will only be known and confronted in a deferred manner, that is to say, on the occasion of the criminal prosecution' (H. Pinho, P. Wunder, *A revisão*..., p. 287, own translation).

serted in the ratified collaboration agreement are a probability that should not be confused with a condemnatory decision condemnatory decision [162]. It is a standard of proof that can be defined as reasonable suspicion or probable cause[163].

However, due to an explicit legal provision (to the detriment of the collaboration agreements, as some believe[164]), the collaborator's statements cannot be the sole basis for applying any pretrial measures or pressing criminal charges[165].

It must be considered that the collaborating party can present additional material to support his/her statements, such as fiscal documents, bank statements, photographs and general documents, which, during the investigation, will also be considered only as information.

If the result of the investigation is used in a future criminal proceeding, it must be examined whether the materials were presented as evidence or not. If not, they

[162] This idea is reinforced, for example, when analysing the directions given in Brazil regarding the leniency agreement. The CADE explains that the Leniency Agreement gives companies and/or individuals the possibility of obtaining the benefits of extinguishing the punitive action or reduction of the applicable penalty in the judgment issued in administrative proceedings (Brazil General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence, *Programa de Leniência Antitruste do CADE*, Brasília 2016, p. 11). Not coincidentally, it states that the leniency agreement and the information contained in the documents and other attached materials may serve to justify a request for search and seizure before the judiciary, as well as other proceedings (Brazil General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence, *Programa*…, p. 50).

[163] D. Dallagnol, *A visão moderna da prova indício*, Salvador 2015, p. 110. As already indicated by the Brazilian Supreme Court, the statements about the crime agent are not confused with circumstantial evidence, which leads to conviction, but they are sufficient elements to establish suspicion against the accused (Brazilian Supreme Court decision on Habeas Corpus HC 83.542-PE, dated 26 March 2014).

[164] The previous comment regarding the legal alteration on the subject will be repeated here, once it was possible there was exclusive use of the statements for measures other than the conviction: 'Thus, we cannot agree with the portion of the legal literature that defends that, in themselves, the collaborating party´s statements are not sufficient to justify the receipt of criminal accusation and imposition of precautionary measures' (T. Bottino, *Colaboração premiada*…, p. 385; W. Bittar, *O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal*, Porto Alegre 2017, p. 247). If it was true that the contents of the collaboration agreements cannot be even used as evidence for investigative actions or for filing the indictment, it would be reduced to a legal nothingness (when in reality the criminal court is the only appropriate forum to appraise its substance). Brazilian case law has already stated that the elements of the investigation may influence the free appraisal of the judge for the decision of the case when complementing other evidence that crosses the screen of the principle of *audi alteram parte* in Court (Brazilian Supreme Court decision in Appeal RE 425.734 AgR-MG, dated 28 October 2005; in the same direction: Brazilian Superior Court decision in AgRg in AREsp 651.663-MG, dated 28 April 2015). There is no obligation for the collaborating party to present the evidence immediately; what is required is the presentation of a way of reaching it (C. Fonseca, *Colaboração*…, p. 190). If otherwise, it would lose all its substance: why would the state seek collaboration if cooperative agreements could not be used for any purpose? What would be the point of collaboration, then? At the moment of the pressing the charges, it should be analysed whether there is a fair cause (as required by section 395, subsection III of the Brazilian Criminal Procedure Code) for their receipt by the court. After all, Public Prosecutors are not obliged to get all the evidentiary elements during the investigation – the consequences of collaboration can be obtained directly in the criminal process. [As it occurs, e.g. when the collaborating party´s statements indicate other evidence that are not disclosed during investigation and will be presented and considered during discovery. (H. Pinho, P. Wunder, *A revisão*..., p. 309)]. That explains the legal provisions according to which even if the collaborating party benefitted from judicial pardon or the absence of criminal accusations, the party can be heard in court at the request of the other parties or on the initiative of the legal authority (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 12). Section 4, paragraph 16 of Brazilian Federal Law 12.850/2013 only prevents the use of the statements of the ratified procedural collaboration agreement alone to justify a conviction. Legal literature adds there is a character of relative probative effectiveness, even when submitted to the full defence and to the right to be heard system of principles (H. Pinho, P. Wunder, *A revisão*…, p. 289). Moreover, section 114 of the Brazilian Civil Code specifically determines that beneficial legal transactions and renunciation are interpreted strictly. It is clear that the rule of probative corroboration is a benefit in favour of the accused and a restriction on the prosecution. After all, the purpose of investigation is, by definition, to find information that supports the charges, in its construction of *opinio delicti* (A. Gomes Filho, *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal,* São Paulo 2016, p. 58).

[165] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 16, subsections I and II.

still have the status of information. If so, they will be covered by the right to be heard, and they stand as evidence for a possible conviction, including as support for the collaborating party´s statement, even if he/she is not heard in court. The validity and effectiveness of the supporting materials are distinct from the validity and effectiveness of the statements made by the collaborating party[166]: what matters is that they are validly incorporated into the criminal proceeding.

In short, what is not covered by the *audi alteram parte* principle will be treated only as information[167], which also applies to the collaborating party´s statement when he/she is not heard in court[168]. Thus, the statements of the collaborating party can only be considered as evidence once they are covered by the right to full defence and by the right to be heard in the criminal procedure[169].

3. The moment when the agreement becomes effective: credibility, *audi alteram parte* principle, corroboration, and judicial verification of the parties' compliance with the agreement

It is time for the agreement to become effective, that is to say, the moment when its three effects are realized.

The first and immediate effect of the collaboration agreement is provided for in section 4, paragraph 9 of Brazilian Federal Law 12.850/2013, whereby, after the ratification of the agreement, the collaborating party may be heard by the General Attorney's Office or by the investigating police officer, always accompanied by his/her defence attorney. Such circumstance reinforces the condition of information that the agreement has, as explained before.

The second, also immediate, effect of the collaboration agreement is provided for in section 5 of Brazilian Federal Law 12.850/2013. From the moment of execution of the agreement on, the collaborating party will have some rights granted, namely: to benefit from protection measures provided for in the specific legislation; to have his/her name, qualification, image, and other personal information protected; to be conducted to the court separately from the other accused; to participate in hearings without visual contact with the other accused; not to have his/her

[166] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 352.

[167] F. Pereira, *Delação Premiada*..., 154. The Brazilian Supreme Court accepts that collaboration agreements are personal transactions and a means of obtaining evidence rather than actual evidence (Brazilian Supreme Court decision RHC 69.988-RJ, dated 25 October 2016). Actually, there are different understandings of the legal nature of collaboration agreements when the collaborating party is heard in court. The first one affirms it is a testimony, which implies punishment for false testimony; the second considers it a *sui generis* proof, which implies application of rules concerning interrogation, confession and testimony; the third affirms it is an interrogation, thus breach of the agreement justifies not applying the agreed benefits (E. Romero, *A Colaboração*..., p. 263–264). However, as we have seen, it is not mandatory that the collaborating party be heard in court, and the collaboration can only be considered as a source of evidence from the moment when the agreement is submitted to the court. At the investigative stage it can not be given such status, as explained above.

[168] F. Pereira, *Delação Premiada*..., p. 154. When discussing collaboration in the Spanish law, Elisa García España states that, according to section 406 of the Spanish Criminal Prosecution Law, the confession made as part of the collaboration, per se, does not constitute evidence, since it does not exempt the judge from doing what is necessary to verify its correctness. Thus, she maintains that the benefit to be granted must result from the contribution that comes from collaboration, instead of the need – or not – for new evidence (E. España, *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Granada 2006, p. 52–53).

[169] H. Pinho, P. Wunder, *A revisão*..., p. 295.

identity revealed by the media, or to be photographed or filmed without his/her prior written authorization; to serve a sentence or pretrial detention in a penal establishment separately from the other convicted/accused persons.

The third effect of the collaboration agreement is the most import one and concerns the future, to the moment when the agreement is submitted for ratification and the judge assesses the terms of the agreement and its effectiveness as regards the agreed benefits (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 11)[170], provided that there is no conviction based exclusively on the statements of the collaborating party[171].

It should be pointed that it is at the moment of the decision that there will be a proper assessment of the collaboration, to verify if, between it and the other evidence brought to the case as a consequence of the agreement, there are sufficient grounds for the accused turning state's evidence[172].

That goes back to a logical origin: confession (at any stage of prosecution) does not qualify as the most important piece of evidence[173], the accused being always guaranteed the right to remain silent, which is why it will be essential to confront the statements of the accused with other evidence of the case[174],[175].

For this reason, the judge or court will proceed to the analysis of whether the accusation has any merit, judicial pardon and the first stages of the sentence according to the Brazilian Criminal Code and the Brazilian Criminal Procedure Code, before granting the benefits agreed. The exception to that is when the agreement provides that the collaborator will not be charged or the sentence has already been delivered (agreement concluded during the penal execution phase)[176].

In short, to overcome the limitations resulting from constitutional guarantees,

---

[170] In legal literature: M. Mendroni, *Comentários a Lei de Combate ao Crime Organizado,* São Paulo 2014, p. 45–46. Pursuant to the Brazilian Supreme Court: 'the granting of the benefits provided for in the collaboration agreement depends on the compliance with the obligations assumed by the collaborating party and achieving one or more of the results indicated in section 4, subsections I to V of Brazilian Federal Law 12.850/2013' (Brazilian Supreme Court decision MC in HC 144.652-DF, dated 12 June 2017, own translation).

[171] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 16. According to legal literature, the judicial omission is not admitted with respect to the intrinsic relations of the criminal process, which is of public nature. (E. Correia, *Processo Criminal*, Coimbra 1956, p. 13).

[172] T. Essado, *Delação Premiada*..., p. 211; E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2016, p. 356.

[173] It should be noted that this position is shared by foreign law. As with other evidence, the collaboration agreement must be submitted to full defence and to the *audi alteram parte* principle, to the verification of lawful evidence and to judicial reasoning as a form of control and verification of its effectiveness (e.g., section 192, (1), (3) and (4) of the Italian Criminal Procedure Code). As the European Court of Human Rights has already established, the collaboration agreement cannot bind the judge, who may even acquit the collaborating accused or reduce the penalty, according to his/her assessment of the contents and adequacy of the agreement (especially as to its usefulness as evidence) [*Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* (application no. 9053/05), judgment of the European Court of Human Rights, dated 29 April 2014 – accessed on 30 January 2019].

[174] A. Ristori, *Sobre o Silêncio do Argüido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra 2007, p. 124. This is the orientation of section 197 of the Brazilian Criminal Procedure Code: 'the value of the confession will be measured by the criteria adopted for the other evidence, and for its assessment the judge must confront it with the other evidence of the process, verifying whether there is compatibility or consistency between it and them' (own translation). Also, in section 406 of the Criminal Prosecution Law: 'The confession of the defendant will not exempt the judge from taking all the necessary steps in order to be certain of the truth of the confession and of the existence of the crime. For this purpose, the judge will interrogate the accused who made the confession to explain all the circumstances of the crime and how much he/she can contribute to prove his/her confession, if he/she was a perpetrator or accomplice, and if he/she knows some people who were witnesses or had knowledge of the fact.'.

[175] F. Pereira, *Valor Probatório*..., p. 479–480.

[176] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 7-A.

the evidence must be firm and beyond a reasonable doubt; elements that will guide the assessment of the collaboration by a person who has an interest in the outcome of the process[177]. As is well known, criminal proceedings are not intended to demonstrate absolute truth[178], but to establish and impute responsibility, and consequently declare that the presumption of innocence does not apply to the particular accused[179].

That is an actual condition. As civil law literature explains, there are legal facts whose effectiveness requires an integrative element and for this reason, they are conditional on to a future event[180]. According to section 121 of the Brazilian Civil Code, the condition is expressed in the clause that makes the effect of the legal transaction conditional on a future and uncertain event. In the case of collaboration agreements, the condition arises by operation of law, as mentioned before.

Unlike in case of other criminal procedural agreements in Brazil, the effectiveness of collaboration depends on a full trial[181], as stated in section 4, paragraph 16 of Brazilian Federal Law 12.850/2013[182]. There will be a criminal investigation, and the final effectiveness of the collaboration will depend on other evidence presented in the case[183]. Therefore, procedural collaboration consists of an admission of guilt that does not bind the judge[184].

---

177 P. Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra 2011, 198; F. Pereira, *Delação Premiada*..., p. 116.

178 There are material limitations (empiricism, indetermination, normative requirements, guarantees against unfavorable analogy, more favorable law enforcement, causes of extinguishment of punishability) and procedural limitations (rules of experience that give rise to personal beliefs and idiosyncrasies; restrictions to the means of proof and to the form of obtaining it, and the fallibility of the witnesses) – F. Monteiro, *O Problema da Verdade em Direito Processual Penal: Considerações Epistemológicas*, Coimbra 2009, p. 330–331.

179 P. Palermo, *Relaciones entre 'el Derecho a la Verdad' y el Proceso Penal. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Montevideo 2011, p. 268.

180 M. Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte*, São Paulo 2010, p. 46–47.

181 Brazilian Federal Law 12.850/2013 envisages a path that makes the judicial decision more distant from the collaborating agreement, forcing the judge to sentence overcoming the presumption of innocence (even allowing the acquittal of the collaborating party). The Brazilian legislation determines that discovery be effectively carried out, and it is not only a formality. The Brazilian judge does not want to repeat what Schünemann says of being already conditioned by the Prosecutor's previous evaluation, which gives him greater difficulties to deviate from the aforementioned evaluation. According to Schüneman, criticism can be summed up as follows: 'the faculties of formulating questions that assist him/her are used not for the purpose of improving information processing, but for self-confirmation of initial hypotheses' (B. Schünemann, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito* 2013, p. 221, own translation). By its *mens legis*, the referred Federal Law wants procedural truth to take precedence over consensus.

182 Here lies an important distinction in relation to the leniency agreement. By its nature, the leniency agreement has a substitutive character, since it occupies the place of what should be the unilateral and imperative resolution resulting from the administrative procedure (J. Palma, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, São Paulo 2015, p. 110). There is, therefore, an instrumentality of the right to sanction of the Public Administration (J. Palma, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, São Paulo 2015, p. 275), which is not admitted in relation to the Brazilian procedural collaboration, which does not per se result in a conviction.

183 E. Romero, *A Colaboração*..., p. 257. Pursuant to the Brazilian Supreme Court, in the case of an agreement executed before a collegiate judicial body, it is the judge-rapporteur's individual responsibility to ratify the collaboration agreement, but it is the responsibility of the collegiate body to analyse the compliance with the terms and the effectiveness of the approved agreement, as provided for in section 4, paragraph 11 (information extracted from the Brazilian Supreme Court news page on Petition 7.074 QO, as the decision has not been published by the completion of this paper).

184 E. Romero, *A Colaboração*..., p. 259. In the same direction section 192, nº 3 of the Italian Criminal Procedure Code, providing that '*le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento conesso* [...] *sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità*'. Ruga Riva says that there is '*presunzione relativa di innatendibilità delle dichiarazioni*' (C. Riva, *Il Premio per la Collaborazione Processuale,* Milano 2002, p. 313). The Italian legal literature points out that, in these cases, the related defendants resemble the witness, and they loses

It is important to consider that the relevance is always analysed after the declaration, since it is for the judiciary to establish the guilt (*nulla culpa sine judicio*), to impose the penalty and to decide if the information provided is relevant as required by law[185].

Thus, the function of the criminal system is to understand the facts and establish the responsibility of the perpetrator in a fair process, with the minimum guarantees and standards set for prosecution and defence. That will take into account what the collaboration has contributed to the efficiency of the investigation, to the evaluation of the crime and to finding out who committed it. Depending on this efficiency, a proportional application will be rendered by the judge[186].

It is essential to bear in mind that the prohibition of convictions only supported by the statements of the collaborating party cannot be understood so as to disregard the elements that accompany these statements. This is so because, together with the declarations provided, the collaborating party can present elements of information that will support his/her statements. In such situations, once the agreement has been ratified for other elements, it is valid, and after the procedural contradiction (prosecution, collaborating party and other(s) accused), it can justify the conviction, including in it the terms of the agreement[187].

Besides, for the purpose of determining the benefits, the judge must also consider the personality of the collaborating party, the nature, circumstances, severity and social repercussions of the crime, and the effectiveness of the collaboration[188].

Hence, it is possible that the benefits initially agreed will only be partially granted. According to Brazilian legislation, this is a prerogative of the judge[189]. The collaboration agreement is not self-sufficient, as it consists of a promise, not a guarantee of benefits. Its full implementation depends on full compliance with its terms, due to the principle of legal certainty and the collaborative nature of the process[190].

Another important factor in assessing collaboration agreements is to confront the collaborating party's statements with the contradictory statements of the

---

the right to silence on the account of others (P. Tonini, *'Giusto Processo', Diritto al Silenzio ed Obligo de Veritá: la Possibile Coesistenza*, Firenze 2000, p. 30), thus submitting to the the right to be heard (nº 5 combined with section 500 – case law: decision 45.971/2013 of the Second Criminal Section of the Italian Supreme Court of Cassation, dated 15 October 2013.

185 In this regard: J. Dias, *Acordos sobre a sentença*..., p. 51; I. Leite, *Arrependido'*..., p. 399–400.

186 C. Riva, *Il Premio*..., p. 448–449.

187 E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2017, p. 331. It is worth mentioning the content of the Brazilian Supreme Court binding legal precedent (*Súmula Vinculante)* 14: 'It is the right of the defence attorney, in the interests of the represented accused, to have broad access to the evidence already documented in an investigative procedure carried out by the police authority, to allow the exercise of the right to full defence', own translation.

188 Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 1. As explained by the legal literature, this provision contains an 'efficiency clause' (E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*…, 2016, p. 351). This is because the benefit in question finds legitimacy from its rational relation with a purpose (Italian: *razionalitá rispetto allo scopo*) within the penal system, which justifies assessing the behavior of the accused. It does not have a moral content per se, but a content of criminal policy (C. Riva, *Il Premio*…, p. 10). Similarly understand the Spanish legal literature: 'Therefore, it is not possible to assess whether the reason for the collaboration of the accused is his/her desire to re-establish the order previously violated or simply to try to reduce a possible conviction.' (E. España, *El premio a la colaboración*…, p. 56, own translation).

189 The Brazilian law does not exclude adherence to the principle of indeclinability of the jurisdiction in criminal matters (*nulla poena sine judicio*), situations that are required by the constitutional orders, notably by respect to the principle of presumption of innocence (J. Canotilho, N. Brandão, *Colaboração premiada*…, p. 31–32).

190 C. Masson, V. Marçal, *Crime*..., p. 182–183.

co-accused[191],[192]. This gives rise to another important note: it is essential that the accused acknowledge their responsibility by joining the collaboration agreement[193] and explain exactly what his/her involvement in the illegal act was[194].

In other words, for the collaboration agreement be effective, the collaborating party cannot remain silent on the questions that would lead to self-imputation or charges against third parties. If the collaborating party remains silent or lies, all the content of the collaboration agreement that is not confirmed during adversarial proceedings[195] will be discredited, and the collaborating party will lose the benefits provided for in the agreement. It is not retraction, however.

Once the agreement has been ratified, one of the possibilities is its non-performance (breach of the agreement). That would obliterate its effect, but it would not prevent the use of the evidence acquired from it[196], unless there is a judicial declaration invalidating the agreement after its ratification.

Therefore, it is evident that the collaboration is not compatible with the future silence of the collaborating party, who can always exercise this right, even though, once he/she does exercise it, he/she will lose the benefit granted under the terms of the collaboration agreement[197], pursuant to section 4, paragraph 14 of Brazilian Federal Law 12.850/2013[198].

---

[191] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 4. In the legal literature: F. Pereira, *Valor Probatório*..., p. 481. In adittion: 'the presumed proximity of the co-defendant to the facts of the investigation makes the acquisition of information from him/her particularly desirable, but must give a warning to the possibility of him/her presenting a "story" or misrepresentation of the facts' (A. Seiça, *O conhecimento probatório do co-arguido,* Coimbra 1999, p. 206, own translation). It is important to consider that foreign case law also expresses similar thoughts. Consistent with the US Supreme Court, the whole circumstance involving the evidence that is materially important for the assessment of guilt and responsibility must be disclosed to the accused during the collaboration, under penalty of violation of due process and the rule of cross-examination, especially when there is some kind of agreement between the prosecution and the witness (US Supreme Court decision *United States v. Bagley*, 473 US 667 (1985), dated of 2 July 1985.

[192] The denounced defendant has the right to speak up after the deadline granted to the defendant who denounced them (Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraph 10).

[193] S. Trott, *O Uso de um Criminoso como Testemunha: um Problema Especial*, São Paulo 2007, p. 422. In such cases, the confession has two perspectives: the first, that it recognizes the validity of the legal system previously violated; the second, that the reduction of the sentence is due to the aid to the administration of justice (E. España, *El premio a la colaboración*…, p. 50).

[194] S. Trott, *O Uso de um Criminoso*..., p. 426.

[195] F. Pereira, *Valor Probatório*..., p. 481. It is not unknown that, from the collaboration, it is required that the collaborator sticks by his/her declarations, even if they are not true, including considering applying the aggravation when the collaboration has the purpose of covering up a more serious crime (J. Zopfs, *Dogmatisch fragwürdig*..., p. 670–672).

[196] E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código*..., 2017, p. 338. With support in 'legal literature: 'Thus, the contribution of the collaborating party will not be despised or erased, even in relation to his/her statements against himself. Therefore, there is his/her self-responsibility to the evidence, and each party has the burden of their allegations and the resulting consequences. If the collaborating party changes his/her version, the term of the collaboration agreement should not be taken from the case file, which is why both the original statement and the new one, produced after the change of the previous one, will be included in the evidence files, and the judge will decide at his/her discretion' (H. Pinho, P. Wunder, *A revisão*…, p. 3, own translation).

[197] Not exercising the right to silence is justified, because otherwise the accused would always have the duty to deny the charges, which does not exist in the legal systems, especially the Brazilian one (C. Fonseca, *Colaboração*…, p. 142).

[198] According the law, in the presence of his/her attorney, the collaborating party will renounce in his/her testimony to the right to silence and will have a legal commitment to speak the truth. However, this cannot be considered unlimitedly. The waiver of the right to silence refers to the content of the procedural collaboration itself and the prosecution to which it relates. The prosecutor cannot, for example, take advantage of such a legal requirement and force the collaborating party to state facts that are not the object of the ongoing investigation. This is a clear example of a limit to the legal provision. However, other concrete situations cannot be ruled out, given the reality of each investigation or proceeding.

In case of non-performance of a valid collaboration agreement, it is evident that the benefits resulting from it cannot apply. The judge will assess what is produced and ratified at the judicial phase, when the evidence is taken, once the *audi alteram parte* principle is applied, pursuant to section 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code[199].

Brazilian Federal Law 12.850/2013 contains now two new causes for termination[200]: in case of intentional omission of facts which the collaboration concerns[201] and when the collaborating party does not stop illicit conduct regarding the object of the collaboration. In addition, the collaboration agreement must have internal and external credibility.

In order to evaluate the statements made in court, there may be considered criteria such as[202] (a) the legal relevance of the statements; (b) the reliability of the source[203]; (c) the coherence of the statements[204]; (d) the truthfulness or consistency with the background version; (e) the completeness (relevant aspects) of the description; and (f) the accuracy of the statements.

As for internal credibility, the data reported must be detailed, credible, and reasonable, especially since the collaborating party is aware of the criminal activity[205].

As far as external credibility is concerned, it is necessary that the evidence produced be valid and suitable from the point of view of coherence and credibility of the collaboration[206]. However, as legal literature points out, the data do not need to prove the *thema probandum* specifically, but rather confirm the material obtained through collaboration[207].

If appropriate, the use of a co-defendant's statement on the liability of another co-defendant is not precluded[208]. It is for the judge to endeavour to corroborate

[199] R. Lima, *Legislação Criminal Especial Comentada,* Salvador 2015, p. 537.

[200] Brazilian Federal Law 12.850/2013, section 4, paragraphs 17 and 18.

[201] Once omission is confirmed, it is advisable to enable the collaborator to express himself/herself, if the termination occurs due to intentional omission, not negligence, and it refers to an obligation that must be accomplished.

[202] G. Tuzet, *Filosofia*..., p. 46.

[203] The probative value of a witness depends on his/her sincerity, memory, objectivity and perceptive sensitivity (G. Tuzet, *Filosofia*…, p. 212).

[204] It should be noted that the coherence of a narrative can lead to truth, but it will not necessarily be the truth (G. Tuzet, *Filosofia*…, p. 71).

[205] F. Pereira, *Valor Probatório*..., p. 482–483. In order to examine the intrinsic value, some parameters found in the foreign law can be cited: knowledge of the matter in question, precision and depth of the subject matter knowledge, motivation to collaborate, internal logic and consistency (judgment 454/99 of the Sixth Criminal Section of the Palermo Civil and Criminal Court (Italy), dated 27 April 1999). This conclusion is also derived from the reading of section 192, paragraphs 1, 3 and 4 of the Italian Criminal Procedure Code and paragraph 244 (2) of the *Strafprozessordnung*.

[206] Although the interpretation of the European Court of Human Rights is not the focus of the present work, one cannot ignore its perception on the point studied here. The Court recognizes the difficulties inherent in the statements made by the collaborating parties (possible manipulations and revenge, for example). However, if the collected evidence is made available, with subsequent corroboration and due respect for the rights of defence, the regularity of the process will be confirmed [judgment of the European Commission on Human Rights, *Flanders v. The Netherlands* (application no. 25982/94), dated 15 January 1996]. It is important to say that corroboration cannot be based on hearsay evidence, due to its indirect nature. Corroboration must be by means direct and objective proofs. [judgment of the European Commission on Human Rights, *Labita v. Italy* (application no. 26772/95), dated 6 April 2000].

[207] F. Pereira, *Valor Probatório*..., p. 484. The demonstration of the content of the agreement as evidence is consistent with the unavailability of the subject matter of the proceedings, so that official investigation is not forbidden for this purpose, since there is always a need to convince the court of its terms (J. Dias, *Acordos sobre a sentença*…, p. 44–45).

[208] It is accepted that the reliability of a statement made as part of collaboration may come from the word of another accused. After all, subjective credibility can be gauged by evidence of any nature, provided it

such a statement, especially as it is obviously sensitive evidence. The lack of it prevents a judgment of conviction[209].

Therefore, it is possible to conclude that the value of the declarations inserted in the collaboration agreement depends on the final result materially produced by them, giving truth priority over the agreement itself[210]. The deconstruction of the *pactum sceleris* is justified only by the confession of the collaborator, added to the denunciation of the other persons involved. However, it must be borne in mind that this cannot be the only form of state action in the crimes in which these persons are involved[211].

It is precisely when the credibility of the collaboration is verified that the accused acquires the right to benefit from the terms of the ratified collaboration agreement, or when he/she has to face the effects that it can cause against him/her.

A necessary requirement for evaluating the collaboration is to confront the statements of the collaborating party with the statements of the co-accused, as well as with the evidence taken subsequently, in an actual contradictory procedure, especially considering that the collaboration can induce the co-accused to give up his/her right to remain silent[212].

As the legal literature suggests, when charges are pressed against the collaborating party, he/she must be interrogated before the other defendants, insofar as he/she offers evidence against the others[213]. If not accused, he/she will be heard during the witness examination phase, pursuant to section 4, paragraphs 12 and 14 of Brazilian Federal Law12.850/2013[214].

Thus, the idea of a fair judgment[215] requires the defendant's defence attorney to be present when a statement is given at the trial stage by the co-defendant, notably because the interrogation also informs the decision of the judge, who is helped by greater participation of parties in the proceedings (parity of arms, right to be heard and full defence) [216].

---

is suitable for such a function (M. D'Elia, *I Collaboratori*…, p. 70). In these cases, the judge has a duty to verify the authenticity of the second statement, which cannot be a mere act of agreement between the two accused to harm a third party (M. D'Elia, *I Collaboratori*…, p. 65). Given the interest of those involved in procedural collaboration, criticism of the risks of verifying the truth and achieving justice in criminal proceedings is well known. The same position in German literature: H. Ostendorf, *Strafprozessrecht,* Baden-Baden 2015, p. 268–269.

209 V. Grevi, *Prove*, Milano 2003, p. 309.

210 To explain the understanding of future effectiveness: 'Although there was initial collaboration with the police authority, the information provided by the collaborator loses relevance, inasmuch as it did not contribute to the accountability of criminal agents. The magistrate could not even use them to substantiate the conviction, since the collaborator had retracted in Court. Their alleged collaboration, after all, failed to achieve the utility intended in the possibility of turning state´s evidence, to the point of justifying cause for reducing penalty' (Brazilian Superior Court decision in Habeas Corpus HC 120.454-RJ, dated 23 February 2010, own translation).

211 E. España, *El premio a la colaboración*…, p. 104–105.

212 F. Pereira, *Valor Probatório*..., 481. The defendant is no longer seen as an object or means of evidence, which is why he/she becomes a contradictor of the person who accuses him/her. Thus, he/she does not prove his/her innocence [R. Patrício, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no Actual Processo Penal Português (Alguns Problemas e Esboço para uma Reforma do Processo Penal Português),* Lisboa 2000, p. 27].

213 E. Romero, *A Colaboração*..., p. 265.

214 According to the Brazilian law, the collaborator may also be cross-examinated by the other defendants, in respect of the *audi alteram parte* principle (Brazilian Superior Court decision in Appeal RHC 1.181.015-SP, dated 19 April 2016).

215 It is essential to remember that there is no the right to be heard at the stage of the police investigation, because it will only apply when the parties appear before the Court, where the criminal proceedings will take place. (M. Andrade, *Sistemas Processuais*..., p. 139–140).

216 Brazilian Superior Court decision in Appeal REsp. 1.181.015-SP, dated 19 March 2013.

After all, the most effective guarantee against abuses lies in submitting statements to the rule cross-examination[217], so that the testimony of the collaborating party is examined with greater care than that of an ordinary witness. The cross-examination is the best way to verify the credibility of the statements, as well as the possible interest of the collaborating party in deceiving the court, much in the same way as it provides the most appropriate moment to check the agreements entered into [218].

It has to be ensured that all defence attorneys have access to the evidence, so it is considered fair, without being subjected to external pressures, and so that any self-incrimination is not seen as the result of coercion, but accepted as a reflection of the justice to be achieved in that specific case by all the parties involved[219].

It is imperative to understand that it is the prosecutor who faces the effects of procedural guarantees: the prosecutor is the one who has the duty to rebut the presumption of innocence and meet the required standard of proof[220]. In this regard, the case law of the European Court of Human Rights is clear and indicates that it is necessary for the accused to have prior knowledge of the contents of the indictment so that he/she can exercise the right to be heard[221], especially when the person is accused as a result of statements made by the collaborating party under the collaboration agreement.

For rational persuasion, it is essential to confirm as much information provided by the collaborative party as possible[222]. The requirement of corroborating the information provided follows from the rule of *negative legal proof*[223] (without corroboration, the evidence cannot be used for conviction), which serves as a kind of guarantee within the system of gathering evidence[224], despite affecting the principle of free appraisal of evidence/rational persuasion[225].

---

[217] Section 111 of the Italian Constitution provides that no guilt can be demonstrated on the basis of statements made by those who voluntarily evade the questioning by the accused and his/her counsel. It establishes a positive and a negative treatment. In a positive way, the right to contradict the accuser; in a negative way, the impossibility of using the declaration previously provided in the event of intentional neglect of the *audi alteram parte* principle. The *inutilizzabilità* will be removed only if it is demonstrated that the withdrawal was due to an external situation (threat, for example) (P. Tonini, *'Giusto Processo'*…, p. 41).

[218] E. Amodio, *I Pentiti*…, p. 1000–1001. The Portuguese example is relevant. Here, the collaborating party can remain silent during the interrogation at the trial stage, which impairs the possibility of contradiction (T. Beleza, *'Tão Amigos que nós Éramos'*…, p. 57). However, in addition to not taking an oath and being able to refuse answering certain questions (section 140 (3) and section 345 (1) of the Portuguese Criminal Procedure Code), this collaboration cannot be used to the detriment of the imputed co-accused (section 345(4), of the Portuguese CPP), but can still be used against the collaborating party himself/herself (I. Leite, *Arrependido*…, p. 402).

[219] B. Schünemann, *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, Bogotá 2004, p. 193.

[220] W. Bauer, *Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System*, Chicago 1976, p. 152.

[221] European Court of Human Rights decision in case *Meftah and Others v. France* (application nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97), 16 July 2002.

[222] S. Trott, *O Uso de um Criminoso como Testemunha: um Problema Especial*, São Paulo 2007, p. 420.

[223] In the same vein: V. Vasconcellos, *Colaboração premiada no processo penal,* São Paulo 2017, p. 221.

[224] J. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial,* New York 2010, p. 203. In fact, the legal literature shows that the English House of Lords established that the jury must be warned against a conviction exclusively based on procedural collaboration (E. Amodio, *I Pentiti*…, p. 999). It has been asserted that it was the *Atwood v. Robbins* case that reduced the rule of corroboration to a warning and no longer a rule of exclusion from evidence (J. Langbein, *The Origins*…, 212). It is nevertheless reasonable to say that, even in the common law discretion, there is a need to corroborate the confessions so that they can sustain a conviction, with the consideration that it does not need independent proof in all details. It should strengthen the content of the confession (M. Slough, *Confessions and Admissions*, New York 1959, p. 106–107).

[225] M. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a comparative study,* Philadelphia 1973, p. 531, no. 51; C. Riva, *Il Premio*…, p. 313. As the Brazilian Supreme Court said: 'it constitutes an important legal limitation which, concerning state powers, aims to prevent false

Here is the required condition: the law does not establish how the truth is arrived at, but determines how it cannot be arrived at, due to the conflict between the concern for the enforcement of the criminal procedure and the need to protect individual rights[226].

It is important to say that the statements of the co-accused are not considered unusable if not confirmed. They will be valid, but if isolated, they will not be sufficient to rebut the presumption of innocence[227].

Therefore, it is possible to affirm there is a requirement that the decision to accept information as evidence be the consequence of a procedure that protects fundamental rights and provides guarantees in a broad sense; a procedure that confirms proper interpretation and application of the law in a specific case, and establishes an appropriate method of determining the truth, since no justice can result from erroneous grounds[228].

That is what the Brazilian Supreme Court pointed out in the decision indicated in the introduction of the present study, asserting that the procedurally appropriate moment for an objective analysis of the collaboration agreement is the final judgment issued in the case.

V. CONCLUSIONS

To conclude our analysis, it must be said that procedural collaboration as a means of obtaining evidence has met with very divergent assessments: some welcome it, because of its eventual efficiency, the results which further public interest, and because it reflects the autonomy of the suspect/accused; and some criticize it because they believe that it infringes the rights of the collaborating party and the co-accused.

---

imputations to third parties from causing unacceptable judicial errors, with unjust convictions of innocent people "under the pretext of collaboration with justice"' (Brazilian Supreme Court decision in Provisional Remedy in Habeas Corpus MC HC 144.652-DF, dated 12 June 2017, own translation). Outside of Brazil, section 344, paragraph 3, letter a, of the Portuguese Criminal Procedure Code states that the judge can not consider the waiver rule of the production of the evidence relating to the alleged facts not be deemed proved, in cases in which there is a co-accused, and that there is no complete and unreserved confession of all, when the crime is punishment with imprisonment of less than 5 years. In addition: 'I – Section 344 of the Criminal Procedure Code seems to sanction the understanding that the judge will automatically have to accept any full and unreserved "confession" of the defendant, as the supreme and definitive means that leads to his conviction. II – The confession of the accused, alone, is not sufficient for the final conviction. III – Like the other evidence produced, the probative value of the confession of the defendant is evaluated freely by the Court, in accordance with the principle of free evaluation of proof, found in all systems of civilized countries' (Portuguese Superior Court of Justice, Proceeding 046635, dated 2 October 1996).

[226] K. Gössel, *El Proceso Penal Ante el Estado de Derecho: Estudios sobre el Ministerio Publico y la Prueba Penal,* Lima 2004, p. 67. Rational persuasion comes from the *audi alteram parte* principle, so as to make the parties' actions and the judge's certainty more transparent (G. Nucci, *Provas no Processo Penal*, Rio de Janeiro 2015, p. 25), as in section 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code and section 93, subsection IX of the Brazilian Constitution. The principle of the judge's freedom in evaluating evidence (in Italy, foreseen in section 192 of the Italian Criminal Procedure Code) is the guide to the assessment of the evidence. However, it is not exempt from the rules and other principles which limit it, especially as regards the choice of evidence as the basis for the decision, in a logical and reasonable manner (Sixth Criminal Section of the Civil and Penal Court of Palermo, case 454/99, dated 27 April 1999, own translation).

[227] F. Pereira, *Valor Probatório...*, p. 478. The Portuguese Criminal Procedure Code provides that the statements of an accused to the detriment of another accused cannot be used when the declarant refuses to answer questions about the facts (section 345, paragraph 4), to the extent that it adversely affects the evidence by lack of confrontation, in which case its valuation as such is prohibited (P. Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra 2011, 591), and proves to be an option for Portuguese procedural policy.

[228] M. Taruffo, *Uma Simples Verdade: o Juiz e a Construção dos Fatos,* São Paulo 2012, p. 142.

However, as already mentioned, the purpose of this study is not to analyse the criticism of this means of obtaining evidence, but to present, and reflect on, the existing autonomous procedure of implementing procedural collaboration agreements.

Based on this premise, and leaving aside passionate discussions, no legal system prohibits the accused imputing an illegal act to a third party, if this is the way to exercise his/her right to full defence, and the accused may even be rewarded for it, whether or not this is done under procedural collaboration examined here. The state cannot act in such a way that the interests of criminal networks are protected by their spurious internal agreements, to the detriment of the society.

The collaboration agreement studied here is a formality that intends to guarantee full application of its functions, interests and procedural rights to all (the prosecution, the collaborating party, the co-accused third party, the defence attorney, and the judge). Moreover it is a formal requirement for the collaboration to be valid and effective.

Therefore, this very concept as a judicial legal transaction is appropriate. Obviously, respecting the formalities that are inherent to it: the collaborating party´s voluntariness, the exercise of the right to full defence and of the right to be heard, enjoyed by everyone involved, and the need for the participation of an unbiased judge, who exercises jurisdiction in an adversarial process and complies with the duty to provide adequate reasoning.

In other words, infringing procedural rights of either the collaborating party or the co-accused is not allowed. Collaboration agreements cannot result in conviction by themselves. The position adopted by the Brazilian legislature is therefore correct, since it prevents a sentence from being based exclusively on the statements of the collaborating party. However, it must be said it is not possible to agree with the new restrictions imposed by the law.

In this way, the judgment brought as a paradigm in the present study is correct: the procedural collaboration agreement goes through three stages (existence, validity, and effectiveness), and its presence in the criminal proceeding has consequences that affect, primarily, the one who collaborates (more specifically, such person's rights or duties).

Ultimately, it may affect third parties, not by the collaboration itself, but by the information and/or evidence that comes from it, as well as any other means made available by the state. It is one more element that will be analysed by the judge. The law is consistent with the treatment accorded to the elements of information and evidence in our legal system. After all, the collaboration and statements obtained through it are not above fundamental rights and guarantees.

Abstract

Rodrigo Brandalise, *Collaboration agreements in Brasil: a legal transaction with the perpetrator of an offence in criminal proceedings*

Collaboration agreements had a strong influence on Brazilian procedural law in the face of several operations carried out to investigate crimes like corruption, money laundering, and other crimes committed against the public administration (usually crimes involving

powerful criminal organizations). The Brazilian Criminal Procedure Code of 1941 was not conceived with such facts specifically in mind, providing only for the traditional means of obtaining evidence. Nonetheless, Brazil, like other nations, sought to improve its prosecution system. Thus, it created a procedure that, if not unique, is almost unprecedented: it foresees a judicial procedural phase that involves agreements entered into for the collaboration of the accused and that affects the future outcome of the case. The present article aims to analyse these agreements, perceived as judicial transactions, and the effects of their insertion in the evidence law, based on Brazilian legislation.

Keywords: *procedural collaboration, procedural transaction, ratification, criminal evidence*

Streszczenie

Rodrigo Brandalise, *Porozumienie procesowe w Brazylii – transakcja ze sprawcą przestępstwa w procesie karnym*

Instytucja sądowej umowy o współpracę miała silny wpływ na brazylijskie prawo procesowe w związku z szeregiem postępowań przeciwko przestępczości zorganizowanej dopuszczajacej się korupcji, prania pieniędzy i innych przestępstw przeciwko administracji publicznej. Brazylijski Kodeks postępowania karnego z 1941 r. opierał się pierwotnie na tradycyjnych sposobach pozyskiwania dowodów i nie gwarantował skutecznych sposobów zwalczania przestępczości zorganizowanej. Podobnie jak inne państwa, Brazylia starała się udoskonlić swój system pozyskiwania dowodów w sprawach przeciwko przestępczości zorganizowanej. W związku z tym wypracowano wyjątkową procedurę, która zakłada zawarcie przed sądem porozumienia w sprawie współpracy z oskarżonym, które wpływa na przyszły wynik postępowania. Niniejszy artykuł ma na celu przeanalizowanie tego typu umów, postrzeganych jako zawarcie sądowej transakcji oraz skutków ich włączenia do prawa dowodowego na gruncie ustawodawstwa brazylijskiego.

Słowa kluczowe: *procedura współpracy, porozumienie procesowe, ratyfikacja, dowody w sprawach karnych*

References:

1. A. Ristori, *Sobre o Silêncio do Argüido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra 2007;
2. A. Seiça, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra 1999;
3. A. Neves, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra 1968;
4. A. Gomes Filho, *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*, São Paulo 2016;
5. B. Schünemann, *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, Bogotá 2004;
6. B. Schünemann, *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*, São Paulo 2013;
7. Brazil General Superintendence of the Administrative Counsel for Economic Defence, *Programa de Leniência Antitruste do CADE*, Brasília 2016;
8. C. Riva, *Il Premio per la Collaborazione Processuale*, Milano 2002;
9. C. Fonseca, *Colaboração Premiada*, Belo Horizonte 2017;
10. C. Masson, V. Marçal, *Crime Organizado*, Rio de Janeiro 2017;
11. D. Dallagnol, *A visão moderna da prova indício*, Salvador 2015;

12. E. Correia, *Processo Criminal*, Coimbra 1956;
13. E. España, *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Granada 2006;
14. E. Romero, *A Colaboração Premiada*, São Paulo 2017;
15. E. Amodio, *I Pentiti Nella Common Law*, Milano 1986;
16. E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*, São Paulo 2016;
17. E. Pacelli, D. Fischer, *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência,* São Paulo 2017;
18. F. Carata, *Colaboração Premiada: reflexões sobre o seu valor probatório e a postura do magistrado na sua avaliação*, Ribeirão Preto 2015;
19. F. Monteiro, *O Problema da Verdade em Direito Processual Penal: Considerações Epistemológicas*, Coimbra 2009;
20. F. Torrão, *A Relevância Político-Criminal da Suspensão Provisória do Processo*, Coimbra 2000;
21. F. Turessi, *Breves Apontamentos sobre Crime Organizado, Delação Premiada e Proibição da Proteção Penal Insuficiente*, São Paulo 2013;
22. F. Yarshell, *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, Salvador 2015;
23. F. Pereira, *Valor Probatório da Colaboração Processual*, São Paulo 2009;
24. F. Pereira, *Compatibilização Constitucional da Colaboração Premiada*, São Paulo 2013;
25. F. Pereira, *Delação Premiada. Legitimidade e procedimento*, Curitiba 2013–2014;
26. F. Didier Jr., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil*, Salvador 2015;
27. F. Didier Jr., D. Bomfim, *Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil*, München 2016;
28. G. Spratling, *The Corporate Leniency Policy: answer to recurring questions*, Washington 1998;
29. G. Silva, *Bufos, Infiltrados, Provocadores e Arrependidos*, Lisboa 1994;
30. G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2016;
31. G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid 1922;
32. G. Nucci, *Provas no Processo Penal*, Rio de Janeiro 2015;
33. Germany Bundeskartellamt, *Effective Cartel Prosecution: benefits for the economy and consumers*, Bonn 2016;
34. Germany Bundeskartellamt, *Notice no. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the immunity from and reduction of fines in cartel cases – Leniency Programme – of 07 March 2006*, Bonn 2006;
35. H. Ostendorf, *Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2015;
36. H. Pinho, P. Wunder, *A revisão do acordo de colaboração premiada e o aproveitamento da prova já produzida*, São Paulo 2018;
37. I. Leite, *Arrependido': a Colaboração Processual do Co-Arguido na Investigação criminal*, Coimbra 2010;
38. I. Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Coimbra 2015;
39. I. Paz, *El Coimputado que Colabora con la Justicia Penal*, Granada 2005;
40. I. Martins, A. Oliveira, *O Direito de Defesa na Constituição. A Natureza Jurídica da Prisão Preventiva. Exercício Abusivo como Forma de Obtenção de Delações Premiadas. Inconstitucionalidade. Parecer*, Porto Alegre 2015;
41. J. Canotilho, N. Brandão, *Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato*, Coimbra 2016;
42. J. Zopfs, *Dogmatisch fragwürdig und weitgehend ohne praktischen Nutzen. Die Vorschriften zur Bekämpfung des Missbrauchs der Kronzeugenregelung,* Mainz 2011;
43. J. Almeida, *Processo Penal. Ação e Jurisdição*, São Paulo 1975;
44. J. de C. Penteado, *Delação Premiada*, São Paulo 2006;
45. J. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York 2010;
46. J. Fonseca, *Reforma do Processo Penal e Criminalidade Organizada*, Coimbra 2004;
47. J. Dias, *Direito Processual Penal*, Coimbra 1974;

48. J. Dias, *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de direito ou um novo "princípio*, Porto 2011;
49. J. Dias, M. Andrade, *Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)*, Coimbra 2009;
50. J. Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra 2006;
51. J. Costa, *Consenso, Verdade e Direito*, Coimbra 2001;
52. J. Marques, *Da Competência em Matéria Penal*, Campinas 2000;
53. J. Palma, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, São Paulo 2015;
54. K. Gössel, *El Proceso Penal Ante el Estado de Derecho: Estudios sobre el Ministerio Publico y la Prueba Penal*, Lima 2004;
55. K. Wallace, *To cooperate or not: obtaining amnesty under the DOJ's Corporate Leninecy Policy*, Chicago 2010;
56. L. Carvalho, P. Wunder, *Colaboração premiada: justa causa para quê?*, São Paulo 2018;
57. L. Zedner, *Criminal Justice*, New York 2004;
58. L. Barroso, *"Aqui, lá e em Todo Lugar". A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional"*, Rio de Janeiro 2013;
59. M. Slough, *Confessions and Admissions*, New York 1959;
60. M. Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra 2013;
61. M. D'Elia, *I Collaboratori di Giustizia*, Roma 2012–2013;
62. M. Mendroni, *Comentários a Lei de Combate ao Crime Organizado*, São Paulo 2014;
63. M. Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte*, São Paulo 2010;
64. M. Mello, *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*, São Paulo 2010;
65. M. Andrade, *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*, Curitiba 2013;
66. M. Taruffo, *Uma Simples Verdade: o Juiz e a Construção dos Fatos*, São Paulo 2012;
67. M. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a comparative study*, Philadelphia 1973;
68. N. Rosenvald, *Contratos (geral)*, Barueri 2007;
69. P. Palermo, *Relaciones entre "el Derecho a la Verdad" y el Proceso Penal. Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Montevideo 2011;
70. P. Tonini, *"Giusto Processo", Diritto al Silenzio ed Obligo de Veritá: la Possibile Coesistenza"*, Firenze 2000;
71. P. Tonini, C. Conti, *Il Diritto delle Prove Penali*, Milano 2014;
72. P. Mesquita, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra 2011;
73. P. Machado, *Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa*, Curitiba 2017;
74. P. Nogueira, *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro*, Salvador 2015;
75. P. Albergaria, *Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.*, Coimbra 2007;
76. R. Rauxloh, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, London 2012;
77. R. Lima, *Legislação Criminal Especial Comentada*, Salvador 2015;
78. R. Lima, *Manual de processo penal*, Salvador 2016;
79. R. Brandalise, *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes*, Curitiba 2011;80. R. Patrício, *O Princípio da Presunção de Inocência do Arguido na Fase do Julgamento no Actual Processo Penal Português (Alguns Problemas e Esboço para uma Reforma do Processo Penal Português)*, Lisboa 2000;
80. S. Hammond, *The evolution of criminal antitrust enforcement over the last two decades*, Washington 2010;
81. S. Rodrigues, *Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*, São Paulo 2002;
82. S. Trott, *O Uso de um Criminoso como Testemunha: um Problema Especial*, São Paulo 2007;
83. S. Kobor, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany: Matter of Justice and Administrative Efficiency within Legal*, Frankfurt am Main 2008;
84. T. Beleza, *"Tão Amigos que nós Éramos": o Valor Probatório do Depoimento do Co-Arguido no Processo Penal Português*, Lisboa 1998;
85. T. Bottino, *Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na 'Operação Lava Jato"*, São Paulo 2016;

86. T. Essado, *Delação Premiada e Idoneidade Probatória*, São Paulo 2013;
87. T. Padovani, *La Soave Inquisizione: Observazioni e Rilevi a Proposito delle Nuove Ipotesi di 'Ravvedimento',* Milano 1981;
88. United Nations Conference on Trade and Development, *Competition Guidelines: Leniency Programmes*, Geneva 2016;
89. United States Department of Justice, *Corporate Leniency Policy*, Washington 1993;
90. United States Department of Justice, *Leniency Policy for Individuals*, Washington 1994;
91. V. Vasconcellos, *Colaboração premiada no processo penal*, São Paulo 2017;
92. V. Grevi, *Prove*, Milano 2003;
93. W. Bittar, *O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal*, Porto Alegre 2017;
94. W. Lafave, J. Israel, *Criminal procedure*, Saint Paul 1992;
95. W. Bauer, *Reflections on the Role of Statutory Immunity in the Criminal Justice System*, Chicago 1976.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4102

Barbara Janusz-Pohl*

O zasadach obliczania terminów procesowych**

Truizmem jest stwierdzenie, że problematyka czasu jest w procesie karnym wieloaspektowa. Determinuje ona dopuszczalność procesu w kontekście przedawnienia karalności przestępstwa, pozostaje w ścisłej korelacji z dyrektywą sprawności procesu, współkształtuje model rzetelnego postępowania, wreszcie pozwala opisać proces karny jako sekwencyjną, a więc linearnie uporządkowaną w jednostce czasu, działalność uczestników postępowania[1]. W niniejszym artykule czas postrzegany będzie w bardzo pragmatyczny sposób – a więc w odniesieniu do temporalnych granic dokonania czynności procesowych[2] – jako pewien „okres – od … do" albo też „moment" w procesie karnym. Skupimy się zatem wyłącznie na tzw. terminach procesowych, pozostawiając poza zakresem rozważań tzw. terminy materialnoprawne.

Na marginesie zaznaczmy, że w doktrynie akcentowano już to, że choć problematyka terminów w procesie karnym ma priorytetowe znaczenie praktyczne i teoretyczne, jednak ustawodawca nie poświęcił na jej uregulowanie, można powiedzieć „zinstytucjonalizowanie", obszernych fragmentów Kodeksu postępowania karnego[3], a obowiązujące obecnie przepisy stanowią swego rodzaju kontinuum rozwiązań proceduralnych z okresu międzywojnia, a następnie obowiązywania Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.[4] Zdawałoby się więc, że różne istotne kwestie powiązane z terminami zostały już bardzo dobrze przemyślane i opracowane w procesualistyce karnej. Tymczasem jest wręcz odwrotnie. Problematyka ta, choć ważna, bardzo rzadko jest przedmiotem zainteresowania doktryny procesu karnego, a jeśli już, to przede wszystkim w kontekście wybranych jej aspektów. Również niniejszy szkic ogranicza się do wybranego fragmentu związanego z terminami

* Dr hab. Barbara Janusz-Pohl jest profesorem w Zakładzie Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, ORCID 0000–0002–7135–4960, e-mail: barbaraj@amu.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 3.02.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 17.03.2020 r.

[1] Zróżnicowane konteksty opisujące relacje czasu do wybranych instytucji prawa i procesu karnego szkicuje praca zbiorowa pod red. J. Warylewskiego, *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, Gdańsk 2010, *passim*.

[2] Odnośnie do temporalnych granic dla czynności procesowych zob. K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 139 i n.; B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrument analizy czynności karnoprocesowych w prawie polskim*, Poznań 2017, s. 315 i n.

[3] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

[4] Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm.) – dalej k.p.k. z 1969 r. Zob. uwagi czołowego w literaturze polskiej badacza tej problematyki Ireneusza Nowikowskiego – I. Nowikowski, *O regułach obliczania terminów w procesie karnym (kwestie wybrane)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 878 i n.

procesowymi, a dokładnie do kwestii sposobu obliczania terminów procesowych – zdawałoby się raczej technicystyczną, choć jednocześnie fundamentalną dla praktyki prawniczej; jak wynika z przeprowadzonej dalej analizy wymagającą pogłębionych badań, a być może nawet interwencji ustawodawcy.

Asumptem dla tak zakrojonej analizy jest konieczność weryfikacji dwóch konkurencyjnych, wysuwanych w doktrynie i orzecznictwie procesualistyki karnej, interpretacji art. 123 k.p.k. W ostatniej dekadzie bowiem wykładnia wspomnianej jednostki redakcyjnej uległa zauważalnej dysocjacji i wyraźnie zarysowały się dwa nurty interpretacyjne. Taki stan rzeczy jest skrajnie niepożądany w kontekście funkcji terminów procesowych[5], które obejmują zapewnienie nie tylko sprawności procesu (porządkują proces karny), lecz także gwarancji procesowych w zakresie korzystania przez strony procesowe i uczestników niebędących organami z przysługujących im uprawnień. Moment aktualizacji, tudzież wygaśnięcia uprawnienia do dokonania czynności procesowej nie może wzbudzać żadnych wątpliwości. Niedopuszczalne jest również, aby w identycznym układzie odniesienia, ze względu na odmienne preferencje w zakresie przyjmowanego rezultatu wykładni, uczestnicy postępowania mieli różny zakres uprawnień. Zbyteczne jest w tym kontekście argumentowanie, że taki stan rzeczy narusza zasadę równości obywateli wobec prawa i zasadę sprawiedliwości, a także wiele innych zasad procesowych.

Punkt ciężkości w przedmiotowym sporze w zakresie wykładni art. 123 k.p.k. obejmuje przede wszystkim ustalenie roli, jaką dla wyznaczenia początku terminu procesowego pełni reguła wyrażona w paragrafie pierwszym wskazanej jednostki redakcyjnej (a ściślej jej generalny, tudzież partykularny wymiar).

Na wstępie zaznaczmy, że w zasadzie bezspornie w kontekście wykładni art. 123 k.p.k. przyjmuje się założenie, iż przepis ten odnosi się do terminów procesowych oznaczonych w jednostce czasu, a więc do tzw. terminów bezwzględnych[6]. Wzbudza natomiast zastrzeżenia to, czy reguły obliczania terminów odnoszą się do terminów ustanowionych w sposób blankietowy, a więc takich, które muszą zostać skonkretyzowane przez organ procesowy (kwestia ta zostanie wysubtelniona w dalszej części opracowania).

Według stanowisk optujących za autonomicznym wymiarem art. 123 § 1 k.p.k. wskazany przepis ustanawia regułę dotyczącą wyłącznie sposobu obliczania terminów oznaczonych w dniach[7], a według stanowiska konkurencyjnego, wpisują-

[5] W kontekście analizy funkcji terminów procesowych zob. I. Nowikowski, *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988, s. 18 i n.

[6] Zob. I. Nowikowski, *Terminy*…, s. 91. Zob. także np. uchwała Sądu Najwyższego (dalej SN) z 18.12.1997 r., I KZP 28/97, OSNKW 1998/1–2, poz. 3. Pogląd ten przyjęto w zasadzie jednolicie w doktrynie, por. np. T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 351; S. Steinborn, *Komentarz do art. 123 k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, red. J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Lex/el. 2015; A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, s. 337. Słusznie eksponuje się ponadto, że wskazana jednostka redakcyjna nie znajduje zastosowania do obliczania terminów w zakresie trwania środków przymusu procesowego, w tym środków zapobiegawczych – tak już na gruncie k.p.k. z 1969 r. I. Nowikowski, *Terminy*..., s. 92, obecnie zostało to *expressis verbis* ustanowione w przepisach szczególnych, tj. art. 127b i 127c k.p.k.

[7] Pogląd taki jest bardzo często wysuwany w judykaturze, sądząc po ostatnim orzeczeniu Sądu Najwyższego z 13.11.2019 r., I KZP 9/19, LEX nr 2765602, w którym to SN odmówił podjęcia uchwały, uznając wskazany pogląd za dominującą linię orzeczniczą, tak w wyrokach SN: z 12.12.2016 r., V KK 243/16, OSNKW 2017/4, poz. 20; z 26.02.2014 r., III KK 6/14, OSNKW 2014/9, poz. 70 i z 29.07.2015 r., II KK 98/15, „Prokuratura i Prawo" – wkł. 2015/11, poz. 8; z 23.02.2017 r., V KK 352/16, LEX nr 2241416, gdzie jednak powołano się na zastosowanie zarówno przepisu art. 123 § 1, jak i § 2 k.p.k. Również w orzecznictwie

cego się w optykę, w ramach których art. 123 § 1 jest postrzegany generalizująco – dekodowana z tej jednostki redakcyjnej reguła obejmuje wszystkie typy terminów procesowych o charakterze bezwzględnym, a więc terminy oznaczone w jednostce czasu: dniach, tygodniach, miesiącach i latach[8]. Powstały w doktrynie i orzecznictwie dyskurs interpretacyjny jest prowadzony tylko przez niektórych uczestników w sposób polemiczny, najczęściej możemy odnotować wypowiedzi optujące na rzecz jednego z dwóch wyróżnionych nurtów, bez wskazania dodatkowej, konfrontacyjnie zorientowanej argumentacji. Również niniejsze opracowanie nie zostało zaprogramowane jako polemika z poglądem konkurencyjnym, lecz jako przedstawienie określonej koncepcji interpretacyjnej i argumentów przemawiających na rzecz przyjęcia interpretacji, wpisującej się w nurt uznający generalizujący wymiar reguły obliczania terminów procesowych dekodowanej z art. 123 § 1. Celem artykułu jest więc przedstawienie interpretacji tytułowej problematyki z jedynie pośrednią konfrontacją ze stanowiskami konkurencyjnymi. Kluczowe pozostaje jednak zaakcentowanie tych argumentów, które dotychczas nie zostały należycie wyeksponowane przez dyskutantów.

***

Porządkując problematykę obliczania terminów procesowych, niejako tytułem wprowadzenia, wskażmy doktrynalne podziały tych terminów i preferowany w dalszej części opracowania ich wariant. Podziały i typologie będą wykorzystane w ramach sformułowanych generalizacji.

Otóż, pośród terminów procesowych można wyróżnić kilka podziałów lub typologii[9]. I tak, ze względu na sposób wyznaczenia terminu zwykło się wyróżniać

sądów apelacyjnych: w wyroku Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 14.05.2015 r., II AKa 102/15, LEX nr 1724155; postanowieniu SA w Katowicach z 18.07.2012 r., II AKz 413/12, LEX nr 1220230. W doktrynie natomiast pogląd taki reprezentują m.in. S. Steinborn, *Komentarz…* [w:] *Kodeks…*, t. 1…; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, *Art. 1–424*, red. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 542–543; T. Markiewicz, *Glosa do postanowienia SN z dnia 27 sierpnia 2015 r. III KK 238/15*, „Prokuratura i Prawo" 2017/11, s. 195 i n. Na marginesie można dodać, że być może pewną inspiracją dla poszukiwania różnych reguł obliczania terminów z uwagi na formułę ustanowienia danego terminu są regulacje cywilistyczne i administracyjnoprawne. Przykładowo, wskażmy, że art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego (ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny [Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.] – dalej k.c.) stanowi, iż „jeżeli początkiem **terminu określonego w dniach** (wszystkie pogr. – autorki) jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło". Podobnie jest na gruncie art. 57 § 1–4 Kodeksu postępowania administracyjnego (ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego [Dz.U. z 2020 r. poz. 256] – dalej k.p.a.).

[8] Tak np. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007, s. 637; T. Grzegorczyk, *Kodeks…*, s. 352; J. Skorupka, *Komentarz do art. 123 k.p.k. teza 4* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, J. Kosonoga, Lex/el. 2017; Z. Pachowicz [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 322; A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, s. 337 (autor ten wskazuje, że: „Regulacja art. 123 dotyczy sposobu obliczania terminów w jednostkach czasu, tj. dniach, tygodniach i latach. Treść komentowanej regulacji nie różnicuje sposobu obliczania terminu w zależności od jego rodzaju"); I. Nowikowski, *O regułach…*, s. 880. Pogląd taki jest rzadziej reprezentowany w orzecznictwie sądowym, zob. postanowienie SN z 27.08.2015 r., III KK 238/15, LEX nr 1813072: „Zgodnie z art. 123 § 1 k.p.k. do biegu terminu nie wlicza się dnia, od którego liczy się dany termin. Część komentatorów uważa, że przepis ten odnosi się jedynie do terminów określonych w dniach. Inni jednak uważają, że zasada ta ma zastosowanie do wszystkich terminów (…). Z treści samego przepisu nie wynika, aby treść przepisu art. 123 § 1 k.p.k. odnosiła się wyłącznie do terminów określonych w dniach. Uznać zatem trzeba, że odnosi się także do terminów określanych w miesiącach". Trzeba też odnotować, że przywołane postanowienie spotkało się z jednoznacznie krytyczną oceną wyrażoną w glosie Tymona Markiewicza (T. Markiewicz, *Glosa do postanowienia SN…*, s. 195 i n.).

[9] Zob. szerzej I. Nowikowski, *Terminy…*, s. 180 i n. oraz B. Janusz-Pohl, *Formalizacja…*, s. 318 i n.

w doktrynie terminy ustawowe oraz terminy wyznaczone przez organ. W istocie wskazany podział odnosi się do tego, czy dany termin został skonkretyzowany w ustawie, a więc, czy ustawa wskazuje go w sposób wiążący, jednoznaczny i jednakowy dla wszystkich układów procesowych czy też termin ten został wyrażony w ustawie przez oznaczenie dopuszczalnego terminu końcowego (brzegowego), który to każdorazowo powinien zostać skonkretyzowany przez organ procesowy w ramach konkretnego układu odniesienia (danego procesu). W tym kontekście warto wspomnieć o wyróżnianej w procesualistyce typologii terminów: minimalnych i maksymalnych.

Mając w polu widzenia sposób oznaczenia terminu przez ustawodawcę, wyróżniamy natomiast terminy bezwzględne i terminy względne. Terminy bezwzględne zostały oznaczone w określonych jednostkach czasu (jednostkach uniwersalnych i sformalizowanych): godzinach, dniach, tygodniach i miesiącach. Natomiast terminy względne nie są oznaczone w jednostce czasu, lecz przez wskazanie określonego momentu w postępowaniu (np. rozpoczęcie przewodu sądowego, przesłuchanie ostatniego ze współoskarżonych, zamknięcie przewodu sądowego, pierwsze przesłuchanie świadka przed sądem). Już w części wstępnej niniejszego artykułu uznano trafność powszechnie aprobowanej hipotezy, że reguły obliczania terminów z art. 123 k.p.k. dotyczą wyłącznie terminów procesowych bezwzględnych.

Z punktu widzenia dalszych rozważań ważna jest także ekspozycja podziału terminów procesowych ze względu na konsekwencje prawne (procesowe) ich naruszenia[10]. W tej kategorii możemy wyróżnić terminy instrukcyjne i terminy stanowcze. Pośród terminów stanowczych natomiast terminy: zawite, prekluzyjne i tzw. inne stanowcze. W doktrynie zwykło się charakteryzować terminy instrukcyjne, stwierdzając, że ich naruszenie nie wywołuje konsekwencji procesowych, a jedynie może aktualizować sankcje dyscyplinarne wobec organów, które dopuściły się ich naruszenia[11]. Charakterystyka ta jest nieco uproszczona, bowiem w istocie przekroczenie terminu instrukcyjnego (który to może być zaadresowany zarówno do stron procesowych i uczestników niebędących organami procesu, jak i do organów procesu) nie wywołuje jedynie negatywnych konsekwencji dla toku procesu karnego czy dla czynności procesowej, której dany termin dotyczył. Pewne konsekwencje procesowe (w tym również o negatywnym zabarwieniu) z przekroczenia terminu instrukcyjnego mogą jednak wynikać (najczęściej wiążą się one z koniecznością wydania decyzji procesowej co do przedłużenia terminu, np. w kontekście terminów instrukcyjnych czasu trwania śledztwa lub dochodzenia). Z pewnością przekroczenie terminu instrukcyjnego nie pozwala podważyć jednak skuteczności (czy też ważności) czynności procesowej ani tzw. bytu procesu karnego (prowadząc do umorzenia tegoż). W grupie terminów stanowczych wyróżnia się natomiast terminy, których przekroczenie wywołuje określone w ustawie (najczęściej określone precyzyjnie) negatywne konsekwencje procesowe.

Zauważmy, że najdobitniej i jednocześnie w sposób generalny ustawodawca określił konsekwencje negatywne przekroczenia terminów zawitych, ustanawiając bowiem *ex lege* sankcję bezskuteczności (w formule tzw. bezskuteczności *ex nunc*

[10] Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 321 i n.
[11] B. Janusz-Pohl, *Formalizacja* …, s. 322.

na mocy art. 122 § 1 k.p.k.)[12]. Niezależnie od tego, najdalej idące konsekwencje powoduje naruszenie terminów prekluzyjnych, bowiem czynność procesowa dokonana po upływie terminu prekluzyjnego jest czynnością niedopuszczalną raz na zawsze w każdym układzie procesowym, terminy te są niereaktywowalne (nie podlegają restytucji w odróżnieniu o terminów zawitych). Przekroczenie terminu prekluzyjnego według jednego z wysuwanych w doktrynie poglądów determinuje tzw. bezskuteczność czynności *ex tunc* (opisywaną także jako doktrynalna nieważność takiej czynności)[13].

Natomiast negatywne konsekwencje procesowe związane z naruszeniem terminów tzw. innych stanowczych są różnorodne (muszą być jednak zawsze wprost wskazane w ustawie – np. art. 411 k.p.k.).

Innym istotnym dla dalszych rozważań podziałem terminów procesowych jest ich podział oparty na kryterium adresata terminu. W tej grupie wyróżnia się terminy adresowane do stron postępowania i uczestników niebędących organami oraz te terminy, których adresatami są organy procesowe. Nadmieńmy, że zestawiając z kolei dwa ostatnie podziały terminów procesowych terminy adresowane do stron i uczestników niebędących organami są to wszystkie terminy zawite, niektóre terminy prekluzyjne i niektóre terminy instrukcyjne oraz niektóre terminy inne stanowcze. Natomiast terminy adresowane do organów to albo terminy instrukcyjne, albo terminy prekluzyjne, albo inne stanowcze[14].

Jednak kluczowym podziałem z punktu widzenia niniejszej analizy dedykowanej interpretacji art. 123 k.p.k. jest podział (a w zasadzie typologia), w ramach którego wyróżnia się **terminy początkowe i terminy końcowe**. Dla dokonania czynności procesowej kluczowe jest ustalenie zarówno wyznaczającego jej granice temporalne terminu początkowego, jak i terminu końcowego, które łącznie wyznaczają czas aktualizacji uprawnienia do dokonania owej czynności i moment ekspiracji tego uprawnienia. Procesowe terminy początkowe i końcowe mogą być też terminami stosowania środków przymusu procesowego. Dla poszczególnych typów czynności procesowych wskazania co do terminu początkowego i końcowego są różne, a jest to uzależnione od tego, czy rozważany termin jest terminem instrukcyjnym czy stanowczym, a także od tego, czy jest to termin bezwzględny czy też względny, a ponadto, czy jest to termin ustawowy czy też termin skonkretyzowany przez organ procesowy.

Już wcześniej sygnalizowano, że konieczne jest także wskazanie, czy reguły obliczania terminów ustanowione w art. 123 k.p.k. odnoszą się zarówno do terminów ustawowych, jak i terminów ustanowionych (skonkretyzowanych) przez organ procesowy. W doktrynie bowiem, w odniesieniu do tej ostatniej kwestii, można spotkać niejednolite poglądy, chociaż z przewagą tych opowiadających się za uznaniem obowiązywania reguł wyznaczonych w art. 123 k.p.k. do terminów skonkretyzowanych przez organy procesowe. Stwierdza się zatem, że – analizując działanie reguł obliczania terminów z art. 123 k.p.k. – „Nie ma przy tym znaczenia, czy termin określony został wprost w ustawie, czy też ustawodawca określił go

[12] B. Janusz-Pohl, *Formalizacja* …, s. 323 i n.
[13] Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 330 i n. wraz z cytowaną tam obszernie literaturą.
[14] B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 321–322. Zob. także B. Janusz-Pohl, *Przyczynek do rozważań formalnym i konwencjonalnym charakterze procesu*, „Ius Novum" 2014/4, *passim*.

„blankietowo", pozostawiając organom procesowym ścisłe oznaczenie jego długości (np. termin, na który zostało przedłużone śledztwo – art. 310 § 2 k.p.k., czy termin, na który prezes sądu przedłużył sporządzenie uzasadnienia wyroku – art. 423 § 1 k.p.k.)"[15]. Terminy określone blankietowo zwykle mają charakter terminów maksymalnych i minimalnych. Ma to o tyle znaczenie, że taki sposób ich oznaczenia *de facto* nie przesądza sposobu i skonkretyzowania przez organ procesowy, tj. oznaczenia *in concreto* w dniach, tygodniach, miesiącach[16]. Ze względu na brak wyraźnego zastrzeżenia sposobu obliczania terminów określonego w art. 123 k.p.k. do terminów ustawowych, nie można wykluczyć wiążącego charakteru tych reguł do terminów skonkretyzowanych przez organ. Badając tę grupę terminów (konkretyzowanych przez organy procesowe, a więc terminów niewyznaczonych sztywno przez ustawodawcę) możemy zauważyć, że terminy te odnoszą się najczęściej do samych organów procesowych – zwykle regulując temporalny zakres ich uprawnień (choć te terminy wprost rzutują także na sytuację procesową innych uczestników postępowania). W toku dalszej analizy przyjęto tymczasem hipotezę, że reguły obliczania terminów z art. 123 k.p.k. kształtują się odmiennie w odniesieniu do terminów skierowanych do organów procesu karnego, a także odmiennie w odniesieniu do terminów skierowanych do stron i uczestników niebędących organami. I w tym zakresie, w jakim terminy wymagające skonkretyzowania przez organy procesowe zaadresowane są do organów procesowych, nie podlegają one regułom obliczania z art. 123 k.p.k.

W tym miejscu poprzestańmy jednak na ogólnej konstatacji, że w kontekście interpretacji art. 123 k.p.k. uwagi będą formułowane do terminów procesowych (przede wszystkim ustawowych, choć nie jest *de iure* wykluczone ich odniesienie do terminów skonkretyzowanych przez organ wówczas, gdy adresatem terminu pozostają strony procesowe i uczestnicy niebędący organami procesu karnego) bezwzględnych – oznaczonych w jednostce czasu (dniach, tygodniach, miesiącach i latach), terminów adresowanych do stron i uczestników niebędących organami procesu, terminów stanowczych i instrukcyjnych (choć większe znaczenie w sposób oczywisty ma tu ekspozycja terminów stanowczych). Będziemy operować też kategoriami terminu początkowego i terminu końcowego. Oczywiście ze względu na wzmiankowane wcześniej, wykształcone w doktrynie dwie linie interpretacyjne art. 123 k.p.k. odnoszące się do relacji pomiędzy paragrafem 1 i 2 rzeczonego przepisu, wyjściową kategorią pozostaną tzw. procesowe terminy bezwzględne ujmowane jako terminy początkowe i terminy końcowe.

Artykuł 123 k.p.k. w dwóch niezależnych paragrafach, tj. § 1 i 2, ustanawia reguły obliczania terminów. Jak wskazano wcześniej, według niektórych przedstawicieli doktryny i większości przedstawicieli judykatury, w § 1 art. 123 k.p.k. zostały ustanowione zasady obliczania terminów oznaczonych w dniach, natomiast w § 2 zostały ustanowione zasady obliczania pozostałych terminów bezwzględnych, tj. oznaczonych w tygodniach, miesiącach i latach. Według tego poglądu ustawodawca ustanowił autonomiczne zasady obliczania terminów w zależności

[15] Tak J. Skorupka, *Komentarz…* [w:] *Kodeks…*, t. I…

[16] Uwaga ta ma bardzo ważne znaczenie w odniesieniu do poglądów tych autorów, którzy chcieliby w odmienny sposób wyznaczać reguły obliczania terminów oznaczonych w dniach, a odmiennie oznaczonych w tygodniach, miesiącach i latach.

od jednostki czasu, w której terminy te są wyrażone. Stanowisko to, choć dość szeroko reprezentowane, propagowane przede wszystkim przez orzecznictwo sądowe, opiera się jednak na akceptacji nieuprawnionego założenia wyjściowego. Należy bowiem stanowczo stwierdzić, że żadna dywersyfikacja w zakresie obliczania terminów bezwzględnych, ustanowionych w różnych jednostkach czasu nie wynika z treści art. 123 k.p.k.

Gruntowna analiza wskazanego przepisu daje asumpt do uznania, że reguły obliczania terminów zostały zróżnicowane wyłącznie w odniesieniu do kategorii jakimi są: termin początkowy i termin końcowy. Poddanie wykładni wskazanej jednostki redakcyjnej jednoznacznie przesądza, że paragraf 1 rzeczonego przepisu odnosi się do ustalenia tzw. terminu początkowego (o którym zresztą wzmiankuje, niejako odwołuje się doń, paragraf 2 tego przepisu). Jednocześnie zasada wyznaczenia terminu początkowego, który niezależnie od sposobu ustanowienia „całego terminu" (z uwzględnieniem terminu początkowego i terminu końcowego, a ów cały termin może być wyrażony w dniach, tygodniach, miesiącach i latach) zawsze rozpoczyna się **jakiegoś dnia (!)**, a nawet godziny w jakimś dniu – choć przy generalnie obowiązującej zasadzie *computatio civilis* godzina nie jest jednostką bazową, poza przypadkami szczególnymi związanymi z zastosowaniem środków przymusu); wówczas bowiem ze względów gwarancyjnych przyjmowana jest reguła *computatio naturalis*[17].

Tym samym sformułowanie z paragrafu 1 art. 123 k.p.k., że „do biegu terminu nie wlicza się dnia od którego biegnie dany termin" w żadnym razie nie może być odczytane jako sformułowanie zastrzeżone do obliczania terminów oznaczonych w dniach. **Analiza semiotyczna tego wyrażenia jednoznacznie przesądza, że każdy termin, a więc i ten wyrażony w tygodniach, miesiącach i latach rozpoczyna bieg w określonym dniu.** Przesądza ona także o tym, że z jakichś powodów (o których będzie mowa dalej) w ocenie ustawodawcy należy przyjąć fikcję prawną, polegającą na tym, iż dzień, w którym faktycznie rozpoczyna bieg dany termin, a więc faktyczny dzień terminu początkowego, nie jest początkowym terminem w znaczeniu prawnym, bowiem tego dnia, od którego faktycznie rozpoczyna bieg dany termin, nie wlicza się (i jest to formalizująca reguła konwencjonalna) do biegu terminu, co oznacza, że w znaczeniu prawnym początek terminu przypada dnia następnego. Dodajmy zatem dla przejrzystości, że z treści art. 123 § 1 k.p.k. możemy odtworzyć dyrektywę, która współkształtuje regułę temporalną dokonania czynności procesowej ograniczonej danym terminem.

Teraz zastanówmy się jeszcze, czy wskazany powyżej, a otrzymany w drodze wykładni (w oparciu na zastosowaniu językowych dyrektyw wykładni) rezultat,

[17] Zob. np. I. Nowikowski, *Terminy*…, s. 886, pogląd swój autor ten rozwija w: I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 886 i n. Wskazany autor słusznie argumentował, że reguły obliczania terminów z art. 123 k.p.k. wyznaczają reguły temporalne do dokonania czynności procesowych. Natomiast: „W przypadku zaś terminów związanych ze środkami przymusu stosowne terminy nie przewidują czasu na dokonanie czynności, lecz wyznaczają czas trwania środków przymusu" – I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 886. Argument ten można skontrować, ponieważ zastosowanie środka przymusu procesowego także determinuje uprzednie dokonanie czynności procesowej, jego zastosowania i przedłużenia i w tym kontekście rzeczone terminy jednak muszą zostać uwzględnione. Niemniej jednak podbudowaniem dla takiej optyki jest niewątpliwe założenie o tym, że środki przymusu, jako ustawowe ograniczenia praw i wolności konstytucyjnie chronionych, muszą być stosowane z minimalną dolegliwością, a zatem żadne reguły obliczania terminów nie mogą faktycznie wydłużyć gwarancyjnych i ustawowych terminów stosowania tych środków.

w zakresie odtworzenia treści dyrektywy[18] temporalnej, powinien zostać poddany modyfikacji wynikającej z wykładni paragrafu 2 art. 123 k.p.k. Analiza tej ostatniej jednostki redakcyjnej prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wyrażona w nim dyrektywa odnosi się jedynie do **niektórych terminów bezwzględnych, tj. terminów wyrażonych w tygodniach, miesiącach lub latach**, a ponadto iż dyrektywa ta pozwala wyłącznie na ustalenie terminu końcowego. Z przepisu tego możemy także wysnuć niekontrowersyjny wniosek, że niezależnie od sposobu ogólnego oznaczenia terminu (tydzień, miesiąc czy rok) zarówno początkowy termin, jak i termin końcowy ustalany jest w jednostce bazowej, tj. w określonym dniu.

W interpretowanym przepisie wykorzystano także wyrażenie: „koniec terminu przypada na ten dzień tygodnia lub miesiąca, który odpowiada początkowi terminu". Wskazana formuła operuje kategorią ogólną „koniec terminu" oraz „początek terminu". Synonimami tych wyrażeń są nazwy „termin początkowy" i „termin końcowy". Oba wskazane terminy, jak i tożsame z nimi treściowo wyrażenia „koniec terminu", „początek terminu" mają status konwencjonalny. W tym sensie, że wyznaczają reguły dla dokonania określonej sformalizowanej czynności konwencjonalnej w procesie karnym[19].

Zauważmy jednak, że paragraf 2 art. 123 k.p.k. w żadnym punkcie nie odnosi się do tego, jak należy rozumieć wyrażenie „początek terminu" (termin początkowy). Podkreślmy z całą mocą, że w treści analizowanego przepisu nie ma żadnej wskazówki interpretacyjnej, aby do wyznaczenia terminu początkowego nie miała zastosowania reguła ustanowiona w paragrafie pierwszym. Co więcej, analizowany paragraf 2 art. 123 k.p.k. nie daje nam żadnych wskazań co do tego, że od tej ogólnej reguły powinniśmy odstąpić. Tymczasem analizowana jednostka redakcyjna (§ 2) w całości odnosi się do sposobu wyznaczenia terminu końcowego (czyli końca terminu). Analiza zacytowanego fragmentu jednoznacznie daje asumpt do uznania, że we wskazanym przepisie akcent został położony na wskazanie „tego dnia tygodnia lub miesiąca" który odpowiada terminowi początkowemu (początkowi terminu). Zauważmy, że owo „odpowiadanie terminowi początkowemu" będzie szczególnie istotne w przypadku terminów wyrażonych w miesiącach, bowiem jak wiadomo te ostatnie nie mają równej liczby dni. Stąd ustawodawca wprowadził dodatkową regułę konwencjonalną, zgodnie z którą: „jeżeli w danym miesiącu nie ma takiego dnia, koniec terminu przypada na ostatni dzień tego miesiąca". W tym kontekście przyjęto więc kolejną fikcję prawną potwierdzającą hipotezę, że konwencjonalne reguły obliczania terminów procesowych nie pokrywają się z regułami arytmetyki.

[18] Z punktu widzenia toku wykładni odtwarzanie tej dyrektywy jest tylko elementem odtwarzania poprzednika normy kompetencyjnej, w zakresie którego są ustalane wszystkie reguły konstrukcyjne dla czynności karnoprocesowej, której dokonanie aktualizuje nakaz/zakaz skierowany zwykle do innego podmiotu dokonania czynności procesowej kolejnej w rozważanej sekwencji – zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja…*, s. 134 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem, a zwłaszcza zob. Z. Ziembiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna,* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 1969/4, s. 23 i n.

[19] Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja…*, s. 38 i n. Dodajmy dla precyzji, że stwierdzenie, iż dana reguła ma charakter konwencjonalny w tym układzie oznacza jedynie to, że została ona mocą pewnej konwencji, jaką jest stanowienie prawa, ustanowiona przez ustawodawcę. Jako reguła konwencjonalna nadaje ona nowy konwencjonalny sens pewnym zdarzeniom. Stwierdzenie o danej regule, że jest ona konwencjonalna nie oznacza, iż została ona objęta konwencjonalizacją jako reguła konstytutywna. Jak wynika z dotychczasowych badań, większość reguł temporalnych dla czynności karnoprocesowych – poza regułami wyznaczonymi przez terminy prekluzyjne – jest objętych jedynie formalizacją i nie stanowi reguł konstytutywnych dla czynności danego typu.

Sens ustanowienia paragrafu 2 art. 123 k.p.k. jest jednak nieco głębszy. Otóż, w przypadku terminów ustanowionych w tygodniach, miesiącach i latach, jednostka bazowa – czyli dzień – jest stosowana tylko w odniesieniu do wyznaczenia terminu początkowego i terminu końcowego, a więc początku terminu i końca terminu. Kalkulacja takich terminów, tj. wyznaczonych w tygodniach, miesiącach i latach, zakłada pewne usprawnienie rachunkowe, bowiem (poza wyjątkiem określonym np. w art. 127b i 127c k.p.k.) terminy te podlegają kalkulacji w jednostce, w której zostały wyrażone, tj. tygodniach, miesiącach i latach. Dzień – podkreślmy raz jeszcze – jest jednostką czasu, która pozwala określić jedynie termin początkowy i termin końcowy terminów ustawowych określonych w tygodniach, miesiącach i latach.

Analizując art. 123 k.p.k. nie możemy zapomnieć o jego § 3. Ten z kolei dotyczy – podobnie jak § 2 – wyłącznie kwestii obliczania terminu końcowego. Przepis ten wprowadza kolejną modyfikację stanowiąc, że: „jeżeli koniec terminu przypada na dzień uznany przez ustawę za dzień wolny od pracy, czynności można dokonać następnego dnia". I w tym kontekście wskażmy, że analizowany przepis dotyczy wszystkich terminów ustawowych bezwzględnych, czyli tych wyrażonych w dniach, tygodniach, miesiącach i latach.

Podsumowując ten fragment rozważań, trzeba stwierdzić, że art. 123 k.p.k. ustanawia w każdym ze swoich paragrafów konwencjonalne reguły obliczania terminów procesowych – reguły, wskutek zastosowania których zostają wyłączone ogólne reguły arytmetyczne. Paragrafy 1 i 2 komentowanego przepisu dotyczą – *lege non distinquente nec nostrum distinquere* (kwestię tę rozwiniemy poniżej) – wszystkich ustawowych terminów procesowych o charakterze bezwzględnym, a więc terminów oznaczonych w dniach, tygodniach, miesiącach i latach. Przy czym paragraf 1 wskazuje ogólną zasadę wyznaczania terminu początkowego, zaś paragraf 3 – ogólną zasadę wyznaczania terminu końcowego. Natomiast paragraf 2 analizowanego artykuły statuuje szczególne reguły wyznaczania terminu końcowego w przypadku terminów ustawowych bezwzględnych oznaczonych w tygodniach, miesiącach i latach. *Ratio legis* w odniesieniu do paragrafu 2 wyraża się przede wszystkim w tym, że miesiące i lata mają nierówną liczbę dni, tym samym ustanowiona reguła „ufunkcjonalnia" obliczanie takich terminów.

Zgodnie z zapowiedzią powróćmy jeszcze do interpretacji § 1 art. 123 k.p.k. oraz do sygnalizowanej kwestii, związanej z ustaleniem zakresu jego odniesienia do terminów z uwzględnieniem kryterium podziału ich adresata, a więc terminów adresowanych z jednej strony do organów procesu karnego, z drugiej zaś – do stron i uczestników niebędących organami. U podłoża tak ukierunkowanych rozważań można sformułować pytanie o *ratio legis* dyrektywy temporalnej „niewliczania" dnia, od którego faktycznie biegnie dany termin. Jej zastosowanie prowadzi do faktycznego wydłużenia terminu o – nazwijmy to w uproszczeniu – „jeden dzień". Dodajmy też, że daremnie szukać w Kodeksie postępowania karnego przepisów modyfikujących zakres odniesienia reguły z art. 123 § 1 k.p.k., poza jedynym wyjątkiem z art. 265 k.p.k.[20]

[20] Wskazującego wprost, że okres tymczasowego aresztowania liczy się od dnia zatrzymania – zob. A. Prudel, *Obliczanie terminów stosowania tymczasowego aresztowania*, „Problemy Prawa Karnego" 2008/26, s. 128 i n.

Dokonując więc wykładni – z pozoru moglibyśmy poprzestać na konstatacji, że reguła z art. 123 § 1 k.p.k. jest stosowana jednolicie do wszystkich terminów (zwłaszcza terminów ustawowych) o charakterze bezwzględnym. Byłoby tak, gdyby niekonieczny zabieg, który musi zostać zastosowany na etapie wykładni funkcjonalnej, pozwalającej zweryfikować czy uzyskany rezultat interpretacyjny jest możliwy do zaakceptowania (*argumentum ab absurdo*)[21] jako społecznie dorzeczny – tu: spójny z aksjologią ustawodawcy – zasadami procesowymi i konstytucyjnymi oraz wiążącymi Polskę standardami międzynarodowymi, wynikającymi z ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa unijnego[22].

Aby ustalić akceptowalność uzyskanego rezultatu wykładni, musimy zweryfikować, jakiego typu zdarzenia prawne determinują rozpoczęcie biegu terminu[23]. Początkiem i końcem terminu może być czynność procesowa[24], zdarzenie faktyczne, początek i koniec doby, a nawet określony punkt czasowy w ciągu doby. Generalnie rzecz ujmując, zdarzenia te mogą mieć bardzo zróżnicowany charakter, m.in. bieg terminu może determinować moment wejścia w życie ustawy (w zakresie analizowanych terminów procesowych, wejście w życie ustawy byłoby relewantnym terminem w kontekście intertemporalnym)[25]; moment ten może łączyć się z dokonaniem określonej czynności procesowej.

W doktrynie wyraźnie podkreśla się, mając w polu widzenia także argumenty natury systemowej i umiejscowienie art. 123 w k.p.k. (uwzględniając zarówno dział, w którym zawarto stosowne jednostki redakcyjne, nazwę rozdziału, jak i treść przepisów sąsiadujących), że zasady obliczania terminów określone w art. 123 k.p.k. są ściśle powiązane z dokonywaniem czynności karnoprocesowych[26]. W tej ostatniej grupie na wyszczególnienie zasługują czynności zależne[27], m.in. doręczenia i ogłoszenia decyzji procesowych, nadanie określonych pism procesowych zawierających tzw. postulujące oświadczenia woli stron postępowania, dokonanie określonych czynności procesowych, których substraty materialne przybierają postać tzw. czynności realnych (a w kontekście tych ostatnich wyraźnie wyodrębnić należy takie tzw. czynności realne, których dokonanie jest związane z zastosowaniem przymusu procesowego albo przymusowym oddziaływaniem na uczestnika procesu karnego niebędącego jego organem)[28].

[21] Zob. Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 202 i n.

[22] Zob. I. Nowikowski, *W kwestii skargi na nierozpoznanie sprawy w rozsądnym terminie w postępowaniu karnym (zagadnienia wybrane)* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywność. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza,* red. A. Marek, Toruń 2004, s. 14 i n.

[23] Na kwestię zróżnicowania tych faktów procesowych, które rozpoczynają bieg terminu wskazywał I. Nowikowski, *Terminy*…, s. 94. Autor ten wyraźnie eksponował, że bieg terminu procesowego wyznacza moment dokonania czynności procesowej albo wystąpienie innego zdarzenia prawnego. W tym kontekście dodajmy, że art. 111 § 2 k.c. stanowi, że: „jeżeli początkiem terminu określonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło". Podobnie jest na gruncie art. 57 § 1–4 k.p.a.

[24] Jednocześnie warunkiem rozpoczęcia biegu terminu jest skuteczne dokonanie czynności od dnia dokonania której liczy się termin. W zakresie tym należy uwzględnić regułę określoną w art. 16 k.p.k., a więc dokonanie adekwatnego w danym zakresie pouczenia. Zob. trafne w tym kontekście uwagi w: J. Skorupka, *Komentarz*… [w:] *Kodeks*…, t. I, *passim*.

[25] Co do obliczania terminu początkowego i końcowego w kontekście wejścia w życie ustawy zob. Ł. Pohl, *Charakter oraz sposób obliczania terminu określonego w art. 137 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, „Acta Iuris Stetinensis" 2017/10, s. 49 i n.

[26] Zob. I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 879.

[27] O czynnościach zależnych zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*..., s. 130 i n.

[28] W zakresie zróżnicowanych typologii czynności procesowych z uwagi na zróżnicowanie ich substratu materialnego zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 119 i n.; B. Janusz-Pohl, *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceednigs. Perspective of Conventionalization and Formalization*, Poznań 2017, s. 11 i n. Ogólne uwagi o podziałach czynności procesowych zob. także w: K. Woźniewski, *Prawidłowość*…, s. 19 i n.

Zauważmy, że w odniesieniu do tych różnych grup czynności procesowych niejednolicie przedstawia się sensowność rozwiązania prawnego, polegającego na zastosowaniu fikcji prawnej „niewliczania" do biegu terminu dnia, od którego ów termin bieg swój (faktycznie) rozpoczyna. Przedmiotem niniejszej analizy uczynimy tylko wycinek tej problematyki dotyczący czynności procesowych organów warunkujących rozpoczęcie biegu terminu procesowego, a jedynie porównawczo obejmiemy w tym kontekście czynności procesowe stron i uczestników niebędących organami.

W doktrynie kwestia zastosowania reguł obliczania terminów z art. 123 k.p.k. była już podnoszona, choć rozważano ją jedynie w wybranym aspekcie[29]. Akcentowano zwłaszcza potrzebę szczególnego uzasadnienia przyjęcia reguł ustanowionych w art. 123 k.p.k. w zakresie terminów skierowanych do organów procesowych, bowiem te konwencjonalne zasady prowadzą do faktycznego wydłużenia terminów procesowych w porównaniu do ich obliczania według czasu rzeczywistego. Szczególne wątpliwości mogą się wiązać z terminami do dokonania niektórych czynności procesowych organów, które godzą w prawa i wolności uczestników postępowania, niebędących jednocześnie czynnościami związanymi ze stosowaniem środków przymusu procesowego w znaczeniu ścisłym, zwłaszcza ze stosowaniem środków zapobiegawczych. W doktrynie szczególną „wrażliwość" owych czynności w interesujący sposób opisano na gruncie koncepcji tzw. czynności legalnych warunkowo autorstwa J. Skorupki[30]. Koncepcja czynności legalnych warunkowo odnosi się do następującego katalogu czynności procesowych: odebrania rzeczy przez policję lub inny uprawniony organ (art. 217 § 5 k.p.k. w zw. z art. 220 § 3 k.p.k.), zatrzymania rzeczy w wypadku nie cierpiącym zwłoki (art. 217 § 1 *in fine* k.p.k.), przeszukania w wypadku nie cierpiącym zwłoki (art. 220 § 3 k.p.k.), kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych w wypadkach nie cierpiących zwłoki (art. 237 § 2 k.p.k.), a także przesłuchania osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 308 § 2 i 3 k.p.k.). Co istotne, na gruncie rzeczonej koncepcji odnośnie do wszystkich wskazanych czynności argumentuje się na rzecz prekluzyjnego charakteru terminu do ich zatwierdzenia; kwestia ta jest kontrowersyjna[31]. Niezależnie od tego, można postawić pytanie o sposób obliczania terminów do dokonania takich czynności. Dodajmy, że są to terminy ustawowe bezwzględne oznaczone w dniach (termin 7-dniowy na gruncie art. 220 § 3 k.p.k., termin 3-dniowy na gruncie art. 237 § 2 k.p.k. oraz termin 5-dniowy na gruncie art. 308 § 3 k.p.k.). Czy do ich obliczania znajdzie zastosowanie reguła ogólna z art. 123 § 1 k.p.k., na mocy której do biegu terminu nie włącza się dnia, od którego ów termin biegnie? A tym samym czy terminy: a) termin 7-dniowy do doręczenia postanowienia sądu lub prokuratora w przedmiocie zatwierdzenia (przeszukania, odebrania i zatrzymania rzeczy) liczony *verba legis* „od daty czynności na zgłoszone do protokołu żądanie osoby", b) termin 3-dniowy zwrócenia się przez prokuratora o zatwierdzenie postanowienia przez sąd; czy nawet uzupełniająco termin 5-dniowy skierowany do sądu na wydanie takiego postanowienia w przedmiocie zatwierdzenia, c) termin 5-dniowy (jednoznacznie

[29] Zob. I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 880 i n.
[30] Zob. J. Skorupka, *Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2015/1–2, s. 69 i n. Szerzej do rzeczonej koncepcji odniosłam się w: B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 337 i n.
[31] Zob. uwagi krytyczne B. Janusz-Pohl, *Formalizacja*…, s. 340 i n.

instrukcyjny) do zatwierdzenia dokonanych czynności nie cierpiących zwłoki, związanych z przedstawieniem zarzutów podejrzanemu w śledztwie bez wydania stosownego postanowienia (ten ostatni przepis również wskazuje, że zatwierdzenie musi nastąpić „najpóźniej w ciągu 5 dni od dnia przesłuchania") – obliczane są z uwzględnieniem wyżej wymienionej reguły? Stylizacja wskazanych przepisów jednoznacznie wskazuje, że dokonanie stosownych czynności jest niezbędne w oznaczonym terminie ze względu na konieczność spełnienia gwarancji procesowych wobec stron postępowania karnego. W mojej ocenie w odniesieniu do terminów do dokonania wskazanych czynności procesowych nie powinny znaleźć zastosowania ani reguły obliczania terminów z art. 123 k.p.k., ani reguły z paragrafów 1, 2 czy 3 (wskazujące na konwencjonalne zasady wyznaczenia terminów końcowych). Podobną konstatację można sformułować co do innych terminów stanowczych skierowanych do organów procesu karnego. Przykładowo możemy tu wskazać 14-dniowy termin odroczenia wydania wyroku (art. 411 k.p.k.). Zauważmy jednak, że w doktrynie stanowisko takie jest mniejszościowe[32].

Weryfikując poszczególne przykłady terminów procesowych[33], zauważmy, że w pełni uzasadnione jest zastosowanie określonego w art. 123 k.p.k. sposobu obliczania terminów w odniesieniu do układu, w którym bieg terminu łączy się z (a w zasadzie jest zdeterminowany) **dokonaniem czynności procesowej** (np. doręczenia decyzji procesowej, ogłoszenia decyzji procesowej), **która aktualizuje uprawnienia stron postępowania.** Wówczas bowiem reguła ta ma w pełni gwarancyjny wymiar, urealnia faktyczny kontekst realizacji owego uprawnienia w tym sensie, że termin wyznaczony do dokonania czynności nie jest krótszy ani o godzinę od tego wskazanego w ustawie, wykraczając o kilka lub kilkanaście godzin ponad jego granicę, a jednocześnie przy większej liczbie adresatów, którym komunikowane są decyzji procesowe, np. w postaci doręczania ich odpisów, wyrównuje ich szanse. Trudno jednak odwoływać się do podobnej argumentacji w odniesieniu do terminów, które są adresowane do organów procesu i łączą się z koniecznością dokonania przez te organy stosownych czynności procesowych, najczęściej mających także istotny wymiar gwarancyjny w odniesieniu do stron i uczestników procesu niebędących organami.

