

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

45

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Łukasz Pohl



Wolters Kluwer

Warszawa 2021

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

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH

Klaudia Szawłowska-Milczarek

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Spis treści:

Artykuły

Agnieszka Lewicka-Zelent Juvenile Delinquents' Expectation of Compensation in the Mediation Process	9
Radostław Krajewski Przestępstwo fałszowania licznika samochodowego	22
Ewelina Wojewoda Prawnkarne i kryminologiczne aspekty przestępstwa z art. 77 ustawy z 2015 r. o leczeniu niepłodności	38
Agnieszka Gutkowska Nadzór prewencyjny. Wybrane aspekty orzekania i stosowania wolnościowego środka postpenalnego	52
Paulina Wiktorska Procedury prawne związane z możliwościami odseparowania sprawcy przemocy domowej od osoby doświadczającej przemocy	80
Aleksandra Klich, Marta Krysztofik, Udostępnianie danych osobowych pacjentów prokuratorowi jako organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze a prawo do prywatności i ochrony danych osobowych – uwagi praktyczne	91
Adriana Kuligowska Przestępstwo zgwałcenia osoby najbliższej – wybrane aspekty prawnkarne i kryminologiczne	106
Jan Kluza Odpowiedzialność sprawcy wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym za zabójstwo w typie podstawowym (art. 148 § 1 Kodeksu karnego)	126

Olga Sitarz, Anna Jaworska-Wieloch, Jakub Hanc Propozycja nowelizacji art. 106 § 1 i art. 110a § 1 Kodeksu karnego wykonawczego	141
---	-----

Komentarze orzecznicze

Stanisław Hoc Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.11.2017 r., II AKa 269/17	149
--	-----

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Dorota Sobczak Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „ <i>The communist crimes – individual and state responsibility</i> ”. Warszawa, 9–10 listopada 2020 r.	157
---	-----

Contents:

Articles

Agnieszka Lewicka-Zelent Juvenile Delinquents' Expectation of Compensation in the Mediation Process	9
Radosław Krajewski The Offence of Odometer Fraud	22
Ewelina Wojewoda Criminal and criminological aspects of the crime under art. 77 of the Infertility Act 2015	38
Agnieszka Gutkowska Preventive Extended Supervision. Selected Aspects of Adjudicating and Applying the Non-Custodial Post-Penal Security Measure	52
Paulina Wiktorska Legal Procedures Connected with the Possibilities of Separating the Perpetrator of Domestic Violence from the Survivor of Violence	80
Aleksandra Klich, Marta Krysztofik Disclosing Patients' Personal Data to the Prosecutor as the Authority Conducting Pre-Trial Proceedings in the Context of the Right to Privacy and Personal Data Protection. Practical Remarks	91
Adriana Kuligowska The Crime of Raping an Immediate Family Member or Cohabitee. Selected Legal and Criminological Aspects	106
Jan Kluza Responsibility of the Perpetrator of Vehicular Homicide for Basic Type of the Offence of Homicide (Article 148(1) of the Criminal Code)	126

Olga Sitarz, Anna Jaworska-Wieloch, Jakub Hanc Proposal of Amendments to Article 106(1) and Article 110a(1) of the Penal Enforcement Code.....	141
--	-----

Case commentaries

Stanisław Hoc Commentary on Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 24 November 2017, II AKa 269/17	149
--	-----

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Dorota Sobczak Report on International Academic Conference ' <i>The communist crimes – individual and state responsibility</i> '. Warsaw, 9–10 November 2020	157
--	-----

Agnieszka Lewicka-Zelent*

Juvenile Delinquents' Expectation of Compensation in the Mediation Process**

1. JUVENILE DELINQUENTS IN THE POLISH LEGAL SYSTEM

The basic Polish legal act in which the term 'juvenile offender' is defined is the Act of 26 October 1982 on Proceedings in Juvenile Cases (APJC)¹. A juvenile delinquent is a person showing signs of demoralization, who is under the age of 18, one who committed a punishable act between 13 and 17 years of age, or one in relation to whom the court applied an educational measure when aged below 18 or a corrective measure when aged below 21. The Criminal Code also specifies the age of juvenile delinquents (any person up to 17 years of age). Nevertheless, persons aged over 15 who knowingly committed one of the offences of significant social harmfulness (e.g. homicide, robbery with extreme cruelty, rape) may be punished in accordance with the provisions of the Criminal Code applicable to adult offenders, however, the adjudicated penalty cannot exceed 2/3 of the upper limit of the penalty as specified by law. 'A juvenile aged above 15 who commits the act prohibited under Article 134, Article 148(1), (2) or (3), Article 156(1) or (3), Article 163(1) or (3), Article 166, Article 173(1) or (3), Article 197(3) or (4), Article 223(2), Article 252(1) or (2) and Article 280 can be held liable pursuant to the principles stipulated in this [Criminal] Code where the circumstances of the case, the perpetrator's degree of development, his/her qualities and personal conditions justify it, in particular if the previously applied educational or corrective measures turned out to be ineffective'².

In the 1985 United Nations Standard Minimum Rules a juvenile is defined as any person who 'may be dealt with for an offence in a manner which is different from an adult'. It is a child, a young person who is suspected of a conduct infringing legal norms in a given state or is recognized as the perpetrator of the offence, whilst in the light of the third rule, a juvenile is also any person recognized by the law as

* Dr hab. Agnieszka Lewicka-Zelent – associate professor in the Chair of Resocialization Pedagogy, Institute of Pedagogy, Maria Curie-Skłodowska University in Lublin, Poland, ORCID: 0000-0002-6967-8966, E-mail: agnieszka.lewicka@poczta.umcs.lublin.pl

** The manuscript was submitted by the author on: 9 August 2020; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 1 March 2021.

¹ Article 1(1) of the Act of 26 October 1982 on Proceedings in Juvenile Cases (APJC) [Polish: *Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich*], Journal of Laws [Polish: *Dziennik Ustaw*] of 2018, item 969.

² Article 10 of the Polish Criminal Code [Polish: *Kodeks karny*] (Journal of Laws of 2020, item 1444 as amended).

demoralized in Poland, a juvenile participating in welfare and care proceedings, and a young adult offender³.

According to the aforementioned APJC⁴, a Polish court may apply with respect to juvenile delinquents educational, corrective, educational and therapeutic measures as well as the measures provided for in the Polish Family and Guardianship Code. Most frequently these measures are divided into two groups: educational and corrective measures or the measures with account taken of the place of residence of the juvenile (applied in the original environment or combined with a change of environment)⁵. The list of the measures provided for in the APJC comprises the following ones:

- admonition;
- obligation to perform a certain activity, eliminating the moral degradation of the juvenile or compensating for losses suffered by the victim;
- responsible supervision on the part of parents/legal guardians, youth/public organization, work establishment or a trustworthy person;
- supervision of a probation officer;
- placement in a juvenile probation center;
- ban on driving vehicles;
- forfeiture of proceeds of the offence;
- placement in a youth care center;
- placement in a correctional facility.

The above-mentioned measures are ranked in a way that determines the degree of interference of other people into the juvenile's current life, i.e. starting with the measures that are applied in the current environment of the juvenile, followed by the ones that require change of his/her educational environment⁶. While selecting appropriate measures, the family court takes especially into account the educational measures compliant with the principle of the best interest of the child as well as the age of the juvenile, his/her health condition, the type of deviant behaviour, and the nature of the environment in which the juvenile is being brought up⁷. The main purpose of the court consists in imposing such measures that are aimed at preventing demoralization of young persons, their delinquency, and protecting them from crime. When adjudicating the measures, the court refers to the principle of individualization and not only does it rely on its powers and experience, but also on the results of psycho-pedagogical diagnosis. Article 21(a) APJC refers to the principle of individualization. Another important principle is that of the principle of continuous legal protection, which manifests itself in the endeavour to bridge the differences between the examination and enforcement proceedings thanks to continuity and consistency at all the stages of the proceedings with respect to juveniles⁸.

³ *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf> [accessed on: 29 July 2020].

⁴ Articles 5 and 6.

⁵ V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013, p. 76 et seq.

⁶ V. Konarska-Wrzošek, *Prawny system...*, p. 76 et seq.

⁷ Article 3 of the Act on Proceedings in Juvenile Cases: the principle of the best interest of the child, circumstances concerning the juvenile.

⁸ A. Haak-Trzuskawska, H. Haak, *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz* [Act on Proceedings in Juvenile Cases. Commentary], Warszawa 2015.

One of the latest educational measures is the obligation imposed on the juvenile delinquent to display a specific behaviour. The provisions of the APJC enable the use of various obligations, among which note should be taken of the obligation to redress the damage caused by the juvenile or to apologize to the victim⁹. The obligation imposed on the juvenile to redress damage represents an essential component of the education and resocialization process. The conditions when a juvenile delinquent can be obligated to redress damage were determined, together with the possibilities to modify it at the enforcement stage, without authorizing forced execution and without the need to specify limitations pertaining to juvenile's age and the type of the behaviour that is contrary to legal norms: punishable act or manifestation of demoralization¹⁰. It implies that a juvenile is bound to undertake corrective activities that, regrettably, may be construed as a penalty or coercion, externally-motivated activities. However, pursuant to the provisions of law, a juvenile may knowingly, voluntarily, in line with his/her own needs resort to mediation, in the course of which he/she will be willing to compensate the victim.

2. SPACE FOR JUVENILES IN MEDIATION

Educational work with the juvenile is primarily focused on boosting his/her internal motivation to the level of social and moral maturity where the juvenile's own need to redress damage caused to other persons arises. This is guaranteed by the restorative justice paradigm, whose function is complementary to that of the retributive justice paradigm (administering justice in court proceedings).

Walgrave¹¹ emphasizes that in the restorative justice model, the central characters are those involved in the conflict, namely the juvenile and the victim. They are provided with appropriate conditions for making autonomous decisions regarding the selection of satisfactory solutions. In this way, the juvenile avoids stigmatization and, at the same time, assumes responsibility for his/her actions. The victim, in turn, has the opportunity to listen to the juvenile and understand the reasons for his/her behaviour. The dialogue between them contributes to ending or weakening the conflict and returning to psychosocial balance. Each party can feel treated fairly. Rawls¹² argues that for the justice to be done, it is necessary to preserve the harmony between members of society, among others thanks to the concluded social agreements, one of which is represented by the mediation settlement. Such an agreement helps satisfy the interests and needs of partners, protects them from future conflicts and enables their equal treatment, which in turn gives them a sense of satisfaction and justice.

According to Lewicka-Zelent¹³, '[o]n the one hand, a constructive solution of the conflict prevents further violations of legal norms (offences) (resocialization function), while on the other hand it favours the development of certain

⁹ Z. Gostyński, *Naprawienie szkody w postępowaniu w sprawach nieletnich*, "Nowe Prawo" 1984, No. 2, p. 28.

¹⁰ A. Muszyńska, *Zobowiązanie do naprawienia szkody w postępowaniu w sprawach nieletnich*, "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" 2007, No. 2, p. 129.

¹¹ L. Walgrave, *Advancing Restorative Justice as the Ground for Youth Justice*, available at: <https://www.unicef.org/tdad/2lodewalgrave.pdf> [accessed on: 28 July 2020].

¹² J.A. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, transl. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994, p. 167 et seq.

¹³ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości nieletnich do zadośćuczynienia w paradygmacie sprawiedliwości naprawczej*, Lublin 2015, p. 30.

competences, reducing the probability of involvement in different types of conflicts (preventive function)¹⁴. The starting point is the needs of both parties. If we treat the act committed by the juvenile as a source of conflict, we will consequently seek ways to resolve it in a constructive way (if we treat it as an offence, we will focus on punishing the perpetrator). This specific legal conflict involves a juvenile, i.e. a person that has not yet reached full maturity and another person who has been injured by him/her. They both have their own needs, to meet which the presence of another person is required. Mutual exchange of information as well as the ability to express and read the emotions enables disclosure of these needs, while cooperation enables their fulfillment. In mediation practice, however, it is often the case that during a meeting of the parties, the juvenile communicates that he/she him/herself feels the victim either of the person sitting opposite or the victim of other people, of the system, of the fate, etc. Then, it is possible to exchange opinions in a way that promotes mutual empathy, emotional support, forgiveness. It seems that the key here may lie precisely in forgiving the other person, but also forgiving oneself, which is the basis for reconciliation with others and internally with oneself. Maslow¹⁴ argues that every human being has a certain hierarchy of needs, some of which are more important than others, they form the basis. A feeling that something is missing is necessary for his/her survival, development, and active functioning in society. The most important thing, however, is to ensure satisfaction of the needs, because deprivation results in many negative consequences.

In Poland family court judges more and more often encourage parties to participate in mediation in juvenile cases based on the restorative justice paradigm, which is governed primarily by two legal instruments: the Act on Proceedings in Juvenile Cases and the Regulation of the Minister of Justice (RMJ) of 18 May 2001 on Mediation Proceedings in Juvenile Cases¹⁵.

Mediation in juvenile cases is initiated by the judge or the victim and/or the juvenile¹⁶. The parties include: the victim and the juvenile with his/her parents or guardians. If the victim is under 18 years of age, his/her legal guardians also participate in the mediation. The meeting takes place in the presence of a mediator (§ 10 RMJ). Article 21 of the APJC expresses the principle of purposefulness, which means that the effect of mediation may contribute to the court's resignation from the application of educational or corrective measures vis-à-vis the juvenile. In enforcement proceedings, the result of mediation may be decisive for modification or annulment of the enforced educational measure¹⁷.

3. EXPECTATION OF COMPENSATION ACCORDING TO YOUNG RESPONDENTS

At least two persons are always involved in mediation. It often turns out that one of the parties experiences harm or damage from the other party. This happens in the case of a legal conflict with the juvenile's or the adult person's involvement.

¹⁴ A.H. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2009, pp. 62–76.

¹⁵ Journal of Laws of 2001, No. 56, item 591 (RMJ).

¹⁶ Article 3(a) and Article 21.

¹⁷ Article 79.

Then he/she is deemed to be the perpetrator of the punishable act and should compensate the victim, who in turn has the right to make demands of him/her. This means that during mediation the perpetrator shows readiness to compensate and the aggrieved party has certain expectations. Lewicka-Zelent¹⁸ claims that 'the individual's readiness to take specific remedial actions consists in making a decision about choosing a particular solution to the conflict. If this solution is consistent with the principles of restorative justice, readiness to make amends will mean that the person who caused the conflict intends (is willing, determined, has the necessary awareness) to compensate the victim for the loss suffered. The readiness of the victims is manifested in deciding to endeavour to talk to the perpetrator about how to reach an agreement (readiness to take action aimed at compensation)'. According to Vroom, a person's behaviour depends upon his/her expectations and desires, and the likelihood of satisfying them. It is the result of his/her conscious choices, the aim of which is to maximize pleasure and minimize suffering. A person is properly motivated to act provided that: he/she perceives the link between his/her behaviour with positive effects, the result is an award that satisfies his/her valuable needs, his/her desires are strong enough to make him/her believe that it is worthwhile to try to fulfil them¹⁹. It seems that mediation process meets all the above conditions, which means that the parties are internally motivated to become engaged in mutual dialogue. This particular approach towards compensation implies that only cooperation of both parties of the conflict enables a satisfactory agreement to be reached.

The results of research conducted by Lewicka-Zelent²⁰ show that a similar percentage of juveniles are ready to make compensation (especially emotional and financial) to the aggrieved parties as school youth who have not been in conflict with the law. Nevertheless, nearly 80% of the respondent young persons are not ready to take restitution measures with respect to people who have been harmed. Only single individuals stated that they would be able to apologize to the victim, show respect, and return objects belonging to the victim. In addition, around 20% of young people would consider the possibility of taking similar steps. This means that for some reasons they do not want to provide redress to the injured parties. One of the most likely explanations is their frequent use of defence mechanisms in the form of neutralization techniques, as indicated by Sykes and Matza²¹ (denial of harm, rejection of responsibility, rejection of existence of the victim, condemnation of the condemners, invoking more compelling reasons). In addition, an attempt to indicate the conditions of juveniles' readiness to redress harm leads to the conclusion that remedial action is largely limited by lack of a positive attitude towards helping others, low level of emotional empathy, low level of remorse and feeling of guilt as well as strong situational justification of their own actions²². That is why it is so important that educators working with juveniles should take care of

¹⁸ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości nieletnich...*, p. 132.

¹⁹ J. Foster, *Motywacja w miejscu pracy* [in:] N. Chmiel (ed.), *Psychologia pracy i organizacji*, Gdańsk 2003, p. 333 et seq.

²⁰ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości nieletnich...*, pp. 193–194.

²¹ G.M. Sykes, D. Matza, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, "American Sociological Review" 1957, No. 6, Vol. 22, pp. 664–670.

²² A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości...*, pp. 255–256.

strengthening these features. However, they will not help their pupils to constructively resolve conflicts they are involved in if they do not try to help them identify their own needs. It turns out that the perpetrators often display a strong sense of victimhood, which prevents them from taking responsibility for their blameworthy behaviour²³. In their perception they are the victims and they are entitled to support.

4. BASIS OF THE AUTHOR'S OWN RESEARCH METHODOLOGY

In accordance with the assumption that the juveniles often feel it is them who are the victims, despite having perpetrated the prohibited acts, a decision was made to verify what are their declared expectations towards other people. To this end, the following specific questions were formulated:

1. How strong are the emotional and financial expectations of juveniles in relation to people who – in their subjective perception – have injured them?
2. What is the level of expectations of juveniles in relation to people who – in their subjective perception – have injured them as regards the provision of services?
3. To what extent do the variables of gender and level of social adaptation differentiate the respondents in terms of the level of their expectations towards people who have injured them?

It was assumed that the school youth who have not been in conflict with the law would have more adequate expectations towards people who injured them compared to juveniles. According to Poznaniak²⁴ or Stańdo-Kawecka²⁵, juveniles delinquents justify their actions by blaming other people or even the situations in which they found themselves. People with low levels of denial of responsibility are more likely to be ready to remedy their negative behaviour²⁶. In addition, the research results described by Poznaniak²⁷ indicate that people who violate legal norms demonstrate a high sense of harm, which psychologically puts them in the role of victims, not perpetrators. The consequence is that they expect high compensation. This sense of harm probably relieves them from the obligation to make good the damage or harm they have inflicted. The results of research conducted so far show that people who often justify their negative behaviours are characterized by low level of empathy²⁸, and people with low empathy do not pay

²³ W. Poznaniak, *Zaburzenia w społecznieniu u przestępców. Analiza niektórych mechanizmów psychologicznych*, Poznań 1982; I. Mudrecka, *Poczucie odpowiedzialności młodzieży skonfliktowanej z prawem. Studium pedagogiczne*, Opole 2010.

²⁴ W. Poznaniak, *Zaburzenia w społecznieniu...*, p. 163.

²⁵ B. Stańdo-Kawecka, *Neutralizacja normy „nie kradnij” w genezie przestępczości nieletnich*, "Archiwum Kryminologii" 1994, Vol. 20, pp. 21–24.

²⁶ S. Schwartz, A. David, *Responsibility and Helping in an Emergency: Effect of Blame, Ability and Denial of Responsibility*, "Sociometry" 1976, No. 4, Vol. 39, pp. 406–415.

²⁷ W. Poznaniak, *Zaburzenia w społecznieniu...*, p. 162.

²⁸ J.G. Mc Carthy, A. Stewart, *Neutralization as a Process of Graduated Desensitization: Moral Values of Offenders*, "International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology" 1998, No. 1, pp. 278–290; B.E. Ashforth, G.E. Kreiner, *'How Can You Do It?': Dirty Work and the Challenge of Constructing a Positive Identity*, "Academy of Management Review" 1999, No. 3, pp. 413–434; H. Copes, *Societal Attachments, Offending Frequency, and Techniques of Neutralization*, "Deviant Behaviour" 2003, No. 2, pp. 101–127.

attention to the needs of others, being more interested in the fulfillment of their own desires and goals. It was therefore assumed that juveniles have far greater expectations of redress compared to school youth who have not been in conflict with the law. In addition, girls are supposed to want to obtain higher compensation for the harm they suffer than boys, which is associated with their greater emotionality. This means that their experience of this harm can be stronger, and therefore they expect greater compensation from the perpetrators, especially emotional and financial one.

The study was conducted by means of a diagnostic survey using the Compensation Expectation Scale (CES) by Lewicka-Zelent²⁹. The value of the α coefficient for the particular items of the CES questionnaire is in the range from 0.742 to 0.87. The reliability of the scale was assessed using the internal consistency technique according to the Spearman-Brown formula ($r_{tt} = 0.90$), and the stability of the results after three weeks amounted to $r = 0.79$. In the case of CES, Cronbach's α was 0.754. Two separate factors explained 47.626% of the total variance (1st factor: 25.05%, 2nd factor: 22.570). Only the items whose loads had a value greater than 0.40 were distinguished as the factors. The final version of CES consists of 12 items. The respondents are asked to indicate the extent to which they can relate to particular statements. The assessments are made on a five-point scale (0 – the statement does not describe me well, 4 – the statement describes me very well). The results from the Emotional and Financial Compensation Scale are added to the results from the Service Compensation scale, and in this way the overall result is obtained. Sten norms have been set for each of these three results. The groups of the compared youth did not differ significantly in terms of gender, age, family structure, parents' education, and living conditions. Boys made up 51% of the sample. Most of the respondents were between 16 and 17 years of age (83%). The respondents included 121 juveniles with respect to whom the court adjudicated supervision of a probation officer and 186 pupils who did not pose behavioural problems from public schools from the Lubelskie and Podkarpackie Provinces. The choice of respondents was deliberate and random (young people with different levels of social adaptation were deliberately selected). Statistical calculations on the collected empirical material were carried out in SPSS software for Windows.

5. EXPECTATION OF COMPENSATION BY YOUNG PEOPLE: RESULTS OF THE AUTHOR'S OWN RESEARCH

In order to answer the question about differences in the expectation of compensation by juveniles and school youth with respect to whom the court did not apply educational or corrective measures, a comparison was made between the average results obtained by the subjects from both groups using Student's t-test for independent samples (Table 1).

²⁹ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości...*, pp. 165–170.

Table 1

Differences in average results in compared groups on CES scale

expectation of...	Group	Levene's homogeneity of variance test		M	SD	Student's t-test	p
		F	p				
emotional and financial compensation	juveniles	2.362	0.126	19.71	5.43	3.736	0.001
	pupils			17.13	4.79		
service compensation	juveniles	0.380	0.538	8.32	3.71	0.179	NS
	pupils			8.23	3.82		
compensation – overall result	juveniles	0.038	0.846	28.13	7.55	0.071	NS
	pupils			28.06	7.66		

Explanations: F – homogeneity of variance test, p – statistical significance, M – mean; SD – standard deviation, Student's t-test – average difference test for independent samples, juveniles (young people who have been in conflict with the law); pupils – school youth who have not been in conflict with the law

Source: author's own research.

On the basis of Levene's test values, the hypothesis of homogeneity of the variances of results in all the distinguished scales has been rejected. There were no statistically significant differences between the average expectation results of the juveniles and adolescents respecting legal norms. The obtained result indicates that the expectations of the youth from the compared groups are similar. However, this applies only to activities of a service nature (e.g. taking up charitable activities). Juveniles have much higher expectations of perpetrators in both emotional and financial dimensions. They expect from the people who have injured them: respect, apology or return of property taken away from them definitively more often than young people who have not violated legal norms³⁰.

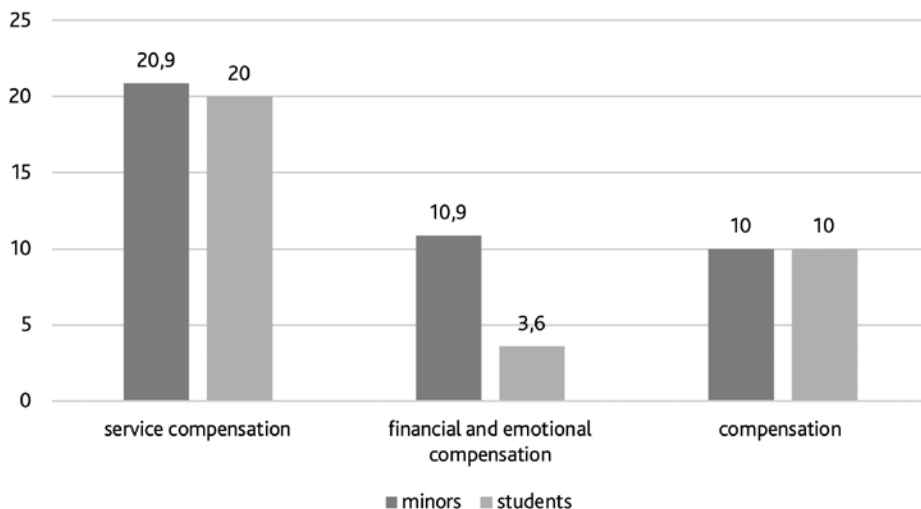
Raw results were converted into sten scores and in this way the level of expectations of the examined youth towards potential perpetrators was determined. The results of 72% the school youth not manifesting demoralization and 67% of adolescents involved in conflicts with the law correspond to the first sten, which points to significantly limited expectations (or lack thereof) of people who harm them. Almost as many juvenile offenders and their peers who have not been in conflict with the law would not want people who harmed them to provide certain services to them. Even more, as many as 70% of people who have not violated moral and legal norms, do not expect the perpetrators to apologize or show respect.

As indicated by the percentage data presented in the chart below, among the young respondents there are people who have excessive expectations from people who have injured them. The raw results are within the 10th sten. 10% of the respondents would like the perpetrators to offer them compensation, especially in the form of services. It should be noted that 20% of them have greater emotional and/or financial needs than obtaining support in performing various activities.

³⁰ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości...*, p. 193.

Chart

Excessive expectations of young people (%)



Source: author's own research.

Like in the case of the expectation of compensation by juvenile offenders and their more socially adjusted peers, Student' t-test for independent samples was used to determine whether, and if so, how much, girls differed from boys in terms of expectations towards potential perpetrators (Table 2).

Table 2 Differences in average CES scores between girls and boys							
expectation of...	Gender	Levene's homogeneity of variance test		M	SD	Student's-t	p
		F	p				
emotional and financial compensation	G	1.464	0.228	18.58	4.93	0.416	NS
	B			18.28	5.60		
service compensation	G	0.024	0.877	8.60	3.60	1.215	NS
	B			7.98	3.89		
compensation – overall results	G	0.056	0.814	28.51	7.67	0.786	NS
	B			27.71	7.52		

Explanations: G – girls, B – boys

Source: author's own research.

The research results do not confirm the existence of statistically significant differences between girls and boys in terms of their expectations towards people who harmed them. Standard deviation values in the compared groups are so close to each other that homogeneity of the obtained results can be stated both in the scales and the overall result.

The raw results were converted into stens. In this way, the level of expectation of compensation by girls and boys was established. The range of 1–4 stens indicates a low level of the variable, 5–6 is the medium one, and 7–10 means a high level of the variable.

Table 3 Level of expectation of compensation by girls and boys						
Level	G		B		Total sample	
	N	%	N	%	N	%
Emotional and financial compensation						
low	65	60.7	65	57.5	130	59.1
medium	33	30.8	41	36.3	74	33.6
high	9	8.4	7	6.2	16	7.3
$\chi^2=0.952$; $df=2$; $p - NS$						
Service compensation						
low	53	49.5	59	52.2	112	50.9
medium	29	27.1	34	30.1	63	28.6
high	25	23.4	20	17.7	45	20.5
$\chi^2=1.111$; $df=2$; $p - NS$						
Compensation						
low	74	69.2	78	69.6	152	69.4
medium	20	18.7	25	22.3	45	20.5
high	13	12.1	9	8	22	10
$\chi^2=1.275$; $df=2$; $p - NS$						

Source: author's own research.

Based on the percentage data contained in Table 3, it was found that the vast majority of respondents (69%) had little expectations (especially of an emotional and financial nature) with regard to the other party of the conflict. Slightly more boys than girls feel a stronger need to obtain both emotional and financial compensation as well as service compensation. Nevertheless, the value of the Chi-square test indicates lack of statistically significant differences between the boys and girls in terms of the level of expectations of compensation from people who harmed them.

6. CONCLUSION

It is quite difficult to discuss the results of the author's own research. Firstly, the conducted research explorations should be considered pilot studies due to the small group of respondents. Nevertheless, after the introduction of the General Data Protection Regulation (GDPR) in Poland courts less favorably consider applications for diagnostic access to juveniles who are under the supervision of a probation officer. In practice, this means that research in this group of young people will decrease, hindering the possibility of verifying many scientific hypotheses. In my opinion, an in-depth pilot study is necessary, though it is unknown whether there will be an

opportunity to conduct it. Secondly, literature review leads to the conclusion that there is no research in which scientists try to determine the level of expectations of young people in the situation of a conflict with the law. However, research results provoke some reflections regarding the group of respondents. While comparing them with the results regarding the readiness of juveniles to make compensation³¹, it was observed that in the case of socially adjusted youth, the level of expectations towards victims is higher than the readiness to take restitution measures. A reverse dependency occurred in the group of school youth with a higher level of social adjustment. Juveniles are more likely to expect an apology, respect being showed to them, financial or material compensation than their school peers with no behavioural problems. In view of the above, it seems justified to partially confirm the adopted hypothesis about the differences between young people in the level of expectations of compensation. It is assumed that as long as the sense of injustice and harm prevail over the guilt and shame, juveniles will not be ready to compensate the aggrieved parties, because they themselves will feel injured and will be convinced that compensation is due to them. In addition, it was established that regardless of gender young people have similar expectations towards perpetrators, which may indicate that they are conditioned by factors (traits, attitudes, skills) that are just as prevalent in girls and boys.

From a practical point of view of working with young people, the most important thing seems to be the indication of further educational procedure. Therefore, based on the results of the study conducted by Lewicka-Zelent³², it is possible to indicate the conditions shaping juveniles' expectations of compensation. The shaping of attitudes based on the 'help other people' standard and the internalization of universal values such as kindness or justice, as well as rationalizing the defence mechanism in the form of situational justification may prove helpful in reducing these expectations. However, it is worthwhile to remember that the point is not to prevent juveniles from fighting assertively for their rights in a situation of actual harm, but it should be adequate to the damage/harm. Such interactions seem necessary in the group of people with excessive demands. Nevertheless, a significant percentage of juveniles (and an even greater percentage of school youth who comply with social norms) currently has no proposal that a potential perpetrator could accept. Therefore, it seems reasonable to say that in both groups of young people mediation training is necessary to make young people aware of their needs and possibilities of satisfying them in a constructive way when they become involved in conflict. However, it is not only about transferring knowledge to them but, above all, about developing their skills and personality traits as well as shaping appropriate social attitudes. Lewicka-Zelent has been proving for years that it is possible to develop the competences of young people and adults (including prisoners) in such a way that they are internally motivated to participate in mediation³³. Polish

³¹ A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości...*, pp. 189–192.

³² A. Lewicka-Zelent, *Uwarunkowania gotowości...*, pp. 258–262.

³³ A. Lewicka-Zelent, *Obniżanie poziomu przemocy i lęku młodzieży gimnazjalnej*, Lublin 2012; A. Lewicka-Zelent, *Analiza zasobów osobistych uczestników szkolnego warsztatu mediacyjnego*, Opole 2014; A. Lewicka-Zelent, *Klimat szkół gimnazjalnych. Diagnoza weryfikacyjna programu „Mediacja w szkole”*, Opole 2014.

schools are increasingly prepared to undertake such initiatives, although changes in this regard are too slow.

It is already possible to increase the efficiency of mediation in juvenile cases thanks to a more appropriate qualification of cases for mediation proceedings. Until now the judges have offered juveniles participation in mediation based on intuition. The developed diagnostic tools in the form of the Scale of Readiness for Compensation and the Compensation Expectation Scale can help them in the initial recognition of how well the juvenile is prepared for dialogue with the victim.

The conducted research should be treated as the beginning of further scientific explorations of the possibilities of preparing the parties of the conflict to participate in mediation and, thus, taking over responsibility for their conduct. However, the indication of psychosocial predictors of the satisfaction of the injured parties and the willingness of the perpetrators to make compensation are of utmost importance. On the basis of these results, it is possible to prepare activities carefully chosen to fit a given group of people (pupils, juvenile delinquents, adult offenders, survivors of violence, etc.).

Summary

Agnieszka Lewicka-Zelent, *Juvenile Delinquents' Expectation of Compensation in the Mediation Process*

Mediation in juvenile cases in Poland is a subsidiary measure vis-à-vis judicial settlement of legal conflicts. It still requires further elaboration in legal provisions and more research to indicate factors on which its effectiveness depends. A diagnosis represents a basic step towards taking up educational measures with respect to young people. Therefore, the purpose of the author's own research was to determine the level of compensation expected by the juveniles, assuming that neutralizing techniques and a high degree of injustice in their subjective perception make them the victims, resulting in their reluctance to accept liability for acts inconsistent with legal norms. The research participants were juveniles in whose the supervision of a probation officer was requested by courts and pupils from public schools that did not present behavioural problems. The survey used the Compensation Expectation Scale developed by Agnieszka Lewicka-Zelent.

Keywords: expectations, compensation, juveniles, mediation

Streszczenie

Agnieszka Lewicka-Zelent, *Oczekiwanie zadośćuczynienia przez nieletnich w procesie mediacyjnym*

Mediacja w sprawach nieletnich w Polsce stanowi środek subsydiarny wobec sądowego rozstrzygnięcia konfliktów o charakterze prawnym. Nadal wymaga uszczegółowienia przepisów prawnych oraz prowadzenia badań, na podstawie których możliwe jest wskazywanie czynników warunkujących jej skuteczność. Diagnoza stanowi podstawowy krok w kierunku podejmowaniu oddziaływań wychowawczych wobec młodzieży. Dlatego celem badania własnego było ustalenie poziomu oczekiwania zadośćuczynienia przez nieletnich, zakładając, że techniki neutralizujące i wysoki poziom krzywdy w subiektywnym ich odczuciu czyni z nich osoby pokrzywdzone, przez co nie czują się odpowiedzialne do ponoszenia

odpowiedzialności za czyny niezgodne z normami prawnymi. W badaniu uczestniczyli nieletni, wobec których sąd orzekł nadzór kuratora sądowego oraz uczniowie ze szkół publicznych niesprawiający trudności wychowawczych. W badaniu sondażowym wykorzystano Skalę Oczekiwania Zadośćuczynienia Agnieszki Lewickiej-Zelent.

Słowa kluczowe: oczekiwania, zadośćuczynienie, nieletni, mediacja

References:

1. Ashforth B.E., Kreiner G.E., 'How Can You Do It?': Dirty Work and the Challenge of Constructing a Positive Identity, *Academy of Management Review* 1999, No. 3.
2. Copes H., *Societal Attachments, Offending Frequency, and Techniques of Neutralization*, Deviant Behaviour 2003, No. 2.
3. Foster J., *Motywacja w miejscu pracy* [in:] N. Chmiel (ed.), *Psychologia pracy i organizacji*, Gdańsk 2003.
4. Gostyński Z., *Naprawienie szkody w postępowaniu w sprawach nieletnich*, Nowe Prawo 1984, No. 2.
5. Haak-Trzuskawska A., Haak H., *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2015.
6. Konarska-Wrzošek V., *Prawny system postępowania z nieletnimi w Polsce*, Warszawa 2013.
7. Lewicka-Zelent A., *Uwarunkowania gotowości nieletnich do zadośćuczynienia w paradygmacie sprawiedliwości naprawczej*, Lublin 2015.
8. Lewicka-Zelent A., *Analiza zasobów osobistych uczestników szkolnego warsztatu mediacyjnego*, Opole 2014.
9. Lewicka-Zelent A., *Klimat szkół gimnazjalnych. Diagnoza weryfikacyjna programu „Mediacja w szkole”*, Opole 2014.
10. Lewicka-Zelent A., *Obniżanie poziomu przemocy i lęku młodzieży gimnazjalnej*, Lublin 2012.
11. Maslow A.H., *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2009.
12. Mc Carthy J.G., Stewart A., *Neutralization as a Process of Graduated Desensitization: Moral Values of Offenders*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 1998, No. 1.
13. Mudrecka I., *Poczucie odpowiedzialności młodzieży skonfliktowanej z prawem. Studium pedagogiczne*, Opole 2010.
14. Muszyńska A., *Zobowiązanie do naprawienia szkody w postępowaniu w sprawach nieletnich*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2007, No. 2.
15. Poznaniak W., *Zaburzenia w społeczeństwie przestępców. Analiza niektórych mechanizmów psychologicznych*, Poznań 1982.
16. Rawls J.A., *Teoria sprawiedliwości*, transl. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.
17. Schwartz S., David A.B., *Responsibility and Helping in an Emergency: Effect of Blame, Ability and Denial of Responsibility*, *Sociometry* 1976, No. 4(39).
18. Stańdo-Kawecka B., *Neutralizacja normy „nie kradnij” w genezie przestępczości nieletnich*, *Archiwum Kryminologii* 1994, No. 20.
19. Sykes G.M., Matza D., *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, *American Sociological Review* 1957, No. 6 (22).
20. Walgrave L., *Advancing Restorative Justice as the Ground for Youth Justice*, <https://www.unicef.org/tdad/2lodewalgrave.pdf>.

Radosław Krajewski*

Przestępstwo fałszowania licznika samochodowego**

Rynek samochodowy w naszym kraju cechuje kilka przymiotów. Mianowicie jedynie stosunkowo nieliczni stać na zakup nowych pojazdów lub ich użytkowanie w innych formach jak choćby leasingu czy najmu. Bywa i tak, że ci, których stać na nowy samochód i tak wybierają samochód używany, gdyż za cenę nowego niższej klasy mogą stać się właścicielami używanej „bryki” klasy wyższej. W konsekwencji większość rodaków nabywa właśnie samochody używane, przy czym znaczna ich część pochodzi z importu. W tym zakresie jest tak, że albo pojazdy takie stają się przedmiotem własności „pierwszych” właścicieli w Polsce po tym, jak sprowadziły je do kraju osoby profesjonalnie się tym zajmujące, powszechnie określane jako „handlarze”, albo – ale to zdecydowanie rzadziej – jakiś rodak wybrał się za granicę po „furę” samodzielnie. Następnie jest tak, że samochody takie są odsprzedawane w Polsce kolejnym nabywcom, co jest także obszarem zainteresowania „handlarzy”, którzy chętnie zajmują się też handlem pojazdami użytkowymi, zakupionymi kiedyś jako nowe u polskich dealerów.

Zatem rynek samochodów używanych w dużej mierze opanowany został właśnie przez „handlarzy”, zaś do zdecydowanej mniejszości należą oferty sprzedaży pojazdów przez ich właścicieli, od których i tak gotowi są je odkupić „handlarze”, co oczywiście zależy przede wszystkim od handlowej atrakcyjności samochodu, na którą składają się głównie jego popularna marka i model, stan – choć bardziej wizualny niż techniczny, a więc to, co można z niego w drodze „picowania” wykręcać, a przede wszystkim – jego atrakcyjna cena.

Podstawowym parametrem potwierdzającym stopień zużycia samochodu jest jego przebieg. Pozwala on bowiem na oszacowanie spodziewanych wydatków związanych z wymianą części eksploatacyjnych, jak też na założenie okresu dalszego jego użytkowania, w tym w miarę bezproblemowego. Ponadto wpływa on na bezpieczeństwo jazdy takim pojazdem, jak również na jego parametry ekologiczne, ale też ma znaczenie dla gwarancji pojazdu uzależnionej często także właśnie od przebiegu. Przede wszystkim jednak przesądza on o cenie samochodu, gdyż im przebieg jest niższy, tym cena może być wyższa i odwrotnie. Oczywiście – co wymaga zaznaczenia – przebieg nie jest wartością o bezwzględnym znaczeniu, gdyż wiele

* Dr hab. Radosław Krajewski jest profesorem Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Polska, ORCID: 0000-0002-3413-2955, e-mail: radekkrajewski@vp.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 13.08.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 3.03.2021 r.

zależy od dotychczasowego sposobu eksploatacji samochodu, troski lub jej braku o wymianę części i płynów eksploatacyjnych, i innych zachowań dotychczasowych jego użytkowników, jak też od marki i modelu samochodu w takim znaczeniu, że niektóre z nich ze swej istoty są zdecydowanie lepiej wykonane, a w następstwie i bardziej trwale od innych – mniej trwałych. Jednak jako taki ma on znaczenie i to z reguły podstawowe.

Problemem – znanym zresztą od lat – jest nierzetelność sprzedających samochody używane odnośnie do ich przebiegów. Skala tego procederu jest ogromna, a Związek Dealerów Samochodów szacuje, że nawet 85% sprowadzanych do Polski samochodów używanych ma „cofnięte” liczniki¹. Eufemistycznie nazywa się to „korektą licznika”, czy też „weryfikacją przebiegu pojazdu” i stało się to nawet przedmiotem dobrze zorganizowanych usług, z których korzystali ci „handlarze”, którzy „nie kręcili” samodzielnie, jak i właściciele pojazdów, którzy dokonywali takich „korekt” przed ich sprzedażą. Można wręcz przypuszczać, że „kręcenie” liczników stało się podstawowym sposobem zarabkowania „handlarzy”, a to z racji tego, iż żaden właściciel samochodu, także za granicą, nie sprzedawał dobrego samochodu z niskim przebiegiem tylko po to, aby „handlarz” mógł na nim dobrze zarobić, lecz sprzedawał auto już wyeksploatowane, czego potwierdzeniem był imponujący jego przebieg lub sprzedawał samochód uszkodzony, co nie wyklucza też okazji, ale te – jak to w życiu, a nie tylko na rynku motoryzacyjnym – należą do rzadkości. Wówczas „handlarz” nabywał taki pojazd, „skręcał” licznik i sprzedawał go z zyskiem, „wciskając” szczęśliwemu nabywcy, że wcześniej jeździł nim starszy pan tylko „do kościoła”, a w ogóle – zgodnie ze znanym sloganem – to „Niemiec płakał, jak sprzedawał”. Do tego oczywiście „handlarz” musiał się trochę „przyłożyć”, a mianowicie poddać „brykę” zabiegom „picowania”, jak też „wytworzyć” książkę przeglądów okresowych, którą to nabywał na portalu internetowym za niewielkie pieniądze lub w tym samym „punkcie”, który oferuje usługi „korekty liczników”. I tak oto biznes świetnie się kręcił – a co ciekawe – także ku pewnej przynajmniej „uciesze” klientów, którzy nabywali auta tyleż „niebite”, co „niekręcone”.

Było zatem tak, że „handlarze” byli tyleż sprzedawcami samochodów, co „sprzedawcami marzeń”, gdyż wszyscy chcieli nabywać za niewielkie pieniądze auta z przebiegami do 200 tys. km, no ewentualnie z niewiele większymi, które to marzenia „handlarze” po prostu „starali się” realizować. Stąd do niedawna zdecydowana większość „bryk” oferowanych w naszym kraju „miała” takie właśnie przebiegi. Do tego dochodził element społeczno-psychologiczny, że jeśli – przykładowo – sąsiad nabył przysłowiowego już kilkunastoletniego volkswagena passata ze „standardowym” z przebiegiem 186 tys. km, którego „Niemiec pod kocem trzymał”, no to nabycie innego pojazdu przez drugiego sąsiada siłą rzeczy nie wchodziło w grę. Tym bardziej zakup „bryki” z przebiegiem odstupującym od takiej „normy” nie mógł mieć miejsca z powodów rodzinnych, no bo gdyby szwagier nabył „furę” z przebiegiem podobnym do tegoż „standardowego”, to jakże by drugi szwagier mógł dokonać zakupu „bryki” z przebiegiem dwa razy większym, choć rzeczywistym – toż to mogłoby doprowadzić do poważnych waśni w rodzinie, nie mówiąc

¹ *Przebieg w dół, cena w górę*, <https://biznes.autokult.pl/37113,przebieg-w-dol-cena-w-gore> (dostęp: 6.08.2020 r.).

już o dramatycznym skonfundowaniu teściowej, która musiałaby co pewien czas podróżować samochodem z tymże dwa razy większym przebiegiem...

Użyty powyżej czas przeszły nie jest przypadkiem, gdyż ustawodawca ustawą z 15.03.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny² wprowadził nowy typ przestępstwa, jakim jest – używając pewnego skrótu myślowego – fałszowanie licznika samochodowego. Typizuje je art. 306a Kodeksu karnego³, który w paragrafie 1 stanowi, że: „kto zmienia wskazanie drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingeruje w prawidłowość jego pomiaru, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat”. Jego § 2 przewiduje, że: „tej samej karze podlega, kto zleca innej osobie wykonanie czynu, o którym mowa w § 1, zaś zgodnie z jego § 3 „w przypadku mniejszej wagi, sprawca czynu określonego w § 1 lub 2, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Został on umiejscowiony w rozdziale XXXVI Kodeksu karnego z 1997 r., który w związku z jego tam umieszczeniem otrzymał tytuł „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”.

Nie oznacza to – co oczywiste – że dotychczasowe praktyki „kręcenia” liczników zupełnie przeszły lub przejdą do historii. Należy jednak zakładać, że kryminalizacja takich zachowań spowoduje znaczne zmniejszenie ich skali, a tym samym przyczyni się do możliwości świadomego nabywania samochodów z rzeczywistymi, w tym z dużymi, przebiegami – za kwoty je odzwierciedlające. Nie sprawi ona jednakże całkowitej ich likwidacji i to z kilku powodów, o których poniżej. Tym bardziej nie wyeliminuje ona z rynku pojazdów, których przebiegi poddano „weryfikacji” wcześniej ani też nie doprowadzi do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej tych, którzy dopuścili się zachowań nią objętych przed dniem wejścia w życie tego przepisu, a to zgodnie z zasadą *lex retro non agit*.

Kryminalizacja taka jest absolutnie potrzebna – co do tego nie można mieć wątpliwości. Można je jednak mieć co do szczegółów przedmiotowego przepisu oraz odnośnie do innych kwestii, mogących mieć znaczenie dla trudności w urzeczywistnieniu idei ustawodawcy zmniejszenia skali procederu „kręcenia” liczników samochodowych. Ich ukazanie jest celem niniejszego opracowania z odniesieniem się do nielicznych, ale jednak już wyeksponowanych w opracowaniach naukowych, spostrzeżeń przedstawicieli doktryny prawa karnego co do tego przepisu.

Jak wynika z uzasadnienia projektu tej ustawy „zjawisko nieuprawnionej ingerencji we wskazania licznika przebiegu pojazdu (drogomierza) przybrało w ostatnich latach skalę nieakceptowalną społecznie. W przeważającej mierze proceder ten obejmuje pojazdy samochodowe i ukierunkowany jest na osiągnięcie przez sprzedającego pojazd nieuprawnionej korzyści majątkowej w wyniku wprowadzenia kupującego w błąd co do stanu technicznego sprzedawanego pojazdu, tj. aktualnego stanu drogomierza, który, co do zasady, odzwierciedla stan pojazdu. W obowiązującym stanie prawnym zachowanie polegające na fałszowaniu wskazań drogomierza jest uznawane za jeden z elementów składających się na realizację znamion czynności sprawczej przestępstwa oszustwa stypizowanego w art. 286 § 1 k.k. Dla bytu tego przestępstwa jest konieczne doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego

² Dz.U. z 2019 r. poz. 870.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem przez wprowadzenie tej osoby w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, przy czym sprawca musi działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Co przy tym oczywiste, czynność polegająca na zaniżeniu wskazań drogomierza najczęściej jest podejmowana właśnie w celu wprowadzenia nabywcy w błąd, co do faktycznego przebiegu samochodu będącego przedmiotem transakcji handlowej, np. umowy sprzedaży. Bez wątpliwości przyjąć należy, że przebieg samochodu jest jednym z istotnych elementów wpływających na ocenę jego stanu technicznego. Sposób eksploatacji pojazdu ma przecież bezpośredni wpływ nie tylko na zużycie poszczególnych jego elementów, ale także na jego stan techniczny w całości. W ten sposób stan przebiegu pojazdu w bezpośredni sposób rzutuje na jego wartość rynkową. W najbardziej typowych sytuacjach mamy do czynienia z zaniżeniem wskazań drogomierza. W obecnym stanie prawnym zachowanie takie uznać należy za wstępną czynność składającą się na wprowadzenie kontrahenta w błąd co do istotnej informacji kształtującej jego proces decyzyjny. W świetle powyższych uwag można by przyjąć, że w praktyce udowodnienie sprawy w toku procesu karnego znamion strony podmiotowej oszustwa fałszowania wskazań drogomierza nie powinno nastręczać poważniejszych trudności. Jest tak jednak tylko pozornie. W przypadku analizowanych zachowań trudności dowodowe pojawiają się bowiem w zakresie ustalenia sprawcy zaniżenia wskazań drogomierza w sytuacji, gdy samochód nie pochodzi od pierwszego właściciela. Proponowana nowelizacja ma wypełnić istniejącą lukę, gwarantując pewność obrotu i zapobiegając nieuczciwym, oszukańczym praktykom sprzedających pojazdy mechaniczne. Jednocześnie nowelizacja ma za zadanie zlikwidować proceder, polegający na oferowaniu usług zaniżania wskazań drogomierza w pojeździe mechanicznym, który to proceder obecnie jest bezkarny, a w większości przypadków poprzedza zabiegi osób chcących w oszukańczy sposób sprzedać pojazd⁴.

Słusznie więc podkreśla Małgorzata Gałązka, że zgodnie z uzasadnieniem projektu tej ustawy, założeniem ustawodawcy jest kryminalizacja przedpoła oszustwa motywowana trudnościami dowodowymi w ustaleniu sprawcy zaniżenia wskazań drogomierza w sytuacji, gdy pojazd nie pochodzi od pierwszego właściciela⁵. Wydaje się jednak, że trudności takie mogą dotyczyć także zachowań objętych art. 306a k.k. Przykładowo, gdy „handlarz” nabędzie samochód za granicą, i zanim podda go pierwszemu przeglądowi technicznemu w Polsce „skręci” jego licznik, to będzie mógł twierdzić, że pojazd ten nabył za granicą z takim przebiegiem od prowadzącego, np. komis w Niemczech Turka, który sprzedaje samochody nie tylko z rynku niemieckiego, ale także np. włoskiego, a zatem „pośredników” w sprzedaży tego auta było tylu, że polskiemu prokuratorowi może pozostać jedynie szukanie „wiatru w polu”.

Ponadto do wyobrażenia jest i taka sytuacja, że samochód służbowy użytkuje wielu pracowników i któryś z nich nawet po to, aby zaszkodzić właścicielowi firmy, dokonał „skręcenia” jego licznika w okresie między corocznymi okresowymi przeglądami pojazdu, to udowodnienie – przynajmniej w prosty sposób – który z tych

⁴ Druk sejmowy nr 2878, s. 1–2, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2878> (dostęp: 4.08.2020 r.).

⁵ M. Gałązka, *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, s. 1471.

pracowników jest sprawcą przedmiotowego przestępstwa także będzie obarczone podobnymi trudnościami.

Również „weryfikacja” przebiegu przed takim przeglądem, tj. gdy właściciel przemierza sporo kilometrów i przez okres od poprzedniego przeglądu do następnego nie został zatrzymany przez policję – co przecież może się zdarzyć – postanawia „skręcić” licznik przed udaniem się na taki przegląd, czy też czyni to regularnie, np. raz w miesiącu, nie pozwoli później w prosty sposób dowieść, że pojazd ma większy przebieg, aniżeli ten spisany przez diagnostę podczas przeglądu.

Oprócz tego w sytuacji ujawnienia ingerencji w przebieg samochodu użytkowanego prywatnie i zmierzania do postawienia zarzutu jego właścicielowi, właściciel ten może twierdzić, że samochód jest współwłasnością jego i jego żony – co w polskich realiach jest nader częste – i że on nie „skręcał” i nikomu też tego nie zlecał, a żona stwierdzi, iż również tego nie zrobiła, co nie mogłoby prowadzić do prostego przyjęcia, że działali wspólnie, i w porozumieniu. Ponadto nawet gdyby udowodnić właścicielowi samochodu, że dokonał zmiany wskazania licznika lub, że zlecił to innej osobie, to może on nie ujawnić tej osoby, w konsekwencji czego trudno będzie ją wykryć, a wręcz będzie to raczej niemożliwe.

Przykłady takie można by mnożyć. Te przywołane już jednak pokazują, że dowodzenie zachowań wyczerpujących znamiona przestępstwa z art. 306a k.k. może nie być oczywiste, co może prowadzić do wniosku, iż i ochrona poręczana przez ten przepis może nie być pełna.

Co do przedmiotu tej ochrony, to zgodnie z przytoczonym powyżej fragmentem uzasadnienia projektu ustawy celem tego przepisu jest zagwarantowanie pewności obrotu cywilnoprawnego i zapobieganie nieuczciwym praktykom osób sprzedających samochody. Ochrona ta ukierunkowana jest przede wszystkim na ten obrót, co łączy się ze zmianą tytułu rozdziału XXXVI Kodeksu karnego z „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu” na „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym”. Tak też przedmiot tej ochrony postrzega Damian Szeleszczuk, dodając, że rodzajowy przedmiot ochrony określony tytułem rozdziału pozwala niejako wyprowadzić „przed nawias” dobro prawne, które chronią przepisy zawarte w danym rozdziale k.k., a w przypadku jego rozdziału XXXVI – jeszcze przed dodaniem do niego analizowanego artykułu sporo było przepisów chroniących nie tylko obrót gospodarczy, ale także interesy cywilnoprawne. Zatem zmiana tytułu tego rozdziału była jak najbardziej uzasadniona, przy uwzględnieniu tego, że kryminalizacją objęte zostały zarówno zachowania w obrocie gospodarczym, gdzie sprzedającym samochód jest przedsiębiorca zajmujący się taką działalnością gospodarczą, jak i czyny mieszczące się w obrocie cywilnym, gdy do transakcji dochodzi między osobami fizycznymi⁶. Analogicznie widzi to również Jacek Dąbrowski, który ponadto twierdzi, że przepis ten nie chroni żadnych innych dóbr, w szczególności bezpieczeństwa w ruchu drogowym, gdyż to dobro prawne chronione jest przez przepisy (zawarte w rozdziałach XXI k.k. i XI Kodeksu wykonawczego⁷)⁸.

⁶ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2019/1, s. 84.

⁷ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 821).

⁸ J. Dąbrowski, *Odpowiedzialność za przestępną zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencję w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a k.k.)*, „Ius Novum” 2019/4, s. 38–39.

Jeżeli jednak przyjąć, że art. 306a k.k. ma służyć zapobieganiu i karaniu zachowań „na przedpolu” oszustwa z art. 286 k.k., to nie można tracić z pola widzenia tego, że ten drugi przepis umiejscowiony jest w rozdziale XXXV k.k. „Przestępstwa przeciwko mieniu”, a zatem to mienie jest rodzajowym przedmiotem jego ochrony. W jakimś stopniu powinno być ono też przedmiotem ochrony z art. 306a k.k., jeżeli przyjąć że „korekta” licznika zmierza do sprzedaży auta z oszukanym przebiegiem.

Jakby na marginesie trzeba wskazać, że Lech Gardocki określa przestępstwo z art. 306a k.k. wręcz jako „oszustwo licznikowe”⁹. Takie postrzeganie tej kwestii przez autora dobrze oddaje jego istotę, choć nie wyczerpuje wszystkich możliwych motywacji działania jego sprawców.

Problem jednak polega chyba na tym, że sprawca wyczerpujący znamiona art. 306a k.k. w którejkolwiek z jego postaci nikogo przecież „jeszcze” nie oszukał, ale – co ważniejsze – z nikim też nie wszedł w obrót cywilnoprawny, czyniąc jego przedmiotem pojazd ze „skręconym” licznikiem. Wszak do wyobrażenia jest sytuacja – choć zapewne rzadka, ale jednak zdarzająca się – że właściciel samochodu „ma życzenie” dokonania „weryfikacji” stanu jego licznika dla lepszego samopoczucia, czy też dla „pochwalenia” się przed kolegami, tudzież przed teściem i szwagrem z jakim to małym przebiegiem nabył „brykę”, ale przecież nikogo nie oszukuje w obrocie cywilnoprawnym, a jedynie w wymiarze etycznym. Tym bardziej, gdyby taki sprawca przed sprzedażą samochodu „dokręcił” licznik do prawdziwego przebiegu albo gdyby poinformował nabywcę o tym, że wcześniej dokonał „korekty” licznika, wskazując wartość kilometrów o jaką to uczynił, to trudno byłoby mówić o oszustwie w prawnokarnym jego wymiarze, gdyż sprawca nie wprowadziłby w błąd nabywcy, doprowadzając tym samym do niekorzystnego rozporządzenia przez tegoż jego mieniem, w postaci zapłaty za pojazd wyższej kwoty niż byłby on wart. Idąc dalej tym tropem – gdyby zakaz „kręcenia” licznika postrzegać tylko przez pryzmat prawa własności samochodu, a licznik traktować jedynie jako jego element, a nie jako obowiązkowe jego wyposażenie, które musi być sprawne – to zakaz zrobienia z nim czegokolwiek, w tym „korekty”, godzi wręcz w prawo własności, skoro właściciel może w jego ramach nawet zniszczyć samochód, a tym bardziej go uszkodzić, byleby to nie zagrażało innym dobrom, np. bezpieczeństwu w ruchu drogowym, ochronie przeciwpożarowej i innym, to dlaczego nie mógłby „pomajstrować” przy jego liczniku.

Wydaje się zatem, że licznik pojazdu, czy jak chce ustawodawca drogomierz, należy traktować jako dokument w rozumieniu nadanym mu przez art. 115 § 14 k.k., tj. jako „każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znacznie prawne”. Jest on bowiem „zapisanym nośnikiem informacji”, a jego treść, tj. liczba kilometrów lub motogodzin, stanowi „dowód okoliczności mającej znaczenie prawne”. W konsekwencji nie byłoby gorzej, gdyby przepis – będący odpowiednikiem art. 306a k.k. – był zamieszczony w rozdziale XXXIV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów”. Wówczas rodzajowy przedmiot ochrony byłby bardziej adekwatny do istoty tego przepisu, nie tracąc charakteru jego „przedpola”

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 357.

do przestępstwa oszustwa, które jednak nie zawsze musi mieć miejsce po „skręceniu” licznika, choć z reguły do tego właśnie zmierza. Ponadto nie byłoby wówczas wątpliwości co do tego, że właściciel pojazdu nie mógłby „majstrować” przy drogomierzu lub tego zlecać w dokumencie, za jaki traktowany byłby licznik.

W analizowanym artykule przewidziano dwa typy podstawowe czynu zabronionego i dwa typy uprzywilejowane. Pierwszy typ podstawowy, ujęty w art. 306a § 1 k.k., polega na zmianie wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru. Drugi typ podstawowy, o którym mowa w art. 306a § 2 k.k., sprowadza się do zlecenia innej osobie zmiany wskazań drogomierza lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru. W paragrafie 3 art. 306a k.k. przewidziano dwa typy uprzywilejowane obu typów podstawowych, wyodrębnione ze względu na przypadek mniejszej wagi.

Jeżeli chodzi o typ pierwszy, to polega on na zmianie wskazania drogomierza lub ingerencji w prawidłowość jego pomiaru. Jak wskazuje D. Szeleszczuk, zmiana polegać może bądź na mechanicznym oddziaływaniu na taki licznik za pomocą choćby „bączka”, który powoduje, że licznik jest „dokręcany” aż do momentu, gdy skończy się jego skala, po czym „wskoczy” na stan zerowy, a sprawca „dokręci” przebieg do pożądanej wartości, czy też na oddziaływaniu w sposób mechaniczny poprzez przestawienie pola licznika przy użyciu ostrego narzędzia albo – co ma aktualnie najczęściej miejsce – poprzez ingerencję w dane elektroniczne pojazdu przy użyciu specjalistycznego oprogramowania. Przestępcza zmiana polegać także może na wymianie całego licznika¹⁰, o czym szerzej poniżej. Sposobów jest zatem wiele, a dla bytu czynu zabronionego skorzystanie z konkretnego z nich nie ma różnicy, przy czym to od zaawansowania technicznego pojazdu zależy przede wszystkim to, jakiego sposobu użyje sprawca. Wydaje się, że podstawowe znaczenie ma tu działanie polegające na użyciu odpowiedniego oprogramowania, gdyż tylko ono pozwala na osiągnięcie przestępczego rezultatu w nowszych pojazdach ze względu na to, iż ich liczniki są elektroniczne, a nie mechaniczne. Inne sposoby mogą być użyteczne jedynie w autach starszych, ale te, jak się wydaje, nie podlegają takim „zabiegom”, no bo jakie mogłaby mieć znaczenie „weryfikacja” drogomierza w bardzo leciwym volkswagenie golfie z początku lat 90. ub. stulecia, jeśli ten w ogóle nadaje się jeszcze do eksploatacji, co można stwierdzić biorąc pod uwagę jego ogólny stan faktyczny, nie zaś wskazanie jego licznika.

Ingerowanie w prawidłowość pomiaru drogomierza, o którym także jest mowa w art. 306a § 1 k.k., sprowadzać się może do użycia takich metod lub urządzeń, które sprawią, że licznik nie będzie w ogóle odmierzał kilometrów albo będzie je odmierzał nieprawidłowo. Przykładowo, mogłoby to być specjalistyczne oprogramowanie dające taki rezultat w pojazdach nowocześniejszych albo fizyczne odkręcenie linki licznika w pojazdach mniej zaawansowanych technologicznie. Można przypuszczać, że taka postać czynu zabronionego jest rzadsza w stosunku do zmiany wskazania drogomierza, gdyż w tym drugim przypadku pożądany przez sprawcę skutek w postaci takiej zmiany jest natychmiast możliwy. Jednak do wyobrażenia są także działania objęte dyspozycją „ingerowania”, jak choćby wówczas, gdyby właściciel lub użytkownik pojazdu z jakichkolwiek względów nie chciałby

¹⁰ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, s. 86–88.

uwidocznienia w drogomierzu faktycznego jego przebiegu, ale jednocześnie nie chciałby też wybrać „drogi” jego „kręcenia”. Przykładem mogłoby tu być zachowanie użytkownika samochodu służbowego, którego używałby także do celów prywatnych, na co nie godziłby się jego właściciel, i za każdym razem pierwszy z nich stosowałby urządzenie powodujące nieodmierzanie przebiegu w czasie prywatnych „eskapad” takim pojazdem. Wówczas swoim zachowaniem wyczerpałby on znamiona przedmiotowego czynu zabronionego, choć nie wiadomo, czy byłoby to w pełnej zgodzie z *ratio legis* analizowanego przepisu.

J.A. Dąbrowski słusznie zauważa, że zachowanie się sprawcy tego przestępstwa może polegać zarówno na działaniu, jak i na zaniechaniu. Ten drugi przypadek miałby miejsce wówczas, gdyby właściciel czy użytkownik pojazdu poruszał się z niesprawnym drogomierzem, który „zatrzymał się”, gdyż ma on obowiązek zapewnić prawidłowe jego działanie, a co powodowałoby „nienaliczanie” kolejnych kilometrów przebiegu pojazdu¹¹. Jednak trzeba mieć świadomość, że trudno byłoby udowodnić takiemu sprawcy zamiar osiągnięcia przestępczego skutku, a i być może takiego on by nie miał, pozostając w nieświadomości, że drogomierz uległ awarii, o czym dowiedziałby się dopiero, czy to podczas badań okresowych pojazdu czy też w czasie kontroli drogowej. Wprawdzie kierujący pojazdem ma obowiązek zapewnić sprawność działania jego wyposażenia, ale w praktyce najczęściej skupiamy się na tym, czy nie przepaliła się żarówka, czy ciśnienie w kołach jest prawidłowe, ewentualnie też jaki jest stan oleju w silniku, ale chyba do rzadkości zdają się należeć sytuacje, że kontrolujemy działanie drogomierza.

