



Ius Novum

ISSN 1897-5577

1
2012

Ius Novum

ISSN 1897-5577

1
—
2012



WARSZAWA 2012

RADA NAUKOWA

prof. dr hab. Zbigniew Lasocik, dziekan Wydziału Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego (przewodniczący)

prof. dr hab. Brunon Hołyst, rektor Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie

prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)

prof. dr. hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)

prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Polska Akademia Nauk

prof. dr hab.ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński

[prof. dr hab. Andrzej Marek], Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski

prof. dr hab. Anita Ušacka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego
w Hadze (Holandia)

dr Ewa Weigend, Instytut Prawa Karnego Max-Plancka we Freiburgu (Niemcy)

REDAKCJA

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego

Sekretarz: dr Jacek Kosonoga, Uczelnia Łazarskiego

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2012

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza
Uczelnia Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 22 54 35 450
fax 22 54 35 480
www.lazarski.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:
Dom Wydawniczy ELIPSA
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa
tel./fax 22 635 03 01, 22 635 17 85,
e-mail: elipsa@elipsa.pl, www.elipsa.pl



SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Dr Jacek Kosonoga, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego Kilka uwag na temat projektowanych zmian w kodeksie postępowania karnego	9
Mgr Michał Jeznach, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego Rola prokuratora w oględzinach i otwarciu zwłok	23
Mgr Małgorzata Ziwna, Warszawski Uniwersytet Medyczny Zakaz publikowania wizerunku oskarżonego	30
Dr Czesław Paweł Kłak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego Przymus adwokacko-radcowski a skarga na przewlekłość postępowania	39
Mgr Agata Czerwonka, doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji UMCS Przestępstwo zmuszania do prostytucji	61
Mgr Marta Tużnik, asystentka na Wydziale Prawa i Administracji w Wyższej Szkole Menedżerskiej Postępowanie w przedmiocie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w postępowaniu karnym skarbowym ...	76

Mgr Mariusz Nawrocki, asystent na Wydziale Prawa Uniwersytetu Szczecińskiego O przesłankach warunkowego zwolnienia skazanego korzystającego z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności (art. 155 kodeksu karnego wykonawczego)	101
Mgr Remigiusz Rabięga, asystent na Wydziale Prawa Uniwersytetu Szczecińskiego O współdziałaniu w popełnieniu przestępstwa indywidualnego niewłaściwego typu uprzywilejowanego (uwagi na tle dzieciobójstwa w polskim prawie karnym)	115
Mgr Krzysztof Szczucki, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego Konstrukcja zgody dysponenta dobrem i jej znaczenie dla prawa karnego w świetle anglosaskiej kultury prawnej	127
Dr Przemysław Szustakiewicz, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego Przesłanki i procedura zakazu zgromadzeń w świetle orzecznictwa sądów administracyjnych	159
Mgr Mateusz Kaczocha, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego Instytucja gospodarki budżetowej jako nowa forma organizacyjno-prawna jednostki sektora finansów publicznych	168

G L O S Y

Dr Jacek Kosonoga, adiunkt na Wydziale Prawa Uczelni Łazarskiego Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2011 r. III KK 446/10	178
--	-----

R E C E N Z J E

- Ewa M. Guzik-Makaruk (red.), *Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce. Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom*, Warszawa 2011, s. 383,
rec. dr hab. Stanisław Hoc, prof. nadz. Uczelni Łazarskiego 185

Z ŻYCIA UCZELNI

- Mgr Ewelina Milan, Uczelnia Łazarskiego**
Kalejdoskop wydarzeń 192



CONTENTS

ARTICLES

- Jacek Kosonoga, PhD, Assistant Professor, Law and Administration Department, Lazarski University**
Several Comments on the Proposed Changes
in the Penal Proceeding Code 9
- Michał Jeznach, M.A., doctoral student at Law and Administration Department, Lazarski University**
Prosecutor's Role in an External and Internal Post-Mortem
Examination 23
- Małgorzata Zimna, M.A., Medical University of Warsaw**
Ban on Publishing the Image of the Accused 30
- Czesław Paweł Kłak, PhD, Law and Administration Department, University of Rzeszow**
Barrister-Solicitor Obligatory Assistance versus a Complaint
about a Protracted Proceeding 39
- Agata Czerwonka, M.A., doctoral student at Law and Administration Department, Marie Curie-Skłodowska University**
Crime of Coercion into Prostitution 61
- Marta Tużnik, M.A., Professor Assistant, Law and Administration Department, Higher School of Management**
The Procedure of Granting Authorization to Voluntary Submission
to Liability in the Fiscal Penal Proceeding 76

Mariusz Nawrocki, M.A., Professor Assistant, Law Department, University of Szczecin	
On the Conditions of a Parole of a Convict Benefiting from a Break in Serving a Penalty of Imprisonment (Article 155 of the Penalty Execution Code)	101
Remigiusz Rabięga, M.A., Professor Assistant, Law Department, University of Szczecin	
On Complicity in the Commission of Individual Crime (<i>delicta propria</i>) – Privileged Type (Comments on Infanticide Based on the Polish Criminal Code)	115
Krzysztof Szczucki, M.A., doctoral student at Law and Administration Department, Warsaw University	
Victim’s Consent and its Significance for the Criminal Law in the Light of Anglo-Saxon Legal Culture	127
Przemysław Szustakiewicz, PhD, Assistant Professor, Law and Administration Department, Lazarski University	
Conditions and Procedure for the Prohibition of Assembly in the Light of Administrative Courts Rulings	159
Mateusz Kaczocha, M.A., doctoral student at Law and Administration Department, Warsaw University	
Budget Institution as a New Organizational and Legal Form of a Unit in the Public Finance Sector	168

G L O S S E S

Jacek Kosonoga, PhD, Assistant Professor, Law Department, Lazarski University	
Gloss to the Supreme Court ruling III KK 446/10 of 29 June 2011	178

REVIEWS

- Ewa M. Guzik-Makaruk (ed.), *Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce. Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom (Citizens' Sense of Security in Poland – Contemporary Threats Identification and Prevention)*, Warszawa 2011, p. 383,
Reviewer: Stanisław Hoc, PhD, Lazarski University Professor 185

UNIVERSITY LIFE

- Ewelina Milan, MA, Lazarski University**
Kaleidoscope of events 192

JACEK KOSONOĞA

KILKA UWAG NA TEMAT PROJEKTOWANYCH ZMIAN
W KODEKSIE POSTĘPOWANIA KARNEGO

Obowiązujący od ponad 10 lat kodeks postępowania karnego, mimo licznych nowelizacji, nadal stanowi akt prawny wymagający zasadniczej interwencji legislacyjnej. Z jednej bowiem strony wręcz permanentne zmiany przepisów¹ spowodowały, że obecnej ustawie daleko do pełnej realizacji postulatu spójności i stabilności – jako cech regulacji kodeksowej². Z drugiej natomiast coraz wyraźniej rysuje się potrzeba wprowadzenia zmian fundamentalnych o charakterze modelowym. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że niektóre instytucje procesowe wymagają po prostu udoskonalenia, czy to w związku ze zbędnym sformalizowaniem towarzyszących im czynności procesowych, czy też niespełnianiem wymogów gwarancyjnych. Wszystko to powoduje, że idea kompleksowej nowelizacji ustawy procesowej jest dzisiaj szczególnie aktualna.

Naprzeciw zasygnalizowanym potrzebom z pewnością wychodzi przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego³. Stanowi on długo oczekiwaną, gruntowną nowelizację procedury karnej. Proponowane kierunki zmian legislacyjnych, a zwłaszcza potrzeba przemodelowania postępowania jurysdykcyjnego w kierunku jego większej kontradyktoryjności, usunięcie z procesu instytucji „fasadowych”, ociążenie sędziów na skutek powierzenia części ich obowiązków referendarzom sądowym, czy też wreszcie usprawnienie i przyspieszenie postępowania zasługują na pełną aprobatę. Większych zastrzeżeń nie budzą również rozwiązania szczegółowe, które w udany sposób realizują przyjęte założenia wyjściowe.

¹ Kodeks postępowania karnego był nowelizowany blisko 80-krotnie.

² Jest to zauważalne chociażby na przykładzie nowego środka zapobiegawczego, jakim jest nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym – szerzej zob. J. Kosonoga, *Nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym jako środek zapobiegawczy (art. 275a k.p.k.)*, (w:) *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, (red.) T. Grzegorzczak, Warszawa 2011, s. 229 i n.; R. Stefański, *Środek zapobiegawczy nakazu opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym*, WPP 2010, nr 3, s. 89 i n.

³ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości. Projekt w wersji z kwietnia 2011 r.

Wskazać można jednak na kilka kwestii dyskusyjnych dotyczących chociażby prawa do obrony, środków zapobiegawczych, czy też selekcji materiału dowodowego na potrzeby sprawy sądowej. Interesujące zagadnienia pojawiają się również w obszarze problematyki jawności zewnętrznej posiedzeń sądowych. Kwestie te skłaniają do polemiki i poszerzenia pola rozważań.

Konsekwencją przemodelowania postępowania sądowego w kierunku zwiększenia jego kontradiktoryjności jest automatyczne rozszerzenie zakresu prawa do obrony w znaczeniu formalnym. W związku z powyższym w projekcie proponuje się daleko idące uprawnienie oskarżonego do złożenia wniosku o wyznaczenie mu obrońcy z urzędu w celu dokonania określonej czynności procesowej w toku postępowania sądowego. Jak wynika z treści projektowanego art. 80a § 2 k.p.k. w zw. z art. 80a § 1 k.p.k., wniosek w tym zakresie jest dla sądu wiążący, a oskarżony sam ocenia, jakie czynności sądowe wymagają udziału obrońcy. Zważywszy, że fragmentaryczne nawet zaangażowanie się obrońcy w postępowanie sądowe wymaga czasu na zapoznanie się z aktami sprawy, w pewnych sytuacjach art. 80a § 2 k.p.k. może być traktowany jako środek służący obstrukcji procesowej. Oskarżony może przykładowo wnosić o wyznaczenie mu obrońcy w związku z każdorazowym przesłuchaniem kolejnych świadków. Jeżeli uwzględni się czas niezbędny na rozpoznanie wniosku, wyznaczenie obrońcy oraz zapoznanie się przez niego z aktami sprawy, to zachowanie oskarżonego mieszczące się przecież w *favor defensionis* może spowodować znaczną przewlekłość postępowania. Niezależnie od powyższego proponowane rozwiązanie jest dyskusyjne także z punktu widzenia potrzeby zachowania jednolitości przyjętej linii obrony. W skrajnych przypadkach można sobie wyobrazić udział wielu obrońców w toku postępowania sądowego, gdzie każdy z nich będzie prezentował inną koncepcję prowadzenia sprawy.

Interesujące rozwiązanie zaproponowano także w zakresie przesłanek obrony obligatoryjnej. Na pełną aprobatę zasługuje, sygnalizowany w doktrynie i orzecznictwie, podział na przesłanki występujące *tempore criminis* oraz *tempore procedendi*. Zastanawia natomiast, czy zasadnie za podstawę obligatoryjnej obrony uznano wątpliwości co do możliwości prowadzenia przez oskarżonego „samodzielnej oraz rozsądnej obrony” (art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k.). Zastanawia w szczególności, czy ocena kryterium „rozsądnosci” obrony może nastąpić apriorycznie, czy jedynie aposteriorycznie. Poza tym jest to kryterium bardzo ocenne i nieostre, zwłaszcza w kontekście oceny tego, jakie zachowania należy uznać za rozsądne w ramach realizacji prawa do obrony, a jakim takiego przymiotu należy odmówić. Z perspektywy sądu ocena ta może być zupełnie inna niż np. z punktu widzenia obrony lub oskarżenia.

Z redakcji art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. *a contrario* wynika, że przesłanka ta nie będzie zachodziła, gdy ocena stanu zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala na przyjęcie, że prowadzona przez niego obrona będzie samodzielna oraz rozsądna. Wydaje się jednak, że nawet niesamodzielna obrona z udziałem profesjo-

nalnego obrońcy może być uznana za nierozsądną – rozumianą jako niemądra, nierozważna, nieroztropna⁴. W tym sensie być może lepszym rozwiązaniem – proponowanym już w doktrynie – byłoby posłużenie się terminem rozumna, czyli w uproszczeniu – prowadzona z pełnym rozeznaniem⁵. Redakcyjnym uproszczeniem, które eliminowałoby podniesione wątpliwości, mogłoby być nadanie art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. brzmienia: „zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan jego zdrowia psychicznego pozwala na udział w postępowaniu lub samodzielną realizację prawa do obrony”. Inną propozycją mogłoby być przyjęcie, że przesłanka ta stanowi w istocie „inną okoliczność utrudniającą obronę” w rozumieniu art. 79 § 2 k.p.k., co z kolei powodowałoby konieczność zrezygnowania z projektowanego przepisu.

W projekcie proponuje się również zasadnicze zmiany w zakresie środków zapobiegawczych. Między innymi w treści art. 254 § 2 k.p.k. jednoznacznie dookreślono, że 3-miesięczne ograniczenie czasowe, dotyczące możliwości składania ponownego wniosku o zmianę środka zapobiegawczego, odnosi się jedynie do tymczasowego aresztowania. Rozwiązanie to usuwa jedynie część istniejących dotychczas wątpliwości, jakie wiążą się z kwestią zaskarżalności postanowień w przedmiocie wniosków o uchylenie lub zmianę środka zapobiegawczego. Cały czas bowiem pozostawać mogą rozbieżności interpretacyjne co do tego, czy zażalenie na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę nieizolacyjnego środka zapobiegawczego jest niedopuszczalne, bowiem kwestię tę uregulowano kompleksowo w art. 254 § 2 k.p.k., ograniczając zaskarżalność do środka izolacyjnego, czy też należy je wywodzić z ogólnej normy wyrażonej w art. 252 k.p.k. To ostatnie rozwiązanie, do którego zdają się skłaniać Autorzy projektu⁶, może być jednak kłopotliwe z czysto praktycznego punktu widzenia.

Należy bowiem zauważyć, że instancja pozioma, o której mowa w art. 254 § 3 k.p.k., dotyczy tylko postanowień wydanych przez sąd. Dopuszczenie zażalenia na postanowienie prokuratora wydane w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę środka nieizolacyjnego powoduje konieczność przekazania sprawy do sądu (art. 252 § 2 k.p.k.), co z kolei może powodować istotne trudności w sprawnym prowadzeniu postępowania przygotowawczego związane z ciągłym przekazywaniem akt sprawy w ramach kontroli instancyjnej. Jeżeli uwzględni się dodatkowo, że składanie kolejnych zażaleń nie jest ograniczone czasowo, łatwo wyobrazić sobie możliwość nadużycia tego uprawnienia. O ile bowiem nieograniczone czasowo zwracanie się do organu procesowego o dokonanie w istocie kontroli zasadności stosowania środka zapobiegawczego jest uzasadnione, o tyle

⁴ S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. IV, s. 188.

⁵ R. Kmieciak, *O poczytalności oskarżonego „w czasie postępowania” polemicznie*, Pał. 2007, nr 5–6, s. 92.

⁶ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, wyd. Ministerstwa Sprawiedliwości, s. 74–75.

zagwarantowanie zaskarżania każdego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie w doktrynie słusznie uznawane jest za zbyt daleko idącą gwarancję⁷.

Przyjęcie, że składanie kolejno wniosków i zażaleń na postanowienie w przedmiocie uchylecia lub zmiany nieizolacyjnego środka zapobiegawczego jest prawnie dopuszczalne, powoduje konieczność uznania, że uprawnienie to mieści się w prawie do obrony, co jest równoznaczne z tym, że korzystanie z tego uprawnienia nie może być potraktowane jako utrudnianie prowadzonego postępowania i stanowić powodu do wyciągania z niej wniosków niekorzystnych dla podejrzanego. Nie miałyby przy tym znaczenia to, jaka jest merytoryczna zawartość wniosku oraz zażalenia, w tym sensie, że dokonanie tych czynności zawsze wiązać musiałyby się z koniecznością rozpoznania wniosku i wydania w tym przedmiocie decyzji procesowej oraz przekazaniem akt sprawy do sądu w wyniku złożonego zażalenia. Teoretycznie podejrzanym mógłby nawet posługiwać się takim samym wnioskiem i zażaleniem bez podawania w nich żadnych nowych okoliczności lub argumentów⁸. Nie negując potrzeby zapewniania oskarżonemu maksymalnych gwarancji w związku ze stosowaniem wobec niego środków przymusu, pozbawienie go możliwości nieograniczonego w czasie zaskarżania postanowień w przedmiocie wniosku o uchylenie zmianę nieizolacyjnego środka zapobiegawczego wydaje się racjonalne. Nie może przy tym znikać z pola widzenia fakt, że na organie procesowym ciąży imperatyw stałego kontrolowania zasadności utrzymywania danego środka (art. 253 k.p.k.), a stosowną weryfikację w tym zakresie można zainicjować w trybie art. 9 § 2 k.p.k. Niezależnie od słuszności tej propozycji relacja art. 252 § 1 k.p.k. i art. 254 § 2 k.p.k. wymaga jednak jednoznacznego określenia.

Nie ulega wątpliwości, że jednoznaczne sformułowanie przesłanek środków zapobiegawczych ma przede wszystkim znaczenie gwarancyjne. Stąd też każda ich modyfikacja powinna być szczególnie przemyślana i uzasadniona. Jeżeli chodzi o proponowane w tym zakresie zmiany, uwagę zwraca art. 258 § 2 k.p.k., zgodnie z którym *Wobec oskarżonego, któremu zarzucono popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, obawy utrudniania prawidłowego toku procesu, o których mowa w § 1, uzasadniające stosowanie środka zapobiegawczego, mogą wynikać także z surowości grożącej oskarżonemu kary*. Wątpliwości budzi nie tylko sama redakcja art. 258 § 2 k.p.k., który w uproszczeniu można odczytać: „wobec oskarżonego (...) obawy (...) mogą wynikać”, ale również wzajemna relacja art. 258 § 1 k.p.k. i art. 258 § 2 k.p.k. Jeżeli bowiem obawy, o jakich mowa w art. 258 § 1 k.p.k., w ocenie organu procesowego istnieją, to zastosowanie znajdzie ten przepis i drugorzędne zna-

⁷ R. Stefański, *Zaskarżalność postanowień w przedmiocie środka zapobiegawczego wydanych na wniosek oskarżonego*, Prok. i Pr. 2003, nr 10, s. 145–150.

⁸ J. Kosonoga, *Dopuszczalność zażalenia na postanowienie w przedmiocie wniosku o uchylenie lub zmianę nieizolacyjnego środka zapobiegawczego (art. 254 k.p.k.)*, Studia i Analizy Sądu Najwyższego, T. II, Warszawa 2008, s. 111 i n.

czenie, z punktu widzenia istnienia podstawy prawnej stosowania środków zapobiegawczych, ma fakt, czy wynikają one z surowości grożącej oskarżonemu kary, czy też z innych okoliczności np. podjęcia już przez oskarżonego przygotowań do ucieczki z kraju. Artykuł 258 § 2 k.p.k. nie tworzy zatem odrębnej przesłanki, ale ją uszczegóławia w kontekście dodatkowych okoliczności związanych z wymierzoną lub grożącą oskarżonemu karą; jest on ustawową egzemplifikacją obaw, o jakich mowa w art. 258 § 1 k.p.k., i w tym sensie stanowi swoiste *superfluum* ustawowe. Przesłanką zawsze będzie bowiem obawa utrudniania postępowania, a nie grożąca oskarżonemu kara.

Zasadne byłoby zatem przeformułowanie art. 258 § 2 k.p.k., względnie jego skreślenie, przez co sposób rozumienia obawy utrudniania postępowania w sytuacji zarzucenia oskarżonemu zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat, albo którego sąd pierwszej instancji skazał na karę pozbawienia wolności wyższą niż 3 lata, pozostawiono by wykładni operatywnej. Ewentualnym rozwiązaniem jest również nadanie art. 258 § 2 k.p.k. brzmienia, z którego jednoznacznie wynikałby wymiar prognozowanej kary. Propozycję taką zgłaszano już w trakcie konsultacji środowiskowych. Podnoszono, że z przepisu art. 258 § 2 k.p.k. powinno wynikać, iż tymczasowe aresztowanie może nastąpić, jeżeli zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że oskarżonemu, któremu zarzuca się popełnienie zbrodni lub występku zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat (ewentualnie 10 lat – jak proponuje się w projekcie), zostanie wymierzona kara pozbawienia wolności nie niższa niż 3 lata albo gdy sąd pierwszej instancji skazał go na taką karę, o ile ze względu na grożącą oskarżonemu tego rodzaju karę jest to konieczne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania⁹.

Choć nie bez racji jest pogląd, że na etapie postępowania przygotowawczego, zwłaszcza podczas początkowej jego fazy, o prognozowanie przyszłej kary jest trudno¹⁰, to jednak warto zwrócić uwagę, iż prognozy takiej wymaga chociażby ustalenie określonych w art. 259 § 2 k.p.k. negatywnych przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania. Przepis ten jest przykładem na to, iż ustawodawca dopuszcza uzależnianie stosowania środka zapobiegawczego od przewidywanego wymiaru kary i w tym sensie potwierdza powyższy postulat.

Słusznie zdecydowano się natomiast na pozostawienie dotychczasowego art. 258 § 3 k.p.k., opowiadając się tym samym za zasadnością prewencyjnego stosowania środków zapobiegawczych. Rozważenia wymagałaby w związku z tym możliwość uzupełnienia katalogu przestępstw, o jakich mowa w tym przepisie o przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece. Prewencyjne stosowanie środków zapobiegawczych – jakkolwiek samo w sobie dyskusyjne – znajduje szczególne

⁹ Tak R. Stefański, *Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym de lege lata i de lege ferenda, opinia z dnia 6 lipca 2010 r.*, Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, 2010, z. 1, s. 309.

¹⁰ Zob. np. post SN z dnia 19 listopada 1996 r., sygn. IV KZ 119/96, OSP 1997, nr 4, poz. 74.

uzasadnienie w przypadku przemocy domowej a w szczególności w razie znęcania się (art. 207 k.k.). Mając na uwadze, że niejednokrotnie w takich sytuacjach wszczęcie postępowania karnego jest czynnikiem powodującym eskalację przemocy domowej, możliwość stosowania środka zapobiegawczego w celu zapobieżenia dalszemu znęcaniu się wydaje się zasadna.

Projektowana nowelizacja mogłaby również stanowić okazję do zweryfikowania spójności obecnego katalogu środków zapobiegawczych. Kwestią mogącą budzić wątpliwości jest równoległe funkcjonowanie w rozdziale 28 k.p.k. dwóch środków o zbliżonym zakresie przedmiotowym, tj. warunkowego dozoru Policji, którego zastosowanie uzależniono m.in. od tego, że skarżony w wyznaczonym terminie opuści lokal zajmowany wspólnie z pokrzywdzonym (art. 275 § 3 k.p.k.), oraz nakazu opuszczenia lokalu mieszkalnego (art. 275 a k.p.k.). Jest to wątpliwe z systemowego punktu widzenia. Środki zapobiegawcze muszą tworzyć spójną całość, a wynikające z nich obowiązki nakładane na oskarżonego nie powinny się krzyżować. Ten sam efekt w postaci odizolowania sprawcy od ofiary w razie ich wspólnego zamieszkiwania można było uzyskać, modyfikując przesłanki stosowania warunkowego dozoru Policji, na co zresztą zwracano uwagę w toku procesu legislacyjnego, akcentując potrzebę wprowadzenia nakazu opuszczenia lokalu bezpośrednio do treści art. 275 k.p.k.¹¹. Słusznie w związku z tym kwestionuje się w doktrynie zasadność wprowadzenia nakazu opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, jako odrębnego środka zapobiegawczego. Niezależnie od tego godna przemyślenia jest także propozycja wprowadzenia do systemu środków zapobiegawczych aresztu domowego jako realnej alternatywy tymczasowego aresztowania. Potrzeba uzupełnienia katalogu środków zapobiegawczych jest oczywista. Jego rozbudowanie pozwala nie tylko na ograniczenie stosowania środka izolacyjnego, ale również służy potrzebie dostosowania odpowiedniego środka do konkretnego oskarżonego i konkretnych okoliczności sprawy. Tym samym możliwa jest pełniejsza realizacja wynikającej z art. 257 § 1 k.p.k. dyrektywy minimalizacji środka zapobiegawczego. W procesie stosowania środków zapobiegawczych chodzi bowiem przede wszystkim o jak najskuteczniejsze zabezpieczenie prawidłowego toku procesu, przy jednoczesnej minimalizacji dolegliwości z nich wynikającej. Tymczasowe aresztowanie powinno stanowić *ultima ratio*, a kumulowanie nieizolacyjnych środków zapobiegawczych może stanowić skuteczną alternatywę dla pozbawienia wolności. Warto przy tym wspomnieć, że tymczasowe aresztowanie ciągle stanowi istotną zmienną wpływającą na wartość współczynnika prizonizacji

¹¹ Szerzej zob. J. Kosonoga, *Nakaz opuszczenia lokalu...*, s. 229 i n.; zob. również R. Stefański, *Środek zapobiegawczy nakazu opuszczenia lokalu...*, s. 89; P. Kościelny, *Opinia prawna do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz o zmianie niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 1789) z dnia 25 czerwca 2009 r., s. 9.

w Polsce, a jego udział w całej populacji więziennej niezmiennie kształtuje się na niepokojąco wysokim poziomie¹².

Istotne *novum* zaproponowane w projekcie stanowi wymóg selekcji materiału dowodowego przekazywanego do sądu w raz z aktem oskarżenia. Z treści projektowanego art. 334 k.p.k. wynika, że z aktem oskarżenia, mając na uwadze wymogi wskazane w art. 2 § 2 i art. 4, przekazuje się sądowi jedynie materiały postępowania przygotowawczego związane z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w tym akcie o czyny w nim zarzucane, obejmujące dotyczące ich postanowienia i zarządzenia wydane w toku postępowania, protokoły z czynności dowodowych i załączniki do nich przewidziane przez ustawę oraz opinie i dokumenty urzędowe i prywatne uzyskane lub złożone do akt sprawy. Podzielając intencję projektodawców co do potrzeby przyspieszenia postępowania sądowego należy zwrócić uwagę, że może to jednocześnie spowodować spowolnienie na etapie postępowania przygotowawczego. Powoływanie się w treści projektowanego art. 334 § 1 k.p.k. na art. 2 § 2 k.p.k. oraz art. 4 k.p.k. wydaje się przy tym zbędne, albowiem wskazane w tych przepisach zasady procesowe obowiązują w trakcie całego postępowania karnego. Zbędne jest zatem powtarzanie, że organ ma się nimi kierować w związku z dokonywaniem określonej czynności procesowej. Pewne możliwości usprawnienia postępowania sądowego dają obowiązujące przepisy, a szczególności art. 333 § 1 i 2 k.p.k. Jest to kwestia praktycznego ich wykorzystywania.

Ponadto subiektywna ocena tego, jakie materiały postępowania przygotowawczego spełniają kryteria z art. 334 § 1 k.p.k., może spowodować, że prokurator, jako przyszła strona broniąca przed sądem tezy oskarżenia, będzie tendencyjnie kompletował materiał dowodowy dla sądu. To, co z punktu widzenia organów ścigania „wiąże się z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w akcie oskarżenia”, może zupełnie inaczej przedstawiać się z punktu widzenia obrony.

Tworzenie w związku z tym dwóch akt jednej sprawy (tych, które zostały przekazane do sądu i tych, które zawierają materiały nie skierowane do sądu) może utrudnić jej merytoryczne rozpoznanie, a przyznanie oskarżonemu prawa do uzupełnienia akt sądowych w trybie art. 338 § 1 i 381 § 2 k.p.k.¹³, jakkolwiek

¹² Zob. J. Skupiński, *Problem efektywnych alternatyw bezwzględnego pozbawienia wolności*, (w:) *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, (red.) T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Swarczyk, Lublin 2006, s. 138.

¹³ Zgodnie z art. 338 § 1 k.p.k. „Jeżeli akt oskarżenia odpowiada warunkom formalnym, prezes sądu lub referendarz sądowy zarządza doręczenie jego odpisu oskarżonemu, wzywając do składania w terminie 7 dni od doręczenia mu aktu oskarżenia wniosków dowodowych, a także wniosku o zobowiązanie prokuratora do uzupełnienia materiałów postępowania przygotowawczego dołączonych do aktu oskarżenia, o określone dokumenty zawarte w aktach tego postępowania, gdy ma to znaczenie dla interesu procesowego oskarżonego oraz dla realizacji wymogów określonych w art. 2 § 2 i art. 4 oraz poucza go o treści przepisów art. 338a, 341 § 1, 374, 376, 377 i 422. Jeżeli akt oskarżenia zawiera wniosek, o którym mowa w art. 335 § 1, jego odpis doręcza się ujawnionemu pokrzywdzonemu”. Z kolei w myśl art. 381 § 2 k.p.k. „Do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego strony i ich procesowi przedstawiciele mogą wnosić o zobowiązanie prokuratora do uzupełnienia materiałów postępowania przygotowawczego dołączonych do aktu oskarżenia o określone dokumenty, zawarte w aktach tego postępowania, gdy ma to znaczenie dla intere-

zasadne przy takiej koncepcji, może jednak powodować znaczną przewlekłość postępowania. Ten ostatni przepis rodzi również wątpliwość co do tego, na ile sąd będzie w stanie merytorycznie rozpoznać wnioski o „zobowiązanie prokuratora do uzupełnienia materiałów postępowania przygotowawczego dołączonych do aktu oskarżenia o określone dokumenty, zawarte w aktach tego postępowania, gdy ma to znaczenie dla interesów procesowych tych stron”, skoro nie zna materiałów, jakich dołączenia strona się domaga. Należy się spodziewać, że wnioski składane w tym trybie mogą powodować, że w wielu przypadkach nie dojdzie do otwarcia przewodu sądowego na pierwszym terminie.

Projektodawcy dostrzegają także niedoskonałość aktualnych rozwiązań w zakresie jawności zewnętrznej posiedzeń sądowych, proponując dodanie do kodeksu postępowania karnego art. 95a k.p.k. Zgodnie z tym przepisem posiedzenie sądu odbywa się z wyłączeniem jawności, chyba że ustawa stanowi inaczej albo prezes sądu lub sąd zarządzi inaczej (art. 95a § 1 k.p.k.). Jawne są posiedzenia, o których mowa w art. 340, 341, 343, 343a, 343b, 489 § 1, 603, 607i § 1, 607s § 3 i art. 611c § 4 (art. 95a § 2 k.p.k.). Do posiedzeń, które odbywają się jawnie, przepisy rozdziału 42 stosuje się odpowiednio (art. 9a § 3 k.p.k.). Jednoznaczne wskazanie w ustawie procesowej posiedzeń jawnych zewnętrznie jest rozwiązaniem jak najbardziej słusznym. Rozwiązuje bowiem istniejące w tym względzie zasadnicze rozbieżności interpretacyjne.

De lege lata kwestia ta nie przedstawia się bowiem w sposób jednoznaczny, pomimo tego, że była już wielokrotnie przedmiotem rozważań doktrynalnych¹⁴. Z jednej strony wskazuje się na potrzebę szerokiej interpretacji art. 96 k.p.k., twierdząc wprost, że nie ma przeszkód na zezwolenie stronie lub innej osobie na obecność w miejscu i czasie posiedzenia, o ile się na nie stawiła, także w sytuacji, gdy nie ma takiego uprawnienia lub obowiązku wynikającego z prawa proce-

sów procesowych tych stron oraz dla realizacji wymogów określonych w art. 2 § 2 i art. 4. W przedmiocie tego wniosku sąd rozstrzyga, w miarę możliwości, jeszcze przed otwarciem przewodu sądowego”.

¹⁴ Zob. np. P. Hofmański, *O jawność posiedzeń sądowych*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, (red.) A. Marek, Toruń 2004, s. 119–133; T. Grzegorzczak, *Udział stron i innych uczestników procesu w posiedzeniach sądu w sprawach karnych*, (w:) *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Prof. A. Gaberle*, K. Krajewski (red.), Warszawa 2007, s. 173–183; S. Stypuła, *Udział publiczności w posiedzeniach sądu I instancji*, Mon. Praw. 2007, nr 21, s. 1191 i n.; E. Trybuchowska, *Udział stron w posiedzeniu sądowym i rozprawie głównej jako warunek kontrydiktoryjności procesu*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. XVIII, L. Bogunia (red.), Wrocław 2005, s. 223–239; E. Trybuchowska, *Udział stron i innych uprawnionych osób w posiedzeniach sądowych*, (w:) *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 467–480; B. Wójcicka, *Udział stron w posiedzeniu sądu w świetle zmian kodeksu postępowania karnego z 1997 r.*, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego, kryminologii i penitencjarystyki. Księga ofiarowana Prof. S. Leleńtalowi w 45 roku pracy naukowej i dydaktycznej*, (red.) K. Indeck, Łódź 2004, s. 305–312; zob. także J. Kosowski, *Posiedzenie sądu a rozprawa w procesie karnym – wybrane zagadnienia*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2006, nr VIII, s. 153–170; H. Paluszkiwicz, *W sprawie jednolitego modelu procedowania na posiedzeniach sądów karnych pierwszej instancji*, *Cz.PKiNP* 2006, nr 2, s. 199–214.

sowego¹⁵. Z drugiej natomiast przyjmuje się, że posiedzenia są jawne jedynie wewnątrz i to w ograniczonym przez art. 96 k.p.k. zakresie¹⁶.

Argumentem na rzecz jawności zewnętrznej posiedzenia ma być okoliczność, iż w przepisach kodeksu postępowania karnego pojawiają się liczne koncesje na rzecz jawności zewnętrznej postępowania karnego toczonego się poza rozprawą. Należą do nich np. instytucja listu gończego, obowiązek powiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, możliwość udostępnienia akt postępowania przygotowawczego osobom innym niż strony i ich pełnomocnicy, obrońcy i przedstawiciele ustawowi, możliwość przybrania osoby do czynności przeszukiwania oraz na etapie jurysdykcyjnym udostępnienie wydanego na posiedzeniu wyroku do wglądu w sekretariacie sądu (art. 418a k.p.k.). Wskazuje się również, że do przyjęcia jawności posiedzeń skłania art. 42 § 2 u.s.p., który stanowi, iż sądy rozpoznają i rozstrzygają sprawy w postępowaniu jawnym. W związku zaś z faktem, że kodeks postępowania karnego nie zawiera przepisów wyłączających publiczność posiedzeń, nie może w takiej sytuacji znaleźć zastosowania art. 42 § 3 u.s.p., zgodnie z którym rozpoznanie sprawy w postępowaniu niejawnym lub wyłączenie jawności postępowania jest dopuszczalne jedynie na podstawie przepisów ustaw¹⁷. Innymi słowy, brak w kodeksie postępowania karnego regulacji w kwestii jawności zewnętrznej posiedzeń otwiera możliwość stosowania art. 42 § 2 u.s.p.

Z kolei adherenci tezy przeciwnej podnoszą, że milczenie ustawodawcy w sprawie jawności zewnętrznej posiedzeń sądu jest zamierzonym rozwiązaniem, co nie pozwala na stosowanie w procesie karnym art. 42 § 2 u.s.p., natomiast wyłączenie udziału publiczności w posiedzeniach przez przepisy kodeksu postępowania karnego mieści się w granicach dopuszczalnego wyjątku od jawności, o jakim mowa w art. 42 § 3 u.s.p. Podkreśla się także, że jeżeli posiedzenia sądu miałyby być jawne, to trudno byłoby zrozumieć *ratio legis* art. 418a k.p.k., który dotyczy publicznego udostępniania treści wyroku w wypadku wyrokowania poza rozprawą¹⁸.

¹⁵ J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, Warszawa 2003, s. 306.

¹⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 299.

¹⁷ M. Rogacka-Rzewnicka, *Zagadnienie jawności stosowania tymczasowego aresztowania*, Prok. i Pr. 2009, nr 1, s. 50–51.

¹⁸ W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna posiedzeń sądu (nawiązanie do artykułu M. Rogackiej-Rzewnickiej)*, Prok. i Pr. 2010, nr 4, s. 35–37; za niejawnym charakterem posiedzeń sądu opowiadają się także inni przedstawiciele doktryny zob. np. C.P. Kłak, *Postępowanie nakazowe w polskim procesie karnym a ochrona praw człowieka*, Warszawa 2008, s. 280; M. Leciak, *Wyłączenie jawności rozprawy z uwagi na ochronę tajemnicy państwowej w procesie karnym*, PiP 2007, nr 2, s. 60; tenże, *Tajemnica państwowa w zeznaniach świadka w polskim ustawodawstwie*, Toruń 2007, s. 83; H. Paluszkiwicz, *Posiedzenia „wyrokowe” sądu karnego I instancji w świetle niektórych zasad procesu karnego*, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 10; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Kraków 2007, s. 224; R.A. Stefański, *Tajemnica przesłuchania z wyłączeniem jawności*, Prok. i Pr. 2003, nr 11, s. 34. Na marginesie zwrócić należy uwagę, że w poprzednim stanie prawnym (k.p.k. z 1969 r.) w doktrynie powszechnie przyjmowano, że posiedzenia sądu karnego nie są jawne (tak m.in. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 78; A. Kaftal, *Jawność postępowania karnego w świetle nowego kodeksu postępowania karnego*, Nowe Prawo 1969, nr 11–12, s. 1639; S. Kalinowski, *Rozprawa główna*

Odwołując się z kolei do argumentów konstytucyjnych i konwencyjnych, zwolennicy tajności posiedzeń wskazują dodatkowo na szereg judykatów strasburskich ograniczających jawność z uwagi na potrzebę rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie, czy też w związku z rozpoznaniem sprawy w postępowaniu kasacyjnym i odwoławczym¹⁹.

W doktrynie procesu karnego wyrażany jest także pogląd pośredni, zgodnie z którym jawne zewnętrznie są jedynie te posiedzenia, na których dochodzi do wydania wyroku. Taki wniosek wywodzi się z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPCz, które przewidują prawo każdego do jawnego procesu. Jeżeli bowiem przedmiotem posiedzenia będzie „sprawa” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz „rozstrzygnięcie o zasadności oskarżenia w sprawie karnej”, o czym mowa w art. 6 ust. 1 EKPCz, to powinno ono być dostępne nie tylko dla stron, ale również dla publiczności. W konsekwencji – uwzględniając sformułowany w art. 8 ust. 2 Konstytucji RP nakaz bezpośredniego stosowania jej przepisów – przyjąć trzeba jawność tego rodzaju posiedzeń²⁰. Polemizując z tym ostatnim stanowiskiem, zwraca się uwagę, że ETPCz nie neguje możliwości rezygnacji z wymogu publicznego procesu pod warunkiem, że nie pozostaje to w sprzeczności m.in. z zasadą rzetelnego procesu²¹.

Z zaprezentowanych powyżej koncepcji przekonuje ta ostatnia. Nie powinno budzić wątpliwości, że kwestia jawności zewnętrznej posiedzeń, w kontekście przeobrażeń współczesnego modelu polskiego postępowania karnego i wyraźnych tendencji do orzekania w odniesieniu do głównego nurtu procesu poza rozprawą, z pewnością nabiera nowego znaczenia. W szczególności chodzi o stale rosnącą liczbę spraw, które są rozpoznawane na posiedzeniach z zastosowaniem trybów konsensualnych²². Wyjściowe znaczenie powinny mieć w tym przypadku wspomniane już przepisy rangi konstytucyjnej i konwencyjnej. Możliwość ich stosowania w postępowaniu karnym znajduje oparcie w art. 8 ust. 2 Konstytucji RP, który nakazuje bezpośrednio jej stosowanie oraz art. 92 ust. 2 Konstytucji RP, który z kolei przesądza o pierwszeństwie ratyfikowanej za zgodą parlamentu konwencji międzynarodowej przed ustawą, jeśli nie da jej się z tą ustawą pogodzić. Za takim

w polskim procesie karnym, Warszawa 1975, s. 15; R. Kmieciak, *Posiedzenie sądu w procesie karnym. Prawnodowodowa problematyka orzekania poza rozprawą*, Lublin 1993, s. 11; tenże, *Z problematyki prawnodowodowej posiedzenia „niejawnego” sądu (uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, (w:) *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci prof. Mariana Cieślaka*, (red.) S. Waltoś, Kraków 1993, s. 405.

¹⁹ Zob. np. W. Jasiński, *Jawność postępowania jako warunek rzetelnego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) *System wymiaru sprawiedliwości a media*, (red.) C. Kulesza, Białystok 2009, s. 121–138.

²⁰ S. Steinborn, (w:) J. Grajewski, L. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 356; P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, s. 124.

²¹ T. Grzegorzczak, *Recenzja książki P. Hofmańskiego i S. Zabłockiego, Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006, Pał. 2006, nr 11–12, s. 197.

²² Szerzej zob. np. J. Czapska, S. Waltoś, *Zagubiona szybkość procesu karnego. Światło w tunelu*, Kraków 2007.

rozwiązaniem – jak podnosi się w literaturze – przemawia dodatkowo fakt, że kodeks postępowania karnego nie wyłącza publiczności posiedzeń sądu, lecz po prostu nie zawiera uprawnień osób postronnych do uczestniczenia w posiedzeniu. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP, czy normy traktatowej nie następuje tu zatem wbrew wyraźnemu zapisowi ustawy²³.

Artykuł 45 ust. 1 Konstytucji RP zapewnia jawne rozpatrzenie sprawy karnej bez względu na forum, na jakim to następuje. Oznacza to, że wymóg jawności odnieść należy także do posiedzeń. Słusznie bowiem zauważa się w doktrynie, że zawężenie wymogu jawności jedynie do przypadków rozpoznania sprawy na rozprawie powodowałoby, że ustawodawca zwykły mógłby osłabiać gwarancje konstytucyjne wynikające z tego przepisu przez prosty zabieg polegający na zmianie forum orzekania²⁴. Zasadnicze znaczenie dla analizowanego zagadnienia ma zatem kwestia tego, jak należy rozumieć pojęcie sprawy, o jakim mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego dominuje pogląd, że termin ten na tle ustawy zasadniczej ma charakter autonomiczny, niewynikający z pojęcia sprawy zdefiniowanego na użytek poszczególnych postępowań sądowych; dotyczy on wszelkich sytuacji, w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu²⁵. Podnosi się również, że termin „sprawa” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje spory prawne między osobami fizycznymi i prawnymi, wynikające ze stosunków cywilnoprawnych, administracyjno – prawnych oraz rozstrzygnięcie o zasadności zarzutów karnych. Jego znaczenie nie wyczerpuje się jednak na tym katalogu. Generalnie chodzi o „rozstrzygnięcie o prawach danego podmiotu”. Do kategorii praw, o których rozstrzyga sąd sprawujący wymiar sprawiedliwości, należą więc wszelkie inne prawa, których istnienie wynika z całokształtu obowiązujących regulacji prawa materialnego²⁶. Ze względu na szeroką wykładnię art. 45 ust. 1 Konstytucji RP nie powinno budzić wątpliwości, że w zakresie tym mieści się orzekanie co do głównego nurtu procesu, czyli rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej sprawy. Ten aspekt działalności orzeczniczej sądu – z uwagi na jego znaczenie – powinien być jawny zewnętrznie. Inaczej natomiast należy ocenić posiedzenia sądu, na których rozstrzygane są kwestie incydentalne. W takiej sytuacji dla realizacji gwarancji konstytucyjnych wystarczające jest zapewnienie jawności

²³ P. Hofmański, *O jawność posiedzeń sądowych*, (w:) *Współczesne problemy procesu karnego i jego efektywności. Księga pamiątkowa Profesora Andrzeja Bulsiewicza*, (red.) A. Marek, Toruń 2004, s. 129–130.

²⁴ P. Hofmański, *Uzasadnienie postanowienia o oddaleniu kasacji (na tle postanowienia Trybunału Konstytucyjnego)*, PiP 2005, nr 7, s. 45.

²⁵ Zob. np. wyr. TK z dnia 10 maja 2000 r., K 21/99, OTK 2000, nr 4, poz. 109, wyr. TK z dnia z dnia 12 maja 2003 r., 2003 r., SK 38/02, OTK – A 2003, nr 5, poz. 38, wyr. TK z dnia 18 maja 2004 r., SK 38/03, OTK – A 2004, nr 5, poz. 45, wyr. TK z dnia 14 marca 2005 r., SK 35/04, OTK – A 2005, nr 3, poz. 23.

²⁶ Wyr. TK z dnia 14 marca 2005 r., K 35/04, OTK – A 2005, nr 3, poz. 23, zob. również A. Kubiak, *Konstytucyjna zasada prawa do sądu w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Łódź 2006, s. 185 i n., P. Wiliński, (w:) *Rzetelny proces karny*, (red.) P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 315 i n.

wewnętrznej²⁷. Jeżeli chodzi natomiast o gwarancje konwencyjne, to w treści art. 6 ust. 1 EKPCz mowa jest o jawnym orzekaniu w przedmiocie zasadności oskarżenia w sprawie karnej. Również w tym przypadku brak jest podstaw, aby zawęzić ten wymóg wyłącznie do sytuacji procedowania na rozprawie.

Mając na uwadze powyższe, zasadne wydaje się przyjęcie, że jawne są te posiedzenia sądu, które dotyczą odpowiedzialności karnej sprawcy za zarzucany mu czyn lub dopuszczalności procesu (w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 1 EKPCz). Tęgo rodzaju kryteria spełniać mogą takie posiedzenia, jak w przedmiocie: umorzenia postępowania (art. 340 k.p.k.), warunkowego umorzenia postępowania (art. 341 k.p.k.), skazania bez rozprawy (art. 335 k.p.k. w zw. z art. 343 k.p.k.), wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej w trybie art. 474 a k.p.k., czy też wniosku państwa obcego o wydanie osoby ściganej (art. 603 k.p.k.), przekazania i tymczasowego aresztowania (art. 607 § 1 k.p.k.) lub odmowy przekazania osoby ściganej (art. 607s § 3 k.p.k.) oraz adaptacji orzeczenia wydanego przez sąd obcego państwa (art. 611c § 4 k.p.k.).

Na tej samej zasadzie należałoby ocenić jawność posiedzenia dotyczącego umorzenia postępowania i zastosowania środka zabezpieczającego (art. 354 pkt 2 k.p.k.), niemniej w tym przypadku w razie rozpoznania sprawy na rozprawie następuje obligatoryjne wyłączenie jej jawności (art. 359 pkt 1 k.p.k.). Ten sam wymóg powinien zatem obowiązywać w sytuacji procedowania na posiedzeniu.

Nieco inaczej przedstawia się natomiast kwestia posiedzeń prowadzonych w toku postępowania odwoławczego i kasacyjnego. W orzecznictwie strasburskim słusznie zwraca się uwagę, że jawność zewnętrzna nabiera większego znaczenia w związku z orzekaniem w I instancji, a nie jest tak istotna w postępowaniu odwoławczym i kasacyjnym, zwłaszcza wtedy, gdy przedmiotem analizy są kwestie prawne a nie faktyczne. „Natura” rozstrzyganych przez wyższą instancję sądową problemów może wówczas uzasadniać rezygnację z konwencyjnego wymogu jawności²⁸.

²⁷ W odniesieniu do jawności wewnętrznej posiedzenia w przedmiocie zażalenia na zatrzymanie zob. wyr. TK z dnia 11 czerwca 2002 r., SK 5/02, OTK-A 2002, nr 4, poz. 41.

²⁸ Zob. P. Hofmański, A. Wróbel, (w:) *Konwencja o ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, (red.) L. Garlicki, t. I, Warszawa 2010, s. 353–354 i podane tam orzecznictwo, M.A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. I, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, Kraków 2001, s. 45 i podane tam orzecznictwo; W. Jasiński, *Jawność zewnętrzna posiedzeń sądowych w polskim procesie karnym*, PiP 2009, nr 9, s. 74; tenże, *Jawność postępowania jako warunek rzetelnego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, (w:) *System wymiaru sprawiedliwości a media*, (red.) C. Kulesza, Białystok 2009, s. 121–138 i podane tam orzecznictwo w tym m.in. orzeczenie ETPCz z dnia 19 lutego 1996 r. w sprawie Botten przeciwko Norwegii (skarga nr 16206/90), § 39; orzeczenie ETPCz z dnia 21 września 1993 r. w sprawie Krenzov przeciwko Austrii (skarga nr 12350/86), § 58–59; orzeczenie ETPCz z dnia 29 października 1991 r. w sprawie Fejde przeciwko Szwecji (skarga nr 12631/87), § 26–27; orzeczenie ETPCz z dnia 29 października 1991 r. w sprawie Fejde przeciwko Szwecji (skarga nr 12631/87), § 31; orzeczenie ETPCz z dnia 29 października 1991 r. w sprawie Helmers przeciwko Szwecji (skarga nr 11826/85), § 31; orzeczenie ETPCz z dnia 26 maja 1988 r. w sprawie Ekbatani przeciwko Szwecji (skarga nr 10563/83), § 27.

Wydaje się, że na podstawie podobnej argumentacji można skutecznie bronić poglądu o niejawności takich posiedzeń, jak w przedmiocie rozpoznanie apelacji w trybie art. 439 § 1 k.p.k., czy też kasacji uznanej jako oczywiście bezzasadna lub oczywiście zasadna (art. 535 k.p.k.). W tym ostatnim przypadku dodatkowe znaczenie ma fakt, że – jak słusznie wywodzi się w doktrynie – rozpoznawanie kasacji nie jest rozpoznawaniem sprawy w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, ani orzekaniem o zasadności oskarżenia w sprawie karnej w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPCz²⁹.

Pewne wątpliwości mogą natomiast dotyczyć posiedzeń, co do których ustawodawca wyłączył udział stron. Stanowią one stosunkowo liczną grupę, a ich niedostępność dla stron ma różnorodne uzasadnienie (zob. np. art. 180 § 2 k.p.k., art. 184 § 1 i § 5 k.p.k., art. 237 § 2 k.p.k., art. 237a k.p.k., art. 500 § 4 k.p.k., art. 530 § 3 k.p.k., 532 § 3 k.p.k., art. 535 § 5 k.p.k., art. 544 § 3 k.p.k.). Wśród tego rodzaju posiedzeń występuje również posiedzenie nakazowe (art. 500 § 4 k.p.k.), na którym zapada wyrok skazujący, czyli rozstrzygnięcie co do odpowiedzialności karnej. Wątpliwe byłoby jednak w takich przypadkach procedowanie wprawdzie bez udziału stron, ale z udziałem publiczności. Wydaje się, że niepubliczny charakter postępowania nakazowego można uzasadniać samą jego istotą. Do przesłanek zastosowania tego trybu należy m.in. brak wątpliwości co do okoliczności czynu i winy oskarżonego oraz bezprzedmiotowość rozprawy. W specyficę postępowania nakazowego wpisany jest również sprzeciw od wyroku, który ma charakter kasatoryjny i oznacza konieczność rozpoznania sprawy na zasadach ogólnych. Okoliczności te w pełni kompensują ograniczenie w zakresie jawności posiedzenia.

STRESZCZENIE

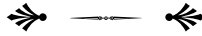
W opracowaniu odniesiono się do projektowanych zmian w kodeksie postępowania karnego. Przedmiotem rozważań był projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Analizie poddano m.in. problematykę obrony obligatoryjnej, przesłanek stosowania środków zapobiegawczych oraz selekcji materiału dowodowego na potrzeby sprawy sądowej. Poruszono również kwestię jawności zewnętrznej posiedzeń sądowych.

²⁹ P. Hofmański, *Uzasadnienie postanowienia o oddaleniu kasacji (na tle postanowienia Trybunału Konstytucyjnego)*, PiP 2005, nr 7, s. 45–50.

SUMMARY

The study deals with the proposed changes in the Penal Proceeding Code. The subject matter of the consideration is the draft law amending the Act on the Penal Proceeding Code and some other laws prepared by the Commission for Criminal Law Codification. Among others, the issue of the obligation to apply the right to legal counsel, grounds for the application of preventive measures and the selection of evidence for the needs of court proceeding are analyzed. The issue of publicity of judicial proceeding is also discussed in the study.

MICHAŁ JEZNACH

ROLA PROKURATORA W OGŁĘDZINACH
I OTWARCIU ZWŁOK

Ogłędziny zwłok są określane w literaturze jako czynność złożona, gdyż oprócz organu procesowego, który jest głównym jej podmiotem, bierze udział także biegły – lekarz, którego udział jest wręcz niezbędny. Ogłędziny zwłok to zarówno czynność procesowa, jak i kryminalistyczna. Jej kryminalistyczny charakter wynika z tego, że przy jej przeprowadzaniu często wykorzystuje się środki i metody techniczne, wypracowane właśnie przez kryminalistykę. Ma to znaczenie przy ujawnianiu i zabezpieczaniu śladów kryminalistycznych widocznych na zwłokach¹. Kryminalistyczny charakter ogłędzin wynika także z tego, że wszelkich niezbędnych w tym zakresie czynności dokonuje człowiek za pomocą zmysłów oraz z wykorzystaniem środków technicznych².

Za procesowym charakterem ogłędzin zwłok przemawia to, że podmiotem dokonującym tej czynności jest organ procesowy. W postępowaniu przygotowawczym czynności tej może dokonać jedynie prokurator wraz z udziałem biegłego lekarza, Policja może to uczynić tylko w wypadkach nie cierpiących zwłoki, po czym niezwłocznie musi powiadomić prokuratora (art. 209 § 2 k.p.k.). Wiąże się to z potrzebą zaplanowania niezbędnych czynności w sprawie, wyboru odpowiednich środków technicznych, konieczności obecności innych osób itp. Niezmiernie ważna jest współpraca pomiędzy prokuratorem a organami Policji od samego początku – uzyskania zawiadomienia o przestępnym spowodowaniu śmierci aż do końca, tj. rozstrzygnięcia sprawy.

W tym przypadku udział biegłego jest również niezbędny ze względu na wagę tej czynności. Organ procesowy powinien robić wszystko, aby pozyskać obiek-

¹ M.A. Wasilewska, *Ogłędziny zwłok jako czynność procesowo-kryminalistyczna: regulacje i kontrowersje w polskim prawie procesowym dawniej i dziś*, (w:) *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki*, Toruń 5–7 maja 2004 r., (red.) V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 170.

² R. Kurek, *Rola prokuratora w czynnościach procesowo-kryminalistycznych ogłędzin zwłok na wybranych przykładach z praktyki*, (w:) *Czynności procesowo-kryminalistyczne w polskich procedurach. Materiały z konferencji naukowej i IV Zjazdu Katedr Kryminalistyki*, Toruń 5–7 maja 2004 r., (red.) V. Kwiatkowska-Darul, Toruń 2004, s. 179.

tywne dowody niezbędne do tego, aby stwierdzić, że wszystkie ustalenia w sprawie są prawdziwe³. Wynika to przede wszystkim z głównych zadań nałożonych przez ustawodawcę na prokuraturę, którymi są strzeżenie praworządności oraz czuwanie nad ściganiem przestępstw (art. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r., o prokuraturze⁴). Prokurator jest nie tylko prowadzącym, ale i nadzorującym postępowanie przygotowawcze (art. 3 ust 1 pkt. 1 ustawy o prokuraturze) i w związku z tym swą postawą i działaniem powinien zawsze dążyć do realizacji zasad państwa prawa⁵.

W art. 209 § 1 k.p.k. pojęcie „ogłędzin” oraz „otwarcia zwłok” niesłusznie połączono funktorem zdaniowym „i”. Jest to błąd formalny, gdyż ogłędziny i otwarcie zwłok są dwiema różnymi czynnościami dowodowymi, a z przepisu wynika jednak, że obecność prokuratora jest obowiązkowa zarówno przy ogłędzinach jak i otwarciu zwłok⁶. W przepisie tym funktor zdaniowy „i” powinien być zastąpiony słowem „lub”, a decyzję w sprawie wyboru jednej z dwóch czynności procesowych powinien podejmować organ procesowy, ponieważ organ ten dokonuje ogłędzin, ustala ich bieg, postrzega zjawiska związane ze zdarzeniem, rejestruje je, następnie analizuje wszelkie spostrzeżenia, formułuje ewentualne wersje zdarzeń, w razie potrzeby modyfikuje „uprawdopodobniony” przebieg zdarzeń oraz w razie potrzeby szuka niezbędnych danych⁷. Celem tej czynności jest uzyskanie środków dowodowych dla procesu.

Ogłędziny zwłok dzielimy na zewnętrzne i wewnętrzne, tzw. sekcja zwłok. Ogłędzin zewnętrznych zwłok dokonuje się w miejscu ich znalezienia, ale także na stole sekcyjnym, przed ogłędzinami wewnętrznymi. Ogłędzin zwłok dokonuje prokurator, a w postępowaniu sądowym – sąd z udziałem biegłego lekarza, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej. W wypadkach nie cierpiących zwłoki ogłędzin dokonuje Policja z obowiązkiem niezwłocznego powiadomienia prokuratora (art. 209 § 2 k.p.k.). W przepisie tym ustawodawca niewątpliwie wskazuje na dominującą rolę nie lekarza – eksperta, lecz prokuratora. Podzielałam w tym miejscu pogląd często wyrażany w doktrynie, że jest to swego rodzaju fikcja⁸.

W sprawach o zabójstwo, katastrofę komunikacyjną i budowlaną oraz wypadki przy pracy ze skutkiem śmiertelnym organ procesowy osobiście kieruje ogłędzinami miejsca zdarzenia oraz w razie potrzeby dokonuje odtworzenia⁹.

³ K. Witkowska, *Wykorzystanie wyników ogłędzin w realizacji celów i zadań postępowania karnego*, WPP 2008, nr 4, s. 100.

⁴ Dz.U. z 2008 r., Nr 7, poz. 39 z późn. zm.

⁵ J. Gurgul, *Procesowo-kryminalistyczna pozycja prokuratora w ogłędzinach zwłok ludzkich (uwagi de legie lata i de legie ferenda)*, WPP 1999, nr 3–4, s. 89.

⁶ R.A. Stefański (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 957.

⁷ R. Kurek, *Rola prokuratora...*, s. 179.

⁸ T. Tomaszewski, *Biegły i jego opinia w nowym kodeksie postępowania karnego*, PiP 1998, nr 5, s. 37.

⁹ § 183 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r., Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz.U. Nr 49, poz. 296, zwany dalej Regulaminem.

Ważniejszą rolę prokurator pełni w oględzinach zewnętrznych zwłok, gdyż nadzoruje te czynności, kieruje nimi, natomiast w sekcji, decydującą rolę pełni biegły lekarz. W większości przypadków bywa tak, że prokurator przybywa na miejsce znalezienia zwłok jako jeden z ostatnich podmiotów uczestniczących w oględzinach wtedy, gdy w miejscu znalezienia zwłok są już funkcjonariusze policji, służba medyczna, a także osoby postronne. Prokurator przejmuje wtedy kierownictwo nad pracami i żąda przedstawienia dotychczasowych ustaleń¹⁰. Należy także pamiętać, aby jak najskuteczniej ograniczyć obecność osób niepożądanych, gdyż obecność ta może doprowadzić do zatarcia śladów. Miejsce to należy zabezpieczyć do czasu przybycia specjalistów posiadających wiedzę z zakresu kryminalistyki¹¹. Aby uniknąć niepożądanych trudności, prokurator powinien posiadać chociaż podstawową wiedzę z zakresu medycyny sądowej, ale także i kryminalistyki, gdyż kwestie związane z zaistniałymi trudnościami często pozostawia się do rozstrzygnięcia biegłym. Brak wiedzy z tych dziedzin widoczny jest często w miejscu znalezienia zwłok, podczas dokonywania oględzin zewnętrznych, ale także podczas dokonywania oględzin wewnętrznych zwłok. Dlatego też obowiązkiem organu procesowego jest ustalenie przyczyny śmierci, a sekcja zwłok jedynie ustala jej mechanizm¹². Rola prokuratora sprowadza się głównie do tego, że w obu przypadkach (oględzin i sekcji zwłok) powołuje biegłego, niezwłocznie po zebraniu materiału dowodowego potrzebnego do wydania opinii (§ 169 Regulaminu). W postanowieniu o powołaniu biegłego prokurator określa materiały przekazane biegłemu w celu wydania opinii, w sposób umożliwiający ich identyfikację (§ 170 pkt. 1 Regulaminu). W razie przekazania biegłemu materiałów nieokreślonych w postanowieniu o powołaniu biegłego lub udzielenia dodatkowych informacji prokurator sporządza notatkę urzędową z wyszczególnieniem zakresu udostępnionego biegłemu materiału dowodowego (§ 170 pkt. 2 Regulaminu). Prokurator kieruje tokiem prac biegłego, zaznajamiając go z wynikami prowadzonego postępowania, niezbędnymi do wydania opinii, a w razie potrzeby, stosownie do wyników badań, może zmienić zakres opinii lub postawionych pytań (§ 171 pkt. 1 Regulaminu). Po otrzymaniu opinii prokurator niezwłocznie zapoznaje się z jej treścią. Jeżeli opinia jest niepełna, prokurator zleca jej uzupełnienie, a jeżeli opinia jest niejasna – prokurator osobiście dokonuje czynności zmierzających do jej wyjaśnienia (§ 171 pkt. 2 Regulaminu). Podejmując decyzję o przyznaniu biegłemu należności, prokurator ocenia, czy opinia jest pełna i jasna oraz sporządzona w sposób rzetelny, a nadto czy jest oparta na prawidłowych przesłankach, odpowiada aktualnemu stanowi wiedzy w danej dziedzinie i czy jest zgodna z zasadami logicznego rozumowania. Wynagrodzenie biegłego może ulec obniżeniu, jeżeli opinia jest wadliwa, niezgodna z postanowieniem prokuratora lub

¹⁰ J. Zientek (red), *Metodyka prowadzenia postępowań przygotowawczych w niektórych kategoriach przestępstw*, Warszawa 2003, s. 277.

¹¹ R. Kurek, *Rola prokuratora...*, s. 180.

¹² R. Kurek, *Otwarcie zwłok jako czynność procesowa*, Prok. i Pr. 2005, nr 10, s. 140.

została złożona ze znacznym nieusprawiedliwionym opóźnieniem (§ 171 pkt. 3 Regulaminu).

Wedle zasad kryminalistyki, oględziny zwłok oraz miejsca ich znalezienia to czynności konieczne do przeprowadzenia, gdyż zawsze istnieje domniemanie, że sprawca zostawił po sobie ślady, które zostaną wykorzystane w procesie identyfikacji zwłok, badaniu przebiegu zdarzeń, jak również w ustaleniu sprawy. Ujawnione na miejscu zwłoki są poddawane szczegółowym oględzinom. Są one przeprowadzane przez biegłego lekarza sądowego i nie mogą zastąpić czynności procesowej, jaką są oględziny miejsca zdarzenia przeprowadzone przez organ procesowy. Organ procesowy powinien korzystać z pomocy konsultacyjnej biegłego medyka sądowego¹³. W związku z powyższym rola prokuratora w tym przypadku ogranicza się jednak tylko do asystowania¹⁴.

Trafnie jednak w doktrynie stwierdza się, że otwarcie zwłok, tzw. sekcja, jest odmienną czynnością, gdyż czynność ta jest czynnością biegłego, a prokurator lub sąd są zobowiązani w niej uczestniczyć¹⁵. Uczestnictwo to jednak nie może być bierne (przebywanie w pomieszczeniu w którym przeprowadzana jest sekcja), prokurator powinien bowiem uważnie obserwować czynności dokonywane przez biegłego¹⁶. Słusznie podnosi się w literaturze, że prokurator nie powinien sam zwalniać się z obowiązku uczestniczenia w tych czynnościach procesowych, gdyż jest to sprzeczne z przepisami procedury karnej¹⁷. Uczestniczący w oględzinach prokurator ma jedyną okazję, aby wzbogacić swoją wiedzę z zakresu medycyny sądowej, ponadto ma szansę, aby stawiać i ewentualnie modyfikować pytania zadawane biegłemu¹⁸. Ponadto organ procesowy posiada jedyną szansę, aby zweryfikować dotychczasowe ustalenia w sprawie, wynikające z przeprowadzonych dowodów, które mogą nie być do końca prawdziwe z powodu ułomności w zakresie postrzegania i odtwarzania faktów oraz różny sposób zaangażowania się stron procesowych w to, żeby uzyskać jak najwięcej korzyści procesowych¹⁹. Czynności związane z procesem oględzin zwłok należą jednak do czynności specyficznych i wymagają wiadomości specjalnych. W związku z tym główną rolę w nich odgrywa biegły²⁰. Biegły może niezwłocznie wyjaśnić organowi procesowemu wszelkie wątpliwości związane z daną sprawą.

Nieobecność prokuratora przy sekcji zwłok nie powinna „tamować” procesu, gdyż prokurator powinien być tylko „obecny”, natomiast prowadzącym jest

¹³ A. Bogusłowicz, *Kryminalistyczno-procesowe aspekty dowodów zmysłowych*, Prok. i Pr. 2004, nr 7–8, s. 136–137.

¹⁴ Według S. Waltoś, *Proces karny*, Warszawa 2003, s. 385.

¹⁵ F. Prusak, *Kodeks Karny. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1999, s. 658.

¹⁶ P. Hofmański (w:) P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 895.

¹⁷ R. Kurek, *Otwarcie zwłok...*, s. 133.

¹⁸ R. Kurek, *Rola prokuratora...*, s. 177–178.

¹⁹ K. Witkowska, *Wykorzystanie wyników oględzin...*, s. 101.

²⁰ R.A. Stefański, *Oględziny i otwarcie zwłok jako czynności procesowe*, Prok. i Pr. 2005, nr 3, s. 29.

lekarz. W orzecznictwie słusznie podnosi się, że „wprawdzie sekcja zwłok jest czynnością biegłego i w świetle art. 209 § 4 k.p.k., obowiązkowe w toku postępowania przygotowawczego jest w niej uczestnictwo prokuratora, niemniej jednak odstąpienie tegoż od udziału we wspomnianej czynności dowodowej, nie czyni jej nieważną, nie wstrzymuje jej biegu, czy też nie może stanowić jej dowodowej bezskuteczności, niwecząc dokonane przez biegłych w zgodzie z posiadaną wiedzą specjalistyczną wnioski, podlegające ocenie zgodnie z wymogami art. 7 i art. 201 k.p.k., i może stanowić dowód będący podstawą skazania oraz punkt wyjścia do dalszych opinii sądowo-lekarskich”²¹. W art. 209 § 4 k.p.k. ustawodawca stanowi o „obecności” prokuratora przy sekcji zwłok. „Obecność” i „udział” są to dwa różne stany. Kodeks postępowania karnego określa, że wszelkie protokoły podpisują wyłącznie osoby „biorące udział” w danej czynności (art. 150 § 1 k.p.k.). Z faktu obecności nie wynika przecież, że dana osoba bierze udział w danej czynności i nadto posiada formalnie kompetencje do spisania protokołu²². Wskazuje się, że uczestnictwo oznacza, poza obecnością, także i uważną obserwację czynności dokonywanych przez biegłego. Sama obecność – według mnie – nie jest wystarczająca²³, a tak twierdzi T. Grzegorzczuk i z jego twierdzeniem absolutnie się nie zgadzam²⁴.

W związku z powyższym, zgodnie z brzmieniem przytoczonych powyżej przepisów, należy przyjąć, że osoba „obecna” przy oględzinach, a niewątpliwie jest nią prokurator, nie może podpisywać protokołu, a także nie może powoływać protokolanta. Z drugiej strony jednak, również z wyżej wspomnianych przepisów, jasno wynika, że to prokurator jest głównym decydentem w przypadku oględzin i otwarcia zwłok i spisanie protokołu leży wyłącznie w jego gestii. Nikt nie może tego uczynić za niego²⁵. W ten sposób powstaje „błędne koło”.

W orzecznictwie trafnie twierdzi się, że określenie „biorący udział w czynności”, w przeciwieństwie do określenia „obecny w czasie tej czynności”, zakłada zawsze aktywność, która może skutkować wpływem tej osoby na przebieg czynności i dlatego ustawodawca zobowiązał taką osobę do złożenia podpisu. Aktualnie obowiązujący przepis art. 150 kodeksu postępowania karnego określa, że wszelkie protokoły podpisują wyłącznie osoby „biorące udział” w danej czynności²⁶.

Ponadto trafny jest również pogląd wyrażany w orzecznictwie, że niepodpisanie protokołu chociażby przez jedną z osób biorących udział w przeprowadzonej czynności procesowej, wymagającej spisania protokołu, powoduje niedopuszczalność odczytania takiego protokołu na rozprawie i tym samym okoliczności w nim

²¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 kwietnia 2009 r., II AKa 69/09, KZS 2009, Nr 9, poz. 80.

²² J. Gurgul, *Osobowe aspekty oględzin miejsca i zwłok*, WPP 2002, nr 3, s. 85.

²³ P. Hofmański (w:) P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 895.

²⁴ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 542.

²⁵ J. Gurgul, *Standardy postępowania dla kierujących oględzinami miejsca zdarzenia. Próba komentarza*, cz. II, Prok. i Pr. 2000, nr 11, s. 119.

²⁶ Wyrok SA w Lublinie z dnia 21 września 2004 r., II AKa 135/04, OSN Prok. i Pr. 2006, nr 1, poz. 33.

zawarte nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia sądu. Wszelako każda osoba biorąca udział w czynności procesowej ma prawo zgłosić zarzuty co do treści protokołu, które muszą zostać do niego wciągnięte i to z oświadczeniem osoby wykonującej²⁷.

Prokurator i lekarz podczas dokonywania oględzin powinni ze sobą ściśle współpracować. Nie mogą oni w dokonywanych przez siebie czynnościach zastępować siebie nawzajem. Słusznie zatem podnosi się w literaturze, że nawet gdyby prokurator miał dyplom lekarski, to i tak miałby obowiązek powołać do czynności związanych z oględzinami także lekarza. Organ procesowy nie może być specjalistą sam – sobie zarówno w sferze wiedzy prawniczej, jak i w sferze medycyny sądowej. Podobnie lekarz nie może działać w zastępstwie organu procesowego w dokonywaniu czynności procesowych, jakimi niewątpliwie są oględziny i otwarcie zwłok²⁸.

STRESZCZENIE

Przedmiotem rozważań w niniejszym artykule są praktyczne aspekty roli prokuratora w czynnościach procesowych, jakimi są oględziny i otwarcie zwłok.

Jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, przeprowadza się oględziny i otwarcie zwłok (art. 209 § 1 k.p.k.). Oględzin zwłok dokonuje prokurator, a w postępowaniu sądowym sąd z udziałem biegłego lekarza, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej (art. 209 § 2 k.p.k.). Otwarcia zwłok dokonuje biegły w obecności prokuratora lub sądu (art. 209 § 4 k.p.k.).

Połączenie przez ustawodawcę oględzin i otwarcia zwłok funkcjorem zdaniowym „i” w praktyce pociąga za sobą wiele problemów, ponieważ z literalnego brzmienia przepisu wynika, że obecność prokuratora jest obowiązkowa zarówno przy oględzinach, jak i otwarciu zwłok.

W praktyce zdarza się, że oględziny i otwarcie zwłok przeprowadza się pod nieobecność prokuratora. Niewątpliwie taka praktyka jest sprzeczna z przepisami procedury karnej, uważam jednak, że brak prokuratora nie powinien „hamować” przebiegu procesu.

Pojęcia „obecność prokuratora” i „branie czynnego udziału” również budzą wiele kontrowersji, gdyż „obecność” jest stanem bierności, natomiast „branie czynnego udziału” łączy ze sobą szeroko rozumianą aktywność.

W wypadkach niecierpiących zwłoki oględzin dokonuje Policja z obowiązkiem niezwłocznego powiadomienia prokuratora (art. 209 § 2 k.p.k. *in fine*), dlatego też wyraźnie podkreśliłem, że ogromne znaczenie ma współpraca prokuratora z organami Policji przez cały czas trwania procesu, a także jest ważne, by prokurator posiadał minimum wiedzy z zakresu medycyny sądowej i kryminalistyki.

²⁷ Wyrok SA w Lublinie z dnia 11 maja 2004 r., II AKa 101/04, OSN Prok. i Pr. 2005, nr 1, poz. 23.

²⁸ M. Kulicki, *Kryminalistyka. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki śledczo-sądowej*, Toruń 1994, s. 29–30.

SUMMARY

The article discusses the practical aspects of the prosecutor's role in pre-trial procedures such as an external and internal post-mortem examination.

In case of a suspicion of a criminal cause of death an external and internal autopsy is performed (Article 209 § 1 of the Penal Proceeding Code). An external autopsy is performed by a prosecutor, and in a judicial proceeding by a court in the presence of an expert pathologist, if possible a forensic specialist (Article 209 § 2 of the Penal Proceeding Code). An incision can be made by an expert pathologist in the presence of a prosecutor or a court (Article 209 § 4 of the Penal Proceeding Code).