Spójne z taką wykładnią są wyrażane dotychczas w doktrynie poglądy odnośnie do terminów ustawowych wyznaczających limitatywne (zakresowe) granice temporalne dla czynności procesowych[34]. Nadmieńmy, że w tym kontekście istotnym

[32] Tymczasem w doktrynie od dawna w zasadzie utrwalony jest pogląd przeciwny. Był on wiodący także na gruncie ustaw procesowych z 1929 r. i 1969 r. (zob. w tym kontekście bardzo szczegółowe uwagi w: I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 889–892 wraz z cytowanym niezwykle skrupulatnie piśmiennictwem). Zob. także M. Siewierski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, S. Kalinowski, M. Siewierski, Warszawa 1966, s. 260 i n.). W odniesieniu do regulacji Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. zob. uchwałę SN z 18.12.1997 r., I KZP 28/97, OSNKW 1998/1–2, poz. 3, głosowaną krytycznie przez Tomasza Grzegorczyka (T. Grzegorczyk, *Glosa do uchwały SN z 18.12.1997 r., I KZP 28/97*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy"1998/1–2, *passim*) oraz aprobująco przez JanuszaTylmana (J. Tylman, *Glosa do uchwały SN z 18.12.1997 r., I KZP 28/97*, „Orzecznictwo Sądów Polskich" 1998/6, *passim*). Zob. uwagi: A. Murzynowski, *Zasada ciągłości rozprawy w polskim procesie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Prof. Kazimierza Marszała,* red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003, s. 281 i n.; S. Steinborn, *Komentarz…* [w:] *Kodeks…*, t. 1, …; A. Sakowicz [w:] *Kodeks…*, s. 339. Eksponuje się jednocześnie, że charakter tego terminu jest szczególny, zob. M. Kurowski, *Komentarz do art. 123 k.p.k., teza 6* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. S. Świecki, Lex/el. 2019.

[33] Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja…*

[34] Zob. J. Skorupka, *Komentarz…* [w:] *Kodeks…*, t. I, *passim*.

podziałem terminów jest podział na terminy maksymalne i terminy minimalne[35]. Podkreślano, że w zakresie badania kwestii sposobu obliczania terminu ujętego w sposób liminatywny użycie określenia „nie później niż" zawsze oznacza termin stanowczy, najczęściej w wariancie tzw. terminu prekluzyjnego[36], co w zasadzie przeczy uwzględnieniu w takim układzie reguły obliczania terminów określonej w art. 123 k.p.k. Przeciwna interpretacja stanowiłaby bowiem ograniczenie uprawnień uczestników procesu, a nie tylko organów procesowych. Dodatkowo wskazuje się bowiem, że terminy maksymalne mają na celu przyspieszenie procesu i nie mogą zostać przekroczone. Zauważmy przy tym, że w tej grupie terminów dominują te adresowane do organów procesu karnego, a zatem za trafne uznaje się te poglądy, który odrzucają możliwość zastosowania reguł obliczania terminów z art. 123 k.p.k. do terminów limitatywnych (zakresowych) skierowanych do organów procesu karnego.

W ramach rozważań o sposobie obliczania terminów początkowych i końcowych na gruncie dyrektyw temporalnych ustanowionych w obowiązującym Kodeksie postępowania karnego można sformułować także kilka uwag generalizujących co do terminów końcowych, choć przedmiotem niniejszego opracowania intencjonalnie nie została objęta problematyka wyznaczenia terminu końcowego przypadającego w dzień ustawowo wolny od pracy[37]. W doktrynie i orzecznictwie w tym zakresie pojawiła się – nazwijmy to eufemistycznie – niezręczność. Chodzi mianowicie o kwestię, kiedy upływa termin końcowy. Z zaprezentowanego powyżej wywodu jednoznacznie wynika, że niezależnie od tego, czy dany termin procesowy został wyrażony w dniach, tygodniach, miesiącach czy latach jego początek i koniec jest charakteryzowany przez wskazanie określonego dnia. Co oznacza jednak konstatacja, że dany termin upływa danego dnia? Odpowiedź na powyższe pytanie zdaje się być oczywista. A mianowicie termin ten upływa w ostatniej sekundzie tego dnia. Oczywiste jest, że takim ostatnim „momentem" danego dnia wyznaczającego termin końcowy jest godzina 23.59 tego dnia[38]. Tymczasem z niewytłumaczalnych względów komentatorzy oraz sądy uparcie twierdzą, że momentem tym jest „magiczna" godzina 24.00. Otóż poza światem fantazji i kryminałów godziny takiej nie ma[39]. Owa magiczna godzina 24.00 to godzina 00.00[40]. Co więcej godzina „0" jest początkiem nowego dnia. To właśnie godzina 00.00 wyznacza nam początek terminu rozpoczynającego bieg w danym dniu. Tym samym stanowcze konstatacje o tym, że dany termin upływa o godz. 24.00 dnia x, są obarczone nie tylko błędem arytmetycznym, lecz także skutkują błędnym wyznaczeniem terminu, który zostaje przesunięty z fantazją na pierwszą sekundę nowego dnia.

***

Podsumowując skrótowo dokonane ustalenia, można zauważyć, że – jak sygnalizowano w części wstępnej – mająca konotacje technicystyczne problematyka

[35] W kontekście tego podziału zob. uwagi I. Nowikowskiego w: I. Nowikowski, *Terminy*…, s. 14 i n.
[36] Zob. I. Nowikowski, *O regułach*…, s. 890.
[37] Zagadnieniu temu dedykowane jest samodzielne opracowanie.
[38] Na kwestię tę zwracał uwagę w kontekście terminu początkowego wyznaczonego zdarzeniem prawnym w postaci wejścia w życie ustawy Ł. Pohl, *Charakter*…, s. 55.
[39] W takim świecie fantazji jest ona oznaczeniem „północy".
[40] Niestety błędy tego typu można odnaleźć w orzecznictwie sądowym oraz u komentatorów w niemalże wszystkich dostępnych i aktualnych komentarzach do Kodeksu postępowania karnego.

obliczania terminów niesie ze sobą bardzo silny ładunek teoretyczny. Jednocześnie, pomimo w zasadzie niezmienności ustanowionych przez ustawodawcę reguł obliczania terminów w procesie karnym na gruncie kolejnych kodeksów (płaszczyzna analizy normatywnej), wiele kluczowych kwestii nie doczekało się jak dotąd jednoznacznego rozstrzygnięcia w doktrynie i orzecznictwie, a niektóre bardzo ważne aspekty nie zostały nawet zasygnalizowane.

Efektem przeprowadzonych rozważań jest teza o jedynie fragmentarycznym oddziaływaniu reguł obliczania terminów w odniesieniu do terminów adresowanych do organów procesowych, a jednocześnie zaakcentowanie silnie gwarancyjnego wymiaru reguł ustanowionych w art. 123 k.p.k. w odniesieniu do terminów aktualizujących uprawnienia procesowe stron i uczestników niebędących organami procesu karnego. Przyczynkiem do podjęcia rozważań był narastający w doktrynie i orzecznictwie karnoprocesowym spór w zakresie wykładni art. 123 k.p.k. i oddziaływania reguł wyrażonych we wskazanej jednostce redakcyjnej na obliczanie terminów o charakterze bezwzględnym. Poza dołączeniem się do tej grupy autorów, którzy optują za generalizującym charakterem reguły ustanowionej w § 1 art. 123 k.p.k., naszkicowano dodatkowe argumenty przemawiające za takim sposobem interpretacji, a ponadto wskazano na ograniczenia aplikacyjne konwencjonalnych reguł związanych z obliczaniem terminów procesowych adresowanych do organów procesu karnego.

Summary

Barbara Janusz-Pohl, *On the Principles of Calculating Procedural Time Limits*

Paprer On the rules of calculationg procedural terms constitutes, on the one hand, a voice in the discussion concerning the interpretation of Article 123 par. 1 of CCP – setting out rules for calculating absolute terms (indicated in units of time: days, weeks, months and years) and, on the other hand, signals the necessary areas for reinterpreting the rules of calculating terms addressed to the authorities of criminal proceedings.

Keywords: *procedural deadlines (terms), rules of calculating procedural terms, conventionalization, formalization, initial-term, end-term*

Streszczenie

Barbara Janusz-Pohl, *O zasadach obliczania terminów procesowych*

Niniejszy artykuł stanowi – z jednej strony – głos w dyskusji co do wykładni art. 123 Kodeksu postępowania karnego określającego reguły obliczania terminów bezwzględnych (oznaczonych w jednostkach czasu: dniach, tygodniach, miesiącach i latach), z drugiej zaś strony, sygnalizuje konieczne obszary reinterpretacji reguł obliczania terminów adresowanych do organów procesu karnego.

Słowa kluczowe: *terminy procesowe, reguły obliczania terminów procesowych, konwencjonalizacja, formalizacja, termin początkowy, termin końcowy*

Literatura:

1. Grzegorczyk T., *Glosa do uchwały SN z 18.12.1997 r., I KZP 28/97*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1998, nr 1–2;
2. Grzegorczyk T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005;
3. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007;
4. Janusz-Pohl B., *Przyczynek do rozważań formalnym i konwencjonalnym charakterze procesu*, Ius Novum 2014, nr 4;
5. Janusz-Pohl B., *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceednigs. Perspective of Conventionalization and Formalization*, Poznań 2017;
6. Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrument analizy czynności karnoprocesowych w prawie polskim*15. Poznań 2017;
7. Kurowski M. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, *Art. 1–424*, red. D. Świecki, Warszawa 2018;
8. Markiewicz T., *Glosa do postanowienia SN z dnia 27 sierpnia 2015 r. III KK 238/15*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 11;
9. Murzynowski A., *Zasada ciągłości rozprawy w polskim procesie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Prof. Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003;
10. Nowikowski I., *O regułach obliczania terminów w procesie karnym (kwestie wybrane)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011;
11. Nowikowski I., *Terminy w kodeksie postępowania karnego*, Lublin 1988;
12. Nowikowski I., *W kwestii skargi na nierozpoznanie sprawy w rozsądnym terminie w postępowaniu karnym (zagadnienia wybrane)* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywność. Księga Pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, red. A. Marek, Toruń 2004;
13. Pachowicz Z. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 322;
14. Pohl Ł., *Charakter oraz sposób obliczania terminu określonego w art. 137 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Acta Iuris Stetinensis 2017, nr 10;
15. Prudel A., *Obliczanie terminów stosowania tymczasowego aresztowania*, Problemy Prawa Karnego 2008, nr 26;
16. Sakowicz A. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016;
17. Siewierski M. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, S. Kalinowski, M. Siewierski, Warszawa 1966;
18. Skorupka J., *Czynności legalne warunkowo w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2;
19. Skorupka J., *Komentarz do art. 123 k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, J. Kosonoga, Lex/el. 2017;
20. Steinborn S., *Komentarz do art. 123 k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, Lex/el. 2015;
21. Tylman J., *Glosa do uchwały SN z 18.12.1997 r., I KZP 28/97*, Orzecznictwo Sądów Polskich 1998, nr 6;
22. Warylewski J., *Czas i jego znaczenie w prawie karnym*, Gdańsk 2010;
23. Woźniewski K., *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010;
24. Ziembiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1969, z. 4;
25. Ziembiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4103

Adam Taracha*

„Kontrola osobista i przeglądanie zawartości bagażu" (art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji) a ochrona konstytucyjnych praw człowieka**

Wśród konstytucyjnych praw i wolności człowieka istotne miejsce zajmują: prawo do wolności i nietykalności osobistej (art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP[1]), prawo do prywatności i poszanowania życia prywatnego, w obrębie którego szczególne miejsce zajmuje ochrona miru domowego[2] oraz nienaruszalności pojazdu (art. 47 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 50 konstytucji). Niewątpliwie przeszukanie osoby (dokonywane w trybie Kodeksu postępowania karnego[3] lub Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenie[4]) oraz „czynność kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu lub sprawdzanie ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego" uregulowana w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji[5] wkracza w przedstawiony wyżej obszar konstytucyjnych praw i wolności człowieka.
Ustawodawstwo obowiązujące w okresie PRL (Konstytucja PRL i Kodeks postępowania karnego zarówno z 1928 r.[6], jak i k.p.k. z 1969 r.[7]) nie przewidywało innej możliwości dokonania czynności przeszukania (pomieszczenia, osoby, rzeczy), jak tylko w trybie art. 190 i n. k.p.k. z 1969 r. (art. 142 i n. k.p.k. z 1928 r.).

W literaturze przedmiotu zarówno na podstawie przepisów k.p.k. z 1969 r. (jak i k.p.k. z 1928 r.) ugruntował się pogląd, że przeszukanie jest czynnością procesową

* Dr hab. Adam Taracha jest profesorem Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID 0000–0001–8630–2496, e-mail: adam.taracha@poczta.umcs.lublin.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 10.09.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.
1 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
2 Szerzej o pojęciu miru domowego i zasadach jego nienaruszalności zob. T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992, s. 21–34.
3 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.
4 Ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenie (Dz.U. Nr 106, poz. 1148) – dalej k.p.s.w.
5 Ustawa o Policji z 6.04.1990 r. (Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 79). Przepis ten w niemal niezmienionym kształcie obowiązywał w polskim systemie prawnym od 1983 do 2018 r. – dlatego też omawianie tego zagadnienia należy zacząć od przypomnienia genezy tego przepisu.
6 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 19.03.1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. R.P. Nr 33 poz. 313) – dalej k.p.k. z 1928 r.
7 Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13 poz. 96 ze zm.) – dalej k.p.k. z 1969 r.

– nie może więc być przeprowadzane ani w ramach czynności sprawdzających (art. 285 § 2 k.p.k. z 1969 r.), ani w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych[8].

Jednak w praktyce Służba Bezpieczeństwa (wcześniej Urząd Bezpieczeństwa) wielokrotnie przełamywały mir domowy dokonując „tajnego wejścia" do pomieszczeń (zarówno prywatnych, jak i publicznych). W większości wypadków tajne wejścia przeprowadzano w celu zainstalowania podsłuchu pokojowego lub podglądu dokumentowanego fotograficznie (ew. dokumentacji filmowanej). Jednak pewna część tajnych wejść miała na celu dokonanie „tajnego przeszukania". Istotą czynności tajnego przeszukania było takie dyskretne spenetrowanie pomieszczeń zajmowanych przez osoby poddane inwigilacji (tzw. figurantów – osoby inwigilowane przez SB), aby nie zorientowały się, że SB przeprowadziła tę czynność[9]. Tajnym przeszukaniom poddawano także pojazdy figurantów. Uregulowania resortowe wprowadzały bardzo szerokie podstawy uprawniające do tajnego przeszukania oraz wskazywały na częste stosowanie tej metody pracy operacyjnej[10]. Czynność tę można było przeprowadzić, gdy figurant był podejrzany o współpracę z obcym wywiadem, działalność przeciwko podstawowym interesom politycznym i ustrojowym PRL, działalność przeciwko porządkowi i bezpieczeństwu publicznemu, działalność przeciwko podstawowym interesom gospodarczym PRL, a także w przypadku ochrony obiektów przed zagrożeniem dywersyjno-terrorystycznym.

Filip Musiał trafnie zauważył, że taki zakres podstaw tajnego przeszukania powodował, że można je było przeprowadzić właściwie u każdego figuranta objętego dowolną kategorią sprawy operacyjnej[11]. Wszystkie pozaprocesowe formy przeszukania (tajne wejścia) odbywały się w oparciu na aktach prawnych niższego rzędu (instrukcje operacyjne), mimo że także w świetle ówczesnej doktryny wymagały podstawy ustawowej.

Ustawowa podstawa do pozaprocesowego „przeszukania" po raz pierwszy pojawiła się w ustawie o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów z 14.07.1983 r.[12] Nie ulega bowiem wątpliwości, że instytucję kontroli osobistej i przeglądania bagażu (art. 7 ust. 1 pkt 5) wprowadzono w celu ominięcia przeszkód, jakie stwarzały formalne wymogi przeprowadzania czynności przeszukania osoby i pojazdów w trybie Kodeksu postępowania karnego[13].

---

[8] L. Skoczyński, *Przeszukanie – ewolucja instytucji* [w:] *Problemy ewolucji prawa karnego*, red. T. Bojarski, Lublin 1990, s. 136; L. Skoczyński, *Warunki legalności przeszukania w świetle k.p.k.*, „Problemy Praworządności" 1989/3, s. 24; A. Taracha, *Prawa człowieka w polskim prawie karnym procesowym i prawie policyjnym* [w:] *Prawa człowieka a Policja*, red. A. Rzepliński, Legionowo 1994, s. 291–295.

[9] Zalecano, aby funkcjonariusze dokonujący tajnego przeszukiwania nie pozostawiali śladów swojej obecności – w tym celu np. fotografowano wcześniej pomieszczenie lub jego fragmenty, tak aby można było odtworzyć stan sprzed przeszukania. Zob. F. Musiał, *Podręcznik bezpieki. Teoria pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa świetle wydawnictw resortowych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych (1970–1989)*, Kraków 2007, s. 182 i cytowana tam literatura.

[10] Np. *Instrukcja o pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa resortu spraw wewnętrznych* (stanowiąca załącznik do Zarządzenia nr 006/70 Ministra Spraw Wewnętrznych z 1.02.1970 r. w sprawie pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa resortu spraw wewnętrznych w pracy operacyjnej) w § 22 (metody pracy operacyjnej) w ustępie 1 stanowiła, że analizę operacyjną stosuje się m.in. w celu „opracowania planów, zastosowania kombinacji operacyjnej, wprowadzenia do sprawy lub wyprowadzenia ze sprawy tajnego współpracownika, przeprowadzenia tajnego przeszukania pomieszczeń itp.". Wymienienie w tym przepisie instrukcji tajnego przeszukania pomieszczeń (zaraz po tajnym współpracowniku) jako metody pracy operacyjnej świadczy o jej nagminnym stosowaniu przez SB.

[11] F. Musiał, *Podręcznik bezpieki*…, s. 181.

[12] Dz.U. z 1983 r. Nr 38, poz. 172 – dalej ustawa z 1983 r.

[13] Art. 7 ust. 1 pkt 5 stanowił, że funkcjonariusze Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej wykonując czynności, o których mowa w art. 6 mają w szczególności prawo dokonywania kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagaży, a także sprawdzać ładunki w portach i na dworcach oraz w środkach komunikacji lotniczej, drogowej, kolejowej i wodnej w razie istnienia podejrzenia dokonania przestępstwa lub czynu godzącego w bezpieczeństwo państwa albo porządek publiczny.

Dotychczasowa dość jasna regulacja prawna (na gruncie k.p.k. z 1969 r.) pozwalająca na dokonanie przeszukania jedynie w trybie procesowym została przełamana przez ustawę z 1983 r., która zezwalała na dokonanie kontroli osobistej i przeglądanie bagażu w wypadku podejrzenia dokonania przestępstwa lub czynu godzącego w bezpieczeństwo państwa albo porządek publiczny. Ustawa dawała więc funkcjonariuszom MO i SB prawo do przeprowadzenia w trybie pozaprocesowym czynności, które merytorycznie niczym się nie różniły od procesowej czynności przeszukania. Co więcej – istnienie wymogu „podejrzenia dokonania przestępstwa" bardzo zbliżało tę przesłankę do podstawy wszczęcia postępowania karnego (art. 255 k.p.k. z 1969 r.).

Powstaje więc pytanie, czy potrzebna jest odrębna regulacja prawna w sytuacji, w której można przeprowadzić przeszukanie zgodnie z regułami k.p.k. w trybie procesowym. Wykonując delegację ustawową, Minister Spraw Wewnętrznych wydał 6.01.1984 r. rozporządzenie, które określało zasady i tryb kontroli osobistej i przeglądania bagażu[14]. W § 16 tego rozporządzenia przyjęto jako regułę sporządzanie z przebiegu tych czynności raportu (który należało zaliczyć do kategorii notatek służbowych). Jednak, gdy w wyniku kontroli osobistej i przeglądania bagażu zostały ujawnione przedmioty mogące stanowić dowód przestępstwa, funkcjonariusz był zobowiązany do sporządzenia protokołu zgodnie z przepisami k.p.k. Przepis ten wprowadzał czynność, która rozpoczynała się jako czynność pozaprocesowa (o nieoznaczonym charakterze)[15], a kończyła (w przypadku, gdy dała wynik pozytywny) jako czynność procesowa, bo tylko z czynności procesowych sporządza się protokół „zgodnie z przepisami k.p.k.". Jakkolwiek rozporządzenie nie ujmowało tego wprost, to mogłoby tu chodzić tylko o protokół przeszukania. Oczywiście taka konstrukcja jest sprzeczna z przepisami k.p.k., które odrębnie regulują sprawę przeprowadzenia czynności procesowych oraz możliwość wykorzystania wyników czynności pozaprocesowych w postępowaniu dowodowym[16].

Przepis art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o Ministrze Spraw Wewnętrznych z 14.07.1983 r. z niewielkimi zmianami został przeniesiony do ustawy o Policji (art. 15 ust. 1 pkt 5). *Prima facie* ustawa o Policji rozszerzała zakres przedmiotowy kontroli osobistej i przeglądania bagażu. Podstawą przeprowadzenia tej czynności stało się podejrzenie popełnienia „czynu zabronionego pod groźbą kary", a nie jak w ustawie z 1983 r. „podejrzenie popełnienia przestępstwa". Nie ulega wątpliwości, że pojęcie „czyn zabroniony pod groźbą kary" ma szerszy zakres niż pojęcie „przestępstwo". Jednak *in fine* przepis art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy z 1983 r. dodawał: „lub czynu godzącego w bezpieczeństwo państwa albo porządek publiczny", co swoim zakresem obejmuje także (dość liczne) wykroczenia. Jednak niezależnie od tej (właściwie stylistycznej)

[14] Dz.U. z 1984 r. Nr 6, poz. 28.

[15] Zgodnie z art. 6 ustawy z 1983 r. Milicja Obywatelska wykonywała czynności operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-prawne.

[16] Oczywiście przekształcenie („przetworzenie") czynności operacyjno-rozpoznawczej w procesową jest możliwe. Musi być jednak wyraźnie zaznaczony moment tego przekształcenia. Zob. szerzej m.in. A. Taracha, *Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym* [w:] *Nowy kodeks postępowania karnego. Węzłowe zagadnienia*, Kraków 1998, s. 177–191; T. Grzegorczyk, *Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym* [w:] *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, red. E.W. Pływaczewski, Kraków 2005, s. 221–231.

zmiany wszystkie dotychczasowe wątpliwości związane z tą czynnością pozostały nadal aktualne, gdyż w pozostałej części przepis ten nie uległ zmianie[17].

Kłopoty z określeniem charakteru prawnego czynności kontroli osobistej i przeglądania bagażu miał także Sąd Najwyższy (dalej SN), który w postanowieniu z 21.01.2004 r.[18] stwierdził, że wypowiedź osoby, w której posiadaniu ujawniono przedmioty przestępstwa w drodze niewymagających sporządzenia protokołu czynności operacyjno-rozpoznawczych, nie jest tożsama ze złożeniem oświadczenia w trybie określonym przepisami art. 148 § 2 w zw. z art. 143 § 1 pkt 6 k.p.k., i podlega dowodzeniu za pomocą innych niż protokół przeszukania dowodów, odpowiadających wymogom prawa procesowego.

Stan faktyczny przedstawiał się następująco: „W dniu 12 grudnia 1998 r. na jednej z ulic w K., policjanci Robert A. i Jacek L. podjęli czynność wylegitymowania Marcina J., co do którego powzięli przekonanie, że jest on poszukiwaną przez policję osobą. Ponieważ Marcin J. nie okazał im żadnego dokumentu, funkcjonariusze doprowadzili go do Komisariatu Policji celem sprawdzenia jego tożsamości, a zwłaszcza skontrolowania, czy nie ma on przy sobie dokumentów. Już w komisariacie, w trakcie wykonywania powyższych czynności, które polegały na opróżnianiu przez oskarżonego kieszeni i kontrolowaniu jego ubrania, wyszło na jaw, że ma on przy sobie, w wewnętrznej kieszeni kurtki, torbę reklamową z zawartością paczek z nowymi banknotami o nominałach 50 złotowych. Wówczas wymienieni policjanci przywołali oficera wykonującego czynności procesowe Adama B., który w asyście biegłego z zakresu daktyloskopii Jana S. oraz policjantów Roberta P. i Jacka L. przeprowadzili przeszukanie Marcina J. W sporządzonym protokole przeszukania odnotowano, że przy oskarżonym odnaleziono 1 banknot 100 złotowy oraz 361 banknotów 50 złotowych o powtarzających się numerach, które spisano i przeliczono, a oprócz tego pieniądze o różnych nominałach oraz 2 folie opakowania z zawartością nieustalonej substancji (która okazała się być substancją narkotyczną), nadto dwa telefony komórkowe oraz kartki z zapiskami. Żaden z uczestników czynności przeszukania nie zgłosił zastrzeżeń do treści sporządzonego z niej protokołu, przy czym przeszukiwany nie złożył wówczas żadnego oświadczenia co do zakwestionowanych przy nim przedmiotów. Oświadczenie takie Marcin J. złożył jednak przed rozpoczęciem opisywanej czynności, tj. wówczas, gdy policjanci Robert A. i Jacek L. odkryli, że oskarżony jest w posiadaniu torby z banknotami. W tej kwestii przeprowadzono w sprawie dowody w postaci zeznań wymienionych policjantów, jak również przesłuchano Marcina J. Wszystkie wskazane osoby zgodnie

[17] Natomiast rozporządzenie wykonawcze do art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji trafnie ujmowało sposób dokumentowania tej pozaprocesowej czynności. Zgodnie z § 18 rozporządzenia Rady Ministrów z 17.09.1990 r. przebieg tej czynności dokumentuje się w notatniku służbowym, określając rodzaj, czas, miejsce i wynik czynności oraz imiona, nazwiska i funkcje osób w niej uczestniczących (rozporządzenie Rady Ministrów z 17.09.1990 r. w sprawie trybu legitymowania, zatrzymywania osób, dokonywania kontroli osobistej oraz przeglądania bagaży i sprawdzania ładunków przez policjantów [Dz.U. z 1990 r. Nr 70, poz. 409]). Także późniejsze akty wykonawcze regulujące tę materię konsekwentnie przyjmowały, że z czynności kontroli osobistej oraz przeglądania bagaży i sprawdzania ładunków przez policjantów sporządza się notatkę służbową (w notatniku służbowym), a nie protokół w trybie k.p.k. Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 8.02.2005 r. w sprawie sposobu postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień Policji oraz wzorów dokumentów stosowanych w tych sprawach (Dz.U. z 2005 r. Nr 25, poz. 24) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z 26.07.2005 r. w sprawie sposobu postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów (Dz.U. z 2005 r. Nr 141, poz. 1186).

[18] Postanowienie SN z 21.01.2004 r., IV KK 234/03, baza orzeczeń SN na stronie www.sn.pl/orzecznictwo.

opisały okoliczności dotyczące legitymowania oskarżonego, doprowadzenia go do komisariatu i ujawnienia paczki z banknotami, a także związane z faktem wypowiedzenia się przez oskarżonego w przedmiocie ujawnionych banknotów. Spór w sprawie budziła jedynie treść owego oświadczenia (w myśl słów Jacka L. i Roberta A. – Marcin J. oznajmił, że posiadane pieniądze to falsyfikaty, ten ostatni zaś twierdził, że mówił o „lewym" tj. przestępczym – z nielegalnych interesów lub długów – pochodzeniu pieniędzy)."[19].

O ile zasadnicza teza postanowienia SN wydaje się nie budzić wątpliwości – wypowiedź złożona przez osobę w trakcie czynności pozaprocesowych (operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych) nie podlega regułom procesu karnego (nie stosuje się w stosunku do niej przepisów Kodeksu postępowania karnego), o tyle jednak przedmiotowa sprawa wskazuje wyraźnie, jak znaczną ingerencję w prawa i wolności obywatelskie stanowi instytucja kontroli osobistej przewidziana przez tzw. ustawodawstwo policyjne[20]. W rzeczywistości ujawnienie fałszywych banknotów i uzyskanie oświadczenia podejrzanego Marcina J. co do ich pochodzenia nastąpiło w trakcie pozaprocesowego „przeszukania" (kontroli osobistej), a przeszukanie procesowe było już czynnością typowo formalną, sprowadzającą się właściwie do sporządzenia protokołu przeszukania (fałszywe banknoty zostały ujawnione przed przystąpieniem do czynności przeszukania). W omawianej sprawie czynność kontroli osobistej realizowała nie tylko funkcję wykrywczą (ujawnienie fałszywych banknotów), ale także i dowodową (wynik późniejszej czynności dowodowej był już przesądzony).

Wątpliwości budzi także zaliczenie przez SN czynności kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu do czynności operacyjno-rozpoznawczych, które różnią się od pozostałych czynności wykonywanych przez policję (administracyjno-porządkowych i dochodzeniowo-śledczych) głównie ich tajnym charakterem. W przedmiotowej sprawie czynność kontroli osobistej została przeprowadzona w trakcie wykonywania czynności służbowych przez funkcjonariuszy służby patrolowej – powinna więc zostać zaliczona do czynności administracyjno-porządkowych[21].

Zakres pojęcia czynności administracyjno-porządkowych nie został uregulowany przez ustawę o Policji (ustawa nie definiuje tego pojęcia), ale wbrew nazwie w ramach tych czynności są realizowane także inne, poza porządkową, funkcje organów ścigania. Niewątpliwie do czynności administracyjno-porządkowych należy zaliczyć czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia, które realizują funkcję wykrywczą i dowodową[22].

[19] Uzasadnienie postanowienia SN z 21.01.2004 r., s. 3–4.

[20] Podstawę do przeprowadzenia tej czynności przez służby policyjne i specjalne przewidują odpowiednio: art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu; art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy o Straży Granicznej; art. 17 ust. 1 pkt 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych; art. 44 ust. 2 pkt 5 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego; art. 14 ust. 1 pkt 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym; art. 21 pkt 3 ustawy o Służbie Ochrony Państwa; art. 64 ust. 2 pkt 2 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej.

[21] Czynność kontroli osobistej przeprowadzaną przez funkcjonariuszy Policji trafnie do czynności administracyjno-porządkowych zalicza Agata Opolska-Kasprzak (A. Opolska-Kasprzak, *Przeszukanie, problematyka prawna i kryminalistyczna*, Warszawa 2018, s. 72).

[22] Zob. szerzej A. Taracha, *Charakter prawny dowodowych czynności wyjaśniających wykonywanych przez Policję w sprawach o wykroczenia* [w:] *Iudicium et Scentia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Lublin 2011, s. 645–655; A. Sadło-Nowak, *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia*, Szczytno 2014, s. 27–38.

Próba regulacji tej problematyki pojawiła się także w projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych" (druk sejmowy nr 1570, Sejm V kadencji)[23]. Przepis art. 2 ust. 1 projektu stanowił, że „czynności operacyjno-rozpoznawcze są zespołem przedsięwzięć, jawnych i niejawnych prowadzonych wyłącznie w celu: 1) rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw; 2) odnajdywania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości oraz osób zaginionych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ich zaginięcie jest wynikiem przestępstwa, a także odnajdywanie rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem; 3) ustalenia tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania".

Przyjęcie przez projektodawcę jako podstawy do działań operacyjnych kryterium uzasadnionego podejrzenia, że popełniono przestępstwo oraz rozszerzenie zakresu czynności operacyjno-rozpoznawczych także na działania jawne powoduje, że właściwie niemożliwe staje się rozgraniczenie czynności operacyjno-rozpoznawczych i dochodzeniowo-śledczych w oparciu o treść powołanego wyżej przepisu projektu.

W projekcie pojawia się także pojęcie „poszukiwanie" jako jedna z form czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 2 ust. 4 pkt 4 projektu). Zgodnie z projektem „poszukiwanie to zespół czynności operacyjno-rozpoznawczych, dochodzeniowo-śledczych lub administracyjno-porządkowych, których celem jest zatrzymanie lub ustalenie miejsca pobytu osoby objętej zainteresowaniem procesowym lub operacyjnym uprawnionych organów względnie odnalezienie rzeczy utraconej w wyniku przestępstwa lub mających z nim związek". Nie ulega jednak wątpliwości, że poszukiwanie osób ukrywających się przed wymiarem sprawiedliwości oraz poszukiwanie „rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem" to przecież cel procesowej czynności przeszukania (art. 219 § 1 k.p.k.). Twórcy projektu skomplikowali więc sprawę jeszcze bardziej zacierając niemal całkowicie różnice między przeszukaniem procesowym a pozaprocesowym[24].

Problem zgodności z Konstytucją RP czynności przeszukania osoby (art. 219 § 2 k.p.k. oraz art. 44 § 2 k.p.s.w.) oraz kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu (m.in. art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji) był przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej RPO lub Rzecznik) do Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 22.08. 2014 r.[25] Rzecznik Praw Obywatelskich podnosił, że w związku

[23] Projekt ten został złożony do Sejmu V kadencji 26.01.2007 r. przez grupę posłów, którzy upoważnili posła M. Biernackiego do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy. W czasie trwania V kadencji Sejmu ustawa ta nie została uchwalona, jednak projekt ten, w zasadzie bez żadnych zmian, ponownie został złożony w Sejmie VI kadencji (druk sejmowy nr 353).

[24] Rozważania te mają obecnie charakter wyłącznie historyczny, gdyż także Sejm VI kadencji nie uchwalił ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, a w późniejszych kadencjach Sejmu (VII i VIII) prace nad projektem tej ustawy nie były kontynuowane.

[25] Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z 22.08.2014 r., II.519.344.2014.ST. Wnioskiem RPO zostały także objęte przepisy regulujące czynność kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu lub sprawdzanie ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego przewidziane w: ustawie o Straży Granicznej (art. 11 ust. 1 pkt 2); Żandarmerii Wojskowej (art. 17 ust. 1 pkt 10); Biurze Ochrony Rządu (art. 13 ust. 1 pkt 4); Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 23 ust. 1 pkt 5); Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 44 ust. 2 pkt 5); Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art. 14 ust. 1 pkt 5). Ponadto czynności kontroli środków transportowych i przeglądania zawartości bagażu w: ustawie o rybactwie śródlądowym (art. 23 pkt 4 lit d); ustawie o lasach (art. 47 ust. 3 pkt 3) oraz w ustawie – Prawo łowickie (art. 39 ust. 2 pkt 3). We wniosku RPO podnosił, że już wcześniej w wystąpieniu z 20.11.2012 r. (RPO-716816-II-12/ST) sygnalizował Ministrowi Spraw Wewnętrznych kwestię niezgodności przepisów regulujących kontrolę osobistą oraz przeszukiwanie pojazdów, ministerstwo nie podjęło jednak prac nad zmianą przepisów ustaw policyjnych.

z badanymi przez niego indywidualnym sprawami ujawnił się problem zgodności z Konstytucją RP przepisów regulujących przeszukanie osób, dokonywania kontroli osobistej oraz przeszukania pojazdów przez funkcjonariuszy publicznych[26].

W sprawie wniosku Rzecznika swoje stanowisko przedstawili: Sejm RP[27], Prezes Rady Ministrów[28], Minister Spraw Wewnętrznych[29], Prokurator Generalny[30], Minister Obrony Narodowej[31] oraz Minister Finansów[32]. Generalnie były to głosy aprobujące wniosek RPO, ale poszczególne podmioty nie podzielały poglądów Rzecznika w poszczególnych kwestiach[33].

Zarzuty RPO koncentrowały się wokół trzech zagadnień[34]. Zdaniem Rzecznika k.p.k., k.p.s.w. oraz ustawodawstwo policyjne[35] posługując się pojęciami „przeszukanie osoby" lub „kontrola osobista" nie definiują ich, przez co nie można ustalić w sposób precyzyjny, o jakie czynności faktycznie chodzi. Według RPO zaskarżone przepisy nie ustanawiają ustawowej granicy ingerencji władzy publicznej w sferę prawa do prywatności, nietykalności i wolności osobistej. Drugiej grupy zagadnień dotyczył zarzut Rzecznika niezapewnienia przez ustawodawcę jakichkolwiek adekwatnych środków zaskarżenia czynności podejmowanych przez służby uprawnione do ingerowania w konstytucyjne prawa i wolności wynikające z art. 41 ust. 1, 47 i 50 Konstytucji RP. Do trzeciej grupy zagadnień zaliczyć można wniosek RPO o przeprowadzenie analizy zgodności z art. 50 konstytucji przepisów uprawniających poszczególne organy do sprawdzania zawartości bagaży lub ładunków znajdujących się w pomieszczeniach lub pojazdach. Według Rzecznika takie pojęcia jak „sprawdzanie ładunku w środkach transportu", „kontrola środków transportu", czy „przeglądanie bagaży" (jakimi posługują się ustawy policyjne) mieszczą się w konstytucyjnym pojęciu przeszukania pomieszczenia lub pojazdu (art. 50 konstytucji).

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 14.12.2017 r., K 17/14[36] orzekł, że przepisy art. 219 § 2 k.p.k. oraz art. 44 § 2 k.p.s.w. w zakresie w jakim przewidują przeszukanie osoby, nie określając granic tego przeszukania, są niezgodne z art. 41 ust. 1 i art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Niewątpliwie, rozstrzygnięcie przez TK o niezgodności z konstytucją przepisów k.p.k. i k.p.s.w. dotyczących przeszukania osoby w pewien sposób przesądzało też o uznaniu za niezgodnie z konstytucją pozaprocesowych „przeszukań" uregulowanych przez tzw. ustawy policyjne, gdyż przepisy te także nie określały granic czynności przewidzianych przez ustawodawstwo policyjne jako kontrola osobista i przeszukanie bagażu.

[26] Uzasadnienie Wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego z 22.08.2014 r., s. 8–9.
[27] Stanowisko wyrażone pismem z 22.06.2017 r. BAS-WPTK-2060/14.
[28] Stanowisko wyrażone pismem z 2.06.2015 r.
[29] Stanowisko wyrażone pismem z 20.05.2015 r. DP-II-025–1/2014/KS.
[30] Stanowisko wyrażone pismem z 19.10.2015 r. PG VIII TK 77/14 (K17/14).
[31] Stanowisko wyrażone pismem z 6.11.2014 r Nr 101/11/14/AS.
[32] Stanowisko wyrażone pismem z 31.10.2014 r. CPI/063/6/ZIW/WCW/14/817/RD 99601.
[33] Np. Prokurator Generalny uznał za niezgodne z Konstytucją RP regulacje zawarte w ustawach policyjnych, natomiast nie podzielił stanowiska RPO co do regulacji zawartych w k.p.k. i k.p.s.w. Zdaniem Prokuratora Generalnego przepisy art. 219 § 1 k.p.k. i art. 44 § 2 k.p.s.w. są zgodne z Konstytucją RP.
[34] Podział na trzy grupy zagadnień trafnie przyjął Trybunał Konstytucyjny (zob. wyrok TK z 14.12.2017 r., K 17/14, ISAP, Dz.U. z 2017 r. poz. 2405, tekst aktu prawnego, s. 8–12).
[35] To określenie obejmuje ustawy regulujące działania służb policyjnych (m.in. ustawa o Policji, o Żandarmerii Wojskowej, o Straży Granicznej) oraz służb specjalnych (ustawa o ABW i AW, ustawa o SKW i SWW, ustawa o CBA).
[36] Dz.U. z 2017 r. poz. 2405.

Trybunał Konstytucyjny uznał także za słuszny wniosek RPO, że przepisy ustaw policyjnych nie zapewniały jakichkolwiek adekwatnych środków zaskarżenia czynności podejmowanych przez służby uprawnione do ingerowania w konstytucyjne prawa i wolności wynikające z art. 41 ust. 1, art. 47 i art. 50 Konstytucji RP.

Natomiast na podstawie art. 59 ust. 2, 3 i 4 ustawy z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed TK[37] umorzył postępowanie w zakresie przeprowadzenia analizy zgodności z art. 50 konstytucji przepisów uprawniających poszczególne organy do sprawdzania zawartości bagaży lub ładunków znajdujących się w pomieszczeniach lub pojazdach z uwagi na brak należytego uzasadnienia wniosku RPO. Zdaniem TK Rzecznik nie wyjaśnił, dlaczego konstytucyjny punkt odniesienia do tak znacznej liczby niejednorodnych regulacji ma stanowić cały art. 50 konstytucji wraz z gwarancją nienaruszalności mieszkania, a nie tylko jego zdanie drugie[38].

Przepisy ustaw policyjnych regulujących czynność kontroli osobistej i przeglądania bagażu zostały zmienione ustawą z 14.12.2018 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw[39]. W ustawie o Policji przepisy regulujące czynność kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu (art. 15 ust. 1 pkt 5) doznały daleko idących zmian. Przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 otrzymał brzmienie: „5) dokonywania kontroli osobistej, a także przeglądania bagaży i sprawdzania ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego powietrznego i wodnego:

a) w razie istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary lub
b) w celu znalezienia:
   – broni lub innych niebezpiecznych przedmiotów mogących służyć do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary lub
   – przedmiotów, których posiadanie jest zabronione, lub mogących stanowić dowód w postępowaniu prowadzonym w związku z realizacją zadań, o których mowa w art. 1 ust. 2 pkt 1, 2, 3a, 4, 4a, 6 i 7, oraz przepisów innych ustaw określających zadania Policji lub
   – przedmiotów podlegających przepadkowi w przypadku uzasadnionego przypuszczenia posiadania przez osobę broni lub takich przedmiotów lub uzasadnionego przypuszczenia ich użycia do popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary
   – na zasadach i w sposób określony w art. 15d i art. 15e".

Nowela wprowadziła nową czynność (poprzez dodanie w art. 15 ust. 1 pkt 9), polegającą na dokonaniu sprawdzenia prewencyjnego w celu ochrony przed bezprawnym zamachem na życie lub zdrowie osób lub w celu ochrony przed nieuprawnionymi działaniami skutkującymi zagrożeniem życia albo zdrowia albo bezpieczeństwa i porządku publicznego lub zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym[40] oraz znalezienia i odebrania przedmiotów, których użycie

[37] Dz.U. z 2016 r. poz. 2072.
[38] Zob. uzasadnienie wyroku TK, s. 55–56.
[39] Dz.U. z 2018 r. poz. 2399.
[40] Dotyczy osób w związku z ich dostępem na teren obiektów lub obszarów ochranianych przez policję lub w związku z zabezpieczeniem przez policję imprez masowych lub zgromadzeń, bagaży lub przedmiotów posiadanych przez te osoby, a także środków transportu lądowego, powietrznego lub wodnego lub pojazdów, którymi się poruszają w związku z dostępem do tych obiektów lub obszarów (art. 15 ust. 1 pkt 9a).

ze względu na ich właściwości może spowodować zagrożenie życia lub zdrowia lub bezpieczeństwa przeprowadzonych czynności[41]. Sprawdzenie prewencyjne (art. 15g) polega na manualnym sprawdzeniu osoby, zawartości jej odzieży oraz przedmiotów znajdujących się na jej ciele lub przez nią posiadanych, sprawdzeniu za pomocą środków technicznych niezbędnych do wykrywania materiałów i urządzeń niebezpiecznych lub których posiadanie jest zabronione[42], sprawdzeniu biochemicznym lub z wykorzystaniem psa służbowego w zakresie niezbędnym do realizacji podejmowanych czynności w danych okolicznościach. Czynności te powinny zostać przeprowadzone w sposób możliwie najmniej naruszający dobra osobiste osoby, wobec której czynności są wykonywane.

Niewątpliwie, czynność ta ma istotne znaczenie praktyczne, pozwala funkcjonariuszom policji na sprawdzenie, czy osoba zatrzymywana nie jest uzbrojona, co służy zapewnieniu bezpieczeństwa w czasie interwencji. Uprawnienia do przeprowadzania takiej czynności w celach prewencyjnych przysługują funkcjonariuszom służb policyjnych na całym świecie[43]. Wprowadzenie tej czynności do polskiego ustawodawstwa policyjnego zapełniło dotychczasową lukę (brak takiej regulacji na poziomie ustawowym). Z pewnością nowelizacja ta zasługuje na aprobatę.

Nowelizacja wprowadziła rozróżnienie w sposobie dokumentowania przebiegu czynności kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu lub sprawdzenia ładunków. Oprócz niejako standardowej dokumentacji czynności służbowych policji (notatka służbowa) nowelizacja wprowadziła konieczność sporządzenia protokołu w przypadku, gdy osoba poddana kontroli osobistej (także posiadacz bagaży lub ładunków lub przedstawiciel przewoźnika, spedytora albo agenta morskiego) tego zażąda (bezpośrednio po jej dokonaniu) oraz w przypadku, gdy w toku tej czynności znaleziono broń lub przedmioty, których posiadanie jest zabronione[44].

Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie[45] – bardziej sformalizowane (w porównaniu z dokumentacją innych czynności służbowych policji) dokumentowanie przebiegu tej czynności w przypadku wykorzystywania wyników tej czynności w postępowaniu karnym na podstawie art. 393 § 1 k.p.k. pozwoli na lepszą jej ocenę przez organ procesowy. Ustawa wprowadza formalne wymogi protokołu przebiegu tej czynności niemal identyczne jak w przypadku czynności procesowych określonych w k.p.k. Należy zwrócić uwagę, że ani RPO w swoim wniosku do TK, ani żaden z wymienionych wyżej podmiotów wyrażających swoje stanowisko w przedmiocie tego wniosku, ani TK w swoim wyroku nie wypowiedział się co do charakteru prawnego czynności kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu. Zagadnienie to, kontrowersyjne w świetle cytowanego orzeczenia SN i poglądów doktryny, jak się wydaje zasługiwało na omówienie.

[41] Dotyczy osób doprowadzanych przez policję na polecenie lub zarządzenie uprawnionego organu lub w związku z realizacją czynności określonych przepisami prawa, osób zatrzymywanych w trybie k.p.k. oraz prewencyjnie, osób zatrzymanych przyjmowanych do jednostek organizacyjnych policji oraz pozbawionych wolności (art. 15 ust. 1 pkt 9b).

[42] W szczególności broni, materiałów wybuchowych, środków odurzających, substancji psychotropowych i ich prekursorów.

[43] W systemie angloamerykańskim czynność ta określana jako *stop and frisk* lub *stop and search* doczekała się licznych opracowań naukowych oraz bogatego orzecznictwa.

[44] W szczególności broni, materiałów wybuchowych, środków odurzających, substancji psychotropowych i ich prekursorów.

[45] W odróżnieniu od krytycznie omawianej wyżej regulacji, gdy zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych z 1984 r. sporządzano protokół z kontroli osobistej i przeglądania bagażu w trybie k.p.k.

Funkcjonariusz policji wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe (ar. 14 ust. 1 ustawy o Policji). Wykonując konkretną czynność służbową funkcjonariusz powinien wiedzieć do jakiego rodzaju czynności ona należy (zgodnie z przepisami ustawy o Policji).

Natomiast konsekwencją wyroku TK w przedmiocie uznania za niezgodne z Konstytucją RP przepisów art. 219 § 1 k.p.k. i art. 44 § 2 k.p.s.w. jest nowelizacja k.p.k. z dnia 19.07.2019 r.[46]

Nowelizację ustawodawstwa policyjnego z 14.12.2018 r. należy ocenić jednoznacznie pozytywnie pod kątem zapewnienia należytej ochrony praw jednostki. Zgodnie z wyrokiem TK z 14.12.2017 r. ustawodawca szczegółowo uregulował zakres przedmiotowy tej czynności, określając na czym ona polega: kontrola osobista (dodany art. 15d) oraz przeglądanie zawartości bagaży lub sprawdzanie ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego (art. 15e), a także sposób przeprowadzania tych czynności (art. 15g). Nowelizacja wprowadziła też (zgodnie z zaleceniem TK) sądową kontrolę zasadności, legalności oraz prawidłowości dokonania czynności kontroli osobistej (art. 15d ust. 11)[47].

Natomiast krytycznie należy ocenić poziom legislacji znowelizowanych przepisów. Nie ulega wątpliwości, że instytucja przewidziana w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji z 1990 r. (będąca w istocie powtórzeniem przepisu art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy z 1983 r.) wymagała nowelizacji, a większość zarzutów podnoszona w literaturze przedmiotu i we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego była trafna. Jednak po nowelizacji przepisy regulujące czynność kontroli osobistej, przeglądania zawartości bagażu lub sprawdzanie ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego zostały bardzo rozbudowane[48]. Jak się wydaje, miała na to wpływ zastosowana technika legislacyjna, polegająca na częstym (mechanicznym) przenoszeniu przepisów rozporządzeń do ustawy[49]. Ustawodawca także nie uniknął powtórzeń (np. przepis uprawniający funkcjonariuszy policji do wydawania poleceń).

Pozytywna odpowiedź na pytanie, czy obecne regulacje ustawowe dotyczące czynności kontroli osobistej, przeglądania zawartości bagażu lub sprawdzania ładunków w portach i na dworcach oraz w środkach transportu lądowego, powietrznego i wodnego nie naruszają praw i wolności człowieka, nie wyczerpuje całości problematyki związanej z tą czynnością. Należy postawić pytanie, czy tak skonstruowane przepisy dobrze chroniące prawa i wolności obywateli nie krępują zbytnio działalności funkcjonariuszy policji – wpływając negatywnie na efektywność tych działań. Poszukiwanie balansu między gwarancjami praw obywateli a możliwościami wypełniania przez organy ścigania ich ustawowych obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i porządku publicznego powinno zawsze towarzyszyć procesom legislacyjnym.

[46] Dz.U. z 2019 r. poz.1694. Po nowelizacji art. 219 § 2 k.p.k. otrzymał brzmienie – „W celu znalezienia rzeczy wymienionych w § 1 i pod warunkiem określonym w tym przepisie oraz z uwzględnieniem zasad i granic określonych w art. 227 można też dokonać przeszukania osoby, jej odzieży i podręcznych przedmiotów".

[47] Osobie kontrolowanej przysługuje złożenie zażalenia do sądu rejonowego właściwego ze względu na miejsce dokonania kontroli osobistej w terminie 7 dni od dnia jej dokonania, o czym funkcjonariusz policji ma obowiązek pouczenia tej osoby.

[48] Obejmują obecnie pełne 6 stron tekstu w Dzienniku Ustaw.

[49] Pewnym wytłumaczeniem na zastosowanie takiej techniki legislacyjnej może być zarzut RPO, że w dotychczasowym rozporządzeniu zostały uregulowanie zagadnienia wymagające regulacji ustawowej.

Abstract

Adam Taracha, *'Personal Search and Luggage Security Search' (Article 15(1)(5) of the Police Act) in the Context of Protection of Constitutional Human Rights*

The paper is devoted to the activity defined as 'personal search and luggage security search' carried out as part of non-trial operation of law enforcement authorities (on the basis of Article 15(1)(5) of the Police Act). The author discusses the evolution of this activity, which was introduced into the Polish legal system in 1983, mainly to facilitate the fight against democratic opposition. This procedure, which in essence did not differ much from the search activities carried out under the Code of Criminal Procedure, obviously infringed civil rights and freedoms, because it was not accompanied by the provisions containing guarantees, which the Code did contain.

The law changed considerably only after amendments to legislative instruments relating to the police, introduced on 14 December 2018. The author believes that the existing regulations provide adequate human rights protection, but are too detailed, which may in practice make the operation of law enforcement agencies less efficient. The author points out to the need for maintaining a balance between guaranteeing civil rights and enabling the law enforcement agencies to discharge their statutory duties connected with ensuring public security and order.

Keywords: *body search, personal search, luggage security search, operational and investigative actions, human rights*

Streszczenie

Adam Taracha, *„Kontrola osobista i przeglądanie zawartości bagażu" (art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji) a ochrona konstytucyjnych praw człowieka*

Artykuł poświęcony jest problematyce czynności „kontroli osobistej i przeglądania zawartości bagażu" w ramach pozaprocesowego działania organów ścigania (na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o Policji). Autor omawia ewolucję tej czynności, która do naszego systemu prawnego została wprowadzona w 1983 r., głównie w celu ułatwienia walki z opozycją demokratyczną. Instytucja ta, w istocie niewiele różniąca się od czynności przeszukania w trybie Kodeksu postępowania karnego, w oczywisty sposób naruszała prawa i wolności obywateli, gdyż nie zawierała przepisów gwarancyjnych przewidzianych w tym kodeksie.

Stan prawny uległ istotnym zmianom dopiero po nowelizacji ustawodawstwa policyjnego z 14.12.2018 r. Zdaniem autora obecna regulacja zapewnia należytą ochronę praw człowieka – jednak jest zbyt szczegółowa i przez to może w praktyce powodować zmniejszenie efektywności działania organów ścigania. Autor zwraca uwagę na konieczność zachowania balansu między gwarancjami praw obywateli a możliwościami wypełniania przez organy ścigania ich ustawowych obowiązków związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Słowa kluczowe: *przeszukanie osoby, kontrola osobista, przeglądanie zawartości bagaży, czynności operacyjno-rozpoznawcze, prawa człowieka*

Literatura:

1. Bojarski T., *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992;
2. Grzegorczyk T., *Wykorzystywanie i przekształcanie materiałów operacyjnych w materiał dowodowy w postępowaniu karnym* [w:] *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, red. E.W. Pływaczewski, Kraków 2005;
3. Musiał F., *Podręcznik bezpieki. Teoria pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa świetle wydawnictw resortowych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych (1970–1989)*, Kraków 2007;
4. Opalska-Kasprzak A., *Przeszukanie, problematyka prawna i kryminalistyczna*, Warszawa 2018;
5. Sadło-Nowak A., *Czynności wyjaśniające w sprawach o wykroczenia*, Szczytno 2014;
6. Skoczyński L., *Przeszukanie – ewolucja instytucji* [w:] *Problemy ewolucji prawa karnego*, red. T. Bojarski, Lublin 1990;
7. Skoczyński L., *Warunki legalności przeszukania w świetle k.p.k.*, Problemy Praworządności 1989, nr 3;
8. Taracha A., *Prawa człowieka w polskim prawie karnym procesowym i prawie policyjnym* [w:] *Prawa człowieka a Policja, Problemy teorii i praktyki*, red. A. Rzepliński, Legionowo 1994;
9. Taracha A., *Wykorzystanie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych w procesie karnym* [w:] *Nowy kodeks postępowania karnego. Węzłowe zagadnienia*, Kraków 1998;
10. Taracha A., *Charakter prawny dowodowych czynności wyjaśniających wykonywanych przez Policję w sprawach o wykroczenia* [w:] *Iudicium et Scentia*, *Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Lublin 2011.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY CYWILNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4104

Marcin Wielec*

Immunitet *versus* przeszukanie w postępowaniu karnym**

1. WSTĘP

Proces karny, zwłaszcza w pierwszych jego fazach, jest i musi być nastawiony na poszukiwanie oraz zabezpieczanie dowodów potwierdzających lub zaprzeczających okolicznościom mającym znaczenie dla postępowania. Czynności te często wkraczają w obszary życia prywatnego lub publicznego osób związanych z prowadzonym postępowaniem karnym. Dlatego prawa jednostek są zabezpieczone przez szereg gwarancji procesowych, a więc funkcjonujących w ramach postępowania karnego zespołu środków prawnych mających na celu zapewnienie przestrzegania i ochrony przyznanych jednostce praw i interesów (gwarancje procesowe podmiotowe)[1]. Dodatkowo, w postępowaniu karnym funkcjonują tzw. przywileje procesowe związane z wykonywaniem określonego zawodu lub z wykonywaniem funkcji w obszarze publicznym. Mają one na celu zagwarantowanie ich prawidłowego i nieskrępowanego wykonywania, czego wymaga szczególna ranga i znaczenie tych zawodów lub funkcji publicznych (gwarancje procesowe instytucjonalne). Ochrona tego rodzaju wynika z generalnego podejścia, że proces karny wprost wiąże się z ingerencją w życie prywatne i publiczne jednostki, a nawet jest miejscem kolizji z podstawowymi wartościami, jak chociażby z dążeniem do prawdy[2]. W reżimie proceduralno-karnym wspomniana ingerencja w obszary prywatne czy publiczne jest stałą jego cechą. Stąd ta ingerencja ma pewne usprawiedliwienia, bowiem jest uznawana za „konieczną w demokratycznym społeczeństwie" dla osiągnięcia uprawnionego celu, jeżeli odpowiada „pilnej potrzebie społecznej" oraz, w szczególności, zachowuje proporcjonalność do uprawnionego i realizowanego celu, oraz jeżeli powody przedstawione przez władze krajowe na jej uzasadnienie są „istotne i wystarczające"[3]. Z drugiej strony, przywileje w systemie karno-procesowym powodują, że postępowanie karne doznaje pewnych ograniczeń,

* Dr hab. Marcin Wielec jest kierownikiem Katedry Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000–0002–2785–4677, e-mail: m.wielec@uksw.edu.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 20.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 9.03.2020 r.

1 J. Zagrodnik, *Proces karny*, Warszawa 2019, s. 39.

2 Por. M.J. Szewczyk, *Gwarancje procesowe oskarżonego – czy zasada prawdy materialnej – kilka uwag na kanwie sprawy I KZP 1/09 rozpoznawanej przez skład 7 sędziów Sądu Najwyższego w dniu 30 września 2009 r.*, https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/837d26734d6ecb438a226b6928253245.pdf (dostęp: 25.02.2020 r.).

3 Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 30.05.2017 r., skarga nr 32600/12, LEX nr 2293738.

bowiem nie może się w ogóle toczyć lub być kontynuowane czy też nie można dokonywać w tym postępowaniu określonych czynności procesowych. Są to swego rodzaju blokady we wszczęciu postępowania karnego bądź to w podejmowaniu w jego ramach czynności procesowych. Jedną z tych okoliczności istotnie wpływającą na tok postępowania karnego jest immunitet. Jest to niewątpliwie przywilej, bo objęcie osoby immunitetem powoduje, że osoba taka posiada o wiele bardziej korzystniejszą pozycję procesową.

Na kanwie tego założenia przedmiotem analizy będzie problem dopuszczalności przeprowadzenia czynności procesowych w postaci m.in. przeszukania miejsc związanych bezpośrednio z osobą, która jest objęta immunitetem, gdzie wzorzec analizy stanowić będzie pozycja Prezesa Najwyższej Izby Kontroli (dalej Prezes NIK).

2. RODZAJE IMMUNITETÓW W POLSKIM SYSTEMIE PRAWNYM

Słusznie nauka prawa podkreśla, że pojęcie „immunitet" jest wieloznaczne i zakorzenione w wielu obszarach prawa, przez co jest trudne do jednoznacznego zdefiniowania[4]. Słownikowo termin „immunitet" przedstawia się jako sygnalizowany wcześniej przywilej, polegający na zwolnieniu kogoś od odpowiedzialności sądowej i na nietykalności osobistej[5]. Bez względu jednak na tę wieloznaczność, przy pojęciu immunitetu chodzi zawsze o zwolnienie z pewnych obowiązków, które, gdyby nie objęcie immunitetem, dalej byłyby wobec tej osoby aktywne. Generalnie przyjmuje się, że immunitet jest instytucją prawną, która obejmuje osobę lub grupę osób, określone funkcje lub rodzaj zawodu, którego skutkiem jest brak podlegania określonym przepisom prawnym przez te osoby[6]. Gdyby tego immunitetu nie było, to przepisy prawne obowiązywałby bez wyjątku w stosunku do tych osób. Dlatego instytucja immunitetu jest pewnego rodzaju sygnalizowanym przywilejem indywidualnym, przyznanym poszczególnym osobom z uwagi na funkcje, pozycje w państwie, zadania publiczne itd.[7]

Nie ma jednolitego wzorca prawnego immunitetu w systemie prawa polskiego. Nie przedstawiając w tym miejscu wszelkich klasyfikacji związanych z funkcjonowaniem immunitetów, bez względu na zawód czy funkcje osoby, rozpoznaje się dwa podstawowe rodzaje immunitetów. Pierwszym immunitetem jest tzw. immunitet materialny (immunitet bezwzględny, immunitet zawodowy, indemnitet)[8]. Oznacza on wyłączenie spod obowiązywania przepisów prawa określonego zachowania się. Osoba taka pomimo podjęcia tego zachowania się nie ponosi odpowiedzialności. Przykładami immunitetu materialnego są m.in. immunitet posła lub senatora (immunitet parlamentarny), który skutkuje tym, że parlamentarzysta nie będzie podlegał odpowiedzialności za swoje działania związane bezpośrednio ze sprawowaniem funkcji parlamentarnej[9]. Natomiast ten

[4] B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009, s. 22.
[5] S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łempicka, *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968, s. 233.
[6] B. Janusz-Pohl, *Immunitety*…, s. 112.
[7] Np. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 28.11.2001 r., K 36/01, OTK ZU 2001/8, poz. 255; wyrok TK z 28.01.1991 r., K 13/90, OTK 1991/1–3, s. 76; postanowienie Sądu Okręgowego (dalej SO) w Warszawie, I Wydział Cywilny, z 9.09.2016 r., I C 212/16, https://www.saos.org.pl/judgments/247606; Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo parlamentarne*, Warszawa 1997, s. 74; L. Garlicki [red.] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 7.
[8] S. Kozłowski, *Immunitet jako przedmiot dyskusji o przywilejach parlamentarzystów*, „Studia politologiczne – Varia" 2017, vol. 45, s. 258.
[9] J. Kalinowski, A. Koniewicz, *Immunitet parlamentarny jako kontratyp – prawna analiza problemu*, „Kortowski Przegląd Prawniczy" 2016/3, s. 82.

rodzaj immunitetu nie będzie eliminował odpowiedzialności za inne czyny, które nie są związane ze sprawowaniem funkcji parlamentarzysty. Cechami immunitetu są jego niezbywalność i ochrona osoby, trwająca nawet po ukończeniu sprawowania mandatu związanego z tą publiczną funkcją, zawodem itd. Drugim immunitetem jest immunitet formalny (immunitet nietykalności, osobisty, pozazawodowy, pozaparlamentarny), który jest związany z osobą i stąd zwany jest także immunitetem osobistym. Podkreśla się, że immunitet formalny „odnosi się do ograniczenia dopuszczalności ścigania za wszelkie czyny materialne stanowiące przestępstwo, wykroczenia lub inne czyny karalne. Innymi słowy, jego dzierżyciel zostaje wyłączony poza tok procedury karnej. (…) Immunitet formalny (nietykalność) ma jednak, w odróżnieniu od immunitetu materialnego, charakter względny, może być uchylony, a prawo uchylenia zazwyczaj pozostaje w kompetencji określonego organu”[10].

Dotyczy on również parlamentarzystów, czy m.in. niektórych urzędników państwowych wysokiego szczebla. Celem jest tu ograniczenie odpowiedzialności karnej za czyny zabronione. W efekcie funkcjonowania immunitetu formalnego np. parlamentarzysta nie może być aresztowany, choć wyjątkiem jest tu działanie jego *in flagranti*. Immunitet formalny związany jest bezpośrednio z osobą i dlatego są przewidziane odpowiednie procedury jego uchylenia. Kompetencję do tego działania zależne są od rodzaju immunitetu. Posiada on dwie części składowe[11], tj. część procesową, czyli zakaz pociągania do odpowiedzialności karnej osoby objętej tym immunitetem, oraz drugi, przywilej nietykalności, a więc blokada w ewentualnym zastosowaniu tymczasowego aresztowanie, zatrzymania. Stąd wyróżnia się w ramach immunitetu formalnego dwa elementy, *pierwszy* – warunkiem pociągnięcia określonych osób do odpowiedzialności karnej jest zgoda określonego podmiotu – np. pociągnięcie do odpowiedzialności karnej Prezesa Najwyższej Izby Kontroli lub parlamentarzysty, *drugi* – zakaz ograniczania i pozbawiania wolności określonych osób – np. Prezes NIK nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem wypadku ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Mając to na uwadze, słusznie definiuje się istotę immunitetów określając, że immunitety i związana z nimi nietykalność to podstawowe uprawnienia, które gwarantują nieskrępowane wypełnianie funkcji przedstawicielskich czy zawodowych lub funkcjonujących, i zapewniają niezależne działanie osób objętych tymi immunitetami[12].

3. POZYCJA PREZESA NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI

Immunitet Prezesa NIK w polskim systemie prawnym określają dwa akty prawne, tj.: Konstytucja RP[13] i Ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli[14].

Pierwszy – Konstytucja RP, określając zakres immunitetu Prezesa NIK, stanowi zgodnie z art. 206, że Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być bez uprzedniej

[10] A. Dana, *Podmiotowy zakres immunitetu w polskim systemie prawnym*, „Doctrina – Studia społeczno-polityczne” 2011/8, s. 37.
[11] A. Dana, *Podmiotowy zakres*… s. 37.
[12] M. Grzesik-Kulesza, *Ochrona prawna parlamentarzysty – uwagi de lege lata*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012/1, s. 30.
[13] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
[14] Ustawa z 23.12.1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 1995 r. Nr 13, poz. 59).

zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Drugi – Ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli w przepisie art. 18 określa także zakres immunitetu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, stanowiąc, że Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Immunitet Prezesa NIK w takiej konstrukcji nie jest wyjątkiem w polskim systemie prawa. Między innymi na podstawie przepisu art. 211 Konstytucji RP, Rzecznik Praw Obywatelskich nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Rzecznik Praw Obywatelskich nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego. Tu również funkcjonuje immunitet formalny[15].

W bardzo podobnej konstrukcji działa immunitet Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej, bowiem w myśl, art. 14 Ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej[16], *po pierwsze*: Prezes Instytutu Pamięci nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności, *po drugie*: Prezes Instytutu Pamięci może wyrazić zgodę na pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej za pewien rodzaj wykroczeń, *po trzecie*: Prezes Instytutu Pamięci nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Immunitet sędziowski jest również podobnie skonstruowany, bowiem na podstawie przepisu art. 80 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych[17] m.in. sędzia nie może być zatrzymany ani pociągnięty do odpowiedzialności karnej bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego[18]. Nie dotyczy to zatrzymania

[15] A. Domańska, *Kilka uwag na temat immunitetu Rzecznika Praw Obywatelskich*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2018, t. XI, s. 669; J. Mordwiłko, *Opinia prawna w zakresie odpowiedzi na pytanie: czy z przepisu art. 211 Konstytucji (w kontekście art. 105 Konstytucji) wynika, że postępowanie wszczęte wobec Rzecznika Praw Obywatelskich przed dniem jego powołania na stanowisko ma być kontynuowane, czy powinno ulec zawieszeniu*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych" 2009/2, s. 65.

[16] Ustawa z 18.12.1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 1998 r. Nr 155, poz. 1016).

[17] Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1070).

[18] R. Kubiak, J. Kubiak, *Immunitet sędziowski*, „Przegląd Sądowy"1994/11–12, s. 4.

w razie ujęcia sędziego na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Do czasu wydania uchwały zezwalającej na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej wolno podejmować tylko czynności nie cierpiące zwłoki. O zatrzymaniu sędziego niezwłocznie powiadamia się prezesa sądu apelacyjnego właściwego ze względu na miejsce zatrzymania. Może on nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego sędziego. O fakcie zatrzymania sędziego prezes sądu apelacyjnego niezwłocznie zawiadamia Krajową Radę Sądownictwa, Ministra Sprawiedliwości i Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Wyraźnie zaznacza się przy tym, że w powyższym zakresie „immunitet sędziowski jest immunitetem formalnym. Nie powoduje on wyłączenia odpowiedzialności, czy też karalności za popełniony czyn, a jedynie wprowadza zakaz pociągnięcia osoby posiadającej taki immunitet do odpowiedzialności karnej przed sądem, chyba że oskarżyciel uzyska na to zgodę uprawnionego organu. Ochronne oddziaływanie immunitetu powoduje, że dopóki nie zostanie on uchylony prawomocną uchwałą sądu dyscyplinarnego, niedopuszczalne jest wszczęcie i dalsze prowadzenie postępowania przeciwko osobie, którą chroni”[19].

Podobnie jest z sędziami Trybunału Konstytucyjnego, którzy posiadają ten sam rodzaj immunitetu formalnego. Zgodnie z art. 196 Konstytucji RP sędzia TK nie może być, bez uprzedniej zgody Trybunału Konstytucyjnego, pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Sędzia nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Prezesa TK, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Mając na uwadze wskazane powyżej przykłady immunitetów, trzeba się zgodzić, że immunitet Prezesa NIK jest wzorowany na immunitecie sędziowskim – podobnie jak wskazane immunitety Rzecznika Praw Obywatelskich, Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej itd.[20]

4. CZYNNOŚĆ PROCESOWA W POSTACI PRZESZUKANIA

Podstawą prawną dokonania czynności procesowej w postaci przeszukania są przepisy Kodeksu postępowania karnego[21].

Między innymi zgodnie z przepisem art. 217 k.p.k. rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przepadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody należy wydać na żądanie sądu lub prokuratora, a w przypadkach nie cierpiących zwłoki – także na żądanie policji lub innego uprawnionego organu. Osobę mającą rzecz podlegającą wydaniu wzywa się do wydania jej dobrowolnie. Jeżeli wydania żąda policja albo inny uprawniony organ działający we własnym zakresie, to osoba, która rzecz wyda ma prawo niezwłocznie złożyć wniosek o sporządzenie i doręczenie jej postanowienia sądu lub prokuratora o zatwierdzeniu zatrzymania, o czym należy ją pouczyć. Doręczenie

[19] Uchwała Sądu Najwyższego (dalej SN) z 17.09.2019 r., I DO 41/19, LEX nr 2728608.
[20] B. Janusz-Pohl, *Immunitety*…, s. 19.
[21] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

powinno nastąpić w terminie 14 dni od zatrzymania rzeczy. W razie odmowy dobrowolnego wydania rzeczy można przeprowadzić jej odebranie.

Natomiast cel przeszukania określa przepis art. 219 k.p.k., zgodnie z którym w celu wykrycia lub zatrzymania albo przymusowego doprowadzenia osoby podejrzanej, a także w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym, można dokonać przeszukania pomieszczeń i innych miejsc, jeżeli istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że osoba podejrzana lub wymienione rzeczy tam się znajdują.

Przeszukanie jest czynnością nastawioną na poszukiwanie rzeczy, osób, a więc ustalenie czegoś lub kogoś, co ma znaczenia dla toku postępowania karnego[22]. Podkreśla się, że przeszukanie stanowi dozwoloną ingerencję w dobra jednostki podlegające ochronie konstytucyjnej i jest czynnością dowodową zmierzającą do odnalezienia osoby lub rzeczy i jako taki może objąć pomieszczenia, osoby, ich odzież czy podręczne przedmioty[23].

W tym kontekście przeszukanie nie jest czynnością dowolną i podlega wstępnej oraz następczej kontroli. Aby doszło do przeszukania powinna zostać uruchomiona kontrola wstępna, która polega na ocenie przez organ uprawniony zasadności, konieczności, niezbędności tego rodzaju czynności poszukiwawczej. Następnie może być uruchomiona kontrola następcza, bowiem na czynność w postaci przeszukania służy zażalenie. Podstawą jest tu przepis art. 236 k.p.k., zgodnie z którym na postanowienie dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone. Zażalenie to rozpoznaje sąd rejonowy w okręgu, w którym prowadzone jest postępowanie.

W ramach etapu pierwszego procedury przeszukania, może się pojawić konieczność nagłego czy niespodziewanego dokonania przeszukania. Dlatego w przepisach Kodeksu postępowania karnego przewidziana jest szczególna procedura wyrażenia zgody/zatwierdzenia dokonania przeszukania. Zgodnie z art. 220 k.p.k. przeszukania może dokonać prokurator albo na polecenie sądu lub prokuratora policja, a w wypadkach wskazanych w ustawie – także inny organ. Postanowienie sądu lub prokuratora należy okazać osobie, u której przeszukanie ma być przeprowadzone. W przypadkach nie cierpiących zwłoki, jeżeli postanowienie sądu lub prokuratora nie mogło zostać wydane, organ dokonujący przeszukania okazuje nakaz kierownika swojej jednostki lub legitymację służbową, a następnie zwraca się niezwłocznie do sądu lub prokuratora o zatwierdzenie przeszukania. Postanowienie sądu lub prokuratora w przedmiocie zatwierdzenia należy doręczyć osobie, u której dokonano przeszukania, w terminie 7 dni od daty czynności na zgłoszone do protokołu żądanie tej osoby. O prawie zgłoszenia żądania należy ją pouczyć.

5. KIERUNEK CZYNNOŚCI PROCESOWYCH W POSTACI PRZESZUKANIA

Kierunek przeszukania powinien być wyraźnie określony, zresztą jest on motywowany generalnie kierunkiem prowadzonego postępowania w sprawie. W literaturze

[22] Z. Uniszewski, *Przeszukanie. Problematyka Kryminalistyczna*, Warszawa 2000, s. 42.
[23] W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 279.

podkreśla się, że: „przeszukanie jak każda czynność dowodowa jest zatem czynnością celową, zmierzającą do osiągnięcia ogólnych celów procesu karnego wyrażonych w art. 2 § 1 k.p.k. oraz celów szczególnych wyrażonych często w przepisach określających poszczególne czynności dowodowe (np. art. 172 k.p.k., art. 173 § 1 k.p.k., art. 210 k.p.k., art. 219 § 1 k.p.k., art. 237 § 1 k.p.k.). Dlatego czynności organów procesowych muszą być przeprowadzane dla realizacji (osiągnięcia) ustawowo określonych celów. Dlatego też, jeżeli czynność wypełniająca znamiona przeszukania pomieszczenia mieszkalnego nie jest przeprowadzana w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie albo podlegających zajęciu w postępowaniu karnym, ale w innym celu nieakceptowanym przez ustawę, nie jest czynnością dowodową przeszukania, ale jakąś inną czynnością, a nawet bezprawnym zachowaniem naruszającym mir domowy."[24]. Dodatkowo, przeszukanie jest również czynnością dokonywaną jawnie, o której informuje się przed jej przeprowadzeniem[25].

Przeszukanie zatem jest czynnością, która ma na celu poszukiwanie i dostarczenie dowodów przydatnych do stwierdzenia zakresu odpowiedzialności karnej. Jest to czynność kierunkowa, co oznacza, że konieczne jest wskazanie kierunku poszukiwania, np. w postępowaniu karnym toczącym się w sprawie fałszerstwa dokumentu osoby dokonujące przeszukania będą swoje działania nakierowywać na znalezienie tego dokumentu lub innych dowodów z nim związanych. Dlatego jednak może zdarzyć się tak, że podczas przeszukania osoby dokonujące przeszukania mogą zapoznać się przypadkowo również z innymi rzeczami, dokumentami, danymi, informacjami itd., które nie są związane z głównym celem przeszukania. Chodzić może m.in. o dokumenty zawierające pewien rodzaj tajemnicy (np. tajemnica adwokacka, radcowska, kontrolerska itd.). Ten rodzaj sytuacji jest przewidziany, bo w przepisie art. 225 k.p.k. jest zapisane, że jeżeli kierownik instytucji państwowej lub samorządowej albo też osoba, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukanie, oświadczy, że wydane lub znalezione przy przeszukaniu pismo lub inny dokument zawiera informacje niejawne lub wiadomości objęte tajemnicą zawodową lub inną tajemnicą prawnie chronioną albo ma charakter osobisty, organ przeprowadzający czynność przekazuje niezwłocznie pismo lub inny dokument bez jego odczytania prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu. Tryb wskazany powyżej nie obowiązuje ani w stosunku do pism lub innych dokumentów, które zawierają informacje niejawne o klauzuli „zastrzeżone" lub „poufne" albo dotyczą tajemnicy zawodowej lub innej tajemnicy prawnie chronionej, jeżeli ich posiadaczem jest osoba podejrzana o popełnienie przestępstwa, ani w stosunku do pism lub innych dokumentów o charakterze osobistym, których jest ona posiadaczem, autorem lub adresatem. Ponadto, jeżeli obrońca lub inna osoba, od której żąda się wydania rzeczy lub u której dokonuje się przeszukania oświadczy, że wydane lub znalezione w toku przeszukania pisma lub inne dokumenty obejmują okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy, to organ dokonujący czynności pozostawia te dokumenty wymienionej osobie bez zapoznawania się z ich treścią lub wyglądem. Jeżeli jednak oświadczenie osoby niebędącej obrońcą budzi wątpliwości, to organ dokonujący czynności przekazuje

[24] J. Skorupka, *Prawidłowość i proporcjonalność jako kryteria oceny czynności dowodowych*, „Palestra" 2019/6–5, s. 18.
[25] A. Lach, *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, „Prokuratura i Prawo" 2011/9, s. 67 i n.

te dokumenty sądowi, który po zapoznaniu się z dokumentami zwraca je w całości lub w części osobie, od której je zabrano albo wydaje postanowienie o ich zatrzymaniu dla celów postępowania. Wydaną, odebraną lub znalezioną w toku przeszukania dokumentację psychiatryczną organ przeprowadzający czynność przekazuje sądowi lub prokuratorowi. Wszystko to odbywa się według rygorów określonych we wspomnianym już przepisie art. 225 k.p.k.

6. WNIOSKI KOŃCOWE

Nie ma wątpliwości, że w polskim prawie przewidziano funkcjonowanie zarówno immunitetów materialnych, jak i formalnych. Pod ochronę immunitetową wciągnięci są wskazani powyżej parlamentarzyści, sędziowie, rzecznicy (Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka), a także Prezes Najwyższej Izby Kontroli.

Immunitet Prezesa NIK jest immunitetem formalnym, immunitetem osobowym. Oznacza to, że w każdym stadium postępowania karnego objęty jest on immunitetem związanym z jego osobą jako osobą Prezesa NIK.

Nie ma znaczenia tu rodzaj czy etap postępowania karnego, tzn. czy jest to wczesna (*in rem*) czy późna (*in personam*) faza postępowania przygotowawczego, czy już nawet mamy do czynienia z etapem postępowania sądowego. Immunitet nabywa się wraz z objęciem funkcji lub zawodu, wobec którego system prawny dopuszcza ochronę immunitetową.

Skoro immunitet jest pewnym przywilejem zwalniającym od określonych obciążeń osobę nim objętą, to regulacje immunitetowe muszą być interpretowane według zasad wykładni wyjątków, co m.in. wyklucza stosowanie wykładni rozszerzającej[26]. Uzasadnieniem tego rodzaju interpretacji jest fakt, że immunitet jako przywilej jest odstępstwem od zasady równości obywateli wobec prawa i stąd należy go traktować jako wyjątek, który nie może podlegać rozszerzającej wykładni[27].

Również i w przypadku Prezesa Najwyższej Izby Kontroli interpretowanie zakresu przysługującego mu immunitetu musi być bardzo wąskie. Fakt przeprowadzenia, czy to u parlamentarzysty, sędziego czy u Prezesa NIK przeszukania w jego miejscu prywatnym czy publicznym, na etapie postępowania „w sprawie" o niczym jeszcze nie świadczy, a zwłaszcza nie świadczy o ewentualnym ustaleniu zakresu jego odpowiedzialności karnej, która dopiero będzie podlegała analizie[28]. Nie można też przyjąć, że taka osoba staje się od razu faktycznie podejrzana, skoro czynność przeszukania dokonywana jest w związku z prowadzonym postępowaniem jeszcze na etapie „*in rem*". Zdefiniowanie immunitetu Prezesa NIK w szerokim jego zakresie oznaczałoby, że w ogóle nie można będzie wszcząć postępowania karnego wobec niego, nawet jeżeli istniałoby uzasadnione podejrzenie popełniania przez niego przestępstwa. Każde wszczęcie postępowania karnego w którym, w mniejszym lub większym stopniu zaangażowany jest Prezes NIK, czyni akurat to postępowanie wyjątkowo publiczne i powszechnie interesujące. Skoro przeszukanie było konieczne i poddane wstępnej ocenie jego zasadności i konieczności lub

[26] Uchwała SN z 16.02.1994 r., I KZP 40/93, OSNKW 1994/3–4, s. 19–20.
[27] Orzeczenie TK z 28.01.1991 r., K 13/90, „Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego" 1991, poz. 3.
[28] Inaczej M. Chmaj, *W sprawie dopuszczalności przeszukania pokoju zajmowanego przez Posła w hotelu sejmowym*, „Przegląd Sejmowy" 2014/6, s. 103.

ewentualnie później zatwierdzone w trybie procesowym, to powinno i musi być ono przeprowadzone. Interpretacja zakresu immunitetu Prezesa NIK, jakoby obejmował on nie tylko jego osobę, ale i miejsca publiczne oraz prywatne z nim związane, wydaje się niewłaściwa. Chodzi tu jedynie o nietykalność osobistą. Przecież w takiej sytuacji każde wszczęcie postępowania karnego musiałoby być poprzedzone uchyleniem immunitetu. Czynność przeszukania jest czynnością niezapowiedzianą i choć ma swoją indywidualna procedurę, to zawiera w sobie element zaskoczenia. Jest to również – co wielokrotnie podkreślano – czynność celowa nastawiona na odnalezienie np. konkretnego dowodu. Podkreśla się zresztą, że „wątpliwe jest dokonywanie przeszukania w celu znalezienia dowodu mało istotnego, pośredniego i pochodnego dowodu."[29]. Szerokie stosowanie immunitetu Prezesa NIK nawet na najwcześniejszym etapie postępowania karnego powodowałoby, że nie można byłoby dokonywać wobec niego pilnych czynności sprawdzających, nie mówiąc już o dalszym zabezpieczeniu dowodowym. Szerokie rozumienie immunitetu Prezesa NIK oznaczające, że do podjęcia czynności procesowych w jakimkolwiek stadium postępowania karnego powinna być uzyskana zgoda (np. Sejmu/Marszałka Sejmu) lub powinien zostać mu uchylony immunitet prowadzi do nieoczekiwanych sytuacji negatywnie wpływających na prawidłowość biegu postępowania karnego[30]. Jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełniania przestępstwa m.in. przez sędziego czy analizowanego Prezesa NIK, to – nawet właśnie z uwagi na jego pozycję ustrojową – należy jak najszybciej podejmować czynności charakterystyczne dla postępowania karnego. Przeszukanie jest jedną z takich czynności. Jest to czynność poszukiwawcza mająca na celu zlokalizowanie, zabezpieczenie i analizę dowodów, które mają znaczenie dla oceny dalszego biegu postępowania karnego. Immunitet formalny Prezesa NIK zabrania jedynie podjęcia wobec niego innego rodzaju czynności procesowych takich jak m.in. zatrzymanie, postawienie zarzutów czy zastosowanie środków zapobiegawczych, bo te czynności związane są bezpośrednio z osobą, a nie z lokalizacją pożądanych dowodów powiązanych z tą osobą. Oczywiste jest, że przy działaniach oddziaływujących bezpośrednio na osobę takich jak zatrzymanie czy zastosowanie środków zapobiegawczych wymagana jest wówczas zgoda odpowiedniego organu (Sejmu).

Nie można również tracić z pola widzenia, że przepisy Kodeksu postępowania karnego przewidują kompleksową ochronę przeprowadzenia przeszukania. Są to sygnalizowane już wcześniej instytucje zatwierdzenia przeszukania przez organ oraz kontrola zasadności i sposobu przeszukania przez wniesienie zażalenia na tę czynność, a także zabezpieczenie innych ważnych ewentualnie dowodów, np. dokumentów niezwiązanych z kierunkiem poszukiwawczym przeszukania, a z którymi mimochodem mogą zapoznać się osoby dokonujące przeszukania. Są to dokumenty objęte m.in. określonym rodzajem tajemnicy.

Konkludując niniejszą problematykę, jednoznacznie należy stwierdzić, że możliwe jest przeszukanie miejsc związanych z aktywnością osoby objętej immunitetem formalnym. Przeszukanie jest czynnością, która ma przynieść wymierne skutki w postaci ewentualnych dowodów na przyszłościowe stwierdzenie zakresu

[29] J. Skorupka, *Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym*, „Palestra" 2007/11–12, s. 52 i n.
[30] A. Kaznowski, *Immunitet formalny a przeszukanie*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 2010/2, s. 40 i n.

odpowiedzialność karnej. Pozostawienie poglądu o obligatoryjnym uprzednim uzyskaniu zgody czy o uchyleniu immunitetu takiej osoby (np. Prezesa Najwyższej Izby Kontroli) zanim przystąpiono do przeszukania, powoduje bardzo czytelne spowolnienie działania poszukiwawczego i eliminację immanentnego dla przeszukania elementu zaskoczenia. Przeszukanie jest czynnością niespodziewaną wobec osoby związanej np. z miejscem przeszukania, jest czynnością sprawdzającą, poszukiwawczą i dowodową, podejmowaną wobec okoliczności związanych z koniecznością wszczęcia i ewentualnego prowadzenia postępowania karnego. Dlatego nie ma wątpliwości, że uchylenie tego immunitetu jest konieczne np. przy pozbawieniu wolności, zatrzymaniu lub aresztowaniu, a także wówczas, gdy zatrzymanie osoby jest niezbędne dla zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Treść przepisu Konstytucji RP i ustawy o NIK jest bardzo jasna, bowiem jak sygnalizowano, Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Prezes NIK nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Ważny jest tu termin „pociągnięcie do odpowiedzialności karnej". Termin ten nie oznacza jednak podejmowania wszystkich czynności związanych z postępowaniem karnym. Termin ten nie obejmuje wszczęcia postępowania karnego, fazy *in rem* itd. Dotyczy on już zindywidualizowanego podmiotowo etapu postępowania karnego, a więc sytuacji, w której postępowanie to zmierzałoby do fazy *in personam*. Słusznie zauważa się, że skoro „przedmiotem procesu karnego jest właśnie kwestia odpowiedzialności karnej, a jego celem pociągnięcie do niej sprawcy przestępstwa, to można się skłaniać ku stwierdzeniu, że pociągnięcie do odpowiedzialności karnej aktualizuje się z momentem wydania stosowanego orzeczenia zamykającego postępowanie a nie w toku wcześniejszych stadiów procesu"[31]. Dlatego o jakiejkolwiek zgodzie na uchylenie immunitetu lub na dokonanie określonych czynności dowodowych związanych z postępowaniem karnym można mówić dopiero wtedy, gdy nastąpić ma przejście postępowania karnego z fazy „*in rem*" w fazę „*in personam*" postępowania karnego. Aby doszło do przedstawienia zarzutów i w efekcie przekonwertowania fazy „*in rem*" w fazę „*in personam*" muszą istnieć odpowiednie dowody konkretyzujące osobę przestępcy[32]. Te dowody trzeba jakoś obiektywnie pozyskać, a jedną z metod na ich pozyskanie jest przeprowadzenie przeszukania. To dopiero po ustaleniu kierunku prowadzenia postępowania karnego w sprawie, odnalezieniu dowodów na popełnienie przestępstwa poprzez czynności poszukiwawcze, takie jak przeszukanie, można postawić potencjalnie zarzuty osobie. Dlatego słuszny jest pogląd, że immunitet formalny, jaki posiada Prezes Najwyższej Izby Kontroli, nie może skutkować zakazem prowadzenia postępowania przygotowawczego bez względu na jego formę, bowiem ta część jest *in statu esse* nastawiona na zebranie i zabezpieczenie dowodów, które ewentualnie potwierdzą lub zaprzeczą ustaleniu, czy zostało popełnione przestępstwo. Stąd konieczność uchylenia

[31] B. Janusz-Pohl, *Immunitet sędziowski sędziów sądów powszechnych – zagadnienia wybrane* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego – Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008, s. 131.

[32] M. Kurowski, *Immunitet parlamentarny a gromadzenie dowodów w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2018/5, s. 28.

immunitetu nastąpi dopiero wtedy, gdy pozyskane, np. w toku przeszukania, dowody dadzą podstawę do przekonfigurowania postępowania przygotowawczego z fazy *in rem* w fazę *in personam,* a więc dadzą argumenty do skonkretyzowania osoby sprawcy[33]. O to właśnie chodzi w terminie „pociągnięcie do odpowiedzialności karnej". Termin ten nie obejmuje czynności procesowych, których wynik dopiero ma przesądzić o tym, czy w ogóle postępowanie karne wszcząć, kontynuować lub ewentualnie umorzyć. Dlatego potrzebne są dowody, a ściślej konieczność ich pozyskania, do czego służy przeszukanie, które jest czynnością osobowo obiektywną nakierowaną jedynie na warstwę dowodową, a nie na oddziaływania personalne takie jak m.in. zatrzymanie osoby.

Summary

Marcin Wielec, *Immunity in the Context of Search and Seizure in the Criminal Procedure*

The question of a search in criminal proceedings is a multi-faceted one. It is an activity that strongly interferes with the personal, professional, public and private sphere of an individual. Hence the question of possible admissibility, reasons and effects of a search. A search is an act of evidence, a search, which is aimed at finding evidence or persons of significance for criminal proceedings. It is interesting to note that searches are carried out by the procedural authorities in relation to places associated with a person enjoying immunity. This problem will be analysed on the basis of the pattern of admissibility of a search carried out on a person with immunity connected with e.g. the office of the President of the Supreme Chamber of Control.

Keywords: *criminal liability, formal immunity, President of the Supreme Chamber of Control*

Streszczenie

Marcin Wielec, *Immunitet versus przeszukanie w postępowaniu karnym*

Kwestia przeszukania w postępowaniu karnym jest wielowątkowa. Jest to czynność mocno ingerującą w sferę osobistą, zawodową, publiczną i prywatną jednostki. Stąd rodzi się pytanie o możliwą dopuszczalność, przyczyny i skutki przeszukania. Przeszukanie jest czynnością dowodową, poszukiwawczą, a więc nastawioną na odnalezienie dowodów lub osób mających znaczenie dla postępowania karnego. Interesującą kwestią jest, gdy przeszukania dokonują organy procesowe w odniesieniu do miejsc związanych z osobą posiadającą ochronę immunitetową. Problem ten będzie analizowany na wzorcu dopuszczalności przeszukania przeprowadzonego u osoby posiadającej immunitet związany z np. urzędem Prezesa Najwyższej Izby Kontroli.

Słowa kluczowe: *odpowiedzialność karna, immunitet formalny, Prezes Najwyższej Izby Kontroli.*

[33] A. Sakiewicz, *Glosa do postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli z dnia 10 września 2014 r. (sygn. akt III Kp 1302/14*), „Przegląd Sejmowy" 2014/6, s. 175.

Literatura:

1. Chmaj M., *W sprawie dopuszczalności przeszukania pokoju zajmowanego przez Posła w hotelu sejmowym*, Przegląd Sejmowy 2014, nr 6;
2. Czeszejko-Sochacki Z., *Prawo parlamentarne*, Warszawa 1997;
3. Dana A., *Podmiotowy zakres immunitetu w polskim systemie prawnym*, Doctrina – Studia społeczno-polityczne 2011, nr 8;
4. Domańska A., *Kilka uwag na temat immunitetu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Gdańskie Studia Prawnicze 2018, t. XI;
5. Garlicki L. [red.] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2001;
6. Grzesik-Kulesza M., *Ochrona prawna parlamentarzysty – uwagi de lege lata*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2012, nr 1;
7. Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014;
8. Janusz-Pohl B., *Immunitet sędziowski sędziów sądów powszechnych – zagadnienia wybrane* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego – Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008;
9. Janusz-Pohl B., *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009;
10. Kalinowski J., Koniewicz A., *Immunitet parlamentarny jako kontratyp – prawna analiza problemu*, Kortowski Przegląd Prawniczy 2016, nr 3;
11. Kaznowski A., *Immunitet formalny a przeszukanie*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2010, nr 2;
12. Kozłowski S., *Immunitet jako przedmiot dyskusji o przywilejach parlamentarzystów*, Studia politologiczne – Varia, vol. 45;
13. Kubiak R., Kubiak J., *Immunitet sędziowski*, Przegląd Sądowy 1994, nr 11–12;
14. Kurowski M., *Immunitet parlamentarny a gromadzenie dowodów w postępowaniu karnym*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 5;
15. Lach A., *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 9;
16. Mordwiłko J., *Opinia prawna w zakresie odpowiedzi na pytanie: czy z przepisu art. 211 Konstytucji (w kontekście art. 105 Konstytucji) wynika, że postępowanie wszczęte wobec Rzecznika Praw Obywatelskich przed dniem jego powołania na stanowisko ma być kontynuowane, czy powinno ulec zawieszeniu*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych 2009 r, nr 2;
17. Sakiewicz A., *Glosa do postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Woli z dnia 10 września 2014 r. (sygn. akt III Kp 1302/14*), Przegląd Sejmowy 2014, nr 6;
18. Skorupka J., *Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym*, Palestra 2007, nr 11–12;
19. Skorupka J., *Prawidłowość i proporcjonalność jako kryteria oceny czynności dowodowych*, Palestra 2019, nr 6–5;
20. Skorupka S., Auderska H., Łempicka Z., *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968;
21. Szewczyk M.J., *Gwarancje procesowe oskarżonego – czy zasada prawdy materialnej – kilka uwag na kanwie sprawy I KZP 1/09 rozpoznawanej przez skład 7 sędziów Sądu Najwyższego w dniu 30 września 2009 r.*, https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/837d26734d6ecb438a226b6928253245.pdf;
22. Uniszewski Z., *Przeszukanie. Problematyka Kryminalistyczna*, Warszawa 2000;
23. Zagrodnik J., *Proces karny*, Warszawa 2019.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4105

Dorota Orkiszewska*

Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego w sprawach karnych na tle systemów prawnych wybranych państw**

1. WPROWADZENIE

Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego jest pojmowana jako norma ogólna wyrażająca postulat, by z chwilą rozpoczęcia rozprawy głównej sąd koncentrował czynności procesowe, zwłaszcza dowodowe w sposób pozwalający na wydanie bez zbędnej zwłoki na pierwszej rozprawie wyroku rozstrzygającego co do przedmiotu procesu[1]. W teorii procesu karnego zasada ciągłości jest nieraz identyfikowana z zasadą koncentracji rozprawy[2]. Niekiedy prezentowane jest szerokie ujęcie zasady koncentracji procesu, w świetle której proces zarówno w stadium postępowania przygotowawczego, jak i sądowego „powinien stanowić zwarty, konsekwentny ciąg czynności i zdarzeń, bez przerw i zahamowań[3]". Dodatkowo, niektórzy autorzy wyodrębniają zbliżoną do ww. zasadę szybkości lub sprawności postępowania[4]. Są również i tacy, którzy wyżej wymienionych zasad nie traktują jako naczelnych zasad procesowych, a kryjące się w nich wartości rozpatrują w kategoriach gwarancji innych zasad procesowych, w szczególności zasady prawdy materialnej i bezpośredniości[5].

Niezależnie od sposobu ujmowania zasygnalizowanych zasad procesowych w piśmiennictwie karnoprocesowym panuje zgodność co do tego, że ciągłość rozprawy, której warunkiem jest skoncentrowanie materiału dowodowego, a co za tym idzie szybkość (sprawność) postępowania to wartości niezwykle ważne, zwłaszcza z punktu widzenia zagwarantowania podstawowych praw uczestników procesu. Jak się wydaje, w doktrynie panuje również zgodność co do tego, że współczesny proces karny odbiega pod tym względem od założeń modelowych. Przekonanie o niesatysfakcjonującej

* Dr Dorota Orkiszewska jest adiunktem w Katedrze Kryminalistyki i Prawa Dowodowego Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID 0000–0002–9371–1148, email: dorota.orkiszewska@poczta.umcs.lublin.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 20.03.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

1 Zob. R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2004, s. 117.
2 S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961, s. 136.
3 M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 343.
4 Zob. np. J. Grajewski [w:] *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2009, s. 107.
5 Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 219 i 264.

wydolności organów wymiaru sprawiedliwości panuje też wśród znacznej części przedstawicieli opinii publicznej, zwłaszcza zaś tych osób, które bezpośrednio zetknęły się z wymiarem sprawiedliwości, w tym jako pokrzywdzeni przestępstwem.