Drugi typ podstawowy przestępstwa fałszowania licznika samochodowego, który przewiduje art. 306a § 2 k.k., polega na zleceniu innej osobie wykonania czynu sprowadzającego się do zmiany wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowaniu w prawidłowość jego pomiaru. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu przedmiotowej ustawy, ustawodawca zdecydował się na odrębną karalność takiego zachowania, gdyż „podżeganie nie wyczerpuje wszystkich stanów faktycznych mogących mieć miejsce w sprawach związanych z ingerencją we wskazania drogomierza. W szczególności podżeganie w dotychczasowym kształcie nie obejmuje sytuacji, gdy właściciel lub posiadacz pojazdu tylko godzi się na propozycję bezpośredniego sprawcy fałszowania wskazań licznika, jedynie akceptując złożoną mu ofertę, w żaden jednak sposób nie nakłaniając bezpośredniego sprawcy do jej wypełnienia. W takim wypadku, w ocenie projektodawców, bez odrębnej penalizacji czynności zlecenia, właściciel lub posiadacz pojazdu nie ponieśliby odpowiedzialności karnej za swoje zachowanie, choć świadomie zaakceptowali nieuprawnioną ingerencję we wskazania drogomierza swojego pojazdu. Za takim, wykraczającym poza ramy podżegania, ustawowym poszerzeniem karalności przemawiają zatem względy prewencyjne”¹².

Zdaniem D. Szeleszczuka rozwiązanie takie narusza spójność rozwiązań przyjętych w Kodeksie karnym, gdyż typizacja zlecenia popełnienia przestępstwa w odniesieniu do jednego typu czynu zabronionego, z pominięciem pozostałych typów, każe zadać pytanie o systemową racjonalność przyjętych rozwiązań. Autor ten

¹¹ J.A. Dąbrowski, *Odpowiedzialność...*, s. 41–43.

¹² Druk sejmowy nr 2878..., s. 8.

uważa, że jakimś wyjściem z sytuacji byłoby wprowadzenie do treści art. 18 § 1 k.k. kolejnej formy współdziałania przestępczego w postaci zlecenia wykonania przestępstwa¹³. Także według M. Gałązki, jako że przepis paragrafu 2 art. 306a k.k. obejmuje zachowania mieszczące się w zakresie form współdziałania z art. 18 k.k., to jego wyodrębnienie wydaje się zbędne¹⁴.

Wydaje się, że intencją ustawodawcy jest jak najpełniejsze uwidocznienie w opisie przedmiotowych czynów zabronionych zachowań, polegających właśnie na zleceniu „kręcenia” liczników pojazdów, co w praktyce występowało i być może występuje w jakimś zakresie nadal znacznie częściej niż własnoręczne dokonywanie tego przez ich właścicieli lub użytkowników, a to ze względu na potrzebne do tego specjalistyczne umiejętności przy posiadaniu tego rodzaju urządzeń, których standardowo nie mieli i nie mają właściciele lub użytkownicy, nawet, gdy byli i są „handlarzami”. Wszak handel samochodami to jest dobrze zorganizowana branża, w której jedni są przysłowiowymi „handlarzami Mirkami”, a inni na ich zlecenie „weryfikują” liczniki tak samo, jak wykonują inne usługi typu lakierowanie, polerowanie, naprawianie czy też mycie samochodów byleby w całości każdy z nich „cieszył oko” nabywcy. W konsekwencji trzeba uznać, że ustawodawca na pewno nie chciał źle i potraktowanie takich czynów jako odrębnego typu czynu zabronionego jest właściwe.

Rację ma J.A. Dąbrowski uważając, że zlecenie innej osobie popełnienia czynu z art. 306a § 1 k.k. należy uznać za jedną z form podżegania, niejako wyjętą przed nawias w odniesieniu do innych postaci tej niesprawczej formy popełnienia przestępstwa, zagrożonej taką samą karą jak postać sprawcza. Jego zdaniem nie sposób przyjąć, że ustawodawca wyłączył w ten sposób odpowiedzialność za „klasyczne” podżeganie do popełnienia czynu zabronionego z art. 306a § 1 k.k., a więc przyjmujące inną postać niż zlecenia dokonania czynności tam określonych. Podżeganie do popełnienia przestępstwa z tego przepisu może zatem przybrać jakąkolwiek postać nakłaniania z zamiarem bezpośrednim, ale z wyłączeniem zlecenia¹⁵. W grę wchodzić tu może choćby sytuacja, gdy kolega nakłania kolegę, aby ten z kolei zlecił „skręcenie” licznika, a to choćby „tylko” po to, by świeżo nabyty przez tego drugiego samochód lepiej „wypadał” w opinii innych kolegów.

W paragrafie 3 art. 306a k.k. ustawodawca przewidział typy uprzywilejowane obu postaci przedmiotowych czynów zabronionych z uwagi na wypadek mniejszej wagi, za co grozi kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Wątpliwości może budzić to, jakie przypadki wyczerpywałyby kryteria „wypadku mniejszej wagi”. Wydaje się, że mogłoby tu chodzić o sytuację, gdyby sprawca zmienił wskazanie drogomierza o niewielką wartość lub zlecił dokonanie tego innej osobie. Na przykład samochód miałby przebieg 210 tys. km, a sprawca „skręciłby” go do 190 tys. km po to, aby „wpisać się” w dość powszechny do niedawna, a i być może mentalnie dla wielu nadal ważny trend, że należy nabywać samochody z przebiegiem do 200 tys. km. Wszak na podstawie obserwacji ogłoszeń internetowych samochodów osobowych wystawianych do sprzedaży w nieodległej przeszłości dał się wyraźnie zaobserwować taki właśnie „klimat”, że najczęstsze deklarowane w takich anonsach przebiegi aut „to coś” między 180 a 190 tys. km

¹³ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, s. 90–91.

¹⁴ M. Gałązka, *Przestępstwa...*, s. 1471.

¹⁵ J.A. Dąbrowski, *Odpowiedzialność...*, s. 49.

„plus minus” 10 tys. km w jedną lub w drugą stronę, a dopiero po wprowadzeniu analizowanego przestępstwa w takich ogłoszeniach zdecydowanie przybyło samochodów z przebiegami choćby rzędu 350 czy 400 tys. km i to wcale niestarych roczników. Wszak taka „korekta” jakkolwiek w pełni wyczerpywałaby znamiona analizowanych czynów zabronionych, ale nie miałaby większego wpływu ani na wartość transakcyjną pojazdu, ani też na jego faktyczne użytkowanie, a na pewno byłaby „mniejszej wagi” niż gdyby inny sprawca dokonał sfalszowania drogomierza o wartości 200 tys. km – np. z przebiegu 350 na 150 tys. km, co niewątpliwie byłoby różnicą „dużej wagi”.

Według J.A. Dąbrowskiego należy uznać, że z przypadkiem mniejszej wagi możemy mieć do czynienia w razie zaistnienia okoliczności o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym. Zdaniem tego autora w pierwszej grupie zachowania zasługujące na uprzywilejowane potraktowanie sprawcy mogą sprowadzać się – i to zarówno w aspekcie dokonania, jak i zlecenia – do następujących: po pierwsze, nieznacznej modyfikacji przebiegu pojazdu, np. nieprzekraczającej 10% rzeczywistego stanu licznika; po drugie, korekty przekraczającej granice zdrowego rozsądku, zwłaszcza w kontekście wieku i wcześniejszego przeznaczenia pojazdu, np. cofnięcia licznika w dziesięcioletnim samochodzie używanym wcześniej jako taksówka do poziomu 100 tys. km; po trzecie, zmiany stanu drogomierza pomimo odzwierciedlenia rzeczywistego jego stanu w udostępnionych publicznie rejestrach Centralnej Ewidencji Pojazdów lub dokumentacji samego pojazdu, np. w wydrukach potwierdzających okresowe przeglądy czy badania techniczne; po czwarte, modyfikacji nieudolnej, umożliwiającej łatwe wykrycie, widocznej „na pierwszy rzut oka” nawet przez niedoświadczoną osobę, np. poprzez pozostawienie dostrzegalnych śladów ingerencji w zapis drogomierza. Natomiast zdaniem J.A. Dąbrowskiego w aspekcie podmiotowym za przypadek mniejszej wagi mogą zostać potraktowane przede wszystkim zachowania, które nie zostały podjęte w ramach zorganizowanej działalności gospodarczej o charakterze incydentalnym, oraz te podjęte bez determinacji do sprzedaży pojazdu czy podjęcia innych działań powiązanych z prawidłowością funkcjonowania drogomierza, a więc bez intencji wprowadzenia kogokolwiek w błąd co do rzeczywistego jego wskazania¹⁶.

Trudno się z tym, poza przestrzenią pierwszą, zgodzić. Nie sposób bowiem przyjąć, aby brak zdrowego rozsądku po stronie sprawcy, gdy „przesadził” dokonując fałszerstwa licznika samochodu używanego jako taksówka, czy też gdy uczynił to pomimo zapisania faktycznego jego przebiegu, czy to w dostępnej ewidencji czy też w jego dokumentach, w szczególności w książce serwisowej, jak i zrobienie tego w sposób nieudolny miałyby zachowania takie „przenosić” do perspektywy mniejszej wagi. Tak samo nie może powodować tego zachowanie sprawcy podjęte poza prowadzoną działalnością gospodarczą, jak też podjęte bez intencji oszustwa. Przyjęcie interpretacji zaproponowanej przez J.A. Dąbrowskiego musiałoby bez powodu i chyba wbrew intencji ustawodawcy prowadzić do zmniejszenia zakresu ochrony poręczanej przez art. 306a k.k.

Przestępstwa ze wspomnianego art. 306a mają charakter umyślny, przy czym, jak zaznacza M. Gałązka, do znamion ich strony podmiotowej nie należy cel

¹⁶ J.A. Dąbrowski, *Odpowiedzialność...*, s. 41.

falszerstwa, w szczególności chęć zbycia pojazdu lub wprowadzenia jego nabywcy w błąd¹⁷. Gdyby do takiego zbycia doszło lub gdyby sprawca usiłował sprzedać pojazd ze sfalszowanym licznikiem, wówczas doszłoby do zbiegu art. 306a z art. 286 k.k. typizującym przestępstwo oszustwa.

Jeszcze raz trzeba podkreślić, że w ogóle cel takiego zachowania nie ma dla bytu przestępstwa żadnego znaczenia. Nawet gdyby sprawca dokonał „korekty” na własny użytek, gdyż miałby życzenie patrzeć na drogomierz z mniejszym niż rzeczywisty przebiegiem choćby dla lepszego samopoczucia, to i tak „kręcąc” licznik dokonałby przedmiotowego przestępstwa.

Zdaniem J.A. Dąbrowskiego w grę wchodzi tu zarówno zamiar bezpośredni, jak i zamiar ewentualny. W przypadku tego drugiego sprawca bierze pod uwagę możliwość popełnienia tego przestępstwa i na to się godzi, przy czym nie stanowi to pierwszoplanowego motywu jego działania. Pobudką może być np. chęć dokonania określonych zmian mających w założeniu właściciela unowocześnienie czy zmodyfikowanie pojazdu, a więc poddanie go „tuningowi”. Przykładowo, montując w pojeździe koła w rozmiarze niemieszczącym się w homologacji, sprawca może mieć świadomość, że modyfikacja taka wpłynie na prawidłowość pomiaru drogomierza, jednak jego bezpośrednim celem jest zmiana walorów wizualnych pojazdu¹⁸, a nie „korekta” licznika.

Typy podstawowe przestępstwa określone w § 1 i 2 art. 306a k.k. zagrożone są karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Trzeba się zgodzić z D. Szeleszczukiem, że jest to zagrożenie zbyt surowe, zwłaszcza gdy porównać je z ustawowym zagrożeniem karami za przestępstwo oszustwa w typie uprzywilejowanym z art. 286 § 3 k.k., a za taką oceną przemawia także to, że fałszowanie liczników samochodowych jest nader często przygotowaniem do oszustwa¹⁹. To zaś w typie podstawowym zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 – zatem wprawdzie wyższą zarówno w dolnej, jak i w górnej granicy, ale nie zasadniczo wyższą. „Sprawę” wydaje się tu ratować typ uprzywilejowany przestępstwa fałszownia licznika, który zagrożony jest – jak wskazano powyżej – karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Tu jednak rodzi się pytanie o proporcję ustawowego zagrożenia karami między typami podstawowymi a uprzywilejowanymi analizowanego przestępstwa – wszak przyjęcie w kwalifikacji prawnej czynu typu uprzywilejowanego „przenosi” sprawcę w zupełnie inne przestrzenie takiego zagrożenia niż gdyby odpowiadał on za typ podstawowy.

Przedmiotem wykonawczym przestępstwa jest drogomierz pojazdu mechanicznego. Zgodnie z paragrafem 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 31.12.2002 r. w sprawie warunków technicznych pojazdów oraz zakresu ich niezbędnego wyposażenia²⁰ stanowi on obowiązkowe wyposażenie pojazdów samochodowych. Zgodnie z tym przepisem pojazd samochodowy wyposaża się w prędkościomierz umieszczony w polu widzenia kierowcy, wykalowany w km/h albo jednocześnie w km/h i mph oraz w licznik przebiegu pojazdu – czyli drogomierz.

¹⁷ M. Gałazka, *Przestępstwa...*, s. 1471.

¹⁸ J.A. Dąbrowski, *Odpowiedzialność...*, s. 52.

¹⁹ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, s. 94.

²⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2022.

Faktycznie jest tak, że drogomierz mierzy przebieg pojazdu wyrażony w kilometrach albo w milach w przypadku samochodów importowanych w szczególności z rynku amerykańskiego. Ponadto odmierza on roboczogodziny w przypadku ciągników, innych maszyn rolniczych, jak też sprzętu budowlanego, w szczególności koparek.

W świetle tego przepisu obowiązek wyposażenia w drogomierz dotyczy wyłącznie pojazdów samochodowych. Zgodnie z art. 2 pkt 33 ustawy z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym²¹ są to pojazdy silnikowe, których konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h, przy czym określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego. Jeżeli zaś chodzi o pojęcie „pojazdu mechanicznego”, to jego definicję zawiera ustawa z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych²². Jej art. 2 pkt 10 wskazuje, że pojazdem mechanicznym jest pojazd samochodowy, ciągnik rolniczy, motorower i przyczepa określone w przepisach ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz pojazd wolnobieżny w rozumieniu przepisów tejże ustawy, z wyłączeniem pojazdów wolnobieżnych będących w posiadaniu rolników posiadających gospodarstwo rolne i użytkowanych w związku z posiadaniem tego gospodarstwa.

Zatem w przypadku analizowanego przestępstwa w grę wchodzi fałszerstwo drogomierza odmierzającego przebieg w kilometrach lub w milach, jak też odmierzającego motogodziny w pojazdach samochodowych takich jak samochody osobowe, dostawcze, ciężarowe, autobusy, ciągniki i motorowery. Ponadto, pomimo że definicja „pojazdu mechanicznego” zawarta w wyżej wskazanej ustawie nie obejmuje motocykli, to również w nich fałszowanie liczników wyczerpywać będzie znamiona przedmiotowych przestępstw, gdyż wykładnia przeciwna byłaby wyrazem nieuprawnionej wykładni zwężającej.

Pojęcie „drogomierz” nie jest pojęciem używanym w języku potocznym, gdyż w nim mowa jest po prostu o „liczniku”. Ten jednak obejmuje „prędkościomierz” i właśnie „drogomierz”. Może to powodować pewną nieczytelność interpretacyjną w powszechnym odbiorze przedmiotowego przepisu, o co w istocie w nim chodzi, ale ustawodawca nie mógł posłużyć się w analizowanym przepisie pojęciem „licznik”. Nie jest wykluczone sfalszowanie całego licznika poprzez sfalszowanie zarówno przebiegu pojazdu, jak i spowodowanie, że prędkościomierz będzie nieprawidłowo wskazywał prędkość pojazdu, ale ten drugi przypadek nie podlega kryminalizacji, no chyba iż w tych przypadkach, gdy sprawca dokonał w tym celu jakiś przeróbek w pojeździe zagrażających bezpieczeństwu w komunikacji lub zdrowiu czy życiu innych osób.

W przypadku skazania za przestępstwo fałszowania licznika samochodowego, zwłaszcza z art. 306a § 2 k.k., możliwe jest orzeczenie przepadku przedmiotów, które służą do jego popełnienia, o którym mowa w art. 44 § 2 k.k., w szczególności komputerów, interfejsów, kabli czy oprogramowania. Zasadne byłoby także sięgnięcie przez sąd po zakaz prowadzenia działalności gospodarczej z art. 41 § 2 k.k., gdyby sprawca dopuścił się przedmiotowego przestępstwa będąc „handlarzem” samochodami, czy też prowadząc warsztat samochodowy, przy okazji to której aktywności dokonywałby

²¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 110.

²² Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2214.

„korekty” liczników, a jego aktywność w tym zakresie nie byłaby bynajmniej incydentalna, lecz świadczyłby on takie usługi na szeroką skalę lub gdyby jako „handlarz” sprzedawał samochody, co do zasady, poddane „weryfikacji” przebiegów.

Kryminalizacja zachowań w zakresie fałszowania liczników pojazdów została połączona ze zmianami w ustawie – Prawo o ruchu drogowym, a stało się to mocą wskazanej na początku niniejszego opracowania ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny. Na podstawie art. 80a oraz art. 80ba wprowadzono regułę, że stan drogomierza, ale także fakt jego wymiany, ujawniane są w Centralnej Ewidencji Pojazdów zarówno przez stacje kontroli pojazdów, jak i – co stanowi *novum* – przez jednostki organizacyjne Policji, Straży Granicznej, Inspekcji Transportu Drogowego, Żandarmerii Wojskowej oraz Służby Celno-Skarbowej. Chodzi tu zarówno o pojazdy poruszające się na drogach, jak i holowane oraz przewożone na lawetach. Służby te zostały uprawnione do dokonywania w ramach kontroli drogowej odczytu wskazania drogomierza pojazdu, a kierujący pojazdami są zobowiązani do umożliwienia im takiego odczytu, o czym przesądza art. 129 ust. 2 pkt 4a oraz art. 129l ustawy – Prawo o ruchu drogowym.

Ponadto sformalizowano kwestię wymiany drogomierza, która zgodnie z art. 81a powyższej ustawy jest dopuszczana tylko wtedy, gdy drogomierz nie odmierza przebiegu pojazdu albo gdy konieczna jest wymiana elementu, z którym jest on nierozzerwalnie związany, przy czym zgodnie z art. 81b ust. 1 Prawa o ruchu drogowym właściciel lub posiadacz pojazdu zobowiązany jest w terminie 14 dni od dnia takiej wymiany przedstawić pojazd w stacji kontroli pojazdów w celu dokonania odczytu drogomierza i umieszczenia jego danych w Centralnej Ewidencji Pojazdów.

Rozwiązania te stanowią wraz z przedmiotową kryminalizacją całokształt mogący faktycznie przyczynić się do zmniejszenia skali zjawiska fałszowania liczników. Samą kryminalizację w tym zakresie należy ocenić pozytywnie, co wpisuje się w takie same zdania o niej innych przedstawicieli nauki prawa. Mianowicie według D. Szeleszczuka decyzja o kryminalizacji takich zachowań była słuszna. Zdaniem tego autora nie można zaprzeczyć temu, że dotychczas stosowane środki okazały się niewystarczające dla zapewnienia właściwej ochrony obrotu gospodarczego i interesów majątkowych w obrocie cywilnoprawnym w przedmiotowym aspekcie. Świadczy o tym masowość patologii związanych z obrotem pojazdami mechanicznymi. Można również zaryzykować twierdzenie, że brak penalizacji w tym zakresie doprowadziłby do sytuacji, w jakiej tak sprofilowane dobro nie byłoby chronione na wystarczającym poziomie²³. Pozytywnie oceniają także J.A. Dąbrowski, zdaniem którego tak ujęte spektrum rozwiązań stanowi kompleksowe rozwiązanie umożliwiające praktyczne ujawnianie przypadków cofania lub innej nieuprawnionej ingerencji we wskazania licznika przebiegu w pojeździe mechanicznym oraz penalizacji takich zachowań jako występów. W swoich założeniach regulacje te powinny zwalczać powszechnie dotychczas spotykaną, a często wręcz zorganizowaną w ramach działalności gospodarczej, przy tym nieakceptowaną społecznie praktykę ingerencji w rzeczywisty przebieg

²³ D. Szeleszczuk, *Kryminalizacja...*, s. 96.

pojazdu. Praktyki takie stanowią bowiem swoiste przedpole do popełnienia dalszych czynów zabronionych, w szczególności oszustwa²⁴.

Jednak można mieć co do ich szczegółów pewne spostrzeżenia, czy też zastrzeżenia, choć raczej na poziomie wyobrażenia o ich stosowaniu, nie zaś odnośnie do ich kształtu.

Oczywistą kwestią jest pozostająca w zgodzie z zasadą *lex retro non agit*, że ściganiem karnym z art. 306a k.k. można objąć tylko przypadki sfalszowania liczników pojazdów, które miały lub będą miały miejsce od dnia 25.05.2019 r., gdyż wówczas wszedł w życie ten przepis. Tymczasem proceder „korekty” liczników trwał od lat, a w konsekwencji wiele pojazdów poruszających się dzisiaj po polskich drogach i trafiających do sprzedaży ma sfalszowane przebiegi. Zatem przedmiotowa zmiana może ograniczyć go lub – co wątpliwe – prawie całkowicie wyeliminować jedynie na tę chwilę, ale i na przyszłość. Szkoda więc, że ustawodawca zdecydował się na potraktowanie takich praktyk jako przestępstw dopiero w 2019 r., ale oczywiście „lepiej późno niż wcale”.

Ponadto wątpliwości może rodzić to, czy na pewno osobami podejrzanymi o dokonanie takich „weryfikacji” są i będą ci, którzy ich dokonali. Przykładowo, do wyobrażenia jest wszak sytuacja, gdy ktoś nabędzie samochód od „handlarza”, który dokonał „skręcenia” licznika i ktoś taki zostanie zatrzymany przez policję, która ujawni fakt „korekty”, ale przesłuchany w charakterze świadka „handlarz” zezna, że sprzedał pojazd z przebiegiem bliskim temu, jaki został zapisany choćby przy pierwszym w Polsce przeglądzie technicznym pojazdu, co *de facto* nie było prawdą. Trudno byłoby bronić się jego właścicielowi, który nabył pojazd od nieuczciwego „handlarza”, że i on nie dokonał przedmiotowego fałszerstwa. Do takich nadużyć może dochodzić dochodzić zresztą nie tylko w relacjach z „handlarzami”, ale także między osobami fizycznymi, gdy sprzedający w „korekcie” licznika „dostrzeże” szansę na sprzedaż auta lub uzyskanie za nie wyższej ceny. Może to dotyczyć zwłaszcza przypadków kilkukrotnej zmiany właścicieli pojazdu w okresie między okresowymi jego przeglądami.

Wydaje się, że pewnym remedium na takie sytuacje byłoby wprowadzenie obowiązku wpisywania w fakturach oraz umowach sprzedaży pojazdów ich przebiegu. Wówczas zarówno „bohater” powyższego kazusu, jak i inni nabywcy pojazdów od nieuczciwych sprzedających mogliby przedłożyć taki dokument uwalniając się od odpowiedzialności karnej, ale przede wszystkim rozwiązanie takie urzeczywistniałoby niejako w przedmiotowym zakresie subsydiarną funkcję prawa karnego, które z całym swoim instrumentarium byłoby dopełnieniem regulacji prawa cywilnego, czego w tym momencie brakuje. Ponadto należałoby wprowadzić obowiązek, aby do faktury lub umowy sprzedaży pojazdu sprzedający dołączał wydruk z Centralnej Ewidencji Pojazdów, potwierdzający przebieg sprzedawanego pojazdu na dzień transakcji. Rozwiązanie takie powinno być obwarowane niemożnością zarejestrowania pojazdu w przypadku braku takiego zapisu w fakturze lub umowie oraz braku przedmiotowego wydruku.

Jak wynika ze strony Ministerstwa Cyfryzacji w internetowej usłudze „Historia Pojazdu” dostępne są od kwietnia 2020 r. dane o pojazdach, w tym o ich przebiegach, nie tylko zarejestrowanych w Polsce, ale także w Niemczech, Francji i innych państwach

²⁴ J.A. Dąbrowski, *Odpowiedzialność...*, s. 38.

europejskich, jak też pochodzących ze Stanów Zjednoczonych oraz Kanady²⁵. Każdy chętny do nabycia pojazdu może więc dane te zweryfikować, co ma wyjątkowe znaczenie w stosunku do samochodów sprowadzanych z Niemiec, gdyż to stamtąd trafiało i trafia do Polski najwięcej aut. Chodziło by jednak i o to, aby „ciężar dowodu” co do przebiegu pojazdu przenieść na sprzedającego – często „handlarza”, a nie na kupującego, który mógłby oczywiście sam dokonać dodatkowego sprawdzenia, bo taką ma aktualnie możliwość, ale nie wszyscy z niej korzystają, bo albo o niej nie wiedzą, albo nie potrafią tego zrobić albo po prostu ufają sprzedającym.

Ryzyko sfałszowania licznika istnieje ponadto pomiędzy corocznymi przeglądami okresowymi pojazdów. W grę wchodzi bowiem zachowanie, że właściciel lub posiadacz pojazdu zanim uda się na taki przegląd dokona „cofnięcia” licznika, czyniąc to, czy to samodzielnie czy też zlecając taki „zabieg” innej osobie, a gdy w międzyczasie nie był kontrolowany przez policję lub inną instytucję ochrony prawa, to nawet mogłoby mu to ujdąć „na sucho”. Trudno jednak zaproponować w tym zakresie jakiegokolwiek rozsądne, a mogące zawęzić przestrzeń takich zachowań, rozwiązanie.

Prócz tego spora perspektywa nadużyć w tym zakresie zdaje się pozostawać jednak nadal w przypadku pojazdów sprowadzanych z zagranicy, które nieraz „przechodzą” przez wielu pośredników, w tym cudzoziemców, a w konsekwencji ustalenie: kiedy, gdzie i kto dokonał „korekty” licznika może być bardzo utrudnione, a często wręcz niemożliwe. Jednak obowiązek jego uwidocznienia na fakturze lub w umowie sprzedaży przez „handlarza” mógłby ją wydatnie ograniczać.

Ponadto za nie do końca precyzyjne należy postrzegać rozwiązanie dotyczące wymiany drogomierza i okresu 14 dni, w ciągu których właściciel pojazdu musi zgłosić się do stacji kontroli pojazdów w celu odczytania przez diagnostę jego wskazania i wpisania go do ewidencji. Wszak możliwa jest wymiana drogomierza nie tylko na nowy, ale także na używany, byleby sprawny. Wówczas diagnosta dokona odczytu wartości widniejącej na nim i taką wpisze do bazy, co może powodować pewne zamieszanie w tym zakresie, a docelowo niemożność ustalenia rzeczywistego przebiegu pojazdu. Przykładowo, gdyby pojazd miał przy ostatnim przeglądzie okresowym przebieg 350 tys. km, jego właściciel zgłosiłby się po upływie 10 miesięcy do stacji kontroli pojazdów, deklarując, że dokonał wymiany drogomierza, a ten wskazywałby przebieg 360 tys. km, co diagnosta by wpisał, to i tak nie byłoby wiadomo, ile kilometrów pojazd ten pokonał w międzyczasie, a w konsekwencji jaki jest jego rzeczywisty przebieg. Prócz tego właściciel lub użytkownik pojazdu ze „skręconym” licznikiem zatrzymany przez policję lub inną instytucję ochrony prawa zawsze mógłby twierdzić, że właśnie wymienił go we własnym zakresie przed kilkoma dniami i jeszcze nie zdążył pojawić się na stacji kontroli pojazdów, a nawet nie musiał tego uczynić, gdyż nie minęło jeszcze 14 dni. Trudno jednak byłoby w tym względzie zaproponować jakieś inne niż przyjęte rozwiązanie.

Jeśli przestępstwo z art. 306a k.k. może choć w pewnym zakresie, a tak niewątpliwie właśnie jest, przyczynić się do zmniejszenia skali fałszowania liczników, to zastrzeżenia te należy traktować jedynie jako pewne „drobiazgi” nieburzące pozytywnej oceny kryminalizacji w tym zakresie.

²⁵ <https://www.gov.pl/web/cyfrizacja/spelniamy-marzenia--auta-z-niemiec-od-dzis-w-usludze-historia-pojazdu> (dostęp: 7.08.2020 r.).

Summary

Radosław Krajewski, *The Offence of Odometer Fraud*

In 2019, Article 306a was added to the 1997 Criminal Code. It provides for a new type of offence, that is, odometer fraud in the form of altering the odometer reading or interfering with its operation or ordering another person to do so. The purpose of the new provision is to punish the preliminary behaviors aimed at fraudulent sale of a vehicle, which has become a serious public problem over the years. The very idea of criminalizing such conduct is laudable, but if one considers the details, it can raise doubts about the individual forms and features of the offence, and possibly practical difficulties in holding a person accountable for such behaviour.

Keywords: vehicle mileage, odometer fraud, mileage fraud

Streszczenie

Radosław Krajewski, *Przestępstwo fałszowania licznika samochodowego*

W 2019 r. dodano do Kodeksu karnego z 1997 r. art. 306a przewidujący nowy typ przestępstwa, jakim jest fałszowanie licznika samochodowego w postaci zmiany wskazania drogomierza lub ingerencji w jego działanie albo zlecenia tego innej osobie. Wspomniany artykuł ma na celu karalność przedpola zachowań, zmierzających do oszukańczego zbycia pojazdu. Praktyki te stały się na przestrzeni lat poważnym problemem społecznym. Sama idea takiej kryminalizacji jest dobra, ale w szczegółach może ona wywoływać wątpliwości odnośnie do poszczególnych postaci oraz znamion tego przestępstwa, a możliwe są też praktyczne trudności w zakresie pociągania do odpowiedzialności za takie zachowania.

Słowa kluczowe: przebieg pojazdu, fałszowanie licznika, oszustwo w zakresie przebiegu pojazdu

Literatura:

1. Dąbrowski J.A., Odpowiedzialność za przestępną zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerencję w prawidłowość jego pomiaru (art. 306a k.k.), Ius Novum 2019, nr 4.
2. Gałązka M., Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym [w:] Kodeks karny. Komentarz, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019.
3. Gardocki L., Prawo karne, Warszawa 2019.
4. Przebieg w dół, cena w górę, <https://biznes.autokult.pl/37113,przebieg-w-dol-cena-w-gore>.
5. Szeleszczuk D., Kryminalizacja „cofania liczników” w świetle projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego z 5 lipca 2018 r., Prokuratura i Prawo 2019, nr 1.

Ewelina Wojewoda*

Prawnokarne i kryminologiczne aspekty przestępstwa z art. 77 ustawy z 2015 r. o leczeniu niepłodności**

Prężny rozwój nauk biomedycznych, oprócz licznych osiągnięć i udogodnień, które wpływają niewątpliwie na poprawę standardów naszej egzystencji, niesie za sobą szereg niebezpieczeństw¹. Permanentnie pojawiają się żądze wkraczania w procesy związane z kreowaniem istoty ludzkiej i podejmowania zachowań pomijających wyjątkowość każdego człowieka oraz jego przyrodzoną i niezbywalną godność, które w konsekwencji prowadzą do dewaloryzacji i uprzedmiotowienia ludzkiego życia².

Niewątpliwie problematyka ingerencji w ludzką prokreację, w tym dawstwo komórek rozrodczych, ma wymiar wielopłaszczyznowy, albowiem dotyczy bardzo wrażliwych i intymnych sfer ludzkiej egzystencji, dlatego też wzbudza liczne kontrowersje³. Kompleksowa analiza tego złożonego zagadnienia w ramach niniejszego opracowania nie jest możliwa. Prezentowane treści ograniczone zostaną zatem tylko do rozważań o charakterze prawnokarnym i kryminologicznym, na co wskazuje już tytuł pracy.

Reglamentacja obszaru medycznie wspomaganej prokreacji w krajowym porządku normatywnym nastąpiła stosunkowo późno, zważywszy na skalę problemów z naturalnym poczęciem potomstwa⁴ oraz fakt, że od lat są w naszym kraju stoso-

* Dr Ewelina Wojewoda jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0003-1684-506X, e-mail: e.wojewoda@uwb.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 12.03.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 3.02.2021 r.

¹ Zob. np. L. Bosek, *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganey prokreacji*, „Diametros” 2009/ 20, s. 37–61; A. Brečko, *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011; N.Z. Brzoży, *Klonowanie i teologia* [w:] *Klonowanie i wykorzystanie komórek macierzystych wyzwaniem dla medycyny, etyki, prawa i społeczeństwa*, red. L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2007; B. Chyrowicz, *Bioetyka i ryzyko, Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej genetyki*, Lublin 2002; O. Nawrot, *Naturalizacja prawa w kontekście rozwoju biologii i medycyny*, „Forum Prawnicze” 2015/6, s. 3–13.

² Przykładowo można wskazać na klonowanie, tworzenie hybryd i chimery oraz projektowanie cech mającego narodzić się dziecka według upodobań i potrzeb rodziców.

³ Zob. np. M. Gałązka, *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa. Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005; A. Niżnik-Mucha, *Prawna regulacja medycznie wspomaganey prokreacji w Polsce i w wybranych państwach europejskich. Wybrane problemy*, Kraków 2016.

⁴ Według danych Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego problem niepłodności dotyczy 1,2 mln par. (*Wspieramy płodność. Raport Koalicji na rzecz kompleksowej terapii niepłodności*, Warszawa 2015, s. 5).

wane pomyślnie wszystkie z zaawansowanych technik medycznie wspomaganego rozrodu, w tym najbardziej skuteczna⁵, ale również kontrowersyjna – metoda zapłodnienia pozaustrojowego⁶. Nie sposób nie zauważyć, że brak ustawowych ram, które *expressis verbis* regulowałyby przedmiotowy obszar umożliwiał wyrażanie dawców materiału genetycznego. Przede wszystkim miało to znaczenie w przypadku donacji oocytów.

Komórki jajowe stanowią pożądany materiał dla par, u których niepłodność warunkowana jest czynnikiem żeńskim, np. niedrożnością jajowodów, endometriozą czy zaburzeniami owulacji. Należy podkreślić, że dawstwo oocytów zasadniczo nie wpływa na obniżenie szans na posiadanie potomstwa w przyszłości, albowiem kobiety, u których stymulacja jajników i pobranie komórek rozrodczych mogłoby negatywnie wpłynąć na zdrowie prokreacyjne, są wykluczane już w procedurze kwalifikacyjnej. Mimo to z dawstwem tym wiąże się ryzyko wystąpienia różnego rodzaju powikłań. Przede wszystkim może dojść do zespołu hiperstymulacji jajników, infekcji i krwawień. Ponadto samo pobranie komórek jajowych ma inwazyjny charakter. Oocyty pozyskiwane są za pomocą punkcji jajników, która przeprowadzana jest w znieczuleniu ogólnym⁷.

Decyzja o donacji własnych gamet, mimo mniej dolegliwych konsekwencji w porównaniu do donacji narządów, stanowi dla jednostki znaczne obciążenie, w szczególności psychiczne. Dawca musi zmierzyć się ze świadomością, że jego potencjalny potomek genetyczny urodzi się w obcej rodzinie⁸, a on nie będzie mógł uczestniczyć w jego życiu.

Ustawa o leczeniu niepłodności⁹ oparta została na zasadzie niekomercjalizacji gamet i zarodków. Jest to podyktowane implementacją wspólnotowej dyrektywy z 31.03.2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich¹⁰. Mocą jej rozwiązań nałożono na państwa członkowskie Unii Europejskiej zobowiązanie do podjęcia starań o zagwarantowanie dobrowolnej i honorowej donacji tkanek oraz komórek.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 i 2 u.l.n. donacja ludzkich gamet i utworzonych z nich embrionów może mieć tylko charakter nieodpłatny. *A contrario* niedopuszczalne jest więc odpłatne zbywanie, nabywanie lub pośredniczenie w odpłatnym zbywaniu

⁵ Badania medyczne jednoznacznie pokazują, że pozaustrojowe zapłodnienie odznacza się znacznie wyższą skutecznością niż mniej inwazyjna inseminacja. Przy mniejszej ilości podejmowanych prób, odsetek ciąż wywołanych w wyniku zapłodnienia *in vitro* jest znacznie wyższy. Ponadto warto zaznaczyć, że skuteczność leczenia tą metodą w naszym kraju utrzymuje się na wysokim poziomie, a nawet przewyższa europejską średnią (A. Janicka, R.Z. Spaczyński, R. Kurzawa, *Fertility Clinics, Assisted reproductive medicine in Poland – Fertility and Sterility Special Interest Group of the Polish Gynaecological Society (SPiN PTG) 2012 report*, „Ginekologia Polska” 2015/86, s. 933).

⁶ W Polsce pierwsze dziecko poczęte techniką *in vitro* przyszło na świat 12.11.1987 r. Zespół ginekologów z Białegostoku pod kierownictwem prof. M. Szamatowicza dokonał udanej próby zapłodnienia pozaustrojowego pacjentki, u której niepłodność uwarunkowana była czynnikiem jajowodowym.

⁷ Informacja dostępna na oficjalnej stronie kliniki Invicta, <https://bank.invicta.pl/dawstwo-komerek-jajowych-pytania-i-odpowiedzi/> (dostęp: 10.10.2019 r.).

⁸ M. Boratyńska, J. Różyńska, *Ochrona zdrowia reprodukcyjnego i seksualnego oraz praw z nim związanych* [w:] *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak [w:] *System Prawa Medycznego*, red. E. Zielińska, t. II, cz. II, Warszawa 2019, s. 380.

⁹ Ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (Dz.U. z 2015 r. poz. 1087 ze zm.) – dalej u.l.n.

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/23/WE z 31.03.2004 r. w sprawie ustalenia norm jakości i bezpiecznego oddawania, pobierania, testowania, przetwarzania, konserwowania, przechowywania i dystrybucji tkanek i komórek ludzkich (Dz.Urz. WE L 102 z 7.04.2004 r., s. 48–58 ze zm.).

lub nabywaniu komórki rozrodczej lub zarodka. Za pobrane ludzkie komórki rozrodcze lub zastosowane embriony nie można żądać ani przyjmować zapłaty, innej korzyści majątkowej lub osobistej. Dopuszcza się wyłącznie ewentualność zwrotu kosztów procedury samego pobrania, przechowywania, przetwarzania, dystrybucji i zastosowania ludzkich gamet, jak też uzyskania, przechowywania, przetwarzania, dystrybucji i zastosowania zarodków, co nie stanowi w żadnym przypadku gratyfikacji za owe dobra. Podobna zasada obowiązuje na gruncie tzw. ustawy transplantacyjnej¹¹.

Maria Boratyńska i Joanna Różańska podkreślają, że na gruncie ustawy o leczeniu niepłodności mamy do czynienia z dawstwem altruistycznym spotęgowanym, albowiem oparte zostało ono na zasadzie anonimowości¹². *De lege lata* wykluczone zostało dawstwo w ramach kręgów rodzinnych oraz zawieranie umów między dawcami i biorczyniami, które mają za przedmiot komórki rozrodcze bądź zarodki. Przed wejściem w życie u.l.n. w niektórych klinikach leczenia niepłodności funkcjonowały programy *Egg Sharing*. Kobiety, które zdecydowały się na udział w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego mogły przekazać część pobranych komórek jajowych innej kobiecie bądź parze w zamian za co mogły otrzymać zniżkę na całą procedurę zapłodnienia pozaustrojowego, wsparcie specjalistów leczenia niepłodności oraz psychologa¹³. Wydaje się, że ustawowe obwarowania powinny wpłynąć na ograniczenie zawierania tego rodzaju kontraktów. Ponadto, w uzasadnieniu projektu u.l.n. wskazano, że *ratio legis* ugruntowania dawstwa na zasadzie anonimowości pozwoli na zapobieganie wykorzystywaniu metod medycznie wspomaganego rozrodu do procederu macierzyństwa zastępczego¹⁴.

Wspomniane wyżej autorki zwracają także uwagę na to, że niemożność autonomicznego dysponowania zarodkami i ograniczania liczby zapładnianych oocytów przy jednoczesnym obowiązku odpłatnego przechowywania zarodków, które zdolne są do prawidłowego rozwoju może prowadzić do tego, że donacja komórek jajowych i zarodków wcale nie będzie podyktowana względami altruistycznymi, lecz „dobrowolnym przymusem”¹⁵.

Ze wskazaną w art. 28 u.l.n. normą sankcjonowaną sprzężone zostały trzy normy sankcjonujące, a mianowicie: art. 76, art. 77 oraz art. 79 u.l.n. W art. 76 u.l.n.¹⁶ dokonano kryminalizacji zachowania polegającego na rozpowszechnianiu ogłoszeń o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka. Typizacją objęto więc już swoistego rodzaju czynności przygotowawcze do podjęcia zachowań stanowiących przejaw komercjalizacji postępowania z chronionymi dobrami.

¹¹ Ustawa z 1.07.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1405) – dalej u.p.p.

¹² M. Boratyńska, J. Różańska, *Ochrona...* [w:] *System...*, t. II, cz. II, s. 379–380.

¹³ Informacja dostępna na oficjalnej stronie internetowej kliniki Gravita sp. z o.o., <http://www.gravida.com.pl/pl/program-dawstwa-komorek-jajowych> (dostęp: 10.10.2019 r.).

¹⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności, druk sejmowy nr 3245, Sejm VII kadencji, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3245>, s. 21 (dostęp: 10.10.2019 r.).

¹⁵ Uzasadnienie rządowego projektu..., s. 380.

¹⁶ Art. 76. Kto rozpowszechnia ogłoszenia o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki rozrodczej lub zarodka, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku.

W kolejnej jednostce redakcyjnej (art. 77 ust. 1 u.l.n.¹⁷) mamy natomiast o czynieniu z penalizacją nabywania, zbywania komórki rozrodczej lub pośredniczenia w jej nabyciu, lub zbyciu bądź brania udziału w zastosowaniu pozyskanej wbrew przepisom ustawy komórki rozrodczej. Analogiczne rozwiązanie w odniesieniu do narządów, tkanek i komórek znajduje się w art. 44 u.p.p.p. Natomiast w art. 79 u.l.n.¹⁸ ustawodawca dokonał odrębnej penalizacji wskazanych czynności czasownikowych, jeśli przedmiot wykonawczy czynu stanowi zarodek.

Dobrem chronionym w art. 77 u.l.n. jest niewątpliwie godność osobowa związana immanentnie z każdą istotą ludzką. Ponadto należy zwrócić uwagę na ochronę integralności cielesnej człowieka¹⁹ – donatorów komórek rozrodczych. Jako uboczny przedmiot ochrony warto też wskazać integralność medycyny rozrodu wspomaganego, czyli jednej z wyspecjalizowanych gałęzi medycyny. Katarzyna Nazar uznaje nawet, że prawidłowość przebiegu czynności w obszarze wspomaganego prokreacji należy uznać za główny przedmiot ochrony tego przepisu²⁰.

Podkreślenia wymaga fakt, że komercjalizacja wspomnianego obszaru może prowadzić do rozwoju czarnego rynku ludzkich komórek rozrodczych. Nie budzi także wątpliwości to, że podejmowanie tego rodzaju zachowań mogłoby stanowić dla niektórych pokusę łatwego zdobywania środków finansowych. Można wysunąć hipotezę, że działalnością w tej wysublimowanej sferze ludzkiej aktywności zainteresowałoby się członkowie zorganizowanych grup przestępczych, którzy próbowaliby czerpać zyski z ingerencji w proces rozrodu człowieka. Z pewną dozą ostrożności można nawet przypuszczać, że wykorzystywanie kobiet i mężczyzn w wieku rozrodczym w celu pozyskania gamet stałoby się właśnie nowym kierunkiem działania handlarzy ludźmi.

Dalszym przedmiotem chronionym w owej jednostce redakcyjnej jest także niezakłócony przepływ informacji, które odnoszą się do samego faktu donacji gamet oraz monitorowania przebiegu procedury medycznie wspomaganego prokreacji. Należy z całą stanowczością podkreślić, że rejestracja tego rodzaju informacji ma bardzo doniosłe znaczenie, przede wszystkim w sytuacjach, gdy rodzicami prawnymi dziecka nie są jednocześnie jego rodzice genetyczni. Na marginesie należy zasygnalizować, że w art. 37 u.l.n. szczegółowo określono zakres danych podlegających rejestracji. Zasadniczą funkcją, dla realizacji której zdecydowano się na powołanie do życia przedmiotowego rejestru jest umożliwienie identyfikacji dawców i biorczyń komórek rozrodczych przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków, a także monitorowanie samej procedury rozrodu medycznie wspomaganego.

¹⁷ Art. 77. 1. Kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa komórkę rozrodczą, pośredniczy w jej nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w zastosowaniu pozyskanej wbrew przepisom ustawy komórki rozrodczej, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

¹⁸ Art. 79. 1. Kto, w celu uzyskania korzyści majątkowej lub osobistej, nabywa lub zbywa zarodek, pośredniczy w jego nabyciu lub zbyciu bądź bierze udział w zastosowaniu uzyskanego wbrew przepisom ustawy zarodka, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

2. Jeżeli sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

¹⁹ K. Nazar, *Ustawa o leczeniu niepłodności* [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 129.

²⁰ K. Nazar, *Ustawa... [w:] Pozakodeksowe przestępstwa..., s. 139.*

U podstaw możliwości pozyskania z rejestru niektórych informacji legło uwzględnienie zasady dobra dziecka mającego narodzić się w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Joanna Haberko słusznie jednak podnosi przy tym, wbrew twierdzeniom niektórych komentatorów, że funkcjonowanie owego rejestru nie prowadzi w ogóle do realizacji prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej²¹, co jednoznacznie wynika z charakteru danych, z którymi uprawniony podmiot może się zapoznać. Dziecko po ukończeniu 18. roku życia może poznać dane, o których traktuje art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n., czyli dotyczące: roku i miejsca urodzenia dawców gamet lub zarodków, stanu ich zdrowia oraz wyników badań lekarskich i laboratoryjnych. Zakres danych, z którymi mogą zapoznać się przedstawiciele ustawowi dziecka został ograniczony do danych dotyczących stanu zdrowia dawców i wyników ich badań, jednakże tylko wtedy, gdy owe informacje mogą się przyczynić do uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia dziecka. Wypada również wskazać, że typizacja tego rodzaju zamachów ma też na celu ochronę moralności publicznej.

Przedmiot wykonawczy czynu stanowi ludzka komórka rozrodcza zarówno obca, jak i własna. Znamiona czasownikowe zostały określone przez ustawodawcę w sposób alternatywny, jest to zatem przestępstwo wieloodmianowe. Realizacja znamion którejs z postaci przestępnego zachowania może polegać na nabywaniu lub zbywaniu gamety, pośredniczeniu w tych czynnościach bądź też braniu udziału w jej zastosowaniu, jeżeli została ona pozyskana wbrew przepisom ustawy o leczeniu niepłodności. Wielość zachowań nie powoduje jednak multiplikacji przestępstw, albowiem mamy do czynienia tylko z jednokrotną realizacją znamion typu czynu zabronionego, a zatem klasycznym przykładem pozornego zbiegu przepisów.

Należy podkreślić, że sprawcy musi przyświecać określony cel, a mianowicie osiągnięcie korzyści majątkowej lub osobistej. Poza ustawowym obszarem typizacji znalazło się więc podejmowanie wymienionych zachowań z pobudek altruistycznych. Nie jest to jednak trafne rozwiązanie. Osoby, które chcą oddać swoje gamety bezinteresownie, powinny bowiem dokonać donacji w ramach ustawowej procedury. Tylko wtedy możemy zminimalizować negatywne konsekwencje, m.in. eliminując ryzyko zarażenia różnego rodzaju chorobami i przeniesienia wad genetycznych na mające się narodzić potomstwo. Przyjęcie takich komórek może być natomiast traktowane jako przestępstwo, albowiem może ono stanowić nabywanie gamet w celu osiągnięcia korzyści osobistej, tj. chociażby prozaicznego spełnienia pragnień o posiadaniu potomstwa.

Pojęciem „zbycie” określa się czynności prowadzące do wyzbycia się władztwa nad rzeczą i przeniesienia go na kogoś innego²². Nabycie definiowane jest natomiast jako wejście w posiadanie z zamiarem stania się właścicielem rzeczy²³. Zgodnie z bogatym dorobkiem nauki prawa karnego, w zakresie definiowania zakresu owych czynności czasownikowych, należy się w tym miejscu posługiwać z dużą dozą ostrożności, uwzględniając specyfikę dóbr stanowiących przedmiot, na który sprawca oddziałuje swoim zachowaniem. Komórki rozrodcze stanowią

²¹ J. Haberko, *Komentarz do ustawy o leczeniu niepłodności*, Warszawa 2016, s. 246–247.

²² E.M. Guzik-Makaruk, E.W. Plywaczewski, *Komentarz do art. 291 k.k. [w:] Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2015, wyd. 2, s. 257.

²³ J. Haberko, *Komentarz...*, s. 257.

część ludzkiego ciała i niewątpliwie ogromnym uproszczeniem byłoby zrównanie ich statusu ze statusem rzeczy. Trudno twierdzić, że ktoś może się stać właścicielem gamet. Zbycie i nabycie nie mogą być więc utożsamione z czynnościami cywilnoprawnymi. Wynika to z faktu, że obrót komórkami rozrodczymi jest zabroniony. Należy tu podkreślić, że nie mają one także wartości majątkowej.

Kolejną penalizowaną czynność sprawczą stanowi pośredniczenie w nabywaniu lub zbywaniu komórki rozrodczej. W słowniku języka polskiego „pośredniczenie” definiowane jest jako załatwianie spraw między jakimiś osobami bądź podejmowanie starań, aby doprowadzić do zgody między nimi. Podaje się też, że można je definiować jako kojarzenie kontrahentów w transakcjach handlowych i umożliwianie kontaktów uczestnikom rynku pracy²⁴. Wydaje się, że w komentowanym przepisie chodzi właśnie o kojarzenie dawców i biorczyń oraz negocjowanie w zakresie zawarcia i warunków ewentualnej „umowy”. Można w tym miejscu zwrócić uwagę na przykład prowadzenia portali internetowych, które stwarzają realne możliwości nawiązania kontaktu dawców z biorczyniami.

Czwarte z typizowanych znamion czasownikowych określone zostało jako „branie udziału w zastosowaniu pozyskanej wbrew przepisom ustawy komórki rozrodczej”. Z określeniem „branie udziału” spotykamy się wielokrotnie w ustawie karnej, np. w art. 158 Kodeksu karnego²⁵ czy w art. 258 k.k. Nie sposób nie zgodzić się, że na kanwie art. 77 u.l.n. owo sformułowanie należy jednak interpretować nieco inaczej, niż w przypadku wyżej przywołanych przykładowo dwóch przepisów²⁶. Zakresem owego pojęcia należy objąć wszelkie czynności związane z pozyskaniem gamet w sposób niezgodny z przepisami u.l.n.

Patrząc od strony podmiotu czynu zabronionego, wszystkie typizowane zachowania stanowią przestępstwa ogólnosprawcze (*delicta communia*). Ich sprawcą może być więc każdy, kto osiągnął wiek odpowiedzialności karnej i był poczytalny w chwili popełnienia czynu. Biorąc pod uwagę specyfikę postępowania z żeńskimi komórkami rozrodczymi, nie sposób sobie wyobrazić, aby w praktyce owe czynności podejmowane były przez osoby, które nie dysponują stosowną wiedzą, umiejętnościami i sprzętem oraz w miejscach, które nie są specjalnie do tego przystosowane²⁷. Pozyskanie komórek jajowych następuje zwykle przy użyciu sondy endowaginalnej. Ów zabieg poprzedzony jest najczęściej stymulacją jajczkowania u kobiety, a zatem trudno wyobrazić sobie, by w rzeczywistości czynności tych mógł się dopuścić każdy. To samo dotyczy późniejszego przechowywania oraz wykorzystania tak pobranych oocytów, połączenia ich z męskimi plemnikami, a idąc dalej – hodowli utworzonego w warunkach laboratoryjnych zarodka i jego późniejszego transferu do organizmu kobiety.

Odmienne kształtuje się natomiast kwestia postępowania z męskimi gametami. Zachowania dotyczące pozyskiwania nasienia nie są skomplikowane i nie muszą być podejmowane w pomieszczeniach spełniających jakiejkolwiek wymogi techniczno-organizacyjne. Jedyne ograniczenia stawiane są tylko przez ludzką naturę i warunki sytuacyjne. Nie jest też konieczne posłużenie się specjalistyczną

²⁴ Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/posredniczy;2506164.html> (dostęp: 18.06.2018 r.).

²⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

²⁶ K. Nazar, *Ustawa... [w:] Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 142.

²⁷ E. Wojewoda, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganey prokreacji*, Białystok 2019, s. 299.

aparaturą. Nie budzi wątpliwości, że sam proces zapłodnienia przez spółkowanie płciowe nie wymaga ingerencji osób trzecich. Dokonanie inseminacji strzykawką ze spiłowanym końcem bądź przy użyciu specjalnego zestawu do unasieniania nasieniem, złożonym uprzednio w pojemniku, mimo że nie gwarantuje sukcesu, również wydaje się wyjątkowo prostym zabiegiem²⁸.

Penalizowane zachowania stanowią przestępstwa umyślne, które można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim kierunkowym (*dolus directus coloratus*). Sprawcy musi przyświecać cel, którym jest osiągnięcie korzyści majątkowej bądź osobistej. Dostyc problematyczne jest jednoznaczne rozgraniczanie tych dwóch rodzajów korzyści, albowiem ich elementy *ad casum* nierzadko mogą się zazębiać. Wydaje się, że przyporządkowanie określonego rodzaju korzyści do jednej z dwóch wskazanych kategorii determinowane będzie przede wszystkim tym, jaką potrzebę zaspokaja ona w większym stopniu²⁹. Korzyść majątkową stanowić będzie m.in. uzyskanie pieniędzy bądź rzeczy przedstawiających wartość majątkową, np. domu, samochodu czy biżuterii.

Podstawową funkcją korzyści osobistej jest natomiast zaspokajanie potrzeb niemajątkowych albo takich, w których korzyść niematerialna ma decydujące znaczenie wobec korzyści materialnej³⁰. Jako przykłady korzyści osobistej, odnoszonej przez sprawców realizujących znamiona art. 77 u.l.n., można wskazać zaspokojenie popędu płciowego w przypadku mężczyzn podejmujących się oddania nasienia w drodze inicjacji seksualnej, czy też możliwość spełnienia marzeń o zajściu w ciążę przez kobiety, które są biorczyniami męskich gamet i z dawstwa nasienia zdecydowały się skorzystać tylko z powodu braku możliwości realizacji pragnień o posiadaniu potomstwa w inny sposób.

W art. 77 § 2 u.l.n. znajduje się postać kwalifikowana analizowanego czynu zabronionego. Surowszą sankcją karną opatrzone zachowania, z których popełniania sprawca uczynił sobie stałe źródło dochodu. W tym miejscu warto tylko wspomnieć, że w świetle bogatego dorobku orzecznictwa i dogmatyki działalność przestępcza nie musi stanowić jedyne źródła dochodu sprawcy – wystarczy, aby odznaczała się ona pewnym stopniem regularności i stałości³¹.

Kończąc rozważania poświęcone interpretacji znamion czynów typizowanych w art. 77 u.l.n., warto zwrócić, za K. Nazar³², uwagę na problem zaboru i przywłaszczenia komórek rozrodczych. W obecnym stanie prawnym dopuszczenie się owych zachowań w odniesieniu do ludzkich gamet, z czym możemy mieć w praktyce do czynienia, nie zostało zagrożone sankcją kryminalną. Jest to dosyć dyskusyjna kwestia z uwagi na fakt, że ani człowiek, ani części ludzkiego ciała nie stanowią rzeczy, jednakże po odłączeniu komórek od ciała uzyskują one specjalny status, zbliżony właśnie do statusu rzeczy szczególnego rodzaju, wyjętych z obrotu z uwagi na to, iż nie przedstawiają wartości majątkowej. *De lege ferenda* ustawodawca powinien pochylić się nad tą kwestią i rozważyć penalizację tego rodzaju czynności.

²⁸ E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 299.

²⁹ A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym Kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 132–133.

³⁰ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 211.

³¹ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 20.12.1971 r., I KR 249/71, OSNKW 1972/5, poz. 87; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Łodzi z 10.04.2014 r., II Aka 45/14, LEX nr 1461100.

³² K. Nazar, *Ustawa... [w:] Pozakodeksowe przestępstwa...*, s. 147.

Jeżeli chodzi o ustawowe zagrożenie przypadków komercjalizacji postępowania z ludzkimi gametami, to czyn typizowany w art. 77 § 1 u.l.n. został zagrożony karą pozbawienia wolności od miesiąca do lat 3, natomiast jego postać kwalifikowana (art. 77 § 2 u.l.n.) – karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.

Z danych gromadzonych przez Komendę Główną Policji (dalej KGP) wynika, że dotychczas nie wszczęto żadnego postępowania ani nie stwierdzono żadnego przestępstwa w oparciu na przepisach penalnych u.l.n.³³ Do całkowicie odmiennych konkluzji może prowadzić jednak już nawet pobieżny *research* zasobów internetowych. Badania empiryczne jednoznacznie wykazują, że w naszym kraju dochodzi zarówno do realizacji znamion czynów typizowanych w art. 76 u.l.n., jak i powiązanych z nimi zachowań z art. 77 u.l.n.³⁴ Słuszne wydaje się więc przyjęcie, że owe czyny zabronione objęte są zatem ciemną liczbą przestępstw.

Na przyczyny warunkujące taki stan rzeczy niewątpliwie wpływa szereg różnego rodzaju czynników. Przykładowo można tu wymienić kilka z nich. Przede wszystkim warto wskazać na relatywnie krótki czas obowiązywania ustawy o leczeniu niepłodności. Przez wiele lat w obszarze medycznie wspomaganego rozrodu mieliśmy do czynienia z próżnią legislacyjną, a taki stan rzeczy doprowadził do petryfikacji pewnych standardów zachowań. Niewątpliwie należy podkreślić także specyfikę penalizowanych pól nadużyć, a co za tym idzie mogących się pojawiać problemów związanych z wykrywalnością tego typu przestępstw, jak też nieświadomość społeczeństwa w zakresie treści prawnych zakazów w tej sferze. Poza tym warto zwrócić uwagę na możliwość osiągania znacznych korzyści za trudnienie się zorganizowaną działalnością w obszarze okołoprokreacyjnym oraz stosunek społeczeństwa do tego typu praktyk, przejawiający się w postrzeganiu ich jako czynu o niskim stopniu społecznej szkodliwości, co może powodować bagatelizowanie przez organy ścigania informacji o ich popełnieniu³⁵. Niewątpliwie takie podejście zasługuje na krytykę, gdyby tak rzeczywiście było, nie byłyby one obwarowane w ogóle sankcją karną na płaszczyźnie penalnej ustawy.

W zasobach internetowych mnożą się oferty nabycia, zbycia i darowania komórek rozrodczych, w których dawcy podają nierzadko bardzo szczegółowe informacje dotyczące swojego stanu zdrowia, wyglądu zewnętrznego i posiadanych talentów, a nawiązanie z nimi kontaktu nie stwarza żadnych trudności. Po zainicjowaniu wymiany korespondencji w ramach portali, na których widnieją takie anonse, osoby te podają bowiem nie tylko adresy e-mailowe, ale też numery telefonów komórkowych czy wskazują na profile w licznych sieciach społecznościowych. Wydaje się więc, że w rzeczywistości musi istnieć również popyt na tego rodzaju świadczenia³⁶.

Zjawisko to dotyczy przede wszystkim obrotu męskim nasieniem, z uwagi na to, że podejmowanie owych zachowań w stosunku do komórek jajowych napotyka na liczne trudności, o czym wspomniano wyżej. Do wejścia w życie ustawy o leczeniu niepłodności zawieranie takich wątpliwych etycznie transakcji było możliwe i stosunkowo proste. W klinice strony transakcji powoływały się tylko na rzekomo

³³ Informację otrzymano drogą elektroniczną 23.08.2018 r.

³⁴ Zob. szerzej E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 369–414.

³⁵ E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 380–383.

³⁶ E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 369–414.

łączące je więzi. Obywatelki naszego kraju sprzedawały także swoje komórki rozrodcze do innych państw, co było warunkowane możliwością osiągnięcia znacznie wyższych niż w kraju zysków. Kobiety nierzadko też oszukiwały pary zmagające się z niepłodnością i po otrzymaniu zaliczki nie dotrzymywały warunków umowy.

Dużą barierę dla osób chcących skorzystać z dawstwa oocytów stanowi niewątpliwie rejestr dawczyń i biorczyń oraz przeszkody natury technicznej. Występowanie podziemia żeńskich komórek rozrodczych wymagałoby istnienia bardzo szczelnej siatki powiązań opartej na współdziałaniu wielu podmiotów, w tym osób zatrudnionych w klinikach i bankach nasienia. Nie wydaje się jednak, że taki proceder występuje w naszym kraju, szczególnie biorąc pod uwagę niewielką liczbę ogłoszeń, w których oferowana jest sprzedaż oocytów. Można przypuszczać, że autorkami owych anonsów są najczęściej osoby, które nie zdają sobie sprawy z prawnych ograniczeń w obszarze dawstwa komórek rozrodczych albo oszustki, które wykorzystują trudną sytuację niepłodnych par i dążą do wzbogacenia się w łatwy sposób.

Odmienne przedstawia się natomiast problematyka obrotu męskimi komórkami rozrodczymi. Aktualnie pozyskaniem męskich gamet zainteresowane są przede wszystkim kobiety samotne i żyjące w związkach homoseksualnych, które wraz z wejściem w życie ustawy całkowicie utraciły szanse na poddanie się procedurze zapłodnienia przy użyciu zaawansowanych technik medycznie wspomaganego rozrodu. *De lege lata* tylko osoby pozostające w związkach małżeńskich i heteroseksualnych konkubinatach mają dostęp do skorzystania z zaawansowanych technik medycznie wspomaganego rozrodu³⁷. Mimo wszystko nie należy wykluczać zainteresowania pozyskaniem nasienia poza ustawową procedurą także wśród osób żyjących w związkach małżeńskich i konkubinatach. Może zdarzyć się tak, że niepłodność uwarunkowana będzie czynnikiem męskim, a możliwość skorzystania z zaawansowanych technik medycznie wspomaganego rozrodu, celem zapewnienia skuteczności procedurze, wymagała będzie skorzystania z darowanej komórki rozrodczej. Oferty ogłaszających się dawców mogą się więc okazać kuszącą propozycją, biorąc pod uwagę fakt, że koszty leczenia niepłodności z użyciem darowanych komórek rozrodczych znacznie przewyższają koszty dawstwa partnerskiego.