Linking an external autopsy with an internal one by the legislator's use of a grammatical linker 'and' practically leads to many problems because the literal wording of the provision suggests that the presence of a prosecutor is compulsory both during an external and internal autopsy.

In practice, it happens that an external and internal autopsy is performed in the absence of a prosecutor. Undoubtedly, this practice is contrary to the provisions of the penal proceeding. However, I think that the absence of a prosecutor should not 'impede' the proceeding.

The concepts of 'the presence of a prosecutor' and 'taking active part' also involve a lot of controversy because 'presence' is a state of passivity and 'taking active part' means extensive activeness.

In urgent cases, an external autopsy is performed by the police who are obliged to notify a prosecutor promptly (Article 209 § 2 of the Penal Proceeding Code *in fine*). Therefore, I highlight the great importance of cooperation between the police and a prosecutor throughout the whole proceeding and that it is also crucial for a prosecutor to have minimum knowledge of forensic medicine and forensic science.

MAŁGORZATA ZIMNA



ZAKAZ PUBLIKOWANIA WIZERUNKU OSKARŻONEGO

Artykuł 13 ust. 2 ustawy dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe¹ stanowi, że nie wolno publikować w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jak również danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę. Ograniczenie wolności prasy jest uzasadnione zarówno interesem wymiaru sprawiedliwości, jak i poszanowaniem interesów indywidualnych osób uczestniczących w postępowaniu, w tym ochrony wizerunku, intymności, prywatności². Ustawodawca przewidział odstępstwo od tego zakazu w art. 13 ust. 3 prawa prasowego, stanowiąc, że właściwy prokurator lub sąd może zezwolić, ze względu na ważny interes społeczny, na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe. Przepis dotyczy postępowania przygotowawczego bez względu na prowadzoną formę oraz postępowania rozpoznawczego od momentu wszczęcia lub rozpoczęcia do formalnego zakończenia.

W rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 26 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych³ za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Jest to nie tylko imię i nazwisko, ale także wszelkie inne szczegóły dotyczące danej osoby, które pozwalają na ustalenie jej tożsamości. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne (art. 6 ust. 2 cyt. ustawy). Danymi osobowymi są zatem zarówno takie dane, które pozwalają na określenie tożsamości konkretnej osoby, jak i takie, które nie pozwalają na jej natychmiastową identyfikację, ale są, przy pewnym nakładzie kosztów, czasu i działań, wystarczające do jej ustalenia. Ustawodawca, formułując art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych, posłużył

¹ Dz.U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24, z późn. zm.

² Wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99, OSNC 2003, nr 3, poz. 42.

³ Dz.U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926.

się klauzulą generalną. Tym samym nie określił zamkniętego katalogu informacji stanowiących dane osobowe. Dlatego też przy rozstrzyganiu, czy określona informacja lub informacje stanowią dane osobowe, w większości przypadków nieuniknione jest dokonanie zindywidualizowanej oceny, przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności oraz rodzaju środków czy metod potrzebnych w określonej sytuacji do identyfikacji osoby⁴.

W doktrynie wyrażony jest pogląd, że przez pojęcie danych osobowych należy rozumieć informacje o imieniu, nazwisku, dacie i miejscu urodzenia, miejscu zamieszkania itd., czyli wszelkie informacje pozwalające na identyfikację osoby chronionej przepisem art. 13 ust. 2 prawa prasowego. Naruszeniem tego typu zakazu jest informacja, iż toczy się proces przeciwko „rudemu zawiadowcy stacji w Gądkach”, „dyrektorowi szkoły podstawowej w Kwiejcach Nowych”, „Jarosławowi W., synowi byłego Prezydenta RP”, „Mirostawowi H., synowi polskiego kosmonauty” itd. W każdym z takich przypadków niewątpliwie dochodzi do naruszenia art. 13 ust. 2 prawa prasowego. Rzeczą sądu jest jednak rozważenie, czy w sprawach, które dotyczą osób sprawujących funkcje publiczne bądź tylko powszechnie znanych oraz ich krewnych i powinowatych, nie należy korzystać w sposób szerszy z możliwości wyrażania zgody na ujawnienie danych osobowych takich osób na podstawie art. 13 ust. 3 prawa prasowego⁵.

Wizerunek to wytwór niematerialny, który za pomocą środków plastycznych przedstawia rozpoznawalną podobiznę danej osoby⁶. Oprócz klasycznych portretów malarskich, są to także fotografie i karykatury oraz inne formy. Art. 23 k.c. stanowi, że wizerunek, obok innych dóbr osobistych, pozostaje pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach.

Przepis art. 13 ust. 2 prawa prasowego nie zakazuje utrwalania głosu osób. Niewątpliwie głos nie jest wizerunkiem, nie należy też do danych osobowych, ale identyfikuje – czasami bardzo wyraźnie i jednoznacznie – osobę. Dlatego też *de lege ferenda* należałoby postulować taką zmianę przepisu prawa prasowego, aby także utrwalanie przez dziennikarzy głosu świadków i pokrzywdzonych mogło nastąpić tylko za zgodą tych ostatnich.⁷

Zakaz publikowania danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych bez ich zgody ma charakter trwały. Ustawodawca nie dał możliwości sądowni i prokuratorowi wydania ze względu na ważny interes społeczny, tak jak w przypadku osoby przeciwko, której toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, na zezwolenie ujawnienia ich danych osobowych i wizerunku. Niedopuszczalne jest publikowanie danych i wizerunku tych osób nie tylko w czasie trwania postępowania przygotowawczego i sądowego, lecz

⁴ www.giodo.gov.pl

⁵ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Lex 2008.

⁶ J. Barta, R. Markiewicz, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995, s. 629.

⁷ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

w ogóle⁸. W literaturze trafnie wskazuje się na wyłączną dyspozycję zgody na publikację danych identyfikujących pokrzywdzonego i świadka. Sfera ich prywatności nie powinna doznawać ograniczeń na rzecz powszechnej dostępności, wszak żaden interes społeczny nie uzasadnia w tym przypadku silniejszej ochrony jak ochrona interesów tych uczestników procesu⁹.

Bezwzględny zakaz publikowania danych osobowych i wizerunku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych, o którym mowa w art. 13 ust 2 prawa prasowego, bez zgody tych osób, chroni ich prawa osobiste i interesy. Zarówno świadkowie, jak i pokrzywdzeni często są zainteresowani, aby fakt występowania przez nich w procesie w określonym charakterze nie był znany szerszym kręgom społeczeństwa. Świadkowie z obawy przed zemstą za składanie obciążających zeznań, pokrzywdzeni, aby zachować dobrą sławę lub z innych powodów, chcą utrzymać w tajemnicy fakt pokrzywdzenia danym przestępstwem. Całkowicie słuszny jest wymóg uzyskania zgody świadków i poszkodowanych na publikację ich danych osobowych oraz wizerunku¹⁰.

Nietrafnie wskazuje się w literaturze, że w razie zgody sądu na użycie aparatury audiowizualnej na sali rozpraw tracą moc wszystkie uzależnienia publikacji wizerunku od zgody niektórych osób¹¹. Zakres anonimowości osób uczestniczących w procesie nie może być uzależniony od rodzaju sprawozdania z przebiegu rozprawy. Bez względu na zezwolenie sądu dla środków masowego przekazu na dokonywanie utrwaleń z przebiegu rozprawy, konieczne jest wydanie zgody na podstawie art. 13 ust. 3 prawa prasowego, dotyczącej zezwolenia na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie. W przypadku świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych jest wymagana ich zgoda. Zezwolenie, o którym mowa w art. 357 k.p.k., nie może być zezwoleniem dorozumianym dla ujawnienia danych osobowych oraz wizerunku, o których mowa w prawie prasowym. Ustawodawca nie wskazuje odniesień ani wyjątków od stosowania wymogu wyrażenia zgody samych zainteresowanych lub sądu czy prokuratora. Dysponowanie prawem do anonimowości jest pozostawione uczestnikom procesu. W doktrynie również ukształtował się pogląd, że udzielenie zezwolenia na rejestrację obrazu rozprawy, z którego nie wynika poprzez warunki wskazane w trybie art. 357 § 2, aby zakazane było rejestrowanie obrazu ławy oskarżonych oznacza zgodę sądu, w rozumieniu art. 13. ust. 3 prawa prasowego, na ujawnienie wizerunku osoby, przeciwko której toczy się postępowanie¹².

Ustawodawca nie wprowadził ochrony danych osobowych i wizerunku sędziów, ławników, prokuratora i biegłych. W literaturze jest wyrażany pogląd, że filmowanie, szczególnie biegłych, ławników i prokuratorów, może ich narazić na rozmaite

⁸ B. Wójcicka, *Jawność postępowania sądowego w polskim procesie karnym*, Łódź, 1989, s. 149.

⁹ Ibidem, s. 157.

¹⁰ Ibidem, s. 153.

¹¹ S. Waltoś, *Prasa i proces karny w świetle prawa prasowego*, *Zeszyty Prasoznawcze* 1986, nr 1, s. 22.

¹² T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Zakamycze 2005, s. 900.

kłopoty i przykrości, mimo że przepisy prawa o tym nie stanowią, dziennikarze powinni się każdorazowo zastanowić nad potrzebą ich filmowania¹³.

Mając na uwadze przypadki naruszenia dóbr osobistych oskarżonych treścią sprawozdań oraz reportaży sądowych, ustawodawca wprowadził zakaz publikowania w prasie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, chyba że osoby te wyrażą na to zgodę bądź też właściwy prokurator lub sąd na to zezwolą ze względu na ważny interes społeczny. Unormowanie to ma zabezpieczyć dobrą sławę i godność oskarżonego. Jako podstawę zezwolenia przez właściwego prokuratora lub sąd wskazuje się ważny interes społeczny¹⁴. Zakaz publikowania danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, obowiązuje od wszczęcia postępowania karnego przeciwko określonej osobie, aż do jego prawomocnego zakończenia, a także w postępowaniu sądowym toczącym się po uprawomocnieniu orzeczenia¹⁵.

W orzecznictwie wskazuje się na nieuprawnione ujawnianie danych oskarżonego w prasie. Sąd Najwyższy orzekł, że ujawnianie danych osobowych oskarżonego w jednej gazecie nie uprawnia do podawania imienia i nazwiska bez zgody oskarżonego w innych mediach, gdy nie zezwolił na to także sąd lub prokurator¹⁶. Organ ten stwierdził, że może dojść do udzielenia zgody na publikację danych oskarżonego w sposób dorozumiany, ale danie jej jednemu tytułowi nie oznacza automatycznie zgody dla innych. Oskarżony ma prawo decydować, w jakiej sytuacji i na jakich warunkach jego dane będą podawane w wywiadzie. Słusznie sąd uznał, że czym innym jest wywiad, nad którym udzielający go ma kontrolę, a czym innym artykuł napisany w pełni przez dziennikarza¹⁷.

W przypadku postępowania przygotowawczego prokurator, rozważając wyrażenie zgody na udzielenie informacji mediom, musi dokonać oceny zezwolenia, biorąc pod uwagę dobro toczącego się postępowania przygotowawczego oraz interes stron, a także prawo społeczeństwa do informacji. Ważny interes społeczny, ze względu na który prokurator wydaje postanowienie w przedmiocie zezwolenia na ujawnienie danych, powinien być szczególnie doprecyzowany. Decyzja organu ingeruje w dobra życia prywatnego osoby podejrzanej, dlatego podstawy zezwolenia na ujawnienie powinny nie budzić wątpliwości. Uprawnienia prokuratora na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie, kończą się z chwilą sporządzenia aktu oskarżenia i przesłania sprawy wraz aktem oskarżenia do sądu. Zezwolenie na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osoby, przeciwko której toczy się postępowanie, jest skuteczne wobec wszystkich mediów. Ma to miejsce zwłaszcza w szczegól-

¹³ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

¹⁴ B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 149.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Wyrok SN z 29 kwietnia 2011 r. (I CSK 509/10).

¹⁷ www.hfhrpol.waw.pl

nie bulwersujących opinię publiczną sprawach. Jednakże w każdym takim przypadku należy szczególnie ostrożnie wyważyć krzyżujące się interesy podejrzanego (oskarżonego), którego chroni zasada domniemania niewinności, z prawem opinii publicznej do informacji¹⁸.

Ujawnienie danych osobowych lub wizerunku oskarżonego może być uzasadnione wówczas, gdy miałyby to przynieść istotną korzyść społeczną¹⁹. Korzyść polega na:

- zapobieżeniu dalszej działalności przestępnej oskarżonego dzięki ostrzeżeniu społeczeństwa przed groźnym przestępcą poprzez publikację jego wizerunku;
- przyczynieniu się do ewentualnego ujawnienia nieznanych dotychczas organom ścigania wycinków działalności przestępnej oskarżonego;
- uspokojeniu opinii publicznej przez zapewnienie społeczeństwa, że sprawca przestępstwa, które wzburzyło opinię publiczną, został pociągnięty do odpowiedzialności karnej.

Ujawnienie danych osobowych lub wizerunku oskarżonego nie może być wykorzystywane jedynie w celu kompromitacji w opinii publicznej. Potrzeba przekazania szerokim kręgom społeczeństwa informacji drogą publikowania utrwałeni audiowizualnych z przebiegu rozprawy – ze względu na szczególne zainteresowanie społeczne daną sprawą lub ze względów ogólnoprewencyjnych, nie oznacza konieczności ujawnienia danych osobowych czy wizerunku oskarżonego. Sama chęć zaspokojenia ciekawości odbiorców przekazu – nie może być uznana za okoliczność wskazującą na istnienie interesu społecznego uzasadniającego udzielenie zezwolenia na publikację wizerunku oskarżonego. Okoliczności uzasadniające publikację utrwałeni audiowizualnych z przebiegu rozprawy nie zawsze będą uzasadniać także ujawnienie danych osobowych czy wizerunku oskarżonego²⁰.

W przypadku możliwości rozszerzenia jawności sąd rozważa dwie kwestie:

- zezwolenie na dokonywanie utrwałeni obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu za pomocą odpowiedniej aparatury,
- zezwolenia na ujawnienie danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie karne²¹.

Rozstrzygnięcie każdej z tych kwestii w postępowaniu sądowym wymaga postanowienia zawierającego uzasadnienie, w którym sąd powinien podać okoliczności wskazujące na istnienie interesu społecznego przemawiającego za udzieleniem zezwolenia. Samo zezwolenie sądu na dokonywanie utrwałeni z przebiegu rozprawy nie upoważnia przedstawicieli środków masowego przekazu do publikacji danych osobowych oskarżonego czy jego wizerunku. Zezwolenie na dokonywanie utrwałeni audiowizualnych nie może być traktowane jako jednoczesne zezwole-

¹⁸ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

¹⁹ B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 151.

²⁰ *Ibidem*, s. 152.

²¹ *Ibidem*.

nie sądu na publikację danych osobowych, czy wizerunku oskarżonego²². Sąd powinien wydać w tej kwestii osobne postanowienie uzasadnione interesem społecznym²³.

Zakaz wprowadzony w art. 13 ust. 2 prawa prasowego ma charakter względny w tym znaczeniu, że może być uchylony decyzją prokuratora lub sądu, zezwalającą na publikację danych. Podmiot zamierzający dokonać publikacji nie ma własnego, samodzielnego uprawnienia do oceny, że publikacja danych osobowych osoby, przeciwko której toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, jest dopuszczalna ze względu na interes społeczny. Zezwolenie sądu lub prokuratora na publikację danych osobowych i wizerunku tych uczestników postępowania jest wyjątkiem od zasady, że zgoda osoby jest warunkiem publikacji jej danych osobowych i wizerunku. Sąd lub prokurator może zezwolić tylko na publikację danych osobowych i wizerunku oskarżonego lub podejrzanego²⁴.

Bezsporne jest, że ujawnienie danych osobowych i wizerunku podejrzanego może nieść za sobą daleko idące konsekwencje zarówno dla niego samego, jak i dla jego rodziny i osób najbliższych. W grę wchodzi ingerencja w życie prywatne i rodzinne podejrzanego, naruszenie jego dobrego imienia, czci, wizerunku oraz niebezpieczeństwo stygmatyzacji²⁵. Zgodnie z art. 47 Konstytucji RP każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Przepis art. 13 ust. 3 prawa prasowego istotnie ingeruje w prawa zagwarantowane konstytucyjnie.

W przypadku postępowania sądowego zezwolenie nie budzi już takich kontrowersji ze względu na jasno wyrażoną zasadę jawności postępowania sądowego.

Ujawnienie danych osobowych bądź wizerunku oskarżonego może być uzasadnione wówczas, gdyby miało przynieść istotną korzyść społeczną. Korzyść taka może polegać na zapobieżeniu dalszej działalności oskarżonego dzięki ostrzeżeniu społeczeństwa, przyczynieniu się do ewentualnego ujawnienia, nieznanych dotychczas organom ścigania, wycinków działalności przestępczej oskarżonego, a wcześniej podejrzanego, uspokojeniu opinii publicznej przez zapewnienie społeczeństwa, iż sprawca czynu, który wzburzył opinię publiczną, został pociągnięty do odpowiedzialności karnej²⁶.

W doktrynie przeważa pogląd, iż zasadą powinno być nieudzielanie zezwolenia na ujawnianie danych osobowych i wizerunków osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, a które stoją pod zarzutem przestępstw o charakterze bagatelny, związanych wyraźnie z życiem prywatnym lub osobistym jednostki albo popełnionych z winy nieumyślnej. Wyjątek

²² J. Broł, *Sądowe aspekty prawa prasowego*, NP 1984, nr 1, s. 18.

²³ R.A. Stefański, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Bratoszewski i in., 2003, t. II, s. 634.

²⁴ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

²⁵ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe, www.sejm.gov.pl

²⁶ B. Wójcicka, *Jawność...*, s. 152.

powinny stanowić sprawy o szczególnie wysokim stopniu szkodliwości, którym sami sprawcy nadali odpowiedni rozgłos²⁷. Wskazuje się również, że przed prawomocnym osądzeniem sprawy karnej najśluszniej w ogóle nie podawać nazwisk oskarżonych, ponieważ w ten sposób unika się ryzyka wyrządzenia krzywdy osobie niewinnej lub sprawcy w rzeczywistości niewielkiego przestępstwa, przez publiczne rozgłoszenie hańbiących jej dobre imię zarzutów. Podawanie nazwisk osób oskarżonych w czasie trwania procesu może być uzasadnione wtedy, gdy są one znane z innych źródeł, takich jak np. rozesłaniu listu gończego za domniemanym sprawcą. Praktyka ujawniania danych osobowych oskarżonych przed wydaniem wyroku skazującego może dezorientować opinię publiczną oraz osłabiać jej zaufanie do wymiaru sprawiedliwości²⁸, zwłaszcza jeżeli zarzuty nie zostaną potwierdzone.

W sprawach, w których opinia publiczna jest szczególnie poruszona, poinformowanie publiczności w prasie o ujawnieniu czynu może być celowe, jednakże informacje prasowe i innych organów informacji winny być uzgadniane z organami ścigania, a do czasu złożenia aktu oskarżenia należy unikać ujawnienia nazwisk osób podejrzanych, nawet jeśli są zatrzymane. Sam fakt ujęcia podejrzanych, jeżeli opinia publiczna jest szczególnie zaniepokojona (powtarzające się przestępstwa przeciwko życiu, przeciwko wolności seksualnej, rozboje itd.), może być ujawniony²⁹.

Potrzeba zezwolenia na opublikowanie wizerunku oskarżonego dotyczy nie tylko momentu, kiedy znajduje się na sali rozpraw, ale również wszystkich innych związanych z tym sytuacji. Nie można więc filmować oskarżonego w drodze od sądu, na korytarzu, w chwili kiedy opuszcza karetkę więzienną itd. Podobnie jest niedozwolone utrwalanie wizerunków świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych bez ich zgody, gdy oczekują na wywołanie na salę rozpraw, czekają na korytarzu, idą do sądu itd.³⁰

W sytuacji gdy dane osób, przeciwko którym toczy się postępowanie, są podane przez prokuratora publicznie, w oficjalnym wystąpieniu, dziennikarzowi wolno je umieścić w publikacji, bez ubiegania się o zgodę. Dziennikarz nie ma obowiązku w takich wypadkach sprawdzać, czy prokurator działał zgodnie z prawem. Taki sam status ma informacja podana przez rzecznika prasowego prokuratury.

Na postanowienie w przedmiocie ujawnienia danych osobowych i wizerunku osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze lub sądowe, przysługuje zażalenie. Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd rejonowy, w którego okręgu toczy się postępowanie. Postanowienie wydane w toku postępowania przygotowawczego staje się wykonalne z chwilą uprawomocnienia (art. 13 ust. 4 prawa prasowego).

²⁷ B. Michalski, *Domniemanie niewinności a prasa*, Gazeta Sądowa i Penitencyjna 1967, nr 1.

²⁸ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 185.

²⁹ M. Lipczyńska, *Polski proces karny*, tom I, *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1986, PWN, s. 68.

³⁰ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

Art. 13 ust. 4 prawa prasowego został wprowadzony ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo prasowe³¹, tym samym usuwając niekonstytucyjność art. 13 ust. 3 prawa prasowego z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, co stwierdził Trybunał Konstytucyjny³².

W literaturze podkreśla się, iż przygotowany materiał do publikacji nie może naruszać praw osób biorących udział w procesie oraz musi mieć cechować się rzetelnością i starannością przygotowania.³³ Dziennikarz może ponieść odpowiedzialność prawną za naruszenie zakazu wynikającego z art. 13 ust. 2 prawa prasowego, publikując dane osobowe i wizerunek świadka, pokrzywdzonego, oskarżonego bez ich zgody. Mimo braku wskazania sankcji karnych w art. 13 prawa prasowego, dziennikarz będzie ponosił odpowiedzialność w przypadku, gdy jego działanie wyczerpie znamiona z art. 241 § 1 lub § 2 k.k. Publikując w prasie dane osobowe bądź wizerunek osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze bądź sądowe, jak również dane osobowe i wizerunku świadków pokrzywdzonych i poszkodowanych, jeżeli te osoby nie wyraziły na to zgody, dziennikarz może dopuścić się, w określonych sytuacjach, przestępstw z art. 266 § 1 k.k., gdyż ustawa, jaką jest prawo prasowe, zakazuje dziennikarzowi publikowania wspomnianych danych i wizerunków osób, o jakich mowa w art. 13 ust. 2 prawa prasowego, a dziennikarz wbrew ustawie te informacje podaje do publicznej wiadomości. W literaturze wskazuje się, że przepis art. 266 § 1 k.k. przewiduje sankcję karną w odniesieniu do czynów, które naruszają obowiązek dochowania tajemnicy określonych informacji ustanowiony w przepisach innych ustaw³⁴. Charakter takiej tajemnicy ma zakaz statuowany w art. 13 ust. 2 prawa prasowego.

Podsumowując, należy podkreślić, że przepisy art. 13 ust. 2 i 3 prawa prasowego nie są równoznaczne z przepisem art. 357 k.p.k., tzn. że postanowienie wydane przez sąd o zezwoleniu przedstawicielom radia, telewizji, filmu i prasy na dokonywanie za pomocą aparatury utrwałenia obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy nie oznacza, iż można publikować wizerunek i dane osobowe oskarżonego, pokrzywdzonego czy świadka. Dziennikarz natomiast nie musi zabiegać o zezwolenie na publikowanie nazwisk prokuratora, sędziów, ławników, obrońców, pełnomocników, biegłych, protokolanta, tłumacza, a więc osób, które z racji funkcji, zawodu czy posiadanych umiejętności występują w toku procesu. Utrwalając przebieg rozprawy, można bez przeszkód te osoby filmować oraz nagrywać ich głosy, chyba że zostanie to ograniczone przez sąd na podstawie art. 357 § 2 k.p.k. Podając nazwiska do wiadomości publicznej, dziennikarz powinien postępować z należytą oględnością, bacząc, aby działaniem swoim nie wyrządzić tym osobom szkody i nie narazić ich na zniewagi bądź nawet naruszenie nietykalności osobistej. Bez przeszkód w razie wydania zezwolenia na utrwalenie przebiegu rozpraw za

³¹ Dz.U. z 2011 r., Nr 205, poz. 1204.

³² Wyrok TK z dnia 18 lipca 2011 r., sygn. akt 25/09, Dz.U. z 2011 r., Nr 156, poz. 934.

³³ W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, 2009, s. 393.

³⁴ W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, (red.) A. Zoll, Kraków 1999, s. 987.

pomocą aparatury, w trybie art. 357 § 1 k.p.k. można filmować publiczność na sali rozpraw. Nie ma przy tym przeszkód, aby wśród publiczności siedzącej na sali zostali sfilmowani znajdujący się tam świadkowie. Ochrona świadka, statuowana przez przepis art. 13 ust. 2 prawa prasowego, kończy się bowiem z chwilą złożenia przez niego zeznań. Jeśli po tym fakcie pozostanie on na sali wśród publiczności, nie pełni już roli świadka³⁵.

STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono zakaz publikowania wizerunku oskarżonego na podstawie ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe. Omówiono również zagadnienia dotyczące zakazu publikowania danych osobowych i wizerunków świadków, pokrzywdzonych i poszkodowanych. Opracowanie zawiera odniesienia do pojęcia danych osobowych według ustawy z dnia 26 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych oraz wizerunku. Opierając się na jednej z naczelnych zasad procesu, zasadę jawności poddano analizie przepisy szczególnej formy ujawnienia danych osobowych i wizerunku oskarżonego. Artykuł wskazuje na poglądy doktryny, na podstawie których przeanalizowano pozytywne i negatywne skutki publikacji danych oskarżonego w fazie postępowania sądowego oraz podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym. Wskazano przypadki, w których zasadne jest ujawnienie danych i wizerunku podejrzanego i oskarżonego, a także sytuacje, w których organy nie powinny zezwalać na taką publikację.

SUMMARY

The article presents the ban on publishing the image of the accused on the basis of the Act on the Press Law of 26 January 1984. It also discusses the issues concerning the ban on publishing personal data and images of witnesses, the aggrieved and victims. The study includes references to the concept of personal data in accordance with the Act on the Protection of Personal Data and a Personal Image of 26 August 1997. Based on one of the principles of a judicial proceeding, i.e. the principle of the publicity of a judicial proceeding, the article analyzes the provisions of the specific forms of disclosure of the accused person's personal data and image. The article points out the views of the doctrine, on the basis of which positive and negative effects of publishing the personal data of the suspect in a pre-trial proceeding and of the accused in a court proceeding are analyzed. The article presents cases in which a disclosure of the personal data and the image of the suspect or the accused is justified and situations in which the authorities should not allow these data to be published.

³⁵ J. Sobczak, *Prawo prasowe...*

CZESŁAW PAWEŁ KŁAK



PRZYMUS ADWOKACKO-RADCOWSKI A SKARGA NA PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki¹ nie reguluje wszystkich kwestii proceduralnych związanych z wnoszeniem skargi na przewlekłość postępowania. Mimo zatem, że sama ustawa stanowi, że reguluje zasady i tryb wnoszenia oraz rozpoznawania takiej skargi, jest to jedynie założenie, które nie zostało w pełni zrealizowane. Zresztą, już w ustawie tej zawarto wyraźne i jednoznaczne odesłanie, w przypadkach nieunormowanych, do przepisów o postępowaniu zażaleniowym, obowiązujących w sprawie, której skarga dotyczy (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.). Odesłanie do przepisów właściwych procedur ma miejsce wyłącznie w sytuacji, w której dana kwestia nie została unormowana w samej ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r., a więc tylko w takim przypadku jest możliwe sięgnięcie po przepisy kodeksu postępowania cywilnego², kodeksu postępowania karnego³, czy też ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁴. W pierwszej kolejności niezbędne jest więc ustalenie, czy dane zagadnienie jest uregulowane w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r., a następnie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy brak regulacji oznacza, że ustawodawca kwestii tej nie uregulował (a więc zastosowanie znajduje art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.) lub też uregulował, tyle że negatywnie – brak regulacji oznacza, że w danym przypadku milczenie ustawodawcy oznacza stan pożądany, a więc nie ma możliwości odpowiedniego stosowania przepisów właściwych procedur. W tym drugim przypadku w istocie więc milczenie ustawodawcy oznacza osiągnięcie zamierzonego przez

¹ Dz.U. z 2004 r., Nr 179, poz. 1843 z późn. zm. dalej powoływana jako ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r.

² Dz.U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

³ Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

⁴ Dz.U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270.

niego efektu, sprzeczne z ustawą byłoby więc odwołanie się do przepisów kodeksu postępowania karnego, kodeksu postępowania cywilnego czy też ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Aby jednak możliwe było przyjęcie, że ustawodawca milcząco uregulował daną kwestię, niezbędne byłoby przyjęcie, że ustawa ma charakter kompleksowy, a więc reguluje wszystkie istotne kwestie samodzielnie, odesłanie zaś jest wyjątkiem od zasady.

Biorąc pod uwagę treść ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., w szczególności odnośnie do wymogów formalnych skargi na przewlekłość, uznać należy, że regulacja w tym zakresie nie jest kompletna, zaś ustawa reguluje tylko niektóre zagadnienia związane z tymi wymogami. Określa bowiem legitymację do wniesienia skargi (art. 3 ustawy); szczególne wymogi formalne (art. 6 ust. 2 ustawy), opłatę od skargi (art. 17 ust. 1 ustawy), jak również skutki wniesienia skargi niespełniającej wymogów, o których mowa w art. 6 ust. 2 ustawy (art. 9 ust. 1 ustawy). Ustawa nie określa jednak tzw. ogólnych (zwykłych, podstawowych) wymogów formalnych skargi, odsyłając do wymogów formalnych pisma procesowego, przez co należy rozumieć wymogi formalne pisma procesowego według właściwej procedury (art. 6 ust. 1 w ustawie z 17 czerwca 2004 r.). Już z tego punktu widzenia można stwierdzić, że ustawodawca nie uregulował wymogów formalnych skargi na przewlekłość postępowania w sposób zupełny i kompletny, lecz jedynie w sposób fragmentaryczny, co powoduje, że nie jest możliwe stwierdzenie, iż w pozostałym zakresie regulacja ma charakter negatywny. Taki wniosek byłby uprawniony w sytuacji, gdyby owe wymogi formalne skargi ujęte zostały w taki sposób, że odesłanie do przepisów właściwych procedur nie dotyczyłoby fundamentalnych kwestii związanych ze skargą. Skoro zaś ustawa wyraźnie w niepełny sposób odniosła się do tych regulacji, stwierdzenie, że w pozostałym zakresie ma miejsce tzw. regulacja negatywna, w istocie uniemożliwiałby ustalenie, jakim wymaganiom podlega skarga. Taki byłby skutek przyjęcia, że w zakresie nieunormowanym występuje regulacja negatywna. O absurdalności tego poglądu niech świadczy fakt, iż w następstwie takiego rozumowania należałoby przyjąć, że uprawniony podmiot np. nie może skorzystać z pomocy pełnomocnika, gdyż ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. nie przyznaje mu takiej możliwości. Niezbędne jest więc odwołanie się do przepisów właściwych procedur, co oczywiście musi nastąpić przy poszanowaniu *ratio legis* leżącego u podstaw wprowadzenia ustawy, ale ów cel musi być ustalony także w oparciu o aktualne brzmienie ustawy, a nie wyłącznie założenia, które legły u podstaw jej uchwalenia.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. nie wprowadza generalnej zasady, że skarga na przewlekłość postępowania winna być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego, co ma w założeniu pozwolić stronom na uniknięcie kosztów zastępstwa procesowego przez adwokata lub radcę prawnego⁵, jak również zapobiegać

⁵ M. Balcerzak, *Projekt ustawy o skardze na przewlekłość postępowania sądowego – w celu wykonania wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Kudła przeciwko Polsce (skarga nr 30210/96, wyrok – 26.10.2000 r.)*, s. 104.

przewlekłości postępowania wszczętego na skutek wniesienia skargi⁶, w tym także z powodu złożenia wniosku o przyznanie adwokata lub radcy prawnego z urzędu⁷.

Przymus adwokacki, jeżeli chodzi o środek prawny służący na przewlekłość postępowania, wyraźnie wprowadza m.in. ustawa włoska z dnia 24 marca 2001 r. (tzw. ustawa Pinto)⁸.

Rozwiązanie przyjęte przez polską ustawę jest jak najbardziej zasadne, a argumentacja przywołana powyżej na jego poparcie trafna, uwzględniająca zarówno charakter postępowania zainicjowanego skargę (postępowanie incydentalne), jak również jej cel i funkcję. Dodatkowo należy podnieść, że brak przymusu adwokacko-radcowskiego ułatwia dostęp do tego środka zaskarżenia, co niewątpliwie realizuje wymóg „dostępności” krajowego „środka odwoławczego” na przewlekłość postępowania, czego wymaga art. 13 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Z faktu, że ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. wyraźnie nie wprowadza przymusu adwokacko-radcowskiego i jest to rozwiązanie mające charakter ogólny, nie znaczy, że ów przymus nie może wystąpić w odniesieniu do niektórych skarg – np. skarg rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy. Rozwiązanie, które wynika z motywów legislacyjnych, określić można mianem rozwiązania ogólnego – skarga na przewlekłość nie jest objęta przez ustawę z dnia 17 czerwca 2004 r. przymusem adwokacko-radcowskim. I rozwiązanie to obowiązuje, bez względu na rodzaj postępowania w ramach którego skarga została wniesiona (karne, cywilne, przed sądem administracyjnym), z tym jednak zastrzeżeniem, że skoro skarga jest środkiem incydentalnym (wpadkowym), wnoszonym w ramach postępowania co do istoty sprawy i ukształtowanym, jako środek rozpoznawany „w ramach sprawy głównej”, to do jej wymogów formalnych oraz dopuszczalności należy zastosować także przepisy właściwych procedur, a te przecież mogą wprowadzić odstępstwo od reguły ogólnej, tj. zawierać rozwiązanie szczególne, modyfikujące wskazane założenie odnośnie do postępowania przed Sądem Najwyższym. Taki jest skutek ukształtowania postępowania ze skargi na przewlekłość postępowania, jako postępowania wypadkowego w ramach sprawy głównej i pozostawienia szerokiego zakresu odwołania do przepisów obowiązujących w postępowaniu, którego skarga dotyczy. Gdyby było to postępowanie samodzielne, takie odwołanie byłoby niemożliwe, gdyż w takim przypadku brak regulacji oznaczałby regulację negatywną, zaś wypadkowość postępowania nieuchronnie prowadzi do sięgnięcia po przepisy proceduralne obowiązujące w postępowaniu, którego skarga dotyczy. I tu może

⁶ A. Wróbel, *W sprawie projektu ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym (projekt ustawy z dnia 1 lipca 2003 r.)*, „Przegląd Legislacyjny” 2003, nr 4, s. 159.

⁷ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 17 listopada 2003 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania w rozsądnym terminie sprawy w postępowaniu sądowym, druk sejmowy 2256, s. 10, publikacja na stronie www.sejm.gov.pl

⁸ M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 101.

wystąpić obowiązkowe zastępstwo przez adwokata lub radcę prawnego, jako wymóg związany z dopuszczalnością wniesienia skargi na przewlekłość postępowania. Mimo zatem, że celem ustawodawcy nie było wprowadzenie w ogólności przymusu adwokacko-radcowskiego dla skargi na przewlekłość postępowania, wymóg taki może być następstwem rozwiązań właściwych dla postępowania zażaleniowego, obowiązujących w postępowaniu, którego skarga dotyczy⁹.

Uzasadnienie wprowadzenia przymusu adwokacko-radcowskiego jest związane z rangą organu, który właściwy jest do rozpoznania pisma procesowego. Funkcją wprowadzenia przymusu adwokacko-radcowskiego w postępowaniu przed Sądem Najwyższym jest więc z jednej strony zapewnienie odpowiednio wysokiego poziomu merytorycznego pismom procesowym do niego kierowanym, a z drugiej zapewnienie stronom postępowania odpowiednio wysokiego poziomu ochrony prawem w ramach postępowania przed Sądem Najwyższym. Takie założenie legło u podstaw wprowadzenia obowiązkowego zastępstwa procesowego w postępowaniu przez Sąd Najwyższym w postępowaniu cywilnym¹⁰. W obecnym stanie prawnym tę kwestię reguluje art. 87¹ § 1 k.p.c.

Obowiązkowe zastępstwo przez adwokata lub radcę prawnego przewiduje także ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi i także dotyczy ono najwyższej instancji sądowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym – Naczelnego Sądu Administracyjnego, jak również kodeks postępowania karnego, który w sensie przedmiotowym rozszerza ten obowiązek także na pisma procesowe, które nie są kierowane do Sądu Najwyższego, o czym w dalszej części.

Można stwierdzić, że obowiązkowe zastępstwo przez adwokata lub radcę prawnego, bez względu na to, przed jakim rodzajem sądu zostało przewidziane, służyć ma zapewnieniu pełnego profesjonalizmu w sformułowaniu pisma procesowego, w zgodzie z obowiązującymi wymogami, zarówno z zakresu prawa formalnego, jak i prawa materialnego. W szczególności dotyczy to postępowania przez najwyższymi instancjami sądowymi¹¹.

2. Przymus adwokacko-radcowski a skarga na przewlekłość postępowania cywilnego

Konsekwencją rozwiązania, że w sprawach nieuregulowanych w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r. do postępowania toczącego się na skutek skargi stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu zażaleniowym obowiązujące w postępowaniu, którego skarga dotyczy (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca

⁹ W. Jasiński, (w:) W. Jasiński, J. Skorupka, W. Szydło, *Skarga na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki. Komentarz*, (red.) J. Skorupki, Warszawa 2010, s. 173.

¹⁰ Uchwała SN z 17 listopada 2004 r., III SPP 42/04, OSNP 2005, nr 5, poz. 71.

¹¹ Postanowienie TK z 25 października 2000 r., Ts 24/00, OTK 2000, nr 7, poz. 268.

2004 r.), jest m.in. odesłanie do przepisów o zastępstwie przez adwokatów lub radców prawnych przy wnoszeniu skargi na przewlekłość, jeżeli taki wymóg wynika z przepisów właściwej procedury. Taki wymóg przewiduje np. kodeks postępowania cywilnego – art. 87¹ § 1 stanowi, że w postępowaniu przed Sądem Najwyższym obowiązuje zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych. Jest to wymóg ogólny związany z postępowaniem przed Sądem Najwyższym¹².

Ratio legis przymusu adwokacko-radcowskiego, o którym mowa w art. 87¹ § 1 k.p.c., ma na celu zapewnienie odpowiedniego poziomu pismom procesowym kierowanym do Sądu Najwyższego¹³.

Przewidziany w art. 87¹ § 1 k.p.c. przymus adwokacko-radcowski pozbawia strony zdolności postulacyjnej¹⁴. Przepis ten ma charakter bezwzględny, tj. przyczyny niewniesienia pisma procesowego z jego zachowaniem są obojętne, a wyjątki wynikać muszą wyraźnie z ustawy¹⁵.

Zdolność postulacyjna oznacza zdolność do samodzielnego (osobistego) dokonywania czynności procesowych, a skoro art. 87¹ § 1 k.p.c. pozbawia takiej zdolności, to tym samym strona może dokonać tej czynności tylko przez pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym¹⁶. Warto zaznaczyć, że nie spełnia ustawowego wymagania związanego z przymusem adwokacko-radcowskim „poparcie” przez profesjonalnego pełnomocnika, pisma procesowego wcześniej wniesionego przez stronę nieuprawnioną do dokonania tego osobiście¹⁷.

Pisma procesowe sporządzone z naruszeniem art. 87¹ § 1 k.p.c. podlegają zwrotowi bez wzywania do usunięcia braków, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 130 § 5 k.p.c.)¹⁸. Takie pismo przewodniczący powinien zwrócić zarządzeniem¹⁹, które nie jest zaskarżalne (arg. *ex art.* 394 § 1 k.p.c. i art. 394¹ § 2 k.p.c.)²⁰.

Z treści art. 87¹ § 1 k.p.c. wynika, że przymusem adwokacko-radcowskim objęte jest „postępowanie przed Sądem Najwyższym”. W konsekwencji unormowanie zawarte w art. 130 § 5 k.p.c. z odesłaniem do art. 87¹ k.p.c. oznacza, że co

¹² Postanowienie SN z 25 stycznia 2007 r., I BUZ 1/06, LEX nr 610303; postanowienie SN z 20 grudnia 2007 r., IV CNP 190/07, LEX nr 817539.

¹³ B. Bładowski, *Środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2007, s. 79.

¹⁴ Postanowienie SN z 21 marca 2007 r., II CNP 19/07, LEX nr 485978; postanowienie SN z 21 marca 2007 r., II CNP 22/07, LEX nr 798154; postanowienie SN z 17 lutego 2009 r., III CZP 117/08, LEX nr 488963.

¹⁵ Postanowienie SN z 30 stycznia 2007 r., IV CZ 116/06, LEX nr 609973; postanowienie SN z 25 kwietnia 2008 r., I UO 6/07, LEX nr 828896; postanowienie SN z 3 lipca 2008 r., IV CZ 50/08, LEX nr 786591; postanowienie SN z 23 września 1999 r., III CZ 88/89, LEX nr 527208.

¹⁶ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2005, s. 215.

¹⁷ Postanowienie SN z 11 maja 2010 r., II PZ 11/10, LEX nr 603835; postanowienie SN z 20 stycznia 2009 r., II CZ 89/08, LEX nr 527186; postanowienie SN z 17 listopada 2005 r., I CZ 120/05, LEX nr 186729.

¹⁸ Zob. postanowienie SN z 6 listopada 2008 r., III CZ 35/08, LEX nr 484724.

¹⁹ H. Pietrzykowski, *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2007, s. 186; M. Romańska, *op. cit.*, s. 19.

²⁰ P. Telenga, (w:) J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Oficyna, 2008, t. 2 do art. 87¹.

do zasady same strony nie mogą zarówno występować przed Sądem Najwyższym, jak i kierować jakichkolwiek pism związanych z postępowaniem przed nim²¹.

Inaczej rzecz ujmując, przymus adwokacko-radcowski odnosi się wyłącznie do czynności, które bezpośrednio dotyczą postępowania przed Sądem Najwyższym²², a więc takich, które związane są z postępowaniem przed tym Sądem²³.

W konsekwencji skarga na przewlekłość postępowania, do której rozpoznania właściwy jej Sąd Najwyższy, złożona w sprawie cywilnej w rozumieniu art. 1 k.p.c., musi być sporządzona i podpisana przez adwokata lub radcę prawnego, chyba że stroną, jej organem lub pełnomocnikiem jest sędzia, prokurator, notariusz albo profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych, a także, gdy stroną, jej organem lub przedstawicielem ustawowym jest adwokat, radca prawny lub radca Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa (art. 87¹ § 2 k.p.c.).

Inaczej rzecz ujmując, jeżeli właściwym do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania cywilnego jest Sąd Najwyższy, skarga ta musi być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego²⁴, przy czym skarga taka, w przypadku gdy nie pochodzi od adwokata lub radcy prawnego, z zastrzeżeniem treści art. 87¹ § 2 k.p.c. jest odrzucana przez sąd właściwy do jej rozpoznania, a więc przez Sąd Najwyższy. Taki pogląd wyraził Sąd Najwyższy m.in. w postanowieniu z dnia 19 czerwca 2007 r., IV CSP 1/07²⁵, przyjmując wyraźnie, że w postępowaniu ze skargi na przewlekłość postępowania, które ma być wszczęte i toczyć się przed Sądem Najwyższym, zachodzi konieczność wykazania się przez skarżącego zdolnością postulacyjną, a wniesienie skargi przez stronę, która nie ma zdolności postulacyjnej, czyni skargę niedopuszczalną, gdyż przez Sądem Najwyższym obowiązuje zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych i zasada ta rozciąga się na postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość postępowania. Pogląd taki wyraźnie wyrażony został również w postanowieniu Sądu Najwyższego z 25 lutego 2009 r., II PZ 48/08²⁶.

Jak trafnie przyjęto we wskazanym powyżej postanowieniu, skarga na przewlekłość wniesiona wbrew wymogowi, o którym mowa w art. 87¹ § 1 k.p.c., podlega odrzuceniu, jako niedopuszczalna bo pochodząca od podmiotu, który nie ma kwalifikacji do jej wniesienia (art. 373 k.p.c. i art. 370 k.p.c. w zw. 391 § 1 k.p.c. z art. 397 § 2 k.p.c. w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budzi wątpliwości, że środek zaskarżenia wniesiony przez stronę (uczestnika postępowania), która nie ma do tego

²¹ K. Kołakowski, (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I, (red.) K. Piasecki, Warszawa 2006, s. 560.

²² M. Wyrwiński, *Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, LEX/el 2005, komentarz do art. 87¹, t. 1.

²³ Postanowienie SN z 12 marca 2009 r., V CZ 8/09, LEX nr 512970;

²⁴ P. Telenga, (w:) J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M.P. Wójcik, op. cit., t. 1 do art. 87¹.

²⁵ Publ. LEX nr 568331.

²⁶ Publ. LEX nr 746146.

kwalifikacji, podlega odrzuceniu²⁷. Tym samym skarga na przewlekłość postępowania sporządzona przez samą stronę nie podlega zwrotowi, lecz odrzuceniu, albowiem w tym przypadku ustawa stanowi inaczej w rozumieniu art. 130 § 5 k.p.c. Dyspozycją art. 130 § 5 k.p.c. nie są objęte środki odwoławcze²⁸, gdyż z bezwzględnego charakteru przymusu adwokacko-radcowskiego wynika, że wniesienie środka odwoławczego przez stronę nie jest brakiem formalnym, usuwalnym w trybie art. 130 § 1 k.p.c., lecz decyduje o jego niedopuszczalności ze względu na brak kwalifikacji do jego wniesienia²⁹. Nie jest więc zasadny pogląd, że skarga na przewlekłość postępowania, wniesiona osobiście przez stronę, zamiast przez adwokata lub radcę prawnego, podlega zwrotowi a nie odrzuceniu³⁰. W konsekwencji w pełni należy podzielić pogląd, wyrażony przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z 16 marca 2006 r., III CZ 5/06³¹, iż art. 130 § 5 k.p.c. nie dotyczy środków odwoławczych sporządzonych z naruszeniem art. 87¹ § 1 k.p.c., gdyż środki te – jako niedopuszczalne z powodu braku zdolności postulacyjnej, podlegają odrzuceniu (art. 370 k.p.c., art. 373 k.p.c., art. 397 § 2 k.p.c.).

Postanowienie o odrzuceniu skargi na przewlekłość postępowania jest niezaskarżalne (arg. ex art. 394 § 1 k.p.c. i art. 394¹ § 2 k.p.c. w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Co warte podkreślenia, mimo że strona czy też uczestnik postępowania są uprawnione do wniesienia skargi na przewlekłość postępowania (art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), to z treści art. 87¹ § 1 k.p.c. w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. wyraźnie wynika, że w przypadku, gdy właściwym do rozpoznania skargi jest Sąd Najwyższy, taka skarga musi być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego, albowiem strona nie może jej skutecznie wnieść osobiście.

Pogląd, że skarga na przewlekłość postępowania cywilnego winna być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego, na gruncie nieobowiązującego już art. 393² § 1 k.p.c., wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 17 listopada 2004 r., III SPP 42/04 (zasada prawna)³². Przepis ten znajdował odpowiednie zastosowanie do sporządzenia zażalenia, do którego rozpoznania właściwym był Sąd

²⁷ Postanowienie SN z 14 stycznia 1997 r., I CZ 23/97, OSNC 1997, nr 6–7, poz. 77; postanowienie SN z 15 listopada 1999 r., III CZ 130/09, LEX nr 528194; postanowienie SN z 8 września 2010 r., III PZ 6/10, LEX nr 686379; postanowienie SN z 15 października 1997 r., III CZ 68/97, LEX nr 50792; postanowienie SN z 22 maja 1997 r., III CZ 62/97, „Monitor Prawniczy” 1998, nr 3, poz. 4; postanowienie SN z 25 sierpnia 2010 r., II UZ 16/10, LEX nr 661529; postanowienie SN z 30 stycznia 2007 r., IV CZ 116/06, LEX nr 609973; postanowienie SN z 20 grudnia 2007 r., IV CNP 190/07, LEX nr 117539; postanowienie SN z 19 lutego 2002 r., II UKN 126/01, LEX nr 564468; postanowienie SN z 20 października 1999 r., III CZ 108/99, LEX nr 527106; postanowienie SN z 10 września 1999 r., III CZ 81/99, LEX nr 527200.

²⁸ Postanowienie SN z 6 listopada 2008 r., III CZ 35/08, LEX nr 484724; postanowienie SN z 16 marca 2006 r., III CZ 5/06, LEX nr 584755.

²⁹ Postanowienie SN z 20 kwietnia 1999 r., III CZ 20/99, LEX nr 521858.

³⁰ Zob. postanowienie SN z 21 września 2010 r., III SO 8/10, LEX nr 667496.

³¹ LEX nr 584755.

³² Publ. OSNP 2005, nr 5, poz. 71.

1/2012

Najwyższy³³, a to oznaczało, że na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., również do skargi na przewlekłość postępowania.

Pogląd o identycznej treści wyraził również Sąd Najwyższy w uchwale z 16 listopada 2004 r., III SSP 42/04³⁴ oraz w postanowieniu z dnia 13 maja 2008 r., III SPP 6/08³⁵.

Pogląd ten został zaaprobowany w doktrynie³⁶.

3. Przymus adwokacko-radcowski a skarga na przewlekłość postępowania karnego

Kodeks postępowania karnego przymus adwokacko-radcowski przewiduje przy: akcie oskarżenia wnoszonym samodzielnie przez oskarżyciela posiłkowego (art. 55 § 2 k.p.k.)³⁷; apelacji od wyroku sądu okręgowego, gdy nie pochodzi ona od prokuratora lub radcy prawnego (art. 446 § 1 k.p.k.)³⁸; kasacji, jeżeli nie pochodzi ona od prokuratora, Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 526 § 2 k.p.k.)³⁹ oraz wniosku o wznowienie procesu, gdy wniosek nie pochodzi od prokuratora (art. 545 § 2 k.p.k.)⁴⁰, przy czym we wskazanych powyżej sytuacjach ustawa wymaga, aby pismo sporządzone i podpisane przez „adwokata” (tak w art. 55 § 2 k.p.k. i art. 446 § 1 k.p.k.) albo przez „obrońcę lub pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym (tak w art. 526 § 2 k.p.k.) bądź przez adwokata lub radcę prawnego” (tak w art. 545 § 2 k.p.k.)⁴¹.

³³ T. Ereciński, (w:) T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2003, s. 786 i 828–833.

³⁴ Publ. „Prawo Pracy” 2005, nr 1, s. 35.

³⁵ Publ. LEX nr 491441.

³⁶ T. Fleming-Kulesza, *Przymus adwokacko-radcowski przy skardze w trybie ustawy z dnia 17.06.2004 r., „Palestra”* 2005, nr 3–4, s. 243–246.

³⁷ Zob. H. Paluszkiwicz, *Przymus radcowski w przepisach kodeksu postępowania karnego o oskarżeniu subsydiarnym*, (w:) *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, Poznań 2002, s. 365–372; wyrok SA w Lublinie z 11 sierpnia 2009 r., II AKa 107/09, LEX nr 523986.

³⁸ Postanowienie SN z 19 września 2007 r., WZ 37/07, LEX nr 569493; postanowienie SA w Krakowie z 25 stycznia 2007 r., II AKz 2/07, KZS 2007, nr 2, poz. 44; postanowienie SA w Krakowie z 6 listopada 2003 r., II AKa 304/03, KZS 2004, nr 1, poz. 25.

³⁹ Postanowienie SN z 16 lipca 2009 r., III KZ 58/09, LEX nr 515559; postanowienie SN z 25 stycznia 2005 r., III KK 243/04, LEX nr 146248.

⁴⁰ Postanowienie SN z 25 marca 2009 r., V KZ 13/09, LEX nr 608832; postanowienie SN z 19 grudnia 2007 r., IV KZ 113/07, LEX nr 568582; postanowienie SN z 9 kwietnia 2008 r., III KZ 31/08, LEX nr 609347; postanowienie SN z 29 listopada 2006 r., IV KZ 45/06, LEX nr 611090; postanowienie SN z 12 marca 2008 r., II KZ 5/08, LEX nr 609146; postanowienie SN z 4 sierpnia 2008 r., IV KZ 44/08, LEX nr 609616; postanowienie SN z 4 sierpnia 2008 r., IV KZ 45/08, LEX nr 609617; postanowienie SN z 4 sierpnia 2008 r., IV KZ 46/08, LEX nr 609618; postanowienie SN z 4 sierpnia 2008 r., IV KZ 47/08, LEX nr 609619; postanowienie SN z 8 lipca 2003 r., V KO 71/02; postanowienie SN z 28 października 2005 r., V KZ 41/05, OSNwSK 2005, poz. 1988.

⁴¹ T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 316–317; W. Posnow, (w:) Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 200; postanowienie SN z 19 marca 2009 r., III KZ 15/09, LEX nr 491172; postanowienie

Pismo procesowe, które jest objęte przymusem adwokacko-radcowskim, w przypadku gdy nie zostanie sporządzone przez adwokata lub radcę prawnego, jest nieskuteczne, tj. nie może wywołać skutków prawnych⁴². Inaczej rzecz ujmując, takie pismo procesowe, ze względu na brak spełnienia tego wymogu formalnego, jest bezskuteczne⁴³. Gdy tego wymaga ustawodawca, skutki procesowe wywołać może tylko pismo procesowe pochodzące od podmiotu fachowego⁴⁴. Ustanowionemu wymogu sporządzenia i podpisania pisma procesowego obłożonego przymusem adwokacko-radcowskim nie spełnia ani podpisanie przez adwokata lub radcę prawnego pisma sporządzonego przez stronę, ani też wyrażona w odrębnym piśmie akceptacja pisma procesowego strony⁴⁵. Istotą przymusu adwokacko-radcowskiego jest więc opracowanie pisma procesowego takim wymogiem obłożonego przez osobę kwalifikowaną, a nie tylko złożenie pod nim podpisu⁴⁶.

We wskazanych przypadkach przymus adwokacko-radcowski ma charakter bezwzględny, tj. nie zależy od uznania sądu, lecz wyraźnie wynika z ustawy⁴⁷. Oznacza to, że przymus adwokacko-radcowski zależny jest tylko i wyłącznie od woli ustawodawcy, który ustanawiając ten wymóg, eliminuje decyzyjność sądu. Brak jest więc prawnych możliwości odstąpienia od ustanowionego ustawą wymogu przymusu adwokacko-radcowskiego przy wnoszeniu pism procesowych takim obowiązkiem obłożonych⁴⁸. Nie ma więc żadnych podstaw prawnych wniosków strony o zwolnienie od obowiązku spełnienia wymogu przymusu adwokackiego, ponieważ ustawa procesowa nie przewiduje żadnego odstępstwa od tego wymagania⁴⁹. Dodatkowo bezwzględność owego przymusu oznacza, że sama strona nie może ani zmienić ani uzupełnić zarzutów czy też wniosków zawartych w piśmie procesowym⁵⁰.

Tym samym w przypadku, gdy pismo zostanie wniesione bez zachowania przymusu adwokacko-radcowskiego, prezes sądu (przewodniczący wydziału, upoważ-

SN z 15 marca 2007 r., III KK 65/07, OSNwSK 2007, poz. 635; postanowienie SN z 18 stycznia 2007 r., II KZ 29/06, OSNwSK 2007, poz. 201; postanowienie SN z 6 grudnia 2006 r., IV KK 394/06, OSNwSK 2006, poz. 2377; postanowienie SN z 20 lipca 2006 r., V KZ 27/06, OSNwSK 2006, poz. 1470.

⁴² R. Kmieciak, (w:) R. Kmieciak, R. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 134; postanowienie SN z 23 września 2004 r., IV KZ 30/04, OSNwSK 2004, poz. 1657.

⁴³ S. Waltoś, *Polski proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 56; postanowienie SN z 19 września 2006 r., III KZ 59/06, OSNwSK 2006, poz. 1760.

⁴⁴ Postanowienie SN z 17 sierpnia 2007 r., II KZ 67/07, OSNwSK 2007, poz. 1835.

⁴⁵ Postanowienie SN z 17 listopada 2010 r., II KZ 42/10, LEX nr 622259; postanowienie SN z 27 stycznia 2005 r., IV KK 385/04, OSNwSK 2005, poz. 217; postanowienie SN z 16 kwietnia 2004 r., IV KK 427/03, OSNwSK 2004, poz. 719; postanowienie SN z 20 października 1998 r., III KZ 109/98, OSNwSK 1998, nr 11–12, poz. 57.

⁴⁶ Postanowienie SA w Krakowie z 7 maja 2003 r., II AKz 167/03, KZS 2003, nr 5, poz. 49.

⁴⁷ Postanowienie SN z 9 marca 2009 r., II KZ 15/09, LEX nr 491321; postanowienie SN z 27 sierpnia 2009 r., V KZ 46/09, LEX nr 608866.

⁴⁸ Postanowienie SN z 4 stycznia 2007 r., III KZ 79/06, OSNwSK 2007, poz. 14; postanowienie SN z 20 sierpnia 2003 r., III KZ 34/03, OSNwSK 2003, poz. 1734.

⁴⁹ Postanowienie SN z 16 marca 2004 r., III KZ 48/03, OSNwSK 2004, poz. 579.

⁵⁰ Postanowienie SN z 5 lutego 2007 r., IV KK 437/05, OSNwSK 2007, poz. 362.

niony sędzia) w sądzie dokonującym jego kontroli formalnej jest zobowiązany wezwać wnoszącego do usunięcia tego braku formalnego w trybie art. 120 § 1 k.p.k.⁵¹, a w przypadku, gdy brak ten nie zostanie usunięty, pismo jest bezskuteczne. W odniesieniu do kasacji oraz wniosku o wznowienie postępowania przez sądu (przewodniczący wydziału, upoważniony sędzia) odmawia ich przyjęcia na podstawie art. 530 § 2 k.p.k. lub art. 545 § 1 k.p.k. w zw. z art. 530 § 2 k.p.k.), zaś w przypadku apelacji od wyroku sądu okręgowego, która nie została sporządzona i podpisana przez adwokata lub radcę prawnego, przez sądu (przewodniczący wydziału, upoważniony sędzia) odmawia jej przyjęcia na podstawie art. 429 § 1 k.p.k.⁵²

W konsekwencji uznać należy, że skarga na przewlekłość postępowania, wnoszona w toku procesu karnego, nie podlega przymusowi adwokacko-radcowskiemu, nawet, jak właściwym do jej rozpoznania jest Sąd Najwyższy, albowiem kodeks postępowania karnego takiego generalnego wymogu nie ustanawia (odmiennie jak kodeks postępowania cywilnego), przyjmując jako zasadę enumeratywne wyliczenie przypadków, w których przymus taki obowiązuje.

Inaczej rzecz ujmując, tylko w przypadkach wskazanych w ustawie obowiązuje przymus adwokacko-radcowski, w innych przypadkach zaś przymus ten nie występuje, kodeks postępowania karnego nie przyjął więc zasady, że pisma procesowe, do których rozpoznania właściwy jest Sąd Najwyższy, w każdym przypadku muszą być sporządzone i podpisane przez adwokata lub radcę prawnego. Jak więc trafnie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 maja 2009 r., III KZ 26/09⁵³, tylko w niektórych, wyraźnie wskazanych w ustawie, przypadkach kodeks postępowania karnego przewiduje przymus adwokacko-radcowski. Taki też pogląd wyrażono również m.in. w postanowieniu z dnia 24 kwietnia 2008 r., IV KZ 26/08⁵⁴, czy też w postanowieniu z dnia 28 maja 2009 r., III KZ 30/09⁵⁵.

Stąd też zażalenie na zarządzenie prezesa sądu, do którego wniesiono kasację o odmowie jej przyjęcia (art. 530 § 3 k.p.k.), nie jest objęte przymusem

⁵¹ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, op. cit., t. III, s. 221; S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. III, s. 540; postanowienie SN z 18 października 2000 r., III KZ 17/00, LEX nr 46418; postanowienie SN z 14 czerwca 2005 r., V KZ 18/05, OSNwSK 2005, poz. 1153; postanowienie SN z 8 września 2005 r., III KK 307/05, OSNwSK 2005, poz. 1621; postanowienie SN z 26 stycznia 2005 r., III KZ 41/04, LEX nr 146250; postanowienie SN z 20 czerwca 2006 r., II KK 381/05, LEX nr 610423; postanowienie SN z 1 lipca 1999 r., V KZ 33/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 56; postanowienie SN z 12 stycznia 2009 r., III KZ 126/08, LEX nr 608164; postanowienie SN z 1 grudnia 2008 r., V KZ 65/08, LEX nr 609864; postanowienie SN z 27 września 2004 r., III KO 30/03, OSNwSK 2004, poz. 1670; postanowienie SN z 26 czerwca 2007 r., II KZ 13/07, LEX nr 567825; postanowienie SA w Krakowie z 27 czerwca 2003 r., II AKz 234/03, KZS 2003, nr 7–8, poz. 61; postanowienie SA w Krakowie z 20 grudnia 2007 r., II AKz 649/07, KZS 2008, nr 2, poz. 44.

⁵² S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, op. cit., t. III, s. 241.

⁵³ Postanowienie SN z 28 maja 2009 r., III KZ 26/09, LEX nr 608191.

⁵⁴ Publ. LEX nr 609602.

⁵⁵ Publ. LEX nr 608195.

adwokacko-radcowskim, bo przywołany przepis takiego wymogu nie przewiduje, a zatem zażalenie takie może wnieść sama strona postępowania, mimo że wniesienie kasacji objęte jest takim przymusem. Co warto podkreślić, w pierwotnym brzmieniu art. 530 § 2 k.p.k. odwoływał się w tym zakresie do treści art. 526 § 2 k.p.k., a zatem przewidywał przymus adwokacko – radcowski w odniesieniu do przedmiotowego zażalenia⁵⁶. Na powyższe trafnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 16 maja 2007 r., III KZ 29/07⁵⁷, jednoznacznie stwierdzając, że ustawa z dnia 12 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, obowiązująca od dnia 17 lutego 2007 r., nadała nowe brzmienie art. 530 § 2 k.p.k., eliminując odpowiednie stosowanie art. 526 § 2 k.p.k. do zażalenia w tym przepisie przewidzianego, co spowodowało, iż zażalenie sporządzone osobiście przez oskarżycielkę posiłkową spełniało wymogi formalne, określone w ustawie procesowej.

Również złożenie wniosku o sporządzenie i doręczenie odpisu wyroku sądu odwoławczego nie jest objęte tzw. przymusem adwokackim, albowiem w tym wypadku ustawa takiego wymogu nie ustanowiła⁵⁸.

Wskazać również należy, że skoro ustawodawca ustalił przymus adwokacki do sporządzenia wniosku o wznowienie postępowania, choć nie ustalił go dla zażalenia od postanowienia w tym przedmiocie, to strona ma prawo wnieść zażalenie na takie postanowienie osobiście⁵⁹.

Powyższe w sposób jednoznaczny ukazuje, że na gruncie kodeksu postępowania karnego przymus adwokacko-radcowski jest wyjątkiem od zasady i musi wyraźnie wynikać z przepisu prawa, nie zaś zasadą, co dotyczy także pism procesowych kierowanych do Sądu Najwyższego.

Innymi słowy, kodeks postępowania karnego przewiduje przymus adwokacko-radcowski jedynie w ściśle określonych przypadkach⁶⁰. Zeby skarga na przewlekłość postępowania karnego objęta była tym przymusem, sama ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. musiałaby takie rozwiązanie wyraźnie wprowadzić, odwołanie się bowiem do przepisów kodeksu postępowania karnego jednoznacznie wskazuje, że to pismo procesowe przymusem adwokacko-radcowskim objęte nie jest.

Co warto zaznaczyć, do postępowania zainicjowanego skargą na przewlekłość postępowania karnego, która podlega rozpoznaniu przez Sąd Najwyższy, nie znajduje zastosowanie przepis art. 87¹ § 1 k.p.c. w oparciu o art. 89 k.p.k., albowiem ten ostatni przepis stanowi, że w kwestiach dotyczących pełnomocnika, a nie unormowanych przez kodeks postępowania karnego, stosuje się odpowied-

⁵⁶ T. Grzegorzczak, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tylman, op. cit., s. 316.

⁵⁷ Publ. OSNwSK 2007, poz. 1058.

⁵⁸ Postanowienie SN z 20 lutego 2006 r., IV KZ 3/06, OSNwSK 2006, poz. 398; postanowienie SN z 12 lipca 2007 r., IV KZ 62/07, LEX nr 568629.

⁵⁹ Postanowienie SA w Krakowie z 29 stycznia 2004 r., II AKo 28/04, KZS 2004, nr 2, poz. 29.

⁶⁰ K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 230.

nio przepisy obowiązujące w postępowaniu cywilnym. W omawianym przypadku kodeks postępowania karnego wyraźnie rozstrzygnął kwestię, kiedy obowiązuje przymus adwokacko-radcowski, wskazując w poszczególnych przepisach, kiedy pismo procesowe musi być sporządzone przez adwokata lub radcę prawnego, a zatem unormował tę kwestię w zupełny sposób, a to uniemożliwia sięgnięcie w tym zakresie do przepisów procedury cywilnej. W innych przypadkach niż te wskazane enumeratywnie w ustawie przymus adwokacko-radcowski nie obowiązuje i takie jest założenie ustawodawcy. Regulacja jest więc zupełna, a to wyklucza sięgnięcie po przepisy kodeksu postępowania cywilnego na zasadzie art. 89 k.p.k. Już pod rządami kodeksu postępowania karnego z 1928 r., który również enumeratywnie wymieniał sytuacje, w których przewidziany był tzw. przymus adwokacki, Sąd Najwyższy jednoznacznie przyjął, że odmiennie niż w kodeksie postępowania cywilnego, kodeks postępowania karnego zastrzega tzw. przymus adwokacki jedynie dla pewnego rodzaju czynności, wyraźnie w ustawie wymienionych, w innych zaś przypadkach taki przymus nie istnieje i nie jest możliwe odwołanie się do przepisów procedury cywilnej, wobec negatywnego (w postaci braku tego przymusu) unormowania tej kwestii w samym kodeksie postępowania karnego⁶¹.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego, jeżeli chodzi o skargę na przewlekłość postępowania karnego, nie budzi wątpliwości, że skarga na przewlekłość tego postępowania, do której rozpoznania, zgodnie z ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r., właściwym jest Sąd Najwyższy, nie jest objęta przymusem adwokacko-radcowskim⁶².

4. Przymus adwokacko-radcowski a skarga na przewlekłość przed sądem administracyjnym

W przypadku skargi na przewlekłość postępowania przed sądem administracyjnym nie obowiązuje przymus adwokacko-radcowski. Wynika to z odpowiednio stosowanego art. 194 § 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, który stanowi, że tylko zażalenie, którego przedmiotem jest odrzucenie skargi kasacyjnej, powinno być sporządzone i podpisane przez adwokata⁶³.

⁶¹ Wyrok SN z 29 stycznia 1937 r., I K 945/36, OSN(K) 1937, nr 8, poz. 221; postanowienie 7 sędziów SN z 12 marca 1932 r., II K 1147/31, OSN(K) 1932, nr 4, poz. 61.

⁶² M.in. postanowienie SN z 18 sierpnia 2009 r., WSP 4/09, OSNKW 2010, nr 1, poz. 3; postanowienie SN z 28 lutego 2007 r., KSP 11/06, LEX nr 323795.

⁶³ Postanowienie NSA z 17 marca 2009 r., I OZ 204/09, LEX nr 542704; postanowienie NSA z 5 marca 2009 r., I OZ 161/09, LEX nr 542687; postanowienie NSA z 17 marca 2009 r., I OZ 209/09, LEX nr 542707; postanowienie NSA z 8 lipca 2009 r., I OZ 704/09, LEX nr 555002; postanowienie NSA z 30 września 2008 r., I OZ 733/08, LEX nr 493767; postanowienie NSA z 3 lutego 2009 r., I OZ 55/09, LEX nr 544986; postanowienie NSA z 3 lutego 2009 r., I OZ 56/09, LEX nr 544987; postanowienie NSA z 19 lutego 2009 r., I OZ 95/09, LEX nr 545017; postanowienie NSA z 20 lutego 2009 r., II OZ 163/09, LEX nr 545443;

A contrario, co do zasady, w postępowaniu sądownoadministracyjnym zażalenie nie jest objęte przymusem adwokacko-radcowskim⁶⁴, a rozwiązanie to znajduje odpowiednie zastosowanie do skargi na przewlekłość postępowania (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.).

Inaczej rzecz ujmując, w postępowaniu przed sądem administracyjnym, które wywołane zostaje wniesieniem zażalenia, nie stosuje się przymusu adwokacko-radcowskiego, z jednym wyjątkiem, przewidzianym w art. 194 § 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁶⁵.

Jak więc trafnie wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 24 maja 2007 r., II OZ 464/07, tylko zażalenie, którego przedmiotem jest odrzucenie skargi kasacyjnej, powinno być sporządzone przez adwokata lub radcę prawnego⁶⁶. Pogląd ten nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów administracyjnych⁶⁷. W konsekwencji również i skarga na przewlekłość postępowania przed sądem administracyjnym takim przymusem nie jest objęta, co wynika z odpowiedniego stosowania przepisów o postępowaniu zażaleniowym, obowiązujących w postępowaniu, którego skarga dotyczy, bo tylko jedno z zażaleń, a nie generalnie każde zażalenie, objęte jest takim przymusem.

Dodatkowo należy podnieść, że w postępowaniu sądownoadministracyjnym przymus sporządzenia pisma przez adwokata lub radcę prawnego przewidziany został dla skargi kasacyjnej (art. 175 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi)⁶⁸, przy czym przepis ten znaj-

postanowienie NSA z 2 grudnia 2008 r., I OZ 883/08, LEX nr 542759; postanowienie NSA z 28 listopada 2008 r., II OZ 1256/08, LEX nr 543462; postanowienie NSA z 14 lipca 2010 r., I OZ 521/10, LEX nr 658724; postanowienie WSA w Krakowie z 21 stycznia 2008 r., II SA/Kr 1459/04, publ. na stronie www.nsa.gov.pl

⁶⁴ B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2006, s. 475; B. Adamiak, (w:) B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądownoadministracyjne*, Warszawa 2011, s. 474; H. Knysiak – Kolczyk, (w:) T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 583; J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 429.

⁶⁵ Postanowienie NSA z 30 października 2008 r., I OZ 819/08, LEX nr 517270; postanowienie NSA z 19 listopada 2008 r., II OZ 1213/08, LEX nr 543435.

⁶⁶ Publ. LEX nr 360337.

⁶⁷ M.in. postanowienie WSA we Wrocławiu z 21 października 2008 r., IV SA/Wr 638/07, LEX nr 504607.

⁶⁸ Zob. szerzej: A. Bogusz, *Skarga kasacyjna w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym*, (w:) *Nadzór i kontrola w systemie wykonywania administracji publicznej*, red. M. Czuryk, M. Karpiu, Warszawa 2010, s. 224 i n.; postanowienie NSA z 25 maja 2009 r., II OSK 769/09, LEX nr 574235; wyrok NSA z 22 maja 2009 r., I OSK 845/08, LEX nr 574434; wyrok SN z 30 kwietnia 2009 r., II OSK 656/08, LEX nr 558451; postanowienie NSA z 29 kwietnia 2009 r., I FSK 479/09, LEX nr 531911; postanowienie NSA z 29 kwietnia 2009 r., I FSK 478/09, LEX nr 531910; postanowienie NSA z 29 kwietnia 2009 r., I FSK 477/09, LEX nr 531909; postanowienie NSA z 29 kwietnia 2009 r., I FSK 476/09, LEX nr 531908; postanowienie NSA z 29 kwietnia 2009 r., I FSK 475/09, LEX nr 531907; postanowienie NSA z 17 grudnia 2008 r., I OSK 73/08, LEX nr 538647; postanowienie NSA z 17 grudnia 2008 r., I OSK 76/08, LEX nr 538649; postanowienie NSA z 7 listopada 2008 r., II OSK 1354/07, LEX nr 543305; postanowienie NSA z 31 marca 2009 r., II OSK 479/09, LEX nr 543378; postanowienie NSA z 13 maja 2009 r., II OSK 75508, LEX nr 547201; postanowienie NSA z 21 września 2007 r., I OSK 602/07, LEX nr 443885; postanowienie NSA z 1 lipca 2008 r., I OSK 718/08, LEX nr 505979; postanowienie NSA z 20 grudnia 2007 r., I OSK

duże odpowiednie zastosowanie do wznowienia postępowania, gdy właściwym w tej kwestii jest Naczelny Sąd Administracyjny (art. 276 przywołanej ustawy)⁶⁹, co oznacza, że nie przyjęto generalnej zasady, że wszystkie pisma kierowane do Naczelnego Sądu Administracyjnego są objęte takim przymusem, lecz wyraźnie wskazano, które z pism kierowanych do Naczelnego Sądu Administracyjnego musi pochodzić od adwokata lub radcy prawnego⁷⁰.