W świetle zasygnalizowanych zasad optymalna sytuacja ma miejsce wtedy, gdy rozprawa odbywa się jednego dnia i sąd wydaje wyrok, opierając się na bezpośrednich spostrzeżeniach poczynionych podczas przeprowadzania dowodów. W wielu przypadkach i z różnych względów zakończenie rozprawy tego samego dnia jest jednak niemożliwe. Prawo karne procesowe musi zatem określać sytuacje, w których uzasadnione stają się odstępstwa od zasady ciągłości rozprawy. Sytuacje te *de lege lata* są związane w szczególności z instytucją przerwy oraz odroczenia rozprawy. Analiza polskich unormowań we wskazanym zakresie, uwzględniająca zasługujące na uwagę rozwiązania stosowane w innych państwach, zachęca do podjęcia próby sformułowania kilku wniosków *de lege ferenda*, których ewentualne uwzględnienie mogłoby się przyczynić do wzmocnienia realizacji zasady ciągłości procesu karnego i koncentracji materiału dowodowego, i tym samym usprawnienia procesu karnego.

2. ZASADA CIĄGŁOŚCI ROZPRAWY I KONCENTRACJI MATERIAŁU DOWODOWEGO W WYBRANYCH PAŃSTWACH JAKO PUNKT ODNIESIENIA DLA WNIOSKÓW *DE LEGE FERENDA* DOTYCZĄCYCH POLSKIEGO PROCESU KARNEGO

2.1. Filipiny

W ostatnim czasie ciągłość procesu karnego na Filipinach stała się przedmiotem zainteresowania Unii Europejskiej, co znalazło wyraz w programie GOJUST[6]. Rezultatem tego programu, który technicznie i finansowo wspiera opracowywanie oraz wdrażanie reform w filipińskim sektorze wymiaru sprawiedliwości, stały się przyjęte przez rząd nowe wytyczne zapewniające ciągły proces sądowy w sprawach karnych[7]. Zważywszy na odmienność systemów prawnych Polski i Republiki Filipin, rozwiązania przyjęte przez rząd filipiński nie mogą być traktowane jako wzorcowe. Wśród nich znajduje się wymóg wydania natychmiastowo wyroku w sytuacji, gdy oskarżony przyznaje się do winy, co nie dotyczy jedynie spraw, w których jest przewidziana możliwość wymierzenia kary śmierci. Proste recypowanie takiej zasady oznaczałoby powrót do legalnej teorii dowodowej. Nieakceptowalne w polskim systemie prawnym byłoby również rozwiązanie przewidujące konieczność ścisłego przestrzegania reguły, zgodnie z którą świadek ma zostać „w pełni" przesłuchany jednego dnia. Jak wiadomo, w sytuacji gdy inne przeprowadzone następnie dowody stwarzają przypuszczenie, że świadek kłamał, może zaistnieć chociażby potrzeba wezwania go po raz kolejny na przesłuchanie, tym razem w warunkach konfrontacji (art. 172 Kodeksu postępowania karnego[8]). Natomiast realizacja postulatu, by w miarę możliwości rozprawa była kontynuowana dzień po dniu, zależy od różnych

[6] *The Justice Sector Reform Programme: Governance in Justice* (GOJUST), https://gojust.org/gojust-supports-training-new-guidelines-continuous-trial-criminal-cases/ (dostęp: 17.09.2018 r.).

[7] *Revised Guidelines* for *Continuous Trial* of *Criminal Cases*, http://sb.judiciary.gov.ph/libdocs/15–06–10-SC.pdf (dostęp: 17.09.2018 r.).

[8] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

czynników, w tym od liczby spraw przypadających do rozstrzygnięcia danemu sędziemu. Z raportu pt. „Sądownictwo. Polska na tle pozostałych państw członkowskich Unii Europejskiej" opracowanego w 2016 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że współczynnik wpływu spraw karnych (z wyłączeniem spraw wykroczeniowych) w odniesieniu do 100 tys. mieszkańców wynosił 1245, czyli prawie dwukrotnie więcej niż średnia obliczona dla innych rozpatrywanych państw[9]. Tym samym w warunkach polskiego procesu karnego realizacja wymienionego postulatu *de lege lata* nie byłaby w pełni możliwa, choć do rozważenia pozostaje kwestia, czy w wystarczającym stopniu wykorzystywana jest instytucja posiedzeń przygotowawczych przed rozprawą służących realizacji prawa stron do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Z pewnością lepiej jest poświęcić czas na porozumienie się z uczestnikami postępowania odnośnie do terminów rozpraw oraz sekwencji czynności w toku postępowania dowodowego, niż organizować rozprawę na bieżąco w trakcie jej przebiegu[10].

2.2. Finlandia

Odnosząc się do rozwiązań prawnych przewidzianych w ustawodawstwach państw członkowskich UE, warto zaznaczyć, że warunek ciągłości rozprawy głównej został *expressis verbis* wyrażony w Kodeksie postępowania karnego Finlandii[11]. Przepis art. 9 rozdziału 6 wskazanego aktu prawnego stanowi, że sprawa ma być rozpatrzona w ramach ciągłej rozprawy głównej. Jeśli rozprawa nie może zostać przeprowadzona jednego dnia, to wolno ją przerwać. W miarę możliwości rozprawę należy kontynuować każdego kolejnego dnia, a jeśli nie jest to wykonalne, rozprawa ma być prowadzona co najmniej trzy razy w tygodniu. Nie dotyczy to sytuacji, gdy rozprawa została odroczona na podstawie przepisów art. 10 (np. gdy sąd dowiedział się o nowych, ważnych dowodach, które można przeprowadzić jedynie w późniejszym czasie lub gdy odroczenie jest nieuniknione z powodu nieprzewidzianych okoliczności albo innej ważnej przyczyny). Nawet jednak wówczas ustawa wyraźnie przewiduje, że odroczona rozprawa ma być wznowiona tak szybko, jak to możliwe. Co więcej, jeśli oskarżony znajduje się w areszcie, orzeczono względem niego zakaz wyjazdu za granicę lub zakaz sprawowania funkcji, a powodem odroczenia nie jest zbadanie jego stanu zdrowia psychicznego, to rozprawa ma być wznowiona w ciągu 14 dni od jej odroczenia. W razie, gdy decyzja w sprawie aresztu lub ww. zakazów została wydana po odroczeniu rozprawy, termin 14 dni liczy się od daty tej decyzji.

W świetle powyższej regulacji wydaje się, że polski Kodeks postępowania karnego, który w przeciwieństwie do finlandzkiego aktu prawnego wyraźnie nie formułuje zasady ciągłości rozprawy głównej, ale ją przewiduje, powinien zostać wzbogacony o przepisy (w kształcie zbliżonym do powyższych), wzmacniające realizację tej zasady w praktyce.

[9] A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Więcek-Durańska, *Sądownictwo. Polska na tle pozostałych krajów Unii Europejskiej*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_S-%C4%85downictwo.-Polska-na-tle-pozosta%C5%82ych-kraj%C3%B3w-Unii-Europejskiej-1.pdf (dostęp: 17.09.2018 r.).

[10] Por. M. Klejnowska, *Posiedzenie przygotowawcze sądu karnego przez rozprawą*, „Prokuratura i Prawo" 2014/7–8, s. 24.

[11] Kodeks postępowania karnego Finlandii w wersji angielskiej –http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (dostęp: 17.09.2018 r.).

2.3. Chorwacja

Polskie rozwiązania procesowe przewidujące wyjątki od zasady ciągłości rozprawy przypominają w pewnym stopniu unormowania zamieszczone w chorwackim Kodeksie postępowania karnego, który rozróżnia zarówno instytucję odroczenia rozprawy, jak i jej przerwania[12]. Stosownie do art. 406 wskazanego aktu prawnego, zespół orzekający odracza rozprawę w razie stwierdzenia w czasie procesu, że oskarżony jest niezdolny do stawienia się przed sądem lub istnieją inne przeszkody uniemożliwiające pomyślne zakończenie procesu. W razie gdy skład zespołu nie uległ zmianie, regułą jest – w przeciwieństwie do polskich rozwiązań – kontynuacja rozprawy uprzednio odroczonej, przy czym przewodniczący ma obowiązek zrelacjonować jej przebieg. W takim przypadku przewidziano jednak uprawnienie do wydania decyzji o prowadzeniu rozprawy od początku. Konieczność prowadzenia rozprawy od początku zachodzi wtedy, gdy okres odroczenia trwał dłużej niż 3 miesiące. Instytucja przerwy określona w art. 407 chorwackiego k.p.k. może natomiast znaleźć zastosowanie w celu spoczynku na koniec dnia pracy, jak również w celu otrzymania w krótkim czasie dowodów lub przygotowania do oskarżania lub obrony. Zasadą jest to, że po upływie okresu przerwy rozprawa jest kontynuowana, chyba że skład zespołu orzekającego uległ zmianie lub okres przerwy trwał dłużej niż 15 dni. W takim przypadku rozprawa jest prowadzona od początku, co wiąże się z koniecznością ponownego przeprowadzenia określonych dowodów.

Niewykluczone, że do usprawnienia polskiego procesu karnego mogłoby przyczynić się przewidziane w chorwackim k.p.k. rozwiązanie zakładające – jako regułę – możliwość prowadzenia rozprawy w dalszym ciągu w każdym przypadku, gdy okres odroczenia nie przekroczył 3 miesięcy i skład sądu nie uległ zmianie. Polski k.p.k. nie wyznacza czasowej granicy, po upływie której powstaje bezwzględny obowiązek prowadzenia rozprawy od początku. Tego rodzaju unormowanie ma oczywiście swoje zalety, bowiem pozostawia sędziemu pewną swobodę przy podejmowaniu decyzji o rozpoczęciu rozprawy lub – wyjątkowo – kontynuowaniu jej. Sędzia ma przy tym każdorazowo możliwość uwzględnienia charakteru sprawy oraz zakresu i rodzaju pozyskanego wcześniej materiału dowodowego. Wprowadzenie zasygnalizowanego powyżej rozwiązania spowodowałoby ograniczenie tej swobody, ale jednocześnie wydaje się, że okres 3 miesięcy jest na tyle długi, że trudno oczekiwać od członków składu orzekającego, aby po jego upływie pozostały w ich pamięci niezatarte spostrzeżenia poczynione podczas poprzedniej rozprawy, które warunkują wydanie prawidłowego rozstrzygnięcia. Argument jakoby trzymiesięczny okres odroczenia był zbyt długi na możliwość prowadzenia rozprawy w dalszym ciągu można częściowo odeprzeć, wskazując na występujące nierzadko w praktyce sytuacje, kiedy zarządza się kilka przerw o łącznym wymiarze przekraczającym 3 miesiące. W świetle k.p.k. kontynuacja rozprawy po kolejnej zarządzonej przerwie jest w pełni dopuszczalna, nawet jeśli spostrzeżenia dokonane podczas pierwszego terminu rozprawy (mającego miejsce kilka miesięcy wcześniej) dawno utraciły walor świeżości.

[12] Kodeks postępowania karnego Chorwacji w wersji angielskiej –http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes – dalej chorwacki k.p.k. (dostęp: 17.09.2018 r.).

Zaprezentowane rozwiązanie – w razie jego ewentualnego wprowadzenia – wymagałoby stosownego „obudowania". Na wzór unormowań chorwackiego k.p.k. na przewodniczącym powinien spoczywać obowiązek zreferowania dotychczasowego stanu sprawy.

Warto jeszcze zaznaczyć, że pomysł wprowadzenia terminu, który ograniczałby możliwość kontynuowania rozprawy odroczonej, nie jest nowy. Przewidziany był bowiem w prezydenckim projekcie nowelizacji k.p.k. z 20.12.2001 r., przy czym wyznaczony był na poziomie 6 miesięcy. Pozytywnie do tego pomysłu odniósł się m.in. A. Murzynowski[13].

2.4. Szwajcaria

W kontekście zasady ciągłości rozprawy interesujące wydaje się rozwiązanie przewidziane w szwajcarskiej ustawie karnoprocesowej[14]. Stosownie do przepisu art. 331 wymienionego aktu prawnego przewodniczący, planując rozprawę główną, decyduje o dowodach, jakie mają zostać przeprowadzone, o czym informuje strony, którym jednocześnie zakreśla termin do złożenia i uzasadnienia wniosków o przeprowadzenie „dalszych" dowodów. *Novum* w stosunku do polskich rozwiązań jest to, że strony są informowane o kosztach, jakie ewentualnie będą musiały ponieść w razie złożenia wniosku dowodowego w późniejszym czasie. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 340 szwajcarskiego k.p.k. konsekwencją pozytywnego rozpatrzenia wszelkich kwestii wstępnych już po rozpoczęciu rozprawy, w szczególności stwierdzenia braku przeszkód proceduralnych, jest to, że rozprawa główna musi być przeprowadzona do jej zakończenia bez niepotrzebnych przerw. Przywołany przepis wyraźnie wskazuje na to, że ciągłość rozprawy to zasada obowiązująca w szwajcarskim procesie karnym.

Polski k.p.k. nie określa obowiązku, a jedynie prawo oskarżonego do składania wniosków dowodowych w terminie 7 dni od doręczenia mu aktu oskarżenia (art. 338 § 1 k.p.k.), z którego zresztą oskarżony oraz jego obrońca nieczęsto czynią użytek na tym etapie postępowania. Polskie unormowania nie przewidują też możliwości obciążenia stron kosztami w zależności od momentu złożenia i uwzględnienia ich wniosków dowodowych. Wnioski oskarżonego i jego obrońcy, które bez przeszkód mogłyby zostać rozpatrzone przez prezesa sądu na etapie przygotowań do rozprawy głównej, zazwyczaj wpływają już po jej rozpoczęciu, co nieraz oznacza konieczność zarządzenia przerwy w rozprawie „dla sprowadzenia dowodu" (art. 401 § 1 k.p.k.). Niekiedy „późne" zgłoszenie wniosku dowodowego stanowi element taktyki obrońcy, polegającej na dążeniu do tego, by skład orzekający pozostawał pod wrażeniem ostatniego przeprowadzonego dowodu o charakterze odciążającym.

W następstwie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 19.07.2019 r. polska ustawa karnoprocesowa przewiduje rygor w przypadku „późnego" złożenia

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

[14] Szwajcarski Kodeks postępowania karnego w wersji angielskiej –http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes – dalej szwajcarski k.p.k. (dostęp: 17.09.2018 r.).

wniosku dowodowego w postaci podstawy do jego oddalenia, jeśli został złożony po zakreślonym przez organ procesowy terminie, o którym strona składająca wniosek została zawiadomiona (art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k.). Wprowadzona do k.p.k. prekluzja dowodowa nie obejmuje jednak wniosków dowodowych, których teza odnosi się do stwierdzenia okoliczności istotnych dla ustalenia sprawstwa i winy oskarżonego. W przedstawionej sytuacji, jak również w innych przypadkach wskazanych w art. 170 § 1a k.p.k., oddalenie wniosku dowodowego na podstawie art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. jest niedopuszczalne. O ile uregulowanie obowiązujące w Szwajcarii z pewnością jest interesujące, o tyle sformułowany na jego tle postulat, by *de lege ferenda* w określonych przypadkach sąd dysponował możliwością obciążenia stron określonymi kosztami związanymi z wydłużeniem postępowania, do którego strony bezpośrednio się przyczyniły, wydaje się zbyt daleko idący, zwłaszcza w kontekście zasygnalizowanych powyżej nowych uregulowań prawnych. Perspektywa dodatkowych kosztów mogłaby być znaczącym czynnikiem mobilizującym strony do szybszej realizacji inicjatywy dowodowej, co nie pozostawałoby bez znaczenia z punktu widzenia sprawności całego postępowania, jednak wprowadzenie rozwiązania na wzór unormowań szwajcarskiego k.p.k. byłoby trudne do pogodzenia z zasadą prawa do obrony.

3. UWAGI NA TEMAT POSZCZEGÓLNYCH INSTYTUCJI POLSKIEGO KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO WPŁYWAJĄCYCH NA KSZTAŁT ZASADY CIĄGŁOŚCI ROZPRAWY I KONCENTRACJI MATERIAŁU DOWODOWEGO WRAZ Z WNIOSKAMI *DE LEGE FERENDA*

3.1. Rozprawa „dzień po dniu"

Faktem jest, że w ciągu kilku godzin trudno zakończyć np. sprawę o skomplikowanym stanie faktycznym i prawnym, która wymaga zarządzenia stosownej przerwy w celu udania się na wypoczynek. Zgodnie z prezentowanym w doktrynie poglądem w tego rodzaju sytuacji rozprawę należałoby prowadzić „przed niezmienionym składem sądu dzień po dniu (z wyłączeniem dni wolnych od pracy) aż do jej zakończenia[15]". Jakkolwiek przywołany pogląd zasługuje na pełną akceptację, w praktyce jego realizacja z różnych przyczyn napotyka na przeszkody. Jedną z tych przyczyn jest czasem brak należytego zaplanowania i przygotowania rozprawy, zwłaszcza gdy można z góry założyć, że jeden termin będzie niewystarczający do rozstrzygnięcia sprawy. W takich przypadkach terminy kolejnych rozpraw, choć mieszczą się zazwyczaj w określonych przez k.p.k. granicach, często są dość odległe, ponieważ ich wyznaczenie odbywa się z uwzględnieniem liczby dni, w których sędzia nie zaplanował jeszcze innych rozpraw oraz pozostających wówczas do jego dyspozycji wolnych sal sądowych. W tych warunkach za naruszenie zasady ciągłości rozprawy odpowiadają nie tyle przepisy prawne, ponieważ te stwarzają możliwości prowadzenia rozprawy „dzień po dniu", ile raczej czynniki natury techniczno-organizacyjnej. Wydaje się, że występującej w praktyce tendencji do zarządzenia przerwy w rozprawie na okres zbliżony do maksymalnego okresu

[15] Zob. A. Murzynowski, *Zasada*..., s. 175.

jej trwania, a także do odraczania rozprawy w sytuacji, gdy przerwa mogłaby się jednak okazać wystarczająca, nie sprzyja przepis § 63 ust. 1 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych[16], który ma następującą treść: „Wyznaczając nowe sprawy na rozprawę lub posiedzenie jawne, przewodniczący powinien pozostawiać wolne terminy dni sesyjnych umożliwiające odraczanie lub przerwanie rozprawy w sprawach już rozpoczętych na terminy nie dłuższe niż 3 miesiące pomiędzy rozprawą odbytą, a odroczoną lub przerwaną". Przepis ten ma, co prawda, charakter instrukcyjny i jego nieprzestrzeganie nie wywołuje – co do zasady – skutków prawnych, jednak nie sposób zakwestionować tego, że wyrażona w nim norma ma znaczenie dyscyplinujące i skłania do podejmowania starań o prowadzenie spraw w możliwie zwartym okresie. Po pierwsze, można mieć pewne zastrzeżenia odnośnie do formuły tego przepisu. Kodeks postępowania karnego zezwala na zarządzenie przerwy, która każdorazowo może trwać nie dłużej niż 42 dni (art. 401 § 2 k.p.k.). Wolne terminy dni sesyjnych umożliwiające kontynuację przerwanej rozprawy powinny być zatem zachowane w okresie nieprzekraczającym wskazanej liczby dni. Po drugie, zważywszy na instruujący charakter wskazanego przepisu, być może *de lege ferenda* warto byłoby go uzupełnić, np. w następujący sposób:

„W razie potrzeby, w szczególności w sprawach o skomplikowanym stanie faktycznym, wolne terminy dni sesyjnych powinny być zachowane w dni następujące po pierwszym terminie rozprawy, zwłaszcza, gdy zachodzi przypuszczenie, że rozprawa zostanie przerwana dla wypoczynku".

Oczywiście również na gruncie obecnie obowiązujących rozwiązań nie zachodzą przeszkody, by rozprawa w razie takiej potrzeby i możliwości odbywała się dzień po dniu. Przepis o kształcie zbliżonym do ww. propozycji mógłby się jednak przyczynić do zwiększenia liczby spraw rozstrzyganych w większym niż obecnie stopniu, z poszanowaniem zasady ciągłości rozprawy. *De lege lata* obowiązują – co prawda – przepisy dyrektywalne, które nakazują takie ukształtowanie postępowania, by rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.) oraz zobowiązują przewodniczącego do tego, by dążył do rozstrzygnięcia sprawy na pierwszej rozprawie głównej (art. 366 § 2 k.p.k.), ale jednocześnie żadnych ujemnych konsekwencji procesowych nie wywołuje wyznaczanie rozpraw w długich miesięcznych odstępach, pod warunkiem „zmieszczenia się" w dopuszczalnym ustawowym wymiarze przerwy w rozprawie. Brak nawet instrukcyjnych unormowań, wskazujących na powinność zarządzania przerw na możliwie najkrótszy okres, sprawia, że w praktyce okres ten jest często zbliżony do wyznaczonego przez Kodeks postępowania karnego maksymalnego terminu, którego przekroczenie wiąże się już – co do zasady – z koniecznością prowadzenia rozprawy od początku[17].

3.2. Optymalna granica czasowa przerwy w rozprawie

Do czasu nowelizacji k.p.k. z 2019 r. dopuszczalny czas trwania przerwy w rozprawie wynosił 35 dni. Czas ten wydawał się „bezpieczny", np. z punktu widzenia możliwości

[16] Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23.12.2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. poz. 2316 ze zm.).

[17] Zob. A. Bojańczyk, T. Razowski, *W kwestii optymalnego czasu przerwy i odroczenia w postępowaniu karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2009/3, s. 172–174.

sprowadzenia określonych dowodów. Obecnie maksymalny czas trwania przerwy wynosi 42 dni. Można mieć pewne zastrzeżenia co do trafności argumentów przemawiających za kolejnym wydłużeniem tego okresu, zwłaszcza że w świetle zasady ciągłości rozprawy można sformułować oczekiwanie, by skądinąd nieuniknione od niej wyjątki miały jak najmniejszy zakres. Warto zwrócić jednak uwagę na to, że ustawodawca sukcesywnie, począwszy od Kodeksu postępowania karnego z 1928 r.[18], wydłużał dopuszczalny termin przerwy w rozprawie. W projekcie ustawy postępowania karnego opracowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Rzeczypospolitej Polskiej zawarto przepis[19], w świetle którego dopuszczany maksymalny okres przerwy był bardzo krótki, wynosił bowiem jedynie 3 dni. W pierwotnym tekście ustawy – Kodeks postępowania karnego z 1928 r. maksymalny okres przerwy wydłużono do 14 dni, przy czym termin ten podlegał następnie różnym modyfikacjom obejmującym liczbę 21 dni przewidzianą w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r.[20] aż do stanu z chwili obecnej. Argument wysuwany przez osoby postulujące przedłużenie tego okresu był głównie związany z tym, że w wielu przypadkach w następstwie jego przekroczenia zachodziła potrzeba powtarzania dokonanych czynności. Obecnie argument ten utracił częściowo na znaczeniu, ponieważ – co prawda – w drodze wyjątku, ale rozprawa odroczona, w tym uznana za odroczoną w następstwie przekroczenia terminu przerwy może być prowadzona w dalszym ciągu, pod warunkiem że skład sądu nie uległ zmianie (art. 404 § 2 zd. 2 w zw. z art. 402 § 3 k.p.k.[21]). Tymczasem, z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej k.p.k. przewidującego wydłużenie okresu przerwy w rozprawie do 42 dni[22] wynika, że „wyjątkowe" prowadzenie rozprawy odroczonej w dalszym ciągu jest interpretowane restrykcyjnie. W uzasadnieniu projektu powołano również argument, że w praktyce o nowych terminach zawiadamia się i wzywa strony. Zwiększona liczba obowiązków referenta skutkująca niemożnością koncentracji terminów sprawia, że rozprawy są często odraczane. Z tych względów zaproponowano wydłużenie terminu, na jaki rozprawa może być przerwana, co zmniejszy zakres obowiązków związanych z obsługą spraw (głównie w obszarze korespondencji). W kontekście zasady ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego przedstawione uzasadnienie dla wydłużenia okresu przerwy w rozprawie nie wydaje się w pełni przekonujące. W tych warunkach można mieć wątpliwości, czy kolejne poszerzenie zakresu dopuszczalnych odstępstw od wymienionej zasady w istocie było konieczne.

3.3. Przygotowanie przez stronę wniosków dowodowych jako okoliczność uzasadniająca przerwę

O ile przedstawione dotychczas propozycje można ewentualnie rozważać w aspekcie postulatów *de lege ferenda*, o tyle *de lege lata* zastrzeżenia budzi brzmienie przepisu art. 401 k.p.k., zgodnie z którym przewodniczący może przerwać rozprawę główną m.in. w celu przygotowania przez strony wniosków dowodowych. Tego rodzaju przyczyna przerwania rozprawy została wprowadzona ustawą nowelizującą k.p.k.

[18] Ustawa z ...?
[19] Warszawa–Lwów 1926–1927, art. 354 projektu.
[20] Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 13, poz. 96 ze zm. – dalej k.p.k. z 1969 r.), art. 347 § 2.
[21] Zob. J. Kudrelek, *Zasada ciągłości w postępowaniu karnym*, Szczytno 2008, s. 134.
[22] Druk sejmowy nr 3251.

z 27.09.2013 r.[23], z założeniem zdecydowanego wzmocnienia zasady kontradyktoryjności w postępowaniu jurysdykcyjnym i tym samym ograniczenia dowodowej inicjatywy sądu. Jak wiadomo, kolejną ustawą zmieniającą k.p.k. z 11.03.2016 r.[24] ustawodawca odszedł od założeń wyżej wspomnianej nowelizacji, niemniej jednak zmienione brzmienie przepisu art. 401 k.p.k. zostało zachowane. Faktem jest, że naruszenie abstrakcyjnie pojmowanej zasady ciągłości rozprawy jest nieraz w pełni usprawiedliwione, jednak określone przez k.p.k. powody, dla których można to uczynić, powinny mieć charakter wyjątkowy. Trudno kwestionować te określone przez Kodeks postępowania karnego powody, które są związane z naturalną potrzebą wypoczynku czy koniecznością sprowadzenia dowodu. Mogą pojawić się również inne trudne lub wręcz niemożliwe do enumeratywnego wyliczenia okoliczności, które skutkują potrzebą zarządzenia przerwy, jak chociażby zdrowotna niedyspozycja obrońcy, który – co prawda – pojawił się na rozprawie, jednak nie jest w stanie wykonywać czynności w ramach powierzonej mu funkcji. Wówczas przerwa w rozprawie może zostać zarządzona w związku z „inną ważną przyczyną". Pozostawienie wyraźnej możliwości zarządzenia przerwy w rozprawie w celu przygotowania przez strony wniosków dowodowych nie wydaje się natomiast uzasadnione. Stosowanie instytucji przerwy we wskazanej sytuacji (np. na wniosek oskarżonego, który działa za pośrednictwem nienależycie przygotowanego do rozprawy obrońcy) sprawia, że wspomniana instytucja traci poniekąd swój wyjątkowy charakter. Potrzeba przygotowania przez stronę wniosku dowodowego w wyjątkowym przypadku mogłaby być zakwalifikowana jako „inna ważna przyczyna", która w świetle przepisu art. 401 k.p.k. też umożliwia zarządzenie przerwy. Warto byłoby zatem rozważyć ewentualną zmianę brzmienia wskazanego przepisu poprzez powrót do redakcji sprzed nowelizacji z 2013 r.

3.4. Ciągłość rozprawy a kwestia doręczeń

Na tle zasady ciągłości rozprawy i korelującej z nią zasady sprawności postępowania wyłania się niezwykle ważne zagadnienie, jakim jest obowiązujący system doręczeń, który w praktyce wpływa na możliwość urzeczywistnienia ww. zasad. Nie tylko w praktyce, ale także w doktrynie jest od lat prezentowane stanowisko o niewystarczającym wykorzystaniu w tym obszarze narzędzi komunikacji elektronicznej[25]. Co prawda, przepis art. 132 § 3 k.p.k. przewiduje, z pewnymi wyłączeniami określonymi w kolejnym paragrafie, możliwość doręczenia adresatom pism za pośrednictwem telefaksu lub poczty elektronicznej, ale w związku z tym, że jest to przepis lakoniczny, nieczęsto znajduje zastosowanie w praktyce. Tymczasem problemy ze skutecznym doręczeniem wezwań podejrzanym (oskarżonym) oraz świadkom stanowią jedną z przyczyn przewlekłości postępowań. O ile nowe technologie zostały z powodzeniem zaadaptowane w procedurze cywilnej i administracyjnej (np. EPU, ePUAP), o tyle

[23] Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247 ze zm.).
[24] Ustawa z 11.03.2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437 ze zm.).
[25] Zob. A. Ozimek, *Szansa w internecie*, https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-2/opinie-2/szansa-w-internecie.html (dostęp: 17.09.2018 r.); zob. również J. Kosowski, *Odformalizowanie i elektronizacja jako kierunek rozwoju postępowania karnego* [w:] *e-Wymiar sprawiedliwości w aspekcie europejskim*, red. B. Śliwczyńska, L. Łuczak-Noworolnik, Poznań 2016.

proces karny uległ pod tym względem swego rodzaju petryfikacji, choć wydaje się, że narzędzia komunikacji elektronicznej mogłyby być wykorzystane również w tej tradycyjnej formule postępowania. Unormowania określające procedurę doręczeń w sprawach karnych należałoby zatem zmienić, tak by komunikacja elektroniczna stała się jednym z podstawowych sposobów realizacji doręczeń, zwłaszcza gdyby strona sama wybrała tę drogę odbioru korespondencji z sądu. Oczywiście przy okazji tego postulatu wyłania się szereg ważkich zagadnień dotyczących m.in. bezpieczeństwa tej formy komunikacji, niemniej jednak przekraczają one ramy niniejszego opracowania. Przykładowo, warto jednak wskazać, że elektroniczną drogę komunikacji w razie wyrażenia na nią zgody przewiduje szwajcarski Kodeks postępowania karnego. Pisma muszą być wtedy zaopatrzone w podpis elektroniczny. Szczegółowe kwestie w tym zakresie określa ustawa z 18.06.2016 r. o podpisie elektronicznym[26]. Odrębne przepisy określają również m.in. metodę transmisji danych oraz moment, w którym komunikat uznaje się za doręczony[27]. Warto też odnotować stosowane w Szwajcarii rozwiązanie polegające na uznawaniu dokumentu przesłanego listem poleconym za doręczony, w razie gdy adresat nie odebrał listu w ciągu 7 dni od nieudanej próby doręczenia, mimo że oczekiwał przesyłki (art. 85 ust. 4 szwajcarskiego k.p.k.). Jak wiadomo, w Polsce obowiązuje zasada podwójnego awizowania (art. 133 § 2 k.p.k.), która budzi pewne zastrzeżenia i tym samym skłania do postawienia pytania o to, czy *de lege ferenda* zasada ta powinna zachować swój dotychczasowy legislacyjny kształt?

Janina Czapska przywołała niegdyś wypowiedź jednego z niemieckich sędziów: „jeśli konkretna osoba wie, że przeciwko niej toczy się postępowanie, to musi wykazać się troską, aby zawiadomienie do niej dotarło. Jeśli tego nie zrobi, musi mieć świadomość negatywnych konsekwencji"[28]. Wypowiedź ta zachowuje obecnie aktualność również na gruncie polskiej procedury karnej. Co więcej, oskarżony oraz jego obrońca muszą wykazać się też troską, aby stawić się na rozprawę, bowiem stosownie do brzmienia art. 378a k.p.k.[29] niestawiennictwo oskarżonego lub jego obrońcy na rozprawę, nawet w razie jej usprawiedliwienia, nie stoi na przeszkodzie w szczególnie uzasadnionych przypadkach, przeprowadzeniu postępowania dowodowego, a w szczególności przesłuchania świadków, którzy stawili się na rozprawę, nawet jeżeli oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień.

4. ZAKOŃCZENIE

W niniejszym opracowaniu zasygnalizowano jedynie część z licznych kwestii mieszczących się w obszarze problematyki zasady ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego, istotnej również z punktu widzenia sprawności procesu karnego.

Z pewnością dokonany wybór państw, do których odniesiono się w aspekcie prawnoporównawczym, może jawić się jako nieco zaskakujący, przy czym stanowił

[26] Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate, https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20131913/index.html (dostęp: 17.09.2018 r.).

[27] Zob. art. 86[22] szwajcarskiego k.p.k.

[28] Zob. J. Czapska, *Przewlekłość postępowania karnego w świetle badań jakościowych. Ograniczenia innowacji przez prawo* [w:] *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, red. S. Waltoś, J. Czapska, Kraków 2007, s. 228.

[29] Przepis ten został wprowadzony przez ustawę nowelizującą k.p.k. z 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1694).

on rezultat poszukiwań rozwiązań funkcjonujących w innych systemach prawnych, które wydają się szczególnie interesujące i tym samym zachęcające do podjęcia próby ich recypowania do polskiej ustawy karnoprocesowej.

Niezależnie od zasygnalizowanych w opracowaniu kolejnych nowelizacji Kodeksu postępowania karnego niepozostających bez znaczenia z punktu widzenia dynamiki postępowania karnego, aktualny pozostaje postulat kontynuowania prac w kierunku zapewnienia przepisom karnoprocesowym, w tym związanym z zasadą ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego, takiego legislacyjnego kształtu, który wychodząc naprzeciw potrzebie zagwarantowania sprawności postępowania, jak również przestrzegania gwarancji procesowych wyznaczy optymalną drogę realizacji zadań procesu karnego. Inną sprawą jest zaś to, że obok ujętych w k.p.k. przyczyn czasowego wstrzymania biegu procesu karnego, istnieje szereg przyczyn „pozanormatywnych", wyraźnie nieprzewidzianych przez prawo, które także oddziałują na dynamikę postępowania (np. długi okres oczekiwania na sporządzenie opinii przez biegłego).

Zaprezentowane w opracowaniu zagadnienia odnoszące się do wybranych „normatywnych" przyczyn wstrzymania biegu procesu karnego mogą zapewne stanowić asumpt do dalszej głębszej analizy jurydycznej i prawnoporównawczej.

Abstract

Dorota Orkiszewska, *Principles of Trial Continuity and Evidence Concentration in Criminal Cases against the Background of Legal Systems of Selected Countries*

The paper presents selected problems relating to ensuring trial continuity and concentration of evidence in criminal cases. An analysis of the relevant Polish norms, conducted from the point of view of legal solutions applied in other countries – which solutions deserve attention in the author's view – encourage the author to attempt to formulate several conclusions relating to desirable legislative amendments. If introduced, they might contribute to strengthening the implementation of principles of trial continuity and evidence concentration, thus facilitating the criminal procedure. Apart from the comparative law aspects, the paper contains remarks about the individual mechanisms provided for in the Polish Code of Criminal Procedure, which mechanisms influence the principles of trial continuity and evidence concentration. It also presents conclusions aimed at optimizing the existing legal solutions. In the author's view, it seems unjustifiable to retain an express possibility of adjourning the trial in order to enable the parties to prepare motions relating to evidence.

Keywords: *principle of continuity, trial continuity, concentration of evidence, principle of efficiency of criminal procedure*

Streszczenie

Dorota Orkiszewska, *Zasada ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego w sprawach karnych na tle systemów prawnych wybranych państw*

W artykule zaprezentowano wybrane problemy związane z zapewnieniem ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego w sprawach karnych. Analiza polskich unormowań we wskazanym zakresie dokonana przez pryzmat zasługujących – w ocenie autorki

– na uwagę rozwiązań prawnych stosowanych w innych państwach, zachęciła do podjęcia próby sformułowania kilku wniosków de lege ferenda, których ewentualne uwzględnienie mogłoby się przyczynić do wzmocnienia realizacji zasady ciągłości rozprawy i koncentracji materiału dowodowego, i tym samym usprawnienia procesu karnego. Niezależnie od aspektów prawnoporównawczych opracowanie obejmuje uwagi na temat poszczególnych instytucji polskiego Kodeksu postępowania karnego wpływających na kształt zasady ciągłości i koncentracji materiału dowodowego, wraz z wnioskami ukierunkowanymi na optymalizację istniejących rozwiązań prawnych. W ocenie autorki nieuzasadnione wydaje się np. pozostawienie wyraźnej możliwości zarządzenia przerwy w rozprawie w celu przygotowania przez strony wniosków dowodowych.

Słowa kluczowe: *zasada ciągłości, ciągłość rozprawy, koncentracja materiału dowodowego, zasada sprawności postępowania karnego*

Literatura:

1. Bojańczyk A., Razowski T., *W kwestii optymalnego czasu przerwy i odroczenia w postępowaniu karnym*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2009, nr 3;
2. Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne,* Warszawa 1984;
3. Czapska J., *Przewlekłość postępowania karnego w świetle badań jakościowych. Ograniczenia innowacji przez prawo* [w:] *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, red. S. Waltoś, J. Czapska, Kraków 2007;
4. Grajewski J. [w:] *Prawo karne procesowe. Część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2009;
5. Por. M. Klejnowska, *Posiedzenie przygotowawcze sądu karnego przez rozprawą*, „Prokuratura i Prawo" 2014/7–8, s. 24.
6. Kmiecik R. [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2004;
7. Kosowski J., *Odformalizowanie i elektronizacja jako kierunek rozwoju postępowania karnego* [w:] *e-Wymiar sprawiedliwości w aspekcie europejskim*, red. B. Śliwczyńska, L. Łuczak-Noworolnik, Poznań 2016;
8. Kudrelek J., *Zasada ciągłości w postępowaniu karnym*, Szczytno 2008;
9. Murzynowski A., *Zasada ciągłości rozprawy w polskim procesie karnym* [w:] *Współczesne problemy procesu karnego i wymiaru sprawiedliwości. Księga ku czci Profesora Kazimierza Marszała*, red. P. Hofmański, K. Zgryzek, Katowice 2003
10. Ozimek A., *Szansa w internecie*, https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-2/opinie-2/szansa-w-internecie.html;
11. Siemaszko A., Gruszczyńska B. Marczewski M., Ostaszewski P., Więcek-Durańska A., *Sądownictwo. Polska na tle pozostałych krajów Unii Europejskiej* https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_S%C4%85downictwo.-Polska-na-tle-pozosta%C5%82ych-kraj%C3%B3w-Unii-Europejskiej-1.pdf;
12. Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1961;
13. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4106

Konrad Lipiński*

Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw**

Mogłoby się wydawać, że zagadnienie zmodyfikowanych typów przestępstw oraz związana z nim kwestia łączenia poszczególnych typizacji w pary lub nawet nieco większe „rodziny" o pewnych cechach wspólnych stanowi problem o charakterze raczej teoretycznym niż praktycznym. Niekiedy jednak od kryteriów wypracowanych na dość wysokim stopniu ogólności może zależeć wiele rozstrzygnięć istotnych na etapie stosowania prawa, a związanych choćby z możliwością przyjęcia (lub wykluczenia) tzw. pozornego zbiegu przepisów, a w konsekwencji – odpowiednią kwalifikacją prawną zachowania realizującego znamiona określone w ustawie karnej, od której – o czym szerzej przekonywać nie trzeba – zależy szereg jak najbardziej praktycznych konsekwencji ponoszonych przez sprawcę czynu zabronionego.

Jednym z tego rodzaju problemów, które wymagają analizy z perspektywy zagadnienia zmodyfikowanych typów przestępstw, jest stosunek przestępstwa wymuszenia zwrotu wierzytelności z art. 191 § 2 Kodeksu karnego[1] do niektórych innych przestępstw polegających na użyciu przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania lub zaniechania. W szczególności należałoby się zastanowić, jak przedstawia się relacja między wspomnianym typem czynu zabronionego a niektórymi przestępstwami stypizowanymi w rozdziale XXXV Kodeksu karnego. Spośród nasuwających się kwestii spornych dotyczących przestępstwa wymuszania zwrotu wierzytelności oraz jego relacji do innych typów czynów zabronionych, w niniejszym opracowaniu dla celów dalszych rozważań wybrano – dodajmy, że w sposób całkowicie arbitralny – dwa powiązane ze sobą zagadnienia. Pierwsze w nich dałoby się zawrzeć w pytaniu: jak przedstawia się relacja między przestępstwem wymuszenia zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 k.k.) a typami czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu, polegających na użyciu przemocy lub groźby

* Dr Konrad Lipiński jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Polska, ORCID 0000–0001–5342–4905, e-mail: konrad.lipinski@uwr.edu.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 31.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.
[1] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

bezprawnej (w szczególności zaś rozboju)? Drugie zaś, dotyczące strony podmiotowej omawianego typu czynu zabronionego, dałoby się z kolei ograniczyć do pytania, czy wierzytelność, do której zwrotu dąży sprawca czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k. musi w rzeczywistości (obiektywnie) istnieć czy też stanowi ona jedynie dookreślenie znamion strony podmiotowej czynu zabronionego stypizowanego w tym przepisie.

Próbując udzielić możliwie kompleksowej odpowiedzi na pierwsze z zadanych pytań, w pierwszej kolejności należy się zastanowić, jakie kryteria przesądzają o tym, że określone typy czynów zabronionych postrzegamy jako powiązane ze sobą do tego stopnia, iż pozostają ze sobą w relacji „typ podstawowy – typ zmodyfikowany". Tego typu związek między dwoma przepisami typizującymi opiera się na założeniu, że jeden z nich obejmuje jakiś podstawowy zestaw znamion, podczas gdy pozostałe z nim „spokrewnione" – tożsamy zestaw, wzbogacony jednak o dodatkowe znamiona modyfikujące. Nie można jednak wykluczyć tego rodzaju relacji, w której dwa typy będzie charakteryzować pewien wspólny rdzeń oraz znamiona względem niego dodatkowe. Nieco trudniej byłoby wówczas określić, który z porównywanych przepisów wysławia typ podstawowy, a który – zmodyfikowany (kwalifikowany lub uprzywilejowany). W istocie bowiem – co warto podkreślić – ten używany tradycyjnie zestaw pojęć nabiera sensu jedynie w kontekście porównania kilku przepisów potencjalnie pozostających ze sobą w swoistej „relacji pokrewieństwa". Żaden typ czynu zabronionego nie jest wszak z samej swej istoty podstawowy, uprzywilejowany lub kwalifikowany. Przy takim, jak się zdaje, niekontrowersyjnym założeniu, wstępne pytanie powinno zatem dotyczyć kryteriów dobierania w pary (lub większe grupy) porównywanych przepisów typizujących, aby w dalszej dopiero kolejności stwierdzić ich wzajemne powiązania dające się opisać pojęciami „typ podstawowy" oraz „typ zmodyfikowany".

Zbliżając tę uwagę do zasadniczego problemu leżącego u podstaw pierwszego z pytań oraz postrzegając ją w kontekście potencjalnego zbiegu przepisów, nietrudno zauważyć, że relacja ta – w najbardziej ogólnym ujęciu – może się przedstawiać dwojako. Może się bowiem okazać, że część znamion charakteryzujących – z jednej strony – niektóre przestępstwa przeciwko mieniu polegające na używaniu przemocy lub groźby bezprawnej oraz – z drugiej strony – wymuszenie zwrotu wierzytelności, będzie tworzyć pewne wspólne „rdzenne" czy podstawowe znamiona. Należałoby wówczas przyjąć, że wspomniane typy czynów zabronionych będą występować między sobą w relacji: „typ podstawowy – typ zmodyfikowany", zaś występujący między nimi zbieg mógłby mieć co najwyżej charakter pozorny. Może jednak być również tak, że między tymi typami nie wystąpi powiązanie, które dałoby się określić parą pojęć „typ podstawowy – typ zmodyfikowany" z uwagi na brak wspólnego rdzenia (podstawowych znamion typu). Przy tego rodzaju wniosku należałoby rozważyć, czy do zachowania realizującego jednocześnie – przykładowo – znamiona rozboju i wymuszenia rozbójniczego, należy zastosować jakiekolwiek reguły wyłączania wielości ocen, zaś w przypadku udzielenia odpowiedzi pozytywnej – czy zastosowanie takich reguł doprowadziłoby do wyeliminowania z kwalifikacji prawnej jednego z przepisów (zbieg pomijalny) czy też konieczne byłoby zastosowanie kwalifikacji kumulatywnej (zbieg rzeczywisty).

Dla porządku należy jeszcze dodać, że u podstaw wyróżniania zmodyfikowanych typów przestępstw mogą leżeć dwa konkurencyjne założenia, stanowiące skądinąd konsekwencję odmiennego pojmowania struktury i funkcji normy sankcjonowanej

w prawie karnym. Otóż jest możliwe przyjęcie, że elementem łączącym zmodyfikowane typy przestępstw określonej grupy jest powiązanie kilku przepisów ustawy karnej z tożsamą normą sankcjonowaną. Przykładowo zatem dla zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) i dzieciobójstwa (art. 149 k.k.) czy też – przenosząc się w rejony Kodeksu karnego bliższe rozpatrywanemu zagadnieniu – dla kradzieży (art. 278 § 1 k.k.) i rozboju (art. 280 § 1 k.k.) wspólna byłaby naruszana przez sprawcę norma sankcjonowana, a w konsekwencji – te znamiona typu czynu zabronionego, które o naruszeniu takiej normy decydują[2]. Normy sankcjonujące pozostawałyby zaś względem siebie w sprzeczności[3]. Alternatywnie można zaś przyjąć, że treść normy sankcjonowanej wyprowadzanej z przepisu określającego podstawową postać typu czynu zabronionego oraz z przepisu określającego jego postać zmodyfikowaną jest odmienna w tym znaczeniu, iż każdy z tych przepisów wysławia odmienną „własną" normę sankcjonowaną[4]. Pogląd ten stanowi pokłosie założenia, że do przekroczenia normy sankcjonowanej w prawie karnym dochodzi wówczas, gdy sprawca swoim zachowaniem wypełni wszystkie znamiona typu czynu zabronionego, zaś przekroczenie tej normy pozwala jedynie stwierdzić, iż sprawca dopuścił się zachowania zakazanego w prawie karnym, co jednak jeszcze nie oznacza, że zachowanie takie jest bezprawne[5].

Przeniesienie problemu na płaszczyznę normatywną nie udziela jednak odpowiedzi na kluczowe pytanie, w jaki sposób zdeterminować zestaw znamion pozwalających na porównanie (przynajmniej) dwu typów czynów zabronionych, którego efektem byłoby stwierdzenie, że jeden wobec drugiego stanowi typ podstawowy, drugi zaś wobec pierwszego – typ zmodyfikowany. Rzecz bowiem w tym że – jak już wspomniano – pojęcia te można relatywizować, bowiem nie ma takich typów przestępstw, które są z samej swej istoty podstawowe, kwalifikowane lub uprzywilejowane. Innymi słowy, nie istnieją typy „z natury" podstawowe, zasadnicze czy wyjściowe, co staje się jeszcze bardziej widoczne, jeśliby się posłużyć parą określeń „typ ogólny" i „typ szczególny"[6]. Co więcej – ustawodawca bynajmniej tego rodzaju modyfikacjami posługiwać się nie musi, choć czyni to – używając określenia Przemysława Konieczniaka – „z potrzeby serca"[7].

---

[2] Zwolennikiem tego poglądu jest m.in. Andrzej Zoll. Autor ten stwierdza: „W rozgraniczeniu znamion na odnoszące się do sfery normy sankcjonowanej i sfery normy sankcjonującej (decydujących o bezprawności lub decydujących o karalności czynu) należy się dopatrywać klucza do ustalenia kryterium podziału typów przestępnych na typy zasadnicze i zmodyfikowane. Typy zmodyfikowane naruszają, podobnie jak typ zasadniczy, tę samą normę prawną [sankcjonowaną – dop. K.L.]. Różnica między nimi spowodowana jest przez znamiona decydujące o różnej karalności czynów realizujących typ zasadniczy i zmodyfikowany. Będą to znamiona, które nie są konstytutywne dla samej ujemnej oceny czynu (ustalenia jego społecznego niebezpieczeństwa – aspektu aksjologicznego), a jedynie będą istotne dla oceny stopnia tego niebezpieczeństwa". A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze" 1990, t. XXIII, s. 88. Zob. też A. Zoll, Recenzja książki A. Spotowskiego pt. *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, „Państwo i Prawo" 1977/5, s. 133. Podobną myśl znajdziemy u Tadeusza Bojarskiego, który wskazuje, że „odmiany łączy z typem podstawowym jeszcze to, iż wszystkie one wraz z typem podstawowym opierają się na jednej normie, na jednym i tym samym zakazie lub nakazie ustawy karnej" i dalej: „typ podstawowy i jego odmiany (…) opierają się zawsze na tej samej normie". T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 19 i 23.

[3] W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 298.

[4] Zob. m.in. Ł. Pohl, *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, „Ius Novum" 2010/1, s. 7 i n.; Ł. Pohl, *Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstw* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 19 i n.

[5] Szerzej Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.

[6] Zob. W. Wolter, *Uprzywilejowane typy przestępstw*, „Państwo i Prawo" 1976/1–2, s. 105.

[7] P. Konieczniak, *Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych* [w:] *Zmodyfikowane typy…*, s. 26.

Najpowszechniejszym, a zarazem niewątpliwie intuicyjnym kryterium pozwalającym na ustalenie relacji „typ zasadniczy – typ zmodyfikowany" jest wynik porównania zestawów znamion dwu typów czynów zabronionych prowadzący do wniosku, że – najogólniej mówiąc – znamiona jednego z typów zasadniczo pokrywają się ze znamionami drugiego z nich, wykazując jednak pewien naddatek. Typ zmodyfikowany powstaje zatem przez umieszczenie w opisie czynu pewnych dodatkowych elementów, niewystępujących w typie podstawowym. Jak przyjmuje T. Bojarski, „typy podstawowe stanowią jądro, tworzywo umożliwiające wytworzenie większych grup przestępstw przez dodanie szczegółów"[8]. Typ podstawowy stanowi zatem o „istocie" przestępstwa, zaś typy zmodyfikowane – do owej „bazy" dobudowują znamiona uszczegóławiające, a tym samym „ponadpodstawowe"[9]. Zarówno typy uprzywilejowane, jak i kwalifikowane powstają w wyniku swoistej „specjalizacji" typów podstawowych, z uwagi na typowo wyższy lub typowo niższy stopień społecznej szkodliwości[10]. Z perspektywy omawianego zagadnienia istotne wydaje się również spostrzeżenie, że z punktu widzenia ogólnej konstrukcji typu przestępstw, typy zmodyfikowane – mimo to, iż stanowią jedynie pewne odmiany typu wyjściowego – są takimi samymi typami jak typy podstawowe, różniąc się od nich jedynie proweniencją[11]. Powszechnie przyjmuje się też, że odmiany podstawowych typów przestępstw tworzyć mogą pewne – mniej lub bardziej liczne – „rodziny"[12], wewnątrz których można dokonywać poszczególnych porównań prowadzących do wniosku, iż określone typy są względem siebie uprzywilejowane lub kwalifikowane – w zależności od tego, który z typów przyjmiemy za typ wyjściowy.

Do tych – przyznajmy – dość teoretycznych rozważań, warto dodać jeszcze jeden element. Otóż z wcześniej wymienionymi uwagami dotyczącymi okoliczności dodawanych przez ustawodawcę do opisu typu, a tym samym tworzących odmiany typów przestępstw, konweniuje zaproponowany przez Jacka Giezka podział znamion na te, które typ konstytuują (znamiona konstytuujące typ czynu zabronionego) oraz na te, które go w jakiś sposób modyfikują (znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego). O ile pierwsze z nich stanowią stały element w opisie zabronionego zachowania, o tyle znamiona modyfikujące ów opis jedynie wzbogacają, nie przesądzając o samym popełnieniu czynu zabronionego (jest to bowiem zagwarantowane realizacją kompletu znamion konstytuujących), a jedynie dookreślając, do popełnienia jakiego czynu (a w istocie: jakiej jego odmiany) doszło[13].

---

[8] T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 17. Jedynie na marginesie należy dodać, że zdaniem T. Bojarskiego istnieje również druga forma wyróżniania typów zmodyfikowanych, a mianowicie polegająca na „wyjęciu" z zakresu typu podstawowego niektórych przypadków zasługujących – w przekonaniu ustawodawcy – na szczególne potraktowanie (zob. T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 21–22). Można by się wszelako zastanawiać, czy tego rodzaju logiczna relacja między typem podstawowym a typem zmodyfikowanym – polegająca na wzajemnym wykluczaniu się – nie stanowi jednak cechy uniwersalnej, występującej niezależnie od techniki typizacyjnej przyjętej przez ustawodawcę.

[9] J. Brzezińska, *Uwagi o przestępstwie zmodyfikowanym z perspektywy dzieciobójstwa*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2013, t. 29, s. 17; T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 20.

[10] Zob. W. Wolter, *Z rozważań nad kwalifikowanymi typami przestępstw*, „Państwo i Prawo" 1972/8–9, s. 25. Tak też T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 22.

[11] T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 19.

[12] Zob. m.in. T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 17; J. Brzezińska, *Uwagi o przestępstwie*…, s. 19; J. Brzezińska, *Uwagi o dynamice typów zmodyfikowanych przestępstwa* [w:] *Zmodyfikowane typy*…, s. 204 i n.; J. Giezek, *Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary* [w:] *Zmodyfikowane typy*…, s. 153 i n.

[13] J. Giezek, *Znamiona*… [w:] *Zmodyfikowane typy*…, s. 153–154.

Zbliżając się zatem do istoty omawianego w tym miejscu zagadnienia, należy podkreślić, że kryterium pozwalającym na rozróżnienie poszczególnych grup czy „rodzin" typizacji mogą być takie znamiona, które – porównując kilka typów czynów zabronionych – skłonni bylibyśmy nazywać znamionami *constans*, a zarazem takie, które stanowią fundament owych przestępstw oraz je konstytuują, pojawiając się we wszystkich analizowanych typizacjach[14]. Bardziej uzasadnione wydaje się przy tym określenie „podstawowe znamiona typu" niż „znamiona typu podstawowego", skoro określenie „typu podstawowego" ma charakter relacyjny, a co więcej – przy założeniu (skądinąd przyjmowanym niejednolicie), że w każdej z typizacji należącej do jednej „rodziny" znamiona modyfikujące pojawiają się w postaci pozytywnej lub zanegowanej – leksykalnie całkowicie nieuzasadniony[15].

Przyjmując zaś perspektywę zorientowaną nieco bardziej praktycznie, warto się odwołać do swoistej „operacyjnej" definicji zmodyfikowanych typów przestępstw, sformułowanej przez Przemysława Konieczniaka. Autor ten proponuje rozpoznawanie par typów czynów zabronionych przedstawiających relację „typ podstawowy – typ zmodyfikowany"[16] według następujących schematów:

a) „Pierwszy przepis zawiera pewien zbiór znamion (powiedzmy: ABCD), a drugi te same i przynajmniej jedno dodatkowe znamię E. W ten sposób zbudowany jest np. art. 148 § 4 k.k. jako modyfikacja § 1.
b) Pierwszy przepis zawiera zbiór znamion ABCD, a drugi ABCD', przy czym D' jest nazwą zakresowo węższą od D (przykładem jest „dziecko" z art. 149, a „człowiek" z art. 148 § 1 k.k.)"[17].

Przy wyżej zreferowanych założeniach dotyczących fundamentów typizacji oraz rdzenia poszczególnych grup czy zbiorów przepisów, nietrudno zauważyć, że poszczególne typy czynów zabronionych można łączyć w najróżniejsze „rodziny", przyjmując za punkt wyjścia pewne cechy wspólne stanowiące w tej analogii „więzy pokrewieństwa". Udzielając zatem odpowiedzi na pierwsze z zadanych na wstępie pytań, w pierwszej kolejności należy zidentyfikować takie elementy, które mogłyby się okazać wspólne dla przestępstwa stypizowanego w art. 191 § 2 k.k. oraz innych typów czynów zabronionych – w szczególności tych, które zostały zgrupowane w rozdziale XXXV obecnie obowiązującego Kodeksu karnego. W tym zaś zakresie należy się odwołać do przeprowadzonej jeszcze pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r.[18] analizy W. Cieślaka[19]. Autor ten – badając relacje między zmuszaniem, rozbojem i wymuszeniem rozbójniczym – dostrzega szereg podobieństw zachodzących między tymi typami, a zatem właśnie owych „więzów pokrewieństwa".

[14] J. Giezek, *Znamiona…* [w:] *Zmodyfikowane typy…*, s. 161.
[15] J. Giezek, *Znamiona…* [w:] *Zmodyfikowane typy…*, s. 165. Nietrudno zauważyć, że u podstaw tego wniosku leży założenie, iż tzw. odmiany podstawowych typów przestępstw pozostają względem siebie w relacji wykluczania, a nie zawierania.
[16] Ściślej rzecz ujmując, P. Konieczniak posługuje się określeniem pary przepisów o charakterze *lex specialis – lex generalis* (*S-G*). P. Konieczniak, *Uwagi o pojmowaniu…* [w:] *Zmodyfikowane typy…*, s. 31–32. Jak jednak już zasugerowano – i jakkolwiek jest to pogląd aktualnie przeważający – można mieć wątpliwości, czy relacje między typem podstawowym a typem zmodyfikowanym w istocie da się opisać tego rodzaju stosunkiem. Zob. dalsze uwagi odwołujące się do rozważeń W. Woltera.
[17] P. Konieczniak, *Uwagi o pojmowaniu…* [w:] *Zmodyfikowane typy…*, s. 32–33.
[18] Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13 poz. 96 ze zm.) – dalej k.k. z 1969 r.
[19] W. Cieślak, *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, „Palestra" 1994/12, s. 40 i n.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że elementem wspólnym łączącym wszystkie z omawianych typizacji jest godzenie w tożsame dobro prawne, którym jest we wszystkich przypadkach wolność, czyli możliwość zachowania się zgodnie z własną wolą[20]. Rzecz bowiem w tym, że zabór określonej rzeczy przy użyciu przemocy (lub groźby natychmiastowego jej użycia) jest niczym innym jak właśnie zmuszeniem innej osoby do zachowania się niezgodnie z własną wolą[21], a zatem – jakby nie patrzeć – godzeniem w wolność pokrzywdzonego. Przypomnijmy zaś, że niezależnie od mogących się nasuwać w tym zakresie wątpliwości, tożsamość dobra prawem chronionego uznaje się za jedno z podstawowych kryteriów pozwalających na łączenie typów w ich „rodziny" w omawianym tu ujęciu[22]. Z drugiej strony zaznaczyć zaś należy, że na przeszkodzie ujęciu kilku typów jako pozostających w „rodzinnej" relacji: „typ podstawowy – typ zmodyfikowany" nie stoi na przeszkodzie fakt, iż któryś z porównywanych typów został ujęty w innym rozdziale ustawy karnej, jeśli możliwe jest stwierdzenie ich „pokrewieństwa" o charakterze rodzajowym[23]. Idąc dalej, W. Cieślak stwierdza, że zarówno zmuszanie do ułatwienia sprawcy dokonania zaboru mienia (a przynajmniej nieprzeszkadzaniu mu w tym), stanowiące znamię przestępstwa rozboju, jak i zmuszanie do rozporządzenia mieniem (charakterystyczne z kolei dla wymuszenia rozbójniczego) „są tylko gatunkowymi odmianami zmuszania do jakiegokolwiek zachowania się"[24], aktualnie stypizowanego w art. 191 § 1 k.k. z 1997 r. Rozważania te prowadzą autora do – trudnego do zakwestionowania przy przyjętych przezeń założeniach – wniosku, że rozbój oraz wymuszenie rozbójnicze stanowią zmodyfikowane typy przestępstwa zmuszania[25]. W istocie bowiem podstawowe znamiona typu ograniczające się do godzenia w wolność innego człowieka poprzez zmuszanie go do określonego zachowania lub zaniechania przy użyciu przemocy lub groźby pozostają *constans*. Zmienia się jedynie przedmiot zmuszania, a zatem – innymi słowy – to, do czego pokrzywdzony jest zmuszany. Z tej perspektywy rzecz ujmując, przepisy typizujące rozbój oraz wymuszenie rozbójnicze precyzują jedynie, że celem działania zmuszającego sprawcy jest przywłaszczenie cudzej rzeczy ruchomej lub osiągnięcie (dodajmy: bezprawnej) korzyści majątkowej[26].

---

[20] Zob. m.in. P. Kardas, *Zasada ochrony wolności a odpowiedzialność karna za wymuszenie zwrotu wierzytelności* [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 151–152. Dodać jednak trzeba, że w przypadku typów zgrupowanych w rozdziale XXXV Kodeksu karnego wolność stanowi uboczny przedmiot ochrony.

[21] W. Cieślak, *O wzajemnym*…, s. 41–42.

[22] Tego rodzaju kryterium posługiwał się już Stanisław Śliwiński, stwierdzając: „Przestępstwo kwalifikowane lub uprzywilejowane zachodzi (…) tylko wtedy, gdy przedmiot ochrony karnej (dobro prawnie chronione) pozostaje zasadniczo ten sam (chociaż ulec może częściowej zmianie)" (S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 83). Zob. też I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu zabronionego. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 17, gdzie autor ten posługuje się kryterium tego samego głównego przedmiotu zamachu.

[23] Zob. T. Bojarski, *Odmiany*…, s. 22 i 23.

[24] W. Cieślak, *O wzajemnym*…, s. 42. Por. też J. Kędzierski, *O właściwą treść i wykładnię przepisu regulującego przestępstwo zmuszania – art. 191 § 1 k.k.* [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002, s. 139.

[25] Odwołując się do przepisów Kodeksu karnego z 1969 r., autor ten stwierdził, że art. 210 § 1 k.k. z 1969 r. (rozbój) oraz art. 211 k.k. z 1969 r. (wymuszenie rozbójnicze) pozostają w relacji podrzędności zakresowej w stosunku do art. 167 k.k. z 1969 r. (zmuszanie), stanowiąc wobec niego *leges speciales*. Pozostawiając na uboczu sygnalizowany już problem, czy w istocie relacja między typami zmodyfikowanymi jest relacją zawierania się czy też wykluczania, nie ulega wątpliwości, że tego rodzaju konstatacja prowadzi do wniosku o zaistnieniu tzw. pozornego zbiegu przepisów. W. Cieślak, *O wzajemnym*…, s. 42–43.

[26] Trzeba jednak przyznać, że w pewnym zakresie między omawianymi typami czynów zabronionych zachodzi różnica w płaszczyźnie strony przedmiotowej, co dotyczy przypadków stosowania przemocy pośredniej oraz doprowadzenia do stanu bezbronności lub nieprzytomności, odpowiednio objętego wyłącznie przepisami art. 191 § 1oraz 280 § 1 i 2 k.k. Zob. P. Kardas, *Zasada ochrony*… [w:] *Prawnokarne*…, s. 155.

Zatrzymując się na moment w tym miejscu rozważań, należy przyjąć, że skoro rozbój i wymuszenie rozbójnicze stanowią typy zmodyfikowane przestępstwa zmuszania, to czyn zabroniony opisany aktualnie w art. 191 § 1 k.k. musiałby w tym układzie stanowić typ podstawowy. Rozbój i wymuszenie rozbójnicze – stanowiąc kwalifikowane typy przestępstwa zmuszania – wykluczają zaś zastosowanie typu podstawowego. Tego rodzaju wypowiedzi pojawiają się zresztą również w innych opracowaniach jako egzemplifikacja problematyki pozornego zbiegu przepisów ustawy[27]. Nasuwa się wszelako pytanie, czy cokolwiek w omawianej, dostrzeżonej przez W. Cieślaka relacji, zmienia odrębne stypizowanie w Kodeksie karnym z 1997 r. – w jego art. 191 § 2 – stosowania wobec innej osoby przemocy lub groźby bezprawnej w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności. Otóż wydaje się, że jest możliwe udzielenie odpowiedzi pozytywnej, która wiązałaby się z ustaleniem relacji „typ podstawowy – typ zmodyfikowany" między analizowanymi przepisami. Jak już bowiem wcześniej wspomniano, tego rodzaju „rodzinna" relacja między różnymi typami czynów zabronionych jest możliwa po sprecyzowaniu określonych „cech pokrewieństwa" tworzących podstawowe znamiona typu, do których dodawane mogłyby być dodatkowe znamiona modyfikujące według jednego z wcześniej zreferowanych schematów w ujęciu P. Konieczniaka (ABCD-ABCDE lub ABCD-ABCD'). Relacja ta musiałaby jednak zachodzić nie tylko między parą typów składającą się ze zmuszania do zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 k.k.) i rozboju lub wymuszenia rozbójniczego (art. 280 § 1 lub 2 oraz 282 k.k.), lecz między najogólniejszym w swoim opisie typem polegającym na zmuszaniu innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia (art. 191 § 1 k.k.) a wszystkimi pozostałymi typami. **Podstawowe znamiona typu ograniczałyby się zatem do stosowania przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia** (wszystkie pogr. – autora). Spełnienie tego zestawu znamion przesądza już bowiem o zrealizowaniu czynu zabronionego (z art. 191 § 1 k.k.), zaś modyfikacje następowałyby przede wszystkim z uwagi na doprecyzowanie znamion strony podmiotowej[28], przez stwierdzenie, że zachowanie to podejmowane jest:

1) w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej (art. 280 § 1 lub 2 k.k.);
2) w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 k.k.);
3) w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 282 k.k.).

[27] Przykładowo, Włodzimierz Wróbel – analizując na płaszczyźnie teoretycznej i normatywnej zagadnienie zbiegu pozornego – stwierdza m.in.: „W przypadku (…) przepisów części szczególnej zawierających alternatywne określenie znamion, relację *lex specialis* można ustalić biorąc pod uwagę tylko jeden z alternatywnie określonych zespołów znamion. W tym sensie art. 280 § 1 k.k. w zakresie, w jakim do zaboru cudzej rzeczy dochodzi poprzez stosowanie przemocy, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 191 § 1 k.k. w tej jego części, w jakiej cel zmuszania innej osoby realizowany jest przez użycie przemocy". W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym* [w:] *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006, s. 76. Na podobnego rodzaju relację zachodzącą między przestępstwem zmuszania z art. 251 Kodeksu karnego z 1932 r. a rabunkiem (rozbojem) z ówczesnego art. 259 k.k. zwracał zresztą uwagę również W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 50.

[28] Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 12.10.2015 r., II AKa 260/15, LEX nr 1932008, gdzie stwierdzono: „(…) celem działania sprawców nie było odzyskanie wierzytelności, ale charakteryzujące przestępstwa przeciwko mieniu osiągnięcie korzyści majątkowej, a przecież to właśnie cel działania sprawców stosujących przemoc, różnicuje konstrukcję normatywną przestępstw z art. 282 k.k. i z art. 191 § 2 k.k." – dając wyraz temu, iż kryterium różnicujące (modyfikujące) między przestępstwami przeciwko mieniu a przestępstwem wymuszenia zwrotu wierzytelności stanowi właśnie treść zamiaru sprawcy. Podobnie wyrok SA w Katowicach z 12.01.2006 r., II AKa 448/05, KZS 2007/7–8, poz. 82.

Jeżeliby zatem wyjść z założenia, że między poszczególnymi odmianami typów przestępstw występuje relacja wykluczania się, to należałoby stwierdzić, iż w typie wyjściowym (podstawowym) oraz każdym z typów zmodyfikowanych znajdują się zanegowane znamiona modyfikujące należące do pozostałych typów wchodzących w skład owej „rodziny", przy czym typ podstawowy miałby charakter dopełniający. Przyjmując zatem, że stosowanie przemocy lub groźby bezprawnej konstytuuje zestaw znamion, które można by schematycznie odwzorować – nawiązując do wcześniej zreferowanej myśli P. Konieczniaka – oznaczeniem „ABC", zaś cel zastosowania owych środków różni się dla każdego typu czynu zabronionego wchodzących w skład opisywanego zbioru, stanowiąc znamię modyfikujące, to należałoby stwierdzić, iż:

1) cel przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej (zmuszanie do jej wydania lub nieprzeszkodzenia sprawcy w jej odebraniu[29]) dałoby się odwzorować oznaczeniem D_1, zaś opis typu czynu zabronionego z art. 280 § 1 lub 2 k.k.: $ABCD_1$;
2) cel wymuszenia zwrotu wierzytelności (zmuszanie do jej zwrotu) dałoby się odwzorować oznaczeniem D_2, zaś komplet znamion typu czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k.: $ABCD_2$;
3) cel osiągnięcia innej – z uwagi na wykluczanie się typów zmodyfikowanych – korzyści majątkowej (zmuszanie do jej wydania) dałoby się odwzorować oznaczeniem D_3, zaś komplet znamion typu czynu zabronionego z art. 282 k.k.: $ABCD_3$;
4) jakikolwiek inny cel (a w istocie: zmuszanie do jakiejkolwiek innej czynności niż D_1, D_2 lub D_3) można by odwzorować dopełniającym oznaczeniem D_4, zaś komplet znamion typu czynu zabronionego z art. 191 § 1 k.k.: $ABCD_4$.

Z powyższego zestawienia wynikają przynajmniej dwa wnioski. Zgodnie z pierwszym z nich – wyartykułowanym w polskiej doktrynie prawa karnego przez W. Woltera[30] – wzajemne wykluczanie się typów zmodyfikowanych prowadzi do konkluzji, że w istocie w opisie każdego z nich znajdują się zanegowane znamiona modyfikujące pozostałych, czyli: „Każdy przepis rzekomo ogólny przez dodanie odmiany szczególnej staje się automatycznie zakresem «szczególnym dopełniającym» do granic pojęcia rodzajowego, ale nie zakresem rodzajowym"[31]. Wniosek ten pozwala zarazem na udzielenie odpowiedzi na pierwsze z zadanych na wstępie pytań. Zidentyfikowanie bowiem pewnych cech wspólnych między przestępstwem zmuszania oraz pewnych obocznościwystępujących m.in. w typach czynów zabronionych z art. 280 § 1 czy 2 oraz 191 § 2 k.k., pozwala na uznanie, że **zarówno przestępstwo wymuszenia zwrotu wierzytelności, jak i przestępstwo**

[29] Jak bowiem wskazuje W. Cieślak, „nie ulega wątpliwości, że zarówno zmuszanie do ułatwienia sprawcy dokonania zaboru mienia, a przynajmniej nieprzeszkodzenia przy tym (...), jak również zmuszanie do rozporządzenia mieniem są tylko gatunkowymi odmianami zmuszania do jakiegokolwiek zachowania się". W. Cieślak, *O wzajemnym*..., s. 42.

[30] W. Wolter, *Reguły*..., s. 35–41 i 54. Istnieje bowiem – wskazuje W. Wolter – różnica między wzajemnym stosunkiem między rodzajem i gatunkiem w odniesieniu do konkretnej nazwy a relacją między dwoma przepisami. Zob. też W. Mącior, *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, „Państwo i Prawo" 1975/1, s. 31.

[31] W. Mącior, *Zbieg przepisów*..., s. 40.

rozboju oraz wymuszenia rozbójniczego, stanowią zmodyfikowane postaci przestępstwa zmuszania, a w konsekwencji – wzajemnie wykluczają swoje zastosowanie. Konsekwentnie zaś – przykładowo – w sytuacji, w której sprawca stosuje przemoc lub groźbę bezprawną w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności, realizuje on znamiona typu czynu zabronionego z art. 191 § 2, a nie 280 § 1 lub 2 k.k., bowiem między wszystkimi typami „pokrewnymi" w stosunku do przestępstwa zmuszania zachodzi na omawianym odcinku relacja wykluczania się. Wprost tezę taką wysławia m.in. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 13.07.2011 r.[32]: „kodeks karny różnicuje od strony normatywnej użycie przemocy w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy (art. 280 § 1 k.k.) od tego samego sposobu działania (tych samych czynności wykonawczych), ale skierowanego na wymuszenie zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 k.k.) (…) Konstrukcję normatywną przestępstwa z art. 280 § 1 k.k. i art. 191 § 2 k.k. różnicuje cel działania sprawców stosujących przemoc wobec osoby". Powtórzmy zatem raz jeszcze: między przestępstwem rozboju (czy to podstawowego, czy to kwalifikowanego) oraz wymuszenia rozbójniczego a przestępstwem wymuszenia zwrotu wierzytelności, podobnie zresztą jak wszystkimi innymi zachowaniami skierowanymi również przeciwko mieniu, a polegającymi na używaniu przemocy lub groźby bezprawnej, zachodzi stosunek wykluczania[33].

Drugi z wniosków dających się wyprowadzić z powyższego zestawienia opiera się na założeniu, że cel działania sprawcy dopuszczającego się stosowania przemocy lub groźby bezprawnej stanowi okoliczność modyfikującą o charakterze podmiotowym. Ujmując zatem rzecz nieco bardziej syntetycznie – to, do czego sprawca dąży, zachowując się w sposób opisany w art. 191 § 1 k.k. (czyli stosując przemoc lub groźbę), stanowi charakterystykę znamion strony podmiotowej, a konkretnie – doprecyzowanie zamiaru. W sposób najbardziej klarowny relację tę widać przy porównaniu typów z art. 191 § 1 i 2 k.k., gdzie ustawodawca wskazuje wprost, że typ kwalifikowany przestępstwa zachodzi jedynie wtedy, gdy sprawca działa **w celu** wymuszenia zwrotu wierzytelności. Między zaś celem, w jakim działa sprawca, a zachowaniem, do którego zmuszony miałby być pokrzywdzony, zachodzi związek intencjonalny. Co w tym kontekście istotne, nic nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że różnica między typem podstawowym a typami zmodyfikowanymi może leżeć w płaszczyźnie strony podmiotowej – szczególnie wówczas, gdy modyfikacja polega na doprecyzowaniu treści zamiaru bezpośredniego[34].

Wniosek zgodnie z którym „wierzytelność", o której mowa w art. 191 § 2 k.k., stanowi jeden z elementów doprecyzowujących stronę podmiotową sprawcy czynu polegającego na wymuszeniu jej zwrotu, jest zresztą dość powszechnie – choć nie jednolicie – akceptowany zarówno w orzecznictwie, jak i w dogmatyce prawa karnego. Na szczególne podkreślenie zasługuje przy tym treść wyroku SN z 8.12.2004 r.[35], gdzie wprost podkreślono, że „w art. 191 § 2 k.k. pojęcie «wierzytelności» występuje

[32] II KK 37/11, LEX nr 898595.
[33] Zob. P. Kardas, *Zasada*…, s. 165.
[34] Uwaga ta konweniuje zresztą z dość rozpowszechnionym twierdzeniem, że typy zmodyfikowane – podobnie jak typ podstawowy – godzą w tę samą normę sankcjonowaną, przy jednoczesnym założeniu – charakterystycznym przede wszystkim dla przedstawicieli tzw. krakowskiej szkoły prawa karnego – iż charakterystyka stosunku psychicznego sprawcy do czynu zasadniczo przynależy do zakresu zastosowania normy sankcjonującej.
[35] V KK 282/04, OSNKW 2005/1, poz. 10.

wyłącznie w opisie strony podmiotowej przestępstwa. Charakteryzuje ją zamiar bezpośredni kierunkowy, a jego treścią jest cel wymuszenia zwrotu wierzytelności. (…) A jeśli tak, to działanie w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności ma miejsce wtedy, gdy tak ukierunkowana wola sprawcy wypływa ze świadomości, że przysługuje mu roszczenie do konkretnej osoby o świadczenie wynikające ze stosunku zobowiązaniowego powstałego na podstawie obowiązującego prawa (…)". Teza ta pojawia się również w szeregu innych orzeczeń Sądu Najwyższego i sądów powszechnych[36]. Konkluzję tego rodzaju znajdziemy również w większości opracowań o charakterze komentarzowym[37] oraz publikacjach poświęconych ekskluzywnie temu zagadnieniu[38]. Pozostaje ona bowiem w zgodzie z dosłownym brzmieniem przepisu, który – odsyłając do art. 191 § 1 k.k. – dość klarownie określa, że wymuszenie zwrotu wierzytelności ma stanowić cel działania sprawcy. Oczywistą zaś konsekwencją stwierdzenia, że omawiana okoliczność doprecyzowuje znamiona strony podmiotowej typu czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k. jest przyjęcie, iż nie musi ona istnieć w „obiektywnej" (znajdującej się poza umysłem sprawcy[39]) rzeczywistości. Sprawca stosujący przemoc lub groźbę bezprawną w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności podlegałby zaś odpowiedzialności na podstawie art. 191 § 2 k.k. całkowicie niezależnie od tego, czy jego przekonanie o przysługującej jemu (lub komuś innemu[40]) wierzytelności jest słuszne czy też nie.

Wracając zatem do dwu pytań zadanych na początku opracowania, należy stwierdzić, że:

- Po pierwsze, przestępstwo zmuszania z art. 191 § 1 k.k. stanowi kategorię dopełniającą w stosunku do innych typów czynów zabronionych, polegających na używaniu przemocy lub groźby bezprawnej w konkretnym, ustawowo określonym celu. Do takiej „rodziny" typów czynów

[36] Zob. m.in. postanowienia SN: z 5.03.2003 r., III KKN 195/01, OSNKW 2003/5–6, poz. 55; z 22.05.2014 r., II KK 346/13, OSNKW 2014/12, poz. 90; wyrok SA w Białymstoku z 30.03.2004 r., II AKa 62/04, KZS 2004/9, poz. 54; wyrok SA w Łodzi z 15.10.2013 r., II AKa 187/13, KZS 2014/2, poz. 74; wyrok SA w Warszawie z 12.10.2015 r., II AKa 260/15; wyrok SA we Wrocławiu z 18.07.2018 r., II AKa 212/18, LEX nr 2532126; wyrok SA w Katowicach z 12.01.2006 r., II AKa 448/05.

[37] Zob. m.in. A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 603; J. Kosonoga [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1185; M. Królikowski, A. Sakowicz [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 604; M. Filar, M. Berent [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1182; A. Michalska-Warias [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, s. 544; M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019, s. 622; N. Kłączyńska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 477–478. Inaczej jednak J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018, s. 917.

[38] Zob. P. Petasz, *„Wierzytelność" jako element strony podmiotowej w art. 191 § 2 k.k.*, „Gdańskie Studia Prawnicze–Przegląd Orzecznictwa" 2005/4, s. 91 i n.; P. Kardas, *Zasada…*, s. 141 i n.; J. Raglewski, *Glosa do postanowienia SN...* Odmienny pogląd prezentuje natomiast J. Iwaniec, *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 marca 2003 r., III KKN 195/01*, „Przegląd Sądowy" 2004/6, s. 142 i n.

[39] Na marginesie należy zwrócić uwagę, że pojęcie „obiektywizacji" w prawie karnym może być rozumiane na kilka sposobów. Można bowiem wyróżnić obiektywizację rozumianą jako uprzedmiotowienie (uzewnętrznienie) odpowiedzialności albo też jako generalizację niektórych ocen pojawiających się w toku przypisywania odpowiedzialności karnej. Zob. K. Lipiński, *Granice obiektywizacji odpowiedzialności karnej – perspektywa wzorców osobowych* [w:] *Prawo karne wobec Konstytucji*, red. M. Pająk, R. Zawłocki, Warszawa 2018, s. 34 i n.

[40] Typ czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k. należy do typów powszechnych, a zatem zrealizować jego znamiona może każdy, a nie tylko wierzyciel. Na gruncie tego przepisu jest zatem możliwe dochodzenie cudzej wierzytelności. Zob. wyrok SN z 15.06.2010 r. (II KK 319/09, LEX nr 590222): „Podmiotem przestępstwa z art. 191 § 2 k.k. może być nie tylko sam wierzyciel, lecz także osoba trzecia stosująca przemoc lub groźbę w celu «wyegzekwowania» wierzytelności należnej osobie trzeciej «zlecającej» to zadanie".

zabronionych należą również przestępstwa rozboju (art. 280 § 1 i 2 k.k.) oraz wymuszenia rozbójniczego (art. 282 k.k.), przy czym okolicznością modyfikującą jest treść zamiaru, z jakim działa sprawca. W konsekwencji oznacza to, że między tymi typami czynów zabronionych występuje relacja wykluczania[41]. Jeśli celem działania sprawcy polegającego na użyciu przemocy wobec osoby lub groźby bezprawnej jest wymuszenie zwrotu wierzytelności, to realizuje on wyłącznie znamiona typu czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k.

- Po drugie, cel wymuszenia zwrotu wierzytelności stanowi dookreślenie zamiaru sprawcy czynu zabronionego, a zatem jest istotny wyłącznie w płaszczyźnie znamion strony podmiotowej.

Trzeba zatem konsekwentnie przyjąć, że zarówno zmuszanie do zwrotu wierzytelności, jak i rozbój stanowią zmodyfikowane (kwalifikowane) odmiany przestępstwa zmuszania z art. 191 § 1 k.k., wzajemnie wykluczające swoje zastosowanie. Ustalenie, że stosujący przemoc lub groźbę bezprawną sprawca działał w celu wymuszenia zwrotu własnej lub cudzej wierzytelności – choćby w istocie ona nie istniała – wyklucza przyjęcie, iż dopuścił się on rozboju lub wymuszenia rozbójniczego, a otwiera drogę do ustalenia, że zrealizował znamiona typu czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k.

Abstract

Konrad Lipiński, *Extortion of Debt Repayment in the Context of Certain Offences against Property. Mutually Exclusive Modified Types of Offences*

The purpose of the article is to establish the relationship between the offence of extortion of debt repayment (Article 191(2) of the Criminal Code – CC) and other offences involving the use of unlawful threats or violence, in particular offences against property. The dogmatic method was used in the study. In addition to determining the group of modified types of offences, the article deals with the issue of criteria determining this type of relationship between individual types of offences, as well as the relationship between basic and modified types of offences (inclusion or exclusion). It also deals with the issue of mens rea of the offence of extortion of debt repayment. The conclusion is that the debt whose repayment is unlawfully pursued does not have to exist objectively, but Article 191(2) CC merely specifies the intention of the offender.

Keywords: *extortion of debt repayment, extortion, modified types of offence*

[41] Z pominięciem wcześniej sygnalizowanego „odcinka" stosowania przemocy pośredniej z art. 282 k.k. oraz doprowadzania do stanu bezbronności lub nieprzytomności z art. 280 k.k. Co do „odcinkowej" (zakresowej) relacji typ podstawowy – typ zmodyfikowany, zob. W. Wróbel, *Z problematyki…*, s. 76. Por. jednak P. Kardas, *Zasada…*, s. 157, gdzie autor stwierdza, że relacja typ szczególny – typ zmodyfikowany występuje jedynie między art. 191 § 1 i 191 § 2 k.k., dalej zaś: „(…) przepisy art. 191 § 2 k.k. oraz art. 280 i 282 k.k. określają odrębne typy czynu zabronionego, z tym wszakże, że w zasadniczej większości zakres kryminalizacji wynikający z art. 280 i 282 k.k. pokrywa się z zakresem kryminalizacji wynikającym z treści art. 191 k.k. Zasadnicza różnica między znamionami przestępstw określonych w art. 191 k.k. i art. 280 oraz 282 k.k. występuje na płaszczyźnie strony podmiotowej" (s. 165).

Streszczenie

Konrad Lipiński, *Wymuszanie zwrotu wierzytelności a niektóre przestępstwa przeciwko mieniu. Problematyka wykluczania się zmodyfikowanych typów przestępstw*

Celem artykułu jest ustalenie relacji przestępstwa wymuszania zwrotu wierzytelności (art. 191 § 2 Kodeksu karnego) do innych przestępstw, polegających na użyciu groźby bezprawnej lub przemocy, w szczególności zaś przestępstw przeciwko mieniu. W opracowaniu posłużono się metodą dogmatyczną. Oprócz określenia grupy zmodyfikowanych typów przestępstw, w artykule poruszono zagadnienie kryteriów, które decydują o tego rodzaju relacji między poszczególnymi typami czynów zabronionych, jak również stosunku zawierania się typów zmodyfikowanych w typie podstawowym lub też ich wzajemnego wykluczania się. Poruszono w nim również zagadnienie strony podmiotowej typu czynu zabronionego z art. 191 § 2 k.k., dochodząc do wniosku, że bezprawnie dochodzona wierzytelność nie musi istnieć w rzeczywistości, a jedynie doprecyzowuje zamiar, z jakim działa sprawca.

Słowa kluczowe: *wymuszanie zwrotu wierzytelności, zmuszanie, zmodyfikowane typy przestępstw*

Literatura:

1. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu zabronionego. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978;
2. Bojarski T., *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982;
3. Bojarski T. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016;
4. Brzezińska J., *Uwagi o przestępstwie zmodyfikowanym z perspektywy dzieciobójstwa*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2013, t. 29;
5. Brzezińska J., *Uwagi o dynamice typów zmodyfikowanych przestępstwa* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017;
6. Cieślak W., *O wzajemnym stosunku zmuszania, rozboju i wymuszenia rozbójniczego*, Palestra 1994, nr 12;
7. Filar M. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016;
8. Giezek J. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014;
9. Giezek J., *Znamiona modyfikujące typ czynu zabronionego a okoliczności wpływające na wymiar kary* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017;
10. Iwaniec J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 5 marca 2003 r., III KKN 195/01*, Przegląd Sądowy 2004, nr 6;
11. Kardas P., *Zasada ochrony wolności a odpowiedzialność karna za wymuszenie zwrotu wierzytelności* [w:] *Prawnokarne aspekty wolności*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006;
12. Kędzierski J., *O właściwą treść i wykładnię przepisu regulującego przestępstwo zmuszania – art. 191 § 1 k.k.* [w:] *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, red. A. Dębiński, A. Grześkowiak, K. Wiak, Lublin 2002;
13. Konarska-Wrzosek V. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018;
14. Konieczniak P., *Uwagi o pojmowaniu typów zmodyfikowanych* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017;
15. Królikowski M., Zawłocki R. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2017;
16. Lipiński K., *Granice obiektywizacji odpowiedzialności karnej – perspektywa wzorców osobowych* [w:] *Prawo karne wobec Konstytucji*, red. M. Pająk, R. Zawłocki, Warszawa 2018;

17. Mącior W., *Zbieg przepisów ustawy jako problem logiczny i prawny*, Państwo i Prawo 1975, z. 1;
18. Mozgawa M. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019;
19. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014;
20. Wróbel W., Zoll A. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2017;
21. Petasz P., *„Wierzytelność" jako element strony podmiotowej w art. 191 § 2 k.k.*, Gdańskie Studia Prawnicze–Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 4;
22. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007;
23. Pohl Ł., *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, Ius Novum 2010, nr 1;
24. Pohl Ł., *Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstw* [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017;
25. Raglewski J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 marca 2008 r., V KK 11/08*, Lex/el. 2008;
26. Stefański R.A. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018;
27. Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946;
28. Wolter W., *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961;
29. Wolter W., *Z rozważań nad kwalifikowanymi typami przestępstw*, Państwo i Prawo 1972, z. 8–9;
30. Wolter W., *Uprzywilejowane typy przestępstw*, Państwo i Prawo 1976, z. 1–2;
31. Wróbel W., *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym* [w:] *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym*, red. J. Majewski, Toruń 2006;
32. Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, t. XXIII;
33. Zoll A., Recenzja książki A. Spotowskiego pt. *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Państwo i Prawo 1977, nr 5.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4107

Marta Mozgawa-Saj*

Z problematyki trybów ścigania**

Przedmiotem analizy i rozważań jest w niniejszym opracowaniu wnioskowy tryb ścigania oraz związane z nim modyfikacje, które dokonały się w wyniku zmian Kodeksu karnego[1] i ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych[2]. Przeanalizowane zostaną także argumenty przemawiające za zmianą trybu ścigania w przypadkach wybranych typów przestępstw (tj. przestępstw stypizowanych w art. 116–119 pr. aut., a mianowicie nielegalne utrwalanie oraz zwielokrotnianie przedmiotów praw autorskich, rozpowszechnianie utworu bez pozwolenia, paserstwo w zakresie praw autorskich i pokrewnych, tworzenie urządzeń do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia zabezpieczeń technicznych, naruszenie prawa do kontroli i prawa do informacji, naruszenia miru domowego, groźby karalnej oraz przestępstwa zgwałcenia) i wpływ zmiany trybu ścigania na statystykę wszczynanych postępowań.

Tytułem wprowadzenia należy wskazać na wciąż aktualną koncepcję stanowiącą, że „przestępstwo jest skierowane przeciw państwu (…) a kara jest odpowiedzią państwa"[3] za ów naganny czyn. Wobec tego, niezależnie od woli pokrzywdzonego, organy państwowe przejmują inicjatywę ścigania przestępstw, realizując podstawową dyrektywę procesu karnego, tj. zasadę działania urzędu. Od omawianej zasady ustawodawca przewiduje odstępstwa na rzecz przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego oraz przestępstw ściganych na wniosek pokrzywdzonego[4]. Kwestie dotyczące wnioskowego trybu ścigania zostały uregulowane zarówno w ustawie karnoprocesowej,

* Dr Marta Mozgawa-Saj jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID 0000–0002–5892–3479, e-mail: marta.mozgawa-saj@poczta.umcs.lublin.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 4.11.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 21.02.2020 r.

1 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

2 Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1231 ze zm.) – dalej pr. aut.

3 J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 68.

4 W doktrynie można zauważyć poglądy stanowiące o tym, że ściganie na wniosek ogranicza zasadę działania z urzędu, za stanowiskiem tym opowiadają się: A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 179; S. Waltoś, *Naczelne zasady procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 83; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1998, s. 51. Podobnie uważa Wiesław Daszkiewicz, twierdząc, że wnioskowy tryb ścigania stanowi odstępstwo od zasady ścigania z urzędu, zob. W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe*, Poznań 1996, s. 67; druga grupa poglądów stanowi z kolei, że wniosek o ściganie jest ograniczeniem zasady oficjalności, bowiem z chwilą jego złożenia przestępstwo jest traktowane jak publicznoskargowe i pokrzywdzony traci w zasadzie możliwość prawnego oddziaływania na byt procesu karnego, zob. R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 1999, s. 60; podobnie J. Grajewski, *Zagadnienia procesowe przestępstw ściganych na wniosek*, „Problemy Praworządności" 1972/8, s. 31.

jak i materialnej. W art. 12 Kodeksu postępowania karnego[5] ustawodawca wskazał na skutki złożenia wniosku o ściganie, określając w § 1 moment, od którego postępowanie toczy się z urzędu, w § 2 zdefiniował zasadę niepodzielności wniosku, natomiast w § 3 – przewidział możliwość cofnięcia wniosku o ściganie pod warunkiem uzyskania zgody organu prowadzącego postępowanie karne, a w sprawach, w których akt oskarżenia wniósł oskarżyciel publiczny także od braku sprzeciwu oskarżyciela publicznego obecny na rozprawie lub posiedzeniu. Ponadto, ustawa karnoprocesowa w art. 17 § 1 pkt 10 uzależniła wszczęcie postępowania karnego od wniosku o ściganie, wskazując, że jego brak stanowi negatywną przesłankę procesową. Wydaje się zatem, że wniosek o ściganie ma charakter procesowy, stanowi bowiem o dopuszczalności procesu, a nie o karalności lub przestępności czynu[6]. Jeżeli chodzi o Kodeks karny, to w części szczególnej przy poszczególnych typach przestępstw pojawia się tzw. klauzula wnioskowa wskazująca na takowy tryb ścigania.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że istotą przestępstwa ściganego na wniosek jest to, iż: „skarga publiczna nie może wystąpić w żadnej postaci zanim uprawniony nie zaznaczy formalnie, że ścigania tego sobie życzy”[7]. Ściganie na wniosek odzwierciedla zatem tryb publicznoskargowy, dla którego zainicjowania wymagana jest jednak aktywność i zgoda pokrzywdzonego[8]. Należy się zatem zastanowić, jakimi kryteriami kierował się ustawodawca, kreując wnioskowy tryb ścigania oraz jaka jest zależność pomiędzy przestępstwem ściganym na wniosek oraz z oskarżenia prywatnego, skoro w obu trybach postępowanie karne inicjuje pokrzywdzony?

Próbując odpowiedzieć na to zagadnienie, należy przeanalizować przestępstwa stypizowane w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych w art. 116 ust. 1, 2 i 4, art. 117 ust. 1, art. 118 ust. 1 oraz art. 119, których ściganie następuje obecnie na wniosek pokrzywdzonego. Jednak pierwotnie ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych przewidywała, że wymienione przestępstwa były ścigane z oskarżenia prywatnego. Jakie zatem względy zadecydowały o tym, że ustawodawca zmienił tryb ścigania? Wydaje się, że decydującym motywem było to, że pokrzywdzony miał dość ograniczone możliwości gromadzenia materiału dowodowego w sprawach wykraczających poza obszar lokalny, a ponadto trudno było zaakceptować brak reakcji organów wymiaru sprawiedliwości na przestępstwa z zakresu prawa autorskiego. Szczególnie, że postępowanie dowodowe w sprawie przestępstw z zakresu praw autorskich jest niejednokrotnie skomplikowane, wymaga specjalistycznej wiedzy i możliwości technicznych. (tak np. w przypadku rozpowszechniania w internecie utworu bez pozwolenia, gdzie pokrzywdzony może mieć problem w ustaleniu tożsamości osoby rozpowszechniającej utwór). Dodatkowo, bierność państwa spowodowała w odczuciu społeczeństwa przekonanie o nikłej wartości dóbr niematerialnych i niewielkiej społecznej szkodliwości popełnianych czynów zabronionych[9]. Analizując statystyki

[5] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.
[6] A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, „Studia Prawnicze” 1986/3–4, s. 434.
[7] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 244.
[8] Ściganie na wniosek uważa się jako tryb ścigania *ex officio*, który dla wszczęcia i przeprowadzenia postępowania karnego wymaga złożenia stosownego wniosku. W klasyfikacji przestępstw, z uwagi na tryb ścigania, można zatem wyróżnić przestępstwa ścigane z urzędu, z urzędu, lecz na wniosek oraz z oskarżenia prywatnego.
[9] Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995, s. 500.

przestępstw z art. 116–119 pr. aut. stwierdzonych w Polsce w latach 1999–2004, można zauważyć w ciągu tych lat znaczny wzrost liczby wszczynanych postępowań, co można niewątpliwie wiązać ze zmianą trybu ścigana. W sprawach o przestępstwa z tej ustawy wszczęto w 1999 r. – 1724 postępowania, w 2000 r. – 2489 postępowań, w 2001 r. – 2540 postępowań, w 2002 r. – 3002 postępowania, w 2003 r. – 3070 postępowań, zaś w 2004 r. – 2886 postępowań[10]. Warte odnotowania jest to, że wniesienie skargi prywatnej wiązało się z uiszczeniem zryczałtowanej opłaty sądowej, co stanowiło dolegliwość i niejednokrotnie barierę finansową dla pokrzywdzonego. Wobec tego, zmiana trybu ścigania w przypadku przestępstw stypizowanych w art. 116–119 pr. aut. spowodowała nie tylko przesunięcie ciężaru prowadzenia postępowania dowodowego na organ procesowy, ale także zniesienie jakichkolwiek opłat związanych z wszczęciem postępowania karnego.