Mocą przepisów ustawy i wydanego do niej rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wymagań zdrowotnych dla kandydatów na dawców komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego i dawstwa innego niż partnerskie oraz dla biorczyń komórek rozrodczych i zarodków oraz szczegółowych warunków pobierania komórek rozrodczych w celu zastosowania w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji³⁸, wprowadzono także szereg wymogów zdrowotnych, które musi spełnić mężczyzna chcący oddać swoje nasienie do banku, *de lege lata*, nie każdy chętny może więc zostać dawcą nasienia³⁹. Ponadto z komórek rozrodczych pobranych

³⁷ Zob. szerzej M. Boratyńska, *Dostęp do metod wspomaganego rozrodu a ustawa o leczeniu niepłodności. Głos w dyskusji*, „Prawo i Medycyna” 2017/4, s. 168–182; M. Boratyńska, J. Różyńska, *Ochrona... [w:] Regulacja...*, s. 397–398.

³⁸ Rozporządzenie Ministra Zdrowia z 23.10.2015 r. w sprawie wymagań zdrowotnych dla kandydata na dawcę komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego i dawstwa innego niż partnerskie oraz dla biorczyń komórek rozrodczych i zarodków oraz szczegółowych warunków pobierania komórek rozrodczych w celu zastosowania w procedurze medycznie wspomaganego prokreacji (Dz.U. z 2015 r. poz. 171 ze zm.).

³⁹ Mężczyzna, który chce zostać dawcą powinien mieć dobry ogólny stan zdrowia. Przeprowadza się u niego badania pod kątem występowania chorób zakaźnych takich jak: HIV 1 i 2, HCV, HBV, VDRL, CMV i chlamydia. Ponadto poddawany jest on badaniom genetycznym i bakteriologicznym. Jego nasienie musi

od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie może urodzić się nie więcej niż dziesięcioro dzieci (art. 18 ust. 1 p. 5 u.l.n.)

Analizując motywy i *modus operandi* mężczyzn chcących oddać swoje nasienie od razu można zauważyć, że tylko nieliczni z mężczyzn tak naprawdę kierują się pobudkami altruistycznymi. Ponadto postępowanie nieznaczej części z nich warunkowane jest względami ekonomicznymi i chęcią uzyskania zapłaty za „usługę”. Dominującą grupę wśród internetowych dawców spermy stanowią osoby dążące do realizacji bliżej niesprecyzowanej potrzeby w zakresie przekazania swoich genów, a przede wszystkim zaspokojenia popędu seksualnego. Spotkanie z biorczynią ma najczęściej stanowić po prostu łatwy sposób na osiągnięcie satysfakcji seksualnej. W ogłoszeniach zamieszczają oni bowiem informacje o tym, że zapłodnienie kobiety może mieć miejsce tylko w wyniku spółkowania płciowego. Należy jednak wspomnieć, że pojawiają się także ogłoszenia, aczkolwiek nieliczne, w których mężczyźni zaznaczają, że wybór metody zależy od preferencji kobiety, a nawet że dopuszczają oni tylko możliwość donacji materiału genetycznego przez złożenie go do pojemnika⁴⁰.

Patologie w tym obszarze implikują występowanie licznych niebezpieczeństw⁴¹. Można przypuszczać, że mężczyźni oferujący swoje nasienie mogą mieć zaburzenia związane z seksualnością i tym samym stanowić zagrożenie dla kobiet, które zdecydują się z nimi spotkać, co może jednak stwierdzić wyłącznie lekarz stosownej specjalności. Gdyby oddanie nasienia uwarunkowane było pobudkami altruistycznymi, składaliby je przecież w banku, w ramach ustawowej procedury. Przede wszystkim warto zwrócić uwagę na to, że takie spotkania mogą stanowić okazję do popełniania przestępstw kryminalnych, np. przeciwko wolności, wolności seksualnej, życiu i zdrowiu, a także mieniu. Ponadto strony mogą w rzeczywistości nie chcieć dotrzymać warunków zawartego „kontraktu”, związanych z zerwaniem znajomości po oddaniu nasienia i żądać pieniędzy w zamian za zachowanie w tajemnicy faktu takiego spotkania, a także pochodzenia ewentualnie mającego się począć i narodzić dziecka.

Nie sposób nie wspomnieć także o ryzyku, które takie inicjacje stwarzają dla zdrowia tych osób. Z uwagi na niewielkie możliwości rzeczywistego sprawdzenia stanu zdrowia dawców i biorczyń może dojść do zarażenia się różnego rodzaju wirusami i chorobami wenerycznymi. Nieliczni mężczyźni deklarują posiadanie aktualnych badań na obecność chorób przenoszonych drogą płciową. Pojawiają się też tacy, którzy w ogóle nie czują potrzeby ich wykonywania i nie oczekują tego również od potencjalnej biorczyni, opierając się na utopijnym przekonaniu o doskonałym stanie własnego zdrowia i przypuszczeniu, że to samo dotyczy też drugiej strony. Poza tym, jeżeli nawet dawca twierdzi, że posiada aktualne wyniki badań, to przecież nie ma żadnej pewności, czy nie zostały one sfałszowane. Nie ma także

odznaczać się także odpowiednimi parametrami jakościowymi, o czym przesądza ilość plemników i ich ruchliwość. Warto podkreślić, że nasienie do dawstwa niepartnerskiego, zanim zostanie użyte, jest konserwowane i podlega kwarantannie (180 dni). Następnie ponownie przeprowadza się badania lekarskie i laboratoryjne kandydata na dawcę. Etap ten nie jest obligatoryjny tylko wtedy, gdy próbka krwi jest dodatkowo badana za pomocą techniki amplifikacji kwasów nukleinowych pod kątem nosicielstwa wirusów HIV, HBV i HCV oraz jeżeli przetwarzanie obejmuje etap inaktywacji, zatwierdzony w odniesieniu do danych wirusów.

⁴⁰ E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 399–402.

⁴¹ Zob. E. Wojewoda, *Prawnokarne...*, s. 409–414.

pewności, czy mężczyźni nie są dotknięci poważnymi dziedzicznymi wadami genetycznymi, które mogą przecież zostać przeniesione na mogące się począć dziecko.

Warto też wspomnieć o zagrożeniach związanych z oddaniem spermy do pojemnika. Mężczyzna, który przekazuje kobiecie złożone w ten sposób nasienie nie ma żadnej gwarancji na to, że zostanie ono użyte do inseminacji. Ów materiał genetyczny może być przez nią dowolnie wykorzystany, np. posłużyć do upozorowania popełnienia przestępstwa przez inną osobę i skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Tylko nieliczni są tak przewidujący w tym zakresie, że zastrzegają konieczność wykorzystania nasienia w ich obecności i zwrotu wszystkich przedmiotów, które miały z nim kontakt. Ponadto, fałszywi dawcy zamiast nasienia mogą wypełnić pojemnik inną substancją, której użycie przez kobietę może stwarzać nawet ryzyko wystąpienia ujemnych następstw dla jej zdrowia.

Kolejny problem wiąże się z brakiem świadomości, co do prawnych konsekwencji ojcostwa. *De lege lata* dawca nasienia jest przecież w świetle prawa ojcem dziecka, które ewentualnie przyjdzie na świat w wyniku zapłodnienia dawczyni, z czym wiąże się szereg praw i obowiązków. Kobiety mogą więc szantażować w przyszłości takich dawców i żądać łóżenia na utrzymanie dziecka. Działa to również w drugą stronę – mogą się bowiem zdarzyć odwrotne sytuacje, w których to donator będzie chciał uczestniczyć w życiu swojego biologicznego potomka wbrew woli jego matki. Próbując przeciwdziałać takim problemom, niektórzy dawcy chcą się zabezpieczyć i w tym celu żądają, aby kobieta złożyła oświadczenie, że zrzeka się jakichkolwiek roszczeń w przyszłości. Nie sposób nawet odnieść się do braku racjonalizacji takich praktyk. Wszelkie umowy zawierane między podmiotami nielegalnych transakcji są przecież nieważne z mocy prawa. Niektórzy mężczyźni z obawy przed wystąpieniem ryzyka pojawienia się jakichś roszczeń w przyszłości, preferują pary małżeńskie, co oparte jest na błędnym przekonaniu, że nie da się w przyszłości podważyć ojcostwa męża matki.

System penalnych zabezpieczeń w obszarze rozrodu medycznie wspomaganego, w tym właśnie niekontrolowanego obrotu komórkami rozrodczymi, generalnie zasługuje na pozytywną ocenę, jeśli chodzi o jego warstwę normatywną. Ustawowe instrumentarium umożliwia zapobieganie i zwalczanie komercjalizacji ludzkich gamet. W tym miejscu należy podkreślić znaczenie narzędzi rejestrujących, przede wszystkim rejestru dawców komórek rozrodczych, pozwalającego na identyfikację dawców i biorczyń gamet przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków, jak też monitorowanie procedury medycznie wspomaganego rozrodu. Warto zwrócić także uwagę na to, że wywóz komórek rozrodczych i zarodków z terytorium naszego państwa na terytorium państwa niebędącego członkiem Unii oraz ich przywóz na nasze terytorium z takiego kraju opatrzone jest koniecznością spełnienia licznych, restrykcyjnych wymogów. Na trudnienie się tego typu działalnością wymaga się uzyskania zgody ministra zdrowia.

De lege ferenda można byłoby jednakże zastanowić się nad penalizacją czynności czasownikowych, określonych w art. 77 u.l.n. niezależnie od celu, jaki przyświecałby sprawcy, tak by typizacją objąć także zachowania podejmowane z pobudek altruistycznych. Motywy kierujące dawcą lub biorczynią nierzadko mogą determinować ocenę takich zachowań na płaszczyźnie sądowego wymiaru kary.

Nie mają one jednak wpływu na stopień ich społecznej szkodliwości, dalej mogą one bowiem stanowić zagrożenie dla życia i zdrowia stron takich transakcji, a także mającego się narodzić potomstwa.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że dostępne instrumentarium penalne nie jest wykorzystywane przez organy ścigania i wymiar sprawiedliwości. Świadczy o tym jednoznacznie brak danych dotyczących przestępczości stwierdzonej i osądzonej na podstawie przepisów ustawy o leczeniu niepłodności, skoro do zupełnie odmiennych wniosków prowadzą prezentowane wyżej informacje. Istnienie ciemnej liczby przestępstw z art. 76 u.l.n. potwierdzają konkluzje z internetowego *researchu*, natomiast na występowanie czynów typizowanych w art. 77 u.l.n., mających za przedmiot wykonawczy męskie nasienie, wskazują wyniki obserwacji autorki.

Mimo wszystko nie należy wysuwać daleko idących wniosków i wyolbrzymiać rozmiarów fenomenu przestępczości w tym obszarze. Przede wszystkim szereg procesów związanych ze stosowaniem technik ART⁴² wymaga współdziałania wielu wykwalifikowanych podmiotów i istnienia stosownych warunków techniczno-organizacyjnych. Trudno wysuwać przypuszczenie, że postępowanie niezgodne z zasadami etyki zawodowej jest petryfikowanym standardem w środowisku lekarskim. Można zakładać, że wśród tej grupy pojawią się jednostki, dla których normy deontologiczne zejść na drugi plan ustępując miejsca pokusie osiągnięcia korzyści majątkowej, jednakże nie pozwala to jeszcze na formułowanie uogólnień, iż w Polsce funkcjonuje podziemie komórek jajowych i zarodków.

Z całą stanowczością należy podkreślić, że człowiek nie powinien być reifikowany przez redukcję jego roli tylko do nosiciela genów, które mogą zostać przekazane i posłużyć do „produkcji” nowej istoty ludzkiej. Niewątpliwie przestępczość okołoprokreacyjna w naszym kraju stanowi temat tabu, który najwyższy czas odmitologizować. Informacje o niej nie docierają bowiem do organów ścigania. Nie można też wykluczyć oportunistu policji i prokuratury w tym zakresie, podobnie jak w przypadku przestępstw okołotransplantacyjnych⁴³. Właściwe wydaje się więc uwrażliwienie społeczeństwa na problematykę przestępczości okołoprokreacyjnej oraz postulowanie podjęcia przez organy ścigania działalności operacyjnej mającej na celu wykrywanie zachowań, polegających na zamieszczaniu ogłoszeń dotyczących zbycia komórek rozrodczych, czyli walkę z handlem komórkami rozrodczymi już na przedpolu nielegalnego obrotu. Trafnym rozwiązaniem mogłoby być przeprowadzenie akcji analogicznej do akcji Anons, która miała na celu wykrycie przestępstw z art. 43 u.p.p.p.⁴⁴ Policjanci z Wydziału do walki z cyberprzestępczością Biura Kryminalnego KGP zidentyfikowali 250 ogłoszeń, w których sprawcy oferowali sprzedaż własnych narządów. W wyniku przeprowadzonych działań operacyjnych zatrzymane zostały dwie osoby, a 37 doprowadzono do jednostek policji. Należy podkreślić, że przesłuchano aż 150 osób i części z nich przedstawiono zarzuty popełnienia czynu typizowanego we wspomnianym art. 43⁴⁵.

⁴² ART – *Assisted Reproductive Technology* (techniki wspomaganego rozrodu).

⁴³ E.M. Guzik-Makaruk, E.W. Plywaczewski, *Komentarz...* [w:] *Przestępstwa...*, s. 251.

⁴⁴ Art. 43. Kto rozpowszechnia ogłoszenie o odpłatnym zbyciu, nabyciu lub o pośredniczeniu w odpłatnym zbyciu lub nabyciu komórki, tkanki lub narządu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

⁴⁵ Informacja dostępna na oficjalnej stronie Policji, <http://www.policja.pl/pol/aktualnosci/78993,ANONS-policyjna-akcja-przeciwko-oferujacym-narzady-do-sprzedania.html> (dostęp: 10.10.2019 r.).

Summary

Ewelina Wojewoda, *Criminal and criminological aspects of the crime under art. 77 of the Infertility Act 2015*

The problem of infertility and interference in the sphere of human reproduction is an issue of paramount importance as exemplified by the current social debate about said issue. For the first time in Poland's legislative history, the realm of procreation has been regulated by the Infertility Act of 25 June 2015. The normative solutions now limit the accessibility to the advanced ART technology as well as change the criteria for reproductive cell donations. Illegal conduct is penalized with criminal sanctions. Consequently, commercial trading of reproductive cells is one of the acts penalized by the new law. Such a state of affairs may generate criminal activity as it pertains to trading in human gametes, even though there is lack of viable data in criminal statistics relevant to the Infertility Act. The multi-faceted nature of presented problem makes it necessary to investigate its juridical and criminological scope.

Keywords: *trading in reproductive cells, criminal activity relating to procreation, infertility, medically assisted procreation*

Streszczenie

Ewelina Wojewoda, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty przestępstwa z art. 77 ustawy z 2015 r. o leczeniu niepłodności*

Problematyka niepłodności i ingerencji w sferę ludzkiego rozrodu należy współcześnie do wyjątkowo doniosłych zagadnień, co jednoznacznie potwierdza bardzo wzmożony dyskurs społeczny, jaki można zaobserwować w tej materii. Obszar okolooprokreacyjny, mocą przepisów ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (u.l.n.), po raz pierwszy w naszej historii legislacyjnej objęto ścisłą reglamentacją. Rozwiązania normatywne wprowadziły szereg ograniczeń w dostępności do korzystania z zaawansowanych technik medycznie wspomaganego rozrodu (Assisted Reproductive Technology) i warunków donacji komórek rozrodczych. Natomiast postępowanie niezgodnie ze standardami ustawowymi opatrzone zostało sankcjami karnymi. Wśród penalizowanych czynności znalazły się m.in. zachowania, które stanowią przejaw komercjalizacji ludzkich komórek rozrodczych. Taki stan rzeczy może generować występowanie przestępczości w zakresie obrotu ludzkimi gametami, mimo że w statystykach kryminalnych brakuje jakichkolwiek danych dotyczących przestępczości w świetle przepisów u.l.n. Wielopłaszczyznowy charakter prezentowanego zagadnienia rodzi zatem konieczność badania nie tylko jego wymiaru jurydycznego, ale także kryminologicznego.

Słowa kluczowe: *handel komórkami rozrodczymi, przestępczość okolooprokreacyjna, niepłodność, medycznie wspomagana prokreacja*

Literatura:

1. Boratyńska M., *Dostęp do metod wspomaganego rozrodu a ustawa o leczeniu niepłodności. Głos w dyskusji*, Prawo i Medycyna 2017, nr 4.
2. Boratyńska M., Różyńska J., *Ochrona zdrowia reprodukcyjnego i seksualnego oraz praw z nim związanych [w:] Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak [w:] *System Prawa Medycznego*, red. E. Zielińska, t. II, cz. II, Warszawa 2019.
3. Bosek L., *Refleksje wokół prawnych uwarunkowań wspomaganą prokreacji*, Diametros 2009, nr 20.

4. Breczko A., *Podmiotowość prawna człowieka w warunkach postępu biotechnomedycznego*, Białystok 2011.
5. Brzózny N.Z., *Klonowanie i teologia* [w:] *Klonowanie i wykorzystanie komórek macierzystych wyzwaniem dla medycyny, etyki, prawa i społeczeństwa*, red. L. Pawelczyk, J. Wiśniewski, Poznań 2007.
6. Chyrowicz B., *Bioetyka i ryzyko*, *Argument „równi pochyłej” w dyskusji wokół osiągnięć współczesnej genetyki*, Lublin 2002.
8. Gałązka M., *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005.
9. Gałązka M., *Prawo karne wobec zastępczego macierzyństwa*, *Ius et lex. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, Lublin 2002.
10. Guzik-Makaruk E.M., Pływaczewski E.W., *Komentarz do art. 291 k.k.* [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, wyd. 2, Warszawa 2015.
11. Haberko J., *Komentarz do ustawy o leczeniu niepłodności*, Warszawa 2016.
12. Janicka A., Spaczyński R.Z., Kurzawa R., *Fertility Clinics, Assisted reproductive medicine in Poland – Fertility and Sterility Special Interest Group of the Polish Gynaecological Society (SPiN PTG) 2012 report*, *Ginekologia Polska* 2015, nr 86.
13. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
14. Nawrot O., *Naturalizacja prawa w kontekście rozwoju biologii i medycyny*, *Forum Prawnicze* 2015, nr 6.
15. Nazar K., *Ustawa o leczeniu niepłodności* [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017.
16. Niżnik-Mucha A., *Prawna regulacja medycznie wspomaganej prokreacji w Polsce i wybranych państwach europejskich. Wybrane problemy*, Kraków 2016.
17. Spotowski A., *Przestępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym Kodeksie karnym*, Warszawa 1972.
18. Wojewoda E., *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty medycznie wspomaganej prokreacji*, Białystok 2019.
19. *Wspieramy płodność. Raport Koalicji na rzecz kompleksowej terapii niepłodności*, Warszawa 2015.

Agnieszka Gutkowska*

Nadzór prewencyjny. Wybrane aspekty orzekania i stosowania wolnościowego środka postpenalnego**

1. ŚRODKI POSTPENALNE – CHARAKTERYSTYKA OGÓLNA

Ustawa z 22.11.2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób obowiązuje od 22.01.2014 r.¹ Tempo pracy nad nią, a także okoliczności jej uchwalenia były dość specyficzne. Pierwszy projekt wpłynął do Sejmu 17.07.2013 r., a już po czterech miesiącach, tj. 25.11.2013 r. ustawę przekazano do podpisu prezydentowi. Celem opracowywanych naprędce regulacji było stworzenie podstawy prawnej do bezterminowego przedłużenia izolacji kilku, szczególnie niebezpiecznym sprawcom, którym orzeczoną karę śmierci zamieniono, na podstawie art. 5 ust. 2 ustawy z 7.12.1989 r. o amnestii², na karę 25 lat pozbawienia wolności³. Czas naglił, bowiem na początku 2014 r. kara tych osób dobiegała końca, a pozostały obawy, że nadal stwarzają bardzo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa innych osób.

Zgodnie z przesłankami określonymi w ostatecznym brzmieniu art. 1 ustawy jej zakresem podmiotowym objęte są osoby odbywające prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym, u których w trakcie postępowania wykonawczego występowały zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

* Dr Agnieszka Gutkowska jest adiunktem w Zakładzie Kryminologii, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-6560-7538, e-mail: a.gutkowska@wpia.uw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 17.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 1.03.2021 r.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1346 – dalej ustawa o KOZZD lub ustawa.

² Dz.U. z 1989 r. Nr 64, poz. 390.

³ W związku z tym, że w obowiązującym wówczas Kodeksie karnym nie było kary dożywotniego pozbawienia wolności, która została przywrócona dopiero ustawą z 12.07.1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych oraz górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475).

W zależności od stopnia tego prawdopodobieństwa ustawa o KOZZD w art. 14 ust. 2 i 3 przewiduje dwa rodzaje środków postpenalnych. Jeżeli sąd uzna, że prawdopodobieństwo to jest wysokie, to orzeka środek o charakterze wolnościowym, tj. nadzór prewencyjny, jeśli zaś bardzo wysokie, wówczas umieszcza się osobę stwarzającą zagrożenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym (dalej KOZZD lub Ośrodek) w Gostyninie.

Od 1.07.2015 r. ustawa ma zastosowanie wobec osób spełniających przesłanki z art. 1 ustawy jednak jeśli zostały one skazane za czyn popełniony przed tą datą. Warto przypomnieć, że 1.07.2015 r. weszła w życie nowelizacja Kodeksu karnego⁴, znacząco zmieniająca m.in. koncepcję środków zabezpieczających⁵. Jak się wydaje ustawodawca uznał, że znowelizowane środki zabezpieczające są już w stanie odpowiednio zrealizować funkcję przewidzianą dla wprowadzonych doraźnie środków postpenalnych (tj. zabezpieczenie społeczeństwa przed osobami, które ze względu na określone zaburzenia psychiczne stwarzają ryzyko popełnienia czynu zabronionego godzącego w życie, zdrowie lub wolność seksualną), co znalazło swoje odzwierciedlenie w art. 3a ustawy. Nie oznacza to jednak, że ze względu na ograniczenie czasowe⁶, zawarte w art. 3a ustawy, należy bagatelizować znaczenie środków postpenalnych czy pomijać je w naukowych analizach. Zakładając bowiem, czysto hipotetycznie i optymistycznie, że wszyscy sprawcy, spełniający przesłanki dopuszczalności zastosowania środków postpenalnych, którzy popełnili przestępstwo przed 1.07.2015 r. odbywają już karę pozbawienia wolności, i to od 2015 r., nietrudno wyliczyć, iż sądy będą mogły orzekać środki postpenalne jeszcze nawet przez 20 lat⁷.

Zarówno z dotychczasowych statystyk (zdecydowanie częściej sądy orzekają nadzór prewencyjny niż umieszczenie w KOZZD⁸), jak i z założeń ustawodawcy (KOZZD początkowo przewidziany był zaledwie na 10, docelowo zaś maksymalnie na 60 osób⁹) można wnioskować, że to wolnościowy środek postpenalny jest tym, który pełnić powinien podstawową rolę we wspieraniu bezpiecznego funkcjonowania osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie w społeczeństwie. Tymczasem to nie on jest przedmiotem zainteresowań doktryny, praktyków czy mediów. Można to zrozumieć, bowiem kontrowersje towarzyszące funkcjonowaniu Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w Gostyninie są niekiedy wstrząsające, a zarzuty dotyczące nieprawidłowości zarówno gdy chodzi

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

⁵ Np. T. Szymanowski, *Nowelizacja kodeksu karnego w 2015 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2015/87, s. 22–27; M. Niewiadomska-Krawczyk, *Ewolucja środków zabezpieczających w polskim prawie karnym* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa*, t. L, Wrocław 2018, s. 58–65.

⁶ Jako „epizodyczna” ustawa o KOZZD została określona np. w: F. Jędras, K. Grabarczyk, *Przesłanki orzekania izolacji postpenalnej. Rozważania na temat orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2019/86, s. 45.

⁷ Według danych Służby Więziennej na dzień 31.12.2019 r. we wszystkich oddziałach terapeutycznych dla skazanych z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi lub upośledzonych umysłowo funkcjonujących w jednostkach penitencjarnych przebywało 1638 skazanych. Należy jednak pamiętać, że przesłanki z ustawy spełniać będzie także osoba, która trafi do systemu terapeutycznego nawet na krótko przed końcem kary, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Informacja%20SW%2C%202017.03.2020.pdf> (dostęp: 28.10.2020 r.).

⁸ <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Informacja%20SW%2C%202017.03.2020.pdf> (dostęp: 28.10.2020 r.).

⁹ Aktualnie (stan na 23.03.2021 r.) w KOZZD przebywa 91 osób. W dniu 5.03.2021 r. Minister Zdrowia wydał Zarządzenie zmieniające zarządzenie w sprawie nadania statutu Krajowemu Ośrodkowi Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym (Dz.Urz. Ministra Zdrowia, poz. 18), na mocy którego w statucie KOZZD wprowadzono możliwość tworzenia oddziałów zamiejscowych (§ 2 ust. 3) oraz powołano Oddział Zamiejscowy I (§ 8 pkt 14). W konsekwencji tych zmian utworzono filię KOZZD w Regionalnym Ośrodku Psychiatrii Sądowej w Starogardzie Gdańskim, do której z Gostynina przeniesiono już dwie osoby.

o uregulowania prawne, jak i praktykę bardzo poważne¹⁰. Nie oznacza to jednak, że nie należy gromadzić i analizować danych dotyczących funkcjonowania nadzoru prewencyjnego w poszukiwaniu optymalnego modelu tego, w założeniach podstawowego, środka postpenalnego. Poniższa praca jest próbą choćby częściowego wypełnienia luki, jaka powstała w tym zakresie.

Przedstawione w niniejszym artykule dane zostały zebrane i przeanalizowane w ramach badań prowadzonych przez autorkę tej publikacji wraz z Joanną Klimczak, Pauliną Sidor oraz Justyną Włodarczyk-Madejską w okresie od maja do września 2019 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (IWS) i opublikowane w przywołanej tu monografii pt. „Gdy kara nie wystarcza... O Praktyce stosowania wybranych rozwiązań prawnych wobec sprawców z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie dla społeczeństwa”¹¹. Badania te objęły 114 spraw, w których sądy rozpatrywały wniosek dyrektora zakładu karnego (dalej ZK) o uznanie danej osoby za osobę stwarzającą zagrożenie i zastosowanie środków z ustawy o KOZZD, prawomocnie zakończonych w latach 2014–2018. Dane te w zakresie, w jakim zostaną one przedstawione w tym artykule, tj. odnośnie do spraw, w których sądy orzekły nadzór prewencyjny nie były dotąd analizowane i publikowane. Wśród 114 spraw objętych badaniem nadzór prewencyjny został w I instancji orzeczony w 55 przypadkach i, co do zasady, do tej próby będą się odnosić zaprezentowane poniżej wartości¹². Dla ścisłości należy jednak wskazać, że środek ten został prawomocnie orzeczony w 58 spośród analizowanych spraw. W jednym przypadku bowiem sąd apelacyjny złagodził zastosowany w pierwszej instancji środek z umieszczenia w KOZZD na nadzór prewencyjny, natomiast w 4 przypadkach sądy orzekające w II instancji zrobiły odwrotnie, zmieniając nadzór prewencyjny na izolacyjny środek postpenalny.

Niekiedy w celu pokazania różnic i podobieństw między sprawami, w których zastosowano wolnościowy i izolacyjny środek postpenalny albo wniosek o ich zastosowanie został oddalony, zostaną także przedstawione dane dotyczące pozostałych 69 spraw, w których sądy I instancji orzekły o umieszczeniu w KOZZD (44 sprawy) albo o oddaleniu wniosku dyrektora zakładu karnego (15 spraw).

¹⁰ Bardzo obszerne informacje na ten temat zawierają raporty przedstawicieli Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z wizytacji Krajowego Ośrodka Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym w Gostyninie z 25.02.2014 r. (KMP.574.16.2014.WS), <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2FWyciag%20-%20KOZZD%20Gostynin%202014.pdf> (dostęp: 28.10.2020 r.); z 9.12.2015 r. (KMP.574.16.2014.MK), <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2FWyciag%20-%20KOZZD%202015.pdf> (dostęp: 28.10.2020 r.) oraz z 5.04.2019 r. (KMP.574.1.2019.JZ), <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/%2FWyciag%20-%20KOZZD%20Gostynin%202019.pdf> (dostęp: 28.10.2020 r.). Wiele danych znajduje się także w artykułach naukowych: np. M. Platek, *Kreowanie „groźnych, niebezpiecznych i złych”*, „Archiwum Kryminologii” 2019/1, t. XLI, *passim*; E. Dawidziuk, *Izolacja od społeczeństwa po odbyciu w pełni kary pozbawienia wolności*, „Archiwum Kryminologii” 2019/1, t. XLI, *passim*; J.K. Gierowski, L.K. Paprzycki, *Kontrowersje związane z ustawą z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – perspektywa prawna i psychologiczno-psychiatryczna*, „Palestra” 2014/9, *passim*.

¹¹ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara nie wystarcza... O Praktyce stosowania wybranych rozwiązań prawnych wobec sprawców z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie dla społeczeństwa*, Warszawa 2020. Książka jest poprawioną i uzupełnioną wersją raportu z badania, opublikowaną na stronie IWS, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2020/05/2020_Analiza-Agutkowska-Stosowanie-ustawy-o-postepowaniu.pdf (dostęp: 20.10.2020 r.).

¹² Jak wynika z danych Służby Więziennej w analizowanym okresie, sądy orzekły nadzór prewencyjny w 89 sprawach, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Informacja%20SW%20C%202017.03.2020.pdf> (dostęp: 14.10.2020 r.). Tym samym odsetek omówionych w tym artykule spraw do ogółu rozpoznanych wyniósł niemal 62%.

Należy też wyjaśnić, że jeśli w artykule zostaną przywołane dane z badań, wykorzystane już we wcześniejszej publikacji, to będą one określane jako „badania IWS z 2019 r.”, a także opatrzone odpowiednim przypisem.

2. NADZÓR PREWENCYJNY – ASPEKTY MATERIALNE

Celem nadzoru prewencyjnego, zgodnie z art. 22 ustawy o KOZZD, jest „ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób ze strony osoby stwarzającej zagrożenie, która nie została umieszczona w Ośrodku”. Celem tego środka nie jest więc, jak w przypadku umieszczenia w KOZZD (art. 25 ustawy) „poprawa stanu zdrowia i zachowania osoby stwarzającej zagrożenie w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób” poprzez objęcie odpowiednim postępowaniem terapeutycznym. Także z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że nadzór prewencyjny w swoich założeniach służyć miał „umożliwieniu efektywnego monitorowania zachowania tych spośród sprawców, którzy po odbyciu kary będą przebywać na wolności”¹³. Ustawodawca już u podstaw tworzenia systemu środków postpenalnych zupełnie pominął więc aspekt wsparcia czy terapii osób objętych nadzorem prewencyjnym, koncentrując się jedynie na monitorowaniu ich funkcjonowania w społeczeństwie. Kwestia oddziaływań terapeutycznych była istotna, ale jedynie wobec sprawców przebywających w izolacji. Celem tych oddziaływań wobec osób umieszczonych w Ośrodku, zgodnie z treścią uzasadnienia, ma być „umożliwienie tym sprawcom, w wyniku odbytej terapii, readaptacji do społeczeństwa i funkcjonowania w nim zgodnie z zasadami współżycia społecznego”¹⁴. Trudno doszukać się logiki w koncepcji pozbawienia wsparcia tych, którzy w społeczeństwie już funkcjonują, a co do których biegli, a w konsekwencji sąd, są przekonani, że ze względu na stwierdzone u nich zaburzenia psychiczne mogą mieć poważne trudności z tym, aby nie popełnić ponownie czynu zabronionego, i skoncentrowania wszelkich wysiłków terapeutycznych jedynie na tych, którzy od społeczeństwa będą jeszcze odseparowani¹⁵.

Efektem przyjętych, opisanych wyżej, założeń jest zakres tego środka. Zgodnie bowiem z brzmieniem ustawy wyróżnić można dwie formy nadzoru prewencyjnego – wariant „podstawowy” oraz wariant rozbudowany, tj. „terapeutyczny”. W ramach obu sąd obligatoryjnie nakłada na uczestnika obowiązek każdorazowego informowania komendanta policji sprawującego nadzór o zmianie miejsca stałego pobytu, miejsca zatrudnienia, imienia lub nazwiska. Dodatkowo, jeśli komendant policji tego zażąda, wówczas uczestnik zobowiązany jest również do udzielania informacji o miejscu aktualnego i zamierzonego pobytu oraz o terminach i miejscach wyjazdów. Wariant podstawowy nadzoru stanie się wariantem „terapeutycznym” tylko wówczas, gdy sąd nałoży na osobę stwarzającą zagrożenie obowiązek poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu. Zgodnie z art. 16 ustawy

¹³ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, druk nr 1577, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1577> (dostęp: 8.10.2020 r.).

¹⁴ Uzasadnienie do rządowego projektu...

¹⁵ Por. M. Bocheński, *Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2015/1, rok XIX, s. 135.

o KOZZD orzeczenie w tym zakresie jest fakultatywne. Ustawa nie wskazuje nawet przykładowego katalogu okoliczności, które uzasadniałyby orzeczenie przez sąd terapii w ramach nadzoru prewencyjnego.

Podstawowym podmiotem, realizującym zadania wynikające z nadzoru prewencyjnego jest komendant powiatowy (miejski albo rejonowy) policji, na obszarze właściwości którego osoba stwarzająca zagrożenie ma miejsce stałego pobytu. Zgodnie z art. 23 ustawy policja, aby zapewnić realizację celu dla którego wprowadzono nadzór prewencyjny, a więc aby ograniczać zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, ma prawo prowadzić czynności operacyjno-rozpoznawcze dotyczące osoby stwarzającej zagrożenie, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny. Przyznano jej też uprawnienie do weryfikowania, gromadzenia oraz przetwarzania informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także informacji, które uzyska od osoby objętej nadzorem. Uprawnienie do prowadzenia tych czynności wynika *ex lege* z art. 23 ust. 1 ustawy o KOZZD i nie wymaga żadnej dodatkowej zgody. Aktywność sądu jest natomiast niezbędna do zarządzania kontroli operacyjnej. Uprawnienie do złożenia wniosku w tej sprawie przysługuje komendantowi wojewódzkiemu policji, po uprzednim uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę komendy wojewódzkiej policji. Z takim wnioskiem komendant może się zwrócić do sądu w dwóch sytuacjach – po pierwsze, gdy występują trudności w zweryfikowaniu powyższych informacji dotyczących osoby stwarzającej zagrożenie, a po drugie – kiedy zachodzi uzasadniona obawa, że osoba, wobec której zastosowano nadzór prewencyjny, czyni przygotowania do popełnienia przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat lub przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Sam wzrost stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu nie jest jednak przesłanką do zarządzania kontroli operacyjnej¹⁶. Ustawa ogranicza czas trwania kontroli operacyjnej do trzech miesięcy, jednak przewiduje możliwość jednorazowego, przedłużenia na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, jeśli nie ustały przyczyny jej zarządzania. Ustawa wprost przyznaje kompetencje do złożenia wniosku w tej sprawie nie tylko komendantowi wojewódzkiemu policji, ale także Komendantowi Głównemu Policji, przy czym wcześniej muszą oni uzyskać pisemną zgodę prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę komendy wojewódzkiej policji. Kontrola operacyjna może zostać zarządzona ponownie, jeśli wystąpią okoliczności określone w art. 21 ust. 2 ustawy o KOZZD.

Zarówno brzmienie art. 22 ustawy, jak i zakres obowiązków nakładanych zarówno na osoby objęte nadzorem, jak i na organy policji jasno wskazuje, że ustawodawca położył zdecydowanie większy nacisk na zapewnienie bezpieczeństwa innym osobom niż na wspieranie osób stwarzających zagrożenie. W tym kontekście słuszne wydaje się zatem określenie nadzoru prewencyjnego jako „zespołu czynności służbowych, w tym także operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w sposób jawny lub niejawny wobec osoby stwarzającej zagrożenie w celu ograniczenia zagrożenia życia, zdrowia i wolności seksualnej innych osób ze strony tej osoby”¹⁷, przy zupełnym pominięciu aspektów terapeutycznych tej instytucji.

¹⁶ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 29.

¹⁷ Cyt. za: J. Browarska, R. Wojtuszek, *Nadzór prewencyjny, cz.1* (nr 112/07.2014), <https://gazeta.policja.pl/997/informacje/101780,Nadzor-prewencyjny-cz-1-nr-112072014.html> (dostęp: 8.11.2020 r.).

Jak wynika z badań prowadzonych w ramach Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości w 2016 r. (badania Anny Więcek-Durańskiej¹⁸) oraz w 2019 r. (badania A. Gutkowskiej, J. Klimczak, P. Sidor oraz J. Włodarczyk-Madejskiej), choć nie ma takiego obowiązku, to jednak sądy, co do zasady, orzekając nadzór prewencyjny nakładają na uczestnika również obowiązek terapii. Zgodnie z danymi A. Więcek-Durańskiej sądy orzekły terapię we wszystkich 22 sprawach, zaś w badaniach z 2019 r. jedynie w dwóch z 55 spraw nie było takiego obowiązku. We wszystkich przypadkach, gdy sąd orzekał obowiązek terapii wskazywał jednocześnie konkretny podmiot leczniczy, w którym terapia ta miała się odbywać. Ponadto A. Więcek-Durańska podaje, że 9 sprawców skierowano na terapię dla sprawców przestępstw seksualnych, na 2 sąd nałożył obowiązek leczenia uzależnienia od alkoholu, zaś wobec kolejnych dwóch – obowiązek podjęcia leczenia psychiatrycznego, zaś 2 osoby zostały skierowane zarówno na terapię dla osób uzależnionych od alkoholu, jak i na leczenie psychiatryczne. W 6 przypadkach sąd nie wskazał jakiego typu powinno to być leczenie lub uczynił lakoniczną wzmiankę, że ma ona odpowiadać zaburzeniom uczestnika¹⁹.

Z kolei zgodnie z danymi zebranymi w ramach analizy Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości z 2019 r. przeanalizowanymi na potrzeby tej publikacji, 13 osób zostało zobowiązanych do podjęcia leczenia psychiatrycznego (w tym wobec jednej z osób sąd orzekł obowiązek całkowitej abstynencji od alkoholu), 12 zostało skierowanych na terapię zaburzeń seksualnych, a 4 na terapię uzależnień (w tym wobec jednej z osób sąd orzekł obowiązek całkowitej abstynencji od alkoholu). Na wszystkie trzy terapie sąd skierował 2 osoby, przy czym wobec jednej orzekł dodatkowo obowiązek całkowitej abstynencji od alkoholu. Cztery osoby zostały zobowiązane jednocześnie do leczenia zaburzeń psychicznych oraz preferencji seksualnych, a kolejne 4 – do leczenia zaburzeń psychicznych oraz uzależnienia od alkoholu. Z kolei jednoczesnej terapii zaburzeń preferencji seksualnych oraz uzależnienia miało się poddać 7 osób (w tym wobec jednej z osób sąd orzekł obowiązek całkowitej abstynencji od alkoholu). Wobec jednej osoby sąd orzekł terapię psychologiczną, a wobec kolejnej „obowiązek poddania się postępowaniu terapeutycznemu w postaci farmakoterapii seksuologicznej oraz terapii psychologicznej i farmakoterapii psychiatrycznej”, natomiast wobec jeszcze innej „specjalistycznemu postępowaniu terapeutycznemu na wolności, w warunkach ambulatoryjnych obejmującemu leczenie seksuologiczne i psychologiczne (farmakoterapia i psychoterapia)”. W tych trzech przypadkach wskazano placówkę, jednak bez doprecyzowania, o jaki rodzaj terapii chodzi²⁰.

¹⁸ A. Więcek-Durańska, *Praktyka orzecznicza wykonywania nadzoru prewencyjnego oraz umieszczenia w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym*, „Prawo w Działaniu” 2017/30, s. 139–172.

¹⁹ A. Więcek-Durańska, *Praktyka...*, s. 166–167.

²⁰ Analizując zagadnienie funkcjonowania na wolności osób, które popełniły przestępstwa seksualne z perspektywy porównawczej można dostrzec, że zasadą jest współlistnienie środków mających na celu kontrolowanie danej osoby oraz jej terapeutyzowanie. Ciekawie na ten temat np.: A. Morawska, *Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2004/7, *passim*. Interesujący przykład australijskich rozwiązań podaje D. Wójcik, *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*, „Prawo w Działaniu” 2013/16, s. 63.

Tabela 1 Terapia orzeczona w ramach nadzoru prewencyjnego (N = 55)	
	N
Leczenie psychiatryczne	25
Leczenie seksuologiczne	26
Terapia uzależnień	17
Przymusowa abstynencja od alkoholu	4
Brak terapii	3
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.	

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Sądy w swoich uzasadnieniach wskazywały przede wszystkim na wyrażony w art. 15 ustawy cel nadzoru prewencyjnego, tj. zapewnienie bezpieczeństwa w społeczeństwie: „nadzór prewencyjny będzie stanowił dodatkowy bodziec powstrzymujący uczestnika od podejmowania działań zwiększających ryzyko popełnienia przestępstwa. Bowiem w ramach tego rodzaju nadzoru funkcjonariusze Policji będą mogli względem uczestnika stosować wzmożone mechanizmy kontroli operacyjnej, zapobiegać ewentualnym skłonnościom uczestnika do popełnienia kolejnych przestępstw. Dzięki temu możliwe będzie skuteczne uchwycenie momentu, gdy dochodziłoby do potencjalnego zagrożenia. Uczestnik, w ocenie Sądu, może funkcjonować w otoczeniu społecznym pod warunkiem stosowania adekwatnych środków“. Mając jednak na uwadze, że w niemal wszystkich przypadkach sądy orzekały nadzór prewencyjny w wersji terapeutycznej, a nie w wersji podstawowej, uzasadniony wydaje się wniosek, iż, inaczej niż ustawodawca, to w terapiach sądy dostrzegały istotny czynnik zmniejszający potencjalne ryzyko ze strony uczestnika: „Przy systematycznym i specjalistycznym leczeniu farmakologicznym oraz bezpośrednim nadzorze i oddziaływaniach terapeutycznych może nastąpić zmniejszenie prawdopodobieństwa popełnienia czynu“. Sądy zwracały też niekiedy uwagę, że poprzez środki dostępne w ramach nadzoru prewencyjnego następuje możliwość kontroli nie tylko zachowania uczestnika, ale także jego udziału w terapii, która z kolei jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania danej osoby w społeczeństwie i daje szansę na uniknięcie konieczności umieszczenia uczestnika w ośrodku.

Jednocześnie w wielu orzeczeniach widoczna jest dbałość sądu o to, aby ingerencja w wolność uczestnika, wynikająca z zastosowanego środka postpenalnego, nie była zbyt daleko idąca. Jak słusznie zauważył jeden z sądów: „celem ustawy jest zapobieganie popełnianiu przez osoby opuszczające zakład karny przestępstw najwyższej wagi, nie zaś ogólna prewencja przeciwko powrotowi na drogę przestępczą“. Inny zaś podkreślał, że: „Sąd nie może kierować się potrzebą wyłącznie prewencji, musi ważyć wszystkie okoliczności występujące w sprawie, w tym baczyc by nie doszło do niezasadnej – pozbawionej podstaw ingerencji w prawo wolności uczestnika“. W ocenie sądu to właśnie prawidłowo realizowany nadzór prewencyjny wraz z poddaniem się przez uczestnika terapii są adekwatnymi środkami, które choć ograniczają w pewnym stopniu wolność uczestnika, to z punktu widzenia społecznego są konieczne. W jeszcze innym orzeczeniu nadzór prewencyjny został przez

sąd uznany z jednej strony za bardzo mocny czynnik motywujący uczestnika do leczenia i utrzymywania rozpoczętego poprawnego trybu życia, z drugiej zaś strony – za taki środek, który „nie ogranicza nadmiernie wolności i swobód obywatelskich uczestnika. Może on w dalszym ciągu przebywać na wolności, uczyć się i pracować, być w związku z kobietą, spędzać czas według swojego uznania i wyboru. Szkoła i pracodawca nie mają wiedzy o nałożonym nadzorze. Nadzór nie wpływa także na możliwość ukończenia przez uczestnika kursu prawa jazdy. Wreszcie nadzór nie ma charakteru ostatecznego i może zostać uchylony po spełnieniu przez uczestnika przesłanek z art. 24 ust. 1 ustawy“.

Sądy uzasadniając zastosowanie nadzoru prewencyjnego często zwracały też uwagę na to, że dla możliwości zastosowania tego środka postpenalnego nie jest bez znaczenia fakt, na ile realna jest możliwość efektywnego poddania się przez uczestnika postępowaniu terapeutycznemu na wolności. Co prawda, w analizowanych sprawach żaden z sądów nie stwierdził, że brak takiej możliwości na wolności uniemożliwia zastosowanie łagodniejszego ze środków postpenalnych, jednak rozważania z tego zakresu nie są jedynie teoretyczne. Warto przywołać orzeczenie, w którym – bardzo słusznie – sąd, mając świadomość trudności z dostępem do terapii na wolności, wprost przyznał, że „owe trudności (w zorganizowaniu kompleksowej terapii w warunkach ambulatoryjnych – dop. A.G.) związane z niewydolnością systemu związanego z wdrożeniem ustawy z dnia 22.11.2013 r. nie mogą stanowić przesłanki przemawiającej za ustaleniem bardzo wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa. Sąd do przyjęcia założenia o możliwości skutecznej terapii uczestnika w warunkach ambulatoryjnych został przekonany ustną opinią biegłych, złożoną na rozprawie w dniu (...). Wniosek ten jest odmienny od wniosków biegłego ds. terapii uzależnień. Biegła akcentowała trudności natury systemowej (organizacyjnej), co jak wskazano, zdaniem Sądu, nie może obciążać uczestnika“. Zebrane dotąd dane nie pozwalają jednak na wskazanie, czy ww. stanowisko sądu dotyczące konsekwencji systemowych braków w zakresie terapii dla sprawców podlegających pod reżim ustawy o KOZZD jest regułą, czy raczej wyjątkiem. Aspekt ten z pewnością warty jest pogłębionej analizy.

3. NADZÓR PREWENCYJNY – ASPEKTY PROCEDURALNE

Zgodnie z art. 9 ustawy o KOZZD dyrektor ZK, w którym kończy odbywać karę skazany jest jedynym podmiotem uprawnionym (i jednocześnie zobligowanym) do zainicjowania postępowania w sprawie o zastosowanie środków postpenalnych. Powinien on wystąpić do sądu z odpowiednim wnioskiem, jeśli z wydanej w trakcie postępowania wykonawczego opinii psychiatrycznej i psychologicznej o stanie zdrowia wynika, że skazany spełnia przesłanki określone w art. 1 pkt 2 i 3 ustawy.

Do wniosku dyrektor powinien dołączyć opinię oraz informację o wynikach dotychczas stosowanych programów terapeutycznych i postępach w resocjalizacji. Jak wynika z badań IWS z 2019 r., niemal we wszystkich analizowanych przypadkach do wniosku dyrektora dołączone były zarówno opinia psychologa, jak i psychiatry, choć ustawa w swoim literalnym brzmieniu wymaga jednej opinii. Ustawa

statuuje wymóg, aby opinia sporządzona była w postępowaniu wykonawczym, choć nie musi być ona sporządzona specjalnie na potrzebę wystąpienia do sądu z wnioskiem, o którym mowa w art. 9 ustawy o KOZZD²¹. Dyrektorzy w zdecydowanej większości wniosków nie precyzowali, o zastosowanie jakiego środka postpenalnego wniosku²². W tych nielicznych przypadkach, gdy wnioskowali o orzeczenie konkretnego środka postpenalnego widać trzykrotną przewagę nadzoru prewencyjnego nad umieszczeniem w KOZZD (odpowiednio 12 przypadków²³ wobec 4 przypadków).

Ustawa nie określa terminu, w jakim dyrektor powinien wystąpić z wnioskiem o zastosowanie środków postpenalnych, choć problemy natury praktycznej wynikające z możliwości złożenia wniosku nawet ostatniego dnia pobytu skazanego w zakładzie karnym są zgłaszane od dawna. W badaniach A. Więcek-Durańskiej niemal 28% spraw skończyło się prawomocnie w okresie 6 miesięcy, 41,9% spraw trwało dłużej niż 6, a krócej niż 12 miesięcy, zaś 14% – powyżej 1 roku. Nieco ponad 16% w momencie zbierania danych do analizy nadal była w toku²⁴. W późniejszych badaniach IWS z 2019 r. dane te wyglądały dość podobnie. Postępowanie w I instancji w połowie spraw skończyło się w ciągu pół roku, zaś średni czas w którym zapadało prawomocne orzeczenie w sprawie środków postpenalnych wynosił 8,4 miesiąca²⁵. Aby móc porównać te wyniki z wcześniejszymi badaniami z 2016 r., należy doliczyć czas postępowania przed sądem odwoławczym, który wynosił średnio do 110 dni, zaś w połowie spraw nie przekroczył 3 miesięcy²⁶. Tym samym złożenie przez dyrektora zakładu karnego wniosku później niż na 12 miesięcy przed końcem kary rodzi realne ryzyko, że sprawa nie zostanie prawomocnie rozstrzygnięta, a w konsekwencji – osoba stwarzająca bardzo wysokie prawdopodobieństwo popełnienia poważnego przestępstwa swobodnie opuści zakład karny. Dotychczas praktyka wypracowała dwojakiego rodzaju remedium na takie przypadki.

Po pierwsze, mowa tu o stosowaniu przewidzianej w Kodeksie postępowania cywilnego²⁷ instytucji zabezpieczenia roszczenia. W analizowanych sprawach wobec 55 osób, objętych nadzorem w I instancji, wobec 33 osób (60%) sądy zdecydowały się na skorzystanie z tej możliwości, choć nie zawsze udzielały zabezpieczenia w takiej postaci, o jaką wnosił wnioskodawca. Przykładowo, z czterech wniosków o umieszczenie uczestnika w Ośrodku w ramach zabezpieczenia, sąd zdecydował tak tylko w jednym przypadku. I odwrotnie, w sprawie, w której dyrektor ZK wnosił o zabezpieczenie w postaci zakazu opuszczania kraju oraz obowiązku informowania policji o zmianie miejsca zamieszkania, sąd zdecydował o umieszczeniu uczestnika w KOZZD.

²¹ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 47, 96–97.

²² Stało się tak aż w 98 sprawach na 114 analizowanych. Za: A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 91.

²³ W dwóch dyrektor zakładu karnego wnosząc o nadzór prewencyjny, jednocześnie wnioskował o jego wariant terapeutyczny, tj. o nałożenie obowiązku poddania się leczeniu terapeutycznemu w zakresie stwierdzonego zaburzenia osobowości, za: A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 91.

²⁴ A. Więcek-Durańska, *Praktyka...*, s. 165.

²⁵ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 106.

²⁶ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 137.

²⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

Tabela 2 O co wnioskowano we wniosku o zabezpieczenie (N = 33)		
	N	%
Zakaz opuszczania kraju	24	73
Obowiązek informowania o zmianie miejsca zamieszkania	16	48
Obowiązek stawiania się na komisariacie policji	7	21
Umieszczenie w ośrodku w Gostyninie	4	12
Zobowiązanie do udziału w terapii	2	6
Inaczej	17	51,5
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.		

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Należy zaznaczyć, że pozbawianie wolności w postaci umieszczenia w KOZZD, w ramach zabezpieczenia cywilnego, jest konstrukcją rodzącą olbrzymie kontrowersje i spory prawne²⁸. W omawianych badaniach w dwóch przypadkach zabezpieczenie polegało właśnie na umieszczeniu uczestnika w Ośrodku. Podnoszone w doktrynie, a także w orzecznictwie, wątpliwości stają się jeszcze bardziej rażące, jeżeli zauważyć, że wobec jednej z tych osób sąd nie orzekł prawomocnie o zastosowaniu izolacyjnego środka postpenalnego, pomimo złożonej przez dyrektora ZK apelacji²⁹.

Po drugie, Centralny Zarząd Służby Więziennej wystosował do dyrektorów zakładów karnych wytyczne, aby z wnioskiem o zastosowanie środków z ustawy o KOZZD występowali nie później niż na 8 miesięcy przed datą opuszczenia

²⁸ Zob. np. E. Dawidziuk, *Luki w przepisach prawa powszechnie obowiązującego w zakresie izolacji postpenalnej w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym – omówienie wybranych zagadnień* [w:] *Izolacja sprawców przestępstw uznanych za niebezpiecznych dla społeczeństwa*, red. E. Dawidziuk, J. Nowakowska, Warszawa 2020, s. 26–29; M. Platek, *Kreowanie...*, s. 141, 186–191; A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 64–70. Niedopuszczalność udzielenia zabezpieczenia przez umieszczenie osoby, której postępowanie dotyczy, w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym stwierdził Sąd Najwyższy (dalej SN) w orzeczeniu z 30.01.2019 r. (uchwała SN – Izba Cywilna, III CZP 75/18, OSNC 2019/6, poz. 28), wydanym jednak w składzie 3 sędziów. Także Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) wielokrotnie zajmował stanowisko w sprawie niedopuszczalności pozbawiania wolności w ramach zabezpieczenia cywilnego (np. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-przepisy-o-zabezpieczeniu-nie-moga-byc-podstawa-umieszczenia-w-osrodku-w-gostyninie>, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/sn-cywilne-zabezpieczenie-nie-moze-byc-podstawa-umieszczenia-w-osrodku-w-gostyninie> [dostęp: 8.11.2020 r.]). W listopadzie 2019 r. RPO w związku z rozbieżnościami w orzecznictwie sądów pomimo ww. uchwały SN z 30.01.2019 r. wniósł do poszerzonego składu SN o rozstrzygnięcie tych rozbieżności. Wniosek RPO dostępny na stronie: <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Pytanie%20prawne%20RPO%20dotyczące%20stosowania%20zabezpieczenia%20poprzez%20umieszczenie%20jednostki%20w%20KOZZD%2C%2029.11.2019.pdf> (dostęp: 8.11.2020 r.).

²⁹ Drugi przypadek był dość specyficzny. Wyrok sądu okręgowego o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego zapadł jeszcze w trakcie pobytu uczestnika w zakładzie karnym, a więc w związku z orzeczonym nieprawomocnie wolnościowym środkiem postpenalnym mężczyzna ten wyszedłby na wolność. Z tego względu dyrektor zakładu karnego na miesiąc przed końcem kary wystąpił z wnioskiem o zabezpieczenie w postaci obowiązku informowania policji o zmianie miejsca zamieszkania oraz zakazu opuszczania kraju. Sąd rozpatrujący ten wniosek doszedł jednak do wniosku, że odpowiednią formą zabezpieczenia będzie umieszczenie go w KOZZD, i to pomimo orzeczonego już w I instancji nadzoru prewencyjnego. Ostatecznie sąd II instancji zmienił zastosowany środek postpenalny i uczestnik ten pozostał w Ośrodku, już w ramach prawomocnie orzeczonego środka o charakterze izolacyjnym. Nawet takie przypadki jednak naruszania prawa, a powinny motywować do poszukiwania skutecznego i legalnego sposobu zapewnienia bezpieczeństwa społeczeństwu.

przez skazanego zakładu karnego³⁰. Postulaty, aby ten czas był jeszcze dłuższy nie znalazły uznania wśród więzienników, którzy podkreślali przede wszystkim ryzyko spadku motywacji osadzonych do pracy terapeutycznej, w sytuacji gdy mają oni świadomość, że dyrektor zakładu karnego, opierając się na opiniach terapeutów, z którymi pracują, złożył wniosek o zastosowanie środków postpenalnych³¹.

Sądem właściwym do rozpatrzenia wniosku o zastosowanie środków postpenalnych jest sąd cywilny, stosujący odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym ze zmianami wynikającymi z ustawy. Zastosowania nie znajduje jedynie art. 368 k.p.c. odnośnie do środków odwoławczych wnoszonych przez osobę, której dotyczy postępowanie.

Po otrzymaniu wniosku dyrektora zakładu karnego, sąd niezwłocznie podejmuje czynności zmierzające do ustalenia, czy osoba, której dotyczy wniosek, jest osobą stwarzającą zagrożenie. Zgodnie z art. 11 ustawy w terminie 7 dni od dnia otrzymania wniosku powinien on powołać odpowiednich biegłych, tj. w każdym przypadku dwóch biegłych lekarzy psychiatrów, a także, w zależności od zaburzeń na jakie cierpi uczestnik, biegłego psychologa (dla osób z zaburzeniami osobowości) albo biegłego lekarza seksuologa lub certyfikowanego psychologa seksuologa (dla osób z zaburzeniami preferencji seksualnych)³². Jeżeli biegli psychiatrzy zgłoszą taką konieczność, to badanie psychiatryczne może być połączone z maksymalnie 4-tygodniową obserwacją psychiatryczną w zakładzie psychiatrycznym. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z 7.09.2018 r. w sprawie wskazania zakładu psychiatrycznego wykonującego obserwację orzeczoną przez sąd³³ jedyną placówką, w której taka obserwacja może się odbyć, jest obecnie Szpital dla Nerwowo i Psychicznie Chorych im. St. Kryzana w Starogardzie Gdańskim³⁴. W omawianych badaniach spośród 55 osób, wobec których sąd zdecydował o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego, zaledwie 5 osób zostało skierowanych na obserwację. Dla porównania spośród 44 osób umieszczonych w KOZZD sąd skierował na obserwację co czwartą osobę (11 osób).

Sąd wydaje postanowienie o uznaniu osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowaniu wobec niej nadzoru prewencyjnego albo o umieszczeniu jej w ośrodku, albo postanowienie o uznaniu, że osoba, której dotyczy wniosek, nie jest osobą stwarzającą zagrożenie, na rozprawie w składzie trzech sędziów zawodowych. Jak stanowi art. 2 ust. 4 ustawy o KOZZD, postępowanie toczy się z udziałem prokuratora, którego udział w rozprawie, podobnie jak pełnomocnika, jest obowiązkowy (art. 15 ust. 1 *in fine*).

W analizowanych badaniach w postępowaniu przed sądem I instancji niemal 60% wniosków (33 przypadki) sąd rozpatrzył na jednej rozprawie, zaś w 40% spraw (22 przypadki) rozpraw tych było więcej niż jedna.

³⁰ Pismo Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z 17.02.2015 r. (BI5-073-25/15/766), o którym mowa w piśmie zastępcy Dyrektora Generalnego SW z 1.08.2019 r. (BP055.7.2019.AZD/JK), https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Odpowiedz%20SW%201%20sierpnia%202019%20r._0.pdf (dostęp: 4.10.2020 r.).

³¹ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/kiedy-skladac-wniosek-czy-wiezni-uznac-za-stwarzajacego-zagrozenie> (dostęp: 4.10.2020 r.).

³² O praktycznych problemach dotyczących opiniowania przez biegłych w zakresie określonym ustawą zob. np. A. Walento-Nowacka, *Praktyczne aspekty opiniowania psychiatrycznego na rzecz ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób* [w:] *Isolacja...*, s. 80–102.

³³ Dz.U. z 2020 r. poz. 1567.

³⁴ Przez ponad 6 lat do 12.09.2020 r. placówką, w której była przeprowadzana obserwacja był na podstawie rozporządzenia (Dz.U. z 2018 r. poz. 2186) Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym w Gostyninie.

Tabela 3

Liczba rozpraw w postępowaniu w pierwszej instancji (N = 55)

	N	%
Jedna	33	60
Więcej niż jedna	22	40
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Z kolei przed sądem II instancji w 78% przypadków odbyła się tylko jedna rozprawa, a w 18% spraw więcej niż jedna.

Tabela 4

Liczba rozpraw w postępowaniu w sądach drugiej instancji (N = 23)

	N	%
Jedna	18	78
Więcej niż jedna	4	18
Wcale – apelacja została wycofana	1	4
Razem	23	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Na rozprawę w sprawie o uznanie osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowanie wobec niej jednego z środków postpenalnych, sąd powinien wezwać uczestnika (jeśli przebywa na wolności) bądź zarządzić jego doprowadzenie, jeśli przebywa w zakładzie karnym. Jeśli uczestnik odmówi udziału w rozprawie lub mimo prawidłowego powiadomienia o terminie, nie stawia się na nią, wówczas sąd może, jeśli uzna jego stawienie za konieczne, zarządzić jego poszukiwanie, zatrzymanie i doprowadzenie przez policję. Warto zwrócić uwagę, że ustawodawca nie przewidział, że uczestnik może być doprowadzony na rozprawę z KOZZD, choć jak wskazano wyżej, w związku ze stosowaniem zabezpieczenia w postaci umieszczenia w ośrodku, takie sytuacje mogą mieć i mają miejsce. Jak się wydaje, należałoby wówczas uznać, zgodnie z wnioskowaniem *a maiori ad minus*, że uczestnik przebywający w Ośrodku też powinien być na rozprawę doprowadzony. We wszystkich prowadzonych w sprawie rozprawach przed sądem I instancji brało udział 39 osób (71%), co czwarty uczestnik uczestniczył jedynie w niektórych rozprawach (14 osób), zaś 2 osoby w ogóle nie wzięły w nich udziału.

Tabela 5

Udział uczestników w rozprawach w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (N = 55)

	N	%
We wszystkich rozprawach przed sądem pierwszej instancji	39	71
W niektórych rozprawach przed sądem pierwszej instancji	14	25
Nie brał udziału w rozprawach przed sądem pierwszej instancji	2	4
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Analizując powyższe dane, warto mieć na względzie, że w czasie trwającego postępowania w sprawie o zastosowanie środków postpenalnych jedynie 17 osób odpowiadało z wolnej stopy, pozostałe 38 przebywało w detencji, z czego 37 w zakładzie karnym, a jedna osoba w KOZZD w ramach zabezpieczenia³⁵. Co ciekawe, przed sądem I instancji we wszystkich rozprawach niemal dwukrotnie częściej uczestniczyli ci uczestnicy, którzy nie przebywali na wolności – 82% osób wobec zaledwie 47% uczestników odpowiadających z wolnej stopy. W niektórych rozprawach wzięło udział 18% osób przebywających w zakładach karnych (a także osoba przebywająca na zabezpieczeniu w KOZZD) i aż 44% osób „z wolności”, zaś 2 osoby odpowiadające z wolnej stopy nie pojawiły się w sądzie ani razu.

Z kolei w postępowaniu drugoinstancyjnym wzięło udział jedynie 13,5% uczestników (9% brało udział we wszystkich rozprawach, a 4,5% – tylko w niektórych), zaś aż 82% uczestników nigdy nie pojawiło się w sądzie apelacyjnym.

Tabela 6 Udział uczestników w rozprawach w postępowaniu przed sądem drugiej instancji (N = 22 ³⁶)		
	N	%
We wszystkich	2	9
W niektórych	1	4,5
Nie brał udziału	18	82
Nie dotyczy	1	4,5
Ogółem	22	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Uczestnik w postępowaniu musi być reprezentowany przez pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym. Zgodnie z art. 12 ustawy o KOZZD, jeśli uczestnik nie ma pełnomocnika ustanowionego z wyboru, wówczas sąd ustanawia go z urzędu. W praktyce dzieje się tak niemal we wszystkich przypadkach.

Tabela 7 Czy uczestnik był reprezentowany przez pełnomocnika? (N = 55)		
	N	%
Tak, z wyboru	2	4
Tak, z urzędu	52	94
Tak, ale zmieniał się w toku postępowania	1	2
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

³⁵ Drugi z uczestników, wobec którego umieszczenie w KOZZD zostało zastosowane w ramach zabezpieczenia, w trakcie postępowania przed sądem okręgowym przebywał jeszcze w zakładzie karnym. Do Ośrodka trafił dopiero w czasie postępowania przed sądem apelacyjnym, skąd nie został doprowadzony na rozprawę w swojej sprawie.

³⁶ Sprawa, w której uczestnik wycofał apelację, została wyłączona z próby badawczej w tym pytaniu.