Jak więc trafnie i zasadnie wskazała M. Romańska, przymus adwokacko-radcowski nie obowiązuje w postępowaniu zażaleniowym uregulowanym w ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, a skoro skarga na przewlekłość postępowania sądownoadministracyjnego jest rozpoznawana według zasad właściwych dla postępowania zażaleniowego uregulowanego we wskazanej ustawie, to również i do niej nie można odnosić tego uregulowania⁷¹. Pogląd ten został zaakceptowany w doktrynie⁷².

Ponadto, zdaniem M. Romańskiej, za powyższym przemawia fakt, że przymus adwokacko-radcowski nie obowiązuje w postępowaniu przed Naczelny Sąd Administracyjny, gdy rozpoznaje on sprawy przekazane do jego właściwości na podstawie ustaw szczególnych, a taką jest ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r.⁷³

Naczelny Sąd Administracyjny nie ma żadnych wątpliwości, że skarga na przewlekłość postępowania sądownoadministracyjnego nie musi być sporządzona i podpisana przez adwokata lub radcę prawnego⁷⁴, może ją zatem wnieść sam

198/07, LEX nr 434027; postanowienie NSA z 29 czerwca 2010 r., I OSK 124/10, LEX nr 594984; postanowienie NSA z 9 września 2010 r., I OSK 988/10, LEX nr 745407; postanowienie NSA z 14 stycznia 2011 r., I FSK 1620/10, LEX nr 740579; postanowienie NSA z 17 maja 2010 r., I OZ 356/10, LEX nr 658678; postanowienie WSA w Warszawie z 12 lutego 2010 r., IV SA/Wa 1116/09, LEX nr 645148; postanowienie WSA w Warszawie z 27 lipca 2009 r., IV SA/Wa 768/09, LEX nr 645984; postanowienie WSA w Warszawie z 27 stycznia 2011 r., II SA/Wa 133/10, LEX nr 771892; postanowienie WSA w Warszawie z 18 sierpnia 2010 r., VI SA/Wa 207/10, LEX nr 782006; postanowienie WSA w Krakowie z 25 lutego 2008 r., II SA/Kr 3350/02, publ. na stronie www.nsa.gov.pl; postanowienie WSA w Olsztynie z 19 lutego 2010 r., I SA/OI 627/09, LEX nr 622350; postanowienie WSA w Olsztynie z 19 lutego 2010 r., I SA/OI 629/09, LEX nr 622352; postanowienie WSA w Gliwicach z 10 lutego 2010 r., II SA/Gl 453/09, LEX nr 630926.

⁶⁹ Postanowienie NSA z 11 maja 2009 r., I OPP 30/09, LEX nr 564206; postanowienie NSA z 11 maja 2009 r., I OPP 31/09, LEX nr 546549; postanowienie NSA z 15 maja 2009 r., I OPP 34/09, LEX nr 546551; postanowienie NSZ z 16 kwietnia 2009 r., II FSK 464/09, LEX nr 575914; postanowienie NSA z 23 lipca 2009 r., I OSK 592/09, LEX nr 554938; postanowienie NSA z 14 lipca 2009 r., I OSK 876/09, LEX nr 554957; postanowienie NSA z 9 marca 2005 r., I GSK 359/03, ONSA/WSA 2005, nr 5, poz. 98.

⁷⁰ E. Bojanowski, (w:) E. Bojanowski, Z. Cieślak, J. Lang, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2004, s. 279; H. Knysiak – Molczyk, (w:) T. Woś, H. Knysiak – Molczyk, M. Romańska, op. cit., s. 548.

⁷¹ M. Romańska, (w:) T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, op. cit., s. 139.

⁷² A. Pietryka, (w:) P. Kładoczny, A. Pietryka, M. Bernatt, B. Grabowska, *Skarga na przewlekłość postępowania. Komentarz do ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki*, Warszawa 2010, s. 113.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ M.in. postanowienie NSA z 19 września 2008 r., II OPP 25/08, LEX nr 515632; postanowienie NSA z 24 lipca 2008 r., II OPP 20/08, LEX nr 493700; postanowienie NSA z 4 czerwca 2008 r., II OPP 17/08, LEX nr 494356; postanowienie NSA z 4 czerwca 2008 r., II OPP 16/08, LEX nr 494355; postanowienie

uprawniony podmiot, w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. Tym samym skarga na przewlekłość postępowania wniesiona przez uprawniony podmiot osobiście, jeżeli spełnia inne wymogi formalne, podlega rozpoznaniu.

5. Podsumowanie i uwagi *de lege ferenda*

Podsumowując, należy stwierdzić, że ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. nie wprowadza ogólnego wymogu, że skarga na przewlekłość postępowania podlega przymusowi adwokacko-radcowskiemu. W treści ustawy nie znajduje się żaden przepis taki wymóg ustanawiający.

Założenie ustawowe, jeżeli chodzi o skargę na przewlekłość postępowania cywilnego, ze względu na treść art. 87¹ § 1 k.p.c. w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., doznaje jednak modyfikacji i w przypadku skargi na przewlekłość takiego postępowania, jeżeli właściwym do jej rozpoznania jest Sąd Najwyższy (art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.), obowiązuje zastępstwo przez adwokatów lub radców prawnych, a więc skarga taka musi być sporządzona i podpisana przez adwokata lub radcę prawnego, chyba że zachodzi sytuacja, o której mowa w art. 87¹ § 2 k.p.c.

Przepis ten bowiem wyraźnie rozciąga przymus adwokacko-radcowski na wszelkie czynności stron podejmowane przed Sądem Najwyższym⁷⁵, a skoro to ten sąd jest właściwy do rozpoznania skargi, zaś rola organu, do którego składana jest skarga, ogranicza się do jej przekazania wraz z aktami sprawy (art. 7 ustaw z dnia 17 czerwca 2004 r.), to postępowanie w przedmiocie skargi na przewlekłość, do której rozpoznania właściwym jest Sąd Najwyższy, jest postępowaniem przed Sądem Najwyższym w rozumieniu art. 87¹ § 1 k.p.c.

Mimo że sama istota przymusu adwokacko-radcowskiego nie budzi wątpliwości, a ściślej, uzasadnienie takiego wymogu w postępowaniu przed Sądem Najwyższym czy też Naczelnym Sądem Administracyjnym nie budzi wątpliwości normatywnych, to jednak nie może być tak, że tylko w przypadku skargi na przewlekłość postępowania cywilnego rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy przymus ten obowiązuje, zaś w przypadku skargi na przewlekłość postępowania karnego, która również jest rozpoznawana przez Sąd Najwyższy czy też skargi na przewlekłość postępowania przed sądem administracyjnym, rozpoznawanej przez Naczelną Sąd Administracyjny, przymus ten już nie obowiązuje, jak jest w obecnym stanie prawnym.

Obecny stan prawny nie jest więc zadowalający, gdyż wprowadza tylko i wyłącznie w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania cywilnego,

NSA z 11 sierpnia 2006 r., I OPP 115/06, LEX nr 360247; postanowienie NSA z 7 lipca 2006 r., I OPP 74/06, LEX nr 360309.

⁷⁵ Postanowienie SN z 12 marca 2009 r., V CZ 8/09, LEX nr 512970.

do której rozpoznania uprawniony jest Sąd Najwyższy, zastrzeżenie, że musi być ona sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego. To rozwiązanie jest krytykowane w doktrynie⁷⁶.

Aby rozwiązane ustawowe, iż skarga na przewlekłość postępowania nie jest objęta przymusem adwokacko-radcowskim, nie doznawała takiej „modyfikacji” w żadnym przypadku, biorąc pod uwagę treść art. 8 ust. 2 ustawy, niezbędne jest wyraźne zawarcie w jej treści, że do skargi na przewlekłość postępowania nie stosuje się przepisów o zastępstwie przez adwokatów lub radców prawnych. Mogłoby to nastąpić np. poprzez dodanie ust. 3 do tego przepisu w brzmieniu: *Do skargi nie stosuje się przepisów o zastępstwie przez adwokatów lub radców prawnych.*

W ten sposób jednoznacznie zostanie przesądzone, że bez względu na to, jaki organ jest właściwy do rozpoznania skargi i jakiego postępowania dotyczy skarga, to nie jest wymagane, aby skargę sporządził i podpisał adwokat lub radca prawny, lecz może to uczynić sam uprawniony do jej wniesienia, a więc podmiot, który posiada legitymację czynną do wniesienia skargi w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r.

Brak takiego rozwiązania powoduje, że w każdym przypadku, w którym przepis ustawy procesowej będzie przewidywał takie zastępstwo np. w postępowaniu przez Sądem Najwyższym, będzie on stosowany odpowiednio do skargi na przewlekłość postępowania, w sytuacji, gdy właściwym do jej rozpoznania będzie ten sąd, tak jak ma to miejsce w chwili obecnej na gruncie art. 87¹ § 1 k.p.c.

Warto zaznaczyć, że ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa⁷⁷ stanowi, że uczestnik postępowania przed Radą może odwołać się do Sądu Najwyższego z powodu sprzeczności uchwały Rady z prawem (art. 44 ust. 1), zaś do postępowania przed Sądem Najwyższym stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego o skardze kasacyjnej (art. 44 ust. 3 ustawy). Zastrzeżono jednak, że nie stosuje się art. 87¹ k.p.c., a zatem wyraźnie wyłączono stosowanie obowiązkowego zastępstwa przez adwokata lub radcę prawnego przy wnoszeniu odwołania od uchwały Rady do Sądu Najwyższego. Brak takiego wyłączenia oznaczałoby, że odwołanie, o którym mowa w art. 44 ust. ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, musi być sporządzone i podpisane przez adwokata lub radcę prawnego, z zastrzeżeniem art. 87¹ § 2 k.p.c. Mając zatem świadomość wymogu, o którym mowa w art. 87¹ § 1 k.p.c., ustawodawca, chcąc wyłączyć jego obowiązywanie w danym przypadku, czyni to wyraźnie. Brak więc takiego zastrzeżenia, przy odpowiednim stosowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, musi prowadzić do przyjęcia, że taki wymóg obowiązuje.

Po wprowadzeniu proponowanego *de lege ferenda* rozwiązania stosowanie tego przepisu, jak również każdego innego przewidującego taki wymóg, w odniesie-

⁷⁶ A. Pietryka, (w:) P. Kładoczny, A. Pietryka, M. Bernatt, B. Grabowska, op. cit., s. 114.

⁷⁷ Dz.U. z 2011 r., Nr 126, poz. 714.

niu do skargi na przewlekłość będzie wyraźnie i jednoznacznie wyłączone. Bez względu bowiem na rozwiązania przyjęte w przepisach ustaw regulujących przebieg postępowania, w ramach którego została wniesiona skarga, obowiązkowe zastępstwo przez adwokatów lub radców prawnych na gruncie ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. będzie w każdym przypadku wyłączone i w ten sposób założenia leżące u podstaw uchwalenia ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. w tym zakresie zostaną w pełni zrealizowane.

Wskazana niejednorodność – skarga na przewlekłość postępowania karnego, która podlega rozpoznaniu przez Sąd Najwyższy na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., czy też przez Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 4 ust. 3 tej ustawy nie musi być sporządzona i podpisana przez adwokata lub radcę prawnego, nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia, dlatego też powinna być wyeliminowana, prowadzi bowiem do nieuzasadnionego i pozbawionego racjonalnego wytłumaczenia zróżnicowania wymogów związanych z wniesieniem skargi, w zależności od tego, jakiego postępowania skarga dotyczy. Owa niejednorodność prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej skarżącego, w zależności do rodzaju postępowania w ramach którego wnoszona jest skarga na przewlekłość, co sprzeczne jest z zasadą równości wobec prawa. O ile sama instytucja obowiązkowego zastępstwa przez adwokata lub radcę prawnego nie jest sprzeczna z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa⁷⁸, o tyle jednak w ramach tej samej instytucji prawnej niedopuszczalne jest takie zróżnicowanie. Skarga na przewlekłość służy bowiem każdemu, czyje prawo do rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”) zostało naruszone, nie może więc podlegać różnym wymogom formalnym, jeżeli chodzi o kwestie istotne. Bez względu bowiem na rodzaj postępowania naruszeniu ulega to samo prawo, chronione konstytucyjnie i konwencyjnie, a to oznacza, że tryb dochodzenia owego naruszenia nie może być w istotny sposób zróżnicowany, w tym w szczególności, jeżeli chodzi o dopuszczalność wniesienia skargi, a tak jest w obecnym stanie prawnym.

Warto wskazać, że wprowadzenie proponowanego rozwiązania realną uczyni możliwość wniesienia skargi na przewlekłość przez podmiot uprawniony w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r., albowiem każdy wymieniony w tym przepisie będzie mógł samodzielnie sporządzić skargę, bez konieczności sięgnięcia po pomoc fachowego przedstawiciela (adwokata, radcy prawnego). To z całą pewnością służyć będzie dostępności skargi, jako instrumentu ochrony prawa do sądu.

Powyższe uwagi nie znaczą, że przymus adwokacko-radcowski narusza Konwencję Europejską. Europejski Trybunał Praw Człowieka w swym orzecznictwie uznał nawet, że w wypadku postępowania przed sądem najwyższym obowią-

⁷⁸ Postanowienie SN z 14 lipca 1998 r., I PZ 22/98, niepubl.; postanowienie SN z 14 lipca 1998 r., I PZ 23/98, niepubl.

zek korzystania z pomocy obrońcy, ze względu na specyfikę postępowania przed tym sądem, jest czymś naturalnym⁷⁹. Trybunał uznał zatem, że postępowanie przez najwyższymi instancjami sądowymi może charakteryzować się większymi wymogami formalnymi niż przed innymi sądami.

Wprawdzie orzecznictwo Trybunału odnosi się do postępowania kasacyjnego przed najwyższymi instancjami sądowymi, niemniej jednak poglądy te można odnosić *per analogiam* do „środków odwoławczych” w rozumieniu art. 13 Konwencji, które są rozpoznawane przez sądy najwyższe. Takie same racje przemawiają bowiem od strony formalnej za wprowadzeniem przymusu adwokackiego (adwokacko-radcowskiego), zarówno bowiem w przypadku postępowania kasacyjnego, jak i w przedmiocie „środka odwoławczego” na przewlekłość rozpoznawanego przez najwyższe instancje sądowe ten sam organ – sąd najwyższy lub naczelny sąd administracyjny jest właściwy do rozpoznania sprawy, a zatem mogą przed tym organem obowiązywać większe wymogi formalne, niż przed innymi sądami, a usytuowanie owej najwyższej instancji sądowej oraz jej pozycja ustrojowa mogą przemawiać za zapewnieniem w toku postępowania przed tym organem pełnego profesjonalizmu i fachowości, co przemawia za obowiązkowym zastępstwem stron przez adwokatów lub radców prawnych. W doktrynie twierdzi się również, że przymus adwokacko-radcowski przy wnoszeniu skargi na przewlekłość postępowania, do której rozpoznania właściwy jest Sąd Najwyższy, wpłynąć może na usprawnienie tego postępowania, powodując, że będzie przebiegało ono sprawniej, bez nieuzasadnionych opóźnień, kończąc się w rozsądnym czasie od dnia jej wniesienia⁸⁰.

Nie można więc uznać, że rozwiązanie nakładające obowiązek sporządzenia skargi na przewlekłość postępowania, do której rozpoznania właściwym jest Sąd Najwyższy (tylko i wyłącznie), przez adwokata lub radcę prawnego jest co do zasady sprzeczne z Konwencją Europejską, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale z dnia 17 listopada 2004 r., III SPP 42/04.

Innymi słowy, nie narusza art. 13 Konwencji rozwiązanie, że do postępowania zainicjowanego skargę na przewlekłość, którą podlega rozpoznaniu przez Sąd Najwyższy, zastosowanie znajduje przymus adwokacko-radcowski. Czym innym jest jednak racjonalność takiego rozwiązania w kontekście charakteru prawnego skargi na przewlekłość postępowania oraz jej ukształtowania w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r.

Takie rozwiązanie nie narusza Konwencji, nie mniej jednak jest to pewne ograniczenie w dostępności skargi na przewlekłość postępowania i moim zdaniem nie jest ono zasadne w sensie racjonalności, gdy uwzględni się specyfikę skargi na przewlekłość postępowania. Skarga ma służyć doraźnej interwencji i przerwaniu

⁷⁹ Wyrok ETPC z 19 maja 2009 r. w sprawie *Antonicelli v. Polska*, nr skargi 2815/05, LEX nr 496593 (ang.); wyrok ETPC z 19 maja 2009 r. w sprawie *Kulikowski v. Polska*, nr skargi 18353/03, LEX nr 496624; decyzja EKPC z 11 grudnia 1990 r. w sprawie *Philis v. Grecja*, nr skargi 16598/90, LEX nr 109099.

⁸⁰ T. Fleming-Kulesza, op. cit., s. 246.

istniejącej przewlekłości oraz zapobieżeniu jej wystąpienia na dalszym etapie postępowania. Uprawniony podmiot powinien mieć zagwarantowaną możliwość wniesienia skargi, a ograniczenia w tym zakresie powinny być absolutnie niezbędne i konieczne przy uwzględnieniu specyfiki tego „środka odwoławczego”.

Wzgląd na zapewnienie pełnej dostępności skargi na przewlekłość postępowania przemawia za wyeliminowaniem przymusu adwokacko-radcowskiego w ramach postępowania zainicjowanego skargą, gdyż taki przymus nie znajduje w tym postępowaniu racjonalnego uzasadnienia. Oczywiście, chroni on najwyższą instancję sądową przed bezzasadnymi, w tym bezzasadnymi skargami na przewlekłość, ale z drugiej strony, skarga na przewlekłość postępowania nie jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, nie może być więc utożsamiana z kasacją czy też skargą kasacyjną, lecz faktycznie jedynym środkiem służącym na przewlekłość postępowania sądowego i przygotowawczego, dlatego też powinna być w pełni dostępna dla każdego uprawnionego, a jej wniesienie powinno być obwarowane jedynie takimi wymogami formalnymi, które są niezbędne, a zarazem nie ograniczają w nieuzasadniony sposób dostępu do tego środka ochrony prawnej. Wzgląd na zapewnienie pełnego profesjonalizmu w postępowaniu przed Sądem Najwyższym (analogicznie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym) nie powinien być uznany za dobro wyższej wartości niż pełna dostępność skargi na przewlekłość. W tym zestawieniu pełna dostępność skargi na przewlekłość postępowania jest priorytetem, wartością nadrzędną, której muszą być podporządkowane rozwiązania regulujące wymogi formalne skargi na przewlekłość.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego oznacza, że ustawodawca postawił wysokie wymagania profesjonalne pismu procesowemu⁸¹. Sąd Najwyższy przyjął, że wprowadzenie przymusu adwokacko-radcowskiego jest związane z zamiarem ustawodawcy zapewnienia sprawności postępowania przed Sądem Najwyższym ze względu na szczególną rolę, jaką pełni on w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości⁸². W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie budzi wątpliwości, że przymus adwokacko-radcowski ma być gwarancją wysokiego poziomu profesjonalizmu w postępowaniu przed najwyższą instancją sądową⁸³.

Ne negując tych argumentów, gdyż są one zasadne, należy jednak zauważyć, że jeżeli chodzi o skargę na przewlekłość postępowania, takie wymogi nie są ani uzasadnione, ani też nie służą pełnej „dostępności” skargi. Nie można na równi traktować skargi na przewlekłość postępowania i np. skargi kasacyjnej, ta ostatnia jest bowiem nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, co uzasadnia przyjęcie

⁸¹ Wyrok SN z 27 stycznia 2010 r., II CSK 352/09, LEX nr 574525; wyrok SN z 15 maja 2009 r., II CSK 18/09, LEX nr 519335; postanowienie SN z 26 września 2000 r., IV CKN 1518/00, OSNC 2001, nr 3, poz. 39; wyrok SN z 29 marca 2006 r., IV CK 165/05, niepubl.

⁸² Postanowienie SN z 12 marca 2009 r., V CZ 8/09, LEX nr 512970.

⁸³ Postanowienie TK z 14 lipca 2009 r., SK 2/08, OTK A 2009, nr 7, poz. 117.

przymusu adwokacko-radcowskiego⁸⁴, zaś skarga na przewlekłość postępowania takim środkiem po pierwsze - nie jest (w przywołanym rozumieniu jest to „zwykły” środek zaskarżenia przewlekłości postępowania), a po drugie – nie powinna być nadmiernie sformalizowana.

Zaważyć również należy, że wniesienie skargi na przewlekłość postępowania uruchamia postępowanie incydentalne i jednoinstancyjne w ramach postępowanie co do istoty sprawy. Innymi słowy, Sąd Najwyższy nie występuje w tym przypadku jako „najwyższa instancja sądowa”, albowiem postępowanie ze skargi na przewlekłość postępowanie jest postępowaniem kontrolnym, w którym nie występuje instancyjna kontrola zapadłego orzeczenia. Nie można zatem takiego postępowania utożsamiać z postępowaniem rozpoznawanych wieloinstancyjnie, gdzie przymusem adwokacko-radcowskim objęte jest z reguły postępowanie nadzwyczajne, mające przecież miejsce po uprzednim rozpoznaniu sprawy, gdzie do sporządzenia „zwykłych” środków zaskarżenia ów przymus nie był wprowadzony. Skarga na przewlekłość postępowania to nie nadzwyczajny środek zaskarżenia, lecz w zasadzie jedyny skuteczny na nadmierną długość postępowania, więc jej dostępność powinna być maksymalnie i jednakowo zagwarantowana dla każdego skarżącego, a już na pewno nie powinna mieć miejsca sytuacja, że w zależności od rodzaju postępowania, w ramach którego wniesiono skargę, przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu przed Sądem Najwyższym (Naczelny Sąd Administracyjny) obowiązuje lub nie.

Biorąc pod uwagę powyższe, uznać należy, że sama istota przymusu adwokacko-radcowskiego nie jest sprzeczna ani z Konwencją Europejską, ani Konstytucją RP z 2 kwietnia 1997 r. Przymus ten jest formalnie możliwy w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania rozpoznawanej przez najwyższe organy sądowe – Sąd Najwyższy czy też Naczelny Sąd Administracyjny, zwłaszcza że uprawniony podmiot mógłby domagać się w takim przypadku ustanowienia pełnomocnika z urzędu, nie mniej jednak zróżnicowanie obecnie obowiązujące odnośnie do tego przymusu nie jest już do pogodzenia zarówno z Konstytucją (narusza zasadę równości wobec prawa), jak i z Konwencją (podważa dostępność skargi, gdy uwzględni się owe rozróżnienie – tylko w jednym postępowaniu obowiązuje ów przymus, w pozostałych zaś nie, a to różnicuje możliwość wniesienia skargi i w odniesieniu do postępowania cywilnego w nieuzasadniony sposób trudniejszym czyni skorzystanie z tego instrumentu ochrony prawnej).

Należy więc jak najszybciej zmienić obecny stan prawny, wyraźnie zastrzegając w ustawie, że w żadnym przypadku nie znajduje zastosowania przymus adwokacko-radcowski. To z całą pewnością wyeliminuje wszelkie spory i rozważania w tym zakresie, jak również w pełni dostępną uczyni skargę, jako środek ochrony prawa do rozpoznania sprawy „bez nieuzasadnionej zwłoki” („w rozsądnym terminie”). Ta kwestia może zostać rozstrzygnięta tylko i wyłącznie na gruncie ustawy

⁸⁴ Wyrok TK z 1 lipca 2008 r., SK 40/07, OTK A 2008, nr 6, poz. 101.

z dnia 17 czerwca 2004 r., albowiem ustawa ta po pierwsze – powinna regulować wszystkie najważniejsze kwestie związane z wnoszeniem i rozpoznaniem skargi (jak to wynika z jej art. 1), ale także dlatego, że kwestia owego przymusu należy do zagadnień ogólnych związanych z wnoszeniem skargi i z tego punktu widzenia modyfikacja zagadnień szczegółowych, zawartych w poszczególnych ustawach procesowych, wykraczałaby poza ramy samej skargi. Innymi słowy, niezasadne jest postulowanie zmiany treści art. 87¹ § 1 k.p.c. i zastrzeżenie, że przepis ten nie znajduje zastosowania do skargi na przewlekłość⁸⁵. Nie można bowiem z perspektywy incydentalnego postępowania ingerować w treść ustawy regulującej w sposób kompleksowy tok danego postępowania – w tym wypadku postępowania cywilnego. To nie w kodeksie postępowania cywilnego należy uczynić stosowne zastrzeżenie, lecz w ustawie, która reguluje prawo do zaskarżenia przewlekłości postępowania, a więc w ustawie z dnia 17 czerwca 2004 r., tak jak to uczyniono np. w ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa.

STRESZCZENIE

Artykuł porusza problem obowiązywania przymusu adwokacko-radcowskiego przy wnoszeniu skargi na przewlekłość postępowania. Autor omawia rozwiązania odnoszące się do skargi na przewlekłość postępowania karnego, cywilnego i przed sądami administracyjnymi, zwracając uwagę, że tylko w przypadku skargi na przewlekłość postępowania cywilnego, do której rozpoznania właściwy jest Sąd Najwyższy, obowiązuje obowiązkowe zastępstwo przez adwokata lub radcę prawnego. Autor zwraca uwagę na nieracjonalność takiego rozwiązania i sprzeczność z zasadą równości wobec prawa, gdyż przymus taki nie obowiązuje w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy w sprawie karnej, jak również nie występuje on w odniesieniu do skargi na przewlekłość postępowania przed sądem administracyjnym.

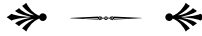
SUMMARY

The article analyzes the issue of the barrister-solicitor obligatory assistance that is required when a complaint about a protracted proceeding is lodged. The author discusses the solutions relating to complaints about a protracted proceeding before criminal, civil and administrative courts and highlights that only in case of a complaint about a protracted civil proceeding, which can be dealt with by the Supreme

⁸⁵ Zob. L.K. Paprzycki, *Ustawa z 2004 r. o zapobieganiu przewlekłości postępowań – próba oceny (ze szczególnym uwzględnieniem postępowania karnego)*, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 434.

Court there is an obligation of a barrister-solicitor representation. The author draws attention to the irrationality of such a solution and a contradiction with the principle of equality before the law because such coercion does not apply to complaints about a protracted proceeding adjudicated by the Supreme Court in relation to a criminal case, neither does it exist in connection with complaints about a prolonged proceeding before an administrative court.

AGATA CZERWONKA



PRZESTĘPSTWO ZMUSZANIA DO PROSTYTUCJI

Polska należy do krajów, w których obowiązuje tzw. system abolicyjny, jeśli chodzi o karalność prostytucji. Wynika to z ratyfikowanej przez nasz kraj Konwencji w sprawie zwalczania handlu ludźmi eksploatacji prostytucji z 21.10.1952 r.¹, zakazującej nie tylko penalizacji, ale również rejestracji prostytutek². Takie podejście do zjawiska prostytucji uznać należy za słuszne, gdyż nie piętnuje ono samych prostytutek, ale przewiduje karalność wszelkich form eksploatacji prostytucji, tj. sutenerstwo (czerpanie korzyści z cudzego nierządu w sensie ścisłym), stręczycielstwo (nakłanianie innej osoby do uprawiania prostytucji) i kuplerstwo (czerpanie korzyści za ułatwianie prostytucji).

Według M. Antoniszyna i A. Marka „prostytucja” to zjawisko o skali społecznej polegające na tym, że większa lub mniejsza liczba osób, będących członkami danej społeczności, uprawia proceder polegający na świadczeniu usług seksualnych w zamian za korzyści materialne³. Zdaniem M. Jasińskiej „prostytutka” to osoba, która zaspokaja potrzeby seksualne przygodnych partnerów za zapłatą, bez zaangażowania uczuciowego i w zasadzie bez wyboru⁴. W tej definicji są zawarte cztery elementy, które pozwalały określić dane zachowanie jako prostytuowanie się. Są to: świadczenie usług seksualnych, odpłatność za nie, obojętność uczuciowa i brak wyboru partnera. Nie ma przy tym znaczenia, czy proceder ten opiera się na stosunkach hetero- czy homoseksualnych. Definicja zaprezentowana przez M. Jasińską straciła na aktualności w zakresie dotyczącym braku wyboru i przygodności partnera. Obecnie przyjmuje się definicję prostytucji, w której są pomijane te właśnie elementy. Prostytucja cechuje się oddaniem własnego ciała do dyspozycji innych osób celem osiągnięcia przez nie zadowolenia seksualnego oraz pobieraniem za to wynagrodzenia materialnego⁵. Wskazanie w definicji „większej liczby” osób ma wykluczać z pojęcia definicji prostytucji trwalsze związki międzyludzkie, w których jedna z osób, tj. nieżywiąca żadnych

¹ Dz.U. z 1952 r., Nr 41, poz. 278.

² A. Marek, *Kodeks karny, Komentarz*, Warszawa 2010, s. 465.

³ M. Antoniszyn, A. Marek, *Prostytucja w świetle badań kryminologicznych*, Warszawa 1985, s. 11.

⁴ M. Jasińska, *Proces społecznego wykołajenia młodocianych dziewcząt*, Warszawa 1967, s. 9.

⁵ K. Imieliński, *Seksuologia kulturowa*, Warszawa 1984, s. 56.

emocjonalnych więzi, w zamian za wynagrodzenie materialne, np. wyżywienie, mieszkanie, oddaje do dyspozycji swoje ciało drugiej osobie. Zjawisko to obecnie nazywane „sponsoringiem” jest według mnie jedną z odmian prostytucji „ekskluzywnej”. Element wyboru partnera ma zasadnicze znaczenie. Nie tylko osoba prostytuująca się wybiera swojego klienta, określając w ten sposób swoją pozycję, kierując się wyglądem, wiekiem i zasobnością portfela klienta, ale także osoby korzystające z usług prostytutek mają znacznie większe wymagania. Dotychczas stosunek prostytucyjny był pojmowany jako zbliżony do umowy o usługach⁶, w której towarem było ciało i określone przeżycia emocjonalne, z pominięciem jakiegokolwiek aspektu osobowego. Obecnie stawia się większe wymagania co do osoby prostytutki. Oprócz walorów cielesnych, oczekuje się także pewnego rodzaju poziomu intelektualnego, czy znajomości języków obcych. Zjawisko to przez J. Kurzępę zostało nazwane „uniwersytacją”⁷, gdyż głównie dotyczy studentek i studentów, jako osób oferujących usługi seksualne. Najważniejszym elementem tej usługi jest wynagrodzenie materialne. Według K. Imielińskiego, to właśnie ten element różnicuje osobę uprawiającą prostytucję od osoby korzystającej z usług prostytucji. Bez tego rozróżnienia trudno byłoby rozpoznać klienta, zwłaszcza takiego, który korzysta kolejno z usług wielu prostytutek, a w dodatku spełnia bierną rolę w kontakcie seksualnym, a więc w pewnym sensie oddaje swoje ciało do dyspozycji, jeśli przy tym prostytutka osiągnęłaby zadowolenie seksualne⁸, które mogłoby być potraktowane jako forma wynagrodzenia.

Wywody odnoszące się do przestępstwa z art. 203 k.k. poprzedzić należy syntetycznym rysem historycznym dotyczącym zakresu penalizacji prostytucji na gruncie kodeksu karnego z 1932 r. i z 1969 r.

W kodeksie karnym z 1932 r. prostytucji poświęcono sześć artykułów (207–212). Art. 207 penalizował prostytucję homoseksualną. Przepis ten przewidywał karalność zachowania polegającego na oferowaniu swego ciała osobie tej samej płci w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁹. Czyn zagrożony był karą więzienia do lat 3. Był to jedyny przypadek karalności dobrowolnego (homoseksualnego) obcowania płciowego. Przestępstwo dokonane było z chwilą zaoferowania się innej osobie do czynu nierządowego, nie miało przy tym znaczenia czy inicjatywa należała do osoby płacącej czy otrzymującej zapłatę¹⁰. Chęć zysku decydowała o istocie przestępstwa. Przestępstwo było dokonane nawet jeśli nie doszło do samego aktu seksualnego, a stwierdzić można było samo ofiarowanie

⁶ Ibidem, s. 57.

⁷ J. Kurzępa, *Młodzi, piękni i niedrodzy. Młodość w objęciach seksbiznesu*. W czasie pisania niniejszego opracowania nie została opublikowana pełna treść raportu. Cytowany fragment pochodzi ze źródła internetowego.

⁸ Por. K. Imieliński (red.), *Seksuologia – zarys encyklopedyczny*, Warszawa 1985, s. 293.

⁹ L. Peiper, *Komentarz do Kodeksu Karnego*, Kraków 1936, s. 429, przyjmuje, że za osobę tej samej płci należy także uznać hermafrodytę, u którego w czasie popełnienia tego przestępstwa przeważały właśnie te cechy płciowe.

¹⁰ M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach, Komentarz*, Warszawa 1958, s. 279.

do czynności seksualnej po uzgodnieniu warunków wynagrodzenia. Samo ofiarowanie mogło być przekazane w sposób werbalny lub na piśmie, jak też poprzez gesty, takie jak mruganie lub dawanie znaków rękoma¹¹. Także domaganie się wynagrodzenia ewentualnie jego przyjęcie wypełniało znamiona przestępstwa z wymienionego przepisu¹². Ideą było karanie osób, które z chęci zysku własnego lub innych osób prowokują czyny przeciwne naturze. Ustawodawca dostrzegał w takim zachowaniu wykorzystywanie w celu zarobkowym stanu chorobowego bądź określonych zaburzeń instynktu seksualnego¹³. Natomiast nakłanianie innej osoby do oddania się za pieniądze traktowano jako podżeganie do przestępstwa z art. 207. W art. 208 spenalizowano ułatwianie z chęci zysku cudzego nierządu, zagrożone karą więzienia do lat 5. Zasadniczym warunkiem popełnienia przestępstwa było działanie z chęci zysku. Ułatwianie musiało pozostawać w bezpośrednim związku z danym czynem nierządnym. W uzasadnieniu Komisji Kodyfikacyjnej jasno zaznaczono, że do grupy kuplerów nie można zaliczyć osoby dostarczającej choćby jawnej prostytutce jakichkolwiek świadczeń za normalną odpłatą (lekarz, aptekarz, restaurator). Za istotę kuplerstwa uznano zarobkowy charakter czynu, choćby miał miejsce sporadycznie, a nawet jednorazowo¹⁴. Nie miało znaczenia, czy ostatecznie doszło do aktu seksualnego czy nie. Ponadto pod groźbą kary więzienia i grzywny zabronione było sutenerstwo (art. 209), stręczycielstwo (art. 210) oraz szeroko pojęty handel ludźmi za granicę w celach uprawniania prostytucji (art. 211). Przepisy te miały na celu zwalczanie wszelkich form eksploatacji prostytucji. Sutenerstwo polegało na czerpaniu korzyści z cudzego nierządu, polegającym na pobieraniu wynagrodzenia, niepozostającego w żadnym stosunku do jakichkolwiek świadczeń z jej strony. W przypadku przestępstw z art. 210 i 211 nie ma mowy o jednorazowych lub sporadycznych opłacanych aktach seksualnych, gdyż przepisy te stały na straży szeroko rozumianego interesu społecznego¹⁵. Art. 210 był poświęcony nakłanianiu innej osoby do zawodowego uprawiania prostytucji, bez względu na płeć osoby oferującej tego rodzaju usługi. Choć przepis nie traktował o tym wprost, za nakłanianie uznawano wszelkie formy nacisku (przemoc, groźba, podstęp). Ustawa mówiła o „nakłanianiu” nie o „nakłonieniu”, zatem czyn wypełniał znamiona przestępstwa, nawet gdy owo nakłanianie nie odniosło oczekiwanego skutku¹⁶. W art. 211 nie chodziło wyłącznie o kobiety, istotą przestępstwa było spowodowanie, że inna osoba opuszczała swój kraj (państwo swej przynależności) w celu uprawiania prostytucji, a o kierunku podróży rozstrzygała wola sprawcy. „Wywiezienie”,

¹¹ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 429.

¹² Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 303–304.

¹³ W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 477.

¹⁴ Zob. szerzej, ibidem, s. 478.

¹⁵ Ibidem, s. 480.

¹⁶ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 433.

o którym mowa w przepisie, mogło nastąpić w wyniku użycia przemocy, groźby lub podstęp¹⁷.

W Kodeksie karnym z 1969 r. zachowania związane z prostytutką objęte kryminalizacją obejmowały nakłanianie innej osoby do uprawiania nierządu (art. 174 § 1) i było zagrożone karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. W porównaniu do przepisów k.k. z 1932 r. została podniesiona górna granica zagrożenia z 5 do 10 lat pozbawienia wolności. Karalność sutenerstwa i kuplerstwa przewidywał art. 174 § 2. Należy zwrócić także uwagę na systematykę tego kodeksu, w którym przestępstwa seksualne były traktowane bądź jako przestępstwa przeciwko obyczajności¹⁸, bądź jako przestępstwa przeciwko wolności (rozdział XXII)¹⁹. Na taką dychotomiczną kategoryzację tych przestępstw jasno wskazywał główny przedmiot ochrony. Umieszczenie art. 174 w rozdziale XXIII wskazywało, że przedmiotem ochrony w przypadku przestępstw eksploatacji prostytutki była „obyczajność stosunków seksualnych”²⁰. Niektórzy jednak próbowali przyjąć taką interpretację art. 174, by obejmował swym zakresem również dobra prawne jednostki. Według W. Świdy, ochrona obyczajności następowała poprzez „...ochronę człowieka przed nakłanianiem go do aspołecznego [...] zachowania”²¹. Podobnie J. Skupiński jako jeden z powodów kryminalizacji stręczycielstwa i kuplerstwa wskazywał potrzebę „...ochrony jednostki przed związanym z prostytutką niebezpieczeństwem degradacji społecznej i biologicznej”²². J. Śliwowski zauważał natomiast, że art. 174 § 1 chronił wolność człowieka od podżegania go do aspołecznego, powszechnie potępianego (choć niekaralnego) postępowania i przez to ochraniał obyczajność. Podobnie przedmiot ochrony art. 174 § 2 przedstawił w ujęciu „wolnościowym”. Według niego, celem ustawodawcy było „zabezpieczenie człowieka przed pasożytniczym żerowaniem na jego aspołecznym zachowaniu się, przed popieraniem tego zachowania przez ułatwianie go, co uznane zostaje za przejaw nieobyczajności”²³. Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia projektu kodeksu karnego z 1997 r., w części dotyczącej rozdziału XXV, poglądy J. Śliwowskiego wydają się bardzo trafne. Obowiązujący kodeks karny zawarł w jednym rozdziale przepisy określające przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i przestępstwa przeciwko obyczajności. Te dobra prawne są bowiem najczęściej atakowane łącznie. Jednak J. Warylewski słusznie zauważa, że „najczęściej”

¹⁷ J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 306–307.

¹⁸ Por. art. IX § 1 przepisów wprowadzających d.k.k., przewidujący karę do 3 lat pozbawienia wolności za dostarczanie, zwabianie lub wprowadzanie osoby w celu uprawiania prostytutki, nawet jeżeli działa się to za jej zgodą i art. 204 k.k.

¹⁹ B. Błońska, *Zagadnienia przedmiotu ochrony prawno karnej w przypadku przestępstw eksploatacji prostytutki*, *Studia Iuridica XLVI/2006*, s. 38.

²⁰ I. Andrejew, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 514.

²¹ W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 451.

²² J. Skupiński, *Przestępstwa „wewnątrz krajowej” eksploatacji prostytutki (nakłanianie do uprawiania prostytutki, kuplerstwo i sutenerstwo) w polskim kodeksie karnym*, *Studia Prawnicze 1976*, z. 3.

²³ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 396.

nie znaczy przecież „zawsze”. Jego zdaniem, tytuł rozdziału XXV k.k. wskazuje na dwa różne i samodzielne rodzajowo przedmioty ochrony, a nie jeden, bez względu na stosowane zabiegi terminologiczne²⁴. W związku z tym, że przypadki zmuszania innej osoby do uprawiania prostytucji przemocą, groźbą bezprawną lub przy wykorzystaniu stosunku zależności albo krytycznego położenia nie należą do rzadkości, ustawodawca wprowadził w kodeksie karnym z 1997 r. przestępstwo zmuszania do prostytucji (art. 203). Przedmiotem ochrony art. 203 jest wolność seksualna osoby zmuszanej do prostytucji, nie zaś szeroko pojęta obyczajność. Bez wątplenia w zakresie przedmiotu ochrony zachodzi j tożsamość z przedmiotem ochrony charakterystycznym dla przestępstw zawartych w art. 197 i 199 k.k.²⁵ Osoba dopuszczająca się przestępstwa z art. 203 k.k. odbiera bowiem jednostce prawo do swobodnego dysponowania swoim życiem seksualnym²⁶. Jest to zatem zamach na konstytucyjnie uregulowane podstawowe prawo człowieka do prywatności. Wolność seksualna należy do tych dóbr, które zawsze są w tym kontekście wymieniane²⁷, ponieważ jest ona dobrem prawnym ściśle związanym z osobą człowieka. Stanowi dobro osobiste każdego człowieka, gdyż dotyczy bardzo delikatnej i intymnej sfery jego życia, która odgrywa istotną rolę w jego egzystencji. Rodzaj więzi seksualnych między ludźmi ma duże znaczenie dla całokształtu rozwoju osobowości człowieka, jego stylu życia oraz nawiązywania przez niego kontaktów z innymi ludźmi we wszystkich dziedzinach stosunków międzyludzkich, a więc dla jego sfery prywatnej²⁸. Przepisy prawa karnego mają na celu przede wszystkim ochronę tej najwyższej wartości ludzkiej, jaką jest wolność jednostki. Ochrona ta powinna obejmować wolność od ingerencji, gwałtu, przymusu oraz wolność do dysponowania swoim życiem seksualnym w sposób nienaruszający takiej samej swobody zagwarantowanej innym ludziom²⁹.

J. Warylewski z treści art. 203 k.k. wyprowadza także indywidualny przedmiot ochrony – wolność do wyboru sposobu zarobkowania (zawodu, rodzaju zatrudnienia)³⁰. Z poglądem tym nie zgadza się, moim zdaniem słusznie, B. Błońska, która podnosi, że uznanie tej wolności za indywidualny przedmiot ochrony może budzić wątpliwości w sytuacji, gdy poza omawianym unormowaniem wolność tego rodzaju jest przecież chroniona przez prawo karne, np. w sposób bardzo

²⁴ J. Warylewski, *Problematyka przedmiotu ochrony tzw. przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 2001, nr 9, s. 75.

²⁵ Por. M. Rodzyńkiewicz, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, (red.) A. Zoll, Zakamycze 2006, s. 691.

²⁶ Wyrok SN z dnia 3 lipca 1975 r., II KR 66/75, OSNKW 1975, nr 10–11, poz. 141.

²⁷ J. Warylewski, *Problematyka...*, s. 78, przedstawia wyniki sondażu przeprowadzonego przez Ośrodek Badania Opinii Publicznej na grupie 1123 badanych, w dniach 21–24.11.1998 r. na temat praw człowieka, które Polacy cenią najbardziej. 54% respondentów wskazało, że jest to właśnie prawo do prywatności, przy czym 20% badanych wyraziło pogląd, że prawo to jest w Polsce naruszane.

²⁸ Zob. P. Hofmański, *Konwencja europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 309–316.

²⁹ Szersze uwagi na temat podziału wolności seksualnej na dwa elementy: „wolność od” i wolność do”, zob. M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 37.

³⁰ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności...*, s. 237.

ogólny przez art. 191 k.k. przewidujący karalność zmuszania do jakiegokolwiek zachowania³¹.

Strona przedmiotowa czynu opisanego w art. 203 k.k. polega na doprowadzeniu innej osoby do uprawiania prostytucji, jeżeli sprawca w tym celu posłużył się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, albo wykorzystał stosunek zależności bądź krytyczne położenie tej osoby³².

Przemocą jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku³³. Sposób oddziaływania nie musi być koniecznie skierowany bezpośrednio na ofiarę, lecz także na osobę jej najbliższą, np. bicie dziecka, by wymusić zaprzestanie oporu przez jego matkę³⁴, na rzecz, o ile rozmiar dolegliwości uzasadnia przyjęcie, że ofiara znalazła się w stanie przymusu oraz na zwierzę, np. ukochany pies ofiary³⁵.

Groźbą bezprawną – zgodnie z art. 115 § 12 k.k. – jest zarówno groźba karalna (art. 190 k.k.), jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej, z tym, że nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem. Groźbą karalną jest groźenie innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub na szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona³⁶. Ważne jest, by wzbudziła uzasadnioną obawę jej spełnienia. Groźba może być wyrażona w rozmaity sposób: słownie, na piśmie, gestem. Powinna być jednak jasno uzewnętrzniona. Według A. Marka, przez zagrożenie spowodowania postępowania karnego należy rozumieć postępowanie karne lub karne skarbowe, nie jest nim zaś każde inne postępowanie, np. cywilne, administracyjne, dyscyplinarne lub postępowanie w sprawach o wykroczenie lub wykroczenie skarbowe. Autor wskazuje także, że nie usuwa cech groźby bezprawnej dążenie sprawcy również do innego celu np. wycofania wniosku o ściganie³⁷. Groźba spowodowania postępowania karnego nie musi dotyczyć samego adresata groźby, ale także, podobnie jak przy przemocy, osoby mu najbliższej. Przepis wprost stanowi o „spowodowaniu” postępowania karnego, dlatego też za groźbę bezprawną nie może być uznane uczynienie czegoś w związku z już toczącym się

³¹ Zob. B. Błońska, *Zagadnienia...*, s. 56.

³² J. Piórkowska-Flieger, (w:) T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny, Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 422–423..

³³ T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 65.

³⁴ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 454.

³⁵ M. Mozgawa, (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 385.

³⁶ Ibidem, s. 233.

³⁷ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 339.

postępowaniem karnym³⁸. Formą groźby bezprawnej jest także zapowiedź rozgłoszenia wiadomości uwłaczających czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Zakres tego czynu jest szerszy niż cechy przestępstwa zniesławienia (art. 212 k.k.), gdyż narusza także dobra takie, jak: zdrowie, wolność, nazwisko, wizerunek, swoboda sumienia i inne wymienione w art. 23 k.c.³⁹. Przez rozgłoszenie należy rozumieć podanie informacji do wiadomości większej liczbie osób, a nie pojedynczej osobie⁴⁰. Uważam, że w przypadku przestępstw seksualnych, a zwłaszcza zmuszania do prostytucji, jest to wykładnia wyjątkowo niekorzystna dla adresata groźby. Zdarzyć się bowiem może, że w przypadku osoby uprawiającej prostytucję, tzw. opinia publiczna jest dla niej mniej ważna, niż zachowanie tego faktu w tajemnicy przed osobą najbliższą. Zwłaszcza że często bywa tak, że pod pozorem wyjazdu do innego miasta, w celu podjęcia pracy, kobiety (choć nie tylko) do czasu znalezienia lepszego zajęcia decydują się na uprawianie prostytucji. Rozgłoszenie tego faktu wydaje się być bez znaczenia w tym właśnie środowisku, byleby informacja ta nie dotarła do współmałżonka lub dzieci⁴¹.

Podstęp jako sposób oddziaływania na wolę ofiary należy rozważać w dwóch aspektach: węższym, jako wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu ofiary w zakresie przesłanek motywacyjnych, które wpływają na powzięcie przez ofiarę decyzji oraz szerszym, jako wprowadzenie w błąd lub jego wykorzystanie oraz jako wyzyskanie lub spowodowanie błędu ofiary i doprowadzenie jej przez to do stanu, w którym nie mogła ona podjąć lub zrealizować decyzji woli ze względu na wyłączenie aparatu decyzyjnego lub ruchowego⁴². Trafnie doprecyzowane zostało pojęcie podstępu przez Sąd Najwyższy – „istotą podstępu (...) jest podjęcie takich oszukańczych zabiegów, które zdolne są doprowadzić nawet rozważną, przestrzegającą zasad obyczajności kobietę do poddania się czynowi nierządnemu. Nie stanowi przeto takiego podstępu nakłanianie pełnoletniej, znającej działanie alkoholu, kobiety do picia napojów alkoholowych... Nie będzie też stanowić takiego podstępu np. oszukańcze przyrzeczenie małżeństwa lub tym bardziej oszukańcze przyrzeczenie materialnej rekompensaty za poddanie się czynowi nierządnemu”⁴³. Słusznie uznaje się, że podstępem jest podawanie ofierze narkotyku czy pigułki gwałtu w posiłku lub napoju, które po spożyciu powodują wyłączenie świadomości ofiary. W tym kontekście nasuwa się pytanie, jak należałoby potraktować podanie ofierze tzw. dopalaczy, przyjmując, że nie nastąpiłoby to poprzez rozpuszczenie specyfiku w napoju czy posiłku, lecz poprzez

³⁸ M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 234.

³⁹ Por. A. Wąsek, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz i in., *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2001, s. 398.

⁴⁰ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 340.

⁴¹ Więcej na ten temat, zob.: M. Jasińska, *Proces społecznego...*; J. Kurzępa, *Młodzież pogranicza – „świnki”, czyli o prostytucji nieletnich*, Kraków 2010 oraz zapis rozmowy K. Wiśniewskiej z s. A. Bałchan, *Kobieta nie jest grzechem*, Kraków 2007.

⁴² M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, (w:) System 1989, s. 168.

⁴³ Wyrok SN z 6 września 1974r., III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229.

poczęstowanie. Produkty te do tej pory były uznawane za preparaty ziołowe lub też produkty kolekcjonerskie, substancje w nich zawarte nie znajdowały się na liście środków zakazanych ustawą o przeciwdziałaniu narkomanii, więc mogły być sprzedawane w legalnie działających sklepach. Szybko jednak okazało się, że ich działanie ma charakter zbliżony do narkotycznego, może powodować halucynacje oraz efekty zbliżone do palenia marihuany lub opium. Rodzi się więc pytanie, czy osoba świadoma właściwości tych środków, częstując nimi, w sposób otwarty, kogoś z zamiarem oddziaływania na jego wolę, powinna być traktowana jakby podawała narkotyk czy afrodyzjak. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej⁴⁴ należałoby przyjąć surowsze niż dotychczas traktowanie tych środków, a zatem w przedstawionej powyżej sytuacji jak narkotyk. W związku z tym uważam, że wpłynięcie na decyzję ofiary o uprawianiu prostytucji w rezultacie odurzenia dopalaczami należałoby potraktować jak podstęp.

Zgodnie z treścią art. 203 k.k. można także doprowadzić inną osobę do uprawiania prostytucji, wykorzystując stosunek zależności lub krytyczne położenie tej osoby. Jeśli chodzi o stosunek zależności, to należy przez to pojęcie rozumieć, podobnie jak w art. 199 k.k. – stosunek prawny lub faktyczny (trwały lub przemijający), w którym istotne sprawy jednej osoby (sytuacja służbowa, stan zdrowia, położenie ekonomiczne) zależą od woli innej osoby (np. stosunek między przełożonym a podwładnym, lekarzem a pacjentką, nauczycielem a uczennicą)⁴⁵. J. Warylewski, powołując na pogląd Sądu Najwyższego⁴⁶, twierdzi, że samo istnienie stosunku pracy nie przesądza jeszcze o istnieniu stosunku zależności. Istnienie stosunku zależności wymaga ustalenia, iż los danej osoby zależał decydująco od woli sprawcy⁴⁷. W kontekście podobieństwa znamion przestępstwa z art. 199 k.k. i art. 203 k.k. zastanawiające jest wprowadzenie przez ustawodawcę rozróżnienia w art. 199 k.k. nadużycia stosunku zależności, a w art. 203 – jego wykorzystania. Większość jest zgodna co do tego, że takie rozróżnienie jest nieuzasadnione i może wynikać jedynie z braku dbałości lub „przeoczenia” ustawodawcy. J. Warylewski wskazuje, że użycie dwóch różnych sformułowań w tych przepisach, mogło mieć na celu uwypuklenie wyższej społecznej szkodliwości wykorzystania niż nadużycia, o czym miałyby przesądzać fakt zagrożenia wyższą karą w art. 203 k.k. Jednak wykładnia gramatyczna tych przepisów nie potwierdza tej tezy. W przywołanym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził, że „nadużyciem jest zarówno wykorzystanie przysługujących uprawnień, jak i uzurpowanie uprawnień, które przełożonemu nie przysługują”. Z tą interpretacją Sądu Najwyższego

⁴⁴ Źródło internetowe: uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii i ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej, druk sejmowy 3442 z 05.10.2010, <http://orka.sejm.gov.pl/Druk6ka.nsf/wgdruk/3442>

⁴⁵ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 458.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 14 kwietnia 1977 r., RW108/77, OSNKW 1977, nr 6, poz. 66.

⁴⁷ Zob. szerzej M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 390.

należy się zgodzić. Krytyczne położenie, o którym mowa w omawianym przepisie, to sytuacja, w której osobie pokrzywdzonej grożą poważne szkody osobiste lub majątkowe⁴⁸. Zagrożenie to nie musi dotyczyć tylko życia lub zdrowia, wystarczy takie położenie ofiary wobec sprawcy, że tworzy się między nimi pewna relacja zależności, w której sprawca poniekąd decyduje o „losie” ofiary. M. Mozgawa podaje przykłady związane z udzieleniem pożyczki lub prolongatą długu, jeżeli taka sytuacja uchroniłaby ofiarę przed dotkliwą stratą majątkową lub szkodą moralną, utratą stanowiska albo niemożnością zaspokojenia pilnych potrzeb osób bliskich⁴⁹. Zwłaszcza ta ostatnia sytuacja wydaje się bardzo trafna w przypadku zmuszania do prostytucji, bowiem ta właśnie przyczyna jest jedną z najczęściej wymienianych jako powód rozpoczęcia uprawiania procederu. Nie można mówić o krytycznym położeniu, jeżeli mamy do czynienia jedynie ze zwykłym niedostatkiem finansowym, lub nieodpartą potrzebą zakupu produktów luksusowych, np. futra, biżuterii.

Użycie przez ustawodawcę w art. 203 k.k. znamienia czynnościowo-skutkowego „doprowadza” oznacza, że jest to przestępstwo materialne, którego dokonanie następuje z momentem rozpoczęcia uprawiania prostytucji przez osobę zmuszaną⁵⁰, ale także obejmuje sytuację, gdy osoba trudniąca się prostytucją chciała z niej zrezygnować, a została zmuszona do jej kontynuowania pod wpływem metod wskazanych w przepisie⁵¹. Działanie sprawcy może być jednorazowe bądź też powtarzane lub trwające przez jakiś czas⁵². Natomiast efekt tego działania – uprawianie prostytucji nie może ograniczyć się do jednego, chociażby opłaconego aktu⁵³. A. Marek podaje przykłady stanów, które wyczerpują znamiona art. 203, gdy prostytutce zabrany jest paszport lub inny dokument, albo uniemożliwia się jej opuszczenie domu publicznego⁵⁴. Działania te muszą odbywać się wbrew woli osoby zmuszanej do prostytucji, przy czym ów brak woli nie musi uzewnętrznic się wyrażeniem sprzeciwu.

Celowe wydaje się wyjaśnienie, co ustawodawca rozumie przez uprawianie prostytucji. Sama definicja prostytucji została omówiona wyżej. Jednak opiera się ona głównie o dorobek doktryny, a nie precyzuje dokładnie, na czym polega samo uprawianie. Zgodnie z językowym znaczeniem uprawianie to zajmowanie się regularnie jakąś czynnością, bez aspektu dokonanego. Użycie czasownika „uprawiać” najczęściej wiąże się z wykonywaniem czynności, których nie wykonuje się jednorazowo, np. uprawianie sportu, poezji, roślin, czy seksu (odbywanie stosunków seksualnych). Przyjmując ten tok rozumowania, wypada porównać akty prawne

⁴⁸ Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 458.

⁴⁹ M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 391.

⁵⁰ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 465.

⁵¹ M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 400.

⁵² M. Rodzynkiewicz, (w:) (red.) A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 692.

⁵³ O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, Z. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny, Komentarz*, tom III, Gdańsk 2005, s. 216.

⁵⁴ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 465.

regulujące dziedziny, które ustawodawca uznał za „uprawialne”. I tak ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁵⁵ określa zasady uprawiania i organizowania sportu, przy czym sport jest rozumiany jako „wszelkie formy aktywności fizycznej, które przez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane wpływają na wypracowanie lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej”. Pojęcie „uprawiania” pojawia się także, choć już w innym kontekście znaczeniowym, w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁵⁶. Zgodnie z art. 4 pkt 28 uprawa maku lub konopi to każda uprawa niezależnie od powierzchni. Za uprawianie uznaje się wszystkie działania od momentu nasiania do czasu zbiorów.

Biorąc pod uwagę tak szerokie rozumienie „uprawiania” przez ustawodawcę w innych aktach prawnych, uprawianie prostytucji analogicznie należy rozumieć szeroko. Zatem, moim zdaniem, uprawianie prostytucji polega na wszelkiej formie aktywności, która zmierza do uzyskania wynagrodzenia materialnego w zamian za oddawanie swojego ciała do dyspozycji innych osób, w celu uzyskania przez te osoby zaspokojenia seksualnego. Prostytucję w tym znaczeniu należałoby uznać za czynność *quasi* zawodową, wykonywaną regularnie w celach zarobkowych. Taką formę aktywności należy odróżnić od prowadzenia rozwiązłego trybu życia, polegającego na posiadaniu wielu partnerów seksualnych, niezwiązanego z uzyskiwaniem korzyści materialnych z tego tytułu lub też jednorazowego aktu seksualnego w zamian za zapłatę lub inną korzyść materialną⁵⁷.

Przestępstwo z art. 203 k.k. ma charakter powszechny, a więc może się go dopuścić każdy człowiek zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, z zastrzeżeniem, że wykorzystać stosunek zależności może jedynie ten sprawca, który w nim pozostaje. W tym ostatnim zakresie jest to przestępstwo indywidualne⁵⁸.

Strona podmiotowa polega na umyślności w formie zamiaru bezpośredniego⁵⁹.

Analizowane przestępstwo to występek zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Takie wysokie zagrożenie karne jest porównywalne jedynie z sankcjami za najcięższe przestępstwa seksualne, np. za zgwałcenie w typie podstawowym lub seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej 15 lat. Według J. Warylewskiego, porównując górną granicę zagrożenia, która w przypadku przestępstwa z art. 199 k.k. wynosi „tylko” 3 lata, tak wysokie zagrożenie w omawianym przepisie uznać trzeba za nieuzasadnione⁶⁰. Na poparcie tego poglądu przywołuje projekty Kodeksu karnego z 1990 i 1991 r., które przewidywały 5 lat pozbawiania wolności jako górną granicę zagrożenia za to przestępstwo⁶¹. Moim

⁵⁵ Dz.U. Nr 127, poz. 857.

⁵⁶ Dz.U. z 2007 r., Nr 179, poz. 1485, z dnia 29 lipca 2005 r.

⁵⁷ A. Gimbut, *O problemach prawnych prostytucji w Polsce i ewentualnych środkach jej zwalczania*, Warszawa 1958, s. 346.

⁵⁸ M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 400.

⁵⁹ T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny...*, s. 423.

⁶⁰ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności...*, s. 243.

⁶¹ *Ibidem*, s. 243.

zdaniem, kara, jaką przewiduje ustawodawca, jest odpowiednio wysoka, aby pełniła funkcję prewencyjną w przypadkach zmuszania do prostytucji.

Dziwi brak precyzyjności i konsekwencji ustawodawcy, bowiem może zdarzyć się sytuacja, w której trudno będzie jasno rozgraniczyć, czy sprawca dopuścił się przestępstwa z art. 199 k.k. czy z art. 203 k.k., a kiedy wykorzystał (lub nadużył) stosunek zależności lub krytyczne położenie i doprowadził ofiarę do obcowania płciowego lub do uprawiania prostytucji. Sama powtarzalność tych czynów może okazać się nie wystarczająca. Wydaje się, że najczęstsze przypadki dopuszczenia się tego przestępstwa będą wiązały się z zawodową działalnością przestępczą, czyli będzie miał zastosowanie art. 65 § 1 k.k. W takiej sytuacji sąd wymierza sprawcy, będącym przestępcą zawodowym lub działającym w zorganizowanej grupie lub związku, karę pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Słuszne wydaje się orzeczenie grzywny obok kary pozbawienia wolności, w sytuacji, gdy sprawca dopuścił się tego przestępstwa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁶².

J. Piórkowska-Flieger słusznie wskazuje, że w razie skazania za ten czyn uzasadnione może być orzeczenie środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych⁶³. W omawianym przypadku będzie także uzasadnione zastosowanie środka karnego polegającego na zakazie zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu. Jeżeli przestępstwo było popełnione na szkodę małoletniego, stosownym środkiem karnym będzie zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk (zawodów, działalności) związanych z wychowaniem, edukacją i leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi. Środek ten jest orzekany fakultatywnie, jeżeli sprawca jest skazywany pierwszy raz za tego rodzaju przestępstwo⁶⁴. Zastosowanie będą miały także inne środki karne, np. obowiązek powstrzymywania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub zakaz opuszczania miejsca pobytu bez zgody sądu. Wymienione środki mają charakter fakultatywny i orzekane są terminowo. Wyjątek obligatoryjności orzeczenia środka występuje jedynie w sytuacji gdy sprawca został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Dożywotnie zastosowanie jednego z omawianych środków może nastąpić w sytuacji, gdy sprawca ponownie zostanie skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za

⁶² Za dyskusyjne uważa J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności...*, s. 244, zastosowanie art. 412 k.c. w stosunku do właściciela agencji towarzyskiej, na podstawie którego sąd w postępowaniu cywilnym może orzec przepadek świadczenia (zapłaty za usługę prostytutki) na rzecz Skarbu Państwa. Przepadkowo podlega całe świadczenie, a nie tylko sam zysk (korzyść majątkowa). Wg mnie jest to pogląd słuszny, skoro państwo przyjęło abolicyjną postawę wobec prostytutek, nieuzasadnione byłoby uzyskanie jakiegokolwiek dochodu z takiego zarobkowania.

⁶³ T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny...*, s. 423.

⁶⁴ M. Kulik (w.): *Prawo karne materialne. Część ogólna*, M. Mozgawa, Zakamycze 2006, s. 372.

popęlnienie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletniego. Dodatkowo, popełnienie przestępstwa z art. 203 k.k. na szkodę małoletniego uzasadnia także orzeczenie przez sąd rodzinny ograniczenia lub pozbawiania praw rodzicielskich lub opiekuńczych przysługujących sprawcy. Jeśli chodzi o zbieg przepisów, może on wystąpić w sytuacji gdy sprawca doprowadzi do uprawiania prostytucji osobą małoletnią poniżej lat 15 (zbieg kumulatywny pomiędzy art. 203 k.k. i 200 k.k.). Z uwagi na tożsamość sankcji w powyższych przepisach wybór czynu, za który wymierzona zostanie kara, dokonywany będzie arbitralnie, inaczej niż w przypadku doboru środków karnych i innych środków. Jeżeli przemoc jest sposobem doprowadzenia ofiary do uprawiania prostytucji możliwy jest także zbieg art. 203 z przepisami art. 156 § 1 (ciężki uszczerbek na zdrowiu) oraz art. 157 § 1 i 2 k.k. (średni i lekki uszczerbek na zdrowiu⁶⁵).

W przypadku znęcania się (fizycznego lub psychicznego) nad osobą zmuszaną do uprawiania prostytucji, w sytuacji gdy pozostaje w określonym stosunku zależności (trwałym lub przemijającym) ze sprawcą, może dojść do zbiegu przepisów art. 203 k.k. i art. 207 § 1–2 k.k. A jeżeli owo znęcanie doprowadzi ofiarę do targnięcia się na własne życie, niewykluczony jest także zbieg z § 3 tego artykułu.

Przestępstwo zmuszania do prostytucji nie występuje często w praktyce. Bynajmniej na taką ocenę wskazują dane statystyczne.

Poniższa tabela przedstawia zestawienie postępowań z art. 203 k.k., wszczętych, zakończonych oraz przestępstw stwierdzonych oraz wykrytych w latach 2004–2008. Uwzględniony został także wskaźnik wykrywalności oraz ilość wniosków o objęcie aktem oskarżenia.

Tabela 1. Liczba postępowań⁶⁶

	Postępowania wszczęte	Postępowania zakończone	Prze- stępstwa stwierdzone	Prze- stępstwa wykryte	Wskaźnik wykrywal- ności %	Wnioski o obję- cie aktem oskarżenia
2004	40	37	46	43	93,5	43
2005	34	38	35	32	91,4	32
2006	33	33	42	42	100, 0	41
2007	28	32	55	51	92,7	43
2008	19	23	35	34	97,1	34

⁶⁵ Ibidem, s. 694.

⁶⁶ *Informacja o stanie zagrożenia handlem ludźmi i prostytucją w Polsce w 2008 r.* oprac. w zespole ds. handlu ludźmi MSWiA w oparciu o informacje Centralnego Zespołu dw. z handlem ludźmi KGP, CBS KGP i Komendy Głównej Straży Granicznej (w:) *Handel ludźmi w Polsce – materiały do raportu 2009*, MSWiA, s. 25.

Tabela 2. Sprawcy⁶⁷

	Postępowania stwierdzone	Osoby podejrzane			Sprawcy cudzoziemcy
		Ogółem	Kobiety	Mężczyźni	
2004	46	29	5	24	7
2005	35	17	3	14	4
2006	42	31	6	25	2
2007	55	26	11	15	1
2008	35	23	4	19	6

Tabela 3. Pokrzywdzeni⁶⁸

	Pokrzywdzeni		
	Ogółem	W tym cudzoziemcy	W tym małoletni
2004	47	2	5
2005	34	–	5
2006	44	4	2
2007	38	–	11
2008	28	2	–

Z powyższych danych wynika, że w latach 2004–2008 pokrzywdzonych zostało 191 osób, z czego 23 osoby stanowili małoletni poniżej lat 15. Na uwagę zasługuje również fakt, że pokrzywdzonymi są także osoby nielegitymujące się polskim dokumentem tożsamości; w przypadku tych osób nie trudno sobie wyobrazić łatwość wykorzystania krytycznego położenia. Często bowiem jest tak, że zmuszane do prostytucji są osoby, które przebywają w Polsce nielegalnie, w związku z tym obawiają się zwrócić o pomoc w przypadku jakiegokolwiek naruszenia prawa wobec nich. Z powątpiewaniem odnoszę się także do 8 cudzoziemców pokrzywdzonych w wyniku zmuszania do uprawiania prostytucji. Uważam, że w tym przypadku ciemna liczba osób niezgłaszających się jako pokrzywdzone może okazać się znacznie wyższa. Z danych szacunkowych wojewódzkich komend Policji oraz Komendy Stołecznej Policji wynika, że w 2008 r. w Polsce prostytucję przydrożną uprawiało 751 osób, w tym 2 kobiety poniżej 15 roku życia i 8 kobiet w przedziale 15-18 roku życia. Prostytucję w agencjach towarzyskich uprawiało 2520 osób, w tym jedna kobieta poniżej 15 roku życia, 23 kobiety w przedziale od 15 do 18 roku życia oraz 15 mężczyzn. Wśród osób uprawiających prostytucję

⁶⁷ Ibidem, s. 25.

⁶⁸ Ibidem, s. 26.

najwięcej pochodzi z następujących krajów: 2496 z Polski, 419 z Ukrainy, 212 – z Bułgarii, 119 – z Białorusi. W przypadku cudzoziemek jest obserwowana tendencja uprawiania prostytucji przydrożnej przez Bułgarki (191 osób), a prostytucji w agencjach towarzyskich przez Ukrainki (401 osób) i Białorusinki (112 osób)⁶⁹.

W latach 2004–2008 podejrzanych o jego popełnienie było 126 osób, z czego 97 osób stanowili mężczyźni, cudzoziemcy zaś jedynie 20 osób. Dane te należałoby porównać z informacjami dotyczącymi sprawców przestępstwa z art. 204, gdyż – moim zdaniem – właśnie sutenerzy i kuplerzy wydają się być najsilniej zmotywowani do doprowadzania osób trzecich do uprawiania prostytucji. Liczby te w latach 2004–2008 przedstawiają się następująco:

- sprawy przestępstwa z art. 204 § 1–2 k.k. – ogółem 746 (w tym 539 mężczyzn, 207 kobiet, z czego cudzoziemcy to 44 osoby);
- sprawy przestępstwa z art. 204 § 3 k.k. – ogółem 128 (w tym 80 mężczyzn, 48 kobiet i tylko 1 osoba niebędąca narodowości polskiej);
- sprawy przestępstwa z art. 204 § 4 k.k. – ogółem 4 osoby (3 mężczyzn i 1 kobieta, w tym dwie osoby obywatelstwa innego niż polskiej)⁷⁰.

Mimo że przepis art. 203 k.k. dotyczący przestępstwa doprowadzania do uprawiania prostytucji jest obciążony paroma wadami, o których była mowa wyżej, należy odnieść się pozytywnie do jego wprowadzania do kodeksu karnego. Biorąc pod uwagę wzrastającą liczbę przypadków zmuszania do uprawiania prostytucji, zwłaszcza przez tzw. przestępców zawodowych, słuszne także wydaje się tak wysokie zagrożenie karą analizowanego przestępstwa. Przestępstwo z art. 203 k.k. jest ścigane z urzędu. Podzielam wnioski *de lege ferenda* J. Warylewskiego o konieczności wprowadzenia trybu wnioskowego w sytuacji, gdy sprawca doprowadził pokrzywdzonego do uprawiania prostytucji jedynie wykorzystując istniejący stosunek zależności lub krytyczne położenie, gdyż gwarantowałyby zabezpieczenie interesów ofiary. Tryb ten pozwoliłby pokrzywdzonemu w uzyskaniu pewnej świadomości co do swojej roli w postępowaniu, a także dałby poczucie wpływu na podjęcie określonych czynności przez organy ścigania. W przypadku przestępstw dotyczących tak delikatnej sfery życia, które dodatkowo mają miejsce przy wykorzystaniu okoliczności wymienionych w przepisie, ma to niebagatelne znaczenie dla komfortu psychicznego osoby pokrzywdzonej.

⁶⁹ Przedstawione dane szacunkowe podaję za *Informacja o stanie zagrożenia handlem ludźmi i prostytucją w Polsce w 2008 r.*, s. 28.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 26–27.

STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu jest przestępstwo zmuszania do prostytucji w świetle obowiązującego kodeksu karnego. Szczegółowa analiza art. 203 k.k. (strony przedmiotowej, strony podmiotowej, znamion czynu zabronionego, zagrożenia karą oraz zbiegu przepisów) została poprzedzona rysem historycznym, opartym na przepisach k.k. z 1932 r. i d.k.k. Szczegółowej analizie poddano definicje prostytucji i prostytutki. Podjęto także próbę doprecyzowania, na czym polega samo „uprawianie” w kontekście omawianego czynu. Rozważania zostały poparte głosem doktryny oraz orzecnictwem Sądu Najwyższego. We wnioskach końcowych przedstawiono skalę zjawiska oraz uwagi *de lege ferenda*.

SUMMARY

The subject matter of the article is the crime of coercion into prostitution in the light of the existing Criminal Code. Detailed analysis of Article 203 of the Criminal Code (doer of an offence, object of an offence, traits of a forbidden act, threat of penalty and overlapping provisions) is preceded by a historical outline based on the provisions of the criminal code of 1932 and a former criminal code. The definition of prostitution and a prostitute is thoroughly analyzed, too. The author also attempts to specify what ‘practicing’ means in the context of the discussed acts. The considerations are supported by the doctrine and the Supreme Court rulings. The conclusions present the scale of the phenomenon and comments *de lege ferenda*.