Kolejnym typem przestępstwa, którego tryb ścigania zmieniał się na gruncie polskich ustaw karnomaterialnych jest naruszenie miru domowego. Rozpoczynając od Kodeksu karnego z 1932 r.[11], należy wskazać, że naruszenie miru domowego było stypizowane w art. 252 tego kodeksu. Zgodnie z tą regulacją kto wdzierał się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, przedsiębiorstwa, posiadłości ogrodzonej w związku z mieszkaniem lub ogrodzonej i służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszczał, podlegał karze aresztu do lat 2 lub grzywny (§ 1), a ściganie tego przestępstwa odbywało się z oskarżenia prywatnego (§ 2)[12]. Z uzasadnienia Kodeksu karnego z 1932 r. wynika, że naruszenie miru domowego: „jest przestępstwem przeciwko prawom osobistym, jest naruszeniem wolności jednostki w szerokim znaczeniu tego słowa, a mianowicie złamaniem prawa wyłącznego, swobodnego korzystania z domu. Przyczem przez dom należy rozumieć nie tylko mieszkanie obywatela w potocznym rozumieniu tego słowa, ale także teren, na którym obywatel pracuje lub którym, w związku ze swem mieszkaniem albo pracą, w sposób wyłączny ma prawo rozporządzać”[13].

Projekt Kodeksu karnego z 1956 r. ujmował naruszenie miru domowego w art. 143. Przepis ten stanowił: „Kto wdziera się do cudzego mieszkania, pomieszczenia lub miejsca ogrodzonego, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub karze pracy poprawczej

[10] www.statystyka.policja.pl/st/wybrane-ustway-szczegol/ustawa-o-prawie-autorsk/50878, Ustawa-o-prawie-autorskim-i-prawach-pokrewnych.html (dostęp: 8.02.2020 r.).

[11] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571).

[12] Jak zauważał Juliusz Makarewicz: „Przestępstwo z art. 252 jest przeżytkiem dawnego naruszenia miru domowego (o charakterze sakralnym: naruszenie spokoju stojącego pod opieką bogów): dzięki temu pochodzeniu ustawy dawniejsze widziały w tem przestępstwie albo wypadek tzw. gwałtu publicznego, albo przestępstwo przeciw porządkowi publicznemu, podczas gdy w gruncie rzeczy jest ono przestępstwem przeciw interesom jednostki, a mianowicie przeciw swobodzie jednostki dysponowania swojem mieszkaniem (według maksymy angielskiej: *my home is my castle*). Kodeks polski, przesuwając punkt ciężkości w dziedzinie wolności jednostki, nadaje przestępstwu swoisty charakter. Nie sposób dostania się do cudzego mieszkania będzie rozstrzygającym, a jedynie fakt, czy dostanie się do cudzego mieszkania mieści w sobie naruszenie owej swobody dyspozycji mieszkaniem, która w tych warunkach jest dobrem będącem przedmiotem naruszenia” w: J. Makarewicz, *Kodeks...*, s. 350. Por. też wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 15.04.1935 r., III K 196/35, OSN/K 1935/12, poz. 500 („Dla przestępnego działania z art. 252 k.k. jest rozstrzygającym nie sposób dostania się do cudzego mieszkania, lecz fakt, czy mieści ono w sobie naruszenie swobody dyspozycji mieszkaniem, zaczem wystarczą wszelkie sposoby przedostania się bez zgody, chociażby domniemanej, osoby uprawnionej, a więc gwałtem, podstępem, pod fałszywym pozorem, odemknięciem drzwi dobranym kluczem itp.”).

[13] Uzasadnienie części szczególnej Kodeksu karnego w: *Protokół Komisji Kodyfikacyjnej RP, Sekcja Prawa Karnego*, t. V, z. 4, Warszawa 1930, s. 201.

albo grzywnie do 5000 zł". Bardzo kazuistycznie określał natomiast przestępstwo naruszenia miru domowego projekt z 1963 r., w którym dokonano rozdzielenia wdzierania się (stypizowanego w art. 261 § 1[14]) od nieopuszczenia (określonego w art. 261 § 4[15] stanowiącego typ uprzywilejowany[16]), a ponadto stworzono typ kwalifikowany w stosunku do czynnego naruszenia miru domowego, w przypadku gdy sprawca działał nocą, wespół z inną osobą albo będąc zaopatrzony w broń lub inne niebezpieczne narzędzie (art. 261 § 2). Ściganie typów podstawowych (§ 1 i 3) następowało z oskarżenia prywatnego, zaś typu kwalifikowanego (z § 2) – na wniosek pokrzywdzonego.

W projekcie Kodeksu karnego z 1966 r. przestępstwo naruszenia miru domowego zostało ujęte w art. 164 w następującym brzmieniu: „Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, ogrodzonej posiadłości związanej z ich używaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, pracy poprawczej albo grzywny" (§ 1). Ściganie następowało z oskarżenia prywatnego (§ 2).

Projekt Kodeksu karnego z 1968 r. przewidywał w art. 177 (umieszczonym w rozdziale XXIII „Przestępstwa przeciwko wolności"[17]) odpowiedzialność osoby, która wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej nieruchomości związanej z ich używaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza. Za taki czyn sprawca miał podlegać karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny (§ 1), a ściganie następowało z oskarżenia prywatnego (§ 2). Jak widać zatem, w stosunku do projektu z 1966 r. zmiany w ujęciu przestępstwa były nieznaczne: zamiast określenia „ogrodzonej posiadłości" użyto sformułowania „ogrodzonej nieruchomości" (zaś w sankcji zamiast kary pracy poprawczej pojawiła się kara ograniczenia wolności)[18]. Przepis ten (z niewielkimi modyfikacjami) stał się przepisem art. 171 k.k. z 1969 r. (zawartym w rozdziale XXII „Przestępstwa przeciwko wolności"[19]). Zmiana polegała jedynie na tym, że zamiast określenia „ogrodzonej nieruchomości" użyto sformułowania „ogrodzonej działki gruntu", zaś wszystkie pozostałe znamiona (jak również sankcja i tryb ścigania) pozostały bez zmian[20].

[14] Kto wdziera się do cudzego budynku, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej przestrzeni, związanej z ich używaniem lub stanowiącej miejsce pobytu, bądź do cudzego środka komunikacji, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub grzywny.

[15] Kto wbrew żądaniu osoby uprawnionej, nie opuszcza miejsca określonego w § 1, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub grzywny.

[16] Krytycznie do koncepcji uczynienia z nieopuszczenia miejsca typu uprzywilejowanego (art. 261 § 4) odniosła się K. Daszkiewicz-Paluszyńska w: *Uwagi o przestępstwach przeciwko wolności i godności człowieka w projekcie k.k.*, „Nowe Prawo" 1963/6, s. 669.

[17] Rozdział ten zawierał następujące przestępstwa: pozbawienie wolności (art. 171), groźba (art. 172), zmuszanie (art. 173), zgwałcenie (art. 174), obcowanie płciowe z osobą niepoczytalną (art. 175), nadużycie stosunku zależności (art. 176), naruszenie miru domowego (art. 177), naruszenie tajemnicy korespondencji. Zrezygnowano z umieszczenia w części szczególnej przepisu o oddaniu człowieka we władztwo innego państwa (art. 248 § 2 k.k. z 1932 r.) oraz o oddaniu w stan niewolnictwa i handlu niewolnikami (art. 249 k.k. z 1932 r.), czyli tzw. przestępstw konwencyjnych, które zostały umieszczone w przepisach wprowadzających Kodeks karny. W zasadzie wszystkie powyższe rozwiązania zostały przeniesione do k.k. z 1969 r., przy czym została zmieniona numeracja; rozdział XXII „Przestępstwa przeciwko wolności" zawierał art. 165–172.

[18] Bardzo istotne zmiany nastąpiły zaś w konstrukcji (i intytulacji) rozdziału; zamiast „Przestępstw przeciwko wolności i godności" (projekt z 1966 r.) pojawiły się „Przestępstwa przeciwko wolności" (projekt z 1968 r.), co było rozwiązaniem zdecydowanie lepszym (choć zakres przestępstw umieszczonych tym rozdziale budził wątpliwości).

[19] W rozdziale tym zawarte zostały takie same typy przestępstw jak w rozdziale XXIII projektu z 1968 r. Zmieniona została jedynie numeracja.

[20] Ostatecznie brzmienie tego przepisu było następujące: „§ 1. Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej działki gruntu związanej z ich używaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. § 2. Ściganie odbywa się z oskarżenia prywatnego.".

Projekt zmian przepisów Kodeksu karnego opracowany przez Komisję do opracowania zmian prawa karnego z sierpnia 1981 r. przewidywał dodanie na końcu art. 171 § 2 sformułowania: „a gdy czyn dotyczy lokalu instytucji państwowej lub społecznej – z urzędu”[21]. Ta koncepcja wskazuje jednoznacznie, że – zdaniem Komisji – nie budziło wątpliwości, iż naruszenia miru domowego nie można zawężać jedynie do lokali prywatnych. Natomiast tzw. projekt społeczny przewidywał jedynie zmianę w sankcji przepisu art. 171 § 1 k.k. z 1969 r. (a miała to być jedynie kara ograniczenia wolności albo grzywna)[22].

Według projektu Kodeksu karnego przygotowanego przez Komisję do spraw reformy prawa karnego (w redakcji z 5.03.1990 r.[23]) brzmienie przepisu art. 180 § 1 (umieszczonego w rozdziale XXIII „Przestępstwa przeciwko wolności”[24]) było następujące: „Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Usiłowanie tego przestępstwa było karalne (art. 180 § 2), zaś ściganie odbywało się z oskarżenia prywatnego, a jeżeli czyn dotyczył lokalu urzędu lub instytucji, ściganie następowało na wniosek pokrzywdzonego (art. 180 § 3).

Identyczne brzmienie (jak w art. 180 § 1 projektu z 5.03.1990 r.) ma art. 193 aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. W doktrynie podkreśla się, że tryb publicznoskargowy w przypadku przestępstwa naruszenia miru domowego jest nieuzasadniony. Można sądzić, że to zmiana trybu ścigania spowodowała wzrost liczby przestępstw z art. 193 k.k. (np. w roku 1995 – a zatem jeszcze na gruncie k.k. z 1969 r. – odnotowano 184 przestępstwa naruszenia miru domowego, zaś w roku 1999 – 2004, a w 2016 r. – 2431). W czasach, gdy trzeba było wykazać się aktywnością (sporządzić prywatny akt oskarżenia i uiścić ryczałt), wola uruchamiania aparatu wymiaru sprawiedliwości zdecydowanie słabła. Teraz, gdy wystarczy złożyć zawiadomienie o przestępstwie, chętnych do tego rodzaju działań jest zdecydowanie więcej.

Typem przestępstwa, który zostanie poddany analizie wyłącznie z uwagi na oryginalne rozwiązanie zaproponowane w jednym z projektów Kodeksu karnego jest groźba karalna. W Kodeksie karnym z 1932 r. groźba karalna była ścigana z urzędu (art. 250). Podobne rozwiązanie przyjął ustawodawca w drugim polskim Kodeksie karnym z 1969 r. (art. 166). Krytycznie odnosiła się do tego rozwiązania Krystyna Daszkiewicz, która z aprobatą przyjęła koncepcję zaproponowaną w projekcie Kodeksu karnego z 1963 r. dotyczącą trybu ścigania tegoż przestępstwa[25]. Otóż w art. 259 § 4 tego projektu wskazano że: „jeśli przestępstwo którego popełnieniem sprawca groził, ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego lub z oskarżenia prywatnego, ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje w tym trybie”. Stosownie do założeń

[21] *Projekt zmian przepisów kodeksu karnego*, Warszawa, sierpień 1981, s. 22.

[22] Wstępny społeczny projekt nowelizacji ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny. Opracowanie Komisji Kodyfikacyjnej powołanej przez I Ogólnopolskie Forum Pracowników Wymiaru Sprawiedliwości NSZZ „Solidarność”, Kraków, styczeń–maj 1981 r.; *Obywatelskie inicjatywy ustawodawcze Solidarności 1980–1990*, Warszawa 2001, s. 197.

[23] Komisja do spraw reformy prawa karnego, Zespół prawa karnego materialnego i wojskowego, *Projekt kodeksu karnego (przeznaczony do dyskusji środowiskowej)*, redakcja z 5.03.1990 r., Warszawa 1990, s. 60–61.

[24] W rozdziale tym zawarto następujące przestępstwa: bezprawne pozbawienie wolności (art. 177), groźba (art. 178), zmuszanie (art. 179), naruszenie miru domowego (art. 180), naruszenie tajemnicy korespondencji i zakładanie podsłuchu (art. 181).

[25] K. Daszkiewicz, *Groźba w przyszłym polskim kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962/2, s. 66.

projektu groźba miała być zatem ścigana w takim trybie, w jakim ścigane byłoby przestępstwo, którego popełnieniem sprawca grozi. Koncepcja tzw. ruchomego trybu ścigania wydaje się interesująca i oryginalna, choć niewątpliwie mogłaby sprawiać duże problemy w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z art. 190 § 2 obecnie obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. przestępstwo stypizowane w art. 190 § 1 k.k. jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego. Ustawodawca dał zatem wybór pokrzywdzonemu, który oceniając stopień naruszenia jego dóbr może podjąć decyzję o zainicjowaniu postępowania karnego[26].

Nieco więcej uwagi należy poświęcić zmianie trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, bowiem temat ten budził wiele kontrowersji zarówno wśród teoretyków, jak i praktyków prawa. Do czasu wejścia w życie ustawy z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i ustawy – Kodeks postępowania karnego[27] przestępstwo zgwałcenia było przestępstwem ściganym na wniosek. Na mocy art. 1 tej ustawy uchylono art. 205 k.k., zgodnie z którym: „ściganie przestępstw określonych w art. 197 lub 199 § 1, jak również w art. 198, jeżeli określony w tym przepisie stan ofiary nie jest wynikiem trwałych zaburzeń psychicznych, następuje na wniosek pokrzywdzonego". Przestępstwo zgwałcenia stało się zatem przestępstwem ściganym bez wniosku, co pozbawiło pokrzywdzonego możliwości wpływu na wszczęcie postępowania karnego. Zdaniem autorów projektu, wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia miał negatywny wpływ zarówno na realizację postulatów z zakresu polityki kryminalnej, jak i na kształtowanie w sposób racjonalny społecznego poczucia sprawiedliwości, a także związany z tym poziom ochrony prawnej udzielanej osobie pokrzywdzonej[28].

Nowelizacja ta wywołała liczne kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny polskiego prawa karnego. Na podstawie opracowania Pauliny Banaszak dokonano przeglądu wybranych głosów w dyskusji nad trybem ścigania przestępstwa zgwałcenia[29]. Należy podkreślić,

[26] Brak jest danych dotyczących liczby przestępstw stwierdzonych groźby na gruncie k.k. z 1969 r. Jednakże, jak podaje A. Spotowski, za przestępstwo to zostało skazanych: w 1970 r. – 810 osób; w 1975 r. – 594, w 1980 r. – 315, w 1984 r. – 388. A. Spotowski, *Groźba karalna* [w:] *System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1989, s. 24. Na gruncie k.k. z 1997 r. liczba skazań jest zdecydowanie większa (np. w roku 1999 – 5061, w 2005 r. – 8522, w 2010 r. – 7058, w 2014 r. – 5267). Por. M. Mozgawa w: *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2016, s. 446–447. Gdy chodzi o liczbę przestępstw stwierdzonych, to jest ona następująca: w 1999 r. – 29 365; 2005 r. – 37 260; 2010 r. – 27 103; 2014 r. – 23 638, 2017 r. – 19 535, http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-4/63485,Grozba-karalna-art-190.html (dostęp: 8.02.2020 r.). Trudno jest nie odnieść wrażenia, że w przypadku groźby zmiana trybu ścigania wpłynęła na gwałtowny wzrost liczby tych przestępstw.

[27] Dz.U. z 2013 r. poz. 849.

[28] Zob. Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk sejmowy nr 532, Sejm VII kadencji), http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=532 (dostęp: 8.02.2020 r.). W jego uzasadnieniu wskazano, że: „Celem projektu ustawy zmieniającej przepisy Kodeksu karnego oraz Kodeksu postępowania karnego jest stworzenie efektywnych mechanizmów przeciwdziałania wybranym przestępstwom przeciwko wolności seksualnej oraz obyczajności, a zarazem zapewnienie osobom pokrzywdzonym w zakresie tego rodzaju przestępczości skuteczniejszej niż dotychczas ochrony prawnej. Cel ten może zostać osiągnięty poprzez zmianę trybu ścigania przestępstw.". Projektodawca w dalszej części uzasadnienia wskazuje, że „potrzeba dokonania przedstawionych zmian wynika z faktu, iż funkcjonujące rozwiązania prawne nie uwzględniają zachodzących na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat przemian w zakresie obyczajowości seksualnej i moralności społeczeństwa, a zarazem także w zakresie metodyki i kultury prowadzenia procesu karnego w sprawach o tego typu przestępstwa. To zaś sprawia, iż poziom ochrony prawnej udzielanej obecnie pokrzywdzonemu takim przestępstwem jest niezadowalający, w szczególności gdy weźmie się pod uwagę – z jednej strony – zarówno zaistniałe już, jak i możliwe w praktyce przypadki faktyczne, z drugiej zaś obce rozwiązania normatywne.".

[29] P. Banaszak, *Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia – analiza teoretyczna*, „Prawo w Działaniu" 2019/37, s. 52–59.

że niejednokrotnie wskazywano na konieczność wyważenia interesu prywatnego i publicznego[30]. Elżbieta Bieńkowska stwierdziła, że problem trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia „polega nie na słuszności czy niesłuszności ścigania przestępstwa zgwałcenia na wniosek, ale na przejawianiu niewłaściwych postaw społecznych wobec ofiary tego przestępstwa, które bardzo często polegają na uznaniu zgwałcenia za akt hańbiący ofiarę, a nie sprawcę"[31]. Marek Bielski wskazał natomiast, że wnioskowy tryb ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia jest przejawem woli jednostki i swobody w zakresie wszelkich aspektów jej życia seksualnego, nawet tych, które są związane z ewentualnym ściganiem czynów zabronionych wymierzonych w wolność seksualną[32]. Zdaniem Andrzeja Marka wnioskowy tryb ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia jest wyrazem respektowania woli pokrzywdzonego w zakresie tego, czy chce ścigania sprawcy czynu zabronionego. Wskazuje bowiem, że ze ściganiem wiążą się traumatyzujące przeżycia i groźba zarówno tzw. wtórnej wiktymizacji rozumianej jako negatywna reakcja środowiska, jak i ujemne następstwa prowadzonego postępowania karnego[33]. Podobnie Tadeusz Hanausek, Zdzisław Marek oraz Jan Widacki wskazali, że ściganie przestępstwa zgwałcenia na wniosek jest podyktowane ostrożnością w ingerowaniu w sferę życia osobistego pokrzywdzonej, która może nie życzyć sobie prowadzenia postępowania karnego[34]. Zdaniem Jarosława Warylewskiego wnioskowy tryb ścigania przestępstw przeciwko wolności seksualnej powinien być podyktowany charakterem intymnym i osobistym naruszonego dobra prawnego[35].

Z kolei Jerzy M. Ferenz stanął na stanowisku, że wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia powodował, że ściganie sprawcy tego przestępstwa nie następowało wówczas, gdy pokrzywdzony sobie tego nie życzył. Autor ten szczególnie akcentuje podmiotowość pokrzywdzonego, która to wpisuje się w trendy nowoczesnego prawa i procesu karnego[36].

Na uwagę zasługuje także pogląd Katarzyny Dudki, która zwróciła uwagę na konieczność wyważenia proporcji między wykonaniem przez państwo ciążącego na nim obowiązku zapewnienia obywatelom ochrony i bezpieczeństwa, realizowanego przez ściganie przestępstw a uwzględnieniem prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Istotą ścigania na wniosek jest bowiem – jej zdaniem – przyznanie priorytetu interesów osobistych pokrzywdzonego nad racjami społecznymi ścigania przestępstw. Wprowadzenie przez ustawodawcę wnioskowego trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia ma na celu ochronę prawnych interesów pokrzywdzonego poprzez nieuruchamianie ścigania sprawcy niezgodnie z jego wolą[37].

Z kolei argumentem przedstawianym przez zwolenników ścigania przestępstwa zgwałcenia z urzędu jest brak możliwości wpływu otoczenia i najbliższej rodziny

[30] J. Widacki, A. Cempura, M. Przybyceń, *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji kodeks karnego i kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2014/9, s. 162.
[31] E. Bieńkowska, *Typizacja przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym*, „Państwo i Prawo" 1983/1, s. 98.
[32] M. Bielski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 712.
[33] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 468.
[34] T. Hanausek, Z. Marek, J. Widacki, *Zgwałcenia*, Warszawa 1976, s. 161.
[35] J. Warylewski, *Inicjowanie procesu karnego w sprawach o przestępstwa seksualne* [w:] *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga Ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu,* red. M. Płachta, Gdańsk 2003, s. 254.
[36] J.M. Ferenz, *Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych*, „Forum Prawnicze" 2014/5, s. 30–31.
[37] K. Dudka, *W sprawie zasadności propozycji zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia* [w:] *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej*, red. J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński, Warszawa 2008, s. 338

na decyzję pokrzywdzonego dotyczącą woli ścigania sprawcy. Gabriela Sidor wskazała, że zmiana trybu ścigania rozwiąże „wiele problemów, z którymi spotykamy się w praktyce, szczególnie będących udziałem organów ścigania, które niekiedy są bezradne z powodu braku chęci do ukarania sprawcy ze strony pokrzywdzonego, przedkładającego własne dobro i spokój ponad dobro społeczne, a także w wyniku wpływu otoczenia, np. rodziny – na podjęcie decyzji o złożeniu wniosku o ściganie."[38]. Za ściganiem z urzędu opowiada się również Wojciech Jasiński, uznając, że wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia przyczynia się do utrwalania wstydu i winy u ofiary gwałtu, utrudniając tym samym efektywne ściganie sprawców przestępstwa. Wskazuje także na to, że zgwałcenie to typ przestępstwa, którego społeczna szkodliwość czynu jest znaczna[39]. Podobnie uważa Anna Chodorowska, która uznaje, że zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia wynika z konieczności wyeliminowania dyskryminacji ofiar, spowodowanej uzależnieniem inicjowania postępowania karnego od złożenia wniosku o ściganie[40].

P. Banaszak w raporcie przygotowanym dla IWS dokonała analizy statystyk dotyczących liczby postępowań wszczętych w latach 1999–2017[41]. Wynika z nich, że bezpośrednio po wejściu w życie komentowanej nowelizacji nastąpił wzrost liczby postępowań wszczętych w sprawach o przestępstwo zgwałcenia. Rok po wejściu w życie ustawy (2014 r.) wszczęto 2 444 postępowań, a zatem o 559 postępowań więcej niż w roku 2013 (kiedy było to 1885 wszczętych postępowań). Później zaobserwować można pewną stabilizację, jeśli chodzi o liczbę wszczynanych postępowań: w 2015 r. było to 2410 wszczętych postępowań, w 2016 r. – 2426, zaś w 2017 r. – 2486. Zdaniem autorki raportu zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia nie wpłynęła na zwiększenie skuteczności ścigania tego przestępstwa. Co więcej, od czasu wejścia w życie tej nowelizacji, tj. od 2014 r. nastąpił nawet spadek liczby przestępstw wykrytych w porównaniu z latami poprzedzającymi wejście w życie ustawy nowelizującej.

Reasumując powyższe uwagi, należy wskazać, że tryb wnioskowy jest ustawowym wyrazem docenienia interesu indywidualnego i ma wpływ na liczbę wszczynanych przestępstw. Wszczęcie postępowania karnego w przypadku wymienianych i analizowanych wyżej przestępstw jest zależne od woli pokrzywdzonego, którą z kolei determinuje rodzaj doznań powstałych w wyniku naruszenia dóbr chronionych prawem. J. Grajewski wskazuje, że: „(...) ściganie na wniosek – jako instytucja prawa karnego uzależniająca wszczęcie lub kontynuowanie postępowania karnego od woli uprawnionego podmiotu – swoje uzasadnienie znajduje w szczególnym, nadrzędnym interesie osoby pokrzywdzonej przestępstwem, dla której ujawnienie przestępstwa lub ustalenie jego sprawcy może niekiedy przynieść w jej odczuciu większą szkodę aniżeli skutki przestępstwa albo skutki te niewspółmiernie spotęgować. Ze względu bowiem na rodzaje dobra chronionego przepisami prawa materialnego niektóre czyny mogą, oprócz bezpośrednich skutków, rodzić także niepożądane przez pokrzywdzonego reperkusje w sferze zawodowej, rodzinnej, w opinii publicznej czy to na skutek okoliczności

[38] G. Sidor, *Przestępstwo zgwałcenia – ścigane z urzędu czy na wniosek?*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2013/20, s. 193.
[39] W. Jasiński, *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo" 2014/1, s. 77, a także A. Podemska, *Rozważania na temat zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ" 2015/2, s. 154.
[40] A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2015, s. 392.
[41] P. Banaszak, *Ocena zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia Analiza teoretyczno-empiryczna*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/11/IWS-Banaszak-P.-Ocena-zmiany-trybu-%C5%9Bcigania-sprawcy-przest%C4%99pstwa-zgwa%C5%82cenia.pdf (dostęp: 8.02.2020 r.).

danego zdarzenia przestępnego, czy też ze względu na osobę sprawcy". Decydujące znaczenie odgrywa zatem osobisty interes pokrzywdzonego i jego ewentualne powiązanie ze sprawcą przestępstwa, małe znaczenie kryminalne czynu, a ponadto trudności ścigania czynu przez pokrzywdzonego w trybie prywatnoskargowym[42].

Tryb wnioskowy, podobnie jak tryb prywatnoskargowy, jest odpowiedzią na konieczność rozwiązania kolizji między interesem społecznym a indywidualnym. Zaliczenie jakiegoś typu przestępstwa do tego trybu następuje najczęściej po to, aby uwzględnić interesy osobiste pokrzywdzonego. Według L. Gardockiego istotny element stanowi potrzeba ochrony interesów osoby pokrzywdzonej, która może nie chcieć ścigania sprawcy z uwagi na obawę wtórnej wiktymizacji, niewielką wagę czynu oraz trudności w ściganiu czynów zabronionych w ramach trybu prywatnoskargowego[43]. Teresa Gardocka dodatkowo wskazuje na potrzebę poszanowania przez prawo więzów rodzinnych, które to mogą w decydujący sposób wpływać na wolę przebaczenia przez pokrzywdzonego sprawcy przestępstwa (będącego dlań jednocześnie osobą najbliższą) ściganego na wniosek[44]. Andrzej Murzynowski zwraca uwagę, że przestępstwa wnioskowe mają związek ze sferą bardzo osobistych i intymnych uczuć osób nimi pokrzywdzonych, co może przekładać się na trudności w ustalaniu faktu popełnienia przestępstwa szczególnie wtedy, gdy pokrzywdzony jest przeciwny jego ściganiu[45]. Podobnie względy natury procesowej przywołuje Andrzej Wąsek, twierdząc, że w przypadku przestępstw popełnionych na szkodę osoby najbliższej, ściganie może się wiązać z trudnościami, w szczególności gdy pokrzywdzony nie chce współdziałać z organami procesowymi. Autor ten wskazuje także na potrzebę uwzględnienia indywidualnych odczuć pokrzywdzonego i to zarówno w chwili popełnienia czynu, jak i utrzymujących lub powstałych po jego dokonaniu, a ponadto uwzględnienie interesu pokrzywdzonego i jego rodziny, dla których prowadzenie postępowania karnego i jego efekt może przynieść więcej szkód niż korzyści wypływających z faktu sprawiedliwego ukarania sprawcy przestępstwa[46].

Zauważalny jest związek pomiędzy trybem ścigania określonych przestępstw a liczbą przestępstw stwierdzonych. Klasycznym przykładem może być przestępstwo miru domowego (np. w roku 1995 – a zatem jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. – odnotowano jedynie 184 takie przestępstwa, zaś w 1999 r. – 2004, a w 2016 r. – 2431).

Natomiast w przypadku zgwałcenia zależność ta nie jest już tak oczywista, co wydaje się mieć związek ze specyfiką przestępstwa zgwałcenia. Przyczyn takiego stanu rzeczy, zdaniem K. Dudki, można upatrywać w tym, że zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia nie zmieniła woli i nastawienia pokrzywdzonych, by sprawcy byli ścigani za każdym razem, kiedy czyn taki został popełniony. Nie uległa też zmianie praktyka ścigania tych czynów. Wobec tego, z uwagi na wyjątkowy charakter przestępstwa zgwałcenia, z umiarkowanym entuzjazmem należy podejść do ścigania sprawcy tego przestępstwa z urzędu. Można by się zastanowić nad innym rozwiązaniem, gdzie przestępstwo zgwałcenia – co do zasady – jest ścigane na wniosek, ale (analogicznie do art. 60 k.p.k.) w szczególnych sytuacjach, gdy wymaga tego interes społeczny może być wszczęte z urzędu przez prokuratora.

[42] J. Grajewski, *Ściganie na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, „Państwo i Prawo" 1992/6, s. 56.
[43] L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 59.
[44] T. Gardocka, *Wniosek o ściganie osoby najbliższej*, „Nowe Prawo" 1980/2, s. 74.
[45] A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 172.
[46] A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty…*, s. 449.

Abstract

Marta Mozgawa-Saj, *On the Methods of Prosecuting Offences*

The article discusses prosecution upon motion and the related modifications and suggestions put forward by legal scholars as a consequence of amendments to the Criminal Code and other statutes in recent years. Special attention is devoted to selected types of offences, whose method of prosecution changed. An analysis is conducted of the arguments in favour of changing the method of prosecuting and of the influence the change of such method has on the increase in the number of offences. Using the example of the offence of breach of domestic peace, the author presents a conception whereby the prosecution method depends on whether the act is the basic type of the offence or a less serious form of the offence. The example of the offence of criminal threat is used to indicate an original suggestion of a 'movable' method of prosecuting, which suggestion appeared in the context of the Criminal Code Bill of 1963. The author also identifies problems relating to the methods of prosecuting offences against sexual freedom and decency, which offences are defined in Chapter XXV of the Criminal Code. These remarks concern the offence of rape, whose method of prosecution changed as a result of the amending statute of 13 June 2013 and since than rape is prosecuted ex officio.

Keywords: *method of prosecuting [an offence], motion to prosecute, private prosecution, rape, breach of domestic peace*

Streszczenie

Marta Mozgawa-Saj, *Z problematyki trybów ścigania*

W artykule omówiono wnioskowy tryb ścigania oraz związane z nim modyfikacje i postulaty doktryny, które pojawiły się w wyniku zmian Kodeksu karnego oraz innych ustaw w ciągu ostatnich lat. Szczególna uwaga została poświęcona wybranym typom przestępstw, których tryb ścigania uległ zmianie. Przeanalizowano argumenty przemawiające za zmianą trybu ścigania oraz wpływ zmiany trybu ścigania na wzrost liczby przestępstw. Na przykładzie przestępstwa naruszeniu miru domowego przedstawiono koncepcję, która uzależniała tryb ścigania od tego, czy przestępstwo zostało popełnione w typie podstawowym czy też uprzywilejowanym. Na przykładzie zaś przestępstwa groźby karalnej wskazano oryginalną propozycję dotycząca „ruchomego" trybu ścigania, jaka pojawiła się na gruncie projektu Kodeksu karnego z 1963 r. Wskazano także na problematykę trybów ścigania przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności określonych w rozdziale XXV Kodeksu karnego. Uwagi te dotyczą przestępstwa zgwałcenia, którego tryb ścigania zmienił się w wyniku nowelizacji z 13.06.2013 r., od tego czasu zgwałcenie ścigane jest z urzędu.

Słowa kluczowe: *tryb ścigania, wniosek o ściganie, oskarżenie prywatne, zgwałcenie, naruszenie miru domowego*

Literatura:

1. Banaszak P., *Ocena zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia. Analiza teoretyczno-empiryczna*, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/11/IWS-Banaszak-P.-Ocena-zmiany-trybu-%C5%9Bcigania-sprawcy-przest%C4%99pstwa-zgwa%C5%82cenia.pdf;
2. Banaszak P., *Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia – analiza teoretyczna*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
3. Bielski M. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008;

4. Bieńkowska E., *Typizacja przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Państwo i Prawo 1983, nr 1;
5. Chodorowska A., *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2015;
6. Ćwiąkalski Z., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995;
7. Daszkiewicz K., *Groźba w przyszłym polskim kodeksie karnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1962, nr 2;
8. Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe*, Poznań 1996;
9. Daszkiewicz-Paluszyńska K., *Uwagi o przestępstwach przeciwko wolności i godności człowieka w projekcie k.k.*, Nowe Prawo 1963, nr 6;
10. Dudka K., *W sprawie zasadności propozycji zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia* [w:] *Reforma prawa karnego. Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor Barbary Kunickiej-Michalskiej,* red. J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński, Warszawa 2008;
11. Ferenz J.M., *Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych,* Forum Prawnicze 2014, nr 5;
12. Gardocka T., *Wniosek o ściganie osoby najbliższej*, Nowe Prawo 1980, nr 2;
13. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2000;
14. Grajewski J., *Ściganie na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, Państwo i Prawo 1992, nr 6;
15. Grajewski J., *Zagadnienia procesowe przestępstw ściganych na wniosek*, Problemy Praworządności 1972, nr 8;
16. Hanausek T., Marek Z., Widacki J., *Zgwałcenia*, Warszawa 1976;
17. Jasiński W., *Uwagi o trybie ścigania przestępstwa zgwałcenia*, Prokuratura i Prawo 2014, nr 1;
18. Kmiecik R., Skrętowicz E. *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 1999;
19. Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932;
20. Makarewicz J., *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924;
21. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010;
22. Marszał K., *Proces karny*, Katowice 1998;
23. Mozgawa M. [w:] *System prawa karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2016;
24. Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976;
25. Podemska A., *Rozważania na temat zmiany trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015, nr 2;
26. Sidor G., *Przestępstwo zgwałcenia – ścigane z urzędu czy na wniosek*?, Studia Iuridica Lublinensia 2013, nr 20;
27. Spotowski A., *Groźba karalna* [w:] *System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1989;
28. Waltoś S., *Naczelne zasady procesu karnego*, Warszawa 1999;
29. Warylewski J., *Inicjowanie procesu karnego w sprawach o przestępstwa seksualne* [w:] *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga Ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu*, red. M. Płachta, Gdańsk 2003;
30. Wąsek A., *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, Studia Prawnicze 1986, nr 3–4;
31. Widacki J., Cempura A., Przybyceń M., *Przestępstwo zgwałcenia i jego ściganie po ostatniej nowelizacji kodeks karnego i kodeksu postępowania karnego*, Palestra 2014, nr 9.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4108

Paulina Banaszak*

Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia w świetle wyników badań aktowych**

1. WSTĘP

W niniejszym artykule zostały przedstawione szczegółowe wyniki badania aktowego przeprowadzonego w ramach projektu badawczego realizowanego w 2018 r. w Sekcji Prawa i Procesu Karnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie zatytułowanego „Ocena zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia. Analiza teoretyczno-empiryczna". Z uwagi na to, że opracowanie podsumowujące przedmiotowy projekt badawczy jest opracowaniem bardzo obszernym, zostało ono podzielone na dwa odrębne artykuły naukowe. Pierwszy z nich dotyczył zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia w ujęciu teoretycznym[1]. W artykule tym wskazano m.in. motywy, jakimi kierował się ustawodawca wprowadzając omawianą zmianę, przedstawiono poglądy przedstawicieli doktryny prawa karnego dotyczące przedmiotowej nowelizacji, a także omówiono wprowadzone komentowaną ustawą nowelizującą zmiany w sposobie przesłuchania pokrzywdzonych przestępstwem zgwałcenia. W niniejszym artykule skoncentrowano się natomiast na zaprezentowaniu wyników badania aktowego. Autorka oprócz odniesienia się do tego, co stanowiło główny przedmiot badania, a mianowicie do kwestii zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia i wpływie tej zmiany m.in. na liczbę popełnianych przestępstw oraz wysokość wymierzanych sprawcom kar, postanowiła również zwrócić uwagę na aspekty kryminologiczne takie jak chociażby: płeć, wiek czy wykształcenie sprawcy, a także charakterystykę pokrzywdzonych. Ponadto w artykule zostały również zawarte informacje dotyczące m.in. relacji pomiędzy postacią zamiaru towarzyszącego sprawcy a wysokością kary, która została mu wymierzona czy też wpływu przyznania się przez sprawcę do popełnienia czynu zabronionego na wysokość orzeczonej wobec niego kary. W opracowaniu znalazły się ponadto informacje nt. czasu trwania postępowania karnego w analizowanych sprawach,

* Mgr Paulina Banaszak jest asystentem w Sekcji Prawa i Procesu Karnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości oraz doktorantką w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000–0002–7367–0860; e-mail: paulinabanaszak1305@op.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 10.10.2018 r.; data przyjęcia tekstu do publikacji przez redakcję: 9.01.2019 r.
[1] P. Banaszak, *Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia – analiza teoretyczna,* „Prawo w Działaniu" 2019/37, s. 42–77.

podmiotu składającego zawiadomienie o popełnieniu czynu zabronionego czy też o liczbie przesłuchań, którym poddano pokrzywdzonych.

2. PRÓBA BADAWCZA[2]

Przy ustalaniu próby badawczej w pierwszej kolejności sięgnięto do statystyki prawomocnych skazań za przestępstwo zgwałcenia.

Tabela 1
Liczba prawomocnych skazań za przestępstwo zgwałcenia w poszczególnych latach (1990–2016)

Rok	Liczba prawomocnych skazań
1990	627
1991	869
1992	897
1993	930
1994	1027
1995	914
1996	1032
1997	908
1998	987
1999	807
2000	776
2001	919
2002	971
2003	990
2004	1263
2005	1132
2006	865
2007	822
2008	887
2009	856
2010	773
2011	705
2012	723
2013	700
2014	631
2015	643
2016	684

Źródło: opracowanie własne.

[2] Informację o liczbie prawomocnych skazań za przestępstwo zgwałcenia w latach 1990–2012 zaczerpnięto z opracowania pt. *Atlas przestępczości w Polsce*, red. A. Siemaszko, wyd. 5, Warszawa 2015, s. 131–132; natomiast informacja o liczbie prawomocnych skazań za przestępstwo zgwałcenia w latach 2013–2016 pochodzi z Krajowego Rejestru Karnego.

Jak pokazuje powyższa tabela, liczba prawomocnych skazań za przestępstwo zgwałcenia kształtowała się różnie w poszczególnych latach. Najwięcej prawomocnych skazań za to przestępstwo nastąpiło w 2004 r. – aż 1263, co stanowi liczbę dwukrotnie wyższą od liczby skazań w roku 2014. Od 2004 r. nastąpił znaczący spadek liczby prawomocnych skazań za ten czyn zabroniony. Aby móc dokonać porównania stanu sprzed nowelizacji oraz stanu po jej wejściu w życie, a także sformułować ocenę zmiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia, zdecydowano się w ramach badania przeanalizować akta spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r. (czyli przed wejściem w życie nowelizacji, na mocy której uchylono art. 205 Kodeksu karnego[3]), oraz spraw, w których prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2016 r., a zatem już po wejściu w życie analizowanej zmiany.

W następnej kolejności dokonano losowania próby z sądów okręgowych oraz z sądów rejonowych. Wylosowane sądy okręgowe to: Sąd Okręgowy w Częstochowie, Sąd Okręgowy w Gdańsku, Sąd Okręgowy w Gliwicach, Sąd Okręgowy w Katowicach, Sąd Okręgowy w Koninie, Sąd Okręgowy w Krakowie, Sąd Okręgowy w Łodzi, Sąd Okręgowy w Olsztynie, Sąd Okręgowy w Opolu, Sąd Okręgowy w Płocku, Sąd Okręgowy w Przemyślu, Sąd Okręgowy w Siedlcach, Sąd Okręgowy w Suwałkach, Sąd Okręgowy w Tarnowie, Sąd Okręgowy we Wrocławiu oraz Sąd Okręgowy w Zamościu. Do każdego z tych sądów zwrócono się z prośbą o nadesłanie akt jednej sprawy, w której prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r. oraz akt jednej sprawy, w której prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2016 r. Jeżeli natomiast chodzi o sądy rejonowe, to do badania wylosowano następujące sądy: Sąd Rejonowy w Bielsku Podlaskim, Sąd Rejonowy w Bydgoszczy, Sąd Rejonowy w Chojnicach, Sąd Rejonowy w Cieszynie, Sąd Rejonowy Gdańsk-Południe w Gdańsku, Sąd Rejonowy w Gliwicach, Sąd Rejonowy w Grudziądzu, Sąd Rejonowy w Jędrzejowie, Sąd Rejonowy w Kluczborku, Sąd Rejonowy Kraków-Śródmieście w Krakowie, Sąd Rejonowy w Kwidzynie, Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie, Sąd Rejonowy w Łukowie, Sąd Rejonowy w Olsztynie, Sąd Rejonowy w Ostródzie, Sąd Rejonowy Poznań-Grunwald i Sąd Rejonowy Jeżyce w Poznaniu, Sąd Rejonowy w Pułtusku, Sąd Rejonowy w Rzeszowie, Sąd Rejonowy Szczecin-Centrum w Szczecinie, Sąd Rejonowy w Tomaszowie Mazowiecki, Sąd Rejonowy w Wadowicach, Sąd Rejonowy w Wejherowie, Sąd Rejonowy dla Wrocławia-Krzyków we Wrocławiu oraz Sąd Rejonowy w Zabrzu. Do każdego z tych sądów zwrócono się z prośbą o nadesłanie akt dwóch spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r. oraz dwóch spraw, w których prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2016 r.

Łączna liczba spraw, które miały zostać poddane badaniu to 128 sprawy (32 sprawy z sądów okręgowych oraz 96 spraw z sądów rejonowych). Z uwagi na to, że w niektórych sądach toczyły się czynności, do których konieczne było korzystanie z akt spraw, a które miały zostać objęte badaniem, akta te nie mogły zostać nadesłane do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Akta zostały nadesłane przez 14 sądów okręgowych (przy czym nie wszystkie sądy nadesłały akta dwóch

[3] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

spraw) oraz przez 22 sądy rejonowe (przy czym nie wszystkie sądy nadesłały akta czterech spraw). Nadesłane akta w pierwszej kolejności poddano wstępnej selekcji pod kątem zgodności kwalifikacji prawnej czynu z tematem badania. W następstwie selekcji ustalono, że zgodność kwalifikacji prawnej czynu z tematem badania wystąpiła w 94 sprawach karnych, których akta trafiły do Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Taka też liczba spraw została poddana wszechstronnej analizie. Warto w tym miejscu podkreślić, że liczba przeanalizowanych spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r. jest zbliżona do liczby poddanych analizie spraw, w których prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2016 r., albowiem liczba tych spraw z 2013 r. wyniosła 44, zaś liczba spraw z 2016 r. – 50. Dzięki temu, że liczby te są do siebie zbliżone, sformułowanie wniosków płynących z porównania stanu sprzed nowelizacji i stanu po jej wejściu w życie nie będzie obarczone błędem.

3. INFORMACJE MA TEMAT SPRAWCÓW I POKRZYWDZONYCH

Łączna liczba sprawców w przeanalizowanych w ramach przedmiotowego badania sprawach wyniosła 96, zaś liczba pokrzywdzonych przestępstwem zgwałcenia – 102.

Płeć sprawcy

Tabela 2
Płeć sprawcy

Płeć sprawcy	Częstość	Procent
mężczyzna	95	98,9
Kobieta	1	1,1

Źródło: opracowanie własne.

W zdecydowanej większości spraw sprawcami przestępstwa zgwałcenia byli mężczyźni. Ich liczba wyniosła 95, co stanowi 98,9% wszystkich sprawców. Zaledwie jedna kobieta dopuściła się tego przestępstwa (1,1%).

Wiek sprawcy

Tabela 3
Wiek sprawcy

Przedział wiekowy	Częstość	Procent
poniżej 20 lat	19	19,8
20–29 lat	34	35,4
30–39 lat	23	24,0
40–49 lat	12	12,5
50–59 lat	5	5,2
60–69 lat	3	3,1

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej sprawców przestępstwa zgwałcenia znajdowało się w przedziale wiekowym 20–29 lat, a ich liczba wyniosła 34, co stanowi 35,4%. 23 sprawców to osoby, które należą do przedziału wiekowego 30–39 lat (24%). 19 sprawców to osoby należące do przedziału wiekowego poniżej 20 lat (19,8%), zaś 12 osób znajdowało się w wieku od 40 do 49 lat (12,5%). Pięciu sprawców to osoby należące do przedziału wiekowego 50–59 lat (5,2%). Trzech sprawców w chwili popełnienia czynu zabronionego znajdowało się w przedziale wiekowym 60–69 lat (3,1%). Warto również wspomnieć, że najmłodszy sprawca przestępstwa zgwałcenia miał 16 lat, zaś najstarszy – 68 lat.

Obywatelstwo sprawcy

Tabela 4
Obywatelstwo sprawcy

Obywatelstwo sprawcy	Częstość	Procent
polskie	92	95,6
bułgarskie	1	1,1
egipskie	1	1,1
tunezyjskie	1	1,1
ukraińskie	1	1,1

Źródło: opracowanie własne.

Zdecydowana większość sprawców to osoby z obywatelstwem polskim. Ich liczba wyniosła aż 92, co stanowi 95,6%. Wśród sprawców znalazła się także jedna osoba z obywatelstwem bułgarskim (1,1%), jedna z obywatelstwem egipskim (1,1%), jedna z obywatelstwem tunezyjskim (1,1%) oraz jedna z obywatelstwem ukraińskim (1,1%).

Wykształcenie sprawcy

Tabela 5
Wykształcenie sprawcy

Wykształcenie sprawcy	Częstość	Procent
brak	1	1,1
podstawowe	34	35,3
zasadnicze zawodowe	35	36,4
gimnazjalne	10	10,4
średnie	14	14,6
wyższe	2	2,2

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej sprawców (aż 35) to osoby z wykształceniem zasadniczym zawodowym, co stanowi 36,4%. Niewiele mniej osób – 34 to sprawcy z wykształceniem podstawowym (35,3%). 14 sprawców legitymowało się wykształceniem średnim (14,6%), zaś

10 – wykształceniem gimnazjalnym (10,4%). Zaledwie dwóch sprawców miało wykształcenie wyższe (2,2%). Tylko jeden sprawca był osobą bez wykształcenia (1,1%).

Źródło utrzymania/status sprawcy

Tabela 6
Źródło utrzymania/status sprawcy

Źródło utrzymania/status sprawcy	Częstość	Procent
praca stała	29	30,1
praca tzw. dorywcza	29	30,1
przedsiębiorca	2	2,2
rolnik	3	3,3
emerytura	3	3,3
renta	3	3,3
uczeń	0	0
student	1	1,1
na utrzymaniu innej osoby	13	13,2
bezrobotny/zasiłek	10	10,1
praca oraz renta	1	1,1
na utrzymaniu innej osoby oraz renta	1	1,1
brak danych	1	1,1

Źródło: opracowanie własne.

Dokładnie tyle samo sprawców utrzymywało się z pracy stałej, jak z tzw. pracy dorywczej (po 29 osób, co stanowi łącznie 60,2%), a 13 sprawców znajdowało się na utrzymaniu innej osoby (13,2%). Niewiele mniej osób (10) to osoby bezrobotne (10,1%). Wśród sprawców przestępstwa zgwałcenia znalazło się także trzech rolników (3,3%), trzy osoby otrzymujące emeryturę (3,3%), trzy osoby otrzymujące rentę (3,3%), a także dwóch przedsiębiorców (2,2%), jeden student (1,1%), jedna osoba utrzymująca się zarówno ze stałej pracy, jak i z renty (1,1%), a także jedna osoba, która znajdowała się na utrzymaniu innej osoby i jednocześnie otrzymywała także rentę (1,1%). Na temat źródeł utrzymania jednego ze sprawców brak jest danych (1,1%).

Czy skazany jest recydywistą?

Tabela 7
Czy skazany jest recydywistą?

Czy skazany jest recydywistą?	Częstość	Procent
w rozumieniu art. 64 § 1 k.k.	5	5,5
w rozumieniu art. 64 § 2 k.k.	1	1,1
nie w rozumieniu art. 64 k.k.	45	46,7
nie	45	46,7

Źródło: opracowanie własne.

Wśród sprawców przestępstwa zgwałcenia znalazło się dokładnie tyle samo osób, które nie były recydywistami (45, co stanowi 46,7%), ile osób, które były recydywistami nie w rozumieniu art. 64 k.k. Pięciu sprawców to osoby będące recydywistami w rozumieniu art. 64 § 1 k.k. (5,5%). Zaledwie jeden sprawca to recydywista w rozumieniu art. 64 § 2 k.k. (1,1%).

Czy sprawca przyznał się do popełnienia czynu zabronionego?[4]

Tabela 8
Przyznanie się przez sprawcę do popełnienia czynu zabronionego

Przyznanie się	Częstość	Procent
tak	20	18,7
nie	84	78,6
sprawca przyznał się częściowo	3	2,7

Źródło: opracowanie własne.

W 84 przypadkach sprawcy nie przyznali się do popełnienia przestępstwa zgwałcenia (78,6%). Zaledwie w 20 przypadkach mamy do czynienia z przyznaniem się sprawcy do popełnienia tego czynu zabronionego (18,7%). W trzech przypadkach (2,7%) natomiast sprawca przyznał się częściowo do popełnienia czynu zabronionego (np. przyznał się do tego, że obcował płciowo z pokrzywdzoną, ale nie do tego, że uczynił to, stosując wobec niej przemoc, groźbę bezprawną czy też podstęp).

Płeć pokrzywdzonego

Tabela 9
Płeć pokrzywdzonego

Płeć pokrzywdzonego	Częstość	Procent
Mężczyzna	0	0
kobieta	102	100

Źródło: opracowanie własne.

Wśród pokrzywdzonych przestępstwem zgwałcenia znalazły się wyłącznie kobiety. Ich liczba wyniosła 102. Z uwagi na to, że wśród pokrzywdzonych nie znalazł się żaden mężczyzna, w dalszej części opracowania będzie mowa nie o „pokrzywdzonym", lecz o „pokrzywdzonej".

[4] Uwzględniono liczbę czynów, których dopuścili się poszczególni sprawcy w ramach analizowanych spraw. Z uwagi na to, że w niektórych sprawach mamy do czynienia z więcej niż jednym czynem sprawcy, mowa jest o 107 przypadkach. (Przyznanie się czy też jego brak odnoszono do każdego z czynów sprawcy, stąd liczba przypadków jest większa od liczby sprawców).

Wiek pokrzywdzonej

Tabela 10
Wiek pokrzywdzonej

Wiek pokrzywdzonej	Częstość	Procent
poniżej 20 lat	36	35,3
20–29 lat	33	32,4
30–39 lat	16	15,7
40–49 lat	7	6,9
50–59 lat	5	4,9
60–69 lat	4	3,9
70–79 lat	0	0
80–89 lat	1	0,9

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej pokrzywdzonych należało do przedziału wiekowego poniżej 20 lat. Takich osób było 36, co stanowi 35,3%. Niewiele mniej, bo 33 osoby (32,4%) należały do przedziału wiekowego 20–29 lat. 16 pokrzywdzonych zakwalifikowano do przedziału wiekowego od 30 do 39 lat (15,7%). Siedem osób to pokrzywdzone, które należy zaliczyć do przedziału wiekowego 40–49 lat (6,9%). Pięć osób należało do przedziału wiekowego 50–59 lat (4,9%), zaś cztery ofiary to osoby, które trzeba zaliczyć do przedziału wiekowego 60–69 lat (3,9%). Jedna pokrzywdzona należała natomiast do przedziału wiekowego 80–89 lat (0,9%). Warto podkreślić, że najmłodsza ofiara przestępstwa zgwałcenia miała 7 lat, zaś najstarsza 82 lata. Na uwagę zasługuje również fakt, że wśród pokrzywdzonych aż 16 osób to osoby poniżej 15. roku życia (15,7% wszystkich pokrzywdzonych).

Obywatelstwo pokrzywdzonej

Tabela 11
Obywatelstwo pokrzywdzonej

Obywatelstwo pokrzywdzonej	Częstość	Procent
polskie	101	99,1
brytyjskie	1	0,9

Źródło: opracowanie własne.

Niemalże wszystkie pokrzywdzone to obywatelki Polski. Ich liczba wyniosła 101, co stanowi 99,1% wszystkich pokrzywdzonych. Wśród pokrzywdzonych przestępstwem zgwałcenia znalazła się także jedna osoba z obywatelstwem brytyjskim (0,9%).

Relacja sprawca – ofiara[5]

W zdecydowanej większości przypadków sprawcami przestępstwa zgwałcenia byli znajomi ofiar. Z taką sytuacją mamy do czynienia w 39 przypadkach,

[5] Uwzględniono tu relacje zachodzące pomiędzy każdym ze sprawców a każdą z ofiar.

Tabela 12
Relacja sprawca – ofiara

Relacja sprawca – ofiara	Częstość	Procent
mąż/żona	16	15,4
osoba pozostająca w faktycznym pożyciu	9	8,6
rodzic/dziecko (w tym adoptowane)	7	6,8
inny członek rodziny	5	4,8
znajomy	39	37,5
obcy	28	26,9

Źródło: opracowanie własne.

co stanowi 37,5%. Osoby obce wobec ofiar były sprawcami przedmiotowego czynu zabronionego w 28 przypadkach, co stanowi 26,9%. W 16 przypadkach sprawcą przestępstwa zgwałcenia był mąż ofiary, co stanowi 15,4%. W dziewięciu przypadkach sprawcą była osoba pozostająca z ofiarą w faktycznym pożyciu (8,6%), zaś w siedmiu przypadkach między sprawcą a ofiarą wystąpiła relacja, którą można określić jako relację rodzic/dziecko (w tym także dziecko adoptowane), co stanowi 6,8%. W pięciu przypadkach (4,8%) przestępstwa zgwałcenia dopuścił się inny niż mąż/żona oraz rodzic/dziecko członek rodziny (w czterech przypadkach był to brat pokrzywdzonej, w jednym przypadku – jej ojczym).

4. INFORMACJE NA TEMAT CZYNÓW ZABRONIONYCH, KTÓRYCH DOPUŚCILI SIĘ SPRAWCY ORAZ TOCZĄCYCH SIĘ PRZECIWKO NIM POSTĘPOWAŃ KARNYCH

Forma stadialna czynu zabronionego[6]

Tabela 13
Forma stadialna czynu zabronionego

Forma stadialna	Częstość	Procent
przygotowanie	0	0
usiłowanie	21	19,6
dokonanie	86	80,4

Źródło: opracowanie własne.

Zdecydowana większość sprawców dopuściła się przestępstwa zgwałcenia w formie dokonania. Taka sytuacja miała miejsce w 86 przypadkach[7], co stanowi 80,4%. W 21 przypadkach mamy natomiast do czynienia z usiłowaniem dokonania zgwałcenia (19,6%).

[6] Uwzględniono liczbę czynów, których dopuścili się poszczególni sprawcy w ramach analizowanych spraw. Z uwagi na to, że w niektórych sprawach mamy do czynienia z więcej niż jednym czynem sprawcy, jest mowa o 107 przypadkach. (Formę stadialną odnoszono do każdego z czynów sprawcy, stąd liczba przypadków jest większa od liczby sprawców).

[7] Uwzględniono liczbę czynów, których dopuścili się poszczególni sprawcy w ramach analizowanych spraw. Z uwagi na to, że w niektórych sprawach mamy do czynienia z więcej niż jednym czynem sprawcy, jest mowa o 107 przypadkach. (Formę stadialną odnoszono do każdego z czynów sprawcy, stąd liczba przypadków jest większa od liczby sprawców).

Forma zjawiskowa czynu zabronionego

Tabela 14
Forma zjawiskowa czynu zabronionego

Forma zjawiskowa	Częstość	Procent
sprawstwo pojedyncze	100	93,6
współsprawstwo	7	6,4
sprawstwo kierownicze	0	0
sprawstwo polecające	0	0
podżeganie	0	0
pomocnictwo	0	0

Źródło: opracowanie własne.

W zdecydowanej większości przypadków sprawcy dopuścili się przestępstwa zgwałcenia w formie sprawstwa pojedynczego. Z sytuacją taką mamy do czynienia w 100 przypadkach, co stanowi 93,6%. Ze współsprawstwem zaś mamy do czynienia w siedmiu przypadkach (6,4%)[8]. W analizowanych sprawach ani razu nie wystąpiło sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie ani pomocnictwo.

Liczba ofiar, wobec których dany sprawca dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary

Tabela 15
Liczba ofiar, wobec których dany sprawca dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary

Liczba ofiar	Częstość	Procent
1	93	96,7
2	2	2,2
3	0	0
4	0	0
5	0	0
6	0	0
7	1	1,1

Źródło: opracowanie własne.

Zdecydowana większość sprawców (aż 93) dopuściła się czynu zabronionego, jakim jest przestępstwo zgwałcenia, tylko wobec jednej pokrzywdzonej, co stanowi 96,7% wszystkich sprawców. Dwóch sprawców dopuściło się czynu zabronionego na szkodę dwóch pokrzywdzonych, co stanowi 2,2% sprawców. Jeden sprawca dopuścił się czynu zabronionego na szkodę siedmiu pokrzywdzonych (1,1% sprawców).

[8] Uwzględniono liczbę czynów, których dopuścili się poszczególni sprawcy w ramach analizowanych spraw. Z uwagi na to, że w niektórych sprawach mamy do czynienia z więcej niż jednym czynem sprawcy, jest mowa o 107 przypadkach. (Formę zjawiskową odnoszono do każdego z czynów sprawcy, stąd liczba przypadków jest większa od liczby sprawców).

Zmiany w drugiej instancji

Tabela 16
Zmiany w drugiej instancji

Zmiany w drugiej instancji	Częstość
brak zmian	50
zmiana kwalifikacji prawnej	2
brak apelacji	36
obniżenie wysokości wymierzonej kary	3
brak informacji o tym, czy była apelacja	2
zmiana kwalifikacji prawnej i jednocześnie obniżenie wysokości wymierzonej kary	1

Źródło: opracowanie własne.

W 50 przypadkach brak było zmian w drugiej instancji. W dwóch przypadkach sądy drugiej instancji dokonały zmiany kwalifikacji prawnej przyjętej w pierwszej instancji. W 36 przypadkach nie wniesiono apelacji. W trzech przypadkach doszło do obniżenia przez sąd drugiej instancji wysokości wymierzonej wobec sprawcy kary. W dwóch sprawach brak jest informacji odnośnie do tego, czy została wniesiona apelacja. W jednej sprawie nastąpiła zmiana kwalifikacji prawnej i jednocześnie doszło także do obniżenia wysokości kary wymierzonej w pierwszej instancji.

Czas trwania postępowania przygotowawczego

Tabela 17
Czas trwania postępowania przygotowawczego

Czas trwania postępowania przygotowawczego – 2013 r.	Częstość	Czas trwania postępowania przygotowawczego – 2016 r.	Częstość
do 1 miesiąca	3	do 1 miesiąca	2
od powyżej 1 miesiąca do 2 miesięcy	6	od powyżej 1 miesiąca do 2 miesięcy	4
od powyżej 2 miesięcy do 3 miesięcy	11	od powyżej 2 miesięcy do 3 miesięcy	15
od powyżej 3 miesięcy do 4 miesięcy	10	od powyżej 3 miesięcy do 4 miesięcy	6
od powyżej 4 miesięcy do 5 miesięcy	6	od powyżej 4 miesięcy do 5 miesięcy	7
od powyżej 5 miesięcy do 6 miesięcy	5	od powyżej 5 miesięcy do 6 miesięcy	5
od powyżej 6 miesięcy do 7 miesięcy	2	od powyżej 6 miesięcy do 7 miesięcy	2
od powyżej 7 miesięcy do 8 miesięcy	1	od powyżej 7 miesięcy do 8 miesięcy	2
od powyżej 8 miesięcy do 9 miesięcy	1	od powyżej 8 miesięcy do 9 miesięcy	3
od powyżej 9 miesięcy do 10 miesięcy	0	od powyżej 9 miesięcy do 10 miesięcy	1
od powyżej 10 miesięcy do 11 miesięcy	0	od powyżej 10 miesięcy do 11 miesięcy	0
od powyżej 11 miesięcy do 12 miesięcy	0	od powyżej 11 miesięcy do 12 miesięcy	1
1 rok i 2 miesiące	1	1 rok i 2 miesiące	1
		1 rok i 11 miesięcy	1

Źródło: opracowanie własne.

W przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r., postępowanie przygotowawcze trwało najczęściej od ponad 2 miesięcy do 3 miesięcy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w 11 sprawach. W 10 przypadkach postępowanie przygotowawcze trwało natomiast od ponad 3 miesięcy do 4 miesięcy. W trzech sprawach postępowanie przygotowawcze zakończyło się przed upływem 1 miesiąca od jego wszczęcia, przy czym warto wskazać, że najkrótszy czas jego trwania to 22 dni. Najdłużej prowadzone postępowanie przygotowawcze trwało natomiast 1 rok i 2 miesiące.

Natomiast jeżeli chodzi o sprawy, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r., to postępowanie przygotowawcze, podobnie jak w przypadku spraw z 2013 r., trwało najczęściej od ponad 2 miesięcy do 3 miesięcy. Z taką sytuacją mamy do czynienia w 15 przypadkach. W dwóch sprawach postępowanie przygotowawcze zakończyło się przed upływem 1 miesiąca od jego wszczęcia, przy czym podkreślenia wymaga fakt, że najkrótszy czas jego trwania to zaledwie 2 tygodnie. Najdłużej prowadzone postępowanie przygotowawcze trwało natomiast 1 rok i 11 miesięcy.

Analiza czasu trwania postępowania przygotowawczego w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r., oraz w sprawach, w których skazanie to nastąpiło w 2016 r., może prowadzić do wniosku, że zmiana trybu ścigania sprawcy tego przestępstwa w żaden sposób nie wpłynęła na skrócenie czasu trwania postępowania przygotowawczego. Jak już wyżej wskazano, zarówno w sprawach z 2013 r., jak i w sprawach z 2016 r. postępowanie przygotowawcze trwało najczęściej od ponad 2 miesięcy do 3 miesięcy. Najkrótszy czas trwania postępowania przygotowawczego w sprawach z 2013 r. oraz w sprawach z 2016 r. był podobny – odpowiednio 22 dni i 2 tygodnie.

Źródło informacji o popełnionym przestępstwie[9]

Tabela 18
Źródło informacji o popełnionym przestępstwie

Źródło informacji o popełnionym przestępstwie – 2013 r.	Częstość	Źródło informacji o popełnionym przestępstwie – 2016 r.	Częstość
sama pokrzywdzona	28	sama pokrzywdzona	29
rodzice pokrzywdzonej	8	rodzice pokrzywdzonej	9
rodzeństwo pokrzywdzonej	3	rodzeństwo pokrzywdzonej	1
inny niż rodzice i rodzeństwo członek rodziny	2	inny niż rodzice i rodzeństwo członek rodziny	1
partner pokrzywdzonej	2	partner pokrzywdzonej	0
sprawca	1	Sprawca	0
przypadkowa osoba, która widziała zdarzenie	2	przypadkowa osoba, która widziała zdarzenie	2

[9] Chodzi o osobę, która powiadomiła policję o popełnieniu przez sprawcę przestępstwa zgwałcenia.

Tabela 18 cd.
Źródło informacji o popełnionym przestępstwie

Źródło informacji o popełnionym przestępstwie – 2013 r.	Częstość	Źródło informacji o popełnionym przestępstwie – 2016 r.	Częstość
przypadkowa osoba, która słyszała wołanie pokrzywdzonej o pomoc	2	przypadkowa osoba, która słyszała wołanie pokrzywdzonej o pomoc	2
inne[1]	4	inne[2]	6

[1] W dwóch przypadkach był to lekarz ze szpitala, do którego trafiła pokrzywdzona, w jednym pedagog szkolny, a w jednym – matka zastępcza.

[2] Były to następujące osoby: lekarz ze szpitala, w którym przebywała pokrzywdzona, recepcjonistka z hotelu, w którym nastąpiło zdarzenie, dyrektor szkoły, do której uczęszczała pokrzywdzona, ratownicy na basenie, którzy zostali poinformowani o zaistniałym zdarzeniu, dyspozytor pogotowania ratunkowego, a także pracownik Gminnego Ośrodka Pomocy Społecznej, do którego zgłosiła się pokrzywdzona.

Źródło: opracowanie własne.

Zarówno w przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r., jak i w przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2016 r. w zdecydowanej większości przypadków to pokrzywdzone same informowały policję o popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Podobna jest również liczba spraw, w których o popełnieniu przestępstwa policję zawiadamiali rodzice pokrzywdzonych – osiem spraw z 2013 r. i dziewięć spraw z 2016 r. Warto zwrócić uwagę, że w jednej ze spraw (z 2013 r.) sprawca sam zgłosił się na policję i poinformował, że dopuścił się przestępstwa zgwałcenia.

5. INFORMACJE NA TEMAT KAR WYMIERZANYCH SPRAWCOM

Kara wymierzona sprawcy[10]

Tabela 19
Kara wymierzona sprawcy w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r.

Kara wymierzona sprawcy	Częstość
9 miesięcy pozbawienia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok pozbawienia wolności	4
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
2 lata pozbawienia wolności	10
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	8
2 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności	1

[10] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.

Tabela 19 cd.
Kara wymierzona sprawcy w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r.

Kara wymierzona sprawcy	Częstość
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
3 lata pozbawienia wolności	9
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	4
4 lata pozbawienia wolności	1
7 lat pozbawienia wolności	1
8 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Najczęstszą karą wymierzaną sprawcom przestępstwa zgwałcenia w sprawach, w których prawomocne skazanie za to przestępstwo nastąpiło w 2013 r. była kara 2 lat pozbawienia wolności. Wymierzono ją wobec 10 sprawców. Nieco rzadziej, bo tylko w dziewięciu przypadkach, sądy decydowały się na wymierzenie wobec sprawcy kary 3 lat pozbawienia wolności. W ośmiu przypadkach karą wymierzoną sprawcy była kara 2 lat pozbawienia wolności oraz kara grzywny. Najsurowszą karą, jaką orzeczono za przestępstwo zgwałcenia, była kara 8 lat pozbawienia wolności; wymierzono ją w jednym przypadku. Karą najłagodniejszą była natomiast kara 9 miesięcy pozbawienia wolności, którą wymierzono także jednokrotnie.

Tabela 20
Kara wymierzona sprawcy w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r.

Kara wymierzona sprawcy	Częstość
3 miesiące pozbawienia wolności + 8 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 6 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 2 lata ograniczenia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	3
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	5
1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
1 rok i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	10
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	2
2 lata i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	3
2 lata i 8 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata i 9 pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	3
3 lata i 2 miesiące pozbawienia wolności	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1

Tabela 20 cd.
Kara wymierzona sprawcy w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r.

Kara wymierzona sprawcy	Częstość
4 lata pozbawienia wolności	3
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	3
5 lat pozbawienia wolności	1
6 lat pozbawienia wolności	1
8 lat pozbawienia wolności	1
9 lat pozbawienia wolności	1
15 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Najczęstszą karą wymierzaną sprawcom przestępstwa zgwałcenia w sprawach, w których prawomocne skazanie za ten czyn miało miejsce w 2016 r., była kara 2 lat pozbawienia wolności. Wymierzono ją bowiem wobec 10 sprawców. W pięciu przypadkach karą wymierzoną sprawcy była kara 1 roku pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej grzywna. Najsurowszą karą, jaką orzeczono za przestępstwo zgwałcenia, była kara 15 lat pozbawienia wolności. Wymierzono ją w jednym przypadku. Karą najłagodniejszą była kara 3 miesięcy pozbawienia wolności, obok której orzeczono karę 8 miesięcy ograniczenia wolności. Karę tę wymierzono jednokrotnie.

Jak nietrudno zauważyć, zarówno w przypadku spraw z 2013 r., jak i spraw z 2016 r. najczęściej orzekaną wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia karą była kara 2 lat pozbawienia wolności. Fakt, że w 2016 r. najsurowszą karą, jaką sąd orzekł wobec sprawcy, była kara 15 lat pozbawienia wolności nie może prowadzić do wniosku, że zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia doprowadziła do tego, iż kary, jakie orzekano po tej nowelizacji wobec sprawców stały się surowsze, albowiem karę taką orzeczono zaledwie wobec jednego sprawcy. W pozostałych sprawach wymierzano kary są zbliżone do kar, jakie sądy zdecydowały się orzec w sprawach z 2013 r.

Czy warunkowo zawieszono wykonanie orzeczonej wobec sprawcy kary?

Tabela 21
Czy warunkowo zawieszono wykonanie wobec sprawcy kary w sprawach z 2013 r.?

Czy warunkowo zawieszono wykonanie orzeczonej wobec sprawcy kary?	Częstość	Procent
tak	17	36,9
nie	29	63,1

Źródło: opracowanie własne.

Jak ilustrują to powyższa i poniższa tabela, liczba spraw, w których sądy decydowały się na warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec sprawcy kary jest dokładnie taka sama zarówno, gdy chodzi o sprawy z 2013 r., jak w przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r.

Tabela 22
Czy warunkowo zawieszono wykonanie wobec sprawcy kary w sprawach z 2016 r.?

Czy warunkowo zawieszono wykonanie orzeczonej wobec sprawcy kary?	Częstość	Procent
tak	17	34,0
nie	33	66,0

Źródło: opracowanie własne.

Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy przyznał się on do popełnienia czynu zabronionego[11]

Tabela 23
Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy przyznał się on do popełnienia czynu zabronionego

Kara	Częstość
10 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	2
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
2 lata pozbawienia wolności	6
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	4
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	1
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
5 lat pozbawienia wolności	1
8 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Karą, jaką najczęściej wymierzano sprawcom przestępstwa zgwałcenia, którzy przyznali się do popełnienia czynu zabronionego, była kara 2 lat pozbawienia wolności. Orzeczono ją wobec sześciu sprawców. Wobec czterech sprawców orzeczono karę 2 lat pozbawienia wolności wraz z karą grzywny, natomiast wobec dwóch sprawców orzeczono karę 1 roku pozbawienia wolności wraz z karą grzywny. Najłagodniejszą karą, którą sąd wymierzył wobec sprawcy przyznającego się do popełnienia czynu zabronionego, była kara 10 miesięcy pozbawienia wolności, najsurowszą zaś – kara 8 lat pozbawienia wolności.

Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy nie przyznał się on do popełnienia czynu zabronionego[12]

Karą, jaką najczęściej wymierzano sprawcom przestępstwa zgwałcenia, którzy nie przyznali się do popełnienia czynu zabronionego, była kara 2 lat pozbawienia

[11] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.
[12] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

wolności. Orzeczono ją wobec 21 sprawców. Natomiast wobec 11 sprawców orzeczono karę 3 lat pozbawienia wolności, zaś wobec ośmiu sprawców orzeczono karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Najłagodniejszą karą, którą sąd wymierzył wobec sprawcy nieprzyznającego się do popełnienia czynu zabronionego była kara 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej kara 8 miesięcy ograniczenia wolności, zaś najsurowszą – kara 15 lat pozbawienia wolności.

Tabela 24
Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy nie przyznał się on do popełnienia czynu zabronionego

Kara	Częstość
3 miesiące pozbawienia wolności + 8 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 6 miesięcy ograniczenia wolności	1
9 miesięcy pozbawienia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok pozbawienia wolności	5
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	4
1 rok i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	3
1 rok i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	21
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	7
2 lata i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	4
2 lata i 8 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	11
3 lata i 2 miesiące pozbawienia wolności	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	8
4 lata pozbawienia wolności	4
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
6 lat pozbawienia wolności	1
7 lat pobawienia wolności	2
15 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy przyznał się on jedynie częściowo do popełnienia czynu zabronionego[13]

W sytuacji, gdy sprawca przyznał się jedynie częściowo do popełnienia czynu zabronionego, najłagodniejszą karą, jaka została wobec niego wymierzona, była

[13] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

kara 4 miesięcy pozbawienia wolności, obok której została wymierzona kara 2 lat ograniczenia wolności, zaś karą najsurowszą – była kara 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności (jak już wcześniej wskazano, z częściowym przyznaniem się przez sprawcę do popełnienia czynu zabronionego mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca np. przyznał się do tego, że obcował płciowo z pokrzywdzoną, ale nie przyznał się, że doprowadził ją do obcowania płciowego przemocą, groźbą bezprawną czy też podstępem).

Tabela 25
Kara wymierzona sprawcy w sytuacji, gdy przyznał się on jedynie częściowo do popełnienia czynu zabronionego

Kara	Częstość
4 miesiące pozbawienia wolności + 2 lata ograniczenia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	1
1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Kary wymierzane sprawcom w poszczególnych kategoriach wiekowych

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym poniżej 20 lat[14]

Tabela 26
Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym poniżej 20 lat

Kara	Częstość
9 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	2
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
2 lata pozbawienia wolności	3
2 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	2
3 lata i 2 miesiące pozbawienia wolności	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
4 lata pozbawienia wolności	2
6 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej wymierzaną karą wobec sprawcy przestępstwa zgwałcenia, który w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych 20 lat, była kara 2 lat

[14] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.

pozbawienia wolności. Najłagodniejszą karą orzeczoną wobec takiego sprawcy była kara 9 miesięcy pozbawienia wolności, zaś najsurowszą karą – kara 6 lat pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 20–29 lat[15]

Tabela 27
Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 20–29 lat

Kara	Częstość
10 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	2
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	10
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	4
2 lata i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	3
2 lata i 8 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	7
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2

Źródło: opracowanie własne.

Karą wymierzaną najczęściej wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia należących do przedziału wiekowego 20–29 lat była kara 2 lat pozbawienia wolności. Wymierzono ją bowiem wobec 10 sprawców. Najłagodniejszą karą wymierzoną wobec sprawców należących do tego przedziału wiekowego była kara 10 miesięcy pozbawienia wolności, zaś najsurowszą – kara 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 30–39 lat[16]

Najczęściej wymierzaną karą wobec sprawcy przestępstwa zgwałcenia należącego do przedziału wiekowego 30–39 lat była kara 1 roku pozbawienia wolności. Orzeczono ją wobec czterech sprawców należących do tego przedziału wiekowego. Najłagodniejszą karą była kara 3 miesięcy pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej kara 8 miesięcy ograniczenia wolności, zaś najsurowszą karą – kara 15 lat pozbawienia wolności.

[15] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.
[16] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dop1uścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.

Tabela 28 Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 30–39 lat	
Kara	**Częstość**
3 miesiące pozbawienia wolności + 8 miesięcy ograniczenia wolności	1
1 rok pozbawienia wolności	4
1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	3
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	3
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
4 lata pozbawienia wolności	2
5 lat pozbawienia wolności	1
8 lat pozbawienia wolności	2
9 lat pozbawienia wolności	1
15 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 40–49 lat[17]

Tabela 29 Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 40–49 lat	
Kara	**Częstość**
4 miesiące pozbawienia wolności + 6 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 2 lata ograniczenia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	3
3 lata pozbawienia wolności	2
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
7 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Karą najczęściej wymierzaną sprawcom przestępstwa zgwałcenia należącym do przedziału wiekowego od 40 do 49 lat była kara 2 lat pozbawienia wolności. Wymierzono ją bowiem wobec trzech sprawców. Wobec dwóch sprawców natomiast wymierzono karę 3 lat pozbawienia wolności. Najłagodniejszą karą orzeczoną wobec sprawców należących do tego przedziału wiekowego była kara 4 miesięcy

[17] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.

pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej kara 6 miesięcy ograniczenia wolności, zaś najsurowszą – kara 7 lat pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 50–59 lat[18]

Tabela 30
Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 50–59 lat

Kara	Częstość
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	2
1 rok i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Najłagodniejszą karą wymierzoną wobec sprawców należących do przedziału wiekowego 50–59 lat była kara 1 roku pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej grzywna, zaś najsurowszą – kara 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 60–69 lat[19]

Tabela 31
Kary wymierzane sprawcom w przedziale wiekowym 60–69 lat

Kara	Częstość
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	3

Źródło: opracowanie własne.

Karą wymierzoną wobec wszystkich sprawców przestępstwa zgwałcenia należących do przedziału wiekowego 60–69 lat była kara 2 lat pozbawienia wolności oraz orzeczona obok tej kara grzywny.

6. KARY WYMIERZANE SPRAWCOM W ZALEŻNOŚCI OD RELACJI ŁĄCZĄCEJ SPRAWCĘ Z POKRZYWDZONYM

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym występuje relacja mąż/żona[20]

Najłagodniejszą karą wymierzoną sprawcy przestępstwa zgwałcenia w sytuacji, gdy pomiędzy nim a pokrzywdzonym wystąpiła relacja mąż/żona była kara

[18] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.
[19] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano karę łączną.
[20] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

3 miesięcy pozbawienia wolności oraz orzeczona obok niej kara 8 miesięcy ograniczenia wolności, zaś najsurowszą – kara 8 lat pozbawienia wolności.

Tabela 32
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym występuje relacja mąż/żona

Kara	Częstość
3 miesiące pozbawienia wolności + 8 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 6 miesięcy ograniczenia wolności	1
4 miesiące pozbawienia wolności + 2 lata ograniczenia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	5
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	4
2 lata i 3 miesiące pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	1
8 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawca i pokrzywdzona są osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu[21]

Tabela 33
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawca i pokrzywdzona są osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu

Kara	Częstość
2 lata pozbawienia wolności	6
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata i 2 miesiące pozbawienia wolności	1
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
6 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Najłagodniejszą karą wymierzoną sprawcy w sytuacji, gdy sprawca i pokrzywdzona byli osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu, była kara 2 lat pozbawienia wolności, zaś karą najsurowszą – kara 6 lat pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym występuje relacja rodzic/dziecko (w tym adoptowane)[22]

Najłagodniejszą karą wymierzoną wobec sprawcy w sytuacji, gdy pomiędzy nim a pokrzywdzonym wystąpiła relacja rodzic/dziecko (w tym adoptowane) była

[21] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.
[22] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

kara 2 lat pozbawienia wolności, zaś najsurowszą – kara siedmiu lat pozbawienia wolności. Najczęściej wymierzaną w tej sytuacji karą była kara 3 lat pozbawienia wolności, którą orzeczono wobec trzech sprawców.

Tabela 34
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym występuje relacja rodzic/dziecko (w tym adoptowane)

Kara	Częstość
2 lata pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	3
7 lat pozbawienia wolności	2

Źródło: opracowanie własne.

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą był członek rodziny inny niż mąż/żona czy rodzic/dziecko (w tym adoptowane)[23]

Tabela 35
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą był członek rodziny inny niż mąż/żona czy rodzic/dziecko (w tym adoptowane)

Kara	Częstość
2 lata pozbawienia wolności	2
3 lata pozbawienia wolności	1
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
15 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

W sytuacji, gdy sprawcą przestępstwa zgwałcenia był członek rodziny inny niż mąż/żona czy rodzic/dziecko (w tym adoptowane), najłagodniejszą karą orzeczoną wobec takiego sprawcy była kara 2 lat pozbawienia wolności, zaś najsurowszą – 15 lat pozbawienia wolności.

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą był znajomy[24]

W sytuacji, gdy sprawcą przestępstwa zgwałcenia był znajomy pokrzywdzonej, najłagodniejszą karą, jaką sąd orzekł wobec takiego sprawcy, była kara 9 miesięcy pozbawienia wolności, zaś najsurowszą – kara 5 lat pozbawienia wolności. Najczęściej orzekaną karą była w tym przypadku kara 2 lat pozbawienia wolności, którą orzeczono wobec sześciu sprawców, natomiast wobec pięciu sprawców orzeczono karę 3 lat pozbawienia wolności.

[23] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.
[24] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

Tabela 36
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą był znajomy

Kara	Częstość
9 miesięcy pozbawienia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności	1
10 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
1 rok pozbawienia wolności	3
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	2
1 rok i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
1 rok i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata pozbawienia wolności	6
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	3
2 lata i 4 miesiące pozbawienia wolności	1
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
2 lata i 8 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	5
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	3
4 lata pozbawienia wolności	3
4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	2
5 lat pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą była osoba obca wobec pokrzywdzonej[25]

Tabela 37
Kary wymierzane sprawcom w sytuacji, gdy sprawcą była osoba obca wobec pokrzywdzonej

Kara	Częstość
1 rok pozbawienia wolności	4
1 rok pozbawienia wolności + grzywna	4
1 rok i 6 miesięcy pozbawienia wolności + grzywna	1
2 lata pozbawienia wolności	7
2 lata pozbawienia wolności + grzywna	3
2 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	1
2 lata i 9 miesięcy pozbawienia wolności	1
3 lata pozbawienia wolności	2
3 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności	4
4 pozbawienia wolności	1

Źródło: opracowanie własne.

[25] W przypadku, gdy w ramach danej sprawy sprawca dopuścił się więcej niż jednego czynu zabronionego uwzględniano kary jednostkowe.

W sytuacji, gdy sprawcą przestępstwa zgwałcenia była osoba obca wobec pokrzywdzonej, najłagodniejszą karą jaką wymierzono takiemu sprawcy była kara 1 roku pozbawienia wolności, zaś najsurowszą – kara 4 lat pozbawienia wolności. Najczęściej orzekaną karą była w tym przypadku kara 2 lat pozbawienia wolności, którą orzeczono wobec 7 sprawców.

7. INFORMACJE NA TEMAT ŚRODKÓW KARNYCH I INNYCH ŚRODKÓW ORZEKANYCH WOBEC SPRAWCÓW

7.1. Środki karne, nawiązka, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę orzekane przez sądy w sprawach z 2013 r.

Tabela 38
Jakie środki orzeczono wobec sprawcy?

Środek	Częstość
brak	26
tylko zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną	9
tylko zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej	1
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej	3
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zadośćuczynienie za doznaną krzywdę	2
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz nawiązka	2
tylko obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	2
tylko nawiązka	1

Źródło: opracowanie własne.

W przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r., najczęściej orzekanym wobec sprawcy środkiem karnym był zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną. Orzeczono go bowiem wobec aż dziewięciu sprawców. W 26 przypadkach sądy nie orzekły wobec sprawcy żadnego środka karnego ani też nawiązki czy zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną

Tabela 39
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną

Okres, na który orzeczono zakaz	Częstość
nie określono	2
3 lata	1
4 lata	6
5 lat	1
8 lat	1
10 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Najdłuższy okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną, to 10 lat, zaś najkrótszy – 3 lata. W dwóch przypadkach sądy nie określiły okresu, na jaki został orzeczony ten środek karny.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej

Tabela 40
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej

Okres, na jaki orzeczono zakaz	Częstość
10 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej został orzeczony na okres 10 lat.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej

Tabela 41
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej

Okres, na jaki orzeczono zakaz	Częstość
nie określono	1
1 rok	1
10 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Najkrótszy okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz orzeczony obok niego środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej to 1 rok, zaś najdłuższy – 10 lat.

W jakiej wysokości została orzeczona nawiązka?

Tabela 42
W jakiej wysokości została orzeczona nawiązka?

Wysokość nawiązki	Częstość
1000 zł	2
3000 zł	1

Źródło: opracowanie własne.

W dwóch przypadkach sądy zdecydowały się na orzeczenie wobec sprawcy nawiązki w wysokości 1000 zł, zaś w jednym przypadku – w wysokości 3000 zł.

W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę?

Tabela 43
W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę?

Wysokość zadośćuczynienia	Częstość
1000 zł	1
1500 zł	1
2000 zł	1
3000 zł	1

Źródło: opracowanie własne.

Najniższa kwota zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, jaką sąd orzekł wobec sprawcy to 1000 zł, zaś najwyższa – 3000 zł.

Środki karne, nawiązka, zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, obowiązek naprawienia szkody orzekane w sprawach z 2016 r.

Tabela 44
Jakie środki orzeczono wobec sprawcy?

Środek	Częstość
brak	18
tylko zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną	3
tylko zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej	1
zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej oraz obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	1
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej	11
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zadośćuczynienie za doznaną krzywdę	1
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz nawiązka	1
tylko obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	5
zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej, obowiązek naprawienia szkody oraz obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	1
nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną, zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej, obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	1
zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną, zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej oraz obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę	5
tylko nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną	1

Źródło: opracowanie własne.

W przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r., najczęściej orzekanym wobec sprawcy środkiem karnym był zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną połączony z zakazem zbliżania się do niej. Orzeczono go bowiem aż wobec 11 sprawców. W 18 przypadkach sądy nie orzekły wobec sprawcy żadnego środka karnego ani też nawiązki, obowiązku naprawienia szkody czy też zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną

Tabela 45
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną

Okres, na jaki orzeczono zakaz	Częstość
nie określono	1
4 lata	2
6 lat	2
10 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Najkrótszy okres, na jaki orzeczono wobec sprawcy środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną to 4 lata, zaś najdłuższy – 10 lat. W jednej ze spraw sąd nie określił okresu, na jaki orzeczono ten środek karny.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej

Tabela 46
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej

Okres, na jaki orzeczono zakaz	Częstość
3 lata	2
5 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Środek karny w postaci zakazu zbliżania się do pokrzywdzonej przez 3 lata został orzeczony dwukrotnie, zaś wobec jednego ze sprawców środek ten orzeczono na 5 lat.

Okres, na jaki został orzeczony środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej

Tabela 47
Okres, na jaki został orzeczony środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej

Okres, na jaki orzeczono zakaz	Częstość
nie określono	3
3 lata	7
4 lata	1
5 lat	2
10 lat	1
15 lat	1

Źródło: opracowanie własne.

Środek karny w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną oraz orzeczony obok niego środek karny, jakim jest zakaz zbliżania się do pokrzywdzonej zostały w aż siedmiu przypadkach orzeczone na okres 3 lat. Jest to zarazem najkrótszy okres, na jaki zostały orzeczone te środki. Natomiast najdłuższy okres ich obowiązywania wobec sprawcy to 15 lat.

Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną

Tabela 48
Okres, na jaki orzeczono środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną

Okres, na jaki orzeczono nakaz	Częstość
nie określono	1

Źródło: opracowanie własne.

W sytuacji, w jakiej sąd zdecydował się na orzeczenie wobec sprawcy środka karnego wyłącznie w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną nie określił on okresu, na jaki środek ten został orzeczony.

Okres, na jaki został orzeczony środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną połączony z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonej

Tabela 49
Okres, na jaki został orzeczony środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną połączony z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonej

Okres, na jaki orzeczono środek karny	Częstość
2 lata	1
3 lata	1

Źródło: opracowanie własne.

W sytuacji, w jakiej sądy orzekały wobec sprawców środek karny w postaci nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzoną połączony z zakazem zbliżania się do pokrzywdzonej, najkrótszy okres, na jaki obydwa te środki zostały orzeczone to 2 lata, zaś najdłuższy – 3 lata.

W jakiej wysokości została orzeczona nawiązka?

Tabela 50
W jakiej wysokości została orzeczona nawiązka?

Wysokość nawiązki	Częstość
2000 zł	1

Źródło: opracowanie własne.

Tylko w jednym przypadku sąd zdecydował się na orzeczenie wobec sprawcy nawiązki. Jej wysokość wyniosła 2000 zł.

W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek naprawienia szkody?

Tabela 51
W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek naprawienia szkody?

Wysokość obowiązku naprawienia szkody	Częstość
1100 zł	1

Źródło: opracowanie własne.

Podobnie jak w przypadku nawiązki, również tylko w jednej ze spraw sąd postanowił orzec wobec sprawcy obowiązek naprawienia wyrządzonej pokrzywdzonej szkody. Kwota, jaką wówczas ustalił wynosiła 1100 zł.

W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę?

Tabela 52
W jakiej wysokości został orzeczony obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę?

Wysokość zadośćuczynienia	Częstość
1000 zł	1
1500 zł	1
2000 zł	3
3000 zł	3
5000 zł	2
6000 zł	1
20000 zł	3

Źródło: opracowanie własne.

Najniższa kwota zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, jaką orzekł sąd, to 1000 zł, zaś najwyższa – 20000 zł, przy czym podkreślenia wymaga fakt, że kwotę tę orzeczono aż trzykrotnie. Trzykrotnie została również orzeczona kwota 2000 zł oraz kwota 3000 zł.

8. INFORMACJE NA TEMAT PRZESŁUCHAŃ POKRZYWDZONEJ

Ile razy przesłuchiwano pokrzywdzoną?

W przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r., zaledwie w 13 przypadkach pokrzywdzone w postępowaniu karnym były przesłuchiwane tylko jeden raz, co stanowi 25% wszystkich pokrzywdzonych. W 20 przypadkach przesłuchanie pokrzywdzonej odbyło się dwukrotnie – najczęściej były one przesłuchiwane jeden raz w postępowaniu przygotowawczym

i jeden raz w postępowaniu sądowym. W ośmiu sprawach pokrzywdzoną przesłuchiwano trzy razy, w dziewięciu sprawach – aż cztery razy. Jedna pokrzywdzona była przesłuchiwana pięć razy, jedna natomiast aż sześciokrotnie.

Tabela 53
Ile razy przesłuchiwano pokrzywdzoną w sprawach z 2013 r.?

Ile razy przesłuchiwano pokrzywdzoną?	Częstość	Procent
1 raz	13	25,0
2 razy	20	38,5
3 razy	8	15,3
4 razy	9	17,4
5 razy	1	1,9
6 razy	1	1,9

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 54
Ile razy przesłuchiwano pokrzywdzoną w sprawach z 2016 r.?

Ile razy przesłuchiwano pokrzywdzoną?	Częstość	Procent
1 raz	31	62,0
2 razy	14	28,0
3 razy	1	2,0
4 razy	2	4,0
5 razy	2	4,0

Źródło: opracowanie własne.

Jeżeli chodzi natomiast o sprawy, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r., to w zdecydowanej większości przypadków (31 spośród 50, co stanowi 62%) pokrzywdzone były przesłuchiwane tylko jeden raz w postępowaniu karnym. W 14 przypadkach pokrzywdzone przesłuchiwano dwukrotnie (najczęściej jeden raz w postępowaniu przygotowawczym, a następnie jeden raz w postępowaniu sądowym). Jedna pokrzywdzona została przesłuchana trzykrotnie. Dwie pokrzywdzone przesłuchiwano cztery razy, a dwie inne aż pięciokrotnie.

Czy nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej?

Tabela 55
Czy nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej? – sprawy z 2013 r.

Czy nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej?	Częstość	Procent?
Tak	5	9,6
Nie	47	90,4

Źródło: opracowanie własne.

W sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia miało miejsce w 2013 r., przesłuchanie pokrzywdzonej nagrano zaledwie w pięciu przypadkach, co stanowi 9,6%. W zdecydowanej większości przypadków – 47 (90,4%) przesłuchanie pokrzywdzonej nie było nagrywane.

Tabela 56
Czy nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej? – sprawy z 2016 r.

Czy nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej?	Częstość	Procent?
Tak	38	76
Nie	12	24

Źródło: opracowanie własne.

W sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia miało miejsce w 2016 r., aż w 38 przypadkach nagrano przesłuchanie pokrzywdzonej, co stanowi 76%. Przesłuchanie pokrzywdzonej nie było natomiast nagrywane w 12 sprawach (24%).

9. PODSUMOWANIE

Przeprowadzona w ramach przedmiotowego projektu badawczego analiza akt spraw karnych prowadzi do wniosku, że zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia nie wpłynęła w żaden sposób na wysokość kar wymierzanych sprawcom, a mianowicie nie doprowadziła do tego, iż kary orzekane przez sądy po tej nowelizacji stały się surowsze. Zarówno w przypadku spraw z 2013 r., jak i spraw z 2016 r. najczęściej orzekaną wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia karą była kara 2 lat pozbawienia wolności. Co więcej, liczba spraw, w których sądy decydowały się na warunkowe zawieszenie wykonania orzeczonej wobec sprawcy kary, jest dokładnie taka sama zarówno gdy chodzi o sprawy z 2013 r., jak w przypadku spraw, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2016 r.

Przedmiotowa zmiana nie miała również wpływu na to, jak kształtuje się kwestia podmiotu zawiadamiającego o popełnieniu przestępstwa zgwałcenia. Zarówno przed wejściem w życie nowelizacji, jak i po jej wejściu w życie to pokrzywdzona sama najczęściej zawiadamiała organy ścigania o popełnieniu przez sprawcę przestępstwa zgwałcenia na jej szkodę. Podobna jest również liczba spraw, w których o popełnieniu przestępstwa zawiadamiali policję rodzice pokrzywdzonych – osiem spraw z 2013 r. i dziewięć spraw z 2016 r.

Także analiza czasu trwania postępowania przygotowawczego w sprawach, w których prawomocne skazanie za przestępstwo zgwałcenia nastąpiło w 2013 r. oraz w sprawach, w których skazanie to nastąpiło w 2016 r., prowadzi do wniosku, że zmiana trybu ścigania sprawcy tego przestępstwa w żaden sposób nie wpłynęła na skrócenie czasu trwania postępowania przygotowawczego. Zarówno w sprawach z 2013 r., jak i w sprawach z 2016 r. postępowanie przygotowawcze trwało bowiem najczęściej od ponad 2 miesięcy do 3 miesięcy. Najkrótszy czas trwania postępowania przygotowawczego w sprawach z 2013 r. oraz w sprawach z 2016 r. był podobny – odpowiednio 22 dni i 2 tygodnie.

Abstract

Paulina Banaszak, *Change of the Manner of Prosecuting Perpetrators of Rape in the Light of Case File Studies*

The paper presents detailed results of a case law study conducted as part of a research project entitled: 'Evaluation of Change of the Mode of Prosecuting Perpetrators of Rape. Theoretical and Empirical Analysis', implemented in 2018 in the Section of Criminal Law and Process of the Institute of Justice in Warsaw. The study aimed to determine what influence the change of the mode of prosecuting the offence of rape, introduced by the Act of 13 June 2013 on Amendments to the Act – Criminal Code and the Act – Code of Criminal Procedure had on the length of preparatory proceedings, the severity of punishments administered to perpetrators, the entities notifying that an offence was committed, etc. The article draws attention to such criminological aspects as the perpetrators' sex, age, or education level. It also includes a description of victims' characteristics.

Keywords: *offence of rape, manner of prosecuting, mode of prosecution, results of case file study*

Streszczenie

Paulina Banaszak, *Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia w świetle wyników badań aktowych*

W artykule zaprezentowane zostały szczegółowe wyniki badania aktowego przeprowadzonego w ramach projektu badawczego pt. „Ocena zamiany trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia. Analiza teoretyczno-empiryczna" zrealizowanego w 2018 r. w Sekcji Prawa i Procesu Karnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie. Celem badania było ustalenie, jak zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia wprowadzona ustawą z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego wpłynęła m.in. na czas trwania postępowania przygotowawczego, wysokość wymierzanych sprawcom kar, a także podmiot zawiadamiający o popełnieniu przestępstwa. W artykule zwrócono również uwagę na aspekty kryminologiczne, takie jak chociażby płeć, wiek czy też wykształcenie sprawcy. Dokonano także charakterystyki pokrzywdzonych.

Słowa kluczowe: *przestępstwo zgwałcenia, tryb ścigania, wyniki badania aktowego*

Literatura:

1. Aebi M.F., Galma A., Gordon B. i in., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014,* Helsinki 2014;
2. Banaszak P., *Zmiana trybu ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia – analiza teoretyczna,* Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
3. Siemaszko A. [red.] *Atlas przestępczości w Polsce*, Warszawa 2015.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4109

Roland Szymczykiewicz*

Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 2: ujęcie prawno-karne**

I. WPROWADZENIE

W poprzedniej, pierwszej części opracowania[1] (dotyczącego ochrony sygnalistów w ujęciu cywilnoprawnym) wskazano, że w polskim porządku prawnym nie ma obecnie ustawowej (legalnej) definicji pojęcia „sygnalisty", a także ani jednego aktu prawnego, który jednolicie regulowałby tę materię prawną. Przytoczono także możliwe definicje sygnalisty, które należy (dla czytelności wywodów) w skrócie powtórzyć.