Rola pełnomocnika nie kończy się wraz z orzeczeniem, ponieważ zgodnie z art. 12 ust. 2 ustawy jest on zobowiązany do reprezentowania uczestnika tak długo, jak jest on uznawany za osobę stwarzającą zagrożenie, a więc także po prawomocnym zakończeniu postępowania, w ramach którego został ustanowiony. Jeśli wobec reprezentowanej przez niego osoby będzie się toczyło kolejne postępowanie z ustawy, np. o zmianę nadzoru na umieszczenie w KOZZD czy uchylenie nadzoru, to pełnomocnik nadal musi wypełniać swoje obowiązki. Reprezentacja obejmuje także okres wykonywania środków postpenalnych. Dlatego też wcale nierzadkie są sytuacje, gdy po prawomocnym zakończeniu postępowania w sprawie o uznanie za osobę stwarzającą zagrożenie, pełnomocnicy zwracają się do sądu z prośbą o zwolnienie ich z obowiązków ze względu na fakt, że w związku ze zmianą miejsca pobytu zmienia się również właściwość sądu, przed którym będą się toczyć ewentualne postępowania, a w konsekwencji także i okręgowej rady adwokackiej lub okręgowej izby radców prawnych. Dzieje się tak szczególnie względem osób umieszczonych w Ośrodku, bowiem w ich przypadku sądem właściwym do dalszych postępowań jest zawsze sąd okręgowy w Płocku, podczas gdy o zastosowaniu środków postpenalnych orzeka zawsze sąd okręgowy właściwy dla siedziby zakładu karnego. W przypadku osób objętych nadzorem prewencyjnym właściwość miejscowa sądu także się często zmienia, bowiem odnośnie do wykonywania tego środka właściwy jest sąd okręgowy ze względu na miejsce stałego pobytu osoby stwarzającej zagrożenie, a nie, jak w momencie wyznaczania pełnomocnika, sąd okręgowy dla siedziby zakładu karnego, w którym odbywała karę pozbawienia wolności³⁷.

Wydawane w sprawie o uznanie uczestnika za osobę stwarzającą zagrożenie orzeczenie obejmuje dwie płaszczyzny. W pierwszej kolejności sąd musi stwierdzić, czy uznaje uczestnika za „osobę stwarzającą zagrożenie“. Jeśli nada mu taki status, to zobowiązany jest ocenić, czy wobec uczestnika konieczne jest zastosowanie nadzoru prewencyjnego bądź umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym. Kryterium wyboru środka, oczywiście przy spełnieniu innych przesłanek określonych w art. 1 ustawy, stanowi stopień prawdopodobieństwa (wysoki lub bardzo wysoki) popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat (art. 14 ust. 2 i 3 ustawy o KOZZD). Zarówno izolacyjny środek postpenalny, jak i nadzór prewencyjny orzeka się bez określania terminu ich zakończenia (art. 14 ust. 4 ustawy). Współgra to z ideą, że nie ma możliwości przewidzenia z góry, kiedy stosowane środki terapeutyczne przyniosą zakładany efekt w postaci zmniejszenia ryzyka ponownego popełnienia przestępstwa.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o KOZZD sąd dokonując oceny, czy konieczne jest zastosowanie wobec osoby stwarzającej zagrożenie nadzoru prewencyjnego albo umieszczenie jej w Ośrodku, bierze pod uwagę całokształt okoliczności ustalonych w sprawie. Jako najważniejszy dowód w postępowaniu przepis ten wymienia opinie biegłych³⁸, w dalszej kolejności zaś wyniki prowadzonego dotychczas postępowania

³⁷ Wątpliwości dotyczące właściwości sądu w przypadku nadzoru prewencyjnego zob. A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 48–49.

³⁸ W literaturze powszechnie podnoszony jest zarzut, że ustawodawca, a w ślad za nim sądy, właściwie przerzucają ciężar decyzji o zastosowaniu środków postpenalnych na biegłych. Por. np. A. Welento-Nowacka, *Praktyczne...* [w:] *Izolacja...*, s. 82; A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 54–56. Analogiczne wnioski odnośnie do orzekania terapii w ramach środka zabezpieczającego zob. P. Góralski, *Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego* (art. 93a § 1 pkt 2 k.k.), „Prokuratura i Prawo” 2019/2, s. 23.

terapeutycznego oraz możliwości efektywnego poddania się przez tę osobę postępowaniu terapeutycznemu na wolności. Jak wynika z badań IWS z 2019 r., wśród innych okoliczności, jakie sądy uwzględniały przy ocenie stopnia prawdopodobieństwa popełnienia przez uczestnika ww. czynu zabronionego, znalazły się zarówno te o charakterze prospektywnym, jak i te odnoszące się do przeszłości uczestnika. Wśród tych pierwszych najważniejszy wydawał się stosunek uczestnika do terapii w warunkach wolnościowych oraz, w przypadku tych osób, które zdążyły opuścić zakład karny w trakcie postępowania, dotychczasowe funkcjonowanie na wolności. Sądy nie pomijały jednak też kwestii związanych z uzależnieniem od substancji psychoaktywnych (w praktyce przede wszystkim alkoholu), całokształtem sytuacji życiowej i osobistej uczestnika, szczególnie ze skonkretyzowanymi planami co do miejsca zamieszkania, zatrudnienia oraz wsparciem osób bliskich. Wśród tych drugich znaczenie miały przede wszystkim rodzaj i charakter popełnionych przestępstw oraz wyniki dotychczasowych oddziaływań terapeutycznych, a także funkcjonowanie uczestnika podczas izolacji penitencjarnej³⁹.

Zgodnie z art. 328 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., który na podstawie art. 2 ust. 3 ustawy o KOZZD znajduje zastosowanie w sprawach o uznanie uczestnika za osobę stwarzającą zagrożenie, sąd sporządza uzasadnienie na wniosek strony złożony w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia lub doręczenia wyroku. W analizowanych sprawach o uzasadnienie orzeczenia sądu I instancji strony występowały w 65% spraw.

Tabela 8 Uzasadnienie rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji (N = 55)		
	N	%
Tak	36	65
Nie	19	35
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

To mała skala, jeśli porównać ją z 89% spraw, gdzie sąd orzekł umieszczenie w Ośrodku, a także 73% orzeczeń o oddaleniu wniosku o uznanie osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowaniu środka postpenalnego.

W analizowanych sprawach postępowanie toczyło się w dwóch instancjach w mniej niż połowie przypadków (42%), bowiem apelacja została wniesiona jedynie 23 razy.

Tabela 9 Czy w sprawie wniesiono apelację? (N = 55)		
	N	%
Tak	23	42
Nie	32	58
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

³⁹ Za: A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 117.

Bardziej aktywną stroną, jeśli chodzi o zaskarżenie rozstrzygnięcia sądu I instancji o zastosowaniu nadzoru prewencyjnego, był uczestnik lub jego pełnomocnik – wnieśli oni apelację aż w 78% spraw (18 przypadków). W trzech z tych przypadków (13%) apelacja została złożona także jednocześnie na niekorzyść uczestnika. W 35% spraw apelację wniesiono jedynie na niekorzyść osoby uznanej za stwarzającą zagrożenie.

Tabela 10 Kto wniósł apelację (N = 23)		
	N	%
Pełnomocnik uczestnika	15	65
Prokurator	1	4
Dyrektor zakładu karnego	2	9
Dyrektor zakładu karnego oraz prokurator	2	9
Pełnomocnik uczestnika oraz prokurator	2	9
Pełnomocnik uczestnika, dyrektor zakładu karnego, prokurator	1	4
Ogółem	23	100%

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Analizując aktywność sądów odwoławczych w sprawach, gdzie w I instancji został orzeczony nadzór prewencyjny, można wskazać, że w 73% przypadków sądy apelacyjne nie prowadziły już postępowania dowodowego. Trzeba wskazać, że w 16 sprawach nie zostały zgłoszone żadne nowe wnioski dowodowe (w 1 sprawie brak danych na ten temat), natomiast w 5 sprawach, w których takie postępowanie było prowadzone, sąd uwzględnił wszystkie zgłoszone przez strony wnioski.

Tabela 11 Czy sąd drugiej instancji prowadził postępowanie dowodowe? (N = 22)		
	N	%
Tak	5	23
Nie	16	73
Brak danych	1	4
Ogółem	22	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Apelacja została oddalona w 16 przypadkach, co stanowi 70% wszystkich spraw, w których została wniesiona. W jednym przypadku pełnomocnik uczestnika sam zdecydował się wycofać apelację. W 6 przypadkach (4%) sąd zmienił orzeczenie, z czego w 4 sprawach nadzór prewencyjny został zamieniony na umieszczenie w Ośrodku, zaś w 2 sprawach sąd utrzymał nadzór, jednak zdecydował o zmianie placówki, w której ma być wykonywania terapia.

Tabela 12

Sposób rozstrzygnięcia sprawy w sądzie drugiej instancji (N = 23)

	N	%
Oddalenie apelacji	16	70
Zmiana środka lub miejsca terapii	6	26
Inaczej	1	4
Ogółem	23	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Dla porównania można wskazać, że w sprawach, w których w I instancji orzeczono umieszczenie w KOZZD, apelacja została wniesiona w 86% spraw, z czego jedynie raz doszło do zmiany środka na nadzór przewencyjny, zaś w przypadku wniosków, które w I instancji zostały oddalone, apelację wniesiono w 47% spraw, ale ani jeden raz nie została ona uznana za zasadną.

Tabela 13

Uzasadnienie rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji (N = 22)

	N	%
Tak	13	59
Nie	9	41
Ogółem	22	100

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

W przypadku prawomocnego uznania, że uczestnik jest osobą stwarzającą zagrożenie sąd zobowiązany jest do zarządzenia określonych czynności, których celem jest uzyskanie danych służących identyfikacji osoby stwarzającej zagrożenie, tj. pobranie wymazu ze śluzówki policzków w celu przeprowadzenia analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA), pobranie odcisków linii papilarnych, wykonanie zdjęć, szkiców i opisów wizerunku tej osoby i umieszczenie wyników analizy DNA odcisków linii papilarnych, zdjęć, szkiców i opisów wizerunków w odpowiednich bazach i zbiorach danych, o których mowa w ustawie z 6.04.1990 r. o Policji⁴⁰. Odpis prawomocnego postanowienia o zastosowaniu nadzoru przewencyjnego doręcza się właściwemu miejscowo komendantowi policji (art. 22 ust. 2 ustawy). Jeśli orzekając nadzór przewencyjny sąd nałoży również obowiązek udziału w terapii, wówczas zobowiązany jest przesłać odpis postanowienia również do podmiotu leczniczego, w którym terapia ta ma być prowadzona. Do placówki tej trafiają ponadto przesłane przez sąd kopie opinii biegłych, a także przesłane przez dyrektora zakładu karnego kopie dokumentacji medycznej oraz innych posiadanych opinii psychiatrycznych i psychologicznych dotyczących osoby stwarzającej zagrożenie.

⁴⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 360, 956, 1610, 2112, 2320.

4. NADZÓR PREWENCYJNY W PRAKTYCE – UWAGI OGÓLNE

Przebieg nadzoru dokumentowany jest najczęściej przez dwa podmioty. W jego realizację zaangażowany jest zawsze komendant policji, a w sytuacji, gdy sąd zdecyduje o nałożeniu obowiązku poddania się odpowiedniemu postępowaniu terapeutycznemu także kierownik podmiotu leczniczego. Zgodnie z § 4 pkt 1 zarządzenia nr 15 Komendanta Głównego Policji z 25.04.2014 r. w sprawie sposobu sprawowania przez policję nadzoru prewencyjnego⁴¹ komendant policji niezwłocznie, jednak nie później niż w ciągu 2 dni od otrzymania odpisu prawomocnego postanowienia sądu o zastosowaniu nadzoru, podejmuje czynności związane z jego wykonywaniem. A więc w pierwszej kolejności wyznacza jednostkę lub komórkę organizacyjną policji odpowiedzialną za wykonywanie poszczególnych obowiązków, której kierownik albo wyznaczony przez niego funkcjonariusz przystępuje do szeregu czynności. W pierwszej kolejności nawiązuje on kontakt z osobą nadzorowaną w miejscu jej stałego pobytu i przeprowadza z nią rozmowę w trakcie której m.in. poucza ją o prawach i obowiązkach wynikających z zastosowanego nadzoru oraz sposobach i terminach ich realizacji, pozyskuje od osoby nadzorowanej numer telefonu lub adres poczty elektronicznej umożliwiające kontaktowanie się z tą osobą, jeśli osoba ta dysponuje takowymi, a także doręcza jej wezwanie do stawienia się w jednostce organizacyjnej policji, gdzie zostaną od niej pobrane odciski linii papilarnych, wymaz ze służówki policzków w celu przeprowadzenia analizy DNA, a także wykonane zostaną zdjęcia, szkice i opisy wizerunku tej osoby. Wszystkie te materiały umieszczane są następnie w odpowiednich bazach i zbiorach danych, o których mowa w ustawie o Policji. Wyznaczony funkcjonariusz, określony w zarządzeniu w sprawie nadzoru „wykonującym czynności nadzoru“, zobowiązany jest też dopilnować, aby osoba nadzorowana została zarejestrowana w Krajowym Systemie Informacyjnym Policji w formie notowania kryminalnego, a także w Systemie Informacyjnym Schengen (rodzaj wpisu: „na potrzeby niejawnego nadzorowania lub kontroli”). Wykonujący czynności nadzoru zobowiązany jest także do zgromadzenia i zweryfikowania informacji o osobie stwarzającej zagrożenie, wobec której zastosowano nadzór.

Sąd może uchylić nadzór prewencyjny jedynie w dwóch sytuacjach, tj. gdy zmieni się stopień prawdopodobieństwa popełnienia przez daną osobę czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, wynikający z charakteru lub nasilenie stwierdzonych u niej zaburzeń psychicznych. Jeśli prawdopodobieństwo to będzie mniejsze niż wysokie lub też będzie wynikać z innych niż określone w art. 1 ustawy zaburzeń psychicznych, wówczas sąd zobowiązany jest uchylić nadzór prewencyjny. Oznacza to, że po uprawomocnieniu się orzeczenia w tym zakresie dana osoba nie podlega już pod reżim ustawy o KOZZD. Jeśli zaś stopień prawdopodobieństwa popełnienia przez daną osobę czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 pkt 3 ustawy wzrośnie z wysokiego do bardzo wysokiego, wówczas sąd uchyli nadzór i jednocześnie orzeka o umieszczeniu danej osoby w KOZZD.

Sposób wykonywania nadzoru prewencyjnego, a także zasadność jego dalszego stosowania, inaczej niż w przypadku umieszczenia w Ośrodku, nie została poddana

⁴¹ Dziennik Urzędowy Komendy Głównej Policji z 25.04.2014 r. poz. 36 – dalej Zarządzenie lub zarządzenie w sprawie nadzoru.

regularnej kontroli sądu. Żaden z przepisów nie wymaga ani od policji, ani od kierownika podmiotu leczniczego składania do sądu okresowych sprawozdań z przebiegu tego środka postpenalnego. Kierownik placówki medycznej zobowiązany został na podstawie art. 16 ust. 2 ustawy do skontaktowania się zarówno z sądem, jak i z komendantem policji sprawującym nadzór prewencyjny jedynie wówczas, gdy osoba stwarzająca zagrożenie uchyla się od obowiązku poddania się postępowaniu terapeutycznemu. Analogiczny obowiązek nie powstaje, jeśli terapia realizowana jest prawidłowo, przynosi pozytywne rezultaty, czy, zdaniem terapeutów, mogła wpłynąć na zmniejszenie prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego określonego w art. 1 ustawy. Obowiązek poinformowania sądu o tym, że nie zachodzą już okoliczności, które uzasadniały zastosowanie nadzoru prewencyjnego został natomiast nałożony na komendanta policji sprawującego nadzór (art. 24 ust. 2 ustawy). W takiej sytuacji komendant, niezwłocznie po uzyskaniu takich informacji, zobowiązany jest zwrócić się do sądu z wnioskiem o uchylenie nadzoru. W praktyce jednym ze źródeł takich informacji może być właśnie kierownik zakładu leczniczego, w którym realizowane jest postępowanie terapeutyczne. Zgodnie z § 6 zarządzenia w sprawie nadzoru uprawniony funkcjonariusz (kierownik właściwej jednostki lub komórki organizacyjnej policji albo wykonujący czynności nadzoru) może nawiązać kontakt z podmiotem leczniczym, w którym osoba nadzorowana poddawana jest postępowaniu terapeutycznemu, a także z pracodawcą osoby nadzorowanej oraz innymi osobami lub instytucjami, które mogą posiadać informacje o zachowaniach osoby nadzorowanej. Zgodnie z § 9 Zarządzenia wykonujący czynności nadzoru ma obowiązek przedstawiać komendantowi policji pisemne sprawozdanie z przebiegu nadzoru nie rzadziej niż co 3 miesiące. Komendant zaś, po zapoznaniu się z nim, dokonuje oceny wykonywania obowiązków przez osobę nadzorowaną oraz określa dalsze kierunki wykonywania czynności w ramach nadzoru, a także rozważa istnienie podstaw do wystąpienia do sądu z wnioskiem o uchylenie nadzoru prewencyjnego lub o zmianę nadzoru na umieszczenie w KOZZD.

Wątpliwości budzi jednak konstrukcja, gdy wiedza sądu o przesłankach mogących mieć wpływ na potrzebę uchylenia nadzoru prewencyjnego zależy *de facto* jedynie od oceny tych przesłanek przez komendanta policji. Trzeba pamiętać, że ustawa nie nakłada na komendanta policji obowiązku regularnego składania raportów, których zawartość podlegałaby ocenie sądu, uzależniając tym samym szansę sądu na dokonanie takiej oceny od tego, czy komendant uzna, iż w sprawie zaistniały przesłanki do uchylenia nadzoru. Co znamienne, ustawa o KOZZD w art. 24 regulującym uchylenie nadzoru prewencyjnego ze względu na to, że nie zachodzą już dłużej okoliczności uzasadniające jego stosowanie, nie przewiduje działania sądu z urzędu. Możliwość taką *expressis verbis* zakłada natomiast art. 21 ustawy dotyczący orzekania zmiany nadzoru prewencyjnego na środek izolacyjny, tj. umieszczenie w Ośrodku.

Zgodnie z § 10 zarządzenia w sprawie nadzoru komendant policji występuje do sądu okręgowego właściwego dla miejsca stałego pobytu osoby nadzorowanej z wnioskiem o umieszczenie osoby nadzorowanej w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym w razie stwierdzenia, że osoba ta uchyla się od obowiązków, wynikających ze sprawowanego nad nią nadzoru. Konstrukcja ta, odrywająca rozważania dotyczące zmiany nadzoru prewencyjnego na surowszy środek postpenalny od wzrostu stopnia prawdopodobieństwa popełnienia określonego czynu zabronionego z wysokiego na bardzo wysoki, musi budzić poważne

zastrzeżenia szczególnie, gdy obowiązki od których uchyła się osoba nadzorowana mają charakter informacyjny, np. osoba nie powiadomiła, że zmieniła nazwisko czy nie wskazała, kiedy i dokąd planuje wyjechać na kilka dni. Dużo bardziej zasadny w tym kontekście wydaje się obowiązek informowania sądu o uchylaniu się od obowiązku terapii, który zresztą zgodnie z art. 16 ust. 2 ustawy o KOZZD obciąża też kierownika podmiotu leczniczego. Mając na uwadze, że także brzmienie ustawy w obecnym kształcie budzi poważne zastrzeżenia⁴², należy jednoznacznie stwierdzić, iż zmiana nadzoru prewencyjnego na umieszczenie w KOZZD musi być nierozzerwalnie połączona ze wzrostem stopnia prawdopodobieństwa popełnienia określonego czynu zabronionego do bardzo wysokiego.

Wniosek w zakresie uchylenia nadzoru prewencyjnego oprócz komendanta policji może złożyć także osoba, wobec której został on zastosowany lub jej pełnomocnik. Należy jednak odnotować, że w ich przypadku możliwość ta została ograniczona 6-miesięcznym okresem karencji od dnia zastosowania nadzoru lub od dnia rozpatrzenia poprzedniego wniosku w tym przedmiocie.

Wydanie rozstrzygnięcia w sprawie uchylenia nadzoru prewencyjnego poprzedzone jest wysłuchaniem biegłych, o których mowa w art. 11 ustawy o KOZZD. Jest to, jak w przypadku orzekania o uznaniu osoby za stwarzającą zagrożenie i zastosowaniu środków postpenalnych, dwóch psychiatrów i odpowiednio albo biegły psycholog, albo biegły lekarz seksuolog lub certyfikowany psycholog seksuolog.

Jak wyżej wskazano, sprawę o zastosowanie środków postpenalnych rozstrzyga na rozprawie, zgodnie z art. 15 ustawy, sąd w składzie trzech sędziów zawodowych. Poważne wątpliwości pojawiły się jednak odnośnie do składu sądu orzekającego w sprawie dotyczącej zmiany środka z nadzoru prewencyjnego na umieszczenie w KOZZD na podstawie art. 21 ustawy. Sporne było także to, czy udział prokuratora i pełnomocnika jest w takich rozprawach obligatoryjny. Ustawa milczy na ten temat, jednak dyskusja, która rozgorzała wokół tego zagadnienia wynikała z pytania o charakter orzeczenia o zmianie nadzoru prewencyjnego na środek o charakterze izolacyjnym. Należało bowiem zdecydować, czy słuszne jest stanowisko, zgodnie z którym postępowanie o zmianę środka postpenalnego jest postępowaniem o charakterze jedynie „wykonawczym”, a nie merytorycznym. To bowiem zakończyło się wraz z uprawomocnieniem rozstrzygnięcia w zakresie konieczności zastosowania środków z ustawy o KOZZD, czy też może słuszny jest pogląd, że postępowanie to ma charakter merytoryczny ze względu na fakt, iż sąd musi ponownie ocenić stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, a więc dokonać analizy przesłanek merytorycznych zastosowania danego środka. Spór ten nie miał charakteru jedynie akademickiego, bowiem w zależności od jego rozstrzygnięcia zastosowanie powinny znaleźć odpowiednio bądź przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, zgodnie z którym orzekać powinien jeden sędzia, bez obligatoryjnej obecności pełnomocnika oraz prokuratora, bądź ustawy wymagającej składu trzech sędziów zawodowych oraz obowiązkowego

⁴² A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 17–18; E. Dawidziuk, *Luki w przepisach...* [w:] *Izolacja...*, s. 42. Odmienne w tym kontekście: P. Krawczyk, który wskazując na prewencyjny charakter art. 21 ustawy o KOZZD, wyraża pogląd, że: „w stosunku do takiej osoby można bowiem uznać, że w skutek lekceważenia tych obowiązków stwarza ona zagrożenie już większe niż wysokie, a tym samym daj podstawy do umieszczenia go w ośrodku”. P. Krawczyk, *Problem konstytucyjności tzw. ustawy o bestiach*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2014/100, s. 112.

udziału w rozprawie tych podmiotów. Ostatecznie stanowisko w tej sprawie zajął Sąd Najwyższy, który w orzeczeniu z 19.10.2018 r. stwierdził, że właśnie ze względu na charakter postępowania nie jedynie wykonawczy, lecz obejmujący analizę przesłanek merytorycznych zastosowania danego środka, sąd powinien orzekać w składzie trzyosobowym przy obligatoryjnym udziale prokuratora oraz pełnomocnika⁴³.

Z całą pewnością ocena praktyki stosowania nadzoru prewencyjnego, a w konsekwencji propozycja ewentualnych zmian przepisów możliwa będzie dopiero po przeprowadzeniu badań zarówno ilościowych (badań aktowych), jak i jakościowych (np. wywiadów z funkcjonariuszami wykonującymi czynności nadzoru). Jednak ze względu na fakt, że realizacja nadzoru w dużym stopniu polega na prowadzeniu przez policję czynności operacyjno-rozpoznawczych szanse na ich przeprowadzenie, w postaci tradycyjnych badań kryminologicznych, wydają się niestety niewielkie.

5. CHARAKTERYSTYKA GRUPY BADANYCH – WYBRANE ASPEKTY

W analizowanych sprawach na 55 orzeczeń, nadzór prewencyjny orzeczono jedynie względem jednej kobiety. Wszyscy uczestnicy mieli polskie obywatelstwo. Mając na uwadze to, jakie okoliczności sądy, oprócz opinii biegłych, brały najczęściej pod uwagę wając stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, szczególnie ciekawe wydaje się omówienie kilku czynników takich jak: sytuacja rodzinna, wykształcenie i możliwości zawodowe, uzależnienie, dotychczasowa karalność, a także ostatni czyn, za który w trakcie odbywania kary został złożony wniosek o objęcie danej osoby środkami postępowalnymi. Pierwszym z istotnych dla sądów czynników jest środowisko rodzinne, które, jeśli funkcjonuje prawidłowo, może – z jednej strony – stanowić wsparcie, z drugiej zaś strony motywację do pracy nad sobą, zaś jeśli jest dysfunkcyjne lub patologiczne może być dodatkowym czynnikiem ryzyka. Jak wynika z analizy stanu cywilnego, na moment złożenia wniosku przez dyrektora ZK zdecydowana większość, bo aż 48 osób, nie pozostawało w stałych związkach, podczas gdy zaledwie 7 osób (13%) pozostawało w relacji małżeńskiej. Nieco ponad połowa nie posiadała dzieci (56%), zaś pozostałe było rodzicami jednego dziecka (10 osób), dwojga (6 osób), trojga (5 osób) i więcej niż trojga dzieci (3 osoby). Korelacja tych dwóch wartości wskazuje dodatkowo, że 30 osób jednocześnie nie posiadało dzieci ani nie było w stałym związku.

Tabela 14 Stan cywilny uczestnika (N = 55)		
	N	%
Kawaler/panna	38	69
Żonaty/mężatka	7	13
Rozwodnik/rozwódka	9	16
Wdowiec/wdowa	1	2
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

⁴³ Uchwała SN z 19.10.2018 r., III CZP 46/18, OSNC 2020/5, poz. 37.

Tabela 15

Liczba dzieci uczestnika (N = 55)

	N	%
Brak	31	56
Jedno	10	18
Dwoje	6	11
Troje	5	9
Więcej niż troje	3	56
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Po drugie, ważnym czynnikiem wydaje się wykształcenie, przekładające się najczęściej na sytuację zawodową. Tymczasem 45% z osób, wobec których został orzeczony nadzór prewencyjny, zakończyło swoją edukację na najniższym poziomie wykształcenia – 36% posiadało wykształcenie podstawowe, zaś 9% – gimnazjalne. Zawód posiadało 42% osób, które uzyskały wykształcenie zawodowe i 4% osób posiadających wykształcenie wyższe. Wykształcenie średnie w badanej grupie miało 9% osób.

Tabela 16

Wykształcenie uczestnika (N = 55)

	N	%
Podstawowe	20	36
Gimnazjalne	5	9
Zawodowe	23	42
Średnie	5	9
Wyższe	2	4
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Stabilną sytuacją zawodową przed osadzeniem w zakładzie karnym cieszyło się jedynie 5 osób, z czego 3 miały stałą pracę, 3 prowadziły własną działalność, a jedna – gospodarstwo rolne. Dorywczo pracowało 36 osób, a 10 było na emeryturze / rencie. Niemal co czwarta osoba była na utrzymaniu innych, jedna otrzymywała rentę socjalną, a jeszcze jedna – zasiłek dla bezrobotnych. Jedna osoba nigdy nie pracowała ze względu na fakt, że w więzieniu spędziła niemal całe dorosłe życie (23 lata). Jedna osoba pracowała w Niemczech, jedna żyła z kradzieży i nielegalnego handlu butami (za co nigdy nie została ukarana), a jeszcze inna pracowała w firmie zajmującej się usługami komunalnymi, przy czym nie wiadomo, jaki charakter miała ta praca. Dwie osoby były bezdomne.

Tabela 17

Sytuacja zawodowa uczestnika (N=55)

	N	%
Praca dorywcza	36	65
Na utrzymaniu innej osoby	13	24
Emeryt/rencista	10	18
Inaczej	8	15
Bezrobocie	6	11
Praca na stałe	3	5
Własna działalność	3	5
Gospodarstwo rolne	1	2
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.		

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Istotnym miernikiem prawidłowego funkcjonowania danej osoby w społeczeństwie jest także doświadczenie konfliktów z prawem. W analizowanych sprawach zaledwie 5 osób nie było wcześniej karanych.

Tabela 18

Uprzednia karalność sprawców (N = 55)

	N	%
Uprzednio karany	50	91
Niekarany	5	9
Ogółem	55	100

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

W większości (niemal 64% przypadków) osoby, wobec których sądy orzekły nadzór prewencyjny, odbywały już wcześniej karę pozbawienia wolności⁴⁴. Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania została orzeczona wcześniej wobec 28% (wobec 18% osób umieszczonych w KOZZD i wobec 20% osób, którym nie został orzeczony żaden z środków postpenalnych), kara ograniczenia wolności była orzekana wobec 4%, zaś kara grzywny wobec 15% osób objętych nadzorem prewencyjnym.

Czyni, jakie mieli w swojej kryminalnej przeszłości badani to przede wszystkim przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności (67%), a także przeciwko mieniu (40%). Wśród skazań znaczącej grupy osób pojawiły się też skazania za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu (21%) i przeciwko wolności (14%). Ponadto

⁴⁴ Kiedy jednak porównać te dane z danymi dotyczącymi osób umieszczonych w KOZZD okaże się, że w tej grupie odsetek ten wynosi zdecydowanie więcej, bo aż 82%. W przypadku osób, wobec których sądy ostatecznie nie zastosowały żadnego ze środków, odsetek ten wynosił zaś jedynie 40%.

zdarzały się przestępstwa przeciwko działalności instytucji publicznych i samorządu terytorialnego oraz przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji (po 10%), przeciwko rodzinie i opiece (7%). Niestety, w 8 sprawach informacja o fakcie uprzedniego skazania była niepełna, w związku z czym nie ma możliwości wskazania, za jakie przestępstwo zapadł wyrok i na jaką karę opiewał (stąd w poniższych tabelach próba wynosi 42).

Tabela 19 Czyny, za jakie sprawcy byli uprzednio skazani (N = 42)		
	N	%
Przeciwko wolności seksualnej i obyczajności	28	67
Przeciwko mieniu	17	40
Przeciwko życiu i zdrowiu	9	21
Przeciwko wolności	6	14
Przeciwko działalności instytucji publicznych i samorządu terytorialnego	4	10
Przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji	4	10
Przeciwko rodzinie i opiece	3	7
Przeciwko nietykalności cielesnej	1	2
Z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii	1	2
Inne	10	24
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.		

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Istotny jest także czyn, za jaki w momencie składania wniosku przez dyrektora zakładu karnego odbywały karę osoby, którym w konsekwencji orzeczono nadzór prewencyjny. Przestępstwem za które zapadły wyroki w 60% przypadków było zgwałcenie (art. 197 § 1–4 k.k.), zaś w 38% przypadków obcowanie płciowe z osobą małoletnią poniżej lat 15 (art. 200 § 1 k.k.), w 18% spraw przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, a w 15% – przestępstwa przeciwko mieniu⁴⁵. W kategorii inne znalazły się m.in. wywieranie wpływu na świadka (art. 245 k.k.), czy udział w zorganizowanej grupie o charakterze zbrojnym (art. 258 § 2 k.k.). W przypadku czterech uczestników, których w Ośrodku umieścił sąd apelacyjny, ostatnim przestępstwem było w przypadku pierwszej osoby zgwałcenie (art. 197 § 2 k.k.) oraz przestępstwo przeciwko działalności instytucji publicznych i samorządu terytorialnego, w przypadku kolejnej przestępstwo przeciwko mieniu oraz inne przeciwko życiu i zdrowiu, w przypadku trzeciej osoby przestępstwo z art. 200 § 1 k.k., a w przypadku ostatniej z nich – czyn z art. 200 § 1 k.k. oraz inne przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności.

⁴⁵ W przypadku osób umieszczonych w KOZZD analogiczne dane prezentują się następująco: 73% skazań za przestępstwo zgwałcenia, 39% za obcowanie płciowe z osobą małoletnią poniżej lat 15, aż 50% za przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, zaś 14% za przestępstwa przeciwko mieniu.

Tabela 20

Ostatni czyn popełniony przez sprawcę (N = 55)

	N	%
Art. 148 k.k.	3	5
Art. 197 § 1 k.k.	17	31
Art. 197 § 2 k.k.	12	22
Art. 197 § 3 k.k.	3	5
Art. 197 § 4 k.k.	1	2
Art. 200 § 1 k.k.	21	38
Przeciwko rodzinie i opiece	2	4
Przeciwko mieniu	6	11
Inne przeciwko życiu i zdrowiu	7	13
Inne przeciwko wolności seksualnej i obyczajności	7	13
Przeciwko wolności	8	15
Przeciwko czci i nietykalności cielesnej	2	4
Przeciwko działalności instytucji publicznych i samorządu terytorialnego	2	4
Inne	29	53
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.		

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

Tabela 21

Wymiar orzeczonej kary pozbawienia wolności (dalej K.p.w.) (N = 55)

	N	%
K.p.w. do 1 roku	3	5
K.p.w. od 1 roku do 3 lat	16	29
K.p.w. od 3 lat do 5 lat	16	29
K.p.w. powyżej 5 lat	17	31
K.p.w. 15 lat	2	4
K.p.w. 25 lat	1	2
Ogółem	55	100,0

Źródło: opracowanie własne na podstawie wyników badania aktowego.

W chwili składania wniosku o zastosowanie ustawy o KOZZD, 63% osób objętych następnie nadzorem prewencyjnym odbywało karę pozbawienia wolności do lat 5, a 31% sprawców karę powyżej 5 lat. Zaledwie 2 sprawców odbywało karę 15 lat pozbawienia wolności, zaś jeden – karę 25 lat pozbawienia wolności (łącznie 6%)⁴⁶. Dwie osoby umieszczone w Ośrodku przez sąd apelacyjny odbywały

⁴⁶ Gdy sprawca odbywał kilka kar pod uwagę była brana ta ostatnia. W przypadku kar krótkoterminowych (pozbawienia wolności do jednego roku) w większości przypadków dla sprawców była to kolejna kara do odbycia, poprzedzona zwykle dłuższym pobytem w izolacji więziennej.

natomiast karę pozbawienia wolności od 1 roku do 3 lat, jedną karę powyżej 5 lat pozbawienia wolności, a jedna została skazana na dwie kary – łącznie 15 lat pozbawienia wolności. Dla porównania warto wskazać, że wśród osób umieszczonych w KOZZD karę 15 i 25 lat pozbawienia wolności odbywało znacząco więcej, bo aż 21% sprawców, karę powyżej 5 lat pozbawienia wolności 43% osób, zaś karę pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat jedynie 36% sprawców. Wśród osób, wobec których sąd nie uwzględnił wniosku o zastosowanie środków postpenalnych, była jedna osoba odbywająca karę 15 lat pozbawienia wolności i ani jednej odbywającej karę 25 lat pozbawienia wolności, 40% osób odbywało karę powyżej 5 lat pozbawienia wolności, zaś 53% kary od 1 roku do 5 lat.

6. PODSUMOWANIE

Mając na uwadze powyższe rozważania, konstatacja, że koncepcja nadzoru prewencyjnego nie została szczególnie głęboko przemyślana wydaje się uprawniona. Aktualnie obowiązujące uregulowania wydają się także dalece niepełne. Po pierwsze, ustawodawca nie nałożył na uczestnika obowiązku regularnego kontaktowania się z policją, kładąc ciężar utrzymywania kontaktu jedynie na organy policji⁴⁷. Po drugie, jeżeli celem nadzoru jest ograniczenie zagrożenia dla innych ze strony osób, które mają określone zaburzenia psychiczne, to brak obowiązku leczenia tych zaburzeń, czy choćby stałego kontrolowania ich nasilenia i charakteru wydaje się co najmniej zaskakujący w sytuacji, gdy prawdopodobieństwo popełnienia określonych przestępstw, właśnie ze względu na występowanie tych zaburzeń w osobowości danej osoby, zostało uznane za wysokie. Trudno stwierdzić, jak ustawodawca wyobrażał sobie ograniczanie zagrożenia w praktyce, skoro dopuścił funkcjonowanie na wolności osób, co do których istnieje przekonanie, że stwarzają je w stopniu wysokim, jednocześnie nie przewidując jakichkolwiek działań, które mogłyby je minimalizować⁴⁸. Podstawowy wariant nadzoru prewencyjnego przypomina dozór policyjny, obejmuje bowiem jedynie „pilnowanie”, aby dana osoba nie miała możliwości popełnienia przestępstwa, a nie, aby nie miała potrzeby jego popełnienia⁴⁹. W świetle powyższego wniosek, że przewidziany w ustawie zakres nadzoru prewencyjnego *de facto* co najmniej poważnie utrudnia osiągnięcie celu, dla którego ten środek postpenalny pojawił się w polskim prawie nie wydaje się przesadzony. Uwzględniając jednak systemowe problemy dotyczące braku wystarczającej liczby placówek terapeutycznych⁵⁰, szczególnie dla sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych⁵¹, nie można wykluczyć, że brak tego obowiązku w ustawie był świadomym działaniem władzy ustawodawczej. Po trzecie wreszcie,

⁴⁷ A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 27.

⁴⁸ Por. K. Mróz, *Problematyka postpenalnej izolacji terapeutycznej osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. CVI, s. 80–81.

⁴⁹ Por. M. Bocheński, *Populizm...*, s. 143.

⁵⁰ Por. B. Kmieciak, *Prawnopsychiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców*, „Forum Prawnicze” 2013/6, s. 41.

⁵¹ Zob. np. E. Dawidziuk, *Luki w przepisach... [w:] Izolacja...*, s. 41, czy A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 28. Problemy te nie dotyczą jedynie wykonywania terapii w ramach wolnościowego środka postpenalnego, ale także środków zabezpieczających, zob. np. A. Gutkowska, J. Klimczak, P. Sidor, J. Włodarczyk-Madejska, *Gdy kara...*, s. 191–192.

jeżeli podstawowym celem nadzoru prewencyjnego ma być ograniczenie zagrożenia życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób ze strony osoby, która nie została umieszczona w KOZZD, to racjonalne wydaje się każde działanie, które ułatwia monitorowanie bieżącej aktywności osoby uznanej za niebezpieczną. Wydaje się zatem, że brak możliwości stosowania Systemu Dozoru Elektronicznego (SDE) jest przeoczeniem ustawodawcy⁵².

Summary

Agnieszka Gutkowska, *Preventive Extended Supervision. Selected Aspects of Adjudicating and Applying the Non-Custodial Post-Penal Security Measure*

The aim of the article is to present selected aspects of adjudicating and applying preventive extended supervision – one of the two post-penal security measures introduced by the Act of 22 November 2013 on Dealing with Persons with Mental Disorders Who Pose a Threat to Other Persons' Life, Health or Sexual Freedom. This post-penal non-custodial measure is discussed from both theoretical and research perspectives. The article presents selected, previously unpublished, data obtained in the period from May to September 2019 during Justice Institute examinations of cases in which courts considered the motion for recognition of a given person as a person posing a threat and for application of measures provided for in the Act, ended with valid judgments in 2014–2018.

Keywords: *preventive extended supervision, post-penal security measures, person with mental disorders who poses threat to other persons' life, health or sexual freedom, National Antisocial Behaviour Prevention Centre*

Streszczenie

Agnieszka Gutkowska, *Nadzór prewencyjny. Wybrane aspekty orzekania i stosowania wolnościowego środka postpenalnego*

Celem artykułu jest przedstawienie wybranych aspektów dotyczących orzekania oraz stosowania nadzoru prewencyjnego – jednego z dwóch środków postpenalnych, wprowadzonych na mocy ustawy z 22.11.2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób. Ten środek postpenalny o charakterze wolnościowym został omówiony zarówno z perspektywy teoretycznej, jak i badawczej. W artykule zaprezentowano niepublikowane dotąd dane uzyskane w okresie od maja do września 2019 r. podczas przeprowadzonych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości badań spraw, w których sądy rozpatrywały wniosek dyrektora zakładu karnego o uznanie danej osoby za osobę stwarzającą zagrożenie i zastosowanie środków z ustawy, prawomocnie zakończonych w latach 2014–2018.

Słowa kluczowe: *nadzór prewencyjny, środki postpenalne, osoba z zaburzeniami psychicznymi stwarzająca zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Krajowy Ośrodek Zapobiegania Zachowaniom Dyssocjalnym*

⁵² Por. E. Dawidziuk, *Luki w przepisach...* [w:] *Izolacja...*, s. 40.

Literatura:

1. Bocheński M., *Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, z. 1, rok XIX.
2. Browarska J., Wojtuszek R., *Nadzór prewencyjny cz. 1 (nr 112/07.2014)*, <https://gazeta.policja.pl/997/informacje/101780,Nadzor-prewencyjny-cz-1-nr-112072014.html>.
3. Dawidziuk E., *Izolacja od społeczeństwa po odbyciu w pełni kary pozbawienia wolności*, Archiwum Kryminologii 2019, nr 1, t. XLI.
4. Dawidziuk E., *Luki w przepisach prawa powszechnie obowiązującego w zakresie izolacji postpenalnej w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym – omówienie wybranych zagadnień* [w:] *Izolacja sprawców przestępstw uznanych za niebezpiecznych dla społeczeństwa*, red. E. Dawidziuk, J. Nowakowska, Warszawa 2020.
5. Gierowski J.K., Paprzycki L.K., *Kontrowersje związane z ustawą z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – perspektywa prawna i psychologiczno-psychiatryczna*, Palestra 2014, nr 9.
6. Góralski P., *Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego (art. 93a § 1 pkt 2 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 2.
7. Gutkowska A., Klimczak J., Sidor P., Włodarczyk-Madejska J., *Gdy kara nie wystarcza... O Praktyce stosowania wybranych rozwiązań prawnych wobec sprawców z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie dla społeczeństwa*, Warszawa 2020.
8. Jędras F., Grabarczyk K., *Przesłanki orzekania izolacji postpenalnej. Rozważania na temat orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego*, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica 2019, nr 86.
9. Kmiecik B., *Prawnopsychiatryczny kontekst wprowadzenia przepisów zezwalających na detencję niepsychotycznych sprawców*, Forum Prawnicze 2013, nr 6.
10. Krawczyk P., *Problem konstytucyjności tzw. ustawy o bestiach*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach 2014, nr 100.
11. Morawska A., *Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka 2004, nr 7.
12. Mróz K., *Problematyka postpenalnej izolacji terapeutycznej osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2018, t. CVI.
13. Niewiadomska-Krawczyk M., *Ewolucja środków zabezpieczających w polskim prawie karnym* [w:] *Nowa Kodyfikacja Prawa*, t. I, Wrocław 2018.
14. Płatek M., *Kreowanie „groźnych, niebezpiecznych i złych”*, Archiwum Kryminologii 2019, nr 1, t. XLI.
15. Szymanowski T., *Nowelizacja kodeksu karnego w 2015 r.*, Przegląd Więziennictwa Polskiego 2015, nr 87.
16. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, druk nr 1577, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=1577>.
17. Więcek-Durańska A., *Praktyka orzecznicza wykonywania nadzoru prewencyjnego oraz umieszczenia w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym*, Prawo w Działaniu 2017, nr 30.
18. Welento-Nowacka A., *Praktyczne aspekty opiniowania psychiatrycznego na rzecz ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób* [w:] *Izolacja sprawców przestępstw uznanych za niebezpiecznych dla społeczeństwa*, red. E. Dawidziuk, J. Nowakowska, Warszawa 2020.
19. Wójcik D., *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*, Prawo w Działaniu 2013, nr 16.

Paulina Wiktorska*

Procedury prawne związane z możliwościami odseparowania sprawcy przemocy domowej od osoby doświadczającej przemocy**

1. DEFINICJE PRZEMOCY

Jednym z najważniejszych założeń pracy z rodziną, w której występuje problem przemocy między osobami najbliższymi, jest zapewnienie bezpieczeństwa osobom pokrzywdzonym¹. Konwencja Rady Europy z 11.05.2011 r. o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, zwana konwencją stambulską², wyznacza w tym zakresie podstawowe standardy międzynarodowe, zobowiązując tym samym państwa-strony do przyjęcia uregulowań wewnętrznych zapewniających maksymalną ochronę osób doznających przemocy, w tym w szczególności wydawania odpowiednich nakazów ochrony w toczącym się postępowaniu, które powinny być natychmiast wykonalne i stosowane w jak najbardziej odformalizowany sposób i w jak najkrótszym terminie. Celem Konwencji jest m.in. stworzenie ogólnych ram, polityki i gwarancji zapewnienia mechanizmów skutecznych działań na rzecz ochrony i wsparcia wszystkich osób pokrzywdzonych przemocą domową, w tym w szczególności ochrony przed przemocą wobec kobiet, które doświadczają jej w stopniu

* Dr Paulina Wiktorska jest adiunktem w Zakładzie Kryminologii w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Polska, ORCID: 0000-0002-0414-7355, e-mail: wiktorska.p@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 7.01.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 25.02.2021 r.

¹ W literaturze naukowej dotyczącej przemocy autorzy posługują się pojęciami: przemoc w rodzinie lub przemoc domowa, często oba pojęcia używane są zamiennie, podobnie jak w niniejszym tekście. Jednak dla porządku wypada zaznaczyć, że najbardziej trafnym sformułowaniem wydaje się być określenie „przemoc wobec osób najbliższych”. Jest ono szersze, aniżeli przemoc w rodzinie i zgodne z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z 25.10.2012 r. ustanawiającą normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującą decyzję ramową Rady 2001/220 WSiSW (Dz.Urz. UE L 315 z 2012 r., s. 57). Również ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, określając zakres podmiotowy swojej właściwości, odwołuje się do pojęcia osoby najbliższej. *Expressis verbis* jako członka rodziny, wobec którego jej regulacje znajdują zastosowanie, wskazuje osoby enumeratywnie wyliczone przez Kodeks karny (ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444] – dalej k.k.), jako osoby najbliższe w art. 115 § 11 k.k. Należą do nich: małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Również orzecznictwo sądowe potwierdza, że przepisy mające na celu zapobieganie i zwalczanie przemocy należy stosować wobec osób objętych tym wyliczeniem (zob. orzeczenie Sądu Okręgowego [dalej SO] we Wrocławiu z 10.11.2015 r., II Ca 884/15, [http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/\\$N/155025000001003_II_Ca_000884_2015_Uz_2015-11-20_002](http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/content/$N/155025000001003_II_Ca_000884_2015_Uz_2015-11-20_002), dostęp: 15.07.2020 r.).

² Konwencja Antyprzemocowa – Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Dz.U. z 2015 r. poz. 961) – dalej Konwencja lub konwencja antyprzemocowa.

nieproporcjonalnie większym niż mężczyźni, przy czym problem ten dotyka kobiet o różnym wykształceniu i statusie ekonomiczno-społecznym³. Jako przemoc domową Konwencja traktuje wszelkie akty przemocy fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej powodujące szkody lub cierpienia zdarzające się w rodzinie lub we wspólnym gospodarstwie domowym lub między byłymi albo obecnymi małżonkami lub partnerami niezależnie od tego, czy sprawca i ofiara mają lub mieli wspólne miejsce zamieszkania czy nie. Definicja przemocy domowej/przemocy w rodzinie na gruncie polskiego systemu normatywnego sformułowana została w ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁴. Uznaje się za takową jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste członków rodziny, czyli osób najbliższych w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., tj.: małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osobę przysposobioną, jej współmałżonka, osobę pozostającą we wspólnym pożyciu, a także inne osoby wspólnie zamieszkujące lub gospodarujące. Zachowania takie uznaje się za przemocowe w szczególności wówczas, gdy narażają bliskie osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszają ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodują szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołują cierpienia i krzywdy moralne. Przemoc domowa jest zazwyczaj uciążliwa dla wszystkich osób wspólnie zamieszkujących, nie tylko dla ofiary wobec której bezpośrednio stosowane są akty agresji fizycznej, psychicznej, seksualnej czy ekonomicznej. Analiza przepisów ww. ustawy, wydanych na podstawie jej delegacji rozporządzeń i orzecznictwa sądowego sprawia wrażenie, że odpowiednie gwarancje ochronne dla ofiar przemocy są w polskim prawie zapewnione. Niestety, funkcjonowanie procedur prawnych w praktyce pozostawia wiele do życzenia. Między innymi nagminnie dochodzi do sytuacji, w których osoba pokrzywdzona przemocą decyduje się opuścić lokal zajmowany wspólnie ze sprawcą, z powodu strachu i w poczuciu bezsilności ucieka z mieszkania, nawet jeżeli jest jego jedynym właścicielem lub współwłaścicielem, próbując zapewnić bezpieczeństwo sobie i najbliższym. Istotnie czasem jest to jedyne rzeczywiście skuteczne rozwiązanie, dzięki któremu osoba doświadczająca przemocy zyskuje przynajmniej czasowe poczucie bezpieczeństwa, ale bez wątpienia naraża się tym samym na wtórną wiktyimizację i bierze na siebie odpowiedzialność za przeorganizowanie dotychczasowego życia zawodowego, osobistego, a także często ponosi w związku z tym dodatkowe koszty. Konieczność podjęcia decyzji o natychmiastowej zmianie faktycznego miejsca pobytu w takim trybie świadczy o niedostatecznie skutecznych procedurach prawnych i możliwościach działania poszczególnych służb zaangażowanych w kontrolowanie przemocy oraz przewlekłości postępowań przed sądami, w szczególności zaś o nieefektywności instrumentów umożliwiających zmuszenie sprawcy przemocy do opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Nie ulega wątpliwości, że pomoc osobie doświadczającej przemocy i podjęcie prób pracy ze sprawcą wymaga ich odseparowania od siebie, i właśnie to działanie powinno być priorytetowe i kluczowe w przypadku instytucjonalnego reagowania na przemoc. W szczególności należy podkreślić, że to nie osoba pokrzywdzona powinna podejmować działania zmierzające do zapewnienia bezpieczeństwa sobie i bliskim.

³ W. Klimczak, A. Lewicka-Zelent, E. Trojanowska, *Przemoc w rodzinie wobec kobiet z wyższym wykształceniem. Indywidualne studium przypadku*, Lublin 2020.

⁴ Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2015 r. poz. 1390) – dalej u.p.p.r.

2. ASPEKTY PRAWNE ODSEPAROWANIA SPRAWCY OD OSOBY DOŚWIADCZAJĄCEJ PRZEMOCY

Sprawca przemocy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, może zostać zobligowany do opuszczenia mieszkania zajmowanego wspólnie z osobą pokrzywdzoną w dwóch trybach: karnym i cywilnym, przy czym przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu cywilnego z końcem listopada 2020 r. uległy znacznemu rozszerzeniu. Tryb karny może zostać wszczęty już na etapie postępowania przygotowawczego, co pozostaje w gestii prokuratora jako decyzja z urzędu lub na wniosek funkcjonariusza policji. Dysponuje on wówczas prawem do orzeczenia zakazu zbliżania się do osoby pokrzywdzonej i nakazu opuszczenia przez osobę podejrzaną o stosowanie przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z osobą pokrzywdzoną. Środek ten może zostać zastosowany na okres do 3 miesięcy i przedłużany o kolejne 3 miesiące za każdorazową zgodą odpowiednio właściwego miejscowo, ze względu na położenie lokalu, sądu rejonowego. Aby osoba pokrzywdzona mogła skorzystać w pełni z zapewnianej przez procedurę karną ochrony, powinna zdecydować się na złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 207 k.k. lub innych⁵. Przestępstwo znęcania się nad osobą najbliższą stypizowane we wspomnianym art. 207 jest najczęściej podawaną podstawą prawną zainicjowania sprawy karnej w rodzinach dotkniętych przemocą, warto jednak mieć na uwadze fakt, że zarzuty stawiane sprawcy przemocy mogą być formułowane również na podstawie kwalifikacji prawnych innych czynów. Podczas stosowania przemocy mogą zostać popełnione też takie przestępstwa jak: naruszenie nietykalności cielesnej, ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty zdrowia lub życia, groźba karalna, zgwałcenie, niekorzystne rozporządzenie mieniem, fałszowanie dokumentów czy niszczenie rzeczy. W tym kontekście pojawiają się pytania o to, w jakim stopniu uprawnione jest uznanie, że przestępstwo znęcania się nad osobą najbliższą może konsumować przepisy dotyczące kwalifikacji prawnej innych powołanych wcześniej czynów, i w jakich okolicznościach wskazane jest zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej z zastosowaniem reguł z art. 11 § 3 k.k.⁶ Osoba pokrzywdzona jednym z czynów, wynikających ze stosowanej wobec niej przemocy, powinna być otoczona szczególnym wsparciem. Wynika to zarówno z międzynarodowych standardów prawnych, przepisów krajowych, jak i z doktryny oraz orzecznictwa. Od dawna podkreśla się, że prawo karne powinno być „prawem karnym człowieka”, w którym nie dostrzega się wyłącznie sprawcy, mając na uwadze konieczność formalnego potępienia popełnionego przez niego czynu bez naruszania zasady humanitaryzmu i godności człowieka, ale także osobę pokrzywdzoną. Pokrzywdzony, jako podmiot przeciwko którego dobrom osobistym skierowane jest działanie, zasługuje na godne traktowanie, przede wszystkim wykluczające wtórną wiktyimizację i zmierzające do kompensacji poniesionych szkód i doznanego cierpienia⁷.

⁵ Spenalizowane w art. 207 k.k. przestępstwo nie jest jedynym, które może zostać popełnione podczas stosowania przemocy wobec osób najbliższych. Szerzej na ten temat m.in. w: P. Wiktorska, *Zmiany w kontrolowaniu przemocy wobec najbliższych* [w:] *Zmiana i kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości*, red. K. Buczkowski, W. Klaus, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, Warszawa 2017, s. 219–230.

⁶ Szerzej na ten temat W. Konarska-Wrżosek, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece* [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, red. J. Warylewski, Warszawa 2012, s. 929.

⁷ Szerzej na ten temat m.in. M. Smarzewski, *O wprowadzeniu humanizmu do kodeksu karnego*, „Prawo i Prokuratura” 2011/1, s. 35–45.

Pomimo to, że przestępstwo znęcania się ma charakter publicznoskargowy, często dochodzi do umorzeń wszczętych postępowań na skutek skorzystania przez osobę pokrzywdzoną z prawa do możliwości odmowy składania zeznań w sprawie (art. 182 Kodeksu postępowania karnego⁸) toczącej się przeciwko jej osobie najbliższej, określonej w art. 115 § 11 k.k., którą z definicji będzie sprawca przemocy. Praktyka taka nie powinna mieć miejsca nie tylko dlatego, że bezpośrednio godzi w zasadę humanizmu postępowania, ale także z tego powodu, iż organy ścigania zobligowane są do pozyskiwania materiału dowodowego z urzędu. Dowody odgrywają zasadniczą rolę w ustalaniu faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i wydania wyroku⁹. Przedmiotem dowodu mogą być wszelkie okoliczności mające znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁰. Kodeks postępowania karnego nie zawiera zamkniętego katalogu dowodów (*numerus apertus*); dowodem może być wszystko, co może się przyczynić do wyjaśnienia prawdy, z wyjątkiem tego, co objęte jest zakazami dowodowymi¹¹. W związku z powyższym organy ścigania nie powinny ograniczać swojej aktywności dowodowej do zeznań składanych przez osobę pokrzywdzoną, a sama jej deklaracja o skorzystaniu z prawa do odmowy zeznań nie powinna skutkować umorzeniem postępowania. Oczywiście w sprawach o znęcanie się są one kluczowym, ale często nie jedynym dowodem, zwłaszcza kiedy mamy do czynienia ze znęcaniem się aktywnym¹². Sytuacja osoby pokrzywdzonej przestępstwem popełnionym w związku z przemocą stosowaną przez osobę najbliższą jest szczególnie dotkliwa, co wynika bezpośrednio z relacji łączących ją ze sprawcą. Często pomimo wagi popełnianych przestępstw, osoba doświadczająca przemocy boi się szukać pomocy i wsparcia, a nierzadko po prostu nie chce składać zeznań wierząc w zmianę zachowania sprawcy lub nie chcąc zrobić mu krzywdy.

Możliwość zastosowania trybu karnego odseparowania sprawcy od osoby pokrzywdzonej uwarunkowana jest wszczęciem sprawy karnej przez policję lub prokuraturę, postawieniem sprawcy przemocy zarzutów popełnienia konkretnego przestępstwa, oskarżeniem sprawcy i uznaniem go w prawomocnym wyroku sądowym za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu¹³. Nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym obowiązuje w polskim prawie karnym od 2010 r. i związany jest bezpośrednio z nowelizacją ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie, która uwzględniła standardy międzynarodowych aktów prawnych Organizacji Narodów Zjednoczonych, Rady Europy (dalej RE) oraz Unii Europejskiej, wskazujące na potrzebę przeciwdziałania przemocy w rodzinie, a także zalecenia Komitetu Ministrów RE oraz Zgromadzenia Parlamentarnego. Podstawowym rekomendowanym w tych dokumentach środkiem jest zapewnienie w porządkach krajowych sądowego zakazu kontaktu, komunikowania się lub zbliżania sprawcy do osoby pokrzywdzonej przemocą¹⁴.

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

⁹ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 397.

¹⁰ R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 174.

¹¹ E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–296*, Warszawa 2007, red. P. Hofmański, s. 743.

¹² W. Konarska-Wrzesek, *Przestępstwa...* [w:] *System...*, t. 10, s. 923.

¹³ Por. G. Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 38.

¹⁴ A. Sakowicz, *Nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym* [w:] *System prawa karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. 6, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 568.

Tryb karny umożliwiający odseparowanie sprawcy przemocy od osoby pokrzywdzonej jest zazwyczaj długotrwały, wiąże się z problemami dowodowymi, i dodatkowo jest pejoratywnie i stereotypowo postrzegany przez społeczeństwo. Osoba doświadczająca przemocy bardzo często obarczana jest odpowiedzialnością za nieumiejętność ułożenia sobie życia prywatnego, rozbijanie struktury rodziny, zemstę na partnerze lub partnerce, z którym/którą nie udało się wypracować relacji umożliwiających funkcjonowanie w strukturze rodziny, która w Polsce jest wciąż postrzegana jako, z definicji, najlepsza forma ludzkiego współistnienia. Dodatkowo, samo orzeczenie odpowiedniego nakazu lub zakazu tytułem środka zabezpieczającego lub środka karnego, nie daje gwarancji faktycznego bezpieczeństwa osobie dotkniętej przemocą przed sprawcą. Z jednej strony wynika to z niedostatecznej funkcjonujących mechanizmów pociągania do odpowiedzialności sprawców przemocy w rodzinie za naruszenia nałożonych obowiązków, z drugiej zaś strony – z postaw osób doświadczających przemocy, które nie zgłaszają tych naruszeń organom ścigania z obawy przed sprawcą, w wyniku poczucia winy lub litości. Dodatkowy problem stanowi fakt, że status prawny lokalu i tytuł do zamieszkania nie mają znaczenia. Obowiązek opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym nie jest zależny od tego, kto jest jego właścicielem, a co za tym idzie może być nałożony na oskarżonego także wówczas, gdy jest właścicielem lub współwłaścicielem lokalu. W razie orzeczenia tego środka oskarżony będący właścicielem lokalu pozbawiony jest – z mocy orzeczenia sądu – możliwości korzystania z lokalu. Ograniczenia te nie dotyczą jednak możliwości rozporządzania lokalem, a więc nie ma przeszkód, by właściciel lokal sprzedał lub wynajął. Tym samym należałoby uznać, że tryb karny mający na celu odseparowanie sprawcy przemocy od osoby pokrzywdzonej jest zarówno nieefektywny, jak i niespełniający standardów konwencji antyprzemocowej i innych przepisów prawa, na które się ona powołuje¹⁵.

Stąd zrozumiałe wydaje się być przekonanie, że znacznie skuteczniejszy mógłby się okazać tryb oparty na przepisach Kodeksu postępowania cywilnego¹⁶ – ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹⁷ przewiduje zgodny ze standardami wynikającymi z Konwencji cywilnoprawny tryb wydania nakazu opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym na podstawie art. 11a u.p.p.r. Uruchomienie tego trybu jest nie tylko niezależne od wydania orzeczenia sądowego, czy toczącego się postępowania karnego, ale także niezależne od wszczęcia i prowadzenia procedury „Niebieskiej Karty”¹⁸. Uregulowanie tej procedury miało miejsce w 2010 r., jednak praktyka i analiza wydawanych w tym przedmiocie orzeczeń sądowych wskazywały na jej niedostateczną precyzyjność. W związku z tym ustawodawca zdecydował się na nowelizację przepisu pod kątem znaczącego poszerzenia i doprecyzowania katalogu sytuacji, w których nakaz może zostać wydany, skrócenia postępowania, a tym samym zapewnienia możliwości efektywniejszego i szybszego zabezpieczenia osoby doświadczającej przemocy

¹⁵ Por. preambuła Konwencji Antyprzemocowej.

¹⁶ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

¹⁷ Ustawa z 29.07.2005 r. (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 218, 956).

¹⁸ Por. orzeczenie SO we Wrocławiu z 27.10.2016 r., II Ca 1100/16, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.).

poprzez odseparowanie od niej sprawcy. Nowe brzmienie art. 11a u.p.p.r. weszło w życie z dniem 30.11.2020 r.

Podstawowe założenia procedury nie uległy zmianie. Ochrony na podstawie nowego brzmienia przepisu może żądać, tak jak dotąd, osoba dotknięta przemocą ze strony osoby najbliższej, w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. zajmującej wspólne mieszkanie, która swoim zachowaniem polegającym na stosowaniu przemocy powoduje, że wspólne zamieszkiwanie jest uciążliwe. Żądanie to jest możliwe pod warunkiem, że osoba, która ma zostać usunięta z zajmowanego lokalu, swoim zachowaniem wypełnia przesłanki określone w art. 2 § 2 u.p.p.r., i tym samym czyni szczególnie uciążliwe wspólne zamieszkiwanie. Istotne jest, że formułując wskazaną definicję legalną ustawodawca inaczej, niż w art. 207 k.k., zrezygnował z uwzględnienia elementu przewagi sprawcy nad osobą doznającą przemocy. Dzięki temu „uchronił osoby doznające przemocy od konieczności wykazywania, że w ich zachowaniu nie znajdowały się żadne elementy świadczące o tym, że np. ich reakcja na przemoc nie była bierna lub, że nie okazywały strachu przed sprawcą”¹⁹. W orzecnictwie sądowym podkreśla się jednak, iż w szczególności pojęcia przemocy nie można utożsamiać z pojęciem konfliktu rodzinnego czy konfliktu oślorozwodowego, i że dysproporcja sił powinna być głównym kryterium rozgraniczającym, przy czym znaczenie ma nie tylko różnica sił fizycznych, ale także przewaga wynikająca z zajmowanej pozycji społecznej, statusu materialnego czy odporności psychicznej²⁰.