MARTA TUŻNIK



POSTĘPOWANIE W PRZEDMIOCIE
UDZIELENIA ZEZWOLENIA
NA DOBROWOLNE PODDANIE SIĘ
ODPOWIEDZIALNOŚCI
W POSTĘPOWANIU KARNYM SKARBOWYM

I. Charakter prawny dobrowolnego poddania się odpowiedzialności

Konstrukcja postępowania w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności została uregulowana w dwóch oddalonych od siebie rozdziałach Kodeksu karnego skarbowego w rozdziale 2 „Zaniechanie ukarania sprawcy” oraz w rozdziale 16 „Zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności”. Dodatkowo postępowanie to, na co wskazuje art. 22 § 2 k.k.s., jest zaliczane do środków karnych. W związku z tym powstaje wątpliwość co do charakteru prawnego tego trybu szczególnego.

Ustalenie natury dobrowolnego poddania się odpowiedzialności na podstawie samej tylko systematyki kodeksowej i lokaty przepisów nie jest zadaniem łatwym¹. Na niejasność charakteru tej instytucji wskazuje T. Grzegorzczak, którego zdaniem w dawnej ustawie karnej skarbowej z 1971 r. instytucja ta była słusznie traktowana jako konstrukcja karnoprosesowa.

Obecnie niejasność bierze się stąd, że instytucja ta jest traktowana równocześnie jako środek karny i jako instytucja z zakresu zaniechania ukarania sprawcy².

Wątpliwości w tym zakresie potwierdza również A. Światłowski, stwierdzając, że z jednej strony dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest środkiem karnym (art. 22 § 2 pkt. 1 k.k.s.), z drugiej zaś polega na uiszczeniu pewnej kwoty tytułem grzywny, a także w miarę potrzeby wyrażeniu zgody na przepadek przedmiotów, względnie ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów. Kara grzywny jest wymieniona jako jedna z kar za przestępstwa skarbowe (art. 22 § 1 pkt. 1 k.k.s.). Przepadek przedmiotów i ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów są z kolei, tak jak dobrowolne poddanie się

¹ A. Światłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych*, Sopot 2008, s. 198.

² T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 137.

odpowiedzialności, środkami karnymi (22 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s.). Jeżeli więc da się prymat karnoprosesowej charakterystyce tej instytucji i w zgodzie z tytułem rozdziału mieszczącego w sobie art. 17 i art. 18 k.k.s. uzna się, że jest to zaniechanie ukarania sprawcy, będzie to pozostawać w pewnej sprzeczności z zaliczeniem dobrowolnego poddania się odpowiedzialności do środków karnych. Nie będzie natomiast sprzeczności z tytułem działu zawierającego przepisy proceduralne, wszak pociągnięcie do odpowiedzialności karnej nie musi koniecznie polegać na ukaraniu³. Uznaje więc, że istotą dobrowolnego poddania się odpowiedzialności jest dobrowolne zaakceptowanie dolegliwości, którą jest ekwiwalent kary grzywny oraz przepadek lub ściążnięcie jego równowartości. Jedynym sposobem, żeby pogodzić to z tytułem rozdziału obejmującego art. 17 i 18 k.k.s., jest – jego zdaniem – przyjęcie założenia, iż w prawie karnym skarbowym „ukaraniem” jest wyłącznie reakcja za czyn zabroniony, polegająca na wymierzeniu jednej z kar. Poprzestanie na środku karnym nie jest zaś „ukaraniem”, lecz innym sposobem reakcji, polegającym na pociągnięciu do odpowiedzialności, niemniej zastępczym wobec ukarania⁴.

Wydaje się, że powyższe uzasadnia mieszany charakter materialno-procesowy dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. Wyrazicielami tego poglądu są również S. Steinborn, I. Zgoliński oraz J. Sawicki. Ten ostatni uważa, że trudno omawianej instytucji przypisać czysto procesowy charakter. Wynika to z faktu, że sam ustawodawca połączył w niej zarówno funkcję prawa materialnego, jak i prawa procesowego, co znajduje swe praktycznie odzwierciedlenie także od strony formalnej, poprzez usytuowane przedmiotowych przepisów tak w części materialnej, jak i procesowej kodeksu karnego skarbowego⁵.

Natomiast – zdaniem J. Michalskiego – instytucja dobrowolnego poddania się odpowiedzialności nie zmieniła swojego charakteru w stosunku do uregulowań ustawy karnej skarbowej z 1971 r. Zmiany wprowadzone w kodeksie karnym skarbowym, poza rezygnacją z wpisu do rejestru karnego, mają charakter procesowy, a nie materialny, bowiem orzeka sąd, a nie finansowy organ postępowania przygotowawczego⁶. Usytuowanie postępowania w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w dwóch rozdziałach kodeksu karnego skarbowego, moim zdaniem, stanowi wystarczający powód do przyznania tej instytucji charakteru mieszanego materialno-procesowego.

³ A. Świątłowski, *Jedna...*, s. 198–199.

⁴ *Ibidem*, s. 200.

⁵ S. Steinborn, *Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej*, Kraków 2005, s. 101; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania sprawcy w prawie karnym skarbowym*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, (red.) L. Bogunia, Wrocław 2001, tom IX, s. 358; I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w prawie karnym skarbowym*, Warszawa 2011, s. 67.

⁶ J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego*, Warszawa 2000, s. 44.

II. Przesłanki dobrowolnego poddania się odpowiedzialności

Postępowanie w przedmiocie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności obejmuje dwie fazy: negocjacyjną oraz decyzyjną. Procedura negocjacyjna ma miejsce między sprawcą a finansowym organem postępowania przygotowawczego w sprawie wniosku sprawcy o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Fazę tę kończy wniosek organu finansowego postępowania przygotowawczego do sądu o udzielenie sprawcy zezwolenia lub postanowienie o odmowie wystąpienia z tym wnioskiem. Faza druga (decyzyjna) to postępowanie przed sądem w przedmiocie powyższego wniosku⁷. Finansowym organem postępowania przygotowawczego są: urząd skarbowy, inspektor kontroli skarbowej oraz urząd celny (art. 53 § 37 k.k.s.), a niefinansowymi organami: Straż Graniczna, Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Żandarmeria Wojskowa oraz Centralne Biuro Antykorupcyjne (art. 53 § 38 k.k.s.).

Przesłanki tego postępowania można podzielić na pozytywne oraz negatywne. Wśród przesłanek pozytywnych można wyróżnić: przesłanki ogólne i szczegółowe. Przesłanka ogólna to nie budząca wątpliwości wina sprawcy i okoliczności popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego (art. 17 § 1 k.k.s.). Musi to wynikać z wniosku finansowego organu postępowania przygotowawczego do sądu o zastosowanie tej instytucji. Ustawa nie wymaga, aby sprawca przyznał się do winy. Trudno jednak sobie wyobrazić sytuację, gdy sprawca całkowicie zaprzecza popełnieniu czynu zabronionego, występując jednocześnie z wnioskiem o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Jednakże nawet przyznanie się do winy nie zwalnia finansowego organu postępowania przygotowawczego od obowiązku zbadania i ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego. W razie powstania wątpliwości w tym zakresie sąd nie powinien uwzględnić wniosku⁸.

W myśl poglądu Sądu Najwyższego „zgodnie z brzmieniem normy zawartej w przepisie art. 17 § 1 k.k.s., sąd może udzielić zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, jeżeli wina sprawcy i okoliczności popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego nie budzą wątpliwości. Powyższy wymóg odnosi się tu wprost do sądu udzielającego zezwolenia, ale jest oczywiste, że dotyczy on także organu finansowego, który występuje z wnioskiem do sądu o udzielenie zezwolenia (art. 145 k.k.s.). Sam fakt złożenia przez sprawcę wniosku nie przesądza o jego winie czy sprawstwie. Powinny one wynikać z całokształtu okoliczności sprawy. Nie wymaga się tu wyraźnie przyznania się sprawcy do winy, ale przy braku przyznania należy tym bardziej wnikliwie i ostrożnie ocenić zebrany

⁷ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 575; R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 118.

⁸ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 75–76; G. Skowronek, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności na gruncie Kodeksu karnego skarbowego*, Prok. i Pr. 2005, nr 3, s. 157.

materiał dowodowy, choć jest równie oczywiste, że samo przyznanie też nie przesądza automatycznie o sprawstwie i winie przyznającego się. Zarówno zatem organ finansowy, jak i sąd powinny ocenić materiał dowodowy w kontekście oświadczenia dowodowego (wyjaśnień) podejrzanego i na ich podstawie, a nie na jego wniosek o zezwolenie na poddanie się karze, ustalić, czy spełniony jest warunek wynikający z art. 17 § 1, a dotyczący jasności co do winy i sprawstwa wnioskującego⁹.

Przesłankami szczegółowymi są:

- 1) uiszczenie w całości wymagalnej należności publicznoprawnej, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło uszczuplenie tej należności (art. 17 § 1 pkt 1 k.k.s.);
- 2) uiszczenie kwoty odpowiadającą co najmniej najniższej karze grzywny grożącej za dany czyn zabroniony (art. 17 § 1 pkt 2 k.k.s.);
- 3) wyrażenie zgody na przepadek przedmiotów, co najmniej w takim zakresie, w jakim ten przepadek jest obowiązkowy, a w razie niemożności złożenia tych przedmiotów – uiszczenie ich równowartości pieniężnej; chyba, że przepadek dotyczy przedmiotów, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przewóz, przenoszenie lub przesyłanie jest zabronione (art. 16 § 2 zdanie trzecie k.k.s.) oraz albo uiszczono należność publicznoprawną dotyczącą przedmiotów zagrożonych przepadkiem, chyba, że należność ta jest niewspółmiernie niska do kwoty równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów albo przepadek dotyczy przedmiotów, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przewóz, przenoszenie lub przesyłanie jest zabronione lub które zostały specjalnie przysposobione do popełnienia czynu zabronionego (art. 31 § 3 pkt 2 k.k.s.) – (art. 17 § 1 pkt 3 k.k.s.);
- 4) uiszczenie co najmniej zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 grudnia 2005 r. w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania związanych ze zgłoszeniem wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe¹⁰ wynosi ona 1/12 minimalnego miesięcznego wynagrodzenia przy wykroczeniach skarbowych i 1/10 tego wynagrodzenia przy przestępstwach skarbowych) – (art. 17 § 1 pkt 4 k.k.s.)¹¹.

Przesłanki pozytywne muszą wystąpić kumulatywnie. Jednakże zgodnie z trafnym stanowiskiem Sądu Najwyższego tylko przesłanki określone w art. 17 § 1 pkt 1–3 k.k.s. są materialnoprawnymi warunkami udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności¹². Przesłanka polegająca na uiszczeniu co

⁹ Postanowienie SN z dnia 25 maja 2005r., III KK 84/05, niepubl.

¹⁰ Rozporządzenie to stanowi delegację ustawową przepisu art. 143 § 6 k.k.s. (Dz.U. Nr 244, poz. 2074).

¹¹ D. Świecki, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w kodeksie karnym skarbowym*, PS 2001, nr 3, s. 107; R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 118; W. Bednarek, J. Dobkowski, Z. Kopacz, *Podstawowe instytucje prawa karnego skarbowego: tablice poglądowe*, Olsztyn 2001, s. 55.

¹² Uchwała SN z dnia 25 października 2000r., I KZP 24/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96.

najmniej zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania ma charakter procesowy (art. 17 § 1 pkt 4 k.k.s.). Art. 17 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s. nakłada obowiązki polegające na uiszczeniu kwoty odpowiadającej co najmniej najniższej karze grzywny grożącej za dany czyn zabroniony oraz wyrażeniu zgody na przepadek przedmiotów lub ewentualne uiszczenie ich równowartości pieniężnej bezpośrednio na samego sprawcę. Natomiast obowiązek uiszczenia należności publicznoprawnej oraz zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania (art. 17 § 1 pkt 1 i 4 k.k.s.) nie jest kierowany pod adresem sprawcy („uiszczono”), co oznacza, że może je spełnić inny podmiot, np. w którego imieniu sprawca działał¹³.

Negatywnymi przesłankami trybu dobrowolnego poddania się odpowiedzialności są:

- 1) przestępstwo skarbowe zagrożone jest karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności (art. 17 § 2 pkt 1 k.k.s.);
- 2) przestępstwo skarbowe zagrożone tylko karą grzywny popełniono umyślnie, powodując uszczuplenie należności publicznoprawnej dużej wartości lub wartość przedmiotu czynu zabronionego jest duża (art. 37 § 1 k.k.s.) oraz w warunkach określonych w art. 38 § 2 (niektóre przypadki nadzwyczajnego obostrzenia kary przy wielkiej wartości przedmiotu czynu zabronionego) – art. 17 § 2 pkt 2 k.k.s.;
- 3) zgłoszono interwencję co do przedmiotu podlegającego przepadkowi, chyba że zostanie ona cofnięta przez interwenienta do czasu wniesienia aktu oskarżenia do sądu (art. 17 § 2 pkt 3 k.k.s.)¹⁴.

Nie można stosować tej instytucji w razie popełnienia przestępstwa skarbowego w okolicznościach zaostrzających karę (art. 37 § 1 i art. 38 § 2 k.k.s.), gdyż przy zaostrzeniu takim można za czyn zagrożony grzywną wymierzyć karę ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności. Wydaje się oczywiste, że możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności albo kary pozbawienia wolności wyłącza wydanie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Chodzi o to, że dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, jako rezultat negocjacji między organem procesowym a sprawcą, nie może wykraczać poza zagrożenie karą o dolegliwości ekonomicznej. W przeciwnym razie w odbiorze społecznym mogłoby się pojawiać wrażenie, że można sobie „kupić wolność za pieniądze”.

Trafnie wskazuje się w literaturze, że podstawowe znaczenie ma przyjęcie od początku właściwej kwalifikacji prawnej czynu, której dotyczy wnioszek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności¹⁵.

¹³ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 76; J. Sawicki, *Zaniechania ukarania jako element polityki karnej w prawie karnym skarbowym*, Wrocław 2011, s. 201.

¹⁴ R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 119; J. Deliś, *Problematyka prawa karnego skarbowego*, Warszawa 2002, s. 16; A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Leksykon prawa karnego skarbowego*, Wrocław 2005, s. 96; W. Bednarek, J. Dobkowski, Z. Kopacz, *Podstawowe instytucje...*, s. 55.

¹⁵ J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania sprawcy...*, s. 356; tenże, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 205; M. Stepanów, *Konsensualne rozstrzygnięcie w sprawach karnych skarbowych*, Prok. i Pr. 2001, nr 11, s. 68; Z. Gostyński, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł II: Postępowanie w sprawach o prze-*

Sąd, udzielając zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, orzeka:

- 1) tytułem kary grzywny kwotą uiszczoną przez sprawcę;
- 2) przepadek przedmiotów tylko w takich granicach, w jakich sprawca wyraził na to zgodę, a w razie niemożności ich złożenia – uiścił ich równowartość pieniężną (art. 18 § 1 pkt 1 i 2 k.k.s.)¹⁶.

Prawomocny wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego (art. 18 § 2 k.k.s.).

Uiszczenie określonej kwoty tytułem kary grzywny za przestępstwo skarbowe w drodze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności nie stanowi przesłanki recydywy skarbowej określonej w art. 37 § 1 pkt 4 (art. 18 § 3 k.k.s.). Skoro dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie jest ani skazaniem, ani karą, to w stosunku do takiego sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego nie stosuje się prawnych następstw skazania, tj. konsekwencji wynikających bądź z mocy prawa bądź ustalonych przez właściwe organy¹⁷. Sprawca czynu może w dalszym ciągu, jeżeli wcześniej nie był karany, otrzymać zaświadczenie stwierdzające niekaralność za przestępstwo skarbowe¹⁸.

Przepis art. 18 § 1 k.k.s. nie wymienia zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania jako składnika orzeczenia o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. W związku z tym nie ma potrzeby, aby wyrok sądu zawierał takie rozstrzygnięcie¹⁹.

III. Faza negocjacyjna postępowania w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności

Przebieg postępowania w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, jak już wskazano, można podzielić na dwie fazy: negocjacyjną (art. 142–147 k.k.s.) oraz decyzyjną (art. 148–149 k.k.s.).

Wniesienie do sądu wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności wymaga zarówno uprzedniego wszczęcia postępowania przygotowawczego, jak i przedstawienia zarzutów, gdyż wniosek organu finan-

stępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Tytuł III: Postępowanie wykonawcze, Warszawa 2000, s. 228; I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się...*, s. 111.

¹⁶ W. Bednarek, J. Dobkowski, Z. Kopacz, *Podstawowe instytucje...*, s. 56.

¹⁷ Uzasadnienie Rady Ministrów RP do projektu ustawy – Kodeks karny skarbowy, (w:) Kodeks karny skarbowy z wprowadzeniem J. Sobczaka, Warszawa 1999, s. 152.

¹⁸ M. Stepanów, *Konsensualne rozstrzygnięcie...*, s. 68; Zob. ustawa z dnia 24 maja 2000r. o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. Nr 50, poz. 580 z późn. zm.).

¹⁹ Zob. W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 83; D. Świecki, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności...*, s. 109–110.

sowego powinien bowiem zawierać dokładne określenie zarzucanego sprawcy czynu²⁰.

W postępowaniu prowadzonym przez finansowy organ postępowania przygotowawczego, zanim wniesiono akt oskarżenia, sprawca przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego może zgłosić wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 142 § 1 k.k.s.).

Wniosek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności może być złożony *verba legis* „zanim wniesiono akt oskarżenia” (art. 142 § 1 k.k.s.), a więc także po końcowym zaznajomieniu z materiałami dochodzenia. Termin powyższy ma charakter prekluzyjny i wniosek złożony po wniesieniu aktu oskarżenia jest bezskuteczny. Jest natomiast możliwy w razie zwrotu sprawy przez sąd do uzupełnienia postępowania przygotowawczego (art. 345, 397, 437 § 2 k.p.k.), a także gdyby prokurator, któremu przekazano do wniesienia akt oskarżenia (art. 155 § 2 k.k.s.), zarządził uzupełnienie dochodzenia (art. 331 § 1 k.p.k.)²¹.

Przed pierwszym przesłuchaniem finansowy organ postępowania przygotowawczego jest obowiązany pouczyć sprawcę także o prawie złożenia takiego wniosku (art. 142 § 2 k.k.s.). W tym zakresie ustawodawca wykazał niekonsekwencję polegającą na tym, że w świetle art. 142 § 2 k.k.s. nałożył obowiązek pouczenia sprawcy czynu karnego skarbowego o prawie złożenia takiego wniosku przed pierwszym przesłuchaniem, ale uczynił to jedynie wobec finansowego organu postępowania przygotowawczego. Być może było to wynikiem tego, że uprawnionym do prowadzenia negocjacji ze sprawcą jest wyłącznie finansowy organ postępowania przygotowawczego. W niczym nie zmienia to faktu, jak słusznie podnosi się w literaturze, że sprawca może taki wniosek złożyć również przed niefinansowym organem postępowania przygotowawczego i o uprawnieniu takim powinien być pouczony, także przez niefinansowy organ postępowania przygotowawczego, choć *expressis verbis* nie wynika to z ustawy²².

Pouczenie sprawcy o prawie złożenia przedmiotowego wniosku przed pierwszym przesłuchaniem oznacza, że do tego pouczenia dochodzi po ogłoszeniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub poinformowaniu o treści zarzutu, ale przed przesłuchaniem określonej osoby w charakterze podejrzanego. Brak pouczenia lub mylne pouczenie nie może wywoływać ujemnych skutków dla uczestnika postępowania karnego skarbowego (art. 16 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Wobec tego należy przyjąć, że wniesienie aktu oskarżenia w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, w której dopuszczalne jest zastosowanie insty-

²⁰ H. Skwarczyński, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w Kodeksie karnym skarbowym*, MP 2006, nr 4, s. 30.

²¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 578; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 234.

²² H. Skwarczyński, *Uprawnienia Straży Granicznej w postępowaniu o przestępstwa i wykroczenia skarbowe*, WPP 2003, nr 3, s. 101–102; tenże, *Uprawnienia Żandarmerii Wojskowej w postępowaniu karnym skarbowym*, WPP 2001, nr 3–4, s. 36–37; tenże, *Udział Policji w postępowaniu karnym skarbowym*, Prz. Pol. 2001, nr 3, s. 115; I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się...*, s. 130.

tucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, bez uprzedniego pouczenia sprawcy o prawie do złożenia wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, może determinować wydanie przez sąd postanowienia o zwrocie sprawy w celu uzupełnienia braku w zakresie omawianego pouczenia (art. 345 § 1 w zw. z art. 339 § 3 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Ponadto sąd ma taką możliwość także wówczas, gdy pouczenie nie obejmowało poinformowania sprawcy o czynnościach, jakich powinien dopełnić przed wystąpieniem do sądu z wnioskiem o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności²³.

Jeżeli sprawcą jest osoba w wieku po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, wniosek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności może w jego imieniu zgłosić przedstawiciel ustawowy (art. 142 § 3 k.k.s.). Trafnie wskazuje się w literaturze, że możliwość złożenia wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie wyklucza wniesienia takiego wniosku przez samego małoletniego sprawcę. Do takiego stwierdzenia uprawnia treść art. 76 k.p.k. stanowiącego m.in., że przedstawiciel ustawowy może podejmować na korzyść nieletniego oskarżonego wszelkie czynności procesowe, w tym składać wnioski. Jednocześnie przepis art. 76 k.p.k. nie pozbawia tego prawa małoletniego sprawcę²⁴. Wobec tego słusznie przyjmuje się, że z wnioskiem o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności może wystąpić sam małoletni sprawca przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego.

Wniosek sprawcy o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności może być złożony na piśmie albo ustnie do protokołu (art. 142 § 4 k.k.s.). Wybór formy należy do sprawcy. Złożenie ustne wniosku przed finansowym organem postępowania przygotowawczego wymaga zaprotokołowania przez ten organ. Może to być osobny protokół, lecz gdy zgłoszenie wniosku nastąpiło w trakcie przesłuchania, nie jest uchybieniem wpisanie treści wniosku do protokołu przesłuchania²⁵.

IV. Treść i forma wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności

Składając wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, należy łącznie uiścić:

- 1) należność publicznoprawną, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło uszczuplenie tej należności, chyba że do chwili zgłoszenia wniosku ta wymagalna należność została w całości uiszczona;

²³ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 687–688; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 234.

²⁴ A.R. Światłowski (w:) *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, Gdańsk 2007, s. 756.

²⁵ Z. Gostyński, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego...*, s. 214.

- 2) tytułem kary grzywny kwotę odpowiadającą co najmniej jednej trzeciej minimalnego wynagrodzenia, a za wykroczenie skarbowe – kwotę odpowiadającą co najmniej jednej dziesiątej tego wynagrodzenia;
- 3) co najmniej zryczałtowaną równowartość kosztów postępowania (art. 143 § 1 k.k.s.). Do wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności należy dołączyć dowody wykonania wymienionych wyżej czynności (art. 142 § 4 k.k.s.)²⁶.

Poza tym w treści wniosku powinny znaleźć się: 1) dane osobowe sprawcy, 2) dokładne określenie czynu, 3) określenie kwalifikacji prawnej czynu, 4) wymienienie czynności sprawcy w związku z wypełnieniem warunków dobrowolnego poddania się odpowiedzialności polegających na: a) uiszczeniu należności publicznoprawnej, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło jej uszczuplenie, chyba, że do chwili zgłoszenia wniosku należność ta została w całości uiszczona, b) uiszczeniu tytułem grzywny kwoty odpowiadającej co najmniej jednej trzeciej minimalnego wynagrodzenia, a za wykroczenie skarbowe – kwoty odpowiadającej co najmniej jednej dziesiątej tego wynagrodzenia, c) uiszczeniu co najmniej zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania, d) wyrażeniu zgody na przepadek przedmiotów, a w razie niemożności ich złożenia – uiszczenie ich równowartości (art. 143 § 1–3 k.k.s.), 5) oznaczenie sądu właściwego do udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 145 § 2 k.k.s.).

Wniosek taki powinien zawierać uzasadnienie, które zgodnie z art. 145 § 3 k.k.s. może być ograniczone do wskazania dowodów świadczących o tym, że wina sprawcy i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie budzą wątpliwości, a nadto innych okoliczności świadczących o tym, że w danej sprawie można zezwolić na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, w szczególności ze względu na to, że jest to wystarczające dla zaspokojenia uzasadnionego interesu finansowego Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego uprawnionego podmiotu²⁷.

Analizując treść art. 143 § 1 k.k.s., powstają wątpliwości związane z tym, jak we wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności powinna być określona grzywna w przypadku przestępstwa skarbowego. Chodzi o to, czy należy w tym przypadku zastosować system stawek dziennych zgodnie ze wskazaniem art. 23 k.k.s. czy określać grzywnę kwotowo.

²⁶ J. Deliś, *Problematyka prawa...*, s. 16–17; W. Bednarek, J. Dobkowski, Z. Kopacz, *Podstawowe instytucje...*, s. 159; J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, Warszawa 2007, s. 188; H. Wnękowska-Kryże, *Kodeks karny skarbowy. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2000, s. 209–211; A.M. Dereń, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz i omówienie przepisów*, Bydgoszcz 1999, s. 249–252; E. Chrzanowska, E. Góra, D. Jankowiak, *Kodeks karny skarbowy*, Gdańsk 2000, s. 23–24; L. Wojczewski, *Prawo karne skarbowe. Postępowanie karne skarbowe*, Szczytno 2002, s. 58–59; T. Stępień, K. Stępień, *Kodeks karny skarbowy z komentarzem*, Bielsko-Biała 1999, s. 64.

²⁷ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, tom II, Kraków 2006, s. 1080.

Oba przedstawione rozwiązania znajdują potwierdzenie w poglądach przedstawicieli doktryny²⁸.

J. Michalski uważa, że w ramach środka karnego, jakim jest dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, orzekana jest m.in. kara grzywny. Skoro tak, to w wypadku przestępstwa skarbowego kara taka musiałaby być określona w systemie stawek dziennych. W takim przypadku wniosek o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności zawierający jedynie wskazanie kwoty nie pozwoliłby dokonać ustalenia okoliczności, które powinny warunkować ilość stawek i wysokość jednej stawki. Musiałby więc być przez sąd nieuwzględniony (art. 147 k.k.s.) albo sprawa musiałaby być przekazana finansowemu organowi postępowania przygotowawczego do uzupełnienia braków (art. 345 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)²⁹.

Z. Radzikowska wywodzi, że ze sformułowania określonego w art. 18 § 1 pkt 1 k.k.s. wynika obowiązek kwotowego określenia sumy, którą sprawca przestępstwa skarbowego powinien uiścić tytułem grzywny. Jest to odstępstwo od obowiązującego w odniesieniu do przestępstw skarbowych tzw. systemu „dniówkowego”³⁰.

T. Grzegorzczak jest zdania, że jednym z warunków złożenia do sądu wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest to, żeby sprawca uiścił kwotę odpowiadającą co najmniej najniższej kwocie grzywny grożącej za dany czyn zabroniony (art. 17 § 1 pkt 2 i 3 k.k.s.). Kodeks nigdzie nie określa dolnej granicy grzywny, zatem – jego zdaniem – za przestępstwa skarbowe wynosi ona 10 stawek dziennych, przy czym wysokość jednej stawki wynosi nie mniej niż 1/30 minimalnego wynagrodzenia ani nie więcej niż jej czterystokrotność (art. 23 § 1 i 3 k.k.s.). Z dalszych przepisów kodeksu karnego skarbowego wynika, że w trakcie negocjacji sprawca powinien wpłacić w wypadku przestępstwa skarbowego kwotę równą co najmniej 1/3 minimalnego wynagrodzenia (art. 143 § 1 pkt 2 k.k.s.), a finansowy organ postępowania przygotowawczego może domagać się stosownych dopłat, przy czym w trybie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności grzywna nie może być wyższa niż połowa sumy odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia za dany czyn zabroniony (art. 146 § 2 pkt 1 k.k.s.). W przypadku przestępstw skarbowych należy więc najpierw ustalić wysokość jednej stawki dziennej grzywny z uwzględnieniem wskazań płynących z art. 23 § 3 k.k.s., a następnie wielkość całej kwoty, która nie może być wyższa niż iloczyn ustalonej stawki i połowy liczby stawek wynikających z zagrożenia grzywną przewidzianego w naruszonym przepisie części szczególnej kodeksu karnego skarbowego. Wobec tego najwyższą grzywnę za przestępstwo skarbowe regulowaną

²⁸ M. Marciniak, *Problematyka kary grzywny za przestępstwo skarbowe w przypadku wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności*, Prok. i Pr. 2006, nr 1, s. 100–102.

²⁹ J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego...*, s. 44.

³⁰ Z. Radzikowska, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze. Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, G. Bogdan, A. Nita, Z. Radzikowska, A.R. Światłowski, Warszawa 2000, s. 45.

w trybie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności ustala się w następujący sposób: $400 \times (\text{minimalne wynagrodzenie} \times 1/30) \times 360$ ³¹.

M. Marciniak, aprobując stanowisko T. Grzegorzcyka, uważa, że finansowy organ postępowania przygotowawczego, kierując do sądu wnioski o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, powinien dla realizacji przesłanki określonej w art. 17 § 1 pkt 2 k.k.s. ustalić kwotę odpowiadającą co najmniej najniższej karze grzywny grożącej za dany czyn zabroniony. Oznacza to, że w przypadku przestępstw skarbowych powinien ustalić zarówno liczbę stawek, jak i wysokość jednej stawki, w sposób zgodny z art. 23 § 1 i 3 k.k.s., aby stwierdzić, jaka jest w danym przypadku najniższa kara grzywny. Następnie powinien podjąć negocjacje ze sprawcą co do wysokości kary, która nie może być niższa niż iloczyn wcześniej ustalonej liczby stawek i wysokości jednej stawki³².

Do takich samych ustaleń jak T. Grzegorzcyk i M. Marciniak prowadzą rozważania A.R. Światłowski, który uważa, że górna granica kwoty uiszczanej tytułem kary grzywny za przestępstwo skarbowe w drodze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności to połowa czterystukrotności jednej trzydziestej minimalnego wynagrodzenia pomnożona przez maksymalną liczbę stawek dziennych przewidzianych w odpowiednim przepisie części szczególnej dla danego typu czynu zabronionego, a więc po odpowiednim przekształceniu – sześć i dwie trzecie minimalnego wynagrodzenia pomnożone przez liczbę stawek dziennych przewidzianych w przepisie części szczególnej za dane przestępstwo skarbowe³³. Inaczej co prawda wygląda sam zapis tego działania matematycznego, ale i tak prowadzi on do tego samego wyniku, co ustalenia T. Grzegorzcyka.

T. Razowski dowodzi, że kodeks karny skarbowy w żaden sposób nie różnicuje analizowanego środka karnego na gruncie przestępstw i wykroczeń skarbowych. Stałoby się normatywnie nieuzasadnione przyjęcie, że w wypadku pierwszej kategorii czynów karnych skarbowych jest uzasadnione określenie wskazanego obowiązku w systemie stawkowym, a w ramach drugiej z tych kategorii w systemie kwotowym. Tym samym odpada argument zróżnicowania na tle tego środka rozstrzygnięć dotyczących sprawców przestępstw skarbowych i sprawców wykroczeń skarbowych. Pogląd ten aprobuje J. Sawicki³⁴.

Jak słusznie podnosi się w literaturze, grzywna w systemie stawek dziennych jest w swoim założeniu sprawiedliwsza niż grzywna kwotowa, ponieważ ustalając liczbę stawek, bierze się pod uwagę społeczną szkodliwość czynu, natomiast ustalając wysokość jednej stawki, bierze się pod uwagę szeroko pojętą sytuację

³¹ T. Grzegorzcyk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 141.

³² M. Marciniak, *Problematyka kary grzywny...*, s. 105.

³³ A.R. Światłowski (w:) *Kodeks karny skarbowy...*, G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, s. 769–770.

³⁴ T. Razowski, *Sposób określenia we wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności kwoty uiszczanej przez sprawcę przestępstwa skarbowego*, PS 2004, nr 11/12, s. 149–150; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 199.

materialną sprawcy. Zgodnie z art. 23 § 3 k.k.s., ustalając stawkę dzienną, sąd bierze pod uwagę dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe oraz możliwości zarobkowe. Stawka dzienna nie może być niższa od jednej trzydziestej części minimalnego wynagrodzenia ani też przekraczać jej czterystukrotności.

Natomiast za określeniem we wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności kwoty grzywny przemawia z kolei literalna wykładnia przepisów art. 18 § 1 pkt 1 k.k.s., art. 143 § 1 pkt 2 k.k.s., art. 146 § 2 pkt 1 k.k.s., w których mowa jest o „kwocie”, a nie grzywnie. Uprawnia więc to do przyjęcia, że w przypadku tej instytucji nie chodzi o grzywnę, ale o kwotę uiszczoną tytułem kary grzywny³⁵.

Argumentacja za przyjęciem stanowiska, że we wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności należy podawać ściśle określoną kwotę jest, moim zdaniem, przekonująca. Poza tym, co wskazano wyżej, sam ustawodawca posługuje się np. w przepisie art. 17 § 1 pkt 2 k.k.s., art. 18 § 1 pkt 1 k.k.s., art. 143 § 1 pkt 2 k.k.s. czy art. 146 § 2 pkt 1 k.k.s określeniem „kwoty”, co wyraża jasną intencję prawodawcy w tej mierze.

Przepisy art. 143 § 2 i 3 k.k.s. odnoszą się do dodatkowego obowiązku pojawiającego się, gdy czyn zagrożony jest także przypadkiem przedmiotów. Z uwagi na ten obowiązek poddanie się odpowiedzialności jest wykluczone, gdy złożono już w sprawie interwencję, chyba, że będzie ona wycofana (art. 17 § 2 pkt 3 k.k.s.).

Jeżeli przypadek ten jest obligatoryjny, sprawca ma obowiązek wyrazić zgodę na ich przypadek, a gdyby nie mógł już złożyć faktycznie tych przedmiotów (zużycie, wyzbycie się, utrata) – wpłacić kwotę odpowiadającą równowartości tych przedmiotów (art. 143 § 2 k.k.s.). Należy wówczas wyjaśnić także powód niemożności złożenia przedmiotu (nie może stanowić podstawy zapłaty równowartości samo gołosłowne oświadczenie sprawcy) oraz wykazać podstawę i sposób obliczenia tej równowartości; braki w tym zakresie mogą być uzupełnione w trybie wskazanym w art. 120 k.p.k. i w toku negocjacji.

Gdy natomiast przypadek przedmiotów jest jedynie fakultatywny, sprawca musi:

- 1) wyrazić zgodę na przypadek bądź też
- 2) wystąpić o jego nieorzeczenie albo
- 3) gdyby nie mógł złożyć jedynie niektórych przedmiotów objętych przypadkiem, uiścić ich równowartość pieniężną, a co do pozostałych wyrazić zgodę na przypadek albo też wystąpić o jego nieorzeczenie (art. 143 § 3 k.k.s.)³⁶.

Uiszczenie równowartości pieniężnej przypadku przedmiotów nie wchodzi jednak w rachubę w odniesieniu do przedmiotów, którymi dysponowanie jest zakazane (art. 143 § 4 k.k.s. w zw. z art. 29 pkt 4 k.k.s.). W takim wypadku konieczna jest zgoda na przypadek, a przy niemożności jej udzielenia niezbędne staje się

³⁵ M. Marciniak, *Problematyka kary grzywny...*, s. 101.

³⁶ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 581–582.

przeprowadzenie postępowania bez dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, gdyż przepadek jest zawsze obligatoryjny (art. 30 § 6 k.k.s. i art. 49 § 1 k.k.s.). To samo dotyczy sytuacji, gdy sprawca uiszczył już należność publicznoprawną związaną z przedmiotem, co mogłoby uzasadniać nieorzeczenie przepadku, ale jeżeli jest to rzecz, którą dysponowanie jest zakazane, albo uiszczona należność jest niewspółmiernie niska do równowartości pieniężnej przedmiotu, sprawca występujący o zezwolenie na poddanie się odpowiedzialności musi wyrazić zgodę na przepadek (art. 143 § 5 k.k.s. w zw. z art. 31 § 3 pkt 2 k.k.s.). Może to jednak nastąpić także w toku negocjacji po przyjęciu złożonego wniosku (art. 148 § 2 pkt 2 k.k.s.).

Gdyby sprawca złożył przedmiot przepadku ulegający szybkiemu zepsuciu lub zniszczeniu albo którego przechowywanie wiąże się z nadmiernymi kosztami bądź trudnościami, organ finansowy może żądać od niego wpłacenia równowartości tego przedmiotu, chyba że chodzi o rzeczy, których posiadanie jest zabronione (art. 143 § 5 k.k.s. w zw. z art. 16 § 3 k.k.s.)³⁷.

Jeżeli wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie odpowiada wymaganiom formalnym, a brak jest tego rodzaju, że wniosek nie może otrzymać biegu, wzywa się osobę, od której wniosek pochodzi, do usunięcia braku w terminie 7 dni (art. 143a § 1 k.k.s.)³⁸. Wezwanie to wymaga wydania zarządzenia (art. 93 § 2 i 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.), które należy doręczyć wnoszącemu pismo z pouczeniem o skutkach nieusunięcia braku, tj. o tym, że złożony wniosek nie wywoła skutków procesowych, które ustawa wiąże z jego wniesieniem³⁹.

Stosownie do art. 143a § 2 k.k.s. uzupełnienie braku we wniosku w terminie wywołuje skutki od dnia jego wniesienia. W razie nieuzupełnienia braku w terminie, wniosek uznaje się za bezskuteczny, o czym należy pouczyć przy doręczeniu wezwania. Ustawodawca nie wymaga wydania w tej kwestii postanowienia, co upoważnia do przyjęcia za wystarczające, aby o uznaniu wniosku sprawy za bezskuteczny zdecydowano w formie zarządzenia. Biorąc pod uwagę, że po wydaniu zarządzenia tej treści postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe jest prowadzone w dalszym ciągu, nie zamyka ono drogi do wydania wyroku i z tego powodu nie podlega zaskarżeniu (art. 466 i 459 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.).

Zarządzenie o uznaniu wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności za bezskuteczny nie wyklucza ponowienia czynności pod warunkiem, że złożenie kolejnego wniosku jest prawnie dopuszczalne, a więc nie wniesiono jeszcze aktu oskarżenia do sądu.

Ponadto z treści art. 143a § 2 zd. pierwsze k.k.s. w sposób jednoznaczny wynika, że uzupełnienie wniosku w terminie 7 dni pociąga za sobą skutki *ex tunc*,

³⁷ Ibidem, s. 582; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 201.

³⁸ G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy: art. 113–191. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 281.

³⁹ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 697; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 237.

sprawa bowiem, iż wniosek wywołuje skutki od dnia jego wniesienia. W sytuacji gdy uzupełniony wniosek wpłynął po upływie terminu siedmiodniowego, ale przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu, za datę złożenia wniosku należy przyjąć dzień wniesionego poprawionego pisma procesowego⁴⁰.

Oprócz regulacji zawartej w art. 143a k.k.s. odnośnie wymagań formalnych wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, wniosek ten powinien spełniać warunki formalne stawiane pismu procesowemu. Stosownie do dyspozycji przepisu art. 119 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. powinno ono zawierać:

- 1) oznaczenie organu, do którego jest skierowane, oraz sprawy, której dotyczy,
- 2) oznaczenie oraz adres wnoszącego pismo,
- 3) treść wniosku lub oświadczenia, w miarę potrzeby z uzasadnieniem,
- 4) datę i podpis składającego pismo.

Za osobę, która nie może się podpisać, pismo podpisuje osoba przez nią upoważniona, ze wskazaniem przyczyny złożenia swego podpisu. (art. 119 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)⁴¹.

Sprawca posiada uprawnienie do cofnięcia wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, ale jednocześnie jest pozbawiony możliwości ponownego złożenia wniosku (art. 144 § 1 i 2 k.k.s.)⁴².

Postępowanie co do udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest ściśle związane z złożeniem stosownego oświadczenia woli przez sprawcę.

Gdyby sprawca chciał cofnąć wniosek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, może to uczynić dopiero po upływie jednego miesiąca, od chwili jego złożenia (art. 144 § 1 k.k.s.).

Niedopuszczalne jest cofnięcie wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności po wniesieniu do sądu przez finansowy organ postępowania przygotowawczego wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 144 § 1 k.k.s.).

Cofnięcie wniosku jest możliwe po upływie miesiąca od daty złożenia wniosku, o ile w tym czasie finansowy organ postępowania przygotowawczego nie wniósł do sądu wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności⁴³.

Jeżeli wniosek złożył przedstawiciel ustawowy niepełnoletniego (art. 142 § 3 k.k.s.), ale podejrzany uzyskał już pełnoletność, uprawniony do cofnięcia wniosku jest on sam, a nie jego ustawowy przedstawiciel, jako że ten ostatni utracił już prawo do reprezentacji.

⁴⁰ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 698–699.

⁴¹ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1074; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 236.

⁴² F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1075.

⁴³ Ibidem, s. 1076.

Cofnięcie może nastąpić w takiej samej formie jak złożenie wniosku, a więc na piśmie albo ustnie do protokołu; pismo cofające podejrzanego może przekazać także jego obrońca. W razie cofnięcia wniosku ponowne jego złożenie jest już niedopuszczalne (art. 144 § 2 k.k.s.).

Cofnięcie wniosku powinno spowodować wydanie postanowienia o pozostawieniu go bez rozpoznania przez organ finansowy, jeżeli cofnięcie to jest prawnie skuteczne. Na postanowienie to zażalenie nie służy. Jeżeli wniosek cofnięto nieskutecznie, a więc przed upływem 1 miesiąca od jego złożenia albo po wniesieniu do sądu przez finansowy organ postępowania przygotowawczego wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 144 § 1 k.k.s.), organ powinien jedynie powiadomić cofającego o bezskuteczności cofnięcia. Jeśli wniosek cofnięto przed upływem miesiąca od jego złożenia, nie jest wykluczone skuteczne cofnięcie go po upływie tego terminu, o ile organ finansowy nie wystąpi już w tym czasie do sądu o udzielenie sprawy zezwolenia na poddanie się odpowiedzialności⁴⁴.

W przypadku cofnięcia wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, kwoty uiszczone przez sprawcę w związku z jego wniesieniem do czasu zakończenia postępowania są zatrzymywane (art. 144 § 3 k.k.s.). Jest to wyrazem położenia przez ustawodawcę nacisku na realizację celu egzekucyjno-kompensacyjnego w prawie karnym skarbowym. Treść tego przepisu upoważnia do stwierdzenia, że zatrzymanie tych kwot następuje z mocy prawa, nie wymaga więc wydania postanowienia przez finansowy organ postępowania przygotowawczego⁴⁵. Za trafny należy uznać pogląd, że ustawodawca, mówiąc w art. 144 § 3 k.k.s. o zakończeniu postępowania, ma na myśli nie tylko sytuację, w której dochodzi do uprawomocnienia się merytorycznego rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu, ale również uprawomocnienie się orzeczenia formalnego o umorzeniu postępowania karnego skarbowego⁴⁶. Wyrok warunkowo umarzący postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe, jak również orzeczenie o umorzeniu oraz wyrok skazujący lub uniewinniający są formalnymi sposobami zakończenia postępowania karnego skarbowego.

W razie wystąpienia przez sprawcę o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności finansowy organ postępowania przygotowawczego może zamiast aktu oskarżenia wnieść niezwłocznie do sądu wniosek o udzielenie takiego zezwolenia (art. 145 § 1 k.k.s.).

Wynikający z treści art. 145 § 1 k.k.s. wymóg „niezwłoczności” wniesienia odnośnego wniosku należałoby rozumieć w ten sposób, iż do dokonania tej czynności przez finansowy organ postępowania przygotowawczego powinno dojść

⁴⁴ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 584.

⁴⁵ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 702.

⁴⁶ Por. ibidem; G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 764; Z. Gostyński, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego...*, s. 224.

bez zbędnej zwłoki. Według językoznawców „niezwłoczny” to natychmiastowy, bezzwłoczny, doraźny, błyskawiczny, momentalny⁴⁷.

Sądem właściwym do rozpoznania wniosku jest sąd rejonowy właściwy do rozpoznania danej sprawy, stosownie do właściwości miejscowej wynikającej z przepisów k.p.k., a w przypadku żołnierzy w służbie czynnej – odpowiedni wojskowy sąd garnizonowy lub okręgowy (art. 115 § 3 k.k.s.)⁴⁸.

Wraz z powyższym wnioskiem organ finansowy postępowania przygotowawczego przesyła sądowi akta postępowania z załącznikami (art. 145 § 4 k.k.s.), a więc cały materiał zgromadzony w postępowaniu poprzedzającym złożenie wniosku. Nie wchodzi zatem w rachubę jakiegokolwiek selekcjonowanie tego materiału. Braki w tym zakresie mogą uzasadniać zwrot sprawy przez sąd do uzupełnienia postępowania. Przez załączniki należy tu rozumieć dokumenty złożone przez sprawcę w związku z jego wnioskiem o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Mogą to być załączniki w postaci dowodów rzeczowych⁴⁹.

O wniesieniu do sądu wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności finansowy organ postępowania przygotowawczego zawiadamia niezwłocznie sprawcę, a gdy sprawca nie ma ukończonych 18 lat, również jego przedstawiciela ustawowego (art. 145 § 5 k.k.s.)⁵⁰.

W przypadku rozpatrywania przez finansowy organ postępowania przygotowawczego wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w pierwszej kolejności obowiązany jest zbadać, czy są spełnione warunki zastosowania tej instytucji. Wystąpienie okoliczności wyłączonej dopuszczalności udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności skutkuje niedopuszczalnością wniesienia przez finansowy organ postępowania przygotowawczego odnośnego wniosku. Organ wydaje wówczas postanowienie odmawiające wniesienia wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 147 k.k.s.)⁵¹.

Złożenie wniosku musi być poprzedzone przeprowadzeniem dochodzenia, a w jego toku przynajmniej dowodów „świadczących o tym, że wina sprawcy i okoliczności popełnienia czynu zabronionego nie budzą wątpliwości”, a także zbadanie warunków formalnych wniosku wraz z jego uzasadnieniem (art. 145 § 2 i 3 k.k.s.)⁵².

Jeżeli do chwili wniesienia wniosku sprawca nie uiszczył w całości należności publicznoprawnej powstałej w związku z przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym, to finansowy organ postępowania przygotowawczego uzależnia wniesienie wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się

⁴⁷ W. Cienkowski, *Praktyczny słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 1993, s. 130.

⁴⁸ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 584.

⁴⁹ J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 252.

⁵⁰ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1080–1081.

⁵¹ G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 767.

⁵² Uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., I KZP 24/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 96.

odpowiedzialności od uiszczenia w całości należności publicznoprawnej (art. 146 § 1 k.k.s.). Co prawda art. 143 § 1 pkt 1 k.k.s. zobowiązuje sprawcę do uiszczenia należności publicznoprawnej w momencie zgłoszenia wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, lecz nie można wykluczyć, że w późniejszym czasie pojawią się dodatkowe należności, wcześniej nie ustalone.

Finansowy organ postępowania przygotowawczego może uzależnić wniesienie wniosku od uiszczenia tytułem kary grzywny dodatkowej kwoty, nieprzekraczającej jednak łącznie z kwotą już wpłaconą wysokości połowy sumy odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia za dany czyn zabroniony (art. 146 § 2 k.k.s.)⁵³. Sformułowanie to wskazuje, iż wysokość kary grzywny jest przedmiotem negocjacji. Negocjacje mogą dotyczyć przypadku przedmiotów, gdy nie jest on obowiązkowy. Finansowy organ postępowania przygotowawczego może uzależnić wniesienie wniosku od wyrażenia zgody na przepadek przedmiotów nieobjętych wnioskiem sprawcy, czy w razie niemożności ich złożenia od uiszczenia równowartości pieniężnej tych przedmiotów, chyba że przepadek dotyczy przedmiotów, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przewóz, przenoszenie lub przesyłanie jest zabronione jako przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe⁵⁴. Możliwe jest też domaganie się od sprawcy uiszczenia uzupełniająco dodatkowych kosztów procesu. Sprawca ma bowiem początkowo uiścić „co najmniej” koszty zryczałtowane (art. 143 § 1 pkt 3 k.k.s.), gdyby zatem koszty rzeczywiste, np. wynikające choćby z wynagrodzeń za opinie biegłych, były znacznie wyższe od kwot zryczałtowanych kosztów, organ może uzależnić swoje wystąpienie do sądu o zezwolenie sprawcy na poddanie się odpowiedzialności od uzupełnienia ich przez sprawcę⁵⁵.

Istota negocjacji prowadzonych między sprawcą występującym o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności a finansowym organem postępowania przygotowawczego sprowadza się do określenia warunków przy spełnieniu których organ występuje do sądu z wnioskiem o zezwolenie sprawcy na skorzystanie z dobrowolnego poddania się odpowiedzialności⁵⁶.

Przedmiotem negocjacji jest zarówno sama kwota grzywny, jaka ma być dopłacona z uwzględnieniem szkodliwości społecznej czynu i możliwości majątkowych sprawcy (art. 12 k.k.s., 13 i 23 § 3 k.k.s. oraz art. 48 § 4 k.k.s.), a więc także co do liczby stawek lub wielkości stawki dziennej, jak i termin realizacji tej dopłaty. Sposób, a także rodzaj oraz czas wykonania każdego z ustalanych obowiązków organ finansowy określa po wysłuchaniu sprawcy (art. 146 § 3 k.k.s.)⁵⁷.

Negocjacje są prowadzone ze sprawcą lub – gdy jest on małoletni – także z jego ustawowym przedstawicielem. Ustalenie bowiem czasu, rodzaju i spo-

⁵³ P. Tatarczak, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności – wybrane problemy*, MP 2001, nr 6, s. 44.

⁵⁴ G. Skowronek, *Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności...*, s. 159–160.

⁵⁵ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 589.

⁵⁶ P. Tatarczak, *Dobrowolne poddanie się...*, s. 44.

⁵⁷ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 588.

sobu realizacji obowiązków sprawcy, od spełnienia których organ uzależnia swe wystąpienie do sądu, określa dopiero po wysłuchaniu tych właśnie podmiotów (art. 146 § 3 k.k.s.). Użycie w końcowym fragmencie tego przepisu „jak również” oznacza, że gdy sprawca jest małoletni, należy wysłuchać nie tylko jego ustawowego przedstawiciela, ale także i samego sprawcy; nie można też ograniczyć się do wysłuchania jedynie sprawcy⁵⁸.

Rozpoznając wniosek sprawcy, finansowy organ postępowania przygotowawczego po ewentualnych negocjacjach występuje do sądu z wnioskiem o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności albo też wydaje postanowienie o odmowie wniesienia do sądu takiego wniosku. Odmowa może mieć miejsce nie tylko wówczas, gdy organ uważa, że sprawca powinien ponieść surowsze konsekwencje prawne niż te, jakie są możliwe przy dobrowolnym poddaniu się odpowiedzialności, ale także gdy organ nie widzi możliwości wystąpienia ze względu na dostrzeżoną potrzebę umorzenia dochodzenia. Odmowa powinna nastąpić także wówczas, gdy w trakcie negocjacji w postępowaniu ujawniono okoliczności powodujące zmianę kwalifikacji prawnej czynu w taki sposób, że udzielenie przez sąd zezwolenia nie jest już możliwe⁵⁹.

Postanowienie o odmowie złożenia przedmiotowego wniosku do sądu powinno być wydawane również, jeżeli finansowy organ postępowania przygotowawczego stwierdzi, iż:

- 1) zaistniała któraś z przesłanek negatywnych powodujących niedopuszczalność udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, czyli zgłoszenie interwencji co do przedmiotu podlegającego przepadkowi, zagrożenie przestępstwa skarbowego karą pozbawienia lub ograniczenia wolności czy popełnienia przestępstwa skarbowego zagrożonego karą grzywny w warunkach nadzwyczajnego obostrzenia kary (art. 17 § 2 k.k.s.);
- 2) z materiału dowodowego sprawy wynika, że wina sprawcy bądź też okoliczności popełnienia przez niego zarzucanego mu czynu zabronionego budzą wątpliwości;
- 3) sprawca nie wywiązał się z nałożonych na niego obowiązków, koniecznych do zastosowania wobec niego dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, czyli nie uiścił w całości należności publicznoprawnej, odpowiedniej kwoty tytułem kary grzywny czy zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania itp. (art. 143 § 1–3 k.k.s.);
- 4) sprawca nie spełnił dodatkowych wymagań, od których finansowy organ postępowania przygotowawczego uzależnił wniesienie do sądu wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Na przykład nie uiścił tytułem kary grzywny dodatkowej kwoty lub pozostałych kosztów postę-

⁵⁸ Ibidem, s. 589.

⁵⁹ Ibidem, s. 589–590.

powania bądź nie wyraził zgody na przepadek przedmiotów nieobjętych jego wnioskiem (art. 146 § 2 k.k.s.);

- 5) okoliczności sprawy, sposób działania sprawcy, charakter przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw czynu zabronionego, rodzaj i stopień naruszenia ciężącego na sprawcy obowiązku finansowego, w szczególności zaś uzasadniony interes Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innego uprawnionego podmiotu przemawiają przeciwko zastosowaniu instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności⁶⁰.

Postanowienie finansowego organu postępowania przygotowawczego odmawiające wniesienia sprawy do sądu powinno spełniać wymogi określone w przepisie art. 94 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. Postanowienie takie powinno więc zawierać: 1) oznaczenie organu oraz osoby lub osób, wydających postanowienie, 2) datę wydania postanowienia, 3) wskazanie sprawy oraz kwestii, której postanowienie dotyczy, 4) rozstrzygnięcie z podaniem podstawy prawnej, 5) uzasadnienie. Postanowienie takie z uwagi na fakt, że zapada poza rozprawą, powinno zostać doręczone sprawcy (art. 100 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.).

Na postanowienie finansowego organu postępowania przygotowawczego w przedmiocie odmowy wniesienia wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności sprawcy przysługuje zażalenie do organu nadrzędnego nad danym organem finansowym (art. 147 k.k.s.). Organem nadrzędnym nad finansowym organem postępowania przygotowawczego jest (art. 53 § 39 k.k.s.): 1) miejscowo właściwa izba celna – w sprawach należących do właściwości urzędu celnego, 2) miejscowo właściwa izba skarbowa – w sprawach należących do właściwości urzędu skarbowego, a jeżeli postępowanie przygotowawcze prowadzi inspektor kontroli skarbowej – Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej, 3) minister właściwy do spraw finansów publicznych, jeżeli postanowienie lub zarządzenie wydał finansowy organ nadrzędny określony w pkt 1 i 2. O takim uprawnieniu sprawcę należy pouczyć (art. 147 k.k.s.). Termin do wniesienia takiego zażalenia jest 7 dniowy i liczy się od daty doręczenia postanowienia (art. 460 zd. 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Jest to termin zawity, a czynność procesowa dokonana po upływie terminu zawitego jest bezskuteczna (art. 122 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Jeżeli niedotrzymanie terminu zawitego nastąpiło z przyczyn od strony niezależnych, strona w zawitym terminie 7 dni od daty ustania przeszkody może zgłosić wniosek o przywrócenie terminu, dopełniając jednocześnie czynności, która miała być w terminie wykonana. W kwestii przywrócenia terminu orzeka postanowieniem organ, przed którym należało dokonać czynności. Na odmowę przywrócenia terminu przysługuje zażalenie (art. 126 § 1–3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)⁶¹.

⁶⁰ M. Stepanów, *Konsensualne rozstrzygnięcie...*, s. 74; I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się...*, s. 173.

⁶¹ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1088; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 255–256.

Organ nadrzędny nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, rozpoznając zażalenie na postanowienie odmawiające wniesienia wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności do sądu, ma prawo uchylić lub utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie (art. 149 § 1 k.k.s.). Uchylenie postanowienia jest rozstrzygnięciem pierwotnym instancji odwoławczej, na mocy którego zaskarżona decyzja traci byt procesowy. W rozpatrywanej sytuacji uchylenie postanowienia o odmowie wniesienia wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności rodzi konieczność wydania rozstrzygnięcia wtórnego o przekazaniu sprawy finansowemu organowi postępowania przygotowawczego w celu ponownego rozważenia kwestii podstaw do wystąpienia do sądu z wnioskiem o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Drugie z alternatywnych rozstrzygnięć organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego, mianowicie utrzymanie w mocy postanowienia o odmowie wystąpienia do sądu z wnioskiem o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, kończy tryb kontroli zażaleniowej. Wyczerpanie w tej sytuacji toku instancji oznacza, że zaskarżona decyzja zyskuje atrybut prawomocności.

Konsekwencją uprawomocnienia się negatywnej decyzji w kwestii wniosku sprawcy o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest powrót do sytuacji sprzed złożenia tego wniosku. W taki wypadku dalsze procedowanie jest uzależnione od okoliczności konkretnej sprawy i może prowadzić do wystąpienia do sądu z aktem oskarżenia, wnioskiem o warunkowe umorzenie postępowania lub wnioskiem o umorzenie postępowania i zastosowania środków zabezpieczających albo zakończyć się na etapie przedsądowym bezwarunkowym umorzeniem postępowania przez organ postępowania przygotowawczego⁶².

W sytuacji gdy organ nadrzędny nad finansowym organem postępowania przygotowawczego nie uwzględni zażalenia sprawcy, uiszczone przez sprawcę kwoty zatrzymuje się do zakończenia postępowania jako zabezpieczenie groźących mu kar, środków karnych lub innych środków oraz kosztów postępowania (art. 147 zd. drugie k.k.s. w zw. z art. 144 § 3. k.k.s.)⁶³.

V. Faza decyzyjna postępowania w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności

O zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności sąd orzeka wyrokiem, a o nieuwzględnieniu wniosku o udzielenie zezwolenia – postanowieniem. Orzeczenie w przedmiocie udzielenia zezwolenia ma być wydane niezwłocznie (art. 148 § 1 k.k.s.), tzn. bez nieuzasadnionej zwłoki. Oznacza to,

⁶² L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 715–716.

⁶³ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1088–1089; J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element...*, s. 257.

że sąd powinien rozpatrzyć wniosek i podjąć decyzję w pierwszym możliwym terminie wynikającym z terminarza zajęć sądu⁶⁴.

W posiedzeniu wyznaczonym w kwestii rozpoznania wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności ma prawo wziąć udział sprawca i jego obrońca, a jeśli sprawca nie ukończył 18 lat – także jego przedstawiciel ustawowy, o którym mowa w art. 142 § 3 k.k.s.

Nieusprawiedliwione niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego o terminie sprawy lub jego obrońcy, a także jego przedstawiciela ustawowego, nie jest przeszkodą do przeprowadzenia posiedzenia (art. 148 § 3 k.k.s.). Jak z tego wynika, obecność oskarżonego i jego obrońcy, co do zasady, nie jest obowiązkowa, ale brak prawidłowego zawiadomienia lub usprawiedliwienie nieobecności prowadzi do niemożności przeprowadzenia posiedzenia, gdyż o terminie posiedzenia wszystkie podmioty powinny być powiadomione (art. 117 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)⁶⁵.

Stawiennictwo na posiedzenie finansowego organu postępowania przygotowawczego lub jego przedstawiciela, w szczególności tego, który złożył wniosek, nie jest zasadniczo obowiązkowe, prezes sądu lub sąd może jednak zarządzić jego obowiązkowe stawiennictwo (art. 148 § 4 k.k.s.). Obecność organu finansowego lub jego przedstawiciela może okazać się potrzebna, zwłaszcza w wypadku wątpliwości co do treści porozumienia zawartego ze sprawcą. Obowiązkowe stawiennictwo prezes sądu zarządza, wyznaczając termin posiedzenia. Potrzeba obecności organu finansowego lub jego przedstawiciela może się jednak pojawić także w czasie samego posiedzenia. Wówczas jest wskazane wyznaczenie nowego terminu posiedzenia i wezwanie organu do stawiennictwa.

Po rozpoznaniu wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności sąd może:

- 1) uwzględnić wniosek i wydać wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności;
- 2) nie uwzględnić wniosku postanowieniem. Wówczas sąd powinien niezwłocznie zwrócić sprawę finansowemu organowi postępowania przygotowawczego. Przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 28 lipca 2005 r.⁶⁶ art. 148 § 5 k.k.s. mówił o „oddaleniu wniosku”. Obecnie jest mowa o „braku podstaw do uwzględnienia wniosku”, toteż pierwotnym orzeczeniem jest nieuwzględnienie wniosku, następczym zaś – zwrócenie sprawy organowi finansowemu. Oba te rozstrzygnięcia zapadają w jednym postanowieniu;
- 3) jeśli dostrzeże taką konieczność, zwrócić sprawę do uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Trafnie dostrzegł Sąd Najwyższy, iż w postępowaniu sądowym w sprawie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się

⁶⁴ G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 774.

⁶⁵ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 591.

⁶⁶ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 178, poz. 1479).

odpowiedzialności (art. 148 § 1 k.k.s.) dopuszczalne jest przekazanie (zwrot) sprawy finansowemu organowi postępowania przygotowawczego w celu uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego (art. 345 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.)⁶⁷;

- 4) w wypadku wystąpienia negatywnej przesłanki procesowej (art. 17 § 2 k.p.k.), umorzyć postępowanie;
- 5) pozostawić wniosek bez rozpoznania, jeżeli zostanie cofnięty przez organ finansowy. Cofnięcie wniosku będzie możliwe aż do czasu jego załatwienia, i to w sposób wiążący sąd. W wypadku cofnięcia wniosku sąd niezwłocznie powinien zwrócić sprawę finansowemu organowi postępowania przygotowawczego⁶⁸. Sąd nie uwzględnia wniosku w sytuacji, jeżeli:
 - czyn sprawcy stanowi przestępstwo skarbowe, przy którym dobrowolne poddanie się odpowiedzialności nie wchodzi w rachubę, a został on np. wadliwie zakwalifikowany przez organ finansowy, co doprowadziło do procedury negocjacyjnej w kwestii poddania się odpowiedzialności, albo prowadzono ją i wystąpiono do sądu, choć zgłoszono interwencję, której nie wycofano (art. 17 § 2 k.k.s.) itd.;
 - sprawca w rzeczywistości nie uregulował w pełni wymaganej należności publicznoprawnej albo nie objął swoją zgodą na przepadek wszystkich przedmiotów podlegających temu przypadkowi, choć był on obligatoryjny (art. 17 § 1 k.k.s.);
 - sąd uznaje np., że kwota grzywny uzgodniona między organem a sprawcą jest zbyt łagodna wobec wagi czynu i nie wystarczająca do osiągnięcia celów procesu;
 - w ocenie sądu nie można przyjąć, że wina oskarżonego albo okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości⁶⁹.

Nieuwzględnienie wniosku nie wyklucza jego ponownego złożenia w tej samej sprawie, po wyeliminowaniu przyczyn nieuwzględnienia (np. uzgodnieniu uiszczenia wyższej kwoty tytułem kary grzywny)⁷⁰.

Jeżeli sąd uzna, że nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku, niezwłocznie zwraca sprawę finansowemu organowi postępowania przygotowawczego (art. 148 § 6 k.k.s.). Postanowienie o zwrocie sprawy organowi finansowemu nie podlega zaskarżeniu. Nie należy bowiem do postanowień, na które przysługuje zażalenie (*arg. ex art. 459 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s.*)⁷¹.

W razie nieuwzględnienia wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności uiszczone przez sprawcę kwoty zatrzymuje się

⁶⁷ Zob. uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., I KZP 24/00, OSNKW 2000, Nr 11–12, poz. 96.

⁶⁸ G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 775–776.

⁶⁹ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 592.

⁷⁰ G. Bogdan, A. Nita, J. Raglewski, A.R. Światłowski, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 777.

⁷¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy...*, 2006, s. 593; J. Sawicki, *Zaniechania ukarania jako element...*, s. 267.

do zakończenia postępowania jako zabezpieczenie grożących mu kar, środków karnych lub innych środków oraz kosztów postępowania (art. 148 § 6 w zw. z art. 144 § 3 k.k.s.)⁷².

W razie zaskarżenia wyroku o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności ulega uchyleniu lub zmianie w postępowaniu odwoławczym tylko wtedy, gdy sąd orzekł:

- 1) tytułem kary grzywny kwotą inną niż uiszczona przez sprawcę,
- 2) przepadek przedmiotów lub uiszczenie ich równowartości pieniężnej w zakresie nieobjętym zgodą sprawcy (art. 149 § 1 k.k.s.).

Udzielenie zezwolenia następuje w formie wyroku. Pomimo że sens instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności sprowadza się do uproszczenia postępowania z korzyściami zarówno po stronie sprawcy, jak i organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, to jednak uznano za konieczne wprowadzenie możliwości zaskarżenia wyroku o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Możliwość uchylenia lub zmiany wyroku ograniczona została jednak tylko do wypadków zupełnie wyjątkowych, gdy organ orzekający wyszedł poza granice konsensusu osiągniętego przez finansowy organ postępowania przygotowawczego i sprawcę. Przepis art. 149 k.k.s. stanowi więc *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu postępowania karnego określających podstawy uchylecia lub zmiany orzeczenia w toku instancji (art. 438 k.p.k.). Ograniczenie to nie wyłącza, oczywiście, stosowania w postępowaniu odwoławczym w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przepisów o bezwzględnych przyczynach odwoławczych (art. 439, 440 i 455 k.p.k.)⁷³.

Powołując się zatem na domniemanie racjonalności ustawodawcy, można przyjąć, że tak istotne uchybienia, jak wymienione w art. 439, 440 i 455 k.p.k., stwierdzone w wyroku o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, podlegają wyeliminowaniu w drodze kontroli odwoławczej, wywołanej wniesieniem apelacji niezależnie od stwierdzenia uchybień sprecyzowanych w art. 149 k.k.s.

Sąd odwoławczy, rozpoznający apelację od wyroku o udzieleniu zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, dysponuje pełnym wachlarzem rozstrzygnięć przewidzianych w art. 437 k.p.k. W sytuacji, w której sąd pierwszej instancji orzekł tytułem kary grzywny kwotą uiszczoną przez sprawcę oraz przepadek przedmiotów lub uiszczenie ich równowartości pieniężnej w zakresie, w jakim sprawca wyraził zgodę na orzeczenie wskazanych środków represji karnej i nie zachodzi żadna z bezwzględnych przyczyn odwoławczych, determinujących zmianę lub uchylecie zaskarżonego orzeczenia niezależnie od granic środka odwoławczego, sąd odwoławczy utrzymuje w mocy zaskarżony wyrok. Wynika

⁷² F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 1094.

⁷³ Zob. uzasadnienie projektu Kodeksu karnego skarbowego z dnia 17 maja 1999 r., Druk sejmowy Nr 1146, s. 106; I. Zgoliński, *Dobrowolne poddanie się...*, s. 225.

więc z tego, że uchylenie lub zmiana zaskarżonego wyroku wchodzi w rachubę tylko wówczas, gdy w pierwszej instancji orzeczono tytułem grzywny kwotę inną, niż uiszczona przez sprawcę albo przepadek lub uiszczenie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów dotyczące przedmiotów, których nie obejmowała zgoda sprawcy, chyba że zachodzi którakolwiek z przyczyn wymienionych w art. 439, 440 lub 455 k.p.k. Nie ulega wątpliwości, że zmieniając zaskarżony wyrok, sąd powinien respektować treść porozumienia zawartego przez finansowy organ postępowania przygotowawczego ze sprawcą, co w efekcie oznacza dostosowanie treści wyroku do wysokości kwoty uiszczonej tytułem grzywny przez sprawcę lub zakresu zgody sprawcy na orzeczenie przepadku przedmiotów lub uiszczenia ich równowartości pieniężnej. Uchylenie zaskarżonego wyroku stanowi rozstrzygnięcie pierwotne instancji odwoławczej, na mocy którego zaskarżony wyrok o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności przestaje obowiązywać. Mimo że rozstrzygnięcie wtórne polegające na przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania będzie stanowiło regułę, to nie można także wykluczyć umorzenia postępowania. Poza tym w następstwie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sąd pierwszej instancji jest uprawniony do wydania postanowienia o zwróceniu sprawy do uzupełnienia postępowania finansowemu organowi postępowania przygotowawczego np. w sytuacji, w której w toku postępowania odwoławczego ustalono, że zgoda sprawcy na przepadek nie obejmuje wszystkich przedmiotów, w stosunku do których przepisy k.k.s. przewidują jego obligatoryjne orzeczenie.

Nie jest również wykluczone przerwanie lub odroczenie posiedzenia przez sąd odwoławczy na podstawie art. 397 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 k.k.s. w celu stworzenia możliwości przeprowadzenia dodatkowych uzgodnień między finansowym organem postępowania przygotowawczego a sprawcą⁷⁴.

Sąd odwoławczy orzeka na posiedzeniu jednoosobowo (art. 149 § 2 k.k.s.).

STRESZCZENIE

W artykule przedstawiono problematykę postępowania w przedmiocie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Wobec niedookreślenia przez ustawodawcę charakteru prawnego dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, podjęto próbę ustalenia jego natury. Dokonano klasyfikacji przesłanek postępowania w przedmiocie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności oraz przedstawiono krótki zarys jego przebiegu. Osobno omówiono przebieg fazy negocjacyjnej z udziałem finansowego organu postępowania przygotowawczego oraz sprawcy. Wskazano również na elementy wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności oraz jego formę.

⁷⁴ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy...*, s. 726–727.

Ponieważ etapem końcowym zastosowania dobrowolnego poddania się odpowiedzialności jest faza decyzyjna mająca miejsce już przed sądem, omówiono również jej przebieg. W końcowej części opracowania wskazano na możliwe rozstrzygnięcia sądu, a także zakres kontroli odwoławczej wyroku o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności.

SUMMARY

The article presents the procedure of granting authorization to voluntary submission to liability. As the legislative has not specified the legal character of voluntary submission to liability, the author attempts to determine its nature. She classifies the prerequisites for a procedure of granting authorization to voluntary submission to liability and provides a short outline of the proceeding. The course of the negotiation stage with the participation of the fiscal authority for the pre-trial proceeding and the offender is discussed separately. The elements of the application for authorization to voluntary submission to penalty and its form are also discussed. As the final stage of the application of voluntary submission to liability is the decision making stage that takes place before a court, the course of it is also discussed. Possible court decisions as well as the range of appeal control of the sentence on the authorization to voluntary submission to liability are mentioned in the final part of the study.

MARIUSZ NAWROCKI



O PRZESŁANKACH WARUNKOWEGO ZWOLNIENIA SKAZANEGO KORZYSTAJĄCEGO Z PRZERWY W ODBYWANIU KARY POZBAWIENIA WOLNOŚCI

(ART. 155 KODEKSU KARNEGO WYKONAWCZEGO)

Powszechny stał się pogląd, że obecny system prawa karnego jest dowodem na postępującą racjonalizację prawa (błędnie utożsamianą z jego liberalizacją), w tym również prawa karnego wykonawczego. Jest to niewątpliwie istotny walor obecnych kodyfikacji, bowiem służy realizacji postulatu humanitarnego traktowania osób skazanych, które odbywają karę za popełnienie zarzucanego przestępstwa. Jednym z namacalnych przykładów tej racjonalizacji jest instytucja warunkowego zwolnienia skazanego z odbycia reszty kary, która została uregulowana w art. 155 kodeksu karnego wykonawczego. Instytucja ta nie była znana pod rządami kodeksu karnego wykonawczego z 1969 r., zatem jest swoistym *novum* w obecnym stanie prawnym.

Z treści art. 155 § 1 k.k.w. można wyinterpretować normę prawną, zgodnie z którą sąd penitencjarny może warunkowo zwolnić skazanego z odbycia reszty kary, jeżeli przerwa w jej wykonaniu trwała co najmniej jeden rok, a sam skazany odbył z niej co najmniej 6 miesięcy. Możliwość wcześniejszego opuszczenia zakładu karnego jest jednak obwarowana spełnieniem dodatkowych warunków. To oznacza, że skazany musi sprostać przesłankom opisanym w art. 77 § 1 k.k., a więc jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, iż po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa. A nadto kara lub suma kar wobec niego orzeczona nie może przekraczać 3 lat (art. 155 § 2 k.k.w.).

Odmienność uregulowania zawartego w kodeksie karnym wykonawczym w zakresie instytucji warunkowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności względem tego zawartego w kodeksie karnym jest konsekwencją przyjęcia, że brak jest racjonalnych podstaw, aby wymagać od skazanego spełnienia przesłanek opisanych w art. 77–79 k.k. w sytuacji, gdy przez dłuższy czas (bo przecież co najmniej roczny) przebywa on na przerwie, która to przerwa w odbywaniu kary

nie została dotychczas odwołana. Sprawca taki został już zatem poddany „próbie” w warunkach wolnościowych, a nieodwołanie przerwy może (pośrednio) świadczyć o pozytywnej prognozie kryminologicznej. Osadzenie skazanego w zakładzie karnym po rocznej przerwie w odbywaniu kary pozbawienia wolności mogłoby natomiast zniweczyć jego postępy w zakresie poprawy własnej postawy wobec przestrzegania prawa, a w rezultacie podjętego trudu resocjalizacji (readaptacji) w warunkach wolnościowych¹.