Słowo to, powszechnie używane, jest tłumaczeniem z języka angielskiego zwrotu *whistleblower*. W znaczeniu dosłownym oznacza on osobę „dmuchającą w gwizdek" (z ang. *whistleblowing*), co jest interpretowane jako nawiązanie do dawnego sposobu alarmowania o niebezpieczeństwie przez policjantów[2]. W ogólnym rozumieniu tego pojęcia jest to osoba zawiadamiająca w dobrej woli o nieprawidłowościach zachodzących w miejscu pracy, godzących w interes publiczny, nieraz pracodawcy[3].

Z kolei inne definicje wskazują na to, że:

- sygnalistami są osoby (pracownicy w szerokim tego słowa znaczeniu), które mając na względzie dobro swojego miejsca pracy i (lub) dobro publiczne, przekazują (najpierw swoim przełożonym, później – jeśli nie przynosi to skutku – innym instytucjom, organom ścigania lub mediom) informacje o nieprawidłowościach związanych z funkcjonowaniem swojej organizacji[4],
- sygnalistami są osoby, które działając w dobrej wierze oraz w obronie wartości istotnych z punktu widzenia interesu społecznego, decydują się

* Autor jest asystentem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska oraz adwokatem, ORCID 0000–0002–1292–9445, e-mail: Roland.Szymczykiewicz@wp.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 14.05.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

1 Zob. R. Szymczykiewicz, *Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 1: ujęcie cywilnoprawne*, „Prawo w Działaniu" 2019/40, s. 293–326.

2 Por. A. Kobylińska, M. Folta, *Sygnaliści. Ludzie, którzy nie potrafią milczeć. Doświadczenia osób ujawniających nieprawidłowości w instytucjach i firmach w Polsce*, Warszawa 2015, s. 8.

3 Zob. Internetowy słownik nowych wyrazów w języku polskim, http://nowewyrazy.uw.edu.pl/haslo/sygnalista.html?pdf=1 (dostęp: 24.06.2018 r.).

4 G. Makowski [w:] *Sygnaliści w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*, red. G. Makowski, M. Waszak, Warszawa 2016, s. 9.

ujawnić nieprawidłowości zaobserwowane w otoczeniu zawodowym[5]. Wskazane nieprawidłowości mogą również dotyczyć sfery przestępstw (zgłaszania przestępstw, w tym przestępstw korupcyjnych).

Z oczywistych względów należy wskazać, że działalność sygnalistów ma i może mieć taki charakter, iż naraża ich na różnego rodzaju reperkusje i działania odwetowe ze strony pracodawców lub podmiotów, na których niekorzyść działali. Mogą to być w szczególności działania o charakterze mobbingu lub dyskryminacji, niesłuszne zwolnienia z pracy lub wypowiedzenia warunków pracy lub płacy, a także (w stosunku do funkcjonariuszy służb mundurowych) działania wykorzystujące narzędzia pragmatyki służbowej w celu dokuczenia sygnaliście (pogorszenia jego sytuacji życiowej, faktycznej), np. przez jego przeniesienie do miejsca służby oddalonego od miejsca zamieszkania o 300 km.

W związku z powyższym naturalne wydaje się, że przepisy prawne powinny stanowić ochronę dla sygnalistów. Do obowiązku ochrony sygnalistów odwołują się też wiążące Polskę akty prawa międzynarodowego w postaci Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji[6] (art. 33 konwencji) oraz Cywilnoprawnej Konwencji o korupcji przyjętej przez Radę Europy[7]. Oba te akty prawne stanowią o konieczności ochrony sygnalistów przed nieuzasadnionymi działaniami (sankcjami) pracodawców.

Należy też wspomnieć o Rezolucji nr 1729 Rady Europy[8], która wzywa państwa do tego, aby w sposób kompleksowy regulować istotne aspekty ochrony sygnalisty (pkt 6.1) oraz Rezolucji Parlamentu Europejskiego z 24.10.2017 r. w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224(INI))[9], która wzywa Komisję Europejską do przeprowadzenia stosownych analiz prawnych i do zgłoszenia przekrojowego wniosku ustawodawczego, ustanawiającego kompleksowe wspólne ramy regulacyjne, które zapewnią sygnalistom w całej Unii Europejskiej wysoki poziom ochrony zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, a także w instytucjach krajowych i europejskich.

Przedmiotowe opracowanie przedstawi, jak polskie przepisy chronią sygnalistów z perspektywy prawno-karnej, tj. w aspekcie bezpieczeństwa fizycznego (osobistego) sygnalisty w związku z jego działalnością oraz w związku z jego ewentualną współpracą z organami ścigania (lub innymi organami państwowymi) oraz udziałem w procesie karnym. Poniżej zostanie też przedstawiony obecny etap prac ustawodawcy nad uregulowaniem przedmiotowej materii.

---

[5] Takie określenie można znaleźć w: *Sygnaliści*, „Przegląd Antykorupcyjny" 2016/2(7), s. 6 (wstęp do opracowania).

[6] Dz.U. z 2007 r. Nr 84, poz. 563.

[7] Dz.U. z 2004 r. Nr 244, poz. 2443.

[8] Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1729(2010) w sprawie ochrony informatorów wewnętrznych, przyjęta 29.04.2010 r., http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17851 (dostęp: 20.01.2020 r.).

[9] Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 24.10.2017 r. w sprawie uzasadnionych środków ochrony sygnalistów działających w interesie publicznym podczas ujawniania poufnych informacji posiadanych przez przedsiębiorstwa i organy publiczne (2016/2224(INI), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8–2017–0402_PL.html (dostęp: 20.01.2020 r.).

II. OBECNY ETAP PRAC LEGISLACYJNYCH W POLSCE

Obecnie polski ustawodawca pracuje nad uregulowaniem materii dotyczącej sygnalistów we wspomnianym projekcie ustawy o jawności życia publicznego. Wskazany projekt znajduje się aktualnie i formalnie na etapie procedowania w Stałym Komitecie Rady Ministrów i z tej racji wymaga omówienia.

Zgodnie z uzasadnieniem ww. projektu – jednym z elementów projektu ustawy o jawności życia publicznego, obok wzmocnienia transparentności zarządzania państwem i jego majątkiem, jest także wprowadzenie do polskiego porządku prawnego zasad i środków ochrony sygnalistów[10].

Zgodnie z definicją sygnalisty proponowaną w art. 2 ust. 1 pkt 15 przez pojęcie to należałoby rozumieć osobę fizyczną lub przedsiębiorcę, których współpraca z wymiarem sprawiedliwości polegająca na zgłoszeniu informacji o możliwości popełnienia przestępstwa przez podmiot, z którym jest związana umową o pracę, stosunkiem służbowym lub innym stosunkiem umownym, może niekorzystnie wpłynąć na jej sytuację życiową, zawodową, materialną i której prokurator przyznał status sygnalisty.

Zgodnie z założeniami ustawy prokurator z urzędu może nadać postanowieniem status sygnalisty po odebraniu zeznań zgłaszającemu wiarygodne informacje o podejrzeniu popełnienia przestępstw określonych w: art. 228–230a, 231 § 2, 250a, 258, 277a, 286, 296–297, 299–301, 303, 305 lub 311 Kodeksu karnego[11]; w art. 46–48 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie[12] i art. 54 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych[13].

Wobec skazania za przestępstwa określone w przepisach Kodeksu karnego ustawa przewiduje możliwość orzeczenia od sprawcy przestępstwa nawiązki na rzecz sygnalisty lub na rzecz prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa.

Prokurator może działać także na wniosek organów policji, organów wymienionych w art. 312 Kodeksu postępowania karnego[14] oraz Prezesa Najwyższej Izby Kontroli. W tej samej formule (tj. poprzez wydanie postanowienia) prokurator może odmówić przyznania statusu sygnalisty lub go uchylić w razie wystąpienia okoliczności określonych w art. 17 § 1 k.p.k., czyli tzw. negatywnych przesłanek procesowych. Status sygnalisty może też być danej osobie odebrany w razie przedstawienia sygnaliście zarzutów popełnienia przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego.

Uprawnienia związane ze statusem sygnalisty z założenia mają istnieć przez cały okres trwania postępowania karnego (np. do umorzenia postępowania przygotowawczego, do prawomocnego zakończenia postępowania sądowego). Wskazane

[10] Zob. uzasadnienie projektu ustawy, s. 1, dostępne na stronie RPO, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/ustawa-o-jawnosci-zycia-publicznego-projekt-z%208-stycznia-2018.pdf (dostęp: 20.06.2019 r.).
[11] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.
[12] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1263 ze zm.
[13] Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1844 ze zm.
[14] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k. Zgodnie z art. 312 k.p.k. są to organy Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Krajowej Administracji Skarbowej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz Żandarmerii Wojskowej w zakresie ich właściwości. Zgodnie z art. 312 pkt 2 k.p.k. są to również inne organy przewidziane w przepisach szczególnych.

uprawnienia są szerokie, albowiem obejmują: zakaz zwolnienia pracownika z pracy przez pracodawcę oraz zakaz rozwiązania stosunku służbowego, zakaz zmian warunków pracy lub stosunku służbowego na gorsze, w szczególności w zakresie miejsca lub czasu pracy lub służby albo warunków wynagradzania. Dodatkowo, prokurator lub sąd mogą przyznać sygnaliście zwrot kosztów zastępstwa procesowego.

Wskazane powyżej zakazy dotyczą także sytuacji związania danego podmiotu na podstawie stosunku prawnego z sygnalistą będącym przedsiębiorcą lub wykonującym zawód we własnym imieniu i na własny rachunek.

Prokurator informuje pracodawcę o nałożeniu na daną osobę statusu sygnalisty. Naruszenie wskazanych zakazów jest potencjalnie obwarowane bardzo surową sankcją: odszkodowaniem w wysokości dwukrotności rocznego wynagrodzenia pobieranego przez sygnalistę na ostatnio zajmowanym stanowisku lub (w przypadku umowy) odszkodowanie w wysokości całkowitej kwoty płatności należnej sygnaliście, określonej w umowie i niezapłaconej do dnia rozwiązania umowy.

Ustawa przewiduje, że jedynie w wyjątkowych przypadkach prokurator po otrzymaniu pisemnego wniosku (uzasadnionego) może wyrazić zgodę na zwolnienie sygnalisty lub zmianę jego warunków pracy, warunków stosunku służbowego na mniej korzystne.

Wskazany czas ochrony sygnalisty ma trwać z założenia rok od zakończenia postępowania, tj. umorzenia postępowania lub prawomocnego zakończenia postępowania sądowego wszczętego przeciwko sprawcy przestępstwa. Wyjątkiem od tej zasady ma być okoliczność, gdy postępowanie umorzono wobec stwierdzenia, że:

- nie popełniono czynu zabronionego albo
- czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego, albo
- ustawa stanowi, że sprawca nie popełnił przestępstwa albo nie podlega karze.

Przedstawiony projekt ustawy zakłada też, że uprawnienia sygnalisty nie stoją na przeszkodzie w korzystaniu przez niego z ochrony, jaką przewiduje dla świadka lub pokrzywdzonego ustawa z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego oraz świadka[15].

Wskazany projekt, jak wspomniano powyżej, jest obecnie na etapie procedowania w Stałym Komitecie Rady Ministrów, cały czas trwają nad nim prace. Warto wskazać, że względem projektu zgłoszono bardzo wiele opinii i uwag (w tym 20 uwag od podmiotów zewnętrznych[16]), z których wiele dotyczyło:

- przyznania uprawnień do nadania statusu sygnalisty prokuratorowi, a nie sądowi;
- pełnej arbitralności decyzji prokuratora w zakresie zarówno nadania statusu, jak i jego odebrania;
- wąskiego zakresu ochrony względem rodzaju zgłaszanych przestępstw;
- obaw o stosowanie ochrony sygnalisty w praktyce (zakaz zwolnień itd.) i jego potencjalne nadużywanie;

[15] Dz.U. z 2015 r. poz. 21.

[16] W tym m.in.: Rzecznika Praw Obywatelskich, Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, Solidarności, OPZZ, Prezesa NIK – szczegółowa lista uwag i ich treść na stronie: https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12304351/katalog/12465413#12465413 (dostęp: 28.06.2018 r.).

- uwag co do zbyt wysokich odszkodowań;
- uwag co do wąskiego zakresu działania ustawy (tylko względem osób ujawniających potencjalnie ściśle wyliczone przestępstwa).

Powyższe wątpliwości były również podnoszone w literaturze[17] i niewątpliwie uwagi te ustawodawca powinien rozważyć dla uzyskania pełnego i optymalnego kształtu ustawy, jeżeli zapadnie decyzja polityczna o jej wprowadzeniu w życie (oraz o niewydzielaniu tematyki sygnalistów do odrębnej ustawy).

III. OCHRONA PRAWNA SYGNALISTY NA POZIOMIE PRAWA KARNEGO I PROCESU KARNEGO

1. Wprowadzenie

Analiza pozycji prawnej sygnalisty na płaszczyźnie prawa karnego i procesu karnego musi być dokonana dwutorowo. Z jednej strony bowiem chodzi o ustalenie, czy przepisy prawa karnego penalizują (i ewentualnie w jaki sposób) działania odwetowe wobec sygnalistów, a z drugiej strony – ustalenie zakresu ochrony, jaką otrzymuje w świetle obowiązujących przepisów osoba, która zdecyduje się złożyć zawiadomienie do prokuratury, zeznawać jako świadek i uczestniczyć w czynnościach procesowych. Wskazane płaszczyzny poddane są poniżej osobnej analizie.

2. Płaszczyzna ochrony na gruncie przepisów prawa karnego

Jeśli chodzi o kwestię penalizacji potencjalnych negatywnych zachowań pracodawcy wobec sygnalisty, to można tu wskazać tylko jeden przepis – art. 218 k.k. W obecnym kształcie tego przepisu penalizowane są dwa zachowania:

- złośliwe lub uporczywe naruszenie prawa pracownika wynikającego ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego (przez osoby wykonujące czynności w tych zakresach); za czyn ten grozi kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch;
- odmowa ponownego przyjęcia do pracy, o której przywróceniu orzekł właściwy organ; za czyn ten grozi kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że pojęcie pracownika należy rozumieć szeroko; odnosi się ono do stosunku pracy rozumianego *sensu largo,* a więc obejmującego w szczególności przypadki świadczenia pracy przez osobę nieposiadającą zdolności pracowniczej. Odnosi się to także do osób, które będąc faktycznie pracownikami, formalnie wykonują pracę na podstawie umowy zlecenia lub innej umowy cywilnej. Wynika to z faktu, że art. 22 § 1[1] Kodeksu pracy[18] stanowi natomiast, iż zatrudnienie

[17] Por. P. Szewioła, *Ochrona sygnalistów: Przepisy nie przysłużą się ani pracownikom ani pracodawcom*, „Gazeta Prawna" z 6.11.2017 r., http://serwisy.gazetaprawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/1082830,przepisy-o-ochronie-sygnalistow.html (dostęp: 21.06.2018 r.); M. Zieliński, *Status sygnalisty w ustawie o jawności życia publicznego*, „Rzeczpospolita" z 6.01.2018 r., http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/301069981-Status-sygnalisty-w-ustawie-o-jawnosci-zycia-publicznego.html (dostęp: 21.06.2018 r.).

[18] Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.) – dalej k.p.

w warunkach określonych w art. 22 § 1 k.p. jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy. Przedmiotem ochrony art. 218 k.k. są więc także prawa wynikające z umowy o pracę nakładczą, pracę świadczoną na podstawie mianowania czy skierowania administracyjnego[19]. Takie stanowisko zajął też SN w uchwale z 15.12.2005 r., I KZP 34/05[20], stwierdzając, że: „prawa osoby pozostającej w stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., a więc w takim stosunku, jaki – uwzględniając jego rzeczywiste cechy – jest lub powinien być nawiązany przez dokonanie jednej z czynności prawnych określonych w art. 2 k.p.".

Odnośnie do pierwszego z przestępstw trzeba wskazać, że pojęcie obowiązków wynikających ze stosunku pracy należy rozumieć szeroko. Nie ma znaczenia źródło tych uprawnień, mogą one bowiem wynikać zarówno z umowy, jak i ustawy, aktu prawa międzynarodowego o randze równej lub wyższej ustawie, innego aktu normatywnego o mocy powszechnie obowiązującej, regulaminu czy układu zbiorowego. Jedynym warunkiem jest, by wspomniane źródła normatywne kształtowały treść konkretnego stosunku pracy, w szczególności zaś, by wynikały z nich konkretne uprawnienia pracownika związane ze świadczeniem pracy[21]. Podobnie szeroko należy rozumieć pojęcie praw wynikających z ubezpieczenia społecznego.

Przez pojęcie złośliwości należy rozumieć celowość działania, chęć dokuczenia danemu pracownikowi. Zdaniem Sądu Najwyższego złośliwość objawia się w niemożliwej racjonalnie do umotywowania woli zaszkodzenia pracownikowi, perfidnym zachowaniu, dokuczeniu mu, poniżeniu, wyrządzeniu krzywdy[22]. Sąd Apelacyjny w Wrocławiu wskazał – przykładowo – że: „zachowanie złośliwe charakteryzuje się chęcią dokuczenia, okazania lekceważenia poprzez nierespektowanie, mimo obiektywnej możliwości, określonego uprawnienia pracowniczego"[23].

Z kolei uporczywość oznacza, że zachowanie sprawcy ma albo trwać przez pewien czas, albo się kilkakrotnie powtarzać, musi zawierać także świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo[24].

Wśród przykładów przestępstw z art. 218 § 1a k.k. można wskazać np. uporczywy brak odprowadzania składek ZUS[25], brak wypłacania wynagrodzenia, brak wypłacania obligatoryjnych składników wynagrodzenia (innych niż tzw. uposażenie zasadnicze)[26].

Przestępstwem jest też oczywiście mobbing. W wyroku z 17.01.2017 r., WA 18/16[27], SN wyraził pogląd prawny, że: „przestępstwo z art. 218 § 1a k.k., tj. mobbing, polega na złośliwym lub uporczywym naruszaniu praw pracownika, wynikających ze stosunku

[19] Tak W. Wróbel [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, komentarz do art. 218 k.k., LEX 2017. Podobnie postanowienie SN z 13.04.2005 r., III KK 23/05, OSNKW 2005/7–8, poz. 69.
[20] OSNKW 2006/1, poz. 2.
[21] W. Wróbel [w:] *Kodeks*…, komentarz do art. 218 k.k. Podobnie postanowienie SN z 13.04.2005 r., III KK 23/05, OSNKW 2005/7–8, poz. 69.
[22] Por. wyrok SN z 17.01.2017 r., WA 18/16, LEX nr 2203539.
[23] Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) we Wrocławiu z 30.03.2016 r., II AKa 71/16, LEX nr 2047152.
[24] Por. wyrok SN z 17.01.2017 r., WA 18/16; postanowienie SA w Krakowie z 13.12.2000 r., II AKz 289/00, LEX nr 46065.
[25] Przykładowo, należy tu wskazać, że SA w Gdańsku w wyroku z 30.03.2017 r., II AKa 256/16, LEX nr 2383361, wskazał, że: „okres 3 miesięcy można uznać za tak długotrwały, iż świadczyć może o uporczywości działania sprawcy".
[26] Por. A. Ziółkowska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 218 k.k., LEX 2016.
[27] LEX nr 2203539.

pracy lub ubezpieczenia społecznego przez osobę wykonującą czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Znamię uporczywości zakłada dwa elementy: złą wolę sprawcy i długotrwałość jego zachowania. Owa uporczywość uzewnętrznia się natrętnymi, sekwencyjnymi czy powtarzalnymi zachowaniami (analogicznie jak w wypadku przestępstwa określonego w art. 209 k.k.). Natomiast złośliwość objawia się w niemożliwej racjonalnie do umotywowania woli zaszkodzenia pracownikowi, perfidnym zachowaniu, dokuczeniu mu, poniżeniu, wyrządzeniu krzywdy".

Z kolei przestępstwo odmowy ponownego przyjęcia do pracy, o której przywróceniu orzekł właściwy organ, polega na sytuacji zaniechania zatrudnienia ze strony pracodawcy w sytuacji, gdy orzeczono prawomocnie o przywróceniu pracownika do pracy i jednocześnie pracownik ten w ciągu ustawowo określonych siedmiu dni zgłosił się do pracy z gotowością podjęcia zatrudnienia[28]. Wskazana w tym przepisie odmowa może faktycznie nastąpić na wiele sposobów – począwszy od całkowitej bierności pracodawcy, przez ustną lub pisemną odmowę przywrócenia do pracy, a skończywszy nawet na fizycznym uniemożliwieniu powrotu do pracy (np. odebraniu kluczy, zablokowaniu kodów dostępów elektronicznych)[29].

Reasumując, należy wskazać, że art. 218 k.k. może być narzędziem służącym do penalizacji negatywnych zachowań pracodawcy wobec sygnalisty, ale nie w każdym przypadku. Stanie się tak tylko wówczas, gdy reakcja odwetowa pracodawcy na sygnaliście przybierze formę uporczywego i złośliwego naruszania jego praw pracowniczych, co nie zawsze będzie miało miejsce. Chodzi tu zwłaszcza o sytuację, gdy działania pracodawcy będą miały pozornie neutralną formę lub będą miały formalną podstawę prawną, ale stosowanie tej podstawy będzie wątpliwe (np. tzw. obcięcie fakultatywnej premii). Nie można też zapominać o tym, że również z perspektywy postępowania dowodowego udowodnienie złośliwości lub uporczywości może napotkać liczne trudności.

Analizując użyteczność ww. przepisu w kontekście ochrony sygnalistów, należy też pamiętać o tym, że przepis ten swoim zakresem obejmuje jednak tylko pracowników (nawet jeśli pojęcie to rozumieć w znaczeniu prawa pracy szeroko), a nie obejmuje innych podmiotów (np. funkcjonariuszy służb mundurowych, osób zatrudnionych na zlecenie lub dzieło). Przepis ten ma zatem wadliwe brzmienie i powinien być zmieniony w taki sposób, aby zapewniał ochronę szerszej grupie osób (np. wskazanym powyżej funkcjonariuszom służb mundurowych).

3. Płaszczyzna ochrony sygnalisty na poziomie procesu karnego

3.1. Uwagi ogólne

Zgodnie z treścią przepisu art. 304 § 1 k.p.k. każdy, dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, ma społeczny obowiązek zawiadomić o tym prokuratora lub policję[30]. Przepisy art. 148a i 156a k.p.k. stosuje się odpowiednio.

[28] Por. A. Ziółkowska [w:] *Kodeks*…, komentarz do art. 218 k.k.
[29] W. Wróbel [w:] *Kodeks*…, komentarz do art. 218 k.k.
[30] Warunkiem jest to, aby informacja była wiarygodna, tj. aby istniało wysokie prawdopodobieństwo, że czyn ten został faktycznie popełniony, tak J. Mikos, Z. Sobolewski, *Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Problemy Kryminalistyki" 1967/66, s. 150–151; L. Gardocki, *Prawo karne,* Warszawa 2004, s. 284.

Są to przepisy dotyczące ochrony danych osobowych osoby składającej zawiadomienie lub zeznanie, w tym poprzez umieszczenie danych adresowych w odrębnym (niedostępnym dla stron) załączniku adresowym. Będą one przedmiotem dalszej i odrębnej analizy.

Analizując powyższy przepis, trzeba zwrócić uwagę na jego dwa charakterystyczne elementy: fakt, że jest adresowany do każdej osoby, która dowiedziała się o popełnieniu przestępstwa[31] oraz to, że taki obowiązek nazwany jest wprost „obowiązkiem społecznym"[32]. Takie określenie charakteru tego obowiązku wynika z tego, że zasadą jest brak odpowiedzialności karnej za niezłożenie zawiadomienia o przestępstwie pomimo posiadanej wiedzy, co nadaje temu przepisowi charakter *lex imperfecta*[33]. Oznacza to, że takie zachowanie może być oceniane wyłącznie w sferze moralnej[34].

Wyjątkiem od wskazanej reguły braku odpowiedzialności za niezłożenie zawiadomienia o przestępstwie jest art. 240 k.k., który określa, o jakich przestępstwach należy zawiadomić pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat trzech. Przepis ten zawiera katalog najpoważniejszych przestępstw, których ściganie i osądzenie jest tak istotne z punktu widzenia ustawodawcy, że uzasadnia wprowadzenie wyjątkowego rozwiązania w postaci powszechnego obowiązku informowania organów ścigania o zaistnieniu takich przestępstw, niezależnie od stadium ich dokonania[35]. Wynika to też z faktu, że przedmiotem ochrony tego przepisu jest wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych[36].

Wskazany przepis art. 240 k.k. wylicza okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną sprawcy tego przestępstwa. Zgodnie z art. 240 § 2 k.p.k. nie popełnia też przestępstwa określonego w art. 240 § 1 k.k. ten, kto zaniechał zawiadomienia, mając dostateczną podstawę do przypuszczenia, że wymieniony w § 1 organ wie o przygotowywanym, usiłowanym lub dokonanym czynie zabronionym[37]; nie popełnia przestępstwa również ten, kto zapobiegł popełnieniu przygotowywanego lub usiłowanego czynu zabronionego określonego w art. 240 § 1 k.k.

Ustawodawca przewidział także, że nie podlega karze pokrzywdzony czynem wymienionym w art. 240 § 1 k.k., który zaniechał zawiadomienia o tym czynie (art. 304 § 2a k.p.k.) oraz osoba, która zaniechała zawiadomienia z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą jemu samemu lub jego najbliższym (art. 304 § 3 k.p.k.).

Należy uzupełniająco wskazać, że prawny obowiązek złożenia zawiadomienia o przestępstwie, zgodnie z treścią art. 304 § 2 k.p.k., spoczywa też na instytucjach państwowych oraz samorządowych, które w związku ze swoją działalnością

[31] A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 607

[32] K.T. Boratyńska [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 615; S. Cora, *Z problematyki zawiadomienia o przestępstwie*, „Gdańskie Studia Prawnicze" 2003, t. XI, s. 274–275.

[33] P. Hofmański [w:] P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 297–467*, Warszawa 2004, s. 29.

[34] W. Grzeszczyk, *Przebieg postępowania przygotowawczego* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, z. 5, s. 63. W. Grzeszczyk, *Obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo" 1998/10, s. 123.

[35] M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] *Kodeks…*, komentarz do art. 240 k.k., LEX 2017.

[36] Tak M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2018, komentarz do art. 240 k.k.

[37] R. Ponikowski, *Informacja o przestępstwie a wszczęcie postępowania karnego*, „Nowe Prawo" 1983/7–8, s. 88.

dowiedziały się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu[38]. Są one obowiązane niezwłocznie zawiadomić o tym prokuratora lub policję oraz przedsięwziąć niezbędne czynności do czasu przybycia organu powołanego do ścigania przestępstw lub do czasu wydania przez ten organ stosownego zarządzenia, aby nie dopuścić do zatarcia śladów i dowodów przestępstwa[39].

Reasumując, ustawodawca przez opisany powyżej kształt przepisów generalnie zachęca wszelkie podmioty (nie tylko osoby fizyczne) do zgłaszania zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa i obowiązek ten kształtuje na poziomie moralnym, wyjątkowo narzucając ten obowiązek w formie obowiązku prawnego, którego naruszenie jest przestępstwem (art. 240 k.k.).

W związku z tym w dalszej kolejności należy ustalić, czy w ślad za ową intencją ustawodawcy podążają odpowiednio ukształtowane mechanizmy prawne pozwalające zapewnić takim osobom odpowiednią ochronę (prawną, ale też i fizyczną) związaną ze skutkami złożenia danego zawiadomienia. W istocie rzeczy tak jest i tych mechanizmów ochrony należy szukać nawet na płaszczyźnie trzech aktów prawnych: ustawy z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka[40], rozwiązań zawartych w Kodeksie postępowania karnego, rozwiązań zawartych w ustawie z 6.04.1990 r. o Policji[41].

Należy tu wskazać, że poza zakresem niniejszego opracowania znajdą się przepisy dotyczące ochrony świadka koronnego[42] oraz przepisy dotyczące potencjalnej ochrony współoskarżonych działających w ramach art. 60 k.k.[43] Wynika to z faktu, że podmioty te nie mieszczą się w zakresie definicji sygnalisty, i to nawet w jej możliwie najszerszym ujęciu.

Poniżej zostały kolejno omówione wskazane powyżej akty prawne.

3.2. Ustawa z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka

W zakresie ochrony świadka i pokrzywdzonego obowiązuje dodatkowy, wspomniany specjalny akt prawny – ustawa o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka. Ustawa ta stanowi implementację dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25.10.2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW[44], a także dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z 13.12.2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony[45]. Była ona również realizacją Krajowego Programu Działań na rzecz Równego Traktowania na lata 2013–2016 (cel główny 1, cel szczegółowy 1.1 – implementacja dyrektywy 2012/29/UE) oraz Krajowego Programu na rzecz Przeciwdziałania Przemocy

[38] K. Dudka, *Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie a odpowiedzialność pokrzywdzonego za czyn z art. 240 KK*, „Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych" 2005/1, s. 107.
[39] B. Szyprowski, *Uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa jako faktyczna przesłanka wszczęcia postępowania przygotowawczego,* „Prokuratura i Prawo" 2006/3, s. 136–137.
[40] Dz.U. z 2015 r. poz. 21.
[41] Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.
[42] Zob. ustawa z 25.06.1997 r. o świadku koronnym (tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1197).
[43] Są to współoskarżeni, którzy podejmują współpracę z organami ścigania.
[44] Dz.Urz. UE L 315 z 2012 r., s. 57 – dalej dyrektywa 2012/29/UE.
[45] Dz.Urz. UE L 338 z 2011 r., s. 2. Zob. też L. Mazowiecka [w:] *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016, LEX 2011.

w Rodzinie na lata 2014–2020 (obszar 2: ochrona i pomoc osobom dotkniętym przemocą w rodzinie).

Celem wprowadzenia do polskiego systemu prawnego wskazanej ustawy miało być stworzenie kompleksowej regulacji poświęconej ochronie pokrzywdzonych i świadków, których zdrowie i życie są zagrożone, w celu uchronienia ich przed zastraszeniem i odwetem, zapewnienia im prawidłowego uczestnictwa w postępowaniu oraz uniknięcia wiktymizacji wtórnej pokrzywdzonych[46].

Należy wskazać, że zakres potencjalnej ochrony, jaki zapewnia przedmiotowa ustawa, jest szeroki, albowiem (zgodnie z art. 1 ust. 2 ustawy) środki ochrony i pomocy mogą być stosowane przed wszczęciem postępowania karnego lub karnego skarbowego, jeśli zagrożenie życia lub zdrowia ujawni się w toku podjętych czynności operacyjno-rozpoznawczych lub postępowania sprawdzającego, o którym mowa w art. 307 k.p.k.[47]

W celu sprawnej realizacji założeń przedmiotowej ustawy w komendach wojewódzkich (Stołecznej) Policji powołano koordynatorów do spraw ochrony i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka. Wskazani koordynatorzy są powiadamiani o ujawnionych zagrożeniach dla pokrzywdzonych lub świadków oraz o przypadkach odmowy udzielenia pomocy na wezwanie organu albo sądu.

Katalog środków ochrony pokrzywdzonego, świadka oraz osób im najbliższych obejmuje następujące środki:

1) ochronę na czas czynności procesowej (która obejmuje swym zakresem również dotarcie na miejsce czynności i powrót)[48];
2) ochronę osobistą;
3) pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu[49].

Należy wskazać, że dodatkowo możliwe jest uzyskanie przez osobę chronioną pomocy psychologicznej oraz pomocy finansowej (ich warunki zostaną omówione poniżej). Informacje dotyczące udzielenia i wykonywania środków ochrony i pomocy podlegają ochronie zgodnie z ustawą z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych[50]. Ustawodawca w art. 18 ust. 1 tej ustawy również wyraźnie zastrzegł, że niedopuszczalna jest czynność dowodowa zmierzająca do ujawnienia okoliczności udzielenia i wykonywania środków ochrony i pomocy.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z 5.08.2010 r. środków ochrony i pomocy udziela komendant wojewódzki (Stołeczny) Policji, w którego okręgu mają miejsce pobytu pokrzywdzony, świadek lub osoby im najbliższe. Osoby te w ustawie nazywane są „osobami chronionymi". Decyzja ma formę zarządzenia i jest wydawana w terminie nie dłuższym niż 14 dni na pisemny (zawierający uzasadnienie) wniosek:

[46] D. Kużelewski [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 6, *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, P. Hofmański, C. Kulesza, Warszawa 2016, rozdz. 3, pkt 3.2.5.4. Uprawnienia niezależne od etapu postępowania karnego.

[47] B. Wiraszka-Bereza, *Ochrona pokrzywdzonych i świadków w postępowaniu karnym – zmiany legislacyjne*, „Na wokandzie" 2016/26, https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-29/porady-numer-29/ochrona-pokrzywdzonych-i-swiadkow-w-postepowaniu-karnym-zmiany-legislacyjne.html (dostęp: 20.06.2019 r.).

[48] E. Bieńkowska, *Wokół projektu utworzenia systemu ochrony pokrzywdzonego i świadka*, „Prokuratura i Prawo" 2015/3, s. 1.

[49] E. Bieńkowska wskazuje, że może to dotyczyć też pomocy w załatwieniu istotnych spraw życiowych związanych z miejscem pobytu – E. Bieńkowska, *Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego,* „Prokuratura i Prawo" 2014/3, s. 16 i n.

[50] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 412 ze zm.

1) pokrzywdzonego lub świadka, złożony za pośrednictwem organu prowadzącego czynności operacyjno-rozpoznawcze albo postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze albo sądu, który może przedstawić pisemną opinię w przedmiocie wniosku;
2) organu prowadzącego czynności operacyjno-rozpoznawcze albo postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze albo sądu, złożony za zgodą pokrzywdzonego lub świadka[51].

Należy tu wskazać, że zgodnie z art. 12 ust. 7 tej ustawy w szczególnie uzasadnionych przypadkach po złożeniu wniosku, o którym mowa w ust. 1, można stosować środki ochrony i pomocy do czasu jego rozpatrzenia. Nie stosuje się wówczas przepisu art. 7 ustawy (przewidującego potencjalną pomoc finansową dla osoby chronionej).

Z kolei, jeśli chodzi o czas ochrony, to ustawa nakazuje określić jej czas, bez podania konkretnego przedziału czasowego (co nakazuje przyjąć, że jest nim potencjalny przewidywany czas zagrożenia). Istnieje możliwość dalszego przedłużenia czasu ochrony danej osoby (też na czas oznaczony).

Analizując wskazane środki ochrony i pomocy, należy wskazać, że ochrona na czas czynności procesowej może zostać udzielona w przypadku zagrożenia dla życia lub zdrowia osoby chronionej. Ochrona ta może polegać na obecności funkcjonariuszy policji w pobliżu osoby chronionej w trakcie czynności procesowej z jej udziałem, w drodze do miejsca przeprowadzenia tej czynności lub w drodze powrotnej.

Ochrona osobista może zostać udzielona w przypadku wysokiego stopnia zagrożenia dla życia lub zdrowia osoby chronionej w związku z postępowaniem karnym lub karnym skarbowym, jeśli zachodzi konieczność długotrwałej ochrony, w sprawach, których rozpoznanie w pierwszej instancji należy do właściwości sądu okręgowego, oraz w sprawach o przestępstwa określone w art. 197 § 1 i 2 oraz 207 k.k., a w szczególnie uzasadnionych przypadkach także w innych sprawach.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy ochrona osobista może polegać na:
1) stałej obecności funkcjonariuszy policji w pobliżu osoby chronionej;
2) czasowej obecności funkcjonariuszy policji w pobliżu osoby chronionej;
3) czasowej obserwacji osoby chronionej i otoczenia, w którym przebywa;
4) wskazaniu osobie chronionej bezpiecznych miejsc przebywania oraz czasu i bezpiecznego sposobu przemieszczania się;
5) określeniu zakresu, warunków i sposobu kontaktowania się osoby chronionej z innymi osobami.

Odnośnie do pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu, może ona zostać udzielona w przypadku wysokiego stopnia zagrożenia dla życia lub zdrowia osoby chronionej w związku z postępowaniem karnym lub karnym skarbowym, jeśli

[51] E. Bieńkowska wskazuje, że podstaw wskazania przez ustawodawcę tych podmiotów leży to, że posiadają największe możliwości oceny występowania zagrożeń oraz ich rodzajów – por. E. Bieńkowska, *Regulacje ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka na tle wymogów dyrektywy 2012/29/UE ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw* [w:] *Nowe środki ochrony i pomocy dla ofiar*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016.

zachodzi konieczność długotrwałej ochrony, a inne środki ochrony i pomocy mogą być niewystarczające, w sprawach, których rozpoznanie w I instancji należy do właściwości sądu okręgowego, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach także w innych sprawach.

Pomoc w zakresie zmiany miejsca pobytu polega na podejmowaniu czynności organizacyjnych umożliwiających osobie chronionej pobyt w innym miejscu niż dotychczasowe poprzez:

1) udostępnienie tymczasowego lokalu mieszkalnego, zapewniającego zaspokojenie podstawowych potrzeb bytowych;
2) pomoc w wynajęciu mieszkania;
3) pomoc w przeprowadzce lub zagospodarowaniu;
4) pomoc w załatwieniu ważnych spraw życiowych związanych ze zmianą miejsca pobytu.

W przypadku udzielenia pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu właściwy komendant policji może zobowiązać operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe[52] do współpracy w zakresie przekazywania listów, przesyłek pocztowych dla osoby chronionej.

Odnosząc się do kwestii możliwości uzyskania przez daną osobę pomocy finansowej, należy wskazać, że możliwa jest ona w stosunku do osoby, której udzielono pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu, a która nie posiada źródeł utrzymania, nie może podjąć pracy z powodu zagrożenia dla życia lub zdrowia. Zgodnie z zapisami ustawy z 5.08.2010 r. (art. 7 ust. 1 pkt 1–3) można udzielić pomocy finansowej przeznaczonej na:

1) zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych;
2) pokrycie całości lub części kosztów tymczasowego udostępnienia lokalu mieszkalnego lub wynajęcia mieszkania;
3) pokrycie kosztów uzyskania świadczeń opieki zdrowotnej, określonych w art. 15 ust. 2 ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych[53], jeśli osoba ta nie podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu zdrowotnemu.

Wysokość pomocy finansowej określa się, biorąc pod uwagę zakres i charakter udzielanych środków pomocy i ochrony oraz dotychczasowe wynagrodzenie osoby chronionej. Pomoc finansowa nie przekracza miesięcznie 3500 zł, a dla osoby małoletniej – 2000 zł. Pomoc finansowa może być wypłacana w gotówce za pokwitowaniem, przekazem pocztowym, przelewem lub w inny sposób uzgodniony z osobą chronioną.

Wymaga podkreślenia, że wskazana ochrona udzielona świadkowi lub pokrzywdzonemu może przestać obowiązywać nie tylko ze względu na upływ czasu jej udzielenia, ale także może być uchylona przez komendanta policji. W przypadku uchylenia środków ochrony i pomocy udzielonych pokrzywdzonemu lub świadkowi ustają również środki ochrony i pomocy udzielone osobie najbliższej. Należy

[52] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 2188.
[53] Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1510 ze zm.

wyjaśnić, że analizowana ustawa przewiduje podział na obligatoryjne przesłanki uchylenia ochrony (ustanie przesłanek ochrony, bezpodstawna odmowa zeznań, brak zobowiązania się do przestrzegania warunków ochrony, wniosek osoby zainteresowanej o uchylenie ochrony) oraz fakultatywne, spośród których trzeba wymienić:

1) sytuację, gdy wydano postanowienie o przedstawieniu osobie chronionej zarzutów złożenia fałszywych zeznań w toku postępowania, w związku z którym udzielono jej środków ochrony i pomocy;
2) sytuację, gdy osoba chroniona umyślnie wprowadziła w błąd lub zataiła istotne informacje co do okoliczności, w związku z którymi udzielono jej środków ochrony i pomocy;
3) sytuację, gdy osoba chroniona nie przestrzega zasad lub zaleceń w zakresie udzielonych środków ochrony i pomocy;
4) sytuację, gdy osoba chroniona korzysta ze środków ochrony i pomocy niezgodnie z ich przeznaczeniem.

W przypadku uchylenia środków ochrony i pomocy z powodu bezpodstawnej odmowy zeznań oraz sytuacji opisanych w pkt 1 i 2 osoba chroniona jest zobowiązana do zwrotu równowartości otrzymanej pomocy finansowej. Komendant policji wydający zarządzenie w przedmiocie środków ochrony i pomocy zarządza zwrot pomocy finansowej, określając kwotę podlegającą zwrotowi, termin zwrotu oraz organ uprawniony do jego przyjęcia.

Należy też podkreślić, że zakres ochrony przewidziany przez ustawodawcę obejmuje osoby pokrzywdzone lub świadka nie tylko w sytuacji ich przebywania na wolności, ale także w sytuacji, gdy są oni pozbawieni wolności (odbywają karę pozbawienia wolności). Wówczas wobec tych osób stosuje się art. 88d ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy[54]. Zgodnie z tym przepisem: „jeżeli w związku z toczącym się lub zakończonym postępowaniem karnym, w którym skazany uczestniczy lub uczestniczył w charakterze podejrzanego, oskarżonego, świadka lub pokrzywdzonego, wystąpiło poważne zagrożenie lub istnieje bezpośrednia obawa wystąpienia poważnego zagrożenia dla jego życia lub zdrowia, dyrektor zakładu karnego obejmuje takiego skazanego szczególną ochroną w warunkach zwiększonej izolacji i zabezpieczenia, polegającą w szczególności na:

1) kontroli stanu jego zdrowia;
2) udzielaniu pomocy psychologicznej;
3) stosowaniu warunków odbywania kary określonych w art. 90 pkt 7–9 (nadzorowane widzenia, kontrolowana korespondencja, kontrolowane rozmowy telefoniczne)".

Wskazana powyżej szczególna ochrona może polegać również na stosowaniu wobec skazanego warunków odbywania kary określonych w art. 88b k.k.w. (warunki jak dla sprawców niebezpiecznych) lub art. 88 k.k.w. (stałe monitorowanie skazanego) lub ochrony osobistej w rozumieniu wspomnianej ustawy o świadku koronnym.

[54] Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 676 – dalej k.k.w.

Reasumując powyższe ustalenia, należy wskazać, że ustawodawca ustanowił szeroki zakres pomocy dla pokrzywdzonego lub świadka, jeżeli w związku z toczącym się albo zakończonym postępowaniem karnym z udziałem pokrzywdzonego lub świadka albo postępowaniem karnym skarbowym z udziałem świadka istnieje zagrożenie dla życia lub zdrowia tych osób[55]. Przepisy te dotyczą naturalnie sygnalistów, co jest zdecydowanie dobrym rozwiązaniem prawnym.

3.3. Kodeks postępowania karnego

Kodeks postępowania karnego zawiera wiele mechanizmów ochrony osób składających zawiadomienie o przestępstwie, w tym świadków i pokrzywdzonych, spośród których można wymienić:

1) instytucję świadka incognito (art. 184 k.p.k.);
2) specjalne procedury przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego i małoletniego świadka (art. 185a i 185b k.p.k.);
3) specjalny tryb przesłuchania świadka w sprawach o przestępstwa z art. 197—199 k.k.
4) formułę utajnienia zeznań świadka, które stanowią podstawę wniosku o tymczasowe aresztowanie (art. 250 § 2b k.p.k.);
5) anonimizację danych dotyczących miejsca zamieszkania oraz pracy pokrzywdzonego oraz świadka (art. 148a w zw. z art. 156a k.p.k.).

3.3.1. Świadek incognito

Istotą instytucji świadka incognito jest to, że wszelkie dane i okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka są zachowywane w tajemnicy i niedostępne dla stron. Celem wskazanej instytucji jest zwiększenie efektywności składanych zeznań wynikające z uzyskania tego środka dowodowego od osób, które w normalnych warunkach nie przekazałyby informacji w sposób procesowy organom ścigania z uwagi na obawę o szeroko pojęte bezpieczeństwo[56]. Chodzi o uniknięcie sytuacji, w których ktoś podejmowałby działania mające na celu wywarcie presji na świadku w celu odwiedzenia go od składania zeznań albo zmiany ich treści[57].

Regulacje dotyczące świadka anonimowego (incognito) zawiera przepis art. 184 k.p.k. Uzupełniająco w tej materii wydane zostało (na podstawie art. 184 § 9 k.p.k.) rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.06.2003 r. w sprawie postępowania o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka oraz sposobu postępowania z protokołami z zeznań tego świadka[58].

Świadkiem incognito można zostać zarówno w postępowaniu sądowym (wówczas decyduje o tym sąd), jak i w postępowaniu przygotowawczym (wówczas

[55] Należy tu wskazać, że zdaniem E. Bieńkowskiej ustawodawca pominął tu jednak pokrzywdzonych i świadków uczestniczących w postępowaniu w sprawach nieletnich – por. E. Bieńkowska, *Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków*, „Prokuratura i Prawo" 2015/10, s. 5–25, teza 1, LEX 2015. Autorka ta wyraziła artykule bardzo krytyczne stanowisko wobec całej ustawy, postulując jej ukształtowanie na nowo.
[56] P. Hofmański, *Świadek anonimowy w procesie karnym*, Kraków 1998, s. 18.
[57] P. Wiliński, *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003, s. 97.
[58] Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1869 ze zm.

decyduje o tym prokurator). Decyzja sądu lub prokuratora ma charakter postanowienia. Na postanowienie w sprawie zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka przysługuje w terminie trzech dni zażalenia dla: samego świadka (w razie odmowy), oskarżonego, jak i prokuratora (na etapie postępowania przed sądem). Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Postępowanie dotyczące zażalenia toczy się bez udziału stron i jest objęte tajemnicą jako informacja niejawna o klauzuli tajności „tajne" lub „ściśle tajne".

W razie uwzględnienia zażalenia protokół przesłuchania świadka podlega zniszczeniu. O zniszczeniu protokołu należy uczynić wzmiankę w aktach sprawy.

Przesłanką wydania postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka jest sytuacja, gdy zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej. Obawa taka musi istnieć obiektywnie[59] i musi być uzasadniona, choć nie zawsze, i niekoniecznie niebezpieczeństwo musi wiązać się z samym zeznawaniem, ale może być wynikiem wcześniejszych wzajemnych powiązań[60]. Ustawodawca nie określa zakresu przestępstw, gdzie może być zastosowana ta instytucja i należy przyjąć, że można ją zastosować w sprawie o każdy czyn zabroniony[61].

Warunkiem zastosowania tej instytucji jest to, aby dane świadka miały znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie. Postępowanie w tym zakresie toczy się bez udziału stron i jest objęte tajemnicą jako informacja niejawna o klauzuli tajności „tajne" lub „ściśle tajne".

W razie wydania postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, okoliczności dotyczące świadka (jego dane) pozostają wyłącznie do wiadomości sądu i prokuratora, a gdy zachodzi konieczność – również funkcjonariusza policji prowadzącego postępowanie. Protokół przesłuchania świadka wolno udostępniać oskarżonemu lub obrońcy tylko w sposób uniemożliwiający ujawnienie tych okoliczności. Również tryb przesłuchania świadka incognito z założenia ma taki charakter, aby uniemożliwić ujawnienie jego tożsamości.

W przesłuchaniu świadka przez sąd lub wyznaczonego sędziego mają prawo wziąć udział: prokurator, oskarżony i jego obrońca. W związku z odpowiednim stosowaniem przepisu art. 396 § 3 zd. 2 k.p.k. oskarżonego pozbawionego wolności sprowadza się tylko wtedy, gdy sąd uzna to za konieczne. W literaturze rozwiązanie to bywa krytykowane, albowiem wskazuje się, że może to być czynność dowodowa kluczowa dla obrony, a ponadto skoro stworzono warunki do udziału w czynności całego składu sądzącego, oskarżyciela i obrońców, to nie może tam nie być miejsca dla samego oskarżonego[62].

[59] Por. P. Wróbel, *Wniosek o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka*, „Przegląd Sądowy" 2011/1, s. 89–97. Tak też K. Nizioł, *Przesłanki uzasadniające zastosowanie instytucji świadka incognito*, „Prokuratura i Prawo" 2007/10, s. 126.

[60] P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011, s. 1031.

[61] T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Artykuły 1–467*, Warszawa 2014, s. 638.

[62] L.K. Paprzycki, *Świadek anonimowy w procesie karnym – ewolucja ku rzetelności instytucji* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 353.

Należy zauważyć, że wskazana instytucja była wielokrotnie analizowana pod kątem tego, czy jej zakres nie narusza prawa do obrony[63]. Orzecznictwo Sądu Najwyższego przyjęło taką linię, że o ile ochrona danych osobowych świadka oraz zapobiegnięcie jego rozpoznaniu w trakcie przesłuchania są obowiązkami sądu, o tyle należy to uczynić w taki sposób, by jednocześnie oskarżonemu i jego obrońcy zapewnić kontradyktoryjność oraz jawność postępowania[64]. Należy wskazać, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu akceptuje stosowanie instytucji świadka incognito z jednoczesnymi zastrzeżeniami, że procedura przesłuchania świadka musi umożliwiać oskarżonemu i jego obrońcy zadawanie pytań świadkowi (choćby pisemnych[65]) w toku przesłuchania lub później (ale tak, by mieć realne prawo do obrony[66]).

Świadek może, do czasu zamknięcia przewodu sądowego przed sądem I instancji, wystąpić z wnioskiem o uchylenie postanowienia o utajnieniu jego danych. W razie uwzględnienia wniosku o uchylenie postanowienia o stosowaniu instytucji świadka incognito protokół przesłuchania świadka podlega ujawnieniu w całości.

Należy wskazać, że możliwość uchylenia postanowienia o utajnieniu okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka mają także sąd w postępowaniu sądowym oraz prokurator w postępowaniu przygotowawczym, jeśli okaże się, że:

- w czasie wydania ww. postanowienia nie istniała uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej;
- świadek złożył świadomie fałszywe zeznania;
- nastąpiło ujawnienie świadka.

Na wskazane postanowienie przysługuje zażalenie przy odpowiednim stosowaniu przepisu art. 184 § 5 k.p.k. W razie uprawomocnienia się takiego postanowienia, protokół przesłuchania świadka podlega ujawnieniu w całości.

Należy wskazać, że przedmiotowa instytucja jawi się jako bardzo ważna dla ochrony sygnalistów, aczkolwiek mogą się zdarzyć sytuacje, gdy nie znajdzie zastosowania z uwagi na indywidualne okoliczności sprawy dotyczące sygnalisty, polegające np. na tym, iż sam rodzaj lub pewna szczegółowość informacji przekazanych organom ścigania jest tak specyficzna, że wskazuje na osobę zawiadamiającą. Naturalnie będzie to też sytuacja, gdy pracodawca ma tylko jednego pracownika.

3.3.2. Procedury przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego oraz małoletniego świadka (art. 185a i 185b k.p.k.)

Elementami, które w założeniu mają ułatwić i umożliwić organom ścigania powzięcie informacji o przestępstwie w przypadku, gdy informacje na ten temat ma osoba małoletnia,

[63] Por. P. Wiliński, *Prawo do obrony a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2003/4, s. 27–42.

[64] Por. postanowienie SN z 22.08.2007 r., III KK 106/07, OSNwSK 2007/1, poz. 1851; wyrok SN z 16.06.1999 r., V KKN 22/99, OSNKW 1999/9–10, poz. 58.

[65] W. Valkenburg, *Niektóre standardy art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Ochronie Podstawowych Wolności w holenderskim postępowaniu karnym* [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995, s. 85–86.

[66] Por. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2000, s. 223–226.

są dwie osobno ustanowione procedury przesłuchania takich świadków: określona w art. 185a k.p.k. (małoletni pokrzywdzony) oraz w art. 185b k.p.k. (małoletni świadek).

W ocenie SN normy określone w art. 185a i 185b k.p.k. mają charakter gwarancyjny, zabezpieczający nie interesy procesowe oskarżonego (podejrzanego), ale przede wszystkim małoletniego świadka[67]. W literaturze wskazuje się, że przepisy te są przejawem pozytywnej tendencji w dążeniu do zapewnienia ochrony małoletnim świadkom postępowania[68].

Procedura przesłuchania małoletniego świadka określona w art. 185a k.p.k. dotyczy pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył lat 15, w sytuacji gdy sprawa dotyczy przestępstw popełnionych: z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określonych w rozdziałach: XXIII Kodeksu karnego („*przestępstwa przeciwko wolności*"), XXV k.k. („*przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*") i XXVI k.k. („*przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece*"). Zastosowanie tej procedury wobec małoletniego, który ukończył lat 15 w chwili przesłuchania, jest możliwe, jeżeli zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny.

Warunkiem przeprowadzenia przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego jest dodatkowo to, aby jego zeznania mogły mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Ocenę występowania tej przesłanki podejmują sąd lub prokurator, mając zawsze na uwadze okoliczności danej, konkretnej i indywidualnej sprawy[69].

Zgodnie z założeniem ustawodawcy wskazanego małoletniego pokrzywdzonego przesłuchuje się w procesie karnym tylko raz[70], a jego uzupełniające przesłuchanie może mieć miejsce tylko wyjątkowo w dwóch sytuacjach:

- jeśli wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania małoletniego. Okoliczność ta może znaleźć zastosowanie tylko wtedy, gdy wyjaśnienie tych okoliczności nie jest możliwe za pomocą innych środków dowodowych[71];
- zażąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego (przy czym zasadą jest to, że sąd powinien w razie braku obrońcy z wyboru ustanawiać dla oskarżonego obrońcę z urzędu – zob. art. 185a § 2 *in fine* k.p.k.). Chodzi tu o brak wyznaczonego obrońcy w znaczeniu formalnym, nie zaś o obrońcę prawidłowo zawiadomionego, ale nieobecnego[72].

Sformułowanie przez ustawodawcę tych przesłanek czyni zadość wymogom i standardom prawa do obrony na poziomie europejskim, ocenianego przez pryzmat art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[73].

---

[67] Por. wyrok SN z 5.10.2010 r., IV KK 61/10, LEX nr 606313.
[68] Por. T. Grzegorczyk, *Kodeks*…, t. 1, s. 651–652.
[69] Por. L.K. Paprzycki [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015, komentarz do art. 185a k.p.k.
[70] Na jasność sformułowania użytego przez ustawodawcę wskazywał wprost SN, uznając, że odstępstwa od tej zasady mogą mieć miejsce wyjątkowo, tj. „w stanach wyższej konieczności procesowej" – por. postanowienie SN z 7.05.2013 r., III KK 380/12, OSNKW 2013/9, poz. 74.
[71] Por. wyrok SN z 16.03.2011 r., III KK 278/10, LEX nr 896115.
[72] Por. wyrok SN z 24.11.2009 r., III KK 176/09, LEX nr 553885.
[73] Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284). Por. P. Hofmański, D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo do obrony a ochrona pokrzywdzonego przestępstwem – uwagi na tle art. 185a i standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, red. P. Hofmański, S. Waltoś, Warszawa 2009, s. 305–319.

W nawiązaniu do powyższej opisanej drugiej przesłanki uzupełniającego (ponownego) przesłuchania małoletniego, należy wskazać, że orzecznictwo Sądu Najwyższego przeszło swoistą ewolucję w poglądach co do obligatoryjnego przesłuchania małoletniego świadka w związku z tą przesłanką – począwszy od poglądu o bezwzględnej konieczności uzupełniającego przesłuchania takiego świadka[74] do obecnego poglądu, zakładającego, że żądaniu ponownego przesłuchania świadka należy zadośćuczynić, ale jednak tylko pod warunkiem że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale ponadto iż to możliwe przesłuchanie nie wywrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny, czyli nie pogorszy tego stanu[75].

Zgodnie z art. 185a § 2 k.p.k. przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczą pozostaje pokrzywdzony, ma też prawo być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego[76].

Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje protokół przesłuchania.

Z kolei tryb przesłuchania małoletniego świadka, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, określa przepis art. 185b k.p.k. Przesłuchanie takiego małoletniego świadka może mieć miejsce w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, lub określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego (a zatem w węższym zakresie niż pokrzywdzony w art. 185a k.p.k.[77]). Warunkiem przeprowadzenia tego przesłuchania jest to, aby zeznania tego świadka mogły mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zgodnie z treścią art. 185d § 1 k.p.k. przesłuchania w trybie określonym w art. 185a –185c k.p.k. przeprowadza się w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą. Tryb przeprowadzania takich przesłuchań określa wydane na podstawie art. 185d § 2 k.p.k. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.12.2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego[78].

W istocie rzeczy powyższy tryb jest bardzo podobny do przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, albowiem zgodnie z art. 185b § 1 k.p.k. małoletniego świadka przesłuchuje się w warunkach określonych w art. 185a § 1–3 k.p.k. (opisanych powyżej).

W sprawach o przestępstwa powyżej wskazane, małoletniego świadka, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w trybie określonym w art. 177 § 1a k.p.k. (przesłuchania świadka na odległość z użyciem urządzeń

[74] Por. wyroki SN: z 1.02.2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008/4, poz. 27; z 22.01.2009 r., V KK 216/08, LEX nr 498141; z 16.03.2011 r., III KK 278/10, LEX nr 896115.
[75] Por. postanowienia SN: z 4.18.2018 r., III KK 362/17, LEX nr 2495928; z 27.09.2016 r., V KK 246/16, LEX nr 2148670.
[76] Szeroko na ten temat zob. A. Wilkowska-Płóciennik, *Przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie art. 185a k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2010/6, s. 32–37. Por. też Z. Woźniak, *Ustawowa ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami przesłuchania w aspekcie praktycznym*, „Prokurator" 2009/2, s. 85–97.
[77] Wynika to z braku w art. 185b § 1 k.p.k. wskazania przez ustawodawcę na rozdział XXIII Kodeksu karnego.
[78] Dz.U. poz. 1642.

technicznych), gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Oceny, czy taka okoliczność występuje, powinien podejmować biegły psycholog, albowiem jest to wiedza z zakresu wiadomości specjalnych[79]. Przepis ten dotyczy sytuacji przeprowadzania rozprawy i formuły przesłuchania świadka na tej rozprawie.

Należy uzupełniająco wskazać, że ustawodawca zapisał też wprost ustawowe wyłączenie stosowania opisywanego trybu. Na podstawie art. 185b § 3 k.p.k. ma to miejsce w stosunku do świadka współdziałającego w popełnieniu czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie karne lub świadka, którego czyn pozostaje w związku z czynem, o który toczy się postępowanie karne.

Należy w tym miejscu wskazać, że projektowana w ustawie o jawności życia publicznego definicja sygnalisty ma taki zakres, iż nie objęłaby małoletnich, których dotyczą w sprawach objętych opisywanymi specjalnymi trybami przesłuchań. Z kolei gdyby rozpatrywać definicję sygnalisty szeroko, jako osoby zawiadamiającej o nieprawidłowościach, to rzadko będzie dotyczyć małoletnich, aczkolwiek takiej sytuacji nie można wykluczyć (np. zawiadomienia od czternastoletniej aktorki o jej molestowaniu seksualnym albo molestowaniu innych osób).

3.3.3. Specjalny tryb przesłuchania świadka określony w art. 185c k.p.k.

Przepis art. 185c wprowadzono ustawą z 13.06.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego[80] (zmiana weszła w życie 24.01.2014 r.). Jak podaje A. Baj[81], dodanie tego przepisu jest konsekwencją wprowadzenia do polskiego porządku prawnego regulacji dotyczących postępowania z ofiarami, m.in. przestępstw przeciwko wolności seksualnej wynikających ze wspomnianej już dyrektywy 2012/29/UE.

W art. 185c k.p.k. ustawodawca zawarł specjalne zapisy dotyczące przesłuchania pokrzywdzonego jako świadka w sprawach o trzy określone przestępstwa: z art. 197 k.k. (zgwałcenie), z art. 198 k.k. (wykorzystanie bezradności, upośledzenia w celu doprowadzenia do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej), art. 199 k.k. (nadużycie zależności). Chodzi o to, że w sprawach tych zawiadomienie o przestępstwie, jeśli składa je pokrzywdzony, powinno się ograniczyć do wskazania najważniejszych faktów i dowodów.

Zgodnie z art. 185d § 1 k.p.k. przesłuchanie takie powinno się odbywać w odpowiednio przystosowanych pomieszczeniach w siedzibie sądu lub poza jego siedzibą, a dokładne warunki techniczne przeprowadzenia takiego przesłuchania określa wspomniane rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18.12.2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c Kodeksu postępowania karnego[82].

[79] Por. T. Grzegorczyk, *Kodeks*…, t. 1, komentarz do art. 185b k.p.k.
[80] Dz.U. poz. 849.
[81] A. Baj, *Przesłuchanie pełnoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, „Państwo i Prawo" 2016/1, s. 100.
[82] Szeroką analizę warunków przeprowadzenia takiego przesłuchania przeprowadziła A.Z. Krawiec, *Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2016/7–8, s. 88–99.

Przesłuchanie pokrzywdzonego w charakterze świadka przeprowadza sąd na posiedzeniu, w którym mają prawo wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego. Brzmienie wskazanego przepisu kategorycznie wyklucza udział oskarżonego (podejrzanego) w takim przesłuchaniu[83]. Udział psychologa w tym trybie nie jest obligatoryjny, na co wskazuje również przepis art. 185c § 4 k.p.k., zgodnie z którym, jeśli przesłuchanie odbywa się z udziałem biegłego psychologa, to należy zapewnić, na wniosek pokrzywdzonego, aby był on osobą tej samej płci co pokrzywdzony, chyba że będzie to utrudniać postępowanie.

Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje protokół przesłuchania. Należy tu jednak zwrócić uwagę, że ustawodawca nie sformułował żadnych przesłanek uzupełniającego przesłuchania pokrzywdzonego, co oznacza, iż wniosek o przeprowadzenie takiej czynności sąd ocenia przez pryzmat standardowego katalogu możliwości przeprowadzenia dowodu z art. 170 k.p.k.[84] Możliwe jest zatem uzupełniające przesłanie pokrzywdzonego[85] i to w istocie wielokrotne (jeśli sąd uzna to za konieczne w realiach danej sprawy).

Jeżeli zajdzie konieczność ponownego przesłuchania pokrzywdzonego w charakterze świadka, to na jego wniosek przesłuchanie przeprowadza się w sposób wskazany w art. 177 § 1a k.p.k. (przesłuchanie na odległość z użyciem urządzeń technicznych), gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania pokrzywdzonego lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Ocena, czy zachodzą te przesłanki leży w gestii sądu[86].

3.3.4. Formuła „utajnienia" zeznań świadka, które stanowią podstawę wniosku o tymczasowe aresztowanie (art. 250 § 2b k.p.k.)

Zgodnie z treścią przepisu art. 250 § 2b k.p.k., jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia albo wolności świadka lub osoby dla niego najbliższej, to prokurator dołącza do wniosku o tymczasowe aresztowanie podejrzanego, w wyodrębnionym zbiorze dokumentów, dowody z zeznań świadka, których nie udostępnia się oskarżonemu i jego obrońcy. Na podstawie art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. wskazane „utajnione" przed podejrzanym i jego obrońcą zeznania stanowią podstawę orzeczenia sądu w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania.

Intencją wskazanego przepisu była ochrona świadka, jednakże przepis ten spotkał się z dużą i zdecydowaną krytyką w literaturze, gdzie wskazywano m.in. na to, że[87]:

1) ochrona taka jest *stricte* ograniczona w czasie i przez to nie spełni swojej funkcji;

[83] M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX 2018, komentarz do art. 185c k.p.k.
[84] M. Kurowski [w:] *Kodeks*…, t. 1, komentarz do art. 185c k.p.k.
[85] Por. T. Grzegorczyk, *Kodeks*…, t. 1, komentarz do art. 185c k.p.k.
[86] M. Kurowski [w:] *Kodeks*…, t. 1, komentarz do art. 185c k.p.k.
[87] Por. M. Prusek, *Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności*, „Palestra" 2017/7–8, s. 29–36; W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 2016 roku*, „Palestra" 2016/9 s. 12–25; K.T. Boratyńska [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 6, *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, P. Hofmański, C. Kulesza, Warszawa 2016, rozdz. 7, pkt 7.2.2.2.12. Udostępnianie podejrzanemu akt postępowania przygotowawczego w związku z zastosowaniem tymczasowego aresztowania, LEX 2016.

2) przepis ten narusza prawo do obrony i zasadę równości broni;
3) przepis ten jest zbędny z uwagi na fakt, że można zastosować tu przepis art. 184 k.p.k. (czyli instytucję świadka incognito);
4) przepis ten przyznaje pełną arbitralność decyzji prokuratorowi i jest wadliwy z uwagi na brak możliwości zaskarżenia decyzji prokuratorskiej.

Wobec powyższego przepisu zastrzeżenia zgłaszał Rzecznik Praw Obywatelskich, podnosząc potencjalne naruszenie prawa do obrony podejrzanego, naruszenie zasady kontradyktoryjności oraz zupełną arbitralność decyzji prokuratorskiej, która nie podlega kontroli w żadnej formie[88].

Wydaje się, że instytucja sformułowana w art. 250 § 2b k.p.k. powinna być ponownie przemyślana przez ustawodawcę (choćby pod kątem jej celowości) z uwagi na jej zbieg z innymi instrumentami ochrony świadka oraz sygnalizowane powyżej poważne wątpliwości co do jego treści. Niemniej trzeba podkreślić, że analizowane rozwiązanie procesowe może dotyczyć sygnalistów, być elementem ich ochrony.

Analizując kwestie bezpieczeństwa prawnego oraz osobistego sygnalisty w kontekście przepisów postępowania karnego, nie sposób na koniec tej części opracowania, nie wspomnieć również o środkach zapobiegawczych opisanych w rozdziale 28 Kodeksu postępowania karnego.

Środki zapobiegawcze dzielą się na środki o charakterze izolacyjnym (tymczasowe aresztowanie) oraz nieizolacyjne. Zgodnie z założeniami ustawodawcy wyrażonymi wprost w art. 257 § 1 k.p.k. stosowanie tymczasowego aresztu jest środkiem wyjątkowym[89], tj. nie stosuje się go, gdy wystarczający jest inny środek zapobiegawczy.

Zgodnie z treścią przepisu art. 249 § 1 k.p.k. środki zapobiegawcze stosuje się w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Chodzi o cały okres stosowania aż do rozpoczęcia wykonywania kary[90]. Niewątpliwie można wskazać, że pod pojęciem prawidłowego toku postępowania mieści się taka sytuacja, gdy osoby pokrzywdzonego lub świadków wolne są od jakichkolwiek nacisków (lub jakichkolwiek innych działań) oskarżonego lub podejrzanego zmierzającego do nakłonienia ich do odstąpienia od zeznań lub ich zmiany. Warto tu zresztą podkreślić, że jedną ze szczególnych przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. jest uzasadniona obawa, że oskarżony będzie nakłaniał do składania fałszywych zeznań lub wyjaśnień albo w inny bezprawny sposób utrudniał postępowanie karne.

W ujęciu ogólnym środki te zatem mogą i mają za zadanie chronić sygnalistów, przy zastrzeżeniu jednak warunków formalnych stosowania środków zapobiegawczych, które mają taki charakter, że – co do zasady – nie będą chronić sygnalisty od samego momentu złożenia zeznań lub zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

[88] Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z 20.12.2016 r., nr II. 511.773.2016.MM, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wystąpienie%20do%20Ministra%20Sprawiedliwości%20w%20sprawie%20odmowy%20udostępniania%20akt%20i%20dowodów.pdf (dostęp: 30.05.2018 r.).
[89] Dariusz Drajewicz określa tymczasowe aresztowanie jako środek ostateczny – por. D. Drajewicz, *Tymczasowe aresztowanie w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo" 2016/5, s. 119.
[90] Por. postanowienie SA w Krakowie z 6.04.2009 r., II AKz 126/09, LEX nr 504185.

Chodzi o to, że dla stosowania środków zapobiegawczych jest wymagane (zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k.) też to, aby zebrane dowody wskazywały na duże prawdopodobieństwo, iż oskarżony popełnił przestępstwo[91]. Oznacza to zatem sytuację, w której postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone (przynajmniej w jakiejś szerszej mierze). Poza tym, środki zapobiegawcze można stosować tylko wobec osoby której postawiono zarzuty (art. 249 § 2 k.p.k.), co też jest odrębną czynnością procesową. Przeprowadzenie wskazanego postępowania dowodowego oraz przeprowadzenie czynności przedstawienia zarzutów mogą zająć organom ścigania trochę czasu, co oznacza brak wcześniejszej możliwości stosowania środków zapobiegawczych i tym samym brak ewentualnej ochrony sygnalistów w tej formule.

Zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k. środki zapobiegawcze stosuje się wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa. Środki te pełnią wówczas wyjątkowo funkcję pozaprocesową, są środkiem prewencji szczególnej[92]. Prewencja ta może oczywiście dotyczyć również sygnalistów.

Reasumując, środki zapobiegawcze mogą stanowić istotny instrument ochrony sygnalistów, ale z uwagi na prawne uwarunkowania ich stosowania będą one stosowane dopiero w toku postępowania przygotowawczego, już po przedstawieniu danej osobie zarzutów.

3.3.5. Anonimizacja danych dotyczących miejsca zamieszkania oraz pracy pokrzywdzonego i świadka (art. 148a w zw. z art. 156a k.p.k.)

Osoba składająca zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z mocy prawa ma zagwarantowane, że jej dane dotyczące miejsca pracy oraz miejsca zamieszkania zostaną utajnione (poddane anonimizacji) i to bez względu na wagę sprawy, i na to, czy jej ewentualne prowadzenie będzie związane z zagrożeniem życia lub zdrowia tej osoby. Ochrona ta wynika bezpośrednio z treści art. 304 § 1 zd. 2 k.p.k., który stanowi, że stosuje się w tym przypadku odpowiednio przepisy art. 148a oraz 156a k.p.k. (dotyczące ochrony świadków i pokrzywdzonego).

Wskazana powyżej anonimizacja danych danej osoby następuje na podstawie art. 148a § 1 k.p.k. w ten sposób, że dane takie zostają wyłączone z odrębnego załącznika do protokołu, który jako element załącznika adresowego, z wyłączeniem ustawowo określonych przypadków, nie będzie dostępny dla stron postępowania (oraz innych podmiotów) oprócz organu prowadzącego postępowanie karne na danym jego etapie (prokuratury i innych organów ścigania w postępowaniu przygotowawczym oraz sądu w postępowaniu sądowym).

Należy wskazać, że ochrona danych dotyczących miejsca zamieszkania oraz pracy przysługuje osobie zawiadamiającej o przestępstwie także w sytuacji, w której dane te znalazłyby się w dokumentach innych niż protokół przesłuchania danej osoby sporządzony przy odebranym zawiadomieniu o podejrzeniu popełnienia

[91] Przy stosowaniu środka zapobiegawczego nie chodzi o merytoryczną ocenę poszczególnych, zgromadzonych w sprawie dowodów, ale jedynie o rozważenie, czy dowody te stwarzają stan prawdopodobieństwa, o jakim mowa w art. 249 § 1 k.p.k. – por. postanowienia SN: z 14.05.1974 r., II KZ 104/74, OSNKW 1974/9, poz. 175; z 9.06.1999 r., V KZ 21/99, LEX nr 63344; z 3.09.1999 r., II KZ 81/99, LEX nr 578199; z 7.09.1999 r., III KZ 129/99, LEX nr 578195.

[92] Por. W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, komentarz do art. 249 k.p.k., LEX 2014.

przestępstwa[93]. Zakres anonimizacji jest bardzo szeroki, albowiem dotyczy również merytorycznej części danych dokumentów lub protokołów (jeśli tam te dane się pojawiają). Od strony technicznej czynność ta polega na tym, że dokumenty w całości lub w części, w jakiej zawierają te dane, przechowuje się w załączniku adresowym do akt sprawy do wiadomości organu prowadzącego postępowanie. Do akt sprawy natomiast załącza się uwierzytelnione kserokopie dokumentów lub ich części, sporządzone w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi danymi. Zakres anonimizacji dotyczy też merytorycznej części dokumentów (jeśli te dane tam występują).

Od powyższej zasady anonimizacji danych osoby zawiadamiającej o podejrzeniu popełnienia przestępstwa (jak i ogólnie świadka lub pokrzywdzonego) ustawodawca ustanowił jedno obligatoryjne odstępstwo, trzy fakultatywne możliwości odstępstwa od tej zasady oraz dodatkowo możliwość ujawnienia tych danych przez sąd lub organ prowadzący postępowanie przygotowawcze w niezbędnym zakresie (lub ujawnienie oryginałów dokumentów, gdzie dane te się znajdują), jeśli dane te mają znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zasada ta z mocy prawa nie dotyczy miejsca pracy świadka będącego funkcjonariuszem publicznym, składającego zeznania w związku z pełnioną funkcją, chyba że przeprowadzający czynność w postępowaniu przygotowawczym albo przewodniczący składu orzekającego przeprowadzającego czynność uzna, iż dla dobra postępowania karnego nie powinno ono zostać zamieszczone w protokole.

Z kolei, jeśli chodzi o możliwość odstępstwa od zasady anonimizacji, to ustawodawca ustanowił trzy niezależne od siebie przesłanki:

1) gdy dane te są znane oskarżonemu (art. 148a § 4 pkt 1 k.p.k.);
2) gdy dane dotyczące miejsca zamieszkania lub pracy pokrzywdzonego lub świadka stanowią jednocześnie miejsce prowadzenia przez nich działalności gospodarczej, pod warunkiem że zostały przekazane do publicznej wiadomości do właściwego rejestru lub ewidencji (art. 148a § 4 pkt 2 k.p.k.);
3) gdy z uwagi na charakter sprawy występuje oczywisty brak ochrony danych dotyczących miejsca zamieszkania lub miejsca pracy pokrzywdzonego lub świadka (art. 148a § 4 pkt 3 k.p.k.).

W przypadku pierwszej z przesłanek intencja ustawodawcy zdaje się być oczywista, niemniej w literaturze podkreśla się, że ochrona danych osobowych z założenia jest szeroka i zjawisko ich anonimizacji ma szerszy aspekt niż sama ochrona przed dostępem oskarżonego, bo chodzi także o ochronę przed innymi podmiotami[94]. Dodatkowo trzeba też zauważyć, że z formalnego punktu widzenia przesłankę tę można zastosować dopiero, gdy proces karny będzie znajdował się w fazie *in personam*, tj. najwcześniej po przedstawieniu danej osobie zarzutów (oraz oczywiście w fazie sądowej po skierowaniu aktu oskarżenia lub jego procesowego odpowiednika).

[93] S. Steinborn [w:] *Kodeks aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, komentarz do art. 148a k.p.k., LEX 2015.
[94] Z. Pachowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, komentarz do art. 148a k.p.k., teza 9, LEX 2018.

Druga z przesłanek została sformułowana precyzyjnie i w swej formule nie była krytykowana w literaturze. Jej zastosowanie wydaje się rozwiązaniem logicznym i zasadnym.

Z kolei trzecia z przesłanek jest najmniej precyzyjna i zostawia szerokie pole interpretacyjne dla organu decyzyjnego w przedmiocie jej zastosowania.

Należy wskazać, że ocenę, czy zachodzi jedna z ww. przesłanek z art. 148a § 4 k.p.k. podejmuje się w odniesieniu do protokołu przesłuchania świadka: przeprowadzający czynność w postępowaniu przygotowawczym albo przewodniczący składu sądu w postępowaniu jurysdykcyjnym.

Z kolei w odniesieniu do innych (niż ww. protokół) dokumentów decyzje te podejmuje organ prowadzący postępowanie przygotowawcze albo prezes sądu lub przewodniczący składu sądu. Należy dodać, że wskazane podmioty decydują również o tym, czy odstąpienie od zasady anonimizacji jest pełne (całkowite) czy tylko częściowe (i w jakim zakresie).

Należy tu wskazać, że w postępowaniu przygotowawczym wskazane decyzje mają charakter niezaskarżalnych zarządzeń, natomiast w postępowaniu jurysdykcyjnym – niezaskarżalnych postanowień[95].

Trzeba też dodać, że abstrahując od powyżej opisanych wyjątków, z mocy art. 156a k.p.k. dane lub oryginały dokumentów znajdujące się w załączniku adresowym udostępnia się wyłącznie organom państwowym oraz organom samorządu terytorialnego na ich wniosek, jeżeli jest to niezbędne dla wykonywania ustawowych zadań tych organów. Można je udostępnić także na wniosek innych instytucji lub osób, jeśli przemawia za tym ich ważny interes.

3.4. Ustawa o Policji

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o Policji – przy wykonywaniu swoich zadań policja może korzystać z pomocy osób niebędących policjantami. Chodzi tu głównie o tajnych informatorów, którzy stanowią osobowe źródło dowodowe w sprawach określonych osób lub zdarzeń[96], choć chodzi też o inne osoby wykorzystywane do czynności operacyjno-rozpoznawczych[97]. Struktura poufnych osobowych źródeł obejmuje: agenta (czyli działający „pod przykrywką" funkcjonariusza dostarczającego informacji, przeprowadzającego niektóre zadania taktyczne[98]), informatora (często będącego częścią środowiska przestępczego[99]), osoby anonimowe oraz konsultanta[100].

Za udzielenie pomocy osobom tym może być przyznane wynagrodzenie. Koszty takiego wynagrodzenia pokrywane są z tworzonego na ten cel funduszu operacyjnego. Zasady tworzenia i gospodarowania funduszem operacyjnym określa minister właściwy do spraw wewnętrznych w drodze zarządzenia.

[95] Z. Pachowicz [w:] *Kodeks*…, komentarz do art. 148a k.p.k., tezy 6 i 7.
[96] R. Teluk, *Osobowe źródła informacji jako jedna z metod operacyjnego działania organów policyjnych*, Zeszyty Prawnicze UMCS 2013/13.4.
[97] Z. Gądzik [w:] Ł. Czebotar, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, LEX 2015, komentarz do art. 22 ustawy o Policji.
[98] S. Waltoś, *Tajny agent policji*, „Państwo i Prawo" 1993/11–12, s. 23.
[99] Z. Biernarczyk, *Praca poufna funkcjonariuszy mundurowych*, „Służba MO" 1961/2, s. 256–257.
[100] Por. M. Goettel, *Podręcznik policjanta*, cz. 4, *Wybrane zagadnienia kryminalistycznych działań policji*, Szczytno 1996, s. 24.

Warto dodać, że ustawy nie określają sposobu dokumentowania czynności ani informacji pozyskiwanych od tajnego współpracownika, nie zawierają też przepisów co do możliwości wykorzystania uzyskanych przy zastosowaniu tego środka materiałów w charakterze dowodów w procesie[101].

Dane współpracowników policji są chronione. Zabronione jest ujawnianie danych o osobie udzielającej pomocy policji w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych, z wyjątkiem wskazanych w ustawie przypadków:

- udostępnienie danych o osobie może nastąpić jedynie w przypadkach i trybie określonych w art. 20ba ustawy o Policji (udzielenia przez Komendanta Głównego zgody określonym podmiotom na dostęp do informacji niejawnej);
- na żądanie prokuratora lub sądu;
- w razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przez tę osobę przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz w przypadku ujawnienia przez tę osobę faktu udzielania pomocy policji w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych (udostępnienie tych danych następuje w trybie określonym w art. 20ba ustawy o Policji).

W odniesieniu do policyjnych informatorów należy podkreślić, że o ile wskazuje się, że ich znaczenie dla policji (dla czynności operacyjno-rozpoznawczych) jest ogromne, o tyle jednocześnie często są to ludzie z tzw. półświatka przestępczego i często charakter przekazywanych informacji obok motywacji finansowej może mieć też w zamiarze to, aby policja „przymknęła oczy" na działania takiego informatora[102].

W związku z powyższym należy wskazać, że tajny informator policji nie mieści się w ogólnej definicji sygnalisty sformułowanej na początku opracowania (i dość szeroko przyjmowanej) i stąd dalsze uwarunkowania jego działań, jego znaczenie dla czynności operacyjno-rozpoznawczych nie będzie przedmiotem niniejszego opracowania. Należy jednak odnotować lojalność organów państwowych wyrażającą się w chronieniu swoich informatorów (ich danych osobowych) dla ich bezpieczeństwa. Informator policyjny również – co do zasady – nie spełnia kryterium pozwalającego określać go jako sygnalistę z uwagi na brak przesłanki szeroko rozumianej pracy oraz opisaną powyżej specyfikę jego roli.

IV. PODSUMOWANIE I WNIOSKI KOŃCOWE

Podsumowując wszystkie ustalenia niniejszego opracowania, należy wskazać, co następuje.

Z uwagi na to, że w prawie polskim ogólnie brak jest legalnej definicji sygnalisty, pojęcie to nie występuje również na gruncie przepisów prawa karnego lub prawa

[101] Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, rozdz. IV, pkt 4.8.1. *Tajny współpracownik*, LEX 2012.

[102] Por. K. Kapusta, *Informator policji to już instytucja. Wiemy jak dobrze wyceniania*, „Dziennik Zachodni" z 9.11.2012 r., http://www.dziennikzachodni.pl/artykul/694353,informator-policji-to-juz-instytucja-wiemy-jak-dobrze-wyceniana,id,t.html (dostęp: 30.06.2018 r.); A. Szałkowski, *Policja płaci donosicielom. Stawki? Od 100 zł do kilku tysięcy*, „Gazeta Wrocławska" z 12.09.2014 r., http://www.gazetawroclawska.pl/artykul/3571721,policja-placi-donosicielom-stawki-od-100-zlotych-do-kilku-tysiecy,id,t.html (dostęp: 30.06.2018 r.).

karnego procesowego. Zdecydowanie natomiast w procesie karnym funkcję sygnalistów mogą pełnić osoby zawiadamiające o podejrzeniu popełnienia przestępstwa (składające zeznania jako świadek), świadkowie oraz sami pokrzywdzeni (którzy też pełnią rolę procesową świadka).

Przepisy polskiego szeroko rozumianego procesu karnego kompleksowo i obszernie regulują możliwość i zakres potencjalnej ochrony sygnalisty w powyżej opisanym rozumieniu.

Chodzi tu nie tylko o ochronę prawną dla pokrzywdzonego lub świadka, którą zapewnia ustawa o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, ale także liczne instytucje prawa karnego procesowego zawarte w Kodeksie postępowania karnego (taka jak możliwość zostania świadkiem incognito, utajnienia danych adresowych, specjalne tryby przesłuchania przy niektórych przestępstwach, możliwość zeznawania pod nieobecność oskarżonego na sali rozpraw itd.), w tym również możliwość stosowania środków zapobiegawczych.

Należy stwierdzić, że sygnalistów obejmują w procesie karnym przepisy dotyczące ochrony osobowych źródeł dowodowych w postaci pokrzywdzonego i świadka. Patrząc tylko z tej perspektywy, ewentualne wprowadzanie dodatkowej definicji sygnalisty do procesu karnego jawi się jako zbędne, bo osoby te już są chronione. Z drugiej jednak strony, nie można pominąć tego, że ewentualne prawne ukształtowanie instytucji sygnalisty może skutkować zwiększeniem liczby osób gotowych współpracować z organami ścigania i zgłaszać im różne nieprawidłowości. Byłoby to zjawiskiem pożądanym i tym samym okoliczność ta przemawia za rozważaniem przez ustawodawcę takiego rozwiązania.

Na gruncie ochrony dla sygnalistów zapewnianej przez prawo karne materialne do rozważenia przez ustawodawcę powinno pozostać, czy znowelizować art. 218 k.k. poprzez wyraźne zapisanie w nim, iż objęte zakresem ścigania karnego są czynności (działania) o charakterze represyjnym podejmowanym wobec sygnalisty za jego działalność. Wydawałoby się to pożądane, albowiem obecnie działanie tego przepisu zależy od konkretnego stanu faktycznego, tj. od oceny, czy doszło do złośliwego lub uporczywego naruszenia prawa pracownika, wynikającego ze stosunku pracy lub ubezpieczenia społecznego. Powoduje to, że nie każdy przypadek faktycznych reperkusji pracodawcy wobec pracownika spełni znamiona tego przestępstwa. Rodzi to potencjalną, częściową (sytuacyjną) nierówność prawną osób znajdujących się w podobnych sytuacjach. Nierówność taka nie powinna mieć miejsca.

W nawiązaniu do powyższej uwagi należy wskazać, że nie istnieją też oczywiście żadne przeszkody prawne, aby powyżej opisane zachowania pracodawcy stypizować ewentualnie jako wykroczenie (choć nie wydaje się to celowe, ale jeśli miałoby to mieć miejsce, wówczas należy zgłosić postulat wysokich kar).

Należy w tym miejscu też dodać, że ewentualne przyjęcie ustawy o jawności życia publicznego, które nie wiadomo czy nastąpi, nie zmieni powyżej opisanych mechanizmów kompleksowej ochrony sygnalistów w procesie karnym (a zwłaszcza ich nie zmieni lub nie zniesie) i to niezależnie od finalnie przyjętej definicji sygnalisty w tej ustawie. Nawet bowiem jeżeli dana osoba nie będzie spełniać przesłanek do formalnego określenia jej jako sygnalisty w rozumieniu ustawy o jawności życia publicznego, to w toku procesu karnego będą funkcjonować opisane liczne narzędzia

jej ochrony jako osobowego źródła dowodowego (świadka lub pokrzywdzonego), będą też obowiązywać opisane powyżej przepisy prawna karnego materialnego.

Reasumując, podkreślenia wymaga, że na płaszczyźnie prawa i procesu karnego sygnaliści są obecnie generalnie dobrze chronieni (mają szerokie spektrum potencjalnej ochrony), przy zastrzeżeniu, iż ustawodawca powinien rozważyć ewentualne sygnalizowane zmiany w prawie karnym materialnym.

Abstract

Roland Szymczykiewicz, *The Place of the So-Called Whistleblowers in the Polish Legal System. Part 2: Penal Law Approach*

The Polish legal system does not have a formulated definition of a 'whistleblower', which causes many problems, especially ones connected with lack of systematic forms of their legal protection. This article presents the position of whistleblowers and the means of their protection of in terms of the Polish penal procedure and penal law

Keywords: *whistleblower, witness, victim, penal procedure, repercussions, legal protection*

Streszczenie

Roland Szymczykiewicz, *Miejsce tzw. sygnalistów w polskim systemie prawnym. Część 2: ujęcie prawno-karne*

W polskim systemie prawnym nie funkcjonuje legalne pojęcie sygnalisty, co jest związane z licznymi problemami, w tym z brakiem usystematyzowanej formy ich ochrony. Niniejsze opracowanie przedstawia, jaka jest pozycja i ochrona sygnalistów w ujęciu polskiego prawa karnego i procedury karnej.

Słowa kluczowe: *sygnalista, świadek, pokrzywdzony, procedura karna, reperkusje, ochrona prawna*

Literatura:

1. Baj A., *Przesłuchanie pełnoletniego pokrzywdzonego w trybie art. 185c k.p.k.*, Państwo i Prawo 2016, nr 1;
2. Biernarczyk Z., *Praca poufna funkcjonariuszy mundurowych*, Służba MO 1961, nr 2;
3. Bieńkowska E., *Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 10;
4. Bieńkowska E., *Regulacje ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka na tle wymogów dyrektywy 2012/29/UE ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw* [w:] *Nowe środki ochrony i pomocy dla ofiar*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016;
5. Bieńkowska E., *Wokół projektu utworzenia systemu ochrony pokrzywdzonego i świadka*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 3;
6. Bieńkowska E., *Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego,* Prokuratura i Prawo 2014, nr 3;
7. Boratyńska K.T. [w:] K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2007;

8. Boratyńska K.T. [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 6, *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, P. Hofmański, C. Kulesza, Warszawa 2016, rozdz. 7, pkt 7.2.2.2.12. *Udostępnianie podejrzanemu akt postępowania przygotowawczego w związku z zastosowaniem tymczasowego aresztowania*;
9. Cora S., *Z problematyki zawiadomienia o przestępstwie*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. XI;
10. Drajewicz D., *Tymczasowe aresztowanie w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego,* Prokuratura i Prawo 2016, nr 5;
11. Dudka K., *Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie a odpowiedzialność pokrzywdzonego za czyn z art. 240 KK*, Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych 2005, z. 1;
12. Gądzik Z. [w:] Ł. Czebotar, A. Łyżwa, A. Michałek, A. Świerczewska-Gąsiorowska, M. Tokarski, *Ustawa o Policji. Komentarz*, LEX 2015;
13. Goettel M., *Podręcznik policjanta*, cz. 4, *Wybrane zagadnienia kryminalistycznych działań policji*, Szczytno 1996;
14. Grzegorczyk T., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Artykuły 1–467*, Warszawa 2014;
15. Grzeszczyk W., *Przebieg postępowania przygotowawczego* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, z. 5;
16. Grzeszczyk W., *Obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 10;
17. Hermeliński W., Nita-Światłowska B., *Kilka uwag o prawie do obrony w związku z nowelizacją Kodeksu postępowania karnego z 2016 roku*, Palestra 2016, nr 9;
18. Hofmański P., *Świadek anonimowy w procesie karnym*, Kraków 1998;
19. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–296*, Warszawa 2011;
20. Hofmański P. [w:] P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 297–467*, Warszawa 2004;
21. Hofmański P., Szumiło-Kulczycka D., *Prawo do obrony a ochrona pokrzywdzonego przestępstwem – uwagi na tle art. 185a i standardów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] *W kręgu prawa nieletnich. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Marianny Korcyl-Wolskiej*, red. P. Hofmański, S. Waltoś, Warszawa 2009;
22. Kobylińska A., Folta M., *Sygnaliści. Ludzie, którzy nie potrafią milczeć. Doświadczenia osób ujawniających nieprawidłowości w instytucjach i firmach w Polsce*, Warszawa 2015;
23. Krawiec A.Z., *Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k.*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 7–8;
24. Kurowski M. [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX 2018;
25. Kużelewski D. [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 6, *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, P. Hofmański, C. Kulesza, Warszawa 2016;
26. Mazowiecka L. [w:] *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar,* red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016;
27. Makowski G., Waszak M. [red.] *Sygnaliści w Polsce okiem pracodawców i związków zawodowych*, Warszawa 2016;
28. Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2003;
29. Mikos J., Sobolewski Z., *Prawny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, Problemy Kryminalistyki 1967, nr 66;
30. Mozgawa M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany,* red. M. Mozgawa, LEX 2018, komentarz do art. 240 k.k.;
31. Nizioł K., *Przesłanki uzasadniające zastosowanie instytucji świadka incognito*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 10;
32. Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Krótki komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2000;
33. Ponikowski R., *Informacja o przestępstwie a wszczęcie postępowania karnego,* Nowe Prawo 1983, nr 7–8;

34. Pachowicz Z. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2018, komentarz do art. 148a k.p.k., teza 9;
35. Paprzycki L.K., *Świadek anonimowy w procesie karnym – ewolucja ku rzetelności instytucji* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009;
36. Paprzycki L.K. [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015;
37. Prusek M., *Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności*, Palestra 2017, nr 7–8;
38. Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zontek W. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, komentarz do art. 240 k.k.;
39. Szyprowski B., *Uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa jako faktyczna przesłanka wszczęcia postępowania przygotowawczego*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 3;
40. Teluk R., *Osobowe źródła informacji jako jedna z metod operacyjnego działania organów policyjnych*, Zeszyty Prawnicze UMCS 2013, nr 13.4;
41. Valkenburg W., *Niektóre standardy art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Ochronie Podstawowych Wolności w holenderskim postępowaniu karnym* [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, red. J. Skupiński, Warszawa 1995; S. Waltoś, *Tajny agent policji,* Państwo i Prawo 1993, nr 11–12;
43. Wiliński P., *Prawo do obrony a dowód z zeznań świadka incognito w polskim procesie karnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2003, z. 4;
44. Wiliński P., *Świadek incognito w polskim procesie karnym*, Kraków 2003;
45. Wilkowska-Płóciennik A., *Przesłuchanie pokrzywdzonego dziecka w trybie art. 185a k.p.k.*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 6;
46. Wiraszka-Bereza B., *Ochrona pokrzywdzonych i świadków w postępowaniu karnym – zmiany legislacyjne*, „Na wokandzie" 2016/26, https://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-29/porady-numer-29/ochrona-pokrzywdzonych-i-swiadkow-w-postepowaniu-karnym-zmiany-legislacyjne.html;
47. Woźniak Z., *Ustawowa ochrona dziecka przed negatywnymi skutkami przesłuchania w aspekcie praktycznym*, Prokurator 2009, nr 2;
48. Wróbel W., *Wniosek o zachowanie w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka*, Przegląd Sądowy 2011, nr 1;
49. Wróbel W. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017;
50. Ziółkowska A., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 218 k.k.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4110

Bartłomiej Oręziak*

Dowody elektroniczne a sprawiedliwość procesu karnego**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W dobie aktualnie dostrzegalnego postępu cywilizacyjnego, technicznego czy technologicznego coraz bardziej powszechne jest wykorzystanie nowoczesnych technologii do użytku praktycznego[1]. Wiele obszarów życia ludzkiego styka się z nowoczesnymi alternatywami tradycyjnych rozwiązań. Można chociażby wspomnieć o zastosowaniu usług telemedycznych w służbie zdrowia[2], inteligentnych umów w obrocie prawnym[3], walut alternatywnych na rynku finansowym[4] czy sztucznej inteligencji na wielu polach aplikacji[5]. Wszystkie powyższe przykłady

* Mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000–0001–8705–6880, e-mail: boreziak@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 9.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

1 G. Blicharz, T. Kisielewicz, *Prawne aspekty zarządzania commons wobec technicznych wyzwań rozwoju Smart City*, „Forum Prawnicze" 2017/1, s. 34.

2 Warto zwrócić uwagę na fakt, że zagadnienie cyfrowej medycyny jest szeroko dyskutowane w zagranicznej literaturze, gdzie nie jest ona już traktowana w kategoriach nowinek technologicznych. Zob. w: M. Maheu, P. Whitten, A. Allen, *E-Health, Telehealth, and Telemedicine: A Guide to Startup and Success*, San Francisco 2001, s. 2–4; J. Martyniak, *Podstawy informatyki z elementami telemedycyny*, Kraków 2009, s. 180; M. Äärimaa, *Telemedicine Contribution of ICT to Health* [w:] *E-Health Current Situation and Examples of Implemented and Beneficial E-Health Aplications*, red. I. Lakovidis, P. Wilson, J.C. Healy, Amsterdam–Berlin–Oksford– Tokio–Waszyngton 2004, s. 112; M. Sosa-Iudicissa, *History of Telemedicine* [w:] *Handbook of Telemedicine*, red. O. Ferrer-Roca, M. Sosa-Iudicissa, Amsterdam–Berlin–Oksford–Tokio–Waszyngton 1998, s. 1; K. Lops, *Cross-border telemedicine. Opportunities and barriers from an economical and legal perspective*, Rotterdam 2008, s. 7.