Ochrona polega na możliwości żądania, aby sąd właściwy – według przepisów Kodeksu postępowania cywilnego – w postępowaniu nieprocesowym zobowiązał osobę stosującą przemoc do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania. W nowym brzmieniu przepis dotyczy też bezpośredniego otoczenia mieszkania oraz jest rozszerzony o możliwość wydania zakazu zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia, przy czym nakaz i zakaz mogą zostać wydane również łącznie. Nakaz lub zakaz mogą być orzeczone też wówczas, kiedy osoba dotknięta przemocą opuściła wspólnie zajmowane mieszkanie z powodu stosowania w nim przemocy wobec niej, a także wówczas, gdy opuścił je członek rodziny stosujący przemoc, nawet wtedy, gdy osoba stosująca przemoc tylko okresowo lub nieregularnie przebywa wspólnie w mieszkaniu z osobą doświadczającą przemocy. Przed wejściem w życie zmian, orzeczenie nakazu i zakazu było możliwe na podstawie tez formułowanych w orzecnictwie sądowym. W szczególności podkreślano w nim, że użycie w przepisach przez ustawodawcę sformułowania „zajmowanie” mieszkania jest wyrazem woli, aby nakaz opuszczenia lokalu można było orzec wobec osoby, która tylko sporadycznie pojawia się w mieszkaniu, w którym dopuszcza się aktów przemocy. W szczególności nie uznawano za konieczne, aby sprawca był właścicielem mieszkania, był w nim zameldowany lub chociażby miał w nim miejsce zamieszkania w rozumieniu art. 25 i n. Kodeksu cywilnego²¹.

¹⁹ G. Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 25.

²⁰ Postanowienie SO w Słupsku z 31.01.2018 r., IV Ca619/17, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.).

²¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740). Por. m.in.: orzeczenie SO we Wrocławiu z 27.10.2016 r., II Ca1100/16, LEX nr 230159; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 23.04.1998 r., I CKN 24/98, niepubl.; postanowienie Sądu Rejonowego we Włocławku z 12.07.2017 r., I NS 239/17, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.); orzeczenie SO w Szczecinie z 28.11.2018 r., II Ca 524/18, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.). Szerzej na temat roli orzecznictwa m.in.: J. Frąckowiak, *Orzecznictwo i doktryna jako źródło prawa prywatnego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. CXII, s. 47; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 32.

Jednocześnie zwrócono uwagę, że art. 11a u.p.p.r., jako przepis szczególny, nie może podlegać interpretacji rozszerzającej i nie może być stosowany w każdej sytuacji konfliktowej między osobami zajmującymi wspólnie lokal mieszkalny, a jedynie w sytuacji stosowania przemocy przez jednego z domowników w stosunku do innych na zasadzie wyraźnej relacji – sprawca przemocy i ofiara²². W postępowaniu dowodowym sąd cywilny uwzględnia wyłącznie fakt, że adresat nakazu stosuje przemoc. Nie jest zatem konieczne skazanie go prawomocnym wyrokiem sądu karnego, czy nawet zainicjowanie postępowania karnego ani nawet prowadzenie procedury „Niebieskiej Karty”²³, a jedynie udowodnienie występowania przemocy²⁴. W pierwotnym brzmieniu wspomniany art. 11a zobowiązywał sąd do wyznaczenia rozprawy w przedmiocie rozpatrzenia wniosku w terminie 30 dni od jego wpłynięcia, co nie implikowało obowiązku wydania postanowienia w tym przedmiocie. Na skutek nowelizacji (art. 560 k.p.c.) zobowiązano sąd do orzeczenia w przedmiocie rozpatrzenia wniosku w terminie jednego miesiąca od jego wpłynięcia. Sąd w postanowieniu o zobowiązaniu osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego lokalu i jego otoczenia, oraz o zakazie zbliżania się do mieszkania i jego otoczenia zobowiązany jest do wskazania obszaru lub odległości, jaką osoba stosująca przemoc będzie musiała zachować. Zmiana ta wydaje się bardzo istotna, ponieważ często sprawcy z orzeczonym nakazem opuszczenia lokalu zajmowali pomieszczenia gospodarcze, komórki lokatorskie, warsztaty, garaże itp. sąsiadujące bezpośrednio z lokalem, co w żaden sposób nie zapewniało bezpieczeństwa osobom doświadczającym przemocy, a nierzadko dodatkowo wzmacniało w nich poczucie winy.

Postanowienie, o którym mowa jest skuteczne i wykonalne z chwilą jego ogłoszenia. Ma to niewątpliwie istotny wpływ na szybkość zapewnienia ochrony osób pokrzywdzonych przemocą²⁵. Orzeczenie to jest również natychmiast wykonalne, co powoduje, że ewentualne wniesienie środka odwoławczego nie wstrzymuje jego wykonania. W odróżnieniu od środków karnych mających na celu odseparowanie sprawcy przemocy od osoby pokrzywdzonej orzekanych terminowo, nakaz i zakaz wydawany w postępowaniu cywilnym wydawany jest bezterminowo, sąd może je zmienić lub uchylić, jeśli okoliczności uzasadniające ich orzeczenie ustały, czyli sprawca zaprzestał stosowania przemocy. Bezterminowość nakazu stwarza okoliczności sprzyjające motywowaniu sprawcy przemocy do zmiany swojej postawy i zachowania. Procedując na podstawie art. 11a u.p.p.r., sąd jest uprawniony do dokonywania doręczeń także przez policję lub żandarmerię wojskową, jeśli jest to niezbędne do zapewnienia szybkości postępowania.

Nieprzestrzeganie nakazu opuszczenia lokalu i zakazu zbliżania się do osoby pokrzywdzonej orzeczonych w postępowaniu karnym stanowi podstawę do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 244 k.k. Przepis ten jednak nie mógł być stosowany w przypadku nieprzestrzegania nakazu orzeczonego przez

²² Postanowienie SO Warszawa-Praga z 2.07.2019 r., IV Ca 712/19, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.).

²³ Rozporządzenie Rady Ministrów z 13.09.2011 r. w sprawie procedury „Niebieskiej Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta” (Dz.U. z 2009 r. Nr 209, poz. 1245).

²⁴ Orzeczenie SO we Wrocławiu z 27.10.2016 r., II Ca 1100/16, www.orzeczenia.ms.gov.pl (dostęp: 28.02.2021 r.).

²⁵ Por. G. Wrona, *Ustawa o przeciwdziałaniu...*, s. 123.

sąd cywilny z uwagi na jego bezterminowy charakter. Przepis bowiem *expressis verbis* wskazuje, że odpowiedzialność karna grozi osobie niestosującej się do nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. W obecnym brzmieniu przepisów za nieprzestrzeganie orzeczenia sądu cywilnego o zobowiązaniu do opuszczenia przez sprawcę przemocy lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym i zakazu zbliżania się do mieszkania i jego najbliższego otoczenia grozi odpowiedzialność na podstawie art. 66 b Kodeksu wykroczeń²⁶ w postaci kary aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny, co powinno zwiększyć ich egzekwowalność.

Ważna zmiana dotyczy zobowiązania sądu wydającego postanowienie do doręczenia jego odpisu z urzędu: uczestnikom postępowania, prokuratorowi, policji lub żandarmerii wojskowej (jeżeli dotyczy jej funkcjonariusza). Ponadto sąd ma obowiązek zawiadomić właściwy miejscowo zespół interdyscyplinarny, a jeżeli w lokalu zamieszkują osoby małoletnie również właściwy miejscowo sąd opiekuńczy. Jest to niezwykle istotne z punktu widzenia osoby bezpośrednio doświadczającej przemocy i całej rodziny dotkniętej przemocą, pozwala na objęcie monitoringiem i wsparciem, co jest szczególnie istotne dla tych rodzin, które nie miały dotąd założonych „Niebieskich Kart”. Co prawda, postanowienie jest skuteczne i wykonalne od chwili jego ogłoszenia, jednak ustawodawca przewidział możliwość złożenia apelacji, zobowiązując sąd drugiej instancji do orzeczenia w jej przedmiocie w terminie jednego miesiąca od dostarczenia akt sprawy wraz z apelacją przez sąd orzekający.

Kolejne zmiany legislacyjne w omawianym zakresie, wprowadzone przez nowelizację ustawy z 30.04.2020 r. – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁷, dotyczą ustawy o Policji²⁸. Umożliwiają one funkcjonariuszowi policji wydanie nakazu natychmiastowego opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazu zbliżania się do mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia wobec osoby stosującej przemoc w rodzinie, w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu przemocy. Oba te środki mogą być zastosowane łącznie i są natychmiast wykonalne. Funkcjonariusz policji ma prawo do wydania nakazu i zakazu, gdy ustalił, że w rodzinie dochodzi do stosowania przemocy podczas podjętej interwencji lub jeżeli zgłosiła ją osoba doznająca przemocy bądź kurator sądowy lub pracownik jednostki organizacyjnej pomocy społecznej w związku z wykonywaniem swoich obowiązków służbowych.

Zatem *de facto* policjant został wyposażony w możliwość pozbawienia obywatela istotnych atrybutów prawa własności zajmowanego lokalu. Niektóre zgłoszenia dotyczące stosowania przemocy bywają bezpodstawne i wynikają z konfliktów rodzinnych lub okolorozwodowych, pojawia się więc wątpliwość, czy funkcjonariusz policji posiada kompetencje do oceny zdarzenia i zastosowania tak dolegliwego środka wobec domniemanego sprawcy przemocy. Policjant podczas czynności zatrzymania ocenia ryzyko bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia, uwzględniając przede wszystkim: akty przemocy fizycznej, wiek pokrzywdzonego, niepełnosprawność, zależność od osoby stosującej przemoc, zaburzenia psychiczne sprawcy, jego dostęp do broni lub innego niebezpiecznego narzędzia. Nakaz lub zakaz wydawany przez

²⁶ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 821).

²⁷ Dz.U. z 2020 r. poz. 956.

²⁸ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2016 r. poz. 1782 ze zm.; tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 360).

policję może być też wydany w sytuacji, kiedy osoba stosująca przemoc nie jest obecna we wspólnie zajmowanym mieszkaniu ani w jego bezpośrednim otoczeniu podczas czynności podejmowanych przez funkcjonariusza policji. Obowiązkiem policji jest niezwłoczne doręczenie odpisu wydanego nakazu lub zakazu prokuratorowi oraz zawiadomienie właściwego miejscowo zespołu interdyscyplinarnego, a jeżeli w lokalu, w którym dochodzi do przemocy, zamieszkują osoby małoletnie także do właściwego miejscowo sądu opiekuńczego. Osoba w stosunku do której nakaz lub zakaz został wydany zobowiązana jest podać funkcjonariuszowi policji nowe miejsce swojego pobytu, numer telefonu i informować o każdej zmianie adresu pobytu i telefonu. Ma obowiązek pozostawienia kluczy w zajmowanym lokalu, może zabrać rzeczy osobiste i służące do wykonywanej pracy. Ma prawo jednokrotnego powrotu do mieszkania po niezbędne rzeczy, ale tylko w asyście policjanta. Policja została zobowiązana do co najmniej trzykrotnego skontrolowania, czy nakaz lub zakaz nie są naruszane, przy czym pierwsza kontrola musi nastąpić następnego dnia po interwencji skutkującej ich wydaniem. Nakaz i zakaz mogą zostać wydane w wymiarze do 14 dni, po upływie tego terminu tracą moc, chyba że sąd udzielił zabezpieczenia przedłużającego, tracą moc również na skutek zatrzymania osoby zobowiązanej i orzeczenia środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania lub orzeczenia okresowego opuszczenia lokalu tytułem środka zabezpieczającego. Osobie, której dotyczy nakaz lub zakaz, przysługuje prawo do złożenia w terminie 3 dni od jego doręczenia zażalenia do właściwego miejscowo ze względu na położenie nieruchomości, na której usytuowany jest lokal sądu rejonowego, który zobowiązany jest do rozpoznania sprawy w terminie nie dłuższym niż 3 dni. Policja została również ustawowo zobowiązana do szczegółowego poinformowania zarówno osoby pokrzywdzonej, jak i stosującej przemoc o ich prawach i możliwościach skorzystania z pomocy instytucjonalnej. Czynności są dokumentowane i protokolowane, a także przeprowadzane przy użyciu urzędowych formularzy wydanych w drodze rozporządzeń przez ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

Pewne kontrowersje może budzić przepis zobowiązujący osobę pełnoletnią, która na mocy nakazu sądowego pozostała w opuszczonym przez sprawcę przemocy lokalu, do ponoszenia opłat eksploatacyjnych z tytułu użytkowania tego lokalu. Bez względu na to, czy przemoc przybiera formę fizyczną, psychiczną czy seksualną bardzo często ma też charakter przemocy ekonomicznej. Osoba pokrzywdzona przemocą najczęściej jest ekonomicznie uzależniona od sprawcy. Nie ma ona możliwości ponoszenia opłat eksploatacyjnych za użytkowanie mieszkania, nie jest upoważniona do podejmowania czynności z administratorem lokalu lub po prostu nigdy się tym nie zajmowała i nie potrafi sobie z tym poradzić.

Analogiczne, jak przyznane funkcjonariuszom policji uprawnienia, zyskali żołnierze żandarmerii wojskowej²⁹, którzy mogą wydać zarówno nakaz opuszczenia mieszkania przez osobę podejrzewaną o stosowanie przemocy, jak i zakaz zbliżania się do określonej osoby lub miejsca jej zamieszkania. Przedstawiciele żandarmerii wojskowej uzyskali również możliwość wejścia w skład zespołu interdyscyplinarnego na podstawie wniosku złożonego do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, jeżeli na obszarze ich właściwości zamieszkuje żołnierz Żandarmerii Wojskowej pełniący czynną służbę.

²⁹ Ustawa z 24.08.2001 r. o Żandarmerii Wojskowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 431).

3. PODSUMOWANIE

Celem wprowadzenia opisanych nowelizacji było zwiększenie efektywności funkcjonowania mechanizmów ochrony osób doświadczających przemocy domowej. Czy istotnie efekt ten zostanie osiągnięty pokażą kolejne lata funkcjonowania przepisów w praktyce. Konieczność rozszerzenia możliwości chronienia osób dotkniętych różnymi formami przemocy jest niekwestionowana, jednak zwiększenie uprawnień policji może budzić pewne wątpliwości, ponieważ pozostawia możliwość stosowania nadużyć w postaci administracyjnej ingerencji w konstytucyjnie gwarantowane prawa takie jak: prawo do ochrony życia prywatnego czy prawo własności.

Summary

Paulina Wiktorska, *Legal Procedures Connected with the Possibilities of Separating the Perpetrator of Domestic Violence from the Survivor of Violence*

The text describes the latest amendments to the provisions of law regarding the protection of victims of domestic violence from the perpetrators. The primary protection mechanism is the ability to guarantee separation of the perpetrator from the victim by issue of an order for the perpetrator to vacate the apartment/home. In the Polish legal system it is possible in both the criminal and civil procedures. The possibility of using the civil procedure has been significantly expanded, which may make protection of victims of domestic violence more effective.

Keywords: domestic violence, violence in the family, violence towards the closest person, cohabitation, order to vacate the apartment/home, restraining order, perpetrator, victim, civil court, police

Streszczenie

Paulina Wiktorska, *Procedury prawne związane z możliwościami odseparowania sprawcy przemocy domowej od osoby doświadczającej przemocy*

Artykuł opisuje najnowsze nowelizacje przepisów prawnych dotyczące ochrony osób doświadczających przemocy domowej przed jej sprawcą. Podstawowym mechanizmem ochrony jest możliwość zagwarantowania odseparowania sprawcy od ofiary, poprzez wydanie nakazu opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania. W polskim systemie prawnym jest to możliwe zarówno przy zastosowaniu procedury karnej, jak i cywilnej. Możliwość zastosowania procedury cywilnej została znacznie rozszerzona, co może wpłynąć na efektywność rzeczywistej ochrony ofiar przemocy domowej.

Słowa kluczowe: przemoc domowa, przemoc w rodzinie, przemoc wobec osoby najbliższej, wspólne zajmowanie lokalu, nakaz opuszczenia lokalu, zakaz zbliżania się, sprawca, osoba pokrzywdzona, sąd cywilny, policja

Literatura:

1. Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971.
2. Frąckowiak J., *Orzecznictwo i doktryna jako źródło prawa prywatnego*, Przegląd Prawa i Administracji 2018, t. CXII.

3. Gardocki L., *Prawo Karne*, Warszawa 2011.
4. Klimczak W., Lewicka-Zelent A., Trojanowska E., *Przemoc w rodzinie wobec kobiet z wyższym wykształceniem. Indywidualne studium przypadku*, Lublin 2020.
5. Kmiecik R., *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983.
6. Konarska-Wrzonek W., *Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece* [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, red. J. Warylewski, Warszawa 2012.
7. Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2007.
8. Sakowicz A., *Nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym* [w:] *System prawa karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. 6, red. M. Melezini, Warszawa 2010.
9. Smarzewski M., *O wprowadzeniu humanizmu do kodeksu karnego*, *Prawo i Prokuratura* 2011, nr 1.
10. Wiktorska P., *Zmiany w kontrolowaniu przemocy wobec najbliższych* [w:] *Zmiana i kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości*, red. K. Buczkowski, W. Klaus, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, Warszawa 2017.
11. Wrona G., *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Warszawa 2020.

Aleksandra Klich, Marta Krysztofik*

Udostępnianie danych osobowych pacjentów prokuratorowi jako organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze a prawo do prywatności i ochrony danych osobowych – uwagi praktyczne**

1. WSTĘP

Konstytucyjne prawo do prywatności i ochrony danych osobowych stanowi obecnie zagadnienie bardzo istotne, zwłaszcza z perspektywy osób korzystających z usług podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych. Zagadnienia te zyskują na znaczeniu wobec popularyzacji usług świadczonych drogą elektroniczną, a także swobodnym przeniesieniem wielu aktywności do świata wirtualnego. Mimo że dostęp do danych osobowych jest aktualnie znacznie bardziej ułatwiony, to nie wpływa to rozszerzająco na konstytucyjne gwarancje praw i wolności. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art. 47 Konstytucji RP¹ każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Ponadto ustrojodawca w art. 51 Konstytucji RP uwypukla ściśle związane z prawem do prywatności prawo każdej osoby do ochrony informacji o sobie, co wiąże się z generalnym zakazem ujawniania informacji dotyczących jego osoby. Przewidziana przez ustawodawcę w tym przepisie ochrona stanowi rozszerzenie gwarancji, o których mowa w art. 47 Konstytucji RP. Regulacje te mają charakter fundamentalny z perspektywy przedmiotu niniejszego opracowania. Odnosząc je do statusu pacjenta i ochrony informacji o nim oraz o stanie jego zdrowia, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że zarówno przepisy prawne, jak i zasady deontologii zawodów medycznych konsekwentnie zobowiązują profesjonalistów medycznych do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych

* Dr Aleksandra Klich jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, Polska, ORCID: 0000-0002-2931-712X, e-mail: aleksandra.klich@usz.edu.pl; Marta Krysztofik jest adwokatem, Polska, e-mail: marta.krysztofik@mwmlgal.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorki: 18.02.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.03.2021 r.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

na temat ich pacjentów. Pozornie może się wydawać, że zasada poufności jest egzekwowana przez skomplikowaną sieć powiązanych ze sobą zobowiązań prawnych i etycznych. W praktyce sama zasada nie jest jednak złożona. Skuteczna realizacja prawa do prywatności i sama poufność mają bowiem na celu ochronę osobistej autonomii i prywatności pacjenta, jak również zmierza do zachęcania do swobodnego przepływu informacji między pacjentem a personelem medycznym. Dialog ten ma sprzyjać uzyskaniu od profesjonalistów medycznych należytej opieki. Podkreślenia wymaga też to, że osoby wykonujące zawody medyczne uprawnione są do ujawniania informacji o pacjentach jedynie wtedy, kiedy pacjent wyraził zgodę na ujawnienie swoich danych lub jeśli obowiązujące przepisy prawne wymagają bądź dopuszczają możliwość ujawnienia informacji pomimo odmowy wyrażenia przez pacjenta zgody². Podkreślenia wymaga to, że ustawodawca może przewidywać i przewiduje sytuacje, w których profesjonalista medyczny jest zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy obejmującej informacje o pacjencie i jego stanie zdrowia. Problematyczna pozostaje jednak kwestia udostępniania informacji o stanie zdrowia pacjenta i przebiegu procesu diagnostyczno-terapeutycznego (w tym także danych osobowych) przez podmiot leczniczy prowadzący szpital lub inną placówkę, w której udzielane są świadczenia zdrowotne.

Celem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na problem natury praktycznej dotyczący udostępniania informacji o pacjentach (ich danych osobowych, w tym danych o stanie zdrowia, czy też o rodzaju i zakresie udzielonych świadczeń zdrowotnych) podmiotom, które ze względu na zakres podmiotowy i przedmiotowy żądanych danych posiadają w świetle obowiązujących przepisów wątpliwą legitymację do ich bezpośredniego uzyskiwania. Pozornie wątpliwości te nie powinny dotyczyć tych podmiotów, które ustawodawca wprost wyposażył w uprawnienie do uzyskiwania informacji o pacjencie, w tym informacji o jego stanie zdrowia utrwalonych w dokumentacji medycznej. Wyłączenia przewidziane przez ustawodawcę korespondują z konstytucyjnie zagwarantowanym prawem do prywatności i informacji o sobie. Istnieje jednak pewna grupa podmiotów, których działalność może być traktowana jako pewnego rodzaju nadużycie w zakresie żądania od podmiotu leczniczego przedstawienia informacji o pacjentach, którzy w tymże podmiocie byli hospitalizowani. Jednym z przykładów może być sytuacja, w której prokurator postanowieniem kieruje do kierownika podmiotu leczniczego wezwanie do udostępnienia informacji dotyczących wykazu pacjentów wraz z ich danymi osobowymi, tj. numerem PESEL, adresem zamieszkania, adresem do korespondencji hospitalizowanych w danym podmiocie leczniczym. Z tego też względu zakresem niniejszego opracowania objęto przede wszystkim kwestię dotyczącą możliwości zwolnienia z zachowania tajemnicy medycznej, jak również problematykę udostępniania informacji o pacjentach i ich danych podmiotom prowadzącym postępowanie przygotowawcze. Ze względu na ograniczone ramy niniejszego opracowania, kwestia ta odnosić się będzie przede wszystkim do działań prokuratora jako organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze.

Może się pozornie wydawać, że przedmiot niniejszego opracowania powinien być rozpatrywany z perspektywy unijnego rozporządzenia w sprawie ochrony

² Tak też: W. Flanagan, *Genetic Data and Medical Confidentiality*, „Health Law Journal” 1995, t. 3, s. 269.

danych osobowych³. Analizując postanowienia RODO, należy jednak zwrócić uwagę na motyw 19 preambuły RODO zgodnie z którym ochrona osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy w ramach zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania lub ścigania czynów zabronionych lub wykonywania kar, w tym w celu ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom oraz swobodny przepływ takich danych podlegają szczególnemu aktowi prawnemu Unii Europejskiej. RODO nie powinno zatem mieć zastosowania do czynności przetwarzania w tych celach. Jeżeli jednak dane osobowe przetwarzane przez organy publiczne na mocy RODO są wykorzystywane do tych celów, to powinny one podlegać szczególnemu aktowi prawnemu Unii – dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680⁴. Powyższe pozostaje w ścisłym związku z art. 2 ust. 2 lit. d RODO, który normuje przedmiotowy zakres zastosowania tego rozporządzenia. Zgodnie z przywołanym przepisem RODO nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych przez właściwe organy dla celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom⁵. Z tego też względu poza zakresem niniejszego opracowania pozostaną rozważania związane z ustaleniem prawnych podstaw przetwarzania danych osobowych, w związku z toczącym się postępowaniem przygotowawczym.

2. PRAWO PACJENTA DO PRYWATNOŚCI I TAJEMNICY

Potwierdzeniem konstytucyjnie zagwarantowanego prawa do prywatności z perspektywy pacjenta jest brzmienie postanowień zawartych w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁶, w której uszczegółowiono zarówno system udostępniania informacji o stanie zdrowia pacjenta, jak i dokumentów z tym związanych. Wydaje się, że o ile dość klarownie zostały sformułowane postanowienia dotyczące zakresu przedmiotowego tajemnicy medycznej (art. 13 u.p.p.), jak również zakres informacji udostępnianych o pacjencie (co związane jest przede wszystkim z szerokim zakresem dokumentacji medycznej dotyczącej pacjenta), o tyle krąg podmiotów, którym informacje te mogą być udostępniane w niektórych sytuacjach jest dość wątpliwy. Uzupełnieniem tych postanowień są oczywiście regulacje zawarte w tzw. ustawach korporacyjnych, regulujących prawa i obowiązki osób wykonujących zawody medyczne. Ustawodawca w sposób precyzyjny nakłada

³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) – dalej RODO.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz.Urz. UE L 119, s. 89).

⁵ Szerzej na ten temat M. Nawrocki, *RODO w postępowaniu karnym i karnym skarbowym* [w:] *Ochrona danych osobowych w postępowaniach sądowych i przed organami administracji publicznej*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, Warszawa 2019, s. 132 i n.

⁶ Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 849) – dalej u.p.p.

na tzw. profesjonalistów medycznych obowiązki wynikające z konieczności nieujawniania informacji o pacjencie niezależnie od źródła ich pochodzenia. Działanie to aktualnie uzasadnione jest w sposób szczególny popularyzacją w ostatnich dwóch latach zagadnień związanych z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa przetwarzanym danym osobowym w związku z obowiązywaniem od 25.05.2018 r. przepisów RODO. Z tego też względu podstawa prawna uprawniająca do udostępnienia informacji o pacjencie musi być wystarczająco jasna i precyzyjna, aby odnosić ją do ujawnienia poufnych danych medycznych, co należy także rozszerzyć na informację o tym, z usług jakiego podmiotu leczniczego korzystała dana osoba. Przykładowo, informacją podlegającą ochronie z perspektywy nie tylko prawa pacjenta do prywatności, ale i ochrony danych osobowych będzie kwestia korzystania przez pacjenta z usług np. poradni psychologiczno-psychiatrycznej, bowiem kontekst, w jakim można zestawić imię i nazwisko pacjenta oraz specjalizację podmiotu udzielającego świadczenia zdrowotne prowadzić może pośrednio do ustalenia, że stan zdrowia danej osoby uzasadnia korzystanie przez nią z usług psychologa bądź psychiatry. Z tego względu należy zaakcentować to, że poufność danych medycznych (w tym danych o pacjencie) ma zasadnicze znaczenie dla prawa do poszanowania życia prywatnego⁷. Każde naruszenie ochrony danych może być szkodliwe dla pacjenta, co obrazuje choćby powyższy przykład (w przypadku bowiem ujawnienia informacji o tym, że pacjent korzysta z pomocy psychologiczno-psychiatrycznej może być on poddany społecznym szykanom, co prowadzić będzie do pogorszenia jego stanu zdrowia psychicznego). Gdyby bowiem pacjent musiał obawiać się, że wstydlive dla niego informacje dojdą do osób trzecich, mógłby nie zdecydować się na ich wyjawienie swojemu lekarzowi⁸.

Mając na uwadze powyższe rozważania, na szczególną uwagę zasługuje kwestia relacji pojęcia prywatności do pojęcia poufności medycznej. Wydaje się, że pierwsze z nich ma zasadniczo szerszy zakres. W zagranicznej doktrynie prawa medycznego dostrzegalny jest pogląd, zgodnie z którym indywidualne interesy związane z prywatnością obejmują nie tylko tajemnicę medyczną, tzn. prawo do nieujawniania lub niesłusznego ujawniania lub wykorzystywania informacji o pacjencie i jego stanie zdrowia. W konsekwencji należy uznać, że prywatność obejmuje szerokie prawo do kontroli w zakresie gromadzenia, późniejszego ujawniania i wykorzystywania informacji o sobie. Natomiast tajemnica lekarska reguluje jedynie ujawnianie takich informacji, zaś gromadzenie danych medycznych podlega koncepcji świadomej zgody⁹. Zgodnie z art. 13 u.p.p. pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego, co koresponduje z obowiązkiem lekarza wyrażonym w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁰ (np. art. 40 u.z.l.). Redakcja wskazanych przepisów przesądza o szerokim zakresie danych, które zobowiązany jest zachować w tajemnicy tzw. profesjonalista medyczny. Co istotne, zakres przedmiotowy

⁷ J. Evers, *Disclosing Medical Data: A Foreseeable Application of the Law*, „European Data Protection Law Review” 2016/2, t. 2, s. 436.

⁸ J. Hartman, *Bioetyka dla lekarzy*, Warszawa 2012, s. 93.

⁹ W. Flanagan, *Genetic Data...*, s. 272.

¹⁰ Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 537) – dalej u.z.l.

tajemnicy medycznej zdecydowanie wykracza poza ramy dokumentacji medycznej. Obejmuje on bowiem zarówno informacje przekazane przez pacjenta podczas wywiadu lekarskiego wraz ze wszystkimi spostrzeżeniami lekarza, jego diagnozami i rokowaniami¹¹, jak i informacje związane z pacjentem, a uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. W konsekwencji należy uznać, że relacje zachodzące pomiędzy lekarzem a pacjentem opierać się powinny na wzajemnym zaufaniu, stąd szczególne znaczenie przypisuje się właśnie tajemnicy medycznej.

Dokonując kompleksowej analizy przepisów ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wraz z postanowieniami ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, należy stwierdzić przede wszystkim, że tzw. tajemnica zawodów medycznych podlega ochronie prawnej, obejmując swoim zakresem wszelkie informacje, jakie osoba wykonująca zawód medyczny uzyskała w toku udzielanych świadczeń zdrowotnych, nawet jeżeli są to informacje niezwiązane bezpośrednio z zagadnieniami medycznymi. Zasadne wydaje się twierdzenie wyrażone w literaturze przedmiotu, zgodnie z którym tzw. tajemnica lekarska (czy też medyczna) nie ma charakteru absolutnego. Wyraża się to przede wszystkim w tym, że to pacjent jest dysponentem informacji o sobie samym, co prowadzi do tego, iż może on zwolnić lekarza (lub innego profesjonalistę medycznego) z obowiązku dyskrecji. Ustawodawca nakłada na lekarza obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej, wskazując jednocześnie wyjątki, kiedy możliwe jest odstąpienie od niej. Do odstępstw tych należy zaliczyć: postanowienia odrębnych ustaw, sytuację, w której zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta bądź innych osób, gdy badanie lekarskie zostało przeprowadzone na żądanie uprawnionych, na podstawie odrębnych ustaw, organów i instytucji, jak również gdy pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, kiedy zachodzi potrzeba przekazania niezbędnych informacji o pacjencie lekarzowi sądowemu, a także w razie zachodzenia potrzeby przekazania niezbędnych informacji o pacjencie związanych z udzielaniem świadczeń zdrowotnych innemu lekarzowi lub uprawnionym osobom uczestniczącym w udzielaniu tych świadczeń. W związku z nowelizacją ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wprowadzono w 2011 r. dodatkowy wyjątek zachowania tajemnicy medycznej, związany z funkcjonowaniem wojewódzkich komisji do spraw orzekania o zdarzeniach medycznych. Podkreślenia wymaga przede wszystkim to, że nie tylko prawne, ale i etyczne oraz obyczajowe wytyczne dotyczące praktyki medycznej konsekwentnie zobowiązują osoby wykonujące zawody medyczne do zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych na temat ich pacjentów.

Niezaprzeczalnie głównym celem zachowania tajemnicy medycznej jest ochrona interesów pacjentów, które wynikają z ich konstytucyjnych praw do ludzkiej godności i prywatności. Szczególne znaczenie tajemnicy medycznej należy przypisać temu, że stanowi ona podstawę zaufania pacjentów do osób wykonujących zawody medyczne, co z kolei ma wpływ na jakość zarządzania opieką medyczną i na lepsze funkcjonowanie systemu medycznego jako całości. Pacjent powinien mieć zagwarantowany szczególnie poziom realizacji prawa do prywatności, co podyktowane jest nie tylko konstytucyjnym prawem, którego adresatem jest każdy, ale przede

¹¹ I. Bernatek-Zagula, *Prawo pacjenta w Polsce do informacji medycznej*, Toruń 2008, s. 113.

wszystkim – samą naturą relacji pacjent–profesjonalista medyczny. Warto w tym miejscu podkreślić, że pacjent nie ujawnia informacji o stanie zdrowia lekarzowi, ponieważ tego pragnie, ale raczej dlatego, że jest zmuszony do tego z powodu szczególnych okoliczności. Wiąże się to ze stanem choroby i tym, że podanie tych informacji jest niezbędne z punktu widzenia konieczności podjęcia określonej interwencji medycznej. Z tego też względu pacjent musi mieć pewność, że informacje o nim, które on sam ujawnia lekarzowi lub pozwala lekarzowi na jego ustalenie będą utrzymywane w tajemnicy¹². Szeroki zakres tajemnicy medycznej uzasadnia również objęcie nią tych informacji, które związane są z samym faktem korzystania przez pacjenta z usług danego podmiotu leczniczego. Z powyższych względów wydaje się też, że zakresem tajemnicy medycznej objęta jest dokumentacja medyczna. Modelowo dokumentacja medyczna powinna bowiem przede wszystkim odzwierciedlać opis stanu zdrowia pacjenta, który ustala się na podstawie dokonywanego wywiadu lekarskiego oraz przeprowadzonych badań medycznych, a także powinna odzwierciedlać zastosowane procedury medyczne.

3. ZASADY UDOSTĘPNIANIA DANYCH OSOBOWYCH PACJENTÓW

Jak wskazano powyżej, zgodnie z brzmieniem art. 40 ust. 1 i 2 pkt 1 u.z.l., lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu, zaś przepisu tego nie stosuje się, gdy tak stanowią ustawy. Zasada ta została powielona przez ustawodawcę także w art. 13 u.p.p., zgodnie z którym ma on prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego. Tak zwana tajemnica zawodów medycznych stanowi niewątpliwie fundament etyki profesji medycznych, czego odzwierciedleniem jest zobowiązanie do jej zachowania, wynikające nie tylko z aktów prawnych, ale także z przepisów deontologicznych. Stanowi ona – jak dostrzeżono – gwarancję przestrzegania prawa pacjenta do prywatności. Głównym celem zachowania tajemnicy medycznej jest ochrona interesów pacjentów, które wynikają przede wszystkim z jego konstytucyjnych praw do ludzkiej godności i prywatności. Szczególne znaczenie tajemnicy medycznej przypisuje się temu, że stanowi ona podstawę zaufania pacjentów do przedstawicieli profesji medycznych, co ma również wpływ na jakość sprawowania opieki medycznej i na lepsze funkcjonowanie systemu opieki zdrowotnej jako całości. W świetle powyższego wskazać trzeba, że to nie do lekarza lub innej osoby wykonującej zawód medyczny należy decyzja lub wola ujawnienia tajemnicy lekarskiej, a może on to uczynić tylko w ściśle określonych przypadkach, m.in. wówczas, gdy na mocy art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego¹³ sąd na wniosek prokuratora zwolni go w odpowiednim zakresie od dochowania przedmiotowej tajemnicy.

Analizując problematykę udostępniania informacji o pacjentach, w tym ich danych osobowych, należy zwrócić również uwagę na brzmienie art. 40 ust. 4 u.z.l.,

¹² Por. D. Denić, *Medical Secret as a Basis of Medical Con dence in Relation Doctor-Patient – a View from Healthcare System of the Republic of Serbia*, JAHR 2018/18, t. 9/2, s. 207.

¹³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

zgodnie z którym lekarz nie może podać do publicznej wiadomości danych umożliwiających identyfikację pacjenta bez jego zgody. W tym przepisie ustawodawca wprost odnosi się do zakazu udostępniania przez lekarza danych osobowych pacjenta. Biorąc pod uwagę ogólne reguły związane z koniecznością przestrzegania przepisów związanych z ochroną danych osobowych, możliwe jest rozszerzenie tej zasady na pozostałe osoby wykonujące inne zawody medyczne.

Mając z kolei na uwadze przedmiot niniejszego opracowania, należy zwrócić szczególną uwagę na potencjalną możliwość żądania przez prokuratora – na podstawie art. 217 § 1 i 2 k.p.k., art. 180 § 1 k.p.k., a także art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p. – wydania danych oraz informacji mogących stanowić dowód w sprawie, w postaci danych osobowych pacjentów hospitalizowanych w danym podmiocie leczniczym w określonym przedziale czasowym. Zgodnie z art. 217 § 1 k.p.k. rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przypadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody należy wydać na żądanie sądu lub prokuratora, a w przypadkach niecierpiących zwłoki – także na żądanie policji lub innego uprawnionego organu. Ustawodawca określa w analizowanym przepisie, w jakim celu i w jakim trybie w toku postępowania karnego możliwe jest zwrócenie się z żądaniem wydania rzeczy. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie przesłanką zatrzymania rzeczy jest posiadanie przez uprawniony organ wiarygodnej informacji, że w posiadaniu konkretnej osoby oraz w znanym miejscu znajduje się rzecz, która może stanowić dowód w sprawie albo podlegać zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przypadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody. Ponadto warte zaaprobowania jest stanowisko, zgodnie z którym przedmiotowe zatrzymanie nie może posiadać cech dowolności, bowiem pozbawia ono osobę uprawnioną posiadania rzeczy, które stanowią element konstytucyjnie chronionego prawa własności, w tym prawa do posiadania rzeczy. Z tego też względu okoliczności, które stanowią przesłankę zatrzymania rzeczy powinny wynikać z procesowo uzyskanych informacji, gdyż tylko wtedy posiadają walor wiarygodności¹⁴. Podkreślenia wymaga również to, że przede wszystkim zatrzymuje się rzeczy, które stanowią mogą dowód w sprawie, a jak wynika z § 159 RegUrzProk¹⁵ zatrzymaniu w drodze dobrowolnego wydania lub odebrania albo po uprzednim przeszukaniu podlegają rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa; zachowały na sobie ślady przestępstwa; pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa; mogą służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawcy czynu lub ustalenia przyczyn okoliczności przestępstwa albo których posiadanie bez zezwolenia jest zabronione.

Zgodnie z art. 180 § 1 k.p.k. osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” albo tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić składania zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby z obowiązku zachowania

¹⁴ J. Skorupka [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 549 i n.

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 1206) – dalej RegUrzProk.

tajemnicy, jeśli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Na postanowienie w tym przedmiocie przysługuje zażalenie. Natomiast – jak wynika z art. 180 § 2 k.p.k. – osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej oraz tajemnicy Prokuraturii Generalnej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. W postępowaniu przygotowawczym¹⁶ w przedmiocie przesłuchania lub zezwolenia na przesłuchania albo zezwolenia na przesłuchanie decyduje sąd na posiedzeniu bez udziału stron, w terminie nie dłuższym niż 7 dni od daty doręczenia wniosku prokuratora. Postanowienie sądu w tym zakresie jest zaskarżalne zażaleniem.

Powyższa regulacja różnicuje sytuację prawną oraz sposób zwalniania z tajemnicy informacji niejawnych lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji od tajemnicy zawodowej, np. tajemnicy adwokackiej albo tajemnicy lekarskiej, przyznając szerszą ochronę tajemnicy zawodowej. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury orzeczenie zwalniające z tajemnicy zawodowej powinno ściśle określać zakres tego zwolnienia, poprzez wskazanie konkretnej sprawy bądź czynu oraz okoliczności, o których zwolniony może zeznawać¹⁷. Ponadto zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej może być orzeczone jedynie wówczas, gdy stwierdzi się zachodzące w koniunkcji przesłanki takiego orzeczenia, a to niezbędność zeznań dla dobra wymiaru sprawiedliwości, więc istotny charakter okoliczności, która ma być wykazana zeznaniami oraz niemożność stwierdzenia jej na podstawie innego dowodu¹⁸. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem judykatury w uzasadnieniu postanowienia należy wykazać, jakie fakty je uzasadniają i jakie z nich wynikają wnioski istotne dla podjętej decyzji. Nie może to być decyzja dyskrecjonalna z uwagi na to, że podlega ona kontroli stron i nadzorowi instancyjnemu sądu odwoławczego¹⁹. W orzecznictwie zwrócono uwagę na to, że funkcją zakazów związanych z tajemnicami zawodowymi adwokata, radcy prawnego, notariusza, lekarza, dziennikarza nie jest ochrona interesów osób, które te zawody wykonują, lecz przede wszystkim ochrona osób, które w zaufaniu do publicznych funkcji adwokata, radcy prawnego, notariusza, lekarza, dziennikarza powierzają im wiedzę o faktach, z którą nie chcą się na ogół dzielić z innymi osobami. Gwarancja zachowania przekazanych informacji w tajemnicy jest podstawą wzajemnego zaufania i warunkiem swobodnego wykonywania wyżej wskazanych zawodów. W ocenie organu procesowego sąd nie może uchylić tajemnicy radcowskiej blankietowo i objąć tą decyzją wszelkie dokumenty zawarte w zabezpieczonym zbiorze, lecz może to uczynić jedynie wobec tych dokumentów, które zawierają informacje dotyczące konkretnego przedmiotu objętego postępowaniem (konkretnych faktów, które mogą być istotne dla rozstrzygnięcia). To – w ocenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – prokurator ma, kierując do sądu wniosek o uchylenie tajemnicy, wskazać te dokumenty i uwiarygodnić, że zawierają one takie właśnie informacje²⁰.

¹⁶ Szerzej nt. tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym por. A. Jaskuła, K. Płończyk, *Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2017/3, s. 83 i n.

¹⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie z 16.06.2010 r., II AKz 198/10, „Prokuratura i Prawo” 2011/2, poz. 30, s. 14.

¹⁸ Postanowienie SA w Krakowie z 1.04.2015 r., II AKz 111/15, KZS 2015/4, poz. 88.

¹⁹ Postanowienie SA w Katowicach z 29.06.2013 r., II AKz 303/13, SAKat 2013/3, poz. 1.

²⁰ Postanowienie SA we Wrocławiu z 4.11.2010 r., II AKz 588/10, „Prokuratura i Prawo” 2011/10, poz. 37.

Nawiązując do zasad udostępniania dokumentacji medycznej, należy zwrócić również uwagę na brzmienie art. 26 ust. 1 u.p.p., zgodnie z którym dokumentacja medyczna udostępniana jest pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu bądź osobie upoważnionej przez pacjenta. Z kolei w myśl art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p., podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych udostępnia dokumentację medyczną też ministrowi właściwemu do spraw zdrowia, sądom, w tym sądom dyscyplinarnym, prokuratorom, lekarzom sądowym i rzecznikom odpowiedzialności zawodowej, w związku z prowadzonym postępowaniem. Z analizowanego przepisu wynika, że podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych, a więc również szpital, udostępnia dokumentację medyczną na żądanie prokuratora w związku z prowadzonym postępowaniem.

Choć literalne brzmienie tego przepisu nie pozostawia wielu wątpliwości interpretacyjnych, to należy wskazać, że systemowo nie powinien on pozostawać w oderwaniu od wyżej przywołanych i przeanalizowanych regulacji prawnych. W przypadku postępowania karnego organy ścigania mają silniej zarysowane kompetencje władczego pozyskania i przejęcia niezbędnego materiału dowodowego, co nie oznacza, że w sposób bezkrytyczny mogą realizować przysługujące im prawo do uzyskiwania informacji niezbędnych na potrzeby postępowania karnego. W innym przypadku bowiem prowadzić by to mogło do *de facto* obejścia przepisów dotyczących ujawniania w toku postępowania karnego danych objętych tajemnicą lekarską. Biorąc pod uwagę aktualnie obowiązujące przepisy prawa, należy dostrzec, że ustawodawca przewidział możliwość udostępnienia dokumentacji medycznej różnym podmiotom i instytucjom. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w literaturze przedmiotu należy jednak pamiętać o tym, że w dokumentach takich znajdują się informacje medyczne, objęte dyskrecją oraz ochroną dotyczącą sensytywnych danych osobowych. W konsekwencji zaś dostęp do nich musi być limitowany²¹. Nie jest bowiem możliwe i uzasadnione przekazywanie danych osobowych, zwłaszcza zawierających informacje o stanie zdrowia pacjentów (tzw. dane wrażliwe), bez uprzedniego ustalenia źródła realizacji uprawnienia dostępu do takich danych pochodzących pośrednio od podmiotu obowiązanego do ich przechowywania, a nie – od osób bezpośrednio zainteresowanych w sprawie.

Kwestią wartą rozważenia jest sytuacja, w której prokurator, działając na podstawie art. 180 § 1 k.p.k., zwalnia pracowników podmiotu leczniczego z obowiązku zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, określając jednocześnie, że czyni to w zakresie żądanym przedmiotowym postanowieniem. Kategoryczna ocena tego rodzaju sytuacji – wobec braku kompleksowej regulacji prawnej w tym zakresie – nie jest możliwa. Zasadne wydaje się twierdzenie, zgodnie z którym dane pacjentów i ich dokumentacja medyczna stanowią tajemnicę lekarską w rozumieniu art. 180 § 2 k.p.k. Z tego też względu należy podać w wątpliwość to, czy w przypadku tożsamego działania prokuratora dochodzi do skutecznego zwolnienia personelu podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych z tajemnicy lekarskiej (medycznej). W przypadku żądania na potrzeby toczącego się postępowania przygotowawczego danych osobowych pacjentów w postaci np. imienia i nazwiska, numeru PESEL czy też adresu zamieszkania

²¹ R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 200 i n.

/zameldowania, należy uznać, że mimo iż pozornie są to dane osobowe (tzw. dane umożliwiające zidentyfikowanie tożsamości danej osoby lub też dane kontaktowe), to one również podlegają ochronie z perspektywy przepisów dotyczących tajemnicy medycznej. Potwierdzeniem tego stanowiska jest pogląd wyrażony przez judykaturę zgodnie z którym imiona, nazwiska i adresy są objęte tajemnicą medyczną na tych samych zasadach co informacje dotyczące przebiegu leczenia²². Tym bardziej więc nie powinno budzić wątpliwości, że żądanie informacji o tym, który z wymienionych pacjentów przeszedł zabieg operacyjny oraz który z lekarzy go wykonywał objęty jest tajemnicą lekarską. W związku z tym, że prawodawca wiąże obowiązek zachowania tajemnicy informacji dotyczących pacjenta z wykonywaniem zawodu medycznego należy uznać, że jej zakresem objęte są nie tylko informacje o stanie zdrowia pacjenta, ale wszystko, co zostało przekazane przez niego bądź osoby trzecie. W konsekwencji należy uznać, że wszystkie informacje, które powziął profesjonalista medyczny w trakcie wykonywania pracy są objęte zakresem tajemnicy zawodowej.

Zagadnieniem budzącym wątpliwości na tle analizowanych zasad udostępniania dokumentacji medycznej jest również to, czy kierownik podmiotu leczniczego uprawniony jest do przekazania prokuratorowi na jego żądanie informacji o pacjentach w postaci danych umożliwiających identyfikację ich tożsamości. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie w sposób nierozzerwalny wiąże się z koniecznością przeanalizowania tego, czy prokurator, jako organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, jest uprawniony do zwolnienia kierownika podmiotu leczniczego z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej.

Biorąc pod uwagę aktualnie obowiązujące przepisy, stanowiące *lex specialis* względem ogólnych regulacji dotyczących zasad udostępniania dokumentacji medycznej i informacji o pacjencie, należy zwrócić uwagę na postanowienia zawarte w Kodeksie postępowania karnego. Zwolnienia z tajemnicy lekarskiej udziela bowiem sąd na wniosek prokuratora na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. Istotne jest również to, że adresatem zwolnienia jest osoba bezpośrednio zobowiązana do zachowania tajemnicy medycznej. Z tego względu należy w pierwszej kolejności podać w wątpliwość skuteczność zwolnienia z obowiązku zachowania w tajemnicy danych posiadanych przez kierownika podmiotu leczniczego. Ponadto niezbędne jest to, aby prokurator uprawdopodobnił, by ujawnienie objętych żądaniem danych było niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a także żeby nie można było ustalić okoliczności na podstawie innego dowodu. W razie braku wskazania w postanowieniu, jakie okoliczności miałyby zostać udowodnione za pomocą uzyskanych danych osobowych hospitalizowanych w danej placówce pacjentów, którego adresatem jest kierownik podmiotu leczniczego, wątpliwa jest możliwość bezkrytycznego udostępnienia tego rodzaju danych. W przeciwnym razie uprawniona staje się teza, że prokurator – jako organ prowadzący postępowanie przygotowawcze – dopiero w oparciu o żądane dane, które chronione są tajemnicą lekarską, chce poszukiwać ewentualnych dowodów. Jako wysoce nieprawidłowe należy ocenić takie postępowanie organów, które wskazując na zwolnienie z tajemnicy, o której mowa w art. 180 § 1 k.p.k., a więc tej związanej z wykonywaniem

²² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4.03.2016 r., II FSK 1452/14, „Monitor Podatkowy” 2016/7, s. 34.

zawodu lub funkcji, zmierzają do *de facto* uzyskania dostępu do wiedzy objętej tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Tak samo należy ocenić takie zachowanie, które zwalniać miałyby z tajemnicy lekarskiej w sposób tak ogólnikowy i szeroki – mianowicie żądając danych wszystkich pacjentów z danego okresu (określonego w latach), ponieważ sprzeciwia się temu charakter tajemnicy zawodowej, a także rodzi poważne wątpliwości co do celu takiego działania. Nie należy bowiem tracić z pola widzenia, że w tak kazuistycznej sytuacji żądana dokumentacja powinna jedynie służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawy czynu lub ustalenia przyczyn okoliczności przestępstwa (§ 159 RegUrzProk), a więc dokumentacja ta powinna dotyczyć czynu już znanego, nie zaś służyć do poszukiwania i gromadzenia materiału dowodowego, który hipotetycznie mógłby uzasadniać wykrycie potencjalnie nowego czynu. Nie można również zapominać o tym, że zwolnienie z tajemnicy zawodowej znajduje uzasadnienie dopiero wówczas, gdy konkretnych okoliczności nie można udowodnić w inny sposób. Sposób redakcji art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p., w którym ustawodawca przewiduje możliwość udostępnienia dokumentacji medycznej – co jest związane z udostępnieniem informacji o pacjencie i stanie jego zdrowia – przesądza w sposób jednoznaczny, że prokurator (jak i inne podmioty wymienione w przywołanej jednostce redakcyjnej) mają możliwość uzyskania żądanych informacji „w związku z prowadzonym postępowaniem”. Istotnym nadużyciem procesowym jest działanie organów polegające na wykorzystaniu swojej pozycji procesowej do uzyskania informacji niezbędnych do zgromadzenia materiału, stanowiącego podstawę do wszczęcia odpowiedniego postępowania. W świetle powyższego, należy zdecydowanie zaakcentować i odróżnić sytuacje, zdarzające się w przeważającej części w praktyce, kiedy to organy ścigania kierują żądanie udostępnienia dokumentacji medycznej określonego pacjenta, który albo jest osobą pokrzywdzoną popełnionym czynem zabronionym, albo typowany jest jako jego sprawca od sytuacji, w której organy ścigania zupełnie arbitralnie i dowolnie zakreślają takie ramy żądanych danych, które swoim zakresem obejmują dane osobowe niezliczonej liczby pacjentów. W pierwszej sytuacji dokumentacja medyczna będzie często uzupełniającym materiałem dowodowym prowadzonego postępowania karnego, natomiast w drugim przypadku dokumentacja medyczna stanowić będzie asumpt do jego poszukiwania.

Powyższe poglądy znajdują swoje potwierdzenie w stanowisku judykatury, zgodnie z którym doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k. sprawia, że decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Z tego też względu należy starannie rozważyć okoliczności konkretnej sprawy i podejmować decyzję o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy tylko wtedy, gdy ujawnienie okoliczności objętych tą tajemnicą jest rzeczywiście nieodzowne dla zapewnienia prawidłowego orzekania, gdyż brak jest w tym przedmiocie innych wystarczających dowodów. Zdaniem SA w Katowicach należy przyjąć, że już we wniosku prokurator powinien wskazać na istnienie przesłanek warunkujących wydanie pozytywnego rozstrzygnięcia w zakresie zwolnienia z tajemnicy zawodowej. Obowiązkiem wnioskodawcy jest zatem podanie, na jakiej podstawie faktycznej wywodzi, że zwolnienie z tajemnicy jest niezbędne dla wymiaru sprawiedliwości, a określonych okoliczności nie można

ustalić na podstawie innych dowodów. Sąd w takiej sytuacji jest zobowiązany zweryfikować takie twierdzenia, opierając się na przedstawionych mu dowodach²³.

W tym miejscu należy wskazać, że choć regulacja zawarta w art. 180 k.p.k. zasadniczo dotyczy zwalniania z tajemnicy lekarskiej w celu złożenia zeznań w charakterze świadka, to w Apelu Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z 2015 r. w sprawie podjęcia działań legislacyjnych zmierzających do zapewnienia należytej ochrony tajemnicy lekarskiej wyrażono stanowisko²⁴, zgodnie z którym Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej jest zdania, iż aby zapewnić pacjentom należyty poziom ochrony konstytucyjnie gwarantowanego prawa do prywatności konieczne jest wprowadzenie zasady, że źródłem uprawnienia jakiegokolwiek organu państwowego do danych objętych tajemnicą lekarską może być przepis, który wyraźnie upoważnia dany organ do otrzymania danych objętych tajemnicą lekarską. Takim prawidłowo skonstruowanym pod tym względem przepisem jest art. 180 § 2 k.p.k. Pogląd ten został odzwierciedlony również w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich (RPO)²⁵, zgodnie z którym rozwiązanie przyjęte w Kodeksie postępowania karnego uchodzi za modelowe, ponieważ decyzja o ujawnieniu tajemnicy scedowana jest na sąd powszechny, a nie na organ prowadzący postępowanie (prokuratora czy policję). Ponadto – zdaniem RPO – decyzja o ujawnieniu tajemnicy lekarskiej nie jest pozostawiona swobodnemu uznaniu sądu, lecz obwarowana przesłanką dobra wymiaru sprawiedliwości oraz niezbędności przeprowadzenia tego dowodu. Brak dostatecznej ochrony tajemnicy lekarskiej i związane z tym narażenie pacjentów na zbyt szeroki dostęp różnych organów i instytucji do informacji związanych ze sferą prywatności objętą stanem zdrowia i leczeniem może podważyć zaufanie stanowiące podstawę prawidłowych relacji pacjenta z lekarzem. Ponadto naruszenie obowiązku przestrzegania tajemnicy lekarskiej może skutkować pociągnięciem lekarza do odpowiedzialności zawodowej cywilnej, a nawet karnej.

Kolejny raz podkreślenia wymaga, że przedmiot niniejszego opracowania ograniczono jedynie do wskazania zagrożeń płynących z wydania żądanych przez prokuratora rzeczy w trybie art. 217 § 1 k.p.k., a które jednocześnie objęte są tajemnicą zawodową – lekarską, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Tylko pobocznie należy wskazać na treść art. 225 § 1 k.p.k., który stanowi, że jeżeli kierownik instytucji państwowej lub samorządowej albo też osoba, u której dokonano zatrzymania rzeczy lub u której przeprowadza się przeszukanie, oświadczy, iż 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 czynności przekazuje niezwłocznie pismo lub inny dokument bez jego odczytania

²³ Postanowienie SA w Katowicach z 29.06.2013 r., II AKz 303/13, „Prokuratura i Prawo” 2014/2, poz. 40.

²⁴ Apel Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej z 18.09.2015 r., nr 6/15/P-VII do Ministra Zdrowia w sprawie podjęcia działań legislacyjnych zmierzających do zapewnienia należytej ochrony tajemnicy lekarskiej, <https://docplayer.pl/113883595-Apel-nr-6-15-p-vii-prezydium-naczelnej-rady-lekarskiej-z-dnia-18-wrzesnia-2015-r.html> (dostęp: 12.02.2020 r.).

²⁵ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich z 13.06.2017 r. zgłoszone do Ministra Sprawiedliwości, nr II.501.2.2017.MM, <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Zwalnianie%20z%20tajemnicy%20lekarskiej%20-%20a%20z%20zadanie%20przez%20prokuratora%20dokumentow%20zawierajacych%20dane%20objete%20tajemnica%20lekarska%20i%20tajemnica%20psychiatryczna.pdf> (dostęp: 12.02.2020 r.).

prokuratorowi lub sądowi w opieczętowanym opakowaniu. Kierownik placówki medycznej, będący jednocześnie kierownikiem instytucji państwowej bądź samorządowej, decydując o dobrowolnym wydaniu żądanych danych może uczynić zastrzeżenie, że wydana dokumentacja zawiera wiadomości objęte tajemnicą zawodową, zwłaszcza, jeśli jej przekazanie lub wydanie następuje z udziałem osób nieuprawnionych do zapoznawania się z tajemnicą zawodową, np. poprzez przekazanie dokumentacji funkcjonariuszom policji. Należy jednak zaznaczyć, że w praktyce dobrowolne wydanie żądanych rzeczy następuje bezpośrednio do organu – prokuratora bądź sądu, bez konieczności przeprowadzania przeszukania. Bezsprzecznie jednak, w analizowanej w opracowaniu sytuacji, gdyby wydanie przedmiotowej dokumentacji łączyło się lub było poprzedzone przeszukaniem, uczynienie zastrzeżenia w trybie art. 225 § 1 k.p.k. byłoby wysoce wskazane.

4. UWAGI PODSUMOWUJĄCE. WNIOSKI *DE LEGE FERENDA*

Przeprowadzona analiza w zakresie dopuszczalności udostępnienia danych pacjentów organom prowadzącym postępowanie przygotowawcze doprowadziła do stwierdzenia, że każdorazowo dane osobowe pacjentów są objęte tajemnicą lekarską, a ich ujawnienie – w przypadku działania opartego na przesłance innej niż zgoda pacjenta – powinno mieć charakter absolutnie wyjątkowy. W przypadku żądania ujawnienia danych przez organ prowadzący postępowania przygotowawcze należy z dużą dozą ostrożności weryfikować zarówno zakres żądania, jak i jego uzasadniony cel. Nie są bowiem pożądane sytuacje, w których charakter żądania zdecydowanie wykraczać będzie poza konwencjonalne działanie organów ścigania.

Z tego też względu należy rozważyć, czy pomimo treści art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p. należy, zgodnie z żądaniem organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze, te dane przekazać. Choć jak wskazano – literalne brzmienie art. 26 ust. 3 pkt 3 u.p.p. nie pozostawia żadnej decyzyjności w tym zakresie dysponentowi informacji, to jednak przepisy Kodeksu postępowania karnego przewidują możliwość zaskarżenia postanowienia organu. Należy podkreślić, że każdorazowo dane dotyczące pacjentów powinny być zakwalifikowane jako informacje objęte obowiązkiem zachowania tajemnicy lekarskiej. W konsekwencji waga żądanych (np. przez prokuratora) danych pacjentów w przypadku braku proporcjonalności w działaniu prokuratury, wyrażającym się np. w zbyt szerokim zakresie podmiotowym i przedmiotowym żądanych danych, uzasadnia w praktyce skierowanie zażalenia na postanowienie prokuratora w tej części. Z uwagi na brak jednoznacznych regulacji w tym zakresie, jedynym dopuszczalnym w świetle obecnych przepisów prawnych rozwiązaniem uzasadniającym udostępnienie lub odmowę udostępnienia organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze danych identyfikujących pacjentów wraz z informacją o tym, czy i w jakim zakresie podlegali hospitalizacji – powinno być przedmiotem postępowania sądowego. Jest to rozwiązanie, które przede wszystkim wykaże staranność podmiotu leczniczego w zakresie ochrony tajemnicy lekarskiej znaczącej liczby pacjentów, ale pozwoli też na uniknięcie w przyszłości zarzutów, że dane te zostały udostępnione w sposób zbyt pośpieszny lub bezrefleksyjny.

Summary

Aleksandra Klich, Marta Krysztofik, *Disclosing Patients' Personal Data to the Prosecutor as the Authority Conducting Pre-Trial Proceedings in the Context of the Right to Privacy and Personal Data Protection. Practical Remarks*

As the law currently stands, a lot of emphasis is placed on issues of personal data protection. On the one hand, this is related to the implementation of EU regulations harmonizing the provisions in this area in EU Member States, and on the other – it is the effect of increased legal awareness among the general public. Taking into account the publicity received by issues related to the protection of patients' rights, it seems necessary to draw attention to the issue of disclosing not only the patients' medical records, but also information about patients. The authors analysed this issue from the perspective of the principles of forwarding patient data to the authority conducting pre-trial proceedings. The analysis carried out in this respect leads to the conclusion that there are significant legal gaps in the Polish legal system, in particular as regards the obligation of persons who do not practice medicine to keep confidential information constituting medical secret. Insufficient regulation in this respect leads to a discrepancy in interpretation as to whether, and on what basis, the manager of the healthcare entity is entitled to provide information about patients and their health to the authority conducting pre-trial proceedings.

Keywords: *patient rights, disclosing patient data, pre-trial proceedings*

Streszczenie

Aleksandra Klich, Marta Krysztofik, *Udostępnianie danych osobowych pacjentów prokuratorowi jako organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze a prawo do prywatności i ochrony danych osobowych – uwagi praktyczne*

W obowiązującym obecnie stanie prawnym duży nacisk położony jest na kwestie dotyczące ochrony danych osobowych. Z jednej strony jest to związane z wdrożeniem unijnych regulacji ujednolicających postanowienia w tym zakresie w państwach członkowskich UE, z drugiej zaś – z efektem zwiększonej świadomości prawnej społeczeństwa. Biorąc pod uwagę popularyzację problematyki związanej z ochroną praw pacjenta, konieczne wydaje się zwrócenie uwagi na kwestię udostępniania nie tylko dokumentacji medycznej pacjentów, ale również – informacji o pacjentach. Autorki przeanalizowały tę kwestię z perspektywy zasad przekazywania danych o pacjentach organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze. Przeprowadzona w tym zakresie analiza doprowadziła do konkluzji, zgodnie z którą w polskim systemie prawnym dostrzegalne są istotne luki prawne, w szczególności w zakresie obowiązku zachowania w tajemnicy informacji będących przedmiotem tajemnicy medycznej przez osoby, które nie wykonują zawodów medycznych. Niedoregulowanie w tym zakresie prowadzi do rozbieżności interpretacyjnej w zakresie tego, czy i na jakiej podstawie kierownik podmiotu leczniczego uprawniony jest do przekazywania informacji o pacjentach i ich stanie zdrowia organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze.

Słowa kluczowe: *prawa pacjenta, udostępnianie danych pacjenta, postępowanie przygotowawcze*

Literatura:

1. Bernatek-Zagula I., *Prawo pacjenta w Polsce do informacji medycznej*, Toruń 2008.
2. Denić D., *Medical Secret as a Basis of Medical Con dence in Relation Doctor-Patient – a View from Healthcare System of the Republic of Serbia*, JAHR 2018, nr 18, t. 9/2.
3. Evers J., *Disclosing Medical Data: A Foreseeable Application of the Law*, European Data Protection Law Review 2016, nr 2, t. 2.
4. Flanagan W., *Genetic Data and Medical Confidentiality*, Health Law Journal 1995, t. 3.
5. Hartman J., *Bioetyka dla lekarzy*, Warszawa 2012.
6. Jaskuła A., Płończyk K., *Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej w postępowaniu przygotowawczym*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 3.
7. Kubiak R., *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015.
8. Nawrocki M., *RODO w postępowaniu karnym i karnym skarbowym* [w:] *Ochrona danych osobowych w postępowaniach sądowych i przed organami administracji publicznej*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, Warszawa 2019.
9. Skorupka J. [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2019.