Zatem art. 155 k.k.w. określa cztery wymagania, których spełnienie stwarza możliwość zwolnienia skazanego z odbycia reszty kary. Są nimi: a) występowanie przesłanek warunkowego przedterminowego zwolnienia, przewidzianych w art. 77 § 1 k.k.; b) odbycie przez skazanego co najmniej 6 miesięcy z orzeczonej wobec niego kary; c) korzystanie przez niego z przerwy w wykonaniu tej kary przez okres co najmniej roku (ale po spełnieniu warunku z punktu b); d) wymiar kary lub sumy kar nie może przekraczać 3 lat.

Z brzmienia wzmiankowanego przepisu wynika, że tak określone przesłanki muszą być spełnione w kumulacji. Dopiero bowiem łączna ich realizacja aktualizuje kompetencję sądu penitencjarnego do rozpoznania wniosku o warunkowe zwolnienie skazanego z odbycia przez niego reszty kary. Natomiast w sytuacji, gdy skazany nie jest w stanie sprostać stawianym przed nim wymaganiom, obowiązkiem sądu jest wydanie decyzji negatywnej. W tym zakresie sąd bowiem nie dysponuje swobodą podejmowania decyzji, gdyż nie rozpoznaje wniosku merytorycznie, lecz pod kątem formalnym. Dopiero spełnienie wszystkich wymienionych przesłanek upoważnia sąd penitencjarny do rzeczowego rozstrzygnięcia sprawy, a swoboda jego decyzji objawia się podczas stawiania prognozy kryminologicznej co do osoby skazanego.

Z uwagi na to, że celem niniejszego opracowania jest przybliżenie istoty warunkowego przedterminowego zwolnienia skazanego z odbycia reszty kary jako szczególnej postaci środka poddania sprawcy próbie, ze szczególnym uwzględnieniem jakże różnych poglądów doktryny i judykatury, dlatego też dalsze szczegółowe rozważania poświęcone będą właśnie tym zagadnieniom.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że osoba skazana ubiegająca się o zwolnienie musi faktycznie rozpocząć – jak to określa przepis art. 155 § 1 k.k.w. – odbywanie kary². Pogląd ten zdaje się oczywisty wobec treści tego przepisu. Wymaga on bowiem m.in., aby skazany odbył co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, gdyż dopiero po spełnieniu tego warunku sąd penitencjarny może rozważać, czy zwolnić warunkowo takiego skazanego z reszty jej odbywania. W orzecznictwie pojawiła się jednak kontrowersja co do tego, czy również

¹ Zob. J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 268.

² W celu wprowadzenia porządku terminologicznego wskazać należy, że na gruncie niniejszej publikacji posługuję się zwrotem „odbywanie kary”, gdy odnoszę te słowa do skazanego, natomiast tam gdzie pojawia się „wykonywanie kary”, jest ono określeniem czynności podejmowanych przez organy postępowania wykonawczego. Mówiąc w skrócie – sprawca karę odbywa, a organy państwa ją wobec niego wykonują.

okres tymczasowego aresztowania można utożsamiać z odbywaniem kary przez skazanego. Za takim rozwiązaniem opowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie w jednej z rozpoznawanych spraw³. Stwierdził on bowiem, że *z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego okres tymczasowego aresztowania zaliczony na poczet wymierzonej kary pozbawienia wolności de facto jest tożsamy z okresem kary już odbytej i nie ma większego znaczenia, iż w znaczeniu art. 11 § 1 i 4 KKW skazany do wykonania kary jeszcze nie przystąpił*. Poglądu tego nie sposób jednak podzielić. Faktem jest, że zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku dochodzi do pozbawienia wolności, a art. 209 k.k.w. przewiduje odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących warunków wykonywania kary pozbawienia wolności do wykonywania tymczasowego aresztowania. Niemniej jednak cele, jakim mają służyć wykonywanie kary i tymczasowe aresztowanie, są na tyle różne, że nie ma podstaw do zrównywania sytuacji prawnych osób skazanych i osób tymczasowo aresztowanych. Sprzeciwia się temu charakter tymczasowego aresztowania jako środka zapobiegawczego oraz regulacja prawna zawarta w rozdziale 28 kodeksu postępowania karnego. Zatem jako słuszne jawi się stanowisko, zgodnie z którym przerwa w karze uzasadniająca przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary nie odnosi się do kar, których wykonania nie rozpoczęto. Początkiem wykonywania kary jest stawienie się skazanego do zakładu karnego lub przyjęcie prawomocnego wyroku skazującego osobę, która w zakładzie już przebywa. Brak natomiast takiego warunku w stosunku do osób, wobec których stosowano tymczasowe aresztowanie przez okres co najmniej 6 miesięcy⁴.

W tym miejscu warto dodać, że przerwa w karze odnosi się tylko do kary pozbawienia wolności, w tym kary zastępczej za grzywnę. Nie dotyczy to kary aresztu, w tym zastępczej kary aresztu za grzywnę, o których mowa w kodeksie wykroczeń. Taka interpretacja znajduje uzasadnienie w literalnej wykładni tytułu oddziału 10 rozdziału X kodeksu karnego wykonawczego i zawartych w nim regulacji⁵. Nadmienić także należy, że za takim rozwiązaniem przemawia również wykładania celowościowa, bowiem kara aresztu – zgodnie z art. 19 kodeksu wykroczeń – trwa najkrócej 5, a najdłużej 30 dni (także zastępcza kara aresztu – art. 25 § 2 k.w.), stąd niemożliwym zarówno z normatywnego, jak i praktycznego punktu widzenia, byłoby jej odbycie przez skazanego w wymiarze co najmniej 6 miesięcy.

Wskazując wyżej na przesłanki stosowania omawianej instytucji, zwróciłem szczególną uwagę na to, aby skazany najpierw odbył karę pozbawienia wolności

³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 marca 2007 r., II AKz w 1139/06, KZS 2007/7-8/133.

⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 września 2008 r., II AKz w 714/08, KZS 2008/9/38; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2006 r., II AKz w 515/06, KZS 2007/1/106; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 czerwca 2005 r., II AKz w 363/05, KZS 2005/6/53.

⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 sierpnia 2008 r., II AKz w 694/08, KZS 2008/10/50.

co najmniej w wymiarze 6 miesięcy, a następnie skorzystał z rocznej przerwy. Pogląd ten jest zbieżny ze stanowiskiem zarówno doktryny⁶, jak i judykatury. Rażąco nietrafne jest bowiem interpretowanie przepisu art. 155 § 1 k.k.w. w ten sposób, by odbycie co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności mogło nastąpić już po rocznym okresie udzielonej przerwy w karze. Założeniem tej regulacji jest bowiem, aby skazani po upływie rocznej przerwy nie wracali już do zakładu karnego, a mogli skorzystać z przedterminowego zwolnienia⁷.

Przesłanka formalna w postaci odbycia co najmniej 6 miesięcy kary jest spełniona zarówno wówczas, gdy skazany odbył karę w tym rozmiarze „w całości”, jak i „w częściach”⁸. Oznacza to zatem, że okres ten nie musi być traktowany jako nieprzerwane, ciągłe odbywanie kary przez 6 miesięcy. Dopuszczalne są bowiem sytuacje, w których osoba skazana korzysta np. z nagród, o których mowa w art. 138 § 1 pkt 7 i 8 k.k.w., i w związku z tym w pewnych okresach pozostaje poza zakładem karnym. Nie mniej jednak – jak wskazano wyżej – nie jest możliwy scenariusz, zgodnie z którym osobie skazanej zalicza się czas tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary, a tym samym na poczet 6-miesięcznego okresu jej odbywania, o którym mowa w art. 155 § 1 k.k.w.

Jednym z koniecznych warunków skorzystania przez sprawcę z dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary jest przerwanie jej odbywania przez okres co najmniej roku. Wielokrotnie na ten temat zabierali głos przedstawiciele nauki prawa, jak również problematyka ta nie była obca rozstrzygnięciom sądowym. Zagadnienie „przerwy w wykonaniu kary” jest bodajże najbardziej kontrowersyjnym na gruncie regulacji art. 155 § 1 k.k.w. Przesłanka ta była wielokrotnie, a zarazem rozbieżnie interpretowana. Do pewnej stabilizacji i jednolitości linii orzeczniczej w tym zakresie doszło dopiero za sprawą uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 30 października 2008 r.⁹ o następującej treści: *Pojęcie »przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności« – w rozumieniu art. 155 § 1 kkw – obejmuje przerwę udzieloną przez sąd penitencjarny na podstawie art. 153 kkw, a także okres, w jakim skazany – po wprowadzeniu tej kary do*

⁶ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX / Arche, 2008, komentarz do art. 155, teza 2 i 8.

⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 stycznia 2008 r., II AKz 22/08, KZS 2008/4/59.

⁸ S. Leleń, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2010, komentarz do art. 155, teza 10.

⁹ I KZP 22/08, OSNKW 2008/11/89 z głosem J. Lachowskiego, Probacja 2009/3–4, s. 165 i następne. Co do analogicznej interpretacji „przerwy w wykonaniu kary” zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2000 r., I KZP 8/00, OSNKW 2000/5–6/43, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2001 r., II AKz 204/01, OSA 2001/7–8/48, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2002 r., II AKz 208/02, KZS 2002/6/18, postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 września 2008 r., II AKz 717/08, OSA 2009/5/21. Odmienne poglądy zostały przedstawione w postanowieniach Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 listopada 2003 r., II AKz 612/03, KZS 2003/12/27 i z dnia 6 lipca 2004 r., II AKz 370/04, KZS 2004/7–8/63. W tych orzeczeniach Sąd Apelacyjny w Krakowie opowiedział się za szerszą wykładnią przedmiotowego pojęcia. Uznał bowiem, że do okresu rocznej przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności z art. 155 § 1 k.k.w. zalicza się okres faktycznego nie wykonywania kary z różnych powodów, wyjąwszy tylko bezprawne.

wykonania – nie odbywał jej w dalszym ciągu w wyniku zawieszenia wobec niego postępowania wykonawczego z przyczyn wymienionych w art. 153 *kkw*. Uchwała ta jest konsekwencją inicjatywy Rzecznika Praw Obywatelskich, który zwrócił uwagę na rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych w wykładni art. 155 § 1 *k.k.w.* Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł, że w ramach interpretacji pojęcia „przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności” przyjmowano m.in., iż wymagane to spełnia:

- 1) każdy czasowy pobyt skazanego na wolności, o ile nie jest efektem jego bezprawnych działań, bowiem po uprawomocnieniu się wyroku okres tymczasowego aresztowania zaliczony na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności *de facto* jest tożsamy z okresem kary już odbytej i nie ma znaczenia, że skazany nie przystąpił jeszcze do odbywania kary w rozumieniu art. 11 § 1 i 4 *k.k.w.*;
- 2) korzystanie z przerwy w karze udzielonej w oparciu o przepisy kodeksu karnego wykonawczego albo zawieszenia postępowania wykonawczego, a nie brak odbywania kary wynikający z odroczenia jej wykonania;
- 3) wyłącznie przerwa w rozumieniu art. 153 *k.k.w.* i co nie mniej istotne – udzielona w trybie tego przepisu, jako że przepis art. 155 *k.k.w.* jest normą o charakterze szczególnym i jako taki nie może podlegać interpretacji rozszerzającej¹⁰.

Rzecznik Praw Obywatelskich opowiedział się za pierwszym spośród zasygnalizowanych przez siebie poglądów.

Sąd Najwyższy, udzielając odpowiedzi na postawione mu pytanie, wskazał, że sformułowana we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich propozycja szerokiego odczytania zakresu pojęcia „przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności”, użytego w art. 155 § 1 *k.k.w.*, jest pozbawiona racji, a zawarta w nim próba ograniczenia – przez wyłączenie bezprawnych przerw w odbywaniu kary – nie odwołuje się do żadnych podstaw normatywnych, co w istocie pozbawia możliwości poznania i rozważenia argumentów, które mogłyby za nią przemawiać. Posiłkując się wykładnią językową, Sąd Najwyższy podnosi, że odwołanie się do pojęcia przerwy w języku ogólnym (powszechnym, potocznym) na gruncie art. 155 § 1 *k.k.w.* nie jest wystarczające, bowiem w rezultacie prowadziłyby do przyjęcia, że przerwą w wykonaniu kary pozbawienia wolności jest każdy okres faktycznego pobytu skazanego na wolności niezależnie od przyczyny (prawnej czy bezprawnej).

Wzmocnieniem tego poglądu jest wynik wykładni systemowej. Zdaniem Sądu Najwyższego, cały kontekst normatywny, tj. wyraźne wewnętrzne powiązanie przepisów całego oddziału 10 kodeksu karnego wykonawczego, ma dla tej przedmiotowej egzegezy niebagatelne znaczenie, gdyż ustawodawca w ten sposób sformułował wyraźną wskazówkę interpretacyjną, dając wyraz temu, że chodziło mu o całościowe uregulowanie wymienionych instytucji przy użyciu terminolo-

¹⁰ Zob. uzasadnienie uchwały (7) SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 22/08, OSNKW 2008/11/89.

gii jednolitej zakresowo. Umieszczenie przepisu (art. 155 § 1 k.k.w.), zgodnie z którym przerwa w wykonaniu kary stanowi jeden z warunków niezbędnych do udzielenia skazanemu przedterminowego warunkowego zwolnienia z odbycia jej reszty, bezpośrednio po regulacji prawnej, której przedmiotem jest sama przerwa, również na gruncie wykładni systemowej, zdaniem Sądu Najwyższego, potwierdza wnioski, że ustawodawca tylko z przerwą uzyskaną w takich warunkach wiąże określone przywileje. W konsekwencji akceptacja dla poglądu odmiennego prowadziłaby do wewnętrznej niespójności systemu, bowiem na gruncie jednej ustawy temu samemu określeniu zostałyby nadane różne znaczenia.

Dla jasności rozważań Sąd Najwyższy odwołał się również do wykładni celowościowej (funkcjonalnej, teleologicznej). Zbadał bowiem m.in. motywy, jakie przyświecały ustawodawcy przy uchwalaniu nowego kodeksu karnego wykonawczego. Zasadniczą ideą, która legła u podstaw projektu obecnej kodyfikacji, jest humanitarne traktowanie skazanego połączone z zachowaniem jego godności jako człowieka oraz sprawiedliwe i zindywidualizowane podejście do jego funkcjonowania w ramach izolacji więziennej. Zdaniem Sądu Najwyższego, między instytucjami prawnymi uregulowanymi w oddziale 10 kodeksu karnego wykonawczego zachodzi relacja tego rodzaju, że ich wspólnym mianownikiem jest odwoływanie się do humanitaryzmu. Wobec tego nie powinno budzić wątpliwości, że istnieją aksjologicznie wspólne przesłanki „odstępowania” od wykonywania kary dla sytuacji, które – z normatywnego punktu widzenia – określilibyśmy jako udzielenie przerwy, odroczenie wykonania kary czy zawieszenie postępowania wykonawczego. Sąd Najwyższy podkreślił, że z uwagi na zakres oddziaływania przepisu art. 155 § 1 k.k.w. tożsamość przesłanek stwarzających podstawę do zastosowania różnych instytucji prawa wykonawczego uzasadnia potrzebę potraktowania także okresu zawieszenia postępowania w przedmiocie wykonania kary na równi z okresem przerwy udzielonej w trybie art. 153 k.k.w.

W obliczu poczynionych uwag, zwrócić należy szczególną uwagę na to, że Sąd Najwyższy poruszył znacznie bardziej ważką problematykę, a mianowicie problematykę mocy dyrektywy pierwszeństwa wykładni gramatycznej w porządku preferencji (absolutnym bądź względnym). W teorii prawa absolutnym porządkiem preferencji określa się taki stan rzeczy, w którym wykładnia językowa ma zawsze pierwszeństwo przez wykładnię systemową, a ta z kolei przed wykładnią funkcjonalną. Natomiast względny porządek preferencji polega na tym, że tzw. pierwszeństwo wykładni językowej nad innymi rodzajami egzegezy zachodzi tylko wówczas, gdy mamy do czynienia ze zwykłymi, normalnymi okolicznościami. W rzeczywistości jednak mogą istnieć pewne okoliczności atypowe. W tej sytuacji zasadą jest odstępstwo od prymatu wykładni językowej i w konsekwencji kierowanie się rezultatami wykładni systemowej albo funkcjonalnej.

Wracając jednak do nurtu zasadniczych rozważań, uwagę powinno przykuwać to, że mimo iż wskazane wyżej instytucje prawa karnego wykonawczego mają ze sobą wiele wspólnego, to nieuprawnionym byłby pogląd utożsamiający pojęcia

„przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności” oraz „odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności”¹¹. W takim przypadku nie powinien budzić wątpliwości fakt, że wolą ustawodawcy było odmienne ukształtowanie sytuacji skazanych, wobec których nie nastąpiło wprowadzenie do wykonania kary pozbawienia wolności z powodu jej odroczenia przez sąd oraz skazanych, w odniesieniu do których tę karę wprowadzono do wykonania, ale proces ten został przerwany – także na podstawie orzeczenia sądu. Po uzyskaniu przerwy i po upływie wymaganego okresu oraz spełnieniu innych warunków skazany może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, natomiast z upływem rocznego okresu odroczenia wykonania kary związanej inną instytucją, tj. możliwość warunkowego zawieszenia jej wykonania (art. 152 k.k.w.)¹².

W nauce prawa karnego można spotkać się z poglądem, że art. 155 § 1 k.k.w. odnosi się do przerwy rozumianej jednostkowo, a zatem do przerwy, która nieprzerwanie trwa przez okres roku, nawet gdyby sąd penitencjarny orzekał o niej wielokrotnie. Nie chodzi tutaj zatem o sumę przerw, z których skazany korzystał dotychczas, i to niezależnie od tego, czy były one oddzielone („cząstkowym”) odbywaniem przez niego tej kary. Musi to być jedna przerwa, choćby była wielokrotnie przedłużana¹³.

Z punktu widzenia art. 155 k.k.w. nie ma znaczenia, co było podstawą udzielenia skazanemu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, oczywiście z zastrzeżeniem, o którym była mowa wyżej, a więc – że tą podstawą nie będzie przyczyna o charakterze bezprawnym. W szczególności nie ma znaczenia, czy przerwa została udzielona na podstawie art. 153 § 1 k.k.w. czy też na podstawie art. 153 § 2 k.k.w., a więc – czy jej udzielenie było obligatoryjne czy fakultatywne¹⁴. J. Lachowski pisze: „Ważne jest jedynie, aby trwała ona nieprzerwanie przez jeden rok, nawet jeśli zmieniały się podstawy jej udzielania przy okazji orzekania w przedmiocie jej przedłużenia”¹⁵. Pogląd ten nie jest do końca trafny, bowiem o „istocie” przerwy decyduje również jej przyczyna. Jeżeli sąd penitencjarny przedłuża przerwę w odbywaniu kary pozbawienia wolności, każdorazowo podając w uzasadnieniu rozstrzygnięcia tę samą podstawę, to bez wątpienia mamy do czynienia z tą samą przerwą. Tożsamość przyczyn będzie warunkować tożsamość przerwy. Natomiast w sytuacji, gdy przerwa będzie udzielana na dalsze okresy, ale przy zróżnicowanych podstawach, np. pierwsza przerwa zostanie udzielona na podstawie art. 153 § 1 k.k.w., a druga (i następne) – na podstawie art. 153 § 2 k.k.w., to tożsamości nie ma. Możemy co najwyżej powiedzieć, że udzielono „takiej samej”, ale na pewno nie „tej samej” przerwy. Podobna sytuacja

¹¹ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 21 stycznia 2009 r., II AKz w 10/09, niepublikowane.

¹² Uchwała (7) SN z dnia 30 października 2008 r., op. cit.

¹³ J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 270–271.

¹⁴ Ibidem, s. 272.

¹⁵ Ibidem.

będzie zachodzić, gdy przerwa – w ramach art. 153 § 2 k.k.w. – zostanie najpierw udzielona z uwagi na względy zdrowotne, a następnie będzie przedłużona ze względu na okoliczności dotyczące rodziny skazanego bądź z uwagi na względy natury osobistej.

Aby skazany mógł się ubiegać o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary, zastosowania nie może znaleźć przepis art. 155 § 2 k.k.w. Zgodnie z nim bowiem „Przepisu § 1 nie stosuje się, jeżeli kara lub suma kar pozbawienia wolności przekracza 3 lata”. Przepis art. 155 § 2 k.k.w., na mocy ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw¹⁶, która weszła w życie 1 stycznia 2012 r., uzyskała nowe – zacytowane wyżej – brzmienie. Nowelizacja kodeksu w tym zakresie była podyktowana względami praktycznymi, które wyrosły na gruncie stosowania opisywanej instytucji. Przypomnieć należy, że art. 155 § 2 k.k.w. przed nowelizacją brzmiał następująco: „Przepisu § 1 nie stosuje się, jeżeli kara pozbawienia wolności przekracza 3 lata”.

Na pierwszy rzut oka art. 155 § 2 k.k.w. w poprzednim kształcie nie stwarzał problemów interpretacyjnych. Niestety, tylko na pierwszy rzut oka. Mnogość zróżnicowanych przypadków, które odzwierciedlają bogactwo stanów faktycznych składających się na rzeczywistość, po raz kolejny ukazała ułomność prawa stanowionego. Prawodawca, wpisując w kodeks karny wykonawczy art. 155 § 2, nie przewidział jak różne będzie jego stosowanie przez sądy. Zasadniczy bowiem problem pojawił się przy wykładni pojęcia „kara”.

Dokonując egzegezy dowolnego przepisu prawa, punktem wyjścia jest zawsze jego brzmienie. Aby „odkodować” normę prawną płynącą z przepisu, należy zatem w pierwszej kolejności odwołać się do językowych reguł interpretacyjnych. Zgodnie z nimi pojęciem użytym w aktach prawnych należy nadawać takie znaczenie, jakie jest im przypisywane na gruncie danego języka (powszechnego, potocznego, naturalnego). Wobec tego, analiza treści art. 155 § 2 k.k.w. sprzed nowelizacji, prowadziła do wniosku, że użycie w nim zwrotu „kara” w liczbie pojedynczej wskazuje, że zamiarem ustawodawcy było ograniczenie możliwości stosowania instytucji przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary tylko do osób skazanych na jedną karę pozbawienia wolności, względnie jedną karę łączną. Dyrektywy wykładni gramatycznej zawężyły zatem w istotny sposób krąg podmiotów uprawnionych do skorzystania z dobrodziejstwa płynącego z art. 155 k.k.w., bowiem stały na przeszkodzie zastosowania tej instytucji wobec osób wielokrotnie karanych (skazanych co najmniej dwukrotnie na karę pozbawienia wolności), tj. osób, wobec których orzeczono kary niepodlegające łączeniu (zsumowaniu) na mocy przepisów rozdziału IX kodeksu karnego.

Rezultaty wykładni językowej nie przekonywały jednak przedstawicieli drugiego stanowiska. Stanowiska, zgodnie z którym kara pozbawienia wolności orze-

¹⁶ Dz.U. z 2011 r., Nr 240, poz. 1431.

czona na okres powyżej 3 lat, w rozumieniu przepisu art. 155 § 2 k.k.w., to kara, na którą składały się również suma kar orzeczonych wyrokami sądów, które jednostkowo nie wykraczają poza ten wymiar. Innymi słowy, niedopuszczalne było stosowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia dopiero w sytuacji, gdy skazany odbywał kolejno kilka orzeczonych kar pozbawienia wolności, których łączny wymiar przekracza 3 lata¹⁷.

Rozwinięciem powyższego poglądu była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 lutego 2006 r.¹⁸. Sąd Najwyższy, rozpoznając zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, udzielił następującej odpowiedzi na postawione mu pytanie: *W wypadku odbywania przez skazanego dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności warunkowe zwolnienie skazanego na zasadach określonych w art. 155 § 1 k.k.w. nie jest możliwe wtedy, gdy suma orzeczonych kar pozbawienia wolności przekroczyła 3 lata.*

Uzasadniając udzielenie odpowiedzi we wskazanym kształcie, Sąd Najwyższy podkreślił, że pierwszeństwo wykładni językowej nie zawsze ma charakter bezwzględny i niekiedy zachodzi potrzeba sięgnięcia po inne jej rodzaje, zwłaszcza wtedy, gdy norma wyinterpretowana metodą językową byłaby w jaskrawy sposób niedorzeczna, czy też niewątpliwie wskazywałaby na zbyt wąski lub zbyt szeroki zakres jej stosowania¹⁹. Jest to zatem kolejny przykład, że judykaturze nie obcy jest względny porządek preferencji w procesie interpretacji przepisu prawa.

Sąd Najwyższy, kontynuując swój wywód, wskazał, że konsekwentne odczytywanie „kary” wyłącznie w liczbie pojedynczej pociąga za sobą niedopuszczalne następstwa na gruncie art. 155 § 1 k.k.w. Mianowicie, przy ustawowym warunku odbycia przez skazanego co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności, zbieg takich kar (które nie podlegają łączeniu) oznaczałby uzyskanie warunkowego zwolnienia tylko w sytuacji, gdyby skazany odbył najmniej 6 miesięcy z każdej ze zbiegających się kar. Zdaniem Sądu Najwyższego, sytuacja taka byłaby w rażący sposób sprzeczna z celem i istotą warunkowego zwolnienia, tym bardziej, że przepis art. 155 § 1 k.k.w. przewiduje odstępianie od ograniczeń opisanych w art. 78 i 79 k.k. Według tego zapatrywania, również z analizy art. 155 § 1 k.k.w. w związku z art. 77 § 1 k.k. i art. 79 § 1 k.k., można wywieść wniosek, że użyte w liczbie pojedynczej zwroty określające karę dotyczą także – zbiegających się w wykonaniu – dwóch lub więcej kar niepodlegających łączeniu.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej kodeks karny wykonawczy z dnia 16 września 2011 roku wskazano wprost, że nowe brzmienie art. 155

¹⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 lutego 2000 r., II AKz 61/00, KZS 2000/5/83. Tak również Sąd Apelacyjny w Lublinie w postanowieniu z dnia 13 sierpnia 2008 r., II AKz w 578/08, KZS 2008/12/80.

¹⁸ I KZP 54/05, OSNKW 2006/3/22. Uchwała ta nie spotkała się z jednomyślnym przyjęciem – patrz T. Sroka, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 24 lutego 2006 r., sygn. akt: I KZP 54/05*, CzPKiNP 2007/2 s. 289.

¹⁹ Zob. uzasadnienie uchwały SN z dnia 24 lutego 2006 r., op. cit.

§ 2 k.k.w. zostało podyktowane trudnościami interpretacyjnymi, jakie istniały na gruncie poprzednio obowiązującego unormowania. Nie bez znaczenia w tym względzie były również wielokrotne wypowiedzi Sądu Najwyższego prezentowane w jego orzecznictwie. Zdaniem projektodawców, nie było jednoznaczne, czy można warunkowo zwolnić skazanego z odbycia reszty kary – jeżeli odbył on już co najmniej 6 miesięcy z tej kary, a przerwa w jej wykonaniu trwała co najmniej rok – w sytuacji, gdy orzeczono wobec niego kilka kar, na okres łącznie przekraczający 3 lata (np. wymierzono mu na mocy dwóch wyroków każdorazowo karę po 2 lata pozbawienia wolności). Dodanie więc słów „lub suma kar” wątpliwości te ma usunąć i pozwolić na stosowanie omawianego przepisu tylko w sytuacji, gdy i suma kar orzeczonych wobec skazanego nie przekracza 3 lat²⁰.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że przepis art. 155 k.k.w. wzbogacił się o § 3, zgodnie z którym: *Na postanowienie, o którym mowa w § 1 przysługuje zażalenie.* Tego rodzaju regulacja wynika z celu jaki przyświeca reformie prawa karnego wykonawczego, reformie, która znalazła swoje odzwierciedlenie w zaproponowanych rozwiązaniach nowelizacyjnych. Zasadniczym bowiem założeniem projektodawcy jest poprawienie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości, tj. usprawnienie procedur, zmniejszenie kosztów postępowań, skrócenie czasu ich trwania, a także – w odniesieniu do postępowania wykonawczego w sprawach karnych – zwiększenie efektywności orzekanych kar. Środkiem, który ma temu służyć, jest m.in. zniesienie zasady zaskarżalności wszystkich postanowień w postępowaniu wykonawczym i wprowadzenie możliwości zaskarżania tylko orzeczeń najbardziej istotnych dla skazanego, jak np. tych związanych z pozbawieniem wolności. Zdaniem Autorów projektu, potrzeba w tym zakresie jawi się jako oczywista, gdyż dotychczasowa praktyka wskazywała na całkowitą zbędność istnienia zasady zaskarżalności, co do wszystkich postępowań incydentalnych dotyczących postępowania wykonawczego²¹.

Obecnie, zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 155 § 1 k.k.w., sąd penitencjarny może warunkowo zwolnić skazanego z odbycia reszty kary na zasadach określonych w art. 77 k.k., przy czym zwolnienie może nastąpić w każdym czasie, bez ograniczeń wynikających z art. 78 i 79 kodeksu karnego.

²⁰ Punkt 40 uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3961 VI kadencji Sejmu.

²¹ Konsekwencją wprowadzenia projektowanych regulacji jest wskazanie w konkretnych przepisach części szczególnej kodeksu karnego wykonawczego przypadków orzeczeń, na które przysługuje zażalenie, np. w art. 155 § 3. Natomiast przymiot zaskarżalności straciły orzeczenia, które projektodawcy podzielili na dwie kategorie. Po pierwsze, orzeczenia nie mające zasadniczego wpływu na treść uprawnień i obowiązków skazanego w postępowaniu wykonawczym. Tytułem przykładu należy wskazać postanowienie w przedmiocie właściwości sądu (art. 3 § 3a), postanowienie w przedmiocie wstrzymania wykonania orzeczenia (art. 9 § 3). A po drugie, orzeczenia, które wprawdzie mają wpływ na treść uprawnień i obowiązków osoby skazanej, lecz wydawane są na jej korzyść, np. postanowienie o zmniejszeniu liczby godzin wykonywanej pracy lub wysokości miesięcznych potrąceń z wynagrodzenia za pracę (art. 61 § 2).

W pierwszym rzędzie należy zastanowić się, o jakich zasadach z art. 77 k.k. stanowi art. 155 § 1 k.k.w. Mianowicie, czy chodzi tylko o zasady określone w art. 77 § 1 k.k., czy także o te z § 2 tego przepisu. S. Lelental przedstawił pogląd, zgodnie z którym *Odwołanie się w przepisie art. 155 § 1 do art. 77 KK, a więc również do przepisu § 2 tego artykułu, jest błędem, który nie został skorygowany przez ustawę z 2003 r. Przepis art. 77 § 2 KK nie ma bowiem znaczenia dla orzekania o warunkowym zwolnieniu na podstawie art. 155²²*. Należy podzielić powyższe stanowisko, wzmacniając je dodatkową argumentacją. Chodzi bowiem o brzmienie i wzajemną relację art. 155 § 1 k.k.w. i art. 77 § 2 k.k. Art. 77 § 2 k.k. stanowi, że w szczególnie uzasadnionych wypadkach sąd, wymierzając karę pozbawienia wolności, może wyznaczyć surowsze ograniczenia do skorzystania przez skazanego z warunkowego zwolnienia niż przewidziane w art. 78. Wynika z tego zatem, że art. 77 § 2 wyraża dyrektywę skierowaną do sądu *meriti*, by – w układzie sytuacyjnym w tym przepisie opisanym – wydłużył osobie uznanej za winną popełnienia przestępstwa okres, po którym może ubiegać się o przedterminowe warunkowe zwolnienie. Wydłużenie to ma dotyczyć terminów określonych w art. 78 k.k. Art. 155 § 1 k.k.w. przewiduje natomiast regulację szczególną odnośnie warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary w stosunku do tej, którą uregulowano w kodeksie karnym. Art. 155 § 1 k.k.w. w sposób wyraźny wyłącza ograniczenia przedterminowego warunkowego zwolnienia wynikające z art. 78 i 79 k.k. Skoro więc ustawodawca wyłączył stosowanie art. 78 k.k., to tym bardziej art. 77 § 2 k.k., który odwołuje się w swej treści do tego pierwszego. Takie rozwiązanie interpretacyjne nie powinno dziwić także z tego powodu, że art. 77 § 2 k.k., jako wprowadzający dalej idące ograniczenia co do minimalnego okresu odbywania kary, byłby zaprzeczeniem istoty umożliwienia osobie skazanej ubiegania się o warunkowe zwolnienie z mocy przepisów kodeksu karnego wykonawczego, który w tym aspekcie jest ustawą względniejszą, bowiem w sposób wyraźny wymaga tylko, aby sprawca odbył co najmniej 6 miesięcy orzeczonej wobec niego kary. Konkludując, należy wyrazić postulat *de lege ferenda*, zgodnie z którym przepis art. 155 § 1 k.k.w. powinien uzyskać następujące brzmienie: *Jeżeli przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności trwała co najmniej jeden rok, a skazany odbył co najmniej 6 miesięcy kary – sąd penitencjarny może warunkowo zwolnić skazanego z odbycia reszty kary na zasadach określonych w art. 77 § 1 kodeksu karnego, przy czym zwolnienie może nastąpić w każdym czasie, bez ograniczeń wynikających z art. 77 § 2, 78 i 79 kodeksu karnego, bądź do aktualnego brzmienia przepisu dopisać zdanie: Art. 77 § 2 kodeksu karnego nie stosuje się.*

Sąd penitencjarny, rozstrzygający w przedmiocie wniosku o warunkowe zwolnienie skazanego z odbycia reszty kary, bada jego postawę, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popeł-

²² S. Lelental, op. cit., komentarz do art. 155, teza 2. Zob. również J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 273–274.

nieniu i w czasie odbywania kary. Aby sąd penitencjarny mógł udzielić skazanemu zwolnienia, musi uprzednio dojść do przekonania, że tenże po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa. Mówiąc inaczej, sąd jest obowiązany przeprowadzić ocenę kryminalogiczną sprawcy (a w mniejszym zakresie także ocenę jego czynu, bowiem musi wziąć pod uwagę okoliczności jego popełnienia)²³. Jak wskazuje się w nauce prawa karnego, mimo tego, że część z wymienionych okoliczności sąd wziął już pod uwagę przy wymiarze kary (art. 53 § 2 k.k.), a mianowicie: okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie się bezpośrednio po jego popełnieniu, to brak jest wystarczających podstaw, by na gruncie art. 77 § 1 k.k. różnicować charakter wyszczególnionych w nim okoliczności i wywodzić, że niektóre z nich odgrywają większą rolę od pozostałych²⁴. Nie powinno jednak budzić wątpliwości to, że głównym zadaniem sądu penitencjarnego jest zbadanie zachowania osoby skazanej po popełnieniu przestępstwa i w czasie odbywania kary, bowiem są to dla sądu nowe, wcześniej nieznanne okoliczności, które najdobitniej ukazują zmiany zachodzące (bądź ich brak) w postawie sprawcy.

W tym miejscu wskazać należy, że wzmiankowana ustawa nowelizacyjna dotyczy również regulacji zawartej w art. 77 § 1 k.k. Przepis ten bowiem z dniem 1 stycznia 2012 r. uzyskał nowe brzmienie: *Skazanego na karę pozbawienia wolności sąd zwalnia warunkowo z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste oraz zachowanie po popełnieniu przestępstwa i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa*²⁵. W oczy rzuca się istotna różnica względem poprzednio obowiązującej treści cytowanego przepisu. Mianowicie, aktualne brzmienie art. 77 § 1 k.k. zostało „zubożone” o takie przesłanki, jak: „sposób życia przed popełnieniem przestępstwa” oraz „okoliczności jego popełnienia”. W uzasadnieniu projektu wskazano, że taki zabieg legislacyjny znajduje uzasadnienie, albowiem o okolicznościach tego rodzaju sąd wypowiada się już w orzeczeniu o karze, biorąc pod uwagę zasady jej wymiaru z art. 53 § 2 k.k.²⁶.

²³ Szerzej o materialnej przesłance warunkowego zwolnienia – J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 248–267, tenże *Przesłanka materialna warunkowego przedterminowego zwolnienia na gruncie kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 2008/11 s. 36 i nast.

²⁴ G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, komentarz do art. 77, teza 9; J. Giezek (red.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, komentarz do art. 77, teza 4. Odmienne A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, komentarz do art. 77, teza 4.

²⁵ Zob. art. 4 pkt 5 projektu ustawy znajdującej się w druku sejmowym nr 3961 VI kadencji Sejmu.

²⁶ W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 3961 VI kadencji Sejmu), przy ocenie skutków regulacji, wskazano, że zmiana w zakresie art. 77 § 1 k.k. spotkała się z liczną krytyką. Zdaniem projektodawców, *okoliczności popełnienia przestępstwa, jak i okoliczności związane z zachowaniem skazanego przed popełnieniem przestępstwa uwzględniane są przy wymiarze kary (art. 53 § 2 kk), a zatem, poprzez wymiar orzeczonej kary, de facto i tak rzutują na instytucję warunkowego zwolnienia. Przesłanki te nie powinny być brane pod uwagę, po raz*

Warunkowe zwolnienie z odbycia reszty kary, uregulowane art. 155 k.k.w., jest regulacją szczególną, a więc odmowa jego udzielenia przez sąd penitencjarny nie pozbawia skazanego możliwości ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie na zasadach ogólnych na podstawie przepisów kodeksu karnego.

Wskazać również należy, że możliwość ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie po spełnieniu wszystkich przesłanek, czy to na podstawie przepisów kodeksu karnego, czy też kodeksu karnego wykonawczego, nie powoduje, że skazany nabył do niego prawo, a po stronie sądu penitencjarnego istnieje obowiązek jego udzielenia. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Karnej z dnia 11 stycznia 1999 r.²⁷, *Dopóki decyzji o warunkowym przedterminowym zwolnieniu nie podjęto, dopóty nie można mówić o nabyciu przez osobę skazaną uprawnień, które mogłyby podlegać ochronie w świetle konstytucyjnej zasady ochrony praw słusznie nabytych. Upiływ określonego quantum kary nie tworzy jeszcze bowiem po stronie skazanego żadnego rozszczenia (uprawnienia) czy choćby samej ekspektatywy warunkowego zwolnienia, które mogłyby podlegać ochronie. O tego typu skutkach można byłoby mówić jedynie wówczas, gdyby po odbyciu określonej części kary istniał obowiązek warunkowego zwolnienia skazanego po tym właśnie okresie. W podobnym tonie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że kodeks karny i kodeks karny wykonawczy nie kształtuje instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia jako prawa podmiotowego skazanego. To sąd, zgodnie z art. 77 i 78 k.k., »może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary« skazanego na karę pozbawienia wolności po spełnieniu przewidzianych w tych przepisach przesłanek. Warunkowe przedterminowe zwolnienie jest zawsze fakultatywne. Nie może więc być mowy o »przyznaniu prawa do warunkowego przedterminowego zwolnienia«. Upiływ wymaganego quantum kary stanowi tylko jedną z przesłanek warunkowego przedterminowego zwolnienia, konieczną aby doszło w ogóle do rozpoznania wniosku. Spełnienie tej przesłanki nie oznacza jednak, że zwolnienie warunkowe zostanie skazanemu udzielone. Decydują o tym przesłanki materialne, określone w art. 77 k.k.*²⁸

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że zasada, zgodnie z którą sprawca powinien wykonać w całości orzeczoną wobec niego karę jako słuszną odpłatę za wyrządzone zło, nie znajduje pełnego odzwierciedlenia w polskim systemie prawa karnego. Istnieje bowiem wiele rozwiązań prawnych, które powodują, że skazany przedterminowo kończy jej odbywanie. Na podkreślenie zasługuje fakt, że jest to zjawisko ze wszech miar pożądane, bowiem realizuje zasadę sprawiedliwości i słuszności oraz humanitarnego traktowania skazanych, a także ukazuje, że współcześnie należy kłaść większy nacisk na prewencję indywidualną, choć tym samym nie można z pola widzenia tracić interesu osoby pokrzywdzonej.

wtóry, przy warunkowym przedterminowym zwolnieniu, które jest środkiem probacyjnym stosowanym na etapie postępowania wykonawczego.

²⁷ I KZP 15/98, OSNKW 1999/1-2/1.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK ZU 2000/5/144.

STRESZCZENIE

Artykuł stanowi przybliżenie instytucji warunkowego zwolnienia skazanego z reszty kary, o której mowa w art. 155 k.k.w. Ma on za zadanie ukazać Czytelnikowi przesłanki jej stosowania przez sądy penitencjarne, konstrukcję przepisów ją stanowiących oraz ich zmianę w obliczu uchwalonej ustawy nowelizacyjnej Kodeks karny wykonawczy z dnia 16 września 2011 roku. Artykuł ten stanowi zarazem przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, których przedmiotem rozpoznania były sprawy w przedmiocie warunkowego zwolnienia skazanego z reszty kary.

Tytułowa publikacja krok po kroku opisuje przesłanki warunkujące instytucję zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności wobec skazanego korzystającego uprzednio z przerwy w jej odbywaniu, przy czym ukazuje zarówno problemy, na jakie napotkały polskie sądy w procesie jej stosowania, jak i rozwiązania, które legły u podstaw przywołanych judykatów. Publikacja zawiera również odniesienia (niekiedy krytyczne) do poglądów przedstawicieli nauki prawa, którzy podejmowali się analizy przedmiotowego zagadnienia.

Artykuł powstał zatem jako efekt analizy art. 155 k.k.w. pod kątem jego stosowania w praktyce. W zakresie opisywanej instytucji badaniu został poddany stosowny fragment kodeksu karnego wykonawczego, orzecznictwo sądowe, jak również poglądy przedstawicieli doktryny. Nie zabrakło także odniesienia do uzasadnienia projektu ustawy nowelizacyjnej z dnia 16 września 2011 r.

SUMMARY

The article is an introduction of a conditional release of a convict from the execution of the rest of punishment referred to in Article 155 of the Punishment Execution Code. Its aim is to show the readers what conditions are taken into account by penitentiary courts, the design of the regulations and the changes proposed by the adopted amendment of the Punishment Execution Code of 16 September 2011. The article is also an overview of decisions made by the Supreme Court and courts of appeal which examined parole cases.

Step by step, the publication describes the conditions of a parole of a convict who has already been provided with a break in the execution of the imprisonment. At the same time, it shows both the problems that Polish courts face in connection with the parole implementation and the solutions which had been the basis of the discussed rulings. The publication also provides comments (sometimes critical ones) on the opinions of the law scholars who have analyzed the issue.

The article has resulted from an analysis of Article 155 of the Punishment Execution Code from the point of view of its use in practice. It examines the adequate fragment of the Punishment Execution Code, court rulings and opinions of the doctrine representatives. It does not lack reference to the justification for the amendment of 16 September 2011.

REMIGIUSZ RABIEGA



O WSPÓLDZIAŁANIU W POPEŁNIENIU PRZESTĘPSTWA INDYWIDUALNEGO NIEWŁAŚCIWEGO TYPU UPRZYWILEJOWANEGO

(UWAGI NA TLE DZIECIOBÓJSTWA W POLSKIM PRAWIE KARNYM)

Wskazane w tytule niniejszego artykułu zagadnienie prawne jest w polskiej doktrynie prawa karnego rozwiązywane w zasadzie jednolicie. Uogólniając można powiedzieć, iż w polskiej karnistyce przyjmuje się na ogół zgodnie, że współdziałający w popełnieniu przestępstwa indywidualnego niewłaściwego typu uprzywilejowanego, tzw. *ekstraneus*, swoim zachowaniem się nie realizuje znamion tzw. form zjawiskowych tego przestępstwa. Niniejsze opracowanie ma na celu wskazanie, iż na gruncie aktualnie obowiązującego kodeksu karnego, tj. k.k. z 6.VI.1997 r., powyższe założenie może być interpretowane w odmienny sposób.

Zanim przystąpię do analizy zarysowanego wyżej problemu, w pierwszej kolejności – tytułem przygotowania gruntu pod dalsze rozważania – kilka słów poświęcę kwestiom ogólnym, związanym z karalnością dzieciobójstwa¹; co stanowić będzie tło dla analizowanego przeze mnie zagadnienia.

Opinie w kwestii karalności dzieciobójstwa były bardzo różne. Jedni byli zwolennikami bezkarności tego czynu, drudzy uważali, iż powinno być ono zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności lub nawet karą śmierci, jeszcze inni byli zdania, że zagrożenie winno być tu łagodniejsze, aniżeli kara za zwykłe zabójstwo. Cytowane przez G. Williamsa stwierdzenie K. Merciera wskazuje, iż z pewnych przyczyn dzieciobójstwo (jako jedna z form pozbawienia człowieka życia) przynosi społeczeństwu stosunkowo najmniej szkody². Wynika to z braku

¹ Dzieciobójstwo jest typowym przestępstwem indywidualnym co do sprawcy, bowiem dopuścić się go może tylko matka dziecka. Nie można odmówić dzieciobójstwu również pewnych cech przestępstwa indywidualnego co do czynu (własnoręcznego), ponieważ przestępstwa tego może się dopuścić matka tylko w określonej sytuacji: w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu. Dzieciobójstwo łączy więc cechy przestępstwa indywidualnego zarówno co do sprawcy, jak i co do czynu – zob. J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 366–367.

² Zob. G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, s. 15.

subiektywnych korelacji oraz zależności innych członków zbiorowości od dziecka; nie jest ono żywicielem rodziny, opiekunem, czy nawet przyjacielem kogokolwiek. Zaznaczyć można jednak, że występująca tutaj funkcja ochronna prawa karnego odnosi się do utylitarne aspektu karalności zabicia dziecka, które, nie uzyskując prawa dla swego jestestwa, pozbawiane jest jednocześnie szczęścia³. W szerszym ujęciu dzieciobójstwo oznacza odmówienie dziecku niezbywalnego prawa do życia i to właśnie stanowi podstawę kryminalizacji rozpatrywanego typu czynu zabronionego pod groźbą kary⁴.

Warto więc zastanowić się nad przesłankami przemawiającymi za tym, aby matkę uznać za osobę, której czyn – w porównaniu do zabójstwa w typie podstawowym – oceniany jest przez społeczeństwo łagodniej⁵. Otóż sama etiologia dzieciobójstwa, jako czynu wykonanego przez matkę podczas i w związku z przebiegiem porodu, stanowi podstawę dla uprzywilejowania tego czynu zabronionego⁶, stanowiącego *delictum sui generis* wyodrębnione z art. 148 k.k.

Analizę tytułowego problemu rozpocznę od przedstawienia kilku reprezentatywnych prób jego rozwiązania.

W komentarzu pod redakcją A. Zolla czytamy, iż dzieciobójstwo „(...) jest przestępstwem specyficznym nie tylko ze względu na jego indywidualny charakter (sprawczynią może być tylko matka dziecka), ale także ze względu na to, że może być ono zrealizowane tylko »własnoręcznie« przez matkę”⁷. Oznacza to – zdaniem przywołanego Autora – iż żadna ze wskazanych w art. 18 k.k. postać współdziałania przestępczego – nie może być dokonana na podstawie łagodzących zasad zawartych w art. 149 k.k. „Wszyscy współdziałający z matką przy dokonaniu dzieciobójstwa – pisze dalej Autor – odpowiadają na podstawie art. 148 § 1 (chyba że zachodzą znamiona kwalifikujące typ zabójstwa)”⁸.

³ Zob. G. Williams, op. cit., s. 16.

⁴ W podobny sposób wyraża swoją opinię ks. L. Mańko, zob: *Regulacja poczęć w rodzinie i społeczeństwie*, „Ateneum Kapłańskie”, Włocławek 1970, t. 75. Zob. także: M. Tarnawski, *Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Poznań 1981, s. 110–115.

⁵ Zob. S. Dąbrowski (w:) *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczo-sądowe*. (Trójgłos), K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, E. Chróścielewski, „Państwo i Prawo” 1967, nr 2, s. 240–245, gdzie autor prezentuje przyczyny różnych aberracji psychicznych matki, które w toku postępowania karnego są badane przez biegłych sądowych.

⁶ Szczegółową analizę znamion czynu zabronionego pod groźbą kary stypizowanego w art. 149 k.k., czytelnik może odnaleźć w licznych wypowiedziach doktryny polskiego prawa karnego. Zob. m.in. R. Kokot, *Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka, czyli o racjonalizację znamion art. 149 k.k.*, (w:) *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, Tom XX, (red.) L. Bogunia, Wrocław 2006, s. 23; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 644; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 324; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 459. Zob. także: M. Tarnawski, op. cit., s. 136–166; A. Zoll, *Komentarz do art. 149 k.k.*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, (red.) A. Zoll, Warszawa 2008, s. 250.

⁷ A. Zoll, *Komentarz do art. 149 k.k.*, (w:) (red.) A. Zoll, op. cit., s. 252.

⁸ A. Zoll, *Komentarz do art. 149 k.k.*, (w:) (red.) A. Zoll, op. cit., s. 251. Zob. także: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 445; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 358; R. Kokot, op. cit., s. 20 i nast.; A. Marek, *Komentarz do art. 149 k.k.*, (w:)

Wydaje się, że A. Zoll, jak większość przedstawicieli nauki prawa karnego, przyznaje prymat wykładni językowej. Osobiście bardziej przekonuje mnie stosowanie wykładni funkcjonalnej, gdyż wydaje się, iż to właśnie ustalenie celu zmierzającego do wytworzenia konkretnego stanu rzeczy stanowi asumpt do podjęcia przez prawodawcę stosownych kroków. To tutaj reguły interpretacyjne uwzględniają m.in. szeroko postrzeganą płaszczyznę społeczną, ekonomiczną, czy aksjologiczną systemu prawa⁹, a jak wiadomo przy egzegezie przepisów prawnych niezbędne jest branie pod uwagę zasad sprawiedliwości i słuszności¹⁰. Elementy te są niezbędne także przy prawidłowej interpretacji zasady subiektywizacji odpowiedzialności karnej, kładącej dobitny nacisk na podmiotową korelację sprawcy z czynem zabronionym¹¹. To, przy jakim czynie ekstraneus chce współdziałać, nie jest bynajmniej bez znaczenia.

Adekwatną koherencję w tym przypadku prezentuje stanowisko przedstawione przez Ł. Pohla, który podnosi, że „(...) jest tak, iż każde wypełnienie przez sprawcę znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary jest jednocześnie przekroczeniem przez niego normy sankcjonowanej leżącej u podstaw tego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, i nie ma zarazem możliwości przekroczenia tej normy zachowaniem niebędącym wypełnieniem znamion zmodyfikowanego typu czynu zabronionego pod groźbą kary”¹². Oznaczać to w istocie musi, że konkretny typ czynu zabronionego (wyraźnie wszakże oddzielony przez ustawodawcę od innych typów czynów zabronionych pod groźbą kary) jest oparty na własnej normie sankcjonowanej, której naruszenie nie może być utożsamiane ze

Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 376. Podobnie odpowiedzialność podżegacza i pomocnika kształtuje się na gruncie niemieckiego kodeksu karnego – zob. § 28 StGB.

⁹ Zob. T. Gizbet-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985, nr 3–4, s. 52.

¹⁰ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 147. Zob. także: Wyrok SN z 8 lipca 2004 r., IV CK 520/03, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2005, z. 7–8, poz. 130; por. też Uchwałę SN z 25 kwietnia 2003 r., III CZP 8/03, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2004, z. 1, poz. 1.

¹¹ Zob. A. Bielska-Brodziak, *Interpretacja tekstu prawnego na podstawie orzecznictwa podatkowego*, Warszawa 2009, s. 159.

¹² Ł. Pohl, *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, „Ius Novum” 2010, nr 1, s. 9. Autor dodaje nadto: „(...) każdy typ czynu zabronionego pod groźbą kary ma swoją, właściwą dlań, ogólną ujemną ocenę, ta zaś z kolei – w zależności od wszelkich okoliczności, w których znamiona wskazanego typu zrealizowano – ulega stopniowaniu i w konsekwencji miarkowaniu na etapie wymiaru kary czy innego środka prawnokarnej reakcji. W tym też ujęciu u podstaw przywołanych wyżej zabójstw [chodzi o zabójstwo w typie kwalifikowanym oraz o zabójstwo eutanatyczne – dop. R.R.] – z racji wystawienia im odrębnych ujemnych ocen – leżą różne normy sankcjonowane. Jedna: zakazująca zabicia człowieka ze szczególnym okrucieństwem i druga: zakazująca zabicia człowieka na żądanie i pod wpływem współczucia dla niego”. Zob. op. cit., s. 23. Słowa te dają podstawę do wyrażenia poglądu, jakoby art. 149 k.k. wysławiać miał inną, aniżeli ujętą w art. 148 § 1 k.k. normę; normę sankcjonowaną odnoszącą się jedynie do sytuacji pozbawienia życia dziecka przez matkę, w okresie i pod wpływem przebiegu porodu. Przełamanie owej normy sankcjonowanej (sprzęgniętej bezpośrednio z wyjściową normą sankcjonującą) zmusza jednocześnie do wymierzenia kary, ale tej kary, która w przedmiotowym czynie zabronionym jest wskazana przez ustawodawcę. Toteż prezentowany tu aspekt współdziałania przy omawianym typie czynu zabronionego pod groźbą kary (i wiążąca się z nim odpowiedzialność) – stanowić ma próbę ukazania niniejszego poglądu w odmiennym świetle.

skutkami wynikającymi z przekroczenia innej normy sankcjonowanej (w tym przypadku – z typem podstawowym czynu zabronionego pod groźbą kary, zawartym w art. 148 § 1 k.k.)¹³.

Wdrażane przeze mnie rozwiązanie, uznające dopuszczalność odpowiedzialności ekstraneusa przy przestępstwie indywidualnym niewłaściwym typu uprzywilejowanego, jest dyskusyjne; szczególnie z racji na delikatną materię, jaką stanowią okoliczności ściśle osobiste, czyli takie, które cechują jakiś stan czy przeżycie psychiczne (jak stan psychiczny kobiety rodzącej w niniejszym przypadku). Niemniej jednak pochylenie się nad tym zagadnieniem może się okazać nie tylko teoretycznie ciekawe, ale i praktycznie doniosłe.

Zastanawiając się nad samą istotą współdziałania *sensu largo* przy przestępstwach indywidualnych, podkreślić należy, iż podżegacze i pomocnicy nie „wpisują się” w przestępstwo indywidualne sprawcy, lecz „popołniają własne przestępstwo o charakterze szczególnej postaci zjawiskowej typu przestępstwa podżegania czy pomocnictwa do przestępstwa.”¹⁴ W. Wolter w swym szkicu wyraźnie opowiada się za powszechnie aprobowaną interpretacją, w której znamię modyfikujące z art. 149 k.k. jest okolicznością ściśle osobistą. Z drugiej jednak strony W. Wolter wskazuje, że: „Jest rzeczą jasną, iż decydujący dla prawa czynnik nie tkwi w samym czasownikowym określeniu »podżeganie« czy »pomocnictwo«, ale w tym, »do czego« się podżega czy udziela pomocy, czyli podżegania i pomocnictwa ze względu na tę cechę relatywną nie można oderwać w zupełności od objętego zamiarem podżegacza czy pomocnika, a określonego jakimś typem przestępstwa – sprawstwa. Pewne minimum zależności sensowej podżegania i pomocnictwa od sprawstwa jest nie do uniknięcia i polska koncepcja podżegania i pomocnictwa jako zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa z pewnością nie zamierza tej zależności kwestionować”¹⁵. Przy takim stanie rzeczy sądzę, że nie można zupełnie rozerwać nici łączącej zamiar sprawcy *sensu stricto* (czyli matki) z zamiarem podmiotu określonego mianem współdziałającego *sensu largo* (np. męża, czy lekarza).

W praktyce jedną z podstaw wystąpienia niejasności, przyczyniających się do podjęcia niniejszych rozważań, jest pewien problem interpretacyjny, związany z prawidłową wykładnią koncepcji stworzonej przez J. Makarewicza. R. Dębski pisze: „tzw. polska koncepcja współdziałania przestępczego nie została nigdy w pełni dopracowana i pozostawia liczne wątpliwości dotyczące szeregu fundamentalnych zagadnień, takich jak problem samej konstrukcji czynów zabronionych popełnianych w poszczególnych »formach zjawiskowych«”¹⁶. Skoro to

¹³ Inaczej kwestię tę rozpatruje A. Zoll – zob. *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” rok XXIII/1990, s. 88.

¹⁴ W. Wolter, *Podżeganie i pomocnictwo do przestępstw kwalifikowanych*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1965, nr 2, s. 129.

¹⁵ W. Wolter, op. cit., s. 129–130.

¹⁶ R. Dębski, *Współdziałanie przy przestępstwie indywidualnym w ujęciu nowego kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 2, s. 17.

nie „wykonanie”, lecz stosownie: „nakłanianie” albo „ułatwianie” stanowią relewantne znamiona czasownikowe przestępstw dokonywanych przez podżegaczy lub pomocników, to każdorazowe przekroczenie normy sankcjonowanej z art. 18 § 2 albo § 3 k.k. wymaga relatywizacji do właściwego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Fakt ten sygnalizuje, że omawiane formy zjawiskowe dokonują się – jak podnosi P. Kardas – już „na przedpolu realizacji znamion formy sprawczej”¹⁷. Stwierdzić można zatem, iż z aksjologicznego punktu widzenia między formami współdziałania a konkretnymi przepisami części szczególnej k.k. występować musi pewna spójnia, by jeszcze raz powtórzyć za W. Wolterem, że nie w samym nakłanianiu czy ułatwianiu tkwi istota niesprawczych form zjawiskowych, lecz w tym, „do czego” się podżega lub „w czym” się pomaga¹⁸.

Potwierdzeniem sygnalizowanej tu rozbieżności interpretacyjnej mogą być pojawiające się sporadycznie odstępstwa od głęboko zakorzenionej wykładni art. 21 oraz art. 149 k.k. Występują one przykładowo w wyroku SN z 1975 r. oraz w glosie K. Daszkiewicz, która uważa, że dzieciobójstwo dokonane może być w każdej formie zjawiskowej¹⁹. Również w obcej literaturze znaleźć można orzeczenia (m.in. francuskiego Trybunału Kasacyjnego), przyjmujące, że matka nie jest koniecznym podmiotem dzieciobójstwa; może nim być ojciec bądź inne bliskie osoby²⁰. Zasada – pisze Z. Papierkowski – „(...) że matka może być podmiotem dzieciobójstwa, nie jest bezwzględna. Na terenie niektórych ustaw karnych została ona przełamana w tym kierunku, że także inne osoby mogą być sprawcami tego przestępstwa. Stanowisko tych ustaw pozostaje w ścisłym związku z okolicznością, że przyczyną mniejszej karygodności dzieciobójstwa jest chęć ratowania dobrego imienia kobiety rodzącej; jest to tzw. »*causa honoris*«,

¹⁷ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności prawnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 570.

¹⁸ R. Dębski wskazując, że: „(...) między działaniem podżegacza i pomocnika a czynem sprawcy nie musi zachodzić związek przyczynowy, lecz intencjonalny”, słusznie opowiada się za koniecznością występowania relacji między powyższymi podmiotami. Zob. R. Dębski, *loc. cit.*; Zob. także: S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 228; P. Kardas, *op. cit.*, s. 571 i nast.; L. Lernell, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1969, s. 198–199; A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 84; A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 6, s. 35.

¹⁹ Zob. Wyrok SN z 11 czerwca 1974 r., IV KR 89/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1975, z. 6, poz. 148 oraz glosę K. Daszkiewicz do tegoż wyroku.

²⁰ Zob. Carpentier, *Code pénal, tekst z komentarzem i orzecznictwem*; przytoczone za: Z. Papierkowski, *Dzieciobójstwo w świetle prawa karnego. Studium prawno-porównawcze*, Lublin 1947, s. 32–34. Przywołany autor dalej wymienia: „(...) w świetle przepisów ustaw południowo-romańskich, jak kodeksu karnego portugalskiego, kodeksu karnego meksykańskiego, kodeksu karnego chilijskiego, oraz kantonalnych ustaw szwajcarskich grupy romańskiej podmiotem dzieciobójstwa mogą być także rodzice kobiety rodzącej. Najdalej zaś idzie w tym kierunku kodeks karny włoski, według którego najbliższy krewny (*prossimo congiunto*) kobiety rodzącej, a więc rodzice i rodzeństwo, ulega jak dzieciobójca takiej samej karze jak matka noworodka, tzn. niższej aniżeli za zwykle zabójstwo. Równie szeroko traktuje sprawę kodeks karny turecki, według którego podmiotem dzieciobójstwa może być oprócz matki dziecka nieślubnego również jej mąż, matka, córka, babka lub dziadek, rodzice z tytułu adopcji lub siostra”.

względnie znany niemieckiej literaturze prawa karnego »*Ehrennotstand*« tj. stan wyższej konieczności co do czci.”²¹. Mnie osobiście taka egzegeza przekonuje.

Kolejnym krokiem ku uzasadnieniu odpowiedzialności ekstraneusa współdziałającego przy niewłaściwym przestępstwie indywidualnym typu uprzywilejowanego może być jedna z tzw. niezależnych definicji przestępstw indywidualnych.

W ramach poruszanego zagadnienia szczególnie interesujące (a przy tym newralgiczne) jest ustawowe stwierdzenie: „okoliczność osobista dotycząca sprawy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność”, zawarte w art. 21 § 2 k.k. Dla znamienitej większości dogmatyków prawa karnego zwrot: „chociażby tylko”²² jest równoznaczny z pociągnięciem współdziałającego do surowszej odpowiedzialności karnej²³. Sądzę, że założenie dotyczące surowszej karalności nie musi stanowić jedynej drogi interpretacyjnej przy stawianiu sprawy współdziałającemu zarzutu popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. W pierwszej kolejności chciałbym zwrócić uwagę czytelnika na językowe znaczenie badanego znamienia.

Partykuła „chociażby” może być ujmowana nie tylko jako minimalny, lecz również jako maksymalny zakres brany pod uwagę (zatem daje egzegezie swoistą dowolność w wyborze znaczenia), a zatem nie wyklucza sposobności zezwalającej na przypisanie współdziałającemu odpowiedzialności za typ uprzywilejowany²⁴.

Właśnie taką koncepcję uzasadnienia odpowiedzialności ekstraneusa do przestępstw indywidualnych niewłaściwych (jak dzieciobójstwo) wysuwa w swojej pracy Ł. Pohl. Podnosi on, iż: „(...) każdy z wymienionych wyżej ekstraneusów przekracza tu stosowną normę sankcjonowaną, spełniającą tym samym rudymenatarny i niezbędnie konieczny warunek praworządnej aktualizacji normy nakazującej wymierzyć sankcję. Nie mamy tu zatem do czynienia z osobliwym zjawiskiem karalności czynu bez jego zabronienia. (...) ekstraneus, tj. sprawca kierowniczy, sprawca polecający, podżegacz oraz pomocnik, odpowiadałby za przestępstwo indywidualne niewłaściwe typu uprzywilejowanego, gdy przy takim świadomie z intraneusem współdziałał”²⁵. Oznaczać to musi, że przy stawianiu

²¹ Z. Papierkowski, op. cit., s. 10. Zob. przeciwnie: A. Zoll, *Komentarz do art. 149 k.k.*, (w:) (red.) A. Zoll, op. cit., s. 251.

²² Warto przypomnieć, że stwierdzenie: „chociażby tylko” zostało wprowadzone do k.k. dopiero 6 VI 1997 r., w związku z przyjęciem przez Sejm poprawki zaproponowanej przez Senat, który uprzednio stwierdził, że: „(...) proponowane brzmienie art. 21 § 2 stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie współdziałającego”. Cyt. za: A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 285.

²³ Przedmiotem mojego zainteresowania są tu osoby dokonujące czynów zabronionych pod groźbą kary w niewykonawczych formach zjawiskowych, tak w ujęciu *sensu stricto* (sprawca kierowniczy, sprawca polecający), jak i w ujęciu *sensu largo* (podżegacz oraz pomocnik).

²⁴ Warto zaznaczyć, iż wśród znawców wykładni prawa występuje również pogląd mówiący o tym, że od ścisłej interpretacji prawa karnego można odejść, gdy stosowna wykładania rozszerzająca (*interpretatio extensiva*) jest korzystna dla oskarżonego. Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 172 i 178.

²⁵ Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 174–176. Autor ten dalej pisze: „Jeśli chce się ze względów, powiedzmy kryminalno-politycznych, sankcjonować tego rodzaju zachowania dotkliwszą dolegliwością, taką jaką grozi za realizację znamion typu

sprawcy zarzutu dokonania konkretnego czynu zabronionego pod groźbą kary w głównej mierze odnieść się musimy do chęci podżegacza albo zamiaru pomocnika (dla form niewykonawczych *sensu largo*). Niezależnie od tego, w jakiej roli postawimy ekstraneusa, i tak pryncypialne znaczenie przyznać należy stronie intelektualno-woluntatywnej realizowanego przez niego czynu zabronionego pod groźbą kary. Osądzający winien więc zbadać, jakie przesłanki przyświecały współdziałającemu: czy nakłaniał albo ułatwiał dokonanie czynu zabronionego stypizowanego w art. 148, czy 149 k.k. Wydaje mi się, iż w kontekście współdziałania do dzieciobójstwa karanie za zabójstwo w typie podstawowym (ewentualnie kwalifikowanym) nie ma umocowania ustawowego. Sądzę, iż prawnokarną ocenę zachowania danego ekstraneusa winno się opierać na jego podmiotowym nastawieniu, a nie na błędnie interpretowanym określeniu z art. 21 § 2 k.k.²⁶.

W tym kontekście chciałbym nawiązać do niedawno opublikowanego opracowania A. Książkowskiej-Breś, która w swojej monografii przyjmuje wprowadzenie założeń względem mnie opozycyjne (acz uznawane przez większość przedstawicieli nauki); jednakże, nakreślając różne przekonania autorów, przywołuje ona również (zgodne z moimi sądami) poglądy A. Liszewskiej, która to w swych dociekaniach także zauważa problem nie do końca transparentnego – a zatem mogącego budzić pewne wątpliwości – ujęcia art. 21 § 2 k.k. A. Książkowska-Breś zaznacza: „Niektórzy karniści uważają, że przepis art. 21 § 2 k.k. wymaga zmiany. Według Liszewskiej, indywidualne cechy podżegacza i pomocnika nie mają żadnego znaczenia w kontekście ogólnosprawczego charakteru popełnianych przez nich czynów zabronionych. Autorka zgadza się z koniecznością odrębnego uregulowania kwestii podżegania do przestępstw indywidualnych niewłaściwych typu uprzywilejowanego i pomocnictwa w nich. Zauważa, że art. 21 § 2 k.k. nie został w tym zakresie prawidłowo skonstruowany. Zdaniem Autorki, odpowiedni przepis powinien przewidywać wyjątek od zasady mówiącej, że niezależnie od charakteru czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania, a w którym pomocnik

podstawowego, to można to w pełni poprawnie uczynić na poziomie normy *quasi*-sankcjonującej, a nie – jak to uczyniono w kodeksie karnym – na poziomie normy sankcjonowanej, gdyż na poziomie tej ostatniej, jak wskazano wyżej, nie jest to ani poprawne, ani nawet możliwe. (...) Kodeks, zawierając w sformułowaniu przepisu art. 21 § 2 powyższe wady, wymaga zatem subtelnej w omawianym zakresie nowelizacji”.

²⁶ Również u S. Słowińskiego można przeczytać, że: „Podżegacz i pomocnik odpowiada za przestępstwo rodzajowe, którego dopuszcza się sposobem podżegania lub pomocnictwa”. S. Słowiński, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1946, s. 343. Jako dygresję chciałbym jednak wtrącić, że określenie: „przestępstwo rodzajowe” jest nieprecyzyjne, albowiem normy sankcjonowane wyrażone przez ustawodawcę w art. 18 k.k. konstytuują w istocie inne typy czynów zabronionych pod groźbą kary, aniżeli typ generalny zawarty w katalogu z części szczególnej k.k. (o czym miałem już sposobność wspomnieć uprzednio); gdyby tak nie było, należałoby przypuszczać, iż występowanie art. 18 k.k. w części ogólnej jest zbędne, co w konsekwencji przeczyłoby postulatowi racjonalności poczynań prawodawcy. Jak zatem widać, zgodnie z teorią J. Makarewicza, współdziałający winien odpowiadać za czyn, do którego nakłania, bądź też za ułatwienie dokonania (konkretnego) czynu zabronionego sprawcy bezpośrednio. Por. krytyczne stanowisko I. Andrejewa *à propos* uznania odpowiedzialności podżegacza (pomocnika) do przestępstwa na równi z postępowaniem sprawcy *sensu stricto* – I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 201–203.

pomaga, ponoszą oni odpowiedzialność. Wyjątek ten dotyczyłby właśnie przestępstw indywidualnych niewłaściwych typu uprzywilejowanego. Liszewska uważa, że nakłaniający matkę znajdującą się w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu do zabicia dziecka powinien odpowiadać za podżeganie do dzieciobójstwa (art. 18 § 2 w zw. z art. 149 k.k.)²⁷.

Niemniej jednak trzeba zauważyć, że przyjmowane obecnie przez *gros* spośród wybitnych przedstawicieli nauki prawa karnego punitywne podejście – narusza postulat zakazu stosowania analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Zdają sobie sprawę z tego, iż za przyjęciem surowszej odpowiedzialności przemawiają racje kryminalno-polityczne, mające na celu zabezpieczenie wartości, jaką jest życie nowonarodzonego dziecka, jednakże wykładnia teleologiczna (o czym był już mowa wcześniej) za cel stawia sobie również względy aksjologiczne, akcentujące słuszność stosowania zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej, powiązanej ze znamionami strony podmiotowej. Nadto interpretacja logiczno-językowa nie daje podstaw do (spotykanego tutaj) „przekwalifikowania” czynu zabronionego pod groźbą kary, albowiem klóci się to z ideą art. 1 § 1 oraz art. 115 § 1 k.k.²⁸.

Transponując na potrzeby niniejszego szkicu pogląd W. Woltera, warto wskazać konkluzję, jakoby artykuł 21 § 2 k.k. stanowił o tym, że gdy czyn zabroniony jest opatrzony znamieniem w postaci okoliczności osobistej, o której współdziałający wie, to podlega on wówczas odpowiedzialności karnej za ten właśnie (konkretny!) czyn zabroniony, w którym podmiot niewykonawczy współuczestniczył. Tym samym przepis z art. 21 § 1 k.k. ma wyraźnie charakter subsydiarny, którego zadanie polega na „dopełnieniu”, a nie „wyłączeniu” stosowania innych przepisów z części szczególnej, niezależnie od tego, czy przekroczenie danej normy sankcjonującej przewidywać będzie karę identyczną, surowszą, czy łagodniejszą²⁹. Zgodnie z powyższym – jak pisze W. Cieślak – występuje tu „(...) tzw. udzielenie kwalifikacji przez sprawcę cechującego się określonymi w typie czynu zabronionego szczególnymi właściwościami (...) współdziałającemu, który o tej okoliczności wiedział, choć jego osobiście ona nie dotyczyła”³⁰.

²⁷ Zob. A. Książkowska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 111.

²⁸ Chodzi tutaj o wymierzanie kary na podstawie przepisu, którego znamion sprawca (w oparciu o swoją stronę podmiotową) nie realizował.

²⁹ Zob. W. Wolter, *Odpowiedzialność karna...*, s. 969.

³⁰ W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Warszawa 2010, s. 148. Przyjmując założenie zakazu wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, pozwolę sobie na zinterpretowanie przepisu z art. 21 § 2 k.k. (w moim przekonaniu) na korzyść ocenianych tu podmiotów. Nie zgadzając się z dalszymi wywodami A. Marka (nieuznającymi stosowania łagodniejszych sankcji w stosunku do podmiotów innych, niż określona w art. 149 k.k. matka dziecka), podniosę jednak za autorem, iż: „Podżegacz lub pomocnik, znający tę szczególną właściwość sprawcy głównego (*intraneus*), odpowiadać będą jak za podżeganie lub pomocnictwo do przestępstwa indywidualnego, choćby sami cechy takiej nie mieli”. Zob. A. Marek, op. cit., s. 153, loc. cit., s. 153.