3 Na możliwość i zalety zastosowania umów inteligentnych w obrocie prawnym w zagranicznej literaturze wskazują: P. Venegas, *Guide to smart contracts. Blockchain examples*, Cambridge 2017, s. 5–7; J. Garcia-Alfaro, G. Navarro-Arribas, H. Hartentein, J. Hierrera-Joancomarti, *Data Privacy Management, Cryptocurrensies and Blockchain Technology*, Oslo 2017, s. 297–411; J. Alferes, L. Bertossi, G. Governatori, P. Fodor, D. Roman, *Rule Technologies. Research, Tools and Applications*, Nowy Jork 2016, s. 151–199; B. Kelly, *The bitcoin big bang. How alternative currencies are about to change the world*, New Jersey 2015, s. 149–163; Ch. Dennen, *Introducing ethereum and solidity*, Nowy Jork 2017, s. 89–111; I. Bashir, *Mastering Blockchain. Distributed ledgers, decentralization and smart contracts explained*, Birmingham 2017, s. 21–23, 43–44.

4 Waluty alternatywne, w tym kryptowaluty, stanowią wzmożone zainteresowanie nie tylko literatury, ale także najważniejszych aktorów rynku finansowego, zob. w: M. Miller, *The Ultimate Guide to bitcoin*, Indianapolis 2014, s. 12; Europejski Bank Centralny, *Virtual Currency Schemes*, Frankfurt nad Menem 2012, s. 13; The Financial Action Task Force Report, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, Paryż 2014, s. 4; European Banking Authority, *EBA Opinion on „virtual currencies"*, Londyn 2014, s. 11; A. Sieroń, *Czym jest Bitcoin*, "Wrocław Economic Reviev" 2013/19(4), s. 31.

5 W zagranicznej literaturze opisuje się przykłady zastosowania tzw. sztucznej inteligencji w aspektach prawnych, gdzie niezwykle ciekawe są rozważania nad możliwością oraz celowością nadania jej podmiotowości prawnej. Zob. w: A. Silverman, *Mind, Machine, and Metaphor. An Essay on Artificial Intelligence and Legal*

uwidaczniają podstawowy cel takich działań. Wydaje się, że jest nim upraszczanie życia ludzkiego poprzez zautomatyzowanie, ewentualnie zrobotyzowanie czynności dnia codziennego.

Jednakże celem tym może być również okoliczność o większej doniosłości aksjologicznej. Przykładowo, jest możliwe zastosowanie nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w procesie karnym, ukierunkowanych na urzeczywistnianie wartości prawdy[6] czy wartości sprawiedliwości[7]. Prawidłowe zastosowanie powyższej metodyki oznaczałoby realizację przedmiotu procesu karnego, a więc, co do zasady[8], ustalenie odpowiedzialności prawnej oskarżonego za zarzucany mu czyn zabroniony[9]. Tego rodzaju mechanizmy, przykładowo oparte na automatycznych algorytmach obliczeniowych, są, co do zasady, skuteczniejsze od tradycyjnych metod ustalania stanu faktycznego konkretnej sprawy. Niemniej jednak ich wykorzystanie nie może być bezrefleksyjne. Powinny one podlegać prawnie przewidzianym limitacjom dopuszczalności. Innymi słowy, ich zastosowanie powinno być zgodne z prawem. Natomiast wszystkie pozaprawne bariery – przykładowo zwykła niechęć do tzw. nowinek technologicznych – nie powinny być relewantnie istotne.

Przykładem zastosowania nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w procesie karnym są dowody elektroniczne[10]. Tego rodzaju źródła dowodowe

Reasoning. Boulder, Colorado 1993, s. 1; J. Searle, *Is the Brain's Mind a Computer Program?*, "Scientic American" 1990/1, s. 26; K. Bowrey, *Ethical Boundaries and Internet Cultures* [w:] *Intellectual Property and Ethics*, red. L. Bently, S. Maniatis, Londyn 1998, s. 36; D. Partridge, *A New Guide to Artificial Intelligence*, New Jersey 1991, s. 1. W polskiej literaturze opracowaniami naukowymi dotyczącymi tzw. sztucznej inteligencji zasługującymi na uwagę są: M. Jankowska, *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji?* [w:] *O czym mówią prawnicy mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Katowice 2015, s. 171–197; J. Byrski, *Oprogramowanie zawierające elementy sztucznej inteligencji. Wybrane zagadnienia prawne* [w:] *Experientia Docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017, s. 1331–1343.

[6] Autoteliczna wartość prawdy ujmowana jest zarówno z filozoficznego, jak i karno-procesowego punktu widzenia, zob. w: M. Wielec, *Wartości – analiza z perspektywy osobliwości postępowania karnego,* Lublin 2017, s.149–277; S. Judycki, *O klasycznym pojęciu prawdy*, „Roczniki Filozoficzne" 2001/49(1), s. 25–26; J. Zajadło, *Teoretyczne i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy* [w:] *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 20–32; S. Waltoś, *Zasada prawdy materialnej* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 273–281; J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015, s. 54–71; J. Dębowski, *O klasycznej koncepcji prawdy i jej filozoficznych podstawach. Czy w Matrixie możliwa jest prawda?* [w:] *Oblicza prawdy w filozofii, kulturze, języku*, red. A. Kiklewicz, E. Starzyńska-Kościuszko, Olsztyn 2014, s. 12–15; M. Strogowicz, *Prawda obiektywna i dowody sądowe w radzieckim procesie karnym*, Warszawa 1959, s. 85; A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976, s. 131; J. Jabłońska-Bonca, *O prawie, prawdzie i przekonywaniu*, Koszalin 1999, s. 80; M. Klejnowska, C. Kłak, Z. Sobolewski, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2011, s. 45; A. Dyl, K. Dyl, K. Miętkowska, A. Tokarz, *Procedura karna. Repetytorium*, Warszawa 2012, s. 23–24.

[7] Autoteliczna wartość sprawiedliwości stanowi główny cel procesu karnego. Przykładowymi pozycjami literatury poruszającymi tę tematykę są: M. Wielec, *Wartości…*, s. 215–255; M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 17–25; M. Furkacz, *Cnota Sprawiedliwości*, „Niedziela Ogólnopolska" 2009/49, s. 10–11; P. Sztompka, *Paradoks sprawiedliwości społecznej: równość zasad nierówności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2012/74(4), s. 239–255; D. Kala, *O poszukiwaniu istoty sprawiedliwości w sferze prawa*, „Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej" 2015/2, s. 9–28; M. Deutsch, *Equity, equality, and need: What determines which value will be used as the basis of distributive justice?*, "Journal of Social issues" 1975/31(3), s. 137–149.

[8] H. Bennecke, E. Beling, *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, Berlin 1900, s. 202; W. Sauer, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlin 1951, s. 103; E. Schmidt, *Lehrkommentar*, Getynga 1952, s. 43; K. Birkmeyer, *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin 1898, s. 63–67; E. Rosenfeld, *Der Reichsstrafprozess*, Berlin 1909, s. 23.

[9] L. Schaff, *Wszczęcie postępowania karnego a problematyka podstawy i przedmiotu procesu*, „Państwo i Prawo" 1959/2, s. 255.

[10] M. Taylor, J. Haggerty, D. Gresty, R. Hegarty, *Digital evidence in cloud computing systems*, "Computer Law & Security Review" 2010/26(3), s. 306–307.

dostarczają bezpiecznie, skutecznie i szybko informacje niezbędne do ustalenia prawdziwego stanu faktycznego sprawy (wartość prawdy) i następczego urzeczywistnienia wartości sprawiedliwości. Dodatkowo, niekiedy ze względu na specyfikę czynu zabronionego (np. cyberprzestępstwa) są one jedynym instrumentem umożliwiającym ustalenie odpowiedzialności prawnej oskarżonego za zarzucany mu czyn zabroniony[11]. W związku z poruszonymi powyżej zagadnieniami badawczymi, zasadna jest sygnalizacja wartości występujących w procesie karnym oraz przeanalizowanie pojęcia dowodu elektronicznego i korelacji zachodzącej pomiędzy dowodami elektronicznymi a wartością sprawiedliwości, w tym kwestii ich prawnej dopuszczalności w polskim procesie karnym.

2. WARTOŚCI W PROCESIE KARNYM

Prawo może, a nawet powinno być, ujmowane jako wielowątkowa płaszczyzna analityczna. Z punktu widzenia tytułowego zagadnienia, uzasadniona i wystarczająca jest teza o jego dwóch podstawowych aspektach. Aspekt formalny prawa podkreśla, że prawo jest zbiorem przepisów prawnych decydujących o uprawnieniach bądź powinnościach konkretnego podmiotu, bez odwoływania się do podłoża aksjologicznego. Takie ujęcie prawa nie bierze jednak pod uwagę istotnego elementu składowego każdego porządku normatywnego. Z tego powodu aspekt materialny prawa kładzie nacisk na cele, jakim prawo powinno służyć oraz źródła decyzji o kształcie konkretnego instrumentu prawnego. W taki sposób o prawie można mówić jako o reprezentancie i realizatorze wartości, które podlegają powszechnej społecznej akceptacji.

Prawo karne procesowe także można analizować przez pryzmat aspektu formalnego i materialnego w zaprezentowanym powyżej specyficznym meta-języku. Zasadniczo, gdy mówi się o prawie karnym procesowym w aspekcie formalnym to rozumie się przez to zbiór przepisów prawnych regulujących proces karny, bez odwoływania się do podłoża aksjologicznego. Jednakże zaprezentowana definicja jest obarczona istotnym błędem logicznym *ignotum per ignotum*[12], gdyż dla osoby nieposiadającej wiedzy prawniczej z zakresu prawa karnego jest ona niezrozumiała. Dlatego, uzupełnienia wymaga, że proces karny to zespół norm prawnych, których

[11] Z zadowoleniem należy odnotować, że problematyka korelacji prawa karnego procesowego z cyberprzestępczością jest szeroko dyskutowana w zagranicznej literaturze przedmiotu, zob. przykładowo w: A. Kigerl, *CAN SPAM Act: An Empirical analysis*, "International Journal of Cyber Criminology" 2009/3(2), s. 566–589; A. Shapiro, *The Internet*, "Foreign Policy" 1999/115, s. 14–27; A. Stolz, *Congress and Capital Punishment: An Exercise in Symbolic Politics*, "Law and Policy Quarterly" 1983/5(2), s. 157–180; B. Hancock, *US and Europe Cyber Crime Agreement Problems*, "Computers and Security" 2000/19(4), s. 306–307; B. Wible, *A Site Where Hackers are Welcome: Using Hack-In Contests to Shape Preferences and Deter Computer Crime*, "The Yale Law Journal" 2003/112(6), s. 1577–1623; C. Coleman, *Security Cyberspace – New Laws and Developing Strategies*, "Computer Law and Security Report" 2003/19(2), s. 131–136; E. Simon, *Cyberporn and Censorship: Constitutional Barriers to Preventing Access to Internet Pornography by Minors*, "The Journal of Criminal Law and Criminology" 1998/88(3), s. 1015–1048; I. Walden, *Harmonising Computer Crime Laws in Europe*, "European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice" 2004/12(4), s. 321–336; J. Reidenberg, *Technology and Internet Jurisdiction*, "University of Pennsylvania Law Review" 2005/153(6), s. 1951–1974.

[12] Błąd logiczny polegający na definiowaniu niezrozumiałego przez niezrozumiałe, zob. w: S. Lewandowski, H. Machińska, A. Malinowski, J. Petzel, *Logika dla prawników*, Warszawa 2003, s. 61; E. Nieznański, *Logika*, Warszawa 2011, s. 108–114; K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2004, s. 83; H. Górka, *O pszczelarzach, chemikach i błądzących logikach – błędy logiczne w wypowiedziach i definicjach*, „Semina Scientarium" 2006/6, s. 107.

celem jest wykrycie przestępstwa i jego sprawcy, osądzenie go za to przestępstwo oraz ewentualne wykonanie kary, środków karnych oraz środków zabezpieczających[13]. Jednakże z punktu widzenia aspektu materialnego, upatrywanie podłoża aksjologicznego w procesie karnym jest metodologicznie uzasadnione[14]. Proces karny to nie tylko zbiór przepisów o charakterze proceduralnym, postępowanie karne to nie tylko formalizm procesowy, prawo powinno być tworzone i stosowane z myślą o człowieku, i powinno reprezentować oraz urzeczywistniać relewantne z punktu widzenia społeczeństwa wartości. Zatem proces karny można postrzegać przez pryzmat wartości, a więc z perspektywy osobliwości postępowania karnego.

W procesie karnym występują wartości bez reprezentowania i realizacji, których byłby on straszliwym fenomenem. Przedmiotowe wartości stanowią cele same w sobie, a jakakolwiek dyskusja nad ich uznawaniem, respektowaniem czy urzeczywistnianiem stanowiłaby nieracjonalne zakwestionowanie substancji człowieczeństwa, które ze swojej istoty wymaga realizacji tychże wartości. Mowa tu o wartościach autotelicznych w procesie karnym, czyli o godności, praworządności, sprawiedliwości oraz prawdzie[15]. Z drugiej jednak strony, normy prawa karnego procesowego reprezentują i urzeczywistniają inne jakościowo wartości. Mowa tu o wartościach prakseologicznych, których celem jest wspomaganie realizacji wartości autotelicznych[16]. Należą do nich takie wartości jak: zaufanie, bezpieczeństwo, uczciwość oraz moralność[17]. Z punktu widzenia tytułowego zagadnienia, najistotniejsza jest autoteliczna wartość sprawiedliwości. Podczas jej urzeczywistniania dowody elektroniczne mogą częstokroć odgrywać kluczową rolę, w zależności od specyfiki konkretnej sprawy.

3. POJĘCIE DOWODU ELEKTRONICZNEGO

Aproksymacja pojęcia dowodów elektronicznych napotyka na istotny problem metodologiczny. Mianowicie, w teorii procesu karnego pojęcie dowodu rozumianego w sposób abstrakcyjny (tj. tradycyjny) nie doczekało się powszechnie akceptowanej propozycji definicji[18]. Termin ten to typowy homonim, któremu można przypisywać różnorodne znaczenia[19]. Z jednej strony, ze względu na ograniczone ramy niniejszej publikacji, konieczne jest pominięcie przedmiotowego zagadnienia teoretycznego, zaś z drugiej strony – właściwe z logicznego punktu widzenia jest przywołanie i przychylenie się do postulatu, zgodnie z którym: „Najbardziej realistycznym wyjściem z tej pułapki terminologicznej, w jakiej znalazła się nauka procesu karnego, jest nadanie nazwie «dowód» tego znaczenia, które najczęściej występuje w praktyce, które pozostawione bez takiej regulacji i tak utożsamione byłoby z «dowodem». Takim pojęciem jest środek dowodowy. Utarło się bowiem od dawna utożsamiać z dowodami zeznania świadków, wyjaśnienia oskarżonych, cechy charakterystyczne ciała lub zwłok, miejsca i rzeczy."[20].

[13] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2015, s. 20.
[14] M. Wielec, *Wartości*..., s. 97–133.
[15] M. Wielec, *Wartości*..., s. 150–154.
[16] M. Wielec, *Wartości*..., s. 278–283.
[17] M. Wielec, *Wartości*..., s. 278–283.
[18] B. Bieńkowska, P. Kruszyński, C. Kulesza, P. Piszczek, *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2003, s. 250.
[19] S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 574.
[20] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces*..., s. 354.

Pamiętając o powyższych spostrzeżeniach, można zauważyć, że za dowody elektroniczne można uznać „wszelkie informacje, niezależnie od tego, czy podlegają interwencji człowieka, czy nie, które zostały wyodrębnione z komputera. Dowody IT powinny być w czytelnej formie oraz mogą one być analizowane wyłącznie przez osoby posiadające umiejętności w zakresie interpretacji, przy pomocy programu komputerowego, takich informacji"[21]. Z kolei, Rada Europy w Konwencji Budapesztańskiej[22] odnosi się do dowodów elektronicznych jako dowodów, które można gromadzić w formie cyfrowej w związku z popełnionym przestępstwem[23], a Departament Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych Ameryki definiuje dowody elektroniczne jako „Informacje przechowywane lub przekazywane w formie binarnej, na które można się powoływać w sądzie"[24]. W innych jeszcze propozycjach zauważa się, że dowodem elektronicznym są informacje i dane wartościowe w dochodzeniu, które są przechowywane, odbierane lub przesyłane przez urządzenie elektroniczne[25] bądź przez komputer[26], zebrane w formie cyfrowej[27], oraz informacje przechowywane lub transmitowane w formie binarnej, które mogą mieć znaczenie w postępowaniu sądowym[28].

De lege ferenda biorąc pod uwagę przedstawione powyżej propozycje o charakterze dogmatycznym, można zauważyć w sposób ogólny, że przez pojęcie dowodu elektronicznego należy rozumieć wszelkie przedmioty znajdujące się w cyberprzestrzeni, które w procesie sądowym dostarczają dowodów (podkr. – autora). Powyżej zaproponowany postulat zasadza się na istotnym rozróżnieniu pomiędzy środkiem a źródłem dowodowym oraz na pytaniu, które z nich powinno mieć charakter cyfrowy. Okazuje się, że na płaszczyźnie rozważań dotyczących problematyki dowodów elektronicznych to źródło dowodowe, a nie środek dowodowy powinien mieć charakter cyfrowy. Innymi słowy, to właśnie źródło dowodowe powinno znajdować się w cyberprzestrzeni. Zaprezentowana propozycja rozumienia pojęcia dowodu elektronicznego nie posiada jedynie właściwości czysto dogmatycznych, lecz dodatkowo wskazuje dość precyzyjnie na zakres przedmiotowy pojęcia dowodu elektronicznego. Dodatkowo dla doprecyzowania powyższego, należy zauważyć, że, pomimo cyfrowego charakteru źródła dowodowego, sam dowód cyfrowy powinien być oceniany w kategoriach środka dowodowego.

4. DOWODY ELEKTRONICZNE JAKO MOŻLIWY REALIZATOR SPRAWIEDLIWOŚCI W PROCESIE KARNYM

Słuszna wydaje się teza, choć jest to zagadnienie kontrowersyjne w polskiej teorii procesu karnego, zgodnie z którą w polskim procesie karnym nie występuje

[21] A. Goel, A. Tyagi, A. Agarwal, *Smartphone Forensic Investigation Process Model*, "International Journal of Computer Science & Security" 2012/6, s. 329.
[22] Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie 23.11.2001 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 728).
[23] https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561 (dostęp: 3.03.2019 r.).
[24] U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement, https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf (dostęp: 3.03.2019 r.).
[25] A Simplified Guide to Digital Evidence, http://www.forensicsciencesimplified.org/digital/DigitalEvidence.pdf (dostęp: 3.03.2019 r.).
[26] Good Practice Guide for Computer-Based Electronic Evidence, Association of Chief Police Officers, England Wales&Nireland, https://www.7safe.com/docs/default-source/default-document-library/acpo_guidelines_comput er_evidence_v4_web.pdf (dostęp: 3.03.2019 r.).
[27] European Competition Network Recommendation on The Power to Collect Digital Evidence, Including by Forensic Means,http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf (dostęp: 30.03.2018 r.).
[28] https://www.nij.gov/topics/forensics/evidence/digital/Pages/welcome.aspx (dostęp: 30.03.2018 r.).

zamknięty katalog dowodów. Innymi słowy, wypada stać na stanowisku, że ze względu na brak tzw. formalnej teorii dowodów[29] istnieje możliwość przeprowadzenia każdego dowodu posiadającego walor istotny dla rozstrzygnięcia sprawy[30], który jest zgodny z prawem. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że Polska jest związana prawnomiędzynarodowymi zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji Budapesztańskiej, która zawiera katalog czynności dowodowych wykorzystywanych w walce ze zjawiskiem nowoczesnej przestępczości. Stanowi ona źródło powszechnie obowiązującego prawa w państwach, które zdecydowały się ją ratyfikować (Polska ratyfikowała przedmiotową konwencję 20.02.2015 r.)[31]. Wniosek ten wynika ze zwyczaju międzynarodowego mówiącego o tym, że umów należy dotrzymywać i wypełniać w dobrej wierze (*pacta sunt servanda*)[32]. Zatem możliwość wprowadzenia do polskiego procesu karnego dowodów elektronicznych, dodatkowo, wynika *expressis verbis* z wiążącego Polskę prawa międzynarodowego. Dopełnieniem powyższych rozważań są przepisy Kodeksu postępowania karnego[33], które, przykładowo, w art. 236a czy 241 tego kodeksu bezpośrednio odwołują się do dowodów elektronicznych. Wszystkie powyższe argumenty prowadzą do konstatacji, że w polskim procesie karnym dowody elektroniczne są prawnie dopuszczalne.

Jeżeli ogólnie przyjmiemy, że sprawiedliwość jako jedna z wartości autotelicznych procesu karnego, oceniana przez pryzmat jego osobliwości, może być rozumiana jako stała i niezmienna wola przyznawania każdemu należnego mu prawa (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)[34], to na gruncie przepisów prawa karnego proceduralnego sprawiedliwość będzie głównie przejawiać się w ustaleniu prawdziwego stanu faktycznego oraz następczym wydaniu orzeczenia urzeczywistniającego stan sprawiedliwości prawno-materialnej, a więc orzeczenia ujawniającego prawdę. Przedmiotowe ujawnianie prawdy jest dokonywane w następstwie przeprowadzenia skutecznego postępowania dowodowego. W jego ramach jest możliwe wykorzystanie nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w postaci dowodów elektronicznych w celu efektywniejszego ustalenia stanu faktycznego, np. dowód z wizualizacji przemieszczania się osób na podstawie bilingów telefonicznych. Dodatkowo, zabieg ten jest konieczny w sprawach, w których ze względu na specyfikę przedmiotu sprawy (cyberprzestępstwa) dowody elektroniczne są jedynym instrumentem za pomocą którego można określić prawdziwą sekwencję wydarzeń oraz przypisać czyn do konkretnej osoby. W związku z powyższym, korzystanie z dobrodziejstw postępu technicznego czy technologicznego, w zgodzie z prawem karnym procesowym, wydaje się być w dzisiejszych czasach naturalne.

Kluczowym momentem realizowania wartości prawdy oraz sprawiedliwości w procesie karnym jest ocena wartości dowodowej pozyskanego materiału. W związku z tym należy zauważyć, że specyfika dowodów elektronicznych nie przejawia się w ogólnej

[29] K. Boratyńska, M. Królikowski, *Komentarz do art. 167* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, s. 429.
[30] R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 46.
[31] https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=cOhkg1UB (dostęp: 9.03.2018 r.).
[32] M. Shaw, *International Law*, Leicester 2008, s. 86–89.
[33] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.
[34] M. Kuryłowicz, *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Warszawa 2012, s. 120.

zasadzie ich oceny. Te dowody, choć rodzajowo inne, podlegają takim samym zasadom oceny jak ich tradycyjne odpowiedniki. Oznacza to, że ma w pełni zastosowanie norma prawna z art. 7 k.p.k., zgodnie z którą organy postępowania kształtują swoje przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów ocenianych swobodnie, z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Niemniej jednak wypada pamiętać, że ocena dowodów elektronicznych niekiedy może wymagać od organu procesowego wysoce specjalistycznej wiedzy, której zazwyczaj ów organ nie będzie posiadać. W takiej sytuacji istnieje możliwość, w świetle art. 193 §1 k.p.k., powołania biegłego albo biegłych.

5. UWAGI KOŃCOWE

Zastosowanie nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w procesie karnym wydaje się być uzasadnione z punktu widzenia realizacji jego wartości. Mowa tu nie tylko o wartości sprawiedliwości, ale także o innych wartościach autotelicznych oraz prakseologicznych. Korzystanie z dobrodziejstw postępu cywilizacyjnego, technicznego czy technologicznego w procesie karnym prowadzi – z jednej strony do zwiększenia możliwości organów procesowych w wypełnianiu norm prawa karnego procesowego, z drugiej zaś strony, w ściśle określonych sprawach umożliwia skuteczne przypisanie czynu do konkretnej osoby. Zatem wykorzystanie nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w procesie karnym ma także ten walor, że w sprawach o czyny popełnione w cyberprzestrzeni jest częstokroć jednym instrumentem procesowym mogącym urzeczywistnić cele prawa karnego procesowego. W takiej sytuacji pełne znaczenie ma łacińska paremia *iustitia nemini neganda* („nikomu nie należy odmawiać sprawiedliwości")[35]. Jeżeli założenie o słuszności urzeczywistniania jej istoty jest słuszne, biorąc pod uwagę także znaczenie autotelicznej wartości sprawiedliwości, to wykorzystanie nowoczesnych technologii w ramach procesu karnego należy poczytywać jako warunek *sine qua non* istoty całej procedury karnej. Powyższe odnosi się bezpośrednio do spraw, których przedmiotem jest czyn popełniony w cyberprzestrzeni, ale także pośrednio do innych rodzajowo spraw, w których dowody elektroniczne mogą stanowić pomocny i dodatkowy instrument. Nic co przybliża do pełniejszej realizacji wartości sprawiedliwości, a nie jest sprzeczne z jej rdzeniem albo rdzeniem innych wartości występujących w prawie, nie powinno być ignorowane. Na sam koniec można przywołać słowa Victora Hugo: „Wszystkie armie świata zebrane razem nie są w stanie powstrzymać postępu, którego czas właśnie nastał"[36].

Abstract

Bartłomiej Oręziak, *Electronic Evidence and the Fairness of the Criminal Trial*

This paper deals with the application of modern technologies for practical use in the form of electronic evidence in criminal trials, in order to realize the autotelic value of justice. First of all, as part of the introductory remarks, an outline of civilizational, technical and

[35] https://www.gazetaprawna.pl/encyklopedia/paremie-lacinskie/hasla/1001749,iustitia-nemini-neganda.html (dostęp: 3.03.2019 r.).
[36] M. Rath, *Dlaczego zwierzęta nie dostają zawałów serca... tylko my ludzie*, Almelo 2005, s. 2.

technological progress is provided. Secondly, the author indicates the types of values that appear in criminal procedural law. Thirdly, the concept of electronic evidence is analysed, along with the proposals of desirable amendments in the Polish law. Fourthly, the correlation between electronic evidence and the value of fairness is examined, including the question of legal admissibility of such evidence. The article ends with a concise summary containing original observations about the issues covered by the analysis.

Keywords: *electronic evidence, justice, criminal process, values*

Streszczenie

Bartłomiej Oręziak, *Dowody elektroniczne a sprawiedliwość procesu karnego*

Niniejsze opracowanie dotyczy zagadnienia wykorzystania nowoczesnych technologii do użytku praktycznego w formie dowodów elektronicznych na płaszczyźnie procesu karnego, w celu urzeczywistnienia autotelicznej wartości sprawiedliwości. Po pierwsze, w ramach uwag wprowadzających zostanie przytoczony ogólny zarys postępu cywilizacyjnego, technicznego oraz technologicznego. Po drugie, zostaną zasygnalizowane rodzaje wartości występujących w prawie karnym procesowym. Po trzecie, zostanie przenalizowane pojęcie dowodu elektronicznego wraz z postulatem de lege ferenda dla polskiego ustawodawcy. Zaś po czwarte, zostanie zbadana korelacja zachodząca pomiędzy dowodami elektronicznymi a wartością sprawiedliwości, w tym kwestia ich prawnej dopuszczalności. Artykuł zakończy się zwięzłym podsumowaniem zawierającym autorskie spostrzeżenia w analizowanej materii.

Słowa kluczowe: *dowody elektroniczne, sprawiedliwość, proces karny, wartości*

Literatura:

1. Äärimaa M., *Telemedicine Contribution of ICT to Health* [w:] *E-Health Current Situation and Examples of Implemented and Beneficial E-Health Aplications*, red. I. Lakovidis, P. Wilson, J.C. Healy, Amsterdam–Berlin–Oksford–Tokio–Waszyngton 2004;
2. Alferes J., Bertossi L., Governatori G., Fodor P., Roman D., *Rule Technologies. Research, Tools and Applications*, Nowy Jork 2016;
3. Bashir I., *Mastering Blockchain. Distributed ledgers, decentralization and smart contracts explained*, Birmingham 2017;
4. Bennecke H., Beling E., *Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozessrechts*, Berlin 1900;
5. Bieńkowska B., Kruszyński P., Kulesza C., Piszczek P., *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2003;
6. Birkmeyer K., *Deutsches Strafprozessrecht*, Berlin 1898;
7. Blicharz G., Kisielewicz T., *Prawne aspekty zarządzania commons wobec technicznych wyzwań rozwoju Smart City*, Forum Prawnicze 2017, nr 1;
8. Boratyńska K., Królikowski M., *Komentarz do art. 167* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016;
9. Bowrey K., *Ethical Boundaries and Internet Cultures* [w:] *Intellectual Property and Ethics*, red. L. Bently, S. Maniatis, Londyn 1998;
10. Byrski J., *Oprogramowanie zawierające elementy sztucznej inteligencji. Wybrane zagadnienia prawne* [w:] *Experientia Docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, red. P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz, Warszawa 2017;
11. Coleman C., *Security Cyberspace – New Laws and Developing Strategies*, Computer Law and Security Report 2003, nr 19(2);

12. Dębowski J., *O klasycznej koncepcji prawdy i jej filozoficznych podstawach. Czy w Matrixie możliwa jest prawda?* [w:] *Oblicza prawdy w filozofii, kulturze, języku*, red. A. Kiklewicz, E. Starzyńska-Kościuszko, Olsztyn 2014;
13. Dennen Ch., *Introducing ethereum and solidity*, Nowy Jork 2017;
14. Deutsch M., *Equity, equality, and need: What determines which value will be used as the basis of distributive justice?*, Journal of Social issues 1975, nr 31(3);
15. Dyl A., Dyl K., Miętkowska K., Tokarz A., *Procedura karna. Repetytorium*, Warszawa 2012;
16. European Banking Authority, *EBA Opinion on „virtual currencies"*, Londyn 2014;
17. Europejski Bank Centralny, *Virtual Currency Schemes*, Frankfurt nad Menem 2012;
18. Furkacz M., *Cnota Sprawiedliwości*, Niedziela Ogólnopolska 2009, nr 49;
19. Garcia-Alfaro J., Navarro-Arribas G., Hartentein H., Hierrera-Joancomarti J., *Data Privacy Management, Cryptocurrensies and Blockchain Technology*, Oslo 2017;
20. Goel A., Tyagi A., Agarwal A., *Smartphone Forensic Investigation Process Model*, International Journal of Computer Science & Security 2012, nr 6;
21. Górka H., *O pszczelarzach, chemikach i błądzących logikach – błędy logiczne w wypowiedziach i definicjach*, Semina Scientarium 2006, nr 6;
22. Hancock B., *US and Europe Cyber Crime Agreement Problems*, Computers and Security 2000, nr 19(4);
23. Jabłońska-Bonca J., *O prawie, prawdzie i przekonywaniu*, Koszalin 1999;
24. Jankowska M., *Podmiotowość prawna sztucznej inteligencji?* [w:] *O czym mówią prawnicy mówiąc o podmiotowości*, red. A. Bielska-Brodziak, Katowice 2015;
25. Jodłowski J., *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015;
26. Judycki S., *O klasycznym pojęciu prawdy*, Roczniki Filozoficzne 2001, nr 49(1);
27. Kala D., *O poszukiwaniu istoty sprawiedliwości w sferze prawa*, Kwartalnik Sądowy Apelacji Gdańskiej 2015, nr 2;
28. Kelly B., *The bitcoin big bang. How alternative currencies are about to change the world*, New Jersey 2015;
29. Kigerl A., *CAN SPAM Act: An Empirical analysis*, International Journal of Cyber Criminology 2009, nr 3(2);
30. Klejnowska M., Kłak C., Sobolewski Z., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2011;
31. Kuryłowicz M., *Słownik terminów, zwrotów i sentencji prawniczych łacińskich oraz pochodzenia łacińskiego*, Warszawa 2012;
32. Lewandowski S., Machińska H., Malinowski A., Petzel J., *Logika dla prawników*, Warszawa 2003;
33. Lops K., *Cross-border telemedicine. Opportunities and barriers from an economical and legal perspective*, Rotterdam 2008;
34. Maheu M., Whitten P., Allen A., E-Health, *Telehealth, and Telemedicine: A Guide to Startup and Success*, San Francisco 2001;
35. Martyniak J., *Podstawy informatyki z elementami telemedycyny*, Kraków 2009;
36. Miller M., *The Ultimate Guide to bitcoin*, Indianapolis 2014;
27. Murzynowski A., *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1976;
28. Nieznański E., *Logika*, Warszawa 2011;
29. Partridge D., *A New Guide to Artificial Intelligence*, New Jersey 1991;
30. Kmiecik R., *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983;
31. Rath M., *Dlaczego zwierzęta nie dostają zawałów serca... tylko my ludzie*, Almelo 2005;
32. Reidenberg J., *Technology and Internet Jurisdiction*, University of Pennsylvania Law Review 2005, nr 153(6);
33. Rosenfeld E., *Der Reichsstrafprozess*, Berlin 1909;
34. Sauer W., *Allgemeine Prozessrechtslehre*, Berlin 1951;
35. Schaff L., *Wszczęcie postępowania karnego a problematyka podstawy i przedmiotu procesu*, Państwo i Prawo 1959, nr 2;
36. Schmidt E., *Lehrkommentar*, Getynga 1952;
37. Searle J., *Is the Brain's Mind a Computer Program?*, Scientic American 1990, nr 1;
38. Shapiro A., *The Internet*, Foreign Policy 1999, nr 115;

39. Shaw M., *International Law*, Leicester 2008;
40. Sieroń A., *Czym jest Bitcoin*, Wrocław Economic Reviev 2013, nr 19(4);
41. Silverman A., *Mind, Machine, and Metaphor. An Essay on Artificial Intelligence and Legal Reasoning. Boulder*, Colorado 1993;
42. Simon E., *Cyberporn and Censorship: Constitutional Barriers to Preventing Access to Internet Pornography by Minors*, The Journal of Criminal Law and Criminology 1998, nr 88(3);
43. Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948;
44. Soniewicka M., *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010;
45. Sosa-Iudicissa M., *History of Telemedicine* [w:] *Handbook of Telemedicine*, red. O. Ferrer-Roca, M. Sosa-Iudicissa, Amsterdam–Berlin–Oksford–Tokio–Waszyngton 1998;
46. Stolz A., *Congress and Capital Punishment: An Exercise in Symbolic Politics*, Law and Policy Quarterly 1983, nr 5(2);
47. Strogowicz M., *Prawda obiektywna i dowody sądowe w radzieckim procesie karnym*, Warszawa 1959;
48. Sztompka P., *Paradoks sprawiedliwości społecznej: równość zasad nierówności*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2012, nr 74(4);
49. Szymanek K., *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2004;
50. Taylor M., Haggerty J., Gresty D., Hegarty R., *Digital evidence in cloud computing systems*, Computer Law & Security Review 2010, nr 26(3);
51. *The Financial Action Task Force Report*, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, Paryż 2014;
52. Venegas P., *Guide to smart contracts. Blockchain examples*, Cambridge 2017;
53. Walden I., *Harmonising Computer Crime Laws in Europe*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2004, nr 12(4);
54. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2015;
55. Waltoś S., *Zasada prawdy materialnej* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Wiliński, Warszawa 2014;
56. Wible B., *A Site Where Hackers are Welcome: Using Hack-In Contests to Shape Preferences and Deter Computer Crime*, The Yale Law Journal 2003, nr 112(6);
57. Wielec M., *Wartości – analiza z perspektywy osobliwości postępowania karnego*, Lublin 2017;
58. Zajadło J., *Teoretyczne i filozoficzno-prawne pojęcie prawdy* [w:] *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4111

Aleksandra Różycka*

Zasadność nowych środków ochrony osób doznających przemocy domowej**

1. UWAGI OGÓLNE

Według raportu Najwyższej Izby Kontroli (dalej NIK) z roku 2016[1] po kontroli pomocy osobom dotkniętym przemocą domową to wsparcie mieszkaniowe jest jednym z najsłabszych ogniw analizowanego systemu. W ocenie NIK wsparcie to było niewystarczające: „O ile schronienie w sytuacji kryzysowej zapewniały wszystkie skontrolowane ośrodki, to tylko w 9 z 24 gmin stworzono warunki umożliwiające osobom (bądź rodzinom) z udokumentowaną przemocą domową uzyskanie trwałego schronienia, np. mieszkania komunalnego, socjalnego. Niestety średni czas oczekiwania na te mieszkania wynosił ponad 2 lata”[2].

Powyższy wniosek jest zrozumiały, ponieważ czas oczekiwania na lokale komunalne generalnie jest wydłużony i nieadekwatny do interwencyjnych sytuacji życiowych, które dotykają osoby uprawnione. Ponadto aktualnie pomoc mieszkaniowa gmin jest zdominowana obowiązkowym dostarczaniem lokali socjalnych i pomieszczeń tymczasowych, jako warunku wykonania wszystkich orzeczeń eksmisyjnych[3]. Zatem jest adresowana w coraz mniejszej części do osób z tzw. kolejki mieszkaniowej[4], w której oczekują osoby doświadczające przemocy domowej.

Ponadto, należy wspomnieć o innym zjawisku, które dodatkowo utrudnia ofiarom przemocy szybki dostęp do bezpiecznych mieszkań z innych zasobów niż publiczne. Chodzi tu o ogólny deficyt mieszkaniowy[5] oraz wyjątkowo niską mo-

* Mgr Aleksandra Różycka jest certyfikowanym audytorem wewnętrznym administracji publicznej (CGAP), Polska, ORCID 0000–0003–4672–9828, e-mail: rozycka@tlen.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 3.01.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 27.03.2019 r.

1 *Pomoc osobom dotkniętym przemocą domową. Informacja o wynikach kontroli*, nr ewid. 48/2016/P/15/046/KPS, Najwyższa Izba Kontroli 2016, raport dostępny na stronie NIK: https://www.nik.gov.pl/plik/id,10943,vp,13290.pdf (dostęp: 20.01.2019 r.).

2 *Pomoc osobom*…, s. 14–15.

3 Problem ten jest podnoszony w licznych opracowaniach, m.in. w: *Gospodarowanie lokalami komunalnymi w budynkach mieszkalnych. Informacja o wynikach kontroli,* nr ewid. 185/2012/P/12/069/KIN, Najwyższa Izba Kontroli 2012, s. 8, raport dostępny na stronie NIK: https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-pomocy-osobom-dotknietym-przemoca-domowa.html (dostęp: 20.01.2019 r.) oraz *Informacje o mieszkalnictwie-wyniki monitoringu za 2013 rok*, Instytut Rozwoju Miast, Kraków 2014, s. 98.

4 Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów w sprawie polityki mieszkaniowej z 26.11.2014 r., Warszawa, nr pisma IV.7211.578.2014/JS.

5 Por. A. Muział-Węcławowicz, M. Salamon [red.] *Mieszkalnictwo w Polsce. Analiza wybranych obszarów polityki mieszkaniowej*, Warszawa 2015, s. 55.

bilność mieszkaniową typową dla krajów z małym udziałem mieszkań na wynajem w ogólnej puli lokali, jak ma to miejsce w Polsce. Oba te zjawiska wiążą się z wysokimi, w stosunku do wynagrodzeń, opłatami czynszowymi na wolnym rynku, a także w porównaniu do opłat w domach i mieszkaniach własnościowych czy spółdzielczych. Odmiennie wygląda to w większości krajów Europy Zachodniej, gdzie w latach powojennych intensywnie rozwijano sektor wynajmu lokali[6] i jest to rozwiązanie często stosowane przez całe życie. Podaż mieszkań na wynajem jest tam wyższa, a co za tym idzie jest niższy udział czynszu wolnorynkowego w rozporządzalnym dochodzie gospodarstw domowych. Również zmiana miejsca zamieszkania jest zjawiskiem powszechniejszym i dokonuje się sprawniej niż w Polsce. Tymczasem u nas w dużych aglomeracjach koszty wynajmu wolnorynkowego pochłaniają nadal nie mniej niż 50% średnich dochodów gospodarstwa domowego.

Ogólna zła sytuacja mieszkaniowa stanowi dodatkowe, istotne ograniczenie dla przezwyciężenia kryzysu przez osoby doznające przemocy domowej. Powoduje bowiem, że nawet przy znacznej eskalacji przemocy, osoby te nie mogą wynająć perspektywicznego mieszkania pod innym bezpiecznym adresem, jeśli nie są w stanie przeznaczyć na opłaty mieszkaniowe zazwyczaj kilka razy tyle, ile dotychczas za utrzymanie lokalu dzielonego ze sprawcą przemocy domowej. Ponadto często przemocy fizycznej czy psychicznej towarzyszy przemoc ekonomiczna, co dodatkowo utrudnia pozyskanie samodzielnego lokum.

Tymczasem, co również wskazano w raporcie NIK, „najskuteczniejszym sposobem przerwania przemocy jest odizolowanie sprawcy od osoby dotkniętej przemocą”[7]. Co więcej, podjęcie jakichkolwiek kroków prawnych, czy to w postaci sprowadzenia interwencji policji, skierowania oskarżenia karnego o przemoc czy wytoczenia sprawy rozwodowej, separacyjnej czy dotyczącej eksmisji agresywnego współlokatora jest w ocenie ofiar tym bardziej ryzykowne, gdy osoba krzywdząca i krzywdzona nadal mieszkają pod jednym dachem. U osób doświadczających przemocy może występować przekonanie, że podejmowanie, skądinąd racjonalnych działań, nie jest bezpieczne i tylko nasili przemoc we wspólnym lokalu. W ten sposób powstaje zamknięte koło, w którym ze względu na brak perspektyw rozdzielenia mieszkania ofiary przemocy przez lata nie podejmują jakiejkolwiek skutecznej reakcji na dotykającą ich przemoc.

Eksperci wspierający ofiary podkreślają, że odizolowanie sprawców jest istotne, by nie dopuścić do trwałej wiktymizacji całej rodziny: „Tylko wówczas bowiem, możliwe jest rozpoczęcie procesu wychodzenia z przemocy i rzeczywistego uzdrowienia poszczególnych jednostek, w konsekwencji przekładającego się na płaszczyznę środowiskową i społeczną. Nie może tu być mowy o połowicznym, częściowym i chwilowym działaniu. Takie działanie prowadzi najczęściej do tzw. chronicznej sytuacji przemocy, z którą walczyć najtrudniej, ponieważ jej skutkiem jest całkowite podporządkowanie się ofiary sprawcy, do tego stopnia, że nie może ona i nie jest w stanie podjąć jakiejkolwiek decyzji z przeświadczeniem, że ta chora sytuacja nigdy się nie skończy”[8].

---

[6] Por. A. Muział-Węcławowicz, M. Salamon [red.] *Mieszkalnictwo*…, s. 64.
[7] *Pomoc osobom*…, s. 18.
[8] E. Kowalewska-Borys, *Problematyka przemocy w rodzinie. Podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, Warszawa 2012, s. 20.

Również w odczuciu społecznym trudno nazwać sprawiedliwą sytuację, gdy jak wskazuje NIK, „w dalszym ciągu najczęściej to osoby krzywdzone w sytuacji kryzysowej muszą opuszczać wspólne miejsce zamieszkania”[9]. Zaś w opisanej sytuacji mieszkaniowej następstwem desperackiego opuszczenia mieszkania jest często wielomiesięczne, a niejednokrotnie wieloletnie zmiany miejsca zamieszkania, które wtórnie destabilizują sytuację osób pokrzywdzonych, w tym szczególnie dzieci.

O ile oczywiście warto zabiegać o systemowe działania dla zwiększenia dostępności lokali mieszkalnych, jak też o poszerzenia bazy bezpiecznego schronienia o charakterze interwencyjnym w hostelach czy lokalach chronionych, o tyle niestety trudno spodziewać się szybkiej generalnej poprawy sytuacji w sektorze mieszkaniowym. Dotyczy to zarówno dostarczania lokali komunalnych, jak i możliwości zabezpieczania potrzeb mieszkaniowych w krótszych terminach na wolnym rynku.

2. ŚRODKI OCHRONY OFIAR PRZEMOCY

W świetle powyższego, szczególnego znaczenia nabiera dostępność tzw. prawnych środków ochrony. Są one niezbędną składową każdego systemu, który ma za cel minimalizację zjawiska przemocy domowej. Jednak w opisanej sytuacji mieszkaniowej jest obecnie istotniejsze zapewnienie sprawnych mechanizmów bezpośredniej ochrony osób doznających przemocy domowej.

Przez środki ochrony rozumie się zakazy i nakazy ochronne, w tym doraźne. Pierwsze dotyczą ograniczenia w przebywaniu w tych samych miejscach i powstrzymania się od nawiązywania kontaktów, a drugie odnoszą się do opuszczenia miejsca wspólnego zamieszkania. Są stosowane także w trybie natychmiastowym, na okres niezbędny dla pełniejszego wyjaśnienia sprawy zaistnienia przemocy domowej.

W polskim systemie prawnym znajdziemy zarówno w regulacjach karnych, jak i w regulacjach powiązanych instrumenty, które częściowo mają spełniać tę rolę.

W przepisach Kodeksu postępowania karnego[10] można wyróżnić środki zapobiegawcze, a wśród nich nakaz opuszczenia lokalu i warunkowy dozór. I tak na podstawie art. 275a k.p.k. przewiduje się wydanie nakazu opuszczenia lokalu, tj. nakazanie podejrzanemu lub oskarżonemu (w zależności od stadium postępowania) o przestępstwo popełnione z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej okresowe opuszczenie lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, jeśli zachodzi uzasadniona obawa, że podejrzany lub oskarżony ponownie popełni przestępstwo z użyciem przemocy wobec tej osoby, zwłaszcza gdy popełnieniem takiego przestępstwa groził. Na wniosek podejrzanego lub oskarżonego można wskazać mu miejsce pobytu w placówkach noclegowych.

W przepisach prawa karnego materialnego należy wskazać na środki karne: zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu (art. 39 pkt 2b Kodeksu karnego[11]), orzekane w latach od roku do lat 15 oraz nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 39 pkt 2e k.k.) orzekany w latach od roku do lat 10.

[9] E. Kowalewska-Borys, *Problematyka*…, s. 10.
[10] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 i 2399) – dalej k.p.k.
[11] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

Ponadto, wspominając o przepisach Kodeksu karnego nie można pominąć istnienia analogicznych środków probacyjnych. Zawieszając wykonanie kary sąd zobowiązuje, a jeżeli orzeka środek karny, to może zobowiązać skazanego do powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób oraz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 72 § 1 pkt 7a i 7b k.k.).

Poza powyższymi środkami, po które sąd może sięgnąć w orzeczeniu kończącym postępowanie karne oraz zastosować tymczasowo jako środki zapobiegawcze jeszcze przed zakończeniem procesu, istnieje środek ochrony o charakterze natychmiastowym przewidziany w art. 244 §1a i §1b k.p.k. – zatrzymanie w sytuacjach przemocy domowej. Policja ma prawo zatrzymać osobę podejrzaną, jeśli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej, a zachodzi obawa, że ponownie popełni ona przestępstwo, zwłaszcza gdy tym grozi. Przepis ten dodatkowo nakłada na policję obowiązek zatrzymania osoby stosującej przemoc, jeśli przestępstwo zostało popełnione przy użyciu broni palnej, noża albo innego niebezpiecznego przedmiotu.

W tym wypadku opuszczenie lokalu wynika wprost z zatrzymania policyjnego, które trwa 48 godzin. Jest przedłużane w sytuacji, gdy policja niezwłocznie, ale nie dłużej niż w 24 godziny, złoży wniosek do prokuratora o wydanie środka zapobiegawczego w postaci opisanego powyżej nakazu opuszczenia lokalu, wydawanego na podstawie art. 275a k.p.k. Wniosek ten powinien być rozpatrzony przez prokuratora przed upływem 48 godzin od zatrzymania policyjnego. Jednak nawet jeśli prokurator uzna za zasadne zastosowanie tego środka zapobiegawczego, to może on być stosowany wyłącznie w procedurze karnej, więc zastosowany tylko wobec osoby formalnie podejrzanej lub oskarżonej o przestępstwo przemocy.

Jak wskazuje Grzegorz Wrona[12], usunięcie sprawcy przemocy w rodzinie w trybie karnym w dzisiejszym systemie ma tę największą zaletę, że daje możliwość natychmiastowego wykonania tej czynności, zaś największą wadą jest czasowość obowiązywania nakazu, a także to, iż środek ten jest obwarowany m.in. rozpoczęciem sprawy karnej.

W przeciwnym wypadku osoba zatrzymana po 48 godzinach może wrócić do mieszkania dzielonego z ofiarą. Jak obrazuje kontekst zastosowania tego instrumentu, jeśli ma on doprowadzić do trwałego odizolowania sprawcy przemocy od ofiar, to musi zostać natychmiast powiązany nie tylko z rozpoczęciem, ale z konsekwentną kontynuacją procedur karnych.

Podobnie prezentuje się środek ochrony wynikający z art. 15a ustawy o Policji[13], który stanowi, że funkcjonariusz policji ma prawo zatrzymania sprawców przemocy w rodzinie stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego. Ten środek ma również charakter tymczasowy, czyli do 48 godzin (stosownie do regulacji art. 248 k.p.k.), jeśli nie zostanie wszczęta procedura karna, co pozwoli na zastosowanie opisanych powyżej środków zapobiegawczych wydawanych na podstawie art. 275a k.p.k.

[12] G. Wrona, *Prawo przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, Warszawa 2017, s. 68.
[13] Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2017 r. poz. 2067 i 2405; z 2018 r. poz. 106, 138, 416, 650, 730, 1039, 1544, 1669, 2077, 2102,2245, 2399 oraz z 2019 r. poz. 15 i 53).

Należy pamiętać, że omawiane środki zapobiegawcze, zgodnie z art. 249 § 1 k.p.k., mogą zostać zastosowane wobec osoby dopiero, gdy zostanie względem niej wydane postanowienie o przedstawieniu zarzutu, a także w sytuacji, gdy jest niezbędne zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania, a wyjątkowo także w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa. Środki zapobiegawcze można stosować tylko wtedy, gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo.

3. SKUTECZNOŚĆ ISTNIEJĄCYCH ROZWIĄZAŃ

Zatem pomimo, że funkcjonariusz policji może zatrzymać sprawcę przemocy domowej, który stwarza bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego, to wymóg natychmiastowego wszczęcia procedury karnej powoduje, iż w praktyce tylko niewielka część sprawców przemocy już po 48 godzinach doczeka się wydania środka zapobiegawczego w postaci nakazu opuszczenia mieszkania, i od tej chwili nie będzie zamieszkiwać z osobami krzywdzonymi.

Obrazują to dane przytaczane w cytowanym protokole NIK[14]. W roku 2014 r. na ponad 77000 niebieskich kart wypełnionych przez policję, przy ok. 99000 kart ogółem, odnotowano blisko 14000 sytuacji zatrzymania sprawcy przez policję (według adnotacji na formularzach NK-A). Zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami wspomniane zatrzymania powinny dotyczyć tych właśnie sytuacji, gdzie oceniono, że przestępstwo z użyciem przemocy w danym lokalu może się powtarzać, a sprawca stanowił bezpośrednie zagrożenie dla współlokatorów.

Zatem, aby zdać sobie sprawę z tymczasowości, a w konsekwencji małej skuteczności i nikłego wykorzystania tego środka ochrony, wystarczy zestawić te liczby z danymi ilustrującymi, w ilu przypadkach sądy wydały nakazy opuszczenia mieszkania w ramach środków zapobiegawczych. Jak podaje NIK, w 2014 r. środek ten zastosowano wobec 2341 sprawców w skali całego kraju. I chociaż zastosowanie tego środka rośnie (w 2012 r. wydano go wobec 1241 osób, a w 2013 r. już wobec 1477 osób), to jednak jest na tyle rzadkie, że – jak stwierdza się w protokole NIK – „w praktyce przeważnie to nadal osoba doświadczająca przemocy musi szukać bezpiecznego schronienia”[15].

Dlatego NIK wśród podstawowych wniosków z kontroli postuluje rozważenie możliwości „wprowadzenia rozwiązań umożliwiających natychmiastowe odizolowanie osoby dopuszczającej się przemocy od osoby, wobec której przemoc jest stosowana, niezależnie od procedury karnej (we współpracy z Ministrem Sprawiedliwości i Ministrem Spraw Wewnętrznych)”. Jednocześnie zastrzega się, że w „takiej sytuacji konieczne byłoby określenie kryteriów szacowania ryzyka zagrożenia życia lub zdrowia ludzkiego w związku z przemocą w rodzinie, służących do oceny zasadności zatrzymania, wydania nakazu i zakazów”[16].

Trudno się z takim wnioskiem nie zgodzić, gdyż jak obrazują przytoczone dane, fakt rozpowszechniania wśród funkcjonariuszy policji wiedzy o dostępnych środkach ochrony (w ramach zaleconych algorytmów postępowania przy przemocy

[14] Por. *Pomoc osobom*…, s. 8.
[15] *Pomoc osobom*…, s. 18.
[16] *Pomoc osobom*…, s. 26.

domowej) nie przełożył się automatycznie na długofalowe bezpieczeństwo ofiar przemocy w miejscu ich zamieszkania, co nadal może skłaniać te osoby do opuszczania domu, w którym pozostaje krzywdziciel. Jak wynika z danych policji[17] wprawdzie po wdrożeniu od 1.01.2014 r. pragmatyków służbowych dotyczących przemocy domowej, w 2014 r. wzrosła o prawie 66% w porównaniu z 2013 r., liczba zatrzymanych przez policję osób, wobec których istnieje podejrzenie, że stosują przemoc. Było to też wynikiem jednoczesnego dostarczenia funkcjonariuszom narzędzi do szacowania ryzyka powtórzenia aktów przemocy i jasnym wskazaniu, że wówczas należy sięgnąć po natychmiastowe środki ochrony.

Można więc przyjąć, że decyzje o zatrzymaniu od 2014 r. miały bardziej obiektywny charakter, jeśli uwzględnić wdrożenie zestandaryzowanej oceny zagrożenia powtórnego wystąpienia przemocy w danym lokalu. Mimo to, zestawienie przytoczonych danych wskazuje, że w tym samym roku stosunek liczby wydanych środków zapobiegawczych w stosunku do ogólnej liczby zatrzymań policyjnych wyniosił ok. jeden do sześciu (2341 do 14000). Uprawniony jest więc wniosek, że zdecydowana większość sprawców wróciła do miejsca przebywania ofiar.

Jak już wspomniano, w obecnym stanie prawnym jedynie niezwykle sprawna kontynuacja działań na drodze karnej mogłaby wydłużyć izolację sprawcy od ofiar na czas wynoszący ponad 48 godzin. Należy tu podkreślić, że powody, dla których mniejszość przypadków faktycznej przemocy doczeka się oskarżenia karnego, wydają się być daleko szersze i bardziej złożone niż po prostu nie dość sprawne funkcjonowanie policji i wymiaru sprawiedliwości czy też niewystarczająca współpraca tych służb.

Przyczyn takiego stanu rzeczy jest wiele, dlatego trudno tendencję tę uważać za przejściową albo będącą pochodną małej dostępności informacji dla ofiar, podczas gdy od lat działają profesjonalne i sprawne anonimowe infolinie dla pokrzywdzonych przemocą. Wskazana tendencja wiąże się bowiem nie tylko z uwarunkowaniami emocjonalnymi i psychologicznymi ofiar[18], właściwymi zjawisku przemocy ze strony osób (niegdyś) bliskich, w tym z częstym współuzależnieniem ofiar od nadużywających alkoholu sprawców. Może mieć ona także oparcie w przesłankach, które wydają się ofiarom racjonalne. Przykładowo, ofiary mogą ważyć celowość skazania sprawcy, jakim może być też ojciec i mąż, który jest, albo przynajmniej potencjalnie powinien być, żywicielem rodziny lub płatnikiem alimentów na rzecz krzywdzonych dzieci. Istnieje wiele względów, dla których ofiary przemocy, jeśli chciałyby przerwać „koszmar przemocy" w większości, jak obrazują dane, nie są zdecydowane na posłużenie się rozwiązaniami karnymi w swojej sytuacji rodzinnej.

Zjawisko to ma odzwierciedlenie w małej liczbie aktów oskarżenia w stosunku do liczby prowadzonych procedur niebieskich kart. Przykładowo, w 2013 r. policja wypełniła 61047 formularzy „Niebieska Karta"[19]. W tym samym okresie w prokuraturze odnotowano wpływ 58088 spraw dotyczących przestępstw związanych

[17] T. Wewiór, wywiad z nadinsp. Cezarym Popławskim Zastępcą Komendanta Głównego Policji pt. *„Bieżące priorytety pionu prewencji, w tym przeciwdziałanie przemocy w rodzinie"*, „Czasopismo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie i Centrum Szkolenia Żandarmerii Wojskowej w Mińsku Mazowieckim" z 1.10.2015 r., s. 2, 3.
[18] Por. J. Helios, W. Jedlecka *Współczesne oblicza przemocy – zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017, s. 10.
[19] M. Lewoc, *Diagnoza skali zjawiska przemocy w rodzinie w Polsce*, kwartalnik MS „Probacja" 2014/III, s. 44.

z przemocą w rodzinie. Następnie 65,2% wszystkich spraw dotyczących przemocy w rodzinie nie zakończyło się wniesieniem aktu oskarżenia[20]. Michał Lewoc wskazuje, że przyczyną części umorzonych spraw jest fakt wycofywania się pokrzywdzonych z dotychczasowego stanowiska i odmowa składania zeznań w sprawie, co skutkowało brakiem wystarczającego materiału dowodowego w sprawie, niezbędnego do sporządzenia i obronienia w sądzie aktu oskarżenia. Ponownie więc nasuwa się przypuszczenie, że właśnie takie przypadki mogą być szczególnie powiązane z tematem niniejszych rozważań: lęk przed składaniem zeznań rośnie, gdy ofiara jest na co dzień bezpośrednio zależna od sprawcy, nadal dzieląc z nim jedno mieszkanie.

Dla porządku należy też wymienić inny instrument, z obszaru prawa cywilnego, jakim jest eksmisja tzw. uciążliwego współlokatora. Jednocześnie trzeba zaznaczyć, że nie spełnia on roli doraźnego środka ochronnego. Rozpatrzenie pozwu o opróżnienie lokalu mieszkalnego zarówno na podstawie art. 11a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie[21], jak i art. 13 ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego[22], jest procesem długotrwałym, mimo ustawowych deklaracji zawartych w przepisach szczególnych. Regulacja art. 11a ust. 2 u.p.p.r. stanowi, że rozprawa powinna odbyć się nie dalej niż w ciągu miesiąca, ale w praktyce wyznaczenie terminu trwa kilka miesięcy, choćby w związku z koniecznością dopełnienia wymogów dotyczących wnoszenia opłat, powiadamiania stron i doręczeń w procedurze cywilnej.

Do oczekiwania na faktyczną izolację sprawcy od ofiary należy również doliczyć czas konieczny na przeprowadzenie postępowania komorniczego, jeśli osoba stosująca przemoc nie respektuje orzeczenia o opróżnieniu. Wyroki takie są wykonywane ze znacznym opóźnieniem i częste są sytuacje, gdy pomimo orzeczenia eksmisyjnego pokrzywdzeni nadal muszą zamieszkiwać z osobami stosującymi przemoc.

Zatem z punktu widzenia niniejszej analizy, środków eksmisyjnych w praktyce nie można zaliczyć do środków ochrony o charakterze doraźnym i natychmiastowym, a postępowania eksmisyjne są zbyt przewlekłe, aby powstrzymać ofiary przemocy od ratowania się ucieczką z miejsca wspólnego zamieszkania.

Tymczasem obowiązek zapewnienia ofierze przemocy bezpieczeństwa we własnym domu wynika po pierwsze z konstytucyjnej zasady ochrony godności człowieka, która jest nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest w Polsce, zgodnie z art. 30 ustawy zasadniczej[23], obowiązkiem władz publicznych. Na takie zobowiązanie państwa wskazuje dodatkowo orzecznictwo międzynarodowe: „Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 15 września 2009 r. w sprawie 8227/04 E.S. i in. v. Słowacja, LEX nr 514412, stwierdził, że doprowadzenie do sytuacji, w której osoby pokrzywdzone w wyniku przemocy w rodzinie zostały zmuszone do opuszczenia domu i szukania bezpiecznego schronienia gdzie indziej, oznaczało

[20] M. Lewoc, *Diagnoza*…, s. 45.
[21] Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2015 r. poz. 1390) – dalej u.p.p.r.
[22] Ustawa z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1234 i 1496).
[23] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483; z 2001 r. poz. 319; z 2006 r. poz. 1471 oraz z 2009 r. poz. 946).

niedopełnienie przez państwo pozytywnych obowiązków w zakresie zapewnienia ochrony ofiarom przemocy i tym samym naruszenie art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, gwarantującego ochronę przed nieludzkim oraz poniżającym traktowaniem lub karaniem"[24].

Z powyższych względów, potrzebne wydaje się jak najszybsze uzupełnienie systemu przeciwdziałania przemocy w rodzinie o bardziej adekwatne środki ochrony doraźnej dla osób doznających przemocy. Postulat taki nie wydaje się dyskusyjny, zwłaszcza gdy mówimy o zapewnieniu doraźnej, natychmiastowej ochrony przed takimi aktami przemocy domowej, które stanowią bezpośrednie zagrożenie dla ludzkiego życia i zdrowia.

Temat ten był od dawna wskazywany jako palący przez osoby zawodowo zajmujące się przeciwdziałaniem przemocy domowej i mające codzienny kontakt z ofiarami. W ramach badania przeprowadzonego na zlecenie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w 2014 r. profesjonaliści na pytanie, czy w ich ocenie jest potrzeba zmiany obecnie obowiązujących uregulowań prawnych, wśród spraw priorytetowych wymieniali zagadnienie „izolacji od sprawców przemocy"[25].

4. ROZWIĄZANIA OCHRONNE SPRAWDZONE W INNYCH KRAJACH

Argumentem przemawiającym na rzecz wdrożenia nowego instrumentu jest również fakt stosowania takich rozwiązań w systemach zagranicznych. Środki ochrony doraźnej, polegające na natychmiastowym wydaleniu sprawcy z mieszkania, które jest miejscem stosowania przemocy, są już wykorzystywane z powodzeniem w innych krajach.

Wśród takich sprawdzonych mechanizmów warto przytoczyć przykład Austrii, która jako pierwsza wdrożyła doraźny nakaz policyjny[26] w 1997 r., a na regulacjach tych wzorowały się później także inne państwa, w tym Czechy. Instrument ten opiera się na szczególnym uprawnieniu policji, stosowanym w powiązaniu z innymi instrumentami, z różnych dziedzin prawa:

> „Zgodnie z ustawą o Policji, funkcjonariusz Policji, w ściśle określonych przypadkach (a w szczególności, jeśli w przeszłości dochodziło ze strony danej osoby do przemocy w tej rodzinie), ma prawo wydać nakaz opuszczenia domu i jego najbliższego otoczenia osobie, która jest zagrożeniem dla innych domowników. Nakaz policyjny wydawany jest z urzędu, bez jakiegokolwiek wniosku ofiary i obowiązuje przez okres 10 dni [obecnie jest to okres 14 dni][27]. W ciągu 3 pierwszych dni po wydaniu nakazu Policja jest zobowiązana co najmniej raz sprawdzić przestrzeganie zastosowanych środków.

[24] A. Kiełtyka, A. Ważny, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2015, s. 196–198.
[25] M. Miedzik (współpraca J. Rutkowski), *Ocena efektywności systemu przeciwdziałania przemocy przez profesjonalistów*, Raport sporządzony na podstawie badań przeprowadzonych na zlecenie MPiPS, Warszawa 2014, s. 116.
[26] *Emergency barring orders in situations of domestic violence* (…), Council of Europe 2017, s. 29.
[27] Zgodnie z aktualnie obowiązująca austriacką ustawą o Policji nr 146/1999 okres ten został wydłużony z 10 do 14 dni.

Obowiązkiem Policji jest również, w ciągu 24 godzin od wydania nakazu, poinformowanie o tym fakcie instytucji zajmującej się udzielaniem wsparcia ofiarom przemocy w rodzinie. Za naruszenie nakazu sprawcy grozi grzywna lub areszt. Osoba zagrożona przemocą może ten okres przedłużyć, jeśli złoży w sądzie wniosek o wydanie tymczasowego nakazu opuszczenia domu i zakazu przebywania przez sprawcę w określonych miejscach"[28].

Innym państwem, gdzie już działa kompleksowy system przeciwdziałania przemocy domowej i jest on postrzegany jako skuteczny jest Hiszpania[29]. W jego ramach od ponad 10 lat stosuje się zróżnicowane środki ochrony ofiar, w tym nakaz opuszczenia domu i zakaz kontaktowania się. Przyjęty system sądowniczy daje możliwość wydania zintegrowanych środków ochronnych na gruncie cywilnym i społecznym, a jeśli zostało popełnione przestępstwo, również na gruncie karnym. Wprowadzone regulacje przewidują natychmiastowe zastosowanie środków ochrony, czyli najpóźniej do 72 godzin po zgłoszeniu incydentu. W celu zagwarantowania natychmiastowego działania wyspecjalizowane jednostki systemu sądownictwa ds. przemocy domowej, które orzekają o zastosowaniu środka ochronnego, są czynne przez całą dobę.

Jednocześnie hiszpańska policja stosuje politykę zerowej tolerancji dla aktów przemocy i aresztuje sprawców. Funkcjonariusze dysponują też wystandaryzowanym narzędziem oceny ryzyka przemocy. Dodatkowo, jeśli istnieje zagrożenie, wówczas chroni ofiary w miejscu jej przebywania aż do chwili wydania doraźnego nakazu ochronnego.

Nakaz taki może być wydany do momentu ostatecznej decyzji sądu. Na początku jest on zwykle stosowany na okres 30 dni i może być przedłużony na wniosek ofiary. Dla ułatwienia składania wniosku o zastosowanie środków ochronnych obowiązuje uproszczony jego wzór, który może złożyć nie tylko ofiara, ale również jej rodzina, a może to nastąpić także za pośrednictwem wielu instytucji publicznych i pozarządowych. Złożenie wniosku jest darmowe.

Dodatkowym wzmocnieniem środków ochrony w Hiszpanii jest elektroniczne monitorowanie sprawców przez policję.

Jak pokazują przykłady innych państw, środki przyjęte w zakresie ochrony doraźnej:

- mają natychmiastowe zastosowanie podczas interwencji, w sposób i w zakresie który gwarantuje dalsze bezpieczeństwo na terenie lokali mieszkalnych, w których doszło do przemocy;
- są stosowane na kilka pierwszych dni nawet bez wniosku ofiary, ale przy spełnieniu ściśle zdefiniowanych warunków, które wskazują na realną groźbę powtarzania się aktów przemocy, zwłaszcza fizycznej;
- środki te są sprzęgnięte z innymi długofalowymi instrumentami, które mają do dyspozycji ofiary przemocy, nie tylko z zakresu prawa karnego, ale również prawa cywilnego i rodzinnego – sam podstawowy środek ochrony, gdy ma oddziaływanie natychmiastowe – jest najczęściej w rękach policji i można go zaliczyć do instrumentów administracyjnych.

[28] *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie na tle wybranych rozwiązań legislacyjnych*, cyt. za opracowaniem tematycznym OT-583 Kancelarii Senatu, maj 2010 r., s. 33.
[29] *Emergency barring…*, s. 29, 40–42.

5. PODSUMOWANIE

Konkludując, przyjęte w polskim systemie doraźne środki ochrony mogą być zastosowane w trybie natychmiastowym tylko o tyle, o ile zostaną powiązane z rozpoczęciem sprawy na gruncie karnym. Natomiast zdecydowana większość ofiar nie współpracuje z organami ścigania i nie decyduje się na inicjowanie postępowań karnych przeciwko sprawcy, którymi są członkowie ich rodzin. Dlatego doświadczenie innych państw w zakresie powiązania środków ochrony ze środkami cywilnymi wydaje się warte pogłębionej analizy, pod kątem możliwości wdrożenia w naszym kraju.

Na koniec nie można pominąć istotnego znaczenia środków ochrony doraźnej ofiar przemocy dla prawidłowego działania i wykorzystywania całego systemu przeciwdziałania przemocy domowej. Rozważając tę kwestię, należy brać pod uwagę, że w przypadku braku adekwatnych środków minimalizujących zastraszenie ofiar przemocy, jeszcze długo będziemy mieć do czynienia z błędnym kołem osłabiającym stosowanie nawet i tych instrumentów, które już występują w systemie prawnym, jak oskarżenie karne czy eksmisja w trybie art. 11a u.p.p.r. Ofiary znajdujące się w stanie bezpośredniego fizycznego zagrożenia ze strony współlokatora, bez możliwości wyprowadzenia się do innego bezpiecznego lokum czy użyczanego przez bliskich, wynajętego od gminy czy zdobytego na wolnym rynku, mogą nigdy nie sięgnąć po regulacje dedykowane przestępstwom. Ponadto, sparaliżowane strachem mogą być zniechęcone do wyjawienia swojego problemu dedykowanym służbom w celu zasięgnięcia pomocy, czego nawet nie obejmą przytaczane dane i statystyki.

Z powyższych względów uzupełnienie luki w zakresie doraźnych środków ochrony w polskim systemie może usunąć jedną z kluczowych barier dla skutecznego rozwiązywania problemów przemocy domowej. Docelowo może się przyczynić zarówno do wzmocnienia wszelkich innych możliwości pomocy osobom doznającym przemocy, jak i do pożądanych przez rodziny zmian w funkcjonowaniu osób stosujących przemoc.

Abstract

Aleksandra Różycka, *Expediency of New Measures Protecting Victims of Domestic Violence*

This analysis concerns the special importance of the measures protecting victims of domestic violence in the places of their residence, taking account of the difficulties with housing provision in Poland. Inability to guarantee security of victims living on the same premises as the perpetrator, combined with a deficit of other affordable residential properties on the free market and the weakness of the public housing support system, can result in two scenarios. The first of them materializes when the victim leaves the home. This decision often involves multiple changes of the whereabouts, that is, additional destabilization for the victims within the family, while the perpetrator of violence keeps living on the premises. On the other hand, staying on the same property with the perpetrator makes it impossible to take reasonable measures to stop the violence, for fear of its escalation. Therefore, the most efficient way to interrupt the vicious circle of violence is to isolate the perpetrator from the victim. A review of the instruments that should serve this purpose in the Polish legal system leads to the conclusion that none of them guarantee security for victims in the

long run, because they operate in combination with the initiation and consistent application of criminal procedures. And, as demonstrated by the statistics quoted in the article, the majority of domestic violence victims do not decide to apply criminal solutions against their family members. Meanwhile resorting to eviction under civil law involves a long waiting time before the perpetrator is actually isolated, which constitutes an additional threat for persons threatened by violence in their own homes. In this context the article describes examples of efficient administrative and civil law solutions which are successfully applied in other countries as more befitting the particularities of family relationships. At the end the author lists the common features of instruments of this kind, suggesting the framework within which the postulated measures should fit if they were to be used in the context of violence posing a direct threat to health or life. She also indicates that implementation of such instruments could help increase the use of dedicated forms of support by the victims and make the whole system of counteracting domestic violence more efficient.

Keywords: *domestic violence, isolation measures, perpetrator of violence*

Streszczenie

Aleksandra Różycka, *Zasadność nowych środków ochrony osób doznających przemocy domowej*

Niniejsza analiza dotyczy szczególnego znaczenia środków ochrony osób doznających przemocy domowej w miejscu ich zamieszkania w trudnej polskiej sytuacji mieszkaniowej. Brak możliwości zapewnienia bezpieczeństwa ofiarom przebywającym we wspólnym lokalu ze sprawcą, przy deficycie innych dostępnych cenowo mieszkań na wolnym rynku i słabości publicznego systemu wsparcia mieszkaniowego, może powodować dwojakie skutki. Pierwszy z nich dotyczy opuszczenia domu przez ofiarę, a decyzja taka często wiąże się ze zmianami kolejnych miejsc pobytu, więc oznacza dodatkową destabilizację dla pokrzywdzonej części rodziny, podczas gdy osoba stosująca przemoc pozostaje w zajmowanym lokalu. Zaś pozostawanie we wspólnym lokalu ze sprawcą wiąże się z niemożnością podjęcia racjonalnych działań w celu zatrzymania przemocy, z obawy przed jej eskalacją. Najskuteczniejszym więc sposobem na przerwanie błędnego koła przemocy jest odizolowanie sprawcy od ofiary. Przegląd instrumentów, które rolę tę mają spełniać z w polskim systemie prawnym, prowadzi do wniosku, że żaden z nich nie zapewnia ofiarom długofalowego bezpieczeństwa, gdyż działają one w połączeniu z rozpoczęciem oraz konsekwentnym stosowaniem procedur karnych. Jak zaś wynika z przywoływanych danych statystycznych, ofiary przemocy domowej w większości przypadków nie decydują się na skorzystanie z rozwiązań karnych w stosunku do członków rodziny. Natomiast zastosowanie eksmisji na gruncie cywilnym jest obarczone długim czasem oczekiwania na faktyczną izolację sprawcy, co dla osób zastraszonych przemocą we własnym domu jest obarczone dodatkowym zagrożeniem. Dlatego w artykule przywołano przykłady skutecznych rozwiązań na gruncie administracyjnym i cywilnym, które są z powodzeniem wykorzystywane w innych krajach, jako bardziej pasujących do specyfiki relacji rodzinnych. Na koniec autorka podaje też wspólne cechy tego typu instrumentów, proponuje ramy, w które postulowany środek powinien się wpisywać, gdyby stosować go w sytuacjach przemocy zagrażającej bezpośrednio zdrowiu lub życiu. Wskazuje także, że jego wdrożenie mogłoby wpłynąć na zwiększenie wykorzystania przez ofiary innych dedykowanych form wsparcia i podniesienie skuteczności całego systemu przeciwdziałania przemocy domowej.

Słowa kluczowe: *przemoc domowa, środki izolacyjne, sprawca przemocy*

Literatura:

1. Helios J., Jedlecka W., *Współczesne oblicza przemocy – zagadnienia wybrane*, Wrocław 2017;
2. Kiełtyka A., Ważny A., *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2015;
3. Kowalewska-Borys E., *Problematyka przemocy w rodzinie. Podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, Warszawa 2012;
4. Lewoc M., *Diagnoza skali zjawiska przemocy w rodzinie w Polsce*, kwartalnik MS „Probacja" 2014, nr III;
5. Miedzik M. (współpraca Rutkowski J.), *Ocena efektywności systemu przeciwdziałania przemocy przez profesjonalistów*, Raport sporządzony na podstawie badań przeprowadzonych na zlecenie MPiPS, Warszawa 2014;
6. Muział-Węcławowicz A., Salamon M. [red.] *Mieszkalnictwo w Polsce. Analiza wybranych obszarów polityki mieszkaniowej*, Warszawa 2015;
7. T. Wewiór, wywiad z nadinsp. Cezarym Popławskim Zastępcą Komendanta Głównego Policji pt. *„Bieżące priorytety pionu prewencji, w tym przeciwdziałanie przemocy w rodzinie"*, Czasopismo Centrum Szkolenia Policji w Legionowie i Centrum Szkolenia Żandarmerii Wojskowej w Mińsku Mazowieckimnr z 1.10.2015 r.;
8. Wrona G., *Prawo przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, Warszawa 2017.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4112

Grzegorz Ocieczek*

Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza organów ochrony oraz wybrane *case study* (część I)**

I. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Wyjątkowo trafne wydaje się stwierdzenie przewodniczącej *Transparency International* (TI) Delii Ferreria Rubio, że: „Korupcja ma większe szanse na rozkwit, gdy fundamenty demokratyczne są słabe i jak widzieliśmy w wielu krajach, gdzie niedemokratyczni i populistyczni politycy mogą wykorzystać ją na swoją korzyść". Obecnie na terytorium Ukrainy trwa batalia o to, czy podobnie, jak miało to miejsce w okresie przemian społeczno-gospodarczych w Polsce w latach 1989/1990, kraj ten zdoła wyjść z głębokiego kryzysu zarówno polityczno-gospodarczego, jak i społecznego. Dodatkowym elementem utrudniającym prawidłowe funkcjonowanie ukraińskiego aparatu państwowego są działania zbrojne, które rozpoczęły się 6.04.2014 r. i są prowadzone do dziś na części terytorium Ukrainy, m.in. w Donbasie pomiędzy prorosyjskimi separatystami ze wschodu Ukrainy, którzy są wspierani przez Federację Rosyjską, a wojskami Ukrainy.

Już w latach 90. XX w. eksperci międzynarodowi zajmujący się kwestiami „Wschodu" mówili o tzw. dwóch Ukrainach, co w konsekwencji prowadzi do braku spójności i jedności państwa oraz podziałów na różnych tłach głównie społeczno-kulturowych i politycznych[1]. Według oficjalnych danych z początku 2000 r. 77,8% obywateli zamieszkujących terytorium Ukrainy określa się jako Ukraińcy, 17,3% jako Rosjanie, 0,6% jako Białorusini, pozostali zaś jako: Mołdawianie (0,5%), Tatarzy Krymscy (0,5%), Bułgarzy (0,5%) oraz Polacy (0,3%)[2]. Na początku lat 90. została w sposób prawidłowy zdiagnozowana kilkuaspektowa kwestia zagrożenia ze strony Federacji Rosyjskiej. Dotyczyła ona bezpieczeństwa nie tylko jedności terytorialnej, ale przede wszystkim gospodarczej i społecznej. Celne wydaje się

* Dr Grzegorz Ocieczek jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000–0002–2785–4677, e-mail: g.ocieczek@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 29.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 9.03.2020 r.

[1] M. Riabczuk, *Dwie Ukrainy*, „Krytyka" 2001/10, s. 48.

[2] Państwowy Komitet Statystyki Ukrainy (dane statystyczne uzyskane z Ogólnoukraińskiego Spisu Ludności przeprowadzonego w dniach 5–14.12.2001 r.).

spostrzeżenie Biura Bezpieczeństwa Narodowego z 2010 r., że Rosja zrobi wszystko, aby nie dopuścić do uczestnictwa Ukrainy w strukturach NATO oraz Unii Europejskiej. Według L. Pietrzaka i M. Wołłejki, ekspertów BBN, „Rosja nigdy nie zrezygnowała z traktowania Ukrainy jako swojej strategicznej strefy wpływów. Zwycięstwo Pomarańczowej Rewolucji i zapoczątkowany w jej wyniku prozachodni kurs w polityce zagranicznej, spotkały się z całkowitą dezaprobatą Kremla. W ocenie Kremla integracja Ukrainy z UE i NATO stanowi geopolityczne zagrożenie dla wpływów Rosji. Skutkiem tego jest nasilająca się agresywna polityka wobec Ukrainy, w której jedność tego państwa jest jednym z głównych elementów presji Kremla”[3].

Bezpośrednim pretekstem rozpoczęcia działań wojennych w 2014 r. stała się pozorna obrona obywateli rosyjskich oraz chęć zbudowania autonomii w obwodach Ługańskim i Donieckim. Wyżej wymienione działania były następstwem kolejnej rewolucji[4], która została zainicjowana przez obywateli Ukrainy po tym, jak prezydent Wiktor Janukowycz 21.11.2013 r. odmówił podpisania umowy stowarzyszeniowej z Unią Europejską. Próby stłumienia protestów Ukraińców zakończyły się śmiercią 99 osób. W wyniku działań zbrojnych rannych zostało ok. 3 tys. Ukraińców[5]. Zdaniem ekspertów bezpośrednią przyczyną odmowy podpisania umowy stowarzyszeniowej były naciski Rosji oraz w konsekwencji zapaść ukraińskiego eksportu, spadek produkcji oraz wymiany z byłymi krajami Wspólnoty Niepodległych Państw[6].

W wyniku rewolucji od władzy został odsunięty były prezydent W. Janukowycz, a z kolei w następstwie wcześniejszych wyborów prezydenckich z 25.05.2014 r. rządy objął były minister rozwoju gospodarczego i handlu Petro Poroszenko, który zwyciężył w I turze wyborów, otrzymując 54,7% głosów[7].

Zapowiadane przez nowego prezydenta zmiany w kraju, a w szczególności walka z szeroko rozumianą przestępczością, w tym głównie z przestępczością o charakterze korupcyjnym nie przyniosła spodziewanego efektu, pomimo wspierania reform na Ukrainie ze strony państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Stanów Zjednoczonych.

W związku z destabilizacją na terytorium Ukrainy, od 2014 r. rozpoczęła się masowa migracja obywateli Ukrainy na zachód, w tym głównie do Polski.

Według oficjalnych danych Państwowego Komitetu Statystyki Ukrainy liczba ludności Ukrainy wynosi obecnie 42.928.900, natomiast stopa bezrobocia waha się na poziomie 10% przy 24,9% inflacji. Aktualnie terytorium tego kraju może zamieszkiwać ok. 35 mln mieszkańców[8].

---

[3] Kwestia jedności Ukrainy w kontekście bezpieczeństwa wewnętrznego i międzynarodowego, Biuro Bezpieczeństwa Narodowego, Warszawa, luty 2010 r., https://www.bbn.gov.pl (dostęp: 1.11.2019 r.); P. Żochowski, *Ukraina zaniepokojona rosnącą presją ze strony Rosji*, „Bezpieczeństwo. Biuletyn Specjalny OSW” 2009/16 (22).

[4] Po raz pierwszy rewolucja zwana też tzw. pomarańczową rewolucją rozpoczęła się na terytorium Ukrainy 22.11.2004 r. z powodu sfałszowania wyborów prezydenckich. Rewolucja trwała do 23.01.2005r., kiedy to powtórzono drugą turę wyborów prezydenckich.

[5] *Ławrow „wystawił” Zachód. Nie usiadł do rozmów z Ukraińcami*, tvn24pl 2014–03–04 (dostęp: 30.10.2019 r.).

[6] P. Woźniczka, *O co tak naprawdę chodzi z tym Majdanem*, libertanin. org. 2013 (dostęp: 30.10.2019 r.); *EuroMajdan – nowa pomarańczowa rewolucja? Trwają protesty w Kijowie*, polskatimes.pl 23–11–2013 (dostęp: 30.10.2019 r.); W. Konończuk, *Ukraina rezygnuje z podpisania umowy stowarzyszeniowej w Wilnie: przyczyny i implikacje*, https://www.osw.waw.pl (dostęp: 30.10.2019 r.); P. Leszczyński, *Bezpieczeństwo narodowe Ukrainy w kontekście jej podstaw konstytucyjnych i położenia geopolitycznego – węzłowe zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2014/103, s. 49 i n.

[7] *Ukraina ma nowego prezydenta*, tvp.info 2014–05–29 (dostęp: 30.10.2019 r.).

[8] Państwowy Komitet…

Według danych Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej w ciągu 3 lat, począwszy od 2014 r., Ukrainę opuściło 900 tys. osób, z czego ważne oświadczenia o zamiarze zatrudnienia posiadało wówczas 517 tys. osób[9]. Po upływie pierwszych trzech lat migracji obywateli Ukrainy zaczęła się obniżać, choć według nieoficjalnych danych szacuje się, że na terytorium Polski w celach zarobkowych, głównie w celu wykonywania tzw. pracy sezonowej i krótkoterminowej, może przebywać ok. 2,5 mln obywateli Ukrainy[10]. Z kolei według danych Zakładu Ubezpieczeń Społecznych na koniec lipca 2018 r. w Polsce aż 403 tys. Ukraińców posiadało ubezpieczenia w ZUS[11]. Tymczasem według oficjalnych danych w okresie od kwietnia 2014 r. do lutego 2018 r. 1,7 mln obywateli Ukrainy zwróciło się do władz rosyjskich z wnioskiem o nadanie statusu uchodźcy, w tym o przyznanie obywatelstwa[12]. Działania takie świadczą o wyjątkowo silnej więzi łączącej Ukraińców z Federacją Rosyjską, a także o wspomnianej już wcześniej kwestii „dwóch Ukrain".

Innymi słowy, najbardziej popularnymi oprócz Polski krajami migracji Ukraińców są: Rosja, Włochy, Czechy, Węgry oraz Portugalia[13].

Biorąc pod uwagę wyjątkowo trudną sytuację i swoistą destabilizację społeczno-ekonomiczną na terenie Ukrainy, a co za tym idzie nieskuteczność zwalczania patologii, w tym przestępczości, obywatele Ukrainy w kwietniu 2019 r. w wyniku wyborów prezydenckich wybrali na prezydenta Wołodymyra Zełenskiego, który otrzymał rekordowe poparcie rzędu 73,22%. W pierwszych dniach swojej kadencji nowy prezydent zapowiedział podjęcie radykalnych działań mających na celu zwalczanie przestępczości, w tym głównie przestępczości mającej podłoże korupcyjne. Zdaniem części ukraińskich obywateli państwo niewiele zrobiło, aby doprowadzić do ograniczenia korupcji. Wręcz przeciwnie, zdaniem opiniotwórczego magazynu „Ukraińska Prawda", „ukraiński rząd imituje walkę z korupcją i oszukuje unijnych partnerów. Dodatkowo, według dziennikarzy: „Ostatnie działania władzy dowiodły jednak, że politykom znad Dniepru wcale nie zależy na faktycznej poprawie życia obywateli, ale na przypodobaniu się zachodowi przy jednoczesnym zaspokojeniu potrzeb lokalnych grup interesów. Mało komu ze starych elit podoba się walka z korupcją(...). Rząd podatny na wpływy lobby, przepycha nieefektywne rozwiązania i udaje, że dokonuje zmian"[14].

Na uwagę zasługuje kwestia oceny stopnia korupcji. Do chwili obecnej nie zostało wypracowane narzędzie, za pomocą którego w sposób idealny można dokonać oceny stopnia korupcji w poszczególnych krajach. Co roku światowa organizacja pozarządowa

[9] Dane Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej na dzień 31.12.2017 r.

[10] *International Migration Outlook 2018, OECD*, https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/international-migration-outlook-2018 (dostęp: 1.11.2019 r.); M. Lubicz-Miszewski, *Nowi imigranci z Ukrainy w Polsce 5 lat po „rewolucji godności" – wprowadzenie*, *Imigranci z Ukrainy w Polsce. Potrzeby i oczekiwania. Reakcje Społeczne. Wyzwania dla bezpieczeństwa*, red. M. Lubicz-Miszewski, Wrocław 2018, s. 7–17.

[11] L. Kostrzewski, A. Rozwadowska, *Obcokrajowcy ratują ZUS. Składki na ubezpieczenie społeczne płaci już 403 tys. Ukraińców*, „Gazeta Wyborcza" z 30.07.2018 r. (dostęp: 1.11.2019 r.).

[12] M. Jaroszewicz, *Migracje z Ukrainy do Polski. Stabilizacja trendu, Raport OSW*, Warszawa, październik 2018 r., s. 13–18.

[13] Państwowy Komitet…

[14] M. Tomaszkiewicz, *Poroszenko okłamuje Zachód? Ukraińscy dziennikarze: „Nie dawajcie unijnych pieniędzy i nie znoście wiz"*, „Newsweek" z 28.10.2019 r.; M. Tomaszkiewicz, *Ukraina: Czas, by złodzieje przestali kraść i zaczęli walczyć*, „Newsweek" z 17.04.2016 r., newsweek.pl/swiat/ukraina-jak-postepuja-reformy-na-ukrainie/hhvhhp1 (dostęp: 1.11.2019 r.); W. Lebediuk, *Ukraina po rewolucji godności, próba wdrożenia reform*, red. T. Stępniewski, A. Szabaciuk, „Wschodni rocznik humanistyczny" 2017/4, t. XIV, s. 57–83.

Transparency International publikuje wyniki związane z percepcją korupcji. Indeks zawiera uporządkowane chronologicznie kraje według stopnia korupcji wśród urzędników publicznych, polityków, według ankiet, które są przeprowadzane przez niezależne instytucje, w tym m.in.: Instytut Gallupa, Bank Światowy czy też Pricewaterhouse.

Indeks percepcji korupcji zawiera trzy liczby, które są przyporządkowane dla każdego kraju. Pierwsza z nich odpowiada ogólnemu rankingowi wiarygodności (maksymalny wynik to 10, minimalny zaś to 0), kolejna kolumna wskazuje na liczbę ankiet. Minimalna liczba ankiet to 2 maksymalna, zaś minimalna 7. (Im większa liczba ankiet, tym ocena jest bardziej wiarygodna). Trzecia kolumna wskazuje z kolei na wariancję wyników. Wysoka liczba wariancji (zmienności) oznacza wysoki stopień sprzecznych opinii.

Do 2012 r. CPI (*Corruption Perceptions Index*) klasyfikowało państwa ze względu na skalę postrzeganej korupcji, mierzonej w dziesięciopunktowej skali. Im wskaźnik był bliższy 10, tym większa przejrzystość i znikoma korupcja, zaś im był on bliższy zeru, tym mniejsza przejrzystość i wszechogarniająca korupcja. W 2012 r. *Transparency International* zmieniło metodologię badań. Inaczej niż to miało miejsce w latach ubiegłych, zastosowano wówczas skalę od 0 do 100 (zamiast 0–10), w której 0 oznacza kraj najbardziej skorumpowany, zaś 100 – najmniej skorumpowany. Zmiana ta miała umożliwić dokładne obserwowanie trendów i porównywanie wyników względem lat ubiegłych. Polska początkowo nie znalazła się wśród 41 krajów podczas pierwszego opublikowanego przez TI corocznego rankingu w 1995 r.[15] Należy zauważyć, że 2/3 państw poddanych badaniu nie osiągnęło nawet 50 pkt. Obecnie średnia światowa tzw. mierzonej korupcji wynosi 43 pkt. Trzy pierwsze miejsca – w rankingu percepcji korupcji – zajmują: Dania, Nowa Zelandia oraz Finlandia. Polska według wyników z 29.01.2019 r. zajmuje z 60 punktami 36 miejsce[16]. Jeżeli chodzi o Ukrainę, to obecnie zajmuje ona 120 miejsce z 32 punktami, bezpośrednio wyprzedzając kraje z Afryki, tj. Dżibuti oraz Gabon (oba kraje uzyskały po 31 punktów). Najgorzej w rankingu wypadła Somalia uzyskując 10 pkt[17]. W wyniku przeprowadzonej analizy percepcji korupcji oraz sytuacji na Ukrainie, *Transparency International* wydało szereg rekomendacji, mających na celu usprawnienie walki z korupcją. Do najważniejszych zaliczono:

1) konieczność wzrostu roli czynnika społecznego przy wyborze sędziów;
2) rozwój instrumentów prawnych, które mają być dostępne dla urzędników antykorupcyjnych, w tym Narodowe Antykorupcyjne Biuro Ukrainy (NABU);
3) dalszy wzrost roli tzw. sądu antykorupcyjnego.

Dodatkowo, organizacja TI dostrzegła, że „pogłębiła się tendencja do wzajemnej konfrontacji pomiędzy organami ścigania, których kompetencje się krzyżują (NABU, Służby

[15] Na pierwszym miejscu rankingu jako kraj najmniej podatny na korupcję znalazła się Nowa Zelandia z wynikiem 9,55 (wariancja 0,07), zaś na ostatnim Wenezuela z wynikiem 2,66 (wariancja 3,18), https://www.transparency.org/reserch/cpi/cpi-early/0 (dostęp: 23.01.2018 r.); G. Ocieczek, *Mały świadek koronny. Geneza instytucji. Analiza wyników badań* [w:] *Współczesne problemy polskiego procesu karnego – materiały pokonferencyjne*, M. Wielec, G. Ocieczek, B. Oręziak, J. Repeć, Warszawa 2020 (w przygotowaniu).

[16] Komunikat nr 1/2019 Transparency International – korupcja 2018, http://komunikat -1–2019 transparency--international-_-korupcja-2018 (dostęp: 1.11.2019 r.).

[17] https://www.transparency.org/cpi2018 (dostęp: 1.11.2019 r.).

Bezpieczeństwa Ukrainy – SBU)". Zauważono także, że funkcjonariusze niektórych służb śledczych wywierają nielegalne naciski na przedsiębiorców oraz dziennikarzy[18].

Należy zaznaczyć, że wskaźnik związany ze stopniem korupcji nie odzwierciedla faktycznego, rzeczywistego stopnia korupcji w danym kraju, lecz stanowi wyłącznie subiektywne postrzeganie tego zjawiska. Niemniej jednak do chwili obecnej indeks percepcji korupcji jest jedynym narzędziem, które może odzwierciedlać stopień korupcji w poszczególnych państwach na świecie[19].

W wyniku przeprowadzonych badań na terenie Ukrainy ustalono, w oparciu o wywiady, główne przyczyny korupcji w tym kraju. (Obywatele mogli podać kilka powodów korupcji). I tak ich zdaniem:

- 80,1% uważa, że brak jest adekwatnej kary za korupcję;
- 58,1% twierdzi, że przyczyna tkwi w nieuczciwości polityków i urzędników;
- 39,6% jest zdania, że obywatele przyzwyczaili się do używania korupcji jako narzędzia rozwiązującego każdą sprawę;
- 31,7% obywateli uważa, że brak jest jasnych procedur i zasad działania dla instytucji państwowych;
- 23,9% uważa, że istnieje niski poziom świadomości społecznej co do istniejących procedur i zasad działania instytucji państwowych[20].

Należy zaznaczyć, że znaczna część Ukraińców wyjątkowo sceptycznie podchodzi do planowanych reform, a wręcz nie wierzy, iż mogą ona zmienić istniejącą sytuację w kraju. Według przeprowadzonych badań tylko 5% społeczeństwa wierzy w sukces reform, natomiast 22% wierzy w ich powodzenie, ale ma wątpliwości. Z kolei 41% obywateli uważa, że postęp reform jest zbyt słaby, a 35% – że zrobiono za mało. Za słabe efekty społeczeństwo obwinia głównie oligarchów oraz urzędników państwowych[21].

Opisana sytuacja społeczno-ekonomiczna na Ukrainie przypomina czasy, kiedy to nasz kraj wychodził z kryzysu, a polskim przedstawicielom „elit" nie zależało na poprawie sytuacji obywateli, lecz wyłącznie na swoich partykularnych interesach. Niejednokrotnie dochodziło wówczas do tzw. zbliżenia elit z przedstawicielami aparatu państwa, w tym głównie służb specjalnych, dzięki którym uzyskiwali oni lukratywne kontrakty służące do rozwoju ich przedsiębiorstw. Z całą pewnością kontrakty te miały przymiot niezgodności z prawem, a niejednokrotnie były uzyskiwane w wyniku zmowy przetargowej.

Niektórzy z przedstawicieli doktryny, w tym m.in. E.W. Pływaczewski, zajmujący się m.in. problematyką przestępczości zorganizowanej, w tym też korupcyjnej, wyróżnił siedem głównych czynników, w oparciu na których może się w sposób dynamiczny rozwijać przestępczość na terenie kraju, w którym zachodzą dynamiczne zmiany społeczno-gospodarcze i polityczne.

Do czynników tych zaliczył:

1) Czynniki historyczne związane z rozwojem przestępczości w ciągu ubiegłych lat, a polegające na profesjonalizacji przestępczości.

[18] Ukraina znajduje się na 120 miejscu w światowym rankingu korupcji, 29 stycznia 2019 r., https://www.salon24.pl/u/instytutwolnosci/930098,ukraina (dostęp: 1.11.2019 r.).
[19] G. Ocieczek, *Mały świadek*…
[20] Raport z działalności NABU za 2019 r. (dane własne NABU).
[21] W. Lebediuk, *Ukraina*…, s. 72–73.