Adriana Kuligowska*

Przestępstwo zgwałcenia osoby najbliższej – wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne**

1. WPROWADZENIE

Przestępstwo zgwałcenia jest czynem, który dotyka najdelikatniejszej sfery życia człowieka. Popęlnienie tego czynu powoduje, że ofiara doznaje znacznego uszczerbku na zdrowiu psychicznym. Powrót do normalnego funkcjonowania ofiary często wiąże się z długotrwałym leczeniem psychologicznym, często bywa nawet, że ofiary przestępstwa zgwałcenia nie znajdują sobie partnerów ze względu na obawę przed obcowaniem płciowym. Szczególnie okrutną formą zgwałcenia jest zgwałcenie osoby najbliższej, które jest penalizowane w art. 197 § 3 pkt 3 Kodeksu karnego¹. W przypadku tego rodzaju czynu zabronionego, ofiarę ze sprawcą przestępstwa łączy bliska rodzinna więź, co powoduje, że czyn ten staje się jeszcze bardziej kontrowersyjny i niemoralny.

W opracowaniu dokonano kolejno analizy ustawowych znamion tego typu czynu zabronionego, wskazując na jego cechy w typie kwalifikowanym. Szczególną uwagę poświęcono cechom odróżniającym zgwałcenie osoby najbliższej od innych rodzajów zgwałceń. Odrębną część analizy stanowią wyniki badań akt sądowych przeprowadzone w Sądzie Okręgowym (dalej SO) w Katowicach oraz w SO w Białymstoku. Ze względu na fakt, że badane jednostki są położone w innych częściach Polski, badania te wyrażają poniekąd specyfikę danego regionu oraz charakterystykę przestępczości w zakresie przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej.

2. ANALIZA USTAWOWYCH ZNAMION PRZESTĘPSTWA Z ART. 197 § 3 PKT 3 K.K.

2.1. Dobro chronione (przedmiot przestępstwa)

Przestępstwo zgwałcenia umieszczone jest w rozdziale XXV Kodeksu karnego, który nosi tytuł Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Umieszczenie przepisu wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony, którym jest wolność

* Mgr Adriana Kuligowska, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii, Wydział Prawa, Uniwersytet w Białymstoku; doktorantka w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID: 0000-0003-3336-7020, e-mail: a.kuligowska@uwb.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 4.05.2020 r., data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.11.2020 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

seksualna i obyczajność. Obyczajnym zachowaniem jest działanie lub zaniechanie zgodne z powszechnie przyjętymi normami moralnymi². Naruszenie norm powszechnie przyjętych, które zarazem jest spenalizowane w Kodeksie karnym jest przestępstwem przeciwko obyczajności. Indywidualnym dobrem chronionym w przypadku przestępstwa zgwałcenia jest samostanowienie i decyzyjność jednostki w kwestiach związanych z jej życiem seksualnym. Wolność seksualna rozumiana jest jako wolność w wyborze partnera, czasu, miejsca, a także formy współżycia seksualnego³. Przedmiotem czynności wykonawczej zgwałcenia kazirodzkiego zarówno w przypadku obcowania płciowego, jak i innej czynności seksualnej jest wstępny, zstępny, przysposobiony, przysposabiający, brat lub siostra.

2.2. Podmiot przestępstwa

Przestępstwo zgwałcenia ma charakter powszechny, co oznacza, że może je popełnić każda osoba, która może ponosić odpowiedzialność karną na gruncie Kodeksu karnego. Nie istnieje żadne ograniczenie kręgu sprawców do osób konkretnej płci, orientacji czy stosunku do ofiary⁴. Wynika z tego, że sprawcą może być każdy – zarówno mężczyzna, jak i kobieta. W przypadku zgwałcenia osoby najbliższej sytuacja przedstawia się odmiennie, gdyż zgwałcenie tego rodzaju jest przestępstwem indywidualnym, co jest wynikiem zawężenia przedmiotu czynności wykonawczej do określonego kręgu osób pozostających ze sprawcą w określonej relacji.

2.3. Strona przedmiotowa

Przestępstwo zgwałcenia ma charakter złożony, co oznacza, że niezbędne są pewne elementy, aby stwierdzić, iż do zgwałcenia doszło. Niezbędne do popełnienia przestępstwa zgwałcenia jest doprowadzenie ofiary poprzez przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej. Termin „obcowanie płciowe” nie oznacza jednak tylko zwyczajnego spółkowania płciowego, może to być także stosunek przedsiönkowy, a także wszelkie inne formy mogące być uznane za swego rodzaju surogat stosunku płciowego – z pominięciem organów płciowych – np. *inter femora* lub *in axilla*, nawet jeżeli nie dochodzi do ejakulacji⁵. Pojęcie obcowania płciowego dotyczy także stosunków homoseksualnych oraz takich, które są odbywane z małymi dziećmi, niemającymi jeszcze w pełni wykształconych narządów płciowych.

Inne czynności seksualne to czynności wykraczające poza czynności seksualne, objęte pojęciem obcowania płciowego. Inną czynnością seksualną jest takie zachowanie, które nie mieści się w pojęciu „obcowanie płciowe”, a związane jest z życiem seksualnym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary, co obejmuje te sytuacje, w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub

² W. Doroszewski [red.] *Słownik języka polskiego*, t. 1–11, Warszawa 1996–1997.

³ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019, s. 1279.

⁴ M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Lublin 2015, s. 539.

⁵ R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1280.

zaspokojenia swojego popędu nie tylko dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego, lecz podejmuje również inne czynności w zetknięciu z jego ciałem⁶.

Należy także wyjaśnić pojęcie przemocy, groźby bezprawnej oraz podstęp. Poprzez przemoc rozumie się zachowanie sprawcy polegające na oddziaływaniu środkami fizycznymi mającymi na celu zwyciężenie oporu ofiary bądź uniemożliwienie stawiania przez ofiarę jakiegokolwiek oporu. Wypada w tym miejscu wyjaśnić pojęcie oporu, który jest rozumiany jako wyraz braku zgody osoby pokrzywdzonej na doprowadzenie jej do czynności seksualnej. Opór to nie tylko przeciwstawienie się sprawcy w sensie fizycznym, ale przede wszystkim manifestowanie braku zgody na czyn sprawcy. Warto zwrócić uwagę na okoliczność, w której pokrzywdzony nie ma już siły manifestować swojego oporu bądź też ze strachu przed większą agresją sprawcy ofiara rezygnuje ze stawiania oporu. Wówczas także dochodzi do zgwałcenia i sprawca w pełni odpowiada za swój czyn⁷.

Przemoc może mieć postać zarówno *vis compulsiva*, jak i *vis absoluta*. W pierwszym przypadku rozumie się przez to wywieranie wpływu przez wyrządzoną aktualnie dolegliwość na postępowanie pokrzywdzonego. Drugi przypadek rozumiany jest szeroko zarówno jako mechaniczne przeszkadzanie pokrzywdzonemu we władaniu mięśniami, jak i powodowanie takich zmian w środowisku pokrzywdzonego, które uniemożliwiają mu realizację decyzji⁸.

Groźbą bezprawną jest groźba wskazana w art. 190 k.k., zgodnie z którą, kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, to podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Groźba może przybrać postać szantażu, czyli zapowiedzi ogłoszenia wiadomości upokarzających pokrzywdzonego lub jego osoby najbliższe albo zapowiedź spowodowania wszczęcia postępowania karnego lub może ona polegać na zagrożeniu popełnieniem przestępstwa.

Podstępem jest podjęcie przez sprawcę takich zachowań, które polegają na wprowadzeniu ofiary w błąd. Sprawca stosuje podstęp, aby doprowadzić pokrzywdzonego do wyrażenia zgody, której w innych okolicznościach by nie wyraził. Takie zachowanie może mieć również na celu uniemożliwienie pokrzywdzonemu wyrażenie braku takiej zgody. Podstęp powoduje, że ofiara nie ma pełnej świadomości co do zaistniałych okoliczności. Ponadto stosowanie podstępu prowadzi do wyłączenia lub w znacznym stopniu ograniczenia woli pokrzywdzonego w przeciwstawieniu się zamierzonemu doprowadzeniu jej do czynności opisanych w art. 197 k.k.⁹ Niezbędnym elementem jest tu błędne przekonanie ofiary, które może być skutkiem działań, ale także zaniechań sprawcy w sytuacji, w której wykorzystuje on błędne przekonanie ofiary. Istotne jest, aby błąd był podstępnie wywołany przez sprawcę i musi on być tego rodzaju, że w innych okolicznościach ofiara niepozostająca w błędzie, nie poddałaby się czynności opisanej w art. 197 k.k.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 21.05.2008 r., V KK 139/08, OSNwSK 2008/1, poz. 1133, Legalis nr 108160.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie z 15.02.1996 r., II AKa 2/96, „Prokuratura i Prawo” 1996/10, poz. 10.

⁸ Wyrok SN z 26.11.2006 r., V KK 204/09, OSNwSK 2009/1, poz. 2416, Legalis nr 304122.

⁹ Wyrok SN z 27.05.1985 r., II KR 86/85, OSNPG 1986/11, poz. 152, Legalis nr 24791.

2.4. Strona podmiotowa

Stronę podmiotową przestępstwa zgwałcenia zarówno w typie podstawowym, jak i w typach kwalifikowanych charakteryzuje umyślność. Powszechnie przyjmuje się w doktrynie, że zgwałcenie może być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, przede wszystkim ze względu na charakter znamion, które opisują sposób działania sprawcy, które zdaniem większości karnistów wskazują na jego celowe nastawienie w kierunku doprowadzenia ofiary do niedobrowolnego aktu seksualnego¹⁰. Niektórzy jednak dopuszczają możliwość popełnienia tego czynu z zamiarem ewentualnym przyjmując koncepcje tzw. oporu pozornego.

2.5. Konsekwencje prawnokarne

Zarówno typy podstawowe z art. 197 § 1 k.k., które zagrożone są karą pozbawienia wolności od 2 do 12 lat, jak i jego odmiana z art. 197 § 2 k.k. – zagrożona karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8 są występками. Czynny z art. 197 § 3 k.k. zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat oraz z art. 197 § 4 k.k. – zagrożony karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat stanowią zbrodnie. Wszystkie odmiany i typy zgwałcenia są przestępstwami ściganymi z urzędu. Można zauważyć, że zaostrzona sankcja różni typ kwalifikowany z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. od przestępstwa zgwałcenia w typie podstawowym. Niemniej jest to uzasadnione tym, że takie zachowanie wobec osoby najbliższej jest szczególnie naganne, i w związku z tym surowsze zagrożenie karą jest uzasadnione. Trafnie wskazano w literaturze, że zgwałcenie wypełnia znamiona zgwałcenia kazirodczego również wówczas, gdy przynajmniej jeden ze sprawców jest osobą najbliższą względem pokrzywdzonego.

3. TYPY KWALIFIKOWANE PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA

3.1. Powstanie typu kwalifikowanego przestępstwa

Typ kwalifikowany przestępstwa zawiera okoliczności modyfikujące, które powodują, że czyn zabroniony w nim wskazany zagrożony jest surowszą sankcją karną. Pomiędzy typem podstawowym a kwalifikowanym zachodzi relacja dająca się wyrazić w łacińskiej paremii *lex specialis derogat legi generali*.

Tworząc typ kwalifikowany ustawodawca posługuje się czterema podstawowymi sposobami konstruowania typów kwalifikowanych:

- 1) poprzez określenie zamiaru kierunkowego;
- 2) poprzez dodatkową typizację wyrządzenia generalnie większej niż w typie podstawowym szkody albo zamachu na przedmiot czynu (mienie) generalnie podwyższonej wartości;
- 3) poprzez typizację szczególną następstw popełnienia czynu zabronionego w typie podstawowym;

¹⁰ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2010, s. 819.

- 4) poprzez przywołanie zmodyfikowanej obciążającej cechy szczególnej danego typu czynu zabronionego¹¹.

W polskim prawie karnym występuje także *dolus directus coloratus*, czyli przestępstwo kwalifikowane przez następstwo. Jest to sytuacja, w której ustawodawca przewiduje surowszą odpowiedzialność karną za wskazane w odrębnym przepisie następstwo, wynikające z zachowania opisanego w typie podstawowym¹².

3.2. Zgwałcenie zbiorowe

Wskazany czyn stypizowany jest w art. 197 § 3 pkt 1 k.k. Polega on na tym, że sprawca dokonuje zgwałcenia wspólnie z inną osobą. Realizacja znamion typu czynu kwalifikowanego zgwałcenia następuje w jednej z form zjawiskowych popełnienia przestępstwa, którą jest współsprawstwo. Szczególnie wysoka szkodliwość społeczna tego czynu wynika z tego, że zgwałcenie popełnione przez dwie osoby wiąże się z jeszcze większą szkodą dla zdrowia psychicznego ofiary, ponadto podczas czynności sprawczej ofiara przestępstwa ma mniejsze szanse na obronę przed sprawcami. Nie jest konieczne, aby obaj sprawcy dopuścili się względem ofiary czynności o charakterze seksualnym, wystarczy – aby jeden ze sprawców zastosował przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, drugi zaś dokonał czynności seksualnej¹³. Problematyczne w ocenie zgwałcenia zbiorowego jest pomocnictwo. Polega ono bowiem na ułatwianiu popełnienia przestępstwa, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji. Istotna jest ocena roli w realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego – jeśli jest ona znaczna, wówczas mamy do czynienia ze współsprawcą¹⁴. Stwierdzając, że osoba ma związek z czynem przestępczym musimy wykazać, iż związek czy zaangażowanie się tej osoby było na tyle silne, że możemy przyjąć konstrukcję współsprawstwa.

Osoba uznana za współsprawcę nie tylko ma aktywnie uczestniczyć w realizacji znamion czynu zabronionego, ale także jej związek psychiczny z czynem jest na tyle silny, aby określić ją mianem współsprawcy. Niniejszy typ kwalifikowany powstaje przez dodatkową typizację wyrządzenia generalnie większej niż w typie podstawowym szkody.

3.3. Zgwałcenie pedofilskie

Zgwałcenie pedofilskie to czyn wobec małoletniego poniżej 15. roku życia. Ochrona małoletnich w wieku poniżej 15 lat jest uzasadniona przede wszystkim tym, że są to osoby jeszcze w trakcie rozwoju fizycznego, psychicznego i moralnego. Jest to okres w życiu człowieka, kiedy niezbędne do właściwego rozwoju są dobre wzorce. Dewianty zachowania względem takich małoletnich rzutują na ich przyszłość. Ponadto są to osoby, które jeszcze nie są w stanie same obronić, dlatego też zasadne jest wprowadzenie przez ustawodawcę zaostrzonej odpowiedzialności

¹¹ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 165.

¹² R. Hałas, *Struktura przestępstwa* [w:] *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2017, s. 119.

¹³ Wyrok z SN z 11.02.1971 r., I KR 220/70, OSNKW 1971/7–8, poz. 112.

¹⁴ A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 116.

wobec sprawcy zgwałcenia pedofilskiego. Wskazany typ kwalifikowany przestępstwa zgwałcenia powstaje poprzez dodatkową typizację wyrządzenia generalnie większej niż w typie podstawowym szkody. W tym przypadku generalnie większą szkodą niż w typie podstawowym jest wyrządzenie jej na rzecz małoletniego, który podlega szczególnej ochronie prawnej.

3.4. Zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem

Okrucieństwo jest znamieniem ocennym, które podlega stopniowaniu¹⁵. Postępowanie w sposób okrutny charakteryzuje się bezwzględnością, często kojarzy się z aktami przemocy. Działanie w sposób okrutny względem ofiary, to nie tylko wzbudzanie w niej uzasadnionej obawy o swoje bezpieczeństwo, życie czy zdrowie, ale także wszelkie czynności mające na celu upokorzenie czy poniżenie danej osoby. Działanie w sposób szczególnie okrutny przez sprawcę, który chce doprowadzić inną osobę do poddania się czynowi nierządному wyraża się nie tylko w fizycznym, ale także w psychicznym oddziaływaniu na tę osobę¹⁶. Próba zdefiniowania pojęcia „szczególne okrucieństwo” zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie spowodowała, że można wyróżnić pewne cechy zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem. Przede wszystkim zgwałcenie wywołuje skutki zarówno w sferze zdrowia fizycznego, jak i psychicznego ofiary.

Oceniając stan faktyczny, należy zwrócić uwagę na to, czy została zachowana proporcja między zastosowaniem przemocy przez sprawcę a oporem stawianym przez ofiarę. Kolejną cechą charakterystyczną jest zachowanie sprawcy, który działa nie tylko w celu doprowadzenia do obcowania płciowego, ale ma także inny cel, który ma sprawić ofierze ból fizyczny bądź psychiczny.

Istotne jest także uznanie, że fundamentalne znaczenie ma sposób i rodzaj zachowania sprawcy oraz zwrócenie uwagi na szczególne właściwości ofiary¹⁷. Niemniej jednak oceniając, czy doszło do zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem trzeba kierować się ostrożnością w ocenie stanu faktycznego. Określając szczególne okrucieństwo nie stosuje się wykładni rozszerzającej, w związku z czym nie należy traktować pojęcia „szczególne okrucieństwo” w sposób ponad miarę szeroki.

4. BADANIA WŁASNE

4.1. Metodyka badań

Materiał badawczy stanowiły akta spraw sądowych z lat 2013–2018 zakończonych prawomocnym wyrokiem, w których wobec sprawcy został wydany wyrok na podstawie art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Badania zostały przeprowadzone w SO w Katowicach oraz w SO w Białymstoku. Dobór regionów badawczych miał na celu zbadanie, czy w tak odmiennych zarówno pod kątem urbanizacyjnym, przemysłowym, ale także społecznym regionach przestępczość zgwałcenia osoby najbliższej

¹⁵ R.A. Stefański, *Kodeks...*, s. 1283.

¹⁶ Wyrok SN z 13.04.1978 r., II KR 52/78, OSNKW 1978/12, poz. 145.

¹⁷ M. Leonieni, J. Leszczyński, *Szczególne okrucieństwo jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Palestra” 1974/4, s. 2–45.

przedstawia się w sposób podobny, czy też odmienny. Przedmiotem zainteresowania były okoliczności sprawy, właściwości i cechy sprawcy, właściwości ofiary, sposób postępowania organów wymiaru sprawiedliwości, a przede wszystkim zapadłe w sprawach orzeczenia sądowe.

Analiza ma charakter jakościowy, gdyż materiałów dotyczących wskazanego czynu było niewiele. Wynika to z okoliczności, że często w toku postępowania dochodzi do zmiany kwalifikacji prawnej czynu, co zostało potwierdzone przez przeprowadzone badania. Dodatkowo, zgwałcenie osoby najbliższej jest czynem dotykającym bardzo osobistych, rodzinnych sfer życia człowieka, dlatego też należy liczyć się z występowaniem ciemnej liczby przestępstw w tym zakresie. Ze względu na obszerność poszczególnych spraw sądowych, podstawowym narzędziem do przeprowadzenia badań był opracowany przez autorkę kwestionariusz badań aktowych.

4.2. Charakterystyka badanej próby

Analizowany materiał badawczy stanowiły akta spraw sądowych w łącznej liczbie 15, z czego sprawy z Sądu Okręgowego w Katowicach zajmowały pięć badanych akt, zaś sprawy rozstrzygnięte przed Sądem Okręgowym w Białymstoku stanowiły również pięć badanych akt. Ponadto w pięciu przypadkach spraw już na początku postępowania sądowego, organ prowadzący niniejsze postępowanie zmienił kwalifikację czynu z przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. oraz art. 207 § 3 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. na kwalifikację wyłącznie z art. 207 § 1 k.k. lub 207 § 3 k.k. Wynika to z faktu, że często organy postępowania przygotowawczego wstępnie po przeanalizowaniu sytuacji rodzinnej ofiary przestępstwa znęcania się, kwalifikują czynności sprawcy w sposób rozszerzający o przestępstwo zgwałcenia osoby najbliższej. Jednakże po szczegółowym zbadaniu sprawy przez sąd, w każdym z przypadków następowała zmiana kwalifikacji prawnej. Ze względu na zaistniałą okoliczność wyniki badań obejmują wyłącznie sprawy, w których rzeczywiście doszło do przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej.

4.3. Uzyskane wyniki

Otrzymany materiał badawczy pozwolił scharakteryzować zarówno sprawcę, jak i ofiarę przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej, jak i okoliczności zdarzenia (m.in. czas, miejsce czy sposób działania sprawcy). Ponadto przeprowadzone badania wskazały sposób działania organów postępowania przygotowawczego, a także postępowania sądowego. W przedmiocie zainteresowania mieściły się też orzeczenia końcowe prawomocnie zakończonych spraw.

4.4. Wnioski z badań

4.4.1. Sprawca

Każdy ze sprawców był mężczyzną. Ogólna charakterystyka sprawców wskazuje, że są to głównie mężczyźni w wieku od 35 do 45 lat, stanowią oni bowiem 40% ogółu sprawców w badanej populacji. Najmłodszy ze sprawców miał 17 lat, kiedy

po raz pierwszy dopuścił się zgwałcenia wobec osoby najbliższej. Jednakże ze względu na to, że przez wiele lat sprawca dopuszczał się tego czynu zabronionego, a ofiara dopiero po upływie kilku lat ujawniła, iż była ofiarą przestępstwa zgwałcenia sprawca stanął przed sądem w wieku 20 lat. Najstarszy ze sprawców w chwili popełnienia czynu miał 68 lat.

Tabela 1 Wiek sprawców w chwili popełnienia czynu	
	Liczby bezwzględne
poniżej lat 17	0
17–21 lat	2
21–34 lat	0
35–45 lat	4
45–55 lat	0
55–65 lat	3
powyżej 65 lat	1
Suma	10

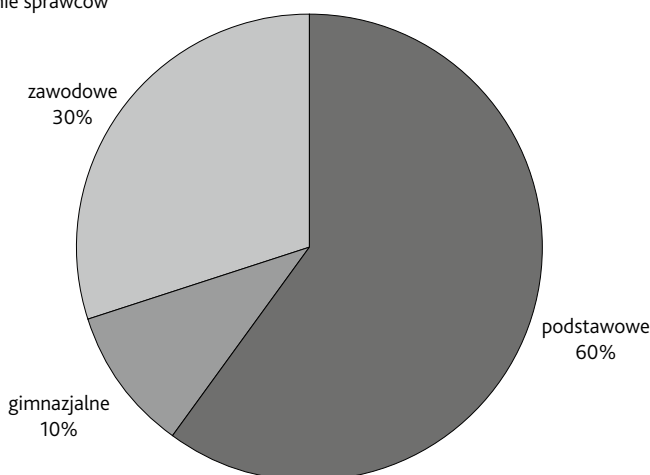
Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

Większość sprawców była stanu wolnego lub faktycznie nie pozostawała w związku (odpowiednio: kawaler – 4, rozwiedzeni – 2, wdowiec – 2). Natomiast osoby pozostające w związku małżeńskim stanowiły 20% sprawców. Wszyscy sprawcy byli obywatelami polskimi.

Wykształcenie sprawców przedstawia się w sposób następujący: 60% z nich posiada wykształcenie podstawowe, jeden ze sprawców posiada wykształcenie gimnazjalne, pozostali ukończyli szkołę zawodową i stanowią oni 30% ogółu sprawców.

Wykres 1

Wykształcenie sprawców



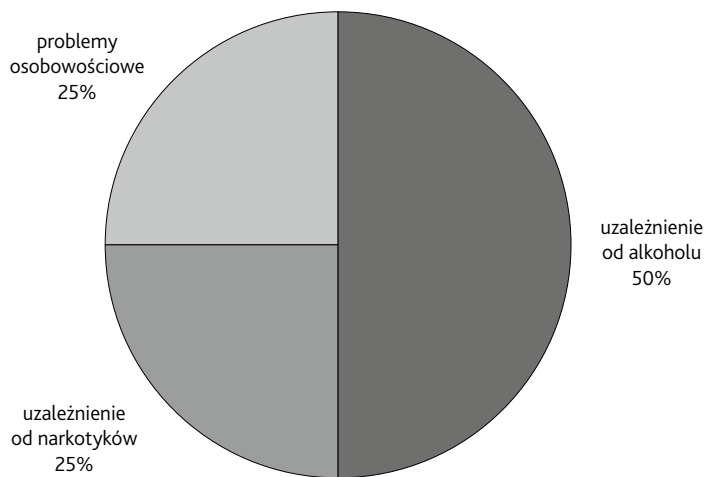
Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

Wszyscy sprawcy są osobami bez zatrudnienia (emeryt/rencista – 4, osoby zarejestrowane jako bezrobotni – 3, pozostałe osoby – 3). Poprzednia karalność sprawców wynosi 40%, pozostali stanowiący 60% ogółu do czasu popełnienia czynu nie byli osobami uprzednio karanymi. Jeden ze sprawców był karany za czyn z art. 207 § 1 k.k., czyli za przestępstwo znęcania się. Kolejny był wielokrotnie karany za czyny z art. 158 § 1 k.k. (bójka i pobicie), art. 190 § 1 k.k. (groźba karalna), art. 288 § 1 k.k. (uszkadzanie lub niszczenie rzeczy) oraz art. 291 § 1 k.k. (paserstwo). Jeden z karanych sprawców był skazany za czyn z art. 209 § 1 k.k. (uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego). Jednakże najbogatszą przeszłość karną miał sprawca, który był karany za czyny z art. 190 § 1 k.k. (groźba karalna), art. 217 § 1 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej), art. 236 § 1 k.k. (zatajenie dowodów niewinności), art. 280 § 1 k.k. (rozbój), art. 281 § 1 k.k. (kradzież rozbójnicza) oraz za czyn z art. 289 § 1 k.k. (zabór pojazdu w celu krótkotrwałego użycia).

Ponadto ciekawą kwestią jest to, że 40 % sprawców to osoby wcześniej leczone psychiatrycznie z powodu zaburzeń różnego rodzaju, m.in. uzależnienia od alkoholu czy od narkotyków. Warto wskazać, że u żadnego ze sprawców przed dokonaniem czynu z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. nie stwierdzono zaburzeń seksualnych.

Wykres 2

Zaburzenia psychiczne sprawców



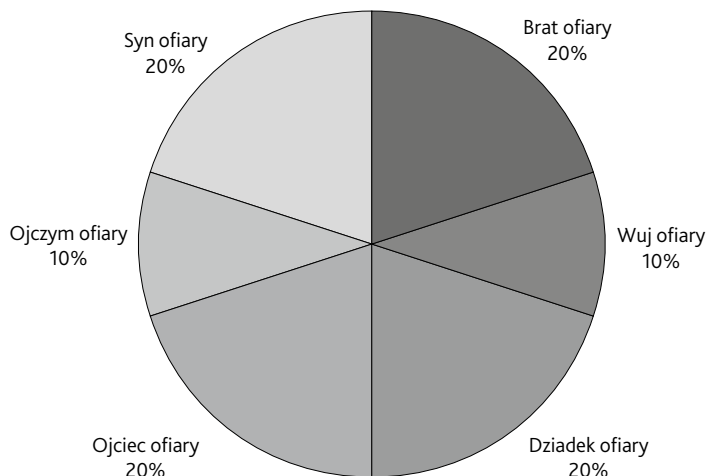
Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

Ze względu na specyfikę zgwałcenia osoby najbliższej ofiarę i sprawcę każdorazowo łączyła pewna więź rodzinna. W jednej ze spraw występowało dwóch sprawców – brat ofiary i jej wujek, którzy dopuścili się zgwałcenia, jednakże nie działali oni wspólnie i w porozumieniu. Postępowania karne zostały połączone, gdyż w trakcie przesłuchania ofiara zeznała, że była także zgwałcona przez wujka. W 20% spraw sprawcą zgwałcenia był brat ofiary. Kolejne 20% to sytuacje, w których dorosły syn dopuścił się przestępstwa względem matki, która była już w podeszłym wieku. Następne 20% spraw charakteryzowało się tym, że sprawcą przestępstwa był ojciec

ofiary. Dziadek ofiary był sprawcą przestępstwa w 20% sprawach. Tylko w jednej sprawie sprawcą przestępstwa był partner matki ofiary.

Wykres 3

Sprawcy przestępstwa – rodzaj pokrewieństwa z ofiarą



Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

4.4.2. Informacje dotyczące czynu

W 40% przypadkach do zgwałcenia każdorazowo, nawet w przypadku czynu ciągłego, dochodziło w porze nocnej. Pozostałe przypadki to zgwałcenia do których doszło w ciągu dnia. Ponadto w 40% spraw sprawcy dopuścił się czynu ciągłego, gdyż w określonym okresie podejmowali dwa lub więcej zachowań w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Dlatego też w większości przypadków w jakich był dokonywany czyn ciągły bardzo trudne są do określenia ramy czasowe.

W 80% spraw miejscem zdarzenia był dom rodzinny ofiary albo jego najbliższe otoczenie, zaś w przypadku 20% spraw był to dom sprawcy, który mimo powiązania rodzinnego z ofiarą stale z nią nie zamieszkiwał. W przypadku 70% spraw były to zazwyczaj pokoje dzieńne lub sypialnie znajdujące się w domach ofiar. W 10% spraw sprawca wykorzystywał pomieszczenia piwniczne bądź strych znajdujący się w domu. W pozostałych 20% spraw do zgwałcenia dochodziło na obszarze nieruchomości, na której znajdował się dom ofiary/sprawcy, dokładnie w pomieszczeniach gospodarczych, i co było charakterystyczne sprawca zwabiał ofiarę do tych pomieszczeń pod pozorem wspólnej pracy związanej z gospodarstwem domowym.

W każdym z badanych przypadków sprawca wykorzystywał przemoc, groźbę bezprawną lub szantaż, aby doprowadzić ofiarę do poddania się czynności seksualnej. W odniesieniu do okoliczności modalnych czynu stwierdzono, że tylko w 30% spraw w tle pozostawał alkohol, w dwóch przypadkach sprawca sam był pod wpływem alkoholu. W jednej ze spraw, będąc pod wpływem alkoholu oraz środków odurzających, sprawca dopuścił się czynu zabronionego. W kolejnej sprawie

sprawca po libacji alkoholowej wykorzystując fakt, że partnerka-matka ofiary śpi, dopuścił się czynności seksualnej względem małoletniej. Ostatni przypadek związany z alkoholem dotyczył jednej sprawy, gdzie dziadek upoił swoją wnuczkę alkoholem, a następnie dopuścił się względem niej czynu z art. 197 § 3 pkt 3 k.k.

4.4.3. Informacje dotyczące ofiary

Wszystkie ofiary były kobietami, ich wiek był zróżnicowany, jednakże w dominującej mierze były to dziewczęta, które nie ukończyły 18 lat. Ze względu na wystąpienie w kilku sprawach czynu ciągłego, ofiary były w innym wieku w chwili pierwszej czynności seksualnej podjętej względem nich, a w innej grupie wiekowej w chwili zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Dla porządku w analizie wieku ofiary przyjęty jest wiek z chwili pierwszego aktu seksualnego względem ofiary przestępstwa. W jednej ze spraw występowały dwie ofiary działania jednego sprawcy – były to jego siostry. Dość niespotykaną okolicznością było to, że w dwóch przypadkach ofiarą przestępstwa była matka sprawcy – były to kobiety w wieku 62 i 65 lat.

Tabela 2 Wiek ofiary przestępstwa w chwili popełnienia czynu	
	Liczby bezwzględne
poniżej 8 lat	1
8–10 lat	2
11–12 lat	1
13–14 lat	3
15–16 lat	0
17–20 lat	1
21–30 lat	0
31–50 lat	1
50–60 lat	0
powyżej 60	2
Suma	11

Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

W 60% spraw rodzina w której wychowywała się ofiara, a której częścią był sprawca należała do rodzin z problemami. Były to problemy alkoholowe, przemoc domowa, problemy bytowe. Pozostałe rodziny funkcjonowały w sposób właściwy. Każdorazowo były to środowiska o niskiej stopie bytowej, często występował w nich jeden żywiciel rodziny – ojciec (40%), 30% z tych rodzin stanowiły rodziny żyjące z zasiłku rodzinnego, w 10% rodzin osobą utrzymującą rodzinę była pracująca matka, a w pozostałych 20% przypadków jedynym żywicielem rodziny była osoba na emeryturze – w każdym ze wskazanych wypadków była to kobieta, będąca ofiarą własnego syna.

Większość ofiar przestępstwa z badanych spraw były zdrowe psychicznie i do czasu zdarzenia nieleczone psychiatrycznie. Jednakże w przypadku 30% ofiar

były to osoby leczone psychiatrycznie, dodatkowo każda z nich miała za sobą co najmniej jedną próbę samobójczą.

W 80% spraw ofiary zachowywały się wobec sprawcy w sposób bierny, co wynika w przypadku osób małoletnich z ich wieku, nieporównywalnej siły jaką sprawca miał względem ofiary oraz częstej zależności psychicznej ofiary od sprawcy, wynikającej z relacji rodzinnej między tymi osobami. Tylko w 20% spraw ofiara stawiała rzeczywisty opór sprawcy. Opór został postawiony przez 65-letnią matkę jednego ze sprawców, która w odpowiedzi na zachowanie syna od razu wezwała na pomoc męża, po czym obydwójce wezwali policję. Opór był także stawiany przez 32-letnią córkę sprawcy, która bezpośrednio na próby ojca albo stosowany przez niego szantaż odpowiadała agresją, a także siłą.

4.4.4. Przebieg postępowania przygotowawczego

Tylko w 20% spraw osobą zawiadamiającą organy ścigania o popełnieniu przestępstwa była ofiara, dotyczyło to sprawy, w której ojciec próbował dokonać czynu seksualnego względem 32-letniej córki oraz sprawy, w której dorosły syn dokonał czynności seksualnej względem 62-letniej matki. W pozostałych przypadkach, stanowiących 40% ogółu, podmiotem zawiadamiającym policję o popełnieniu przestępstwa były instytucje opieki nad nieletnimi. Były to takie instytucje jak: pogotowie opiekuńcze (dotyczy 2 spraw), szpital psychiatryczny (dotyczy 1 sprawy) oraz młodzieżowy ośrodek wychowawczy. Pozostałe 40% stanowią sprawy, w których osobą zawiadamiającą był prawny opiekun ofiary, czyli jeden z rodziców, z tym że w jednej ze spraw opiekunem prawnym ofiary była ciotka.

W przypadku przestępstwa zgwałcenia bardzo istotne znaczenie ma czas, po jakim zostaje owo przestępstwo zgłoszone odpowiednim służbom. Wpływa to bowiem na jakość i ilość dowodów. W przypadku przestępstwa zgwałcenia istotnym dowodem są ślady biologiczne, gdyż to one często pozwalają nam stwierdzić, czy doszło do przestępstwa czy też nie. Istotny jest także dowód z oględzin ciała zarówno sprawcy, jak i ofiary, gdyż wskazuje on nam zasadność zeznań ofiary i jest to materiał zazwyczaj obciążający sprawcę. Im szybciej zostanie zgłoszone przestępstwo, tym większą jakość mają zeznania ofiary, gdyż wraz z biegiem czasu zdolność odtworzenia wydarzeń jest coraz mniejsza.

Ze względu na okoliczność, że w kilku sprawach mamy do czynienia z czynem ciągłym, do oceny daty zgłoszenia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa uwzględniany będzie też okres od ostatniej czynności seksualnej dokonanej przez sprawcę. W 30% spraw zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa wpłynęło dzień od czynności sprawczej. Następne 20% spraw to sytuacje, w których zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa wpłynęło do odpowiednich służb w terminie do 1 miesiąca od dnia popełnienia przestępstwa. W przypadku 10% spraw wskazane zawiadomienie wpłynęło w terminie przekraczającym 1 miesiąc. Kolejne 30% spraw to sytuacje, w których zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa wpłynęło w okresie do jednego roku od dnia, w którym sprawca dopuścił się względem ofiary czynu z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Pozostałe sprawy, stanowiące 10% przypadków, to sprawy charakteryzujące się bardzo długim czasem zgłoszenia przestępstwa od momentu jego popełnienia, przekraczającym 1 rok.

Tabela 3

Czas wpłynięcia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa

zaraz po zdarzeniu (24 h)	3
poniżej miesiąca	2
powyżej miesiąca	1
do roku	3
powyżej roku	1

Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

W każdej ze spraw postępowanie przygotowawcze prowadziła prokuratura rejonowa, do której wpłynęło zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. W 70% spraw wobec sprawców zastosowany był środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania. W pozostałych 30% spraw został zastosowany dozór policji, w tym w jednej ze wskazanych spraw dodatkowo wobec wówczas podejrzanego został zastosowany nakaz opuszczenia lokalu oraz zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego, a także kontaktowania się z nim.

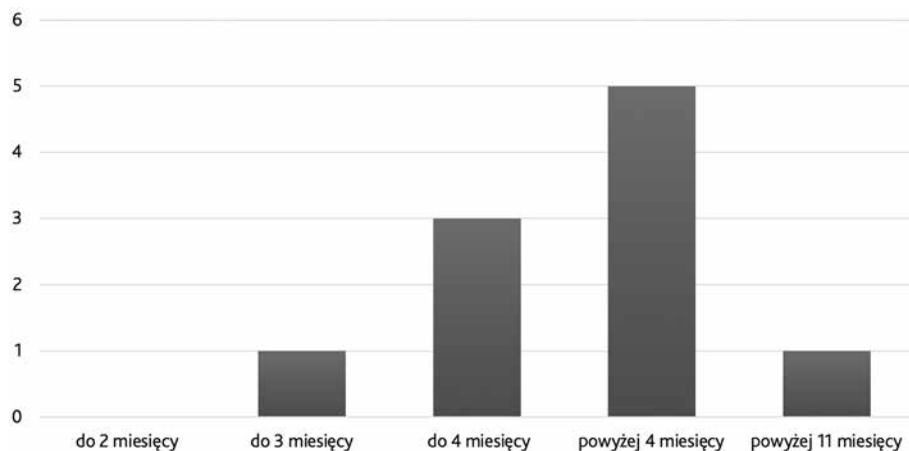
W żadnej ze spraw na etapie postępowania przygotowawczego sprawca nie poddał się dobrowolnie karze i tylko w jednej ze spraw wówczas podejrzany odmówił składania wyjaśnień, a była to sprawa, w której syn usiłował zgwałcić 65-letnią matkę.

Tylko w jednej ze spraw ślady biologiczne bezpośrednio wskazywały na to, że doszło do zgwałcenia i w pełni odzwierciedlały one zeznania pokrzywdzonej. W pozostałych sprawach odległość czasu od ostatniego zdarzenia była zbyt duża, aby ślady biologiczne były w pełni zachowane. Jedynym badaniem fizycznym, które wskazywało, że do czynu doszło, było badanie błony dziewiczej u pokrzywdzonych. Takie badanie miało miejsce na etapie postępowania przygotowawczego w 40% spraw. We wszystkich sprawach na etapie postępowania przygotowawczego zarówno podejrzany, jak i pokrzywdzona byli badani przez biegłego psychologa. W przypadku sprawców tylko u 20% z nich biegły stwierdził zaburzenia na tle seksualnym. W przypadku wszystkich pokrzywdzonych biegły stwierdził, że zeznają one zgodnie z prawdą, bez skłonności do zatajania bądź zmiany przebiegu wydarzeń.

We wszystkich sprawach postępowanie przygotowawcze zakończyło się sporządzeniem i wniesieniem aktu oskarżenia. Ze względu na tę datę można określić czas trwania postępowania przygotowawczego. Najkrótsze z nich trwało 2 miesiące i 21 dni, najdłuższe – 11 miesięcy i 27 dni. Pozostałe postępowania trwały przeciętnie od 3 miesięcy do blisko 5 miesięcy. Bardzo charakterystyczne było to, że w wielu postępowaniach w akcie oskarżenia sprawcy stawiano także zarzut znęcania się. Ponadto w dwóch sprawach przypadek, w którym brat zgwałcił swoje dwie młodsze siostry oraz w sprawie, w której partner matki dziecka zgwałcił jej córkę w jej obecności, wykorzystując fakt, że znajdowała się ona w stanie nietrzeźwości, organy państwowe wytoczyły wobec opiekunów prawnych dzieci postępowania sądowe mające na celu pozbawienie ich władzy rodzicielskiej za niewłaściwe wykonywanie władzy rodzicielskiej.

Wykres 4

Czas trwania postępowania przygotowawczego



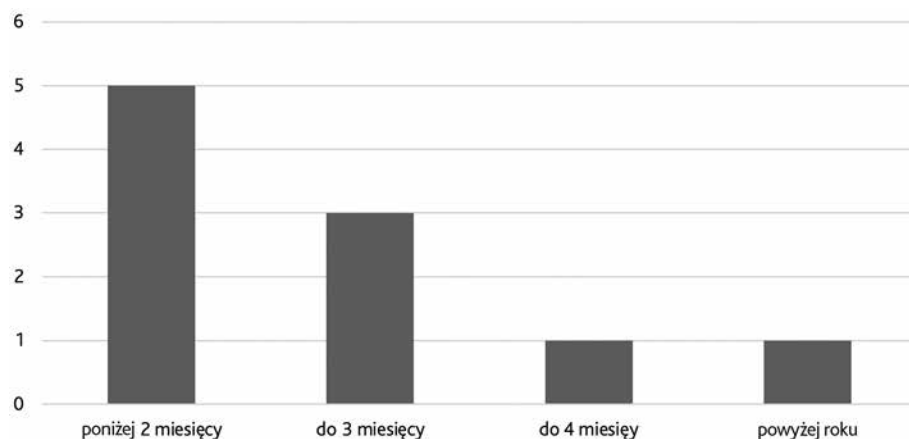
Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

4.4.5. Przebieg postępowania sądowego

Termin, jaki upłynął od dnia wniesienia aktu oskarżenia do dnia pierwszej rozprawy mieścił się w granicach od 1 miesiąca do 1 roku. Najkrótszy ze wskazanych terminów był taki sam w trzech sprawach i wynosił 1 miesiąc i 11 dni, a najdłuższy czas, jaki upłynął od wskazanych dat wynosił 1 rok i dwa miesiące oraz 11 dni. Tak długi termin oczekiwania na posiedzenie we wskazanej sprawie wynikał z faktu, że była to sprawa o bardzo obszernym materiale i kilkutomowych aktach postępowania przygotowawczego oraz charakteryzująca się sporą zawilnością, i brakiem jednoznacznych dowodów, które sąd musiał uzupełnić.

Wykres 5

Okres jaki upłynął od dnia wniesienia aktu oskarżenia do dnia pierwszej rozprawy



Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

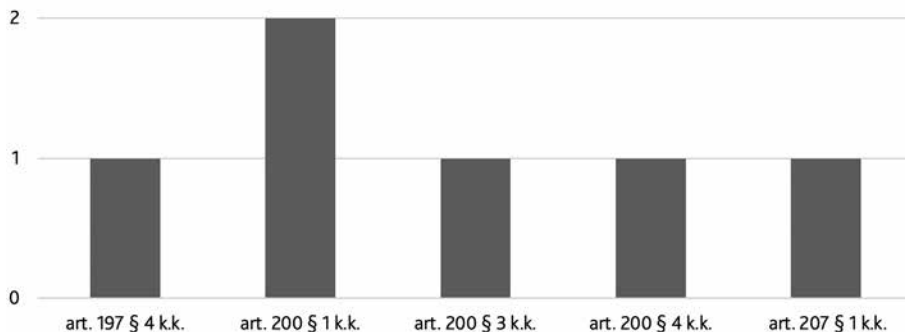
Frekwencja na rozprawach w przypadku 90% oskarżonych była pełna, gdyż stawiali się oni na każdej rozprawie. Wynikało to poniekąd z faktu, że byli oni doprowadzani na rozprawę z aresztu, jednak dwóch z nich było objętych dozorem policyjnym, co nie stanowiło przeszkody w stawianiu się na rozprawach. Tylko jeden z oskarżonych nie stawiał się na żadnej z rozpraw. W 90% sprawach oskarżony miał obrońcę, w każdym przypadku była to obrona z urzędu. Tylko jeden z oskarżonych nie miał obrońcy w sprawie. Był to wujek jednej z pokrzywdzonych oskarżony o dokonanie względem niej innej czynności seksualnej.

Większość oskarżonych, co stanowi 70% przypadków, składało przed sądem pierwszej instancji wyjaśnienia oraz aktywnie uczestniczyło w postępowaniach. Pozostali, którzy stanowią 30% ogółu, nie składali wyjaśnień i w sposób bierny uczestniczyli w sprawie, dwóch z nich składało wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym, a jeden takich wyjaśnień odmówił. Połowa wszystkich spraw dotyczyła tylko popełnienia czynu z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. W pozostałych przypadkach przedmiotem postępowania był czyn z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. w związku z czynami z art. 200 § 1 k.k. (obcowanie płciowe z małoletnim), art. 207 § 1 k.k. oraz art. 200 § 3 (prezentowanie treści pornograficznych małoletniemu), art. 200 § 4 k.k. (prezentowanie wykonania czynności seksualnej małoletniemu) oraz art. 197 § 4 k.k. (zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem).

Wykres 6

Dodatkowa kwalifikacja zachowania sprawcy

3



Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

Udział ofiar przestępstwa zgwałcenia w rozprawach był zależny od tego, czy była to osoba małoletnia czy nie. W przypadku małoletnich sąd starał się nie przesłuchiwać zbyt często małoletnich, ograniczał się do składania jednorazowych zeznań. Zeznania takie odbywały się w przyjaznych pokojach przesłuchań w obecności psychologa, zaś trzy dorosłe kobiety zeznawały przed sądem. Dotyczyło to dwóch spraw, gdzie sprawcami byli synowie ofiar przestępstwa oraz sprawy, w której ojciec zgodnie z zeznaniami w postępowaniu przygotowawczym ofiary miał podejmować

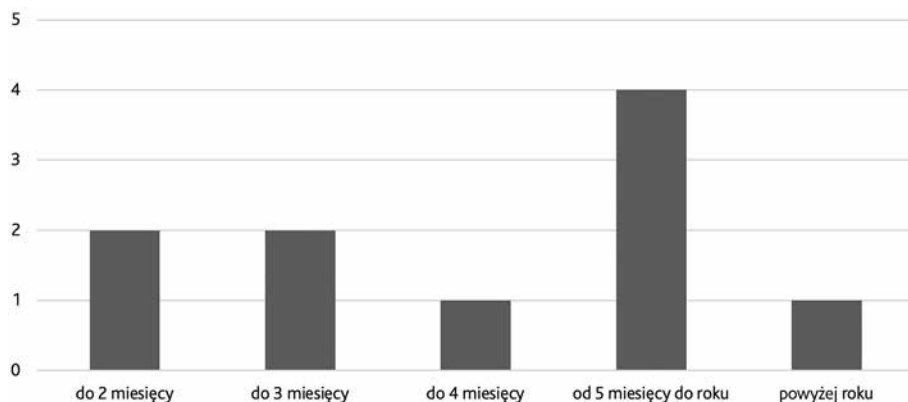
liczne próby dokonania czynu z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Jedna z kobiet, 62-letnia matka oskarżonego, podczas jednej z rozpraw zmieniła zeznania, twierdząc, że stosunek z synem był z jej strony dobrowolny oraz zaprzeczyła zeznaniom z postępowania przygotowawczego, gdzie wskazywała, iż stawiała opór sprawcy. Jednakże z opinii biegłego psychologa wynikało, że kobieta ta ze względu na traumatyczne przeżycie zmienia zeznania, wypiera z psychiki to wydarzenie oraz stara się bagatelizować to, co się stało i pragnie ochronić syna przed odpowiedzialnością karną. W przypadku córki, której ojciec próbował dokonać przestępstwa zgwałcenia w trakcie postępowania przed sądem przestała ona stawiać się na terminach rozpraw, co do pewnego momentu zawsze czyniła. Z zeznań świadków składanych w trakcie rozprawy wynikało, że w trakcie postępowania kobieta ta znalazła partnera, do którego wyprowadziła się za granicę, stąd też zaprzestała udziału w sprawie.

4.4.6. Orzeczenia w sprawie

Orzeczenia kończące postępowanie w pierwszej instancji zapadały średnio od ponad miesiąca, licząc od dnia, w którym odbyła się pierwsza rozprawa w sprawie. Najszybciej zapadł wyrok po upływie 1 miesiąca i 21 dni od dnia pierwszej rozprawy. Najdłuższy czas, jaki upłynął od dnia pierwszej rozprawy do dnia, w którym zapadł wyrok wynosił 1 rok i 22 dni. Tylko w jednej sprawie sąd wydał wyrok uniewinniający, była to sprawa dotycząca wujka, który miał być sprawcą przestępstwa zgwałcenia względem bratanicy. Materiał w sprawie okazał się niewystarczający do wykazania sprawstwa po stronie wujka, a sama ofiara przestępstwa przyznała, że wujek nie dopuścił się względem niej opisanych czynów. Dziewczynka była ofiarą przestępstwa zgwałcenia, ale sprawcą czynu był jej starszy brat. W pozostałych sprawach, stanowiących 90% ogółu, zapadł wyrok skazujący.

Wykres 7

Czas, jaki upłynął od dnia pierwszej rozprawy do dnia, w którym zapadł wyrok w I instancji



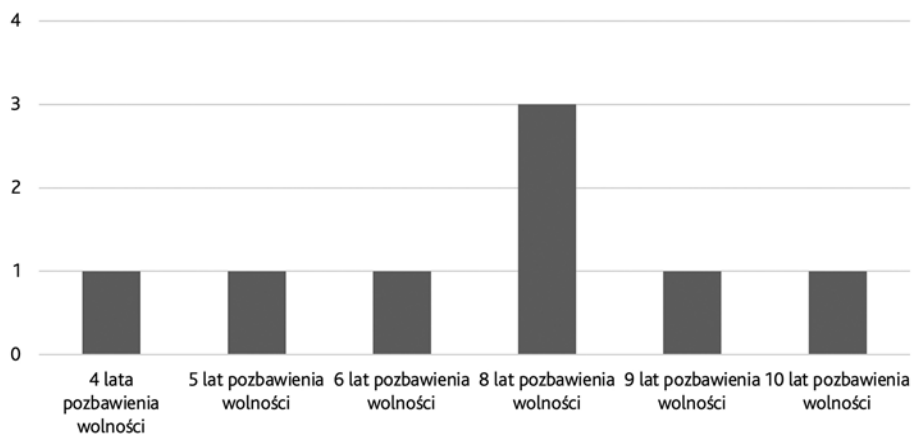
Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

W przypadku kwalifikacji z kilku przepisów Kodeksu karnego, czyli w przypadku 50% spraw zapadł wyrok łączny. W pozostałych sprawach zapadł wyrok tylko za

czyn z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Kara we wszystkich sprawach, zaliczając orzeczoną karę łączną, mieściła się w granicach od 4 lat pozbawienia wolności do 10 lat pozbawienia wolności. W 30% spraw sąd orzekł wobec sprawcy środek karny w postaci zakazu zbliżania się w określonej odległości oraz zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym. W jednym z postępowań orzeczono wobec oskarżonego nakaz opuszczenia wspólnie zamieszkiwanego mieszkania na okres lat 10, a dotyczyło to sprawy, w której syn zgwałcił 62-letnią matkę. W jednym postępowaniu, obok kary pozbawienia wolności wobec sprawcy, orzeczono nawiązkę na rzecz pokrzywdzonej w wysokości 30 tysięcy złotych. W kolejnej sprawie orzeczono karę pozbawienia wolności na jeden rok w zawieszeniu na okres 5 lat, dodatkowo wobec sprawcy orzeczono karę grzywny w liczbie 100 stawek dziennych po 10 złotych, a dotyczyło to sprawy, w której partner matki zgwałcił jej małoletnią córkę.

Wykres 8

Wysokość kary pozbawienia wolności w wyroku kończącym postępowanie przed sądem I instancji



Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

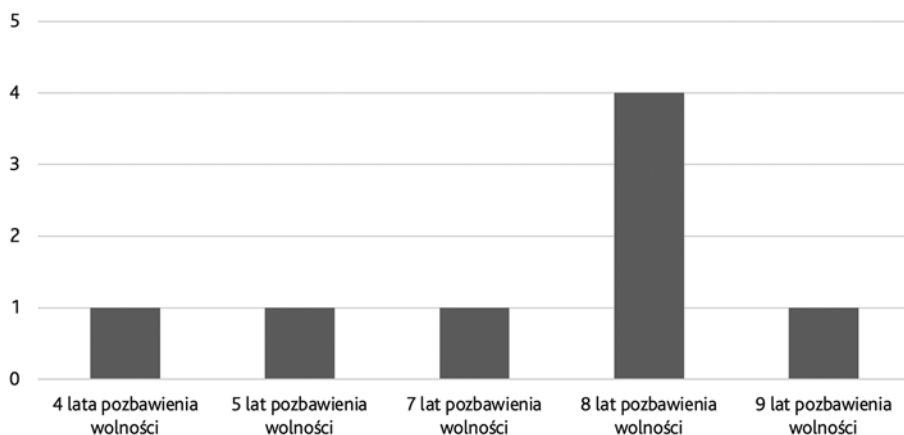
4.4.7. Postępowania odwoławcze

W 80% spraw złożona została apelacja od wyroku sądu I instancji, natomiast w pozostałych sprawach apelacja nie została złożona, gdyż w jednej ze spraw zapadł wyrok uniewinniający, z którym zgodził się nawet oskarżyciel publiczny (sprawa niesłusznie oskarżonego wujka pokrzywdzonej, która była ofiarą przestępstwa zgwałcenia dokonanego przez jej starszego brata). W drugiej sprawie oskarżony nie skorzystał z prawa do wniesienia apelacji. W czterech sprawach wyrok został utrzymany w mocy, w pozostałych sprawach został zmieniony opis czynu i tylko w trzech sprawach został zmieniony wymiar kary pozbawienia wolności. Zmiana wymiaru kary pozbawienia wolności dotyczyła kary 10 lat pozbawienia wolności, która została zmieniona na karę 8 lat pozbawienia wolności. Kolejną zmianą była zmiana kary 8 lat pozbawienia wolności na 7 lat pozbawienia wolności. W jednej ze spraw, ze względu na dodatkową kwalifikację działania ze szczególnym okrucieństwem, sąd zwiększył wymiar kary z 6 lat pozbawienia wolności na okres 8 lat

pozbawienia wolności. Tylko w jednej sprawie została złożona kasacja, która została oddalona przez SN. Sąd Najwyższy w przedmiotowej sprawie uznał, że wniesiona kasacja jest oczywiście bezzasadna, bowiem obrońca skazanego wskazywał, iż wyrok wydany względem skazanego jest pozbawiony podstawy, gdyż zgodnie z jego twierdzeniem nie popełnił on zarzucanego mu czynu. W całej sprawie nie było dowodów wskazujących na niewinność sprawcy, wręcz przeciwnie – zeznania świadków i zebrane w sprawie materiały przemawiały na niekorzyść sprawcy. Co ciekawe, sprawca składał również samodzielnie pisma do Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z prośbą o pomoc w sprawie, w których próbował dowieść swojej niewinności. Na każde ze wskazanych pism otrzymywał on odpowiedź, że całe postępowanie sądowe odbyło się w sposób prawidłowy i wskazane dowody w sprawie nie budzą wątpliwości co do jego winy.

Wykres 9

Wymiar kary pozbawienia wolności po uwzględnieniu postępowania przed sądem II instancji



Źródło: opracowanie własne na podstawie przeprowadzonych badań aktowych.

5. KONKLUZJE

Ze względu na specyfikę przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej, ofiary tego rodzaju czynów zabronionych powinny być traktowane w sposób szczególny, z uwzględnieniem ciężkich przeżyć, jakich osoby te doznały w wyniku czynu sprawcy. Jak wskazały badania w wyżej wskazanych sprawach, organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości uwzględniały każdorazowo specyfikę przestępstwa zgwałcenia. Małoletnie pokrzywdzone nie były wielokrotnie przesłuchiwane w sprawie, a przesłuchiwanie odbywało się w pokoju do tego przystosowanym. Dodatkowo, od samego początku każdego z postępowań ofierze towarzyszył biegły psycholog.

Osoba sprawcy także w każdej ze spraw korzystała z uprawnień i środków ochrony dla podejrzanych i oskarżonych przewidzianych przez Kodeks postępowania karnego¹⁸, do których należały m.in. korzystanie z pomocy obrońcy czy możliwość

¹⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575).

odmowy składania wyjaśnień. Wobec sprawców często stosowany był środek zabezpieczający w postaci tymczasowego aresztowania, co było w każdym przypadku uzasadnione ze względu m.in. na fakt, że jako osoby najbliższe zamieszkiwali oni z pokrzywdzonymi. Zarówno organom postępowania przygotowawczego, jak i organom wymiaru sprawiedliwości można zarzucić pewną opieszałość działania i przewlekłość, gdyż w większości spraw zarówno postępowanie przygotowawcze, jak i sądowe trwało stosunkowo długo.

Bardzo istotnym faktem wynikającym z przeprowadzonych badań jest okoliczność, że ofiary bardzo długo nie informują osób zaufanych o tym, że popełniono względem nich czyn zabroniony. Ponadto często dopiero po jakimś czasie zwracają się swoim opiekunom z faktu bycia ofiarą. W przypadku badanych spraw zarówno opiekunowie prawni, jak i opiekunowie w placówkach państwowych reagowali w sposób właściwy, informując od razu służby o możliwości popełnienia przestępstwa. Niestety, w bardzo wielu przypadkach przestępstwo zgwałcenia osoby najbliższej nie zostaje ujawnione ze względu na obawę przed oskarżeniem członka rodziny, a także ze względu na poczucie wstydu osób pokrzywdzonych, wynikające z faktu bycia ofiarami swoich najbliższych. Często oprócz bycia ofiarą w sensie fizycznym, osoby te są ofiarami w sferze życia psychicznego, co także znalazło potwierdzenie w przeprowadzonych badaniach. Ponadto sprawcy przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej wykorzystują przede wszystkim swoją siłę fizyczną i uzależnienie ofiary przestępstwa względem siebie. Każda z pokrzywdzonych w badanych sprawach była bądź kobietą, bądź małoletnią – jednakże każdorazowo była osobą słabszą zarówno w sensie fizycznym, jak i psychicznym od sprawcy. Każdorazowo ofiara stawiała opór sprawcy, nawet w braku jej siły fizycznej w pewnym momencie był to opór bierny. Niestety, wyniki badań potwierdziły, że zgwałcenie osoby najbliższej bywa dokonywane w ramach instytucji czynu ciągłego, co wskazuje, iż trauma ofiary trwa pewien określony czas. Dodatkowo przeprowadzone badania wskazały, że rodziny, w których dochodzi do przestępstwa zgwałcenia osoby najbliższej to rodziny, które nie funkcjonują w sposób właściwy. To miejsca, w których przemoc i alkohol są „towarzyszami codzienności”.

Reasumując powyższe, wciąż istnieje potrzeba uświadamiania społeczeństwa na temat tego, że należy zgłaszać fakt bycia ofiarą przestępstw seksualnych czy przemocy domowej. Mimo aktywnej działalności organizacji społecznych pomagających kobietom czy rodzinom, powinno się dalej popularyzować i rozszerzać tę działalność. Należy podkreślić, że samo przestępstwo zgwałcenia w aspekcie dogmatycznym, jak i związane z tym przestępstwem postępowanie powinny być przedmiotem badań i analiz naukowych, gdyż studia nad tą problematyką mogą pomagać ustalać kierunek zmian w zakresie walki z przestępczością seksualną.

Summary

Adriana Kuligowska, *The Crime Of Raping An Immediate Family Member Or Cohabitee. Selected Legal And Criminological Aspects*

Rape is a crime of interest to both lawyers and criminologists. This study is aimed at a legal analysis of an aggravated form of this offence, namely rape of an immediate family

member or significant other. In addition to a legal analysis, an analysis of court records in selected courts in Poland was also conducted, a summary of which analysis is presented, with an indication of the conclusions.

Keywords: *criminal law, criminology, rape, immediate family members and cohabitants, sexual offences, accused, victim*

Streszczenie

**Adriana Kuligowska, Przestępstwo zgwałcenia osoby najbliższej
– wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne**

Zgwałcenie jest przestępstwem, które leży w przedmiocie zainteresowań zarówno prawników, jak i kryminologów. Niniejsze opracowanie ma na celu analizę prawną kwalifikowanego typu tego przestępstwa, którym jest zgwałcenie osoby najbliższej. Obok analizy prawnej, przeprowadzono także analizę badań akt sądowych w wybranych sądach w Polsce oraz podsumowano przeprowadzone badania ze wskazaniem na płynące z nich wnioski.

Słowa kluczowe: *prawo karne, kryminologia, zgwałcenie, osoby najbliższe, przestępstwa seksualne, oskarżony, ofiara*

Literatura:

1. Doroszewski W. [red.] *Słownik języka polskiego*, t. 1–11, Warszawa 1996–1997.
2. Filar M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej* [w:] red. M. Filar, Warszawa 2010.
3. Hałas R., *Struktura przestępstwa* [w:] *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2017.
4. Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2018.
5. Leonieni M., Leszczyński J., *Szczególne okrucieństwo jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, Palestra 1974, nr 4.
6. Mozgawa M., *Kodeks karny. Komentarz*, Lublin 2015.
7. Stefański R.A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
8. Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019.
9. Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977.

Jan Kluza*

Odpowiedzialność sprawcy wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym za zabójstwo w typie podstawowym (art. 148 § 1 Kodeksu karnego)**

1. WSTĘP

W obecnym stanie prawnym przestępstwo wypadku drogowego zostało stypizowane w rozdziale XXI Kodeksu karnego¹ poświęconym przestępstwom przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, w ramach którego umiejscowiony został art. 177. Artykuł ten w paragrafie 2 przewiduje kwalifikowany typ przestępstwa spowodowania wypadku drogowego, którego następstwem jest śmierć innej osoby albo ciężki uszczerbek na jej zdrowiu zagrożony karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Oprócz tego w art. 173 § 3 i 4 k.k. ustawodawca przewidział surowszą odpowiedzialność za spowodowanie katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, zagrażającą życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach, której następstwem jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób (odpowiednio umyślnie i nieumyślnie). W orzecznictwie jednak zasygnalizowano możliwość zakwalifikowania spowodowania skutku śmiertelnego w wyniku naruszenia reguł ruchu drogowego nie tylko na podstawie przestępstw przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, lecz także jako zbrodnię zabójstwa z art. 148 § 1 k.k.

Pomiędzy występkami z art. 177 § 2 k.k. i przestępstwem z art. 148 § 1 k.k. zachodzić powinien – co do zasady – stosunek wykluczania, ponieważ czyny te określa nie tylko odmienna strona przedmiotowa, lecz przede wszystkim przeciwna strona podmiotowa działania sprawcy. W niektórych jednak przypadkach będzie zachodzić pozorny stosunek zawierania pomiędzy zabójstwem a wypadkiem ze skutkiem śmiertelnym, który należałoby rozstrzygnąć poprzez przypisanie

* Mgr Jan Kluza jest doktorantem w Katedrze Postępowania Karnego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, Polska, ORCID: 0000-0002-0929-6093, e-mail: jan.kluza@hotmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 3.03.2021 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

zbrodni ze względu na wskazanie, że kierujący przewidywał spowodowanie skutku śmiertelnego i się na niego godził, co zostanie bliżej przedstawione w dalszej części niniejszego artykułu.

2. CHARAKTER ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA WYPADEK ŚMIERTELNY W OPARCIU NA OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISACH

Istotą przestępstwa z art. 177 § 2 k.k. jest naruszenie, chociażby nieumyślne, zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym, którego skutkiem jest spowodowanie wypadku, w którym inna osoba ponosi śmierci lub doznaje ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. W tym względzie wymogiem odpowiedzialności karnej jest naruszenie reguł bezpieczeństwa i postępowania z dobrem prawnym rozumianych jako reguły ruchu drogowego². Przede wszystkim, w odniesieniu do ruchu lądowego, reguły te są zawarte w ustawie – Prawo o ruchu drogowym³, jednak część z nich ma charakter nieskodyfikowany wynikający ze zwyczaju⁴. Jak wskazał Sąd Najwyższy (dalej SN), „Poza regulacjami ustawowymi mogą pozostawać zasady bardziej ogólne, których naruszenie także rodzi odpowiedzialność karną. (...) Taka konkretyzacja powinna natomiast niewątpliwie następować w ramach ustaleń faktycznych prezentowanych w pisemnych motywach wyroku”⁵.