Jak to już wcześniej stwierdziłem, ekstraneus nie musi posiadać cechy zawężającej podmiotową odpowiedzialność karną, gdyż podżegacz czy pomocnik popełniają odmienne typy czynów zabronionych pod groźbą kary aniżeli sprawca wykonawczy, a nadto ich zachowanie nosi znamiona ogólnosprawcze³¹. W tym kontekście jako zrozumiałe i zarazem jako w pełni przekonujące jawi się więc spostrzeżenie Ł. Pohla: „(...) znajdujące się w przepisach części szczególnej k.k. określenia przedmiotowych charakterystyk czynów zabronionych pod groźbą kary uniemożliwiają – z uwagi na przypisywane tym określeniom w języku prawniczym znaczenie – uznanie za desygnaty tych charakterystyk zachowań polegających na: kierowaniu wykonaniem takich czynów, wydawaniu polecenia ich wykonania, nakłanianiu do ich dokonania oraz ułatwianiu ich popełnienia. Jest to w pełni zrozumiałe, jako że wymienione zachowania się człowieka są zachowaniami innego rodzaju aniżeli zachowania określone w stosowych przepisach części szczególnej k.k.”³².

Opierając się na powyższych twierdzeniach, przyjmuję, że osoba współdziałająca w popełnieniu czynu zabronionego pod groźbą kary, może odpowiadać za przestępstwo indywidualne niewłaściwe typu uprzywilejowanego, jeżeli podmiot ten wie o szczególnej cesze sprawcy, przynależnej do znamion przestępstwa; również w sytuacji, gdy sam tej właściwości nie posiada. Artykuł 21 k.k. – stanowiący kontynuację wyrażonej w art. 20 k.k. zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej – wywodzi odpowiedzialność podżegacza i pomocnika z ich własnego zamiaru, tworząc przez to odrębny sposób popełnienia przestępstwa³³. Woluntatywne nakierowanie zachowania omawianych tu współdziałających podmiotów na realizację konkretnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary jest wszakże refleksem zachowania opisanego w dyspozycji art. 149 k.k. Nie może być tutaj mowy wyłącznie o partycypacji w przestępstwie dzieciobójczyni, lecz o wyznaczonej zamiarem „własnej” odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta nie jest limitowana tylko do znamion przedmiotowych, lecz przede wszystkim odnosi się ona do podmiotowego stosunku podżegacza i pomocnika do czynu zabronionego pod groźbą kary. Każdy odpowiada bowiem w zależności od indywidualnego przejawu znamion strony podmiotowej.

Różnica w optyce analizowanego zagadnienia uwypukla się przykładowo za sprawą W. Świdy, który w swoim podręczniku podnosi, iż zasada indywidualizacji odpowiedzialności w stosunku do przestępstw indywidualnych (tytułem przykładu

³¹ „Podżeganie i pomocnictwo zostały ujęte w prawie karnym jako odrębne przestępstwa, różne od sprawczych form współdziałania. (...) Podżeganie i pomocnictwo nie jest więc jakąś równorzędną sprawstwu formą zjawiskową popełnienia danego przestępstwa, ale odrębnym przestępstwem” – W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 266–267.

³² Ł. Pohl, *O (nie)możliwości pociągnięcia osoby nieletniej do odpowiedzialności karnej za tzw. niewykonawcze formy współdziałania przestępczego na gruncie kodeksu karnego z 1997 r.*, (w:) *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Toruń 2010, s. 172–173.

³³ Zob. A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 152–153.

wskazano właśnie dzieciobójstwo) ulega pewnemu „odchyleniu”, co rzekomo jest rozwiązywane przez ustawę karną właśnie na gruncie obecnego art. 21 § 2³⁴. Skoro autor uprzednio wskazuje, że „Każdy uczestnik odpowiada samodzielnie za swoje własne przestępstwo w granicach swego zamiaru, niezależnie od tego, co uczynili inni uczestnicy”³⁵, to doprawdy dziwny wydaje się sposób, w jaki aspekt intelektualny, wsparty na świadomości dokonywania, kierowania, polecenia, nakłaniania, czy ułatwiania dzieciobójstwa, może nagle ulec takiemu przewartościowaniu, że wbrew temu, co aktualnie przyświeca osobie współdziałającej w popełnieniu dzieciobójstwa, jej zachowanie się oceniane jest przez pryzmat typu podstawowego (relatywnie kwalifikowanego) zabójstwa. Podobnie jest z elementem woluntatywnym – chęć podżegacza do współuczestnictwa w dzieciobójstwie zostaje nagle (zupełnie bezpodstawnie) zrewaluowana na poziom zasadniczego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Prawo karne oparte m.in. na zasadzie sprawiedliwości i słuszności nie powinno dokonywać tak niejednorodnych ocen³⁶.

Communis opinio, opowiadając się za przyjęciem stanowiska odmiennego od mojego, wskazuje, iż dla zmniejszenia odpowiedzialności podstawowe znaczenie ma tu stan psychiczny sprawcy. Poczynię zatem w tym miejscu jedną uwagę, interpretującą słowa W. Woltera być może w nieco prowokujący sposób. Autor ten petryfikuje poglądy doktryny tymi oto słowami: „Podstawą redukcji winy jest szczególnie stan psychiczny kobiety rodzącej, pewne zakłócenie równowagi psychicznej, pod którego wpływem – w związku ze szczególnymi okolicznościami, takimi jak np. wstyd, wielkie trudności życiowe – powzięta zostaje decyzja dokonania zabójstwa”³⁷. Czyż nie wydaje się być możliwa sytuacja, w której ojciec dziecka albo matka położnicy nakłaniają do dzieciobójstwa na skutek zakłócenia ich równowagi psychicznej? W ich psychice również może wystąpić projekcja wizji wstydu lub wielkich trudności życiowych, które to (nawet dziś) wynikać mogą z faktu pozostawiania rodziców dziecka w konkubinacie. Nadto perspektywa rodzących się *nomen omen* trudności materialnych podobnie może się stać katalizatorem szczególnego stanu psychicznego po stronie podmiotów niewykonawczych, a wszystko to rozgrywa się podczas lub w związku z porodem.

Zgodnie wypada mi się odnieść do słów E. Krzymuskiego, który wprawdzie jawi się jako wybitny przedstawiciel ograniczonej akcesoryjności, jednakże

³⁴ Zob. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1982, s. 230 oraz s. 486–487; zob. także: R. Kokot, *Dzieciobójstwo czy zabójstwo dziecka...*, s. 21–22; W. Wolter (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 96.

³⁵ W. Świda, op. cit., s. 229.

³⁶ Zupełnie inaczej należałoby podejść do tytułowego zagadnienia, gdyby za punkt wyjścia przyjąć prezentowane m.in. przez A. Wąską stanowisko, jakoby konstrukcja podżegania bądź pomocnictwa przy analizowanym typie czynu zabronionego pod groźbą kary w ogóle nie utożsamiała odpowiedzialności rzeczonych podmiotów z art. 21 § 2 k.k. Autor ten twierdzi, że wykładnia omawianego przepisu odnosi się wyłącznie do przestępstw indywidualnych właściwych oraz do przestępstw indywidualnych niewłaściwych typu kwalifikowanego. Zob. A. Wąsek, op. cit., s. 286–287; zob. także: R. Dębski, op. cit., s. 15; P. Kardas, op. cit., s. 593.

³⁷ W. Wolter (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, s. 445.

w istotny dla mnie sposób dotyka omawianej tu kwestii. „Ponieważ sprawca jest osobą, która wykonywała umówione przestępstwo, a podżegacz i pomocnik stają mu się do tego natchnieniem lub poparciem; przeto podżeganie i pomocnictwo czerpać muszą kwalifikację prawną z charakteru przestępstwa, które popełnił względnie miał popełnić sprawca”³⁸.

Rozważenia też wymaga pewne pytanie, ujmujące przedmiotową kwestię z punktu widzenia metodologii. Jeśli istnieje jakiś czyn zabroniony pod groźbą kary, opisany w części szczególnej k.k. (jak np. art. 149), oraz charakteryzujące się pewną niezależnością zachowanie prezentujące inną, aniżeli jednosprawstwo, formę popełnienia czynu zabronionego (np. art. 18 § 2 albo § 3), to na jakiej podstawie subsumcja podżegania czy pomocnictwa do dzieciobójstwa miałyby być wyłączona, skoro, opierając się na zasadach poprawnego określania kwalifikacji prawnej sprawcy uwzględniamy konkretne czyny, z którymi faktycznie mieliśmy do czynienia? Przecież na podstawie *znamion* strony podmiotowej sprawca realizuje następujące zachowanie: art. 18 § 2 bądź § 3 w zw. z art. 149 k.k., a nie art. 18 § 2 albo § 3 w zw. z art. 148 k.k. – taka zmiana statusu sprawcy jest zwyczajnie niepoprawna, gdyż musiała by oznaczać modyfikację pierwotnej normy sankcjonującej³⁹ nakazującej wymierzenie kary za czyn, którego sprawca się dopuścił na analogiczną normę, lecz z zupełnie innego przepisu.

Należy przypomnieć, iż poglądy na występki dzieciobójstwa przebyły tak daleką drogę, że może z czasem i nauka poddać się pewnej ewolucji w związku z proponowaną tu koncepcją. Być może wówczas, dajmy na to, męża wielodzietnej kobiety – spełniającej wymogi art. 149 k.k. – przyjdzie nam uznać nie za pomocnika do zabójstwa w typie podstawowym (art. 18 § 3 w zw. z art. 148 § 1 k.k.), lecz za pomocnika do dzieciobójstwa (art. 18 § 3 w zw. z art. 149 k.k.). Pamiętajmy, że tutaj czyn współdziałającego, pomimo zamiaru zabicia dziecka, nie jest nacechowany żadnymi zbrodniczymi pobudkami.

Na koniec warto przywołać jeszcze słowa W. Woltera, które idealnie odzwierciedlają przedstawione w niniejszym szkicu podejście do preferowanego w polskiej nauce prawa karnego „tradycyjnego” sposobu rozwiązywania tytułowego zagadnienia. Nowe podejście – pisze autor – „(...) wymaga nowego odczytania, a wtedy nie może się obejść bez stosowania wykładni, która zawsze natrafia na jakieś punkty newralgiczne. Tak jest i być musi, bo sformułowania zupełnie jednoznaczne są tylko ideałem. Uświadomieniu sobie wątpliwości i trudności poświęcone były te skromne uwagi analityczne”⁴⁰.

³⁸ E. Krzysmuski, *System prawa karnego, I część ogólna*, Kraków 1921, s. 159–161.

³⁹ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 21.

⁴⁰ W. Wolter, op. cit., s. 972.

STRESZCZENIE

Celem podjęcia niniejszego tematu było ustosunkowanie się do zasad odpowiedzialności za typ uprzywilejowany czynu zabronionego. Kwestie tu poruszane mają charakter dyskusyjny. Autor artykułu, ustosunkowując się do większości przedstawicieli doktryny, twierdzi, iż w przypadku realizacji znamion typu czynu zabronionego pod groźbą kary stypizowanego w art. 149 k.k. osobie współdziałającej powinna być przypisana odpowiedzialność za dzieciobójstwo, a nie (jak podnosi większość) – za zabójstwo w typie podstawowym. Nadto na podstawie analizowanych przepisów oraz stanowiska niektórych przedstawicieli nauki wskazuje, że w jego mniemaniu stosowanie, przy analizowanym przestępstwie indywidualnym niewłaściwym typu uprzywilejowanego, „przekwalifikowania” karalności faktycznego czynu na inny typ nie ma podstawy ustawowej.

SUMMARY

The discussion of the present issue is aimed at defining the attitude to the principles of liability for a commission of a forbidden act of a privileged type. The issues raised in the article are debatable. The author addresses the opinion of the majority of the doctrine representatives and states that in case of a commission of a forbidden act under penalty, which is specified in Article 149 of the Criminal Code, an accomplice should be assigned liability for infanticide, and not statutory homicide (as most lawyers suggest). Moreover, based on the analyzed provisions and some scholars' attitude, the author points out that in his opinion there are no legal grounds for the application of a different qualification of the actual individual crime of a privileged type and the adoption of a standard punishment system.

KRZYSZTOF SZCZUCKI



KONSTRUKCJA ZGODY DYSPONETA DOBREM I JEJ ZNACZENIE DLA PRAWA KARNEGO W ŚWIETLE ANGŁOSASKIEJ KULTURY PRAWNEJ

Wstęp

Pojęcie zgody jest przywoływane w polskiej literaturze prawa karnego w różnych kontekstach przez różnych autorów. Zgoda jest zwykle rozumiana jako instrument wyłączający istotę czynu albo bezprawność¹. Niezależnie jednak od próby umiejscowienia zgody w strukturze przestępstwa, warto zwrócić uwagę na rozumienie samego pojęcia zgody, jej definicji, warunków zaistnienia, czy też przesłanek nie pozwalających na zakwalifikowanie określonego stanu faktycznego jako zgody wywołującej określone skutki prawne.

W tym miejscu warto przywołać stan faktyczny prezentujący koncepcję zgody, by móc wyobrazić sobie, jakie znaczenie ma jej zastosowanie w prawie karnym. 17 września 1972 r. w Teksasie, we wczesnych godzinach rannych, Elizabeth Wilson, dwudziestopięcioletnia kobieta, wróciła do domu i położyła się spać. Po kilku godzinach snu obudził ją hałas. Kiedy zapaliła światło, zobaczyła mężczyznę trzymającego nóż. Kobieta natychmiast pobiegła do łazienki, zamknęła drzwi i podjęła próbę zadzwonienia na numer alarmowy. W tym samym czasie mężczyzna (Joel Valdez) wyłamał drzwi, wyrwał telefon z rąk kobiety i, cały czas trzymając nóż, nakazał kobiecie rozpoczęcie aktu płciowego. Elizabeth Wilson w strachu przed zakażeniem wirusem HIV, powiedziała, że zgodzi się na podjęcie współżycia, o ile Valdez użyje prezerwatywy. Tak też się stało. Po opuszczeniu mieszkania przez mężczyznę Elizabeth natychmiast zaalarmowała sąsiadów. Przed zakończeniem postępowania karnego ława przysięgłych otrzymała instrukcję, która mówiła, że zgodnie z prawem obowiązującym w Teksasie zgoda wyłącza

¹ Por. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, (w:) „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 37 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 124 i n.; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 89 i n.; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, (w:) „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 81 i n.; A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, (w:) „Państwo i Prawo” 1970, nr 7, s. 55 i n.

możliwość skazania za przestępstwo zgwałcenia. Po naradzie ława przysięgłych nie zgodziła się na przypisanie mężczyźnie przestępstwa zgwałcenia².

Werdykt ławy przysięgłych intuicyjnie wydaje się rażąco niesprawiedliwy. Wskazuje on jednak, jakie skutki może przynieść posługiwanie się konstrukcją, która rozumiana jest jedynie powierzchownie. Zgoda jest pojęciem, którym posługujemy się na co dzień, w różnych aspektach życia. Posługiwanie się koncepcją zgody w życiu codziennym nie wymaga jej definiowania, budowania zespołu warunków umożliwiających jej zastosowanie. Problem pojawia się jednak wtedy, gdy chcemy wykorzystać instrument życia codziennego w konstruowaniu jakiegoś rozwiązania prawnego, co pociąga za sobą konieczność takiego zdefiniowania określonej koncepcji, by była ona tak samo rozumiana przez prawodawców, stosujących prawo oraz podmioty mające zgodnie z tym prawem postępować³.

Licznych opracowań, również w polskiej nauce prawa, doczekała się głównie koncepcja zgody na zabieg leczniczy⁴. W związku z tym świadomie pomijam tę problematykę.

Zagadnienie konstrukcji zgody dysponenta dobrem jest przedmiotem licznych debat i sporów doktrynalnych w obszarze anglosaskiej kultury prawnej. Wypracowane tam założenia i wnioski wydają się bardzo interesujące i na tyle uniwersalne, że warto na ich podstawie spróbować zrekonstruować instrument zgody. Celem niniejszego opracowania, oprócz omówienia konstrukcji zgody, jest próba wypracowania wniosków o charakterze *de lege ferenda*, które mogą lub też powinny być przyjęte na gruncie polskiego prawa karnego. Podobnie, jak przedstawiciele doktryny anglosaskiej, rozważania teoretyczne obrazuję przykładowymi stanami faktycznymi, które pozwalają na pełniejsze zrozumienie zagadnienia oraz utwierdzają w przekonaniu, że wskazane wątpliwości nie mają charakteru jedynie teoretycznego. Przywołane przeze mnie stany faktyczne, mające swoje źródło głównie w piśmiennictwie i judykatach angielskich i amerykańskich, dotyczą przede wszystkim przestępstw przeciwko wolności seksualnej. Jest to uzasadnione tym, iż głównie tych przestępstw dotyczy wskazana debata, a ponadto przyczynia się również do tego kierunku feministyczny w prawie, który kształtuje się w tych państwach.

² P. Westen, *The Logic of Consent*, Aldershot 2004, s. 1–3.

³ Jak wskazuje P. Westen za H.L.A. Hartem, pisząc o pojęciu takim jak zgoda: „We may have adequate mastery of them for the purpose of their day-to-day use; and yet they still require elucidation; for we are puzzled when we try to understand our own conceptual apparatus. We may know how to use these concepts, but we cannot say how or describe how we do this in ways which are intelligible to others and indeed to ourselves” (H.L.A. Hart, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, (w:) „University of Pennsylvania Law Review” 1957, nr 105, s. 964, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 3).

⁴ Por. m.in. J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.

Konstrukcja zgody

Posługiwanie się koncepcją zgody bierze swój początek z podejścia respektującego autonomię jednostki i traktującego poszczególne jednostki jako równe sobie⁵. Konstrukcja zgody pozwala jednostce na samodzielne decydowanie o dobrach jej dotyczących, w związku z czym wyłącznie jednostka dysponująca danym dobrem może podjąć decyzję pozwalającą innemu podmiotowi na ingerencję w obszarze dobra objętego jej autonomią. Zgoda może obejmować swoim zakresem jedynie dobra znajdujące się w dyspozycji danej jednostki, zachodzi tu zatem pewna analogia do łacińskiej paremii przywoływanej w obrocie cywilnoprawnym: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Tak jak co do zasady nie można przenieść na drugiego praw do czyjejś rzeczy (prawa własności, użytkowania itd.), tak też nie można umożliwić jakiemukolwiek podmiotowi ingerencji w dobro, które nie znajduje się w obszarze kontrolowanym przez daną jednostkę, tj. w obszarze jej autonomii.

Jak już wcześniej zauważono, zgoda w zakresie swojej funkcji ma szczególne znaczenie, bowiem wiąże się z nią skutek zmiany moralnej i prawnej oceny relacji zachodzących pomiędzy osobami wyrażającymi zgodę lub też tymi, których ta zgoda dotyczy⁶. Rozumienie zgody powinno odbywać się dwustopniowo, co oznacza, że w pierwszej kolejności powinniśmy badać zgodę jako zjawisko faktyczne, a dopiero po stwierdzeniu jej zaistnienia przejść do zbadania zgody od strony normatywnej, tj. przesłanek warunkujących jej prawną relewantność⁷. Wagę tego rozróżnienia i możliwe konsekwencje ewentualnego błędu w tym aspekcie podkreśla rozstrzygnięcie w cytowanej we wstępie sprawy rozstrzyganej w Teksasie, w której ława przysięgłych uznała, że Joe Valdez nie jest winny zgwałcenia Elizabeth Wilson, ponieważ wyraziła ona zgodę na współzycie płciowe. Otóż ława przysięgłych stwierdziła zaistnienie jedynie zgody w ujęciu faktycznym, natomiast zinterpretowała ją jako zgodę w ujęciu normatywnym, a zatem wyłączając możliwość pociągnięcia Valdeza do odpowiedzialności za zgwałcenie⁸. Nie można mieć wątpliwości, że Elizabeth Wilson wyraziła zgodę w rozumieniu faktycznym, natomiast bez szczególnie skomplikowanych badań można stwierdzić, że jej zgoda nie spełniła warunków prawnej relewantności, o których będzie jeszcze mowa w dalszej części artykułu. Innymi słowy, wystąpienie zgody jedynie jako zjawiska faktycznego nie niesie za sobą jeszcze żadnych konsekwencji prawnych,

⁵ J. McGregor, *Is It Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Aldershot 2005, s. 124.

⁶ Szczególną wagę zgody podkreśla już tytuł artykułu Heidi Hurd (por. H. Hurd, *The moral magic of consent*, (w:) „Legal Theory” 1996, t. 2, z. 2, s. 121–146).

⁷ Koncepcję ontologii zgody w oparciu o zaprezentowane tu ujęcie dwustopniowe konstruuje Peter Westen (por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit.).

⁸ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 9–10.

które następują dopiero poprzez nałożenie na tego rodzaju zjawisko pewnego schematu normatywnego (wedle koncepcji przyjętej w danym systemie prawnym).

Konstrukcja polegająca na wydzieleniu pewnej płaszczyzny faktycznej i zawężeniu odpowiedzialności tylko do jej części poprzez nałożenie siatki kryteriów normatywnych nie jest obca prawu karnemu oraz filozofii prawa karnego. Przykładem może być pojęcie czynu⁹ czy też konstrukcja obiektywnego przypisania¹⁰. Podobny schemat rozumowania prezentuje także Anthony Duff wyprowadzający z pojęcia odpowiedzialności, odpowiedzialność faktyczną (*responsibility*) oraz odpowiedzialność prawną (*liability*)¹¹. Autor posługuje się przykładem obrony koniecznej, kiedy to broniący się jest odpowiedzialny faktycznie (*responsible*) za pozbawienie życia zamachowca, niemniej nie jest odpowiedzialny karnie (*liable*). Jeżeli jednak okaże się, że przesłanki obrony koniecznej nie zostały spełnione, to odpowiedzialność faktyczna przekształci się w odpowiedzialność prawną, w tym wypadku karnoprawną.

Złożoną (dwustopniową) konstrukcję zgody z kilku powodów należy uznać za bardziej uzasadnioną. Przede wszystkim porządkuje ona proces myślenia o zgodzie, a co za tym idzie, badania, czy rzeczywiście miała ona miejsce. Pozwala to na uniknięcie takich błędów, o jakich była mowa na gruncie stanu faktycznego sprawy opisanej we wstępie. Ponadto ujęcie złożone podkreśla, że zgoda nie jest zjawiskiem mającym swój początek w konstrukcjach normatywnych. Jest ono, co dokładnie odbija się w dwustopniowym schemacie zgody, zjawiskiem powszechnym, doświadczanym na co dzień, na które prawo próbuje nałożyć pewne rozstrzygnięcia normatywne. Koncepcja oparta na jednolitym schemacie zgody fałszuje ten obraz, a ponadto wprowadza znaczne trudności w opisie przeżyć psychicznych i zachowań osób, których zgoda, na gruncie koncepcji złożonej, nie może być uznana za prawnie relewantną. Co więcej, teoria złożona słusznie uchyla się od oceny możliwości udzielenia zgody rozumianej jako fakt przez osobę, która z racji wieku lub też z powodu innych okoliczności jest traktowana

⁹ Jak wskazuje M. Cieślak: „Należy zdać sobie sprawę, że w rzeczywistości obiektywnej nie ma czynów w postaci jakichś odrębnych, oddzielonych od siebie aktów. Istnieją tylko tak czy inaczej zachowujący się ludzie, i to ich zachowanie się, będące przecież wyrazem ich nieprzerwanej egzystencji, jest pewną ciągłością, złożoną z najróżnorodniejszych zlewających się ze sobą przejawów aktywności i bierności (»działań« i »zaniechań«). W tej ciągłości, którą można by przyrównać do rzeki lub taśmy filmowej, dopiero obserwator (a może być nim nawet sam podmiot zachowania się) wyróżnia interesujące go fragmenty (wycinki) tak, jakby wycinał klatki w taśmie filmowej, i nazywa je »czynami«. Ta niezwykle ważna okoliczność, podkreśla dodatkowo konwencjonalność karnoprawnego pojęcia czynu, relatywizując i komplikując zarazem kwestie jego ekstensji i granic” (por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, op. cit., s. 149).

¹⁰ „Dla obiektywnego przypisania skutku danemu podmiotowi nie wystarczy informacja, że jego zachowanie się spowodowało skutek, który odpowiada zespołowi znamion czynu zabronionego. Konieczne jest – mówiąc ogólnie – dodatkowe wartościowanie zachowania, które spowodowało skutek najczęściej w kontekście treści i celu normy prawa karnego, odnoszącej się do spowodowania ustawowo opisanego skutku” (M. Królikowski, *Komentarz do art. 1 k.k.*..., op. cit., s. 144).

¹¹ R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford 2007, s. 19 i n.

przez prawo w sposób szczególny, a prowadzi ona jedynie do wniosku, co zostało już kilkakrotnie podkreślone, że jej zgoda nie ma znaczenia legalizującego.

W literaturze wyróżnia się trzy zasadnicze podejścia do rozumienia zgody w ramach płaszczyzny faktycznej:

- 1) podejście wewnętrzne (*a subjective view*),
- 2) podejście zewnętrzne (*a performative view*),
- 3) podejście mieszane (*a hybrid view*)¹².

Zgoda jako fakt

Zgoda jako przeżycie psychiczne

Podejście wewnętrzne polega na badaniu zjawiska zgody z punktu widzenia stanu psychicznego osoby ją wyrażającej. Innymi słowy, do zaistnienia zgody jest konieczne wewnętrzne przeżycie jednostki aprobujące określone zachowanie innego podmiotu wkraczającego w obszar jej autonomii. Takie rozumienie koncepcji zgody oznaczałoby, że w sytuacji, gdy kobieta, która w żaden zewnętrzny sposób nie okazuje zgody na obcowanie płciowe, podczas gdy jej psychika ukierunkowana jest na akceptację dążeń jej partnera, wyraża zgodę, która nie pozwoli na postawienie mężczyźnie zarzutu zgwałcenia tej kobiety. *A contrario*, jeżeli zachowanie kobiety sugeruje jej zgodę, niemniej jednak jej wewnętrzne przeżycie jest ukierunkowane na odmowę, to nie można mówić o zaistnieniu zgody, nawet jeżeli kobieta nie protestowała podczas podejmowanych przez mężczyznę działań, prowadzących do obcowania płciowego. Dla jeszcze pełniejszego zobrazowania tego podejścia do zagadnienia, czym jest zgoda, można wskazać stan faktyczny, w którym osoba zostawia na parkingu samochód z nadzieją, by ktoś go zabrał, ponieważ liczy na duże odszkodowanie. Zatem, jeżeli wewnętrzne podejście do zgody miałoby charakter obowiązujący, to osoba, która zabrała ten samochód w celu przywłaszczenia, zrobiła to za zgodą właściciela samochodu.

Do głównych zwolenników wewnętrznego podejścia do konstrukcji zgody należą Heidi Hurd oraz Larry Alexander. Zdaniem tych autorów, zgoda – o ile mamy na względzie zasadę autonomii jednostki – nie może być definiowana inaczej, jak tylko poprzez wolę danego podmiotu, bowiem autonomia przejawia się w możliwości wyrażenia woli zmiany moralnych praw i obowiązków innych osób względem niej. Zgodnie z tym założeniem zgoda jest instrumentem stojącym na straży autonomii osoby, który implikuje konsekwencje w postaci przekształcenia praw i obowiązków innych ludzi¹³. Innymi słowy, zgoda lub jej brak uzależniona

¹² P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 144; J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 116; D. Husak, *The Complete Guide to Consent to Sex: Alan Wertheimer's Consent to Sexual Relations*, (w:) „Law and Philosophy” 2006, nr 25.

¹³ H. Hurd, *The Moral Magic...*, op. cit., (w:) „Legal Theory” 1996, t. 2, z. 2.

jest od stosunku woli podmiotu A do zachowania podmiotu B, zmierzającego do naruszenia obszaru autonomii podmiotu A.

Mimo że Heidi Hurd i Larry Alexander zgodnie opowiadają się za wewnętrznym podejściem do pojęcia zgody, różnią się jednak w ocenie kształtu, czy też kierunku przeżycia wewnętrznego składającego się na zgodę. Hurd twierdzi, iż owe przeżycie wewnętrzne polega na zaistnieniu intencji, by druga strona przekroczyła granice wyznaczone przez autonomię jednostki, co byłoby niedopuszczalne w przypadku braku zgody¹⁴. Alexander uważa natomiast, że intencją podmiotu wyrażającego zgodę (podmiot A) jest skłonienie drugiej osoby (podmiot B) do rezygnacji z ewentualnego moralnego oporu wobec wkroczenia w sferę autonomii, w sytuacji gdy podmiot B chciałby w tę sferę wkroczyć¹⁵.

Joan McGregor przytacza w przywołanej pracy wyrok brytyjski, który w obrazowy sposób przedstawia omawianą tu koncepcję zgody. Mężczyzna (nazwiskiem Malone) został oskarżony o zgwałcenie szesnastoletniej dziewczyny będącej pod wpływem środków odurzających. Gdy dziewczyna zorientowała się, że Malone zmierza do rozpoczęcia z nią obcowania płciowego, chciała zaprotestować, niemniej jednak wpływ środków odurzających jej to uniemożliwił. W trakcie procesu karnego oskarżony wskazywał, że zgoda, a także jej brak, powinna być zakomunikowana, tj. okazana drugiej osobie. Brytyjski *Court of Appeal* orzekł jednak, że z punktu widzenia prawa, zgoda jest przeżyciem wewnętrznym, wobec czego Malone dopuścił się zgwałcenia¹⁶.

Przeżycie psychiczne podmiotu A akceptujące dążenia podmiotu B nie powinno być utożsamiane z pragnieniem (*desire*) podmiotu A. W literaturze można spotkać przykład dwojga młodych ludzi, którzy chcieliby podjąć współżycie seksualne, niemniej jednak postanowili zachować wstrzeźliwość do czasu zawarcia związku małżeńskiego. Jak widać, sama chęć podjęcia współżycia nie jest równoznaczna z zgodzie na jego podjęcie, ze względu na brak odpowiedniej woli. *Per analogiam*, jeżeli żona nie mając ochoty na współżycie seksualne ze swoim mężem podejmuje je tylko z tego powodu, by nie wyrządzić mu przykrości, nie możemy mówić o zgwałceniu, bowiem wystąpiła wola, mimo braku chęci¹⁷.

Peter Westen, próbując odpowiedzieć na problemy związane z możliwością wskazania rodzaju przeżycia psychicznego, które byłoby równoznaczne z wyrażeniem zgody, wskazuje na następującego rodzaju przeżyć mogące towarzyszyć zgodzie:

- 1) bezwarunkowy entuzjazm – osoba A chce podjąć współżycie seksualne z osobą B,

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ L. Alexander, *The Moral Magic of Consent II*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2.

¹⁶ Regina v. Malone; por. J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 119.

¹⁷ A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 157, który cytuje także Simona Blackburna: „Sometimes we act no so much in ways that we want to act, but in ways we feel to act” (por. S. Blackburn, *Rulling Passions*, Oxford, 1998, s. 123).

- 2) mniejsze zło – osoba A ma nadzieję, że osoba B nie będzie chciała podjąć z nią współżycia seksualnego, niemniej jednak nie odmówi, gdyby było inaczej. Osoba A nie chce bowiem sprawić przykrości osobie B,
- 3) obojętność – osobie A jest obojętne czy dojdzie do współżycia płciowego. Akceptuje ona zarówno obcowanie płciowe, jak i jego brak,
- 4) zatwierdzenie – osoba A wie, że tylko jej zgoda może pozwolić osobie B na podjęcie z nią współżycia płciowego i dlatego wyraża zgodę,
- 5) bezwarunkowa odmowa – osoba A nie chce podjąć obcowania płciowego z osobą B i zrobi wszystko, by tego uniknąć¹⁸.

Wydaje się, że nawet bez głębszych rozważań można stwierdzić, iż przeżycie psychiczne zakwalifikowane jako „bezwarunkowa odmowa” może zostać wykluczone z zakresu rodzajów stanów psychicznych uprawniających do stwierdzenia zaistnienia zgody w ujęciu faktycznym. Najmniej wątpliwości wiąże się z „bezwarunkowym entuzjazmem”, bowiem osoba go wyrażająca, jak samo określenie wskazuje, bezwarunkowo chce współżycia płciowego, a zatem wyraża na nie zgodę. Większych trudności w kwalifikacji nie budzi jednak także stan „mniejszego zła” oraz stan „obojętności”. W wariancie „mniejszego zła” osoba A rozważa różne możliwości, tj. bierze pod uwagę swoją aktualną niechęć do podjęcia obcowania płciowego, wie, iż może swobodnie odmówić, ale jest także świadoma konsekwencji, jakie może za sobą pociągnąć odmowa wyrażenia zgody (np. przykrość osoby B). W przypadku zaś „obojętności” przeżycie psychiczne osoby A jest ukierunkowane zarówno na akceptację obcowania płciowego, jak i jego braku.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym rozpatrzenia na gruncie koncepcji zgody w ramach jej pierwszego stopnia (płaszczyzna faktyczna) jest zespół kryteriów stanowiących o zaistnieniu zgody. Wskazywano wcześniej, że w ramach pierwszego stopnia konstrukcji omawianej w niniejszej pracy, nie oceniamy zgody pod kątem normatywnym, a jedynie stwierdzamy jej istnienie. Dopiero wówczas, po potwierdzeniu zaistnienia zgody, nakładamy na nią odpowiednie kryteria normatywne, co prowadzi nas do wniosku o relewantności albo irrelewantności faktycznej zgody z punktu widzenia prawa karnego. Taka procedura postępowania jest prawidłowa, niemniej jednak nie można nie zauważyć, że już na płaszczyźnie faktycznej trzeba wprowadzić pewne kryteria oceny, pozwalające na stwierdzenie, czy zgoda nastąpiła, mimo że nie nastąpi tu jeszcze ocena ewentualnych skutków tej zgody. Jest to szczególnie istotne na gruncie wewnętrznego, subiektywnego ujęcia zgody.

Peter Westen, rozważając podniesione wyżej wątpliwości, podaje kilka przykładowych stanów faktycznych, które utwierdzają w przekonaniu, że rzeczywiście powyższy problem nie jest istotny jedynie na gruncie teoretycznym, ale ma niezwykle ważne znaczenie praktyczne. Otóż, czy zgodę w rozumieniu faktycznym wyraziła osoba:

¹⁸ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 28.

- 1) która spała, kiedy druga osoba zainicjowała współżycie płciowe¹⁹,
- 2) której, pod pretekstem przeciwdziałania silnemu bólowi, podano leki rozluźniające mięśnie, w efekcie czego osoba świadoma tego, co się z nią dzieje, nie była w stanie w żaden sposób zareagować, a lekarz podjął współżycie płciowe²⁰,
- 3) której podano lek o działaniu hipnotyzującym, w wyniku którego była ona świadoma, ale nie kontrolowała czynności swojego ciała, co zostało wykorzystane do podjęcia z nią współżycia seksualnego²¹.

Biorąc powyższe przykłady pod uwagę, dość oczywiste wydaje się stwierdzenie, że zgoda w tych wypadkach nie nastąpiła. Wobec tego można sformułować tezę, iż człowiek może wyrazić zgodę na współżycie przed utratą świadomości lub też po jej odzyskaniu, ale nigdy w trakcie braku świadomości, bowiem jest to równoznaczne z brakiem zdolności do wyrażenia wewnętrznej zgody w rozumieniu faktycznym. Odmiennej ocenie poddać należy działanie pod wpływem dobrowolnie zażytych środków odurzających, co będzie szczegółowo omówione w dalszej części opracowania.

Rozważając problematykę zgody w ujęciu faktycznym, rozumianej jako przeżycie psychiczne, należy zastanowić się także nad jej zakresem, rozumianym jako obszar uświadomienia przez podmiot czynności i związanych z nią okoliczności, na które wyraża zgodę. Czynność będąca przedmiotem zgody może wiązać się z okolicznościami rzeczywiście istniejącymi albo wynikającymi jedynie z błędnego przekonania podmiotu. Wyrażenie zgody na czynność spowodowaną rzeczywiście istniejącymi okolicznościami ma miejsce, gdy podmiot jest ich świadomy i zgadza się na nie. Zgoda na czynność związaną z okolicznościami, które nie istnieją, następuje, gdy podmiot jest błędnie przekonany co do ich istnienia i pod ich wpływem decyduje się na wyrażenie zgody²².

Dla pełnego wyjaśnienia podejścia wewnętrznego jest potrzebne wprowadzenie jeszcze kategorii ryzyka, które bezpośrednio jest związane z okolicznościami, w których dochodzi do wyrażenia zgody. Jak już wyżej zauważono, podmiot powinien być świadomy czynności, na którą się zgadza, oraz okoliczności jej towarzyszących. Niemniej jednak z określoną czynnością może również wiązać się ryzyko wystąpienia takich okoliczności, których podmiot chciałby uniknąć. Czy wobec tego można zaakceptować tezę, że zgadzając się na okoliczności bezpośrednio związane z czynnością będącą przedmiotem zgody (nazwijmy je czynnościami podstawowymi), podmiot wyraża również zgodę na inne okoliczności i związane

¹⁹ North Caroline v. Moorman, 320 N.C. 387, 391, 358 S. E. 2d 502, 505 (1987).

²⁰ Massachusetts v. Helfant, 398 Mass. 214, 217, 496 N.E. 2d 433, 437 (1986).

²¹ P. Westen, za *Wall Street Journal* z 3 lipca 1995 r., wskazuje, że odnotowano stosowanie środka odurzającego o nazwie „Burundanga”, którego działania polega na pozbawieniu ofiary możliwości kierowania swoim zachowaniem. Innymi słowy, ciało ofiary reaguje na dyspozycje innej osoby, zamiast na żądanie wynikające z woli ofiary, por. P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 57.

²² P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 39.

z nimi czynności (nazwijmy je czynnościami nadzwyczajnymi)? Zaakceptowanie takiej tezy prowadziłoby do nadzwyczaj szerokiego pojmowania zakresu zgody podmiotu, a w konsekwencji do zaprzeczenia zasady autonomii jednostki, będącej przecież fundamentem konstrukcji zgody prawnie relewantnej. Pacjent, któremu przed poważnym zabiegiem przedstawiono ryzyko śmierci, wyrażając zgodę na ten zabieg, zgadza się jednocześnie na ryzyko śmierci, a nie na swoją śmierć. Tym samym oczekuje on od lekarzy podjęcia wszystkich, zgodnych z ich wiedzą działań, zmierzających do osiągnięcia zakładanego celu zabiegu i zachowania pacjenta przy życiu. Zgadza się na ryzyko śmierci, pacjent nie zgadza się na podjęcie przez lekarzy działań zmierzających bezpośrednio do jego uśmiercenia ani nawet na śmierć w wyniku lekkomyślności czy też niedbałości lekarzy. Dla dokładnego zarysowania istoty tej dyferencjacji można posłużyć się jeszcze jednym przykładem. Otóż, wracając do przywołanego wcześniej pacjenta wyrażającego zgodę na ekstrakcję zęba z wykorzystaniem znieczulenia ogólnego, nie wyraża on tym samym zgody, jak to już zostało powiedziane, na współżycie płciowe z lekarzem w trakcie działania środków znieczulających. Niemniej jednak, mając świadomość sposobu działania środków znieczulających, przejawiającego się w braku kontroli nad swoim ciałem, pacjent zgadza się na ryzyko podjęcia przez lekarza działań niezwiązanych z ekstrakcją zęba, tj. np. współżycia seksualnego. Jakkolwiek pacjent akceptuje ryzyko podjęcia takich czynności przez lekarza, to nie wyraża on na nie zgody. Innymi słowy, można stwierdzić, że pacjent podejmuje ryzyko, ponieważ w określonych okolicznościach spodziewane efekty są dla niego bardziej istotne lub też ryzyko to jest stosunkowo małe.

Podsumowując ten etap rozważań nad problematyką zgody, można za P. Westenem stwierdzić, że warunkiem zaistnienia faktycznej zgody w rozumieniu wewnętrznym jest, aby:

- 1) podmiot wiedział, że okoliczności bezpośrednio związane z czynnością istnieją, jeżeli rzeczywiście istnieją,
- 2) podmiot był przekonany o istnieniu okoliczności związanych z czynnością, nawet jeżeli te w rzeczywistości nie istnieją,
- 3) podmiot był przekonany o możliwości zaistnienia okoliczności związanych z czynnością, jeżeli takie czynności mogą wystąpić²³.

Jak można zauważyć, wskazane wyżej przesłanki podkreślają subiektywny charakter zgody na płaszczyźnie faktycznej. Subiektywne spojrzenie na zgodę jest jeszcze bardziej wyraźne, gdy weźmie się pod uwagę przesłankę wolności, zaproponowaną przez Petera Westena. Mianowicie, zgoda podmiotu ma również miejsce, gdy nie ma on kontroli nad tym, czy czynność nastąpi, niemniej jednak jego przeżycie psychiczne wskazuje na akceptację określonych okoliczności²⁴.

²³ P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 40.

²⁴ *Ibidem*, s. 53.

Wewnętrzne podejście do zgody nie oznacza jednak, że zachowanie człowieka, a zatem również jego słowa, nie mają żadnego znaczenia. Otóż owe znaki o charakterze werbalnym i niewerbalnym mogą być pomocne w zinterpretowaniu, czy zgoda w świadomości drugiego człowieka zaistniała²⁵.

Podejście zewnętrzne

Podejście zewnętrzne do koncepcji zgody polega natomiast na przeniesieniu problematyki zgody z płaszczyzny subiektywnego przeżycia jednostki na płaszczyznę zachowania się, tj. aktu zewnętrznego, możliwego do zinterpretowania przez inną osobę. Różnicę między ujęciem zgody wewnętrznym i zewnętrznym można zauważyć już na poziomie semantycznym, szczególnie w wypowiedziach doktryny i orzecznictwa. Jeżeli w piśmiennictwie pojawiają się wyrażenia „komunikować zgodę”, „prezentować zgodę”, „wyrażać zgodę”, to nie ma wątpliwości, że autor, bardziej lub mniej świadomie, opowiada się za wewnętrznym ujęciem zgody, tj. rozumianej jako przeżycie psychiczne, które dopiero już po zaistnieniu może (ale nie musi) być komunikowane na zewnątrz. Używanie zaś takich sformułowań, jak: „zgodzić się ustnie”, „zgodzić się pisemnie”, „zgodzić się bezpośrednio” oznacza przyjęcie koncepcji zgody rozumianej w ujęciu zewnętrznym²⁶.

Jak wskazuje Joan McGregor, słowa i czyny osoby, a także warunki, w jakich one mają miejsce, są fundamentalne dla zewnętrznej koncepcji zgody²⁷. Można zaryzykować twierdzenie, że zgoda w teorii zewnętrznej (performatywnej) może być interpretowana na podstawie tez Johna L. Austina uznających, że są takie słowa i zachowania, które mogą być całkowicie odmiennie interpretowane w zależności od konwencji, np. jeżeli osoba podniesie rękę w odpowiednim momencie podczas licytacji lub też – będąc radnym – podniesie rękę podczas jawnego głosowania, jej gest zostanie potraktowany jako odpowiednio: złożenie oferty i oddanie głosu. W swojej teorii John L. Austin dzieli czynność na akt lokucyjny, illokucyjny oraz perlokucyjny. Biorąc pod uwagę przykład z głosowania, można uznać, że akt lokucyjny przejawiał się w postaci podniesienia ręki, akt illokucyjny to w tym przypadku oddanie głosu, zaś akt perlokucyjny oznaczać będzie podjęcie uchwały²⁸. Odnosząc teorię Johna L. Austina do problematyki

²⁵ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 122.

²⁶ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 65.

²⁷ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 126. Autorka nieprawidłowo ocenia jednak treść zewnętrznej koncepcji zgody, ponieważ za jej istotny element uznaje intencję podmiotu wyrażającego zgodę. Jak się wydaje, połączenie elementów w postaci przeżycia psychicznego i zachowania następuje dopiero w mieszanym podejściu do zgody, zaś teoria zewnętrzna ogranicza się do interpretacji zachowania podmiotu („It is, however, necessary to have the intention to consent: the performative account is not merely about consent as behavior, action, words, or gestures; the actor must intend that they be taken as consent”).

²⁸ Por. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Londyn 1976.

wyrażenia zgody, łatwo zauważyć, że nie obowiązuje jedna konwencja, wedle której należy interpretować zachowanie człowieka²⁹.

Alan Wertheimer, nawiązując do teorii Hurd i Alexandra, zauważa, że wewnętrzna zgoda podmiotu B ma znaczenie moralne (i jak się wydaje, prawne również), bowiem zmienia ona ocenę działania podmiotu A, co byłoby niemożliwe w przypadku zaakceptowania wewnętrznej teorii zgody. Kwalifikacja zachowania podmiotu A może nastąpić tylko na podstawie zewnętrznego zachowania podmiotu B, ponieważ nie mamy możliwości wniknięcia w umysł podmiotu B i w ten sposób poznania jego przeżycia wewnętrznego³⁰. Podobne stanowisko zajął sąd w stanie Wisconsin, gdy stwierdził, że kobieta nie mogła się zgodzić bez użycia słów lub nie zachowując się w sposób wyrażający akceptację zamierzeń drugiej osoby, bowiem zgoda składa się z tego rodzaju słów i zachowań³¹.

Opowiadając się za rozumieniem zgody w ujęciu wewnętrznym, podnosi się często argument roli, jaką ma ona do spełnienia, a mianowicie przekształcenia czynu niezgodnego z prawem w czyn z prawem zgodny. Otóż kontynuując rozważanie tego argumentu, mówi się, że ujęcie zewnętrzne wprowadza do koncepcji zgody pewną funkcję gwarancyjną, której wewnętrzne rozumienie zgody w ogóle nie zawiera, bowiem, jak to już wyżej zauważono, z oparciem zgody jedynie na przeżyciu psychicznym wiąże się podstawowa trudność, polegająca na sposobie poznania zgody osoby A przez osobę B. Pamiętając, że problem prawnej relewantności zgody należy raczej do płaszczyzny normatywnej w dwustopniowym rozumieniu zgody, należy jednak podkreślić, że ujęcie zewnętrzne również niesie ze sobą pewne rekonstrukcyjne zakłopotanie. Jeżeli bowiem uznać, że zgoda jest wyrażana poprzez zachowanie podmiotu, to wiąże się z tym pytanie, czy jest możliwe stworzenie uniwersalnego opisu zachowania zawsze oznaczającego zgodę. Innymi słowy, czy osoba interpretująca zachowanie może mieć zawsze pewność prawidłowej interpretacji. Z tym zagadnieniem wiąże się też kolejne pytanie. Ewentualne niepowodzenie w skonstruowaniu enumeratywnej listy elementów takiego zachowania niesie za sobą konieczność przyjęcia określonego punktu widzenia w obszarze interpretacji. Może to być punkt widzenia podmiotu wyrażającego zgodę, podmiotu, do którego zgoda ta jest adresowana, albo też punkt widzenia osoby trzeciej.

Peter Westen, rozważając problematykę podmiotu interpretującego zgodę, wprowadza w swojej argumentacji kategorię „społeczności interpretującej”³².

²⁹ J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Londyn 1976, s. 131.

³⁰ A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 146; J. Feinberg, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nowy Jork 1986, s. 173.

³¹ *Wisconsin v. Lederer*, 99 Wis. 2d 430, 434, 299 N. W. 2d 457, 460 (1980): „Defendant contends that two parties may enter into consensual sexual relations without freely given consent through words or acts. We reject this contention as we know of no other means of communicating consent”; por. też *Connecticut v. Richard T. Smith*, 210 Conn. 132, 140, 554 A. 2d 713, 717 (1989).

³² Jednym z głównych zwolenników teorii interpretacji opartej na społeczności interpretującej jest Stanley Fish, który twierdzi, że nie ma żadnych określonych znaczeń i że stabilność tekstu jest iluzją. Jak

Zdaniem Petera Westena, powszechnie jest opisywanie zachowania podmiotu A nazwą „zgoda”, kiedy:

- 1) podmiot B rozumie to zachowanie jako zgodę oraz
- 2) społeczność interpretująca podmiotu B również interpretuje zachowanie podmiotu A jako zgodę³³.

Przez społeczność interpretującą rozumie się prawdziwych lub fikcyjnych obserwatorów, którzy wiedzą wszystko, co podmiot B wie na temat zachowania podmiotu A, wszystko o znanych podmiotowi B konwencjach społecznych w zakresie wyrażania pragnień, preferencji i wyborów, a także wie wszystko o innych zachowaniach podmiotu A, a także innych konwencjach społecznych, o których podmiot B by wiedział, gdyby dołożył należytej staranności³⁴. Zdaniem Petera Westena, o zgodzie można mówić tylko wtedy, gdy jest ona rozumiana tak samo, jak w danym przypadku rozumie ją społeczność interpretująca. Otóż nie ma znaczenia przekonanie podmiotu B o zgodzie podmiotu A, jeżeli w świetle wiedzy społeczności interpretującej do zgody nie doszło. Inaczej należy rozumieć sytuację, kiedy podmiot B jest przekonany o braku zgody (a mimo to zachowuje się tak jakby ją otrzymał), natomiast społeczność interpretująca przekonana jest o istnieniu zgody. W takim stanie faktycznym powinno się dokonać oceny efektu interpretacji dokonanej przez podmiot B. Jeżeli przekonanie o braku zgody było uzasadnione, należy uznać, że zgoda nie zaistniała (mimo innego zdania społeczności interpretującej), natomiast jeżeli przekonanie takie nie było uzasadnione, można stwierdzić, że zgoda zaistniała³⁵.

Koncepcja zewnętrzna zgody niesie za sobą konsekwencje, zobrazowane w stanie faktycznym sprawy *People v. Burnham*, która toczyła się w Stanach Zjednoczonych³⁶. Victor Burnham znęcał się fizycznie nad żoną Rebecą do momentu, gdy ta zgodziła się, pod wpływem strachu przed dalszym biciem, na to, by stać przed domem i zachęcać przejeżdżających kierowców do podejmowania z nią obcowania płciowego. Podczas gdy Rebeca współżyła płciowo z kierowcą, Victor robił jej zdjęcia. Przedmiotową sprawę można ocenić na dwa sposoby:

mówi S. Fish: „Twierdzę, że znaczenia pojawiają się już gotowe nie z powodu norm osadzonych w języku, lecz ponieważ język jest zawsze, od samego początku, postrzegany w obrębie pewnej struktury norm. Struktura ta nie jest jednakże abstrakcyjna i niezależna, lecz społeczna. Dlatego też nie jest to pojedyncza struktura, pozostająca w jakiejś uprzywilejowanej relacji wobec procesu komunikacji, tak jak występuje on w jakiegokolwiek sytuacji, lecz struktura, która zmienia się, gdy jednak sytuacja, z jej przyjętym tłem praktyk, celów i dążeń ustępuje miejsca innej” (por. S. Fish, *Czy na tych ćwiczeniach jest tekst?*, (w:) S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*, Kraków 2002, s. 59–80).

³³ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 71.

³⁴ Ibidem, s. 72.

³⁵ Pomijam tu na razie zagadnienie usiłowania nieudolnego; por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 74–75.

³⁶ *People v. Burnham*, 176 Cal. App. 3d 1134, 222 Cal. Rptr 630 (1985); por. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149.

- 1) z punktu widzenia wewnętrznej teorii Rebeca nie udzieliła kierowcom zgody na obcowanie płciowe, ponieważ nie miała takiej woli, jej wewnętrzne przeżycie psychiczne ukierunkowane było na brak zgody,
- 2) z punktu widzenia zewnętrznej teorii można uznać, że zgoda nastąpiła, gdyż wskazywało na to zachowanie Rebeci względem kierowców.

Alan Wertheimer, broniąc zewnętrznego spojrzenia na konstrukcję zgody, przywołuje tezę z orzeczenia sądu z New Jersey, w myśl którego zachowanie podmiotu A może być uznane za zgodę, gdy materiał dowodowy wskazuje, że rozsądny człowiek (podmiot B) mógłby je zinterpretować jako powstałe w wyniku swobodnej akceptacji dążeń podmiotu B³⁷.

Konstrukcja zgody oparta na standardzie rozsądnego człowieka, na gruncie teorii zewnętrznej, daleka jest od klarowności. Można stwierdzić, że rozsądny człowiek w przedstawionym wyżej stanie faktycznym może w zależności od dodatkowych okoliczności powziąć uzasadnione przekonanie, że Rebeca nie wyraziła zgody na współżycie seksualne albo że ją wyraziła. Przekonanie o braku zgody mogłoby być uzasadnione, gdyby kobieta miała widoczne ślady pobicia, czy też powiedziała, że robi to z przymusu. Załóżmy jednak, że Rebeca ani nie miała śladów pobicia, ani nie podzieliła się z owymi kierowcami informacją o zaistniałej sytuacji. Okaze się wtedy, że rozsądny człowiek być może mógł zinterpretować jej zachowanie jako powstałe w wyniku swobodnej akceptacji dążeń. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości, że z moralnego punktu widzenia należy negatywnie oceniać zachowanie kobiety wchodzącej w relacje seksualne z każdym dążącym do tego mężczyzną, to nie można stwierdzić, że takie relacje zawsze wynikają z przymusu wywartego na kobiecie. Jak widać, poza powszechnie znanym problemem zdefiniowania rozsądnego człowieka, pojawia się kolejna wątpliwość w postaci oceny przesłanek mogących prowadzić do wniosku o swobodnej akceptacji dążeń podmiotu.

Z problematyką zewnętrznego ujęcia zgody, szczególnie w obszarze przestępstw seksualnych, wiąże się interesująca debata pod hasłem: „nie” znaczy „nie” (*no means no*). Pozornie tylko oczywiste stwierdzenie powoduje wiele wątpliwości interpretacyjnych w obszarze prawa karnego, a szczególnie w zakresie rozumienia zgody. Odwołując się do teorii języka zaprezentowanej przez Johna L. Austina, „tak” w kontekście wolności seksualnej należy rozumieć jako zgodę na współżycie płciowe z osobą to proponującą, natomiast „nie” powinniśmy interpretować jako odmowę. Okazuje się jednak, że „nie” nie zawsze jest interpretowane jako odmowa. Obcowanie płciowe należy do intymnej sfery życia człowieka i nie poddaje się wielu kryteriom formalnym. Trudno bowiem wymagać, aby każdy akt współżycia płciowego był poprzedzony formalnym pytaniem jednego

³⁷ „Permission is demonstrated when the evidence, in whatever form, is sufficient to demonstrate that a reasonable person would have believed that the alleged victim had affirmatively and freely given authorization to the act” (New Jersey in the interest of M.T.S., 609 A.2d 1266 (1992), 129 N.J. 422, 445, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149).

z partnerów o zgodę i formalną odpowiedź drugiego. Tak daleka ingerencja prawa w relacje międzyludzkie wydaje się niemożliwa, a jej potrzeba równie wątpliwa. Inaczej będzie wyglądała inicjacja stosunku płciowego między małżonkami, inaczej między parą pierwszy raz podejmującą współżycie seksualne, a jeszcze inaczej między osobami, które dopiero się poznały. Co więcej, w różnych warstwach społecznych oraz w różnych kręgach kulturowych „nie” może mieć inne znaczenie. Czy „nie” osoby swobodnie poddającej się działaniu partnera, gdy zmierza on do podjęcia z nią obcowania płciowego, należy zinterpretować jako brak zgody?

Jednym z autorów bardziej zaangażowanych w popularyzowanie maksymy „nie” znaczy „nie” jest Susan Estrich³⁸. Mogłoby się wydawać, że naczelną ideą popularyzacji tego hasła jest zwrócenie większej uwagi mężczyźn na oczekiwania kobiet, zanim podejmą działania zmierzające do obcowania płciowego. Susan Estrich w rzeczywistości proponuje następujące rozwiązanie:

- 1) mężczyzna musi rozumieć „nie” jako żądanie kobiety, aby zaprzestał działań zmierzających do rozpoczęcia współżycia płciowego oraz
- 2) mężczyzna powinien mieć świadomość, że „nie” kobiety jest prawnie relewantne, a kontynuowanie działania ukierunkowanego na stosunek seksualny będzie niosło za sobą odpowiedzialność karną za zgwałcenie³⁹.

Wydaje się jednak, że przyjęcie takiej generalnej dyrektywy interpretacyjnej nie jest uzasadnione. Wskazany był już wyżej przykład kobiety mówiącej „nie” i jednocześnie swobodnie poddającej się czynnościom mężczyzny. Podobne rodzaje zachowań wystąpiły w stanie faktycznym, który legł u podstaw rozstrzygnięcia w sprawie *North Carolina v. Alston*, w której sąd nie przychylił się do zarzutu zgwałcenia, ponieważ, mimo że kobieta płakała i mówiła „nie”, oskarżony doprowadził ją do obcowania płciowego bez użycia przemocy⁴⁰. Można oczywiście nie zgodzić się z rozstrzygnięciem sądu, niemniej jednak wskazuje ono, że „nie” nie zawsze znaczy „nie”.

Wobec powyższego, można postawić zasadne pytanie, jak należy rozumieć zgodę na płaszczyźnie faktycznej w ujęciu zewnętrznym. Nie ma dobrej, uniwersalnej odpowiedzi na tak postawione pytanie. Rekonstrukcja zgody, na gruncie ujęcia zewnętrznego, powinna być dokonywana *a casu ad casum* z uwzględnieniem ogólnej dyrektywy, aby interpretować zachowanie człowieka całościowo, tj. nie tylko jego słowa, ale również gesty i całokształt zachowania. Ujęcie zewnętrzne w swojej istocie zakłada wyrażanie zgody poprzez zachowanie, a nie jedynie komunikację werbalną.

³⁸ S. Estrich, *Palm Beach Stories*, (w:) „Law and Philosophy” 1992, nr 11, s. 5–33, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 81.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ *North Carolina v. Alston*, 310 N.C. 399, 401-03, 312 S.E.2d 470, 471-73 (1984).

Podejście mieszane

Nie można mieć wątpliwości, że przedstawione wyżej koncepcje ontologicznego ujęcia radykalnie się od siebie różnią. W rozumieniu wewnętrznym zgoda może być udzielona przez człowieka bez jakiegokolwiek odzwierciedlenia tego w jego zachowaniu. Ponadto człowiek może nawet zachowywać się tak, jakby zgoda została udzielona, mimo jej braku. Zgodnie zaś z rozumowaniem przyjętym przez zwolenników ujęcia performatywnego zgoda pojawia się dopiero wraz z wyrażającym ją zachowaniem. Innymi słowy, zachowanie wyrażające zgodę jest zgodą⁴¹. Podstawową trudność w obronie stanowiska wewnętrznego jest ustalenie rodzaju przeżycia psychicznego, które mogłoby być interpretowane jako zgoda. Wyobraźmy sobie następujący przypadek. Otóż mężczyzna mówi swojej partnerce, że zakończy ich związek, chyba że zgodzi się ona na podjęcie z nim relacji seksualnych, których dotychczas nie rozpoczęli. Kobieta, nie chcąc stracić swojego ukochanego, przystaje na jego propozycję. Czy ten stan faktyczny można zakwalifikować jako zgodę w myśl ujęcia wewnętrznego? Podobne komplikacje mają miejsce w przypadku teorii zewnętrznej, bowiem równie trudne jest opisanie zachowania wyrażającego zgodę. Trudno chociażby ocenić z punktu widzenia teorii zgody zachowanie kobiety będącej pod wpływem alkoholu, która biernie poddaje się działaniom mężczyzny zmierzającym do obcowania płciowego. Czy bierna akceptacja jest już zgodą?

W związku z powyższymi wątpliwościami, w doktrynie zaproponowano jeszcze jedno ujęcie problematyki zgody, a mianowicie teorię mieszaną (hybrydalną). Douglas Husak oraz George Thomas konstatują, że opis ontologicznych aspektów zgody byłby niepełny bez odwołania się do elementu wewnętrznego, tj. do psychiki wyrażającego zgodę⁴². Nikt nie może wyrazić prawnie relewantnej zgody bez takiej woli. Innymi słowy, na zgodę składa się zachowanie podjęte przez człowieka mające umocowanie w woli wyrażenia zgody. Teoria ta, biorąc pod uwagę, że nie ma możliwości pełnego połączenia obydwu ujęć, stara się wybrać i zespolić te ich elementy, które najlepiej realizują zadania stawiane przed zgodą. Aplikując teorię mieszaną, nie pozwala się na akceptację zachowania podmiotu A bez woli podmiotu B z jednej strony, a także na obciążanie podmiotu A obowiązkiem badania przeżyć psychicznych (woli) podmiotu B, by osiągnąć przekonanie o zaistnieniu zgody.

Można jednak postawić sobie pytanie, czy teoria mieszana rzeczywiście odpowiada na wskazane wcześniej wątpliwości, szczególnie w zakresie występowania woli udzielenia zgody. Jako rudymtarne, w mojej ocenie, założenie ujęcia hybrydalnego, należy uznać koncepcję rozsądnego człowieka, który powinien interpretować całokształt zachowania drugiej osoby, by ocenić czy jest ono spo-

⁴¹ D.N. Husak, G. Thomas, *Rapes Without Rapists...*, op. cit., s. 90.

⁴² Ibidem, s. 91.

wodowane wolą wyrażenia zgody. Podobnie, jak w przypadku teorii zewnętrznej, można próbować postawić tu zarzut komplikacji, jakie możemy napotkać aplikując standard rozsądnego człowieka do teorii zgody, polegający na trudności w zdefiniowaniu standardów, którymi powinien kierować się rozsądny człowiek w ocenie zachowania drugiej osoby. Odpowiedzią na te wątpliwości może być konstrukcja usprawiedliwionego błędu.

Koncepcję usprawiedliwionego błędu w obszarze zgwałcenia proponują i rozwijają Douglas Husak i George Thomas⁴³. W swoim artykule zatytułowanym pozornie przewrotnie „Rapes Without Rapists: Consent and Reasonable Mistake” autorzy zwrócili uwagę na możliwość zaistnienia czynu zgwałcenia przez sprawcę, któremu nie można postawić zarzutu zgwałcenia. Otóż osoba dopuszczająca się współżycia seksualnego bez zgody drugiej osoby popełnia czyn zabroniony zgwałcenia⁴⁴. Ofiara tego czynu została zgwałcona. Niemniej jednak popełnienie czynu zgwałcenia przez sprawcę nie oznacza jeszcze, że sprawca popełnił przestępstwo zgwałcenia. Do jego zaistnienia konieczne jest wypełnienie nie tylko znamion *actus reus*, ale także *mens rea*⁴⁵.

Kiedy wobec tego mamy do czynienia z usprawiedliwionym błędnym przekonaniem o zaistnieniu zgody? Douglas Husak i George Thomas konkludują swoje rozważania w sposób następujący. Zachowanie się człowieka w sposób przypominający zachowanie towarzyszące zwykle wyrażeniu zgody nie musi być tożsame z wyrażeniem zgody. Zachowanie takie usprawiedliwia jednak błędne przekonanie o zaistnieniu zgody. W takiej więc sytuacji mamy do czynienia na przykład z osobą, która popełniła czyn zgwałcenia, natomiast nie może za zgwałcenie odpowiadać.

Zgoda w ujęciu normatywnym

Powyżej przedstawione zostały trzy ujęcia zgody w ramach jej płaszczyzny faktycznej, tj. wewnętrzne, zewnętrzne oraz mieszane. Każde z nich ma pewne aspekty pozytywne oraz negatywne, które należy wziąć pod uwagę, gdy rozpatruje się problem prawnej relewantności zgody. W pierwszej kolejności rozpatrzeć należy zagadnienie dotyczące możliwości wyboru jednej z tych koncepcji, która będzie najlepiej spełniać rolę przewidzianą dla konstrukcji zgody w ramach przestępstw przeciwko wolności seksualnej, a w szczególności przestępstwa zgwałcenia.

⁴³ D.N. Husak, G. Thomas, *Rapes Without Rapists...*, op. cit., s. 91.

⁴⁴ Należy zwrócić uwagę, że istota czynu zgwałcenia została inaczej uregulowana w polskim prawie karnym, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

⁴⁵ Na poziomie polskiego prawa karnego problem ten można sprowadzić do zagadnienia błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Zgodnie z art. 28 k.k. nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię.

Zdaniem Alana Wertheimera, z koncepcją zgody wiążą się dwa podstawowe wnioski⁴⁶:

- 1) zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B moralnie dopuszczalnym⁴⁷,
- 2) zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B zgodnym z prawem.

Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu jest normatywne znaczenie zgody. Ze wskazanych wyżej wniosków wynika, iż zgoda może skutkować transformacją czynu niezgodnego z prawem w czyn z prawem zgodny. Czy wobec tego uprawniony byłby wniosek, że do takiej transformacji prowadzi każde z omówionych wyżej ujęć zgody, pod warunkiem spełnienia dodatkowych wymogów? Czy też konieczny jest wybór jednego z nich? Czy przyjęcie stanowiska opowiadającego się za brakiem możliwości stosowania wszystkich ujęć zgody prowadzi do swobodnego wyboru jednego z nich, bez konieczności uzasadnienia? W końcu, czy możliwy jest obiektywny wybór jednego z ujęć, poparty uzasadnieniem wskazującym na jego szczególną adekwatność do przekształcającej roli zgody?

W praktyce aprobeuje się różne ujęcia zgody. Dla przykładu można wskazać Kanadę, w której porządku prawnym opowiedziano się za zgodą rozumianą jako przeżycie psychiczne⁴⁸, w stanie Wisconsin natomiast zgodę rozumie się w ujęciu zewnętrznym⁴⁹, zaś w Colorado przyjęto zgodę w ujęciu mieszanym⁵⁰.

Wybór jednego z przedstawionych wyżej ujęć zgody, poparty obiektywnym uzasadnieniem adekwatności do przewidzianej dla niego funkcji o charakterze normatywnym, jest bardzo trudny. Co więcej, teza jakoby jedno z tych ujęć miało oczywistą przewagę nad pozostałymi i tym samym odpowiadało oczekiwaniom, jest trudna do uzasadnienia i w efekcie czyniłaby ten wybór praktycznie niemożliwym⁵¹.

Jeden z zasadniczych argumentów przeciw wewnętrznemu ujęciu zgody, a zarazem akceptujący ujęcie zewnętrzne zgody, został podniesiony przez Joela Feinberga. Mianowicie, stwierdził on, iż definiowanie zgody poprzez zespół zachowań możliwych do odczytania przez inną osobę oraz jej społeczność interpretującą uniemożliwia wprowadzenie do systemu odpowiedzialności obiektyw-

⁴⁶ A. Wertheimer, *What Is Consent? And Is It Important?*, (w:) „Buffalo Criminal Law Review” 2000, nr 3, s. 560. A. Wertheimer właściwie wskazuje trzy wnioski, niemniej jednak wniosek wskazany jako drugi (zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B moralnie dopuszczalnym, o ile jest ono zgodne z regulacjami obowiązującymi w instytucji, której podlegają podmiot A i B, np. kodeks etyki studenta określonego uniwersytetu) nie odnosi się do problematyki prawnej. Wniosek ten wydaje się być nieprawidłowy, gdyż ocena moralności zachowania się podmiotu A i B powinna być niezależna od postanowień kodeksu etyki, od którego zależeć powinno dopiero ustalenie ewentualnych konsekwencji takiego zachowania.

⁴⁷ Wątpliwości budzi stwierdzenie, że zgoda jest jedynym elementem wystarczającym do oceny moralności zachowania, bowiem prowadzi ono do relatywizacji norm moralnych. Niemniej jednak zagadnienie oceny moralności nie jest przedmiotem niniejszej pracy.

⁴⁸ Regina v. Olugboja, [1982] 1 Q.B. 320, 331 (por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140).

⁴⁹ Consent to sexual contact consists of „actual words or conduct indicating freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact” (Washington Rev. Code § 9A.44.010 (2000); por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140).

⁵⁰ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140.

⁵¹ Ibidem, s. 141.

nej. Ten rodzaj odpowiedzialności mógłby mieć miejsce, gdyby możliwe było zarzucenie komuś działania wbrew nie wyrażonym na zewnątrz przeżyciom psychicznym drugiej osoby⁵². Przykładem odpowiedzialności obiektywnej mogłoby być oskarżenie o zgwałcenie i skazanie kierowców, którzy obcowali płciowo z Rebecą Burnham i nie mieli żadnych podstaw do uznania, że jej zachowanie spowodowane jest przymusem ze strony męża⁵³. Owi kierowcy nie mieli możliwości poznania przeżyć psychicznych pani Burnham, chyba że ona sama, poprzez słowa lub też z wykorzystaniem komunikacji niewerbalnej, wskazałaby na taką ewentualność. Nie oznacza to, oczywiście, moralnej akceptacji zachowania kierowców. Co więcej, nie rozstrzygamy tutaj faktycznego zaistnienia zgody – w ramach płaszczyzny faktycznej można opowiedzieć się za innym ujęciem konstrukcji zgody, natomiast wskazujemy, że z normatywnego punktu widzenia najbardziej odpowiednią koncepcją zgody, przynajmniej wedle Joela Feinberga, jest ujęcie zewnętrzne⁵⁴.

W tym miejscu należy także zauważyć, że zaaprobowanie czystej koncepcji ujęcia wewnętrznego zgody może prowadzić do ryzyka zaistnienia niższego stopnia ochrony jednostki przed niechcianym współżyciem seksualnym, niż w przypadku ujęcia zewnętrznego. Otóż podmiot inicjujący współżycie płciowe z innym podmiotem może, mimo najlepszej woli, nie zdawać sobie sprawy z jego przeżyć psychicznych. Można zatem przyjąć, że gdyby miał świadomość braku zgody, na pewno nie podjąłby się współżycia płciowego.

Susan Estrich zauważa natomiast, że rozumienie zgody w ujęciu wewnętrznym ma jeszcze jeden zasadniczy aspekt negatywny. Może ono prowadzić do powiększenia rozmiaru krzywdy kobiety podczas procesu karnego, gdy dochodzi do konieczności zbadania wcześniejszych zachowań seksualnych kobiety, aby móc dojść do przekonania, czy oskarżony powinien był wiedzieć, że nie wyraziła ona zgody na obcowanie płciowe⁵⁵. W odpowiedzi na te wątpliwości Susan Estrich zaproponowała inne rozwiązanie. Po pierwsze, zauważyła, że typy czynów zabronionych oparte na konstrukcji zgody składają się łącznie z następujących trzech elementów:

⁵² J. Feinberg, *Harm To Self...*, op. cit., s. 176.

⁵³ *People v. Burnham*, 176 Cal. App. 3d 1134, 222 Cal. Rptr 630 (1985); por. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149.

⁵⁴ Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia polskiej doktryny prawa karnego, o odpowiedzialności obiektywnej można mówić, jeżeli w procesie przypisywania konkretnej osobie odpowiedzialności za czyn, nie bierze się pod uwagę strony podmiotowej, a zatem zamiaru sprawcy. Wracając jeszcze do przykładu sprawy *People v. Burnham*, nie można stwierdzić, że kierowcy byłiby odpowiedzialni obiektywnie, gdyby opowiedzieć się za ujęciem wewnętrznym zgody, o ile weźmie się pod uwagę ich zamiar. Z punktu widzenia strony podmiotowej istotne jest to, że sprawca obejmował swoją świadomością znamiona czynu (chciał popełnić czyn zabroniony albo przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego) albo powinien był mieć świadomość zrealizowania się znamion czynu (powinien był przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego). Jeżeli sprawca nie obejmował swoją świadomością braku zgody i nie chciał współżyć seksualnie bez zgody, odpowiedzialność karna nie mogłaby być mu przypisana.

⁵⁵ S. Estrich, *Rape*, (w:) „Yale Law Journal” 1986, nr 95, s. 1099 i n.

- 1) opis zachowania (np. obcowanie płciowe sprawcy z ofiarą),
- 2) sprawca ma świadomość albo powinien mieć świadomość braku zgody,
- 3) brak zgody prawnie relewantnej.

Autorka proponuje zbudowanie typu czynu zabronionego zgwałcenia jedynie w oparciu o dwa pierwsze elementy, z pominięciem trzeciego⁵⁶. Peter Westen, oceniając koncepcję Susan Estrich, konstatuje, że podobny skutek można osiągnąć poprzez wprowadzenie konstrukcji usiłowania⁵⁷. Różnica ostatecznie polegałaby jedynie na tym, przy założeniu takiej samej karalności, iż w przypadku propozycji Susan Estrich sprawca odpowiadałby za zgwałcenie, natomiast w oparciu o koncepcję Petera Westena za usiłowanie zgwałcenia. Na marginesie należy zauważyć, że rozwinięcie propozycji Susan Estrich prowadzi w zasadzie do odrzucenia koncepcji zgody w ogóle. Odrzucenie subiektywnego elementu w postaci zgody, leżącego po stronie ofiary, przenosi środek ciężkości oceny na zachowanie sprawcy. Konsekwencją takiej interpretacji mogłoby być skonstruowanie typu czynu zabronionego w oparciu o takie znamiona charakteryzujące działanie sprawcy, jak np. przemoc, groźba, podstęp.