2) Czynniki społeczne, wśród których na pierwszy plan wysuwa się upadek wartości i autorytetów, mający bezpośredni związek z tzw. dezorganizacją społeczną. Dodatkowo, wśród tego rodzaju czynników zauważalne jest przyzwolenie społeczeństwa na popełnianie niektórych przestępstw, w tym głównie o charakterze korupcyjnym, przemytniczym i podatkowym. Dodatkowo, do tego rodzaju czynników należy odrzucenie wartości duchowych, gdzie na pierwszy plan wysuwają się wyłącznie czynniki o charakterze materialnym, w tym m.in. zapotrzebowanie ze strony obywateli na nielegalne towary i usługi[22].
3) Czynniki ekonomiczne polegające na przekształceniu się struktur własnościowych, zwiększeniu bezrobocia oraz rozwarstwieniu społecznym. Głównym celem obywateli staje się uzyskanie maksymalnych korzyści (zysków) w jak najkrótszym czasie. Ważnymi elementami związanymi z występowaniem czynników ekonomicznych są: zmiany w strukturze własnościowej wyrażające się m.in. upadkiem części przedsiębiorstw, wyjątkowo trudna sytuacja ekonomiczna państwa, której skutkiem jest m.in. znaczne rozwarstwienie społeczne, utrata przez część obywateli dotychczasowych źródeł utrzymania.
4) Czynniki prawne wynikające w głównej mierze ze „słabości" prawa, które nie jest dostosowane do panującej sytuacji społeczno-gospodarczej, nie pozwalając tym samym na wyposażenie organów ścigania w dostateczne narzędzia umożliwiające ściganie przestępczości. Szczególna słabość wyraża się w regulacjach dotyczących prawa karnego, gospodarczego czy też celnego, które to obszary prawa nie przystają do panujących warunków. Wśród czynników prawnych należy też wymienić brak efektywnego wykorzystywania służb, w tym służb specjalnych, wśród części z nich znajdują się bowiem osoby skorumpowane, działające na rzecz oligarchów.
5) Czynniki organizacyjne polegające na przeobrażeniu strukturalnych organów państwowych oraz ich ograniczonych zasobów kadrowo-technicznych. Ponadto, związane z tymi elementami braki odpowiednich struktur organów ścigania, wszechobecna korupcja oraz brak wspólnej koordynacji i współpracy między tymi organami. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na brak odpowiedniej kontroli ze strony aparatu państwa nad służbami, których funkcjonariusze mogą podejmować współpracę z organizacjami przestępczymi.
6) Czynniki międzynarodowe związane z otwarciem granic, zniesieniem ograniczeń w ruchu granicznym, rozwojem migracji ludności czy też rozpadem ZSRR. Wyżej wymienione czynniki przyczyniają się do znacznego wzrostu przestępczości, w tym głównie mającej charakter międzynarodowy i transgraniczny. Dodatkowym elementem uniemożliwiającym zwalczanie przestępczości jest brak współpracy międzynarodowej, a co za tym idzie – szybkiej wymiany informacji pomiędzy służbami poszczególnych krajów.
7) Inne czynniki takie jak: polityczne, związane z rozwojem nowoczesnych technologii i technik. Wśród tych czynników szczególną uwagę należy

[22] B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2004, s. 379.

zwrócić na powstawanie różnych tzw. kanałów wymiany informacji, co uniemożliwia w znacznym stopniu kontrolę nad nielegalną działalnością różnych grup przestępczych. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na korupcję polityczną, przejawiającą się choćby w tym, że tylko niektórzy przedsiębiorcy posiadają dostęp do lukratywnych kontraktów oraz umów dzięki podejmowanym przez siebie nielegalnym działaniom[23].

II. ORGANY POWOŁANE DO BADANIA I PROWADZENIA SPRAW ZWIĄZANYCH Z KORUPCJĄ NA TERENIE UKRAINY

1. Narodowe Antykorupcyjne Biuro Ukrainy

W dniu 14.10.2014 r. Rada Najwyższa Ukrainy przyjęła ustawę o Narodowym Antykorupcyjnym Biurze Ukrainy (NABU). Ustawa o NABU weszła w życie 25.02.2015 r.[24] Utworzenie NABU było zarówno odpowiedzią na rozprzestrzeniającą się na terytorium Ukrainy korupcję, jak i jednym z wymogów Komisji Europejskiej oraz Międzynarodowego Funduszu Walutowego w ramach realizacji planu działania na rzecz liberalizacji reżimu wizowego oraz późniejszego ewentualnego członkostwa Ukrainy w UE. Od samego początku działalność NABU była wspierana zarówno przez państwa członkowskie Unii Europejskiej, w tym Polskę, jak i Stany Zjednoczone. Ze strony naszego kraju w 2015 r. zostało pomiędzy Centralnym Biurem Antykorupcyjnym (CBA) a Narodowym Antykorupcyjnym Biurem Ukrainy podpisane dwustronne porozumienie o współpracy, na podstawie którego funkcjonariusze CBA przeprowadzają liczne kursy specjalistyczne i szkolenia z funkcjonariuszami NABU w zakresie zapobiegania i zwalczania korupcji. Dodatkowo, w maju 2016 r. CBA i NABU zawarły bilateralne porozumienie, które dotyczy wymiany informacji analitycznych oraz organizację wspólnych działań śledczych. Poniższy wykres 1 przedstawia liczbę zagranicznych szkoleń przeprowadzonych z udziałem funkcjonariuszy NABU w okresie od 1.01.2017 r. do 31.12.2017 r.

Pierwszym dyrektorem NABU został Artem Sytnyk, który wcześniej pełnił funkcję szefa wydziału śledczego prokuratury okręgowej w Kirovohradzie. Został on wybrany spośród 186 kandydatów obiegających się o tę funkcję. Na podstawie art. 6 ustawy o NABU: „Działalnością NABU kieruje Dyrektor, który powoływany i odwoływany jest przez Prezydenta Ukrainy w trybie określonym w niniejszej ustawie. Rada Najwyższa Ukrainy, na wniosek co najmniej 1/3 konstytucyjnego składu”[25].

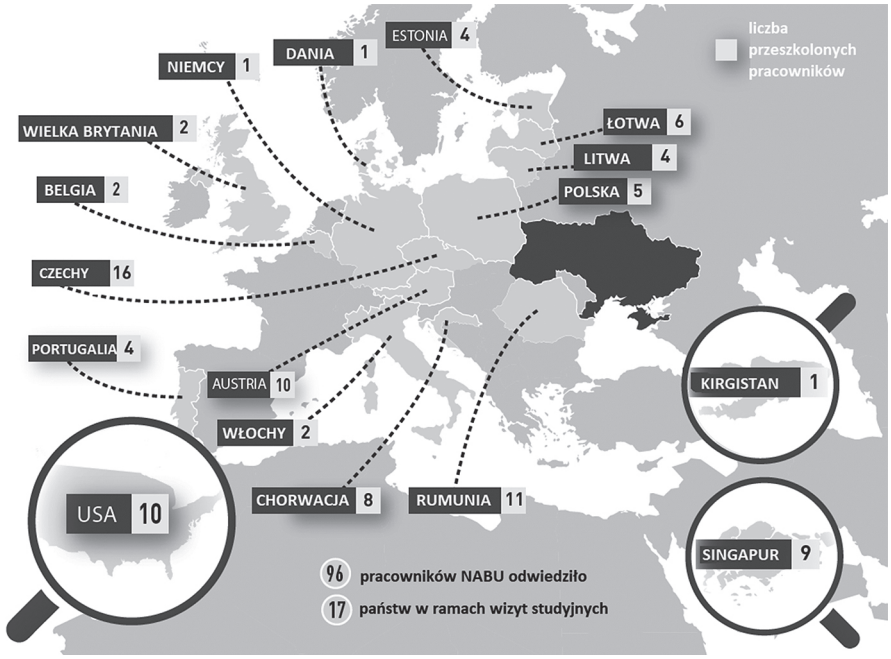
Kompetencje dyrektora NABU zostały określone w art. 8 powyższej ustawy, zgodnie z którym: 1) Ponosi on odpowiedzialność za działalność NABU, w szczególności za legalności przy realizowanych przez NABU czynnościach operacyjno-rozpoznawczych, prowadzonych postępowaniach przygotowawczych, a także

[23] E.W. Pływaczewski [red.] *Przestępczość Zorganizowana*, Warszawa 2011, s. 153 i n.; K. Laskowska, *Etiologia przestępczości zorganizowanej w Polsce* [w:] *Przestępczość zorganizowana*, red. E.W. Pływaczewski, Warszawa 2011, s. 152–169; B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2004, s. 1009 i n.; J. Foks, *Pershing, Dziad – ABC przestępczości zorganizowanej w Polsce*, Warszawa 2000, s. 9.

[24] http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698–18 (dostęp: 2.11.2019 r.); T. Szyszlak, *Przekształcenia w ukraińskim systemie bezpieczeństwa narodowego po rewolucji godności. Wybrane aspekty*, www.wns.uni.wroc.plpublikacje (dostęp:11.11.2019 r.).

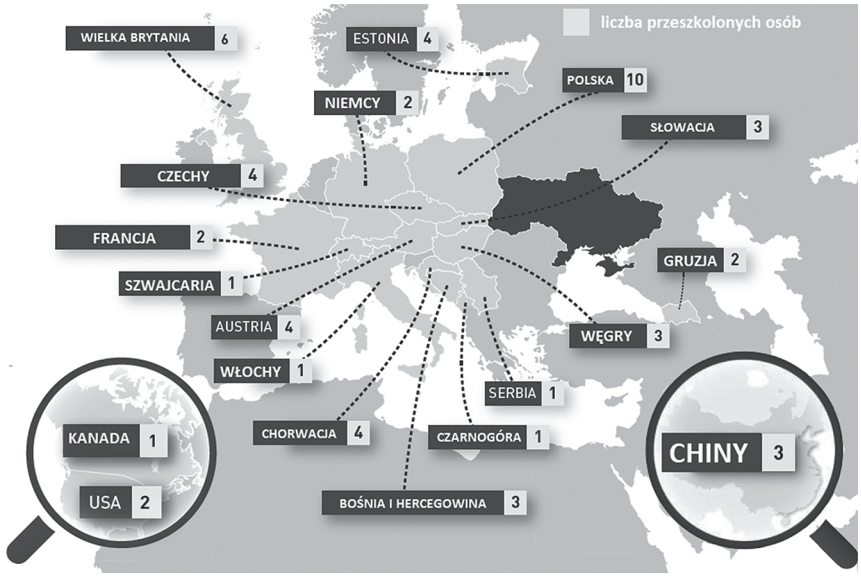
[25] Zob. przypis 24.

Wykres 1
Liczba szkoleń zagranicznych przeprowadzonych z udziałem funkcjonariuszy NABU w 2017 r.



Źródło: dane własne NABU.

Wykres 2
Liczba przeszkolonych funkcjonariuszy przy udziale służb zagranicznych, w tym m.in. CBA w 2017 r.



Źródło: dane własne NABU.

za przestrzeganie praw i wolności osób, 2) organizuje pracę NABU, określa obowiązki pierwszego zastępcy i zastępców Dyrektora NABU, 3) koordynuje i kontroluje działalność Zarządu Centralnego i zarządów terenowych NABU, 4) zatwierdza strukturę i etaty Zarządu Centralnego i zarządów terenowych NABU, 5) wydaje, w ramach swoich kompetencji, rozkazy, zarządzenia i polecenia, które są obowiązkowe do wykonania przez pracowników NABU, 6) wyznacza i odwołuje ze stanowisk pracowników NABU, 7) zatwierdza strategiczne, bieżące i operacyjne plany pracy NABU, 8) określa tryb rejestracji, przetwarzania, gromadzenia i brakowania, zgodnie z obowiązującymi przepisami, otrzymywanych przez NABU informacji; zapewnia zapobieganie bezprawnemu dostępowi do informacji z ograniczonym dostępem, a także zapewnia przestrzeganie prawa o dostępie do informacji publicznej, której dysponentem jest NABU, 9) określa tryb motywowania osób, które udzielają pomocy przy udaremnianiu, wykrywaniu, uniemożliwianiu i ściganiu przestępstw, znajdujących się we właściwości rzeczowej NABU, 10) podejmuje decyzje w sprawie należności dyscyplinarnych nakładanych przez Komisję Dyscyplinarną NABU na pracowników NABU, 11) w trybie określonym w obowiązujących przepisach, nadaje rangi urzędnicze pracownikom NABU oraz stopnie osobom zajmującym stanowiska oficerskie w NABU; wnosi do Prezydenta Ukrainy o nadanie rang urzędniczych i stopni osobom zajmującym wyższe stanowiska oficerskie w NABU, 12) w trybie określonym w obowiązujących przepisach, wnosi propozycje zmian w prawie w zakresie właściwości rzeczowej NABU, 13) reprezentuje NABU w relacjach z innymi organami państwowymi, organami samorządu terytorialnego, organizacjami społecznymi, a także organami innych państwa, organizacjami międzynarodowymi, 14) ma prawo być obecnym na posiedzeniach Rady Najwyższej, jej komisji, tymczasowych komisji specjalnych, tymczasowych komisji śledczych, a także brać udział z prawem głosu doradczego w posiedzeniach Gabinetu Ministrów Ukrainy, 15) zapewnia otwartość i transparentność działalności NABU zgodnie z niniejszą ustawą; realizuje obowiązek sprawozdawczy w trybie wyznaczonym w niniejszej ustawie, 16) wydaje zgodę na wykorzystanie zasobów funduszu specjalnych działań operacyjno-rozpoznawczych i śledczych, 17) wykonuje inne kompetencje zgodnie z niniejszą i innymi ustawami[26].

Na podstawie powyższego widać, że zakres uprawnień osoby kierującej służbą antykorupcyjną jest stosunkowo szeroki oraz zbliżony do tożsamej polskiej służby CBA.

Ustawa o NABU określa podstawy prawne organizacji i funkcjonowania Narodowego Biura Antykorupcyjnego Ukrainy. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy głównym zadaniem Biura jest zwalczanie przestępstw korupcyjnych popełnianych przez wysokich urzędników pełniących funkcje państwowe lub samorządowe, które stanowią zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego. Detektywi Narodowego Biura Antykorupcyjnego Ukrainy prowadzą postępowania przygotowawcze w sprawie przestępstw, o których mowa w art. 191, 206–2, 209, 210, 211, 354, 364, 366–1, 368, 368–2 369, 369–2, 410 Kodeksu karnego Ukrainy (dalej k.k. Ukrainy)[27],

[26] http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698–18 (dostęp: 2.11.2019 r.).

[27] Art. 191 k.k. Ukrainy: „Sprzeniewierzenie, niewłaściwe zastosowanie lub przywłaszczenie mienia w wyniku nadużycia urzędu", art. 206–2 k.k.: „Bezprawne przywłaszczenie mienia przedsiębiorstwa, instytucji lub organizacji", art. 209 k.k.: „Legalizacja (pranie) dochodów z działalności przestępczej", art. 210 k.k.: „Nieuprawnione wykorzystanie środków budżetowych, ponoszenie wydatków budżetowych, lub udzielanie pożyczek z budżetu bez ustalonych przydziałów budżetowych lub w ich nadmiarze", art. 211 k.k.: „Wydawanie

uwzględniając warunki określone w art. 216 ust. 5 Kodeksu postępowania karnego Ukrainy (dalej k.p.k. Ukrainy), przy wystąpieniu następujących założeń:

1) Przestępstwo zostało popełnione przez następujące osoby będące funkcjonariuszami publicznymi:
   - prezydenta Ukrainy, którego kadencja wygasła; Ludowego Zastępcę Ukrainy; premiera Ukrainy; członka Gabinetu Ministrów Ukrainy, pierwszego wiceministra i wiceministra; szefa Narodowego Banku Ukrainy, jego pierwszego i drugiego zastępcę; członka Zarządu Narodowego Banku Ukrainy; Sekretarza Rady Bezpieczeństwa Narodowego i Obrony, jego pierwszego oraz drugiego zastępcę;
   - urzędnika służby cywilnej, którego stanowisko należy do lub ma taki sam status jak kategorie służby państwowej;
   - członka Rady Najwyższej Krymskiej Republiki Autonomicznej; członka Rady Regionalnej, Rady Miejskiej Kijowa i Sewastopola; urzędników samorządowych, których stanowiska należą do kategorii służby państwowej;
   - sędziego Trybunału Konstytucyjnego Ukrainy; sędziego każdego sądu; sędziego sądu powszechnego; asesora ludowego lub jurora (gdy pełnią służbę); przewodniczącego członków, inspektorów dyscyplinarnych Komisji Wysokiego Szczebla Sędziów Ukrainy; szefa, zastępcę sekretarza Wysokiej Rady Sprawiedliwości; pozostałych członków Wysokiej Rady Sprawiedliwości;
   - prokuratorów prokuratur, o których mowa w punktach 1–4, 5–11, część 1, art. 15 ustawy o prokuraturze;
   - starszych funkcjonariuszy państwowej służby karnej; agencji i urzędów obrony cywilnej; komendy głównej Policji Narodowej; funkcjonariuszy służb celnych, którym przyznano 3. stopień, radców prawnych służb podatkowych i celnych lub wyższych urzędników państwowej administracji podatkowej, którym przyznano 3. stopień radcy prawnego służb podatkowych i celnych;
   - oficerów wojskowych Wysokiego Dowództwa Sił Zbrojnych Ukrainy, Służby Bezpieczeństwa Ukrainy, Państwowej Służby Granicznej Ukrainy, Państwowej Służby Transportu Specjalnego, Gwardii Narodowej Ukrainy i innych jednostek wojskowych utworzonych zgodnie z prawem Ukrainy;
   - szefa ważnego podmiotu gospodarczego z udziałem Skarbu Państwa lub własnością gminną przekraczającą 50%.
2) Szkoda wyrządzona przestępstwem jest co najmniej 5 razy większa niż minimalne wynagrodzenie ustalone przez prawo w momencie popełnienia przestępstwa[28].

aktów prawnych o charakterze normatywnym, które zmniejszają przychody budżetowe lub zwiększają wydatki budżetowe wbrew prawu", art. 354 k.k.: „Przekupstwo pracownika spółki, instytucji lub organizacji" (w odniesieniu do pracowników podmiotów prawnych), art. 364 k.k.: „Nadużycie władzy lub urzędu", art. 368 k.k.: „Przyjmowanie ofert, obietnic lub bezprawnych świadczeń przez urzędnika", art. 368–2 k.k.: „Bezprawne wzbogacenie", art. 369 k.k.: „Ofertowanie, obietnica lub udzielanie bezprawnych korzyści urzędnikowi", art. 369 k.k.: „Nadużycie wpływów", art. 410 k.k.: „Kradzież, przywłaszczenie, wymuszenie broni, amunicji, materiałów wybuchowych lub innych substancji bojowych, pojazdów, sprzętu wojskowego i specjalistycznego lub innego mienia wojskowego przez wojskowych, zawłaszczenie powyższego w drodze oszustwa lub nadużycia urzędu", w obecności co najmniej jednego z poniższych warunków:

[28] Na dzień 1.03.2016 r. kwota ta wynosiła 689 tys. UAH (hrywien), tj. ok. 100 tys. PLN.

3) przestępstwo określone w art. 369 i części 1 art. 369–2 k.k. Ukrainy zostało popełnione przeciwko funkcjonariuszowi, o którym mowa w art. 18 k.k. Ukrainy lub klauzuli 1, części 5, art. 216 k.p.k. Ukrainy.

Zgodnie z art. 4 ustawy o NABU niezależność Biura jest zagwarantowana przez poszczególne elementy, tj.:

- specjalną procedurę wyboru dyrektora Biura w drodze konkursu oraz wyczerpującą listę przyczyn wygaśnięcia uprawnień dyrektora Biura Narodowego, zgodnie z przepisami prawa;
- zasady selekcji konkursowej pozostałych pracowników Biura, ich szczególną ochronę prawną i socjalną oraz odpowiednie warunki wynagradzania pracowników;
- ustawowo ustanowioną procedurę finansowania oraz wsparcia rzeczowo-technicznego Biura;
- określone przepisami prawa środki zapewniające bezpieczeństwo osobiste pracowników Biura, ich najbliższej rodziny i mienia oraz inne środki określone w ustawie.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku funkcjonariuszy zarówno polskich służb specjalnych, jak i policji, pracownicy Biura nie mają prawa do bycia członkami lub uczestniczenia w tworzeniu lub działalności partii politycznych, organizowania lub uczestniczenia w strajkach, bycia „powiernikami" osób trzecich w sprawach Biura, wykorzystywania Biura, jego pracowników i mienia w interesie partii lub grup albo w interesie osobistym.

Dodatkowo, zgodnie z art. 21 ustawy o NABU, pracownicy Biura wykonując swoje obowiązki są przedstawicielami rządu, działają w imieniu państwa i pozostają pod jego ochroną. Nikt nie ma prawa ingerować w ich zgodne z prawem działania, z wyjątkiem upoważnionych urzędników organów państwowych, w przypadkach przewidzianych przez prawo. W interesie zapewnienia bezpieczeństwa osobistego pracowników Biura i członków ich rodzin informacje o ich miejscu zamieszkania nie mogą być ujawniane za pośrednictwem środków masowego przekazu. Informacje o służbie wykonywanej przez pracowników Biura są przekazywane za zgodą dyrektora Biura lub jego zastępców. Jeżeli pracownik zostanie zatrzymany lub zostanie zastosowany wobec niego środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztu, powinien być przetrzymywany oddzielnie od innych osadzonych. Osoby, które dobrowolnie, w tym na podstawie umowy, wspomagają Biuro w wykonywaniu jego uprawnień, znajdują się pod ochroną państwa. Bezprawne ujawnienie informacji o takich osobach oraz innych przestępstwach dotyczących takich osób i ich rodzin, popełnionych w odniesieniu do ich związku z Biurem, skutkuje odpowiedzialnością przewidzianą przepisami prawa. Pracownik, który zgodnie z ustawą zgłosił czyny zabronione lub bezczynność innego pracownika Biura, nie może być zwolniony, zmuszony do rezygnacji, pociągnięty do odpowiedzialności lub w inny sposób prześladowany za takie zgłoszenie, z wyjątkiem pociągnięcia go do odpowiedzialności za świadomie fałszywe oskarżenie o popełnienie przestępstwa. Urzędnicy Biura nie mogą także ujawniać informacji o innych pracownikach, którzy zgłosili przestępstwo[29].

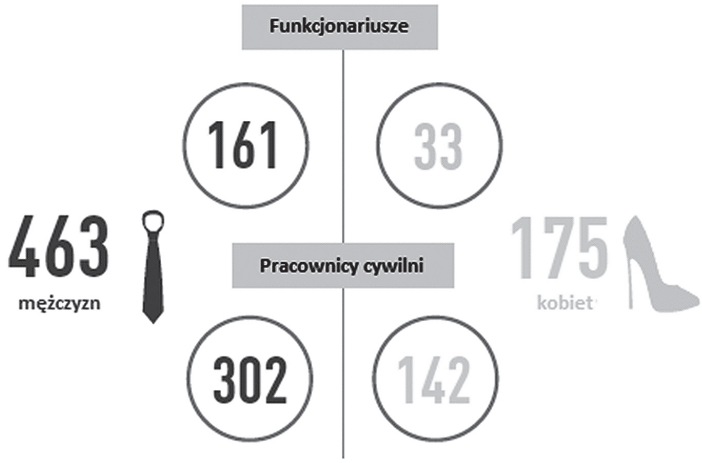
[29] http://zakon/.rada.gov.ua/laws/show/1698–18 (dostęp: 2.11.2019 r.).

Jeżeli chodzi o finansowanie NABU, to zgodnie z prawem źródłem finansowania Biura jest budżet państwa Ukrainy. Finansowanie NABU z innych źródeł jest zabronione, z wyjątkiem przypadków przewidzianych w umowach międzynarodowych Ukrainy lub międzynarodowych projektach pomocy technicznej.

Z kolei, jeżeli chodzi o funkcjonariuszy NABU zwanych detektywami, to są oni pracownikami Narodowego Biura Antykorupcyjnego Ukrainy, którzy wykonują czynności operacyjne oraz prowadzą postępowania przygotowawcze w postępowaniach podlegających jurysdykcji Biura. Detektywi są urzędnikami państwowymi korzystającymi z ww. przywilejów i obowiązków[30].

Na początku 2018 r. średni wiek pracowników NABU wahał się w granicach 25–35 lat (najmłodszy miał 23 lata, zaś najstarszy – 63 lata), 49 osób było weteranami, natomiast 33 osoby posiadały stopień naukowy (w tym m.in. było: 20 doktorów prawa, 4 doktorów ekonomii, 2 doktorów nauk ścisłych, 1 doktor politologii, 1 doktor nauk medycznych, 1 doktor wychowania fizycznego i sportu), wszyscy pracownicy NABU mają wyższe wykształcenie[31].

Wykres 3
Liczba funkcjonariuszy i pracowników cywilnych NABU na początku 2019 r.



Źródło: dane własne NABU.

Narodowe Antykorupcyjne Biuro Ukrainy działa poprzez swoje biura terenowe, w tym m.in.: we Lwowie, Odessie i Charkowie. Pracownicy biur terenowych komunikują się z mieszkańcami i ściśle współpracują z jednostkami detektywów w centrali w Kijowie. Struktura kadrowa biur regionalnych nie obejmuje stanowisk detektywów. Detektywi są każdorazowo wysyłani do regionalnych biur z biura centralnego. Każde biuro regionalne ma doraźnie zatrudniać 12 pracowników.

Jeżeli chodzi o czas prowadzonych postępowań przygotowawczych przez NABU, to każdorazowo zależy to od stopnia skomplikowania i wielowątkowości każdego przestępstwa związanego z korupcją. Zgodnie z art. 28 k.p.k. Ukrainy

[30] Obowiązki i prawa pracowników Biura Narodowego są określone w art. 16 i 17 ustawy o NABU.
[31] Raport z działalności NABU na koniec 2017 r.

w postępowaniu karnym wszystkie działania prawne lub decyzje proceduralne muszą być wykonywane lub podejmowane w rozsądnym terminie. Rozsądny czas to czas obiektywnie konieczny do wykonania czynności prawnych lub podjęcia decyzji proceduralnych.

W celu zapewnienia przejrzystości, a co za tym idzie kontroli nad działaniem funkcjonariuszy NABU, zostały utworzone jednostki kontroli wewnętrznej, które monitorują sposób życia pracowników Biura Narodowego w celu ustalenia zgodności poziomu życia pracownika z majątkiem i dochodami zarówno jego, jak i członków jego rodziny. Dochody i wydatki powinny być zgodne z przedłożonym przez pracownika oświadczeniem majątkowym. Podstawą pociągnięcia pracownika do odpowiedzialności dyscyplinarnej jest stwierdzona niezgodność poziomu życia pracownika z jego dochodami i majątkiem jego i członków jego rodziny (art. 29 ustawy o NABU).

Zgodnie z art. 31 tej ustawy w celu zapewnienia przejrzystości i kontroli cywilnej nad działalnością Biura Narodowego, tworzy się Zarząd Kontroli Cywilnej składający się z 15 osób, utworzony na zasadach otwartej i przejrzystej konkurencji[32].

W celu umożliwienia zgłaszania obywatelom Ukrainy przypadków podejrzenia popełnienia przestępstw korupcyjnych, NABU stworzyło specjalną procedurę, zgodnie z którą należy postępować w poniżej opisany sposób: „Upewnij się, że posiadane informacje zawierają fakty, które mogą być zweryfikowane przez detektywów NABU i dotyczą osób podlegających jurysdykcji Biura. Jeśli posiadasz takie informacje, możesz:

- zadzwonić na bezpłatną infolinię NABU 0–800–503–200, która jest dostępna w dni powszednie od godziny 9:00 do 18:00;
- wysłać informacje zawierające podejrzenie o przestępstwie związanym z korupcją pod następujący adres: 03035 Kijów, ulica Surikova 3;
- przyjść osobiście do siedziby Biura przy ulicy Surikovej 3 w Kijowie;
- wypełnić formularz elektroniczny na oficjalnej stronie internetowej NABU."[33].

III. *CASE STUDY* – JAKO PRZYKŁADY NAJPOWAŻNIEJSZYCH POSTĘPOWAŃ PRZYGOTOWAWCZYCH PROWADZONYCH PRZEZ NABU

Jedną ze spraw korupcyjnych była defraudacja środków publicznych należących do państwowego przedsiębiorstwa Ukraiński Urząd Portów Morskich[34].

Schemat działalności korupcyjnej przedstawiał się następująco. Latem 2015 r. oraz na wiosnę 2016 r. SE USPA ogłosił zamówienie państwowe na usługi pogłębienia kanałów podejściowych i obszarów wodnych w portach Berdyansk i Mariupol. W każdym z przetargów wzięło udział tylko dwóch uczestników, a zwycięzcą w obu został Tekhmorhidrostroy Mykolayiv sp. z o.o. Odpowiednio w sierpniu

[32] http://zakon/.rada.gov.ua/laws/show/1698–18 (dostęp: 2.11.2019 r.).
[33] Zob. przypis 32.
[34] Ukraiński Urząd Portów Morskich (dalej SE USPA) – jest jednym z największych przedsiębiorstw państwowych o strategicznym znaczeniu dla gospodarki i bezpieczeństwa Ukrainy. USPA został utworzony w 2013 r. w celu skutecznego zarządzania własnością państwa w portach morskich, utrzymania niezbędnej głębokości wód portowych, zapewnienia bezpieczeństwa morskiego. Jednym z kluczowych kierunków jego pracy jest zaangażowanie inwestorów w rozwój i poprawę konkurencyjności portów.

2015 r. i w marcu 2016 r. SE USPA zawarł z tą firmą dwie umowy na łączną kwotę 290 mln UAH i 712 mln UAH. Przeprowadzone śledztwo ujawniło, że wygrana Tekhmorhidrostroy Mykolayiv była z góry ustalona, bowiem zwycięzca miał z innymi oferentami wstępnie uzgodnione oferty cenowe. Jednocześnie deklarowany koszt zakupu SE USPA znacznie przekroczył ceny rynkowe za wynajem statków. W związku z tym osoby podejrzane o zorganizowanie schematu korupcyjnego zaangażowały szereg spółek pośredniczących, które przekazywały sobie nawzajem statek do wynajęcia, za każdym razem zwiększając odpowiednio cenę. Zatem każdego dnia USPA nadmiernie przepłacał za same wypożyczenie każdego ze statków, a kwota ta wynosiła od 9 tys. do 19,5 tys. USD. USPA przepłacał również za ich mobilizację. Na przykład mobilizacja statku „MILFORD" wyniosła 622,24 tys. USD. Według kryminalistycznych badań gospodarczych, USPA zapłacił ponad 231,3 mln UAH za usługi pogłębienia ze względu na zawyżone koszty wynajmu i mobilizacji statków. Ponadto, z powodu nieodpowiedniego wykonania warunków jednej z umów między USPA a Tekhmorhidrostroy Mykolayiv (firma ta nie świadczyła usług na trzech statkach, lecz tylko na dwóch) oraz zawarcia dodatkowych umów zwiększono koszt usług związanych z pogłębieniem kanałów i obszaru wodnego portu morskiego Mariupol, a szkody wyrządzone SE SEPA sięgały 15,7 mln UAH. W wyniku schematu korupcyjnego państwo (SE USPA) poniosło straty w wysokości 247 mln UAH.

Przedmiotowe postępowanie przygotowawcze prowadzone było w kierunku art. 191 k.k. Ukrainy, czyli sprzeniewierzenia, niewłaściwego zastosowania oraz przywłaszczenia mienia w wyniku nadużycia urzędu.

Narodowe Antykorupcyjne Biuro Ukrainy w trakcie prowadzonego śledztwa przeprowadziło kluczowe dowody w postaci:

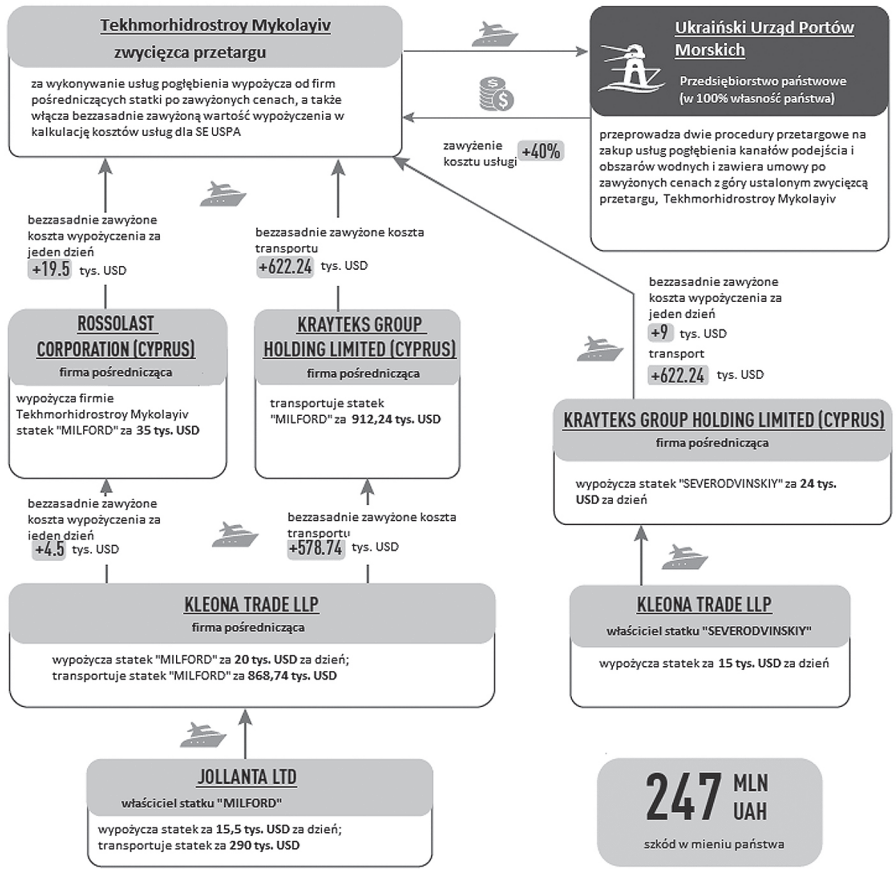
a) wykonania 7 ekspertyz, w tym kryminalistyczno-gospodarczych, grafologicznych i komputerowych,
b) 6 inspekcji, które zostały przeprowadzone przez Komitet Antymonopolowy Ukrainy, Państwową Służbę Skarbową Ukrainy oraz Państwową Służbę Audytu Ukrainy,
c) do 8 państw skierowano wnioski o międzynarodową pomoc prawną, przy czym otrzymano 5 odpowiedzi od właściwych organów innych państw;
d) złożono 2 pozwy o stwierdzenie nieważności umów; w wyniku czego umowa na 712 mln UAH została uznana za nieważną.

W wyniku przeprowadzonego postępowania przygotowawczego wydano postanowienie o przedstawieniu zarzutów z art. 191 k.k. Ukrainy[35] wobec 10 osób. Jedna z nich skorzystała z zawarcia ugody. Jednocześnie odzyskano 734 tys. UAH, jak również doprowadzono do zajęcia statku.

W okresie funkcjonowania do końca 2018 r. NABU prowadziło 635 postępowań karnych. W 176 sprawach skierowano do właściwych sądów akty oskarżenia przeciwko 292 osobom. Jednocześnie szacowana wartość szkód wynikłych z przestępstw wyniosła 220,02 mld UAH.

[35] Art. 191 k.k. Ukrainy: „Sprzeniewierzenie, niewłaściwe zastosowanie lub przywłaszczenie mienia w wyniku nadużycia urzędu".

Wykres 4
Schemat przestępczej działalności związanej z defraudacją środków publicznych należących do Ukraińskiego Urzędu Portów Morskich



Źródło: materiały własne NABU.

Narodowe Biuro Antykorupcyjne Ukrainy prowadzi najpoważniejsze postępowania korupcyjne przeciwko wysoko postawionym urzędnikom państwowym oraz członkom ich rodzin. Przykładem takich postępowań może być m.in.:

- Zatrzymanie 17.10.2019 r. zastępcy sekretarza Rady Bezpieczeństwa Narodowego i Obrony Ukrainy (NSDC), który jest podejrzewany o nadużywanie swojego stanowiska, jak również o nieprawidłowości w deklaracjach majątkowych. Były sekretarz miał dopuścić się zakupu przez budżet państwa samochodów terenowych MAZ 6317 po zawyżonych cenach od spółki PJSC „Automobile Company Bohdan Motors". Na skutek takiego działania strona ukraińska miała ponieść straty w wysokości 10,62 mln UAH[36].

[36] https://nabu.gov.ua/en/novyny/ex-first-deputy-secretary-national-security (dostęp: 3.11.2019 r.).

Tabela 1
Liczba wniesionych aktów oskarżenia przez NABU w latach 2015–2018

L.P.	XII 2015 –VII 2016 liczbowo	I 2017 –VI 2017 (%)	VI 2017 –XII 2017 (%)	VI 2018 –XII 2018 (%)	
Przywłaszczenie lub defraudacja cudzej własności przez osoby, którym ją powierzono	Artykuł 191	33	38,40%	33,30%	30,00%
Legalizacja (pranie) środków pochodzących z przestępstwa	Artykuł 209	5	2,30%	3,00%	9,00%
Nadużycie uprawnień lub stanowiska	Artykuł 364	7	8,20%	8,50%	13,00%
Zaakceptowanie propozycji, obietnicy lub otrzymanie niewłaściwej korzyści przez urzędnika, który zajmuje odpowiedzialne stanowisko	Artykuł 368	35	25,10%	28,50%	33,00%
Nielegalne wzbogacenie	Artykuł 368–2	1	0,50%	0,60%	2,00%
Oferowanie, obiecywanie lub wręczanie niewłaściwej korzyści	Artykuł 369	4	5,90%	6,60%	8,00%
Niewłaściwy wpływ	Artykuł 369–2	3	5,00%	6,00%	9,00%
Pozorny biznes	Artykuł 205	13	5,00%	4/9%	7,00%
Ingerencja w działalność najwyższych przedstawicieli władz	Artykuł 344	1	0,50%	0,60%	b.d.
Utworzenie organizacji przestępczej	Artykuł 255	13	3,6%%	3,60%	6,00%
Oszustwo	Artykuł 190	2	0,90%	b.d.	3,00%
Fałszerstwo w urzędzie	Artykuł 366	2	1,4%%	b.d.	17,00%
Nadużycie władzy lub stanowiska	Artykuł 364–1	2	1,4%%	b.d.	18,00%
Fałszowanie dokumentów, znaczków, pieczęci lub druków firmowych oraz sprzedaż lub używanie sfałszowanych dokumentów	Artykuł 358	2	0,50%	b.d.	5,00%
Nielegalne posiadanie broni	Artykuł 263	1	b.d.	b.d.	2,00%
Groźby lub przemoc wobec funkcjonariusza organów ścigania	Artykuł 345	1	b.d	b.d.	b.d.
Świadome wydanie niesprawiedliwego wyroku, wyroku, orzeczenia lub postanowienia przez sędziego (lub sędziów)	Artykuł 375	1	b.d.	b.d.	b.d.

Źródło: dane własne NABU.

- Postępowanie przeciwko byłemu prezesowi zarządu PJSC „State Food and Grain Corporation of Ukraine", który został zatrzymany w Wilnie, a podejrzewany jest o nadużycie władzy i stanowiska. Detektywi NABU mieli ustalić, że przedstawiciel międzynarodowego handlarza zbożem oraz urzędnicy SFGCU mieli zorganizować nieuczciwy program handlu zbożem, w wyniku czego ziarno PJSC zostało sprzedane przez prywatne firmy pośredniczące, a następnie dostarczone do Arabii Saudyjskiej. Dostawa zboża miała nie spełniać ustalonych zasad rynkowych. Na skutek takiego działania oszacowano stratę na kwotę 60 mln USD.

Tabela 2 Informacja statystyczna dotycząca działalności NABU w pierwszych sześciu miesiącach 2018 r. zgodnie z wymogami art. 26 ustawy o Narodowym Biurze Antykorupcyjnym Ukrainy		
1.	Liczba zarejestrowanych wniosków i zawiadomień o przestępstwach zaklasyfikowanych przez prawo jako podlegające jurysdykcji NABU	627
2.	Liczba dochodzeń wszczętych przez NABU i ich wyniki	14 (1 postępowanie karne)
3.	Liczba osób postawionych w stan oskarżenia o popełnienie czynów zabronionych będących pod jurysdykcją NABU, zaklasyfikowanych z mocy prawa jako przestępstwa	62
4.	Informacja o wysokości strat i szkód wyrządzonych przez przestępstwa zaklasyfikowane przez prawo jako podlegające jurysdykcji NABU	196 613 194 000 UAH 360 350 510 UAH
5.	Liczba wniosków złożonych po wyeliminowaniu przyczyny i warunki, które przyczyniły się do popełnienia przestępstwa korupcyjnego	9
6.	Wyniki testów uczciwości[37]	8 (1 negatywny)
7.	Liczba zabezpieczonych nieruchomości gruntowych	403
8.	Liczba zabezpieczanych nieruchomości	176 (za granicą – 9), nieruchomości komercyjne 115 (10 za granicą), 2 zintegrowane kompleksy nieruchomości
9.	Liczba zabezpieczonych samochodów	231
10.	Zabezpieczone środki pieniężne	607,9 mln UAH, 751,7 tys. USD, 2030 tys. EUR, 3.1 tys. GBP, 55,1 tys. RUB, 3,2 mln CHF
11.	Liczba zabezpieczonych maszyn rolniczych	115
12.	Liczba zabezpieczonych praw korporacyjnych	75

Źródło: dane własne NABU.

- Zatrzymanie 14.08.2019 r. wiceministra tymczasowo okupowanych terytoriów (TOT) oraz jego asystenta za powoływanie się na wpływy w organach sądu oraz podjęcie się pośrednictwa w załatwieniu sprawy cywilnej firmy LLC dotyczącej windykacji długów od innej spółki w zamian za korzyść majątkową w wysokości 100 tys. USD[38].
- Zatrzymanie syna szefa MSW Arsena Awakowa.
- Zatrzymanie wiceministra spraw wewnętrznych Serhija Czrebotary.
- Postępowanie w sprawie podejrzenia nielegalnego wzbogacenia się przez prokuratora generalnego Jurija Łucenki.
- Postępowanie w sprawie korupcji w Państwowej Służbie Migracyjnej.

Dodatkowo, należy wspomnieć, że NABU wspólnie z CBA prowadzi postępowania zarówno o charakterze operacyjnym, jak i procesowym. Przykładem wspólnego sukcesu tych dwóch służb było zatrzymanie przez funkcjonariuszy rzeszowskiej delegatury CBA, przy współpracy z NABU, pod koniec 2019 r. dwóch obywateli Polski i Ukrainy, którzy powoływali się na wpływy w organach celno-skarbowych oraz służbach granicznych obu krajów oraz dokonywali nielegalnego importu towarów powodując straty o wartości 1200000 PLN.

[37] G. Ocieczek, *Test integralności. Badania empiryczno-porównawcze*, „Prokuratura i Prawo" 2019/1, s. 141.
[38] https://nabu.gov.ua/en/novyny/deputy-minister-was-detained (dostęp: 3.11.2019 r.).

Z opublikowanych oficjalnych danych wynika, że NABU prowadzi dochodzenia z uwagi na fakt nielegalnego wzbogacenia oraz składania nieprawdziwych elektronicznych oświadczeń majątkowych przeciwko niżej wymienionym grupom osób, które procentowo odpowiadają następującym profesjom:

- 30% – parlamentarzyści;
- 18% – sędziowie;
- 18% – inne osoby;
- 10% – prokuratorzy,
- 7% – szefowie centralnych władz wykonawczych;
- 7% – zastępcy rad lokalnych;
- 6% – ministrowie i wiceministrowie;
- 2% – burmistrzowie/prezydenci miast;
- 1% – członkowie Narodowej Agencji do spraw Zapobiegania Korupcji[39].

W chwili obecnej trzeba zauważyć, że funkcjonariusze NABU prowadzą swoją działalność skierowaną przeciwko korupcji na najwyższych szczytach władzy i biznesu na terenie całej Ukrainy. Takie działania nie pozostają jednak bez echa i część elit politycznych podejmuje kroki mające na celu zdyskredytowanie zarówno dyrektora służby, jak i jego współpracowników.

Przykładem takich działań mogą być przeszukania przeprowadzone w ubiegłym roku w dwóch zakonspirowanych lokalach NABU oraz w mieszkaniach prywatnych niektórych jej funkcjonariuszy. Przeszukania te zostały przeprowadzone przez funkcjonariuszy Służby Bezpieczeństwa Ukrainy (SBU) na polecenie Prokuratora Generalnego. Tajemnicą poliszynela wydaje się być informacja o znaczącej korupcji wśród funkcjonariuszy SBU[40].

Abstract

Grzegorz Ocieczek, *Combating Corruption-Related Crime in Ukraine: Analysis Concerning Protection Authorities and Selected Case Studies (part I)*

Currently, corruption-related crime is growing at an exceptionally dynamic pace in Ukraine, with various links being established between private entities and the public sector. More and more sophisticated forms are being used. Hence the importance of preventive actions, which are to help eliminate or reduce corrupt practices. Therefore it is important to use the example of Ukraine to analyse how to fight against corruption-related crime. This country is only laying down the first foundations of its anti-corruption system. This analysis is divided into two parts. It discusses the basic elements of the system of fight against corruption in Ukraine and the model of operation of specialized authorities/bodies which combat this kind of crime, while presenting selected case studies.

Keywords: *criminal law, corruption, Ukraine*

[39] Biuletyn informacyjny NABU. Sprawozdanie z działalności za rok 2018.

[40] M. Łuniewski, *Wszystkie grzechy ukraińskiej bezpieki*, „Rzeczpospolita", 12.10.2019 r.; A. Rybczyński, *Misza na blaszanym dachu, zemsta na „ukraińskim CBA*", TVP info 2017–12–07, http://tvp.info/35115742/misza-na-blaszanym-dachu-zemsta-na-ukrainskim-cba (dostęp: 3.11.2019 r.).

Streszczenie

Grzegorz Ocieczek, *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza organów ochrony oraz wybrane case study (część I)*

Problematyka zwalczania przestępczości korupcyjnej należy do jednej z najbardziej skomplikowanych. Choć ma ona globalny charakter, to jednak dotąd nie wypracowano jednolitego wzorca jej zwalczania. Dlatego warto poddać analizie elementy systemu zwalczania korupcji w innych państwach Europy. Przedmiotem analizy będzie system zwalczania korupcji na Ukrainie. Opracowanie to zostało podzielone na dwie części, w których zostaną przedstawione elementy systemu ukraińskiego oraz wybrane stadia przypadku (case study).

Słowa kluczowe: *korupcja, zwalczanie korupcji, przestępczość na Ukrainie, organy ochrony prawnej, studium przypadku*

Literatura:

1. *EuroMajdan – nowa pomarańczowa rewolucja? Trwają protesty w Kijowie*, polskatimes.pl 23–11–2013;
2. Foks J., *Pershing, Dziad – ABC przestępczości zorganizowanej w Polsce*, Warszawa 2000;
3. Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 2004;
4. International Migration Outlook 2018r., OECD, https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/international-migration-outlook-2018;
5. Jaroszewicz M., *Migracje z Ukrainy do Polski. Stabilizacja trendu, Raport OSW*, Warszawa, październik 2018;
6. Konończuk W., *Ukraina rezygnuje z podpisania umowy stowarzyszeniowej w Wilnie: przyczyny i implikacje*, https://www.osw.waw.pl;
7. Kostrzewski L., Rozwadowska A., *Obcokrajowcy ratują ZUS. Składki na ubezpieczenie społeczne płaci już 403 tys. Ukraińców*, Gazeta Wyborcza, 30.07.2018 r.;
8. Laskowska K., *Etiologia przestępczości zorganizowanej w Polsce* [w:] *Przestępczość zorganizowana*, red. E.W. Pływaczewski, Warszawa 2011;
9. Lebediuk W., *Ukraina po rewolucji godności, próba wdrożenia reform*, red. T. Stępniewski, A. Szabaciuk, Wschodni rocznik humanistyczny 2017, nr 4, t. XIV;
10. Leszczyński P., *Bezpieczeństwo narodowe Ukrainy w kontekście jej podstaw konstytucyjnych i położenia geopolitycznego – węzłowe zagadnienia*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach 2014, nr 103;
11. Lubicz-Miszewski M., *Nowi imigranci z Ukrainy w Polsce 5 lat po „rewolucji godności" – -wprowadzenie* [w:] *Imigranci z Ukrainy w Polsce. Potrzeby i oczekiwania. Reakcje Społeczne. Wyzwania dla bezpieczeństwa*, red. M. Lubicz-Miszewski, Wrocław 2018;
12. Łuniewski M., *Wszystkie grzechy ukraińskiej bezpieki*, Rzeczpospolita, 12.10.2019 r.;
13. Ocieczek G., *Mały świadek koronny. Geneza instytucji. Analiza wyników badań* [w:] *Współczesne problemy polskiego procesu karnego – materiały pokonferencyjne*, M. Wielec, G. Ocieczek, B. Oręziak, J. Repeć, Warszawa 2020 (w przygotowaniu);
14. Ocieczek G., *Test integralności. Badania empiryczno-porównawcze*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 1;
15. Pływaczewski E.W. [red.] *Przestępczość zorganizowana*, Warszawa 2011;
16. Riabczuk M., *Dwie Ukrainy*, Krytyka 2001, nr 10;
17. Rybczyński A., *Misza na blaszanym dachu, zemsta na „ukraińskim CBA"*, TVP info 2017–12–07, http://tvp.info/35115742/misza-na-blaszanym-dachu-zemsta-na-ukrainskim-cba;
18. Szyszlak T., *Przekształcenia w ukraińskim systemie bezpieczeństwa narodowego po rewolucji godności. Wybrane aspekty*, www.wns.uni.wroc.plpublikacje;
19. Tomaszkiewicz M., *Poroszenko okłamuje Zachód? Ukraińscy dziennikarze: „Nie dawajcie unijnych pieniędzy i nie znoście wiz"*, Newsweek, 28.10.2019 r.;

20. Tomaszkiewicz M., *Ukraina: Czas, by złodzieje przestali kraść i zaczęli walczyć*, Newsweek, 17.04.2016 r., newsweek.pl/swiat/ukraina-jak-postepuja-reformy-na-ukrainie/hhvhhp1;
21. Woźniczka P., *O co tak naprawdę chodzi z tym Majdanem*, Libertanin. org. 2013;
22. Żochowski P., *Ukraina zaniepokojona rosnącą presją ze strony Rosji*, Bezpieczeństwo. Biuletyn Specjalny OSW 2009, nr 16(22).

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4113

Witold Klaus, Małgorzata Makarska*

Propozycja definicji pracy przymusowej – projekt art. 115 § 22b Kodeksu karnego**

Niniejszym poddajemy pod rozwagę wprowadzenie art. 115 § 22b Kodeksu karnego w następującym brzmieniu:

> Art. 115 § 22b k.k.[1]
> Pracą lub usługami o charakterze przymusowym jest świadczenie pracy lub usług w warunkach wykorzystania, wykonywane pod wpływem przymusu wynikającego z przemocy, groźby, pozbawienia wolności, żądania odpracowania długu, zatrzymania dokumentu tożsamości, dokumentu podróży lub dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu na terytorium RP, niewypłacenia wynagrodzenia, a także z innego rażącego naruszenia praw pracownika.

UZASADNIENIE

Konieczność wprowadzenia do Kodeksu karnego[2] definicji (czy też raczej dookreślenia znaczeniowego[3]) pojęcia pracy przymusowej wynika z przeprowadzonych badań kryminologicznych ukazujących niewielką liczbę spraw (prowadzonych na etapie postępowania przygotowawczego czy sądowego i skutkujących niewielką liczbą prawomocnych skazań) za przestępstwo handlu ludźmi do pracy przymusowej. Bazuje także na zdiagnozowanych w niepublikowanych dotąd badaniach Fundacji La Strada potrzebach organów ścigania i sądów, które podkreślają trudności, jakie mają one z właściwym rozumieniem pojęcia pracy przymusowej w kontekście istniejącej definicji przestępstwa handlu ludźmi. Trudności te pokazują także wyniki badań kryminologicznych ujawniające niewielką skuteczność organów ścigania

* Dr hab. Witold Klaus jest profesorem nadzwyczajnym w Instytucie Nauk Prawnych PAN, Polska, ORCID 0000–0003–2306–1140, e-mail: witold.klaus@gmail.com; dr Małgorzata Makarska jest sędzią Sądu Okręgowego w Siedlcach, Polska, ORCID 0000–0002–5141–556X, e-mail: Malgorzata.Makarska@ms.gov.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 9.08.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

[1] Projekt został opracowany w ramach prac Grupy Roboczej ds. Osób Świadczących Pracę Zespołu ds. Zrównoważonego Rozwoju i Społecznej Odpowiedzialności Przedsiębiorstw – organu pomocniczego Ministra Inwestycji i Rozwoju. Autorzy chcieliby serdecznie podziękować wszystkim osobom, które komentowały kształt przepisu na kolejnych etapach prac Grupy.

[2] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

[3] Warto podkreślić, że w art. 115 k.k. obok definicji znajdują się także właśnie dookreślenia znaczeniowe, np. w § 2 czy 12 tegoż przepisu.

w identyfikacji zjawiska pracy przymusowej[4] oraz skazywania sprawców tych czynów[5], w tym różnorodność definiowania sytuacji, gdy określone zachowanie zostało uznane za wyczerpujące znamiona pracy przymusowej[6].

W polskiej literaturze przedmiotu autorzy i autorki często nie podejmują się próby rekonstrukcji definicji pracy przymusowej[7], a poprzestają na odniesieniu się do ogólnych stwierdzeń[8] czy relacjonują różne formy, jakie może przybrać praca przymusowa – na podstawie analizy literatury czy przepisów przede wszystkim prawa międzynarodowego[9]. Precyzyjne sformułowanie takiej definicji to zresztą zadanie niełatwe, a różne państwa w różny sposób poradziły sobie (albo częściej nie poradziły sobie) z rozwiązaniem tego problemu[10].

W proponowanej treści nowego przepisu art. 115 § 22b k.k. dookreślenie pojęcia pracy przymusowej (czy precyzyjniej pracy lub usług o charakterze przymusowym[11]) odwołuje się do definicji handlu ludźmi z art. 115 § 22 k.k. – dopełnia ją, doprecyzowując jedną z form wykorzystania. Takie usytuowanie pracy przymusowej – w kontekście handlu ludźmi – zaleca Międzynarodowa Organizacja Pracy (dalej MOP)[12]. Wprowadzenie definicji jest także konieczne, bowiem definicja funkcjonująca w art. 2 Konwencji MOP nr 29[13] (dalej Konwencja) nie jest wystarczająca. Pomijając rozważania, na ile zasada określoności prawa karnego pozwala do sięgania do definicji zawartych w aktach prawnomiędzynarodowych, najważniejszym problemem jest archaiczność definicji MOP opracowanej w 1930 r. Sama Międzynarodowa Organizacja Pracy w swoich opracowaniach zresztą, choć wychodzi od tej definicji, to szeroko ją rozwija i doprecyzowuje, uwzględniając

[4] Pomijamy tu analizę w tym zakresie Krzysztofa Karsznickiego, bowiem była przygotowana przed wprowadzeniem art. 115 § 22 k.k., zatem obejmowała poprzedni stan prawny i w dużym stopniu jest nieaktualna. Por. K. Karsznicki, *Analiza polskiego prawa pod kątem efektywności ścigania handlu ludźmi do pracy przymusowej*, Warszawa 2008.

[5] Choć przyczyny tej niskiej skuteczności mogą być różnego rodzaju – por. Ł. Wieczorek, *Praca przymusowa. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2017, s. 282–289.

[6] Z. Lasocik, Ł. Wieczorek, *Handel ludźmi do pracy przymusowej – raport z badań*, Warszawa 2010, s. 67–71.

[7] Czasem w ogóle nie zauważając tego zjawiska jako odrębnej formy handlu ludźmi, tak w: J. Jurewicz, *Handel ludźmi w polskim prawie karnym i prawie ponadnarodowym*, Łódź 2011.

[8] M. Mozgawa, *Handel ludźmi (art. 189a KK)* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 403; T. Bulenda, *Przymus pracy i wykorzystywanie pracowników – aspekty etyczne i prawne* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie i ściganie,* red. Z. Lasocik, Warszawa 2006.

[9] B. Namysłowska-Gabrysiak, *Handel ludźmi w celu wykorzystania seksualnego. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2018, s. 35–37; Ł. Wieczorek, *Praca przymusowa…*, s. 21–28, 149–153; P. Dąbrowski, *Praca przymusowa cudzoziemców w Polsce. Analiza zjawiska w wybranych grupach imigranckich*, Warszawa 2014, s. 32–49.

[10] Por. A. Weatherburn, *Clarifying the scope of labour exploitation in human trafficking law. Towards a legal conceptualisation of exploitation*, Tilburg 2019; R. Plant, *Addressing Human Trafficking as a Forced Labour Concern: the Policy implications* [w:] *New Types of Crime. Proceedings of The International Seminar held in connection with HEUNI's thirtieth anniversary*, red. M. Joutsen, Helsinki 2012.

[11] W przekonaniu autorów pojęcia „pracy przymusowej" i „pracy lub usług o charakterze przymusowym" są tożsame. Literatura anglojęzyczna posługuje się pojęciem "*forced labour*", polski ustawodawca zdecydował się na przetłumaczenie tego terminu w sposób może nawet pełniej oddający jego zakres, używając w art. 115 § 22 k.k. sformułowania „praca lub usługi o charakterze przymusowym". Opisują one jednak dokładnie to samo zjawisko i nie wydaje się, by celowe było rozróżnianie zakresu znaczeniowego tych pojęć (inaczej: Ł. Pohl, K. Burdziak, P. Banaszak, *Stosunek polskiego prawa karnego do zjawiska pracy przymusowej (aspekty interpretacyjne, zarys orzecznictwa oraz problematyka wykrywczej działalności służb)*, Warszawa 2018, s. 15–16).

[12] *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*, Genewa 2005, s. 61.

[13] Konwencja nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, przyjęta w Genewie 28.06.1930 r. (Dz.U. z 1959 r. Nr 20, poz. 122).

nowe formy działań sprawców – które jednakże nie są ujęte w treści samego przepisu art. 2 Konwencji, a czasem są z nim wręcz sprzeczne (np. kwestia wyrażenia zgody na wykorzystanie)[14].

Sformułowanie „praca lub usługi o charakterze przymusowym" to jedyna forma wykorzystania w obecnym katalogu występującym w art. 115 § 22 k.k., która nie jest wystarczająco zrozumiała lub wyjaśniona. Pozostałe sformułowania są jasne na poziomie językowym (np. prostytucja, żebractwo), są obudowane orzecznictwem (np. pornografia) lub zostały dodatkowo zdefiniowane w treści Kodeksu karnego (niewolnictwo w art. 115 § 23 k.k.).

Przyjęto założenie „piętrowości" – czyli konieczności spełnienia dwóch pierwszych członów definicji handlu ludźmi. Zatem za handel ludźmi mogą być uznane wyłącznie czynności sprawcze – po pierwsze: wprost wskazane w art. 115 § 22 k.k. (werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie), po drugie podejmowane z wykorzystaniem określonych metod: tj. z zastosowaniem 1) przemocy lub groźby bezprawnej; 2) uprowadzenia; 3) podstępu; 4) wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania; 5) nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności; 6) udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą.

Jednocześnie wszelkie czynności sprawcze muszą być podejmowane wobec osoby pokrzywdzonej z zamiarem kierunkowym, tj. w celu wykorzystania i niezależnie od ewentualnego wyrażenia przez nią zgody na wykorzystanie.

Ale jednocześnie definicja ta ma stanowić całość, tj. odczytywana z projektowanego przepisu ma w sposób zupełny definiować pracę przymusową (analogicznie jak w przypadku niewolnictwa zdefiniowanego w art. 115 § 23 k.k.). Zakłada to, że pewne czyny, które mogą zostać uznane za pracę przymusową z jej definicji, mogą nie stanowić formy handlu ludźmi (bowiem nie wypełnią innych znamion tego przestępstwa opisanych powyżej). Wówczas będziemy mieli do czynienia z sytuacją, gdy praca przymusowa będzie wypełniała znamiona innych przepisów, np. przestępstwa zmuszania, oszustwa, pozbawienia wolności itd. Innymi słowy, będziemy mieli wówczas także do czynienia z pracą przymusową, ale niebędącą formą handlu ludźmi, co nie znaczy, że nie podlegającą karze (choć przy wykorzystaniu innych przepisów prawa karnego, jeśli wypełnią ich znamiona).

W definicji użyto słowa „przymus" w znaczeniu nadanym mu przez prawo karne (obejmującym zatem *vis absoluta* i *vis compulsiva*)[15]. W związku z powyższym w definicji zrezygnowano z dalszego rozwijania tego pojęcia poprzez wymienianie *expressis verbis* różnych form przymusu, jakimi mogą się posłużyć sprawcy (w tym najczęściej stosowanymi w praktyce przez nich, czyli przemocą fizyczną lub groźbą bezprawną), bowiem zawierają się one w prawnym znaczeniu sformułowania „przymus". Zdecydowano się na użycie w definicji wyrażenia „przymus", mimo

[14] Por. np. *A global alliance against forced labour. Report of the Director-General Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2005*, Genewa 2005, s. 5 i n.

[15] Por. np. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 164–167; M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Komentarz do art. 1* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2020.

że podobne sformułowanie („przymusowy charakter") znajduje się w definiowanym pojęciu. Wynika to z faktu, że pojęcie „przymusu" jest w prawie karnym zrozumiałe, wynika z orzecznictwa oraz piśmiennictwa[16]. Proponowana definicja swoim zakresem obejmuje jednak szczególną formę zachowań sprawców, jaką jest „praca lub usługi o charakterze przymusowym". Korzystając zatem z dotychczasowego dorobku orzecznictwa oraz doktryny, definicja buduje na nim i skupia się na szczególnej formie przymusu stosowanego w kontekście świadczenia pracy albo usług, a więc na „przymusowym charakterze" działań sprawców w tym zakresie.

Zakładamy, że w skład zakresu definicji pracy przymusowej nie wejdą czyny takie jak: odbywanie kary ograniczenia wolności w postaci pracy społecznie użytecznej, praca żołnierzy, praca dzieci (małoletnich) w domu i w gospodarstwie rodzinnym, jak również wszelkie działania podejmowane przez urzędy pracy mające na celu aktywizację zawodową osób bezrobotnych i poszukujących pracy. Są to czyny prawnie dozwolone na podstawie różnych przepisów, a ich celem nie jest wykorzystanie pracownika (co zakłada definicja handlu ludźmi). Pewien rodzaj zmuszania, który występuje w przypadku tych czynów, wykracza bowiem poza prawnokarne rozumienie definicji słowa „przymus". Ponadto, żaden z tych czynów nie będzie uznany za pracę przymusową, bowiem nie wystąpią w nim pozostałe niezbędne znamiona wynikające z definicji handlu ludźmi z art. 115 § 22 k.k. Założenie takie jest także zgodne z treścią art. 2 ust. 2 Konwencji MOP nr 29.

Definicja ma z założenia charakter zakresowy i nierównościowy[17]. Z uwagi na potrzebę precyzji pojęciowej jest ona kazuistyczna, bowiem w przekonaniu autorów konstruowanie definicji z pojęć ogólnych nie przyniosłoby oczekiwanych praktycznych rozwiązań[18]. Projektodawcy uznali, że w ten sposób pełniej i czytelniej lub wierniej oddadzą obraz i charakter tego zjawiska. Wynika to także z praktyki definiowania pracy przymusowej w wytycznych międzynarodowych czy w innych ustawodawstwach, np. w niemieckim Kodeksie karnym.

Definicja ma charakter częściowo otwarty. Wynika to z zastosowania w ostatniej części sformułowania „a także z innego rażącego naruszenia praw pracownika". Sformułowanie to z jednej strony oznacza, że nie ma automatyzmu między stwierdzeniem naruszenia praw pracownika a stwierdzeniem pracy przymusowej. Inaczej mówiąc, samo naruszenie praw pracowniczych, nawet rażące, nie będzie oznaczało pracy przymusowej. Przy naruszaniu praw pracownika występującego w ramach niniejszej definicji zawsze będzie musiał bowiem wystąpić element przymusu, co odróżnia te formy od art. 218 § 1a k.k. penalizującego złośliwe lub uporczywe naruszanie prawa pracownika. Z drugiej jednak strony – sformułowanie to pozwala na dodanie do katalogu czynów innych zachowań sprawców, które nie zostały wymienione wcześniej, a mogą zostać uznane za eksces, który stanowi naruszenie praw pracownika.

[16] Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23.06.1999 r., II AKa 154/99, LEX nr 42340; J. Koredczuk, *Przymus psychiczny w polskim prawie karnym okresu międzywojennego*, „Studia Iuridica Toruniensia" 2012, t. XI, s. 76–87.

[17] Por. § 153 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej" (Dz.U. z 2016 r. poz. 283). Por. także J. Oniszczuk, *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, „Studia z Polityki Publicznej" 2014/3(3), s. 37; Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1995, s. 51.

[18] Propozycja Amy Weatherburn jest w zasadzie dobrą bazą, jednak raczej do operacjonalizacji na poziomie badawczym. Trudno jest ją przełożyć na konkretny przepis Kodeksu karnego – por. A. Weatherburn, *Clarifying the scope…*, s. 318.

Użyte w definicji sformułowanie „rażące naruszenie praw pracownika" ma na celu wskazanie kierunku identyfikacji i interpretacji możliwych form działań sprawców, które obecnie nie zostały wskazane w treści definicji, a które mogą wystąpić w praktyce, i które mogą oraz powinny mieścić się w zakresie definicji pracy przymusowej. Istotne przy tym jest ukierunkowanie na naruszania praw wszystkich osób świadczących pracę. Oznacza to, że do wystąpienia pracy przymusowej może dochodzić zarówno w warunkach zatrudnienia pracowniczego (choć prawdopodobnie nie będzie to najpowszechniejsza forma zatrudniania pokrzywdzonych), jak i w jakiejkolwiek innej formie zatrudnienia (np. na umowę cywilnoprawną), a także przy braku umowy (zatrudnienie nielegalne, w tym zatrudnienie w sektorze pomocy domowych i opieki nad osobami zależnymi)[19]. Innymi słowy, forma pracy czy świadczenia usług przez pokrzywdzonego nie może mieć żadnego znaczenia przy określaniu, czy działanie sprawcy wypełniało znamiona pracy przymusowej czy też nie[20]. Znaczenia takiego nie może mieć również sposób wykonywania pracy czy usług przez osobę pokrzywdzoną. Definicję pracy przymusowej będą zatem wypełniały także zdarzenia, jakie mogą mieć miejsce choćby w takich przypadkach, jak zmuszanie do wykonywania działalności nielegalnej, np. popełniania przez pokrzywdzonego drobnych przestępstw, np. drobnych kradzieży, oszustw, wyłudzeń, przemytu rzeczy, handlu narkotykami itd. (por. pkt 11 preambuły do dyrektywy 2011/36/UE[21]). Fakt zmuszania osób pokrzywdzonych do wykonywania tego rodzaju pracy czy usług jest potwierdzony w badaniach oraz w działalności organizacji społecznych (przede wszystkim poza granicami Polski)[22].

W definicji użyto pojęcia „niewypłacenia wynagrodzenia", przez które w doktrynie i w orzecznictwie rozumie się nie tylko nieprzekazanie pracownikowi w terminie należnej mu kwoty czy też przekazanie mu jedynie części należnej kwoty, ale także dokonanie bezpodstawnego potrącenia lub odliczenia określonych kwot.

Przez pojęcie „odpracowania długu" jest rozumiany zarówno rzeczywisty, jak i rzekomy dług, do odpracowania którego jest zmuszana osoba pokrzywdzona. Dług rzekomy może wystąpić w sytuacji, gdy osoba zmuszająca do pracy nalicza nienależne i wygórowane koszty, np. koszty podróży z kraju pochodzenia lub utrzymania w kraju wykorzystania. Istotne jest przekonanie osoby pokrzywdzonej o istnieniu danego długu lub wywieranie na nią nacisku w postaci przymusu, by koszty te zwróciła, a nie fakt, czy ten dług występuje rzeczywiście i czy może być uznany za dług w prawnym rozumieniu tego sformułowania. Będzie ono więc obejmowało dług rzeczywisty i „rzekomy". Skłonienie do odpracowania długu w ramach definicji pracy przymusowej musi wystąpić pod przymusem oraz musi być dokonywane w celu wykorzystania (i przy wypełnieniu innych form definicji

[19] Por. np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.07.2005 r. w sprawie Siliadin przeciwko Francji, skarga nr 73316/01, dostępny w bazie HUDOC.

[20] Analogicznie Ł. Pohl, K. Burdziak, P. Banaszak, *Stosunek…*, s. 14–15.

[21] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z 5.04.2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L 101/1–11 z 15.04.2011 r.).

[22] Por. np. C. Villacampa, N. Torres, *Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimisation*, "European Journal on Criminal Policy and Research" 2014/21(1), s. 99–115; C. Villacampa, N. Torres, *Human trafficking for criminal exploitation: Effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system*, "International Review of Victimology" 2019/25(1), s. 3–18; B. Namysłowska-Gabrysiak, *Handel…*, s. 45–46. Por. także definicję Interpolu o handlu ludźmi w celu zmuszania do popełniania przestępstw, https://www.interpol.int/Crimes/Human-trafficking/Types-of-human-trafficking#pt-2 (dostęp: 24.02.2020 r.).

handlu ludźmi). Wyłącza zatem wszelkie długi, które są odpracowywane dobrowolnie, np. jako odpracowanie długów lokatorskich występujących wobec spółdzielni mieszkaniowych czy gmin.

Sformułowanie „dokument podróży lub dokument uprawniający cudzoziemca do pobytu na terytorium RP" odzwierciedla przepisy dotyczące kontroli legalności pobytu, przede wszystkim obowiązku legitymowania się przez cudzoziemców odpowiednimi dokumentami podczas przebywania w Polsce (zawarte w art. 288 oraz 293 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach[23]).

Warto też zauważyć, że zdefiniowanie pojęcia pracy przymusowej może mieć zastosowanie także do zrozumienia, w jakich przypadkach wykorzystanie do żebrania (wskazane jako jedna z form wykorzystania w art. 115 § 22 k.k.) powinno być uznawane za formę handlu ludźmi. Zgodnie z treścią punktu 11 preambuły do dyrektywy 2011/36/UE: „Wyzyskiwanie żebractwa, w tym wykorzystywanie osób zależnych, będących ofiarami handlu ludźmi, do żebractwa, wchodzi zatem w zakres definicji handlu ludźmi wyłącznie w tych przypadkach, w których występują wszystkie elementy zjawiska przymusowej pracy lub usług". Dyrektywa ta uznaje bowiem zmuszanie do żebractwa jako jedną z form pracy przymusowej.

Autorzy opierali się również na wytycznych zawartych w publikacji Międzynarodowej Organizacji Pracy[24] oraz na wyroku Sądu Najwyższego (dalej SN) z 16.06.2015 r., III KK 138/15[25]: „Mając na względzie wyjaśnienia oskarżonych, z których wynikało, że zostały wyprowadzone w błąd co do warunków pracy, jaką miały wykonywać na Litwie, oraz warunków socjalnych, jakie miał zapewnić im pracodawca, a w rezultacie były zmuszone pracować w warunkach uzasadniających określenie ich pracy jako przymusowej, z uwagi na odebranie im paszportów, wymaganie świadczenia pracy przez kilkanaście godzin dziennie i wypłacanie wynagrodzenia znacznie niższego od obiecanego oraz od wynagrodzenia wypłacanego pracującym tam Litwinom, zasadnym było stwierdzenie istnienia domniemania, iż są one ofiarami handlu ludźmi, o którym mowa w art. 115 § 22 k.k.".

W toku prac nad dookreśleniem pojęcia pracy przymusowej rozważano także wprowadzenie odrębnego przestępstwa pracy przymusowej (jak ma to miejsce w niektórych ustawodawstwach)[26]. Niektóry autorzy uważają, że głównym problemem nie jest bowiem brak właściwego rozumienia pracy przymusowej w ramach przestępstwa handlu ludźmi, a jej zbyt wąski zakres. Jak pisali Zbigniew Lasocik i Łukasz Wieczorek „nadal pozostaje nierozwiązany problem kwalifikacji prawnej tych czynów, które są lub będą wypełniały znamiona pracy przymusowej, ale już nie będą nosiły znamion handlu ludźmi"[27]. Naprzeciw tym oczekiwaniom wychodzi propozycja zespołu Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości wprowadzenia nowego przepisu zmuszania człowieka do pracy (propozycja dodania w art. 189a §§ 3–9)[28].

[23] Ustawa z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2020 r. poz. 35).
[24] *Human Trafficking…*
[25] LEX nr 1765629.
[26] Propozycje w tym zakresie sfomułowano np. w: Ł. Pohl, K. Burdziak, P. Banaszak, *Stosunek…*, s. 17–18.
[27] Z. Lasocik, Ł. Wieczorek, *Handel ludźmi…*, s. 71.
[28] Ł. Pohl, K. Burdziak, P. Banaszak, *Stosunek polskiego prawa karnego do zjawiska pracy przymusowej (aspekty interpretacyjne, zarys orzecznictwa oraz problematyka wykrywczej działalności służb)*, Warszawa 2018, s. 17–19.

Nie wydaje się jednak, by ta niezwykle rozbudowana nowa konstrukcja rozwiązała wiele praktycznych problemów. Rozwiązanie takie nadal bowiem powodowałoby również konieczność zdefiniowania jego treści w kontekście rozróżnienia pomiędzy tym przepisem a pracą przymusową rozumianą jako forma handlu ludźmi.

W naszym przekonaniu brak jest także wyników badań empirycznych[29] wykazujących, że istnieje potrzeba wprowadzenia nowego typu przestępstwa pracy przymusowej, innego niż handel ludźmi do pracy przymusowej. Innymi słowy, brakuje potwierdzonych przypadków z praktyki, które potwierdzałyby, że sprawca czynów wykorzystania pracowniczego pozostałby bezkarny (czyli nie mógłby zostać ukarany przy wykorzystaniu już obowiązujących przepisów prawa karnego), jeśli nie wypełniłby swoim zachowaniem wszystkich obowiązkowych przesłanek zawartych w definicji handlu ludźmi z art. 115 § 22 k.k., zatem że istnieje podstawa, iż w polskim ustawodawstwie karnym istnieje luka w tym zakresie. Trzeba pamiętać, że zakresowo czyny nieobjęte nowo proponowaną definicją mogą wypełnić (i zapewne wypełnią) znamiona takich przestępstw, jak: zmuszanie (art. 191 k.k.)[30], uporczywe naruszanie praw pracowniczych (art. 218 k.k.) lub wyzyskanie przymusowego położenia w zakresie wykonywania usług (art. 304 k.k.). Są one jednak rzadko wykorzystywane w praktyce (na rzecz np. przywłaszczenia dokumentów tożsamości)[31].

Pozostawienie pracy przymusowej w ramach przestępstwa handlu ludźmi wynika także z tego, że obecnie istnieją specjalne jednostki do wykrywania zjawiska handlu ludźmi (w policji, Straży Granicznej oraz prokuraturze), które wykrywają także handel ludźmi do pracy przymusowej (szczególnie Straż Graniczna jest w tym zakresie coraz bardziej skuteczna[32]). Wyodrębnienie oddzielnego przestępstwa mogłoby zatem spowodować konfuzję, czy organy te powinny się nadal zajmować jego wykrywaniem oraz wsparciem dla osób pokrzywdzonych tym czynem. Również w tym zakresie istnieje cały system wsparcia dla ofiar handlu ludźmi, w tym ofiar pracy przymusowej – poczynając od przepisów prawa o cudzoziemcach ułatwiających pobyt obcokrajowcom pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi po wsparcie w ramach rządowego programu Krajowego Centrum Informacyjno-Konsultacyjnego prowadzonego przez Fundację La Strada. Zatem skutkiem wyodrębnienia oddzielnego przestępstwa pracy przymusowej paradoksalnie mogłoby być nie zwiększenie wsparcia i ochrony osób pokrzywdzonych, ale jego osłabienie poprzez wyłączenie ich z obecnie funkcjonującego systemu. Tymczasem zalecenia MOP jasno wskazują, że osobom pokrzywdzonym przestępstwem pracy przymusowej powinny przysługiwać takie same uprawnienia i wsparcie jak ofiarom handlu ludźmi[33].

[29] Badania empiryczne w tym zakresie były prowadzone przede wszystkim przez Łukasza Wieczorka (Ł. Wieczorek, *Kryminologiczne aspekty pracy przymusowej w Polsce*, „Archiwum Kryminologii" 2017, t. XXIX, s. 71–116) czy Pawła Dąbrowskiego (P. Dąbrowski, *Praca przymusowa*…, s. 66 i n.). Takich przykładów nie dostarcza także raport Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (Ł. Pohl, K. Burdziak, P. Banaszak, *Stosunek*…, s. 20–29).

[30] Por. J. Jurewicz, *Handel*…, s. 134–138.

[31] Ł. Wieczorek, *Praca przymusowa*…, s. 287–288.

[32] Por. W. Klaus, *Wykorzystywanie do pracy przymusowej cudzoziemców w Polsce* [w:] *Atlas planetarnej przemocy*, Warszawa 2018, s. 85–92.

[33] *Human Trafficking*…, s. 63.

Abstract

Witold Klaus, Małgorzata Makarska, *Proposal of Definition of Forced Labour: Amendments to Article 115(22b) of the Polish Criminal Code*

Many legislations struggle with defining forced labour. There is not much help from international law, since the only regulation in this matter is the 1930 International Labour Organisation Convention No. 29, which is out of date and not fit for the current needs. The lack of a clear definition of forced labour is one of the main obstacles making this phenomenon (which is becoming increasingly common nowadays) so difficult to identify for law enforcement agencies, which is why its perpetrators are so rarely brought to justice. There are many discussions about whether forced labour should be construed as a separate offence or whether it is (and should be) understood as a form of human trafficking (as many international documents suggest). The authors of this paper prefer the latter view. We believe that such a solution is more productive (especially in the Polish perspective), because Poland has developed a whole system of counteracting human trafficking and providing assistance to its survivors. In addition, law enforcement agencies are well trained in identifying this phenomenon, while a legal definition of forced labour will be an additional (currently lacking) element that can make their efforts in fighting this offence more effective.

Keywords: *human trafficking, forced labour, Polish Criminal Code*

Streszczenie

Witold Klaus, Małgorzata Makarska, *Propozycja definicji pracy przymusowej – projekt art. 115 § 22b Kodeksu karnego*

Wiele ustawodawstw boryka się z problemem zdefiniowania pracy przymusowej. Niewiele w tym zakresie pomaga prawo międzynarodowe, bowiem definicję taką możemy znaleźć wyłącznie w Konwencji nr 29 Międzynarodowej Organizacja Pracy – i jest ona przeterminowana i nieprzystająca do obecnych potrzeb. Brak definicji pracy przymusowej jest jedną z głównych przyczyn powodujących, że to zjawisko (które staje się obecnie coraz powszechniejsze) jest tak trudne do zidentyfikowania przez organy ścigania zajmujące się zwalczaniem handlu ludźmi, a jego sprawcy są tak rzadko doprowadzani przed oblicze wymiaru sprawiedliwości.

Wiele dyskutuje się, czy praca przymusowa powinna stanowić odrębne przestępstwo czy też jest ona (i powinna być) rozumiana jako forma handlu ludźmi (co sugeruje wiele dokumentów międzynarodowych). Autorzy niniejszej pracy przychylają się do tego drugiego stanowiska. Uważamy, że szczególnie w polskich warunkach jest ono zdecydowanie bardziej efektywne, bowiem w naszym kraju funkcjonuje szeroko rozbudowany system przeciwdziałania handlowi ludźmi i wsparcia dla jego ofiar. Organy ścigania są przygotowane do wykrywania tego zjawiska, a legalna definicja pracy przymusowej będzie stanowiła dodatkowy (i obecnie brakujący) element, który zwiększy ich skuteczność w walce z tym przestępstwem.

Słowa kluczowe: *handel ludźmi, praca przymusowa, Kodeks karny*

Literatura:

1. *A global alliance against forced labour. Report of the Director-General Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 2005*, Genewa 2005;

2. Bulenda T., *Przymus pracy i wykorzystywanie pracowników – aspekty etyczne i prawne* [w:] *Handel ludźmi – zapobieganie i ściganie*, red. Z. Lasocik, Warszawa 2006;
3. Dąbrowski P., *Praca przymusowa cudzoziemców w Polsce – analiza zjawiska w wybranych grupach migranckich*, Warszawa 2014;
4. *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*, Genewa 2005;
5. Jurewicz J., *Handel ludźmi w polskim prawie karnym i prawie ponadnarodowym*, Łódź 2011;
6. Karsznicki K., *Analiza polskiego prawa pod kątem efektywności ścigania handlu ludźmi do pracy przymusowej*, Warszawa 2008;
7. Klaus W., *Wykorzystywanie do pracy przymusowej cudzoziemców w Polsce* [w:] *Atlas planetarnej przemocy*, Warszawa 2018;
8. Koredczuk J., *Przymus psychiczny w polskim prawie karnym okresu międzywojennego*, Studia Iuridica Toruniensia 2012, t. XI;
9. Lasocik Z., *Wieczorek Ł., Handel ludźmi do pracy przymusowej – raport z badań*, Warszawa 2010;
10. Mozgawa M., *Handel ludźmi (art. 189a KK)* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 10, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, red. J. Warylewski, Warszawa 2012;
11. Mozgawa M., Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., *Komentarz do art. 1* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2020;
12. Namysłowska-Gabrysiak B., *Handel ludźmi w celu wykorzystania seksualnego. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2018;
13. Oniszczuk J., *Tworzenie aktów normatywnych jako instrument polityki publicznej. Technika budowy tekstu*, Studia z Polityki Publicznej 2014, nr 3(3);
14. Plant R., *Addressing Human Trafficking as a Forced Labour Concern: the Policy implications* [w:] *New Types of Crime. Proceedings of The International Seminar held in connection with HEUNI's thirtieth anniversary*, red. M. Joutsen, Helsinki 2012;
15. Pohl Ł., Burdziak K., Banaszak P., *Stosunek polskiego prawa karnego do zjawiska pracy przymusowej (aspekty interpretacyjne, zarys orzecznictwa oraz problematyka wykrywczej działalności służb)*, Warszawa 2018;
16. Weatherburn A., *Clarifying the scope of labour exploitation in human trafficking law. Towards a legal conceptualisation of exploitation*, Tilburg 2019;
17. Wieczorek Ł., *Kryminologiczne aspekty pracy przymusowej w Polsce*, Archiwum Kryminologii 2017, t. XXIX;
18. Wieczorek Ł., *Praca przymusowa. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2017;
19. Villacampa C., Torres N., *Trafficked Women in Prison: The Problem of Double Victimisation*, European Journal on Criminal Policy and Research 2014, nr 21(1);
20. Villacampa C., Torres N., *Human trafficking for criminal exploitation: Effects suffered by victims in their passage through the criminal justice system*, International Review of Victimology 2019, nr 25(1);
21. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010;
22. Ziembiński Z., *Logika praktyczna*, Warszawa 1995.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4114

Łukasz Pohl*

Propozycja nowelizacji art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego**

Niniejszym poddaję pod rozwagę propozycję nadania art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego[1] nowego, następującego brzmienia:

> „Art. 175. § 1. Oskarżony ma prawo do składania wyjaśnień prawdziwych; złożenie wyjaśnień nieprawdziwych, choć nie jest czynem zabronionym, sąd może wziąć pod uwagę przy wymiarze kary, gdy oskarżony, składając wyjaśnienia nieprawdziwe, miał świadomość, że są one nieprawdziwe. Oskarżony ma również prawo do odmowy udzielenia odpowiedzi na pytania, a także prawo do odmowy składania wyjaśnień. O powyższych prawach, a także o wskazanej konsekwencji złożenia wyjaśnień fałszywych, należy go pouczyć".

UZASADNIENIE[2]

Całościowo zrealizowana wykładnia art. 175 § 1 k.p.k.[3], uwzględniająca również obowiązywanie art. 6 k.p.k.[4], prowadzi do wniosku, że w przepisie tym – pomimo

* Prof. dr hab. Łukasz Pohl, Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego; Polska; ORCID 0000–0003–0530–1569; email: lukasz.pohl@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 12.05.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

[1] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

[2] Treść uzasadnienia bazuje na ustaleniach poczynionych przeze mnie w opracowaniach: Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretycznoprawny*, „Prokuratura i Prawo" 2006/6, s. 38 i n.; Ł. Pohl, *W sprawie wyjaśnień oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – odpowiedź* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 485 i n. Zob. także wskazaną w tych opracowaniach stosowną, w tym obligatoryjnie także tę konkurencyjnie do powyższych tekstów ujętą, dalszą – i dodajmy: obszerną – literaturę przedmiotu. W szczególności zob. P. Wiliński, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, „Prokuratura i Prawo" 2007/2, s. 70 i n., w którym to artykule przedstawiono polemikę z przyjmowanym przeze mnie ujęciem. Nadmieńmy, że na polemikę tę odpowiedziałem, czyniąc to w drugim ze wskazanych wyżej artykułów.

[3] Przypomnijmy, że zgodnie z art. 175 § 1 k.p.k.: „Oskarżony ma prawo składać wyjaśnienia; może jednak bez podania powodów odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania lub odmówić składania wyjaśnień. O prawie tym należy go pouczyć".

[4] Przypomnijmy, że zgodnie z art. 6 k.p.k.: „Oskarżonemu przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z obrońcy, o czym należy go pouczyć". Podkreślając okoliczność uwzględnienia art. 6 k.p.k. w procesie wykładni art. 175 § 1 k.p.k., chodzi nam jedynie o zaakcentowanie faktu realizacji owego procesu w warunkach pełnej świadomości okoliczności obowiązywania art. 6 k.p.k. Uwzględnienie to było zresztą konieczne, bowiem już u podstaw wykładni art. 175 § 1 k.p.k. należało rozstrzygnąć, który z rozważanych przepisów jest w obecnym stanie prawnym przepisem kluczowym (zrębowym, a w dalszej kolejności centralnym)

nierzadko formułowanej w tym zakresie opinii odmiennej – nie przyznano oskarżonemu prawa (uprawnienia, kompetencji) do składania wyjaśnień nieprawdziwych, w tym wyjaśnień fałszywych[5].

O niemożliwości odtworzenia takiego prawa z art. 175 § 1 k.p.k. decydują rozpatrywane łącznie dwie okoliczności. Pierwszą z nich, i zarazem wyjściową, jest brak stosownego, bezwzględnie tu wymaganego, uzasadnienia aksjologicznego – uzasadnienia dla pozyskania z tekstu prawnego takiego rezultatu intepretacyjnego[6], natomiast drugą, będącą konsekwencją powyższego, jest fakt, że wyinterpretowywanie

dla odtworzenia uprawnienia oskarżonego do składania wyjaśnień, mianowicie, czy jest nim art. 175 § 1 k.p.k., czy – odmiennie – art. 6 k.p.k. Z uwagi na okoliczność, że o prawie oskarżonego do składania wyjaśnień ustawodawca wypowiada się wprost w art. 175 § 1 k.p.k., a nie czyni tego w art. 6 k.p.k., przyjęto, iż przepisem kluczowym dla odtworzenia zawartej w nim normy upoważniającej oskarżonego do składania wyjaśnień jest art. 175 § 1 k.p.k. Wobec powyższego art. 6 k.p.k. jest przepisem, którego zawartość normatywna jest zdeterminowana zawartością normatywną art. 175 § 1 k.p.k. Podstawą przydania art. 175 § 1 k.p.k. statusu przepisu kluczowego w kontekście wskazanego uprawnienia jest niesporny fakt, że to właśnie w tym przepisie, a nie w art. 6 k.p.k. wysłowiono wymagane dla podanej ewaluacji (kwalifikacji) przepisu elementy syntaktyczne/treściowe normy, tj. element określający zachowanie się adresata normy (zachowaniem tym jest tu składanie wyjaśnień, a o nim – co niewątpliwe – ustawodawca wypowiedział się nie w art. 6, lecz w art. 175 § 1 k.p.k., i element określający związany z normowanym zachowaniem operator deontyczny (normatywny) normy (operatorem tym jest tu upoważnienie/uprawnienie/kompetencja do składania wyjaśnień; i o nim ustawodawca wypowiedział się nie w art. 6, lecz w art. 175 § 1 k.p.k., bo tylko w tym drugim przepisie słowo „prawo" zostało związane ze składaniem wyjaśnień). Na temat warunków minimalnych pozwalających zakwalifikować dany przepis jako kluczowy w toku wykładni zob. w szczególności i przede wszystkim M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 112 i n. Dodajmy przy tym, że wskazane rozstrzygnięcie pociąga za sobą bardzo istotną merytoryczną konsekwencję, bowiem pozwala ono odmówić zasadności stanowisku, że źródłem prawa oskarżonego do składania wyjaśnień – rozpatrując oczywiście rzecz z perspektywy dogmatycznoprawnej, wyznaczonej brzmieniem i zawartością normatywną obowiązujących przepisów – jest prawo do obrony jako składnik art. 6 k.p.k. Prawo do obrony – rozumiane jako składnik tego przepisu – obejmuje oczywiście rozważaną kompetencję procesową oskarżonego, ale obejmuje ją tylko dlatego, że wyraża ją art. 175 § 1 k.p.k.

[5] Wyodrębnianie wyjaśnień fałszywych w obrębie wyjaśnień prawdziwych bazuje zatem na aprobacie ujęcia, według którego wyjaśnienia fałszywe są kwalifikowaną postacią wyjaśnień nieprawdziwych na tej podstawie, że wyróżnia je od pozostałych wyjaśnień nieprawdziwych zachodząca po stronie wyjaśniającego i mającą w czasie ich składania jego świadomość odnośnie do nieprawdziwości składanych wyjaśnień. Słowem, o fałszywości wyjaśnienia nie przesądza jego nieprawdziwość, ta bowiem, choć jest warunkiem koniecznym fałszywości wyjaśnienia, to nie jest takiego wyjaśnienia warunkiem dostatecznym. Tym samym fałszywość ujmuje się tu w sposób węższy od logicznego rozumienia fałszywości, w ramach którego – przypomnijmy – fałszywość jest synonimem nieprawdziwości, co jest konsekwencją – mówiąc w uproszczeniu – uznawania za fałsz tego, co nie jest zgodne z rzeczywistością. Na temat pojmowania prawdy w logice zob. choćby W. Marciszewski, *Prawda* [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa– Kraków 1970, s. 215 i n., w którym to opracowaniu zwraca się m.in. uwagę na brak zgody pośród logików co do tego, która ze sformułowanych teorii prawdy (klasyczna, koherencyjna czy pragmatyczna) ujmuje prawdę w sposób najbardziej adekwatny. W rzeczonym opracowaniu podnosi się także, że nie jest w logice uzgodniona kwestia, czemu przysługuje prawdziwość – czy zdaniom w sensie logicznym, czy sądom w sensie logicznym (a więc znaczeniom zdań oznajmujących) czy może jedynie aktom wydawania sądów.

[6] Wychodzimy bowiem z założenia, że o prawie (uprawnieniu/upoważnieniu/kompetencji) do określonego zachowania się nie można orzekać na podstawie li tylko konstatacji o braku obowiązywania normy prawnej zakazującej jego wykonania. Słowem, uznajemy że warunkiem konstytutywnym uprawnienia jest intersubiektywna pozytywna ocena etyczna zachowania się mającego być przedmiotem uprawnienia. Inaczej mówiąc, odrzucamy – jako tym samym nazbyt liberalne, bo aksjologicznie niezasadne, gdyż aksjologicznie deficytowe, takie ujęcia uprawnienia, które o uprawnieniu gotowe są mówić tylko na podstawie braku obowiązywania wskazanej normy. Krótko mówiąc, nie akceptujemy takich ujęć uprawnienia, które problematykę uprawnienia wiążą jedynie z formalnie rozumianym dozwoleniem. Dodajmy przy tym, że z perspektywy świata pojęć logiki deontycznej tak rozumiane dozwolenie jest kwalifikowane jako dozwolenie słabe, którym – przypomnijmy – logicy deontyczni posługują się na oznaczenie zachowania nienormowanego, a więc leżącego poza obszarem regulacji. Wskazujemy na to z tego względu, że we wskazanym dziale logiki wyróżnia się ponadto dozwolenia mocne, którymi logicy posługują się na oznaczenie zachowania choć ostatecznie dozwolonego, to jednak (wyjściowo) objętego zakazującą albo nakazującą regulacją. Na temat wskazanych dozwoleń zob. w szczególności Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 193 i n. oraz koniecznie cytowaną tam dalszą literaturę przedmiotu, a w szczególności książki: J. Woleńskiego (J. Woleński, *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972) i Z. Ziemby (Z. Ziemba, *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983).

z art. 175 § 1 k.p.k. prawa oskarżonego do składania wyjaśnień nieprawdziwych jest czynnością ewidentnie niezgodną z art. 2 k.p.k.[7], w szczególności z jego § 1 pkt 1, pełniącym wszak – przypomnijmy – w procesie wykładni przepisów Kodeksu postępowania karnego szczególnie doniosłą rolę dyrektywalną za sprawą treści zawartej w nim normy nakazującej o charakterze zasady[8]. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że odtwarzanie z art. 175 § 1 k.p.k. prawa oskarżonego do składania wyjaśnień nieprawdziwych byłoby jawnym zignorowaniem owej normy, bo nie pozwalałoby ono o przepisie tym wówczas orzec, iż jest przepisem mającym na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności[9]. Tego zaś wymaga właśnie przywołana norma-zasada zakodowana w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. Słowem, odtwarzanie z art. 175 § 1 k.p.k. uprawnienia oskarżonego do składania wyjaśnień nieprawdziwych zaowocowałoby brakiem spójności poziomej[10], a więc stanem słusznie rugowanym w toku wykładni za sprawą zastosowania pozajęzykowej dyrektywy systemowej rozwiązującej konflikt między normą-zasadą a zwykłą normą (w naszym przypadku rekonstruowaną z art. 175 § 1 k.p.k.) na rzecz rezultatu sugerowanego przez pierwszą z tych norm[11]. Zauważmy przy tym, że mamy tu o czynienia ze splotem wskazanej dyrektywy z dyrektywą celowościową odwołującą się do celu analizowanego tekstu prawnego, a więc z dyrektywą odnoszącą się do dającej się zrekonstruować hierarchii w systemie wartości

[7] Przypomnijmy, że zgodnie z tym przepisem: „Przepisy niniejszego kodesku mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby: 1) sprawca został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności; 2) przez trafne zastosowanie środków przewidzianych w prawie karnym oraz ujawnienie okoliczności sprzyjających popełnieniu przestępstwa osiągnięte zostały zadania postępowania karnego nie tylko w zwalczaniu przestępstw, lecz również w zapobieganiu im oraz w umacnianiu poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego; 3) zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności; 4) rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło w rozsądnym terminie" (§ 1), „Podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne" (§ 2).

[8] Na temat **norm-zasad** zob. w szczególności M. Zieliński, *Wykładnia*..., s. 305 i n.

[9] Innymi słowy, art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. zawiera normę nakazującą interpretatorowi przepisów Kodeksu postępowania karnego takie prowadzenie ich wykładni, by odtworzone w efekcie jej przeprowadzenia, a zawarte w tych przepisach normy kształtowały obraz postępowania karnego w taki sposób, aby sprawca przestępstwa został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Zauważmy także, że norma ta wzmacniana jest przez szereg innych norm prawnych zawartych w przepisach k.p.k., by – przykładowo – wskazać na zawartość normatywną przepisu art. 2 § 2 tego kodeksu. Na temat omawianej dyrektywalnej funkcji art. 2 k.p.k. zob. choćby P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego,* t. I, Warszawa 2004, s. 24, w którym autorzy wprost podnieśli, że: „Dyrektywy wymienione w tym przepisie, niezależnie od tego, że stanowiły dla ustawodawcy wytyczne ukształtowania przepisów procesowych, stanowią istotną wskazówkę interpretacyjną innych przepisów kodeksu. Przepis określa swoiste *ratio legis* kodeksu jako całości, które z reguły zsynchronizowane jest z racjami funkcjonowania szczegółowych rozwiązań w systemie norm procesowych", a także komentarz pod redakcją J. Grajewskiego (J. Grajewski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* t. I, Kraków 2006, s. 41–42), w którym równie wymownie wskazano, że: „Przepis art. 2 ma charakter ogólny; nie reguluje toku postępowania w sprawach karnych, lecz określa jedynie cel, do osiągnięcia którego służą konkretne przepisy kodeksu mające owe postępowanie ukształtować".