Strona podmiotowa przestępstwa wypadku drogowego polega na nieumyślności, jednak określenie to ze względu na złożoną specyfikę postępowania ma niejako charakter mieszany. Ryszard A. Stefański w tym zakresie wskazuje, że art. 177 § 1 k.k. „zawiera **dwie klauzule nieumyślności**: jedną odnoszącą się do naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu, wyrażoną zwrotem «naruszając, chociażby nieumyślne, zasady bezpieczeństwa» i drugą dotyczącą skutku, zawartą w sformułowaniu «powoduje nieumyślne wypadek»”⁶ (pogrubienie – J.K.). Przesłanką czynu zabronionego jest naruszenie reguł postępowania w ruchu drogowym, jednak jak *explicite* wynika z treści przepisu art. 177 § 1 k.k., może ono nastąpić bądź umyślnie, bądź nieumyślnie, co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę sformułowaniem „chociażby nieumyślne”. Przestępstwem jest jednak spowodowanie skutku, który musi nastąpić nieumyślnie. Wyraz temu, co należy wprost odnieść do art. 177 § 2 k.k., dał SN, stwierdzając że: „Przestępstwo z art. 177 § 1 k.k. stanowi występki nieumyślny w znaczeniu art. 9 § 2 k.k., jednak naruszenie zasad bezpieczeństwa w ruchu może nastąpić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Występujące w opisie znamion czynu z art. 177 § 1 k.k. zróżnicowanie sposobu naruszenia zasad bezpieczeństwa rodzi obowiązek sądu, w razie skazania za tak kwalifikowane przestępstwo jednoznacznego wskazania sposobu naruszenia przez sprawcę zasad bezpieczeństwa w określonym rodzaju ruchu”⁷. Odpowiedzialność za skutek śmiertelny sprowadza się zatem do tego, że sprawcy może być obiektywnie przypisany skutek, ponieważ doprowadziło do niego nieprzestrzeganie przez niego

² G. Bogdan [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, cz. I, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 490.

³ Ustawa z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 110).

⁴ G. Bogdan [w:] *Kodeks...*, s. 490–491.

⁵ Wyrok SN z 2.10.2014 r., V KK 77/14, LEX nr 1532787.

⁶ R.A. Stefański [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, s. 1137.

⁷ Wyrok SN z 1.12.2005 r., V KK 353/05, LEX nr 174672.

reguł ostrożności⁸. Jak wskazał SN, „Czynność sprawcza, stanowiąca zamięć czynu z art. 177§ 2 k.k. jest dwuczłonowa. Pierwszy człon polega na naruszeniu zasad bezpieczeństwa w ruchu, zaś drugi na spowodowaniu skutków”⁹.

3. UŻYCIЕ SAMOCHODU JAKO PRZEDMIOTU PRZESTĘPSTWA PRZECIWKO ŻYCIU I ZDROWIU

Omawianą problematykę należy zacząć od rozróżnienia sytuacji, w której sprawca nieumyślnie doprowadza do wypadku drogowego, o którym mowa w art. 177 k.k., od sytuacji, kiedy pojazd służy jedynie jako przedmiot do zrealizowania skutku i urzeczywistnienia zamiaru kierowcy. W takim przypadku samochód stanowi takie samo narzędzie jak nóż, broń czy drewniany kij. Przykładowo, można wskazać na stan faktyczny, w którym D.T. został oskarżony o to, że: „przewidując możliwość i godząc się ze skutkiem w postaci zabójstwa P.G., prowadząc w ruchu lądowym po ulicy (...) w K., pojazd mechaniczny w postaci samochodu marki B. o nr rej. (...) w stanie nietrzeźwości, (...) umyślnie doprowadził do potrącenia wyżej opisanym samochodem znajdującego się na ulicy pokrzywdzonego i przez to spowodował obrażenia ciała (...), jednakże zamierzonego skutku w postaci śmierci P. G. nie osiągnął wobec udzielenia mu pomocy medycznej (...)”¹⁰. Sąd Okręgowy (dalej SO) w Krakowie uznał oskarżonego za winnego czynu z art. 156 § 2 k.k., jednakże na skutek apelacji Sąd Apelacyjny (dalej SA) w Krakowie uchylił ten wyrok do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Powyższy kazus stanowi przykład posłużenia się samochodem jako przedmiotem służącym umyślnie do realizacji czynu zabronionego, co wyklucza kwalifikowanie czynu jako nieumyślnego spowodowania skutku, o którym mowa w art. 177 § 2 k.k. Podobnego stanu faktycznego dotyczył wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie, w którym utrzymano wyrok sądu I instancji wobec M.R., gdzie uznano go za winnego tego, że: „działając w zamiarze bezpośrednim spowodowania u J.M. lekkich obrażeń ciała wyjechał swoim samochodem marki P. nr rej. (...) na drogę będąc przekonanym, iż drogą tą porusza się J.M. kierujący stanowiącym jego własność samochodem F. (...), w sytuacji, gdy drogą tą faktycznie poruszał się, po wyjechaniu z posesji jego byłej konkubiny K.G., jadący z przeciwnego kierunku samochód marki O. (...) nr rej. (...), zjechał na pas ruchu samochodu marki O. (...) i przodem swojego samochodu uderzył w przód tego pojazdu, którym kierowała J.B., a pasażerami były jej dzieci: 4-letnia J. i 2-letnia E., w następstwie czego samochód marki O. (...) został uszkodzony na kwotę 4700 zł na szkodę G. i A.B., czym spowodował nieumyślnie u J.B. obrażenia ciała w postaci stłuczenia głowy, stłuczenia kręgosłupa szyjnego i potłuczeń ogólnych, które to obrażenia naruszyły czynności narządu jej ciała na okres poniżej dni siedmiu”¹¹. W powyższych przypadkach mamy do czynienia z wykorzystaniem

⁸ Zob. D. Szeleszczuk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 462.

⁹ Postanowienie SN z 26.07.2016 r., II KK 203/16, LEX nr 2090902.

¹⁰ Cyt. za: wyrok SA w Krakowie z 19.05.2016 r., II AKa 65/16, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/za-b\\$00f3jstwo\\$0020drogowe/152000000001006_II_AKa_000065_2016_Uz_2016-05-19_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/za-b$00f3jstwo$0020drogowe/152000000001006_II_AKa_000065_2016_Uz_2016-05-19_001) (dostęp: 6.03.2021 r.).

¹¹ Cyt. za: wyrok SA w Lublinie z 6.12.2012 r., II AKa 253/12, [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/za-b\\$00f3jstwo\\$0020drogowe/153000000001006_II_AKa_000253_2012_Uz_2012-12-06_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/za-b$00f3jstwo$0020drogowe/153000000001006_II_AKa_000253_2012_Uz_2012-12-06_001) (dostęp: 6.03.2021 r.).

samochodu jako przedmiotu czynności wykonawczej, w związku z umyślnym popełnieniem przestępstwa na szkodę konkretnych osób, co w sposób oczywisty eliminuje możliwość przyjęcia działania w ramach nieumyślnego z natury wypadku.

4. ZABÓJSTWO DROGOWE

Odmienne przedstawia się kwestia związana z działaniem nie przeciwko konkretnej osobie, u której skutek w zamiarze kierowcy miał powstać, lecz ze spowodowaniem skutku śmiertelnego wobec nieprzestrzegania reguł ruchu drogowego, a więc *prima facie* zachowania typowego dla wypadku drogowego. Na gruncie art. 177 § 2 k.k. podkreślano, że oceniając stopień społecznej szkodliwości czynu, sąd powinien baczyc na to, czy naruszenie reguł ruchu drogowego miało charakter rażący, czy też nastąpiło w wyniku błędnej oceny sytuacji¹². Jednak stopień naruszenia tych reguł i relacja świadomości kierującego do otaczającej go rzeczywistości może powodować zmianę kwalifikacji prawnej czynu. Problematyka odpowiedzialności sprawcy wypadku drogowego za przestępstwo zabójstwa była już podnoszona w praktyce, m.in. w przypadku śmiertelnego potrącenia dwóch osób na przejściu dla pieszych przez kierowcę jadącego z prędkością 135 km/h¹³. Już zresztą Kodeks karny z 1932 r.¹⁴ oparty był na zasadzie postrzegania przestępstw drogowych jako popełnianych z zamiarem ewentualnym, kodeks ten nie przewidywał bowiem odrębnego typu czynu zabronionego współcześnie rozumianego jako nieumyślny wypadek drogowy. Na kanwie ówczesnego art. 216 § 1 Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Warunkiem przypisania sprawcy przestępstwa drogowego umyślnej postaci winy (art. 215 § 1 k.k., art. 242 § 1 k.k.) jest wykazanie, że sprawca przewidywał możliwość skutku przestępnego i co najmniej na skutek ten się godził. W obu powyższych dyspozycjach skutkiem przestępnym nie jest katastrofa w komunikacji czy śmierć człowieka, ale spowodowanie niebezpieczeństwa katastrofy (art. 215 § 1 k.k.) albo narażenie życia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo (art. 242 § 1 k.k.)”¹⁵. Dopiero Kodeks karny z 1969 r.¹⁶ doprowadził do odrębnej penalizacji wypadku drogowego.

W przypadku spowodowania wypadku drogowego, którego skutkiem jest śmierć człowieka, odpowiedzialność karna za ten skutek cechuje się tym, że sprawca nie obejmował swoją wolą spowodowania tego skutku i na niego się nie godził, lecz powinien obejmować go świadomością (świadoma nieumyślność) lub powinien być mieć taką świadomość (nieświadoma nieumyślność)¹⁷. Podkreślenia wymaga to, że: „Obiektywna przewidywalność skutku jest elementem właściwym zarówno dla umyślności, jak i nieumyślności, albowiem warunkuje możliwość przypisania przestępstwa”¹⁸. Dlatego też w sytuacji, kiedy kierujący nie mógł dostrzec pieszego

¹² K.J. Pawelec, *Z problematyki karania sprawców przestępstw drogowych*, „Przegląd Sądowy” 2017/10, s. 79.

¹³ <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1390653.piraci-drogowi-to-wedlug-prokuratury-mordercy.html?fbclid=IwAR1pZirCuwiYwIXEgg8Q8FI17AAkbQsaEeX0EQ6Zx9LgmMQa-d-YgEfH2Dw> (dostęp: 6.03.2021 r.).

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).

¹⁵ Uchwała SN z 22.06.1963 r., VI KO 54/61, LEX nr 136345.

¹⁶ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

¹⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 220–221.

¹⁸ Wyrok SA w Warszawie z 13.11.2019 r., II AKa 160/19, LEX nr 2750303.

ubranego na ciemno znajdującego się w nocy na jezdni, nie można mu przypisać skutku śmiertelnego¹⁹, ponieważ na płaszczyźnie normatywnej obiektywnego przypisania skutku modelowy obywatel mógłby nie przypuszczać, że na jezdni będzie się znajdował pieszy. Możliwe jest jednak przyjęcie stanowiska, że sprawca obejmował swoją świadomością spowodowanie skutku śmiertelnego i na niego się godził, a więc działał z zamiarem ewentualnym.

Trafne jest stwierdzenie, że: „Zamiar, jako świadomość rzeczywistości i połączona z nią wola określonego zachowania, jest elementem stanu faktycznego (rzeczywistości), i jako taki podlega dowodzeniu według wszystkich reguł postępowania dowodowego i dokonywania ustaleń faktycznych. Stąd zamiar nie może być przedmiotem przypuszczeń i domniemań, ani formułowanej alternatywnej w stosunku do ustaleń sądu, możliwej wersji zdarzenia”²⁰. Trzeba dodać, że: „Ustalenie zamiaru sprawcy musi być czynione zawsze w realiach konkretnej sprawy w oparciu o dostępne i przeprowadzone dowody. Wskazać należy także, że istota zamiaru ewentualnego zgodnie z art. 9 § 1 k.k. *in fine* polega na tym, że sprawca przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego godzi się na to. Przyjęcie takiej postaci zamiaru musi opierać się na pewnym ustaleniu, że określony skutek był rzeczywiście wyobrażony przez sprawcę, a także iż był przez niego akceptowany”²¹. W związku z tym, „Ustalenia faktyczne dotyczące znamion podmiotowych powinny odwoływać się do całokształtu materiału dowodowego sprawy. Zamiar sprawcy, choć istnieje tylko w jego świadomości, to jest faktem psychologicznym, zatem podlega dowodzeniu na tych samych zasadach, co fakty z zakresu strony przedmiotowej czynu”²². Udowodnienia wymaga zatem to, że – w przeciwieństwie do wypadku drogowego – kierujący liczył się z tym, iż może spowodować skutek śmiertelny i przewidując taką możliwość godził się na to, a więc działał w zamiarze ewentualnym. Istotna jest tu więc przede wszystkim strona podmiotowa działania sprawcy, ponieważ strona przedmiotowa pozostaje w zasadzie taka sama – na gruncie obiektywnego przypisania skutku spełnione muszą być te same warunki.

Omawianego zagadnienia dotyczy wprost stan faktyczny będący przedmiotem rozstrzygnięcia przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, w którym W.P., jak przyjął sąd, przewidując możliwość zabicia R.K. i godząc się na to, pozbawił go życia w ten sposób, że na skrzyżowaniu ulic „jadąc z prędkością nie mniejszą niż 108,9 km/h, lewym pasem, widząc przechodzącego prawidłowo ze strony lewej na prawą na zielonym świetle przez oświetlone przejście dla pieszych wymienionego pokrzywdzonego, przy włączonej czerwonej sygnalizacji świetlnej wjechał na przejście dla pieszych, nie wykonując pomimo możliwości żadnego manewru zmierzającego do uniknięcia potrącenia pieszego, uderzył w niego przednią lewą częścią prowadzonego pojazdu”²³, w wyniku czego pokrzywdzony zmarł na skutek odniesionych obrażeń. W wyroku tym SA stwierdził, że: „W zależności od rodzaju stworzonej przez kierującego pojazdem mechanicznym sytuacji drogowej, wynikającej z naruszenia podstawowych

¹⁹ W. Kotowski, *Wzorcowe rozstrzygnięcie w sprawie wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym*, „Palestra” 2020/10, s. 134.

²⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z 3.10.2018 r., II AKa 295/18, LEX nr 2605261; zob. też I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 18.

²¹ Wyrok SA we Wrocławiu z 25.04.2019 r., II AKa 27/19, LEX nr 2679666.

²² Wyrok SA w Krakowie z 5.02.2019 r., II AKa 286/18, LEX nr 2707537.

²³ Wyrok SA we Wrocławiu z 19.12.2017 r., II AKa 281/17, LEX nr 2491410.

zasad ruchu drogowego, ze świadomością wysokiego prawdopodobieństwa zaistnienia negatywnych skutków, którym sprawca nie stara się przeciwdziałać, możliwe jest uznanie, że potrącenie na przejściu dla pieszych człowieka ze skutkiem śmiertelnym, stanowi zbrodnię zabójstwa popełnionego w formie zamiaru ewentualnego (art. 148 § 1 k.k.), a nie wypadek komunikacyjny określony w art. 177 § 2 k.k.”²⁴. Ze stanowiskiem tym należy się w pełni zgodzić. Dla prawidłowego zrozumienia tej kwestii, krótkiego przytoczenia wymaga przedmiotowy stan faktyczny: oskarżony bowiem prowadząc skradziony samochód z prędkością przekraczającą 100 km/h uciekał przed policją, nie stosując się do znaków drogowych i sygnalizacji świetlnej, i wjechał na oświetlone przejście dla pieszych w momencie, kiedy dla jego kierunku jazdy wyświetlane było czerwone światło sygnalizacji. Trafnie SA nie podzielił zarzutów apelacji, która podnosiła, że kierujący chciał wyminąć wyjeżdżający z bocznej uliczki autobus i pieszego, co uzasadniać miałyby kwalifikację czynu z art. 177 § 2 k.k., ponieważ kierujący nie podjął żadnego manewru, który na to miałby wskazywać, a w szczególności nie podjął próby hamowania i nie zmniejszył prędkości. W istocie zatem argumentacja obrony zmierzała do tego, że kierujący chciał przejechać z prędkością ponad 100 km/h przy czerwonym świetle „pomiędzy” autobusem a pieszym, dostrzegając w potrąceniu tego pieszego działanie nieumyślne. Odnosząc się do tej kwestii, SA trafnie stwierdził, iż: „Nie powinno podlegać wątpliwości, że kierujący samochodem oskarżony jadący z prędkością ponad 100 km/h jedną z głównych ulic kilkudziesięciotysięcznego miasta J., uciekający przed Policją, lekceważący wszystkie przepisy ruchu drogowego, jadący niemal «na oślep», widząc z daleka człowieka wkraczającego na przejście dla pieszych na zielonym świetle, wykazał zupełną obojętność przejawiającą się brakiem jakiegokolwiek aktywności w kierunku zapobieżenia skutkowi”²⁵. W związku z tym implikuje to przyjęcie zamiaru ewentualnego, ponieważ „Sprawca działa z zamiarem ewentualnym popełnienia przestępstwa wtedy, gdy ma on świadomość możliwości nastąpienia skutku przestępczego i na to się godzi, to znaczy wprawdzie nie chce, aby skutek taki nastąpił, ale zarazem nie chce, żeby nie nastąpił, a więc gdy wykazuje całkowitą obojętność wobec uświadomionej sobie możliwości nastąpienia skutku przestępczego”²⁶.

Przyjęcie zamiaru wynikowego wymaga świadomości możliwości nastąpienia skutku (element intelektualny) i godzenia się na niego (element woluntatywny)²⁷. Zaistnienie zamiaru musi mieć miejsce przed realizacją znamion czynu i musi towarzyszyć ich realizacji²⁸. Na gruncie prawa karnego zgoda rozumiana jest rozmaicie – według koncepcji zgody jest to sytuacja, w której sprawca i tak kontynuowałby działanie, gdyby miał pewność co do nastąpienia czynu zabronionego; według teorii obojętności woli jest to sytuacja, w której sprawca ani nie chce, ani chce żeby czyn nastąpił, lecz jest to dla niego obojętne; stosownie do teorii nietolerowanego ryzyka sprawca podejmuje się działania mimo jego nieakceptowalnej społecznie

²⁴ Wyrok SA we Wrocławiu z 19.12.2017 r., II AKa 281/17.

²⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z 19.12.2017 r., II AKa 281/17.

²⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z 8.12.2012 r., II AKa 210/12, LEX nr 1216437.

²⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 213.

²⁸ K. Burdziak, *Aspekt wolincjonalny zamiaru bezpośredniego i ewentualnego – rozważania na tle kwalifikowanych typów przestępstwa zabójstwa*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 112.

szkodliwości; według teorii prawdopodobieństwa godzenie się oznacza sytuację, w której sprawca podejmuje działanie mimo świadomości wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia czynu, oraz teoria obiektywnej manifestacji według której godzenie się zachodzi wówczas, gdy wynika to z przejawu zachowania sprawcy²⁹. W starszej literaturze Edmund Krzymuski wskazywał, że zamiar nieoznaczony zachodzi m.in. wtedy, gdy „Sprawca skierował swoje działanie, ku spowodowaniu jakiegoś skutku nieprzestępnego (względnie mniej przestępnego), ale przewidywał, że z jego działania powstać może jakiś skutek przestępny (względnie bardziej przestępny) i nawet myśl, że ów przewidywany przezeń skutek stałby się następstwem jego działania, nie zdołała go powstrzymać od tego ostatniego”³⁰. O woli warunkowej z kolei pisał Juliusz Makarewicz, wskazując, że ma ona miejsce „na wypadek, jeżeli zaszła dalsza zmiana w świecie zewnętrznym, nie ta, lub nie tylko ta, do której sprawca zmierza, lub jeśliby zaszły znamiona stanu faktycznego innego, niż ten, który sprawca miał na oku”³¹. Szeroko poglądy na temat „godzenia się” wyrażane w doktrynie prawa karnego zreferował Jan Waszczyński, który wskazał, że: „sprawca działający w zamiarze ewentualnym ma z jednej strony wolę narażenia określonego dobra na bezpośrednie niebezpieczeństwo, a z drugiej pozostaje obojętny wobec faktu nastąpienia skutku”³². Krytycznie do teorii obojętności woli odnosił się Kazimierz Buchała, krytykując zrównanie woli z zamiarem³³. Autor ten stwierdza, że: „świadomość dużego prawdopodobieństwa przy braku przekonania, że uboczny skutek nie nastąpi, implikuje jego współchcenie”³⁴. Marian Cieślak w końcu stwierdza, że: „Nie ma chyba powodu do wątpliwości, że istnieją sytuacje, w których dla sprawcy jest mniej więcej obojętne, czy przewidywany, jako możliwy, uboczny efekt jego zachowania się nastąpi, czy nie. O nastawieniu emocjonalnym można tu mówić właściwie tylko w sensie jego braku, skoro zakłada się, że sprawca nie chce tego ubocznego efektu. Chodzi tu raczej o swoistą postawę sprawcy. Jej stwierdzenie w procesie powinno prowadzić do przyjęcia zamiaru ewentualnego nawet w wypadku stosunkowo niedużego, lecz przewidywalnego przez sprawcę prawdopodobieństwa ubocznego skutku”³⁵. Stanowisku temu nie można odmówić racji, wszak art. 9 § 1 k.k. nie określa żadnego przewidywalnego przez sprawcę poziomu prawdopodobieństwa. Trzeba natomiast przypomnieć, że projekt Kodeksu karnego z 1997 r. w pracach komisji kodyfikacyjnej przewidywał węższą postać zamiaru ewentualnego przez to, że sprawca miał przewidywać znaczne prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego³⁶. Zrezygnowanie z tego przymiotnika w treści przepisu nie może pozostawać bez wpływu na jego wykładnię. Do tego też nawiązuje Jacek Giezek, stwierdzając że: „O zamiarze mówić bowiem można dopiero wówczas, gdy mamy do czynienia ze świadomym dążeniem podmiotu w kierunku osiągnięcia stanu rzeczy, który – z mniejszym lub większym prawdopodobieństwem,

²⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 214–215. Na inne jeszcze koncepcje zgody wskazuje K. Burdziak, *Aspekt wolincjonalny...*, s. 113–114.

³⁰ E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiskami nauki i prawa austriackiego*, Kraków 1901, s. 304.

³¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 64.

³² J. Waszczyński, *Jeszcze w sprawie zamiaru ewentualnego*, „Palestra” 1977/5, s. 78.

³³ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 313.

³⁴ K. Buchała, *Prawo...*, s. 316.

³⁵ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 319.

³⁶ Komisja ds. reformy prawa karnego, *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994/3 (wkładka), s. 7.

prowadzi do realizacji znamion czynu zabronionego³⁷. Innymi słowy, żywienie nadziei, że skutek, który sprawca zauważa, iż może nastąpić, nie zmaturalizuje się przy braku odstąpienia od działania, nie przekreśla działania umyślnego³⁸.

I choć Włodzimierz Wróbel i Andrzej Zoll wskazują, że współcześnie najbardziej na aprobatę zasługuje teoria prawdopodobieństwa połączona z koncepcją obiektywnej manifestacji, według której zgoda zachodzi wówczas, gdy mimo wysokiego prawdopodobieństwa nastąpienia czynu sprawca podejmuje nadal działania nie manifestując chęci jego nienastąpienia³⁹, to nie jest to pogląd jednolity. W dalszym ciągu w niektórych opracowaniach wskazywana jest w tym względzie koncepcja obojętności woli⁴⁰. Niemniej należy wskazać, że, choć nie można domniemywać zamiaru, ustalany jest on na podstawie przedmiotowych okoliczności czynu i ustalenia w tym względzie muszą być całościowe⁴¹. Istotne jest przy tym to, że niezależnie od przyjętej koncepcji, sprawca musi zdawać sobie sprawę z tego, iż jego działanie doprowadzić może do popełnienia czynu zabronionego. Podkreślenia wymaga to, że: „Obowiązek przewidywania ma charakter o tyle obiektywny, że ocenia się go według miary przeciętnego podmiotu. Oznacza to jednak tyle tylko, że ten, kto zachował przeciętną dbałość i ostrożność, nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za to, że nie wykazał staranności wyższej od przeciętnej. Niezachowanie jednak przeciętnej staranności nie jest samo przez się wystarczającą przesłanką odpowiedzialności karnej, jeśli tej staranności sprawca nie mógł zachować ze względów indywidualnych, tj. ze względu na swoje indywidualne możliwości”⁴².

Odnosząc te wskazania na grunt problematyki wypadków drogowych, należy słusznie podzielić wskazanie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu. Okoliczność, że sprawca narusza w sposób rażący zasady ruchu drogowego, nie może wyłączać jego odpowiedzialności za inne przestępstwa niż określone w rozdziale XXI Kodeksu karnego dotyczące bezpieczeństwa w komunikacji. Krytycznie jednak do tego stanowiska podszedł Kazimierz Pawelec, który na gruncie art. 174 i 177 k.k. wskazuje, że: „Zamiar sprawcy należało odnosić wprost do wywołanego niebezpieczeństwa, nie zaś skutku tego niebezpieczeństwa w postaci katastrofy czy nawet wypadku drogowego. (...) Sprawca musiał zatem godzić się na nastąpienie potencjalnego skutku, a przynajmniej jego wysokiego prawdopodobieństwa. Dla przyjęcia zachowania umyślnego konieczne było ustalenie nie tylko świadomości sprawcy, ale również jego woli w odniesieniu do wywołanego niebezpieczeństwa. Powyższe zaś stanowiło poważny problem natury dowodowej. Chodziło przecież o udowodnienie godzenia się sprawcy na wywołanie niebezpieczeństwa, ale nie na skutek będący katastrofą”⁴³. Autor ten wskazuje, że brak udowodnienia zamiaru ewentualnego,

³⁷ J. Giezek, *Strona podmiotowa czynu zabronionego a model i kryteria subiektywnego przypisania* [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 93.

³⁸ J. Giezek, *Strona podmiotowa...*, s. 101.

³⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 215; A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 155.

⁴⁰ T. Dukiet-Nagórska, O. Sitarz [red.] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020, s. 124; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 84; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 395.

⁴¹ M. Budyn-Kulik [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016, s. 235.

⁴² Postanowienie SN z 3.10.1962 r., Rw 993/62, LEX nr 135989.

⁴³ K.J. Pawelec, *Potrącenie na przejściu dla pieszych ze skutkiem śmiertelnym jako zabójstwo – glosa – II AKa 281/17*, „Monitor Prawniczy” 2020/7, s. 379.

którego nie można domniemywać, wskazuje na świadomą nieumyślność oraz, iż rażąco i umyślnie naruszenie reguł ruchu drogowego poprzedzające potrącenie pieszego stanowią co najwyżej o popełnieniu czynu z art. 174 § 1 k.k., zaś „samo potrącenie pieszego, którego oskarżony mógł dostrzec z odległości umożliwiającej wykonanie manewrów obronnych, których nie wykonał, ewidentnie świadczy o tzw. błędzie decyzyjnym, który nie został omówiony w motywach głosowanego orzeczenia, chociażby w aspekcie odruchu bezwarunkowego i przemyślenia lepszego wariantu jazdy przy uwzględnieniu jego uwagi na ścigający go policyjny radiowóz. Tak więc przyjęcie po stronie oskarżonego „pełnej obojętności”, której przejawem był brak jakiegokolwiek aktywności w kierunku zapobiegnięcia skutkowi, był wnioskiem zbyt daleko idącym, o ile nie przedwczesnym”⁴⁴. Stanowiska tego nie można jednak podzielić. Nie można się bowiem zgodzić z tym, że w sytuacji, gdy kierujący samochodem z dużą prędkością widzi na przejściu dla pieszych człowieka i nie podejmuje żadnego manewru, aby uniknąć zdarzenia jest jedynie błędem decyzyjnym, a nie świadczy tym samym o godzeniu się na niechybne spowodowanie skutku śmiertelnego u tego pieszego. W orzecznictwie wyrażane jest wszak stanowisko, że: „W niektórych wypadkach na tle samej strony przedmiotowej przestępstwa, a zatem na podstawie działania sprawcy, można w sposób niewątpliwy ustalić zamiar, jaki mu towarzyszył”⁴⁵. Podobnie stwierdził SA w Warszawie, wskazując, że: „W sytuacji gdy sprawca śmierci człowieka zaprzecza (co jest regułą) swemu zamiarowi zabójstwa, istnienie tego zamiaru lub jego brak, może być ustalony przede wszystkim na podstawie analizy najbardziej uchwytnych, widocznych elementów zachowania się sprawcy. Do tych zaś należą okoliczności przedmiotowe czynu. Nie oznacza to lekceważenia innych okoliczności, takich jak np.: charakter i usposobienie sprawcy, jego poziom umysłowy, reakcje emocjonalne i zachowanie się w stosunku do otoczenia, tło i powody zajścia, stosunek do pokrzywdzonego”⁴⁶. Słusznie stwierdza Mariusz Nawrocki, że: „W procesie karnym nie uzyskujemy pewności matematycznej czy metafizycznej, ale pewność moralną, względną czy historyczną. Skoro zaś tylko o tego rodzaju pewności może być mowa w procesie karnym, to nie wolno nam postponować stanu prawdopodobieństwa jako stanu rzekomo niezdolnego do wytworzenia odpowiedniego stopnia przekonania sędziowskiego. Na gruncie procesu karnego, nie mogąc osiągnąć pewności matematycznej, musimy operować pojęciem prawdopodobieństwa, które ma różne stopnie. Przekonanie sędziego o pewnym stanie rzeczy jest wprost zależne od większego lub mniejszego stopnia prawdopodobieństwa”⁴⁷.

⁴⁴ K.J. Pawelec, *Potrącenie...*

⁴⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z 15.03.2017 r., II AKa 33/17, LEX nr 2292419; zob. też wyrok SA w Łodzi z 19.09.2016 r., II AKa 165/16, LEX nr 2250073, w którym wskazano, że: „W sytuacji gdy sprawca jednoznacznie nie werbalizuje swojego zamiaru, o jego zamiarze można, a nawet należy wnioskować na podstawie uzewnętrznionych przejawów jego zachowania się, zaś użycie niebezpiecznego narzędzia przez zadanie nim ciosów w ważne dla życia ludzkiego organy lub części ciała może wskazywać na istnienie zamiaru (co najmniej ewentualnego) dokonania zabójstwa człowieka. Równie jednak istotne i wymagające podkreślenia jest, że jednak same te okoliczności nie są wystarczające do przyjęcia takiego zamiaru. Dla przyjęcia zamiaru sprawcy usiłowania zabójstwa nie są bowiem wystarczające tylko przesłanki przedmiotowe, lecz niezbędne jest także rozważenie przesłanek natury podmiotowej, jak i tła i powodów zajścia, pobudek działania sprawcy, stosunku do pokrzywdzonego, osobowości i charakteru sprawcy, jego dotychczasowego trybu życia, zachowania się przed i po popełnieniu czynu oraz innych okoliczności, z których niezbicie wynikałoby, że oskarżony chcąc spowodować uszkodzenie ciała, swą zgodą stanowiącą realny proces psychiczny, towarzyszący czynowi, obejmował tak wyjątkowo ciężki możliwy skutek jakim jest śmierć ofiary”.

⁴⁶ Wyrok SA w Warszawie z 14.05.2002 r., II AKa 141/02, LEX nr 55730.

⁴⁷ M. Nawrocki, *Ustalanie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 57.

W cytowanym wyżej wyroku SA w Krakowie z 19.05.2016 r. trafnie wskazano, że: „Stopień prawdopodobieństwa wywołania (odpowiednio – uniknięcia) negatywnego skutku, który nie jest jeszcze tak wysoki, aby zbliżyć się do pewności, ani tak mały, by go można lekceważyć, gdy wiąże się z obojętnością sprawcy, oznacza w takim przypadku zamiar wynikowy”⁴⁸. Jak wskazywano wyżej, ustalenie zamiaru następuje przy uwzględnieniu tego, czy sprawca przewidywał prawdopodobieństwo nastąpienia skutku, co należy odnosić do osoby sprawcy i jego możliwości spostrzegania rzeczywistości. Ustalenie zamiaru ma charakter pośredni, ponieważ dochodzi do niego na podstawie „faktów zewnętrznych wskazujących na stosunek psychiczny sprawcy do czynu. Do tych faktów zewnętrznych należą okoliczności i sposób działania sprawcy, podłoże zdarzenia, sytuacja motywacyjna sprawcy (z której wnioskujemy o pobudkach, celach, które sprawcy ewentualnie przyświecały) oraz dane charakteryzujące osobowość sprawcy”⁴⁹. W tym więc zakresie ustalenie tych okoliczności jest zbliżone do ustalania obiektywnej przewidywalności na gruncie teorii obiektywnego przypisania skutku, w której podkreśla się, że brak tej obiektywnej przewidywalności wyłącza możliwość pokierowania swoim postępowaniem, by zapobiec następstwu działania⁵⁰. W przedmiotowym stanie faktycznym sprawca nie znajdował się w takim stanie psychofizycznym, w którym można by stwierdzić, że nie obejmował on swoją świadomością otaczającej go rzeczywistości⁵¹, w związku z czym trudno jest uznać, ażeby nie przewidywał tego, że może spowodować śmiertelny skutek w wyniku potrącenia ważącym kilkanaście ton samochodem rozpędzonym do ponad 100 km/h. Stwierdzenie tych okoliczności musi prowadzić do obiektywnej konkluzji, że prawdopodobieństwo nastąpienia skutku przekraczało stopień właściwy dla lekkomyślności i stanowiło zamiar ewentualny⁵². O działaniu nieumyślnym, właściwym dla wypadku drogowego można mówić jedynie wtedy, gdy w sposób niezamierzony sprawca nie zachowuje ostrożności wymaganej w danej sytuacji⁵³. Mikołaj Małecki wskazuje też, że obojętność woli występuje również przy działaniu nieumyślnym, jednakże wówczas „obojętność nie wynika jednak z decyzji sprawcy, uświadamiającego sobie konsekwencje swego działania, ale z nieświadomości stanu rzeczy, który jest istotny dla charakterystyki czynu zabronionego pod groźbą kary. Można powiedzieć, że umyślna obojętność jest przez sprawcę wybrana, zaś obojętność nieumyślna, z powodu niedoboru informacji w świadomości człowieka, zostaje mu ontologicznie narzucona”⁵⁴. W omawianym przypadku trudno jest jednak przyjąć, ażeby sprawca nie posiadał świadomości stanu rzeczy i konsekwencji wynikających z uderzenia samochodem rozpędzonym do ponad 100 km/h w ciało człowieka. Niezaprzeczalnie prawdą jest, że zamiaru

⁴⁸ Zob. przypis 10.

⁴⁹ M. Nawrocki, *Ustalenie...*, s. 58.

⁵⁰ S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 215; K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 253.

⁵¹ Nie powinna wyłączać obiektywnej przewidywalności i umyślności sytuacja, w której sprawca sam wpadł się w stan odurzenia, i w ten sposób sam pozbawił się możliwości kontrolowania rzeczywistości, zob. K. Lipiński, *Wzorce...*, s. 261; A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za popełnienie czynu zabronionego w stanie tak zwanej zawinionej niepoczytalności*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017/43, s. 391; M. Kamiński, *Upojenie alkoholowe a poczytalność – problemy orzecznicze*, „Palestra” 2017/4, s. 48.

⁵² Wyrok SA w Szczecinie z 15.01.2015 r., II AKa 219/14, LEX nr 1999331.

⁵³ M. Małecki, *Nieostrożność w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego*, „Prokuratura i Prawo” 2016/5, s. 30.

⁵⁴ M. Małecki, *Kryteria przypisania zamiaru wynikowego. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 kwietnia 2013 r. (II AKa 62/13)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013/3, s. 38.

nie można domniemywać, lecz podlega on dowodzeniu na podstawie wszelkich środków dowodowych, które podlegają swobodnej ocenie sędziowskiej. W sposób oczywisty sąd nie może „wejść do umysłu” i stwierdzić, czy kierujący godził się na zabicie człowieka czy też nie, jednak nie może też poprzestać na samym tylko stwierdzeniu w tej kwestii oskarżonego. W tym celu niezbędne jest przeprowadzenie postępowania dowodowego w kierunku ustalenia możliwości postrzegania rzeczywistości przez kierującego w chwili zdarzenia, a przede wszystkim tego, z jakiej odległości kierujący mógł zauważyć ofiarę i czy mógł podjąć jakiegokolwiek działania obronne w celu uniknięcia zderzenia, i czy takie działania podjął. Szczególnie te dwie okoliczności mają zasadnicze znaczenie w kwestii stwierdzenia tego, czy oskarżony godził się na śmiertelne potrącenie człowieka. Mając takie dowody wskazujące na to, że kierujący powinien dostrzec pieszego i podjąć działania obronne, tak jak w sprawie przed SA we Wrocławiu, sąd jest władny stwierdzić o istnieniu zamiaru ewentualnego, za którym przemawiają względy logiki i zasady doświadczenia życiowego (art. 7 Kodeksu postępowania karnego⁵⁵). Nie stanowi to przy tym rozstrzygnięcia wątpliwości na niekorzyść oskarżonego, skoro sąd dał wiarę jednym dowodom odmawiając jej innym⁵⁶.

Również Sąd Apelacyjny w Białymstoku przyjął, że w sytuacji, w której kierujący umyślnie zjechał na przeciwny pas ruchu doprowadzając do czołowego zderzenia z samochodem jadącym w przeciwnym kierunku, w wyniku czego śmierć poniosła pasażerka tego samochodu, sprawca odpowiada za zabójstwo w zamiarze ewentualnym⁵⁷. Sąd ten wskazał trafnie, że: „Dla możliwości przypisania popełnienia czynu zabronionego z art. 148 § 1 k.k. istotnym jest zatem ustalenie, że zamiar zabójstwa, a zatem spowodowania śmierci człowieka, towarzyszył sprawcy w chwili kiedy sprawca działał. Zamiar taki nie musi natomiast trwać, aż do samego momentu wystąpienia rzeczonych skutku”⁵⁸. Trafna jest też dalsza konstatacja, że: „Jeżeli do znamion czynu zabronionego należą skutki działania, to świadomość musi obejmować również przewidywanie przebiegu koniecznego związku przyczynowego między działaniem a tymi skutkami. Naturalnie, to przewidywanie wystarczy w ogólnych zarysach”⁵⁹.

W tym miejscu trzeba wskazać na zmiany legislacyjne, jakie miały miejsce w 2016 r. w ustawodawstwie włoskim. Sytuacja tam bowiem była przeciwna do regulacji polskiej – do 2016 r. kwestia wypadków śmiertelnych kwalifikowana była na podstawie ogólnych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, jednak w dolnych progach ustawowego zagrożenia, w związku z czym dla podwyższenia sankcji karnej za tego typu czyny wprowadzono przestępstwo wypadku śmiertelnego (na wzór polskiego art. 177 § 2 k.k.) zagrożonego karą od 2 do 7 lat pozbawienia wolności lub od 8 do 12 lat pozbawienia wolności w przypadku, gdy sprawca znajdował się pod wpływem alkoholu lub narkotyków⁶⁰. Jest to więc działanie przeciwne do oma-

⁵⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30).

⁵⁶ Postanowienie SN z 18.12.2019 r., IV KK 651/19, LEX nr 2784008.

⁵⁷ Wyrok SA w Białymstoku z 13.12.2007 r., II AKa 195/07, LEX nr 1642406.

⁵⁸ Wyrok SA w Białymstoku z 13.12.2007 r., II AKa 195/07.

⁵⁹ Wyrok SA w Białymstoku z 13.12.2007 r., II AKa 195/07.

⁶⁰ G. Montanari Vergallo, E. Marinelli, N.M. di Luca, V. Masotii, R. Cecchi, S. Zaami, *Italian law on the vehicular homicide; medical legal issues and comparative analysis*, „Società Editrice Universo” 2017/3, s. 214–215; E. Marinelli, S. Pichini, S. Zaami, R. Giorgetti, F.P. Busardò, R. Pacifici, „Vehicular homicide”, *a new Italian offence: law provisions and comparison with some other European countries*, „European Review for Medical and Pharmacological Sciences” 2016/20, s. 3146.

wianej sytuacji, chociaż spotkać można również głosy, że: „rozsądna polityka karania sprawców przestępstw komunikacyjnych powinna zmierzać zarówno do naprawienia wyrządzonych szkód, jak i do zadośćuczynienia krzywdom, ale bez potrzeby uciekania się do drastycznych regulacji karnych, operujących wieloletnimi karami pozbawienia wolności czy też zakazami prowadzenia pojazdów mechanicznych”⁶¹. Na tym tle wydaje się, że nie jest konieczne wprowadzenie nowego typu zabronionego zabójstwa drogowego, który miałby się mieścić niejako pomiędzy kwalifikacją z art. 148 § 1 k.k. a art. 177 § 2 k.k. Współcześnie Kodeks karny przewiduje rozbudowany katalog czynów zabronionych dotyczących odpowiedzialności karnej za zabójstwo⁶² i nie wydaje się konieczne wprowadzenie nowego typu czynu zabronionego, który byłby zbędny wobec możliwości przyjęcia zamiaru ewentualnego zabójstwa. Mając jednak na względzie to, że przyjęcie w omawianym tu zagadnieniu „godzenia się” na spowodowanie skutku śmiertelnego jest niewątpliwie kontrowersyjne i trudne, ustawodawca powinien rozważyć możliwość wprowadzenia typu kwalifikowanego śmiertelnego wypadku drogowego, czy to w rozdziale XXI bądź w rozdziale XIX Kodeksu karnego, którego znamieniem kwalifikującym byłoby rażące naruszenie reguł ruchu drogowego. Niewątpliwie sięganie do kwalifikacji z art. 148 § 1 k.k. w omawianym zagadnieniu jest uzasadniane stosunkowo niską karą, możliwą do wymierzenia na podstawie art. 177 § 2 k.k. (przewidującym karę pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat) w stosunku do zabójstwa. Wprowadzenie nieostrego znamienia „rażącego” naruszenia reguł ruchu drogowego, które jest – co prawda – ocenne, nie narusza jednak zasad określoności przepisów karnych i jest obecne wśród znamion czynów zabronionych (art. 326 § 2 k.k., art. 333 § 2 k.k., art. 336 § 2 k.k.) oraz w przepisach części ogólnej Kodeksu karnego (np. art. 25 § 2a k.k., art. 68 § 2 i 3 k.k.). Ustawodawca zresztą stosuje także inne podobne określenie w Kodeksie karnym wśród znamion przestępstw jak „szczególne okrucieństwo” (art. 148 § 2 pkt 1) czy „szczególne udręczenie” (art. 189 § 3). Na tle niektórych krajów europejskich, przewidujących odrębną penalizację śmiertelnego wypadku drogowego, zagrożenie ustawowe przewidziane w art. 177 § 2 k.k. nie jest wysokie – w Wielkiej Brytanii i we Francji zagrożenie karą pozbawienia wolności w tym przypadku wynosi do 14 lat⁶³. Szczególnie surowe, a przy tym rozbieżne, jest ustawodawstwo w poszczególnych stanach USA, gdzie w przypadku spowodowania wypadku drogowego przez pijanego kierowcę przewiduje się karę więzienia, w zależności od stanu, np. do 5, 24, 60, 99 lat, czy nawet dożywotniego pozbawienia wolności⁶⁴. Nie jest więc wykluczone, że ustawodawca powinien rozważyć potrzebę wprowadzenia surowszej odpowiedzialności za rażące naruszenie reguł ruchu drogowego i spowodowanie wypadku śmiertelnego jako nowego kwalifikowanego typu przestępstwa zagrożonego zdecydowanie surowszą sankcją karną, np. do 15 lat pozbawienia wolności.

⁶¹ K.J. Pawelec, *Z problematyki karania sprawców przestępstw drogowych*, „Przegląd Sądowy” 2017/10, s. 91.

⁶² Zob. E. Guzik-Makaruk, E. Wojewoda, *Ewolucja odpowiedzialności za zabójstwo na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018/40, s. 60 i n.

⁶³ G. Montanari Vergallo, E. Marinelli, N.M. di Luca, V. Masotii, R. Cecchi, S. Zaami, *Italian law...*, s. 217.

⁶⁴ Mothers Against Drunk Driving National Office, *Penalties for Drunk Driving Vehicular Homicide*, Waszyngton 2018, <https://www.madd.org/wp-content/uploads/2018/07/Vehicular-Homicide.pdf> (dostęp: 6.03.2021 r.).

5. ZAKOŃCZENIE

Mając więc na względzie powyższe ustalenia, można stwierdzić, że w niektórych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest sięganie po surowszą odpowiedzialność z art. 148 § 1 k.k. wobec sprawcy powodującego wypadek śmiertelny, kiedy można stwierdzić, iż, przewidując możliwość śmiertelnego potrącenia człowieka, kierujący godził się na takie nastąpienie skutku. Przyjęcie zamiaru ewentualnego w sposób oczywisty wyłącza w takim przypadku możliwość zakwalifikowania czynu jako, z istoty, nieumyślnego wypadku drogowego z art. 177 § 2 k.k. Istotą penalizowania wypadku jest to, że sprawca naruszył reguły ruchu drogowego, w wyniku czego powstał skutek, o którym mowa w art. 177 § 1 i 2 k.k. Samo naruszenie tych reguł bez wystąpienia skutku można byłoby rozpatrywać w kategoriach wykroczenia, wobec czego zaistnienie przestępstwa z art. 177 k.k. ma niejako charakter przypadkowy. W sytuacji jednak, kiedy w toku postępowania zostanie ustalone, że sprawca, który rażąco i drastycznie narusza reguły bezpieczeństwa w ruchu drogowym, dostrzegając możliwość potrącenia człowieka i nie podejmując przeciw temu żadnych akcji obronnych nie może odpowiadać jedynie za „przypadkowe” spowodowanie śmierci, lecz powinien odpowiadać za zabójstwo popełnione w zamiarze ewentualnym.

Umieszczenie występków wypadku drogowego w rozdziale XXI Kodeksu karnego, poświęconym przestępstwom przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji nie może być postrzegane jako równoczesne wyłączenie stosowania innych typów czynów zabronionych za czyny podjęte w ruchu drogowym. W przypadkach rażącego naruszenia reguł ruchu drogowego wykraczającego daleko poza granicę zwykłego naruszenia zasad ruchu drogowego, obiektywnie uzasadnione jest stwierdzenie, że sprawca musiał liczyć się z konsekwencjami swojego zachowania, a więc możliwością spowodowania wypadku, który, mając na względzie prędkość z jaką się poruszał, mógł wywołać skutek śmiertelny. Za surowszym traktowaniem takich zdarzeń przemawiają też względy kryminalnopolityczne – przypisanie zbrodni zabójstwa nie wpływa tylko, co oczywiste, na wymiar kary, lecz ma także konsekwencje w zakresie wykonania kary i kwestii chociażby warunkowego przedterminowego zwolnienia. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że możliwość skazania w omawianym przypadku za zabójstwo z art. 148 § 1 k.k. stanowić będzie sytuację wyjątkową, i jako wyjątek od zasady o odpowiedzialności karnej z art. 177 § 2 k.k. nie powinien być stosowany w sposób rozszerzający, lecz jedynie w tych sytuacjach, kiedy wskazują na to udowodnione w postępowaniu okoliczności. Rozwiązaniem pośrednim może być jednak wprowadzenie nowego typu kwalifikowanego przestępstwa spowodowania wypadku śmiertelnego, w którym znamieniem kwalifikującym byłoby rażące naruszenie reguł ruchu drogowego, co powinno skutkować znacznie wyższą sankcją karną niż obecnie przewidzianą w art. 177 § 2 k.k. (przewidującym karę do 8 lat pozbawienia wolności).

Summary

Jan Kluza, *Responsibility of the Perpetrator of Vehicular Homicide for Basic Type of the Offence of Homicide (Article 148(1) of the Criminal Code)*

The article deals with the issue of the possibility of prosecuting the person who caused a road accident in which the victim died for homicide in the basic form. In specific facts of

cases, it is reasonable to conclude that an intention (dolus eventualis) to cause a possible fatal outcome can be attributed to the driver, which excludes liability for vehicular homicide. For this purpose, selected case law of ordinary courts and the views expressed in literature presented with regard to the dolus eventualis of the perpetrator of the offence are analysed. In situations of gross violation of road traffic rules on the basis of circumstances objectively justifying a high degree of probability of a given effect, the perpetrator should be held more strictly responsible for the offence.

Keywords: homicide, road accident, dolus eventualis, reconciliation

Streszczenie

Jan Kluza, Odpowiedzialność sprawcy wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym za zabójstwo w typie podstawowym (art. 148 § 1 Kodeksu karnego)

Artykuł porusza problematykę możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za zabójstwo sprawcy wypadku drogowego, w którym poszkodowany poniósł śmierć. W szczególnych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest stwierdzenie, że kierującemu można przypisać zamiar ewentualny spowodowania skutku śmiertelnego, co wyklucza odpowiedzialność za nieumyślny wypadek drogowy. W tym celu poddano analizie wybrane orzecznictwo sądów powszechnych oraz poglądy doktryny, prezentowane na gruncie przypisania sprawcy przestępstwa zamiaru ewentualnego. W sytuacjach rażącego naruszenia reguł w ruchu drogowym, na podstawie okoliczności obiektywnie uzasadniających wysoki stopień prawdopodobieństwa nastąpienia skutku, sprawca powinien ponosić surowszą odpowiedzialność za zbrodnię.

Słowa kluczowe: zabójstwo, wypadek drogowy, zamiar ewentualny, godzenie się

Literatura:

1. Andrejew I., *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986.
2. Bogdan G. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, cz. I, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
3. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
4. Budyn-Kulik M. [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016.
5. Burdziak K., *Aspekt wolincjonalny zamiaru bezpośredniego i ewentualnego – rozważania na tle kwalifikowanych typów przestępstwa zabójstwa*, *Prawo w Działaniu* 2020, nr 43.
6. Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990.
7. Dukiet-Nagórska T., Sitarz O. [red.] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020.
8. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
9. Giezek J., *Strona podmiotowa czynu zabronionego a model i kryteria subiektywnego przypisania* [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016.
10. Guzik-Makaruk E., Wojewoda E., *Ewolucja odpowiedzialności za zabójstwo na tle kodeksu karnego z 1997 r.*, *Studia Prawnoustrojowe* 2018, nr 40.
11. Kamiński M., *Upojenie alkoholowe a poczytalność – problemy orzecznicze*, *Palestra* 2017, nr 4.
12. Komisja ds. reformy prawa karnego, *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, Państwo i Prawo 1994, nr 3 (wkładka).
13. Kotowski W., *Wzorcowe rozstrzygnięcie w sprawie wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym*, *Palestra* 2020, nr 10.

14. Krzymuski E., *Wykład prawa karnego ze stanowiskami nauki i prawa austriackiego*, Kraków 1901.
15. Lipiński K., *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020.
16. Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za popełnienie czynu zabronionego w stanie tak zwanej zawinionej niepoczytalności*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2017, nr 43.
17. Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
18. Małecki M., *Kryteria przypisania zamiaru wynikowego. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 kwietnia 2013 r. (II AKA 62/13)*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2013, nr 3.
19. Małecki M., *Nieostrożność w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 5.
20. Marinelli E., Pichini S., Zaami S., Giorgetti R., Busardò F.P., Pacifici R., „*Vehicular homicide*”, a new Italian offence: law provisions and comparison with some other European countries, *European Review for Medical and Pharmacological Sciences* 2016, nr 20.
21. Montanari Vergallo G., Marinelli E., di Luca N.M., Masotii V., Cecchi R., Zaami S., *Italian law on the vehicular homicide; medical legal issues and comparative analysis*, Società Editrice Universo 2017, nr 3.
22. Motherss Against Drunk Driving National Office, *Penalties for Drunk Driving Vehicular Homicide*, Waszyngton 2018, <https://www.madd.org/wp-content/uploads/2018/07/Vehicular-Homicide.pdf>.
23. Nawrocki M., *Ustalenie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43.
24. Pawelec K.J., *Potrącenie na przejściu dla pieszych ze skutkiem śmiertelnym jako zabójstwo – glosa – II AKA 281/17*, Monitor Prawniczy 2020, nr 7.
25. Pawelec K.J., *Z problematyki karania sprawców przestępstw drogowych*, Przegląd Sądowy 2017, nr 10.
26. Stefański R.A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
27. Szeleszczuk D. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
28. Tarapata S., *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019.
29. Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020.
30. Waszczyński J., *Jeszcze w sprawie zamiaru ewentualnego*, Palestra 1977, nr 5.
31. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014.
32. Zoll A. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.

Olga Sitarz, Anna Jaworska-Wieloch, Jakub Hanc*

Propozycja nowelizacji art. 106 § 1 i art. 110a § 1 Kodeksu karnego wykonawczego**1

W niniejszej publikacji chcielibyśmy uzasadnić konieczność nowelizacji art. 106 § 1 i art. 110a § 1 Kodeksu karnego wykonawczego² w zakresie, w jakim operują one sformułowaniami dotyczącymi prawa do posiadania określonych przedmiotów. Postulujemy bowiem, aby wskazane przepisy otrzymały następującą treść, przy czym proponowana zmiana została przez nas wyróżniona:

„Art. 106. § 1. Skazany ma prawo do wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych oraz bezpośredniego uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym w dni świąteczne i słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, a także do posiadania **przedmiotów o charakterze religijnym**.

Art. 110a. § 1. Skazany ma prawo posiadać w celi dokumenty związane z postępowaniem, którego jest uczestnikiem, artykuły żywnościowe o ciężarze nieprzekraczającym 6 kg, wyroby tytoniowe, środki higieny osobistej, przedmioty osobistego użytku, zegarek, listy oraz fotografie członków rodziny i innych osób bliskich, **przedmioty o charakterze religijnym**, materiały piśmienne, notatki osobiste, książki, prasę i gry świetlicowe”.

UZASADNIENIE

Jednym z podstawowych wymogów dobrego prawa jest jego jasność i niesprzeczność³. Warto sprawdzić stopień realizacji tych zaleceń na przykładzie prawa skazanych do posiadania przedmiotów związanych z wykonywaniem praktyk religijnych, wiążącego się z wolnością religijną. Jest to wartość, która w więzieniu nabiera

* Dr hab. Olga Sitarz jest profesorem w Instytucie Nauk Prawnych, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska, ORCID: 0000-0002-2075-3507, e-mail: olga.sitarz@us.edu.pl; dr Anna Jaworska-Wieloch jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska, ORCID: 0000-0002-1209-4433, e-mail: jaworskaania@wp.pl; mgr Jakub Hanc jest doktorantem w Szkole Doktorskiej, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Polska, ORCID: 0000-0002-1433-4074, e-mail: jakub.hanc@us.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 18.09.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.03.2021 r.

¹ Artykuł jest efektem badań podjętych w ramach realizacji projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr 2018/31/B/H55/02233.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 53) – dalej k.k.w.

³ L.L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 2004, s. 53–59.

szczególnego znaczenia, bowiem stanowi ten rodzaj wolności, której żadne orzeczenie karne wyłączyć nie jest w stanie⁴, a skazany odbywający karę pozbawienia wolności w żadnym razie nie może być pozbawiony prawa do wyznawania i kultywowania swojej religii⁵.

Pozycja prawna skazanego jest limitowana przez przepisy⁶, które mogą ograniczać bądź wyłączać prawa, z których obywatele swobodnie mogą korzystać na wolności. Jednym z przepisów regulujących prawa religijne skazanych jest art. 106 § 1 k.k.w., w myśl którego skazany ma prawo do wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych oraz bezpośredniego uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym w dni świąteczne i słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, a także do posiadania niezbędnych w tym celu książek, pism i przedmiotów.

Przedmiotem niniejszej publikacji jest rozważenie celowości ustanowienia w art. 106 § 1 k.k.w. wymogu, aby posiadanie książek, pism i przedmiotów było „niezbędne w tym celu”, zwłaszcza z punktu widzenia jasności prawa, spójności systemu oraz zasady proporcjonalności. W opinii samych skazanych obecność elementów religijnych w życiu więziennym jest potrzebna i konieczna⁷, dlatego istotne wydaje się, by wszelkie ograniczenia i limitacje przysługujących im praw odpowiadały zasadzie humanizmu, nie czyniąc zbędnych ograniczeń bez oparcia w ustawie bądź prawomocnym orzeczeniu⁸, poręczając przez to prawa skazanych statuujące zasadę ich podmiotowego traktowania⁹.

Już samo brzmienie językowe spornego sformułowania zawartego w art. 106 § 1 k.k.w.¹⁰ budzi wątpliwości. Skazany ma mieć prawo do posiadania niezbędnych w tym celu książek, pism i przedmiotów. Rodzi się pytanie – w jakim celu?¹¹. Nie jest to oczywiste, biorąc pod uwagę, że wcześniejsza część zdania składa się z trzech odrębnych uprawnień, tj.:

⁴ J. Nikołajew, *Prawo do wolności religijnej więźniów według Jana Pawła II* [w:] *Osoba i dzieło Ojca Świętego Jana Pawła II. Studium wybranych problemów*, red. P. Marzec, J. Nikołajew, Tomaszów Lubelski–Lublin 2009, s. 122.

⁵ Z. Lasocik, *Praktyki religijne więźniów*, Warszawa 1993, s. 169.

⁶ L. Bogunia, *Kilka uwag dotyczących obowiązków skazanego na karę pozbawienia wolności w jego statusie prawnym* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Leleentalowi w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, red. K. Indeck, Łódź 2004, s. 70.

⁷ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 539.

⁸ S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 66.

⁹ Z. Holda [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Z. Holda, K. Postulski, Gdańsk 2005, s. 23 i n.

¹⁰ „Skazany ma prawo do wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych oraz bezpośredniego uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym w dni świąteczne i słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu, a także do posiadania niezbędnych w tym celu książek, pism i przedmiotów”.

¹¹ Podobnych kłopotów wykładniczych dostarcza treść § 53 ust. 2 niemieckiej ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności oraz o poprawczych i zabezpieczających środkach pozbawienia wolności z 16.03.1976 r. (*Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung*). Według niej skazany może posiadać podstawowe pisma religijne, które mogą mu zostać odebrane jedynie w przypadku rażącego (poważnego) nadużycia (*Der Gefangene darf grundlegende religiöse Schriften besitzen. Sie dürfen ihm nur bei grobem Mißbrauch entzogen werden*) – zob. Z. Holda, *Ustawa penitencjarna Republiki Federalnej Niemiec*, Lublin 1996, s. 84. W piśmiennictwie powszechnie kontestuje się użycie przymiotnika „podstawowy” (*grundlegend*). Nie przyczynia się on bowiem do uściślenia, czy wśród pism religijnych, które może posiadać skazany mieszczą się jedynie źródła objawienia danej wspólnoty (np. Tora, Koran, Biblia), czy także materiały z których skazany korzysta w codziennym życiu (np. modlitewnik, katechizm lub inny zbiór prawd wiary). Zob. K.H. Schaffer [w:] *Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder. Kommentar*, red. H.D. Schwind, A. Böhm, J.M. Jehle, K. Laubenthal, Berlin–Boston 2013, s. 554 i n.

- prawa do wykonywania praktyk religijnych i korzystania z posług religijnych;
- prawa do bezpośredniego uczestniczenia w nabożeństwach odprawianych w zakładzie karnym w dni świąteczne;
- prawa do słuchania nabożeństw transmitowanych przez środki masowego przekazu.

Wydaje się, że ustawodawcy chodziło o to, aby skazany miał prawo do posiadania przedmiotów służących do celów wykonywania praktyk religijnych, ale nie jest to pewne, biorąc pod uwagę brzmienie ustanowionego przepisu. Jego treść jest również niespójna z art. 110a § 1 k.k.w.¹², według którego skazany ma prawo posiadać w celi m.in. przedmioty kultu religijnego. W tym samym akcie ustawodawca, nawiązując do tej samej kategorii rzeczy, użył odmiennych pojęć definiowanych w różny sposób¹³.

Do sformułowania użytego w art. 110a § 1 k.k.w. nawiązuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 21.12.2016 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności¹⁴, które wspomina w § 13 ust. 1 pkt 6b o prawie skazanego do posiadania w celi mieszkalnej do 10 przedmiotów kultu religijnego o wymiarach nie większych niż 250 x 150 mm. Zatem w tym przypadku rozporządzenie nie posługuje się celem, do którego przedmiot ma służyć (prawdopodobnie do wykonywania praktyk religijnych), tylko zastępuje je zupełnie innym sformułowaniem: „przedmiotem kultu religijnego”, którego jednak w żaden sposób nie definiuje. Tymczasem na gruncie przepisów podatkowych, w tym ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych¹⁵, w orzecznictwie wielokrotnie pochyłano się nad pojęciem kultu religijnego, wskazując, jak nieostre i sporne jest to określenie¹⁶. Utożsamiano je z praktykami obrzędowymi, za pośrednictwem których wyznawcy religii manifestują cześć dla *sacrum* w aktach uwielbienia, błagania i dziękczynienia, akcentując zewnętrzny aspekt religii w odróżnieniu od teoretycznej doktryny; ogółem obrzędów religijnych, całokształtem czynności religijnych¹⁷. Na kult religijny składać się mają zarówno te działania, które odnoszą się bezpośrednio do praktyk, obrzędów i uroczystości religijnych, jak i te dotyczące obiektów sakralnych i związanej z nimi infrastruktury¹⁸.

Przedmioty kultu religijnego nie są zatem tym samym, czym są przedmioty posiadane w celu wykonywania praktyk religijnych. Dodatkowo, pomimo

¹² „Skazany ma prawo posiadać w celi dokumenty związane z postępowaniem, którego jest uczestnikiem, artykuły żywnościowe o ciężarze nieprzekraczającym 6 kg, wyroby tytoniowe, środki higieny osobistej, przedmioty osobistego użytku, zegarek, listy oraz fotografie członków rodziny i innych osób bliskich, przedmioty kultu religijnego, materiały piśmienne, notatki osobiste, książki, prasę i gry świetlicowe”.

¹³ Przywołana uprzednio – niemiecka ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności stanowi w § 53 ust. 3, że skazanemu należy zezwolić na posiadanie, w stosownym zakresie, przedmiotów użytku religijnego (*Dem Gefangenen sind Gegenstände des religiösen Gebrauchs in angemessenem Umfang zu belassen*) – zob. Z. Holda, *Ustawa penitencjarna...*, s. 84. Do przedmiotów tych orzecznictwo (różnych landów niemieckich) zaliczyło: krzyż, święty obraz, różaniec, świecę, filakterie (tefilin), dywanik modlitewny, figurkę Buddy. Nie zaklasyfikowano do nich natomiast kadzidelka lub choinki. Zob. K.H. Schafer [w:] *Strafvollzugsgesetz...*, s. 555.

¹⁴ Dz.U. z 2016 r. poz. 2231.

¹⁵ Ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1387 ze zm.).

¹⁶ B. Pahl, *Majątek kościołów i innych związków wyznaniowych. Zasady opodatkowania*, Olsztyn 2008, s. 124 oraz M. Tyrakowski, *Opodatkowanie dochodów Kościoła katolickiego w Polsce*, Warszawa 2005, s. 92–93.

¹⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z 11.09.2012 r., I SA/Łd 781/1, LEX nr 1266487.

¹⁸ B. Pieron, *Finansowanie celów kultu religijnego realizowanego przez kościoły i inne związki wyznaniowe*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2011/14, s. 145.

że rozporządzenie w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności jest wyłącznie aktem wykonawczym względem Kodeksu karnego wykonawczego, posłużono się w nim inną definicją przedmiotów o charakterze religijnym, aniżeli w art. 106 § 1 k.k.w. Tymczasem to ta ostatnia jednostka redakcyjna stanowi o ramach wolności religijnej osadzonych, powinna zatem – jako norma konkretniej opisująca uprawnienia religijne skazanych, aniżeli art. 110a § 1 k.k.w. określający jedynie przedmioty których posiadanie w celi jest dozwolone – stanowić punkt wyjścia doprecyzowywania uprawnień osadzonych z zakresu wolności religijnej w aktach podwykonawczych.

Niezależnie od powyższego, powstaje pytanie o zasadność poczynionych przez ustawodawcę w art. 106 § 1 k.k.w. ograniczeń: po pierwsze stanowiących, że można posiadać wyłącznie takie przedmioty, które mają służyć wykonywaniu praktyk religijnych (a nie po prostu przedmiotów o charakterze religijnym), a po drugie, iż mają to być rzeczy, które są do takiego celu niezbędne. Wiele z przedmiotów związanych z wiarą umacniających myślenie o kwestiach duchowych nie jest niezbędnych do praktykowania religii, a jedynie do tego przydatnych. Czy jednak musi oznaczać to, że skazani nie mają prawa do ich posiadania?

Należy uznać, że takie ograniczenia nie odpowiadają – zagwarantowanym w Europejskich Regulach Więziennych¹⁹ – zasadom nakazującym poszanowanie wolności „myśli, sumienia i wyznania więźniów” (reguła 29.1)²⁰. Wskazują one jednoznacznie, że rygor więzienny na tyle, na ile jest to możliwe, pozwala skazanym na praktykowanie ich religii i wyznań, uczestniczenie w nabożeństwach lub spotkaniach prowadzonych przez zaaprobowanych przedstawicieli tych religii lub wyznań, przyjmowanie wizyt duszpasterskich składanych przez przedstawicieli takich religii i wyznań oraz posiadanie książek lub literatury z ich zakresu. Jerzy Nikołajew zaznaczał dobitnie, podkreślone w ten sposób znaczenie szacunku dla osoby uwięzionej w zakresie jej praw religijnych oraz zdefiniowanie praktyk religijnych, na które miało się składać m.in. posiadanie książek lub literatury z ich zakresu²¹. Widoczne jest tym samym, że Europejskie Reguły Więzienne nie wiążą książek i literatury posiadanej przez skazanych z celowością ich przechowywania, nawiązując wyłącznie do tematyki jakiej mają być poświęcone.

Jakkolwiek 66 Reguła Mandeli²² nie przewiduje już tak szerokiego zakresu wolności religijnej jak Europejskie Reguły Więzienne, stanowiąc, że w takim stopniu, w jakim to będzie możliwe, zezwoli się każdemu więźniowi na zaspokajanie jego potrzeb religijnych poprzez uczęszczanie na nabożeństwa odbywające się w zakładzie karnym oraz posiadanie książek na temat przestrzegania wskazań religijnych i obejmujących zasady wyznawanej przez niego religii, to jednak przewiduje ona domniemanie wyrażenia zgody na posiadanie przedmiotów o charakterze religijnym.

¹⁹ Zob. Rekomendacja Komitetu Ministrów dla państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, przyjęta 11.01.2006 r. na 952. posiedzeniu delegatów, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d8d25 (dostęp: 9.03.2021 r.).

²⁰ Zob. Zalecenia Komitetu Ministrów do państw członkowskich Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, <https://www.sw.gov.pl/assets/98/29/13/4d0aa81edd3ddc0d1132f1bde154ab564484eb10.pdf> (dostęp: 31.08.2020 r.).

²¹ J. Nikołajew, *Reguły minimalne i europejskie reguły więzienne a prawo więźniów do wolności sumienia i religii w Polsce*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2013/16, s. 123.

²² Zob. https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Reguly_Mandeli.pdf (dostęp: 9.03.2021 r.).

Udzielanie zezwolenia w takim stopniu, w jakim jest to możliwe, sytuuje bowiem ciężar zgody w zupełnie innym miejscu, aniżeli uczynił to ustawodawca w Kodeksie karnym wykonawczym, stanowiąc, że mają być to przedmioty niezbędne, nie precyzując dodatkowo, z czym ta niezbędność ma być związana.

Wprowadzenie wymogu, aby przedmiot posiadany w celi służył wykonywaniu praktyk religijnych i był do tego niezbędny jest ograniczeniem praw i wolności obywatela, podlegając badaniu w trybie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP²³. Według tego przepisu: „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty i wolności praw”. Oznacza to, że dla spełnienia wymogów zasady proporcjonalności konieczne jest spełnienie trzech kryteriów: przydatności (tj., czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków), konieczności (czy regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana) oraz proporcjonalności *sensu stricto* (czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela)²⁴.

Wydaje się, że art. 106 § 1 k.k.w. wymogów tych nie spełnia. Po pierwsze, nie czyni zadość kryterium przydatności, według którego środki ograniczające prawa i wolności jednostki muszą się nadawać do osiągnięcia mieszczącego się w ramach obowiązującego systemu prawnego celu, dla którego został on ustanowiony²⁵. Celem wprowadzenia ograniczeń dotyczących przedmiotów posiadanych w celach są względy bezpieczeństwa i zasady sanitarno-organizacyjne. Skoro jednak ustawodawca wprowadził przepisy ograniczające ilość rzeczy zabieranych przez skazanego do celi pod względem ilościowym, za niepotrzebny można uznać dodatkowy zapis zakazujący mu posiadania przedmiotów religijnych niesłużących do wykonywania praktyk religijnych i które nie są do tego niezbędne. Z tego względu wydaje się, że wprowadzenie takiej zmiany narusza zasadę przydatności.

Podobnie jest z zasadą konieczności, według której prawodawca spośród kilku sposobów ograniczenia danego prawa, jednakowo przydatnych dla realizacji założonego celu, powinien zastosować ograniczenia z jednej strony najmniejsze, a z drugiej strony – wystarczające dla osiągnięcia tego celu²⁶. Wiąże się to z nakazem, by spośród dostępnych ustawodawcy środków rozwiązania określonego problemu społecznego wybrać ten najmniej uciążliwy dla jednostki²⁷. Ograniczenia poczynione przez ustawodawcę nie wydają się jednak konieczne dla osiągnięcia stawianego przed nim celu. Wreszcie wymóg proporcjonalności *sensu stricto* nakazujący badanie, czy liczba zalet wprowadzonego ograniczenia przekracza liczbę jego wad, pociągając za sobą konieczność rozważenia wzajemnej relacji celu i środka²⁸. Należy

²³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²⁴ Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) z 26.04.1995 r., K 11/94, OTK 1995/1, poz. 12, s. 133.

²⁵ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 20.

²⁶ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 25.

²⁷ M. Królikowski, *Diwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym* [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010, s. 45.

²⁸ J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności...*, s. 27.

przy tym wziąć pod uwagę dwa elementy: wagę kolidujących wartości oraz stopień ich realizacji (naruszenia) – czyli im cenniejsza jest wartość, którą narusza dana ingerencja i im wyższy jest stopień naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość, którą ta ingerencja ma chronić i tym wyższy stopień realizacji tej drugiej wartości²⁹. Z uwagi na znaczenie wolności religijnej, wprowadzenie kwestionowanych ograniczeń w art. 106 § 1 k.k.w. należy uznać za nietrafione.

Tak daleko idące sprzeczności zarówno pomiędzy różnymi jednostkami redakcyjnymi w ramach jednej ustawy, jak i pomiędzy ustawą a rozporządzeniem są sprzeczne z zasadami techniki prawodawczej. Zgodnie z § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”³⁰ do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami. Z kolei według § 118 w rozporządzeniu nie powtarza się przepisów ustawy upoważniającej oraz przepisów innych aktów normatywnych. Tym bardziej zatem rozporządzenie nie powinno konkretyzować uprawnień osadzonych, opierając je na zupełnie innej definicji, aniżeli akt ustawy stanowiący podstawę do ich wydania, zwłaszcza że o wolności religijnej i jej ograniczeniach stanowi art. 106 § 1 k.k.w., nie zaś art. 110a § 1 k.k.w.

Taki sposób tworzenia prawa jest również sprzeczny ze standardami unijnymi. Według zasady 1.1. Wspólnego przewodnika praktycznego Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji przeznaczanego dla osób redagujących akty prawne Unii Europejskiej obejmującego ogólne zasady techniki legislacyjnej³¹, akty prawne muszą być: jasne, zrozumiałe i jednoznaczne, proste i zwięzłe, bez niepotrzebnych elementów, precyzyjne, niepozostawiające u odbiorcy wątpliwości co do znaczenia tekstu. Dodatkowo zaznaczono, że spójność terminologii oznacza, że te same terminy należy stosować do wyrażenia tych samych pojęć, a różne pojęcia nie mogą być wyrażane za pomocą identycznych terminów. Dzięki temu unika się wieloznaczności, sprzeczności lub wątpliwości co do znaczenia terminu. Dany termin należy zatem stosować jednolicie w odniesieniu do tego samego pojęcia, a inne pojęcie należy wyrazić innym terminem (reguła 6.2). Z powyższych rozważań jednoznacznie wypływa zatem – po pierwsze – niecelowość ograniczeń wprowadzonych w art. 106 § 1 k.k.w., a po drugie – wadliwość określania w odmienny sposób w różnych przepisach przedmiotów o charakterze religijnym.

Wreszcie powstaje pytanie, na kim spoczywa obowiązek wykazania, że skazanemu posiadane w celi przedmioty są niezbędne w określonym celu. W razie zakwestionowania tej okoliczności przez administrację zakładu karnego, po wydaniu decyzji odmownej na posiadanie określonej rzeczy, będzie ona mogła zostać zaskarżona przez skazanego w trybie art. 7 k.k.w., podlegając ocenie przez sąd penitencjarny. Ostatecznie to skazany poniesienie jednak ciężar niepodzielenia jego stanowiska poprzez uznanie, że dany przedmiot nie służy celom związanym z wykonywaniem praktyk religijnych bądź też że nie jest do tego niezbędny.

²⁹ K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2, s. 42.

³⁰ Dz.U. z 2016 r. poz. 283.

³¹ Zob. Wspólny przewodnik praktyczny Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji przeznaczony dla osób redagujących akty prawne Unii Europejskiej (Luksemburg 2015 r.), <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228PLN.pdf> (dostęp: 31.08.2020 r.).

Podsumowując, warto zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7.01.2004 r., K 14/03³², zauważył, iż naruszeniem Konstytucji RP jest stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań. W cytowanym orzeczeniu TK podał w wątpliwość definicję zawartą w badanej ustawie, wskazując, że nie daje ona wystarczająco precyzyjnych, merytorycznie uprawnionych podstaw do wskazania, o jakie kryterium chodzi przy jej ustalaniu, co stwarza możliwość samowoli w zakresie decydowania o tym, czy konkretny lek mieści się w tej definicji. W naszej ocenie art. 106 § 1 k.k.w. w zakresie regulacji dotyczących przedmiotów dozwolonych dla skazanego do posiadania w celi, wymogów dobrego prawa również nie spełnia. Ustawodawca zdecydował się bowiem na niepotrzebne wprowadzenie wymogu celu (nie precyzując dokładnie o jaki cel chodzi) posiadania przedmiotów, w sposób niespójny z innymi przepisami, zawartymi zarówno w tym samym akcie prawnym, jak i w aktach niższego rzędu. Z zasady takie uchybienia legislacyjne godzą w jakość prawa, zaś dopuszczenie się ich w podwójnie wrażliwej sferze, jaką jest wolność religijna i osadzenie w więzieniu, błąd ten znacząco potęgują.

Wszystkie wskazane powyżej wątpliwości i wady legislacyjne tracą na aktualności, gdy przepisy art. 106 § 1 k.k.w. i art. 110a § 1 k.k.w. otrzymają zaproponowane na wstępie brzmienie. Określenie „przedmiot o charakterze religijnym” jest bowiem pojęciem możliwie szerokim, a zatem nieograniczającym bezzasadnie praw osadzonego, a równocześnie precyzyjnym. Ponadto dalej pozostawia możliwość dokonywania kontroli i ograniczania posiadania przedmiotów niepożądanych ze względu na cele odbywania kary lub bezpieczeństwo zakładu.

Summary

Olga Sitarz, Anna Jaworska-Wieloch, Jakub Hanc, *Proposal of Amendments to Article 106(1) and Article 110a(1) of the Penal Enforcement Code*

This article presents a proposal for amending the contents of Article 106(1) and Article 110a(1) of the Penal Enforcement Code. The amendment is justified by the need to eliminate various expressions referring to the same designata contained within one legislative instrument. The use of the proposed expression: 'objects of a religious nature', in the normative sphere will more effectively secure the convicted person's right to possess specific objects whose value and significance increase in the conditions of penitentiary isolation. Moreover, the possibility of controlling and limiting the convicted person's right to possess certain objects will be maintained, given the purposes of serving a penalty of imprisonment as well as safety of the penitentiary facility.

Keywords: *penal enforcement, religious freedom, objects of a religious nature*

Streszczenie

Olga Sitarz, Anna Jaworska-Wieloch, Jakub Hanc, *Propozycja nowelizacji art. 106 § 1 i art. 110a § 1 Kodeksu karnego wykonawczego*

W niniejszym artykule przedstawiono propozycję zmiany treści art. 106 § 1 i art. 110a § 1 Kodeksu karnego wykonawczego. Nowelizację uzasadnia konieczność wyeliminowania różnych sformułowań, odnoszących się do tych samych desygnatów funkcjonujących

³² Zob. wyrok TK z 7.01.2004 r., K 14/03, OTK 2004/1, poz. 1.

w obrębie jednego aktu prawnego. Przyjęcie postulowanego wyrażenia – „przedmioty o charakterze religijnym” – w sferze normatywnej skuteczniej zabezpieczy prawo skazanego do posiadania szczególnych przedmiotów, których wartość i znaczenie zwiększa się w warunkach izolacji penitencjarnej. Ponadto zachowana zostanie możliwość kontroli i ograniczenia prawa skazanego do posiadania niektórych przedmiotów ze względu na cele odbywania kary pozbawienia wolności, a także na bezpieczeństwo zakładu karnego.

Słowa kluczowe: prawo karne wykonawcze, wolność religijna, przedmioty o charakterze religijnym

Literatura:

1. Bogunia L., *Kilka uwag dotyczących obowiązków skazanego na karę pozbawienia wolności w jego statusie prawnym* [w:] *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Profesorowi Stefanowi Lelentalowi w 45. roku pracy naukowej i dydaktycznej*, red. K. Indeck, Łódź 2004.
1. Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
2. Fuller L.L., *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Warszawa 2004.
3. Hołda Z., *Ustawa penitencjarna Republiki Federalnej Niemiec*, Lublin 1996.
4. Hołda Z. [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Z. Hołda, K. Postulski, Gdańsk 2005.
5. Królikowski M., *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym* [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010.
6. Lasocik Z., *Praktyki religijne więźniów*, Warszawa 1993.
7. Nikolajew J., *Prawo do wolności religijnej więźniów według Jana Pawła II* [w:] *Osoba i dzieło Ojca Świętego Jana Pawła II. Studium wybranych problemów*, red. P. Marzec, J. Nikolajew, Tomaszów Lubelski–Lublin 2009.
8. Nikolajew J., *Reguły minimalne i europejskie reguły więzienne a prawo więźniów do wolności sumienia i religii w Polsce*, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 2013, nr 16.
9. Pahl B., *Majątek kościołów i innych związków wyznaniowych. Zasady opodatkowania*, Olsztyn 2008.
10. Paweł S., *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
11. Pieron B., *Finansowanie celów kultu religijnego realizowanego przez kościoły i inne związki wyznaniowe*, *Studia z Prawa Wyznaniowego* 2011, nr 14.
12. Schafter K.H. [w:] *Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder. Kommentar*, red. H.D. Schwind, A. Böhm, J.M. Jehle, K. Laubenthal, Berlin–Boston 2013.
13. Tyrakowski M., *Opodatkowanie dochodów Kościoła katolickiego w Polsce*, Warszawa 2005.
14. Wojtyczek K., *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1999, nr 2.
15. Zakolska J., *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008.

Stanisław Hoc*

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.11.2017 r., II AKa 269/17**

TEZA¹

Za zasadny uznał natomiast Sąd zarzut rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności, zawarty w apelacji na niekorzyść wniesionej przez Prokuratora. Istotnie bowiem wymierzając oskarżonemu karę 4 lat pozbawienia wolności Sąd I instancji nie nadał właściwej rangi okolicznościom obciążającym, które świadczą o stopniu winy oskarżonego. Ten zaś uzyskał w Polsce, jako dziecko prawo stałego pobytu wraz z rodziną. Ukończył w Polsce szkoły, podjął naukę na studiach wyższych, które ukończył uzyskując wykształcenie prawnicze. W styczniu 2012 r. rozpoczął aplikację radcowską. Udział w działalności wywiadu (...) przypisano mu od początku 2012 r. Tymczasem w grudniu tego roku złożył wniosek o nadanie mu obywatelstwa polskiego. Obywatelstwo przyznano mu we wrześniu 2013 r. Przestępcze działania oskarżonego przerwało jego zatrzymanie, co miało miejsce w październiku 2014 r. Tych okoliczności świadczących o determinacji oskarżonego z jaką działał przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej, która udzieliła mu prawa pobytu, wykształciła go, a następnie nadała obywatelstwo nie docenił Sąd I instancji. Wskazują one natomiast na wyjątkowe nasilenie złej woli, premedytację i brak poszanowania norm prawnych i etycznych państwa, które nadało mu obywatelstwo. Świadczy to o wyjątkowo wysokim stopniu winy oskarżonego, którego Sąd Okręgowy nie docenił należycie.

Sprawa, w której zapadł wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) dotyczy Stanisława S. (obywatela rosyjskiego i polskiego), jest to druga sprawa o szpiegostwo, w której skazano obywatela rosyjskiego i polskiego – pierwsza dotyczyła Tadeusza J. Sąd Okręgowy w Warszawie – VIII K 272/10. Pogląd wyrażony przez SA zasługuje na aprobatę, został merytorycznie uargumentowany.

* Prof. dr hab. Stanisław Hoc jest kierownikiem Katedry Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Opolski, Polska, ORCID: 0000-0003-4248-3664; e-mail: shoc@op.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 11.11.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 10.03.2021 r.

¹ Teza z uzasadnienia, wyrok nietezowany (SAOS – System Analizy Orzeczeń Sądowych).

Z moich badań wynika, że w latach 1998–2020 osądzono 13 spraw z art. 130 Kodeksu karnego², w tym skazano 11 osób, a 2 uniewinniono, obecnie toczy się postępowanie sądowe w sprawie Mateusza P. – Sąd Okręgowy w Warszawie (XII K 82/18) i Piotra C. – Wojskowy Sąd Okręgowy w Warszawie (So 3/17). Dnia 10.01.2019 r. zatrzymano (ABW) Piotra D. i W. Weijinga, którym przedstawiono zarzut z art. 130 § 1 k.k. (branie udziału w wywiadzie chińskim) i 16.11.2020 r. skierowano akt oskarżenia do Sądu Okręgowego w Warszawie. Natomiast 24.10.2019 r. zatrzymano (ABW) Piotra Ś., któremu przedstawiono zarzut z art. 130 § 3 k.k.

Stanisław S. urodzony w 1986 r., w 1991 r. wraz z rodzicami przyjechał do Polski, ukończył szkołę podstawową, średnią i studia wyższe prawnicze na Uniwersytecie Szczecińskim, następnie przeniósł się do Warszawy, gdzie podjął pracę w kancelarii specjalizującej się w sprawach gospodarczych, prowadził także własną działalność konsultingową i doradczą³. Wyrokiem z 20.03.2017 r., XII K 91/16, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał S.S. za winnego tego, że w okresie od początku 2012 r. do 15.10.2014 r. w W., K., P., S., brał udział w działalności obcego wywiadu wojskowego Federacji Rosyjskiej (FR) (...) skierowanej przeciwko RP, w ten sposób, iż odbywał spotkania operacyjne z ustalonymi oficerami (...) i po uprzednim przeszkoleniu wywiadowczym podjął się realizacji zadań postawionych mu przez oficerów (...) polegających na: 1) uzyskaniu dostępu i skopiowaniu niejawnego raportu NIK pt. „Zawieranie umów gazowych oraz realizacja inwestycji – Terminal (...) w Ś.”; 2) uzyskaniu informacji o postępie prac i terminie oddania do eksploatacji Terminalu (...) w Ś.; 3) uzyskaniu wstępu na obrady Komisji Nadzwyczajnej do spraw energetyki i surowców energetycznych Sejmu VIII Kadencji dla pozyskania od osób tam obecnych informacji nieoficjalnych i wyprzedzających oficjalne publikacje; 4) działaniach propagandowych polegających na doprowadzeniu do publikacji w mediach artykułów zgodnych z oficjalną polityką Federacji Rosyjskiej a deprecjonujących działania strony polskiej w obszarze energetyki, i w celu realizacji tych zadań wykorzystywał zatrudnienie w kancelariach radców prawnych, pracę nad doktoratem nt. „Uwarunkowania legislacyjne rynku gazowego w Federacji Rosyjskiej i Rzeczypospolitej Polskiej”, przynależność do Kancelarii Radców Prawnych S. & M., do Izby Gospodarczej Gazownictwa, uczestniczył w konferencjach i szkoleniach branżowych w dziedzinie energetyki i prowadził aktywne działania wywiadowcze w tym obszarze, przez co uzyskiwał informacje i naprowadzenia osobowe, w tym: w zakresie uzyskania dostępu do wyżej wskazanego raportu NIK oraz uzyskania informacji nieoficjalnych z Komisji Nadzwyczajnej ds. energetyki i surowców energetycznych Sejmu VII kadencji, pozyskał dwa źródła osobowe, które wykorzystywał do działań aktywnych w zamian za obietnicę udzielenia korzyści materialnych, przekazał oficerowi (...) charakterystykę osobowego źródła informacji wykorzystywanego jednocześnie działań aktywnych w celu uzyskania dostępu do wyżej wskazanego raportu NIK znajdującego się w Departamencie Ropy i Gazu Ministerstwa Gospodarki, ubiegał się o staż w tym Departamencie pod pretekstem pisania pracy doktorskiej i zataił, że jest obywatelem Federacji Rosyjskiej, by doprowadzić do przyjęcia go na staż w celu uzyskania informacji

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

³ W. Tumidalski, *Tajemnice szpiegów na sędziowskim stole*, „Radca Prawny” 2017/171, s. 46–47.

o terminie oddania do eksploatacji Terminalu (...) w Ś., wykorzystywał jako źródła informacji osoby związane bezpośrednio z podmiotami realizującymi to zadanie inwestycyjne, konspirując rzeczywiste powody swojego zainteresowania, dokonał rozpoznania środków masowego przekazu w Polsce – dziennikarzy i ekspertów z branży energetycznej, i sporządził opracowanie zawierające ich charakterystyki pod kątem ich podatności na wpływy rosyjskie i możliwości wykorzystania w oparciu na założeniach rosyjskich kampanii informacyjnej dotyczącej energetyki, a następnie podjął działania dotyczące promowania rosyjskiego punktu widzenia w sektorze energetyki oferując odpłatność za takie publikacje, zainspirował napisanie oraz publikację krytykującego polską politykę energetyczną i zagraniczną artykułu pt. „(...)”. Za przestępstwo z art. 130 § 1 k.k. został skazany na karę 4 lat pozbawienia wolności, obrona domagała się uniewinnienia, a prokurator wnosił o karę 6 lat pozbawienia wolności. Sprawę w Sądzie Okręgowym w Warszawie początkowo prowadziła SSR Justyna Koska-Janusz (delegowana do Sądu Okręgowego), której delegacja została cofnięta przez Ministra Sprawiedliwości po odczytaniu aktu oskarżenia, przesłuchaniu oskarżonego i świadka anonimowego. Następnie sprawę prowadziła sędzia Agnieszka Domańska, która ujawniła częściowo ustne motywy wyroku, gdyż sprawa była prowadzona z wyłączeniem jawności. Sąd uznał, że wina oskarżonego jest bezsporna, a okoliczności jego czynu nie budzą wątpliwości w świetle materiału dowodowego, w tym zeznań świadków. Sędzia A. Domańska podkreśliła, że dla bytu przestępstwa „brania udziału” w obcym wywiadzie nie jest wymagana „formalna przynależność” do niego, liczy się bowiem „faktyczna więź agenta z oficerem” – czy był nim któryś z rosyjskich dyplomatów wydalonych z Polski – tego sąd nie ujawnił. Za jedyną okoliczność łagodzącą Sąd uznał dotychczasową niekaralność oskarżonego. Sędzia podkreśliła, że wszystkie dowody w tej sprawie zostały uzyskane zgodnie z przepisami⁴.

Apelacje od wyroku wnieśli obrońcy oskarżonego i prokurator.

Obrońcy zarzucali wyrokowi: I. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia w postaci przepisów: art. 7 Kodeksu postępowania karnego⁵, art. 6 k.p.k., art. 100 § 4, 5 i 7 k.p.k., art. 184 § 1 k.p.k., II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, który ma wpływ na jego treść, polegający na nieprawidłowym przyjęciu, iż S.S. brał udział w działalności wywiadu wojskowego (...) przeciwko RP, w konkluzji wnieśli o zmianę przedmiotowego orzeczenia poprzez uniewinnienie S.S. od popełnienia zarzucanego mu czynu.

Prokurator wniósł o wymierzenie oskarżonemu kary 6 lat pozbawienia wolności. Sąd Apelacyjny w wyroku z 24.11.2017 r. uznał, że apelacja obrońców oskarżonego okazała się bezskuteczna, jej zarzuty i użyte na ich uzasadnienie argumenty oczywiście nietrafne. Zarzuty obrazy przepisów postępowania dotyczą dopuszczonego w sprawie dowodu z zeznań świadka anonimowego. Skarżący zarzucają Sądowi I instancji: nieudostępnienie obronie jednego tomu akt tajnych (t. VI), nieodręcznie podejrzanemu i jego obrońcom postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka anonimowego, co uniemożliwiło

⁴ W. Tumidalski, *Tajemnice szpiegów...*, s. 46–47.

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

jego zaskarżenie, bezzasadne przyjęcie, że w sprawie zachodziły przesłanki do anonimizacji danych świadka. Sąd Apelacyjny zauważył, że prokurator musiał wydać postanowienie w świetle art. 184 k.p.k., gdyż świadkowi owemu wprost i bezpośrednio groziło i grozi niebezpieczeństwo dla życia. Dane świadka anonimowego podlegają ochronie na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych⁶. Sąd Apelacyjny wprost wytknął obrońcom nieznajomość zasad wykorzystywania świadka anonimowego. Sąd Apelacyjny podkreśla, że żaden dowód z t. VI akt tajnych stanowiących podstawę dowodową rozstrzygnięcia nie został przed oskarżonym i jego obrońcami „ukryty”⁷. Zdaniem SA zarzuty dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów, która miała doprowadzić do błędnych ustaleń faktycznych okazały się oczywiście bezzasadne, odstające od realiów sprawy. Ta część apelacji – według SA – ma charakter co najwyżej polemiczny, a pogląd Sądu I instancji na winę oskarżonego wywiedziony został z całokształtu zgromadzonych dowodów, w tym zdobytych w trybie prowadzenia czynności operacyjnych, ocenionych w sposób w pełni zgodny z regułami, a więc m.in. zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie SA podkreśla, że Sąd I instancji w wyjątkowo obszernym, precyzyjnym i wyczerpującym pisemnym uzasadnieniu wyroku wskazał zarówno tryb i sposób gromadzenia przez ABW dowodów popełnionego przez oskarżonego przestępstwa, jak i okoliczności jego popełnienia – jego „pochód” wyczerpujący znamiona czynu z art. 130 § 1 k.k. oraz przedstawił oceny zgromadzonego materiału dowodowego pozostające pod ochroną prawidłowo stosowanego art. 7 k.p.k. Sąd Apelacyjny w pełni podziela zasadność ustaleń i ocen Sądu I instancji. Dlatego też – zdaniem SA – pisemne motywy Sądu Okręgowego wprost odpierają stawiane w apelacji zarzuty błędnych ustaleń faktycznych, stąd zarzuty te mają charakter jedynie polemiczny. Dla ich odparcia SA wskazuje, że fakt, iż dyplomaci, z którymi utrzymywał kontakty oskarżony, byli agentami (...) wykazały ustalenia Kontrwywiadu ABW. Natomiast naiwnością ze strony skarżących jest żądanie na tę okoliczność stosownego dokumentu potwierdzającego ich zaseregowanie, wykształcenie, stopień wojskowy, jednostkę nadrzędną; zdaniem SA ustalenia w tej kwestii są dostatecznie wystarczające. Należy zauważyć, że w sprawie Marcina T., oskarżonego z art. 130 § 3 k.k., prowadzonej przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, sygn. akt II AKa 404/07 (Apel.-Warszawa 2008/4/16), w apelacji prokurator m.in. zarzucał wyrokowi Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt VIII K 466/05) nieprzesłuchanie S. Semena (III sekretarza Ambasady Federacji Rosyjskiej w Warszawie, kadrowego pracownika Wywiadu FR) na okoliczność charakteru znajomości z Marcinem T., jej celu

⁶ Według art. 5 ust. 1 pkt 7 informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „ściśle tajne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że zagrazi lub może zagrazić życiu lub zdrowiu świadków koronnych lub osób dla nich najbliższych albo świadków, o których mowa w art. 184 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) lub osób dla nich najbliższych. S. Hoc, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2010.

⁷ Należy zauważyć, iż dokumenty zawierające informacje niejawne mogą być m.in. udostępniane podejrzanym (oskarżonym), obrońcom, biegłym na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 9.09.2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. poz. 1733), które było poprzedzone Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 20.02.2012 r. (Dz.U. poz. 219), utraciło ono moc z dniem 6.08.2017 r. Wcześniej w sprawach np. o szpiegostwo ograniczony był dostęp np. dla podejrzanych (oskarżonych), obrońców do materiałów niejawnych, co spotykało się z krytyką, m.in. orzecznictwa strasburskiego.

i ujawnianych w jej toku informacji i oparcie ustaleń w powyższym zakresie wyłączenie na wyjaśnieniach oskarżonego. Powyższy zarzut został oceniony krytycznie przez Sąd Apelacyjny, który stwierdził, że realizmu i powagi należałoby oczekiwać przed sformulowaniem propozycji przesłuchania domniemanego pracownika wywiadu S. Semena. Realizm ten został zachowany przez oskarżyciela do chwili wydania zaskarżonego wyroku, później go zabrakło. Podjęcie działań w kierunku wyegzekwowania zeznań na szczególnie wrażliwy temat od dyplomaty obcego państwa, który zakończył swoją misję, narażałoby na szwank nie tylko powagę polskiego sądu. W postępowaniu przygotowawczym prokurator wyrażał wielokrotnie stanowisko, iż dowodu tego nie da się przeprowadzić.

Według Sądu Apelacyjnego w głosowanej sprawie fakt, że działalność wywiadu rosyjskiego skierowana jest przeciwko interesom RP jest faktem notoryjnym powszechnie znanym, niewymagającym dowodzenia, natomiast obrońcy nie wykazali w apelacji, że jest wprost przeciwnie⁸. Zdaniem SA Sąd I instancji zasadnie przyjął, iż oskarżony odbył przeszkolenie wywiadowcze, w motywach wyroku przekonująco wykazał na jakich to zachowaniach oskarżonego oparł to ustalenie: kamuflaż spotkań, „gubienie” obserwacji, posługiwanie się nierejestrowanymi telefonami itd. Natomiast skarżący nietrafnie podważają ustalenia Sądu stanowiące istotę sprawy, czyli ustalenia wskazujące na zachowania oskarżonego wyczerpujące dyspozycję art. 130 § 1 k.k. Nie przedstawiają żadnych rzeczowych argumentów na umotywowanie swojego stanowiska, a poprzestanie w motywach apelacji na przedstawieniu poglądu odmiennego nie jest wystarczające dla uznania zarzutów za trafne, obrońcy twierdzą jedynie, że zachowania oskarżonego nie miały związku z działaniami obcego wywiadu, a znajomość z rosyjskimi dyplomatami C. i S. miała charakter wyłącznie towarzyski.

Zdaniem SA Sąd I instancji wykazał, że oskarżony brał udział w działalności obcego wywiadu wojskowego Federacji Rosyjskiej (...) skierowanej przeciwko RP, odbywając spotkania operacyjne z oficerami (...) i wykonując zlecone mu zadania. Według SA ustalenia powyższe są pewne, oparte o prawidłowo zgromadzone i ocenione dowody, Sąd nie dopuścił się błędnych ustaleń i ocen, stąd polemika z nimi nie może być skuteczna. Zdaniem SA zarzut dowolności ustalenia, że oskarżony działał z winy umyślnej, ze świadomością, iż działa na rzecz obcego wywiadu, a na szkodę RP jest wyłącznie prezentacją własnego poglądu skarżących, nieopartego jakimkolwiek przekonującym argumentem, czy to faktycznym czy logicznym. Uzasadnienie tego zarzutu sprowadza się do stwierdzenia, że oskarżony jak to wyjaśnił „nie miał podstaw do podejrzewania, że spotkania w których uczestniczył miały charakter działań wywiadowczych”. Sąd I instancji – zdaniem SA – przekonująco i nieodparcie wykazał, że oskarżony brał udział w obcym wywiadzie z pełną świadomością, że wykonuje zlecone mu przez agentów (...) działania przeciwko RP, czym wyczerpał wszystkie niezbędne znamiona art. 130 k.k. Naiwnością ze strony Sądu byłoby uznanie tak gołosłownych twierdzeń skarżących za zasadne, sugestii jakoby oskarżony nie był świadomy charakteru kontaktów z oboma rosyjskimi dyplomatami przeczy wprost jego zaangażowanie i długotrwałość znajomości oraz

⁸ W latach 1998–2020 skazano 6 osób z art. 130 k.k., w tym 2 obywateli FR i wydano kilku oficerów wywiadu FR.

fakt „przejęcia” go po opuszczeniu Polski przez C. przez kolejnego agenta (...). Sąd Apelacyjny natomiast uznał za zasadny zarzut prokuratora rażącej niewspółmierności orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności. Trafnie więc SA eksponuje elementy podmiotowe zachowania oskarżonego w Polsce, w której znalazł się jako dziecko (z rodzicami), uzyskał wykształcenie, pracę, szanse na karierę zawodową, status obywatela polskiego (o czym szerzej w tezie). Tych elementów nie docenił Sąd I instancji. Zdaniem SA orzeczona kara nie spełnia wymogów prewencji indywidualnej, ale również generalnej, gdyż w odczuciu społecznym może być uznana za rażąco łagodną – a więc niesprawiedliwą. Dlatego też SA, podziеляjąc zarzut apelacji prokuratora i uwzględniając wymienione okoliczności obciążające znacząco zawyżające stopień winy oskarżonego, uznał za słuszne i sprawiedliwe podwyższenie orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności do lat 7, czyli wyżej niż żądanie prokuratora. Zdaniem SA – które należy podzielić – tak orzeczona kara będzie stosowna do stopnia zawinienia, społecznej szkodliwości przypisanego przestępstwa i spełni zakładane cele zapobiegawcze i wychowawcze w stosunku do oskarżonego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, szczególnie istotne w przypadku skazania za przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. Jest to najwyższa kara orzeczona za szpiegostwo w latach 1998–2020, podobna została orzeczona także wobec Aliaksandra L. – obywatela Białorusi – ale za przestępstwo z art. 132 i 270 k.k. (wyrok SA w Warszawie, sygn. akt XII AKa 83/15).

Niestety, SA nie odniósł się w wyroku do sytuacji S.S., który był przygotowywany przez wywiad wojskowy FR do pełnienia roli agenta wpływu. Należy wyjaśnić, iż agent wpływu to najwyższy stopień klasyfikacji agenta, z reguły obywatel obcego państwa lub dwupaństwowiec świadomie współpracujący z wywiadem obcego państwa, który używa swojej pozycji politycznej, społecznej lub zawodowej, aby „promować” w swoim kraju i społeczeństwie cele innego państwa w sposób nieujawniający z nim związków (wpływanie na decyzje polityczne, gospodarcze). Należałoby też zwrócić uwagę na już posiadane przez S.S. możliwości uzyskiwania informacji, które były przydatne dla tego wywiadu. To ważny wątek, którego Sąd Apelacyjny nie zauważył.

Warto niejako przy okazji głosowania wyroku dotyczącego szpiegostwa odnieść się do następującej kwestii.

W ostatnich latach podejmowane są próby (w opracowaniach ABW) związane z nowelizacją art. 130 k.k. Angażowana jest również do tych działań Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych, przy raczej krytycznym stanowisku Ministerstwa Sprawiedliwości, np. w nowelizacji Kodeksu karnego z 13.06.2019 r. (niezgodnej z Konstytucją RP⁹)¹⁰, w której dokonano zmiany zagrożenia karnego w art. 130 § 2 k.k. i art. 130 § 4 k.k. Proponowane zmiany¹¹, niesformułowane dokładnie, zmierzają w kierunku

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14.07.2020 r. w sprawie Kp 1/19, „Monitor Prawniczy” 2020, poz. 647.

¹¹ Por. szerzej S. Hoc, *Artykuł 130 k.k. – czy istnieje potrzeba nowelizacji?* [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Gracka, Olsztyn 2013, s. 249–266; S. Hoc, *Ściganie i karanie sprawców szpiegostwa* [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, red. nauk. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczecin 2015, s. 89–102; S. Hoc, *Raz jeszcze o penalizacji szpiegostwa w kodeksie karnym* [w:] *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, red. J. Kulesza, A. Liszewska, Łódź 2020, s. 773–797.

rozszerzenia penalizacji za szpiegostwo, wzorem mają być rozwiązania francuskie, bardzo kazuistyczne. Wydaje się, że zaprezentowane stanowisko przez przedstawicieli ABW i jednego prokuratora wynika przede wszystkim z problemów ABW w zakresie rozpoznawania i efektywnego ścigania działalności szpiegowskiej (procesowej), w tym wykorzystywania możliwości osobowych źródeł informacji. Warto zauważyć, iż problematyka zwalczania szpiegostwa pozostaje w polu działania ABW i SKW, jednak tylko ABW posiada kompetencje w zakresie ścigania. Dyskusja nad zmianą prawa karnego jest potrzebna, ale muszą jej towarzyszyć poważne argumenty wynikające z doktryny i praktyki, ale nie mogą to być względy utylitarne jednej ze służb specjalnych, chociażby największej, stąd już blisko do populizmu penalnego.

Należy podkreślić, iż ABW¹² i SKW¹³ otrzymały ważne i oczekiwane narzędzie w postaci instytucji szpiega koronnego, czy z niego korzystają to oczywiście jest objęte niejawnością¹⁴.

Istnieje – jak sądzę – potrzeba szerszego publikowania wyroków w sprawach o szpiegostwo (wprawdzie nielicznych) z zachowaniem ochrony informacji niejawnych, dotychczas tylko dwa wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie zostały opublikowane, brak było wyroków Sądu Najwyższego.

Summary

Stanisław Hoc, *Commentary on Judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 24 November 2017, II AKa 269/17*

The author approves the view taken by the Court of Appeal in Warsaw in its judgement of 24 November 2017, II AKa 269/17, in a case of espionage committed by Stanisław S. This is the second judgment published by the Court in an espionage case. The Court of Appeal has generally accepted the position of the court of first instance but it also made some additional conclusions, emphasizing the aspect of the intention of committing the offence of espionage on the part of the perpetrator, who is has dual Polish and Russian citizenship, and takes advantage of the benefits that Poland offers. The Court of Appeal also stressed the problem of individual and general prevention, which the court of first instance failed to take note of.

Keywords: *foreign intelligence, espionage, prevention individual, prevention general, classified information*

Streszczenie

Stanisław Hoc, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.11.2017 r., II AKa 269/17*

Autor glosy aprobuje pogląd wypowiedziany przez Sąd Apelacyjny w wyroku z 24.11.2017 r., II AKa 269/17, w sprawie o szpiegostwo popełnione przez Stanisława S. Jest to drugi

¹² Art. 22b ust. 1, 2, 5, 6, 7 i 10 ustawy z 24.05.2002 r. o ABW oraz AW (Dz.U. z 2020 r. poz. 27).

¹³ Art. 27a ust. 1 pkt 1, ust. 2, 5, 6, 7 i 10 ustawy z 9.06.2006 r. o SKW oraz SWW (Dz.U. z 2019 r. poz. 687 ze zm.).

¹⁴ S. Hoc, *O tak zwanym szpiegu i terroryście koronnym* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2017, t. XLII, s. 153–175; P. Herbowski, *Pozyskanie tajnego współpracownika przez służby kontrwywiadowcze na podstawie materiałów obciążających – rozważania o sensie instytucji*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2019, t. LI, s. 83–102; M. Białuński, *Odstąpienie od obowiązku zawiadomienia prokuratora o przestępstwie – analiza nowego uprawnienia Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, „Palestra” 2018/3, s. 72–80.

publikowany wyrok SA w Warszawie w sprawie o szpiegostwo. Sąd Apelacyjny, akceptując generalnie stanowisko Sądu I instancji, zwraca uwagę na elementy podmiotowe działania sprawcy szpiegostwa obywatela rosyjskiego i polskiego, który korzysta z przychylności naszego państwa, a także prewencję indywidualną i prewencję generalną, które nie zostały dostrzeżone przez Sąd I instancji.

Słowa kluczowe: obcy wywiad, szpiegostwo, prewencja indywidualna, prewencja generalna, informacje niejawne

Literatura:

1. Białuński M., Odstąpienie od obowiązku zawiadomienia prokuratura o przestępstwie – analiza nowego uprawnienia Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, *Palestra* 2018, nr 3.
2. Herbowski P., Pozyskanie tajnego współpracownika przez służby kontrwywiadowcze na podstawie materiałów obciążających – rozważania o sensie instytucji, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 2019, t. LI.
3. Hoc S., *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2010.
4. Hoc S., Artykuł 130 k.k. – czy istnieje potrzeba nowelizacji? [w:] *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013.
5. Hoc S., *Ściganie i karanie sprawców szpiegostwa* [w:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra Stanisława Pikulskiego*, red. nauk. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, Szczepiń 2015.
6. Hoc S., *O tak zwanym szpiegu i terroryście koronnym* [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarskiego*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 2017, t. XLII.
7. Hoc S., *Raz jeszcze o penalizacji szpiegostwa w kodeksie karnym* [w:] *Pro dignitate legis et maiestate iustitiae. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Witolda Kuleszy*, red. J. Kulesza, A. Liszewska, Łódź 2020.
8. Tumidalski W., *Tajemnice szpiegów na sędziowskim stole*, *Radca Prawny* 2017, nr 171.

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak,
Joanna Repeć, Dorota Sobczak*

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „*The communist crimes* – *individual and state responsibility*”. Warszawa, 9–10 listopada 2020 r.**

W dniach 9–10.11.2020 r. odbyła się w Warszawie Międzynarodowa Konferencja Naukowa zatytułowana „*The communist crimes – individual and state responsibility*” („Zbrodnie komunistyczne – odpowiedzialność jednostki i Państwa”). Wydarzenie zostało zorganizowane przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości (IWS) w ramach Projektu badawczego pt. „*Polski wkład w rozwój międzynarodowego prawa karnego, w tym wkład w sądzenie zbrodni międzynarodowych*”, którego realizację podjęło się Centrum Analiz Strategicznych IWS (CAS IWS), a który jest współfinansowany ze środków Funduszu Sprawiedliwości, którego dysponentem jest Minister Sprawiedliwości. Z uwagi na panujące warunki epidemiologiczne w kraju i na świecie wydarzenie przybrało formę zdalną.

Konferencja została zainaugurowana przez **Dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – dra hab. Marcina Wielca**, który w imieniu kierownictwa IWS uroczystie powitał uczestników wydarzenia, a następnie podczas swojego wystąpienia wskazał na istotność komparatystyki prawniczej w procesie kształtowania się polskiego ustawodawstwa. Zwrócono szczególną uwagę na znaczenie procesu poddawania pod analizę prawniczą regulacji prawnych nienależących do krajowego porządku prawnego, które ma na celu polepszenie kształtującego się ustawodawstwa

* Tomasz Bojanowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com; Klaudia Łuniewska jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinaluniewska@gmail.com; mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarne, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com; mgr Joanna Repeć jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-9091-7888, e-mail: repecj Joanna@gmail.com; mgr Dorota Sobczak jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Katolicki Uniwersytet im. Jana Pawła II w Lublinie, Polska, e-mail: dorotasobczak94@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 7.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 11.01.2021 r.

i korzystanie z osiągnięć legislacyjnych innych państw. Wskazano, że ujęcie komparatystyczne pozwala na wymianę doświadczeń związanych z regulacjami oraz praktyką funkcjonującą w porządkach prawnych poszczególnych krajów. Dyrektor IWS zwrócił uwagę, że współpraca w tym zakresie oraz wzajemna analiza prawna mogą doprowadzić do wypracowania przepisów umożliwiających skuteczniejszą ochronę tych wartości oraz przeciwdziałanie przyczynom przestępczości. Na koniec Dyrektor IWS życzył zgromadzonym gościom, aby obrady były owocne w prze-myślenia oraz refleksje, a podjęte w trakcie dyskusji rozważania natchnęły ich do poszukiwania nowych rozwiązań i możliwości.

Jako następny głos zabrał **mgr Bartłomiej Oręziak, Koordynator Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości**. Prelegent przybliżył zgromadzonym ekspertom tematykę Projektu badawczego, w ramach którego została zorganizowana konferencja naukowa. Przedmiotowy Projekt został poświęcony wkładowi polskich naukowców w rozwój międzynarodowego prawa karnego i polskich doświadczeń w dziedzinie sądownictwa, i innych form międzynarodowego rozwiązywania przestępstw. Należy dodać, że kluczowym aspektem realizacji projektu jest upowszechnianie i promocja osiągnięć Polski w międzynarodowym prawie karnym. Koordynator CAS wskazał także na fakt, że rozpowszechnianie wiedzy i osiągnięć w tej dziedzinie może w szerokim spektrum wpływać na zapobieganie przyczynom przestępczości oraz przyczynić się do minimalizacji i eliminacji negatywnych zjawisk, jakie zagrażają pokojowi w kraju, i na świecie. Osądzanie międzynarodowych zbrodni, takich jak ludobójstwo lub zbrodnie przeciwko ludzkości, jest wciąż aktualną kwestią. Polskie instytucje takie jak sądy, prokuratura czy Instytut Pamięci Narodowej szukają nowych rozwiązań. W trakcie wystąpienia zaznaczono, że niewątpliwie ważna jest analiza funkcjonowania regulacji prawnych obowiązujących w innych krajach pod kątem możliwości ich zastosowania w polskim porządku prawnym.

Jako ostatnia w tej części konferencji wystąpiła **dr hab. Patrycja Grzebyk z Uniwersytetu Warszawskiego**, Koordynator Projektu, która wskazała na potrzebę zorganizowania konferencji. Po przedstawieniu tematyki prelekcji zaprosiła wszystkich na I merytoryczny panel konferencji.

Pierwszy panel pt. „*The Communist Crimes – the World (part I)*” był moderowany przez **dr. Łukasza Adamskiego**. Rozpoczął go **prof. Gleb Bogush** z Państwowego Instytutu Badawczego Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Moskwie, który zaprezentował referat pt. „*Institutionalisation of Historical Revisionism in Russia?*”. Prezentacja odnosiła się do wskazania, że od 2014 r. rosyjskie władze usilnie starają się wpływać na politykę historyczną, podważając jednocześnie europejski konsensus w sprawie wspólnej odpowiedzialności za zbrodnie i reżimy totalitarne. Zdaniem prelegenta rosyjski rząd próbuje wręcz agresywnie narzucić ogółu społeczeństwa własny pogląd na historię oraz wszelkie zbrodnie, które zostały popełnione. W tym celu, jak wspomniał prof. G. Bogush, tamtejsza władza używa środków instytucjonalnych. Przeprowadzony wykład opierał się przede wszystkim na wskazaniu, w szczególności ostatnich zmian konstytucyjnych i legislacyjnych w Rosji, wskazując na prawo międzynarodowe i praktyki poszczególnych państw.

Jako następny wystąpił **Ilya Nuzov, Dyrektor Międzynarodowej Federacji Praw Człowieka Europy Wschodniej i Azji Środkowej**, który przedstawił referat pt.

„*International Criminal Responsibility of the Communist Party of the Soviet Union: An Unattainable Dream?*”. Wystąpienie opierało się w głównej mierze na przedstawieniu analizy ostatnich wydarzeń, wskazując, że oprócz osądzania indywidualnych sprawców, międzynarodowa jurysdykcja karna powinna również obejmować niepaństwowe ugrupowania zbrojne, partie polityczne i inne kolektywy, które organizowały, kierowały lub dokonywały okrucieństw poprzez swoich agentów. Prelegent zwrócił uwagę, że ten temat jest niezwykle istotny w przypadku zbrodni Komunistycznej Partii Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich (KPZR). Mówimy bowiem o międzynarodowej odpowiedzialności karnej również wyżej wskazanych podmiotów – niepaństwowych. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej też takich podmiotów będzie, według prelegenta, wskazaniem społeczeństwu, że nie jest dopuszczalne popełnianie zbrodni politycznych w imię określonych celów ideologicznych lub politycznych. W związku z czym rozszerzenie ścigania poza pojedyncze osoby może zapewnić więcej sprawiedliwości oraz uznanie ofiar okrucieństw. Wskazano jednak, że istnieją pewne przeszkody w ściganiu tych przestępstw, które czasami mogą być wręcz nie do pokonania – takie jak: zasada niedziałania prawa wstecz, a czasami brak woli politycznej i niedostępność przedstawicieli ww. podmiotów.

Kolejnym prelegentem był dr George Forji Amin z Uniwersytetu Helsińskiego, który wygłosił prelekcję pt. „*Between Promise and Peril: Pashukanis, Stalin, Commodity exchange theory of Law and The Great Purge*”. Prelegent w swoim referacie odniósł się do lat 1935–1938, które zostały naznaczone bezwzględnością sankcji państwowych w całym Związku Radzieckim. Wspomniał postać Evgeny’ego Bronislavovicha Pashukanisa (1891–1937), oskarżonego o zdradę i bycie agentem. Pashukanis pełnił od 1931 r. funkcję Dyrektora Instytutu Prawa Radzieckiej Akademii Nauk w Moskwie. We wrześniu 1937 r. został stracony przez państwo radzieckie. W swoim referacie prof. G.F. Amin odniósł się przede wszystkim do stwierdzenia, że reżim radziecki wymagał od wszystkich prawników dostosowania ich orzecznictwa do praktyki państwowej i dogmatów partii komunistycznej. W latach 30. XX w. sytuacja polityczna była niepewna, podobnie jak los uczonych, których pisma nie popierały oficjalnej polityki i praktyki państwa.

Jako ostatni w tym panelu wystąpił prof. Jia Wang (Uniwersytet Nauki i Technologii w Makau), który zaprezentował referat zatytułowany „*How A Communist Revolution Was Tried in Court? The Challenges Posed by the Trial of Former Khmer Rouge Leaders at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*”. W referacie odniósł się on przede wszystkim do strukturalnego związku pomiędzy przestępstwami popełnionymi przez Demokratyczną Kampuczę i aktualnymi uregulowaniami w zakresie międzynarodowego prawa karnego. Wystąpienie opierało się na trzech filarach: ustaleniu zakresu indywidualnej odpowiedzialności karnej, psychicznych elementach zbrodni przeciwko ludzkości oraz obronie przed okrucieństwem. Referent przedstawił również potencjalne wyzwania, jakie mogą pojawić się w trakcie ścigania i karania innych zbrodni komunistycznych.

Drugi panel zatytułowany „*The Communist Crimes – the World (part II)*” moderował dr hab. Przemysław Saganek, prof. Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Jako pierwsza w tym panelu wystąpiła dr Dorina Ndreka (Uniwersytet Aleksandra Moisiu w Durrës), która przedstawiła prelekcję pt. „*Dilemmas in*

using international law for pursuing communist crimes – the Albanian case". Referat odnosił się do działalności Instytutu Badań nad Zbrodniami Komunistycznymi w Albanii (*Institute for the Study of the Communist Crimes in Albania*)¹. Za sprawą tejże organizacji zwrócono ponownie uwagę na zbrodnie komunistyczne, do jakich doszło w tym kraju. Albania podjęła pierwszą i jedyną próbę ścigania zbrodni komunistycznych w 1995 r., poprzez prowadzone postępowania karne przeciwko byłym wysokim urzędnikom. Natomiast, zdaniem prelegentki, brak ofiar reżimu komunistycznego wpłynął również na zakłócenie omawianych procesów. Referat opierał się na poddaniu analizie ww. kwestii przez ocenę, w jaki sposób prawo międzynarodowe może pomóc Albanii w tych procedurach. Z danych zaprezentowanych przez prelegentkę wynika, że 100 000 osób było ofiarami łamania praw człowieka w okresie reżimu komunistycznego w kraju, a znaczna część osób wciąż czeka na postawienie przed sądem sprawców.

Następnym prelegentem był **prof. Tamas Hoffmann** (Węgierska Akademia Nauk), który wygłosił referat pt. *„The Difficulties of Prosecuting Communist Crimes – The Biszku Case”*. Zdaniem Prelegenta w przeciwieństwie do większości krajów postkomunistycznych, Węgry nie prowadziły wielu postępowań dotyczących przestępstw politycznych popełnionych w okresie komunizmu. Chociaż wielokrotnie podejmowano takie próby, kończyły się one niepowodzeniem z powodów prawnych, czy z powodu oporu politycznego. W referacie przedstawiono postać Béla Biszku – ocalałego, wysokiego rangą urzędnika komunistycznego z lat 50. ub. w. W prezentacji prelegent skupił się na poddaniu analizie węgierskich prób ścigania zbrodni komunistycznych w latach 1990–2010 oraz przedstawieniu wielu niedociągnięć w prowadzonym procesie Béla Biszku.

Ostatnim prelegentem w tym panelu był **dr hab. Aleksander Gubrynowicz** z Uniwersytetu Warszawskiego, który zaprezentował prelekcję pt. *„Between Western tradition and Soviet doctrine: Some remarks on international law's application by the Hungarian People Courts”*. Przedstawiony referat opierał się na poddaniu analizie roli prawa międzynarodowego w postępowaniach przeciwko niektórym głównym węgierskim przestępcom sądzonym przez tzw. sądy ludowe oraz na przedstawieniu przypadku byłego premiera – László Bárdossy. Zdaniem prelegenta sędziowie ludowi nie byli skłonni do stosowania zasad międzynarodowych, a niektóre przyczyny omawianej niechęci zostały przedstawione w referacie.

Trzeci i ostatni panel tego dnia zatytułowany *„The Communist Crimes – the World (part III)”* moderowała **prof. Veronika Bílková**. Pierwszym prelegentem w tym panelu był **dr hab. Michał Górski**, **prof. UJ**, który wygłosił referat pt. *„Re-activation of communist party responsible for establishment of totalitarian regime not so manifestly unfounded? Remarks based on ECtHR judgment on Ignatencu and Romanian Communist Party (PCR) v. Romania”*. W referacie przedstawiono wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) z 5.05.2020 r. w sprawie reaktywacji Rumuńskiej Partii Komunistycznej. Jak wskazał **prof. Michał Górski**, zgodnie z nowym statutem partii, miała ona przestrzegać konstytucyjnego porządku państwa i być skierowana tylko do „pozytywnych aspektów” ustroju komunistycznego. Podczas prelekcji poddano analizie ww. wyrok w oparciu na kilku perspektywach:

¹ <http://www.iskk.gov.al/en/about-us/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

stosunku ETPC do odmowy rejestracji partii komunistycznych przez państwa, które są stronami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka², poprzednio wydanych wyrokach oraz porównaniu wyroków w sprawach dotyczących historii komunizmu.

Jako ostatni pierwszego dnia konferencji wystąpił dr Kamil Strzępek z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie z prelekcją pt. *„The communist crime – general remarks in light of the case K.H.W. v. Germany”*. Wygłaszając referat, prelegent wskazał, że przy ustalaniu odpowiedzialności osób za zbrodnie komunistyczne należy wziąć pod uwagę aspekty tej odpowiedzialności takie jak: odpowiedzialność na poziomie krajowym, jak również odpowiedzialność na podstawie prawa międzynarodowego. Podczas prelekcji dr Kamil Strzępek odniósł się do spraw rozpatrywanych przez ETPC, w tym m.in. do sprawy K.H.W. przeciwko Niemcom. W omawianej sprawie skarżący został skazany przez sądy krajowe za przestępstwo, natomiast ETPC nie stwierdził naruszenia art. 7 EKPC.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się od panelu pt. *The Communist Crimes in Poland (part I)*, który moderował dr hab. Michał Balcerzak, prof. UMK. Jako pierwsza wystąpiła dr hab. Hanna Kuczyńska, prof. INP PAN z prelekcją zatytułowaną *„Criminal responsibility of the Polish Communist Party (PZPR) for so-called communist crimes”*. Podczas wystąpienia prelegentka omówiła regulacje prawne w zakresie ścigania sprawców zbrodni komunistycznych. W referacie wskazała na odpowiedzialność karną skierowaną wobec osoby prawnej za okres odpowiadający istnieniu Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej. Analizie poddała również kwestię, czy jest możliwe ustanowienie przepisu prawa karnego, określającego szczególny rodzaj przestępstw popełnianych przez partie polityczne.

Kolejną prelegentką była dr hab. Karolina Wierczyńska, prof. INP PAN, która przedstawiła referat pt. *„International crimes before the national courts in the light of Polish experience”*. Prelegenta odniosła się w swoim wystąpieniu do badań naukowych, podczas których nacisk położono na polskie doświadczenia w sprawie karania zbrodni przeciwko ludzkości. Prof. Karolina Wierczyńska poddała również analizie orzecznictwo polskich sądów.

Jako następny wystąpił dr Tomasz Lachowski z Uniwersytetu w Łodzi z prelekcją zatytułowaną *„Legislative changes on statutory limitations in reference to communist crimes and transformation of model of settlement with communist past in Poland after 2015”*. Referat odnosił się przede wszystkim do ostatnich zmian legislacyjnych dotyczących zbrodni komunistycznych w ustawie o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu³. Podczas wystąpienia poddano analizie zmiany w ww. ustawie przez pryzmat ich zgodności ze standardami praw człowieka.

Następne wystąpienie pt. *„Victims of the New Order – Polish Underground in 1944–1963 in light of International law”* poprowadzili prof. dr hab. Maciej Perkowski oraz mgr Arkadiusz Waszkiewicz z Uniwersytetu w Białymstoku. Podczas referatu przywołali oni powojenne podziemie niepodległościowe. Analizując

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.). Konwencja weszła w życie w 1953 r. Polska ratyfikowała ją w 1993 r. – dalej EKPC.

³ Ustawa z 18.12.1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1882).

powojenny stan rzeczy, prelegenci przedstawili stan prawny podziemia niepodległościowego zgodnie z międzynarodowym porządkiem prawnym, jak też sformułowali wnioski dotyczące prawa międzynarodowego i skutków prawnych.

Drugi panel konferencji zatytułowany *The Communist Crimes in Poland (part II)* prowadziła dr hab. Aleksandra Mężykowska. Pierwszym prelegentem był dr Krzysztof Masło, Dyrektor Departamentu Współpracy Międzynarodowej i Praw Człowieka w Ministerstwie Sprawiedliwości, który wygłosił prelekcję pt. *„Polish project to establish an international tribunal for trial of communist crimes”*. W swoim wystąpieniu prelegent podniósł kwestię zbrodni popełnionych przez funkcjonariuszy reżimów totalitarnych, których pamięć jest szczególnie żywa w Europie Środkowej i Wschodniej, a które to nie zostały do dziś w pełni wyjaśnione. Podał ocenę pomysłu stworzenia międzynarodowego trybunału, który prowadziłby postępowania dotyczące tych przestępstw. W związku z czym, w pierwszej kolejności, należałoby opracować model organizacyjny, a śledztwa prowadzone przez przedmiotowy trybunał powinny być ograniczone do przestępstw prawa międzynarodowego (ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości i przestępstwa wojenne). Zdaniem prelegenta nie ma potrzeby tworzenia nowego rodzaju przestępstwa takie jak np. zbrodnie komunistyczne. Zadaniem ww. trybunału, byłoby ściganie w pierwszej kolejności osób, które odegrały najpoważniejszą rolę w popełnieniu tych zbrodni.

Jako następny wystąpił mgr Dawid Zdrójkowski z Uniwersytetu w Białymstoku, który przedstawił prelekcję pt. *„Criminal proceeding in case of Adam Karol Tyczyński as an example of not judged judicial crime”*. Podczas referatu przywołał postać Adama Tyczyńskiego, przedwojennego policjanta politycznego w Brześciu nad Bugiem, który został skazany na karę 15 lat pozbawienia wolności. Proces ten wskazano jako przykład procesu, który odbył się z naruszeniem zasad praworządności.

Kolejną prelegentką była mgr Sylwia A. Karowicz-Bienias z Biura Badań Historycznych IPN w Warszawie, która zaprezentowała referat zatytułowany *„Running away from Themis – powerlessness of Polish authorities concerning extradition of Stefan Michnik”*. Tematem przewodnim wystąpienia był szczególnie rodzaj zbrodni komunistycznych, określane jako przestępstwa sądowe, tj. przestępstwa popełnione przez sędziów i prokuratorów za rządów państwa komunistycznego. Wskazano także, że wiele postępowań przeciwko sprawcom przestępstw sądowych nie znajdują ostatecznego skutku na sali sądowej ze względu na śmierć oskarżonych lub ich zły stan psychofizyczny. Dodatkowo, przedstawiono przebieg postępowania w sprawie Stefana Michnika, jak też omówiono nieudane próby postawienia go przed polskim sądem.

Ostatnią prelegentką była dr Marta Paszek z Uniwersytetu Rzeszowskiego, która przedstawiła referat pt. *„Crime and no punishment. The responsibility of military judges for communist judicial crimes as illustrated by the example of the case of Anna Krużolek”*. Podczas wystąpienia przedstawiła osobę Anny Krużolek, która została oskarżona o pomoc antykomunistycznej organizacji i skazana na egzekucję pomimo braku dowodów, które świadczyłyby o jej winie. W trakcie wystąpienia prelegentka próbowała odpowiedzieć na pytanie: jak to jest możliwe, że kara śmierci została wykonana na podstawie uchylonego wyroku oraz kto ponosi za to odpowiedzialność?

Obrady konferencji były okazją do wzajemnej wymiany myśli i poglądów oraz doświadczeń na temat popełnionych zbrodni komunistycznych, a także rozważań nad problematyką odpowiedzialności w odniesieniu do państwa, ale i indywidualnych sprawców, za represje stosowane w ramach funkcjonowania aparatu państwa komunistycznego. Należy wskazać, że po raz kolejny Instytut Wymiaru Sprawiedliwości stał się miejscem, w którym to starły się teorie i koncepcje wybitnych naukowców. Poczynione rozważania pozwalają rozszerzyć perspektywę oraz ugruntować wiedzę w zakresie dotyczącym zbrodni komunistycznych, co bezsprzecznie odniesie pozytywny efekt przy formułowaniu rezultatów projektu, w ramach którego odbyła się omawiana konferencja.