Heidi Malm zwraca jednak uwagę na swego rodzaju niestabilność immanentnie związaną z ujęciem zgody w perspektywie wewnętrznej, tj. przeżycia psychicznego. Przeżycie psychiczne w początkowym stadium może być ukierunkowane na zgodę, po czym już w trakcie może ulec radykalnej zmianie⁵⁸. Prowadziłoby to do znacznych trudności w prawnej ocenie zdarzenia, a co więcej istotne komplikacje w relacjach między ludźmi.

Zwolennicy zewnętrznego rozumienia zgody, wyliczając negatywne cechy ujęcia wewnętrznego, zapominają o wadach swojej propozycji. Wystarczy przypomnieć tu dwie, omawiane już wcześniej wady. Po pierwsze, nie wiadomo z jakiej perspektywy udzielenie zgody miałyby być stwierdzane. Można wskazać różne potencjalne rozstrzygnięcia, np. perspektywę oskarżonego, perspektywę tzw. społeczności interpretującej, czy też w końcu perspektywę rozsądnego człowieka. Po drugie, wystarczy przypomnieć stan faktyczny sprawy *People v. Burnham*, w której opowiedzenie się za którąś z koncepcji zgody prowadziło w konsekwencji do stwierdzenia istnienia zgody albo jej braku.

Próbując podsumować rozważania na temat najbardziej odpowiedniego ujęcia zgody z perspektywy płaszczyzny normatywnej warto zwrócić uwagę na pewien pesymizm poznawczy podniesiony przez Petera Westena. Otóż, jego zdaniem, wybór pomiędzy ujęciem wewnętrznym oraz ujęciem zewnętrznym nie jest wyborem pomiędzy opcją moralnie słuszną i moralnie niesłuszną⁵⁹. Jest to wybór

⁵⁶ W ten sposób pogląd S. Estrich zinterpretował – jak się wydaje – prawidłowo, P. Westen (P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 153); por. S. Estrich, *Rape*, „Yale Law Journal” 1986, nr 95, s. 1095 i n.

⁵⁷ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 154.

⁵⁸ H. Malm, *The Ontological Status of Consent and Its Implications for the Law on Rape*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2, s. 149.

⁵⁹ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 160.

jednej z zaproponowanych koncepcji uwarunkowany obudowaniem konstrukcji zgody takimi instrumentami, aby w najbardziej możliwym stopniu pozwalała na uniknięcie wad poszczególnych ujęć zgody. W związku z tym system prawny posługujący się konstrukcją zgody może oprzeć się na ujęciu:

- 1) wewnętrznym,
- 2) zewnętrznym,
- 3) jednocześnie wewnętrznym i zewnętrznym niezależnie (przy czym wystąpienie jednego z nich wystarczy do stwierdzenia zaistnienia zgody),
- 4) mieszanym (muszą wystąpić łącznie elementy ujęcia wewnętrznego i zewnętrznego).

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden, nie spotykany w literaturze, sposób ukształtowania relacji między faktyczną i normatywną płaszczyzną zgody. Otóż, odwołując się do opisu struktury decyzji zaproponowanego przez Mieczysława Krąpca, człowiek w pierwszej kolejności podejmuje wewnętrzną decyzję dotyczącą sposobu działania i ewentualnie dopiero w następnej kolejności ujawnia ją na zewnątrz⁶⁰. Wobec tego, właściwe zrekonstruowanie zgody ma miejsce, o ile w płaszczyźnie faktycznej zaakceptujemy ujęcie wewnętrzne, zaś wymóg ekspresji przeniesiemy na płaszczyznę normatywną.

Niemniej jednak wydaje się, że Peter Westen ma rację, kiedy twierdzi, że żadna z koncepcji nie jest z góry w swej istocie predestynowana do pełnienia charakteru normatywnego. W związku z tym, na ustawodawcy spoczywa ciężar wyboru jednej z tych koncepcji i, w konsekwencji, obudowanie jej takimi elementami, które w możliwie największym stopniu pozwolą na uniknięcie opisanych wyżej negatywnych zjawisk.

Zgoda prawnie relewantna

Powyżej rozważano dwie płaszczyzny zgody, tj. zgodę w rozumieniu faktycznym oraz zgodę w ujęciu normatywnym. Zauważono, że zgoda faktyczna realizuje funkcję zgody w rozumieniu prawa karnego, o ile spełnia warunki modelowej zgody przewidzianej przez prawodawcę. Do przesłanek zaistnienia prawnie relewantnej zgody, odpowiadającej modelowi przewidzianemu w systemie prawnym, niewątpliwie, o czym była już mowa wyżej, konieczna jest reakcja podmiotu A w odpowiedzi na zachowanie podmiotu B, które wymaga zgody. Owa reakcja może być rozumiana zgodnie z ujęciem zgody w sposób wewnętrzny, zewnętrzny albo mieszany. Każde z ujęć zgody może odpowiednio zrealizować

⁶⁰ M.A. Krąpiec, rozważając problematykę prawa naturalnego, zwraca uwagę na to, iż: „Nikt bowiem nie może mnie zmusić do tego, bym sam dobrowolnie chciał tego w swym działaniu (poprzez mój osobisty wybór sądu praktycznego o zdeterminowanej treści wiążącej mnie do »takiego oto« działania), czego nie chcę. Zatem moment wewnętrznej decyzji stanowi główne odniesienie – analogat główny – rozumienia obowiązywalności prawa” (por. M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 2009, s. 235).

funkcję przewidzianą dla zgody w prawie karnym, o ile ustawodawca obuduje ją odpowiednimi kryteriami. Niemniej jednak, wskazać należy na jeszcze inny zbiór przesłanek wymaganych do uznania zgody z prawnie relewantną, który nie jest bezpośrednio związany z tym czy też innym ujęciem samej zgody.

Wydaje się, że do zakresu minimalnych wymogów wobec aktu wyrażenia zgody, jako immanentnie związanych z tą koncepcją, niezależnie od obszaru jej wykorzystania, należy zaliczyć zdolność do wyrażenia zgody, odpowiednią wiedzę i swobodę. W doktrynie anglosaskiej, rozpatrując zagadnienie zgody, zwraca się szczególną uwagę na negatywne rozumienie przesłanek prawnej relewantności zgody. Zalicza się do nich:

- 1) podstęp
- 2) przymus,
- 3) udzielenie zgody przez osobę do tego niezdolną⁶¹.

Za Alanem Wertheimerem wymogi te możemy nazwać przesłankami skuteczności zgody (*principles of valid consent*)⁶².

Podstęp

Jak już wcześniej zauważono, wyrażenie zgody powinno odbywać się dobrowolnie, a zatem w wyniku dokonania przez podmiot oceny różnych okoliczności, przesłanek i uwarunkowań. Człowiek – z pewnymi wyjątkami, o których będzie mowa – ma zdolność do samodzielnej oceny tych elementów, a następnie ustosunkowania się do nich poprzez wyrażenie zgody lub jej odmowę. Ten modelowy schemat działania ma miejsce, o ile nie zakłócą go inne zewnętrzne okoliczności. Jedną z nich może być podstęp, przejawiający się we wprowadzeniu drugiej osoby w błąd, tak aby wpłynąć na jej proces decyzyjny. Joan McGregor zauważa, że wśród działań podstępnych (wprowadzających w błąd) można wskazać takie, które przekształcają proces decyzyjny z dobrowolnego w zupełnie niedobrowolny, a także te, w niewielkim stopniu wpływające na decyzję podmiotu wyrażającego zgodę.

Podstęp dzieli się zwykle na podstęp co do faktów (*fraud in the factum*), kiedy ofiara jest wprowadzana w błąd co do czynności względem jej osoby, oraz podstęp co do okoliczności motywacyjnych (*fraud in the inducement*)⁶³.

⁶¹ Por. m.in. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 163–257; J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 163–194, D. Husak, *The Complete Guide to Sex...*, op. cit., s. 277–281; *Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*, http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp131_rape.pdf [dostęp: 21.11.2009 r.].

⁶² A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 2 i n. Autor dzieli dodatkowo przesłanki na przesłanki skuteczności zgody w obszarze prawnym (*principles of valid consent for the law*) oraz moralnym (*principles of valid consent for morality*).

⁶³ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 181–182; P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 198; A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 194–197.

Przykładem podstępu w obszarze faktycznym może być działanie lekarza ginekologa, który pod pretekstem przeprowadzenia badania doprowadza nieświadomą tego kobietę do obcowania płciowego. Brak zgody na współżycie płciowe wydaje się w tym przypadku oczywisty.

Obrazując problem podstępu co do okoliczności motywacyjnych, można wskazać tzw. kazuś brata bliźniaka oraz kazuś kłamcy. Kazuś brata bliźniaka dotyczy sytuacji, w której mężczyzna A, którego brat bliźniak jest żonaty z B, kładzie się do łóżka śpiącej już B i inicjuje stosunek płciowy, któremu B poddaje się, myśląc, że czyni to ze swoim mężem. Kazuś kłamcy dotyczy natomiast sytuacji, w której kobieta stawia mężczyźnie warunek, że nie podejmie z nim relacji seksualnych, o ile ten nie będzie miał wobec niej poważnych zamiarów. Mężczyzna potwierdza zamiary, podczas gdy swoim kolegom mówi, że wcale takowych nie ma⁶⁴. Wskazane stany faktyczne prowadzą do konkluzji, że osoba działająca pod wpływem podstępu co do okoliczności motywujących, ma świadomość na co wyraża zgodę (w tych przypadkach na obcowanie płciowe), niemniej jednak jej zgoda jest motywowana błędnym przekonaniem o określonych przesłankach.

Kryminalizacji jest poddawany zwykle podstęp co do faktów⁶⁵. Podstawowym elementem różnicującym ocenę *fraud in the factum* oraz *fraud in the inducement* jest przedmiot zgody wyrażanej przez podmiot znajdujący się pod wpływem działania podstępnego. Otóż w przypadku podstępu co do faktów podmiot wyraża zgodę na inną czynność niż obcowanie płciowe (np. na badanie lekarskie). Można zatem stwierdzić, odwołując się do wyżej wskazanego wniosku Joan McGregor, że jest to egzemplifikacja zupełnego zakłócenia procesu decyzyjnego podmiotu, który działa w pełnym i usprawiedliwionym przekonaniu, że wyraża zgodę jedynie na określoną procedurę medyczną. W przypadku okoliczności motywacyjnych sytuacja jest jakościowo inna. Podmiot A od samego początku wyraża bowiem zgodę na działanie podmiotu B, biorąc jednak pod uwagę nie tylko okoliczności prawdziwe, ale również inne, skonstruowane przez podmiot B, mające na celu wpłynąć na proces decyzyjny podmiotu A.

Z kategorią *fraud in the inducement* wiąże się jednak zasadniczy problem interpretacyjny. Jak wiadomo, w naturze człowieka leży potrzeba zainteresowania wśród osób płci przeciwnej. W związku z tym zarówno mężczyźni jak i kobiety podejmują różne działania mające na celu zwrócenie na siebie uwagi drugiej osoby, prowadzące w efekcie do zawarcia znajomości, która może wiązać się z podjęciem współżycia płciowego. Problemатyczne jest jednak postawienie

⁶⁴ A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 196.

⁶⁵ „The proposition that fraud vitiates consent in criminal matters is not true if taken to apply in the fullest sense of the word, and without qualification... Many seductions would be rapes, and so might acts of prostitution procured by fraud, as for instance by promises not intended to be fulfilled... The only cases in which fraud indisputably vitiates consent in these matters are cases of fraud as to the nature of the act done” (R v. Clarence, 22 QBD 13 (1886-90) All ER 133, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 196).

granicy pomiędzy wskazanym tu działaniem, które można nazwać uwodzeniem, a zachowaniem wypełniającym już znamiona podstępu co do okoliczności motywacyjnych⁶⁶. Czy pożyczanie od znajomego wysokiej klasy samochodu i sugerowanie kobiecie, że jest się jego właścicielem, co ma być oznaką bogactwa, jest już działaniem podstępnym? Czy okłamywanie partnera na temat swojego wykształcenia jest również działaniem podstępnym? Czy w końcu takim działaniem jest okłamywanie drugiej osoby w zakresie swojej tożsamości? Przykładem może być prawdziwa historia niejakiego Oscara Kendalla, który wmawiał kobietom, że jest słynnym fotografem mody i pod pretekstem obiecywanej im kariery modelek współżył z nimi seksualnie⁶⁷.

Próbując ustosunkować się do tego zagadnienia, wskazuje się, że prawo karne powinno chronić słabszych, a zatem w omawianych tu przypadkach osobę poddaną działaniu, które może być zakwalifikowane jako podstępne. Wymóg ingerencji prawnokarnej może wydawać się tu jednak wątpliwy, bowiem trudno oczekiwać od prawa karnego regulowania czynników wpływających na motywację podmiotu wyrażającego zgodę, a już szczególnie w tak intymnym obszarze relacji międzyludzkich, jakim jest współżycie seksualne. Kierowanie wobec prawa karnego żądań tego rodzaju mogłoby prowadzić do sytuacji dość absurdalnych. Trudno, a może to być nawet niemożliwe, ocenić, jakie czynniki w rzeczywistości skłoniły partnerów do podjęcia obcowania płciowego. Chcąc uniknąć jakiegokolwiek zakłócenia procesów decyzyjnych, co możliwe jest chyba tylko w konstrukcjach modelowych, należałoby postawić przed każdą osobą inicjującą relację o charakterze seksualnym żądanie przedstawienia pełnego obrazu swojej osoby, tak aby przypadkiem partner nie znalazł się w błędnym przekonaniu co do cechy, która jest dla niego szczególnie istotna.

Powyższe argumenty nie prowadzą jednak do wniosku, że wszystkie okoliczności kwalifikowane jako *fraud in the inducement* powinny znaleźć się poza obszarem działania prawa karnego. Przykładem takich okoliczności może być przywoływany już wcześniej stan faktyczny nazwany kazusem brata bliźniaka. Tego typu błąd bez wątplenia powinien mieć charakter prawnie relewantny, zatem zgoda kobiety nie ma w tym wypadku mocy okoliczności wyłączającej przestępność czynu. Jak wobec tego należy ocenić kategorię podstępu co do okoliczności motywacyjnych? Wydaje się, że właściwym rozstrzygnięciem tak postawionego problemu jest próba przekształcenia *fraud in the inducement* w *fraud in the factum*⁶⁸. Wracając jeszcze do stanu faktycznego z bratem bliźniakiem, podstęp, po przekształceniu z kategorii okoliczności motywacyjnych do kategorii faktów, polegałby na wprowadzeniu w błąd kobiety, która wyraża zgodę jedynie na współżycie seksualne ze swoim mężem. Kwalifikując całe wydarzenie do *fraud in the inducement*, stwierdzaliśmy,

⁶⁶ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 184.

⁶⁷ Por. artykuł *Rape suspect jailed*, (w:) „Rome News Tribune”, 18 września 1977 r.

⁶⁸ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 188 i n.

że kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne będąc pod wpływem błędnych okoliczności motywacyjnych, wedle których mężczyzna obok miał być jej mężem. Otóż w przypadku rekonstrukcji zdarzenia w kontekście *fraud in the factum* stwierdzamy, że kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne z mężem (analogicznie, jak w przypadku badań ginekologicznych, gdy kobieta wyraziła zgodę na badanie), podczas gdy do obcowania płciowego doprowadził brat bliźniak jej męża (w przypadku stanu faktycznego dot. badań ginekologicznych faktycznie doszło do współzycia płciowego). Zatem po dokonanej transformacji doskonale widać, że kobieta wyraziła zgodę na zachowanie zupełnie inne od tego, które faktycznie miało miejsce.

Proponowane tu rozwiązanie nie ma, oczywiście, charakteru idealnego. Joan McGregor zwraca bowiem uwagę, że właściwie każde zachowanie mające cechy podstępny co do okoliczności motywacyjnych może zostać zrekonstruowane i odczytane jako podstęp co do faktów⁶⁹. Można bowiem stwierdzić, że wprowadzenie drugiej osoby w błąd w zakresie swojego wykształcenia jedynie zmotywowało ją do podjęcia współzycia seksualnego (*fraud in the inducement*), ale można także wysnuć wniosek, iż kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne z mężczyzną z wyższym wykształceniem, podczas gdy w rzeczywistości obcowała płciowo z mężczyzną z niższym poziomem wykształcenia (*fraud in the factum*).

Wobec powyższego potrzebna jest próba skonstruowania granicy pomiędzy tymi dwoma rodzajami podstępu. W mojej ocenie, szczególną uwagę należy zwrócić na podmiot i przedmiot zachowania. Osoba wyrażająca zgodę powinna mieć świadomość do kogo ją adresuje, a zatem powinna znać dane tej osoby pozwalające na jej identyfikację. W zasadzie wydaje się, że wystarczająca jest świadomość podstawowych danych z zakresu tożsamości danej osoby, a w szczególności jej imię i nazwisko. Zakres tych danych może ulec rozszerzeniu w sytuacji udzielania zgody na zachowanie wymagające określonych kwalifikacji, jak np. osoba przeprowadzająca zabieg kosmetyczny, czy też naprawiająca samochód. W tych przypadkach bowiem wymagane uprawnienia i kwalifikacje nie są okolicznościami motywującymi do udzielenia zgody, ale mającymi fundamentalne znaczenie dla podjęcia decyzji o udzieleniu zgody. Wiedza dotycząca przedmiotu zgody powinna polegać na świadomości, iż dotyczy ona określonego zachowania. Tak skonstruowane przesłanki pozwalają na stwierdzenia, że wprowadzenie drugiej osoby w błąd w zakresie tu wskazanym (tj. co do adresata zgody i jej przedmiotu) jest równoznaczne z podstępem co do faktów, natomiast wprowadzenie w błąd w zakresie innych okoliczności ma charakter podstępu co do okoliczności motywacyjnych.

⁶⁹ Ibidem, s. 188 i n.

Przymus

Przymus polega na spowodowaniu przez podmiot A wyrażenia zgody przez podmiot B w następujących okolicznościach:

- 1) A straszy B, że pogorszy sytuację B,
- 2) A straszy B, że pogorszy swoją pozycję, np. popełni samobójstwo,
- 3) C straszy B, że pogorszy sytuację B, jeżeli ten nie wyrazi zgody na zachowanie A⁷⁰.

Stosowanie przymusu w celu uzyskania zgody drugiej osoby polega na narzuceniu jej wyboru pomiędzy dwoma alternatywnymi rozwiązaniami, np. osoba A żąda rozpoczęcia obcowania płciowego z osobą B argumentując, że w przeciwnym wypadku ją pobije i podejmie współżycie z użyciem przemocy. Zauważmy, że osoba B ma do wyboru rozwiązanie złe (obcowanie płciowe) i jeszcze gorsze (pobicie i obcowanie płciowe bez zgody). Możemy jednak spotkać się z takimi stanami faktycznymi, w których propozycja może być odebrana nie jako groźba zastosowania przymusu, ale jako oferta⁷¹. Weźmy pod uwagę następujące dwa stany faktyczne:

- 1) matka ma śmiertelnie chore dziecko, które może zostać wyleczone pod warunkiem przeprowadzenia operacji, której koszt wynosi milion dolarów. Do kobiety, która nie dysponuje środkami na opłacenia nawet części tych kosztów, zwrócił się pewien milioner z propozycją opłacenia kosztów operacji, pod warunkiem, że kobieta nawiąże z nim relacje seksualne;
- 2) mężczyzna grozi kobiecie, że zabije jej dziecko, jeżeli ta nie rozpocznie z nim obcowania płciowego.

Już powierzchowna analiza wskazanych stanów faktycznych prowadzi do wniosku, że są one jakościowo różne. W kazusie pierwszym sytuacja kobiety, związana z chorobą jej dziecka, może ulec poprawie, o ile wyrazi ona zgodę na współżycie płciowe z milionerem. Do przeciwnej oceny skłania kazus drugi, bowiem sytuacja kobiety może ulec radykalnemu pogorszeniu, o ile nie przystanie ona na żądanie mężczyzny. Zatem o ofercie możemy mówić w kazusie pierwszym, natomiast o groźbie zastosowania przymusu w kazusie drugim.

Przed przejściem do konkluzji warto zwrócić uwagę na jeszcze jedno zagadnienie związane z problematyką różnic między groźbą zastosowania przymusu a ofertą. Do ilustracji tego zagadnienia może służyć stan faktyczny „złego samarytanina”⁷². Kobieta imieniem Mary jechała wraz ze swoim dzieckiem samochodem po rzadko uczęszczanej drodze. Nagle, z niewiadomych przyczyn, Mary straciła panowanie nad pojazdem, samochód uderzył w barierkę i następnie wjechał do rowu. Mary nie odniosła poważnych ran, natomiast jej dziecko doznało licznych

⁷⁰ D. Husak, *The Complete Guide...*, op. cit., s. 280.

⁷¹ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 168 i n.

⁷² P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 181 i n. Stan faktyczny przytoczono z uzupełnieniem przez autora niniejszej pracy, aby zwrócić uwagę na istotne elementy wiążące się z zagadnieniem przymusu.

uszkodzeń, które mogły spowodować nawet śmierć w przypadku braku szybkiej pomocy lekarskiej. Telefon komórkowy Mary w efekcie wypadku nie nadawał się do użytku. Po kilku minutach kobiecie udało się zatrzymać zbliżający się pojazd. Prowadzący go kierowca Jack zgodził się pomóc, pod warunkiem, że kobieta najpierw podejmie z nim współżycie płciowe. Kobieta, zdając sobie sprawę, że droga jest rzadko uczęszczana i jest to jedyny sposób ratunku dla jej dziecka, wyraziła zgodę na obcowanie płciowe z kierowcą.

Biorąc powyższy stan faktyczny pod uwagę, można stwierdzić, że propozycja kierowcy nie miała charakteru groźby zastosowania przymusu, bowiem zachowanie Jacka nie prowadziło Mary do przekonania, że jeżeli nie zgodzi się na propozycję, to znajdzie się w gorszym położeniu niż to, w którym znalazła się wskutek wypadku. Niemniej jednak można wskazać przedstawicieli doktryny wyrażających odmienne zdanie, kwalifikujących zachowanie kierowcy w ramach zgwałcenia⁷³. W związku z tym stanem faktycznym, a także dwoma opisanymi wyżej, należy zastanowić się nad definicją groźby zastosowania przymusu.

Z przywoływanych opinii i teorii pojawiających się w doktrynie anglosaskiej można wywnioskować, iż próba definiowania przymusu (groźby jego zastosowania) powinna być czyniona w związku z sytuacją ofiary, tj. spowodowanym przez sprawcę pogorszeniem, polepszeniem lub też brakiem zmiany jej dotychczasowego położenia. Wobec tego jest konieczne skonstruowanie przesłanek pozwalających na stwierdzenie pogorszenia sytuacji drugiej osoby. Jedną z propozycji interpretacji „pogorszenia sytuacji drugiej osoby” zaproponował Alan Wertheimer⁷⁴. Mianowicie, do pogorszenia sytuacji drugiej osoby dochodzi, gdy pozostawia się ją w położeniu gorszym od najgorszego położenia, w jakim prawo pozwala zostawić drugą osobę. Peter Westen słusznie zauważa, że propozycja Alana Wertheimera z jednej strony jest zbyt wąska, a jednocześnie także za szeroka. Z jednej strony bowiem, akceptując tę definicję, nie można by postawić zarzutu pracodawcy uzależniającemu zatrudnienie kobiety od wyrażenia przez nią zgody na współżycie seksualne. Otóż pracodawca ma prawo odmówić zatrudnienia drugiej osoby, w związku z czym nie stawia on jej w położeniu gorszym od najgorszego położenia, na które pozwala prawo⁷⁵. Z drugiej zaś strony groźbę zastosowania przymusu można by przypisać mężczyźnie, który mówi, że w przypadku braku zgody na współżycie seksualne, zabije złotą rybkę należącą do kobiety, czy też ukradnie jej niewielką kwotę pieniędzy⁷⁶. Jakkolwiek przykłady

⁷³ Por. J. McGregor, *Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2, s. 197; P. Westen wskazuje jeszcze pracę D. Archarda (D. Archard, *Sexual Consent*, Boulder 1998, s. 55–60) oraz A. Wertheimera (A. Wertheimer, *Coercion*, Princeton 1987, s. 218).

⁷⁴ A. Wertheimer, *Coercion*, Princeton 1987, s. 217–221, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 182 i n.

⁷⁵ Argument ten przestaje być jednak aktualny, jeżeli w danym systemie prawnym funkcjonuje zakaz odmowy zatrudnienia z przyczyn związanych z wolnością seksualną człowieka.

⁷⁶ P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 182–183.

te nie będą brzmiały dziwnie, to zastosowanie propozycji Alana Wertheimera mogłoby prowadzić właśnie do takich konsekwencji.

Inną propozycję rozstrzygnięcia omawianego tu zagadnienia przedłożył Peter Westen⁷⁷. Jego zdaniem, pogorszenie sytuacji drugiej osoby powinno być oceniane z perspektywy najgorszego położenia na jakie pozwalają granice wytyczone przez dany czyn zabroniony jako rezultat braku zgody. Sam Peter Westen nie wyjaśnia dokładnie swojej propozycji, niemniej jednak można próbować dokonać jej interpretacji, nie zapominając jednocześnie o roli, jaką ta konstrukcja ma do spełnienia. Zatem do niedopuszczalnego pogorszenia sytuacji drugiej osoby dojdzie, o ile owe pogorszenie wypełnia znamiona konkretnego czynu zabronionego. W tej sytuacji nie dopuści się groźby zastosowania przymusu osoba, która jako konsekwencję braku zgody drugiej osoby na współżycie płciowe, zagrozi zachowaniem, które nie wypełnia znamion żadnego czynu zabronionego, np. kradzież małej kwoty pieniędzy. Nie oznacza to jednak, że czyn taki musi być zgodny z całym porządkiem prawnym. Propozycja Petera Westena może spełnić stawiane wobec niej wymagania również w przypadku wskazanej wcześniej odmowy zatrudnienia, pod warunkiem jednak, że odmowa z przyczyn seksualnych wypełnia znamiona typu czynu zabronionego przewidzianego w danym systemie prawnym. Zauważyć jednak należy, że przy takim założeniu podobny skutek miałby miejsce na gruncie propozycji Alana Wertheimera⁷⁸.

Zdolność do wyrażenia zgody

Zgoda, jako emanacja autonomii woli, może być udzielona tylko przez osobę zdolną do jej wyrażenia, tj. świadomą otaczającej ją rzeczywistości, okoliczności wpływających na wyrażenie zgody, a także generalnych konsekwencji, jakie mogą się z tym wiązać. W literaturze wskazuje się następujące elementy, które należy brać pod uwagę podczas badania zdolności do wyrażenia zgody:

- 1) wiek,
- 2) niepełnosprawność umysłowa,
- 3) wpływ środków odurzających.

⁷⁷ Ibidem, s. 183.

⁷⁸ Wydaje się, że najbardziej odpowiednia i funkcjonalna jest koncepcja mająca swoje źródło w polskim kodeksie karnym. Warto w tym miejscu zasygnalizować problematykę groźby bezprawnej, która wydaje się być konstrukcyjnie najbardziej zbliżona do zagadnienia pogorszenia położenia drugiej osoby. Zgodnie z art. 115 § 12 k.k. groźbą bezprawną jest zarówno groźba z art. 190 k.k., jak i groźba postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Nie stanowi natomiast groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ono jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem. Zgodnie zaś z art. 190 k.k. czynem zabronionym jest groźenie innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona. Jak widać, konstrukcja groźby bezprawnej jest czytelna, co powinno być jedną z podstawowych dyrektyw związanych z konstrukcjami otaczającymi koncepcję zgody.

Przesłanka wieku wydaje się, przynajmniej co do zasady, budzić najmniej wątpliwości. Otóż powszechnie uważa się, że człowiek jest w stanie świadomie podejmować decyzje, odpowiadając zarazem za ich skutki dopiero po przekroczeniu pewnej granicy wieku, tym samym dopiero od tego momentu w pełni staje się „dzierżycielem” swojej autonomii woli. Dla przykładu można wskazać konstrukcję zdolności do czynności prawnych, ponoszenie odpowiedzialności karnej, możliwość uzyskania prawa jazdy itd. Wobec tego, nie dziwi fakt, że również zdolność do wyrażenia zgody, a zatem dotknięcia samej istoty swojej autonomii woli, mają osoby, które osiągnęły już pewną dojrzałość psychiczną i fizyczną. Ustawodawca, konstruując normy generalne i abstrakcyjne, musi *ex definitione* posługiwać się pewnymi uogólnieniami. Spośród kryteriów, jakimi można by posłużyć się w konstruowaniu koncepcji zgody, najbardziej optymalne wydaje się być kryterium wieku.

Podobne wnioski podnosi się względem osób niepełnosprawnych umysłowo, które nie są w stanie rozpoznać znaczenia i konsekwencji swoich czynów, a także z powodu łatwości bezkrytycznie poddają się działaniom innych osób⁷⁹. Inaczej jednak niż w przypadku dzieci – które w pewnym momencie osiągną wiek będący przesłanką skuteczności zgody – osoby niepełnosprawne umysłowo zwykle nie mają szans na powrót do sprawności. Do każdego z takich przypadków należy podchodzić indywidualnie, bowiem nie można wskazać ogólnego i abstrakcyjnego kryterium, które nie skrzywdziłoby osób niepełnosprawnych.

Najwięcej wątpliwości dotyczy przesłanki działania pod wpływem środków odurzających. Wiąże się z tym podstawowe pytanie. Czy zgoda osoby będącej pod wpływem środków odurzających ma charakter prawnie relewantny? Odpowiedzią na tak postawione pytanie może być teoria odpowiedzialności (*responsibility claim*) połączona z teorią ważności zgody (*responsibility-entails-validity claim*)⁸⁰. W ramach tych teorii można wyróżnić cztery spojrzenia na odpowiedzialność podmiotu wyrażającego zgodę.

Hedi Hurd wskazuje na istotne znaczenie dwóch z nich, tj. teorię przewidywania (*reasoning view*) oraz teorię prewencji (*incentive view*). Wedle teorii przewidywania środki odurzające niezwykle rzadko całkowicie pozbawiają człowieka możliwości oceny swojego działania. Zgodnie zaś z teorią prewencji uznanie wpływu środków odurzających za okoliczność wyłączającą odpowiedzialność mogłoby zostać odebrane jako sygnał do znacznej swobody działania usprawiedliwionej spożyciem określonych substancji⁸¹.

Alan Wertheimer proponuje uwzględnienie jeszcze dwóch sposobów interpretacji teorii odpowiedzialności. Mianowicie, wskazuje on na teorię przeniesienia (*flow-through view*) oraz teorię podwójnej oceny (*dual-self view*)⁸². Teoria przenie-

⁷⁹ J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 155–159.

⁸⁰ A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 238–245.

⁸¹ H. Hurd, *The moral magic...*, op. cit., s. 141.

⁸² A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 240–242.

sienia polega na uznaniu, że jeżeli człowiek w momencie I ma zdolność ukierunkowana swojego zachowaniem w momencie II, to nasza ocena wykorzystania tych możliwości powinna być taka sama w momencie II, jak w momencie I, pomimo że w osoba ta w momencie II, ze względu na działanie środków odurzających, nie była już w stanie kierować swoim postępowaniem. O teorii podwójnej oceny można zaś mówić, gdy stwierdzamy, że decyzja o zażyciu środków odurzających podjęta w momencie I powoduje brak odpowiedzialności za zachowanie w momencie II, kiedy owe substancje zaczynają działać. Nie oznacza to jednak, że wedle teorii podwójnej oceny człowiek zażywający środki odurzające zwolniony jest z odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta spoczywa na człowieku za spożycie środków odurzających w momencie I, co doprowadziło do zachowania w momencie II. Nie można natomiast przypisać mu odpowiedzialności za samo zachowanie w momencie II. Zaprezentowane tu dwie teorie można zilustrować stanem faktycznym, w którym studentka uczestnicząca w zabawie zorganizowanej w akademiku, po dobrowolnym spożyciu dużej ilości alkoholu, wyraża zgodę na współżycie seksualne z innym uczestnikiem zabawy. Zgodnie z teorią przeniesienia można stwierdzić, iż studentka ukierunkowała swoje zachowanie poprzez dobrowolne spożycie alkoholu, zatem odpowiada ona również za swoje późniejsze działanie. Wobec tego, jej zgoda ma charakter prawnie relewantny. Odnosząc ten stan faktyczny do teorii podwójnej oceny, należałoby stwierdzić, że studentce można przypisać odpowiedzialność za spożycie alkoholu prowadzące do wyrażenia zgody na współżycie seksualne, ale już nie za samo wyrażenie zgody na obcowanie płciowe. Faktyczne wyodrębnienie tych teorii opiera się na znacznie wysublimowanym wnioskowaniu, zaś skutki zastosowania każdej z nich będą podobne. Mianowicie, zgoda zostanie uznana za ważną

Warto zauważyć, że zaprezentowane wyżej koncepcje skłaniają do dalekiej analogii do konstrukcji zawinienia na przedpolu czynu. Otóż jednostka spożywająca alkohol powinna być świadoma tego, że skutek jego działania może wyrazić zgodę na coś, na co, działając w stanie trzeźwości, nigdy by zgody nie wyraziła.

W debacie pojawiają się także głosy przeciwne, wskazujące na brak odpowiedzialności i prawnej relewantności zgody wyrażonej pod wpływem środków odurzających. Susan Estrich wskazuje, że człowiek zapominając przez zaniechanie o zamknięciu samochodu, nie udziela automatycznie zgody na przywłaszczenie sobie tego samochodu przez inną osobę. Podobnie, zdaniem autorki, nie można stwierdzać, że zażycie przez człowieka środków odurzających i wyrażenie pod ich wpływem zgody powinno dopuszczać wniosek o jej prawnej relewantności⁸³.

⁸³ S. Estrich, *Palm Beach Stories*, op. cit., s. 10, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 243.

Wnioski

Przeprowadzony wywód na temat problematyki konstrukcji zgody niewątpliwie prowadzi do podstawowego wniosku, a mianowicie, że jest to instrument wysoce skomplikowany, a może się zdarzyć, że także niezupełnie czytelny. Wiele wątpliwości i tym samym trudności wiąże się już ze zrekonstruowaniem w schemacie zgody dwóch płaszczyzn, tj. faktycznej, rozpoznającej zgodę jako pewien fakt społeczny, oraz normatywnej, składającej się z zespołu uwarunkowań i przesłanek prowadzących do wniosku o prawnej relewantności zgody. Już na etapie omawiania płaszczyzny faktycznej dostrzeżono trzy możliwe interpretacje ontologiczne zgody dysponenta dobrem (ujęcie wewnętrzne, zewnętrzne oraz mieszane), co na tym poziomie nie budzi szczególnego niepokoju, niemniej istotna trudność ukazuje się dopiero na płaszczyźnie normatywnej, bowiem prawodawca przewidując dla konstrukcji zgody pewną funkcję w systemie prawnym, powinien w pierwszej kolejności rozstrzygnąć czym ta zgoda rzeczywiście jest oraz, w konsekwencji, w jaki sposób można ją poznać. Innymi słowy, prawodawca powinien wskazać jaki wycinek zachowania człowieka zostanie przez niego odczytany jako zgoda dysponenta dobrem. Na tym jednak nie kończą się wyzwania stojące przed systemem prawa. Otóż poza tym, co zostało już wskazane, w konstrukcji zgody należy umieścić przesłanki wyłączające jej prawną relewantność, jak np. przymus, podstęp, brak zdolności.

Niezależnie od dyskusji na temat funkcji zgody, czyli włączenia przez nią istoty czynu lub bezprawności, należy zastanowić się nad kodyfikacją tej konstrukcji, poprzez wskazanie relewantnego prawnie jej kształtu oraz przesłanek wyłączających określony prawem skutek jej zaistnienia⁸⁴. Innym rozwiązaniem, przy założeniu, że zgoda miałaby nadal mieć w głównej mierze charakter pozaustawowy, jest wypracowanie tych elementów w judykaturze i doktrynie.

Ponadto niezależnie od powyższego wniosku warto się jeszcze zastanowić nad zakresem zastosowania konstrukcji zgody dysponenta dobrem. Wskazana na wstępie debata tocząca się w obszarze anglosaskiej kultury prawnej dotyczy, jak zauważono, problematyki przestępstw przeciwko wolności seksualnej. W tym obszarze bowiem, jak w soczewce, unaocznia się fundamentalny dla tej problematyki konflikt pomiędzy podejściem obiektywnym a subiektywnym do typizacji czynu. Dla przykładu można przywołać regulację kodeksu stanu Nowy Jork, zgodnie z którym przestępstwo seksualne ma miejsce, gdy mężczyzna podejmuje obcowanie płciowe bez zgody kobiety (art. 130.20). Według zaś art. 130.05 tego kodeksu, zjawisko braku zgody występuje m.in. wtedy gdy osoba jest niezdolna do wyrażenia zgody ze względu na swój wiek lub też zastosowano przymus albo pod-

⁸⁴ Zauważyć należy, że zgoda została uregulowana w odniesieniu do problematyki świadczeń zdrowotnych. Por. ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

stęp⁸⁵. W polskim kodeksie karnym natomiast typ czynu zabronionego zgwałcenia przybrał następujący kształt: „kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego”. Rozwiązanie wprowadzone w kodeksie karnym stanu Nowy Jork opiera się niewątpliwie na kryterium o charakterze subiektywnym, jakim zawsze będzie zgoda dysponenta dobrem, niezależnie od nałożonych na nią kryteriów normatywnych. Polskie rozwiązanie opiera się zaś na znamionach przemocy, podstępu i groźby bezprawnej, które mają charakter dalece bardziej obiektywny i łatwiejszy do oceny na podstawie odpowiednich kryteriów.

W związku z powyższym wydaje się, że do wykorzystania konstrukcji zgody dysponenta dobrem w systemie prawa karnego należy podchodzić ze szczególną ostrożnością, niezależnie od przypisywanej jej funkcji. W przypadku typów czynów zabronionych, w których znamionach umieszczono brak zgody, warto rozważyć ich przekształcenie poprzez zamianę tego znamienia na znamiona przemocy, podstępu, groźby bezprawnej, które i tak w konstrukcji zgody decydują ostatecznie o jej prawnej relewantności, a nie powodują tylu wątpliwości interpretacyjnych. Innym sposobem zaradzenia powstałym wątpliwościom może być skodyfikowanie konstrukcji zgody dysponenta dobrem, tak aby możliwe było odczytywanie w sposób prawidłowy preferowanego przez ustawodawcę ujęcia zgody na płaszczyźnie faktycznej oraz normatywnej.

STRESZCZENIE

Celem niniejszego opracowania jest próba wyjaśnienia samego pojęcia zgody, jej definicji, warunków zaistnienia, czy też przesłanek nie pozwalających na zakwalifikowanie określonego stanu faktycznego jako zgody wywołującej określone skutki prawne. Posługiwanie się koncepcją zgody w życiu codziennym nie wymaga jej definiowania. Problem pojawia się jednak wtedy, gdy instrument życia codziennego jest wykorzystywany w konstruowaniu jakiegoś rozwiązania prawnego, co pociąga za sobą konieczność takiego zdefiniowania określonej koncepcji, by była ona tak samo rozumiana przez prawodawcę, stosujących prawo oraz podmioty mające zgodnie z tym prawem postępować. Wnioski wypracowanej w anglosaskiej kulturze prawnej wydają się bardzo interesujące i na tyle uniwersalne, że warto na ich podstawie spróbować zrekonstruować instrument zgody. Celem niniejszego opracowania, oprócz omówienia konstrukcji zgody, jest próba wypracowania wniosków o charakterze *de lege ferenda*, które mogą lub też powinny być przyjęte na gruncie polskiego prawa karnego. Tak przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, wedle którego do wykorzystania konstrukcji zgody dysponenta dobrem w systemie prawa karnego należy podchodzić ze

⁸⁵ Por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 16 i n. Zauważyć należy, że w zakres tego typu wchodzi nie tylko wskazany w polskim kodeksie karnym typ zgwałcenia, ale również m.in. czyn lubieżny.

szczególną ostrożnością, niezależnie od przypisywanej jej funkcji. Warto rozważyć skodyfikowanie konstrukcji zgody dysponenta dobrem, tak aby było możliwe prawidłowe odczytywanie preferowanego przez ustawodawcę ujęcia zgody na płaszczyźnie faktycznej i normatywnej.

SUMMARY

The aim of the study is to explain the very concept of ‘consent’, its definition, conditions for its occurrence and constraints that do not let an actual state be qualified as consent incurring legal consequences. The use of the concept of consent in everyday life does not require a definition. The problem arises however when the instrument of everyday life is used to construct a legal solution, which implies the need to define such a concept so that it can be understood in the same way by the legislative, practitioners and entities obliged to comply with the law. The conclusions made in the Anglo-Saxon legal culture seem to be very interesting and so universal that based on them the instrument of consent is worth reconstructing. The objective of the study, apart from discussing the concept of consent, is to make conclusions *de lege ferenda*, which can or should be transparent in the Polish criminal law. Such an analysis leads to a conclusion that the use a victim’s consent in the system of criminal law should be given special prudence, regardless of the function assigned to it. It is also worth considering the codification of a victim’s consent so that it would be possible to properly understand consent interpretation that the legislature prefers on the practical and statutory level.

PRZEMYSŁAW SZUSTAKIEWICZ

PRZESŁANKI I PROCEDURA ZAKAZU ZGROMADZEŃ
W ŚWIETLE ORZECZNICTWA
SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

Prawo do publicznego i pokojowego manifestowania swoich poglądów jest fundamentalnym prawem politycznym, zagwarantowanym w art. 57 ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej¹. Wolność zgromadzeń jest nierozłącznie związana z demokracją i pluralizmem jako ustrojem politycznym, w którym wolni ludzie bez obaw mogą wspólnie przedstawiać swoje poglądy na sprawy publiczne i w ten sposób uczestniczyć w politycznej debacie. Bez możliwości nieskrępowanego prezentowania swoich poglądów nie istnieje demokracja. Demokracja nie składa się bowiem tylko z formalnych instytucji prawnych, takich jak parlament, czy wybory, ale przede wszystkim istnieje dzięki wolnościom politycznym, które zapewniają rzeczywisty udział wszystkich obywateli w sprawowaniu władzy. Wolności polityczne są zatem materialnym składnikiem ustroju demokratycznego i jeśli ich nie ma, to nie ma także demokracji². Stąd tak ważne jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania wolności politycznych, a wśród nich wolności zgromadzeń, czyli ograniczonych czasowo, niecyklicznych zebrań, gdzie w celu wspólnego manifestowania poglądów dotyczących spraw publicznych uczestniczy nieograniczona liczba zebranych osób fizycznych. Wolność zgromadzeń zatem polega na swobodzie organizowania publicznych spotkań osób i uczestniczenia w nich, bez względu na to, jaki jest cel spotkań. *Ratio legis* tej wolności stanowi swobodna możliwość gromadzenia się w celu zmanifestowania określonego stanowiska lub wyrażenia poglądów. W zgromadzeniu każdy może swobodnie uczestniczyć i wyrażać swoje poglądy.

Szczegółowe zasady postępowania w sprawach zgromadzeń zostały określone w ustawie z dnia 5 lipca 1990 r. Prawo o zgromadzeniach³. Przepisy Prawa o zgromadzeniach ustalają, iż podmiot, który chce zorganizować manifestację,

¹ Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² Takie stanowisko prezentuje np. A. Frankiewicz *Regulacja wolności wypowiedzi w polskim porządku prawnym*, (w:) *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, (red.) B. Banaszak, Warszawa 2002, s. 361 i nast.

³ Dz.U. Nr 51, poz. 297 ze zm.

nie potrzebuje na nią pozwolenia. Wystarczy samo zgłoszenie do właściwego organu gminy. Tak więc nie ma w polskim prawie „decyzji o zezwoleniu na zgromadzenie”. Ustawodawca nie wymaga zatem, aby organ administracji w formie jednostronnego rozstrzygnięcia zezwalał na odbycie się zgromadzenia. Jednak przepisy Prawa o zgromadzeniach przewidują w art. 8, że w sytuacji, gdy:

- cel zgromadzenia lub odbycie sprzeciwiają się zapisom Prawa o zgromadzeniach lub naruszają przepisy ustaw karnych;
- odbycie zgromadzenia może zagrażać życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach,

właściwy organ wydaje decyzje o zakazie zgromadzenia, czyli decyzje wydaje się wówczas, gdy administracja publiczna zabrania odbycia się zgromadzenia. Takie rozwiązanie służy temu, aby tak ważne rozstrzygnięcie było przedmiotem kontroli instancyjnej, a następnie sądowej.

Przepisy Prawa o zgromadzeniach przewidują szybszy, inny niż jest to określone w kodeksie postępowania administracyjnego, tryb rozpatrywania tego rodzaju spraw przez organy administracji. Decyzja o zakazie zgromadzenia powinna być doręczona organizatorowi w terminie 3 dni od dnia zawiadomienia, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowanym terminem rozpoczęcia zgromadzenia. Organizator zgromadzenia ma tylko trzy dni na złożenie odwołania do takiej decyzji. Odwołanie składa się do wojewody. Wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania decyzji. Decyzję wydaną w wyniku rozpatrzenia odwołania doręcza się organizatorowi w terminie 3 dni od dnia otrzymania odwołania. Decyzja wojewody może być przedmiotem skargi wniesionej bezpośrednio do sądu administracyjnego w terminie 3 dni od dnia doręczenia decyzji. Sąd wyznacza rozprawę nie później niż w terminie 7 dni od dnia wniesienia do niego skargi, chyba że zachodzą przeszkody formalne.

Przesłanki i procedura postępowania w sprawach związanych z zakazem zgromadzeń były przedmiotem szeregu orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Warto byłoby poddać analizie poglądy sądów administracyjnych na tak ważną kwestię, jaką jest zakaz zgromadzeń.

W okresie od 1 stycznia 2004 r. do listopada 2011 r., a więc od chwili, gdy zaczął funkcjonować obecny model dwuinstancyjnego sadownictwa administracyjnego, wojewódzkie sądy administracyjne oraz Naczelny Sąd Administracyjny wydały 41 orzeczeń dotyczących publicznych zgromadzeń, z czego było:

- 17 wyroków (tylko trzy wyroki wydał NSA),
- 24 postanowienia⁴.

Sprawy dotyczące zakazu zgromadzeń nie są zatem często przedmiotem orzeczeń sądów administracyjnych. W większości w tego rodzaju sprawach sądy administracyjne uchylały decyzje organów zakazujące zorganizowania zgromadzenia lub umarzające postępowania w sprawach, co – jak się wydaje – świadczy raczej

⁴ Dane zebrana na podstawie Sprawozdań z działalności sądów administracyjnych z lat 2004–2011.

o nieprzygotowaniu organów administracji publicznej do załatwiania tego rodzaju spraw. Tylko w trzech sprawach oddalono skargę.

W sprawach dotyczących zakazu zgromadzeń sądy administracyjne zgodnie przyjmują, iż wywodzące się z art. 57 Konstytucji prawo do zgromadzeń *stanowi szczególnie sposób wyrażania poglądów, przekazywania informacji i oddziaływania na postawy innych osób. Jest niezwykle ważnym środkiem komunikacji międzyludzkiej, zarówno w sferze publicznej jak i prywatnej, oraz formą uczestnictwa w debacie publicznej, a w konsekwencji – również w sprawowaniu władzy w demokratycznym społeczeństwie. Celem wolności zgromadzeń jest nie tylko zapewnienie autonomii i samorealizacji jednostki, ale również ochrona procesów komunikacji społecznej niezbędnych dla funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa. U jej podstaw znajduje się zatem nie tylko interes poszczególnych jednostek, ale również interes ogólnospołeczny. Wolność zgromadzeń stanowi konieczny element demokracji i warunkuje korzystanie z innych wolności i praw człowieka związanych ze sferą życia publicznego*⁵. Wskazano tu więc na materialne znaczenie wolności zgromadzeń wyrażające się przed wszystkim możliwością manifestowania swoich poglądów i wpływanie przez to na przebieg debaty publicznej, będącej podstawową formą wypracowania stanowisk w ustroju demokratycznym. Konstytucja daje ochronę prawu do zgromadzeń i ta wartość ma przewagę nad innymi, ponieważ wynika ona z natury demokracji, która bez tej możliwości wyrażania poglądów i przekonywania do nich innych nie może sprawnie funkcjonować.

Wychodząc z tak pojmowanej istoty prawa do zgromadzeń, sądy administracyjne zdecydowanie stoją na stanowisku, iż przesłanki wydania decyzji o zakazie zgromadzenia publicznego określone w art. 8 ustawy z dnia 5 lipca 1990 r. Prawo o zgromadzeniach powinny być interpretowane zawężająco. Podkreślił to szczególnie Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 25 maja 2006 r., sygn. akt I OSK 329/06 wskazując, że *w kontekście konstytucyjnej wolności organizowania pokojowych zgromadzeń (art. 57 Konstytucji RP) nie jest rolą ani organów administracji publicznej, ani sądów administracyjnych analizowanie nienaruszających przepisów obowiązującego prawa, haseł, idei i treści, którym służyć ma zgromadzenie przez pryzmat własnych przekonań moralnych osób działających w imieniu organu administracji, czy też sędziów zasiadających w składzie orzekającym Sądu, bądź też przekonań dominującej większości społeczeństwa. Dokonywanie bowiem takich zabiegów zniweczyłoby konstytucyjną wolność zgromadzeń, ponadto naruszałoby przepis art. 8 pkt 2 ustawy z dnia 5 lipca 1990 r. Prawo o zgromadzeniach*⁶. Wyrok ten został wydany w sprawie, w której Prezydent Poznania wydał decyzję o zakazie „Parady Równości”. NSA uznał, iż materialna istota prawa do zgromadzeń oznacza, że organ administracji publicznej orzekający w takiej sprawie nie może analizować wyrażanych poglądów ze swojego punktu widzenia, nawet jeśli ten

⁵ Wyrok NSA z dnia 6 czerwca 2010 r., sygn. akt I OSK 155/10, opublikowany w CBOSA.

⁶ OWSAiNSA 2007, Nr 2, poz. 45.

punkt widzenia jest podzielany przez znaczną część społeczeństwa. Wyrażane w trakcie manifestacji poglądy, idee i hasła należy rozpatrywać tylko w kontekście art. 8 Prawa o zgromadzeniach. Co więcej, jak podkreślono w wyroku WSA w Warszawie z dnia 5 października 2010 r., sygn. akt VII SA/Wa 1856/10 organ zakazujący zgromadzenia *nie ma też uprawnień, aby oceniać podane w zgłoszeniu cele, którym ma służyć zgromadzenie, jako cele pozorne i na tej podstawie odmawiać udzielenia zgody, gdyż taka ocena godzi wprost w istotę konstytucyjnie gwarantowanej wolności i prawa politycznego do organizowania i uczestniczenia w pokojowych zgromadzeniach*⁷. Wyrok ten dotyczył sprawy, w której organy wydały zakaz zgromadzenia osób protestujących przeciwko osadzaniu w zakładach karnych osób używających miękkich narkotyków, ponieważ uznał, iż zgromadzenie będzie przede wszystkim służyło blokowaniu ulic Warszawy. WSA w Warszawie wskazał w wyżej cytowanym wyroku, że niedopuszczalne jest badanie przez organy celu zgromadzenia i wskazywanie, że w istocie ten cel jest inny niż w zawiadomieniu.

Również za niedopuszczalne uznano w wyroku WSA w Poznaniu z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. akt IV SA/Po 440/04 *badanie właściwości osobistych organizatora zgromadzenia spełniającego wymogi z art. 3 ust. 1 cytowanej ustawy (Prawa o gromadzeniach), w szczególności odnoszenia się do kwestii karalności i innych okoliczności z życiorysu pod kątem oceny, czy organizator daje rękomię pokojowego przebiegu zgromadzenia*⁸. Ponadto za nieprawidłowe uznano w wyroku WSA w Gdańsku z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt III SA/Gd 68/11 postępowanie organów wydających zakaz na podstawie tego, że *użycie w zawiadomieniu obraźliwych sformułowań wobec konkretnych osób piastujących określone stanowiska państwowe i samorządowe naruszają moralność publiczną i wolność innych osób. W uzasadnieniu decyzji – bez odniesienia się do normatywnej treści – wskazano również, że „wielokrotne pomówienia i oszczerstwa” naruszają przepisy art. 212 § 1, art. 216 § 1 i art. 226 § 1 i 3 ustawy – Kodeks karny. Należy jednakże zwrócić uwagę, że prawo do organizowania pokojowych zgromadzeń obejmuje swym zakresem m.in. możliwość wyrażenia niezadowolenia z poglądów czy zachowań władz państwowych czy samorządowych. Innymi słowy, dezaprobata dla określonych poczynań osób piastujących władzę jest bardzo często przedmiotem zgromadzeń publicznych w trakcie których uczestnicy zgromadzenia wyrażają swoje poglądy w danej materii. W tym kontekście należy wskazać, że Prezydent Miasta nie uzasadnił w sposób przekonujący związku treści zawartych w zawiadomieniu i potencjalnie możliwych do wyrażenia w trakcie zgromadzenia z realnym naruszeniem wskazywanych norm prawno-karnych*⁹. Orzeczenia te wskazują, że sądy administracyjne przyjmują, że nie można zakazywać zgromadzenia na podstawie danych nieodnoszących się bezpośrednio

⁷ Opublikowany w CBOSA.

⁸ Opublikowany w CBOSA.

⁹ Opublikowany w CBOSA.

nio do przesłanek określonych w art. 8 Prawa o zgromadzeniach. Natomiast samo przewidywanie przebiegu zgromadzenia na podstawie cech osobistych lub dotychczasowego życia organizatora nie może być samodzielną podstawą decyzji o zakazie zgromadzenia.

Zdaniem sądów administracyjnych, sposób zredagowania art. 8 Prawa o zgromadzeniach powoduje, iż w wypadku wydania decyzji o zakazie zorganizowania zgromadzenia organy powinny wskazać konkretne okoliczności uniemożliwiające odbycie zgromadzenia. *Ogólne odwołanie się organów do wprowadzonego na terenie Głównego Miasta obszaru ograniczonego ruchu nie stanowi zdaniem sądu, wystarczającej przesłanki do wydania decyzji o zakazie zgromadzenia* (wyrok z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt III SA/Gd 218/11). Tak więc w decyzji o zakazanie zorganizowania zgromadzenia należy w sposób jednoznaczny wykazać, której z wartości ww. przepisu zagraża zgromadzenie, ponieważ *obowiązkiem organów administracji publicznej jest nie tylko sformułowanie przypuszczeń, co do ewentualnych zagrożeń wynikających z planowanego zgromadzenia, lecz wskazanie i wnikliwa identyfikacja negatywnych aspektów zgromadzenia na tle konkretnych okoliczności sprawy* (wyrok z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt III SA/Gd 68/11). Podkreślono to również w jedynym wyroku sądu administracyjnego, w którym oddalono skargę na decyzję o zakazie zorganizowania zgromadzenia. W tej sprawie organizatorzy chcieli zorganizować manifestację na przejściu dla pieszych. WSA w Warszawie w wyroku z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt VIII SA/Wa 78/0911 podniósł, iż *manifestacja na przejściu dla pieszych powodować będzie tamowanie, utrudnianie ruchu na drodze publicznej i w strefie zamieszkania, co stanowi naruszenie art. 90 kodeksu wykroczeń (t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 109, poz. 756) i art. 86 poprzez spowodowanie zagrożenia bezpieczeństwa w ruchu drogowym, o którym mowa w art. 86 kw oraz art. 14 pkt 3 ustawy prawo o ruchu drogowym (t.j. Dz. U. z 2005 r., Nr 108, poz. 906) w myśl którego zabrania się zwalniania kroku lub zatrzymywania się bez uzasadnionej potrzeby podczas przechodzenia przez jezdnię. Dla powyższej oceny znaczenie ma też dzień na jaki wyznaczono manifestację, bowiem termin ten pokrywa się z pierwszym dniem wyjazdów na ferie zimowe między innymi w województwie [...] oraz terminem wzmózonych wyjazdów na zawody Pucharu Świata w skokach narciarskich. Wniosek, iż organizowanie manifestacji w tak ruchliwym miejscu, w czasie wzmózonego natężenia ruchu z przyczyn wskazanych wyżej, na przejściu dla pieszych może zagrażać zdrowiu lub życiu ludzi albo mieniu w znacznym rozmiarze jest w ocenie Sądu zasadny tak jak i wniosek, iż odbycie manifestacji naruszy w/w przepisy kodeksu wykroczeń*¹⁰. Sąd wskazał, iż aby zakaz zgromadzenia był skuteczny powinny wystąpić łącznie dwa elementy: konkretny przepis prawa karnego, który naruszyliby uczestnicy manifestacji i przewidywane zachowania uczestników zgromadzenia, które w konkretny sposób godziłyby w dobra, o których mowa w art. 8 Prawa o zgromadzeniach. Wskazanie zatem oczywistych,

¹⁰ Opublikowany w CBOSA.

wynikających z samego wniosku zachowań uczestników zgromadzenia, które wypełniają znamiona wykroczenia lub przestępstwa, będzie podstawą wydania zakazu zorganizowania zgromadzenia.

Zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego bądź mienia w znacznych rozmiarach muszą odnosić się tylko do zachowania organizatorów lub uczestników samego zgromadzenia. Nie można zakazać zorganizowania zgromadzenia z tego powodu, że jego uczestnicy mogą wzbudzać agresję osób nieuczestniczących w zgromadzeniu. Taką tezę postawił WSA w Poznaniu w wyroku z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. akt IV SA/Po 983/05¹¹, a stanowisko to zostało podtrzymane we wspomnianym już wyroku NSA z dnia 25 maja 2006 r., sygn. akt I OSK 329/06. W wyroku tym podkreślono, przywołując wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 stycznia 2006 r., sygn. akt K 21/05¹², iż *na władzy publicznej ciąży obowiązek zapewnienia ochrony demonstracji i to bez względu na stopień jej kontrowersyjności, pod warunkiem, że nieprzekroczone zostają granice zakazu głoszenia określonych poglądów. Trybunał stwierdził także, iż kontrdemonstracje nie mogą ograniczać prawa do demonstracji, a władza publiczna ma obowiązek zapewnienia ochrony każdemu, kto w sposób legalny korzysta ze swego prawa, a zatem zadaniem władz publicznych jest takie zabezpieczenie manifestacji i ewentualnej kontrmanifestacji, aby nie doszło do zamieszek. Zabezpieczenie to nie może polegać na zakazie jednej lub wszystkich manifestacji, ale na takiej organizacji prac służb porządkowych, aby nie doszło do zagrożeń, o których mowa w art. 8 Prawa o zgromadzeniach.*

Zdecydowanie, zdaniem sądów administracyjnych, nie należą do takich zagrożeń utrudnienia komunikacyjne spowodowane przez zgromadzenie (wyrok z dnia 5 października 2010 r., sygn. akt VII SA/Wa 1856/10, wyrok z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt III SA/Gd 218/11, wyrok z dnia 5 stycznia 2011 r., sygn. akt I OSK 1907/10), czy też fakt, iż uczestnicy zgromadzenia będą się na nim poruszali za pomocą pojazdów (wyrok z dnia 20 listopada 2009 r., sygn. akt IV SA/Po 888/09, wyrok z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt III SA/Gd 218/11).

Specjalny tryb postępowania w sprawach związanych z organizacją zgromadzeń wskazuje, iż ustawodawca chciał, aby postępowanie w takich sprawach odbywało się szybko. Dlatego też zarówno organizatorzy zgromadzeń, jak i organy oraz sądy orzekające w tego typu sprawach powinny szybciej niż jest to przewidziane w przepisach k.p.a. podejmować czynności procesowe. Wychodząc z takiego założenia, WSA w Gdańsku w wyroku z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt III SAB/Gd 12/11¹³ dotyczącym bezczynności organu II instancji w zakresie rozpatrzenia odwołania od decyzji o zakazie zorganizowania zgromadzenia uznał, iż skarga do sądu administracyjnego nie wymaga uprzedniego wniesienia zażalenia na

¹¹ Opublikowany w LexPolonica nr 1097709.

¹² OTK ZU rok 2006 z. 1A poz. 4.

¹³ Opublikowany w CBOSA.

bezczyność do organu wyższego stopnia. Sąd wywiódł taki pogląd z przepisów Prawa o zgromadzeniach, które – jego zdaniem – przewidują specjalny tryb postępowania mający na celu jak najszybsze rozpatrzenie sprawy. Rozwiązanie takie jest słuszne, gdyby żądać w przypadku bezczynności organu w zakresie wydania decyzji o zakazie zgromadzenia dokonania dodatkowych czynności procesowych wówczas przedłużyłoby to postępowanie, co stoi w sprzeczności z rozwiązaniami Prawa o zgromadzeniach zmierzającymi do tego, aby organizator zgromadzenia jak najszybciej poznał rozstrzygnięcie organu administracji.

W orzecznictwie sądów administracyjnych dotyczącym decyzji o zakazie zgromadzenia budzi pewne wątpliwości kwestia charakteru decyzji wydanej przez wojewodę o umorzeniu postępowania w sprawie zakazu zgromadzenia w sytuacji, gdy termin planowanego zgromadzenia już minął.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 listopada 2009 r., sygn. akt IV SA/Po 888/09 uznał, iż w opisanej sytuacji organ II instancji może umorzyć postępowanie, a bezprzedmiotowość polega na tym, że nie można rozstrzygać o sprawie, w której odpadł jeden z konstytucyjnych elementów sprawy, jakim jest jej termin. Stanowisko to zostało zaaprobowane w wyroku NSA z dnia 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt I OSK 155/10.

Inne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt III SA/Gd III SA/Gd 68/11 uznając, że mimo upływu terminu planowanego zgromadzenia *skarżący (...) miał pełne prawo domagać się merytorycznej oceny legalności decyzji pierwszoinstancyjnej (niezależnie od wadliwości w jej doręczeniu w świetle art. 9 ust. 1 ustawy – Prawo o zgromadzeniach) w toku prowadzonego postępowania administracyjnego. Odmienne zapatrywanie w tej kwestii prowadziłyby bowiem do oczywistej sprzeczności z dyspozycją art. 9 ust. 4 ustawy – Prawo o zgromadzeniach jak i swego rodzaju iluzoryczności zagwarantowanego w Konstytucji RP prawa do organizowania pokojowych zgromadzeń. Nadto zwalnianie organu odwoławczego z przeprowadzenia – w takich przypadkach – merytorycznej oceny decyzji organu I instancji mogłoby skłaniać te ostatnie do zamierzonego nieprzestrzegania terminów wymienionych w ustawie o zgromadzeniach i unikaniu w efekcie tego kontroli instancyjnej. W tym orzeczeniu podniesiono, iż z istoty konstytucyjnego prawa do wyrażania swoich poglądów poprzez zgromadzenia wynika również prawo rozpatrzenia merytorycznego sprawy wniesionej przez organizatora, który powinien mieć pewność co do tego, iż jego sprawa dotycząca ważnych z punktu widzenia funkcjonowania demokracji zagadnień była merytorycznie rozpatrzona. Nadto sąd zwrócił uwagę na praktyczne aspekty kwestii umorzenia postępowania, bowiem sytuacja, w której zawsze upływ terminu powoduje, że organ nie wydaje merytorycznego rozstrzygnięcia, mogłaby prowadzić do celowego „przeciągania” postępowanie właśnie po to, aby uniknąć odpowiedzialności za merytoryczne rozstrzygnięcie. Stanowisko WSA w Gdańsku – moim zdaniem – w pełni zasługuje na aprobatę. Prawo do zgromadzeń jest bardzo ważną wolnością polityczną, która wpływa na realny kształt*

ustroju demokratycznego, dlatego tam, gdzie administracja publiczna poprzez zakaz zgromadzenia pozbawia pewną grupę obywateli tego prawa, nie może ona uciekać przed odpowiedzialnością za podjęte przez siebie rozstrzygnięcie.

Przeгляд orzecznictwa sądów administracyjnych dotyczącego decyzji o zakazie zgromadzeń wskazuje, iż poprzez zawężenie rozumienia przesłanek art. 8 Prawa o zgromadzeniach, do tych, które odnoszą się tylko samego zgromadzenia, wojewódzkie sądy administracyjne i NSA hamują działalność organów administracji polegającą na faktycznym ograniczeniu wolności zgromadzeń. Nadto interpretacja przepisów dotyczących postępowania w sprawach zakazu zgromadzeń zmierza do tego, aby uniemożliwić organom administracji uchylania się od merytorycznego rozpatrywania tego rodzaju spraw. Takie działanie sądów administracyjnych świadczy o tym, iż są one ważnym elementem ochrony wolności zgromadzeń, a przez to także sprawnego funkcjonowania ustroju demokratycznego w Polsce.

STRESZCZENIE

Szczegółowe zasady postępowania w sprawach zgromadzeń zostały określone w ustawie z dnia 5 lipca 1990 r. Prawo o zgromadzeniach, które w art. 8 określa przesłanki decyzji o zakazie zgromadzenia. Taką decyzję organ administracji może wydać, gdy: cel zgromadzenia lub odbycie sprzeciwiają się zapisom Prawa o zgromadzeniach lub naruszają przepisy ustaw karnych albo odbycie zgromadzenia może zagrażać życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach. Decyzje organów administracji zakazujące odbycia się zgromadzenia podlegają kontroli sądów administracyjnych.

Przeгляд orzecznictwa sądów administracyjnych dotyczącego decyzji o zakazie zgromadzeń wskazuje, iż poprzez zawężenie rozumienia przesłanek art. 8 Prawa o zgromadzeniach do tych, które odnoszą się tylko samego zgromadzenia, wojewódzkie sądy administracyjne i NSA hamują działalność organów administracji polegającą na faktycznym ograniczeniu wolności zgromadzeń. Nadto interpretacja przepisów dotyczących postępowania w sprawach zakazu zgromadzeń zmierza do tego, aby uniemożliwić organom administracji uchylania się od merytorycznego rozpatrywania tego rodzaju spraw. Takie działanie sądów administracyjnych świadczy o tym, iż są one ważnym elementem ochrony wolności zgromadzeń, a przez to także sprawnego funkcjonowania ustroju demokratycznego w Polsce.

SUMMARY

The detailed principles of proceeding regarding assembly-related matters were defined in the Act on the Right to Hold Meetings of 5 July 1990, which determines the conditions for the decision on the prohibition of an assembly in Article 8. An administrative organ can issue such a decision if the objective of an assembly or holding it

does not comply with the Act on the Right to Hold Meetings, or it breaks provisions of criminal law, or it creates hazard to the life or health of people or to the property of a considerable value. The decisions to prohibit an assembly made by an organ of public administration are subject to control of administrative courts.

The review of administrative courts decisions regarding the prohibition of an assembly shows that by streamlining the interpretation of the rationale of Article 8 of the Act on the Right to Hold Meetings to those that apply only to an assembly itself, regional administrative courts and the Supreme Administrative Court inhibit the activities of the organs of public administration aimed at limiting the freedom to hold meetings. Moreover, the interpretation of the provisions regarding the proceeding in case of prohibition of an assembly is aimed at preventing the evasion of substantive consideration of such matters by the organs of public administration. Such activities of administrative courts demonstrate that they are an important element of the protection of the freedom to hold meetings and also of the proper functioning of a democratic political system in Poland.

MATEUSZ KACZOCHA



INSTYTUCJA GOSPODARKI BUDŻETOWEJ JAKO NOWA FORMA ORGANIZACYJNO-PRAWNA JEDNOSTKI SEKTORA FINANSÓW PUBLICZNYCH

1. Wstęp

Instytucja gospodarki budżetowej jest jedną z nowych form organizacyjno-prawnych jednostek sektora finansów publicznych, wprowadzonych ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o finansach publicznych”. Zasadniczym celem ustanowienia instytucji gospodarki budżetowej jako nowej formy jednostki sektora finansów publicznych było umożliwienie wykonywania w tej formie organizacyjnej zadań publicznych realizowanych dotychczas przez zakłady budżetowe lub gospodarstwa pomocnicze¹. W tym miejscu podkreślić należy, iż na mocy art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1241, z późn. zm.), z dniem 31 grudnia 2010 r. zakończeniu uległa likwidacja państwowych zakładów budżetowych oraz gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych. Likwidacja tych podmiotów podyktowana była przede wszystkim zwiększeniem przejrzystości sektora finansów publicznych. W celu zaś zapełnienia luki po zlikwidowanych zakładach budżetowych i gospodarstwach pomocniczych ustawodawca ustanowił nową formę organizacyjno-prawną jednostki sektora finansów publicznych – instytucję gospodarki budżetowej². W art. 23 ust. 1 ustawy o finansach publicznych została zawarta definicja legalna „instytucji gospodarki budżetowej, w świetle której jest to jednostka sektora finansów publicznych tworzona w celu realizacji zadań publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania oraz pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przycho-

¹ Na etapie prac legislacyjnych nad ówczesnym projektem ustawy o finansach publicznych podnoszono, iż ta forma organizacyjno – prawna mogłaby zostać wykorzystana w celu przekształcenia w nią np. gospodarstw pomocniczych przy Ochotniczych Hufcach Pracy – por. uzasadnienie do projektu ustawy o finansach publicznych (druk nr 1188), VI kadencja Sejmu RP.

² K. Sawicka, *Formy prawno-organizacyjne jednostek sektora finansów publicznych*, (w:) *System prawa finansowego*, t. II, (red.) E. Ruśkowski, Warszawa 2010, s. 63.

dów. Jednocześnie ustawodawca przyjął, iż instytucja gospodarki budżetowej uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania jej do Krajowego Rejestru Sądowego. W związku z tym instytucja gospodarki budżetowej jest podmiotem wyposażonym w osobowość prawną, którego działalność opiera się co do zasady na samofinansowaniu przypisanych mu zadań publicznych³. W doktrynie prawa finansowego trafnie podnosi się przy tym, że instytucje gospodarki budżetowej, pomimo że są nową formą organizacyjno-prawną jednostek sektora finansów publicznych, przypominają częściowo ówczesne państwowe zakłady budżetowe. Instytucje te tworzy się bowiem w celu wykonywania wyodrębnionych zadań publicznych, ich działalność ma charakter odpłatny, a ponadto organami założycielskim instytucji mogą być organy administracji rządowej⁴. Niemniej jednak występują też zasadnicze różnice między instytucjami gospodarki budżetowej a zakładami budżetowymi. Taką różnicą jest choćby ich status prawny. Ustawodawca wyposażył bowiem instytucje w osobowość prawną, natomiast zlikwidowane zakłady budżetowe były jednostkami organizacyjnymi, nieposiadającymi osobowości prawnej.

2. Sposoby tworzenia instytucji gospodarki budżetowej

Podmioty upoważnione do tworzenia instytucji gospodarki budżetowej określa art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym instytucja może być tworzona przez:

- 1) ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek;
- 2) organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2, jako organ wykonujący funkcje organu założycielskiego.

Powołany przepis określa zatem dwa sposoby tworzenia instytucji gospodarki budżetowej. Pierwszy odbywa się pod nadzorem Rady Ministrów, kiedy instytucja gospodarki budżetowej tworzona jest przez określonego ministra albo Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek⁵. Niezbędne elementy takiego wniosku określa art. 23 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, który stanowi, że w dokumencie takim minister lub Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów określa:

- 1) organ administracji rządowej wykonujący funkcje organu założycielskiego,
- 2) przedmiot działalności podstawowej,
- 3) źródła przychodów,
- 4) przeznaczenie zysku.

³ Ibidem, s. 63.

⁴ C. Kosikowski, *Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Nowa ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010 r.

⁵ K. Sawicka, *Formy prawno-organizacyjne...*, s. 63

Przedmiotowy wniosek jako projekt dokumentu rządowego podlega uzgodnieniom międzyresortowym, następnie jest rozpatrywany przez Stały Komitet Rady Ministrów, a na samym końcu trafia pod obrady Rady Ministrów. Przyjęcie takiego wniosku przez Radę Ministrów oznacza, iż wyraża ona zgodę na utworzenie instytucji gospodarki budżetowej.

Drugi sposób tworzenia instytucji gospodarki budżetowej charakteryzuje się tym, że zgoda Rady Ministrów na utworzenie instytucji nie jest konieczna i dotyczy przypadków, kiedy instytucję gospodarki budżetowej tworzy organ lub kierownik jednostki, która dysponuje tzw. autonomią budżetową – art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Organy działające w tym trybie realizują funkcję organu założycielskiego i na nich ciąży obowiązek w postaci poinformowania Prezesa Rady Ministrów o utworzeniu instytucji⁶.