[10] O spójności poziomej w kontekście realizowania procesu wykładni tekstu prawnego pisał w szczególności M. Zieliński, akcentując, że: „Spójność pozioma systemu prawnego związana jest z tym, że również w obrębie danego aktu prawodawczego odtwarzane z jego przepisów normy są w pewien sposób zróżnicowane. (...) wśród norm danego aktu niektóre mogą pełnić rolę zasad prawa. Zasady prawa, mimo że hierarchicznie nie są wyższe od innych, zajmują jednak pozycję wyróżnioną, nie ze względu na swą moc obowiązywania (bo to dotyczy tylko norm hierarchicznie wyższych), lecz ze względu na swoją wagę. Doniosłość wagi zasad prawa (...) polega m.in. na tym, że w przypadku wieloznaczności wyrażenia normokształtnego otrzymanego z przepisu nie wysłowiającego zasady trzeba to wyrażenie tak rozumieć, by treść otrzymanej zeń normy była zgodna z treścią normy-zasady odtworzonej z przepisów tego samego aktu" (M. Zieliński, *Wykładnia*…, s. 305).

[11] Na temat owej dyrektywy zob. w szczególności M. Zieliński, *Wykładnia*..., s. 344 i n.

przyjmowanym przez prawodawcę[12]. I ta ostatnia dyrektywa, choć formalnie w toku wykładni uruchamiana w późniejszej kolejności, zdaje się ewidentnie sugerować niedopuszczalność konstrukcji uprawnienia do składania nieprawdziwych wyjaśnień.

Niemożność pozyskania z art. 175 § 1 k.p.k. uprawnienia oskarżonego do składania wyjaśnień nieprawdziwych nie oznacza jednak, co zrozumiałe, że składanie wyjaśnień nieprawdziwych jest zachowaniem zabronionym. Zachowanie tego rodzaju – wobec nieobowiązywania norm zakazujących jego popełnienia oraz norm nakazujących jego popełnienie – jest bowiem zachowaniem prawnie indyferentnym[13].

Jego prawna indyferentność – wynikająca li tylko z braku obowiązywania rzeczonych norm – nie może być jednak utożsamiana z obojętnością prawną rozważanego czynu[14]. Składanie nieprawdziwych wyjaśnień nie jest bowiem prawu obojętne. W szczególności może być ono negatywnie ocenione przez sąd w toku miarkowania wymiaru kary, jeśli oskarżony, składając nieprawdziwe wyjaśnienia, uświadamiał sobie okoliczność, że są one nieprawdziwe. Taką ich ocenę umożliwia art. 53 § 2 k.k., a więc przepis, który mocą zawartej w nim normy nakazuje sądowi przy wymierzaniu kary uwzględnić zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa. To zaś, że takim zachowaniem się jest składanie przez oskarżonego sprawcę wyjaśnień fałszywych, nie może uchodzić za wątpliwe[15].

Dodajmy, że składanie fałszywych wyjaśnień przez oskarżonego jest w obecnym stanie prawnym zabronione w sytuacji, gdy oskarżony treścią tych wyjaśnień wypełni

[12] Na temat wskazanej dyrektywy celowościowej zob. choćby M. Zieliński, *Wykładnia*..., s. 308–309.

[13] Kreowanie okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną oskarżonego w sytuacji złożenia przezeń niezabronionych przez prawo, nieprawdziwych wyjaśnień jest zatem zbyteczne, jako że w tych przypadkach oskarżony nie przekracza żadnej prawnokarnej normy sankcjonowanej. Trzeba w tym miejscu z naciskiem podkreślić, że poruszana tu kwestia zasadności operowania figurą pozwalającą uwolnić oskarżonego od odpowiedzialności karnej za złożone przezeń nieprawdziwe wyjaśnienia będzie się przedstawiać zgoła odmiennie – choć, rzecz jasna, li tylko dla zwolenników tego uwolnienia, do których piszący niniejsze uwagi się nie zalicza – na gruncie takich wyjaśnień, którymi oskarżony wypełnił znamiona typu czynu zabronionego zagrożonego karą (np. określonego w art. 234 Kodeksu karnego [ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny; Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm. – dalej k.k.]). W takiej sytuacji zwolennicy ci rzeczoną figurę mogą konstruować na dwa sposoby, tworząc tym samym jej dwie różnofunkcyjne odmiany. Powołując się na przysługujące oskarżonemu prawo do obrony (rodzące wówczas prawo do nieprawdziwych wyjaśnień), będą temu prawu nadawać albo status elementu wykluczającego możliwość uznania, że oskarżony takimi wyjaśnieniami przekroczył normę sankcjonowaną w prawie karnym (innymi słowy, będą oni temu prawu nadawać status elementu wykluczającego możliwość uznania, iż oskarżony takimi wyjaśnieniami wypełnił znamiona typu czynu zabronionego zagrożonego karą), albo będą temu prawu nadawać status elementu legalizującego rzeczone przekroczenie jedynie wtórnie. Za pierwszym z tych rozwiązań, jak się wydaje, opowiedziała się w szczególności B. Kunicka-Michalska, która, komentując art. 234 k.k., wyraziła się następująco: „(...) jeśli oskarżony działa w ramach prawa do obrony (przerzucając własną winę na kogoś innego), nie popełnia on czynu z art. 234 KK" – B. Kunicka-Michalska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 200.

[14] O tym, że nie powinno się utożsamiać prawnej indyferentności czynu z prawną jego obojętnością pisał Z. Ziembiński – zob. Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 170.

[15] Jest bowiem bezsporne, że w skład zachowania się sprawcy po popełnieniu przestępstwa jako elementu ocenianego przez sąd na potrzeby ustalenia rozmiaru kary wchodzić mogą także zachowania prawnie indyferentne – np. V. Konarska-Wrzosek wyraźnie podnosi, iż: „Chodzi tutaj zarówno o zachowanie sprawcy bezpośrednio po dokonaniu czynu zabronionego, jak i w czasie odleglejszym od popełnienia przestępstwa, w tym w czasie prowadzonego postępowania karnego. Istotne jest to, czy sprawca żałuje tego co zrobił, czy ma wyrzuty sumienia, czy współczuł ofierze, czy zatroszczył się o jej los, czy przeprosił, czy prosił o przebaczenie, czy przyrzekał, że więcej tego nie zrobi, czy sam doniósł o popełnionym przestępstwie, od razu przyznał się do popełnienia przestępstwa, pomagał przy zbieraniu dowodów winy, zmienił swoją dotychczasową postawę i postępowanie na lepsze itp. Niekorzystnie o osobie sprawcy i prognozie na przyszłość świadczyć będzie triumfalizm, zadowolenie z siebie, bagatelizowanie tego się stało, twierdzenie, że ofiara jest sama sobie winna, zostawienie ofiary bez pomocy, zadawanie ofierze dodatkowych przykrości, jak np. szydzenie z niej, upokorzenie, nieinteresowanie się dalszym losem ofiary, popełnianie kolejnych przestępstw lub wykroczeń, prowadzenie nagannego trybu życia itp." – V. Konarska-Wrzosek [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 434.

znamiona typu czynu zabronionego zagrożonego karą (np. określonego w art. 234 k.k.). W takiej sytuacji – podkreślmy to z całą mocą – oskarżony nie może się powoływać na prawo do obrony, ponieważ brakuje wówczas spełnienia warunków konstytutywnych dla okoliczności kontratypowej (pozwalającej wyłączyć bezprawność czynu). Nie sposób bowiem dopatrzyć się tu spełnienia warunku konieczności poświęcenia dobra prawnego oraz wymogu uratowania dobra prawnego wyższej wartości[16].

Abstarct

Łukasz Pohl, *Proposals of Amendments to Article 175(1) of the Code of Criminal Procedure*

The article presents a proposal to amend the Polish Code of Penal Procedure of 1997 so that no doubts arise on the basis of its interpretation that the accused is not entitled to give false explanations, including false explanations. This proposal was based on the interpretation of art. 175 § 1 of the indicated code, which was implemented according to the derivative concept of the interpretation of law. Relying on this concept makes it clear that the norm authorizing the accused to provide explanations is a norm subordinated to the norm – the principle of art. 2 § 1 item 1 of the Code of Penal Procedure, which results in the necessity to limit its subject to submitting only true explanations. This result is also supported at the stage of application of functional directives of interpretation, in which the directive which refers to the purpose of a normative act plays an important role. In the proposed amendment to the article formulated in the article 175 § 1 of the Code of Penal Procedure it was also decided to emphasize the legal consequence of the accused giving false explanations, considering that the right solution was to give the court the possibility of their negative assessment in the process of mitigating the sentence.

Keywords: *rights of accused, right of the defence, false explanations, judical level of punishment*

[16] Ujęcie, za którym opowiedziała się przywołana wyżej B. Kunicka-Michalska, może się opierać na trzech podstawach. Pierwszą z nich może być twierdzenie, zgodnie z którym – na skutek przysługującemu oskarżonemu prawa do obrony – oskarżony nie jest adresatem stosownej normy sankcjonowanej (np. tej leżącej u podstaw przestępstwa fałszywego oskarżenia). Drugą z kolei może być pogląd, według którego oskarżony – tym razem już jako adresat tej normy – nie może jej przekroczyć z uwagi na fakt, że norma ta na skutek przysługującemu mu prawa do obrony nie znajduje zastosowania w warunkach postępowania karnego. Trzecią wreszcie podstawą rzeczonego ujęcia może być argumentacja, że składanie wyjaśnień jest czynem, który nie jest przedmiotem rzeczonej normy, nie jest czynem objętym jej zakresem normowania. Należy przy tym podnieść, że powyżej zreferowane ujęcie nie jest w pełni konsekwentnie ralizowane przez jego zwolenników, o czym świadczą ich rozważania na temat granic prawa do obrony. Rozważania te – wskutek naturalnego przymiotu ich spekulatywności – przemawiają jednoznacznie za odrzuceniem tak niekonsekwentnego, i co gorsza opartego na niejasnych założeniach, rozumowania. Przypomnę natomiast, że według ujęcia, które zaproponowałem, przysługujące oskarżonemu prawo do obrony nie obejmuje swoim zakresem prawa do składania nieprawdziwych wyjaśnień, gdyż tego ostatniego uprawnienia nie da się wyinterpretować z art. 175 § 1 zd. 1 k.p.k. z uwagi na treść normy nakazującej zawartej w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., normy mającej – rzecz naturalna – głębokie uzasadnienie aksjologiczne. Stąd – na gruncie tego ujęcia – konstruowanie omawianej wyżej figury na podstawie prawa do obrony nie jest możliwe. Nadmienię także, że z uzasadnienia aksjologicznego tkwiącego u podstaw sformułowania wspomnianej normy nakazującej zawartej w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. jednoznacznie wynika wniosek o społecznej nieopłacalności poświęcania naruszonych fałszywymi wyjaśnieniami oskarżonego dóbr prawnych innych osób na rzecz ratowania w takiej sytuacji aksjologicznie nieuzasadnionych lub słabiej uzasadnionych interesów oskarżonego. Jeśli zatem rozwiązanie kolizji pomiędzy tymi dobrami na zasadzie prymatu interesów oskarżonego trudno uznać za społecznie opłacalne, to konstruowanie – na potrzeby uwolnienia oskarżonego od odpowiedzialności karnej – okoliczności wyłączającej tę odpowiedzialność poprzez zalegalizowanie pierwotne lub wtórne jego działań jest niezasadne. Na temat społecznej opłacalności poświęcania jednych dóbr dla ratowania innych (społecznie zatem cenniejszych) jako jednego z fundamentalnych warunków wyłączania bezprawności zachowań realizujących znamiona typu czynu zabronionego oraz na temat zjawiska pierwotnej legalności ludzkich zachowań zob. w szczególności A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 22–129.

Streszczenie

Łukasz Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 175 § 1 Kodeksu postępowania karnego*

W artykule przedstawiono propozycję takiego ujęcia polskiego Kodeksu postępowania karnego z 1997 r., aby nie powstawały już na gruncie jego wykładni żadne wątpliwości co do tego, że oskarżonemu nie przysługuje prawo do składania nieprawdziwych wyjaśnień, w tym wyjaśnień fałszywych. Propozycję tę oparto na interpretacji art. 175 § 1 wskazanego kodeksu, którą zrealizowano według wskazań derywacyjnej koncepcji wykładni prawa. Oparcie się na rzeczonej koncepcji uzmysławia bowiem, że norma upoważniająca oskarżonego do składania wyjaśnień jest normą podporządkowaną normie-zasadzie z art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., co skutkuje koniecznością ograniczenia jej przedmiotu do składania jedynie wyjaśnień prawdziwych. Rezultat ten znajduje także wsparcie na etapie zastosowania funkcjonalnych dyrektyw wykładni, w którym istotną rolę odgrywa dyrektywa odwołująca się do celu aktu normatywnego. W sformułowanej w artykule propozycji zmiany art. 175 § 1 k.p.k. zdecydowano się ponadto uwypuklić konsekwencję prawną złożenia przez oskarżonego fałszywych wyjaśnień, uznając, że słusznym rozwiązaniem jest stworzenie sądowi możliwości ich negatywnej oceny w procesie miarkowania wymiaru kary.

Słowa kluczowe: *prawa oskarżonego, prawo do obrony, wyjaśnienia fałszywe, sądowy wymiar kary*

Literatura:

1. Grajewski J., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* t. I, Kraków 2006;
2. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego,* t. I, Warszawa 2004;
3. Konarska-Wrzosek V. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
4. Kunicka-Michalska B. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006;
5. Marciszewski W., *Prawda* [w:] *Mała encyklopedia logiki*, red. W. Marciszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1970;
6. Pohl Ł., *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – szkic teoretycznoprawny*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 6;
7. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007;
8. Pohl Ł., *W sprawie wyjaśnień oskarżonego w polskim postępowaniu karnym – odpowiedź* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009;
9. Wiliński P., *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, Prokuratura i Prawo 2007, nr 2;
10. Woleński J., *Logiczne problemy wykładni prawa*, Kraków 1972;
11. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008;
12. Ziemba Z., *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983;
13. Ziembiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980;
14. Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNY
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4115

Paweł Mazur, Ewa Nowak*

Dwie uwagi do wyroku Sądu Najwyższego z 30.11.2016 r., SNO 51/16**[1]

UWAGA I

Komentowane orzeczenie zapadło na kanwie następującego stanu faktycznego.

Sędzia poruszając się samochodem, przekroczył dozwoloną prędkość o 14 km/h. To zachowanie zostało zarejestrowane przez radar. Główny Inspektorat Transportu Drogowego pisemnie wezwał sędziego do przyznania, że prowadził rzeczony pojazd i popełnił wykroczenie bądź złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 78 ust. 4 ustawy z 20.06.1997 r. o ruchu drogowym[2], a także pouczył sędziego o skutkach niezłożenia tego rodzaju oświadczenia. Adresat wezwania zaprzeczył, aby prowadził samochód, a także by powierzył go komukolwiek do kierowania. Inspektorat wystosował kolejne pismo do obwinionego, dołączając doń zdjęcie rejestracji z powiększonym zdjęciem obwinionego. Sędzia po raz kolejny zaprzeczył, aby kierował samochodem w podanym czasie i miejscu. Generalny Inspektorat Transportu Drogowego (dalej GTD) jednoznacznie zweryfikował tożsamość kierowcy, ustalając ponad wszelką wątpliwość, że samochód prowadził adresat rzeczonych wezwań.

Opisana postawa sędziego została oceniona przez rzecznika odpowiedzialności dyscyplinarnej jako „naruszenie godności urzędu sędziego", co zaskutkowało wszczęciem postępowania dyscyplinarnego.

Obwiniony w toku postępowania dyscyplinarnego przyznał się do prowadzenia samochodu w okolicznościach wskazanych przez GTD.

Sąd dyscyplinarny uznał podsądnego za winnego przewinienia dyscyplinarnego, polegającego na uchybieniu godności sprawowanego urzędu. Zdaniem sądu dyscyplinarnego swoim zachowaniem naruszył on normy wynikające z Zasad Etyki Zawodowej, m.in. obowiązek kierowania się zasadami uczciwości, godności, honoru oraz przestrzegania dobrych obyczajów (§ 2). Organ orzekający w sprawie wyraził pogląd, że w wypadku powzięcia przez upoważnione organy podejrzenia

* Dr Paweł Mazur jest adiunktem w Zakładzie Filozofii Prawa i Filozofii Publicznej na Wydziale Filozoficznym Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID 0000–0002–1011–121X, e-mail: pawelmn@amu.edu.pl; prof. dr hab. Ewa Nowak kieruje Zakładem Etyki na Wydziale Filozoficznym Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID 0000–0002–5722–7711, e-mail: ewanowak@amu.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 24.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.

[1] LEX nr 2156549.

[2] Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 110 (za programem LEX).

popełnienia czynu zabronionego sędzia ma obowiązek współdziałać w dobrej wierze z organami prowadzącymi postępowanie w celu dogłębnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności sprawy. W ocenie sądu dyscyplinarnego jest on zobowiązany do udzielania informacji zgodnych z prawdą.

Krajowa Rada Sądownictwa zaskarżyła orzeczenie do Sądu Najwyższego (dalej SN).

Najwyższa Instancja Sądowa w toku postępowania odwoławczego uniewinniła podsądnego od zarzucanego mu deliktu dyscyplinarnego. Zasadniczym powodem podjęcia tej decyzji procesowej było uznanie, że obwiniony działał w ramach prawa do obrony. Sąd Najwyższy oparł swoją argumentację na przywołanych normach prawa międzynarodowego, Konstytucji RP[3], a także Kodeksu postępowania karnego[4] gwarantujących obwinionemu prawo do obrony. Organ dyscyplinarny wyraził ponadto następujący pogląd:

„Szczególne wymagania stawiane sędziemu, wynikające zarówno z art. 82 § 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.), roty ślubowania m.in. «w postępowaniu swym kierować się zasadami godności i uczciwości», jak i ze zbioru zasad etyki zawodowej sędziów, nie mogą prowadzić do ograniczenia prawa do obrony przez naruszenie jego istoty. Nieprzyznanie się do popełnienia czynu, stanowi element zakazu żądania od obwinionego przyznania się do popełnienia i dostarczania dowodów na swoją niekorzyść, a zatem stanowi o tej istocie prawa do obrony. Realizacja tego prawa w niegodny sposób, np. poprzez przerzucanie odpowiedzialności na inne osoby, posługiwanie się dowodami uzyskanymi sprzecznie z prawem, mogłaby wypełniać przesłanki przewinienia dyscyplinarnego (art. 107 § 1 ustawy)".

Rozumowanie, które legło podstaw orzeczenia Sądu Najwyższego usposabia do polemiki. Wątpliwości budzi zwłaszcza uznanie przez SN, że obwiniony świadomie podając nieprawdę kompetentnemu organowi wykonywał „prawo do obrony". Najwyższa Instancja Sądowa niestety nie pokusiła się o analizę sytuacji prawnej sędziego, wezwanego przez upoważniony organ do wskazania danych w trybie art. 96 § 3 Kodeksu wykroczeń[5]. W niniejszej sprawie SN nie postawił fundamentalnego pytania, mianowicie jaki stosunek prawny łączył osobę wezwaną do podania danych oraz Główny Inspektorat Transportu Drogowego?

W naszej ocenie był to stosunek podległości kompetencji. Jego istota polega na tym, że podmiot podległy kompetencji ma obowiązek zareagować na czynność konwencjonalną dokonaną przez podmiot posiadający kompetencję do dokonania określonej czynności konwencjonalnej[6]. Pozycja podmiotu zyskującego kompetencję jest formalnie nadrzędna nad podległym kompetencji, co nie znaczy, że społecznie nadrzędna[7]. Z taką właśnie relacją mamy do czynienia w wypadku T.L. oraz organu władzy publicznej, który wezwał go do złożenia stosownych oświadczeń.

Norma kompetencyjna dekodowana z przepisu art. 78 ust. 4 ustawy o ruchu drogowym upoważnia wszak kompetentny organ do domagania się od właściciela pojazdu podania danych. Jest to obowiązek powszechny, który jest obwarowany

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).
[4] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.
[5] Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2018 r. poz. 618 ze zm.) – dalej k.w.
[6] Z. Ziembiński, *Problemy podstawowe prawoznawstw*a, Warszawa 1980, s. 161.
[7] Z. Ziembiński, *Problemy*…, s. 329.

sankcją z art. 98 § 3 k.w.[8] Trywialne jest spostrzeżenie, że musi go spełnić każdy adresat normy prawnej, niezależnie od zajmowanej pozycji społecznej czy wykonywanej profesji. Przysługujący immunitet sędziowski nie uwalnia oczywiście od obowiązku dania posłuchu żądaniu organu administracji publicznej.

Sędzia, jako podmiot podlegający kompetencji Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego, powinien był zrealizować obowiązek, który zaktualizował się wskutek uczynienia użytku z kompetencji przez rzeczony organ. Zaniechanie wskazania danych oznacza wypełnienie znamion wykroczenia stypizowanego w art. 96 § 3 k.w.

W naszej ocenie adresat wezwań w opisanej sytuacji występował jako adresat normy kompetencyjnej. Był zatem zobowiązany do dania posłuchu poleceniu organów transportu drogowego i spełnieniu nałożonego nań obowiązku.

Uznanie, że sędzia nie musiał odpowiednio zareagować na uczynienie użytku z kompetencji przez organ władzy publicznej z racji wykonywania prawa do obrony, byłoby wątpliwe nie tylko z logicznego, ale i moralnego punktu widzenia; to zaś mogłoby prowadzić do fatalnych konsekwencji społecznych. Pierwsza z nich byłaby taka, że w jego świetle każdy obywatel zagrożony poniesieniem odpowiedzialności prawnej za przekroczenie prędkości, tak jak obwiniony, mógłby odmawiać wykonania obowiązków prawnych, kłamać i usprawiedliwiać swoje kłamstwo wykonywaniem prawa do obrony.

Z tych powodów interpretowanie zachowania sędziego w kategoriach wykonywania prawa do obrony uważamy za błędny trop, wiodący w sposób nieuchronny do nieprawidłowego rozstrzygnięcia. Jak zatem ocenić inkryminowane zachowanie?

Zachowanie sędziego polegające na dwukrotnym niepodaniu żądanych informacji organom GTD wypełniło znamiona przywołanego już wykroczenia z art. 96 § 3 k.w. Sędziowie odpowiadają bowiem za popełnienie wykroczeń w postępowaniu dyscyplinarnym[9]. Ocena zachowania sędziego w kategoriach li tylko wykroczenia jest niekompletna. Wskazane jest rozważenie, czy zachowanie podsądnego nie wypełnia również znamion przewinienia dyscyplinarnego. Warto dodać, że w nauce prawa nie ma zgody co do tego, czy popełnienia każdego wykroczenia jest podstawą do pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności dyscyplinarnej za przewinienie dyscyplinarne[10]. Opowiadamy się za poglądem, według którego dopuszczenie się

[8] Powyższe wykroczenie popełnia ten tylko, kto to wbrew obowiązkowi nie wskaże na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Warto zwrócić uwagę, że art. 96 § 3 k.w. był poddany kontroli zgodności z Konstytucją RP. Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) uznał, że przepis ten jest zgodny z art. 2 konstytucji oraz nie jest niezgodny z art. 42 ust. 1 konstytucji (wyroki TK: z 12.03.2014 r., P 27/13, OTK 2014/3, poz. 30 oraz z 30.09.2015 r., K 3/13, OTK 2015/8, poz. 125). Zob. M. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 832.

[9] W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność sędziego za wykroczenie* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 362–363.

[10] Za tego rodzaju automatyzmem opowiedzieli się autorzy komentarza do *Prawa o ustroju sądów powszechnych*, zob. J. Gudowski [red.] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 442. Odmienne stanowisko wyrazili W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 66–69 i L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej* [w:] *Przestępstwo–kara–polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 197–198. Wyrok SN z 25.09.2007 r., SNO 52/07, OSNWsD 2007/1 poz. 75, cyt. za: P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 219. Jak zauważył Lech Gardocki, odpowiedzialność sędziego odpowiadającego wyłącznie za popełnienie wykroczenia jest o wiele łagodniejsza niż w wypadku orzekania za popełnienie deliktu dyscyplinarnego. Orzeka się bowiem kary dyscyplinarne jak za popełnione wykroczenie, zob. L. Gardocki, *Prawnokarna…*, s. 197–198.

przez sędziego wykroczenie nie jest zawsze tożsame z popełnieniem deliktu dyscyplinarnego. Uznanie takiego zachowania za naruszenie godności urzędu sędziego wymaga poddania go wartościowaniu moralnemu. To ostatnie będzie wielowymiarowe. Na pełną rzeczywistość aktu ludzkiego działania składają się wszak rozmaite elementy i aspekty. Należą do nich motywy, zamierzenia, racje, uczucia, warunki, czas i miejsce, a także sprawiane skutki[11]. Stanowisko zwolenników kwalifikowania – co do zasady – wykroczeń popełnionych przez sędziego jako deliktów dyscyplinarnych pomija zatem kluczowy w postępowaniu dyscyplinarnym proces „wartościowania" aktu ludzkiego działania.

W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy powinien był zatem podjąć refleksję, czy dwukrotne podanie nieprawdy Głównej Inspekcji Transportu Drogowego jest wyłącznie wykroczeniem czy też wypełnia ono również znamiona przewinienia dyscyplinarnego. Odpowiedź na to pytanie wymagała podjęcia stosownych czynności wykładniczych.

Podstawowym przepisem, który informuje, jakie zachowania stanowią przewinienia dyscyplinarne jest art. 107 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych[12]. Zgodnie z jego brzmieniem, za przewinienie służbowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienie godności urzędu sędzia odpowiada dyscyplinarnie.

Nietrudno o spostrzeżenie, że prawodawca nie opisał zachowań zakazanych w sposób jednoznaczny, jak uczynił to np. w Kodeksie karnym[13]. W prawie dyscyplinarnym nie mamy do czynienia z katalogiem przewinień dyscyplinarnych[14]. Brak precyzyjnego sformułowania katalogu zachowań zakazanych poprzez określenie miejsca, czasu, sposobu działania jest celowym zabiegiem prawodawcy. Wykładnia pojęcia przewinienie dyscyplinarne stanowi obowiązek organów dyscyplinarnych[15]. W przypadku uznania sędziego za winnego przewinienia dyscyplinarnego organy dyscyplinarne powinny wskazać regułę, która została w ich ocenie naruszona przez obwinionego[16].

Organ dokonujący wykładni musiał zatem dokonać stosownej interpretacji klauzuli generalnej „godność sędziego". Jako klauzula generalna odsyła ona do ocen

[11] T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Warszawa 2004, s. 177.

[12] Ustawa z z 27.01.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 52) – dalej p.u.s.p.

[13] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.

[14] J. Giezek, *Interes społeczny jako kryterium legalności działań prokuratorskich* [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Zochowska, Warszawa 2016, s. 90.

[15] P. Skuczyński, *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny" 2017/3, s. 42. Swoboda organów dyscyplinarnych służy wykluczeniu nadużyć wobec osób podlegających tej odpowiedzialności, a także wykluczeniu nadużyć wobec społeczeństwa, zob. P. Skuczyński, *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 223. Obowiązek podjęcia stosownej wykładni ma także wymiar społeczny i nie ogranicza się li tylko do rozpoznania środka odwoławczego rozstrzygnięcia sprawy, która jest przedmiotem rozpoznania, a zatem wydania orzeczenia. Jednym z istotnych funkcji odpowiedzialności dyscyplinarnej jest bowiem budowanie prestiżu zawodu i zaufania wobec władzy publicznej. Sąd Najwyższy powinien pełnić rolę istotnego uczestnika sędziowskiej wspólnoty komunikacyjnej. Nawiązując do Ronalda Dworkina, można więc postulować, by Najwyższa Instancja Sądowa stanowiła wspólnotę zasad, w której toczy się nieustanna, dyskursywna debata na temat sprawiedliwości i słuszności, zob. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów* [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 89.

[16] P. Skuczyński, *Reguły, cnoty i debaty – trzy sposoby społecznego działania prawników* [w:] *Etyka zawodów prawniczych w praktyce. Wzajemne relacje i oczekiwania*, red. G. Borkowski, Lublin 2012, s. 266.

pozaprawnych[17]. Są to oceny powszechnie aprobowane w danej grupie społecznej lub społeczeństwie dające wyraz określonym wartościom[18].

Przed podmiotem dokonującym wykładni rzeczonego elementu normy sankcjonowanej stały następujące zadania:

a) ustalenie, do jakich ocen odsyła przepis zawierający klauzulę generalną;
b) dokonanie oceny faktu, którego ta ocena ma dotyczyć (wyrażenie aprobaty bądź dezaprobaty wobec jakiegoś zachowania z uwagi na to, że jest społecznie uznane za dobre albo złe, co stanowi jeden z elementów zaliczenia rzeczonego faktu do zakresu zastosowania lub normowania normy generalnej i abstrakcyjnej interpretowanej z przepisu prawnego[19].

Oceny, o których mowa, są uosabiane przez podmioty stosujące prawo w oderwaniu od konkretnych stanów faktycznych[20]. W procesie stosowania prawa podmiot musi tę ocenę wypowiedzieć[21], czyli wyartykułować i ujawnić. Źródła rzeczonych ocen są rozmaite. Są to kodeksy etyki sędziowskiej wiążące sędziów, a także standardy kształtowane przez orzecznictwo Sądu Najwyższego[22]. Trudno nie dostrzec, że standardy oceny sędziowskiego postępowania są również wyznaczane treścią norm prawa pozytywnego. Normy te stawiają wobec sędziów wymóg nieskazitelnego charakteru (art. 61 § 1 pkt 2 p.u.s.p.). Podmiot ferujący oceny w procesie

[17] Z. Ziembiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych* „Państwo i Prawo" 1989/3, s. 17. Zdaniem Macieja Zielińskiego przepisy odsyłające do czegoś, co znajduje się poza systemem prawnym to przepisy modyfikujące inne przepisy centralne. Nakazują one, aby w zakresie zastosowania określonych norm uwzględniać oceny funkcjonujące w społeczeństwie, zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady –reguły–wskazówki*, Warszawa 2017, s. 121.

[18] A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne i orzecznicze*, Warszawa 2013, s. 39.

[19] Por. A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule…*, s. 29. Obowiązek dekodowania treści klauzuli generalnej spoczywa również na adresacie normy prawnej, por. L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986. Wydaje się, że w sytuacjach nieoczywistych wymaga to stosowania kompetencji osądu moralnego w kategoriach pryncypiów i wartości postkonwencjonalnych podzielanych powszechnie, takich jak sprawiedliwość czy wspólne dobro, na których ludzie budują relacje społeczne, kooperację, instytucje.

[20] L. Leszczyński, *Klauzule…*, s. 25.

[21] L. Leszczyński, *Klauzule…*, s. 25.

[22] Zarówno Sąd Najwyższy, jak i przedstawiciele jurysprudencji wylali morze atramentu, aby opisać te standardy. W jednym z orzeczeń SN wyraził stanowisko, zgodnie z którym z godnością urzędu sędziego i cechującą każdego sędziego nieskazitelnością charakteru wiąże się ustalony standard postępowania sędziego, który powinien stanowić wzór dla innych i którego efektem powinno być wzbudzanie szacunku.
SN w uzasadnieniu wyroku z 16.03.2018 r., SNO 9/18, wywiódł, powołując się na następujące publikacje G. Ławnikowicz, S. Pilipiec, *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, „Annales Universitatis MCS Lublin" 2016, seria G, vol. LXIII; S. Tkacz, *Sędzia jako osoba sprawująca wymiar sprawiedliwości*, „Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji", Wrocław 2017/3791; P. Kaczmarek, *Problem integralności moralnej w etyce prawniczej* „Przegląd Filozoficzny" 2016/2, s. 139–150, że sędziowie mają wszakże do spełnienia ważną – pod względem ustrojowym i społecznym – rolę, stąd w zakresie kwalifikacji osobistych, intelektualnych, moralnych i służbowych muszą prezentować najwyższe do uzyskania pułapy. Zdaniem Najwyższej Instancji Sądowej pojęcie „nieskazitelny charakter" należy tłumaczyć dynamicznie, w sposób ekstensywny, dążąc raczej do skatalogowania cech tworzących paradygmat sędziego niż podejmując wysiłki w celu objaśnienia wyrażeń „nieskazitelny" oraz „charakter". Sąd Najwyższy zwracał uwagę, że w piśmiennictwie wielokrotnie podejmowano próby opisania tego pojęcia, w związku z czym można twierdzić, iż sędzia powinien być: uczciwy, pracowity, nieposzlakowany, zrównoważony, sumienny, odważny, cierpliwy, o wysokiej kulturze osobistej, bystry, uprzejmy, samokrytyczny, otwarty intelektualnie oraz obdarzony wewnętrznym poczuciem niezależności. Powinien jasno wyrażać swoje myśli, rozumować dyskursywnie, dobrze pisać, okazywać wrażliwość, a zarazem surowość i rygoryzm w stosowaniu przepisów procesowych, wreszcie mieć wysoki stopień poczucia sprawiedliwości i słuszności z jednoczesną skłonnością do rozumnego kompromisu, zob. J. Gudowski, T. Ereciński, J. Iwulski, *Komentarz do art. 61 ustawy o ustroju sądów powszechnych art. 61 u.s.p.* [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2009.

stosowania prawa nie powinien jednak ograniczać się li tylko do polegania na powyższych kryteriach. Wydawanie tego rodzaju ocen w postępowaniu dyscyplinarnym powinno również brać pod uwagę m.in. to, czy zachowanie nie narusza reguł etyki ogólnej, a także, czy nie narusza zasady zaufania[23].

W procesie ferowania ocen szczególnie ważne jest wzięcie pod uwagę tego, czy inkryminowane zachowanie podważyło – i w jakim stopniu – zaufanie społeczne do sędziów. Należy się zgodzić z P. Skuczyńskim i Markiem Zirk-Sadowskim co do tego, że w przypadku sędziów zaufanie publiczne jest jeszcze ważniejsze, aniżeli w przypadku pozostałych zawodów prawniczych – zwłaszcza, jeśli mierzyć tę ważność konsekwencjami instytucjonalnymi i społecznymi, jakie może pociągnąć za sobą utrata czy osłabienie tego zaufania. Nawiążemy do tego problemu ponownie w naszej Uwadze II.

Tymczasem stawiamy tu tezę, że w świetle ocen wyznaczających standard postępowania sędziego zachowanie podsądnego naruszyło godność urzędu sędziego. W naszej ocenie wypowiedzi sędziego, skierowane do Generalnego Inspektoratu Transportu Drogowego ewidentnie naruszają standard godnego, ponadprzeciętnego zachowania sędziego, w szczególności zaś jego zobowiązanie do uczciwego zachowania poza służbą i urzędem.

Uzasadniają to konsekwencje spowodowane zachowaniem sędziego. Aby uzmysłowić sobie ich wagę, należy przyjrzeć się bliżej inkryminowanemu uczynkowi.

Łatwo dostrzec, że polegał on na niewłaściwym użytku uczynionym z języka w sensie, jaki John L. Austin podaje w *How To Do Things with Words*[24]. Dwukrotnie wystosowano odpowiedzi zawierające akty mowy o charakterze performatywnym obleczone w formę pisemną do instytucjonalnych odbiorców z intencją wprowadzenia tychże w błąd. Tego rodzaju sprawcze akty językowo-komunikacyjne mogą wywoływać praktyczne skutki o jakości moralnej i dlatego stanowią przedmiot moralnej odpowiedzialności[25]. Jakie skutki wywiera tego rodzaju wypowiedź?

Otóż w filozofii języka za J. Austinem wyróżnia się skutki illokucyjne i perlokucyjne[26]. Skutki illokucji polegają – najogólniej rzecz biorąc – na: 1) udanym wykonaniu określonej czynności mówienia; 2) wejściu w życie tego, co zostało zapowiedziane; 3) zachęceniu do odpowiedzi[27]. Z kolei w etyce dyskursu za J. Habermasem i R. Alexym przyjmuje się, że w interakcji komunikacyjno-dyskursywnej prowadzącej do prawdziwych i wiążących ustaleń 4) dopuszczalne są akty mowy,

[23] Propozycja ta jest zawarta w monografii Pawła Skuczyńskiego pt. *Status etyki prawniczej*. P. Skuczyński określa zasadę zaufania następująco: „Zasada zaufania w sensie normatywnym w etyce prawniczej oznacza obowiązek ochrony stosunków zaufania, co oznacza przede wszystkim, po pierwsze w rozumieniu indywidualnym, obowiązek dbania o zaufanie klienta do prawnika, i po drugie, w sensie generalnym, obowiązek dbania o zaufanie społeczeństwa do prawników i zawodów prawniczych", P. Skuczyński, *Status etyki* prawniczej, Warszawa 2012, s. 188.

[24] J.L. Austin, *How To Do Things with Words*, Oksford 1962.

[25] Dzieje się tak, gdy akt jest kauzalnie uwarunkowany w podmiocie o zdolnościach niezbędnych do panowania nad własnym działaniem. Wśród nich należy wymienić myślenie w kategoriach przyczynowo-skutkowych, przewidywanie konsekwencji, wydawanie sądów, wreszcie zdolność do odróżniania dobra od zła (które to wartości są definiowane i artykułowane przez reguły społeczne), por. K. Rozmarynowska, *Odpowiedzialność za słowa. Moralna ocena działania językowego* „Przegląd Filozoficzny" 2019/1, s. 171.

[26] T. Gizbert-Studnicki, *Stwierdzenie jako akt mowy*, „Studia Filozoficzne" 1973/3, s. 84.

[27] Akt illokucyjny tożsamy jest z tym, „co wypowiedź «faktycznie czyni/sprawia/uskutecznia» w konkretnej sytuacji (niem. *faktisch bewirkt wird*), por. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt nad Menem 1983, s. 79; por. K. Rozmarynowska, *Odpowiedzialność…*, s. 173.

które w sposób reprezentatywny wyrażają rzeczywiste intencje czy myśli[28] uczestników, a które to akty wywierają dalej wpływ na innych uczestników i wreszcie same rezultaty interakcji[29]. Zachodzi ścisła relacja pomiędzy illokucyjno-perlokucyjnymi aspektami skutecznej wypowiedzi a jej aspektami socjonormatywnymi.

Komentowane tu zachowanie sędziego polegające na dwukrotnym podaniu nieprawdy spełniało kryteria 1–3, lecz nie spełniało kryterium 4. T.L. dwukrotnie podał nieprawdę, odpowiadając na wezwania. Wystosował odpowiedzi zwrotne do nadawcy wezwań, wzbudzając określoną reakcję organów władzy publicznej. Zamysł pragmatyczno-perlokucyjny został więc w pełni zrealizowany. Sędzia podając nieprawdę nosił się z zamiarem osiągnięcia skutku perlokucyjnego, innymi słowy – przekonania GTD, że to nie on popełnił wykroczenie. Z kolei ten zamiar nie został zrealizowany z uwagi na uznanie wypowiedzi T.L. za niewiarygodną i w konsekwencji – zainicjowanie postępowania dyscyplinarnego. Już sam zamiar osiągnięcia skutku illokucyjnego poprzez kłamliwą wypowiedź w intencji uzyskania odpowiedzi, oraz zamiar osiągnięcia skutku perlokucyjnego – mianowicie, wprowadzenia w błąd organów Transportu Drogowego, stawia autora wypowiedzi w złym świetle.

Linia obronna budowana przez obwinionego znamionuje nie tyle zamiar uniknięcia tej odpowiedzialności, typowy raczej dla sprawców pospolitych, ile raczej zamiar uniknięcia jej w powiązaniu z całym pakietem fundamentalnych wartości społecznych, instytucjonalnych i profesjonalnych, które naraża on na ryzyko jako sędzia, z godnością, i powagą urzędu, a także bezstronnością i nieskazitelnością osoby na czele. Jak się zdaje, przyjmując tak kontrowersyjną moralnie linię obrony, sędzia uchwycił się wszelkich możliwych – w tym moralnie ambiwalentnych – środków i sposobów, by uniknąć roli podsądnego w postępowaniu dyscyplinarnym. W szczególności zaś po to, by uchylić się od odpowiedzialności i poniesienia kary za wykroczenie polegające na przekroczeniu dopuszczalnej prędkości, co – mimo pozornej błahości – mogłoby podważyć jego wizerunek zawodowy i społeczny jako sędziego sądu rejonowego; wreszcie by uchylić się od obowiązku krytycznego osądu własnego zachowania w celu rehabilitacji własnego wizerunku.

Zachowanie sędziego wydaje się jeszcze bardziej karygodne w świetle niezamierzonych czy też nieprzewidzianych, perlokucyjnych konsekwencji jego wypowiedzi, wykraczających poza realizację interesu indywidualnego. Tego rodzaju skutki czynności językowej wynikają stąd, że o znaczeniu i mocy wypowiedzi decyduje nie tylko konwencja, lecz także okoliczności (kontekst), status nadawcy i odbiorcy, wreszcie jej czas i miejsce[30]. To, że autor wypowiedzi nie zamierzał wywołać pewnych skutków, nie wyłącza i nie umniejsza jego odpowiedzialności. Podmiot odpowiada za skutki swoich zachowań nawet wówczas, gdy nie są one zamierzone, jeśli mógł je przewidzieć, tzn., jeśli był w posiadaniu dostatecznej kompetencji intelektualnej, językowej czy moralnej[31], w tym – zdolności do respektowania standardów profesji sędziowskiej i powzięcia odpowiedzialności za skutki własnych poczynań. Kompetencja ta może być z przyczyn od podmiotu niezależnych lub zależnych ograniczona

[28] „Lecz myśli są w tym wszystkim przypadkiem najbardziej interesującym i złożonym (*confusing*): nieszczerość jest bowiem kluczowym elementem kłamstwa (*an essential element in lying*) w odróżnieniu od wypowiedzi zawierającej fałsz", J.L. Austin, *How To Do Things*…, s. 41.
[29] R. Alexy, *Theorie*…, s. 156.
[30] K. Rozmarynowska, *Odpowiedzialność*…, s. 173.
[31] K. Rozmarynowska, *Odpowiedzialność*…, s. 175.

('potencjalna', jak powiedziałby Immanuel Kant; 'nieidealna', lecz 'realna', jak z kolei powiada Alexy). W przypadku doświadczonego i czynnego urzędnika organu władzy państwowej była ona ponad wszelką wątpliwość wystarczająca.

Racjonalnym, a więc zasadnie oczekiwanym tego wyrazem byłoby przyznanie się do popełnionego czynu, tj. prowadzenia samochodu z nadmierną prędkością. Trudna do anulowania identyfikacja wystawiła sprawcę na dezaprobatę moralną[32], tymczasem przyznanie się do czynu już na etapie czynności wyjaśniających podjętych przez sąd mogłoby powstrzymać bieg wypadków, prowadzący do fatalnych konsekwencji społecznych.

UWAGA II

Powiedzieć, że poprawność działań komunikacyjno-dyskursywnych urzędników publicznych podlega oglądowi i osądowi[33] szerokich kręgów obywateli[34], to w omawianym przypadku nic nie powiedzieć[35]. Współcześnie nawet ta sfera działania nie jest wolna od świadomego mijania się z prawdą. „Można [wręcz] zaryzykować (...) twierdzenie o istnieniu w społeczeństwie czynnika kłamstwa jako «stałej społecznej»"[36].

Nie godząc się na eskalację takich praktyk w sferze publicznych instytucji deklarujących racjonalność, przejrzystość i rzetelność, w drugiej z naszych uwag poświęconych przypadkowi sędziego chcielibyśmy sformułować „argument przeciwko wewnętrznej sprzeczności wszelkiego rodzaju podmiotów racjonalnych", również tych „publiczno-instytucjonalnych" – jako sprzeczności performatywno-normatywnej. Można go potraktować jako argument przeciwko zakłamaniu sfery publicznej, której uczestnikom nie przysługuje prawo do wysuwania roszczeń ważnościowych dla wypowiedzi, które intencjonalnie wprowadzają w błąd inne osoby. Argument w kształcie zarysowanym niżej rozwija wymóg kierowany przez I. Kanta pod adresem ludzkiego podmiotu. Wymóg ten wywodzi się najpierw z epistemologicznej autonomii podmiotu i w konsekwencji – jego epistemologicznej odpowiedzialności: „myśleć samodzielnie" oznacza „w każdym momencie – niezależnie od okoliczności – myśleć w zgodzie z sobą samym"[37]. Podmiotowe „ja" może zadbać o tę wewnętrzną niesprzeczność, stosując w praktyce dwie zasady.

Pierwsza zasada wyraża „jedność wiedzotwórczej aktywności"[38] umysłu, zabraniając formułowania i wygłaszania sprzecznych twierdzeń o tym samym przedmiotowym stanie rzeczy, a także wypowiedzi sprzecznych ze stanem wiedzy podmiotu poznającego. Wymóg owej zrazu czysto „racjonalnej formy prawności"[39] poznania

[32] J. Giebułtowski, A. Piłat, *Przyznanie się do czynu* [w:] *Studia z filozofii praktycznej*, Warszawa 2013, s. 146.
[33] Por. W.T. Braithwaite, *Who judges the judges*, Chicago 1971.
[34] Na temat jawności i komunikowalności w społeczeństwie dążącym do rozumnej samoregulacji zob. I. Kant, *Projekt wieczystego pokoju. W 200-lecie wydania pracy Kanta*, red. J. Garewicz, B. Markiewicz, Warszawa 1995; H. Arendt, *Kondycja ludzka*, Warszawa 2010, s. 70; H. Arendt, *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, tł. R. Kuczyński, M. Moskalewicz, Warszawa 2012, s. 73 i n.
[35] Por. H. Frankfurt, *On bullshit*, Princeton NJ 2005, s. 1.
[36] W. Chudy, *Społeczeństwo zakłamane. Esej o społeczeństwie i kłamstwie*, Warszawa 2007, s. 5, 8, 11.
[37] Trzecie, dyskursywne zalecenie brzmi: „w rozmowie z innymi ludźmi wniknąć w stanowisko «każdej innej osoby»", por. I. Kant, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, Akademie-Ausgabe, Abt. I/Werke, Bd. VII, Berlin 2008, s. 228 (przekład – autorzy).
[38] M. Siemek, *Inedit*a, Warszawa 2019 (w druku). Zasady te mają źródło „transcendentalne", którego nie możemy tu bliżej omawiać.
[39] M. Siemek, *Inedit*a…

(tj. wymóg rzetelnego przestrzegania szeregu reguł) rozciąga się na relacje międzypodmiotowe i formacje wielopodmiotowe, które mimo rozmaitości perspektyw i stanowisk poznawczych winny dążyć do koherencji i konsensualności w obrębie zbiorowej „aktywności wiedzotwórczej", co postuluje Marek Siemek[40]. Warto dodać, że do wytwórców wiedzy silnie oddziałującej na spójność społecznej świadomości prawa (prawnej samowiedzy społeczeństwa) należą członkowie palestry.

Odnosząc powyższe wymogi do działalności sędziowskiej odkryjemy, że prócz ślubowania[41] co do swej nieskazitelności i godności urzędu, składanego przed instancjami zewnętrznymi[42], sędziego wiąże wewnętrzny rygor spójności własnej aktywności wiedzotwórczej jako podmiotu racjonalnego. Nie może być mowy o urzędzie i służbie publicznej na rzecz społeczeństwa bez takiej spójności, i co za tym idzie, bez rzetelności i wiarygodności, których świadectwo stanowią akty poznania i akty mowy sędziego, w tym oświadczenia składane w każdej zinstytucjonalizowanej społecznie roli. Niesprzeczna aktywność wiedzotwórcza sędziego jest wysoce znacząca dla ogólnej jakości wiedzy i samowiedzy społeczeństwa respektującego „racjonalną formę prawności", jak powiada Siemek. Forma ta inicjuje poznanie nadające się do międzypodmiotowej obiektywizacji, uniwersalizacji, wreszcie instytucjonalizacji; przede wszystkim jednak czyni ona epistemologicznie wiarygodnym partnerem komunikacyjno-dyskursywnej interakcji podmiot, który w swej wiedzotwórczej aktywności stara się przestrzegać reguł rzetelnego poznania i na tej podstawie wysuwa roszczenie do uznania swoich twierdzeń i wypowiedzi za prawdziwe.

Nie mniej ważna jest praktyczno-moralna wykładnia tego, co najpierw „w ogóle prawne", jak to ujmuje Marek Siemek, wyrażona w kategorycznym imperatywie[43]. Również on ma zabezpieczać „zgodność siebie ze sobą samym", eliminując z podmiotowej aktywności sprzeczność performatywną, tj. sprzeczność między rzeczywistym postępowaniem (również słownym) a „prawem jedności" i wynikającymi zeń

[40] Na gruncie etyki działań komunikacyjno-dyskursywnych, gdzie rozstrzyga się o legitymizacji aktów normotwórczych, w grę wchodzą rozmaite koncepcje prawdy, np. konsensualna i korespondencyjna. Podług tej ostatniej twierdzenie jest prawdziwe wtedy i tylko wtedy, gdy zachodzi wyrażana przez nie treść, tj. „fakt", zob. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, s. 136. Spójność i sprzeczność performatywna odnoszą się jednak do innych zjawisk na gruncie transcendentalno-pragmatycznej teorii dyskursu praktycznego.

[41] Zgodnie z art. 66 p.u.s.p. przy powołaniu sędzia składa ślubowanie w obecności Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej według następującej roty: „Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy prawnie chronionej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości" (ślubujący może dodać na końcu zwrot: „Tak mi dopomóż Bóg"). W świetle art. 81 § 1 p.u.s.p., s. 1, sędzia jest obowiązany postępować zgodnie ze ślubowaniem sędziowskim. Akt ślubowania traktowany jest w filozofii moralnej jako remedium na chwiejność i nieprzewidywalność ludzkiej natury, niesprzyjające wykonywaniu powierzonej mu władzy i przyznanych mu przywilejów. Ślubowanie wyraża intencję zobowiązania wobec zewnętrznej instancji do uczynienia siebie przewidywalnym, niezawodnym, wiarygodnym i odpowiedzialnym wykonawcą czynności objętych urzędem, bez względu na zmienne okoliczności. Austin rozważa jednak sytuację, gdy wygłasza się rotę ślubowania, przyrzeka coś lub obiecuje bez odnośnej intencji, por. J.L. Austin, *How To Do Things...*, dz. cyt. Zob. też R. Piłat, *Powinność i samowiedza. Studia z filozofii praktycznej*, Warszawa 2013, s. 81; T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy…*, s. 259.

[42] J. Kubiak, J.R. Kubiak, *Godność urzędu sędziego*, „Przegląd Sądowy" 1994/3, s. 9.

[43] Nie wnikamy tu w dychotomię porządku idealnego i realnego, podtrzymywaną m.in. przez R. Alexego i N. MacCormicka, lecz za M. Siemkiem traktujemy imperatyw jako logiczno-transcendentalną zasadę niesprzeczności praktyki z regułami uznawanymi za słuszne i podzielanymi przez wiele racjonalnych podmiotów. Nie zbadano, czy imperatyw kategoryczny kiedykolwiek stał się wiodącą procedurą tworzenia reguł praktycznych; stanowi on za to niezmiennie ważną, konstytutywną zasadę upodmiotowienia, por. K. Cern, *Is a construction of life-worlds possible?* [w:] *Educating competencies for democracy*, red. E. Nowak, D.E. Schrader, B. Zizek, Frankfurt nad Menem–Berlin–Bruksela–Nowy Jork–Oksford–Warszawa–Wiedeń 2013, s. 272 i n.

dyrektywami, które uosabia podmiot jako prawodawca moralny. „Istotą rozumu jest aktywność prawodawcza i aktywność samoafirmowania się woli 'poznawczej'. Aktywność ta wyczerpuje rozum w kantowskim sensie"[44]. W tym wypadku chodzi o wytwarzanie takiego poznania moralnego, którego twierdzenia i wypowiedzi mogą być opatrzone przez podmiot zasadnym roszczeniem do uznania ważności i słuszności przez innych. Owo uznanie wiedzie nie tylko do tzw. podzielania, ale może też wieść do uniwersalizacji czy instytucjonalizacji danych twierdzeń.

Jeśli przyjąć, że źródłem prawomocnego prawa jest „samostanowienie prawa, dopełnione aktem autonomicznego poddania się temu samemu prawu"[45] przez podmiot, i jeśli „jedność podmiotu implikuje wielość podmiotów, a subiektywność implikuje intersubiektywność", to „pojęcie prawa mogę rozumieć wtedy i tylko wtedy, gdy uzgadniam w dialogu rozumności to, co wspólnie dla nas obowiązujące. W ruchu uzgadniania uchwytna jest sama, czysta forma prawności. Jedność prawa jest rezultatem procesu uzgadniania i jednoczenia aktów uznania pod adresem reguł wspólnego życia i myślenia. Pojmowanie prawa zakłada podmiot ludzki będący prawobiorcą – wielość podmiotów poddanych temu samemu prawu i o tyle właśnie równych, choć każdy z nich jest inny (…) na mocy zasady autonomii prawodawcą i prawobiorcą staje się wielość podmiotów"[46]. Podmioty te jednoczy forma wspólnych praw, choć mogą one różnić się sposobami ich praktykowania.

Po co przywoływać tę dość jednak rygorystyczną tradycję dla analizy pojedynczego przypadku sędziowskiego kłamstwa związanego z błahym deliktem, jakim było przekroczenie dozwolonej prędkości o 14 kilometrów?[47].

Pierwsza odpowiedź brzmi: ze względu na jego podmiotową godność, która również owo błahe wykroczenie czyni godnym porządnej refleksji. Nie o poszczególnego sprawcę ani też izolowane postępowanie tu chodzi. Postępowanie to silnie i szeroko „oddziałuje" w sferze dyskursu publicznego i społecznej jedności, której wyraz daje samowiedza praktyk prawnych (i także tych bezprawnych). W sferze tej racjonalnie usposobione społeczeństwo krytycznie „bada" swoją 'spójność' i 'jedność' pod kątem konsekwencji w poszanowaniu powszechnych, kluczowych instytucji, a jeśli nie instytucji, to pewnych podstawowych, ponadkonwencjonalnych i szeroko podzielanych wartości czy zasad, umożliwiających trwanie i kooperację.

Omawiany przez nas przypadek oświadczenia nieprawdy przez sędziego organom władzy stanowi przykład sprzeczności performatywnej, którą sprokurował sobie i społeczeństwu ktoś zawodowo orzekający sprawiedliwość w majestacie organu władzy sądowniczej. Sprzeczność ta, a konkretnie: oświadczenie nieprawdy wobec organów państwa zaburza społeczny proces „samoupodmiotowienia", w którym „uczestniczyć muszą wszystkie osoby należące do rozumnej wspólnoty"[48], nie wyłączając sędziów. Zgodnie z Kantowskim trójpodziałem władz rozumu, samoupodmiotowienie zakłada wystrzeganie się sprzeczności pomiędzy tym, co poznajemy jako prawdziwe, pewne, etc. lub uznajemy za słuszne z jednej strony, a tym, co czynimy (także w sferze praktyki komunikacyjno-dyskursywnej)

[44] M. Siemek, *Inedita*…
[45] M. Siemek, *Inedita*…
[46] M. Siemek, *Inedita*…
[47] T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011 i wskazana tam literatura; W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 1989, s. 204.
[48] T. Pietrzykowski, *Etyczne*…

w 1. myśleniu, 2. postępowaniu moralnym (lub na gruncie naszej wewnętrznej normatywności), wreszcie w 3. sądzeniu, odnosząc te aktywności do instytucji priorytetowych dla życia społecznego. Wszak również na gruncie instytucji „racjonalność działania moralnego jest konsekwencją racjonalności myślenia (działania rozumu w zgodzie i «tożsamości» ze sobą samym)“[49]. Sprzeczność i niesprzeczność performatywną rozumiemy tu jako realny punkt odniesienia dla rzeczywistych praktyk (czyli w zgodzie z M. Siemkiem), nie zaś tylko jako abstrakcyjną koncepcję „transcendentalno-pragmatycznej sprzeczności z samym sobą”[50].

W zbiorowej samoregulacji i samowiedzy – przynajmniej w zakresie gwarantującym podstawy państwa prawa – powyższa niesprzeczność wiąże się z dbałością o niesprzeczną i wiarygodną, publiczną interakcję komunikacyjno-dyskursywną. To w jej obrębie powstaje olbrzymia część relewantnej społecznie wiedzy, z niej też wyrasta kooperacja i osąd[51] umocowany w przesłankach poznania społecznego, np. takiego, które niezbędne jest sądom do tego, by móc orzekać sprawiedliwość. Współcześnie interakcja ta staje się dogodną scenerią dla rozmaitych form sprzeczności, fałszu i zgoła humbugu[52].

Kłamstwo wydaje się zjawiskiem bardziej ‘na czasie’ aniżeli cokolwiek anachroniczne wywody o transcendentalnych warunkach wewnątrzpodmiotowej koherencji[53]. Jak podkreśla S. Dietzsch w zgodzie z J.L. Austinem, kłamstwo polega nie tyle na *duplex cogitatio*, ile na *duplex oratio*. Jako takie, stanowi odmianę „performatywnego działania komunikacyjnego“ (niem. *Lügen sind performative Kommunikationen*)[54]. W jego propozycjonalno-performatywny charakter wpisany jest rodzaj kauzalizmu. Charakter ten obejmuje też roszczenie do uznania prawdziwości wygłaszanych wypowiedzi i zawartych w nich twierdzeń (niem. *daß Menschen Wahrheitsansprüche haben können*) przez inne osoby czy instytucje, na których zachowanie pragnie wpływać kłamca. Nawiązujemy tu do „intersubiektywnej ważności mowy jako reguły jednoznacznie normatywnej“, eksplorowanej przez K.-O. Apla[55]. W świetle najbardziej podstawowych warunków działania wspólnoty komunikacyjno-dyskursywnej, w tym: prawdomówności i uczciwości mówcy, omówiony przez nas przypadek wypowiedzi nieprawdziwej, poprzez którą sędzia wprowadził w błąd organy władzy państwowej, nie jest ani reprezentatywny, ani konstatywny, ergo: jej autor nie był uprawniony do tego, by podnieść roszczenie

[49] T. Pietrzykowski, *Etyczne…*
[50] K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt nad Menem 1988, s. 312.
[51] Sądzenie wymaga kryteriów normatywnych, etycznych lub prawnych. „Najogólniej mówiąc, świadome i przejrzyste dla siebie sądzenie moralne (niem. *sich selbst als moralisch verstehende urteilen*) przejawia się na zewnątrz – dla innych – po prostu jako «przypadek działania» słowami (*Fall des Handelns durch Worte*)“, J. Simon, *Wahrheit als Freiheit. Zur Entwicklung der Wahrheitsfrage in der neueren Philosophie*, Berlin–Nowy Jork 1978, s. 287.
[52] Odkąd na „sokratejski” dialog oddziaływać zaczęły strategie mowy stworzone przez Sofistów.
[53] Mowa tu o sferze publicznej, nie o prywatnej. „Każda ludzka wypowiedź musi być prawdziwa, lecz nie wszystko, co prawdziwe, musi zostać powiedziane” (notatka I. Kanta, zob. S. Dietzsch, *Die Konstruktivität der Lüge*. Wykład wygłoszony podczas konferencji „Über Lügen im Zeitalter des Krieges“ der Sartre Gesellschaft e.V. an der Humboldt-Universität Berlin (9–10.10.2015 r.), źródło udostępnione przez autora.
[54] S. Dietzsch, *Die Konstruktivität…* Przy okazji S. Dietzsch przypomina o Schelerowskim „organicznym zakłamaniu”, które człowiek rozwija w otoczeniu opresywnym, podejrzliwym, osaczającym uprzedzeniami i resentymentem. Niewykluczone, że w dyskursach instytucjonalnych i publicznych, które odziedziczyły opresywne mechanizmy lub rozwinęły nowe, prawdomówność i spójność podmiotu mogą być ograniczane lub skrywane.
[55] K.-O. Apel, *Diskurs…*, s. 96.

do uznania ważności odnośnej wypowiedzi[56]. Nie wykazując „prawdziwości propozycjonalnej", podnosił mimo to roszczenie do uznania prawdziwości, a ponadto – „słuszności normatywnej"[57] nieprawdziwego oświadczenia, jako jednej z przesłanek spodziewanego rozstrzygnięcia administracyjnego, przez co odnośna, dyskursywna praktyka prawa w postępowaniu sądu poddana została manipulacji.

Choć kłamstwo bywa korzystne z punktu widzenia ewolucji lub pragmatyzmu – odznacza się bowiem „silnym współczynnikiem wpływu społecznego"[58] – w sferze kluczowych praktyk normatywno-instytucjonalnych jest ono w dwójnasób szkodliwe. Po pierwsze, kłamstwo w rozważonej przez nas postaci narusza zasady najszerzej podzielanej w społeczeństwie „etyczności", która w pewnej mierze legitymizuje kluczowe konwencje społeczne – nie tylko szeroko rozumiane prawo, ale i zasady składające się na etos prawości osób wykonujących zawód sędziego. Można dyskutować o pluralizmie czy nawet relatywizacji 'prawdy' w społeczeństwie pluralizmu, różnicy[59] bądź nietzscheańskiej kreatywności. Można wreszcie wskazywać na dylematy podsądnych i innych uczestników postępowania procesowego, kiedy ujawnienie prawdy koliduje z innymi, równorzędnymi wartościami czy zasadami[60]. Nie da się jednak wskazać *ratio iuris* dla kłamstwa: naturalną kontynuację obowiązku prawdomówności wobec siebie (jako wyrazu prawości) stanowi bowiem obowiązek prawdomówności rozważany „na gruncie metafizyki prawa" jako zewnętrzny obowiązek *prawny*[61]. „Będzie to obowiązek do prawdziwości, który określa stosunki międzyosobowe, gdy postępowanie jednej osoby dotyczy postępowania innej"[62]. Można ten obowiązek rozszerzyć na sytuację, kiedy to treścią własnych wypowiedzi usiłuje się wpływać na postępowanie innych osób lub instytucji uprawnionych do prawdy, ale uzyskującej fałsz przebrany za prawdę bądź kiedy treść ta ma wywrzeć na innych osobach lub instytucjach skutek bezprawny. Zwłaszcza, jeśli miałoby to oszczędzić adresatowi wypowiedzi należnej odpowiedzialności prawnej i pomóc zachować wizerunek osoby prawej, a w związku z tym godnej urzędu sędziowskiego.

Abstract

Paweł Mazur, Ewa Nowak, *Two Comments on Supreme Court Judgment of 30 November 2016, SNO 51/16*

This paper is a critique of the judgment issued by the Supreme Court on 30 November 2016, SNO 51/16. The highest court in Poland acquitted a judge who denied, in front of public authorities, that he had driven a car in excess of the speed limit. According to the Supreme

[56] Możemy wyróżnić odróżnić czynność mowy zakładającą zdolność (dyspozycję), poszczególne akty mowy (wypowiedzi) i tym, co powiedziane (wytwór aktu lub ciągu aktów). Kauzalnie na innych współuczestników sytuacji komunikacyjnej (adresatów mowy lub jej świadków) oddziałać może zarówno podmiotowy akt mowy resp. działanie komunikacyjne w sensie ścisłym, jak i jego zobiektywizowany wytwór (gdy 'słowo się rzekło', skutki tego mogą być dalekosiężne i długofalowe).

[57] J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt nad Menem 1983, s. 69.

[58] S. Dietzsch, *Die Konstruktivität*…; zob. też I. Kant, *O domniemanym prawie do kłamstwa z pobudek miłości ludzkiej*, tł. A. Grzeliński, D. Pakalski [w:] I. Kant, *Rozprawy z filozofii historii*, Kęty 2005.

[59] Por. G. Harman, *Explaining Value*, Oksford 2000.

[60] Np. w powieści B. Schlinka pt. *Vorleser* (zekranizowanej w filmie „Lektor"), Zurych 1995.

[61] M. Brandhorst, *O prawie do kłamstwa z miłości do ludzi*, „Studia z Historii Filozofii" 2011/2, s. 91.

[62] M. Brandhorst, *O prawie*..., por. też s. 94: „Obowiązek, który został naruszony, a pozostaje obowiązkiem w stosunku do adresata wypowiedzi, jest obowiązkiem w stosunku do kogoś innego, ale tylko o tyle, o ile ów ktoś będzie adresatem mojej wypowiedzi i o ile posiada powszechny, bezwarunkowy, a tym samym niezależny od adresata obowiązek kierowania się w swych wypowiedziach prawdą".

Court, the judge was executing his right of defence. The arguments against the reasoning of the SC include the fact that the judge was in a relationship of subordination in terms of competencies, therefore he was obligated to comply with the request to provide the particulars of a driver who had been speeding. The lie was assessed in terms of a serious disciplinary tort. This is justified by the illocutionary and perlocutionary consequences of the judge's written statement, as well as the performative contradiction of the person who, as a representative of the law, in fact breaks the law. We consider these aspects in two parts of the article separately.

Keywords: *Supreme Court, judge, disciplinary liability*

Streszczenie

Paweł Mazur, Ewa Nowak, *Dwie uwagi do wyroku Sądu Najwyższego z 30.11.2016 r., SNO 51/16*

Opracowanie jest krytyką wyroku Sądu Najwyższego z 30.11.2016 r., SNO 51/16. Najwyższa Instancja Sądowa uniewinniła sędziego, który zaprzeczył wobec organów władzy publicznej, aby prowadził samochód przekraczając prędkość. Zdaniem SN sędzia wykonywał prawo do obrony. Przeciwko rozumowaniu Sądu Najwyższego przemawia to, że sędzia znajdował się w stosunku podległości kompetencji, wobec czego musiał spełnić obowiązek podania danych kierowcy przekraczającego prędkość. Kłamstwo zostało ocenione w kategoriach poważnego deliktu dyscyplinarnego. Uzasadniają to skutki illokucyjne i perlokucyjne wypowiedzi pisemnej sędziego, a także sprzeczność performatywna w obrębie podmiotu, który jako reprezentujący prawo w istocie je przekracza. Aspekty te rozważamy w dwóch odrębnych częściach artykułu.

Słowa kluczowe: *Sąd Najwyższy, sędzia, odpowiedzialność dyscyplinarna*

Literatura:

1. Alexy R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt nad Menem 1983;
2. Apel K.-O., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt nad Menem 1988;
3. Arendt H., *Kondycja ludzka*, Warszawa 2010;
4. Arendt H., *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, Warszawa 2012;
5. Austin J.L., *How To Do Things with Words*, Oksford 1962;
6. Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2018;
7. Braithwaite W.T., *Who judges the judges*, Chicago 1971;
8. Cern K., *Is a construction of life-worlds possible?* [w:] *Educating competencies for democracy,* red. E. Nowak, D.E. Schrader, B. Zizek, Frankfurt nad Menem–Berlin –Bruksela–Nowy Jork–Oksford–Warszawa–Wiedeń 2013;
9. Choduń A., Gomułowicz A., Skoczylas A., *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym. Wybrane zagadnienia teoretyczne i orzecznicze*, Warszawa 2013;
10. Chudy W., *Społeczeństwo zakłamane. Esej o społeczeństwie i kłamstwie*, Warszawa 2007;
11. Dietzsch S., *Die Konstruktivität der Lüge*. Vortrag gehalten am Kolloquium „*Über Lügen im Zeitalter des Krieges*" der Sartre Gesellschaft e.V. an der Humboldt-Universität Berlin (9–10.10.2015 r.);
12. Frankfurt H., *On bullshit*, Princeton NJ 2005;
13. Frieson P., *Kant on mental disorder. Part 2: Philosophical implications of Kant's account*, History of Psychiatry 2009, nr 3, vol. 20;

14. Gardocki L., *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej* [w:] *Przestępstwo–kara–polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006;
15. Giebułtowski J., Piłat A., *Przyznanie się do czynu* [w:] *Studia z filozofii praktycznej*, Warszawa 2013;
16. Giezek J., *Interes społeczny jako kryterium legalności działań prokuratorskich* [w:] *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, Warszawa 2016,
17. Gizbert-Studnicki T., *Stwierdzenie jako akt mowy,* Studia Filozoficzne 1973, nr 3;
18. Gudowski J., Ereciński T., Iwulski J., *Komentarz do art. 61 ustawy o ustroju sądów powszechnych art. 61 u.s.p.* [w:] *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warszawa 2009;
19. Habermas J., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt nad Menem 1983;
20. Kaczmarek P., *Problem integralności moralnej w etyce prawniczej*, Przegląd Filozoficzny 2016, nr 2;
21. Kant I., *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, Akademie-Ausgabe, Abt. I/Werke, Bd. VII*, 2008;
22. Kozielewicz W., *Odpowiedzialność sędziego za wykroczenie* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012;
23. Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012;
24. Kubiak J., Kubiak J.R., *Godność urzędu sędziego*, Przegląd Sądowy 1994, nr 3;
25. Lang W., *Prawo i moralność*, Warszawa 1989;
26. Leszczyński L., *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986;
27. Ławnikowicz G., Pilipiec S., *Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych*, Annales Universitatis MCS Lublin 2016, seria G, vol. LXIII;
28. Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011;
29. Piłat R., *Powinność i samowiedza. Studia z filozofii praktycznej*, Warszawa 2013;
30. Radecki M. [w:] Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2018;
31. Rozmarynowska K., *Odpowiedzialność za słowa. Moralna ocena działania językowego*, Przegląd Filozoficzny 2019, nr 1;
32. Siemek M., *Inedita*, Warszawa 2019;
33. Simon J., *Wahrheit als Freiheit. Zur Entwicklung der Wahrheitsfrage in der neueren Philosophie*, Berlin–Nowy Jork 1978;
34. Skuczyński P., *Status etyki prawniczej*, Warszawa 2010;
35. Skuczyński R., *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, Przegląd Legislacyjny 2017, nr 3;
36. Stafford Ch.F., *Who judges the judges*, University of Pennsylvania Law Review 1972, vol. 120(5);
37. Ślipko T., *Zarys etyki ogólnej*, Warszawa 2004;
38. Tkacz S., *Sędzia jako osoba sprawująca wymiar sprawiedliwości*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji 2017, nr 3791;
39. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady–reguły–wskazówki*, Warszawa 2017;
40. Ziembiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstw*a, Warszawa 1980;
41. Ziembiński Z., *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, Państwo i Prawo 1989, nr 3;
42. Zirk-Sadowski M., *Wykładnia prawa a wspólnoty sędziów* [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.

PRAWO W DZIAŁANIU
SPRAWY KARNE
41/2020
DOI: 10.32041/pwd.4116

Mariusz Nawrocki*

Miejsce popełnienia czynu zabronionego a jurysdykcja karna. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21.09.2017 r., IV KK 262/17**

Sąd Najwyższy (dalej SN) w komentowanym postanowieniu stanął na stanowisku, że przestępstwo przeciwko prawom pracowniczym, o którym mowa w art. 218 § 3 Kodeksu karnego[1], tj. zaniechanie wypłaty wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy, który to obowiązek wynika z orzeczenia sądu i spoczywa na osobie wykonującej czynności w sprawach z zakresu prawa pracy, jest popełniane – co do zasady – w miejscu zamieszkania pracownika i jeżeli mieszka on w Polsce, to sądy krajowe mają jurysdykcję karną do rozpoznania sprawy[2].

Sąd Najwyższy swoje stanowisko przedstawił w związku z następującym stanem faktycznym. G.L. wyrokiem Sądu Rejonowego w C. z 22.08.2016 r., sygn. akt II K (...), został skazany za czyn wypełniający znamiona występku z art. 218 § 3 k.k. na karę 100 stawek dziennych grzywny. Powyższy wyrok został zmieniony tylko w zakresie opisu czynu, wyrokiem Sądu Okręgowego w B. z 27.12.2016 r., sygn. akt VII Ka (...). Od tego wyroku Sądu Okręgowego w B., kasację złożył obrońca skazanego G.L. i zarzucając w niej naruszenie art. 433 § 1 Kodeksu postępowania karnego[3] w zw. z art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k. i art. 6 § 2 k.k. oraz art. 111 § 1 k.k., polegające na rozpoznaniu sprawy wobec G.L. o czyn z art. 218 § 3 k.k. i utrzymaniu w mocy wyroku Sądu Rejonowego w C. z 22.08.2016 r., sygn. akt II K (...), skazującego G.L. za przestępstwo opisane w art. 218 § 3 k.k., pomimo występowania przeszkody procesowej do prowadzenia przed sądem polskim postępowania w kwestii odpowiedzialności karnej, co stanowi bezwzględną przyczynę odwoławczą określoną w art. 439 § 1 pkt 9 k.k., wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Rejonowego w C. i umorzenie postępowania wobec G.L.

Z dość skąpego stanu faktycznego sprawy wynika, że G.L. był obcokrajowcem. Jednocześnie – jako osoba wykonująca czynności w sprawach z zakresu prawa pracy

* Dr Mariusz Nawrocki jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID: 0000–0001–9339–4050, e-mail: Mariusz.Nawrocki@usz.edu.pl
** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 23.07.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 8.01.2020 r.
1 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.) – dalej k.k.
2 Komentowane postanowienie pochodzi z bazy orzeczeń SN dostępnego na stronie: www.sn.pl; LEX nr 2376903.
3 Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

w stosunku do polskiego pracownika – był zobowiązany do wypłaty należności zasądzonej wyrokiem polskiego sądu cywilnego. Należności tej nie wypłacił, co doprowadziło w dwóch instancjach do prawomocnego skazania przez polskie sądy karne za popełnienie przestępstwa z art. 218 § 3 k.k. Obrońca G.L. kwestionował zasadność orzeczenia, podnosząc że G.L. nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych.

Komentowane orzeczenie dotyka zagadnień, które w niewielkim stopniu występują jako problemy doktrynalne i orzecznicze. Wszak porusza ono problematykę miejsca popełnienia przestępstwa i jurysdykcji karnej. Ujmując to możliwie skrótowo, Sąd Najwyższy, wbrew wywodom kasacji, uznał, że zarzucone sprawcy przestępstwo zostało popełnione w granicach Rzeczypospolitej Polskiej i tym samym nie zaistniała bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 9 w zw. z art. 17 § 1 pkt 8 k.p.k., tj. że sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych.

Stanowisko Sądu Najwyższego należy w pełni podzielić.

Słusznie SN uznał, że miejsce popełnienia przypisanego sprawcy przestępstwa znajduje się w kraju. Zgodnie bowiem z art. 6 § 2 k.k. czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić[4]. Przepis ten jest definicją legalną sformułowania „miejsce popełnienia czynu zabronionego", ale zarazem jest definicją legalną tego, co za miejsce popełnienia czynu zabronionego należy uważać[5]. Sformułowanie „miejsce popełnienia czynu zabronionego" jest więc synonimiczne względem „miejsca, w którym sprawca działał", „miejsca, w którym sprawca zaniechał działania, do którego był obowiązany", „miejsca, w którym nastąpił skutek stanowiący znamię czynu zabronionego", czy wreszcie „miejsca, w którym według zamiaru sprawcy miał nastąpić skutek stanowiący znamię czynu zabronionego". Z kolei gdy na przepis art. 6 § 2 k.k. patrzy się jako na definicję realną, wtedy miejscem popełnienia czynu zabronionego będzie każda taka (rzeczywista) lokalizacja, w której sprawca działał, zaniechał działania, do którego był obowiązany, w której nastąpił skutek stanowiący znamię czynu zabronionego czy też, w której według zamiaru sprawcy miał nastąpić skutek stanowiący znamię czynu zabronionego[6].

Przepis art. 218 § 3 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną dla osoby wykonującej czynności w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, która będąc zobowiązana orzeczeniem sądu do wypłaty wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy obowiązku tego nie wykonuje. Przestępstwo to ma charakter formalny, bezskutkowy[7], a zatem miejsce jego popełnienia jest wyznaczone jedynie poprzez

[4] Szerzej na temat problematyki miejsca popełnienia czynu zabronionego zob. M. Nawrocki, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016, *passim*, jak również W. Wolter, *Zakres mocy obowiązującej ustawy karnej co do miejsca, podmiotu i przedmiotu na tle projektu kodeku karnego Polskiej Rzeczypospolitej Polskiej*, „Państwo i Prawo" 1953/2, s. 213–214; A. Światłowski, *Miejsce popełnienia przestępstwa a odpowiedzialność karna – zarys problematyki*, „Monitor Prawniczy" 1993/4, s. 103–105; A. Błachnio, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego przed podżegacza i pomocnika – zarys problematyki*, „Palestra" 2006/7–8, s. 82–91; R.A. Stefański, *Miejsce popełnienia przestępstwa. Problemy materialno-karne i procesowe* [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013.

[5] M. Nawrocki, *Miejsce…*, s. 26–37; M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 81, 223; J. Majewski [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1–116 KK*, red. A. Zoll, Warszawa 2012, s. 1342.

[6] M. Nawrocki, *Miejsce …*, s. 32–33.

[7] G. Łabuda [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 674.

zachowanie się sprawcy[8], które przyjmuje postać zaniechania wypłaty oznaczonego orzeczeniem sądu wynagrodzenia za pracę lub innego świadczenia ze stosunku pracy. Przepisy Kodeksu karnego nie precyzują jednak, gdzie powinny zostać wypłacone owe należności. Nie w pełni regulują tę kwestię przepisy prawa pracy. Otóż zgodnie z art. 86 § 1 Kodeksu pracy[9] pracodawca jest obowiązany wypłacać wynagrodzenie w miejscu, terminie i czasie określonych w regulaminie pracy lub w innych przepisach prawa pracy. Niemniej pracodawca, który nie ma obowiązku wydawania regulaminu pracy i który nie jest objęty układem zbiorowym pracy, powinien poinformować pracownika o miejscu wypłaty wynagrodzenia w terminie 7 dni od dnia rozpoczęcia pracy. W przypadku, gdy miejsce wypłaty wynagrodzenia nie zostało określone, ustala się je na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego[10]. Zatem na zasadzie odwołania z art. 300 k.p. pozostaje nam sięgnąć do przepisu art. 454 k.c.[11] Zrobiły tak również sądy karne orzekające w sprawie, jak i SN. W uzasadnieniu komentowanego postanowienia czytamy bowiem, że: „Sąd Najwyższy w pełni podziela stanowisko Sądu Okręgowego w B. wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w którym wykazano, że w realiach przedmiotowej sprawy miejscem popełnienia przestępstwa jest miejsce zamieszkania pokrzywdzonej. Zgodnie bowiem z art. 454 § 1 k.c. świadczenie pieniężne powinno być spełnione w miejscu zamieszkania lub w siedzibie wierzyciela w chwili spełnienia świadczenia. Wprawdzie z art. 454 § 2 k.c. wynika, że jeżeli zobowiązanie ma związek z przedsiębiorstwem dłużnika lub wierzyciela, o miejscu spełnienia świadczenia rozstrzyga siedziba przedsiębiorstwa, tym niemniej, jak trafnie zauważa Sąd Okręgowy w B., miejsce to należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli chodzi o świadczenie pieniężne to powinno ono być spełnione w zasadzie w miejscu zamieszkania lub siedzibie wierzyciela; jeżeli wierzyciel ma przedsiębiorstwo i zobowiązanie ma związek z przedsiębiorstwem wierzyciela, to o miejscu spełnienia świadczenia rozstrzyga siedziba przedsiębiorstwa."[12].

Przedstawiony pogląd znajduje oparcie w judykaturze, gdzie się wyraźnie wskazuje, że w odniesieniu do zobowiązań pieniężnych ustawodawca przyjął w art. 454 § 1 k.c. zasadę, iż powinno być ono spełnione w miejscu zamieszkania lub w siedzibie wierzyciela w chwili spełnienia świadczenia. Dług pieniężny został zatem w tym przepisie ukształtowany jako dług oddawczy[13]. Ponadto, wskazane w art. 454 § 2 k.c. miejsce spełnienia świadczenia należy rozumieć w ten sposób, że jeżeli chodzi o świadczenie pieniężne, to powinno być ono spełnione w zasadzie w miejscu zamieszkania lub siedzibie wierzyciela. Dopiero w sytuacji, gdyby wierzyciel miał przedsiębiorstwo i zobowiązanie miało z nim związek, o miejscu spełnienia świadczenia rozstrzygałaby siedziba przedsiębiorstwa[14].

[8] M. Nawrocki, *Miejsce*…, s. 52.
[9] Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.) – dalej k.p.
[10] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.) – dalej k.c. A. Sobczyk [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2018, uwagi do art. 86 k.p., teza 2 (Legalis).
[11] Także w doktrynie prawa karnego zwraca się uwagę, że niekiedy dla oznaczenia miejsca popełnienia czynu zabronionego należy się odwołać do regulacji cywilistycznej – zob. M. Nawrocki, *Miejsce*…, s. 52–53.
[12] Odmiennie E. Hryniewicz-Lach, zdaniem której miejscem popełnienia przestępstwa z art. 218 § 3 k.k. jest miejsce, w którym powinno nastąpić świadczenie ze strony pracodawcy, czyli siedziba jego przedsiębiorstwa, a jeżeli nie prowadzi on przedsiębiorstwa – miejsce zamieszkania pracownika (E. Hryniewicz-Lach [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, uwagi do art. 218, teza 74, Legalis). Pogląd ten zdaje się wynikać z braku rozróżnienia przez autorkę formy (gotówkowej/bezgotówkowej) wypłaty wynagrodzenia za pracę oraz wynikających stąd konsekwencji.
[13] Wyrok SN z 14.01.2016 r., I CSK 1094/14, LEX nr 2023919.
[14] Postanowienie SN z 8.11.1991 r., II CO 16/91, OSNCP 1993/3, poz. 40.

Dodajmy również, że nie powinno budzić wątpliwości, iż wynagrodzenie za pracę czy inne świadczenia ze stosunku pracy mają charakter pieniężny, co wynika bezpośrednio z art. 86 § 2 k.p., zgodnie z którym: „Wypłaty wynagrodzenia dokonuje się w formie pieniężnej; częściowe spełnienie wynagrodzenia w innej formie niż pieniężna jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy przewidują to ustawowe przepisy prawa pracy lub układ zbiorowy pracy.". Jednocześnie należy mieć na uwadze, że przepis art. 454 k.c. reguluje bezpośrednio tylko spełnianie świadczeń pieniężnych w formie gotówkowej[15]. Z perspektywy prawa karnego forma gotówkowa wypłaty wynagrodzenia za pracę czy innego świadczenia ze stosunku pracy byłaby rozwiązaniem najbardziej optymalnym. Wymusza ona bowiem czynności zmaterializowane w określonym miejscu, gdzie dochodzi do wypłaty gotówki osobie uprawnionej. W takiej sytuacji określenie miejsca popełnienia czynu zabronionego nie nastręcza większych trudności.

Niemniej w praktyce obrotu zapłata jest często dokonywana w formie bezgotówkowej. Forma ta ma charakter zdematerializowany i w związku z tym mogłaby powodować istotne trudności na gruncie podnoszonej w niniejszym opracowaniu problematyki. Niemniej w orzecznictwie sądów cywilnych utrwaliło się stanowisko, iż w odniesieniu do świadczeń bezgotówkowych miejscem spełnienia świadczenia – stosownie do art. 454 k.c. – jest rachunek bankowy wierzyciela, chyba że co innego wynika z umowy bądź z przepisów szczególnych[16]. Innymi słowy, miejscem bezgotówkowego spełnienia świadczenia pieniężnego jest siedziba banku prowadzącego rachunek bankowy wierzyciela[17].

Podsumowując syntetycznie powyższe, należy wskazać, że miejsce popełnienia przestępstwa z art. 218 § 3 k.k. znajduje się – co do zasady – w granicach Rzeczypospolitej Polskiej, albowiem wynagrodzenie za pracę bądź inne świadczenie ze stosunku pracy powinno być wypłacane w miejscu określonym w porozumieniu pracownika i pracodawcy (np. w regulaminie pracy czy układzie zbiorowym pracy), względnie w miejscu określonym przez przepisy prawa cywilnego. Jeżeli zatem praca była wykonywana bądź na terytorium RP, bądź przez pracownika będącego obywatelem RP, to z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przyjąć, że interes pracownika (bądź innej osoby uprawnionej) będzie wskazywał Polskę (i konkretną miejscowość, w której praca była wykonywana lub w której mieszka pracownik) jako miejsce spełnienia świadczenia, względnie rachunek bankowy w instytucji finansowej, który ma w kraju swoją siedzibę lub co najmniej oddział. Uwzględniając, że – wobec treści art. 218 § 3 k.k. – obowiązek zapłaty ww. należności wynika z treści wyroku sądowego, o miejscu ich spełnienia może decydować właśnie treść tego orzeczenia, co jednak należy poczytywać jako sytuację wyjątkową, albowiem niezmiernie rzadko sądy tak mocno doprecyzowują roszczenie, ograniczając się najczęściej do wskazania stronie (zobowiązanej i uprawnionej), kwoty roszczenia głównego oraz ewentualnej wysokości odsetek.

Na gruncie komentowanego postanowienia określenie miejsca popełnienia czynu zabronionego nie tylko czyni zadość regulacji zawartej w art. 6 § 2 k.k., ale przede wszystkim uregulowanej w przepisie art. 5 k.k. zasadzie terytorialności. Otóż oznaczenie tego miejsca w granicach Rzeczypospolitej Polskiej pozwoliło na uznanie, że krajowe sądy posiadają jurysdykcję karną do rozpoznania sprawy, a tym samym pozwoliło

[15] A. Janiak [w:] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, uwagi do art. 454 k.c., teza 14 (Legalis).

[16] Tak m.in. postanowienie SN z 3.12.1987 r., II CZ 162/87, LEX nr 8851; wyrok SN z 8.11.1989 r., III CRN 345/89, LEX nr 8997.

[17] Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29.08.2002 r., V SA 2718/01, LEX nr 685548; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 14.10.2003 r., I ACa 842/03, LEX nr 148268.

na nieuwzględnienie zarzutu, że oskarżony nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych. Rozpoznana przez Sąd Najwyższy sprawa ukazuje zatem, jak istotne znaczenie dla przyznania jurysdykcji karnej sądom polskim ma konstrukcja miejsca popełnienia czynu zabronionego. Warto przybliżyć szerzej to znaczenie.

Na początku należy zdefiniować pojęcie „jurysdykcji karnej". Przyjmuje się, że za pomocą tego sformułowania opisuje się uprawnienie do wymierzania sprawiedliwości w sprawach karnych, co jest warunkiem dopuszczalności procesu przed polskim sądem karnym[18]. Jest to zatem uprawnienie organów danego państwa do rozpoznawania i rozstrzygania spraw o przestępstwa na podstawie jego ustawodawstwa karnego oraz wykonywania orzeczonych kar i środków karnych[19].

Niewątpliwie – jak to już zasygnalizowano powyżej – w sprawach karnych istnieje ścisły związek zastosowalności przepisów materialnego prawa karnego i jurysdykcji sądów. W doktrynie podkreśla się jednak, że ustawodawstwa karne poszczególnych państw nie określają z osobna zakresu jurysdykcji krajowej i zakresu obowiązywania ustaw karnych, lecz ograniczają się do uregulowania jednej z tych kwestii. W państwach, gdzie wskazuje się jedynie, kiedy sądy mają jurysdykcję, przesądza to jednocześnie kwestię, kiedy ma zastosowanie ustawa karna, skoro sądy danego państwa mogą stosować tylko własne ustawy. W państwach, które określają sytuacje, gdy mają zastosowanie ich ustawy karne – przesądza to jurysdykcję ich sądów, jako że inne sądy ustaw tych nie stosują[20]. Polski prawodawca karny wybrał drugie z zaprezentowanych rozwiązań i w art. 5 k.k. zadekretował zasadę terytorialności, zgodnie z którą: „Ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej."[21].

Istotą zasady terytorialności jest obowiązek stosowania polskich przepisów karnych, jeśli miejscem popełnienia czynu zabronionego jest terytorium RP bądź gdy miejscem tym jest polski statek wodny (również – stosownie do art. 115 § 15 k.k. – stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym) lub statek powietrzny. Innymi słowy, istotą zasady terytorialności jest stosowanie krajowych przepisów karnych w stosunku do wszystkich osób, które na (szeroko rozumianym) terytorium RP wykraczają przeciwko tym przepisom[22]. Jak wskazuje Władysław Wolter, tak rozumiana zasada terytorialności ma dwa aspekty. Aspekt pozytywny polega na tym, że każde państwo ma prawo do karania czynów popełnionych na jego obszarze, bez względu na przynależność państwową sprawcy. Aspekt negatywny sprowadza się natomiast do braku zainteresowania się państwa czynami popełnionymi za granicą. Z reguły jednak państwa tego ostatniego wniosku nie wyciągają, wobec czego zasada ta nie wyłącza innych zasad,

[18] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 193; B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009, s. 53.

[19] M. Płachta, *Konflikty jurysdykcyjne w sprawach karnych: pojęcie, geneza i środki zaradcze*, „Prokuratura i Prawo" 2010/11, s. 8.

[20] L. Gardocki, *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985, s. 137.

[21] Szerzej nt. wyjątków od zasady terytorialności zob. M. Flemming, *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy" 1997/1, s. 3–18; M. Filar, *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000; M. Nawrocki, *Wyłączenie zasady terytorialności w prawie karnym (art. 5 KK) na przykładzie umowy międzynarodowej Polska–NATO (SOFA)* [w:] *Obywatel, państwo, społeczność międzynarodowa*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014.

[22] M. Nawrocki, *Miejsce*…, s. 55.

nieopartych na węźle terytorialnym[23]. Nie można tracić z pola widzenia i tego, że zasada terytorialności opiera się na dwóch dość oczywistych założeniach. Po pierwsze, państwo, na terenie którego popełniono przestępstwo, ma największy interes w ściganiu sprawców. A po drugie, państwo to posiada najwięcej możliwości, by zapewnić skuteczne działania zmierzające do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności[24].

Z zestawienia przepisów art. 5 i 6 § 2 k.k. wynika, że polska ustawa karna znajduje zastosowanie, a tym samym sądy polskie zyskują jurysdykcję karną, gdy na terytorium RP lub na polskim statku wodnym (rozumianym również jako stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym) lub polskim statku powietrznym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był zobowiązany, nastąpił będący znamieniem czynu zabronionego skutek zachowania się sprawcy lub też skutek będący znamieniem czynu zabronionego miał według zamiaru sprawcy nastąpić[25]. Co istotne, norma wynikająca z art. 5 k.k. znajduje zastosowanie, gdy terytorium RP lub polski statek wodny (także stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym) lub polski statek powietrzny jest miejscem choćby jednego ze wskazanych wyżej zdarzeń[26]. Związek między zasadą terytorialności a miejscem popełnienia czynu zabronionego ma zatem charakter normatywny i sprowadza się do wykazania, że czyn zabroniony został popełniony w kraju bądź też poza jego granicami. W konsekwencji dzięki relacji art. 5 i 6 § 2 k.k. można zbadać, czy w konkretnej sprawie występuje – oparta na węźle terytorialnym – jurysdykcja sądów polskich w sprawach karnych[27].

Choć komentowane postanowienie dotyczy kwestii pozornie nieistotnej, albowiem odnosi się do odpowiedzialności karnej za stosunkowo rzadko występujące w praktyce przestępstwo z art. 218 § 3 k.k., to na tym tle ujawniło się zagadnienie niebagatelne, jakim jest problematyka jurysdykcji karnej, która bezpośrednio wiąże się z zagadnieniem miejsca popełnienia czynu zabronionego i obowiązywaniem zasady terytorialności. Ponadto okazało się, że dla określenia jurysdykcji karnej sądów polskich konieczne stało się odwołanie do regulacji pozbawionych pierwiastka penalnego, jakimi są przepisy Kodeksu cywilnego i Kodeksu pracy. Uzmysławia to po raz kolejny, że prawo karne nie funkcjonuje w oderwaniu od innych gałęzi prawa, tworząc z nimi w istocie nierozerwalny system.

Abstract

Mariusz Nawrocki, *Place Where a Prohibited Act Was Committed in the Context of Criminal Jurisdiction. Commentary on Decision of the Supreme Court of 21 September 2017, IV KK 262/17*

The publication deals with the issue of determining the place where a prohibited act was committed and the impact of this place on the possibility of applying the territoriality principle, and thus the criminal jurisdiction of Polish courts.

Keywords: *place where a prohibited act was committed, jurisdiction, territoriality principle*

[23] W. Wolter, *Zakres*…, s. 213–214.
[24] M. Jeżewski, *Uniwersalna jurysdykcja karna w prawie międzynarodowym*, „Kwartalnik Prawa Publicznego" 2003/2, s. 163–164.
[25] M. Nawrocki, *Miejsce*…, s. 55.
[26] Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 96.
[27] M. Nawrocki, *Miejsce*…, s. 55–56.

Streszczenie

Mariusz Nawrocki, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego a jurysdykcja karna. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21.09.2017 r., IV KK 262/17*

Publikacja dotyczy problematyki określenia miejsca popełnienia czynu zabronionego oraz wpływu tego miejsca na możliwość zastosowania zasady terytorialności, a tym samym objęcia przestępstwa jurysdykcją karną sądów polskich.

Słowa kluczowe: *miejsce popełnienia czynu zabronionego, jurysdykcja, zasada terytorialności*

Literatura:

1. Błachnio A., *Miejsce popełnienia czynu zabronionego przed podżegacza i pomocnika – zarys problematyki*, Palestra 2006, nr 7–8;
2. Dąbrowska-Kardas M., *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012;
3. Filar M., *Status prawnokarny wojsk NATO stacjonujących na terytorium Polski (zagadnienia wybrane)* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000;
4. Flemming M., *Status prawny żołnierzy na obcym terytorium*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1997, nr 1;
5. Gardocki L., *Zarys prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 1985;
6. Giezek J. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014;
7. Gutowski M. [red.] *Kodeks cywilny*, t. II, *Komentarz. Art. 353–626*, Warszawa 2019;
8. Hryniewicz-Lach E. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
9. Janusz-Pohl B., *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009;
10. Jeżewski M., *Uniwersalna jurysdykcja karna w prawie międzynarodowym*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2003, nr 2;
11. Kmiecik R., Skrętowicz E., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009;
12. Majewski J. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1–116 KK*, red. A. Zoll, Warszawa 2012;
13. Nawrocki M., *Wyłączenie zasady terytorialności w prawie karnym (art. 5 KK) na przykładzie umowy międzynarodowej Polska-NATO (SOFA)* [w:] *Obywatel, państwo, społeczność międzynarodowa*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, E. Cała-Wacinkiewicz, D. Wacinkiewicz, Warszawa 2014;
14. Nawrocki M., *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016;
15. Płachta M., *Konflikty jurysdykcyjne w sprawach karnych: pojęcie, geneza i środki zaradcze*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 11;
16. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019;
17. Sobczyk A. [red.] *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2018;
18. Stefański R.A., *Miejsce popełnienia przestępstwa. Problemy materialno-karne i procesowe* [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, Warszawa 2013;
19. Światłowski A., *Miejsce popełnienia przestępstwa a odpowiedzialność karna – zarys problematyki*, Monitor Prawniczy 1993, nr 4;
20. Wolter W., *Zakres mocy obowiązującej ustawy karnej co do miejsca, podmiotu i przedmiotu na tle projektu kodeku karnego Polskiej Rzeczypospolitej Polskiej*, Państwo i Prawo 1953, nr 2.