Przepis art. 23 ust. 2 ani żaden inny ustawy o finansach publicznych nie określa wyraźnie formy, w jakiej minister, Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (po uzyskaniu zgody Rady Ministrów) bądź organ lub kierownik jednostki, o której mowa w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, tworzą instytucję gospodarki budżetowej. Stąd też należy przyjąć, że organy te tworzą instytucje gospodarki budżetowej poprzez wydanie zarządzenia, względnie decyzji⁷. Po utworzeniu instytucji gospodarki budżetowej minister, Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów bądź organ lub kierownik powyższej jednostki mają obowiązek poinformować o tym fakcie Prezesa Rady Ministrów (art. 23 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

Na końcu warto też wspomnieć o trzecim sposobie powstawania instytucji gospodarki budżetowej, który polega na przekształceniu gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych w instytucje gospodarki budżetowej. Tryb ten ma charakter szczególny (uproszczony), a jego podstawowym celem jest konieczność zapewnienia ciągłości realizacji zadań publicznych w sferze sektora rządowego⁸. Został on szczegółowo unormowany w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 21 września 2010 r. w sprawie sposobu i trybu przekształcenia gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych w instytucje gospodarki budżetowej (Dz.U. Nr 181, poz. 1217), wydanym na podstawie upoważnienia zawartego w art. 116 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych. Zarządzenie o utworzeniu instytucji gospodarki budżetowej przez przekształcenie gospodarstwa pomocniczego wydaje minister lub Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, po uzyskaniu zgody Rady Ministrów albo organ lub kierownik jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach

⁶ Ibidem, s. 63.

⁷ Analogicznie C. Kosikowski, *Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...*, Warszawa 2010.

⁸ L. Lipiec-Warzecha, *Komentarz do art. 116 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych*, LEX/el. 2010.

publicznych. W zarządzeniu tym wskazuje się w szczególności gospodarstwo pomocnicze podlegające przekształceniu oraz zadania publiczne podlegające przejęciu (§ 2 ww. rozporządzenia). Przekształcenie gospodarstwa pomocniczego w instytucję gospodarki budżetowej następuje z chwilą wpisania instytucji gospodarki budżetowej do Krajowego Rejestru Sądowego. Instytucja gospodarki budżetowej przejmuje przysługujące gospodarstwu pomocniczemu przed jego przekształceniem należności, uprawnienia, obowiązki, środki pieniężne oraz rzeczowe składniki majątkowe inne niż nieruchomości. Instytucja gospodarki budżetowej pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń lub koncesji, które zostały przyznane na rzecz gospodarstwa pomocniczego przed jego przekształceniem, chyba że odrębne przepisy lub decyzja o udzieleniu zezwolenia lub koncesji stanowią inaczej (§ 4 ust. 1 rozporządzenia). Dodać przy tym trzeba, iż obecnie ze względu na fakt, iż z dniem 31 grudnia 2010 r. zakończeniu uległa likwidacja państwowych zakładów budżetowych oraz gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych, tryb powstawania instytucji gospodarki budżetowej, o którym mowa w przedmiotowym rozporządzeniu, nie odgrywa istotnego znaczenia.

3. Gospodarka finansowa instytucji gospodarki budżetowej

Instytucja gospodarki budżetowej prowadzi swoją gospodarkę finansową na podstawie rocznego planu finansowego, którego zakres określa art. 24 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z tym przepisem plan finansowy instytucji gospodarki budżetowej zawiera:

- 1) przychody z prowadzonej działalności;
- 2) dotacje z budżetu państwa;
- 3) zestawienie kosztów:
 - a) funkcjonowania instytucji gospodarki budżetowej,
 - b) realizacji wyodrębnionych zadań z wyszczególnieniem wynagrodzeń i składek od nich naliczanych, płatności odsetkowych wynikających z zaciągniętych zobowiązań oraz zakupu towarów i usług;
- 4) środki na wydatki majątkowe;
- 5) wynik finansowy;
- 6) stan należności i zobowiązań na początek i koniec roku;
- 7) stan środków pieniężnych na początek i koniec roku.

Koszty instytucji gospodarki budżetowej mogą być ponoszone tylko w ramach posiadanych środków finansowych obejmujących uzyskane przychody oraz środki z poprzedniego okresu (art. 24 ust. 3 ustawy o finansach publicznych). Zauważyć przy tym należy, iż w regulacji tej ustawodawca posłużył się wyrazem „tylko”, co w praktyce oznacza, że powinna być ona interpretowana literalnie, ścieśniająco, bez możliwości stosowania wykładni rozszerzającej. Wobec tego stwierdzić

trzeba, że prawodawca – w przypadku instytucji gospodarki budżetowej – nie przewidział możliwości zaistnienia stanu nierównowagi finansowej⁹.

Podkreślić też należy, iż ustawa o finansach publicznych dopuszcza możliwość dokonania zmian w planie finansowym instytucji gospodarki budżetowej. Warunki dokonania tych zmian określa art. 24 ust. 5 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym w planie finansowym instytucji gospodarki budżetowej mogą być dokonywane zmiany przychodów i kosztów w trakcie roku budżetowego po uzyskaniu zgody organu wykonującego funkcje organu założycielskiego, z tym że nie mogą one spowodować zwiększenia dotacji z budżetu państwa i pogorszenia planowanego wyniku finansowego. O dokonanych zmianach należy niezwłocznie powiadomić Ministra Finansów. Z przepisu tego wynika zatem, że dopuszczalne jest dokonanie zmian w planie finansowym instytucji gospodarki budżetowej, jeżeli zostaną kumulatywnie spełnione dwa warunki, tj. po pierwsze, organ wykonujący funkcje organu założycielskiego wyrazi na to zgodę, a po drugie, zmiany te nie spowodują zwiększenia dotacji z budżetu państwa i pogorszenia planowanego wyniku finansowego. Użycie przez prawodawcę koniunkcji w redakcji drugiego warunku oznacza, że możliwa wydaje się zmiana planu finansowego, nieskutkująca wprowadzeniem zwiększeniem dotacji z budżetu, lecz za to powodująca pogorszenie planowanego wyniku finansowego¹⁰.

W literaturze prawa finansowego trafnie podkreśla się, że ustawa o finansach publicznych nie wskazuje wyraźnie na możliwość zaciągania przez instytucje gospodarki budżetowej pożyczek i kredytów. Tymczasem ze względu na posiadanie przez instytucję osobowości prawnej i wyposażenia ją w wyodrębniony majątek Skarbu Państwa takie rozwiązanie nie powinno być kwestionowane¹¹.

Z art. 24 ust. 1 ustawy o finansach publicznych wynika, że instytucja gospodarki budżetowej może otrzymywać dotacje¹² z budżetu państwa na realizację zadań publicznych, jeżeli odrębne ustawy tak stanowią. Stąd też można wysnuć wniosek, iż podstawą prawną przyznania instytucji gospodarki budżetowej dotacji na realizację zadań publicznych może być wyjątkowo przepis zawarty w ustawie szczególnej (odrębnej) względem ustawy o finansach publicznych. *Ratio legis* takiego rozwiązania jest podyktowane ideą samofinansowania powierzonych instytucji zadań publicznych.

⁹ C. Kosikowski, *Komentarz do art. 24 ustawy z dnia 27 sierpnia 2008 r. o finansach publicznych...*, Warszawa 2010 r.

¹⁰ L. Lipiec-Warzecha, *Komentarz do art. 24 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych*, (w:) *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011 r.

¹¹ C. Kosikowski, *Komentarz do art. 24 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...*, Warszawa 2010 r.

¹² Dotacje są to podlegające szczególnym zasadom rozliczania środki z budżetu państwa, budżetu jednostek samorządu terytorialnego oraz z państwowych funduszy celowych przeznaczone na podstawie niniejszej ustawy, odrębnych ustaw lub umów międzynarodowych, na finansowanie lub dofinansowanie realizacji zadań publicznych (art. 126 ustawy o finansach publicznych).

Należy jednak podkreślić, że oprócz dotacji, które mogą być przyznane instytucji gospodarki budżetowej na podstawie odrębnych unormowań, ustawodawca przewidział również możliwość przyznania instytucji gospodarki budżetowej określonych dotacji na podstawie przepisów ustawy o finansach publicznych. I tak nowo tworzonej instytucji gospodarki budżetowej może być przyznana jednorazowa dotacja na pierwsze wyposażenie w środki obrotowe (art. 24 ust. 4 ustawy o finansach publicznych). Ponadto z budżetu państwa mogą być udzielane dotacje celowe na finansowanie lub dofinansowanie kosztów realizacji inwestycji instytucji gospodarki budżetowej (art. 132 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych).

Na marginesie należy też podnieść, iż brak jest unormowania, które limitowałoby wysokość dofinansowania instytucji gospodarki budżetowej dotacjami z budżetu państwa.

Instytucja gospodarki budżetowej samodzielnie gospodaruje mieniem, kierując się zasadą efektywności jego wykorzystania. Ogólnosystemową definicję mienia zawiera art. 44 kodeksu cywilnego, który stanowi, że mieniem jest własność i inne prawa majątkowe. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że mienie jest pojęciem ogólnym oznaczającym ogół praw majątkowych, zwłaszcza prawo własności i inne prawa rzeczowe występujące w kodeksie cywilnym (np. prawa rzeczowe ograniczone) i poza kodeksem (np. współwłasność uczestników wspólnoty mieszkaniowej). Są to również takie prawa podmiotowe majątkowe, jak wierzytelności (prawa względne) oraz prawa osobiste o charakterze majątkowym (np. prawo do wynagrodzenia) i prawa majątkowe na dobrach niematerialnych (np. majątkowe prawa autorskie, prawa majątkowe z patentu i inne z zakresu własności przemysłowej)¹³. W tym kontekście podnieść trzeba, iż w ustawie o finansach publicznych ustawodawca określił składniki mienia instytucji gospodarki budżetowej. Zgodnie bowiem z art. 28 ust. 2 tej ustawy na mienie instytucji gospodarki budżetowej mogą składać się przeniesione na własność nieruchomości, mienie stanowiące wyposażenie przekazane przez organ wykonujący funkcje organu założycielskiego w formie użyczenia, a także mienie nabyte z własnych środków. Przepis ten w sposób enumeratywny wymienia składniki mienia instytucji gospodarki budżetowej. Tymczasem wydaje się, że w regulacji tej ustawodawca powinien jedynie w sposób przykładowy wymienić składniki mienia instytucji, ponieważ w pojęciu mienia należącego do instytucji gospodarki budżetowej nie uwzględniono m.in. jej środków finansowych.

Zgodnie z art. 28 ust. 4 zd. pierwsze ustawy o finansach publicznych instytucja gospodarki budżetowej może zbywać środki trwałe, tj. rzeczowe aktywa trwałe i zrównane z nimi, o przewidywanym okresie ekonomicznej użyteczności dłuższym niż rok, kompletne, zdatne do użytku i przeznaczone na potrzeby jednostki.

¹³ *Komentarz do art. 44 kodeksu cywilnego*, (w:) B. Giesen, W.J. Katner, P. Księżak, B. Lewaszewicz-Petrykowska, R. Majda, E. Michniewicz-Broda, T. Pajor, U. Promińska, M. Pyziak-Szafnicka, W. Robaczyński, M. Serwach, Z. Świdorski, M. Wojewoda, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, LEX 2009.

Zalicza się do nich w szczególności nieruchomości, w tym grunty, prawo użytkowania wieczystego gruntu, budowle i budynki, a także będące odrębną własnością lokale, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu mieszkalnego oraz spółdzielcze prawo do lokalu użytkowego, maszyny, urządzenia, środki transportu i inne rzeczy, ulepszenia w obcych środkach trwałych, a także inwentarz żywy – art. 3 pkt 15 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1223, z późn. zm.). Zbycie (najem, dzierżawa, użyczenie) aktywów może nastąpić wyłącznie na zasadach określonych przez organ wykonujący funkcje organu założycielskiego, z uwzględnieniem przepisów o gospodarce nieruchomościami (art. 28 ust. 4 zd. drugie ustawy o finansach publicznych). Zauważyć przy tym trzeba, że prawodawca nie określił formy prawnej, w jakiej zasady te ustanawia organ wykonujący funkcje organu założycielskiego. Dopuszczalne jest zatem określenie tych zasad w statucie instytucji gospodarki budżetowej¹⁴, gdyż art. 26 ust. 2 ustawy o finansach publicznych jedynie przykładowo (zwrot „w szczególności”) wymienia elementy statutu. Ponadto jest możliwe określenie przedmiotowych zasad w zarządzeniu bądź decyzji organu wykonującego funkcje organu założycielskiego¹⁵.

Wartość majątku instytucji gospodarki budżetowej odzwierciedla fundusz instytucji gospodarki budżetowej. Fundusz instytucji gospodarki budżetowej zwiększa się lub zmniejsza o kwotę zmian wartości majątku będących skutkiem: aktualizacji wyceny środków trwałych na podstawie odrębnych przepisów, nieodpłatnego przekazania lub otrzymania środków trwałych, wartości niematerialnych i prawnych, a także łączenia i podziału instytucji gospodarki budżetowej na podstawie bilansów zamknięcia dzielonych lub łączonych jednostek. Dodatkowo fundusz instytucji gospodarki budżetowej zwiększa się o zysk pozostający w dyspozycji instytucji oraz środki z innych źródeł (art. 28 ust. 5–7 ustawy o finansach publicznych).

Podsumowując, należy wskazać, iż ustawa o finansach publicznych zawiera ogólne regulacje dotyczące zasad gospodarki finansowej instytucji gospodarki budżetowej. Szczegółowe rozwiązania w zakresie funkcjonowania instytucji gospodarki budżetowej można natomiast odnaleźć w licznych aktach wykonawczych do ustawy o finansach publicznych, dotyczących jednostek sektora finansów publicznych, w tym instytucji gospodarki budżetowej¹⁶.

¹⁴ Rozwiązanie takie zastosowano m.in. w statucie Podkarpackiej Instytucji Gospodarki Budżetowej CARPATIA, stanowiącym załącznik do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2010 r. w sprawie utworzenia Podkarpackiej Instytucji Gospodarki Budżetowej CARPATIA (Dz.Urz. Min. Sprawiedl. Nr 13, poz. 161).

¹⁵ Zob. zarządzenie Ministra Zdrowia z dnia 13 kwietnia 2011 r. w sprawie określenia zasad zbycia, najmu, dzierżawy oraz użyczenia aktywów instytucji gospodarki budżetowej, dla której funkcje organu założycielskiego pełni minister właściwy do spraw zdrowia (Dz.Urz. MZ Nr 4, poz. 40).

¹⁶ Np. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 lutego 2010 r. w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz.U. Nr 20, poz. 103) oraz rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 4 marca 2010 r. w sprawie

4. Organizacja i organy instytucji gospodarki budżetowej

Instytucja gospodarki budżetowej działa na podstawie statutu nadanego przez organ wykonujący funkcje organu założycielskiego. Podstawowe, obligatoryjne elementy statutu określa art. 26 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z tym przepisem statut instytucji gospodarki budżetowej określa w szczególności nazwę i siedzibę tej instytucji, przedmiot działalności podstawowej instytucji, źródła uzyskiwania przychodów instytucji, tryb i zasady dokonywania zmian w statucie instytucji, stan wyposażenia w środki obrotowe oraz składniki majątkowe przekazane instytucji, a także zasady prowadzenia działalności innej niż podstawowa, jeżeli ta instytucja będzie prowadzić taką działalność. Jak już wcześniej zauważono, katalog elementów, jakie powinien zawierać statut, ma charakter otwarty. Wobec tego dopuszczalne jest unormowanie w statucie także innych kwestii związanych z działalnością instytucji gospodarki budżetowej, które nie są wyraźnie wymienione w art. 26 ust. 2 ustawy o finansach publicznych.

Drugim, ważnym aktem wewnętrznym instytucji gospodarki budżetowej jest regulamin organizacyjny nadawany przez dyrektora instytucji gospodarki budżetowej. Dokument ten reguluje organizację wewnętrzną instytucji gospodarki budżetowej (por. art. 26 ust. 3 ustawy o finansach publicznych). Warto podkreślić, iż ustawodawca nie wymienił wyraźnie w jednym przepisie elementów, jakie powinny znaleźć się w regulaminie organizacyjnym. Tym niemniej inne regulacje ustawy o finansach publicznych wskazują niekiedy, jakie sprawy można unormować w regulaminie organizacyjnym danej jednostki sektora finansów publicznych. Przykładem może być choćby art. 53 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, stosownie do którego kierownik jednostki może powierzyć określone obowiązki w zakresie gospodarki finansowej pracownikom jednostki, a przyjęcie obowiązków przez te osoby powinno być potwierdzone dokumentem w formie odrębnego imiennego upoważnienia albo wskazania w regulaminie organizacyjnym tej jednostki.

Ustawa o finansach publicznych wskazuje, że organem wewnętrznym instytucji gospodarki budżetowej jest dyrektor instytucji gospodarki budżetowej, powoływany i odwoływany przez organ wykonujący funkcje organu założycielskiego (art. 27 ust. 1). Dyrektor instytucji jest kierownikiem jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 53 ustawy o finansach publicznych¹⁷, wobec tego ponosi odpowiedzialność za całość gospodarki finansowej instytucji gospodarki budżetowej.

Podstawowe kompetencje dyrektora instytucji gospodarki finansowej wymienia z kolei art. 27 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym do

sprawozdań jednostek sektora finansów publicznych w zakresie operacji finansowych (Dz.U. Nr 43, poz. 247).

¹⁷ L. Lipiec-Warzecha, *Komentarz do art. 27 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych...*, Warszawa, 2011.

zadań dyrektora instytucji należy zarządzanie instytucją gospodarki budżetowej, reprezentowanie instytucji na zewnątrz, przygotowanie i nadanie jej regulaminu organizacyjnego, przygotowanie projektu rocznego planu finansowego, przygotowanie rocznego sprawozdania instytucji gospodarki budżetowej, w tym bilansu, rachunku zysków i strat. Z literalnego brzmienia powołanej regulacji można wysnuć wniosek, iż katalog kompetencji dyrektora instytucji ma charakter enumeratywny. Tym niemniej z analizy innych regulacji ustawy o finansach publicznych (np. powołany wcześniej art. 53), czy też ustawy o rachunkowości, stwierdzić trzeba, że kompetencje dyrektora instytucji gospodarki budżetowej wynikają także z innych regulacji rangi ustawowych. Wydaje się zatem, iż lepszym rozwiązaniem byłoby zawarcie w art. 27 ust. 2 ustawy o finansach publicznych katalogu otwartego kompetencji dyrektora instytucji, np. poprzez zamieszczenie w nim zwrotu „w szczególności”.

5. Podsumowanie

Instytucja gospodarki budżetowej jest stosunkowo nową formą organizacyjno – prawną jednostek sektora finansów publicznych, która została ustanowiona do realizacji zadań dotychczas wykonywanych przez zlikwidowane zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze. Instytucja posiada osobowość prawną, a jej działalność opiera się na założeniu samofinansowania wykonywanych przez nią zadań publicznych. Stąd też instytucja gospodarki budżetowej powinna być tworzona przez upoważniony organ wówczas, gdy rodzaj powierzonych jej zadań publicznych daje rękojmię realizacji celu „samofinansowania się”. W przeciwnym razie przyjęte przez ustawodawcę założenia wzmocnienia oraz poprawy przejrzystości sektora finansów publicznych, które zapewnić miała m.in. likwidacja państwowych zakładów budżetowych oraz gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych i w zamian ustanowienie nowej formy jednostki sektora finansów publicznych – instytucji gospodarki budżetowej, mogą nie zostać zrealizowane¹⁸. Ustawodawca jednak w sposób ogólny unormował gospodarkę finansową instytucji gospodarki budżetowej w ustawie o finansach publicznych. W związku z tym regulacji uściślających funkcjonowanie gospodarki finansowej instytucji należy szukać w odpowiednich aktach wykonawczych do ustawy o finansach publicznych, w celu zapewnienia przejrzystości i efektywności sektora finansów publicznych, a więc wartości, które legły u podstaw uchwalenia obecnej ustawy o finansach publicznych.

¹⁸ Podobnie K. Sawicka, *Formy prawno-organizacyjne jednostek sektora finansów publicznych...*, s. 65.

STRESZCZENIE

Celem artykułu jest przybliżenie instytucji gospodarki budżetowej jako jednej z nowych form organizacyjno – prawnych jednostek sektora finansów publicznych, wprowadzonych ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.). Dokonano również porównania instytucji gospodarki budżetowej z ówczesnymi państwowymi zakładami budżetowymi.

W artykule zawarto analizę sposobów tworzenia instytucji gospodarki budżetowej, a także scharakteryzowano zasady gospodarki finansowej instytucji i jej mienia.

W końcowej części opracowania przedstawiono wewnętrzną organizację instytucji gospodarki budżetowej, w szczególności zadania i kompetencje jej dyrektora, który pełni funkcję organu wewnętrznego instytucji.

SUMMARY

The aim of the article is to present a budget institution as one of the new organizational and legal forms of units in the public finance sector, which were introduced by the Act on Public Finance of 27 August 2009 (Journal of Laws No. 157, item 1240 with amendments that followed). There is also a comparison of budget institutions with the state budget units that existed then. The article contains an analysis of methods used to create budget institutions and provides characteristics of principles of the institution's finance and property management. In the final part of the study, there is a presentation of the internal structure of a budget institution, especially tasks and responsibilities of its director who acts as its internal organ.



JACEK KOSONOGA

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2011 r. III KK 446/10¹

Braku wskazania w rozstrzygnięciu o karze łącznej, kary jednostkowej (...) jeżeli wynikał z przeoczenia i oczywistej omyłki sądu nie można oceniać w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu przepisu art. 105 § 1 k.p.k.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy odniósł się do problematyki zakresu stosowania instytucji sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej (art. 105 k.p.k.). Jest to zagadnienie jedynie z pozoru błahe, zwłaszcza jeżeli odnosi się do tak istotnego orzeczenia, jakim jest wyrok. Jego elementy treściowe muszą ściśle odpowiadać wymogom wskazanym w art. 413 k.p.k. W ramach wyroku wyróżnić można część wstępną, zwaną też komparycją, która składa się z elementów wymienionych w art. 413 § 1 pkt 1–4 k.p.k.; część dyspozytywną, zwaną także sentencją, na którą składają się z elementy wskazane w art. 413 § 1 pkt 5 i 6 k.p.k., a także – w wypadku wyroku skazującego – elementy wymienione w § 2, oraz część motywacyjną, którą stanowią ustnie podane powody (motywy) wyroku przez przewodniczącego składu orzekającego lub sędziego (sprawozdawcę) – art. 418 § 3 k.p.k. oraz uzasadnienie na piśmie (art. 422–424 k.p.k.)². Jest to więc orzeczenie o wysoce sformalizowanej strukturze, co samo w sobie jest zrozumiałe, skoro wyrok, jako rozstrzygnięcie poparte autorytetem państwa i wydawane w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej (art. 174 Konstytucji RP) stanowi merytoryczną decyzję kończącą postępowanie karne. Pomimo tak istotnego znaczenia wyroku i jego nadrzędnej roli w hierarchii orzeczeń, nie sposób jednak *a priori* wyeliminować błędów, jakie mogą towarzyszyć przy jego sporządzaniu, w tym także takich o charakterze oczywistej omyłki pisarskiej.

W analizowanej sprawie w ocenie Sądu Najwyższego wyrok sądu *ad quo* został wydany z rażąco obrazą przepisu art. 85 k.k., który w przypadku skazania za dwa lub więcej przestępstw popełnionych zanim zapadł pierwszy, chociażby

¹ Lex nr 860623.

² L.K. Paprzycki, (w:) J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 1250; E. Skrętowicz, *Wyrok sądu karnego pierwszej instancji*, Lublin 1989, s. 46.

nieprawomocny wyrok, co do któregośkolwiek z tych przestępstw i wymierzono za nie kary tego samego rodzaju albo inne podlegające łączeniu, obliguje sąd do orzeczenia kary łącznej. Zdaniem Sądu Najwyższego, skoro oskarżonemu za każde z przestępstw przypisanych mu w pkt I, II i III części dyspozytywnej wyroku wymierzono kary pozbawienia wolności, to zgodnie z dyspozycją przepisu art. 85 k.k. obowiązkiem sądu pierwszej instancji było orzeczenie kary łącznej, mającej za podstawę kary z osobna wymierzone za zbiegające się przestępstwa. Obowiązkwowi temu sąd jednak nie sprostał, gdyż z treści wyroku wynika jednoznacznie, że wymierzając karę łączną 2 lat i 10 miesięcy pozbawienia wolności łączył jedynie jednostkowe kary pozbawienia wolności „orzeczone w punktach I i II wyroku”. Pominięto zatem karę jednostkową orzeczoną w pkt III.

Zajmując takie stanowisko, Sąd Najwyższy nie tracił z pola widzenia faktu, iż sąd pierwszej instancji wydał postanowienie o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej w wydanym orzeczeniu poprzez wpisanie „w pkt IV sentencji cyfr I, II, III w miejsce cyfr I i II”.

Postanowienie o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej w ocenie Sądu Najwyższego stanowiło jednak w istocie rzecz modyfikację wskazanych w wyroku podstaw orzekania kary łącznej, a zatem ingerowało w rozstrzygnięcie podlegające wzruszeniu wyłącznie na drodze postępowania odwoławczego. Jako niedopuszczalne i nieskuteczne nie wiązało zatem sądu *ad quem* i nie uniemożliwiał mu zmiany lub uchylecia zaskarżonego orzeczenia w tym zakresie, w jakim pozostawało ono w rażącej sprzeczności z przepisem art. 85 k.k.

Zaprezentowany przez Sąd Najwyższy pogląd jest słuszny. Brak wskazania w rozstrzygnięciu o karze łącznej, kary jednostkowej nie mieści się w zakresie błędu, jaki może być korygowany w trybie art. 105 § 1 k.p.k. Co oczywiste, nie sposób go oceniać w kategoriach omyłki rachunkowej lub tym bardziej błędu w zakresie obliczania terminów. Omyłka rachunkowa to błędne wyliczenie wynikające z nieprawidłowego zastosowania działań matematycznych, podobny charakter ma błąd w obliczaniu terminu³, co nie dotyczy przedmiotowego orzeczenia. Uchybienie, jakiego dopuścił się sąd *ad quo*, może być wobec tego analizowane jedynie w kategoriach omyłki pisarskiej.

Dla zastosowania art. 105 k.p.k. kluczowe znaczenie ma nie tylko oczywistość omyłki pisarskiej, ale również to, jakie elementy w strukturze wyroku obarczone są błędem. Oba te kryteria oceny muszą występować łącznie. Co prawda w orzecznictwie podnosi się, że oczywiste omyłki pisarskie mogą dotyczyć każdego elementu orzeczenia albo zarządzenia, bez względu na jego doniosłość procesową

³ Na marginesie zauważyć należy, że obliczanie terminów jest rodzajem czynności rachunkowej, co oznacza, że w treści art. 105 § 1 k.p.k. występuje swoisty pleonazm językowy. Zgodnie bowiem ze znaczeniem słownikowym rachunkowy to: dotyczący liczenia, obliczania, działań na liczbach; arytmetyczny. S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. IV, s. 8. Błąd w obliczaniu terminów jest więc błędem rachunkowym.

i merytoryczny charakter⁴, a także, iż art. 105 k.p.k. akcentuje jedynie „oczywistość” omyłki i nie uzależnia jej od wagi błędu oraz nie kreuje żadnych innych, dodatkowych wymogów⁵, niemniej nie powinno budzić wątpliwości, że w ramach oczywistej omyłki pisarskiej nie sposób korygować takich elementów wyroku, jak chociażby kwestia orzeczenia co do winy oskarżonego, czy też wysokości bądź rodzaju kary.

Co do pierwszego kryterium już w okresie międzywojennym przyjmowano, że wyrażenie „oczywiste” wskazuje na to, iż sprostowanie nie może dotyczyć takich okoliczności, co do których mogłaby zachodzić wątpliwość, czy są one wynikiem wyłącznie tylko omyłki pisarskiej, czy też omyłki faktycznej⁶. Chodzi więc jedynie o takie błędy, które są widoczne na pierwszy rzut oka i dla ustalenia ich niezgodności z rzeczywistością nie ma potrzeby dokonywania dodatkowych ustaleń, wystarczy samo zapoznanie się z dokumentem⁷. W rachubę wchodzi sytuacje, gdy dla każdego przeciętnie uważnego odbiorcy tekstu orzeczenia niewątpliwie jest, na czym błąd organu procesowego polega⁸. Są to więc uchybienia, które w sposób nie budzący wątpliwości wynikły jedynie z omyłek i tym samym nie są następstwem celowego działania; jeżeli zatem wyłoni się jakakolwiek wątpliwość, czy rozważana wada ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej, nie będzie możliwe jej sprostowanie w trybie art. 105 k.p.k.⁹. Podkreśla się również, że sprostowanie oczywistych omyłek jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy ich „techniczno-pisarski” charakter jest oczywisty¹⁰. Nie budzi przy tym wątpliwości, że o tym, czy konkretna omyłka w opisie czynu przypisanego w wyroku spełnia kryterium „oczywistości” w rozumieniu art. 105 § 1 k.p.k., rozstrzygać należy nie abstrakcyjnie, ale *in concreto*, w relacji do zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego¹¹.

Jeżeli chodzi natomiast o drugie kryterium, w orzecznictwie podnosi się m.in., że sprostowanie omyłki nie może dotyczyć istotnej treści orzeczenia¹², czy też tzw. merytorycznej¹³ lub materialnej części wyroku¹⁴. Niedopuszczalne jest zatem

⁴ Post. SN z dnia 16 grudnia 2009 r., IV KK 347/09, OSNwSK 2009, poz. 2572.

⁵ Post. SN z dnia 3 lutego 2010 r., IV KK 351/09, Lex nr 578203.

⁶ K. Sobolewski, A. Laniewski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz z uwzględnieniem orzecznictwa i skorowidzem*, Lwów 1933, s. 33.

⁷ R.A. Stefański, *Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej*, WPP 2005, nr 3, s. 67, post. SA w Krakowie z dnia 30 grudnia 2003 r., II AKz 471/03, KZS 2004, nr 1, poz. 31.

⁸ Post. SA w Lublinie z dnia 27 sierpnia 2008 r., II AKz 382/08, KZS 2008, nr 12, poz. 56.

⁹ Post. SN z dnia 3 lutego 2010 r., IV KK 351/09, Lex nr 578203.

¹⁰ Post. SN z dnia 17 września 2008 r., II KK 60/08, Lex nr 458853, wyr. SA we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2004 r., II AKz 132/04, OSA 2004, nr 10, poz. 73.

¹¹ Post. SN z dnia 28 stycznia II KK 206/08, OSN Prok. i Pr. 2009, nr 7–8, poz. 19.

¹² A. Mogielnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 127.

¹³ Wyr. SN z dnia 29 czerwca 2011 r., III KK 446/10, Lex nr 860623, wyr. SN z dnia 6 lipca 2011 r., IV KK 173/11, Lex nr 848162, post. SN z dnia 3 lutego 2010 r., IV KK 351/09, Lex nr 578203, wyr. SN z dnia 8 września 2009 r., IV KK 256/09, Lex nr 522835, post. SA w Lublinie z dnia 27 sierpnia 2008 r., II AKz 382/08, KZS 2008, nr 12, poz. 56.

¹⁴ Post. SA w Gdańsku z dnia 6 lipca 1994 r., II AKz 273/94, POSAG 1994, nr 3, poz. 58, wyr. SN z dnia 25 marca 1975 r., IV KR 15/75, OSNKW 1975, nr 7, poz. 91, post. SN z dnia 22 sierpnia 1970 r., III KZ 76/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 149.

korygowanie błędnych rozstrzygnięć sądu¹⁵, jak również wprowadzanie do orzeczenia składników pominiętych lub powodujących zmianę jego treści¹⁶.

W orzecznictwie przyjmuje się, że niedopuszczalne jest sprostowanie w trybie art. 105 k.p.k. takich elementów wyroku jak rozstrzygnięcie co do winy i kary, powództwa cywilnego, zasądzonego z urzędu odszkodowania¹⁷, czy też rozstrzygnięcia o dowodach rzeczowych¹⁸. Podobnie oceniono takie uchybienia, jak: zawarta w wyroku sprzeczność w ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej grzywny¹⁹ oraz w zakresie ilości i wartości narkotyków²⁰, rozbieżność w oznaczeniu wymiaru kary lub środka karnego zachodząca pomiędzy zapisem cyfrowym i słownym²¹, błędne oznaczenie przedmiotu podlegającego przepadkowi²², utrzymanie w mocy tymczasowego aresztowania w sytuacji, gdy tego rodzaju środek zapobiegawczy nie był wcześniej w stosunku do oskarżonego zastosowany²³.

W ocenie Sądu Najwyższego można natomiast pomylić się w oznaczeniu sądu, sygnatury akt, błędnie oznaczyć numerację artykułu ustawy czy popłatać imiona²⁴. Za oczywistą omyłkę podlegającą weryfikacji na podstawie art. 105 k.p.k. uznano także: umieszczenie nazwiska ławnika dodatkowego²⁵, oznaczenie osoby, na szkodę której zostało popełnione przestępstwo²⁶, błąd w dacie popełnienia czynu²⁷ oraz jego kwalifikacji prawnej²⁸, różnicę w określeniu zamiaru z jakim działała sprawca zachodząca pomiędzy treścią aktu oskarżenia a treścią komparacji wyroku²⁹, czy też wadliwe oznaczenie nazwy ustawy³⁰.

¹⁵ Wyr. SN z dnia 18 marca 2010 r., III KK 25/10, Biul. PK 2010, nr 3, poz. 5, post. SA w Gdańsku z dnia 6 lipca 1994 r., II AKz 273/94, POSAG 1994, nr 3, poz. 58.

¹⁶ Post. SN z dnia 16 grudnia 2009 r., IV KK 347/09, Lex nr 598253, post. SN z dnia 14 października 1993 r., II KRN 177/93, OSNKW 1993, nr 11–12, poz. 77.

¹⁷ Wyr. SN z dnia 25 marca 1975 r., IV KR 15/75, OSNKW 1975, nr 7, poz. 91.

¹⁸ Post. SN z dnia 22 sierpnia 1970 r., III KZ 76/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 149.

¹⁹ Wyr. SN z dnia 21 października 2008 r., IV KK 316/08, Lex nr 469190.

²⁰ Post. SA w Lublinie z dnia 27 sierpnia 2008 r., II AKz 382/08, Lex nr 454017.

²¹ Wyr. SN z dnia 23 listopada 2005 r., IV KK 390/05, LEX nr 164378, wyr. SN z dnia 21 października 2008 r., IV KK 316/08, LEX nr 469190.

²² Wyr. SN z dnia 19 lipca 2007 r., V KK 373/06, OSNKW-R 2007, poz. 1689.

²³ Post. SA w Gdańsku z dnia 6 lipca 1994 r., II AKz 273/94, POSAG 1994, nr 3, poz. 58.

²⁴ Post. SN z dnia 22 sierpnia 1970 r., III KZ 76/70, OSNKW 1970, nr 11, poz. 149.

²⁵ Post. SN z dnia 26 lutego 2007 r., IV KK 14/07, R-OSNKW 2007, poz. 510.

²⁶ Wyr. SN z dnia 15 stycznia 2008 r., V KK 190/07, OSNKW 2008, nr 2, poz. 19.

²⁷ Wyr. SN z dnia 18 lutego 2009 r., IV KK 317/08, OSNwSK 2009, poz. 455, wyr. SN z dnia 31 października 2008 r., II KK 64/08, OSNKW 2008, nr 12, poz. 103, post. SN z dnia 28 stycznia 2009 r., II KK 206/08, BPK 2009, nr 3, poz. 44.

²⁸ Wyr. SN z dnia 19 listopada 2008 r., V KK 74/08, LEX Nr 471026, odmiennie jednak w wyr. SN z dnia 3 lipca 2007 r., III KK 467/06, Lex nr 323669, w którym przyjęto, że błędne oznaczenie podstawy prawnej skazania nie należy do kręgu takich pomyłek, które podlegają sprostowaniu w ramach instytucji przewidzianej w art. 105 § 1 k.p.k. (...). Rozbieżność między prawidłowo opisanym zachowaniem oskarżonego, a wyrażoną w wyroku oceną prawną tego zachowania należy do samej istoty podstawowej przyczyny odwoławczej jaką jest obraza prawa materialnego i może oddziaływać w sposób znaczący na sytuację oskarżonych.

²⁹ Post. SA w Szczecinie z dnia 11 sierpnia 2010 r., II AKz 305/10, OSN Prok. i Pr. 2011, nr 5, poz. 37.

³⁰ Wyr. SA w Krakowie z dnia 28 lutego 2007 r., II AKo 84/07, KZS 2007, nr 3, poz. 39.

Bardziej złożona jest kwestia stosowania instytucji sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej w przypadku podania w wyroku błędnej tożsamości oskarżonego. W orzecznictwie wykształciły się w tym zakresie dwa zasadniczo odmienne stanowiska. Według pierwszego, podanie w orzeczeniu imienia i nazwiska osoby innej niż ta, która w istocie była osobą oskarżoną w danej sprawie, nawet jeśli wynika z oczywistego błędu, nie może być korygowane jako oczywista omyłka pisarska w trybie art. 105 k.p.k.³¹. W opozycji do tego poglądu pozostaje twierdzenie, iż tylko błąd wywołujący wątpliwości, w związku z ujawnionymi przy jego stwierdzeniu okolicznościami, co do tożsamości oskarżonego, jako nie stanowiący „oczywistej omyłki pisarskiej” ma merytoryczny charakter błędu w zakresie danych personalnych oskarżonego i przez to nie jest możliwy do skorygowania w trybie przewidzianym w art. 105 k.p.k. Pozbawione takich uwarunkowań faktycznych pozostałe błędy w tym zakresie, nie kreujące jakichkolwiek wątpliwości co do tożsamości osoby, której wyrok dotyczy, są możliwe do sprostowania w tym trybie, jako stanowiące oczywistą omyłkę pisarską³². Wydaje się, że rozstrzygnięcie tej rozbieżności orzeczniczej zależne powinno być od rodzaju i przyczyny błędu. Brak jest przeszkód do stosowania art. 105 k.p.k. w przypadku lapsusów czysto językowych (*lapsus calami, lapsus clavis*). Bardziej wątpliwe jest to natomiast w przypadku podania w komparycji lub sentencji wyroku imienia i nazwiska osoby innej niż faktycznie oskarżona. Wydaje się, że inne konsekwencje prawne należałoby wiązać z błędnym zapisem imienia i nazwiska oskarżonego, inne natomiast z pomyleniem jego tożsamości. W tym ostatnim przypadku ingerowanie w treść wyroku w trybie art. 105 k.p.k. może nasuwać wątpliwości. Jeżeli natomiast po wydaniu orzeczenia okaże się, że dane personalne oskarżonego wskazane w orzeczeniu są nieprawdziwe, gdyż w rzeczywistości nazywa się on inaczej, stosowanie art. 105 k.p.k. jest niedopuszczalne. Nie chodzi bowiem o oczywistą omyłkę pisarską, niepoprawny zapis imienia i nazwiska, ale o błąd merytoryczny polegający na niewłaściwym ustaleniu w toku postępowania tożsamości oskarżonego³³.

³¹ Wyr. SN z dnia 22 listopada 2005 r., V KK 240/05, OSNKW 2006, nr 1, poz. 9, wyr. SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., V KK 482/05, Lex nr 180751, wyr. SN z dnia 25 października 2006 r., III KK 275/06, Lex nr 295289, wyr. SN z dnia 19 grudnia 2006 r. IV KK 440/06, Lex nr 610968, wyr. SN z dnia 7 lutego 2008 r. IV KK 492/07, Lex nr 609458 oraz wyr. SN z dnia 8 września 2009 r., IV KK 256/09, Lex nr 52283, wyr. SA w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2002 r., II AKa 487/01, KZS 2002, nr 11, poz. 49.

³² Post. SN z dnia 3 lutego 2010 r., IV KK 351/09, Lex nr 578203, post. SN z dnia 7 października 2009 r., IV KK 161/09, Lex nr 598225, post. SN z dnia 16 grudnia 2009 r., IV KK 347/09, Lex nr 598253, post. SN z dnia 27 lutego 2008 r., IV KO 21/08, Lex nr 359301, post. SN z dnia 11 września 2008 r., IV KO 75/08, Lex nr 567085, post. SN z dnia 19 kwietnia 2005 r., II KO 75/04, OSNKW 2005, nr 7–8, poz. 70.

³³ Szerzej na temat stosowania art. 105 k.p.k. w przypadku błędu w tożsamości oskarżonego zob. D. Kaczmarek, *Postępowanie w sprawie zmiany błędnych danych personalnych oskarżonego i skazanego*, PS 2007, nr 7–8, s. 76–77, S. Steinborn (w): J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2010, s. 378–379; R.A. Stefański, *Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej*, WPP 2005, nr 3, s. 66–71; A. Bojańczyk, T. Razowski, *Gdy Jan Lis nie jest Piotrem Wilkiem, czyli karne qui pro quo*, Rzeczpospolita z dnia 8 grudnia 2006 r., nr 286, s. C 4; A. Bojańczyk, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2005 r.*, II KO 75/04 i do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca

Mając na uwadze powyższe, stanowisko Sądu Najwyższego zaprezentowane w glosowanym wyroku nie budzi wątpliwości. Niewskazanie w wyroku wszystkich kar jednostkowych podlegających łączeniu jest błędem merytorycznym dotyczącym istoty rozstrzygnięcia. Jego sprostowanie w trybie art. 105 k.p.k. polegałoby w gruncie rzeczy na zmianie treści wyroku przez wprowadzenie elementów w nim pierwotnie nie występujących. Z treści orzeczenia wynika jednoznacznie, że sąd połączył jedynie kary jednostkowe wskazane w pkt I i II wyroku pozostawiając poza rozstrzygnięciem w przedmiocie kary łącznej karę jednostkową, wymienioną w punkcie III. W ten sposób nadano jej odrębny byt prawny, wbrew wynikającemu z art. 85 k.k. obowiązkowi wymierzenia jednej kary łącznej. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości obligatoryjny charakter tej instytucji³⁴, nakazujący wydanie orzeczenia o wymiarze kary łącznej w każdym przypadku skazania za dwa lub więcej przestępstw pozostających w zbiegu realnym³⁵. W odniesieniu do wyroku łącznego podnosi się uzupełniająco, że w razie spełnienia warunków z art. 85 k.k. sąd nie ma swobody w doborze skazań podlegających łączeniu i nie może pominąć części z nich³⁶. Uchybienie polegające na nieobjęciu karą łączną całości kar jednostkowych nie może zatem zostać usunięte w drodze sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej³⁷.

STRESZCZENIE

W glosie zaaprobowano tezę Sądu Najwyższego, iż braku wskazania w rozstrzygnięciu o karze łącznej, kary jednostkowej (...), jeżeli wynikał z przeoczenia i oczywistej omyłki sądu, nie można oceniać w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu przepisu art. 105 § 1 k.p.k. Uzupełniając stanowisko Sadu Najwyższego, wskazano na dodatkowe argumenty przemawiające za trafnością zajętego stanowiska. Zwrócono również uwagę na problematykę zakresu dopuszczalnej ingerencji w treść wyroku, dokonywanej w ramach instytucji sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej.

da 2005 r., V KK 240/05, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2006, z. 2, s. 123 i n.; A. Lach, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2008 r.*, IV KO 21/08, Lex/el. 2008, nr 87849; Z. Wrona, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1993 r.*, II KRN 177/93, OSP 1994, z. 7–8, poz. 149, s. 386 i n.; R. Kmiecik, *Glosa do postanowienia z dnia 14 października 1993 r.*, II KRN 177/93, PS 1995, nr 9, s. 131 i n.; H. Kempisty, *Metodyka pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 1986, s. 278; M. Siewierski (w:) J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 156.

³⁴ Zob. np. S. Żółtek (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, t. II, s. 609 i podane tam orzecznictwo.

³⁵ Wyr. SN z dnia 2 grudnia 2009 r., V KK 227/09, Lex nr 565033.

³⁶ Wyr. SN z dnia 6 kwietnia 2006 r., IV KK 5/06, OSNwSK 2006, poz. 767.

³⁷ Tak też w wyr. SN z dnia 6 kwietnia 2011 r., III KK 363/10, Lex nr 811859.

SUMMARY

The gloss approves of the Supreme Court opinion that the lack of indication of single penalty in the decision about the total penalty (...) if it was due to an obvious omission and error of the court, cannot be assessed in terms of an obvious writing error in accordance with Article 105 § of the Penal Proceeding Code. Supplementing the Supreme Court opinion, the author highlights the issue regarding the range of acceptable interference into the text of a ruling within the procedure of correcting an obvious writing error.



EWA M. GUZIK-MAKARUK (RED.)
Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce.
Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom
Warszawa 2011, s. 383

Nakładem Wydawnictwa Wolters Kluwer ukazała się interesująca monografia, której większość autorów wywodzi się z bardzo prężnego ośrodka białostockiego karnistów i kryminologów kierowanego przez E.W. Pływaczewskiego. Jest ona efektem realizacji projektu badawczego stanowiącego próbę całościowej społecznej diagnozy poczucia bezpieczeństwa Polaków.

Monografia składa się z wprowadzenia (E.M. Guzik-Makaruk) i dziesięciu rozdziałów merytorycznych, wniosków, bibliografii, aneksu (kwestionariusz wywiadu, kwestionariusz ankiety – parlamentarzyści, kwestionariusz ankiety – funkcjonariusze), not biograficznych recenzenta (B. Hołyst) i autorów. Zwraca uwagę staranna redakcja i sporządzenie spisu treści, wprowadzenia i wniosków także w językach: angielskim, niemieckim i rosyjskim.

Rozdział I dotyczy zagadnień metodologicznych (E. Zatyka), s. 37–56. Na przedmiot zrealizowanych badań złożyły się trzy komplementarne zagadnienia: poczucie bezpieczeństwa obywateli, zagrożenia bezpieczeństwa obywateli, obowiązujące instrumentarium prawne służące zapewnieniu bezpieczeństwa obywateli. Przyjęto, iż pojęcie bezpieczeństwa obywateli stanowi zbiorczą kategorię nadrzędną wobec określeń bezpieczeństwo publiczne, bezpieczeństwo powszechne, bezpieczeństwo narodowe, obejmując swoim zakresem treść każdego z tych pojęć. W założeniach tego bardzo ambitnego projektu badawczego przyjęto, że badania zostaną przeprowadzone w trzech etapach (udało się przeprowadzić jedynie badania przewidziane w ramach I i II etapu). Problemy wyznaczone do opracowania w I etapie badań zostały ujęte w postaci 7 pytań, wyróżniono problemy szczegółowe sformułowane w 7 pytaniach oraz sformułowano hipotezy główne (7) i szczegółowe (7). W II etapie badań sformułowano główne problemy badawcze (5) i hipotezy główne (5). Zakres badań zdeterminował potrzebę wykorzystania różnych metod i technik badawczych. W badaniu zastosowano przede wszystkim metodę sondażową. Zasadniczą część badania stanowiła obserwacja

w formie bezpośredniej: sondaż diagnostyczny. Przy badaniu poczucia bezpieczeństwa społeczeństwa i najistotniejszych w jego ocenie zagrożeń wykorzystano jako metodę badawczą wywiad przeprowadzony przez ankietera. Narzędziem badawczym wykorzystanym do realizacji badań był kwestionariusz o wysokim poziomie standaryzacji, posłużono się pytaniami zamkniętymi, półotwartymi i otwartymi. Zastosowano technikę bezpośredniego wywiadu kwestionariuszowego.

W drugim etapie badań nad poczuciem bezpieczeństwa obywateli zastosowano sondaż diagnostyczny, który przeprowadzono poprzez ankietowanie za pomocą kwestionariusza ankiety. W przypadku populacji objętej badaniem podczas II etapu – wybranej grupy funkcjonariuszy publicznych i parlamentarzystów posłużono się badaniami ankietowymi (ankiety anonimowe). Badanie zasadnicze w II etapie wykonano za pomocą dwóch odrębnych kwestionariuszy ankiet. Populację badawczą stanowili funkcjonariusze Policji, Służby Więziennej, Służby Celnej, Straży Granicznej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (nie uzyskano zgody na badanie), prokuratury i parlamentarzysty. Uzyskano opinie 6,43% grupy parlamentarzystów poddanej badaniu (560). Podkreśla się, że znikome zainteresowanie tej grupy udziałem w badaniu, którego przedmiot stanowi bezpieczeństwo obywateli, jest zaskoczeniem (s. 52). Materiał badawczy w postaci wyrażonych w ankietach opinii uzyskano od 755 funkcjonariuszy (w badaniach nie wzięli udziału także funkcjonariusze SC).

Rozdział II dotyczy oceny poczucia bezpieczeństwa obywateli (E. Glińska, E. Kowalewska), s. 57–67. Autorki przedstawiają oceny poczucie bezpieczeństwa obywateli w świetle badań CBOS. W 2010 r. blisko trzy czwarte Polaków przyznało, że – ich zdaniem – Polska to kraj, w którym żyje się bezpiecznie. Następnie przedstawiają poczucie bezpieczeństwa obywateli w świetle badań własnych z 2008 r. Zauważają, że obraz Polski jako kraju, w którym istnieje duże zagrożenie przestępczością, ma charakter stereotypu, ukształtowanego bardziej na podstawie przekazów medialnych niż na własnej bezpośredniej obserwacji i codziennych doświadczeń. O czym świadczy duża rozbieżność między ocenami stanu bezpieczeństwa w skali całego kraju i w skali lokalnej, czyli w swoim miejscu zamieszkania i bezpośrednim otoczeniu.

Rozdział III dotyczy oceny Polski pod kątem bezpieczeństwa przez funkcjonariuszy publicznych w świetle badań własnych z 2009 r. (K. Laskowska), s. 68–88. Zdaniem Autorki, w rozważaniach zmierzono do poznania opinii funkcjonariuszy publicznych dotyczących oceny Polski jako kraju bezpiecznego, dążono do uzyskania tej wiedzy, uwzględniając kryterium miejsca pracy i stażu badanych. Większość funkcjonariuszy publicznych (81,6%) uważa, że Polska jest krajem zdecydowanie lub raczej bezpiecznym, znacznie mniej uważa odmiennie (14,1%), najczęściej to funkcjonariusze Policji (94,4%) ocenili Polskę jako kraj bezpieczny (s. 87). Jako kraj niebezpieczny najczęściej oceniali Polskę funkcjonariusze SW (18,7%). Autorka przyjmuje, iż opinia, że Polska jest lub nie krajem bezpiecznym,

zależy od specyfiki wykonywanej przez funkcjonariuszy poszczególnych organów państwowych pracy i długości jej stażu (s. 88).

Rozdział IV dotyczy poczucia bezpieczeństwa i zagrożenia w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych (E.M. Guzik-Makaruk), s. 89–113. Zdaniem Autorki, zagadnienia wokół których usystematyzowano uzyskany w poszczególnych grupach respondentów materiał badawczy to: bezpieczeństwo wykonywania pracy, zagrożenia związane z wykonywaną pracą, zagrożenia – praktyka codziennej służby, powszechność dostępu do broni palnej i obowiązek ujawnienia majątku, wpływ na poczucie bezpieczeństwa funkcjonariuszy, zagrożenie korupcją. Zdecydowana większość badanych czuje się bezpiecznie (prawie 70%), jednak odpowiedzi funkcjonariuszy różnych służb różnią się między sobą w znaczny sposób. SW (63%) i Policja (64%) wyróżniają się najmniejszym odsetkiem deklarującym poczucie bezpieczeństwa. Zagrożenia codziennej pracy są ściśle zróżnicowane ze względu na rodzaj służby, 67% badanych nie doświadczyło zagrożeń związanych z wykonywaniem swojej służby. Wśród zagrożeń doświadczonych przez funkcjonariuszy najczęściej wymieniano groźby (24%), bezpieczeństwo własne (23%) oraz agresję i przemoc (22%). Natomiast 65% biorących udział w badaniu nie uważa by ujawnienie danych o majątku miało wpływ na ich bezpieczeństwo. Zdecydowana większość respondentów (80%) nie obawia się propozycji korupcyjnej. Badani wskazali na kilka głównych powodów, dla których nie przyjęliby łapówki: nieetyczność zachowania, niezgodność z prawem, obawę przed karą oraz obawę przed utratą pracy. Autorka zauważa, że duży odsetek odpowiedzi wskazujących na nieetyczność przyjmowania propozycji korupcyjnej może wskazywać na zinternalizowanie w dużym stopniu norm moralnych oraz występowanie wewnętrznej motywacji do niepopelnienia czynów uznawanych za niemoralne. Stąd – jej zdaniem – jeżeli deklaracje badanych nie wynikają w konformizmie i dążenia do politycznej poprawności, to są one niezwykle budujące (s. 113).

Rozdział V dotyczy identyfikacji współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa obywateli w świetle badań własnych z 2008 r. (E. Glińska, E. Kowalewska, s. 114–132). Jedno z pytań kwestionariusza było poświęcone znajomości współczesnych zagrożeń związanych z rozwojem nowych technologii i pojawieniem się nowych stylów życia. Do kategorii zagrożeń zaliczono: przestępczość zorganizowaną (3 punkty), cyberprzestępczość (8 punktów), cyberterrorizm, patologie społeczne (6 punktów). Wszystkie te zagrożenia okazały się znane co najmniej dwóm trzecim respondentów – odsetki znających wahały się od 66% do 94%, przy czym w przypadku większości zagrożeń były one wyższe niż 80%. W zakresie oceny stopnia występowania poszczególnych zagrożeń w Polsce uwzględniono w pytaniu zarówno listę zagrożeń wspólnych, jak i zagrożenia, których powszechną znajomość założono *a priori*. Autorki podkreślają, że największymi zagrożeniami w Polsce są z punktu widzenia badanych te, które: potencjalnie naruszają dobra osobiste respondenta (nietykalność osobista, życie, zdrowie, mienie) – przestęp-

stwa pospolite, oceniane jako szkodliwe społecznie – alkoholizm, narkomania, łapownictwo, są realistyczne; prawdopodobieństwo ich spełnienia jest stosunkowo duże, na co wskazują bądź osobiste doświadczenia respondentów, bądź doświadczenia innych osób (s. 132).

Rozdział VI dotyczy identyfikacji współczesnych zagrożeń bezpieczeństwa przez funkcjonariuszy publicznych (W. Filipkowski), s. 133–186. Autor prezentuje wyniki przeprowadzonych badań wśród funkcjonariuszy publicznych w zakresie oceny przez nich zjawisk jako zagrożeń dla bezpieczeństwa w Polsce. Rozdział ten składa się z trzech części. Pierwsza prezentuje zbiorcze wyniki dla całej ankietowanej populacji w odniesieniu do zjawisk uznawanych za stanowiące duże zagrożenie dla bezpieczeństwa, za małe zagrożenia oraz tych zjawisk, w stosunku do których respondenci mieli trudności z jednoznaczną oceną. Druga część zawiera odpowiedzi udzielone przez respondentów według ich miejsca pracy. Trzecia część rozdziału opisuje zebrane odpowiedzi z wszystkich grup zawodowych biorących udział w badaniu w odniesieniu do poszczególnych kategorii oraz indywidualnych zjawisk (s. 133). Rodzaje zagrożeń zostały podzielone w ankiecie na osiem zbiorów zatytułowanych kolejno: przestępczość zorganizowana, przestępczość pospolita, terroryzm, cyberprzestępczość, cyberterroryzm, łapownictwo, patologie społeczne oraz inne. Z badań Autora wynika, że na pierwszym miejscu znalazło się piractwo audiowizualne i komputerowe, za „bardzo duże” i „raczej duże” uważa je 89,1% respondentów (s. 134). Natomiast w ocenie respondentów „bardzo małe” lub „raczej małe” zagrożenie dla bezpieczeństwa w Polsce mają zjawiska związane z terroryzmem i przestępczością zorganizowaną (s. 135). Autor podkreśla, że odpowiedzi udzielone przez respondentów pochodzących z poszczególnych grup różnią się od siebie, a zaistniałe rozbieżności są związane z charakterystyką zakresu zadań poszczególnych organów państwowych.

Rozdział VII dotyczy poczucia osobistego zagrożenia obywateli (E. Glińska, E. Kowalewska), s. 187–203. Autorki podkreślają, że ankietowanym w odniesieniu do zagrożeń opisanych w rozdziale V zadano pytanie: czy obawia się Pan/i, że stanie się ofiarą tych zagrożeń? Z listy zagrożeń wykluczono przestępstwa (9), które nie są bezpośrednim zagrożeniem dla ludzi i ich dóbr osobistych. Zmodyfikowano także brzmienie zagrożeń dotyczących łapownictwa w taki sposób, aby stwarzało ono wyobrażenie osobistej sytuacji respondenta. Autorki podkreślają, iż znaczna część Polaków żyje w poczuciu zagrożenia, że stanie się ofiarą przestępczości pospolitej (s. 188). Odsetek żyjących w poczuciu zagrożenia związanych z przestępczością pospolitą wynosi 77% (najczęściej obawy dotyczą kradzieży kieszonek, włamania, kradzieży z użyciem przemocy). Natomiast wśród zagrożeń związanych z łapownictwem wyrażane obawy wzbudza jedynie łapownictwo w służbie zdrowia; aż 40% badanych wyraża obawę przed znalezieniem się w sytuacji zmuszających do wręczenia łapówki w służbie zdrowia, w tym 11% wyraża tę obawę w sposób zdecydowany (s. 190). Jednocześnie Autorki podkreślają, że grupa pytań dotyczących łapownictwa należy do pytań tzw. draż-

liwych. Patologie społeczne nie stanowią dla zdecydowanej większości Polaków źródła osobistego zagrożenia (s. 191), także przestępczość zorganizowana nie jest źródłem osobistego zagrożenia dla Polaków (s. 193). Wyrażają przy tym przypuszczenie, iż współczesne grupy przestępcze wyeliminowały ze swojej działalności demonstracyjne i siłowe sposoby rozwiązywania konfliktów, a ich członkowie zrezygnowali z obnoszenia się z własnym bogactwem. Respondentów pytano także, czy kiedykolwiek padli ofiarą działań przestępczych lub ofiarą był ktoś z ich rodziny. Negatywne doświadczenia respondentów związane z byciem ofiarą różnych działań przestępczych i patologicznych dotyczą najczęściej przestępczości pospolitej, zwłaszcza kradzieży kieszonek, agresji ze strony nastolatków, włamań, pobić i kradzieży samochodów (s. 199).

Rozdział VIII dotyczy przeciwdziałania zagrożeniom bezpieczeństwa obywateli w ocenie funkcjonariuszy (G.B. Szczygieł), s. 204–252. Autorka podkreśla, że do funkcjonariuszy Policji, SW, SG, CBA oraz prokuratorów zwrócono się o ocenę działań podejmowanych przez państwo w celu zapobiegania zagrożeniom bezpieczeństwa obywateli. Na liście zagrożeń znalazły się 42 zagrożenia związane z działalnością zorganizowaną grup przestępczych, przestępstwa pospolite, terroryzm, cyberprzestępczość, cyberterroryzm, patologie społeczne. Z badań wynika, iż większość funkcjonariuszy oceniła, że działania państwa są niewystarczające (ta ocena dotyczyła 38 zagrożeń z 42). Wśród badanych funkcjonariuszy to funkcjonariusze Policji, a także prokuratorzy najlepiej ocenili skuteczność podejmowanych przez państwo działań (s. 215). Natomiast bardzo krytycznie zostały ocenione przez funkcjonariuszy działania państwa podejmowane w celu zapobiegania korupcji (s. 218). Autorka zauważa, że w opinii respondentów funkcjonariusze ABW wypełniają swoje zadania „raczej dobrze”, zaś 38% wystawiło ocenę „bardzo dobrą”, do pracy CBA nie zgłosiło zastrzeżeń 42,5% respondentów, 37,6% funkcjonariuszy oceniało działania CBA jako wystarczające, a 4,9% jako bardzo dobre. Tylko nieco ponad jedna trzecia respondentów oceniła pozytywnie działania sędziów i prokuratorów, 6,8% funkcjonariuszy oceniło działania Sejmu jako „raczej dobre”, a 0,4% jako „bardzo dobre”, nieco lepsze noty uzyskały działania senatorów, ponieważ 11,4% funkcjonariuszy oceniło je jako „raczej dobre”, a 0,7% jako „bardzo dobre” (s. 224). Warto odnotować, że najwyższą ocenę działaniom ABW wystawiła prokuratura, 69,8% prokuratorów oceniło działania tej służby jako „raczej dobre”. Wysoko ocenili działania ABW funkcjonariusze CBA – 58,2% („raczej dobre”), a 5,1% „bardzo dobre”. Natomiast 36,7% funkcjonariuszy Policji oceniła działania ABW jako raczej dobre, a 4,4% jako „bardzo dobre”, 23,3% skorzystało z opcji „trudno powiedzieć” (s. 227–228). Należy zauważyć, że z badań wynika, iż nie ma potrzeby powoływać nowych instytucji, których zadaniem byłoby zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom (82,7% badanych). Wśród przeciwników powoływania nowych instytucji największą grupę stanowili prokuratorzy (92,5%). W ocenie funkcjonariuszy (54,4%) na poczucie bezpieczeństwa może wpłynąć zastrzeżenie kar, przeciwne stanowisko repre-

zentowała ponad jedna trzecia (34,3%) badanych. Najbardziej restrykcyjni byli funkcjonariusze SW, aż 61,0% funkcjonariuszy tej służby uważa, że zaostrzenie kar to właściwa droga do podniesienia poczucia bezpieczeństwa. Zwolennicy zaostrzenia kar zwracali uwagę przede wszystkim na odstraszające działanie kar. Autorka podkreśla, że funkcjonariusze dopuszczają różne formy ingerencji w sferę prywatności w sytuacji osobistego zagrożenia, jednak stopień akceptacji poszczególnych form ingerencji zależy od rodzaju informacji i zagrożenia.

Rozdział IX dotyczy oceny działań państwa w płaszczyźnie zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom (K. Laskowska), s. 253–287. Zdaniem Autorki, w tej części badań zmierzano do poznania opinii badanych dotyczących potencjalnych czynników mogących mieć wpływ na podniesienie poczucia bezpieczeństwa obywateli (s. 253). Funkcjonariusze wskazywali na różnorodne czynniki mogące mieć wpływ na podniesienie poczucia bezpieczeństwa obywateli. Najczęściej odpowiedzi badanych dotyczyły potrzeb zmian w systemie wymiaru sprawiedliwości, zmian w organizacji pracy funkcjonariuszy służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo, innych zmian oraz zmian w podejściu mediów do prezentacji zagrożeń (s. 254). Autorka szczegółowo omawia także poszczególne zmiany proponowane przez funkcjonariuszy. Z jej rozważań wynika, że 58,7% badanych uważa, że zwiększenie uprawnień funkcjonariuszy organów odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa wpłynie na wzrost poczucia bezpieczeństwa obywateli (s. 265). Natomiast około jedna czwarta badanych, tj. 24% funkcjonariuszy uważa, że obowiązujące regulacje prawne służą w sposób wystarczający zapewnieniu bezpieczeństwa obywatelom, a ponad połowa (56,8%) sądzi, że służą one w sposób niewystarczający lub nie służą w ogóle (s. 272).

Rozdział X dotyczy oceny wykorzystania tajnych metod pracy Policji w kontekście skali społecznej akceptacji ingerencji państwa w sferę prywatności oraz stopnia gotowości do współpracy w zwalczaniu przestępczości (Z. Rau), s. 288–306. Autor podkreśla, że w celu diagnozy opinii społecznej w zakresie ujętym w tytule rozdziału wykonano badania ankietowe, w metodologii badań zastosowano technikę bezpośredniego wywiadu kwestionariuszowego, wspieranego komputerowo CAPI. Badania uzupełniono wypowiedziami grup studentów (273 osoby). Z badań wynika, że obywatele w zdecydowanej większości są skłonni zrezygnować z prywatności, gdy wymaga tego walka z przestępczością i poprawa ich poziomu bezpieczeństwa. Jednocześnie Autor trafnie zauważa, że odpowiedzi w pewnym zakresie udzielane są jako interpretacja ingerencji służb nieodnosząca się do osoby respondenta, sam nie prowadzi działalności przestępczej, zatem jest gotów zrezygnować z prywatności tych, którzy tak działają (s. 293). Autor wyraża pogląd, że opinie respondenta w zakresie akceptacji stosowania przez Policję tajnych metod pracy (podsluchy, obserwacja) były zależne od ich niektórych cech społeczno-demograficznych (s. 294). Osoby młode – do 29 roku życia oraz osoby z wyższym wykształceniem częściej niż pozostałe grupy wiekowe respondentów nie akceptowały tajnych metod pracy Policji. Wymieniona

grupa wprawdzie byłaby skłonna dopuścić do ingerencji państwa w swobodę ludzi w celu zwiększenia ich bezpieczeństwa, ale tylko w wyjątkowych sytuacjach. Autor zwięźle przedstawia także wyniki swoich badań świadków koronnych (s. 298–299). Podkreśla, że z jego badań wynika, iż wśród Polaków zdecydowanie dominuje postawa akceptująca współpracę z Policją (s. 300). Ponad połowa ankietowanych (53%) nie ma pewności co do tego, czy Policja potrafi zapewnić anonimowość obywatelom decydującym się na współpracę. Natomiast 22% badanych wyraziło przekonanie, że osoby decydujące się na zawiadomienie w tajemnicy Policji, kim są sprawcy przestępstwa, nie mogą liczyć na anonimowość. Autor zauważa, że z roku na rok maleje skuteczność tzw. czynności operacyjno-rozpoznawczych w znacznej mierze bazujących na współpracy z obywatelami. Z badań Autora wynika, że zbyt duże utajnienie swoich kompetencji przez Policję i niechęć do poddania się, choćby ograniczonej, społecznej kontroli przyniesie odwrotny skutek – narastająca podejrzliwość obywateli – wyborców i wybranej przez nich klasy politycznej w rezultacie skutkować będzie ustawowym ograniczeniem uprawnień, co, niestety, może w konsekwencji prowadzić do wzrostu skali przestępczości, także tej zorganizowanej, i wzrostu zagrożenia terroryzmem.

Pracę zamykają wnioski (E.M. Guzik-Makaruk, K. Laskowska, W. Filipkowski), s. 307–321. We wnioskach dokonano ostatecznej weryfikacji (falsyfikacji) hipotez badawczych, postawionych przed przystąpieniem do realizacji badań ankietowych. Ujęto je w schematyczny sposób, przytaczając treść problemu badawczego, sformułowaną hipotezę oraz jej weryfikację pozytywną lub negatywną. W pierwszej kolejności zweryfikowano hipotezy założone w I etapie badań przeprowadzonych na reprezentatywnej próbie dorosłych Polaków, a następnie dokonano weryfikacji hipotez badawczych, sformułowanych na potrzeby badania wybranych funkcjonariuszy publicznych w II etapie. Sposób sformułowania wniosków zasługuje – jak sądzę – na uwagę i podkreślenie, jest on przejrzysty, a także konkretny, ułatwia zrozumienie podjętego trudu badawczego.

Podkreślić należy, że sformułowane problemy badawcze i hipotezy zostały zweryfikowane w wyniku realizacji badań, zwraca uwagę szerokie i prawidłowe posługiwanie się tabelami (139) i wykresami (47), co znacznie ułatwia lekturę monografii. Efektywna współpraca prawników z socjologami jest szczególnie przydatna w tego typu badaniach, Autorem udało się z powodzeniem taką współpracę zdyskontować, aczkolwiek nie mieli wpływu na uzyskanie dostępu do szerszej grupy badanych. Wyniki badań mogą być niewątpliwie przydatne dla praktyki organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, a także stanowić impuls do dalszych badań. W pracy zbiorowej zawsze mogą wystąpić pewne powtórzenia czy niezachowanie proporcji, i one niewątpliwie występują, ale mają znaczenie drugorzędne.

Pracę czyta się dobrze, a wywód jest ściśle związany z jej celami, zasługuje więc na wysoką ocenę, w czym jest także zasługa jej redaktora i kierownika projektu.

Stanisław Hoc



KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

Dr hab. Stanisław Hoc, prof. nadzw. Uczelni Łazarskiego, został w styczniu 2012 r. powołany przez Prezydium Sejmu na stałego doradcę Komisji ds. służb specjalnych.



18 stycznia 2012 r. odbyły się obrony rozprawy doktorskiej: mgr Lidii Mazowieckiej nt. „Kompensacja państwowa dla ofiar przestępstw w Polsce na tle standardów europejskich” – pod kierunkiem dra hab. Tadeusza Cieleckiego oraz mgr. Włodzimierza Dierżanowskiego nt. „Prawo zamówień publicznych jako składnik ochrony konkurencji” – pod kierunkiem prof. n. dr. hab. Stanisława Hoca.



13 lutego w Klubie Profesorskim odbyło się pierwsze noworoczne spotkanie pracowników Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego.



16 lutego, w godz. 10.00–11.30, w Uczelni Łazarskiego odbyło się zorganizowane przez Studencką Poradnię Prawną spotkanie poświęcone bezpłatnemu poradnictwu prawnemu, świadczonemu przez studenckie poradnie prawne. Celem spotkania było pokazanie, jak funkcjonują takie poradnie, w jakich obszarach działają, w jakich sytuacjach i na jakich zasadach można kierować do nich klientów. Druga część spotkania została poświęcona dyskusji na temat możliwości współpracy poradni z miejskimi ośrodkami pomocy społecznej. Spotkanie było możliwe dzięki wsparciu Fundacji Uniwersyteckich Poradni Prawnych.



Rektor Uczelni Łazarskiego, prof. Daria Nałęcz, została powołana na funkcję Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Nauki i Szkolnictwa Wyższego; realizować będzie zadania z zakresu szkolnictwa wyższego, obejmujące m.in. jakość kształcenia, a także nadzorować wdrożenie reformy szkolnictwa wyższego, koordynować realizację Procesu Bolońskiego oraz prace dotyczące Europejskiego Obszaru Szkolnictwa Wyższego, w tym wprowadzenie systemu Krajowych Ram Kwalifikacji. Będzie także współpracować z zagranicą (przy realizacji programów, inicjatyw i umów międzynarodowych w obszarze szkolnictwa wyższego) oraz z Centralną Komisją do Spraw Stopni i Tytułów, Polską Komisją Akredytacyjną, konferencjami rektorów, Parlamentem Studentów Rzeczypospolitej Polskiej i Krajową Reprezentacją Doktorantów i Fundacją Rozwoju Systemu Edukacji.



Dziekan Wydziału Prawa i Administracji, prof. n. dr hab. Zbigniew Lasocik, ogłosił I Konkurs na granty naukowe (badawcze) dla pracowników naukowych Wydziału. Wnioski można było składać do 29 lutego 2012 r. w Biurze Dziekana. Decyzję o przyznaniu środków finansowych ogłosi Komisja ds. Badań do 29 marca 2012 r.



15 stycznia w Uczelni Łazarskiego ruszyła kolejna edycja Konkursu na publikacje. Celem konkursu jest wyłonienie wykładowców lub pracowników Uczelni Łazarskiego, którzy zbiorą największą ilość punktów za wypowiedzi i publikacje w mediach z afiliacją Uczelni Łazarskiego. Uczestnikiem konkursu może zostać każdy wykładowca i pracownik Uczelni Łazarskiego, z wyjątkiem pracowników funkcyjnych, jak: rektor, dziekani wydziałów i prezydenci. Konkurs trwa do 15 listopada 2012 r.

Ewelina Milan

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
3. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
4. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
5. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Monografie i opracowania, Warszawa 2007.
6. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
7. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
8. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
9. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
10. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
11. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
12. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
13. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2009.
14. „Jus Novum”, Ryszard A. Stefański (red. naczej.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1/2007, 2-3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010, 4/2010, 1/2011, 2/2011, 3/2011, 4/2011.
15. Witold Jakóbiak (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, monografia naukowa, Warszawa 2006.
16. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II popr. i uzupełn., Warszawa 2006.
17. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
18. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
19. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
20. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2006/2007*, Warszawa 2008.
21. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
22. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
23. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
24. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
25. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.

26. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
27. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
28. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
29. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. nac.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010, 3(30)2010, 4(31)2010, 1–2(32–33)2011, 3(34)2011, 4(35)2011.
30. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
31. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
32. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
33. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, monografia, Warszawa 2005.
34. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
35. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
36. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, Księga I*, Warszawa 2007.
37. Jacek Szymanderski, *Schylek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
38. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.

Oficyna Wydawnicza
Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (22) 54 35 450
fax: (22) 54 35 480
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl