

# Ius Novum

ISSN 1897-5577

1  
—  
2014



---

WARSZAWA 2014

## RADA NAUKOWA

- prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Uczelnia Łazarskiego (przewodnicząca)  
prof. dr hab. Sylvie Bernigasud, l'Université Lumière Lyon 2 (Francja)  
prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)  
prof. dr hab. Regina Garcimartín Montero, Universidad de Zaragoza (Hiszpania)  
prof. dr hab., dr h.c. Brunon Hołyst, rektor Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie  
prof. dr hab. Michele Indelicato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)  
prof. dr hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)  
prof. dr hab. ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński  
prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu  
prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski  
prof. dr hab. Vinai Kumar Singh, Indian Academy of International Law, New Delhi (Indie)  
prof. dr hab. Gintars Švedas, Vilniaus Universitetas (Litwa)  
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

### Redaktorzy językowi / Linguistic Editors

Natallia Artsiomenka – język białoruski, Grzegorz Butrym – język angielski,  
Martin Dahl – język niemiecki, Maria Furman – język polski,  
Elwira Stefańska – język rosyjski, Jadwiga Ziębowicz – język francuski

### Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

prawo karne i postępowanie – prof. zw. hab. Barbara Nita-Światłowska  
prawo cywilne – dr Helena Ciepła  
prawo administracyjne – prof. nadzw. dr hab. Stanisław Hoc  
prawo konstytucyjne – dr Jacek Zaleśny  
prawo międzynarodowe – dr hab. Mariusz Muszyński  
statystyka – dr Krystyna Bąk

### Korekta

Hanna Januszewska

Spis treści i streszczenia artykułów w języku polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:  
<http://www.lazarski.pl/o-uczelni/wydawnictwo/czasopisma/ius-novum/>  
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities:  
<http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2014

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego  
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43  
tel. 22 54-35-450  
[www.lazarski.edu.pl](http://www.lazarski.edu.pl)  
[wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto: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](mailto:elipsa@elipsa.pl), [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)



## SPIS TREŚCI

### ARTYKUŁY

- prof. dr hab. Anita Uścicka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze**  
The International Criminal Court in Action: Challenges in Fighting Impunity ..... 11
- dr Blanka Julita Stefańska, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego**  
La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho penal español ..... 47
- dr Piotr Góralski, adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego**  
Środki zabezpieczające a zasada *lex severior retro non agit* ..... 65
- dr Joanna Brzezińska, adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego**  
Rozważania o znamionach psychologicznych w kontekście motywacji zabójstw uprzywilejowanych ..... 84
- dr Piotr Rogoziński, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego**  
Dopuszczalność i zakres badania przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania ..... 107
- dr Zofia Kocel-Krekora, prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie**  
Krytycznie o środku karnym podania wyroku do publicznej wiadomości w kodeksie wykroczeń ..... 129

1/2014

<b>mgr Katarzyna Jaworek</b> , asystent na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego	
<b>dr Anna Konert</b> , adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego	
<b>mgr Paweł Szarama</b> , Kancelaria Prawna „Aerolex” z/s w Rzeszowie	
<b>mgr Jakub Sznajder</b> , Kancelaria Radcy Prawnego Agnieszka Sznajder	
Problematyka odpowiedzialności Skarbu Państwa oraz innych podmiotów za szkody wyrządzone na skutek zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami .....	143
<b>mgr Tomasz Braun</b> , przewodniczący Rady Ekspertów Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego ds. programu nauczania	
Spójność prawa a korporacyjne normy <i>compliance</i> .....	163
<b>prof. dr hab. Ryszard A. Stefański</b> , Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego	
Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2013 r. ....	182

## G L O S Y

<b>mgr Zuzanna Łaganowska</b> , Bąkowski Kancelaria Radcowska	
Glosa do postanowienia NSA II OW 156/12 .....	221

## R E C E N Z J E

Ewa Śladkowska, <i>Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym</i> , Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013	
rec. dr Karol Dąbrowski, Pracownia Badań nad Samorządami, Fundacja Obywatelskiego Rozwoju – Ryki, dr Tomasz Dąbrowski, Wyższa Szkoła Biznesu im. bp. Jana Chrapka w Radomiu .....	228

## K O M U N I K A T Y

<b>mgr Mariusz Godlewski</b> , Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego	
Sprawozdanie z konferencji naukowej na temat: „Mandat przedstawicielski w praktyce poselskiej” (13 stycznia 2014 r., Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego) .....	233



## CONTENTS

### ARTICLES

- Professor Anita Ušacka, PhD, Judge of the International Criminal Court in The Hague**  
The International Criminal Court in Action: Challenges in Fighting Impunity ..... 11
- Blanka Julita Stefańska, PhD, Faculty of Law and Administration, Lazarski University**  
Criminal Liability of Juridical Persons in Spanish Criminal Law ..... 47
- Piotr Góralski, PhD, Assistant Professor of the Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław**  
Supervision Measures vs. the Principle: *lex severior retro non agit* ..... 65
- Joanna Brzezińska, PhD, Assistant Professor of the Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław**  
Analysis of Psychological Features in the Motivation of Perpetrators of Manslaughter ..... 84
- Piotr Rogoziński, PhD, Assistant Professor of the Faculty of Law and Administration, University of Gdansk**  
Admissibility and the Scope of Examination of Premises Constituting Conditions in which a Witness Can Refuse to Testify ..... 107
- Zofia Kocel-Krekora, PhD, prosecutor of District Prosecutor Office in Warsaw**  
Critical Opinion on Publicizing the Sentence as a Penalty Measure Introduced to the Misdemeanour Code ..... 129

1/2014

<b>Katarzyna Jaworek, MA, Professor Assistant at the Faculty of Law and Administration, University of Silesia</b>	
<b>Anna Konert, PhD, Assistant Professor of the Faculty of Law and Administration, Lazarski University</b>	
<b>Paweł Szarama, MA, Law Firm „Aerolex” based in Rzeszow</b>	
<b>Jakub Sznajder, MA, Agnieszka Sznajder Solicitor’s Office</b>	
Liability of the Treasury and Other Entities for Damage Caused by Aircraft Collision with Animals .....	143
<b>Tomasz Braun, MA, Chair of Lazarski University Faculty of Law and Administration Expert Committee for Educational Programmes</b>	
Consistency of Law and Corporate Norms Compliance .....	163
<b>Professor Ryszard A. Stefański, PhD, Lazarski University</b>	
Review of the 2013 Resolutions of the Penal and Military Chamber of the Supreme Court Regarding Substantive Criminal Law .....	182

## G L O S S E S

<b>Zuzanna Łaganowska, MA, Bąkowski Solicitor’s Office</b>	
Gloss concerning the ruling of the Supreme Administrative Court – NSA II OW 156/12 .....	221

## R E V I E W S

<i>Ewa Śladkowska, Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym [Issue of administrative decision with no legal grounds or with a flagrant law violation in general administrative proceeding], Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013</i>	
Reviewers: Karol Dąbrowski, PhD, Pracownia Badań nad Samorządami [Local Government Research Network], Fundacja Obywatelskiego Rozwoju-Ryki [Civic Development Foundation – Ryki], Tomasz Dąbrowski, PhD, Bishop Jan Chrapek Higher School of Business in Radom .....	228

## A N N O U N C E M E N T S

<b>Mariusz Godlewski, MA, Faculty of Law and Administration of Lazarski University</b>	
Report on the scientific conference: “Mandate to Represent and How MPs Implement it in Practice”, 13 January 2014, Faculty of Law and Administration of Lazarski University .....	233



## TABLE DES MATIÈRES

### ARTICLES

<b>Prof dr. hab. Anita Ušacka, juge de la Cour Pénale Internationale La Haye</b> La Cour Pénale Internationale en action: les enjeux dans le domaine de la lutte contre non-punition .....	11
<b>Dr Blanka Julita Stefańska, Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université Łazarski</b> La responsabilité pénale des personnes légales dans la jurisprudence pénale espagnole .....	47
<b>Dr Piotr Góralski, maître de conférence de la Faculté de Droit, Administration et Economie de l'Université de Wrocław</b> Les moyens de garantie et le principe <i>lex severior retro non agit</i> .....	65
<b>Dr Joanna Brzezińska, maître de conférence de la Faculté de Droit, Administration et Economie de l'Université de Wrocław</b> Réflexion sur les signes psychologiques dans le contexte de la motivation des meurtres privilégiés .....	84
<b>Dr Piotr Rogoziński, maître de conférence de la Faculté de Droit et de l'Administration de l'Université de Gdańsk</b> L'admissibilité et le champs de l'examen par l'organe procédural des prémisses qui conditionnent la dérogation de déposition par un témoin .....	107
<b>Dr Zofia Kocel-Krekora, Procureur de la Région de Varsovie</b> Discours critique sur un moyen pénal de diffusion de la sentence auprès du large public dans le Code des infractions .....	129

1/2014

**Katarzyna Jaworek**, assistante à la Faculté de Droit  
et de l'Administration de l'Université de Silesie

**Dr Anna Konert**, maître de conférence à la Faculté de Droit  
et de l'Administration de l'Université Łazarski

**Paweł Szarama**, Cabinet juridique "Aerolex" & partenaires de Rzeszów

**Jakub Sznajder**, Cabinet juridique du conseiller juridique

**Agnieszka Sznajder**

La problématique de la responsabilité du Trésor de l'Etat et des  
autres sujets pour les dommages exécutés à la fin de la collision  
des aéronefs et des animaux ..... 143

**Tomasz Braun**, président du Conseil des Experts pour  
les programmes de l'enseignement de la Faculté de Droit  
et de l'Administration de l'Université Łazarski

La cohérence du droit et les normes des corporation *compliance* .... 163

**Prof. dr hab. Ryszard A. Stefański**, Faculté de Droit  
et de l'Administration de l'Université Łazarski

La revue des résolutions de la Chambre militaire de la Cour  
Suprême dans le cadre du droit pénal matériel de 2013 ..... 182

## GLOSSAIRE

**Zuzanna Łaganowska**, Cabinet du Conseiller Bąkowska

Glose à la décision de la Cour principale administrative (NSA)  
II OW 156/12 ..... 221

## CRITIQUES

Ewa Śladkowska, *Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej  
lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu  
administracyjnym [Publication de la décision administrative sans base  
juridique ou avec infraction grave à la loi dans la procédure générale  
administrative]*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013

Critiqué par dr Karol Dąbrowski – Atelier des Examens sur les  
Autonomies, Fondation du Développement civique et dr Tomasz  
Dąbrowski – Ecole Supérieure du Business Jan Chrapek de Radom .... 228

## COMMUNIQUES

**Mariusz Godlewski**, Faculté de Droit et de l'Administration  
de l'Université Łazarski

Compte-rendu de la Conférence au sujet: "Mandat représentatif en  
pratique parlementaire" (le 13 janvier 2014 – Faculté de Droit  
et de l'Administration de l'Université Łazarski) ..... 233





## ОГЛАВЛЕНИЕ

### С Т А Т Ь И

<b>Профессор, доктор наук А н и т а У с а ц к а, судья Международного уголовного суда в Гааге</b> Международный уголовный суд в действии: вызов в борьбе с безнаказанностью . . . . .	11
<b>Кандидат наук Б л а н к а Ю л и т а С т е ф а н ь с к а, факультет Права и Администрации Университета Лазарского</b> Уголовная ответственность юридических лиц в испанском уголовном праве . . . . .	47
<b>Кандидат наук П ё т р Г у р а л ь с к и, преподаватель факультета Права, Администрации и Экономики Вроцлавского университета</b> Защитные меры и принцип <i>lex severior retro non agit</i> . . . . .	65
<b>Кандидат наук Й о а н н а Б ж е з и н ь с к а, преподаватель факультета Права, Администрации и Экономики Вроцлавского университета</b> Размышления о психологических признаках в контексте мотивации привилегированных убийств . . . . .	84
<b>Кандидат наук П ё т р Р о г о з и н ь с к и, преподаватель факультета Права и Администрации Гданьского университета</b> Допустимость и сфера исследований судебным органом существования предпосылок, обуславливающих отказ свидетеля от дачи показаний . . . . .	107
<b>Кандидат наук С о ф ь я К о с э л ь - К р э к о р а, прокурор Окружной прокуратуры в Варшаве</b> Критически о карательной мере в виде публичного объявления приговора в кодексе правонарушений . . . . .	129

1/2014

<b>Магистр Катажина Яворэк</b> , ассистент факультета Права и Администрации Силезийского университета	
<b>Кандидат наук Анна Конэрт</b> , преподаватель факультета Права и Администрации Университета Лазарского	
<b>Магистр Павел Шарама</b> , Юридическая канцелярия «Aerolex» в Жешове	
<b>Магистр Якуб Шнайдер</b> , Канцелярия юрисконсульта Агнешка Шнайдер	
Проблематика ответственности Министерства финансов и прочих субъектов за ущерб, нанесённый в результате столкновения самолётов с животными . . . . .	143
<b>Магистр Томаш Браун</b> , председатель Экспертного совета факультета Права и Администрации Университета Лазарского по вопросам обучающих программ	
Совокупность права и корпоративные нормы <i>compliance</i> . . . . .	163
<b>Профессор, доктор наук Рышард А. Стефаньски</b> , факультет Права и Администрации Университета Лазарского	
Обзор решений Уголовной палаты и Военной коллегии в сфере уголовного материального права за 2013 г. . . . .	182

### ГЛОССЫ

<b>Магистр Зузанна Лагановска</b> , Бонковски канцелярия юрисконсульта	
Глосса к постановлению Главного административного суда NSA II OW 156/12 . . . . .	221

### РЕЦЕНЗИИ

Ева Щлядковска, <i>Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym [Принятие административного решения без юридической основы либо с грубым нарушением права в общем административном судопроизводстве]</i> , Вольтерс Клувер Польша, Варшава 2013, рец. Кандидат наук Кароль Домбровски, Лаборатория исследований органов самоуправления, Фонд Гражданского развития – Рыки, кандидат наук Томаш Домбровски, Высшая коммерческая школа имени епископа Яна Храпка в Радоме . . . . .	228
---	-----

### СООБЩЕНИЯ

<b>Магистр Мариуш Годлевски</b> , факультет Права и Администрации Университета Лазарского	
Отчёт о научной конференции на тему: «Представительский мандат в депутатской практике» (13 января 2014 г., Факультет Права и Администрации Университета Лазарского) . . . . .	233

ANITA UŠACKA\*



## THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN ACTION: CHALLENGES IN FIGHTING IMPUNITY

### I. Introduction

The Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), which came into force on 1 July 2002,<sup>1</sup> represents today the ultimate example of the evolution of international criminal law, envisaging an enhanced international public order in which perpetrators of the “most serious crimes of international concern” are brought to justice. In 2008, Professor Otto Triffterer stated “so far we have more achievements than ever before; and this is the highest peak of the mountain we have climbed within the last hundred years.”<sup>2</sup>

Now, more than ten years since the entry into force of the Rome Statute, we cannot rest atop this mountain, but must work hard to reach new heights in order to continue building this fully functioning judicial institution on the basis of a realistic vision of a system of international justice. In 2015, the last five of the judges who were appointed to the ICC at its initiation in 2003 will complete their terms of appointment. By this time, the first appeals judgment will have been handed down in the case of *Prosecutor v. Lubanga*. Now, more than ever, we must begin thinking about the ICC’s continuity and must look forward to addressing past and present challenges faced by the ICC.

After an overview of the history of the ICC, the first section will provide a brief introduction to the ICC’s legal framework, and the position of this

---

\* Judge of the International Criminal Court (Trial Division 2003–2009, Appeals Division 2009–2015), Professor at the University of Latvia (2002), former Judge of the Constitutional Court of the Republic of Latvia (1996–2004). The views expressed are those of the author alone and do not represent those of the International Criminal Court. Judge Ušacka would like to thank Franziska Eckelmanns and Sarah Schwartz for the assistance provided.

<sup>1</sup> *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 July 1998, 2187 United Nations Treaty Series 38544 (Rome Statute).

<sup>2</sup> O. Triffterer, *The Court in Danger? Future Perspectives for International Criminal Law and its Enforcement Mechanisms*, [in:] C. Burchard, O. Triffterer and J. Vogel (eds), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court: Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, co-organised by the AIDP YP Committee*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2010, p. 9, at p. 42.

framework as a testament to diversity and compromise by States Parties. The second section of this paper will outline the jurisdiction of the ICC and the conditions under which it can exercise this jurisdiction, specifically noting issues that have arisen regarding the practice of self-referrals and the involvement of the United Nations Security Council. In the third section, I will discuss the ICC's judicial process of determining cases, from the pre-trial stage to the trial and appeals stages. Within this section, the current situations and cases before the ICC will be referred to and specific challenges with regard to this judicial process, including the role of the Pre-Trial Chamber, the length of proceedings, and the rules of disclosure, will be discussed. As the issue of victim participation at the ICC traverses all of the judicial stages, this will be discussed in a separate sub-section within this section. In the fourth section, I focus on the development of specific essential aspects of the Rome Statute, specifically; the principle of complementarity and the application of article 21 of the Rome Statute. Finally, I will emphasise the absolute need for the cooperation of States Parties in order for the ICC to fulfil its role in ending impunity for individuals who commit the most serious crimes of international concern.

The purpose of this article is to outline the history and context of these challenges, not to provide solutions – this will be the task of the Court and of the States Parties to the Rome Statute in the coming years, assisted by an interested public, including contributing academics and national practitioners.

## II. The Establishment of the ICC

The concept of a global criminal court is often traced back to the 19<sup>th</sup> century when Gustav Moynier, a founding member of the International Committee of the Red Cross, called for the creation of an international court in response to the atrocities committed during the Franco-Prussian War in 1870.<sup>3</sup> However, the legal bedrock for the establishment of the ICC can be traced back in earnest to the end of World War II when, through the Nuremberg<sup>4</sup> and Tokyo<sup>5</sup> trials, the notion of individual responsibility for perpetrators of grave crimes in times of war first became a reality. While this concept of bringing perpetrators of international crimes to justice lost momentum during the Cold War, its end ushered in a new era of international criminal justice. The United Nations Security

---

<sup>3</sup> M. Glasius, *The International Criminal Court: A global civil society achievement*, Routledge, Abingdon, Oxon 2006, at p. 6.

<sup>4</sup> *Charter of the International Military Tribunal*, annexed to the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, 8 August 1945, 82 United Nations Treaty Series 251.

<sup>5</sup> *Charter of the International Military Tribunal for the Trial of the Major War Criminals in the Far East*, 19 January 1946, special proclamation issued by Douglas MacArthur.

Council established in 1993 the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)<sup>6</sup> and in 1994 a similar tribunal for Rwanda (ICTR).<sup>7</sup>

The Rome Statute found the favour of the plenipotentiaries of 120 States on 17 July 1998 after a conference that lasted three weeks and a preparatory period of four years. The Rome Statute is the most comprehensive basis of any international court and consists of 128 articles that regulate in detail not only the scope of the ICC's jurisdiction, but also matters relevant to the ICC's procedure, its cooperation with States and related matters. Within only four years, 60 States had ratified the Rome Statute so that it could enter into force on 1 July 2002. Poland was one of these States that, by its early ratification,<sup>8</sup> actively promoted the entry into force of the Rome Statute and thereby its goals.

The entry into force of the Rome Statute ushered in a new direction in the adjudication of international crimes.<sup>9</sup> Unlike the ICTY and ICTR, the ICC is a permanent court that operates independently from the United Nations and is not subject to the authority of a single state.<sup>10</sup> The ICC investigates and prosecutes the alleged perpetrators of the most serious crimes of international concern, but only where the State Parties to the Rome Statute themselves do not investigate or, if they investigate or prosecute, are unwilling or unable to do so.<sup>11</sup> This principle of complementarity is one of the cornerstones of the Rome Statute,<sup>12</sup> and ensures that the ICC is a court of last resort. The very existence of the ICC is a signpost in the international landscape that marks the fact that the international community is there if States do not take action.

Having started in 2002 in a former Dutch Telecom building, the ICC currently has more than 700 staff members from approximately 90 countries, has field offices

---

<sup>6</sup> *Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, 25 May 1993, Security Council Resolution 827 (1993) (ICTY Statute).

<sup>7</sup> *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 8 November 1994, Security Council Resolution 955 (1994) (ICTR Statute).

<sup>8</sup> Poland ratified the Rome Statute on 12 November 2001. See United Nations Treaty Collection, "Status as at 07-11-2013 05:09:46 EDT: Rome Statute of the International Criminal Court", 7 November 2013, accessed at: [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&lang=en). For an official translation of the Rome Statute into Polish, see Rzeczypospolitej Polskiej: Internetowy System Aktów Prawnych, "Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r.", 9 May 2003, accessed at: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20030780708>.

<sup>9</sup> Press Release, *United Nations Diplomatic Conference Concludes in Rome with Decision to Establish Permanent International Criminal Court*, 17 July 1998, U.N. Press Release UJROM122, accessed at: <http://www.un.org/icc/pressrelrom22.htm>.

<sup>10</sup> Rome Statute. See also ICTY Statute; ICTR Statute; David Tolbert and Andrew Solomon, "United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post-Conflict Societies" (2006) 19 *Harvard Human Rights Journal* 29, 38.

<sup>11</sup> Rome Statute, art. 17.

<sup>12</sup> Rome Statute, preamble (emphasizing that the ICC "shall be complementary to national criminal jurisdictions"), arts 1, 17.

1/2014

in five countries, and has built two fully operative E-courtrooms.<sup>13</sup> By the middle of 2013, only 11 years after the Rome Statute's entry into force, 122 countries have become States Parties.<sup>14</sup> All of the continents of the world are represented; however, some powerful countries are not parties, including three of the Security Council's veto powers, the United States, China, and the Russian Federation.

The adoption of the Rome Statute triggered the creation of numerous hybrid criminal courts which were tasked to deal with crimes over which the ICC has jurisdiction. These courts have both domestic and international characteristics<sup>15</sup> and were created in East Timor,<sup>16</sup> Kosovo,<sup>17</sup> Sierra Leone,<sup>18</sup> and Cambodia.<sup>19</sup> Another hybrid tribunal, the Special Court for Lebanon,<sup>20</sup> only has jurisdiction over the crime of terrorism. More recently, domestic jurisdictions have started to adjudicate such crimes in a more concrete manner, be it in the countries where the crimes were committed<sup>21</sup> or in other countries where the alleged perpetrators reside.<sup>22</sup>

---

<sup>13</sup> International Criminal Court, "The Court Today", 1 November 2013, accessed at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/TheCourtTodayEng.pdf>.

<sup>14</sup> International Criminal Court, "The States Parties to the Rome Statute", accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx).

<sup>15</sup> Tolbert and Solomon, above n 10, p. 38 (describing "hybrid" courts as those established within a country, yet "composed of international judges and prosecutors working together with their domestic counterparts").

<sup>16</sup> United Nations Transitional Administration in East Timor, *On the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction Over Serious Criminal Offences*, 6 June 2000, UNTAET/REG/2000/15.

<sup>17</sup> United Nations Mission in Kosovo, *On Assignment of International Judges/Prosecutors and/or Change of Venue*, 15 December 2000, UNMIK/REG/2000/64.

<sup>18</sup> *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, annexed to the Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone pursuant to Security Council Resolution 1315 (2000) of 14 August 2000, 2178 United Nations Treaty Series 38342.

<sup>19</sup> United Nations, *Agreement Between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*, 6 June 2003.

<sup>20</sup> *Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, 30 May 2007, Security Council Resolution 1757 (2007).

<sup>21</sup> For example, in July 2008 Uganda established the International Crimes Division of the High Court of Uganda in order to try perpetrators of war crimes and crimes against humanity: see The Judiciary: The Republic of Uganda, "International Crimes Division", accessed at:

[http://www.judicature.go.ug/data/smenu/18/International\\_Crimes\\_Division.html](http://www.judicature.go.ug/data/smenu/18/International_Crimes_Division.html). In 2009, Bangladesh set up the International Crimes Tribunal to investigate and prosecute the perpetrators of the 1971 genocide committed by the Pakistan Army and its local collaborators during the Bangladesh liberation war: see Bangladesh, *International Crimes (Tribunals) (Amendment) Act 2009*.

<sup>22</sup> For example: in The Netherlands, five persons were convicted of international crimes from 2001 to 2009; in Belgium, seven persons were convicted in relation to the Rwandan genocide from 2001 to 2009; in Germany, four individuals were convicted in relation to crimes committed in the former Yugoslavia; and in Switzerland, one person was convicted in relation to crimes committed during the Rwandan genocide. See Joseph Rikhof, "Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity", 20(1) *Criminal Law Forum* (2009), p. 1, at pp. 20–28.

### III. The legal framework

In 2002, at the first Assembly of States Parties after the entry into force of the Rome Statute, the States adopted the Elements of Crimes<sup>23</sup> and the Rules of Procedure and Evidence<sup>24</sup>. They are part of the ICC's legal framework,<sup>25</sup> and, in the same way as the Rome Statute, are a testament to diversity and compromise. As was explained by Professor Otto Triffterer:

A Court at any price was not desirable. However, a Court based on [sic] universally tolerable compromises with which everybody can live, because it is equipped to promote theoretical development and endowed with a capacity for practical enforcement aimed at avoiding impunity without derogation, represents a significant step forward.<sup>26</sup>

The Rome Statute was negotiated by 160 countries<sup>27</sup> and is interpreted by judges from numerous legal systems.<sup>28</sup> In order to reach consensus, the provisions of the Rome Statute were deliberately drafted in an open and ambiguous manner, with the drafters refraining from determining whether proceedings need to follow 'common law' or 'civil law' (Romano-Germanic) systems. Thus, resolving legal issues inbuilt in the Rome Statute has presented many challenges as the judges and States Parties each have different perceptions of how the legal framework should be applied in the context of international criminal proceedings.

Ultimately, the Rome Statute includes elements of both common law and civil law traditions with many aspects of the ICC's legal framework combining elements from different domestic systems. For example, while the ICC Prosecutor is responsible for investigations, he or she also has a duty to "investigate incriminating and exonerating circumstances equally" under article 54(1)(a) of the Rome Statute. In addition, while the parties are permitted to present their evidence at trial, article 69(3) of the Rome Statute also grants the Trial Chamber the authority "to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth." Thus, at the ICC, unlike many common law legal systems, the parties do not completely control the

---

<sup>23</sup> *The Elements of Crimes*, adopted by the Assembly of States Parties, 9 September 2002, ICC-ASP/1/3.

<sup>24</sup> *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court*, 9 September 2002, ICC-ASP/1/3. For an unofficial translation of the Rules of Procedure and Evidence into Polish, see Ministerstwo Sprawiedliwości: Biuletyn informacji publicznej, accessed at: [http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/bip/prawa\\_czl\\_onz/rules\\_of\\_procedure.doc](http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czl_onz/rules_of_procedure.doc).

<sup>25</sup> Rome Statute, art. 21(1)(a).

<sup>26</sup> O. Triffterer, *Preliminary Remarks: The Permanent International Criminal Court – Ideal and Reality*, [in:] O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, C. H. Beck, 2<sup>nd</sup> ed, München 2008, p. 15, at p. 43.

<sup>27</sup> Ph. Kirsch, *Applying the Principles of Nuremberg in the International Criminal Court*, "Washington University Global Studies Law Review" 2007, 6, 501, 504.

<sup>28</sup> Rome Statute, art. 36(8)(a)(i)-(ii).

presentation of the evidence; the Trial Chamber itself has the power to request the submission of evidence.<sup>29</sup>

Evidence of the compromise that was reached by States Parties can be found in all aspects of the Rome Statute. For example, the provisions of the Rome Statute dealing with complementarity and the hierarchy of laws to be applied by the Chambers (Articles 17 and 21 of the Rome Statute) emerged out of heated debates surrounding different conceptions of the role of the ICC. These provisions will be discussed in greater detail in the fifth section of this paper.

Different conceptions of the role of the ICC, and whether it should be a court with ‘teeth’ to try perpetrators of the most serious crimes of international concern, are also subsumed within the provisions that dictate when the ICC can actually act; in other words, when the ICC has ‘jurisdiction’ over a crime. This will be discussed in the next section of the paper.

#### IV. Jurisdiction of the ICC

The ICC’s ‘subject-matter jurisdiction’, namely, the crimes within the jurisdiction of the Court, is dealt with in article 5 of the Rome Statute which lists the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. These crimes are defined in articles 6 to 8*bis*. Its temporal jurisdiction is delimited by article 11.<sup>30</sup> This provision states that the ICC’s temporal jurisdiction can only commence on the day the Rome Statute entered into force, i.e. on 1 July 2002. However, for States that ratified the Rome Statute subsequently, the jurisdiction is limited to the date on which the ratification took effect, except if that State extended by declaration the temporal applicability of the Rome Statute in relation to its territory and nationals. Its jurisdiction is further limited by articles 12 and 26 that clarify that only persons above the age of 18 years, who are either nationals of States Parties or who allegedly committed crimes on the territory of States Parties, may be subject to the jurisdiction of the ICC.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Rome Statute, art. 64(6)(d), 69(3); see also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled ‘Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial’”, 16 July 2010, ICC-01/04-01/07-2288 (OA 11) (holding that “in principle, evidence pertaining to the role of the accused may fall within the scope of evidence that the Trial Chamber considers necessary for the determination of the truth” within the meaning of articles 64(6)(d) and 69(3) of the Rome Statute).

<sup>30</sup> See Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006”, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06-772 (OA4), paras 21–23.

<sup>31</sup> See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Mr Laurent Koudou Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I on jurisdiction and stay of the proceedings”, 12 December 2012, ICC-02/11-01/11-321 (OA2) (the Appeals Chamber determined that,



Under the Rome Statute, the ICC may exercise its jurisdiction if a situation is referred to the ICC by either a State Party or the United Nations Security Council, or when the Prosecutor receives authorisation from the Pre-Trial Chamber to investigate on his/her own initiative (*proprio motu*).<sup>32</sup> The United Nations Security Council can also refer a situation to the ICC and this includes situations where the crimes were not allegedly committed by a national of a State Party or on the territory of a State Party. Soon after taking office, the Prosecutor adopted a policy of “inviting and welcoming voluntary referrals by territorial states” who were involved in internal conflicts.<sup>33</sup> Indeed, the first two investigations formally initiated by the Prosecutor in 2004 – Northern Uganda and the Democratic Republic of Congo (DRC) – were triggered by state referrals under article 14 of the Rome Statute.<sup>34</sup> Thereafter, the Central African Republic (CAR) in December 2004 and Mali in July 2012 referred situations in their own countries, and the Union of the Comoros in May 2013 referred the situation in relation to vessels shared with other states.<sup>35</sup> The Prosecutor initiated investigations in relation to all of these situations, except with respect to the referral by the Union of the Comoros.

The question that arises in relation to these self-referrals is whether the practice falls within the meaning of article 14 of the Rome Statute and, if so, what are the limits of such a referral. Article 14 of the Rome Statute grants States Parties the authorisation to refer situations to the ICC. While this authorisation appears to be unrestricted, the sixth paragraph of the preamble to the Rome Statute speaks of “the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes.” While commentators have noted that reference to ‘its jurisdiction’ is ambiguous<sup>36</sup>, there is an issue with reconciling this duty with the triggering of an international investigation through

---

although Côte D’Ivoire was not a party to the Rome Statute, its declaration in 2003 to accept the jurisdiction of the court covered crimes committed over the post-2010 election period).

<sup>32</sup> Rome Statute, arts. 13, 15.

<sup>33</sup> International Criminal Court, Office of the Prosecutor, “Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003 – June 2006)”, 12 September 2006, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP\\_3yearreport20060914\\_English.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D76A5D89-FB64-47A9-9821-725747378AB2/143680/OTP_3yearreport20060914_English.pdf), p. 7.

<sup>34</sup> *Ibid.*; ICC Press Release, “The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court opens its first investigation”, 23 June 2004, ICC-OTP-20040623-59; ICC Press Release, “Prosecutor of the International Criminal Court opens an investigation into Northern Uganda”, 27 July 2004, ICC-OTP-20040729-65; see also Presidency, *Situation in the Democratic Republic of Congo*, “Decision assigning the situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I”, 5 July 2004, ICC-01/04-1; Presidency, *Situation in Uganda*, “Decision assigning the situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II”, 5 July 2004, ICC-02/04-1.

<sup>35</sup> International Criminal Court, above n 13, pp. 2–4.

<sup>36</sup> T.N. Slade and R.S. Clark, *Preamble and Final Clauses*, [in:] R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Transnational Publishers, The Hague–London–Boston 1999, p. 427.

a self-referral under article 14.<sup>37</sup> Despite these concerns and despite the fact that it may not have been contemplated by the participants in the drafting process or by the various commentators at the time of the drafting of the Rome Statute<sup>38</sup>, it has since been held by Pre-Trial Chamber I in *Prosecutor v. Lubanga*, that the practice of a State referring a case *against itself* “appears consistent with the ultimate purpose of the complementarity regime.”<sup>39</sup>

A supplementary concern is that the practice of self-referral may become a political tool that is used by governments who wish to undermine their opposition. In the situation in northern Uganda, the Prosecutor, aware of this concern, interpreted the reference to “the situation concerning the Lord’s Resistance Army” as covering “crimes within the situation of northern Uganda by whomever committed”.<sup>40</sup>

Article 13(b) of the Rome Statute grants the Security Council the power to refer a situation to the ICC where there is evidence that crimes have been committed within the ICC’s jurisdiction. This power has been met with on-going reservations regarding the loss of independence of the ICC, the capacity for referrals that are based on political rather than legal factors, and questions about whether the Security Council has competence in matters of international criminal law under the United Nations Charter.<sup>41</sup> Furthermore, article 16 of the Rome Statute grants the Security Council the power to suspend any investigation or proceedings in progress before the ICC for a renewable period of twelve months. This article has been met with criticism from commentators who tout it as a serious example of political interference.<sup>42</sup> However, thus far, the Security Council has not resorted to using this measure with respect to a specific situation under investigation or a specific case under prosecution before the Court.<sup>43</sup>

The Security Council has referred two situations to the Court – the situation in Darfur, Sudan in March 2005 and the situation in Libya in February 2011.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> C. Kress, ‘Self-Referrals’ and ‘Waivers of Complementarity’: *Some Considerations in Law and Policy*, “Journal of International Criminal Justice” 2004, 2, 944, 945.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 946.

<sup>39</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, 10 February 2006, ICC-01/04-01/06-8, para. 35.

<sup>40</sup> Letter from the Chief Prosecutor, 17 June 2004, Annex 1 to “Decision Assigning the Situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II”, 5 July 2004, ICC-02/04-1-Anx1; *see also* Kress, above n 37, pp. 946, 947.

<sup>41</sup> *See, for e.g.*, L. Yee, *The International Criminal Court and the Security Council: Articles 13(b) and 16*, [in:] R. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague 1999, p. 143.

<sup>42</sup> N. Jain, *A Separate Law for Peacekeepers: The Clash Between the Security Council and the International Criminal Court*, “European Journal of International Law” 2005, 16(2), 239.

<sup>43</sup> On 15 November 2013, the United Nations Security Council rejected a resolution from the African Union to suspend the trial of Kenyan President Uhuru Kenyatta and Deputy President William Ruto: *see* United Nations News Centre, ‘Security Council: bid to defer International Criminal Court cases of Kenyan leaders fails’, 15 November 2013, accessed at: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?www.wmo.int/www.iaea.org/html/www.sealthedeal2009.org/petition/realfile/html/story.asp?NewsID=46499&Cr=criminal+court&Cr1=>.

<sup>44</sup> International Criminal Court, above n 13, pp. 2–4.

Neither Sudan nor Libya are State Parties to the Rome Statute and therefore, it appears that Part 9 of the Rome Statute regulating the cooperation by States is not directly applicable to them. Accordingly, the Security Council, acting under Chapter VII of the United Nations Charter, obliges them to cooperate with the Court in its resolutions.<sup>45</sup>

One criticism that has been directed towards the ICC is based on the fact that all of the situations that have been referred to the ICC pertain exclusively to African States. However, the Prosecutor, on authorisation of the Pre-Trial Chamber, has only twice opened investigations *proprio motu*; in Kenya in relation to the 2007/2008 post-election violence in that country, and in Côte d'Ivoire in relation to alleged crimes within the ICC's jurisdiction committed since 19 September 2002.<sup>46</sup> All other situations have been triggered by self-referrals of African States or Security Council resolutions.

Thus, the Court can currently exercise its jurisdiction in relation to nine situations, five referred by States Parties through the process of self-referrals, two referred by the Security Council and two initiated by the Prosecutor. The next section will discuss the cases that have arisen out of each of these situations and their progress throughout the different stages of the ICC's judicial process, from the pre-trial stage to the appeals stage.

## V. The Judicial Process at the ICC

To date,<sup>47</sup> 21 cases have been brought before the ICC in relation to the nine situations within the ICC's jurisdiction. Five cases are currently at the trial stage and two at the appeals stage. The ICC has issued a total of 27 warrants of arrest and nine summonses to appear.<sup>48</sup> There are currently five persons in the custody of the Court.<sup>49</sup> These situations and cases will be discussed throughout the following sections, in line with the stage of proceeding relevant to each case – be it at the pre-trial, trial or appeals stage.

Article 34 (b) of the Rome Statute provides that the ICC shall be comprised of an Appeals Division, a Trial Division and a Pre-Trial Division. The Appeals Division is composed of the President and four other judges, and the Trial and Pre-Trial Divisions are each composed of no less than six judges.<sup>50</sup> Judges are assigned to the divisions in accordance with their expertise in criminal law and

<sup>45</sup> United Nations, Security Council, *Resolution 1593*, 31 March 2005, S/RES/1593 (2005); United Nations, Security Council, *Resolution 1970*, 26 February 2011, S/RES/1970 (2011).

<sup>46</sup> International Criminal Court, above n 13, pp. 2–4.

<sup>47</sup> The statistics in this article reflect the position of the ICC as of 20 December 2013.

<sup>48</sup> All nine appeared voluntarily before the ICC: International Criminal Court, above n 13, pp. 2–4.

<sup>49</sup> DRC: Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga and Bosco Ntaganda; CAR: Jean-Pierre Bemba Gombo; Cote d'Ivoire: Laurent Gbagbo: *Ibid.*

<sup>50</sup> Rome Statute, article 39(1).

procedure or international law, with the judges of the Trial and Pre-Trial Divisions coming from a predominantly criminal law background.<sup>51</sup> The judicial functions of the Chambers within these divisions will be discussed in the following subsections.

### A. The Pre-Trial Chamber

The Pre-Trial Division plays a unique role at the ICC. In accordance with regulation 46 (2) of the Regulations of the Court,<sup>52</sup> the Pre-Trial Chambers are assigned with specific situations and in charge of any ‘matter, request or information’ arising out of the situations assigned to it. The functions of the Pre-Trial Chamber are either carried out by three judges or a single judge of that Chamber.<sup>53</sup> The Pre-Trial Chamber is not an investigative chamber as in the French or Spanish legal systems; rather, its role is to preside over all processes and proceedings assigned to a judicial authority during the investigations and prosecutions that occur before a person charged is committed to the Trial Chamber for trial.

The more general role of the Pre-Trial Chamber is laid down in article 57 (3) of the Rome Statute. It includes issuing summonses and warrants on the request of the Prosecutor, safeguarding the interests of victims and witnesses, particularly their safety, physical and psychological well-being, as well as their dignity and privacy,<sup>54</sup> protecting confidential information, and seeking the cooperation of States, where necessary.

The precise scope of the role and responsibilities of the Pre-Trial Chamber during the investigative stage of proceedings is something that will need to be further refined by the ICC in its jurisprudence. In particular, a number of issues need to be addressed with respect to the division of powers between the Prosecutor and the Pre-Trial Chamber. While it is clear that the responsibility for the investigation lies with the Prosecutor, there are many outstanding questions that the ICC will need to resolve regarding the powers of the Pre-Trial Chamber in confirming charges, or allowing amendments to charges, as well regarding when an investigation needs to conclude.<sup>55</sup>

Another area of concern with regard to the Pre-Trial Chamber is the duration of pre-trial proceedings. On average, out of the nine completed confirmation

---

<sup>51</sup> Rome Statute, article 39(1).

<sup>52</sup> *Regulations of the Court*, 26 May 2004, ICC-BD/01-01-04, last amended on 14 November 2007, ICC-BD/01-02-07 (Regulations of the Court).

<sup>53</sup> Rome Statute, article 39(2)(b)(iii).

<sup>54</sup> For this purpose, the Pre-Trial Chamber may issue such orders as are necessary and take any other measure as may be required, taking into account the rights of the defence.

<sup>55</sup> See e.g. Trial Chamber V, “Decision on defence application pursuant to Article 64(4) and related requests”, 26 April 2013, ICC-01/09-02/11-728, paras 91, 117–123, but see Concurring Separate Opinions (ICC-01/09-02/11-728-Anx1, ICC-01/09-02/11-728-Anx2, ICC-01/09-02/11-728-Anx 4-Corr2-Red).

processes,<sup>56</sup> it took just under ten months from the suspect's initial appearance to the decision on the confirmation of charges. In the case of *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, based on the schedule outlined by Pre-Trial Chamber I in its decision adjourning the confirmation of charges,<sup>57</sup> the Pre-Trial Chamber will only issue a decision on the confirmation of the charges well over two years after Mr. Gbagbo's transfer into ICC custody on 30 November 2011. This is particularly concerning in light of the right of the accused to be tried without undue delay.<sup>58</sup> Furthermore, the length of these proceedings is concerning as lengthy pre-trial proceedings can lead to loss of evidence, unavailability of witnesses, and loss of public confidence in the ICC's procedures.

### **1. Functions of the Pre-Trial Chamber until a person's first appearance**

#### *(a) Overview*

Upon referral of a situation to the Pre-Trial Chamber, the Prosecutor must decide whether to open an investigation pursuant to article 53 (1) of the Rome Statute. For that purpose, she must make an initial examination of the evidence provided to her. Similarly, when acting on her own motion, she must carry out a preliminary examination before she can request the Pre-Trial Chamber to authorise an investigation pursuant to article 15 (4) of the Rome Statute. When an investigation has commenced, the Prosecutor should investigate incriminating and exonerating circumstances and decide whether to request the Pre-Trial Chamber to issue a warrant of arrest or a summons to appear in relation to specific persons suspected of having committed crimes falling within the ICC's jurisdiction. During the investigations, especially if there is a risk that certain evidence may not be available later for the purposes of the trial, the Pre-Trial

---

<sup>56</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06; *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10; *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain*, ICC-02/05-03/09; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08; *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11; *Prosecutor v. Uhuru Kenyatta*, ICC-01/09-01/11.

<sup>57</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", 3 June 2013, ICC-02/11-01/11-432. See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, "Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 3 June 2013 entitled "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute"", 16 December 2013, ICC-02/11-01/11-572 (OA 5).

<sup>58</sup> Rome Statute, article 67(1)(c). See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, "Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 July 2013 entitled "Third decision on the review of Laurent Gbagbo's detention pursuant to article 60(3) of the Rome Statute"", Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 29 October 2013, ICC-02/11-01/11-548-Anx2, paras 10–16.

Chamber may, upon request of the Prosecutor, take certain measures laid out in article 56 of the Rome Statute.<sup>59</sup>

Under article 58(1) of the Rome Statute, the Pre-Trial Chamber issues a warrant of arrest if it is satisfied that “[t]here are reasonable grounds to believe that the person has committed a crime within the jurisdiction of the Court”<sup>60</sup> and if the person’s arrest appears necessary for reasons enumerated in subparagraph b: risk of flight; risk of obstruction or endangerment of the investigation or proceedings; risk of continued commission of crimes. Upon issuance of a warrant of arrest, it is a question of state cooperation as to whether an accused person is arrested and surrendered to the ICC. When the accused arrives at the Court, the Pre-Trial Chamber schedules a first appearance.

*(b) Current cases at this stage and cases that concluded at this stage*

In the situation in Uganda, five warrants of arrest have been issued against the five top members of the Lord’s Resistance Army (LRA). While the proceedings against Mr Lukwiya were terminated following confirmation of his death, the four remaining suspects are still at large.<sup>61</sup>

In the situation in Darfur, Sudan, warrants of arrests were issued against high-ranking members of the Sudanese government. On 4 March 2009, Pre-Trial Chamber I issued the first warrant of arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, the President of the Republic of Sudan, for war crimes and crimes against humanity,<sup>62</sup> but ruled that there was insufficient evidence to prosecute Al Bashir for genocide.<sup>63</sup> Upon concluded appeal proceedings,<sup>64</sup> Pre-Trial Chamber I issued a second warrant of arrest for three separate counts of genocide, crimes against humanity and war crimes on 12 July 2010.<sup>65</sup> Al Bashir was the first sitting head of state to receive an arrest warrant by the ICC.

In the situation in Libya, on 27 June 2011, Pre-Trial Chamber I issued three warrants of arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif

---

<sup>59</sup> These measures may include, *inter alia*, appointing an expert or authorising a counsel for a person who has been arrested, or appeared before the Court in response to a summons, to participate, or where there has not yet been such an arrest or appearance or counsel has not been designated, appointing another counsel to attend and represent the interests of the defence.

<sup>60</sup> Rome Statute, art. 58(1)(a).

<sup>61</sup> International Criminal Court, “Situations: Uganda”, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/related%20cases/icc%200204%201015/Pages/uganda.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/related%20cases/icc%200204%201015/Pages/uganda.aspx).

<sup>62</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09.

<sup>63</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir” with Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09.

<sup>64</sup> .....

<sup>65</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, 12 July 2010, ICC-02/05-01/09.

Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi for crimes against humanity (murder and persecution through the State apparatus and Security Forces) allegedly committed from 15 to 28 February 2011 across Libya.<sup>66</sup> None of the suspects are in the custody of the court. The case against Muammar Gaddafi was formally terminated on 22 November 2011 due to his death.<sup>67</sup> On 31 May 2013, Pre-Trial Chamber I rejected Libya's challenge to the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi.<sup>68</sup> This decision has been appealed by Libya. On 11 October 2013, Pre-Trial Chamber I decided that the case against Abdullah Al-Senussi was inadmissible as it is currently the subject of domestic proceedings in Libya.<sup>69</sup> This decision has been appealed by the Defence.

In the situation in Côte d'Ivoire, on 29 February 2012, Pre-Trial Chamber III issued a warrant of arrest for Simone Gbagbo for four counts of crimes against humanity allegedly committed in Côte d'Ivoire between 16 December 2010 and 12 April 2011.<sup>70</sup> On 21 December 2011, Pre-Trial Chamber III issued a warrant of arrest against Charles Blé Goudé for four counts of crimes against humanity allegedly committed in Côte d'Ivoire between 16 December 2010 and 12 April 2011.<sup>71</sup>

## 2. The confirmation of charges procedure

### (a) Overview

The confirmation of charges procedure at the ICC, which includes the holding of a hearing, is unique amongst international criminal tribunals. The aim of the proceedings, as stressed by the Pre-Trial Chambers, is to filter out cases that lack merit in order to promote expeditious and fair trials.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, "Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi", 27 June 2011, ICC-01/11-13; Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, "Warrant of Arrest for Saif Al-Islam Gaddafi", 27 June 2011, ICC-01/11-14; Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, "Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi", 27 June 2011, ICC-01/11-15.

<sup>67</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Decision to Terminate the Case Against Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi", 22 November 2011, ICC-01/11-01/11-28.

<sup>68</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi", 31 May 2011, ICC-01/11-01/11-344-Red.

<sup>69</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", 11 October 2013, ICC-01/11-01/11-466-Red.

<sup>70</sup> Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Simone Gbagbo*, "Warrant of Arrest for Simone Gbagbo", 29 February 2012, ICC-02/11-01/12-1-US-Exp.

<sup>71</sup> Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, "Warrant of Arrest for Charles Blé Goudé", 21 December 2011, ICC-02/11-02/11-1-US-Exp.

<sup>72</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, "Decision on the confirmation of charges", 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, para. 37; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, "Decision on the confirmation of charges", 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 63; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Abu Garda*, "Decision on the Confirmation of Charges", 8 February

The Prosecutor is obliged to file a document containing the charges with the Pre-Trial Chamber. This document must set out the alleged facts, as well as their legal classification.<sup>73</sup> Under article 61(7) of the Rome Statute, the Pre-Trial Chamber must determine “whether there is sufficient evidence to establish substantial grounds to believe that the person committed each of the crimes charged”. If the threshold is satisfied, it may confirm the charges and commit the accused to trial. If the evidentiary threshold is not met, the Pre-Trial Chamber may either decline to confirm the charges, or adjourn the hearing to request the Prosecutor to provide further evidence or conduct further investigation in relation to a particular charge, or ask the Prosecutor to amend a charge where the evidence submitted appears to establish a different crime within the jurisdiction of the Court.<sup>74</sup>

Out of nine confirmation hearings, the Court has confirmed charges in four cases<sup>75</sup>, declined to confirm charges in four cases<sup>76</sup>, adjourned the hearing to

---

2010, ICC-02/05-02/09-243-Red, para. 39; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bemba*, “Decision Pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424, para. 28; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Banda and Jerbo*, “Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, 7 March 2011, ICC-02/05-03/09-121, para. 31; Pre-Trial Chamber I, “Decision on the confirmation of charges”, *Prosecutor v. Mbarushimana*, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, para. 41; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red, para. 52; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373, para. 40; see also V. Nerlich, *The Confirmation of Charges Procedure at the International Criminal Court*, “Journal of International Criminal Justice” 2012, 10, 1339, 1347.

<sup>73</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 121(3), (4); Regulations of the Court, regulation 52.

<sup>74</sup> Rome Statute, art. 61 (7). See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 July 2013 entitled “Third decision on the review of Laurent Gbagbo’s detention pursuant to article 60(3) of the Rome Statute””, Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 29 October 2013, ICC-02/11-01/11-548-Anx2, para. 3.

<sup>75</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Banda and Jerbo*, “Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, 7 March 2011, ICC-02/05-03/09-121; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373 (the Chamber confirmed the charges against Ruto and Sang and declined to confirm the charges against Kosgey); Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red (the Chamber confirmed the charges against Muthaura and Kenyatta and declined to confirm the charges against Ali).

<sup>76</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Abu Garda*, “Decision on the Confirmation of Charges”, 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373 (the Chamber confirmed the charges against Ruto and Sang and declined to confirm the charges against Kosgey); Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Decision on the Confirmation of Charges pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute”, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red (the Chamber confirmed the charges against Muthaura and Kenyatta and declined to confirm the charges against Ali); Pre-Trial Chamber I, “Decision on the confirmation of charges”, *Prosecutor v. Mbarushimana*, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red.



request further evidence or investigation in one case<sup>77</sup>, and has requested the Prosecutor to amend the charges where the evidence appeared to establish a different crime in one case.<sup>78</sup> In addition, in *Prosecutor v. Lubanga*, the Pre-Trial Chamber confirmed the charges, not only in respect of recruitment and use of child soldiers in a non-international armed conflict<sup>79</sup>, as pleaded in the document containing the charges, but also in respect of this war crime committed in an international armed conflict<sup>80</sup>, without first inviting the Prosecutor to amend the charges.<sup>81</sup>

(a) *Current cases at this stage and cases that concluded at this stage*

In the situation in Darfur/Sudan, on 18 May 2009, Bahar Idress Abu Garda voluntarily appeared before the Pre-Trial Chamber; however, Pre-Trial Chamber I declined to confirm the charges against him.<sup>82</sup>

In the situation in the Democratic Republic of the Congo, Callixte Mbarushimana was arrested by French authorities on 11 October 2010. However, on 16 December 2011, Pre-Trial Chamber I declined to confirm the charges against him<sup>83</sup> and he was released from ICC custody on 23 December 2011.<sup>84</sup> On 22 March 2013, Bosco Ntaganda surrendered himself and is currently in

<sup>77</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute”, 3 June 2013, ICC-02/11-01/11-432; see also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 July 2013 entitled “Third decision on the review of Laurent Gbagbo’s detention pursuant to article 60(3) of the Rome Statute””, Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 29 October 2013, ICC-02/11-01/11-548-Anx2, para. 9.

<sup>78</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bemba*, “Decision Pursuant to Art. 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424 (the Pre-Trial Chamber confirmed at the end of the confirmation proceedings the majority of the charges based on superior responsibility under article 28 as a mode of liability and not based on commission-liability under article 25(3)(a), as pleaded by the Prosecutor).

<sup>79</sup> Rome Statute, art. 8(2)(e)(vii).

<sup>80</sup> Rome Statute, art. 8(2)(b)(xxvi). It did this by virtue of Uganda’s presence in Ituri from July 2002 to 2 June 2003.

<sup>81</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN. However, the Trial Chamber reclassified the conflict as a non-international armed conflict and determined that article 8(2)(b)(xxvi), dealing with international armed conflicts, did not apply: Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842.

<sup>82</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Decision on the Confirmation of Charges”, 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red.

<sup>83</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the confirmation of charges”, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red.

<sup>84</sup> International Criminal Court, “Democratic Republic of the Congo: ICC-01/04-01/10 The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana”, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040110/Pages/icc01040110.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc01040110/Pages/icc01040110.aspx).

1/2014

ICC custody.<sup>85</sup> His confirmation of charges hearing is scheduled to commence on 10 February 2014.<sup>86</sup>

In the situation in the Republic of Kenya, on 7 and 8 April 2011, responding to summonses to appear issued on 8 March 2011, six Kenyan citizens voluntarily appeared before the Court. On 23 January 2012, the charges against William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang on the one hand, and Uhuru Muigai Kenyatta and Francis Kirimi Muthaura on the other, for crimes against humanity, were confirmed in two different decisions.<sup>87</sup> Charges against the two other suspects were not confirmed. The charges against Francis Kirimi Muthaura were withdrawn on 18 March 2013.<sup>88</sup>

In the situation in Côte d'Ivoire, following the issuance of a warrant of arrest on 23 November 2011<sup>89</sup>, Laurent Gbagbo was transferred to the ICC detention centre by Ivorian authorities on 30 November 2011. On 3 June 2013, Pre-Trial Chamber I adjourned the hearing on the confirmation of charges of Laurent Gbagbo and requested the Prosecutor to provide further evidence or conduct further investigation with respect to the charges.<sup>90</sup>

### 3. *The issue of inter-partes disclosure of evidence*

One recurring issue for the ICC has been the requisite scope for disclosure of evidence between the parties, which becomes a particularly delicate legal issue when it conflicts with provisions of the Rome Statute related to the protection of sensitive information provided by States (or inter-governmental organisations) or the protection of victims and witnesses, who are often located in remote areas thousands of kilometres from the seat of the Court.

The first general rule of disclosure is that the Prosecutor shall disclose to the accused, as soon as practicable, all evidence which is potentially exculpatory or would tend to mitigate the guilt of the accused.<sup>91</sup> Secondly, the Prosecutor shall disclose, under rule 76 of the Rules of Procedure and Evidence, the names and

---

<sup>85</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, "Decision on Setting the Date for the Initial Appearance and Related Issues", 22 March 2013, ICC-01/04-02/06-41, para. 7.

<sup>86</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, "Decision on the "Prosecution's Urgent Request to Postpone the Date of the Confirmation Hearing" and Setting a New Calendar for the Disclosure of Evidence Between the Parties", 17 June 2013, ICC-01/04-02/06-73.

<sup>87</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, "Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute", 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373; Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, 23 January 2012, ICC-01/09-02/11-382-Red.

<sup>88</sup> Trial Chamber V, *Prosecution v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, "Decision on the withdrawal of charges against Mr Muthaura", 18 March 2013, ICC-01/09-02/11-696.

<sup>89</sup> Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, "Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo", 23 November 2011, ICC-02/11-26-US-Exp.

<sup>90</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, "Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c)(i) of the Rome Statute", 3 June 2013, ICC-02/11-01/11-432.

<sup>91</sup> Rome Statute, art. 67(2).

statements of witnesses she intends to rely on. Under rule 77, the Prosecutor shall permit the defence to inspect any evidence that is “material to the preparation of the defence or [is] intended for use by the Prosecutor as evidence for the purposes of the confirmation hearing or at trial ... or [was] obtained from or belonged to the [accused].”<sup>92</sup> A number of articles also qualify the scope of this disclosure and provide further disclosure obligations.<sup>93</sup>

There is a split between the approaches taken by different Pre-Trial Chambers on whether disclosure of exculpatory evidence occurs *only* between the parties, or whether articles 67(1) and 69(3) of the Rome Statute also give the Pre-Trial Chamber the authority to request that all exculpatory evidence be disclosed *to the Chamber* during the pre-trial proceedings.<sup>94</sup> While rule 121(2)(c) states that all evidence disclosed between the parties for the purposes of the confirmation hearing shall be communicated to the Pre-Trial Chamber, the words “all evidence” may be interpreted in a broad sense as all evidence disclosed, or in a narrow sense as all evidence on which the prosecution intends to rely at the confirmation hearing. In the case of *Prosecutor v. Lubanga*, the Pre-Trial Chamber upheld the latter interpretation and determined that exculpatory evidence and evidence in the possession of the Prosecutor that is material to the Defence’s preparation for the confirmation hearing only needs to be disclosed *inter partes* to the Defence and need not be communicated to the Pre-Trial Chamber.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> *Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court*, 9 September 2002, ICC-ASP/1/3 (Rules of Procedure and Evidence), rule 77.

<sup>93</sup> Article 61(3) regulates disclosure in the lead-up to the confirmation hearing; article 64(3)(c) and article 64(6)(d) concern disclosure prior to trial and production of additional evidence; article 68(5) regulates protection of information as to witnesses prior to the commencement of the trial; article 54(3)(e) regulates protection of information obtained on condition of confidentiality and solely for the purpose of generating new evidence; article 72 regulates protection of national security information and documents; article 93(8)(b) and (c) regulate protection of information provided by a State on a confidential basis solely for the purpose of generating new evidence. The disclosure regime is further elaborated in the Rules of Procedure and Evidence, rules 76–84, 121, (rules 129, 130 and 131 regulate that the record of the proceedings be transmitted to the Trial Chamber).

<sup>94</sup> Compare Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Second Decision on Issues Relating to Disclosure”, 15 July 2009, ICC-02/05-02/09-35, para. 9 (noting that parties are not required to communicate to the Chamber materials on which they do not intend to rely, including potentially exculpatory materials), and Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Decision on Issues Relating to Disclosure”, 29 June 2010, ICC-02/05-03/09-49, para. 5 (confirming that materials subject to disclosure, on which the parties do not intend to rely, including those of a potentially exculpatory nature, need not be communicated to the Chamber), with Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure Between the Parties”, 31 July 2009, ICC-01/05-01/08-55, paras 16–19 (explaining that under articles 61(7) and 69(3) of the Rome Statute, the Chamber “cannot fulfill [its] function at the pre-trial stage without having access to the evidence exchanged between the Prosecutor and the defence, in particular to exculpatory evidence”).

<sup>95</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, “Decision on the Final System of Disclosure and the Establishment of a Timetable”, 15 May 2006, ICC-01/04-01/06-102, annex 1, paras 41, 50–51. This practice was also followed in Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, 14 December 2007, ICC-01/04-01/07-T, p. 4 lines 14–22; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Second Decision on Issues Relating to Disclosure”, 15 July 2009, ICC-02/05-02/09-35, paras 9, 11; Pre-Trial Chamber I,

1/2014

However, in *Prosecutor v. Bemba*, the Pre-Trial Chamber concluded that “the Chamber should not be confined to the evidence which the parties intend to rely on for the purposes of the confirmation hearing [...] [T]he Chamber’s role is to distinguish those cases that should go to trial from those that should not. The Chamber considers that it cannot fulfil this filtering function at the pre-trial stage without having access to the evidence exchanged between the prosecutor and the defence, in particular to exculpatory evidence.”<sup>96</sup>

The dissenting judge in the *Prosecutor v. Abu Garda* decision described the divergence of opinions as follows:

[T]he provisions relevant to the disclosure process at the pre-trial stage in preparation of the confirmation hearing have been construed in different manners by different Pre-Trial Chambers of the Court. This difference in approach stems not only from a different reading of the relevant provisions but also, more broadly, from different conceptions of the role of the Pre-Trial Chamber [...] within the context of both the disclosure process and the pre-trial procedure as a whole.<sup>97</sup>

This issue in regard to the interpretation of the disclosure obligation is one example of the challenges faced by an international court operating in a global context. The issue reflects the aforementioned different conceptions of the role of the ICC and specifically, the role of the Pre-Trial Chamber within the legal framework of the ICC.

## B. The Trial and Appeals Chambers

### 1. Overview and Current Issues

If the Pre-Trial Chamber confirms the charges against an accused, the case is remitted to the Trial Chamber. The Trial Chamber controls the trial preparation phase, including the disclosure process between the parties, and conducts the trial hearing.<sup>98</sup>

---

*Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Decision on Issues Relating to Disclosure”, 29 June 2010, ICC-02/05-03/09-49, paras 5, 6; Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Mbarushimana*, “Decision on issues relating to disclosure”, 30 March 2011, ICC-01/04-01/10-87, para. 9; see also Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Gbagbo*, “Decision establishing a disclosure system and a calendar for disclosure”, 24 January 2012, ICC-02/11-01/11-30, paras. 12–13.

<sup>96</sup> Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Bemba*, “Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties”, 31 July 2008, ICC-01/05-01/08-55, para. 11. This approach was also followed in Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters”, 6 April 2011, ICC-01/09-01/11-44, paras 4, 6; Pre-Trial Chamber III, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other related Matters”, 6 April 2011, ICC-01/09-02/11-48, paras 5, 7.

<sup>97</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Second Decision on Issues Relating to Disclosure”, Dissenting Opinion of Judge Tarfusser, 15 July 2009, ICC-02/05-02/09-35, para 1.

<sup>98</sup> See Rome Statute, art. 64.

Of essence to an effective trial preparation phase is the proper division of powers between the Pre-Trial Chamber and the Trial Chamber. Out of the five cases that have proceeded to the trial stage of proceedings,<sup>99</sup> the average time between the first appearance of a suspect before the Pre-Trial Chamber and the commencement of the trial is approximately two years and 3 months. While one of the purposes for creating the pre-trial processes at the ICC was to expedite proceedings,<sup>100</sup> this length of time appears to be commensurate with the time taken at other international tribunals. The lack of a streamlined division of powers between the Pre-Trial Chambers and the Trial Chamber provides one explanation for the length of this process. The Pre-Trial Chambers focus in their decisions on the purpose of the confirmation hearing and the standard for confirming the charges against an accused, and not on decisions regarding the preparation of the trial. However, the Trial Chambers do not often continue the processes relevant to disclosure of evidence that have been initiated by the Pre-Trial Chambers, rather, the Trial Chamber will often start new adjudication processes.<sup>101</sup> While materials disclosed between the parties before the Pre-Trial Chambers will be included in the record that is transmitted to the Trial Chambers,<sup>102</sup> most Trial Chambers allow disclosure between the parties without inclusion of such materials in the record. It will be the task of the jurisprudence, and perhaps the legislators<sup>103</sup> in the coming years to streamline these procedures in order to further expedite the commencement of the trial.

The first trials that have taken place before the ICC have brought to light many issues that are intimately connected with the fact that investigations for all of the situations before the ICC have occurred in the context of conflicts.<sup>104</sup> In the Lubanga proceedings, the Trial Chamber refrained from relying on all witnesses who were allegedly child soldiers of the UPC/FPLC in Ituri/DRC who Mr Lubanga allegedly enlisted, conscripted or used to participate actively in hostilities. The main reason for this decision appears to be that the intermediaries between the Prosecutor's staff and the witnesses were not trustworthy or

---

<sup>99</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06; *Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07; *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08; *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11.

<sup>100</sup> See *supra*, p. 14, fn. 72.

<sup>101</sup> See e.g. Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Decision on the status before the Trial Chamber of the evidence heard by the Pre-Trial Chamber and the decisions of the Pre-Trial Chamber in trial proceedings, and the manner in which such evidence shall be submitted", 13 December 2007, ICC-01/04-01/06-1084, paras 4-6; see also *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, "Judgment on the appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo and the Prosecutor against the decision of Trial Chamber III entitled 'Decision on the admission into evidence of materials contained in the prosecution's list of evidence'", 3 May 2011, ICC-01/05-01/08-1386 (OA 5, OA 6).

<sup>102</sup> Rules of Procedure and Evidence, rules 121 (10), 130 (but see *supra*, under the heading "The issue of inter-partes disclosure of evidence").

<sup>103</sup> For the role and powers of the Assembly of States Parties, see Rome Statute, art. 112.

<sup>104</sup> See e.g. *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, "Decision on the defence request for a temporary stay of proceedings", 26 October 2012, ICC-02/05-03/09-410.

reliable.<sup>105</sup> The Trial Chamber, in reaching this decision, referred to the specific problems in investigating the alleged conduct due to the situation in Ituri/DRC. Due to the ongoing nature of many of the conflicts in the situations within the ICC's jurisdiction, the ICC has relied, in many instances, on materials of intergovernmental institutions that are provided to the ICC under the seal of confidentiality. This practice has generated many issues for the ICC with regard to the disclosure of such materials.<sup>106</sup>

Another issue that has affected the progression of cases to the Trial Chamber is that the ICC has limited investigatory powers, particularly when compared to other domestic courts and the *ad hoc* tribunals. For example, the ICC cannot issue *subpoena* orders in order to coerce witnesses to give testimony at a trial.

The trial is concluded after the presentation of evidence, with the closing statements of the parties. Thereupon, the Trial Chamber may either acquit or convict the accused. In the case of a conviction, the Trial Chamber must issue a sentencing decision, and must hold an additional hearing if so requested by a party.<sup>107</sup> There is no minimum sentence; however, the Rome Statute provides for a maximum sentence of 30 years imprisonment or life imprisonment "when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person".<sup>108</sup> Furthermore, the Trial Chamber is authorised to commence reparation proceedings and to issue a reparations order for the benefit of the victims.<sup>109</sup>

The verdict, the sentencing and the reparations decisions may be appealed to the Appeals Chamber.<sup>110</sup> The Appeals Chamber has the power to confirm, amend or reverse the decision on guilt and innocence.<sup>111</sup> The primary role of the Appeals Chamber is as a chamber of review as it largely focuses on errors alleged by the appellants.<sup>112</sup> Only if any such errors materially affect the impugned decision will the Appeals Chamber reverse the impugned decision and, where necessary, remit the case to a new Trial Chamber.<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> See Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, paras 482-484; see also *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* "Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I of 8 July 2010 entitled 'Decision on the Prosecution's Urgent Request for Variation of the Time-Limit to Disclose the Identity of intermediary 143 or Alternatively to Stay Proceedings Pending Further Consultations with the VWU'", 8 October 2010, ICC-01/04-01/06-2582 (OA 18).

<sup>106</sup> See, for example, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Redacted Decision on the Prosecution's Request for Non-Disclosure of Information in Six Documents", 25 July 2011, ICC-01/04-01/06-2763-Red.

<sup>107</sup> Rome Statute, art. 76.

<sup>108</sup> Rome Statute, art. 77.

<sup>109</sup> Rome Statute, art. 75.

<sup>110</sup> Rome Statute, art. 81.

<sup>111</sup> Rome Statute, art. 83(2).

<sup>112</sup> Rome Statute, art. 81(1), (2).

<sup>113</sup> Rome Statute, art. 83(2).

## 2. Current cases at these stages and cases that concluded at these stages

In the situation in the DRC, two cases against three accused have proceeded to trial stage.<sup>114</sup> The president of the ‘Union des Patriotes Congolais’, Thomas Lubanga Dyilo, was arrested on 17 March 2006 in Kinshasa and was convicted by Trial Chamber I on 14 March 2012 for the war crimes of conscripting and enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups and using them to participate actively in hostilities.<sup>115</sup> On 10 July 2012, he was sentenced to fourteen years of imprisonment.<sup>116</sup> Both of these decisions have been appealed.<sup>117</sup> The originally joint proceedings commencing on 24 November 2009 against the alleged leader of the “Force de résistance patriotique en Ituri”, Germain Katanga, and the “Front des nationalistes et intégrationnistes”, Mathieu Ngudjolo Chui, for crimes against humanity and war crimes arising out of the attack on the village Bogoro (Ituri) and its civilian population in March 2003,<sup>118</sup> were severed by Trial Chamber II on 21 November 2012.<sup>119</sup> On 18 December 2012, Trial Chamber II acquitted Mathieu Ngudjolo Chui of the charges and ordered his immediate release.<sup>120</sup> The Office of the Prosecutor appealed this decision. Trial Chamber II has announced that it will likely change the level of participation alleged against Germain Katanga, and has given the Defence time to prepare accordingly.<sup>121</sup> The trial judgment is scheduled to be delivered on 7 February 2014.<sup>122</sup>

On 17 June 2010, Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus voluntarily appeared before the Court in a case arising from the

<sup>114</sup> *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06; *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07; *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/07.

<sup>115</sup> Rome Statute, art. 8 (2)(e)(vii); Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842.

<sup>116</sup> Trial Chamber I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 July 2012, ICC-01/04-01/06-2901.

<sup>117</sup> See Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Mr Thomas Lubanga’s appellate brief against the 14 March 2012 Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 3 December 2012, ICC-01/04-01/06-2948-Conf-tENG; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Mr Thomas Lubanga’s appellate brief against Trial Chamber I’s 10 July 2012 Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 3 December 2012, ICC-01/04-01/06-2949-tENG.

<sup>118</sup> See International Criminal Court, “Situations: Democratic Republic of the Congo”, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200107/Pages/democratic%20republic%20of%20the%20congo.aspx).

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> Trial Chamber II, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, 18 December 2012, ICC-01/04-01/12-3-tENG.

<sup>121</sup> Trial Chamber II, *Prosecutor v. Germain Katanga*, “Decision on the Defence requests set forth in observations 3379 and 3386 of 3 and 17 June 2013”, 26 June 2013, ICC-01/04-01/07-3388-Teng; Trial Chamber II, *Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment on the appeal of Mr Germain Katanga against the decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 entitled “Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons””, 27 March 2013, ICC-01/04-01/07-3363.

<sup>122</sup> La Chambre de Première Instance II, *Le Procureur c. Germain Katanga*, “Ordonnance fixant la date de l’audience de prononcé du jugement”, 19 Novembre 2013, ICC-01/04-01/07-3420.

1/2014

situation in Darfur/Sudan. On 7 March 2011, Pre-Trial Chamber I confirmed the charges of war crimes, in particular for intentionally directing attacks against personnel, installations, material, units or vehicles involved in humanitarian assistance or peacekeeping missions in accordance with the Charter of the United Nations.<sup>123</sup> Proceedings against Saleh Mohammed Jerbo Jamus were terminated on 4 October 2013 after Trial Chamber IV received evidence pointing towards his death.<sup>124</sup> The trial against Abdallah Banda Abakaer Nourain is scheduled to commence on 5 May 2014.<sup>125</sup>

In the situation in the CAR, proceedings have been brought against the alleged leader of the “Mouvement de libération de Congo” (MLC), Jean-Pierre Bemba Gombo, who was arrested on 24 August 2008 in Belgium. On 15 June 2009, Pre-Trial Chamber II confirmed two charges of crimes against humanity (in particular, the crime of rape) and three charges of war crimes, allegedly committed in 2003 by members of the MLC in CAR under his command.<sup>126</sup> The trial is at the final stages before Trial Chamber III and commenced on 22 November 2010.<sup>127</sup>

The main proceedings against Kenya’s current Vice President, William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang commenced on 10 September 2013<sup>128</sup> and the trial against Uhuru Muigai Kenyatta is scheduled to commence on 5 February 2014.<sup>129</sup> An issue that arose at the beginning of the trial in *Prosecutor v. Ruto* is whether the accused needed to be present during the trial or whether he could be excused, upon his own request, from long periods of trial. Trial Chamber Va allowed Mr Ruto to be absent due to the important functions that he had to carry out as Deputy President of Kenya.<sup>130</sup> This decision was reversed on appeal by reference to articles 63 and 27 of the Rome Statute. Nevertheless, the majority of the Appeals Chamber held that short exceptions to the requirement

---

<sup>123</sup> Rome Statute, art. 8(2)(e)(iii); see also Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”, 7 March 2011, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red.

<sup>124</sup> Trial Chamber IV, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Public redacted Decision terminating the proceedings against Mr Jerbo”, 4 October 2013, ICC-02/05-03/09-512-Red.

<sup>125</sup> Trial Chamber IV, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Decision concerning the trial commencement date, the date for final prosecution disclosure, and summonses to appear for trial and further hearings”, 6 March 2013, ICC-02/05-03/09-455.

<sup>126</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision Pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424.

<sup>127</sup> Transcript of hearing, 21 October 2010, ICC-01/05-01/08-T-30-ENG ET, page 4, lines 18 to 20.

<sup>128</sup> Trial Chamber V(a), *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on prosecution requests to add witnesses and evidence and defence requests to reschedule the trial start date”, 3 June 2013, ICC-01/09-01/11-762.

<sup>129</sup> Trial Chamber V(b), *Prosecution v. Uhuru Muigai Kenyatta*, “Decision adjourning commencement of trial”, 31 October 2013, ICC-01/09-02/11.

<sup>130</sup> Trial Chamber V(a), *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11-777.



that the accused be present at trial may be possible on a case-by-case basis.<sup>131</sup> In response, the Assembly of States Parties introduced, upon motion of the African Union, the new rule 134*quater* allowing in specific instances, with the leave of the Trial Chamber, for the accused to be absent from the trial, including in order to carry out extraordinary public duties.<sup>132</sup>

## C. Other proceedings before the ICC

### 1. Revision and compensation

Revision proceedings are provided for in article 84 of the Rome Statute. Under this provision, a final judgment may be reviewed in circumstances where new evidence has been discovered, decisive evidence is found to have been forged or falsified, or judges on the bench have committed serious misconduct or a serious breach of duty. Furthermore, article 85 of the Rome Statute states that a victim of an unlawful arrest or detention by the ICC has the right to compensation. Neither of these provisions has been applied by the ICC to date.

### 2. Execution of sentence

The execution of a sentence that has been handed down by the Trial Chamber or Appeals Chamber is a matter assigned to the Presidency of the ICC.<sup>133</sup> A term of imprisonment is usually not served in the detention centre of the ICC, but in prisons of other countries. For this purpose, the ICC has concluded bilateral agreements with States that have agreed to host a convicted person to serve the term of his/her ICC sentence. Domestic procedures relevant to pardon or the review of sentence are not applicable to the persons convicted by the ICC.<sup>134</sup> A convicted person may only request early release from the Appeals Chamber after they have served two thirds of their sentence or 25 years if a sentence of life imprisonment was imposed.<sup>135</sup> In the case of *Prosecutor v. Lubanga*, while Mr Lubanga has been sentenced to a term of 14 years of imprisonment, his final appeal is currently pending before the Appeals Chamber.

---

<sup>131</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Jushua Arap Sang*, “Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled “Decision on Mr Ruto’s Request for Excusal from Continuous Presence at Trial”, 25 October 2013, ICC-01/09-01/11-1066 (OA 5). See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Jushua Arap Sang*, “Joint Separate Opinion of Judge Erkki Kourula and Judge Anita Ušacka”, 25 October 2013, ICC-01/09-01/11-1066-Anx (OA 5).

<sup>132</sup> Assembly of States Parties, *Amendments to the Rules of Procedure and Evidence*, 27 November 2013, 12<sup>th</sup> plenary meeting of the Assembly of States Parties, ICC-ASP/12/Res.7.

<sup>133</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 199.

<sup>134</sup> Rome Statute, art. 110.

<sup>135</sup> Rome Statute, art. 110 (3).

### 3. *Proceedings pursuant to article 70 of the Rome Statute*

Pursuant to article 70 of the Rome Statute, the ICC has jurisdiction over specifically enumerated offences against the administration of justice. These offences include corruptly influencing a witness and knowingly presenting false or forged evidence. The relevant proceedings follow, to a large degree, the same procedural stages as the main proceedings before the Court, i.e. there is a pre-trial, trial and appeals stage relevant to persons charged with such crimes.<sup>136</sup>

In the situation in Kenya, on 2 October 2013, Pre-Trial Chamber II unsealed an arrest warrant against Walter Osapiri Barasa, initially issued on 2 August 2013, for several offences against the administration of justice, consisting in corruptly or attempting to corruptly influence ICC witnesses.<sup>137</sup> In the situation in the CAR, four arrest warrants were issued for such crimes and all of the persons made their first appearance before the ICC.<sup>138</sup>

### 4. *Proceedings relevant to the elected officials of the ICC*

The legal texts comprehensively address matters relevant to the independence and impartiality of elected officials of the ICC as well as to their misconduct.

The 18 Judges, the Prosecutor and the Deputy Prosecutor of the ICC are elected for a non-renewable term of nine years by the Assembly of States Parties.<sup>139</sup> The plenary of judges elects the Registrar and Deputy Registrar for a five-year term.<sup>140</sup>

The impartiality and independence of the elected officials is the basis for a credible ICC. With regard to this, article 40 of the Rome Statute provides that judges shall not engage in any activities which are “likely to interfere with their judicial functions or to affect confidence in their independence”. Furthermore, judges called to serve on a full-time basis may not engage in any other occupation. The plenary of judges is tasked with overseeing matters relevant to the independence of their fellow judges.

Article 41 of the Rome Statute provides an avenue for judges to recuse themselves from cases in relation to which their impartiality might reasonably be doubted. The Presidency has the final say in that matter. If the Prosecutor or the defence consider that a judge is impartial or appears to be impartial,

---

<sup>136</sup> Rule of Procedure and Evidence, rules 163, 165.

<sup>137</sup> Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa*, “Warrant of arrest for Walter Osapiri Barasa”, 2 August 2013, ICC-01/09-01/13-1-Red2.

<sup>138</sup> See ICC Press Release, 24 November 2013, ICC-CPI-20131124-PR962, available at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr962.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr962.aspx)

<sup>139</sup> Rome Statute, arts. 36, 42.

<sup>140</sup> Rome Statute, art. 43 (4), (5).

they may request the plenary of judges to make a decision on that matter. The plenary of judges twice made decisions on such requests.<sup>141</sup>

The Prosecutor is required to exercise her functions independently and impartially. Article 42 of the Rome Statute provides that a “person being investigated or prosecuted” may request the Prosecutor’s or Deputy Prosecutor’s disqualification before the Appeals Chamber. Such requests have been filed twice before the ICC.<sup>142</sup>

Finally, innovative in this point compared to any other statute of international tribunals, the legal texts comprehensively address matters relevant to misconduct. If elected officials commit serious misconduct or serious breaches of their duties, they can be removed from office.<sup>143</sup> If they commit misconduct of a less serious nature, they can be subject to disciplinary measures.<sup>144</sup>

#### D. Victim Participation at the ICC

Providing remedies to victims of crimes finds its roots in the earliest societies and in many early religious traditions.<sup>145</sup> Generally, provisions for such remedies were “seen as a way to settle disputes between the offender and the victim, thus preventing individualized vindication and further disturbances of the peace.”<sup>146</sup>

The Rome Statute provides one of the most advanced schemes for victims’ rights in international criminal justice, by way of victims’ participation in proceedings and the forms of redress available to victims.<sup>147</sup> Victims who wish to participate in proceedings must first submit a written application to the ICC’s Registrar, who will then redirect the application to the appropriate Chamber.<sup>148</sup>

<sup>141</sup> *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision of the plenary of judges on the Defence Application of 20 February 2013 for the disqualification of Judge Sang-Hyun Song from the case of *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*” 11 June 2013, *Prosecutor v. Banda and Jerbo*, ICC-01/04-01/06-3040-Anx; “Decision of the plenary of the judges on the ‘Defence Request for the Disqualification of a Judge’ of 2 April 2012”, 5 June 2012, ICC-02/05-03/09-344-Anx.

<sup>142</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the request to temporarily suspend the Prosecutor from conducting any prosecutorial activities related to the case pending the determination of the request for disqualification”, 11 May 2013, ICC-01/11-01/11-140 (OA 3); Appeals Chamber, *Situation in the Republic of Kenya*, “Decision on the request for reconsideration of the decision on the request for the disqualification of the Prosecutor in the investigation against Mr David Nyekorach-Matsanga”, 22 April 2013, ICC-01/09-111 (OA 2).

<sup>143</sup> See Rome Statute, art. 46; Rules of Procedure and Evidence, rules 24, 26, 27, 28, 29, 31; Regulations of the Court, chapter 8.

<sup>144</sup> See Rome Statute, art. 47; Rules of Procedure and Evidence, rules 25, 26, 27, 30; Regulations of the Court, Chapter 8.

<sup>145</sup> See M. Cherif Bassiouni, “Victim’s Rights”, in M. Cherif Bassiouni (ed.), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice* (Intersentia, Antwerp, 2010), p. 579, at n. 13 (explaining how different ancient civilizations provided remedies to victims of crimes).

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> Rome Statute, art. 75.

<sup>148</sup> Rules of Evidence and Procedure, rule 89(1).

In the application, the person must describe the harms he or she has suffered and who he or she believes to be the perpetrator(s).<sup>149</sup> For each application, the Chamber assesses whether the applicant qualifies as a victim under rule 85 of the Rules of Procedure and Evidence.<sup>150</sup> Article 68(3) of the Rome Statute provides victims the right to present their “views and concerns” to the Court when their “personal interests [...] are affected.”

Rule 85 of the Rules of Procedure and Evidence defines “victims” either as “natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court,” or as “organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property”. However, this relates only to organizations with a specific purpose, i.e. it excluded profit organizations.<sup>151</sup> While the use of the word “victim” would seem to indicate that the person has in fact suffered harm within the jurisdiction of the ICC, determining whether a person indeed can be characterized as a “victim” for the purposes of participation or even reparations is a matter for the relevant Chamber.<sup>152</sup> Once an application has been accepted, victims can ‘present their views and concerns’ in judicial proceedings, if deemed appropriate by the Chamber and if they demonstrate to the Chamber that their ‘personal interests’ are affected.<sup>153</sup> In practice, participation has meant that victims may, through their legal representatives, (1) be permitted to attend and participate in hearings before the Court; (2) make opening and closing statements; (3) if the judges permit it, ask questions to a witness or an expert who is giving evidence before the Court, or the accused; and, (4) if the judges permit it, allow the victim to testify or present evidence.<sup>154</sup> However, the extent to which a victim may be involved in a particular criminal trial is still under development in the ICC’s jurisprudence.<sup>155</sup>

The ICC’s early jurisprudence in *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* demonstrates the important role of victims in unravelling the truth of past crimes and assisting the ICC in its fact-finding mission.<sup>156</sup> However, the ICC, through its

---

<sup>149</sup> Regulations of the Court, reg. 86(2)(c), (d).

<sup>150</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 89(2).

<sup>151</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 85(a)-(b).

<sup>152</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 89(1).

<sup>153</sup> Rome Statute, art. 68(3).

<sup>154</sup> Rules of Procedure and Evidence, rule 91; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008”, 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled “Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial””, 16 July 2010, ICC-01/04-01/07-2288.

<sup>155</sup> See for a comprehensive overview: F. Eckelmans, *The ICC’s Practice on Victim Participation*, [in:] T. Bonacker, C. Safferling (eds), *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, Springer 2013, pp. 189–220.

<sup>156</sup> See Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, “Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victims at the Pre-Trial Stage of a Case”, 13 May 2008, ICC-01/04-01/07-474, paras 31–36.

jurisprudence and practice, has also endeavoured to put in place safeguards so that the rights of victims do not undermine the rights of the accused.<sup>157</sup>

To date, the Appeals Chamber has issued a number of judgments on interlocutory appeals related to victim participation in the proceedings.<sup>158</sup> As of 30 April 2013, Registry figures indicate that over 12,000 applications for victim participation and over 9,000 applications for reparations have been received by the Court.<sup>159</sup> Over 5,000 victims have been permitted to participate in proceedings before the relevant Chambers: 204 in the situation in the DRC; 114 in the case of *Lubanga*; 366 in the case of *Katanga and Ngudjolo Chui*; 132 in the case of *Mbarushimana*; 3328 in the case of *Bemba*; 21 in the situation in Uganda; 41 in the case of *Kony et al.*; 11 in the situation in Darfur; 6 in the case of *Harun and Kushayb*; 12 in the case of *Al Bashir*; 89 in the case of *Banda and Jerbo*; 327 in the case of *Ruto et al.*; 233 in the case of *Muthaura et al.*; and 199 in the case of *Gbagbo*.<sup>160</sup> Most recently, on 27 August 2013, the Appeals Chamber granted 30 out of 32 applications for new victims to participate in Lubanga's Appeal against his conviction and sentence.<sup>161</sup> On 25 October 2013, the Registry transmitted 107 new applications for reparations in the case of *Bemba*.<sup>162</sup>

<sup>157</sup> For example, the ICC has rules that questions that the legal counsel of victims wish to put to witnesses must be submitted in advance to the Chamber and victims who wish to submit new evidence must apply to do so; see Appeals Chamber, *Prosecutor v. Lubanga*, "Judgment on the appeals of the Prosecutor and the Defence against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008", 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432 (OA 9, OA 10), paras 4, 104; Trial Chamber II, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, "Directions for the Conduct of the Proceedings and Testimony in Accordance with Rule 140", 9 December 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr, para. 20; Trial Chamber III, *Prosecutor v. Bemba*, "Decision on Directions for the Conduct of the Proceedings", 19 November 2010, ICC-01/05-01/08-1023, para. 18.

<sup>158</sup> See Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Judgment on the Appeals of the Prosecutor and the Defence Against Trial Chamber I's Decision on Victims' Participation of 18 January 2008", 11 July 2008, ICC-01/04-01/06-1432 (OA 9, OA 10); Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, "Judgment on the Appeal of Mr Katanga Against the Decision of Trial Chamber II of 22 January 2010 Entitled 'Decision on the Modalities of Victim Participation at Trial'", 16 July 2010, ICC-01/04-01/07-2288 (OA 11); see also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Joseph Kony*, "Judgment on the Appeals", 23 February 2009, ICC-02/04-179 (OA 2); Appeals Chamber, *Situation in Darfur*, "Judgment on Victim Participation", 2 February 2009, ICC-02/05-177 (OA, OA2, OA 3); Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, "Judgment on Victim Participation", 19 December 2008, ICC-01/04-556 (OA 4, OA 5, OA 6).

<sup>159</sup> International Criminal Court, "Figures from Registry as of 30 April 2013", 2013, accessed at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/db/Registry-Figures-30-April-2013.pdf>.

<sup>160</sup> International Criminal Court, "Figures from Registry as of 30 April 2013", 2013, accessed at: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/db/Registry-Figures-30-April-2013.pdf>; note that these numbers are subject to constant change; e.g. more than 4,000 victims participate in the Bemba case, 30 more victims were admitted to participate at the Lubanga appeal stage.

<sup>161</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Decision on 32 applications to participate in the proceedings", 27 August 2013, ICC-01/04-01/06-3045-Red2. On 3 October 2013, another victim was admitted in the proceedings: Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, "Decision on a/2922/11's application to participate in the appeals proceedings", 3 October 2013, ICC-01/04-01/06-3052-Red.

<sup>162</sup> Trial Chamber III, *Prosecutor v. Bemba Gombo*, "Notification to the Defence and the Legal Representatives of the Applicants of applications for reparations pursuant to rule 94(2) of the Rules of Procedure and Evidence", 25 October 2013, ICC-01/05-01/08-2847.

While the introduction of this right to participate represents a major shift away from the traditional view of victims as only able to participate in international criminal law cases as witnesses (and therefore a ‘means to an end’ for prosecutors), in practice, the application process is time-consuming and resource intensive. The large numbers of applications from victims have left the ICC struggling to keep pace, and has led to the inability of victims to present their views in many important proceedings.<sup>163</sup> To date, the ICC has received hundreds of applications from victims who are often in remote villages, such as the eastern DRC and Northern Uganda.<sup>164</sup> These remote areas may also be entrenched in conflict, making it difficult, if not impossible, for applicants to travel to nearby cities to obtain proper identification cards or other documentation to append to their applications.<sup>165</sup> In light of these issues, and other issues in regard to the participation of victims, the ICC, in cooperation with the Assembly of States Parties, has started to review and revise its practice and procedures in relation to victims.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> In *Mbarushimana*, victims were unable to present their views and concerns during the confirmation of charges procedure: see Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Proposal on Victim Participation in the Confirmation Hearing”, 6 June 2011, ICC-01/04-01/10-213. In *Lubanga*, victims were unable to present their views and concerns in regard to the sentence and principles applicable to reparation: see Trial Chamber I, *Prosecutor v. Lubanga*, “Request for Instructions on Victims’ Applications for Participation and Reparations Received by the Registry”, 2 November 2011, ICC-01/04-01/06-2817. See also M. Pena and G. Carayon, *Is the ICC Making the Most of Victim Participation*, “The International Journal of Transitional Justice” 2013, 7, 518, 527–529.

<sup>164</sup> See, e.g., Trial Chamber III, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on 772 Applications by Victims to Participate in the Proceedings”, 18 November 2010, ICC-01/05-01/08-1017, para. 27 (granting 624 victims the right to participate in the case); Pre-Trial Chamber II, *Prosecutor v. Joseph Kony*, “Decision on victims’ applications for participation a/0014/07 to a/0020/07 and a/0076/07 to a/0125/07”, 21 November 2008, ICC-02/04-01/05-356 (granting 27 victims the right to participate in the case); Trial Chamber II, *Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, “Grounds for the Decision on the 345 Applications for Participation in the Proceedings Submitted by Victims”, 23 September 2009, ICC-01/04-01/07-1491-Red-t-ENG, para. 33 (granting 287 victims the right to participate in the case).

<sup>165</sup> See Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on Application Process for Victims’ Participation and Legal Representation”, 17 August 2007, ICC-01/04-374, paras 1, 13–14. To ease this burden, Pre-Trial Chamber I announced, for example, that it would accept multiple forms of identification including passports, voting cards, student cards, or an affidavit from a witness; see Pre-Trial Chamber I, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Decision on the Requests of the Legal Representative of Applicants on Application Process for Victims’ Participation and Legal Representation”, 17 August 2007, ICC-01/04-374, para. 15 (indicating the different documents that are allowed to be submitted during the investigation stage of a situation).

<sup>166</sup> See International Criminal Court, Assembly of States Parties, *Court’s Revised Strategy in Relation to Victims*, 5 November 2012, ICC-ASP/11/38; International Criminal Court, Assembly of States Parties, *Report of the Court on the Revised strategy in relation to victims: Past, present and future*, 5 November 2012, ICC-ASP/11/40; International Criminal Court, Assembly of States Parties, *Resolution on Victims and Reparations*, 21 November 2012, ICC-ASP/11/Res.7; International Criminal Court, Assembly of States Parties, *Report of the Court on the implementation in 2013 of the revised strategy in relation to victims*, 11 October 2013, ICC-ASP/12/41.

## VI. Important Features of the ICC Framework

The focus of this part lies on essential additional features of the ICC framework, focusing on the principle of complementarity, the role of article 21 of the Rome Statute and the need for cooperation.

### A. The principle of complementarity

One of the early challenges that the States Parties were faced with during negotiations for the Rome Statute was the exact role that the ICC should play in relation to national criminal law jurisdictions. While many States Parties insisted that there should be a “strong presumption in favour of national jurisdiction”<sup>167</sup> and the ICC should only be able to intervene when “the national judicial system was unable to investigate or punish transgressors”<sup>168</sup>, others were concerned to “avoid the jurisdiction of the court becoming merely residual to national jurisdiction.”<sup>169</sup>

The resulting principle that emerged from a compromise between these divergent positions is the principle of complementarity. The preamble and article 1 of the Rome Statute set out that the ICC shall be complementary to national criminal jurisdictions. This principle of complementarity is, together with gravity considerations and the principle of *ne bis in idem*, at the essence of the admissibility proceedings before the ICC regulated in article 17 of the Rome Statute. The principle implies that the ICC only has jurisdiction to investigate and prosecute perpetrators of international crimes where the States Parties to the Rome Statute do not investigate or, if they investigate or prosecute, are unwilling or unable to do so.<sup>170</sup> The principle has often been pointed to as one of the cornerstones of the Rome Statute, permeating the entire structure of the Court.<sup>171</sup>

<sup>167</sup> United Nations General Assembly, *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, 6 September 1995, A/50/22 (1995), para. 31; see also paras 29–51.

<sup>168</sup> J.T. Holmes, *The Principle of Complementarity*, [in:] R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague 1999, p. 41, at p. 42.

<sup>169</sup> United Nations General Assembly, *Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, 6 September 1995, A/50/22 (1995), para. 33; see also paras 29–51; see in addition J.T. Holmes, *The Principle of Complementarity...*, *op. cit.*, p. 41, at p. 42; S.A. Williams and W.A. Schabas, *Article 17*, [in:] O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, C. H. Beck, 2<sup>nd</sup> ed., München 2008, p. 605, at p. 607.

<sup>170</sup> Rome Statute, art. 17.

<sup>171</sup> Rome Statute, preamble (emphasizing that the ICC “shall be complementary to national criminal jurisdictions”); arts 1, 17; see, e.g., O. Triffterer, M. Benzing, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity*, “Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2003, 7, 591, 593; J. I. Charney, *International Criminal Law and the Role of Domestic Courts*, “*American Journal of International Law*” 2001, 95, 120; E. La Haye, *The Jurisdiction of the International Criminal Court: Controversies over the Preconditions for Exercising Its Jurisdiction*, “*Netherlands International Law Review*” 1999, 46, 1; M. Bergsmo, *Occasional*

The Rome Statute dedicates most of its attention to negative complementarity, i.e. the decision regarding whether a case is or is not admissible before the Court. This notion is regulated by article 17(1)(a) of the Rome Statute, which provides that a case is inadmissible if it “is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution.” There has been considerable debate surrounding whether article 17 renders a case admissible only if the national state with jurisdiction over the crime is unwilling or unable to prosecute the crime<sup>172</sup> and the criteria that should be used to determine whether a “case is being investigated or prosecuted.”<sup>173</sup> In response, the Appeals Chamber’s jurisprudence has established that the determination of admissibility under article 17 entails a two-fold test. First, the question must be asked whether there is or has been actual investigatory or prosecutorial activity in the state concerned. In regard to this, the Appeals Chamber stated in *Prosecutor v. Ruto* that “for such a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Rome Statute, the national investigation must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court.”<sup>174</sup> It is only if this question is answered in the affirmative that the second question of whether the state in question is unwilling or unable to prosecute the crimes charges must be asked.<sup>175</sup>

---

*Remarks on Certain State Concerns about the Jurisdictional Reach of the International Criminal Court, and Their Possible Implications for the Relationship between the Court and the Security Council*, “Nordic Journal of International Law” 2000, 69, 28, 28–29.

<sup>172</sup> See D. Robinson, *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity*, “Criminal Law Forum” 2010, 21, 67, 72, quoting J.B. Martin, *The International Criminal Court: Defining Complementarity and Divining Implications for the United States*, “Loyola University Chicago International Law Review” 2006, 4, 107, 107.

<sup>173</sup> Rome Statute, art. 17(1)(a).

<sup>174</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Ruto*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 30 August 2011, ICC-01/09-01/11-307 (OA), para. 40. See also Appeals Chamber, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 30 August 2011, ICC-01/09/02/11-274 (OA), para. 39.

<sup>175</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Ruto*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 30 August 2011, ICC-01/09-01/11-307 (OA), para. 41; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Germain Katanga*, “Judgment on the Appeal against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, 25 September 2009, ICC-01/04-01/07-1497 (OA 8), para. 78; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, 30 August 2011, ICC-01/09/02/11-274 (OA), para. 40.



In the most recent admissibility proceedings in the situation in Libya, it is also at issue, for the first time in proceedings before the ICC, as to when a State is genuinely unable to investigate or prosecute a case.<sup>176</sup>

The Rome Statute does not explicitly address so-called ‘positive complementarity’, i.e. the efforts relevant to strengthening domestic efforts to investigate and prosecute alleged crimes that fall within the ICC’s subject-matter jurisdiction. Article 93 (10) of the Rome Statute is the provision that allows the Prosecutor to cooperate, upon request, with a state that is investigating or prosecuting such crimes. The specific means of cooperation are left open; however, the focus appears to be on sharing evidence or materials collected in the course of the investigation. This, however, is only one limited aspect of positive complementarity. Not only does the ICC’s staff collect crucial knowledge about each situation that could be shared, but the overall functioning of the legal system, or at least of courts or chambers that are in charge of addressing crimes similar to those of the ICC, is immediately important to creating an effective remedy against impunity. States addressed this at the First Review Conference in Kampala in 2010 and cast the responsibility not on the ICC, but on States Parties and the international community as a whole.<sup>177</sup>

## B. The role of article 21 of the Rome Statute

Article 21 of the Rome Statute establishes a hierarchy of applicable law, including the sources of this law, for the Court to apply when adjudicating cases. This is the first ‘applicable law’ provision among the statutes of international criminal tribunals.<sup>178</sup> According to paragraph 1(a), first, priority is given to the Rome Statute, Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence.<sup>179</sup> Under paragraph 1(b), if “appropriate”, the ICC can then apply “applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict.” Finally, if the sources listed in paragraphs (a) and (b) are unhelpful, the ICC can look to “general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime, provided that

---

<sup>176</sup> Pre-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, 31 May 2013, ICC-01/11-01/11-344-Red; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Document in Support of the Government of Libya’s Appeal against the “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, 24 June 2013, ICC-01/11-01/11-370-Red3; Appeals Chamber, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, “Prosecution Response to the “Document in Support of the Government of Libya’s Appeal against the Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, 22 July 2013, ICC-01/11-01/11-384-Red.

<sup>177</sup> Review Conference, Resolution 1 (RC/Res.1), “Complementarity”, available at: [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.1-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.1-ENG.pdf)

<sup>178</sup> But see article 38 of the ICJ Statute.

<sup>179</sup> Rome Statute, article 21(1)(a).

those principles are not inconsistent with this Rome Statute and with international law and internationally recognized norms and standards.”

Article 21 represents a compromise between two schools of thought that emerged at the Preparatory Committee meetings.<sup>180</sup> A minority of States considered that the principle of legality required that the judges of the ICC have little to no discretion in the application of law and any doubt should be resolved by looking to domestic law.<sup>181</sup> However, the majority of States took the position that, given the unique nature of international criminal law, judges should be able to apply general principles of international criminal law.<sup>182</sup> Thus, article 21 of the Rome Statute only allows recourse to general principles of international law, derived from national laws, when all other sources fail.<sup>183</sup> In its judgment in the *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, the Appeals Chamber held that recourse to sources of law other than those listed in article 21(1)(a) may only be had if the primary sources leave a gap – or lacuna – in the law that needs to be filled.<sup>184</sup>

Paragraph 1(c) of article 21 of the Rome Statute is primarily based on the view, supported by the majority of States, that the Court should apply general principles of international law derived from the national laws of the legal systems of the world. However, the view that the Court should apply the national laws of concerned States Parties directly also influenced the shaping of this provision.<sup>185</sup> The compromise that was reached – although not without objections<sup>186</sup> – was that “the laws indicated in option 2 could be given as examples of the national laws referred to in option 1, so that the two options be combined.”<sup>187</sup>

Paragraph 3 of article 21 of the Rome Statute reflects the virtually unanimous acceptance by the States Parties that the interpretation of law by the ICC “be

---

<sup>180</sup> See M. McAuliffe deGuzman, *Article 21*, [in:] O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany 1999, p. 435, at p. 436.

<sup>181</sup> See United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Volume II*, 13 September 1996, A/51/22 (1996), p. 105. See also deGuzman, above n 180, p. 436.

<sup>182</sup> McAuliffe deGuzman, above n 180, p. 436.

<sup>183</sup> See Rome Statute, art. 21(1)(c).

<sup>184</sup> Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Judgment on the Prosecution’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal”, 13 July 2006, ICC-01/04-168 (OA 3), para. 39.

<sup>185</sup> See United Nations General Assembly, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute*, 14 April 1998, A/CONF.183/2/Add.1 (1998), article 20, at p. 54 (note that article 20 became article 21 in the Rome Statute); see, e.g., McAuliffe deGuzman, above n 180, p. 437 J. Verhoeven, ‘Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law’ (2002) 33 *Netherlands Yearbook of International Law* 2, at p. 9.

<sup>186</sup> See McAuliffe deGuzman, above n 180, p. 437.

<sup>187</sup> United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Working Paper on article 20*, 8 July 1998, A/CONF.183/C.1/WGAL/L.1 (1998), at p. 2, n. 3; see also Appeals Chamber, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, “Judgment on the Prosecution’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal”, 13 July 2006, ICC-01/04-168 (OA 3), para. 24.

consistent with internationally recognised human rights”.<sup>188</sup> As emphasised by the Appeals Chamber in *Prosecutor v. Lubanga*, “[h]uman rights underpin the Rome Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court.”<sup>189</sup> For example, paragraph 3 has played an important role in the development of jurisprudence relevant to stays of proceedings and on the jurisprudence relevant to interim release.<sup>190</sup>

### C. The Need for Cooperation

The first President of the ICTY stated that the ICTY “remains very much like a giant without arms and legs – it needs artificial limbs to walk and work. And these artificial limbs are state authorities. If the cooperation of States is not forthcoming, the ICTY cannot fulfil its functions. It has no means at its disposal to force States to cooperate with it.”<sup>191</sup> This statement is no less applicable to the ICC, which cannot fulfil its mandate of delivering justice without cooperation and assistance from relevant States. Indeed, the ICC cannot enforce such cooperation and “[w]here a State Party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provisions of [the Rome Statute]”, the only recourse is for the Court to “make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.”<sup>192</sup> As stated by Triffterer: “Cooperation between States and the ICC is [...] a vertical support to protect legal values, inherent to the international community as a whole. States as members of this community have to help the Court which is lacking sufficient enforcement mechanism of its own or of the international community as a whole.”<sup>193</sup> The situation in Darfur, Sudan, has illuminated the difficulties of enforcing ICC rulings without cooperation, particularly when non-States Parties

<sup>188</sup> United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Report of the Inter-Sessional Meeting from 19 to 30 January 1998 in Zutphen, The Netherlands*, 4 February 1998, A/AC.249/1998/L.13 (1998), at p. 64, n. 117; see also McAuliffe deGuzman, above n 180, p. 445.

<sup>189</sup> Appeals Chamber, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 December 2006, ICC-01/04-01/06 (OA4), para. 37.

<sup>190</sup> [...] See Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka in *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Mr Laurent Gbagbo against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 July 2013 entitled “Third decision on the review of Laurent Gbagbo’s detention pursuant to article 60(3) of the Rome Statute”, 29 October 2013, ICC-02/11-01/11-548-Anx2, para. 11.

<sup>191</sup> A. Cassese, *On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, “European Journal of International Law 1998, 9, 2, at p. 13.

<sup>192</sup> Rome Statute, art. 87(7).

<sup>193</sup> O. Triffterer, *Concluding Remarks*, [in:] Austrian Federal Ministry of Foreign Affairs and Salzburg Law School on International Criminal Law, Humanitarian Law and Human Rights (eds.), *The Future of the International Criminal Court: Salzburg Retreat, 25–27 May 2006*, Office of External Affairs, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, 2006, accessed at: [http://data-space.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp01pv63g027t/1/ICC\\_2006.pdf](http://data-space.princeton.edu/jspui/bitstream/88435/dsp01pv63g027t/1/ICC_2006.pdf), p. 19, at p. 25.

1/2014

such as Sudan are involved. While the United Nations has stated that non-States Parties must cooperate with the ICC in the case of Darfur,<sup>194</sup> Sudanese State officials have made statements reflecting an unwillingness to cooperate with the ICC.<sup>195</sup> The issues raised by this case in terms of enforcement bear serious implications for the ICC's effectiveness and legitimacy.

In the new strategy released by the Office of the Prosecutor (OTP) in October 2013,<sup>196</sup> the OTP stressed the absolute need for state cooperation in all aspects of its operations. For example, it is crucial for States to cooperate with the OTP by providing logistical support, providing access to information and evidence, providing access to local expertise, assisting in the protection of staff and other persons involved in the ICC's processes (such as witnesses and victims), and implementing Court orders and arrests.<sup>197</sup> Furthermore, the OTP noted that cooperation by States can encourage national States to genuinely investigate and prosecute crimes within the jurisdiction of the ICC, thus improving the complementarity regime of the ICC and reducing the necessity for ICC intervention.<sup>198</sup> In order to improve such cooperation, the OTP recommended the "further development of proper accountability mechanisms as envisaged within the framework of the Rome Statute".<sup>199</sup>

## VII. Conclusion

This article has sought to provide an outline of the structure of the ICC and its formation and procedure, and to shed light on some challenges that have faced, and continue to face the ICC in its first ten years of development. While it may seem like a daunting task to build an international court from the ground

<sup>194</sup> United Nations, Security Council, *Resolution 1593*, 31 March 2005, S/RES/1593 (2005).

<sup>195</sup> "[A] member of the parliament from the SPLM... Ahmad Isa criticized [in] a telephone call to Al-Ayyam [a Sudanese news agency] the proposals made by members of the [ruling] National Congress (NC) to persuade crime witnesses in Darfur not to collaborate with the ICC." Al-Ayam, "Sudan: SPLM Parliamentarians Call on Government to Hand over Darfur Suspects", 7 May 2007, accessed at: <http://www.sudantribune.com/spip.php?article21766>. "Our position is very, very clear-the ICC cannot assume any jurisdiction to judge any Sudanese outside the country," Justice Minister Mohamed Ali al-Mardi told the Associated Press... Asked whether Sudan would continue its past sporadic cooperation with the [C]ourt, al-Mardi answered, "What cooperation? It's over." M. Corder, *International Court Issues Arrest Warrants for Darfur War Crimes Suspects*, "The Associated Press", 2 May 2007, accessed at: <http://news.google.com/newspapers?nid=1665&dat=20070503&id=pWpPAAAAIIBAJ&sjid=yyUEAAAAIIBAJ&pg=2300,272281>.

<sup>196</sup> Office of the Prosecutor, "Strategic plan/June 2012–2015" 11 October 2013, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf).

<sup>197</sup> International Criminal Court: Office of the Prosecutor, "Strategic Plan: June 2012–2015", 11 October 2013, accessed at: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/policies%20and%20strategies/Documents/OTP-Strategic-Plan-2012-2015.pdf), para. 64.

<sup>198</sup> *Ibid.*, para. 66.

<sup>199</sup> *Ibid.*, para. 65.

up, it is also a tremendous opportunity to re-evaluate the inefficiencies and to hopefully simplify some of the complexities of the law. As a judge of the ICC, each day I am faced with new legal issues which allow me to view justice from a global perspective. Even with all of the differences between the legal systems of the States Parties to the Rome Statute, a few of which have been discussed in this article, shared themes among them remain: the search for truth and justice, the preservation of basic human rights, and the goal of ending impunity. It is for this reason that I continue to be hopeful that the realisation of a nearly century-long goal of providing a mechanism for international criminal justice will be worthwhile.

By the end of 2015, the ICC is set to move into new permanent premises in The Hague (the Netherlands). The construction of these premises marks an important step forward in strengthening the role of the ICC as a permanent institution in the international justice arena and in enabling the ICC to effectively discharge its role in fighting impunity. It is also symbolic of the commitment that the States Parties of the Rome Statute have shown to the establishment of the ICC and its continued development.

So long as there continue to be “unimaginable atrocities that deeply affect the conscience of mankind”,<sup>200</sup> it is necessary, not only to have a permanent international criminal court, but to continually develop this court in order to improve its efficacy in bringing the perpetrators of these atrocities to justice. In the most recent meeting of the Assembly of States Parties, on 27 November 2013, the Assembly stressed many focus areas for the purpose of strengthening the ICC. These areas include, *inter alia*: working towards the universal full and effective implementation of the Rome Statute; the cooperation of State Parties and their compliance with obligations under the Rome Statute; the strengthening of the relationship of the ICC with international organisations and bodies such as the United Nations, the African Union, and the International Humanitarian Fact-finding Commission; learning from the best practices of other international and national tribunals and organisations that have investigated crimes falling within the ICC’s jurisdiction; the importance of electing highly qualified and competent judges; the continued implementation of legal aid; improving the institutional framework of the Rome Statute through continued dialogue with the States Parties; and the participation of individuals, international organisations, and corporations in the Assembly of States Parties.<sup>201</sup>

The active involvement and support of States, human rights activists, academics and practitioners will be essential to ensure that the lofty goals of the Rome Statute’s preamble continue to become a reality: that the most serious crimes of the international community do not go unpublished and that we guarantee lasting respect for and the enforcement of international criminal justice.

<sup>200</sup> Rome Statute, preamble.

<sup>201</sup> Assembly of States Parties, *Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties*, 27 November 2013, 12<sup>th</sup> plenary meeting of the Assembly of States Parties, ICC-ASP/12/Res.8.

**MIĘDZYNARODOWY TRYBUNAŁ KARNY W DZIAŁANIU:  
WYZWANIA W WALCE Z BEZKARNOŚCIĄ****Streszczenie**

Artykuł poświęcony jest działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze. Omówiono w nim jego genezę, podstawy prawne, zasady działania, zakres jurysdykcyjny, postępowanie przed trybunałem, udział ofiar w postępowaniu oraz przedstawiono sprawy rozpatrywane w poszczególnych wydziałach.

**THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN ACTION:  
CHALLENGES IN FIGHTING IMPUNITY****Summary**

The article is devoted to the activities of the international Criminal Court in The Hague. It discusses its origin, legal bases, principles of operation, jurisdiction, court proceeding, victims' participation in the proceeding and issues dealt with in particular divisions.

**LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE EN ACTION:  
LES ENJEUX DANS LE DOMAINE DE LA LUTTE CONTRE NON-PUNITION****Résumé**

L'article est consacré aux activités de la Cour Pénale internationale à La Haye. On y parle de sa genèse, des bases juridiques, du champ d'activité juridique, de la procédure devant le tribunal, de la participation des victimes dans la procédure et on y présente aussi des affaires traitées par quelques départements particuliers.

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ УГОЛОВНЫЙ СУД В ДЕЙСТВИИ:  
ВЫЗОВ В БОРЬБЕ С БЕЗНАКАЗАННОСТЬЮ****Резюме**

Статья посвящена деятельности Международного уголовного суда в Гааге. В ней оговорены генезис, правовая база, принципы работы, сфера юрисдикции, процедура рассмотрения дел в трибунале, участие потерпевших в разбирательстве, а также представлены вопросы, рассматриваемые в отдельных подразделах.

BLANKA JULITA STEFAŃSKA



## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

### I. Introducción

El debate para sancionar penalmente a las personas jurídicas tiene larga trayectoria en España. El legislador tomó la decisión de calificar a las personas jurídicas como “delincuentes” en 2010 mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.<sup>1</sup> A lo largo de próximos años se consolidará la doctrina en cuanto a la interpretación de preceptos incluidos al Código Penal del 1995, ya que en inicio la reforma ha recibido numerosas críticas.

La reforma del Código Penal del 2010 presenta cuestiones controvertidas, cuyo esclarecimiento resulta esencial. La responsabilidad de las personas jurídicas viene plasmada en los delitos cometidos por administradores, representantes legales y hasta por empleados de los entes con personalidad jurídica.

En cuanto a los delitos cuya comisión puede ser atribuida a las personas jurídicas, puede cuestionarse *el numerus clausus* y sobre todo el criterio de la selección estos delitos. Hay que tener en cuenta que la decisión de introducir al Derecho penal español una herramienta para afrontar la criminalidad de empresa significa, que los mecanismos sancionadores de índole administrativo no han sido suficientes ni eficaces en ciertos casos.<sup>2</sup>

El presente artículo tiene por objetivo analizar la regulación española vigente.

### II. Regulación internacional

Teniendo en cuenta que España es miembro de organizaciones internacionales y de la Unión Europea, cabe analizar en primer lugar la regulación internacional de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. B.O.E. núm. 152 de 23 de junio de 2010.

<sup>2</sup> [http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/informacion/ivcke\\_i\\_jose\\_luis\\_delacuesta/es\\_jose-luis/adjuntos/JLDLCPjur%C3%ADidicasSP.pdf](http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_jose-luis/adjuntos/JLDLCPjur%C3%ADidicasSP.pdf)

El artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000<sup>3</sup> establece que cada Estado Parte debe adoptar las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación de delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5<sup>4</sup>, 6<sup>5</sup>, 8<sup>6</sup> y 23<sup>7</sup> de la presente Convención (ap. 1). Esta responsabilidad de las personas jurídicas puede ser de índole penal, civil o administrativa (ap. 2) y existe sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos (ap. 3). Además, cada Estado Parte tiene la obligación de velar en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables (ap. 4).

La regulación de las Naciones Unidas permite adoptar medidas de índole penal, civil o administrativas. España, con la reforma del 2010 ha optado por las medidas penales.

En cuanto a la legislación del Consejo de Europa<sup>8</sup>, podemos identificar como el origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la Resolución (77) 28, de la contribución del Derecho Penal en la protección del medioambiente. La resolución hace una recomendación de volver a analizar los principios de la responsabilidad penal con la finalidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos casos en concreto.<sup>9</sup> También cabe mencionar la Recomendación 88 (18) sobre la Responsabilidad de las Empresas por infracciones que establece un consejo similar.

Por otro lado, según el artículo 18 del Convenio Penal sobre la corrupción<sup>10</sup>, cada Parte debe adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con este Convenio, siempre que sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de (alternativamente):

---

<sup>3</sup> España la firmó el 13 de diciembre de 2000 y la ratificó el 1 de marzo de 2002. La convención entró en vigor el 29 de septiembre de 2009.

<sup>4</sup> Participación en un grupo delictivo organizado.

<sup>5</sup> Blanqueo del producto de delito.

<sup>6</sup> Corrupción.

<sup>7</sup> Obstrucción de la justicia.

<sup>8</sup> España es miembro desde el 24 de noviembre de 1977 y Polonia desde el 26 de noviembre de 1992.

<sup>9</sup> A. Roma Valdés, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Rasche, Madrid, p. 18.

<sup>10</sup> Convenio número 173 del Consejo de Europa hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, B.O.E. núm. 182 de 28 de julio de 2010.



un poder de representación de la persona jurídica, o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica, o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica, así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados (ap. 1). Aparte de los casos previstos arriba, cada Parte debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica (ap. 2). La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1 (ap. 3).

### III. Regulación comunitaria

La Unión Europea se vio preocupada por los delitos cometidos por las personas jurídicas, sin embargo sus regulaciones han dado plena libertad a los Estados Miembros para regular la responsabilidad de las personas jurídicas. Aunque la intención de la Unión Europea haya sido de unificar la legislación penal de los Estados Miembros sobre esta materia, la ley orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ha conseguido incorporar la siguiente legislación comunitaria:

- a) Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado;<sup>11</sup>
- b) Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil;<sup>12</sup>
- c) Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas;<sup>13</sup>
- d) Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito;<sup>14</sup>
- e) Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información;<sup>15</sup>

<sup>11</sup> DO L 192 de 31.7.2003.

<sup>12</sup> DO L 13 de 20.1.2004.

<sup>13</sup> DO C 304 E de 30.10.2001, p. 172.

<sup>14</sup> DO L 68 de 15.3.2005.

<sup>15</sup> DO L 69 de 16.3.2005.

1/2014

- f) Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo;<sup>16</sup>
- g) Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos;<sup>17</sup>
- h) Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la protección del medioambiente mediante el Derecho Penal;<sup>18</sup>
- i) Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado).<sup>19</sup>

La potestad de la Unión Europea para regular estas materias deriva del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>20</sup>.

#### IV. Evolución de la regulación de responsabilidad penal de personas jurídicas en España hasta la reforma del Código Penal de 2010

Tal como se ha demostrado arriba, la regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento español viene impuesta por convenios internacionales en los que España sea parte y por la normativa comunitaria que había de ser transpuesta al ordenamiento español. Sin embargo, existe también otra razón para reformar el Código Penal en 2010 que fue la insuficiencia de la normativa penal frente al abuso de formas sociales para cometer delitos relacionados con la delincuencia organizada.<sup>21</sup>

Conviene recordar que antes de la reforma de 2010, ya desde el 2003 el Código Penal gozaba de dos artículos relativos a la responsabilidad corporativa.

El artículo 129 establecía lo siguiente:

*“1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:*

*a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.*

<sup>16</sup> DO L 330 de 9.12.2008.

<sup>17</sup> DO L 203 de 1.8.2002. La decisión fue sustituida tras la reforma del código penal español en 2010 por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101 de 15.4.2011).

<sup>18</sup> DO L 328 de 6.12.2008.

<sup>19</sup> DO L 96 de 12.4.2003.

<sup>20</sup> DO C 83 de 30.3.2010.

<sup>21</sup> A. Roma Valdés, *Responsabilidad penal...*, p. 15.

- b) *Disolución de la sociedad, asociación o fundación.*
  - c) *Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
  - d) *Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se hay cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviese carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.*
  - e) *La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.*
2. *La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.*
3. *Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.”*

Esta regulación del artículo 129, como se puede observar, permite actuar contra la persona jurídica directamente, prescindiendo de personas físicas autorizadas a representar a la persona jurídica en cuestión.

Otra medida existente desde el 2003 en el Código Penal es la imposición de multa solidaria a la persona física y a la persona jurídica. Estaba regulada en el artículo 31.2 cuyo apartado 2 fue suprimido por la reforma del 2010. Su contenido era el siguiente:

*“En estos supuestos, si se impusiese en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.”*

## **V. Sistemas de responsabilidad penal de personas jurídicas a la hora de configurarla en la reforma del 2010**

El legislador, según se desprende de la doctrina<sup>22</sup>, a la hora de plasmar la responsabilidad penal de las personas jurídicas consideraba los siguientes sistemas alternativos de la responsabilidad penal de personas jurídicas.

1. El sistema de transferencia, es decir, el sistema de responsabilidad por atribución, responsabilidad vicaria o subsidiaria. Consiste en que cuando una persona física comete un delito en beneficio o en nombre de una persona jurídica, entonces la responsabilidad penal de la persona física queda trans-

---

<sup>22</sup> I. Clemente Casas, M. Álvarez Feijoo, *¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy?* (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica), *Uría Menéndez*, año 2011-número 28, p. 27.

ferida a la persona jurídica. No es necesario de acuerdo con este sistema distinguir, si la persona jurídica actuó con dolo o imprudencia, ya que no se analiza la culpabilidad de la persona jurídica. Según esta teoría es suficiente que la persona física reúna los requisitos de culpabilidad para que la persona jurídica pueda responder penalmente. Por lo tanto, estamos ante una responsabilidad objetiva, desvinculada de la culpa de la persona jurídica;

2. Sistema de defecto de organización. Esta teoría tiene en cuenta el hecho y la conducta de la persona jurídica. Considera su organización, estructura interna. En caso la forma de organización resulte ser por lo menos negligente y haya facilitado la comisión del delito, entonces la persona jurídica será responsable penalmente. Por el contrario, en caso no exista alguna irregularidad de la organización que ayudase a cometer el delito, entonces la persona jurídica no responderá penalmente.

El sistema de transferencia ha recibido numerosas críticas por parte de la doctrina,<sup>23</sup> cuestionando que este sistema vulnera los principios básicos de derecho penal, tales como el principio de personalidad de culpa. Por lo tanto, *prima facie*, este sistema resultaría inconstitucional. Sin embargo, en opinión de la doctrina, de la lectura del art. 31 bis del Código Penal resulta que el legislador ha optado por este sistema.<sup>24</sup>

## VI. Regulación de responsabilidad de personas jurídicas tras la reforma de 2010

A partir de la reforma de 2010 vemos que su principal novedad consiste en romper con la locución latina *societas delinquere non potest* que tradicionalmente fue el principio en el ordenamiento penal español. Se trata de un principio clásico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el cual una persona jurídica no puede cometer delitos, pues carece de voluntad (elemento subjetivo) que abarque el dolo en sus actuaciones. Por consiguiente, de acuerdo con este principio, a las personas jurídicas no se les puede imponer penas en el sentido de las consecuencias jurídico-penales clásicas.<sup>25</sup>

Por lo tanto veremos que la reforma zanja con este principio y entiende que sí las personas jurídicas pueden cometer delitos, aunque en cuanto a las penas,

---

<sup>23</sup> G. Rodríguez Mourullo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema*, Revista Abogados, septiembre 2010, p. 38 y ss.

<sup>24</sup> J.M. Silva Sánchez, *La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto*, La ley núm. 7464 de 9 de septiembre de 2010, F. Morales Prats, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, supresión, 33.7, 66 bis, 12, 130.2 CP)* [en:] *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigido por G. Quintero Olivares, Aranzadi 2010.

<sup>25</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Societas\\_delinquere\\_non\\_potest](http://es.wikipedia.org/wiki/Societas_delinquere_non_potest)

preve penas especiales para las personas jurídicas, distintas a las aplicables a las personas físicas.

Como argumento a favor de esta nueva regulación, hay que partir de la premisa que las personas jurídicas tal como las personas físicas se desarrollan como un feto humano (me refiero a las sociedades en formación o las sociedades irregulares), nacen (se constituyen), constituyen una familia (forman grupos de sociedades). Las sociedades también “se separan” con efectos jurídicos (p.ej mediante la segregación), pagan impuestos como las personas físicas y “mueren” (se extinguen). Pero hasta la reforma del 2010 el legislador consideraba que las personas jurídicas eran incapaces de cometer un delito por sí mismo, sino que siempre necesitaban un factor humano, una “herramienta”.<sup>26</sup>

Para entender la regulación de la responsabilidad penal de personas jurídicas hemos de citar el artículo principal de la reforma, es decir, el artículo 31 bis:

*“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*

- 2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*
- 3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.*

---

<sup>26</sup> O. Morales, *La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal*, Actualidad Jurídica, Uría Menéndez, año 2011-número extraordinario, p. 145.

4. *Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*
  - a) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
  - b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.*
  - c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
  - d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*

5. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.*

*En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*

Cabe señalar que la materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas cambia su regulación de forma dinámica, ya que el párrafo primero del número 5 del artículo 31 bis fue redactado por el apartado uno del artículo único de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social<sup>27</sup>. Por lo tanto, parece que la inicial exclusión de responsabilidad penal de ciertos organismos (partidos políticos y sindicatos) no fue una idea acertada del legislador y procedió a suprimirlos de la exclusión mediante la reforma del 2012.

## **1. Concepto de la persona jurídica**

Para poder entrar en el análisis pormenor de la responsabilidad de persona jurídica, hay que partir de la defición de la persona jurídica. Desgraciadamente, el Código Penal no define la personalidad jurídica, tal como ocurre p. ej. con “autoridad”, “funcionario público”, “persona incapaz” o “documento”. Por lo

---

<sup>27</sup> B.O.E de 28 de diciembre de 2012. La modificación entró en vigor el 17 de enero de 2013.

tanto, hemos de remitirnos a otros textos legales, ya que el Código Penal habla de la “personalidad jurídica” en el derecho español.

El artículo 35 del Código Civil define que las personas jurídicas son las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas (ap. 1). También son las personas jurídicas las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados (ap. 2).

El Código de Comercio, por otro lado establece que el contrato de compañía (o sea, la compañía mercantil), por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código gozará de la personalidad jurídica en todos sus actos y contratos una vez se constituya (artículo 116 del Código de Comercio).

Estamos ante una regulación de personalidad jurídica vista desde el punto de vista del derecho español. Ahora bien, cabe preguntarse si las personas jurídicas extranjeras podrán tener la consideración de una persona jurídica a efectos del ordenamiento español.

El Código Civil establece en su artículo 9.11 que la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y rige en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción.

Parece que esta regulación tampoco nos aclara si las entidades extranjeras pueden considerarse como personas jurídicas al tenor de la legislación española.

El mismo código en otro articulado prescribe que las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozan de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Igualmente, las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales (art. 28 del Código Civil).

Este precepto atribuye la nacionalidad española a las entidades que cumplan con el requisito de ser consideradas como personas jurídicas en España y que además tengan el domicilio social en España. En cuanto a las entidades domiciliadas en el extranjero, habrá que verificar los tratados o leyes particulares para ver si pueden ser consideradas como personas jurídicas al tenor de la legislación española.

El Código de Comercio tratando esta materia define que los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero pueden ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad

para contratar, y a las disposiciones del Código de Comercio, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación (art. 15 del Código de Comercio).

Por consiguiente, la regulación del Código de Comercio equipara las sociedades constituidas en el extranjero con las personas físicas extranjeras y las somete al ordenamiento jurídico de su país de constitución en cuanto a su capacidad legal.

La Ley de Sociedades de Capital aclara que son españolas y se rigen por esta ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido (art. 8 de la Ley de Sociedades de Capital).

Resumiendo los preceptos citados arriba, gozan de la nacionalidad española obviamente las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación española y que tengan su sede en España. Tienen la consideración de personas jurídicas extranjeras las que están constituidas en el país extranjero o bien las sociedades que tengan su domicilio social en el extranjero.

En el caso en el cual se aprecie la falta de personalidad jurídica de una entidad, hay que atender a las provisiones del art. 129 del Código Penal que tras la reforma prescribe lo siguiente:

- “1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*
- 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.*
- 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”*

En cuanto a las formas corporativas sin personalidad jurídica, este precepto se aplicará p.ej. a las sociedades irregulares, sociedades de hecho, uniones temporales de empresas o determinadas comunidades de bienes o grupos de empresas, comunidades de propietarios.



## 2. Tratamiento especial de ciertas personas jurídicas

Como se ha mencionado brevemente, el Código Penal excluye expresamente de la responsabilidad penal a ciertas entidades con personalidad jurídica. Según el art. 31 bis ap. 5 del Código Penal, se trata del Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores, las agencias y entidades públicas empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Conviene recordar que este precepto, cuando entró en vigor excluía también a los partidos políticos y a los sindicatos de la responsabilidad penal. La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social volvió a incluirlos como responsables penalmente. Ciertamente ha sido difícil de entender por qué razón en su día el legislador excluyó a los partidos políticos y a los sindicatos. La comisión de delitos en beneficio de partidos políticos es altamente reprochable por la sociedad. Además, es difícil entender por qué razón gozaban de este privilegio, ya que los partidos políticos pueden beneficiarse de financiación ilegal. Aunque es cierto que los partidos políticos y los sindicatos no deben servir de herramientas para cometer delitos, sin embargo la práctica ha demostrado lo contrario.

## 3. Análisis de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español

Según algunos autores<sup>28</sup>, el nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede resumir de la siguiente forma:

- a) La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español sigue el modelo de transferencia o atribución, como ya se ha dicho anteriormente, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas regulada en el art. 31 bis del Código Penal sigue las mismas reglas del Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad de 2001<sup>29</sup> que introduce una forma de la responsabilidad de la persona jurídica únicamente a través del régimen administrativo. Se trata de no castigar a las personas jurídicas por el hecho en sí, sino que por los hechos cometidos por terceros. Para ello han de cumplirse uno de los siguientes requisitos:

<sup>28</sup> O. Morales, *La persona jurídica...*, p. 149.

<sup>29</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre la cibercriminalidad hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, B.O.E. núm. 226 de 17 de septiembre de 2010.

- el delito ha de ser cometido por los representantes legales y administradores de la persona jurídica quienes han de actuar en su nombre o por su cuenta y con el fin de obtener beneficios para la persona jurídica que representan;
  - el delito ha de ser cometido por cuenta y con el fin de obtener beneficios para la persona jurídica por sus empleados que estén sometidos a los representantes legales o administradores siempre que la comisión del delito haya sido por no haber controlado debidamente su labor por parte de los representantes legales o administradores.
- b) La responsabilidad penal de personas jurídicas es acumulativa junto con la responsabilidad de las personas físicas que actúan en su nombre y cometen el delito. No es un sistema alternativo. Esta mezcla de responsabilidad acumulativa y por transferencia, como ciertamente se apunta en la doctrina<sup>30</sup>, puede llevar en ciertos casos a la vulneración del principio *non bis in idem*, sobre todo en casos de sociedades unipersonales. En estas situaciones estaríamos ante el mismo hecho, mismo fundamento de la pena y el mismo sujeto.
- c) El régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede considerarse acumulativo corregido, ya que la persona jurídica puede ser declarada responsable, aún cuando no se haya podido individualizar a la persona física responsable o bien haya sido imposible dirigir un procedimiento penal contra ella.
- d) La responsabilidad penal de personas jurídicas es exigible independientemente de las modificaciones o alteraciones en el seno de la persona jurídica. Se trata sobre todo de fusiones, absorciones o escisiones.
- e) El nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas presenta una regulación particular de las circunstancias atenuantes, ya que en caso de la responsabilidad penal de personas físicas, las circunstancias atenuantes son diferentes (véase art. 31 bis ap. 4 del Código Penal). Desde la lectura de este precepto resulta que las atenuantes que afectan a autores de delito – personas físicas no serán de aplicación a las personas jurídicas, ya que en el apartado 4 del art. 31 bis establece *verba legis in principio* “sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) las siguientes actividades.”

#### 4. Las penas aplicables a las personas jurídicas

Según el art. 33 ap. 7 del Código Penal, las penas aplicables a las personas jurídicas siempre tendrán carácter de pena grave. Las penas prescritas son las siguientes:

---

<sup>30</sup> O. Morales, *La persona jurídica...*, p. 147.

- a) pena de multa, bien por cuotas diarias – según el art. 50.3 y 4 del Código Penal, la cuota diaria máxima es de 5.000 euros y la duración máxima es de 5 años – bien proporcional al daño causado;
- b) disolución, que conlleva la pérdida de la condición de personalidad jurídica y la capacidad de continuar en el tráfico;
- c) suspensión de actividades por el tiempo que no exceda los 5 años;
- d) clausura de locales y establecimientos por el tiempo que no exceda los 5 años;
- e) prohibición temporal por el tiempo que no exceda los 15 años o prohibición definitiva de realización de de las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o favorecido el delito;
- f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o la contratación con el sector público o gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por el tiempo que no exceda los 15 años;
- g) intervención judicial, tanto de la totalidad de la empresa o de la unidad en la cual se cometió el delito. Esta pena está prevista para grandes empresas y su finalidad es velar por los derechos de los trabajadores o de los acreedores y su duración no puede exceder de los 5 años.

Las penas enumeradas en letras c), d), g) podrán ser de aplicación durante la tramitación de la causa como medidas cautelares.<sup>31</sup>

#### 1. Pena de multa

- a) por cuotas: Según art. 50.3 y 4 del Código Penal, cuando la multa se fija por meses o años, se asume que los meses tienen 30 días y los años trescientos sesenta.
- b) proporcional: art. 52.4 del Código Penal pormenoriza que en caso no sea posible calcular la multa en base de beneficio obtenido, perjuicio causado, valor del objeto o la cantidad defraudada, la multa proporcional se sustituirá bien por multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años (letra a), bien por multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en supuesto de la letra a) (letra b), o bien por multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos (letra c).

El pago de multa, sea por cuotas o proporcional, podrá ser fraccionado durante un período de hasta 5 años, siempre que la cuantía de la multa ponga en peligro la supervivencia de la persona jurídica o mantenimiento de los puestos de trabajo existentes o bien cuando lo aconseje el interés general. En caso la persona jurídica no pague la multa en el plazo señalado, el tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la pena de multa (art. 53.5 del Código Penal).

---

<sup>31</sup> O. Morales, *La persona jurídica...*, p. 149.

## 2. Disolución de la persona jurídica

La pena de disolución de la persona jurídica equivale a la pérdida de la personalidad jurídica y por lo tanto no podrá actuar en el mercado, no podrá ser parte de contrato u operación mercantil alguna. Es una pena especialmente grave y normalmente se impone en casos importantes, talej como p.ej. en caso de creación de una sociedad para llevar a cabo la actividad delincuyente.<sup>32</sup> A efectos prácticos, la sentencia que condena a la pena de disolución de la personalidad jurídica se inscribe en el Registro Mercantil correspondiente.

## 3. Suspensión de actividades por el tiempo que no exceda los 5 años

Esta pena tiene el tratamiento idéntico a la pena descrita anteriormente, es decir, la pena de suspensión de actividades tiene que estar inscrita en el Registro Mercantil correspondiente. Igual como en caso de pena de disolución de la personalidad jurídica, esta pena se aplica en casos graves.

## 4. Clausura de locales y establecimientos por el tiempo que no exceda los 5 años

Cabe señalar que esta pena no se aplica sólo a los locales y establecimientos físicos, ya que en el siglo XXI se han puesto de moda “las tiendas on-line”. Por lo tanto, bajo esta figura de la pena es admisible que el juez ordene la clausura de la página web de tal tienda.<sup>33</sup>

## 5. Prohibición temporal por el tiempo que no exceda los 15 años o prohibición definitiva de realización de de las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o favorecido el delito

En cuanto a la prohibición de realización de las actividades, esta puede abarcar la totalidad o parte de las actividades. Dicha prohibición puede ser temporal o definitiva. En cuanto a la prohibición temporal, el art. 66 bis prescribe requisitos adicionales para imponer esta pena por un plazo superior a 2 años que son:

- a) La reincidencia de la persona jurídica;
- b) Que la persona jurídica sea utilizada como herramienta para la comisión de delitos. Este requisito se da siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Los requisitos adicionales que han de cumplirse para poder imponer la prohibición permanente o la prohibición temporal por el plazo superior a 5 años son:

---

<sup>32</sup> A. Roma Valdés, *Responsabilidad penal...*, p. 58.

<sup>33</sup> Esta posibilidad viene relacionada con lo dispuesto en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178 de 17.07.2000 y en la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, DO L 166 de 11.6.1998. Ambas directivas fueran incorporadas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 34/2002 de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico del 11 de julio de 2007, BOE núm. 166, de 12/07/2002.

- a) Que se aplique la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza;
  - b) Que la persona jurídica sea utilizada como herramienta para la comisión de delitos. Este requisito se da siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.
6. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o la contratación con el sector público o gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por el tiempo que no exceda los 15 años
- En cuanto a esta pena el Juez o el Tribunal podrá imponer una o varias de las siguientes penas recogidas en este punto:
- a) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas;
  - b) Inhabilitación para contratar con el sector público;
  - c) Inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales;
  - d) Inhabilitación para gozar de beneficios de la Seguridad Social.
7. Intervención judicial, tanto de la totalidad de la empresa o de la unidad en la cual se cometió el delito.

Tal como se ha mencionado anteriormente, esta pena tiene por objetivo proteger los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Tal como resulta del contenido de la pena, la intervención judicial podrá afectar toda la empresa o bien algunas de sus instalaciones, unidades, secciones etc. El Juez o el Tribunal en la sentencia ha de determinar (o bien posteriormente, mediante un auto) el alcance de la intervención y la persona responsable de la intervención. El Juez o el Tribunal también deberá de fijar plazos en los que el responsable ha de preparar los informes de seguimiento. Cabe señalar que la intervención en cada momento, dependiendo del contenido de los informes, podrá ser modificada o cesada mediante la decisión del juez. Para ello ha de obtener previamente el informe de la persona responsable de la intervención, así como el informe del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la persona responsable de la intervención judicial, ella tiene derecho de acceso a todos locales y establecimientos de la persona jurídica en cuestión. También tiene derecho a recaudar toda la información necesaria para que pueda desempeñar debidamente sus funciones.

## **5. Limitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**

Hay que advertir que la responsabilidad de las personas jurídicas no es ilimitada. Se puede destacar limitaciones desde el punto de vista subjetivo y objetivo.

En cuanto a las limitaciones objetivas, la responsabilidad penal de personas jurídicas será aplicable sólo cuando así lo preve el Código. Se trata de los delitos

de la parte especial tales como delitos de tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis), trata de seres humanos (art. 177 bis), prostitución y corrupción de menores (189 bis), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197), estafa (art. 251 bis), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual, el mercado y los consumidores (art. 288), blanqueo de dinero (art. 302), delitos contra la hacienda pública (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), delitos urbanísticos (art. 319), delitos contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 327 y 328), delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (art. 343), otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348), delitos contra la salud pública (art. 369 bis), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis), cohecho (art. 427), tráfico de influencias (art. 430) y terrorismo (art. 576 bis).

*Prima facie*, la selección de los delitos imputables a las personas jurídicas se centra en los delitos económicos y en delincuencia organizada<sup>34</sup>. El listado de los delitos susceptibles de imputación a las personas jurídicas estaba más amplio en los proyectos de la reforma del Código Penal de 2010, ya que incluía los delitos contra los derechos de los trabajadores (título XV), de todos los delitos de falsedad y no sólo las falsedades de tarjetas (título XVIII) la receptación (art. 298) o el encubrimiento (art. 451). Es cuestionable el criterio que ha adoptado el legislador a la hora de establecer el listado de los delitos imputables a las personas jurídicas, ya que prescindió de la inclusión del delito de quebramiento de condena, lo que puede originar cuestiones problemáticas a la hora de incumplimiento de condena por parte de persona jurídica.

La limitación subjetiva consiste, como ya hemos visto anteriormente, en excluir ciertas entidades (el Estado, Administraciones publicas etc.) de responsabilidad penal.<sup>35</sup>

## V. Conclusiones

El abandono del principio *societas delinquere non potest* por el legislador español en el año 2010 se considera una decisión crucial de política penal. Aunque las consecuencias accesorias que fueron introducidas por el Código Penal del 1995 permitían adoptar una cierta intervención penal, sin embargo la reforma del 2010 abre muchos debates al torno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sobre todo, hay que destacar numerosas críticas en cuanto a la no inclusión de ciertos tipos delictivos cuya comisión supondría la responsabilidad penal de las personas jurídicas (p. ej. a nivel laboral). También

<sup>34</sup> A. Roma Valdés, *Responsabilidad penal...*, p. 39.

<sup>35</sup> O. Morales, *La persona jurídica...*, p. 149.

el *numerus clausus* de las penas aplicables a las personas jurídicas puede suponer en algunos casos la imposición de una pena no adecuada al hecho cometido y su gravedad.<sup>36</sup>

Resumiendo, la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica debe sufrir ciertas modificaciones en los próximos años para adoptarse a los problemas encontrados en la práctica a la hora de aplicar nueva normativa.

## **ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA OSÓB PRAWNYCH W HISZPAŃSKIM PRAWIE KARNYM**

### **Streszczenie**

W artykule została omówiona odpowiedzialność karna osób prawnych w Hiszpanii po noweli kodeksu karnego w 2010 r. Jest ona uregulowana w art. 31 bis, art. 33 ust. 7 oraz art. 66 bis kodeksu karnego. Przedstawiono regulacje odpowiedzialności osób prawnych: międzynarodową, wspólnotową oraz w hiszpańskim kodeksie karnym przed nowelą z 2010 r., a także pojęcie osoby prawnej w hiszpańskim prawie, zasady odpowiedzialności karnej osób prawnych po noweli z 2010 r., ograniczenia przedmiotowe i podmiotowe tej odpowiedzialności oraz kary stosowane wobec osób prawnych.

## **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO PENAL ESPAÑOL**

### **Resumen**

El artículo presenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España tras la reforma del Código Penal en 2010. Esta responsabilidad queda regulada en los arts. 31 bis 33.7 y 66 bis del código penal. El artículo trata de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito internacional, comunitario y en el código penal antes de la reforma del 2010, así como del concepto de la persona jurídica en el derecho español, las reglas de responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del 2010, limitaciones subjetivas y objetivas de dicha responsabilidad y las penas aplicables a las personas jurídicas.

---

<sup>36</sup> [http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/informacion/ivcke\\_i\\_jose\\_luis\\_delacuesta/es\\_jose-luis/adjuntos/JLDLCPjur%C3%ADidicasSP.pdf](http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_jose-luis/adjuntos/JLDLCPjur%C3%ADidicasSP.pdf)

## **CRIMINAL LIABILITY OF JURIDICAL PERSONS IN SPANISH CRIMINAL LAW**

### **Summary**

The article discusses criminal liability of juridical persons in Spain after the Penal Code Amendment of 2010. It is regulated in Article 31*bis*, Article 33 item 7 and Article 66*bis* of the Penal Code. It presents regulations of juridical persons' liability in accordance with the international and European Union law and the Spanish Penal Code before the 2010 Amendment, and the concept of a juridical person in the Spanish law, rules of juridical persons' liability after the 2010 Amendment, limitations concerned with the subject matter and the subject to that liability and penalties imposed on juridical persons.

## **LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES LÉGALES DANS LA JURISPRUDENCE PÉNALE ESPAGNOLE**

### **Résumé**

Dans l'article on parle de la responsabilité pénale des personnes légales en Espagne après la novélisation du Code pénal de 2010. C'est une régularisation dans l'art. 31*bis*, art. 33 loi 7 et art. 66*bis* du Code pénal. On présente aussi les régularisations de la responsabilité des personnes légales: internationale, communautaire et celle du Code pénal espagnol avant la novélisation de 2010 ainsi que la notion de la personne légale dans la jurisprudence espagnole, les principes de la responsabilité pénale des personnes légales après la novélisation de 2010, les limites de l'objet et du sujet de cette responsabilité et aussi les punitions appliquées auprès des personnes légales.

## **УГОЛОВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В ИСПАНСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ**

### **Резюме**

Предметом обсуждения статьи является уголовная ответственность юридических лиц в Испании после внесения поправок в Уголовный кодекс в 2010 г. Она регулируется ст. 31-бис, ст. 33 пункт 7, а также ст. 66-бис Уголовного кодекса. Представлены принципы регулирования ответственности юридических лиц: международной, союзной, а также в испанском Уголовном законодательстве перед внесением поправок в 2010 г.; также дано определение понятия «юридическое лицо» в испанском законодательстве, принципы уголовной ответственности юридических лиц после внесения поправок в 2010 г., объектные и субъектные ограничения этой ответственности, а также наказания, применяемые в отношении юридических лиц.



PIOTR GÓRALSKI



## ŚRODKI ZABEZPIECZAJĄCE A ZASADA *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT*

### I

Pomimo tego, że w kodeksie karnym z 1997 r. został zawarty oddzielny rozdział poświęcony regulacji środków zabezpieczających (rozdział X k.k.), a instytucje tam zamieszczone wykazują liczne odrębności w porównaniu do kar i środków karnych, to treść tego aktu prawnego nie określa wyraźnych wskazówek, odnoszących się do kwestii, czy do środków zabezpieczających (zwanymi też środkami ochronnymi) należy stosować podstawowe reguły odpowiedzialności karnej. Innymi słowy k.k. z 1997 r. nie zawiera swoistej „części ogólnej” poświęconej podstawowym zasadom wdrażania środków zabezpieczających na wzór przepisów odnoszących się do kar i środków karnych. Istnieje domniemanie, że do środków ochronnych należy stosować regulacje dotyczące kar i środków karnych, skoro ustawodawca nie postanowił inaczej. Na tym tle rodzą się jednak istotne wątpliwości. Chodziłoby tu np. o ustalenie, czy środki zabezpieczające można stosować wyłącznie do sprawców czynów karalnych, czy też może realizacja tych sankcji jest dopuszczalna także w stosunku do jednostek dokonujących czynów zabronionych w ramach innych niż sprawstwo form zjawiskowych, a także form stadialnych. Pytania można wyliczać dalej: czy do środków ochronnych należy stosować – chociażby odpowiednio – dyrektywy wymiaru kary? Czy środki zabezpieczające powinny być wdrażane do osób, które popełniły przestępstwa poza granicami kraju, nawet jeżeli prawo tam obowiązujące tego typu środków nie przewiduje? Na gruncie procesowym z kolei interesująco przedstawia się zagadnienie dotyczące tego, jak szeroki zakres powinien mieć względem środków ochronnych zakaz *reformationis in peius* i czy w ogóle zakaz ten powinien się do nich odnosić.

Podobnych pytań można oczywiście postawić więcej, przy czym treść jednego z najważniejszych należałoby sformułować następująco:

- po pierwsze, czy środki zabezpieczające należy orzekać wobec sprawców tych czynów karalnych, które zostały popełnione w czasie, gdy ustawodawstwo nie przewidywało danego typu środków ochronnych,

– po drugie, które z konkurujących przepisów o środkach zabezpieczających powinno się stosować, jeżeli w porównaniu z czasem orzekania, regulacja dawniejsza, przewidująca takie środki, wydaje się względniejsza.

Tak więc w ostatnim z wymienionych pytań chodzi o to, czy środki ochronne, podobnie jak kary, podlegają zasadzie *lex severior retro non agit*<sup>1</sup>, czy też może ta zasada nie odnosi się do środków zabezpieczających, jako do instytucji zasadniczo różniących się od kar i środków karnych, głównie w zakresie celów stawianych każdej z tych dwóch grup sankcji.

Temu właśnie zagadnieniu poświęcone zostały poniższe rozważania.

## II

Treść art. 4 § 1 k.k. głosi, że jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna, niż w czasie popełnienia przestępstwa, wówczas stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Na tle tego uregulowania nasuwa się pytanie, czy oprócz kar, środków karnych i środków probacyjnych obejmuje ono swoim zakresem także środki zabezpieczające, a jeśli tak, to czy wszystkie, bowiem faktyczna dolegliwość poszczególnych środków ochronnych nie jest nasiloną w jednakowym stopniu. Niektóre lecznicze środki zabezpieczające mogą nawet dla chorego lub uzależnionego przestępcy stanowić swoiste dobrodziejstwo. A zatem istotna jest kwestia, czy dla orzeczenia przez sąd środków ochronnych wobec konkretnego sprawcy jest konieczne, aby regulacja prawna dotycząca tych środków obowiązywała w chwili popełnienia przezeń czynu zabronionego? Następnie rozważenia wymaga zagadnienie, czy jeżeli taka regulacja obowiązywała w chwili tego zachowania sprawcy, a następnie w czasie orzekania obowiązują już inne przepisy, przewidujące zmodyfikowaną wersję danego środka zabezpieczającego, to które z tych dwóch rodzajów unormowań należałoby zastosować? Odpowiedź, że sąd powinien uwzględnić przepisy względniejsze dla sprawcy, tylko z pozoru może się wydawać oczywista. Stosunkowo łatwo jest porównać i ocenić zagadnienie korzystniejszej dla sprawcy regulacji prawnej, odnosząc tę ocenę do kar czy środków karnych, trudniej już do środków zabezpieczających. W nauce prawa karnego deklaruje się przecież powszechnie, że środki te nie zawierają celowo zakreślonego ładunku represji, nie są zatem dolegliwe w sposób zamierzony<sup>2</sup>. Jeżeli przyjąć założenie, że wszystkie środki zabezpieczające znajdują się

<sup>1</sup> Zasada *lex severior retro non agit* oznacza **zakaz** wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną. Formuła *lex mitior retro agit* określa natomiast **nakaz** stosowania przez sąd ustawy obowiązującej w czasie orzekania, względniejszej dla sprawcy w porównaniu z przepisami funkcjonującymi we wcześniejszym okresie.

<sup>2</sup> Por. Z. Sienkiewicz, *Środki zabezpieczające*, [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, M. Bojarski (red.), Warszawa 2012, s. 444; J. Długosz, *Komentarz do rozdz. X k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część*

na tym samym – można by użyć określenia – neutralnym poziomie wywieranej celowo represji, to w zasadzie porównując przepisy obowiązujące w czasie czynu (względnie także unormowania tzw. pośrednich aktów prawnych) z ustawą czasu orzekania, można by stwierdzić, że nie jest możliwe ustalenie, które z analizowanych uregulowań jest względniejsze dla sprawcy. Konieczne byłoby wówczas badanie zakresu przewidywanych skutków ubocznych dla takiej jednostki, a także poziomu dolegliwości odczuwanej subiektywnie przez konkretną osobę, wobec której dane uregulowania miałyby zastosowanie.

Takie rozumienie oddziaływania środków ochronnych, tzn. aprobujące istnienie swoistej fikcji, że kategoria tych sankcji jest jednolita pod względem braku represyjności względem osób, do których znajdowały one zastosowanie, funkcjonowało w okresie obowiązywania k.k. z 1932 r. Zgodnie z treścią art. 2 § 4 tego aktu prawnego, w przypadku kolizji ustaw w czasie, środki zabezpieczające miały być stosowane zawsze na podstawie przepisów nowych. Skoro bowiem zakładano, że środki ochronne nie są sankcjami represyjnymi, to kwestia względności ustawy nie miała znaczenia, wobec czego należało orzekać środki przewidziane w nowej ustawie, ponieważ lepiej i skuteczniej powinny one realizować cele ochrony społeczeństwa i porządku prawnego przed niebezpiecznymi, chronicznymi przestępcami<sup>3</sup>. Stosowanie całości uregulowań ustawy nowej, a więc obowiązującej – jak głosił art. 2 § 1 k.k. z 1932 r. – w czasie wyrokowania, dotyczyło wyłącznie sprawców niepoczytalnych. Natomiast jeżeli środek zabezpieczający był orzekany obok kary (w więc w przypadku sprawcy poczytalnego) – wówczas

---

ogólna, M. Królikowski i R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 696; T. Bojarski, *Komentarz do rozdz. X k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2012, s. 211.

<sup>3</sup> Prof. J. Makarewicz – jeden z głównych twórców k.k. z 1932 r. – następująco uzasadniał retroaktywne stosowanie środków ochronnych w k.k. z 1932 r.: „Środek zabezpieczający (...) różni się zasadniczo od środków karnych. Środek karny jest aktem reakcji społecznej o typie represyjnym (zemsta społeczna), środek zabezpieczający jest aktem reakcji społecznej o typie prewencyjnym, zapobiegawczym. Dlatego można się wahać, czy stosować zemstę społeczną według dawnej ustawy już nie obowiązującej w chwili wydawania wyroku, ale nie można się wahać wcale co do stosowania środków prewencyjnych, choć nieznanych w chwili spełnienia czynu. Zasada *nulla poena sine lege poenali anteriori* nie ma tutaj zastosowania, gdyż środek zabezpieczający nie podpada pod pojęcie poena, nie jest aktem zemsty społecznej, a jest tylko wynikiem instynktu samozachowawczego. Na to, ażeby stosować środki profilaktyczne nie potrzeba wcale z góry ich zapowiadać”. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 60.

Podobnie ten jeden z najwybitniejszych polskich karnistów wypowiedział się na kartach swojego podręcznika prawa karnego: „Jest rzeczą zupełnie naturalną, że mimo nie oddziaływania ustawy wstecz pewne nowe myśli nie mające kary na oku, a jedynie zadanie zabezpieczenia społeczeństwa, mogą być stosowane według nowego prawa (...). Układ społeczny rozciąga się tylko na kwestię kwalifikacji czynu i wymiaru kary (jako aktu zemsty społecznej), nie zaś na środki zabezpieczające, których czas trwania jest często nieoznaczony. Środki zabezpieczające, które stosuje sąd karny, mają wszelkie cechy **zarządzeń administracyjnych** (podkreśl. aut), odpowiadających potrzebie chwili. Nie można zawodowego przestępcy stanowiącego trwałe niebezpieczeństwo z całą świadomością puszczać na luzdność tylko dlatego, ponieważ dawna ustawa (obowiązująca w chwili popełnienia czynu) nie znała środków zabezpieczających w ogóle lub w stosunku do danego typu przestępców”. J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Lwów–Warszawa 1924, s. 56. W zbliżony sposób ujmowali to zagadnienie W. Świda (*Prawo karne, Część ogólna*, Warszawa 1966, s. 72) oraz W. Wolter (*Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. II, Kraków 1934, s. 10).

sąd musiał połączyć przepisy dwóch ustaw tworząc z nich swoisty konglomerat: na podstawie przepisów ustawy nowej sąd orzekł środek zabezpieczający, natomiast karę powinien on wymierzyć w oparciu o ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli była względniejsza dla sprawy<sup>4</sup>.

Na gruncie k.k. z 1997 r. przyjęto jak się wydaje odmienne założenia w tym względzie. Mimo podtrzymywania na kartach podręczników, komentarzy i monografii poświęconych środkom zabezpieczającym twierdzenia, że środki te nie są celowo dolegliwe dla osób poddanych ich oddziaływaniu, zaś istotą większości z nich jest terapia i rehabilitacja, zarazem zakłada się powszechnie, że treść art. 4 § 1 k.k. dotyczy wszystkich typów sankcji zawartych w kodeksie, w tym również środków zabezpieczających<sup>5</sup>.

Wskazany punkt widzenia, tzn. odnoszący zakaz retroakcji do środków zabezpieczających, został ukształtowany, a następnie upowszechnił się w doktrynie prawa karnego i w orzecznictwie jeszcze w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r.<sup>6</sup> Można przy tym zwrócić uwagę na tę okoliczność, że żaden z powojennych, socjalistycznych projektów kodeksu karnego powstałych w latach 1951–1963 nie przewidywał odpowiednika art. 2 § 4 k.k. z 1932 r. Projekt k.k. z 1963 r. nawet wyraźnie podkreślał w art. 3, że do środków leczniczych i administracyjnych stosuje się przepisy ogólne dotyczące obowiązywania ustawy karnej w czasie, zawierające zakaz orzekania kary nieprzewidzianej ustawowo w chwili popełnienia czynu<sup>7</sup>.

Stanowisko ustawodawcy tworzącego k.k. z 1969 r. nie było wszakże w omawianej kwestii konsekwentne. Z jednej strony, w projekcie kodeksu karnego opublikowanym w 1968 r. wyraźnie stwierdzono, że nie czyni on wyjątku dla środków zabezpieczających od zasady ogólnej *lex poenalis retro non agit* wyrażonej w art. 2 § 1 tego dokumentu<sup>8</sup>. Z drugiej strony – było to jednak możliwe. Po pierwsze, art. 121 późniejszego k.k. z 1969 r. umożliwiał wprowadzenie na zasadzie *lex specialis* przez odrębne ustawy unormowań odmiennych od postanowień części ogólnej kodeksu<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> B. Nita, A.R. Światłowski, *Zakaz łącznego stosowania przepisów ustawy nowej oraz ustawy dawnej na tle art. 4 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 3, s. 48–49.

<sup>5</sup> Zob. A. Wąsek, *Komentarz do art. 4 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, Komentarz, A. Wąsek (red.), Gdańsk 1999, s. 66; T. Dukiet-Nagórska, *Kilka uwag o zasadzie nullum crimen sine lege w polskim porządku prawnym*, [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin prof. A. Gaberle*, K. Krajewski (red.), Kraków 2007, s. 41–42; B. Nita, A.R. Światłowski, *Zakaz łącznego stosowania...*, s. 49; B. Kunicka-Michalska, *Komentarz do art. 4 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, G. Rejman (red.), Warszawa 1999, s. 278.

<sup>6</sup> Por. J. Kostarczyk-Gryszka, *Problemy prawa karnego międzyczasowego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 2, s. 1252; L. Kubicki, B. Kunicka-Michalska, *Zasady odpowiedzialności karnej w prawie polskim w świetle standardów praw człowieka*, [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 147; B. Nita, A.R. Światłowski, *O retroaktywności prawa karnego (Uwagi polemiczne na tle artykułu W. Wróbla)*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 3, s. 43 i in.

<sup>7</sup> Zob. *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1963, s. 2. Wspominał o tym również W. Świda, *Prawo karne...*, s. 72.

<sup>8</sup> *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny*, Warszawa 1968, s. 95.

<sup>9</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 135.

Po drugie, wskazywano w doktrynie tego okresu, że art. XIV § 3 Ustawy przepisy wprowadzające kodeks karny z 1969 r. (cyt. dalej jako PWKK) zawierał wyjątek od reguły niedziałania prawa wstecz, w zakresie wdrażania nadzoru ochronnego wobec wielokrotnych recydywistów (którzy popełnili przestępstwo w okresie obowiązywania k.k. z 1932 r., a byli sądzeni po wejściu w życie k.k. z 1969 r.) oraz umieszczania ich w ośrodku przystosowania społecznego<sup>10</sup>. W nauce prawa karnego podkreślano w tym czasie, że istnienie art. XIV § 3 PWKK powinno potwierdzać stanowisko ustawodawcy, że do środków ochronnych zasada dopuszczająca działanie prawa wstecz nie ma zastosowania, bowiem gdyby było inaczej, wprowadzenie tego przepisu, jako wyjątku od zasady niedziałania wstecz środków zabezpieczających, nie byłoby potrzebne<sup>11</sup>. Ten argument nie wydawał się wszakże uzasadniony: jego przyjęcie oznaczałoby, że możliwe było stosowanie prawa karnego wstecz w stosunku do bardziej dolegliwych form odpowiedzialności karnej tj. detencji recydywistów w ośrodku przystosowania społecznego, a nie stosowano by reguły *lex retro agit* w przypadku mniej dolegliwej internacji sprawców niepočetalnych w zakładzie psychiatrycznym.

### III

Nie ulega wątpliwości, że przekształcenia systemowe, jakie miały miejsce w Polsce w latach 1989–1990 wpływały na coraz wyraźniejsze podkreślanie funkcji gwarancyjnej norm prawa karnego. Wyrazem tego była np. propozycja sformułowana przez B. Kunicką-Michalską w okresie prac nad nowym kodeksem karnym, aby w jego treści zamieścić następujący przepis: „Nikt nie może być poddany środkowi zabezpieczającemu nie przewidzianemu przez ustawę obowiązującą w chwili popełnienia czynu zabronionego”<sup>12</sup>. Warto zwrócić uwagę, że taki zapis nie pojawił się jednak w kodeksie karnym z 1997 r.

W pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia stanowisko, iż środki zabezpieczające tworzą odmienny pod względem stawianych im celów rodzaj sankcji, istotnie różniących się od kar i niepodlegających zakazowi retroakcji, zajął W. Wróbel<sup>13</sup>. Autor ten odwoływał się do konieczności przestrzegania podstawowej właściwości leżącej u podłoża realizacji większości środków zabezpieczających, a mianowicie społecznego niebezpieczeństwa sprawy. Podkreślał on, że stan tego niebezpieczeństwa powinien być ustalony w chwili

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 135; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 46; T. Bojarski, *Zasady obowiązywania ustawy karnej*, [w:] *System prawa karnego*, t. 2, *Źródła prawa karnego*, T. Bojarski (red.), Warszawa 2011, s. 530.

<sup>11</sup> B. Nita, A.R. Światłowski, *O retroaktywności...*, s. 43.

<sup>12</sup> B. Kunicka-Michalska, *Zasada nullum crimen, nulla poena in świetle norm międzynarodowych*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci prof. M. Cieślaka*, S. Waltoś (red.), Kraków 1993, s. 66.

<sup>13</sup> W. Wróbel, *Z zagadnień retroaktywności prawa karnego*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 4, s. 12–22 i in.

stosowania przez sąd ustawy karnej (a więc – w razie kolizji ustaw – zawsze na podstawie ustawy nowej), jeżeli taka decyzja ma być efektywna w zakresie ochrony społeczeństwa. W. Wróbel wskazywał też, że w przypadku większości jednostek, do których zastosowanie znajdowałby dany środek zabezpieczający, kwestia pewności stanu prawnego w momencie popełnienia przez taką osobę czynu karalnego nie ma uzasadnienia, bo z reguły osoba taka będzie w tym czasie niepoczytalna lub też jej poczytalność będzie w jakimś stopniu faktycznie ograniczona np. poprzez upośledzenie umysłowe, stan uzależnienia narkotykowego lub choroby alkoholowej. Ponadto, co podkreślał ten autor, przepisy innych państw – a w szczególności § 2 ust. 6 niemieckiego kodeksu karnego dopuszczają retroaktywne stosowanie środków zabezpieczających<sup>14</sup>.

Wskazany tu pogląd W. Wróbla odwołujący się w istocie do konsekwentnego realizowania zasad i właściwości środków ochronnych głoszonych przez przedstawicieli doktryny, brzmiał jednak jak głos kogoś, kto urodziłby się i ukształtował swoje poglądy naukowe w omawianej kwestii przed wojną, pod kierunkiem prof. Makarewicza, a następnie został przeniesiony w czasie do połowy lat 90. XX wieku, nie dostrzegając z jednej strony istniejącego wciąż w omawianej kwestii ideologicznego balastu epoki komunizmu<sup>15</sup>, a z drugiej strony silnego nacisku na humanitaryzm odpowiedzialności karnej i konieczność przestrzegania praw jednostki.

Stanowisko W. Wróbla nie uzyskało zdecydowanego poparcia w doktrynie. Przeciwnie, podkreślano tam przede wszystkim, że środki zabezpieczające zbliżają

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 12. Treść § 2 ust. 6 niemieckiego kodeksu karnego z 15.05.1871 r. brzmi: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, o środkach zabezpieczających orzeka się według ustawy, która obowiązuje w czasie orzekania”.

<sup>15</sup> Osobom mniej obeznanym z poruszaną tu problematyką należy się wyjaśnienie, iż od początku lat pięćdziesiątych do – mniej więcej – połowy lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku, w socjalistycznej nauce prawa karnego negowano potrzebę istnienia środków zabezpieczających w prawie karnym. W tym okresie pojęcie „środki zabezpieczające” zostało całkowicie wykreślone ze słownika zwrotów, jakimi posługiwała się ówczesna doktryna. Mówiono co najwyżej o środkach leczniczych i administracyjnych. W k.k. z 1969 r. powrócono do nazwy „środki zabezpieczające” ograniczając ich zakres właśnie do tych dwóch rodzajów sankcji ochronnych. Nie przewidziano tam środków izolacyjno-resocjalizacyjnych na wzór przedwojennego zakładu dla przestępców niepoprawnych (nadzór ochronny z art. 62–63 k.k. oraz internacja w ośrodku przystosowania społecznego uregulowana w art. 64–65 k.k. nie zostały zaliczone formalnie do środków zabezpieczających). Taki, bardzo ograniczony zakres środków zabezpieczających, został utrzymany w pierwotnej wersji k.k. z 1997 r.

Do dzisiaj funkcjonuje w doktrynie prawa karnego – sformułowane na początku lat pięćdziesiątych XX w., i mające niewątpliwie podłoże ideologiczne – określenie „środki represyjne”, czy też „środki eliminacyjne” na oznaczenie, przewidzianych w wielu demokratycznych państwach zachodnich, środków zabezpieczających o charakterze izolacyjno-resocjalizacyjnym. Przedstawiciele doktryny socjalistycznej uważali, że środki takie, stosowane po odbyciu przez sprawcę kary, mają stanowić narzędzie zwalczania niższych warstw społecznych przez rządzącą burżuazję. Zgodnie z tym ujęciem, środki te stanowiły formę zakamuflowanej kary stosowanej wobec tej samej osoby po raz drugi, po odbyciu przez nią kary właściwej – miały zatem naruszać zasadę *ne bis in idem* oraz *nulla poena sine lege*. Zob. I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej*, Warszawa 1954, s. 63–64, s. 82, s. 179–182, s. 194 oraz s. 269 i s. 275; A. Flatau-Kowalska, *Środki zabezpieczające w prawie karnym*, Warszawa 1956, s. 217–264 oraz s. 321–327.

się współcześnie pod względem dolegliwości do kar, i dlatego też nie powinno to wpływać na pogorszenie sytuacji prawnej sprawcy, do którego zastosowano by przepisy nieobowiązujące w chwili popełnienia przezeń czynu zabronionego. Zauważano również, że takie rozwiązanie mogłoby prowadzić do niebezpieczeństwa nadużyć, a w szczególności do nierównego traktowania obywateli, np. gdyby uznać, że do sprawców niepoczytalnych można stosować środki ochronne nie przewidziane w chwili czynu zabronionego (skoro art. 2 k.k. z 1969 r. odnosił regułę *lex severior retro non agit* do „przestępstwa”, a osoba niepoczytalna nie popełnia przestępstwa ze względu na brak winy) do pozostałych zaś kategorii sprawców społecznie niebezpiecznych, jeżeli byli poczytalni w chwili czynu, nie można tego czynić<sup>16</sup>.

Niedługo po ukazaniu się publikacji W. Wróbla zawierającej sformułowany przez niego pogląd, do omawianego tu zagadnienia odniósł się w jednym ze swych judykatów Sąd Najwyższy. W uchwale z dn. 19 sierpnia 1993 r., a więc jeszcze w czasie obowiązywania k.k. z 1969 r., uznał on, że do środków zabezpieczających – podobnie jak w przypadku kar – należy stosować zasadę *lex severior retro non agit*.<sup>17</sup> W uzasadnieniu tej uchwały stwierdzono, że na gruncie ówczesnego ustawodawstwa brak było regulacji analogicznej do art. 2 § 4 k.k. z 1932 r., z czego wysnuto wniosek, że nie wprowadzając przepisu o podobnej treści do kodeksu karnego z 1969 r. ustawodawca odniósł do środków ochronnych zasadę niedziałania prawa wstecz, chyba że nowe przepisy byłyby dla sprawcy względniejsze<sup>18</sup>.

Stanowisko zgodne z przywołaną tu uchwałą Sądu Najwyższego zajął również Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wydając postanowienie z dn. 14 grudnia 2000 r.<sup>19</sup> Orzeczenie to dotyczyło osoby, która w 1988 r. popełniła przestępstwo w stanie ograniczonej poczytalności. Przestępca ten – zgodnie z treścią art. 100 § 1 k.k. z 1969 r. został najpierw internowany w zakładzie psychiatrycznym tytułem środka zabezpieczającego, a następnie po zakończeniu internacji rozpoczęto wobec niego wykonywanie łącznej kary 25 lat pozbawienia wolności. W 2000 r. sąd rozpoznający sprawę skazanego, na podstawie art. 4 § 1 i art. 63 § 1 k.k. z 1997r. zaliczył mu pobyt w zakładzie psychiatrycznym na poczet odbywanej kary, uznając że jakkolwiek unormowania poprzedniej kodyfikacji nie przewidywały takiego rozwiązania, to należy w tym przypadku zastosować przepisy obecnie obowiązujące. Jak wiadomo, treść art. 63 § 1 k.k. nakazuje zaliczyć na poczet orzeczonej kary okres każdego, rzeczywistego pozbawienia wolności w sprawie. Sąd uznał, że zastosowanie ma w omawianej sytuacji reguła nakazująca realizację ustawy względniejszej dla sprawcy (*lex mitior retro agit*), toteż odwołał się do korzystniejszych dla sprawcy postanowień art. 63 § 1 k.k. z 1997 r.

<sup>16</sup> B. Nita, A.R. Światłowski, *O retroaktywności...*, s. 42–45.

<sup>17</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 19.08.1993 r., I KZP 20/93, OSNKW 1993 nr 9–10, poz. 55.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 14.12.2000 r., II AKz 366/00, OSA 2001 nr 4, poz. 21.

Omawiane zagadnienie ponownie stało się przedmiotem uchwały Sądu Najwyższego w 2004 r.<sup>20</sup> W jej treści ugruntowanie zyskał pogląd, iż zasada *lex severior retro non agit* dotyczy nie tylko kar, lecz także środków zabezpieczających. Zdaniem członków najwyższej instancji sądowej jest to wynik daleko idącego i wciąż pogłębiającego się procesu zbliżania się właściwości kar i środków ochronnych, czy wręcz – jak to określono w judykacie – „zacierania się granic między tymi dwiema kategoriami regulacji prawokarnej”. Według Sądu Najwyższego dotyczy to zwłaszcza środków zabezpieczających mających charakter „mieszany”, do których zaliczył on przepadek.

Z treści wskazanych tu judykatów wynika, że sąd orzekając obecnie jeden ze środków zabezpieczających, w razie kolizji ustaw w czasie ma obowiązek ustalić, która z ustaw zawierających środek ochronny w zakresie ubocznie powodowanych przez tę sankcję uciążliwości, byłaby pod tym względem bardziej korzystna (a ściślej – mniej dolegliwa) dla danej osoby<sup>21</sup>. Na gruncie doktryny zagadnienie to wywołuje wszakże w dalszym ciągu kontrowersje i przeciwne poglądy w ramach analizy przepisów dotyczących poszczególnych środków zabezpieczających. Dotyczy to m.in. porównania tych środków zabezpieczających, których regulacje najbardziej się zmieniły w porównaniu z przepisami k.k. z 1969 r. Odnosi się to w szczególności do środka ochronnego zawartego w art. 95 k.k. z 1997 r. Jedni autorzy uznają w tym zakresie za względniejsze przepisy poprzedniej kodyfikacji karnej, inni – uregulowania obecnie obowiązujące. Na przykład w komentarzu dotyczącym treści art. 95 k.k. autorstwa P. Hofmańskiego i L.K. Paprzyckiego wskazano, iż przewidziane w art. 100 k.k. z 1969 r. rozwiązanie polegające na zastosowaniu najpierw internacji w zakładzie psychiatrycznym przestępców z poczytalnością ograniczoną, z możliwością wykonania wobec nich po zakończeniu tej internacji złagodzonej kary pozbawienia wolności, było rozwiązaniem względniejszym dla tej kategorii przestępców, niż obecna regulacja kodeksowa<sup>22</sup>. Na gruncie art. 100 § 1 k.k. z 1969 r. osoby o poczytalności znacznie ograniczonej, skazane na karę pozbawienia wolności, przed odbyciem tej kary, można było skierować tytułem środka zabezpieczającego do zakładu psychiatrycznego w celu przeprowadzenia terapii. Następnie, zgodnie z treścią art. 100 § 3 tego aktu prawnego, jeszcze w czasie trwania internacji ochronnej sąd zobowiązany był podjąć decyzję, czy orzeczoną karę pozbawienia wolności należy wykonać. Wykonanie tej kary lub zwolnienie od jej realizacji było uzależnione od aktualnego stanu zdrowia takiej osoby oraz od tego, czy skazany wykazywał postępy

<sup>20</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 21.05.2004 r., I KZP 6/04, OSNKW 2004 nr 5, poz. 49.

<sup>21</sup> Oczywiście jeżeli ustawa istniejąca w czasie orzekania zawiera środek zabezpieczający, który nie był znany prawu obowiązującemu poprzednio, to sąd mógłby zastosować taki środek z mocą wsteczną, pod warunkiem, że jego realizacja czyniłaby sytuację prawną oskarżonego bardziej dla niego korzystną. Zob. B. Nita, A. R. Światłowski, *Zakaz łącznego stosowania...*, s. 45. Por. też wyrok Sądu Najwyższego z dn. 26.03.1999 r., WKN 6/99, OSNKW 1999 nr 7–8, poz. 40.

<sup>22</sup> P. Hofmański, L.K. Paprzycki, *Komentarz do rozdz. X k.k. – Środki zabezpieczające*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2012, s. 527.



w procesie leczenia. Jeżeli doszło do wykonania kary pozbawienia wolności, to okres pobytu w zakładzie psychiatrycznym nie był zaliczany na poczet kary, zgodnie z regułą, że kara i środek ochronny stanowią dwie autonomiczne formy reakcji na czyn zabroniony, które nie mogą się wzajemnie pochłaniać.

Występuje też pogląd przeciwny – stanowiący obecnie podstawę funkcjonowania art. 95 k.k., a mianowicie, że można umieszczać w zakładzie karnym, tytułem środka zabezpieczającego, przestępców upośledzonych umysłowo, o poczytalności ograniczonej **w stopniu znacznym** (podkreśl. aut.) – czyli zbliżonym do niepoczytalności – w celu poddania ich tam terapii. K. Postulski, który jest zwolennikiem tego rozwiązania, a zarazem też aprobuje tezę, iż jest ono względniejsze od analogicznego unormowania przewidzianego w art. 100 § 1–3 k.k. z 1969 r., stwierdza np., że: „brak jest opublikowanych badań dotyczących omawianej populacji skazanych (tj. osób z ograniczoną poczytalnością – przyp. aut.), które potwierdzałby obawy wyrażane w literaturze, iż jednostki penitencjarne nie stanowią optymalnego środowiska terapeutycznego dla tej grupy skazanych”<sup>23</sup>. Znane są niestety, przeczące zacytowanej tezie, przypadki umieszczania w więzieniu upośledzonych umysłowo osób, skazanych za przypisane im przestępstwa, które to osoby nigdy nie powinny się tam znaleźć. Przypadki te, zważywszy na niemożność poradzenia sobie przez osoby z poważnymi schorzeniami ośrodkowego układu nerwowego z rygorami odbywania kary, przewidzianymi dla jednostek zdrowych – trudno określić inaczej niż kompromitację polskiego wymiaru sprawiedliwości<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> K. Postulski, *Wykonywanie środków zabezpieczających leczniczych*, [w:] *System prawa karnego*, t. 7, *Środki zabezpieczające*, L.K. Paprzycki (red.), Warszawa 2012, s. 490.

<sup>24</sup> Wymownym przykładem wadliwości założenia o rzekomej „racjonalności” i skuteczności łączenia ze sobą realizacji kary pozbawienia wolności i leczniczego środka zabezpieczającego wykonywanych łącznie w zakładzie karnym na podstawie art. 95 k.k. była sprawa Radosława Agatowskiego. Był to niepełnosprawny intelektualnie (upośledzony umysłowo) 26-latek, który w latach 2008–2012 dopuścił się szesnastu kradzieży mienia, o łącznej wartości ok. 10 tys. złotych. Mężczyzna ten, o psychice zbliżonej do stanu umysłowego kilkunastoletniego chłopca, zabierał z prywatnych posesji i ośrodków wczasowych w Ustroniu Morskim rowery, drewniane palety i inne przedmioty o stosunkowo niewielkiej wartości, które z reguły sprzedawał w punkcie skupu złomu. Sąd skazując R. Agatowskiego przyjął, że wszystkich zarzucanych mu czynów dokonał on mając zdolność rozpoznania czynu i pokierowania swoim postępowaniem ograniczoną w stopniu znacznym. Podczas pobytu w areszcie śledczym (sic!) w Koszalinie, w związku z kontynuacją kolejnych postępowań dotyczących zarzucanych mu przestępstw, dyrektor tej placówki udzielił podejrzanemu przepustki, z której R. Agatowski nie powrócił. Było oczywiste, że dalszy pobyt w areszcie śledczym, lub później w zakładzie karnym, stwarzałby zagrożenie dla jego zdrowia, a nawet życia. Tak też uzasadnił Prokurator Generalny wniosek o ułaskawienie R. Agatowskiego skierowany do Prezydenta RP. W październiku 2013 r. wniosek ten został uwzględniony i upośledzony umysłowo mężczyzna trafił do szpitala, a potem do ośrodka opiekuńczego.

Przy tej okazji trzeba zatem podkreślić, że umieszczanie w zakładzie karnym ludzi niedorozwiniętych umysłowo, względnie dotkniętych upośledzeniem nabytym na skutek chorób lub wypadków, których poczytalność jest znacznie ograniczona, ewidentnie narusza zasadę humanitaryzmu stosowania sankcji karnych, zawartą w art. 3 k.k. Dlatego też treść tego przepisu należałoby uzupełnić o zapis następujący: „W zakładach karnych nie umieszcza się na podstawie kary lub tytułem innego środka osób głęboko upośledzonych umysłowo, o poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym.” Towarzyszyć temu powinna zmiana art. 95 k.k., który należałoby w ogóle skreślić lub też kierowanie do zakładu karnego przestępców

Jak widać na przykładzie porównania treści art. 100 § 1–3 k.k. z 1969 r. oraz art. 95 k.k. z 1997 r. nie można z góry, wyłącznie na podstawie zestawienia postanowień obu tych przepisów, a bez odniesienia ich do sytuacji konkretnego sprawcy, wskazać który z nich zawiera uregulowanie względniejsze. Przypomnieć należy, że ustawa względniejsza dla sprawcy to taka, która umożliwi sądowi wybór sankcji – w konkretnej sprawie i w stosunku do zindywidualizowanej osoby – obiektywnie dla niej korzystniejszej.

I tak np. dla przestępcy o niewielkim stopniu upośledzenia umysłowego, skazanego na długotrwałą karę pozbawienia wolności, który jeszcze w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r. był internowany w zakładzie psychiatrycznym na zasadzie środka zabezpieczającego z art. 100 tego aktu prawnego, korzystniejsza może okazać się regulacja zawarta w art. 95 k.k. z 1997 r. Wskazuje na to chociażby opisana wcześniej sytuacja, która stanowiła podstawę dla wydania przez Sąd Apelacyjny we Wrocławiu cytowanego wyroku z dn. 14 grudnia 2000 r.

Natomiast w tych przypadkach, gdy sprawa dotyczyłaby przestępcy wykazującego znaczny stopień upośledzenia umysłowego, korzystniejsza dla niego byłoby zastosowanie art. 100 k.k. z 1969 r., ponieważ jednostka taka zostałaby skierowana w celu realizacji środka ochronnego do zakładu psychiatrycznego, a po zwolnieniu z intrenacji sąd mógłby podjąć decyzję o niewykonywaniu wobec niej kary pozbawienia wolności.

#### IV

Wyrażany dawniej pogląd o niezasadności odnoszenia zasady *lex severior retro non agit* do środków zabezpieczających podtrzymuje po wejściu w życie k.k. z 1997 r. W. Wróbel. Autor ten zwraca uwagę, że realizowanie odmiennych reguł w zakresie retroakcji w stosunku do kar (i środków karnych) oraz środków zabezpieczających stwarza co prawda niebezpieczeństwo tego rodzaju, że ustawodawca chcąc ominąć zasadę stosowania do sprawcy ustawy zawsze względniejszej, mógłby wprowadzać do ustawy karnej sankcje mające charakter karno-represyjny i w istocie będące karami, a tylko „poprzebierane” za środki zabezpieczające<sup>25</sup>. Jednakże zapobieżeniu tego niebezpieczeństwa ma służyć zdaniem W. Wróbla kontrola działań ustawodawczych i rygorystyczne egzekwowanie zakazu retroakcji w przypadku tych sankcji, które tylko z nazwy przypominałyby środki ochronne, natomiast w zakresie swych właściwości zbliżone byłyby do kar. W. Wróbel wyłącza ponadto dopuszczalność działania ustawy karnej wstecz w stosunku do tych środków zabezpieczających, które – jak je określa – „mają mieszany charakter”,

z poczytalnością ograniczoną w ramach tego przepisu zawęzić tylko do jednostek upośledzonych umysłowo w stopniu lekkim.

<sup>25</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 517.

czyli jak uznaje ten autor – mają cechy zarówno kar (środków karnych), jak też środków ochronnych (chodzi w tym wypadku o administracyjne środki zabezpieczające)<sup>26</sup>. Autor ten uważa, że w płaszczyźnie celów stawianych środkom zabezpieczającym oraz określanych teoretycznie ich właściwości, są to sankcje istotnie różniące się od kar – a to właśnie w tej, teoretycznej płaszczyźnie celów, nie zaś faktycznie wyrządzanych sprawy i odczuwanych przez niego subiektywnie dolegliwości, należy zestawiać te dwa rodzaje sankcji prawa karnego, w celu ustalenia, czy regułę zakazu retroaktywności powinno się rozszerzyć na środki zabezpieczające<sup>27</sup>.

Jako dodatkowy argument uzasadniający prezentowany przez siebie pogląd W. Wróbel przytacza treść art. 7 ust. 1 zdanie drugie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>28</sup> (dalej wskazywana jako EKPCz) oraz art. 15 ust. 1 zdanie drugie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>29</sup> (cyt. jako MPPOiP), z których to unormowań interpretowanych literalnie, wynika jego zdaniem, że reguła wstecznego działania unormowań prawno-karnych dotyczy wyłącznie kar, a nie odnosi się do środków zabezpieczających<sup>30</sup>.

Pogląd W. Wróbla w omawianej kwestii podziela także A. Zoll. Autor ten zauważa jednocześnie, że do środków zabezpieczających może niekiedy znaleźć także zastosowanie reguła *lex mitior agit*. Chodziłoby tu o przypadek, gdy ustawa obowiązująca przed momentem orzekania przewidywałaby dopuszczalność wdrożenia określonego środka zabezpieczającego, natomiast nowa ustawa nie stwarzała już takiej możliwości. W takim wypadku zdaniem A. Zolla zastosowanie powinna należeć ustawa nowa, co by oznaczało, że w stosunku do danego sprawy środek ochronny nie zostanie zastosowany<sup>31</sup>.

Ustosunkowując się do przytoczonych wyżej poglądów W. Wróbla dotyczących omawianych tu zagadnień, można stwierdzić, że głoszone przez niego tezy,

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 523.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 518–520.

<sup>28</sup> Zgodnie z treścią tego uregulowania: „Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”.

<sup>29</sup> Przepis ten stanowi: „Nie może być również zastosowana kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w chwili popełnienia przestępstwa. Jeżeli po popełnieniu przestępstwa ustanowiona zostanie przez ustawę kara względniejsza za takie przestępstwo, przestępca będzie miał prawo z niej skorzystać”.

<sup>30</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 521.

<sup>31</sup> Autor ten stwierdza: „Przekonuje argument W. Wróbla, iż pełne respektowanie zakazu retroaktywności oraz zasady *lex mitior* w odniesieniu do środków zabezpieczających może być sprzeczne z racją ich stosowania. Jeżeli bowiem doszło do zmiany owych środków, to nakaz stosowania środka mniej efektywnego (choć łagodniejszego) w sytuacji gdy system prawa przewiduje bardziej skuteczne zabezpieczenie przed groźącym niebezpieczeństwem, byłoby działaniem irracjonalnym. Podzielając pogląd o braku zastosowania zasady *lex mitior agit* w stosunku do środków zabezpieczających należy jednak pamiętać, że ma ona pełne zastosowanie do oceny podstaw ich stosowania. Jeżeli ustawa dawna z popełnieniem czynu zabronionego określonego typu łączyła możliwość stosowania środka zabezpieczającego, a nowa ustawa takiej możliwości nie przewiduje, to oczywiście zasada *lex mitior agit* ma pełne zastosowanie”. Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 4 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, A. Zoll (red.), Kraków 2004, s. 106–107.

uwzględniając treść obowiązujących obecnie przepisów rozdz. X k.k. z 1997 r., należałoby traktować raczej jako postulaty dotyczące kierunków ewentualnych zmian w zakresie przekształcenia treści art. 4 § 1 k.k. oraz jego wykładni. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w chwili obecnej, w świetle poglądów orzecznictwa zarówno Sądu Najwyższego, jak też Trybunału Konstytucyjnego *w s z y s t k i e* przewidziane w k.k. z 1997 r. środki zabezpieczające objęte są regułą *lex severior retro non agit*<sup>32</sup>. W doktrynie zagadnienie to poruszane jest rzadko, ale – o czym była już mowa – również tam zdaje się przeważać takie właśnie stanowisko.

Jak już wcześniej podkreślono, nieobjęcie zakazem retroakcji środków zabezpieczających wywołałoby zapewne problem pogodzenia takiej konstrukcji z normami konstytucyjnymi. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika niewątpliwie reguła, mająca już utrwalony charakter, iż działanie prawa wstecz łączące się z pogorszeniem sytuacji prawnej sprawcy naruszałoby zawartą w art. 2 Konstytucji RP zasadę bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa związaną z zaufaniem obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa<sup>33</sup>. Trybunał Konstytucyjny dopuszcza wyjątkowo możliwość retroakcyjnego działania prawa, nie dotyczy to jednak przepisów prawa karnego materialnego, w tej bowiem sferze zakaz działania prawa wstecz ma charakter bezwzględny<sup>34</sup>, o czym przesądza treść art. 42 ust. 1 Konstytucji<sup>35</sup>.

Z treści orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że zakaz wstecznego działania prawa obejmuje całość unormowań karnomaterialnych: w takim ujęciu nie ma znaczenia, czy chodzi o kary, czy też o środki zabezpieczające. Takie rozumienie prawideł wdrażania środków zabezpieczających w ramach reguł interpretacyjnych odpowiada jednemu z dwóch, przeciwnych kierunków wykładni przepisów, wspomnianych już wcześniej – art. 15 ust. 1 MPPOiP oraz

---

<sup>32</sup> Na marginesie tylko dokonywanych tu omówień można zauważyć, że W. Wróbel jakby zapominając o reprezentowanym przez siebie stanowisku co do tego, że środki zabezpieczające istotnie różnią się od kar oraz środków karnych, **pod względem stawianych im celów** (podkreśl. aut.) – przez co środki ochronne nie podlegają według niemu zasadzie *lex severior retro non agit* – jednocześnie nakazuje stosować odpowiednio do środków zabezpieczających dyrektywy sądowego wymiaru kary (zob. W. Wróbel, *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2012, s. 793).

W tym zakresie autor ten jest niekonsekwentny w swoich poglądach. Jeżeli stawia się według niego inne cele środkom zabezpieczającym i karom, co ma uzasadnić dopuszczalność wstecznego stosowania przepisów przewidujących środki zabezpieczające, to nie można jednocześnie nakazywać, aby sąd stosując środki ochronne realizował jednocześnie wobec nich te same kierunki racjonalizacji sankcji (dyrektywy), co w przypadku kar.

<sup>33</sup> W art. 2 Konstytucji RP zawarto sformułowanie: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

<sup>34</sup> Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 19.11.2008 r., KP 2/08, OTK ZU nr 9/A/2008, poz. 157 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 23.07.2013 r., P 36/12/81/6/A 2013, Dz.U. z 2013 r. poz. 928.

Podkreślić tu należy, że konstytucyjny zakaz niedziałania prawa wstecz nie rozciąga się na uregulowania procesowo-karne, mimo że znajdują się tam przecież instytucje istotnie zbliżone do środków zabezpieczających. Należy do nich, np. konstrukcja przepadu zawarta w art. 323 § 3 k.p.k.

<sup>35</sup> Konstytucja RP w art. 42 ust. 1 stanowi, iż: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”.

art. 7 ust. 1 EKPCz. Pierwszy z kierunków analizy tych przepisów został już wskazany – zdaniem W. Wróbla dotyczą one wyłącznie kar i sankcji od nich genetycznie pochodzących – np. środków karnych<sup>36</sup>. W doktrynie prawa karnego funkcjonuje także stanowisko – jak widać – mające swoje uzasadnienie również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, iż oba wymienione tu przepisy traktowane posługując się pojęciem „kara” odnoszą się w rzeczywistości do każdej formy sankcji będącej następstwem popełnienia czynu karalnego – a więc również do środków zabezpieczających<sup>37</sup>.

## V

Rozważając wskazane tu zagadnienie, stwierdzić należy, że przeważa we współczesnym orzecznictwie, i – jak można sądzić – raczej też w nauce prawa karnego, stanowisko negujące dopuszczalność retroaktywnego działania środków zabezpieczających. Pamiętając o tym, można wszakże wyrazić wątpliwość względem rozszerzającej wykładni treści art. 42 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 15 ust. 1 MPPOiP, a także ar. 7 pkt. 1 EKPCz. Przepisy te dotyczą ewidentnie rozumianej ściśle kary kryminalnej oraz innych, wywodzących się od niej sankcji karnych o charakterze represyjnym – np. środków karnych. Nie można z tą kategorią karnopravných konsekwencji czynu zabronionego utożsamiać całości środków zabezpieczających, które mają przecież zróżnicowany charakter. Internowanie ochronno-lecznicze jednostek niepoczytalnych, czy leczenie odwykowe w warunkach izolacji, z pewnością nie ma celu represyjnego, a również pod względem faktycznie powodowanej dolegliwości są to sankcje wyraźnie różniące się od kar. Można by przy tym wzorem W. Wróbla zadać pytanie, jaką wartość gwarancyjną może mieć stosowanie przepisu dotyczącego środka zabezpieczającego obowiązującego w czasie popełnienia czynu karalnego, dla osoby, która w tym czasie np. jest niepoczytalna?<sup>38</sup> Z drugiej wszakże strony również uzasadnione byłoby postawienie pytania, jaki sens miałyby wyodrębnianie dwóch różnych kategorii środków zabezpieczających, przy czym w stosunku do jednych („czystych” – leczniczych środków ochronnych) zakaz retroakcji nie miałby zastosowania, do innych zaś (środków zabezpieczających, o „mieszanym” charakterze, w których uwidacznia się pierwiastek represyjności) pełne zastosowanie zyskałaby reguła *lex severior retro non agit*. Nawet W. Wróbel, będąc zwolennikiem tezy o dopuszczalności retroaktywnego stosowania reguł prawa karnego w stosunku do środków zabezpieczających, wyodrębnia grupę wspomnianych już „mieszanych” środków

<sup>36</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 521.

<sup>37</sup> Tak twierdzą np. B. Nita i A.R. Światłowski – zob. *Zakaz łącznego stosowania...*, s. 46–47, tak również uważa T. Dukiet-Nagórska, *Kilka uwag o zasadzie...*, s. 36 oraz s. 41.

<sup>38</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 522.

zabezpieczających, do których jego zdaniem należy stosować regułę dotyczącą kar, a więc *lex mitior retro agit*<sup>39</sup>.

Wskazanie, który ze środków zabezpieczających ma charakter „czysty”, a który wykazuje właściwości bardziej zbliżone do kar – i z tego względu można by go nazwać środkiem „mieszanym” – jest jednak dość trudne. Środki zabezpieczające administracyjne przypominają treściowo analogiczne pod tym względem środki karne, ale jednocześnie inne są ich cele, jak również czas realizacji i przesłanki uchylenia. W przeciwieństwie do środków ochronnych związanych z izolacją sprawcy można by uznać, że są mniej dla niego dolegliwe. Środki izolacyjno-lecznicze natomiast, mimo że ich zastosowanie oznacza izolację społeczną jednostki, to jednak służą w istotnej mierze jej terapii, który to czynnik nie występuje w przypadku środków o charakterze administracyjnym. W obecnym stanie prawnym na tym tle wyróżniają się środki zabezpieczające zawarte w art. 95 i 95a k.k. – zawierają one z pewnością czynnik represyjny, którego brak w przypadku internacji realizowanej na podstawie art. 94 k.k. wobec osoby niepoczytalnej.

Rozważając, czy środki ochronne są objęte zasadą retroakcji, należy jeszcze zwrócić uwagę na pewne względy systemowe. Otóż Trybunał Konstytucyjny uznaje za sprzeczne z art. 2 Konstytucji stosowanie sankcji administracyjnych o charakterze wolnościowym, tj. nakładanie surowszych (o wyższej wysokości) kar pieniężnych przez organy administracyjne, niż przewidywały to normy prawa administracyjnego obowiązujące w chwili popełnienia czynu<sup>40</sup>. Jeżeli zasada niedziałania prawa wstecz, gdyby miałyby to pogorszyć sytuację prawną jednostki, dotyczy sankcji prawa administracyjnego, to tym bardziej niedopuszczalne byłoby retroakcyjne orzekanie sankcji karnych łączących się z pozbawieniem wolności, którymi są przecież także i środki zabezpieczające, nawet jeżeli internacja ochronna związana jest z terapią sprawcy.

Trzeba też pamiętać, że stosowanie środków zabezpieczających na podstawie ustawy nowej, obowiązującej w czasie orzekania, podobnie jak to miało miejsce pod rządami k.k. z 1932 r., w przypadku środków ochronnych stosowanych obok kary, prowadziłyby do konieczności orzekania przez sąd na podstawie przepisów łączonych. Karę sąd wymierzałby na podstawie ustawy względniejszej, często z czasu popełnienia przestępstwa, natomiast środki zabezpieczające – na podstawie ustawy nowej. Byłby to zatem wyjątek od obowiązującej zasady zakazu łączenia przepisów ustawy starej i nowej w razie ich kolizji w czasie.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 523.

<sup>40</sup> Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 23.07.2013 r., sygn. P 36/ 12, 81/6/A/ 2013, Dz.U. z 2013 r. poz. 928. Por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 12.05.2009 r., sygn. P 66/07, OTK ZU nr 5/A/ 2009, poz. 65.

## VI

Zagadnienie dopuszczalności retroakcyjnego stosowania środków ochronnych nabrało ostatnio pierwszorzędного znaczenia w związku z problemem dotyczącym niebezpiecznych przestępców odbywających długotrwałe kary pozbawienia wolności. Chodzi o grupę kilkunastu osób, którym w latach osiemdziesiątych wymierzono karę śmierci, a następnie w drodze amnestii w 1989 r. zamieniono ją na karę 25 lat pozbawienia wolności. W najbliższym czasie osoby te będą opuszczały zakłady karne w związku z zakończeniem odbywania kary. Ponieważ znaczna część tych osób wykazuje poważne zaburzenia osobowościowe i istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że osoby te mogą się dopuścić nowych przestępstw, Ministerstwo Sprawiedliwości podjęło decyzję, że w stosunku do tych jednostek należy zastosować środki ochronne – specjalnie w tym celu stworzone i wprowadzone do porządku prawnego wzorem wielu państw zachodnioeuropejskich.

Problem polega na tym, że instytucje tego typu w zasadzie nie istniały w czasie, kiedy przestępcy ci popełniali swoje zbrodnie.<sup>41</sup> Powstała zatem kwestia, czy zastosowanie względem tej kategorii osób nowych środków zabezpieczających, które zostałyby wprowadzone do porządku prawnego w okresie odbywania przez nie kary nie naruszy zasady *lex severior retro non agit*.

W latach 2012–2013 powstały trzy projekty regulacji tych instytucji<sup>42</sup>, przy czym ewolucja zawartych w nich rozwiązań wskazuje, że ich autorzy obawiali się zarzutu, iż proponowane przez nich rozwiązania mogą naruszać wskazaną regułę.

Pierwszy z projektów z dn. 2 listopada 2012 r. stanowił nowelizację kodeksu karnego, kodeksu karnego wykonawczego, Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego oraz innych aktów prawnych<sup>43</sup>. W zakresie omawianego zagadnienia projekt ten przewidywał, że w przypadku osób skazanych, odbywających karę pozbawienia wolności, którzy stwarzaliby poważne zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności seksualnej, ustalone przez biegłych w formie ekspertyzy, dyrektor zakładu karnego, w którym odbywał karę taki więzień, w oparciu o opinię biegłych, mógłby wystąpić do sądu opiekuńczego z wnioskiem o umieszczenie skazanego, po zakończeniu przez niego odbywania kary, w zakładzie psychiatrycznym. Takie rozwiązanie wyraźnie wskazywało, że ustawodawca uznaje środki zabezpieczające za rodzaj sankcji karnych objętych działaniem reguły *lex severior retro non agit*. Gdyby było inaczej projektodawcy nie uciekali by się do „sztuczek” legislacyjnych oddających orzekanie instytucji – będącej w istocie rzeczy postpenalnym

<sup>41</sup> Kodeks karny z 1969 r. przewidywał jednak – o czym wcześniej wspomniano – możliwość stosowania nadzoru ochronnego i umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego tych przestępców, którzy spełniali kryteria zakwalifikowania do grupy wielokrotnych recydywistów penitencjarnych.

<sup>42</sup> Projekty te wraz z uzasadnieniami zostały zamieszczone na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem [www.bip.ms.gov.pl/projekty-aktow-prawnych/prawo\\_karne](http://www.bip.ms.gov.pl/projekty-aktow-prawnych/prawo_karne).

<sup>43</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dn. 2.11.2012 r.

środkiem zabezpieczającym – do gestii sądu opiekuńczego, który miałby w tym przypadku stosować jako podstawę prawną wdrożenia nowych instytucji przepisy Ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, nie zaś przepisy kodeksu karnego.

W kolejnym projekcie nowelizacji kodeksu karnego i innych ustaw, noszącym w nagłówku datę 28 stycznia 2013 r., przewidziano w omawianej kwestii identyczne rozwiązania<sup>44</sup>. Jedyna różnica sprowadzała się do tego, że niebezpiecznych przestępców opuszczających zakłady karne sąd opiekuńczy umieszczałby w wyodrębnionych zakładach psychiatrycznych przeznaczonych dla tej kategorii osób i nazwanych w projekcie „ośrodkami terapii osobowości”.

Pół roku później, na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości ukazała się wersja ostateczna przewidywanych zmian. Nie przyjęła ona tym razem formy nowelizacji szeregu poszczególnych aktów prawnych, na czele z kodeksem karnym, lecz uzyskała kształt nowej, odrębnej ustawy, którą opatrzone tytułem: *O postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie dla życia, zdrowia, lub wolności seksualnej innych osób*<sup>45</sup>. Tym samym ustawodawca postanowił umieścić przedmiotową regulację poza obszarem norm mających formalnie charakter karny, w odrębnym od kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego akcie prawnym. Nie wchodząc w szczegóły regulacji tego projektu nadmienić tylko trzeba, że w stosunku do wymienionych wyżej, dwóch poprzednich projektów nowelizacyjnych, propozycja nowej ustawy zakłada, że o zastosowaniu przewidzianych w niej instytucji ochronnych będzie decydował sąd cywilny w składzie trzech sędziów zawodowych. Rozstrzygnięcie będzie podejmowane w trybie przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym.

Tu trzeba stwierdzić, że przekazanie sądowi cywilnemu decyzji w sprawie rozstrzygnięcia kwestii typowo karnych (choćby prognozy kryminologicznej niebezpiecznych przestępców) i w oparciu o zapisy procedury cywilnej, w oczywisty sposób zmierza do obrony projektu przed zarzutem, iż nowe instytucje ochronne zawarte w jego treści stanowią rodzaj sankcji o charakterze represyjnym i z tego względu powinny być poddane zakazowi oddziaływania retroakcyjnego. Ustawodawca tworząc tego typu regulację dobitnie potwierdza, że obawia się zarzutu sprzeczności stworzonych przez siebie uregulowań z art. 2 oraz z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Wydaje się, że obawy te mogą być uzasadnione, a przeniesienie nowych konstrukcji na płaszczyznę regulacji cywilnoprawnej niewiele w tej kwestii zmieni. O tym bowiem, czy dany rodzaj sankcji ma charakter karny (czy szerzej – represyjny) i czy objęty jest zakazem retroakcji decyduje nie tyle rodzaj sądu, który będzie go stosował, czy umiejscowienie w takim lub w innym akcie prawnym, ale przede wszystkim rzeczywista dolegliwość dająca

<sup>44</sup> Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dn. 28.01.2013 r.

<sup>45</sup> Projekt ustawy z dn. 28.06.2013 r. *O postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie dla życia, zdrowia, lub wolności seksualnej innych osób*.



się zakwalifikować jako właściwa dla sankcji typu penalnego.<sup>46</sup> Dlatego należy stwierdzić, że chociaż działania inicjatorów tych nowych rozwiązań prawnych są jak najbardziej słuszne, jeżeli chodzi o poszukiwanie nowych form ochrony społeczeństwa przed niebezpiecznymi przestępcami, to jeśli faktycznie przybierają postać postpenalnego środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym, wówczas nie powinny one działać wstecz. Instytucje te należy zamieścić tam, gdzie jest ich miejsce – to znaczy w kodeksie karnym. Należałoby je wdrażać z uwzględnieniem reguł gwarancyjnych przewidzianych w procedurze karnej i realizować zgodnie ze standardami wskazywanymi przez zapisy kodeksu karnego wykonawczego. Tego typu środki ochronne mogą być stosowane tylko do tych jednostek, które popełnią przestępstwa w czasie obowiązywania przepisów zawierających te środki. Natomiast w stosunku do niebezpiecznych przestępców, którzy obecnie kończą odbywanie długoterminowych kar pozbawienia wolności powinny być zastosowane formy kontroli, czy nawet nadzoru, jak również określone działania terapeutyczne, ale wyłącznie w warunkach wolnościowych, realizowanych na podstawie prawa administracyjnego. Niestety, tylko tyle można zrobić nie narażając się na zarzut niekonstytucyjności opisanych tu skrótowo, nowych rozwiązań, które mogą kolidować z zasadą *lex severior retro non agit*.

## VII

Uwzględniając wszystkie okoliczności wymienione w toku dotychczasowych wywodów, a przede wszystkim brak w obecnych uregulowaniach odpowiednika art. 2 § 4 k.k. z 1932 r., należy stwierdzić, że środki zabezpieczające stanowią współcześnie typ sankcji karnych, przy stosowaniu których należy zawsze analizować i uwzględnić stopień realnej dolegliwości wywoływanej przez konkretny typ środka ochronnego na tle jednostkowej sprawy i konkretnej osoby, wobec której środek ten będzie miał zastosowanie. Tym samym – chociaż konstatacja tej treści z pewnością pozostaje w sprzeczności z celami i istotą środków ochronnych – w razie kolizji dwóch ustaw zawierających odmienne regulacje dotyczące tej kategorii sankcji, nie zawsze zastosowanie znajdzie ta ustawa, która skuteczniej chroni społeczeństwo i porządek prawny przed niebezpiecznym sprawcą czynów karalnych, lecz realizowana będzie ta, która dla niego jest względniejsza.

---

<sup>46</sup> Wydaje się, że aspekt formalny związany z umiejscowieniem tych instytucji poza normami prawa karnego wziął górę nad analizą ich właściwości na tle innych sankcji prawnych. K. Postulski, sędzia Sądu Apelacyjnego w Lublinie i członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego odnosząc się do nowych rozwiązań zawartych w omawianych wyżej projektach nowelizacyjnych z lat 2012–2013, stwierdził: „Dla uniknięcia zarzutów wstecznego działania prawa stosowne regulacje powinny znaleźć się poza przepisami prawa karnego, w szczególności dotyczącymi orzekania i wykonywania środków zabezpieczających”. Cyt. za J.M. Ferencz, *Niebezpieczni sprawcy: izolacja, leczenie, nadzór*, „Na wokandzie” 2013, nr 2, s. 19.

## ŚRODKI ZABEZPIECZAJĄCE A ZASADA *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT*

### Streszczenie

W treści artykułu dokonano analizy zagadnienia, czy do środków zabezpieczających odnosi się zakaz wstecznego działania ustawy karnej, jeżeli pogarszałoby to sytuację prawną sprawcy, a w szczególności, czy środki zabezpieczające przewidziane w ustawie w czasie orzekania można by zastosować, jeżeli przepisy obowiązujące poprzednio nie przewidywały takich środków ochronnych.

Autor artykułu opowiada się za stosowaniem zasady *lex severior retro non agit* do wszystkich przewidzianych w prawie karnym środków zabezpieczających, a także do instytucji istotnie do nich zbliżonych, nawet jeżeli zostałyby one zamieszczone w aktach prawnych niemających formalnie charakteru prawnokarnego. Chodzi w tym wypadku o nowe przepisy, przewidujące dopuszczalność umieszczania w specjalnych ośrodkach terapii osobowości groźnych przestępców, którzy opuścili zakłady karne, a w stosunku do których podobne regulacje nie istniały w czasie, kiedy dopuścili się oni zbrodni.

### SUPERVISION MEASURES VS. THE PRINCIPLE: *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT*

### Summary

The article analyses whether the principle of irretroactivity in penal law is applied to supervision measures if it worsens the perpetrator's legal situation; especially whether supervision measures provided for in the Act at the time of ruling could be applied if the regulations that had been in force before had not provided for such supervision measures. The author sides with the principle: *lex severior retro non agit* in the case of all supervision measures provided for in penal law as well as all measures that are similar to them even if they were included in acts that are not formally of penal-legal nature. It concerns the new regulations that provide for the admissibility of placing dangerous criminals in special behaviour therapy centres after they have been released from prison even if such regulations had not been in force when they committed crimes.

## **LES MOYENS DE GARANTIE ET LE PRÍNCIPE *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT***

### **Résumé**

Dans l'article on présente l'analyse de la question si l'interdiction de réaction en arrière de la loi pénale se rapporte aux moyens de garantie dans le cas où la situation juridique de l'auteur se dégraderait, et en particulier, si les moyens de garantie prévus par la loi pourraient être appliqués si les règlements obligatoires avant ne prévoyaient pas ces moyens de protection. L'auteur de l'article est pour l'application du principe *lex severior retro non agit* pour tous les moyens de garantie prévus dans le droit pénal ainsi que pour toutes les institutions essentiellement proches même s'ils étaient placés dans les actes juridiques n'ayant pas formellement du caractère légal et juridique. Dans ce cas il s'agit de nouveaux droits qui prévoient l'admissibilité d'enfermer dans les centres de thérapie de personnalité des criminels particulièrement sévères qui ont quitté leurs prisons et pour qui n'existaient pas les régularités au temps quand ils ont commis leurs crimes.

## **ЗАЩИТНЫЕ МЕРЫ И ПРИНЦИП *LEX SEVERIOR RETRO NON AGIT***

### **Резюме**

Статья содержит анализ проблемы, заключающейся в том, относится ли к защитным мерам отсутствие обратной силы уголовного закона, если бы это усугубляло правовую ситуацию виновника преступления, а, в частности, можно ли применять защитные меры, предусмотренные законом во время вынесения приговоров, если ранее действующие положения не предусматривают таких защитных мер. Автор статьи придерживается принципа *lex severior retro non agit* в отношении всех предусмотренных в уголовном праве защитных мер, а также к институтам, по существу приближенных к ним, даже если бы они содержались в правовых актах, формально не имеющих уголовно-правового характера. В этом случае речь идёт о новых законах, предусматривающих возможность размещения в специализированных терапевтических центрах опасных преступников, закончивших своё пребывание в местах заключения, и в отношении которых подобные регулирования не существовали во время совершения ими преступления.

JOANNA BRZEZIŃSKA

ROZWAŻANIA O ZNAMIONACH PSYCHOLOGICZNYCH  
W KONTEKŚCIE MOTYWACJI  
ZABÓJSTW UPRZYWILEJOWANYCH<sup>1</sup>

1. Zjawisko motywacji, determinujące liczne zachowania człowieka, stanowi szczególnie obszar zainteresowań psychologii. Obserwacje, czynione z perspektywy tej nauki, pozwalają na stwierdzenie, że akt zachowania się w określony sposób najczęściej stanowi wynik współwystępowania zarówno komponentów emocjonalnych, jak i motywacyjnych (procesy emocjonalno-motywacyjne)<sup>2</sup>. Stąd wedle definicji motywacja bywa określana jako przejaw procesu emocjonalnego (E), poszerzony o zdolność do działania (D), ukierunkowanego na oznaczony cel (C)<sup>3</sup>, tym samym motywacja to: emocje (E) + kierunek działania (D). To zatem, co wyróżnia motywację spośród innych aktywności ludzkich, to nadawanie zachowaniu motywacyjnie uwarunkowanemu określonego kierunku działania („tendencja kierunkowa”)<sup>4</sup>, który może zostać osiągnięty podlegając sterowaniu w alternatywnych trajektoriach (różne przejawy zachowań). Dodatkowo, niejako w uzupełnieniu powyższych uwag, można odnaleźć występujące wśród psychologów przekonanie o tym, że owe emocje, kierunkowo zdeterminowane w przypadku ich wkomponowania w proces motywacyjny, osiągają określony stopień natężenia<sup>5</sup>; bez tego zastrzeżenia obraz procesu motywacyjnego wydaje się być w wysokim stopniu niepełny<sup>6</sup>. Dopiero bowiem uwzględnienie siły przeżyć emocjonalnych przenosi spostrzeżenia dotyczące motywacji w jej punkt centralny

<sup>1</sup> Niniejszy artykuł stanowi rezultat prac związanych z realizacją grantu badawczego. Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji numer DEC 2012/07/D/HS5/00605 – kierownik projektu badawczego: dr Joanna Brzezińska.

<sup>2</sup> J. Reykowski, *Eksperymentalna psychologia emocji*, Warszawa 1974, s. 64.

<sup>3</sup> Tym samym motywacja wyraża się w następującej zależności: E (proces emocjonalny) + kierunek działania (D) w określonym celu.

<sup>4</sup> J. Reykowski, *Z zagadnień psychologii motywacji*, Warszawa 1982, s. 18–19.

<sup>5</sup> Natężenie owo wyraża się poprzez pobudzenie pragnień, czy też obaw, co przyczynia się do zmian w zachowaniu się człowieka w postaci przyrostu lub spadku sił w sytuacji bodźcowej. Por. J. Reykowski, *Z zagadnień...*, s. 19.

<sup>6</sup> Należy zauważyć, że aspekt natężenia emocji znajduje bezpośrednie odzwierciedlenie w katalogu znamion typizujących przestępstwo zabójstwa uprzywilejowanego z art. 148 § 4 k.k. Ustawodawca wymaga bowiem, by wzburzenie, jakie towarzyszy sprawcy przedmiotowego zabójstwa, było silne. Art. 148 § 4 k.k.

i stanowi o istocie ich treści w kontekście „przebiegu” samego **procesu motywacyjnego**<sup>7</sup>.

Łaciński źródłosłów słowa „motyw” pochodzi od określeń *movere* oraz *motus*. Pierwsze z nich stanowi czasownik, który używany był na oznaczenie terminów takich jak poruszać się, czy przemieszczać się, natomiast wykrystalizowane z niego pojęcie *motivus* tłumaczone bywa jako przyczyna lub powód rozstrzygający, a rzeczownik *motus* oznacza ruch. Sięgając w tym miejscu do filozofów średniowiecza należałoby przytoczyć konstatację św. Tomasza z Akwinu, który stwierdza, że to ruch wyznacza relację (*motus importat relationem*). Zważywszy na leksykalne i filozoficzne uwagi należy stwierdzić, że motywacja to **proces**, powzięty pod wpływem motywu i ze względu na niego. Proces ten zawsze ma przebieg dynamiczny, zważając na konieczność doprowadzenia do osiągnięcia konkretnego stanu rzeczy<sup>8</sup>. Wskazana dynamika przejawiać się będzie dwupłaszczyznowo bowiem emocjonalne pobudzenie podmiotu, który mu ulega w płaszczyźnie wewnętrznej (– intrapsychicznej) doprowadzi do ekspresji jego przeżyć poprzez aktywizację podjętego działania w płaszczyźnie zewnętrznej (– ekstraspsychicznej). Należy jednak zaznaczyć, że owo emocjonalne przeżycie (intrapysychiczne) może wpływać także hamująco na zewnętrzny przejaw aktywności ludzkiej (w płaszczyźnie ekstraspsychicznej), powodując jej powściągnięcie. Bez względu jednak na wyraz, czy charakter emocji, współwystępujących w **procesie motywacyjnym**, ich pojawienie się jest każdorazowo warunkowane konkretnym bodźcem wyzwalającym, który w dalszej kolejności determinuje określone zachowanie człowieka. Należy przyjąć zatem, że elementami procesu motywacyjnego są<sup>9</sup>: emocje, będące wyrazem „wewnętrznych stanów” organizmu, które popy-

---

stanowi: „Kto zabija człowieka pod wpływem **silnego wzburzenia** usprawiedliwionego okolicznościami, podlega karze pozbawienia wolności pozbawienia wolności od roku do lat 10”.

<sup>7</sup> M. Jarosz, S. Cwynar, *Podstawy psychiatrii*, Warszawa 1978, s. 54.

<sup>8</sup> M. Ossowska, *Motywy postępowania. Z zagadnień psychologii moralności*, Warszawa 2002, s. 35.

<sup>9</sup> K. Ajdukiewicz stwierdza, że: „(...) jeśli wykonując jakąkolwiek czynność (fizyczną lub psychiczną) mamy to poczucie, że do wykonania tej czynności skłania nas pewne przeżycia psychiczne, wówczas mówimy, że owo przeżycie jest motywem tej czynności”. Z kolei Ch. Ehrenfels uznaje, że motywem jest „ta dyspozycja uczuciowa, która stała się czynnikiem wyznaczającym powstawanie pragnienia”. Określony czyn jest uwarunkowany motywem wówczas, gdy podmiot X mając możliwość wyboru różnych ewentualności, zdecydował się na jedną z nich, uświadamiając sobie dlaczego się na nią zdecydował. Czyn X – a jest zatem uzasadniony konkretnym motywem. Natomiast w leksykonie psychologii motyw został określony jako czynnik inspirujący, czy też inicjujący działanie człowieka. Motyw staje się przyczyną określonego sposobu zachowania jednostki, które wynika z jej potrzeb, stanowi uzasadnienie aktywności ludzkiej (w płaszczyźnie rozumowania, przeżyć emocjonalnych, reagowania interpersonalnego). Por. na ten temat szerzej: K. Ajdukiewicz, *Propedeutyka filozofii dla liceów ogólnokształcących*, wyd. 3, Warszawa 1948, s. 172; Ch. Ehrenfels, *System der Werttheorie*, Bd. 1, § 78; L. Bakiera, Ż. Stelter, *Leksykon psychologii rozwoju człowieka*, T. I, Warszawa 2011, s. 273; *Słownik psychologii*, Warszawa 2005, s. 404–405; G. Miethel, *Wprowadzenie do psychologii. Podstawowe zagadnienia*, Gdańsk 1998, s. 259; D.K. Reynolds, *Motivation*, [in:] *Concise encyclopedia of psychology*, R.J. Corsini, A.J. Auerbach (red.), ed. John Wiley & Sons, New York 1996, s. 578 i n.; W. Szewczuk, *Psychologia*, wyd. I, Warszawa 1990, s. 334–336; R. Asanger, G. Wenninger, *Handwörterbuch der Psychologie*, München–Weinheim 1988, s. 463; E.R. Hilgard, *Wprowadzenie do psychologii*, Warszawa 1972, s. 191; K. Obuchowski, *Psychologia dążeń ludzkich*, Warszawa 1965, s. 32.

chają człowieka do działania<sup>10</sup>. Proces ten polega nie tylko na wyklarowaniu wewnętrznego przekonania o pojawieniu się oznaczonego celu, ale dotyczy także określenia sprzężonych z nim środków jego osiągnięcia<sup>11</sup>. Rozważając pojęcie motywu, psychologowie zwracają uwagę, że stanowi on czynnik intelektualny, będący przesłanką działania, staje się powodem aktywności sprawcy, który może go zrealizować poprzez wszelkie aktywności niezbędne do jego osiągnięcia<sup>12</sup>.

W przebiegu każdego procesu motywacyjnego<sup>13</sup>, wyznaczającego kierunek ludzkich czynności można wyodrębnić jego aspekt istotowy w postaci motywu, z kolei ogół motywów określa się w psychologii mianem motywacji, która jest odmianą procesu psychicznej regulacji o charakterze wewnętrznym. Zjawisko motywacji stanowi pojęcie skupiające w sobie swoistą wielość oraz różnorodność motywów, stąd przyjmuje się, że niektóre zachowania człowieka (zwłaszcza o nienaturalnym przebiegu lub o anormalnych skutkach) pozostają uwarunkowane polimotywacyjnie (wieloma motywami równocześnie)<sup>14</sup>.

Z perspektywy psychologicznej analiza zjawiska motywacji w kontekście osobowości człowieka wymaga także uwzględnienia przesłanek sytuacyjnych, które stanowią komponenty procesu motywacyjnego i niejednokrotnie usposabiają jednostkę do zachowań o etiologii określonego rodzaju. Przesłanki niniejsze określa się jako tło motywacyjne, utożsamiając je niekiedy, choć niesłusznie, z pojęciem procesu motywacyjnego, którego stanowią zasadniczą składową. W przeciwieństwie do motywów zachowania, które mają charakter intrapsychiczny, tło motywacyjne zyskuje charakter zdecydowanie pozaosobowościowy, może przyczyniać się do powstawania zaburzeń lub wyłączenia niektórych funkcji adaptacyjnych osobowości, skutkując patologizacją zachowań ludzkich przejawiającą się w realizacji przestępstw. Aby zatem prawidłowo dokonać diagnozy psychologicznej u osób przejawiających motywację prowadzącą do zachowań patologicznych, irracjonalnych, czy afektywnych należy zwrócić szczególną uwagę na wszystkie

---

<sup>10</sup> S.A. Ratus, *Psychologia współczesna*, przekł. B. Wojciszke, Gdańsk 2004, s. 442.

<sup>11</sup> K. Obuchowski, *Psychologia dążeń ludzkich*, Warszawa 1966, s. 15.

<sup>12</sup> J.K. Gierowski, *Motywacja zabójstw*, Kraków 1989, s. 41.

<sup>13</sup> Por. szerzej na ten temat m.in. J. Reykowski, *Motywacja. Postawy prospołeczne a osobowość*, Warszawa 1979; Z. Zaleski, *Motywacyjna funkcja celu w działalności człowieka*, Lublin 1987, C.S. Hall, G. Lindsey, *Teorie osobowości*, Warszawa 2002.

<sup>14</sup> Zważając na różnorodność metod klasyfikacji motywów sprawców zabójstw, które mogą determinować ich aktywność kryminogenną, należy przyjąć założenie, że poszczególne odmiany przestępstwa zabójstwa pozostają przejawem zachowań polimotywacyjnie uwarunkowanych. Typologie motywów przestępstwa zabójstwa sformułowali m.in. A. Wolska, H. Janowska, S. Morusiewicz, J.R. Kubiak, J.K. Gierowski, Z. Majchrzyk. Por. szerzej: A. Wolska, *Zabójcy – studium psychologiczne*, Szczecin 1999; K. Marzec-Holka, *Dzieciobójstwo*, Bydgoszcz 1997; Z. Majchrzyk, *Motywacje zabójczyń. Alkohol i przemoc w rodzinie*, Warszawa 1995; J.K. Gierowski, *Motywacja zabójstw*, Kraków 1989; J.R. Kubiak, *Sprawczynie zabójstw*, „Problemy Kryminalistyki” 1983, nr 160; S. Morusiewicz, *Psychologiczne uwarunkowania zabójstw*, [w:] J.M. Stanik (red.), *Z problematyki pracy biegłego sądowego psychologa*, Katowice 1981; H. Janowska, *Zabójstwa i ich sprawcy. Analiza socjologiczna*, Warszawa 1974.

aspekty procesu motywacyjnego, przede wszystkim jednak na kierunek emocji, ich nasilenie oraz stopień samokontroli jednostki<sup>15</sup>.

2. Przechodząc do rozważań z zakresu prawa karnego należy zaznaczyć, że pojęcie motywacji wiąże się z poszukiwaniem przyczyn kryminogennego zachowania sprawcy oraz ich uwarunkowań, a zatem wymaga wyznaczenia zakresu psychologicznych determinant jego aktywności. Charakter wskazanych wątpliwości jednoznacznie sytuuje zjawisko motywacji w płaszczyźnie struktury przeżyć psychicznych, które ze względu na swoją naturę warunkują ich sprzężenie z dążeniem do wypełnienia znamion typu czynu zabronionego. W istocie aktywacja sfery emocjonalnej jednostki powoduje w dalszej kolejności „uruchomienie” sfery wolicjonalnej (sfery dążności sprawcy). A zatem motyw<sup>16</sup> przestępstwa odzwierciedla przeżycie psychiczne towarzyszące sprawcy, stanowiące szczególną siłę motoryczną, mobilizującą go do przedsięwzięcia działania i powoduje, że sprawca ze stanu statycznego wyobrażenia o celu przechodzi do dynamicznego stanu jego realizacji<sup>17</sup>.

Biorąc pod uwagę ustalenia z zakresu psychologii należy zważyć, że motywacja ze względu na jej naturę jest zjawiskiem przebiegającym w określonym czasie (szybciej lub wolniej), ujawniającym się poprzez charakter motywu – bodźca oraz natężenie jego oddziaływania na sprawcę. Zawsze stanowi ona wyraz określonego procesu, w którym do zinterioryzowanych przekształceń w przestrzeni prowadzi ów motyw, ze względu na jego „głębnię”. W wyroku z 13 sierpnia 1974 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „rekonstrukcja **procesu motywacyjnego** zachodzącego w psychice konkretnego sprawcy określonego czynu musi z natury rzeczy opierać się przede wszystkim na analizie jego osobowości, a więc cech charakteru, usposobienia, poziomu umysłowego, reakcji emocjonalnych, stosunku do otoczenia i zachowania się w różnych sytuacjach życiowych. Dopiero suma tych danych osobopoznawczych w zestawieniu z wszystkimi okolicznościami popełnionego czynu daje podstawę do prawidłowej jego oceny od strony podmiotowej”<sup>18</sup>.

W rozdziale XIX kodeksu karnego wśród postaci zmodyfikowanych zabójstwa w typie uprzywilejowanym wyróżnić można trzy przypadki wskazanej kategorii przestępstw: zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu (art. 148 § 4 k.k.), dzieciobójstwo (art. 149 k.k.), oraz

<sup>15</sup> J. Reykowski, *Spontaniczna agresja i spontaniczne czynniki ją hamujące*, „Przegląd Psychologiczny” 1977, T. 20, nr 2, s. 203 i n.; Z. Majchrzyk, *Zabójczynie i zabójcy*, Warszawa 2008, s. 203.

<sup>16</sup> Wedle A. Lewickiego motywem przestępstwa należy określić proces psychiczny, który popycha człowieka do wyznaczenia sobie określonego celu oraz środków działania, umożliwiających jego osiągnięcie. Inni autorzy zwracają uwagę, że dynamiczny aspekt procesu motywacyjnego polega na tendencji do wyładowania się w czynach. Por. A. Lewicki [w:] K. Obuchowski, *Psychologia dążeń ludzkich*, Warszawa 1966, s. 15; K. Daszkiewicz, *Motyw przestępstwa*, „Palestra” 1961, nr 9, s. 62; C. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, s. 446; K. Ajdukiewicz, *Propedeutyka filozofii*, Wrocław–Warszawa 1950, s. 171 i n.

<sup>17</sup> S. Pławski, *Przestępstwa przeciwko życiu*, Warszawa 1963, s. 121.

<sup>18</sup> IV KR 177/74, OSNIK 1974, nr 12, poz. 222.

zabójstwo eutanatyczne (art. 150 k.k.). Znamiennej cechą wszystkich powołanych czynów zabronionych jest występowanie w ich strukturze znamion odzwierciedlających silny związek z oddziaływaniem na podłoże psychiczne sprawcy określonych bodźców, wśród nich należy wskazać: silne wzburzenie, przebieg porodu, oraz współczucie. Przedstawiona poniżej charakterystyka znamion psychologicznych stanie się następnie punktem wyjścia do ogólniejszych rozważań, poświęconych problematyce przebiegu procesów motywacyjnych u sprawców zabójstw uprzywilejowanych. Ze względu na podobieństwo struktury „silnego wzburzenia” oraz „współczucia”, których istota szczególnie głęboko tkwi w sferze przeżyć emocjonalnych, ich analiza zyska charakter porównawczy, natomiast znamię „wpływu przebiegu porodu” zostanie scharakteryzowane w dalszej kolejności.

W towarzyszących sprawcom zabójstw z art. 148 § 4 k.k. i 150 k.k. wyjątkowych stanach emocjonalnych dostrzegalne stają się zarówno pewne podobieństwa jak i swoiste różnice. Specyfika motywacyjna powołanych przestępstw rozpościera się zatem między kategorią silnego wzburzenia psychiki sprawcy, a współczuciem, które staje się symptomatyczne wobec ofiary żądającej śmierci. Próba rekonstrukcji uwarunkowań motywacyjnych, dotyczących art. 148 § 4 k.k. czyniona w orzecznictwie przynosi stwierdzenie, że „w przestępstwach popełnionych w stanie silnego wzburzenia nie idzie o to, że sprawca przeżywa emocje, ale o to że **działa dlatego**, iż opanował go afekt (...)”<sup>19</sup>, bądź inny bodziec, którego wpływowi ulega. Z kolei w odniesieniu do art. 150 k.k. znamię współczucia definiowane bywa jako uczucie smutku, bądź żalu wobec człowieka przeżywającego nieszczęście, czy cierpienie<sup>20</sup>, które stanowi jedyną i wyłączną komponentę motywacyjną sprawcy zabójstwa eutanatycznego. Choć zatem silne wzburzenie (**często, ale nie zawsze** o odcieciu afektu fizjologicznego)<sup>21</sup> i współczucie wkomponują się w nurt przeżyć o podłożu emocjonalnym ich przebiegi nie są paralelne. Silne wzburzenie, które towarzyszy sprawcy zabójstwa z 148 § 4 k.k. jest często gwałtowne, działa on

<sup>19</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 2 stycznia 2003 r., II AKa 369/02, KZS 2003, z. 4, poz. 34.

<sup>20</sup> *Mały słownik języka polskiego*, S. Skorupka, H. Auderska, Z. Łepicka (red.), Warszawa 1968, s. 912.

<sup>21</sup> S. Cora, „Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia” w *świecie prawa i psychologii*, „Nowe Prawo” 1973, nr 7–8, s. 1031 i n.; Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do postanowienia z dn. 29 maja 2003 r. wywodzi, że: „analiza działań emocjonalnych, za pomocą których sprawca wypełnił ustawowe znamiona przestępstwa, powinna być trójfazowa. Pierwsza faza wiąże się z szukaniem odpowiedzi na pytanie, czy podstawę tego działania stanowił afekt. W drugiej chodzi o ustalenie okoliczności wyjaśniających afekt, a zatem o odpowiedź na pytanie, dlaczego sprawca zareagował afektem. W trzeciej fazie dokonuje się ocen etycznych, a na ich podstawie ustala się okoliczności usprawiedliwiające lub nie afekt”. Por. Postanowienie SN z dn. 29.05.2003 r., III KK 74/03, OSNwSK 2003, poz. 1156. Natomiast w wyroku z 5 sierpnia 1971 r. Sąd Najwyższy konstatawał, że: „żądanie ustawy, by silne wzburzenie było usprawiedliwione okolicznościami, należy rozumieć w ten sposób, że zastosowanie kwalifikacji z art. 148 § 4 k.k. uzasadnia nie każdy afekt, lecz tylko taki, który powstał w wyniku szczególnej sytuacji motywacyjnej, i to takiej, która uzasadnia jego powstanie, a tym samym w pewnym stopniu «usprawiedliwia» działanie sprawcy”. Wyrok SN z dn. 5 sierpnia 1971 r., IV KR 144/71, OSNKW 1972, nr 1, poz. 8; M. Cieślak, Głosa do wyroku z 11 maja 1970 r., V KRN 109/70, Państwo i Prawo 1972, nr 12, s. 1092; Wyrok SN z 9 marca 1982, III KR 26/82, OSP 1984, Nr 4, poz. 90; Wyrok SA w Katowicach z 9 grudnia 2004, II AKa 408/04, KZS 2005, Nr 7–8, poz. 112.



wówczas „(...) w porywie uczuciowym burzącym gwałtownie i z niezwykłą siłą jego równowagę psychiczną (...)”<sup>22</sup>. Mogący się pojawić w tym stanie afekt jest reakcją tak atypową w swej sile, że powoduje wytrącenie psychiki zdrowego człowieka ze stanu równowagi, przyczyniając się do „rozluźnienia” funkcji kontrolnych intelektu na rzecz dominacji sfery emocjonalnej<sup>23</sup>. O natężeniu tego przeżycia emocjonalnego świadczyć może choćby fakt, że wzburzenie „sterujące” człowiekiem prowadzi go do zachowań, których w innym przypadku nigdy nie byłby w stanie podjąć<sup>24</sup>. Okoliczności, które prowokują nienaturalne zachowanie sprawcy występują „poza” nim samym<sup>25</sup>, i polegają na wytworzeniu układu zjawisk na tyle dotkliwych, że jedynym dążeniem sprawcy jest ich eliminacja poprzez ostateczne zakończenie trwania. Taka atypowa reakcja może być wynikiem narastania konfliktu między ofiarą a sprawcą, odczuwaniem przez sprawcę krzywdy<sup>26</sup>, upokorzenia, czy stanu zagrożenia oraz chęci „uwolnienia” od gniewu, nienawiści, aktu zemsty, czy zazdrości, które powstały w wyniku negatywnych interakcji personalnych<sup>27</sup>. W odróżnieniu od silnego wzburzenia współczucie jawi się jako pojęcie kumulujące emocje wykazujące zupełnie odmienny przebieg. Niewątpliwie samo „przeżywanie” współczucia wymaga od poddającego się jego wpływowi podmiotu umiejętności wyrażania uczuć moralnych wyższego rzędu, naznaczając postawę sprawcy „szlachetną” w jego przekonaniu motywacją, czyniącą zadość potrzebie niesienia ulgi osobie, która „cierpi tak silnie, iż ze względu na jej cierpienia śmierć stanowi dla niej raczej dobrodziejstwo i tylko śmierć może ją od tych cierpień wybawić”<sup>28</sup>. Te subiektywne odczucia sprawcy, będące wynikiem reakcji na dotkliwe doświadczenia cierpiącego, znajdują odbicie w ukonstytuowaniu się przekonania o konieczności wyeliminowania i przerwania, nawet poprzez zakończenie, bytu istoty, w odniesieniu do której utrwała się stan terminalnego cierpienia, zwłaszcza w przypadku jego wręcz niehumanitarnego, niedającego się zminimalizować natężenia. Warto jednak podkreślić, że choć ustawodawca

<sup>22</sup> Wyrok SN z dn. 12 maja 1988, II KR 92/88, OSNPG 1989, nr 2, poz. 35.

<sup>23</sup> A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna, Komentarz*, T. II, Warszawa 2008, s. 240; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 490–491; Wyrok SN z dn. 13 lutego 1973 r., V KRN 567/72, nie publ.; Wyrok SN z dn. 15 marca 1972 r., III KR 4/72, OSNIK 1972, nr 7–8, poz. 124; M. Cieślak, Glosa do wyroku SN z dn. 11 maja 1970 r., Państwo i Prawo 1971, nr 12, s. 1092; J. Reykowski, *Eksperymentalna psychologia emocji*, Warszawa 1968, s. 325–328; Wyrok SN z dn. 6 stycznia 1966 r., IV KR 195/65, OSPiKA 1966, nr 7–8, poz. 187; K. Daszkiewicz, Glosa do postanowienia SN z dn. 20 maja 1965 r., Rw 325/65, OSPiKA 1966, nr 4, s. 151 i n.; Wyrok SN z dn. 19 kwietnia 1962 r., V K 13/62, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1962, nr 4, s. 304.

<sup>24</sup> I. Andrejew, W. Wolter, W. Świda, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1972, s. 439.

<sup>25</sup> W wyroku z 28 czerwca 1978 r. Sąd Najwyższy podkreślał, że „silne wzburzenie – to stan emocjonalny wywołany **czynnikami zewnętrznymi**, będący wynikiem indywidualnych odczuć, zależnych od odporności psychicznej człowieka, temperamentu, umiejętności panowania nad sobą i innych wrodzonych lub nabytych właściwości”. Wyrok SN z 28 czerwca 1978 r., V KR 100/78, OSNIK 1978, nr 10, poz. 114.

<sup>26</sup> Por. Wyrok SA w Katowicach z 16 kwietnia 1992 r., II AKr 118/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 60; Wyrok SN z 14 lipca 1998 r., III KKN 150/97, OSPriP 1999, Nr 3, poz. 5; Postanowienie SN z 7 marca 2008 r., V KK 355/07, *Biuletyn PK* 2008, Nr 8, poz. 33.

<sup>27</sup> A. Zoll, *Kodeks...*, s. 243.

<sup>28</sup> Wyrok SN z dn. 24 lutego 1936 r., 2 K 2240/35 OSNIK 1936, nr 9, poz. 336.

określa poziom stopnia wzburzenia jako silny, a zachowanie podejmowane pod jego wpływem cechuje zwykle głęboka gwałtowność, czy nagłość, to nie sposób również wykluczyć wysokiego stopnia nateżenia przeżyć towarzyszących sprawcy zabójstwa eutanatycznego, które choć są stonowane w swym przebiegu, osiągają siłę o takim nasileniu, że sprawca podejmuje się pod ich wpływem wypełnić znamiona art. 150 k.k. Zatem na skutek uświadomienia sobie stopnia przykrości i bolesności odczuć, w których sprawca towarzyszy cierpiącemu (współodczuwaniu) jego dążeniem staje się ostateczne wyzwolenie ofiary z bólu.

Ujawnienie się emocji, towarzyszących wskazanym znamionom psychologicznym – „wpływowi silnego wzburzenia” oraz „wpływowi współczucia”, stanowi wynik poddania płaszczyzny psychicznej sprawcy szczególnemu napięciu emocjonalnemu. Jest ono spowodowane egzystowaniem sprawcy w sytuacji poważnego konfliktu<sup>29</sup>, przy czym w odniesieniu do silnego wzburzenia pochodzenie owego konfliktu wynika z oddziaływania okoliczności zewnętrznych, zachodzących poza samym sprawcą, choć na tyle istotnych i dojmujących (np. poczucie poniżenia, nasilający się stan zagrożenia), że w konsekwencji wywierają one na niego zdecydowanie negatywny wpływ<sup>30</sup>. Wydaje się zatem, że stan silnego wzburzenia staje się wypadkową działania bodźca z zewnętrznego, względem sprawcy, układu odniesienia, oraz wpływu, jaki zdolny jest on wyrzucić na osobowość sprawcy<sup>31</sup>. Tymczasem spór, który jawi się na tle realizacji znamion zabójstwa eutanatycznego ma raczej wymiar aksjologiczny, a szczególnie zaangażowanie emocjonalne sprawcy dotyczy konieczności wyboru jednej z dwóch wzajemnie konkurujących racji: pierwszej o charakterze ogólnym, która stanowi zakaz pozbawienia życia innego człowieka oraz drugiej opartej na wyrażeniu zdecydowanego żądania zakończenia, nie dającej się znieść ze względu na nieustępujące cierpienie, egzystencji ludzkiej.

„Zestawienie” emocji współtowarzyszących znamionom psychologicznym prowadzi do wniosku, że pozostają one odmiennie ukierunkowane. Odczuwana przez sprawcę zabójstwa realizowanego pod wpływem silnego wzburzenia cała gama skrajnych uczuć od nienawiści i gniewu do zazdrości i strachu przyczynia się do jego dezintegracji emocjonalnej. Wewnętrzne rozbitcie stanowi odzwierciedlenie szczególnej formy (w postaci wybuchu, czy wręcz eksplozji kumulowanych długotrwale przeżyć) w jakiej dochodzi do uwolnienia wskazanych emocji. Sfera emocjonalna znajduje również swoje odzwierciedlenie w płaszczyźnie organicznej – sprawca „odczuwa” skutki swego nienaturalnego zachowania i degradujący wpływ spiętrzenia kumulowanych emocji<sup>32</sup>. Osoba taka, prawdopodobnie właśnie ze względu na świadomość ujemnej oceny towarzyszących jej negatywnych przeżyć, próbuje się wyzwolić spod ich wpływu przez zabójstwo człowieka, który jest powodem ich powstania. W odnie-

<sup>29</sup> B. Michalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, T. I, *Komentarz do art. 117–221*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 242.

<sup>30</sup> A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 241.

<sup>31</sup> M. Tarnawski, *Zabójstwa uprzywilejowane w ujęciu polskiego prawa karnego*, Warszawa 1981, s. 52.

<sup>32</sup> S. Pławski, *Przestępstwa...*, Warszawa 1963, s. 166.

sieniu do współczucia charakterystycznego dla eutanazji powstaje swoisty dysonans, który polega na rozbieżności, między chęcią niesienia pomocy i uśmierzenia cierpienia, a możliwością spełnienia tego dążenia tylko w jeden jedyny sposób, poprzez unicestwienie istnienia samej ofiary. Wydaje się, że współczucie polegające na wspólnym odczuwaniu szczególnie krytycznego położenia cierpiącego, mające swój przebieg gdzieś między empatią a altruizmem, niewątpliwie cechuje nadrzędna szlachetność. Jest to jednak jak się wydaje walka o przyniesienie ulgi za wszelką cenę, i o ile to możliwe, dobry cel, który przyświeca sprawcy może zostać osiągnięty jedynie w zły sposób (poprzez zadanie śmierci cierpiącemu).

W rozważaniach, dotyczących emocji wkomponowanych w strukturę silnego wzburzenia oraz współczucia, znamienych dla dwóch postaci zabójstwa uprzywilejowanego, pojawia się również konieczność określenia towarzyszącego im natężenia. Wobec pierwszego z powołanych stanów emocjonalnych ustawodawca nie waha się określić stopnia, w jakim powinno się aktualizować wzburzenie, ma on być wysoki, skoro samo wzburzenie charakteryzowane jest jako silne<sup>33</sup>. Założenie o znacznym stopniu pobudzenia emocjonalnego nie może zostać w prosty sposób przeniesione na sprawcę zabójstwa eutanatycznego, jednak jak się wydaje, choć brak w przepisie wyznaczenia poziomu w jakim przejawia się natężenie współczucia, nie do końca uprawnione pozostaje przekonanie o jego nieznacznym zaawansowaniu. Mając na uwadze, że wpływ współczucia na jednostkę, stanowi „centralny” czynnik sfery motywacyjnej sprawcy zabójstwa eutanatycznego należy przyjąć, iż towarzyszące mu emocje kumulują się z taką intensywnością, która wyzwala i warunkuje realizację kryminogennego zachowania<sup>34</sup>. Jednocześnie drugim z czynników, który może różnicować przeżycia emocjonalne towarzyszące poddanym analizie znamionom, jest czas ich występowania. Co do zasady podnosi się, że spiętrzenie emocji będące przejawem silnego wzburzenia występuje gwałtownie i przybiera krótkotrwały charakter, gdy tymczasem współczucie występuje u sprawcy przez pewien czas, od momentu poddania się jego wpływowi do czasu, kiedy utrwali się on na tyle, by motywował do pozbawienia życia cierpiącą ofiarę. Pamiętać jednak należy, że okoliczności tworzące w strukturze psychicznej sprawcy podłoże podatne na pojawienie się silnego wzburzenia mogą się kształtować od dłuższego czasu<sup>35</sup> (np. długotrwały, narastający konflikt między

<sup>33</sup> S. Cora, *op. cit.*, s. 1027.

<sup>34</sup> Por. odmiennie P. Góralski, *Prawne i społeczne aspekty eutanazji*, Kraków 2008, s. 236.

<sup>35</sup> Tak A. Zoll, *Kodeks kamy...*, s. 243; Jeszcze w okresie obowiązywania k.k. z 1932 r. SN zauważał, że: „istnienie nawet od dłuższego czasu zamiaru dokonania zabójstwa w razie zajścia pewnej okoliczności nie wyłącza możliwości zrealizowania zamiaru zabójstwa pod wpływem silnego wzruszenia wywołanego nastąpieniem oczekiwanej okoliczności, której sprawca się obawiał, gdyż właśnie to oczekiwanie i ta obawa stwarzała grunt niezmiernie podatny do powstania afektu”. Wyrok SN z dn. 12 grudnia 1946 r., K 2038/46, OSN 1947, nr 4, poz. 119. Jednocześnie warto przytoczyć uwagę K. Daszkiewicz, która przestrzega, że „uczucie znajdujące się u podstaw afektywnego wybuchu, które może narastać w ciągu bardzo długiego okresu, np. w ciągu kilkunastu lat, nie jest afektem, lecz tylko doprowadzić może do afektu. Powinno się je brać pod uwagę także w analizie przestępstwa popełnionego pod wpływem afektu, nie można go jednak

sprawcą a ofiarą)<sup>36</sup>, podczas gdy ujawniające się bardzo silne, trwałe i nieludzkie cierpienie człowieka chorego może niezwykle szybko wywołać stan współczucia, wpływowi którego równie szybko podda się sprawca zabójstwa z art. 150 k.k.<sup>37</sup>

Przechodząc do kwestii przebiegu procesu motywacyjnego matki – sprawczyni przestępstwa dzieciobójstwa, typizowanego w art. 149 k.k., należy podkreślić, że wedle ustawodawcy, wyłącznym bodźcem aktywującym jej przeżycia<sup>38</sup> jest szczególny wpływ, jaki wywiera na płaszczyznę psycho-organiczną kobiety odbyty przez nią poród. Z brzmienia powołanego przepisu<sup>39</sup> nie wynika jednak, jak ma to miejsce zarówno w odniesieniu do art. 148 § 4 k.k. (zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia) jak i art. 150 k.k. (zabójstwo pod wpływem współczucia), ani charakter, ani kierunek/natężenie emocji, którym ulega matka nowo narodzonego dziecka, a przecież to właśnie szczególny stan psychiczny położnicy stanowi podstawę uprzywilejowania dzieciobójstwa. Ponadto wbrew konstrukcji analizowanego przestępstwa w psychiatrii od dawna istnieje przekonanie, że normalnie przebiegający poród nie może być przyczyną zaburzeń zaawansowanych na tyle, by powodowały one wyłączenie rozumienia istoty czynu i kierowania nim<sup>40</sup>. Trudno nie zgodzić się bowiem z konstatacją, że co do zasady poród to proces fizjologiczny, który kształtuje lub nasila przeżycia psychiczne rodzącej i pozostaje w harmonii z jej instynktem macierzyńskim<sup>41</sup>. Szczególne wątpliwości w tym kontekście budzi pogląd, że poród ma być jedynym i wyłącznym bodźcem, wyzwalającym kryminogenną aktywność matki, ogniskującym się we wpływie na integralność psycho-fizyczną kobiety, aż do momentu, kiedy pozbawi ona życia swoje nowo narodzone dziecko<sup>42</sup>. Ujęcie takie prowadzić musi do wniosku, że poród, nim położnica ulegnie jego oddziaływaniu, przyczynia się do zmian, a nawet zaburzeń

---

z nim utożsamiać”. Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968, s. 98; Wyrok SN z 22 czerwca 1977 r., V KR 73/77, OSNKW 1978, Nr 4–5, poz. 47.

<sup>36</sup> Szczególnie w tym kontekście warto podkreślić za Sądem Najwyższym, że „nie ulega wątpliwości, iż czyn człowieka działającego w afekcie, rozpatrywany bez uwzględnienia jego podłoża, może być zupełnie niezrozumiały. Każdy afekt stanowi reakcję na bodziec sytuacyjny. Niewątpliwie reakcji tej sprzyjać mogą procesy rozwijające się w okresach, które poprzedziły chwilę gwałtownego wybuchu. Charakter afektu, siła, z jaką opanowuje on psychikę człowieka, rodzaj wpływu, jaki wywiera na jego działanie, pozostaje w ścisłym związku nie tylko z bezpośrednim bodźcem wyzwalającym tę reakcję. Istotne znaczenie mają tu także uczucia, ich kierunek, głębia trwałość”. Por. Postanowienie SN z 29 maja 2003 r., III KK 74/03, OSNwSK 2003, poz. 1156.

<sup>37</sup> M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 256; S. Cora, *op. cit.*, s. 1033; J. Reykowski, *Eksperymentalna psychologia emocji*, Warszawa 1968, s. 325 i n.

<sup>38</sup> M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 307.

<sup>39</sup> Art. 149 k.k. stanowi: „Matka, która zabija dziecko w okresie porodu pod wpływem jego przebiegu, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

<sup>40</sup> Por. T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna...*, s. 450. B. Popielski, *Medycyna i prawo*, Warszawa 1968, s. 145; K. Daszkiewicz [w:] E. Chróścielewski, K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, *Dzieciobójstwo...*, s. 241; R. Dreszer, *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, Warszawa 1962, s. 77; W. Grzywo-Dąbrowski, *Dzieciobójstwo z punktu widzenia prawnego i sądowno-lekarskiego*, GAPP 1927, nr 6, s. 501.

<sup>41</sup> K. Daszkiewicz, Głosa do wyroku SN z 11 czerwca 1974 r., IV KR 89/74, OSPiKA 1975, s. 277; W. Fijałkowski, A. Bukowczyk, *Stan psychiczny kobiety rodzącej*, GP 1962, nr 5, s. 601 i n.

<sup>42</sup> M. Dzięcielski, *Wpływ przebiegu porodu*, „Ruch, Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1980, nr 2, s. 94.

w strukturze jej psychiki, co znajduje swój wyraz w jakości rozumowania oraz powzięcia przez nią określonych decyzji, czy zachowań<sup>43</sup>. Ustawodawca zakłada zatem, że poród może przybrać rolę czynnika podważającego naturalny instynkt macierzyński i z przekonania tego czyni domniemanie<sup>44</sup> jakoby każda kobieta podczas akcji porodowej znajdowała się w stanie psychicznym, określanym mianem szczególnej „konstelacji psychicznej”<sup>45</sup>. Wydaje się jednak, że podana interpretacja ma charakter zawężający, a bliższa analiza czynników, warunkujących motywację dzieciobójczyń prowadzi do nieco odmiennych wniosków. Niestety wbrew przyjętej koncepcji normatywnej znamię psychologiczne, którym ma być „wpływ przebiegu porodu” ulega interpretacji rozszerzającej, ujawniając właściwe czynniki, warunkujące dzieciobójstwo, przede wszystkim o charakterze społeczno-ekonomicznym<sup>46</sup>, a nawet obyczajowym<sup>47</sup>.

Określając poród jako bezpośredni bodziec stymulujący kobietę do zabójstwa jej nowo narodzonego dziecka należy stwierdzić, że przybiera on nieco inny charakter w porównaniu z wcześniej przedstawionymi bodźcami, aktywującymi zachowania sprawców zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia oraz współczucia. Pochodzą one bowiem zawsze z układu okoliczności, występujących poza samymi sprawcami (okoliczności zamachu, stan ofiary), którzy jednak w nich partycypują. Natomiast w przypadku dzieciobójstwa siła wpływu porodu na kobietę polega zasadniczo na jego intra-organicznym pochodzeniu (niejako „z wnętrza” rodzącej), najściślej sprzężonym z organizmem dzieciobójczynie, a przez to również z jej strukturą psychiczną. Zatem ów bodziec od momentu rozpoczęcia akcji porodowej, aż do jej zakończenia (ustanie partych bólów porodowych i wydalenie łożyska) niezmiennie oddziałuje na matkę, która zasadniczo nie może go ani skrócić, ani przerwać. Jednocześnie w tym miejscu pojawia się poważna wątpliwość, dlaczego kobieta, która odbyła pomyślnie poród, poddając się wszelkim, związanym z nim niedogodnościom (ból, osłabienie, zmęczenie), a nierzadko fizycznemu i psychicznemu cierpieniu, decyduje się na pozbawienie życia dziecka

<sup>43</sup> S. Pławski, *Przestępstwa...*, Warszawa 1963, s. 176; W. Salwa, *Dzieciobójstwo i zabójstwo dzieci w świetle analizy przypadków własnych*, „Neurologia, Neurochirurgia i Psychiatria Polska” 1959, nr 5, s. 692.

<sup>44</sup> Wyrok SN z 11 września 1957 r., II K 787/56, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1958, nr 3, s. 344.

<sup>45</sup> W. Fijałkowski, A. Bukowczyk, *op. cit.*, s. 601; S. Pławski, *op. cit.*, s. 51.

<sup>46</sup> Należą do nich m.in. niekorzystne warunki materialne, w jakich egzystują matki, brak możliwości zapewnienia godnych warunków życia dziecku po urodzeniu i w przyszłości, brak pomocy (szczególnie ze strony bliskich), obawy kobiety, dotyczące jej statusu materialnego po urodzeniu się dziecka. Por. K. Krajewski, *Prawne kontrowersje ochrony życia człowieka (studium z prawa polskiego i prawa kanonicznego)*, Płock 2004, s. 122; J.A. Bartoszewski, J. Halaunbrenner-Lisowska, *Dzieciobójstwo. Aspekty prawne, medyczne i społeczne*, Warszawa 1974, s. 65; Wyrok SN z dnia 8 grudnia 1975 r., I KR 234/75, OSNKW 1976, nr 4–5, poz. 60; Wyrok SN z 2 czerwca 1966 r., III KR41/67, „Nowe Prawo” 1968, nr 8, s. 1069; E.A. Sindlewski, *Przyczynki do problematyki przestępstwa dzieciobójstwa*, ZNUŁ 1962, z. 26, s. 77.

<sup>47</sup> T. Kolarczyk, J.R. Kubiak, P. Wierzbicki, *Przestępczość kobiet. Aspekty kryminalnopolityczne i penitencjarne*, Warszawa 1984, s. 61–62; H. Janowska, *Zabójstwa i ich sprawcy. Analiza socjologiczna*, Warszawa 1974, s. 45; A. Gubiński, *Ochrona życia w projekcie kodeksu karnego*, Pal. 1962, nr 12, s. 36; J. Jamomont, S. Rappaport, *Kodeks karny 1932 r. Część szczególna*, Warszawa 1932, s. 351.

dopiero po ustaniu przyczyny jej szeroko pojętego dyskomfortu<sup>48</sup>. Wydaje się, że najlepszym wyjaśnieniem powyższego pytania jest stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w wyroku z 25 marca 1980 r., w którym stwierdził on jednoznacznie, iż: „Błędne byłoby jednak przekonanie, że na psychikę kobiety, która dokonała przestępstwa dzieciobójstwa w warunkach przewidzianych w art. 149 k.k., wpływ wywierają tylko czynniki fizjologiczne i dolegliwości fizyczne związane z porodem, lecz – jak to wynika z doświadczenia życiowego i badań naukowych i co znalazło wyraz w teorii i judykaturze – także szereg innych czynników, jak sytuacja w środowisku, rodzinna i osobista sprawczyni ma wpływ na jej psychikę, potęgujący się z chwilą zbliżania się rozwiązania przy nie zmieniających się trudnych warunkach rodzinnych, środowiskowych itp.”<sup>49</sup>

Analizując koncepcję bodźców wyzwalających czyn dzieciobójczyny w szerszej perspektywie można wskazać także pogląd, podzielany zarówno przez niektórych przedstawicieli doktryny<sup>50</sup>, jak również pojawiający się w orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>51</sup>, wedle którego charakteryzowane przestępstwo staje się wynikiem towarzyszącego matce silnego afektu, który hamuje czynności myślowe i znacznie zawęża pole jej świadomości<sup>52</sup>. Odnosząc się do postulowanej koncepcji brak jest, jak się wydaje, podstaw do traktowania dzieciobójstwa jako zabójstwa wyzwalanego pod wpływem afektu fizjologicznego, gdyż nawet, jeśli przypadki takie mają miejsce, są to właściwie sytuacje szczególne i incydentalne (co wynika już z samej natury afektu, występującego niezwykle rzadko)<sup>53</sup>. Tym samym trudno się zgodzić ze stanowiskiem próbującym uczynić z zależności między tym stanem, a zabójstwem dokonywanym przez matkę swoistą prawidłowość<sup>54</sup>, tym bardziej, że afekt jest reakcją emocjonalną, symptomatyczną dla zabójstwa z art. 148 § 4 k.k., któremu częstokroć (choć nie zawsze) towarzyszy. Nie byłoby zatem właściwe, jak się wydaje, ponowne powołanie, identycznej w swej istocie, kategorii przeżyć w odniesieniu do kolejnej poza art. 148 § 4 k.k., uprzywilejowanej odmiany zabójstwa.

<sup>48</sup> K. Daszkiewicz, *O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z 6 czerwca 1997)*, „Palestra” 1998, nr 5–6, s. 36–37; M. Filar, *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9–10, s. 71.

<sup>49</sup> J. Gaj, *Dzieciobójstwo de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 5, s. 56–57.

<sup>50</sup> Z. Majchrzyk, *Zabójczynie i zabójcy*, Warszawa 2008, s. 450–454; T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, Warszawa 1969, s. 424 i n.; K. Spett, *Dzieciobójstwo popełnione w stanie pomrocznym*, „Przegląd Lekarski” 1958, t. XIV, z. 3, s. 77–81.

<sup>51</sup> Wyrok SN z dnia 27 marca 1984 r., IV KR 65/84, LEX nr 63480; Por. także A. Lisowski, *Przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu. Orzecznictwo Sądu Najwyższego*, Toruń 1994, s. 170–171.

<sup>52</sup> Stan ten występuje po porodzie, towarzyszą mu głębokie zaburzenia świadomości. Kobieta nie wie wówczas, gdzie się znajduje (nie jest w stanie określić miejsca ani czasu), może mieć omamy i iluzje, pojawia się u niej głęboka niepamięć popełnionych zachowań. Powodem tego stanu rzeczy mogą być organiczne uszkodzenia mózgu.; Por. A. Lisowski, *op. cit.*, s. 170 i n.; Z. Majchrzyk, *Zabójczynie i zabójcy*, Warszawa 2008, s. 450–454.

<sup>53</sup> K. Daszkiewicz, *Przestępstwo...*, s. 126–127.

<sup>54</sup> T. Cyprian, Głosa do wyroku SN z dnia 28 października 1960 r., OSPIKA 1960, z. 7–8, poz. 217; Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1957 r., IV K 131/57; OSNCK 1957, nr 3, poz. 32.

W doktrynie zwraca się uwagę, że podobnie jak w odniesieniu do zabójstw typizowanych w art. 148 § 4 k.k. oraz w art. 150 k.k., również w przypadku dzieciobójstwa często podłożem, na którym zaczyna się klarować kryminogenny zamiar przyszłej sprawczyni jest jej „uwikłanie” w sytuację konfliktową, która już występuje, bądź może się zarysować tuż po narodzinach dziecka<sup>55</sup>. Konflikt taki może być uwarunkowany odmiennymi okolicznościami. Jego przyczyn należy najczęściej upatrywać w negatywnych relacjach między matką a ojcem dziecka lub jej bliskimi (np. rodzice), jednak może on być wynikiem niespełnienia oczekiwań samej rodzącej (np. urodzenie dziecka innej płci niż oczekiwana, porzucenie przez partnera, który żądał „eliminacji” ciąży, konfrontacja z potępieniem społecznym wobec faktu urodzenia nieślubnego dziecka)<sup>56</sup>.

Tak istotny aspekt procesu motywacyjnego sprawców zabójstw uprzywilejowanych, jaki stanowią emocje i uczucia o różnej treści i natężeniu<sup>57</sup>, towarzyszy także sprawczyniom dzieciobójstw. Głębsza analiza przestępstwa zabójstwa nowo narodzonego dziecka przez matkę pozwala stwierdzić, że najczęściej towarzyszą jej nadmiernie silne, negatywne reakcje emocjonalne, z dominacją agresji, którą kieruje przeciw dziecku, starając się tym samym przerwać, bądź zmienić „nie-sprzyjający” układ okoliczności, będący wynikiem pojawienia się noworodka<sup>58</sup> w jej życiu. Dzieciobójstwo ma się stać sposobem zarówno psychicznego, jak i fizycznego wyzwolenia z zaistniałego „problemu”. Agresja sprawczyni stanowi reakcję ujawnioną pod wpływem przeżywanego stresu, w jakim niekiedy długo-trwale funkcjonuje. Tak drastyczne, aczkolwiek jednoznaczne „zakończenie” sytuacji, z którą musi się zmierzyć kobieta jest wynikiem dwóch czynników: braku znalezienia innego, lepszego jej rozwiązania oraz braku akceptacji zaistniałych warunków<sup>59</sup>. W takim przypadku matka przenosi na dziecko te wszystkie, negatywne emocje, których nie potrafi lub nie jest w stanie „uwolnić” i wyeksponować względem partnera – ojca dziecka<sup>60</sup>.

Warto zauważyć, że przeżycia, wpływające na ukształtowanie się (z różnym natężeniem i w różnym zakresie) zbrodniczego zamiaru matki, powstające pod wpływem powyżej wskazanych motywów, występują paradoksalnie wcale nie w czasie, kiedy trwa poród, lecz w istocie znacznie wcześniej, z reguły już w okresie ciąży<sup>61</sup>, a nie w momencie rozpoczęcia akcji porodowej. Kontynuując rozważania w tym zakresie należy stwierdzić, że skoro atypowe stany emocjonalne pojawiają się poza zakresem czasowym akcji porodowej, to w istocie poród nie ma na nie żadnego wpływu i w najmniejszym nawet stopniu nie determi-

<sup>55</sup> K. Daszkiewicz, *Glosa...*, s. 277.

<sup>56</sup> T. Kolarczyk, J. R. Kubiak, P. Wierzbicki, *Przestępczość kobiet...*, s. 50 i n.

<sup>57</sup> K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968, s. 64.

<sup>58</sup> K. Baźmirowska-Masłowska, *Młodociani...*, s. 134.

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> T. Kolarczyk, J.R. Kubiak, P. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 61 i n.

<sup>61</sup> *Ibidem*, s. 140–141; J. Kołowski, *Typy emocjonalnej reakcji na ciążę wśród sprawczyń dzieciobójstwa*, AMSiK 1994, nr 4, t. 44, s. 409 i n.

nuje ich pojawienia się. Analizując stopień głębi z jaką dokonuje się ekspresja emocji dzieciobójczyni należy dojść do przekonania, że jest on tyle wysoki, iż dopiero ostateczne „wykluczenie” bezpośredniej przyczyny ich pojawienia się, czyli dziecka, przynosi sprawczyni „ulgę”, choć najczęściej tylko krótkotrwałą<sup>62</sup>.

Podsumowując powyższe rozważania można zauważyć, że poród, uwzględniając jego fizjologiczny przebieg i związane z nim znaczne dolegliwości bólowe, może spowodować wystąpienie swoistego stanu emocjonalnego kobiety jednak nie ma wątpliwości, że jest on w znacznej mierze uzależniony także od innych, równie istotnych czynników, m.in. od indywidualnej odporności psychicznej rodzącej, struktury jej osobowości, wytrzymałości na ból, a nawet stopnia uświadomienia seksualnego<sup>63</sup>. Tym samym poród jedynie incydentalnie warunkuje zakłócenia psychiczne u rodzających, a tym samym stanowią one jedynie wyjątek, a nie regułę<sup>64</sup>.

**3.** Przechodząc do uwag natury ogólnej, poświęconych zjawisku motywacji u sprawców zabójstw uprzywilejowanych (art. 148 § 4, art. 149, art. 150 k.k.) konieczne wydaje się zwrócenie uwagi na dwie zasadnicze komponenty konstrukcyjne wskazanego procesu. Pierwszą z nich, mającą charakter pierwotnie subiektywizujący późniejszą czasowo, kryminogenną aktywność sprawcy, nieodmiennie pozostaje wskazany przez ustawodawcę w powołanych przepisach, a zrelacjonowany bezpośrednio właśnie wobec sprawcy aspekt wywarcia na jego strukturę psycho-fizyczną określonego „wpływu”. Bliższa charakterystyka powołanej przesłanki prowadzi do wniosku, że aby proces motywacyjny mógł się w pełni zaktywizować, sprawca oddziaływaniu takiego „wpływu” musi się poddać, wszak to właśnie ów wpływ uruchamia „nerw” sterujący, finalnie prowokując, a uprzednio aktywując konkretny proces motywacyjny. W toku dalszej analizy wskazanej komponenty nie sposób nie dostrzec jej dodatkowych własności (choć niewątpliwie odznacza się ona brakiem ostrości granic, w jakich się rozpościera, oraz przynależną jej istocie, zaawansowaną cennością) w kontekście poziomu jej natężenia oraz czasu występowania. Dokonując oceny „wpływu” jakiegokolwiek (wewnętrznego lub zewnętrznego) czynnika na, będącą rezultatem takiego wpływu, uzewnętrznioną aktywność człowieka, podejmowaną właśnie ze względu na jego oddziaływanie, w płaszczyźnie aksjologicznej zwykle otrzymać można rezultat dodatni lub ujemny<sup>65</sup>. Przenosząc uzyskaną już ocenę rezultatu aktywności ludzkiej na nieco wcześniejszy etap należy zadać pytanie o samą wartość „wpływu” bodźca, który doprowadził do pozytywnej bądź negatywnej, w odczuciu oceniającego, konsekwencji. Podniesiona wątpliwość dostarcza, jak się wydaje, obiektywnego rozstrzygnięcia, podczas gdy „wpływ” bodźca pozytywnego uwi-

<sup>62</sup> W. Salwa, *Rola uczucia krzywdy w czynie przestępczym niektórych zabójstw*, „Neurologia, Neurochirurgia i Psychiatria Polska” 1965, t. XV, z. 2, s. 325–330.

<sup>63</sup> M. Rudzka, *Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym*, AMSPSiK 1955, t. VII, s. 96.

<sup>64</sup> M. Tarnawski, *Dzieciobójstwo w polskim kodeksie karnym*, RPEiS 1972, nr 4, s. 44.

<sup>65</sup> Por. Wyrok SA w Katowicach z 10 grudnia 1992 r., II AKR 391/92, OSA 1993, nr 7, poz. 36.



dacznia się w dodatnich efektach jego występowania, *a contrario* trudno co od zasady oczekiwać wartościowych skutków zachowania, jeśli powzięte zostały pod „wpływem” bodźca ocenianego ujemnie. Stąd uprawnione wydaje się wnioskowanie, że analizowany „wpływ”, upraszczając powyższe rozważanie, może ujawniać się z perspektywy aksjologicznej w ocenie dodatniej lub ujemnej. Kwestia uzyskanego w tym zakresie rezultatu stanowi wynik oddziaływania co najmniej kilku aspektów. Po pierwsze, jest to rodzaj i charakter samego bodźca, który stanowi niezbędne dopełnienie „wpływu”, po drugie – okres, w jakim ów bodziec (poprzez swoje istnienie) wchodzi w interakcję ze strukturą psycho-fizyczną podmiotu, przy zastrzeżeniu uświadomienia sobie przez ten podmiot faktu wystąpienia bodźca oraz percepcji faktu jego oddziaływania, wreszcie wydaje się, że nie wolno lekceważyć samego natężenia, z jakim wskazany bodziec – czynnik drażniący pobudza reakcje i odczucia jego odbiorcy.

Odnosząc poczynione uwagi do przypadków zabójstw uprzywilejowanych można zaobserwować, że w odniesieniu do każdego z nich, a więc odpowiednio w odniesieniu do art. 148 § 4 k.k., art. 149 k.k., oraz 150 k.k., pierwotna komponenta procesu motywacyjnego w postaci „wpływu”, którego oddziaływaniu podlega sprawca zostaje, w każdym z powołanych przepisów, rozszerzona o drugi czynnik charakteryzujący (– drugą komponentę), podlegający indywidualizacji ze względu na typ czynu zabronionego. Tym samym odpowiedź na pytanie o przebieg procesu motywacyjnego u sprawcy zabójstwa w typie uprzywilejowanym kształtować się będzie odmiennie, w zależności od tego, jaki bodziec dopełniający będzie wywierał na niego „wpływ”. I tak odpowiednio będzie to: silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami, przebieg porodu, bądź współczucie dla człowieka żądającego śmierci.

Odnosząc się w tym kontekście do oceny **wpływu** powołanych bodźców na człowieka w ujęciu aksjologicznym należy stwierdzić, że zawsze wpływ ten przybiera charakter negatywny, a nawet silnie dezintegrujący, bowiem zawsze prowadzi finalnie do śmierci drugiego człowieka. Ogólniejsze spojrzenie na bodźce determinujące motywację sprawców zabójstw uprzywilejowanych pozwala sformułować wniosek o ich niejednorodnej strukturze. Pewne, zauważalne podobieństwo, co do ich pochodzenia/etiologii, można stwierdzić w odniesieniu do dwóch z trzech czynników, tj. silnego wzburzenia (art. 148 § 4 k.k.) oraz współczucia (art. 150 k.k.). Wskazane czynniki są spójne, jak się wydaje, w zasadzie jedynie co do swojej podstawy, w tym sensie, że zarówno pierwszy, jak i drugi kształtują się na podłożu emocjonalnym. Wzburzenie jawi się najczęściej jako spiętrzenie kumulowanych emocji<sup>66</sup>, natomiast współczucie to reakcja emocjonalna, która pojawia się w psychice sprawcy ze względu na szczególnie ciężki stan cierpiącej ofiary. Obydwa czynniki, co jest ich swoistą właściwością, stano-

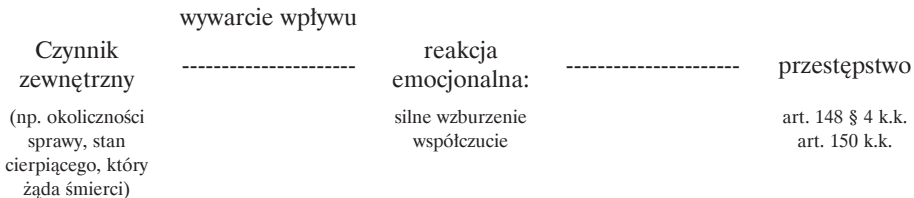
<sup>66</sup> Por. Wyrok SA we Wrocławiu z 14 września 1994 r., II AKr 272/94, OSPriP 1995, Nr 2, poz. 25; Wyrok SA we Wrocławiu z 9 września 2009, II AKA 228/09, OSA 2010, Nr 4, poz. 16.

wią wypadkową przeżyć emocjonalnych o odmiennych przebiegach, pojawiających się w strukturze psychicznej sprawcy, są więc «intra-psychiczne». Należy zaznaczyć, że wkomponowane w płaszczyznę emocjonalną przeżycia sprawcy pozostają w istocie zdeterminowane zupełnie odmiennymi czynnikami. Tym, co wyzwała i równocześnie usprawiedliwia wystąpienie silnego wzburzenia są szczególne okoliczności sytuacji<sup>67</sup>, w jakiej znalazł się sprawca, natomiast znamię zabójstwa eutanatycznego, określane jako współczucie stanowi wynik wystąpienia szczególnej reakcji emocjonalnej wobec stanu żądającego śmierci, terminalnie cierpiącego człowieka. Wydaje się zatem, że szczególne przeżycia, które towarzyszą sprawcy zabójstwa z art. 148 § 4 i art. 150 k.k., kształtując poszczególne przebiegi motywacyjne powołanych przestępstw, uwarunkowane są czynnikami zewnętrznymi, wyzwalającymi emocje, które warunkują kryminogenną aktywność sprawcy. Proces motywacyjny staje się zatem w powołanych przypadkach wypadkową szczególnego rodzaju przeżyć emocjonalnych (wpływu silnego wzburzenia, czy też wpływu współczucia) oraz czynników „drażniących” (okoliczności sprawy lub stan wyrażającego żądanie śmierci), determinujących szczególną aktywność emocjonalną ich adresata. Pewne rozbieżności przynosi porównanie natężenia samych przeżyć emocjonalnych. Różnicuje je, jak się pierwotnie wydaje, sam ustawodawca wprowadzając, w odniesieniu do terminu wzburzenie, określenie «silne». Brak takiego doprecyzowania jawi się natomiast w odniesieniu do znamienia „współczucia” z art. 150 k.k. Tym samym z literalnej analizy przepisów art. 148 § 4 k.k. i art. 150 k.k. w odniesieniu do przeżyć, mających się ujawnić w zachowaniu sprawcy wskazanych zabójstw, wynika brak symetrii ich zaawansowania. Jednocześnie wydaje się, że odnosząc problem natężenia emocji warunkujących podjęcie przez sprawcę konkretnych zachowań skutkujących realizacją znamion analizowanych zabójstw uprzywielejewanych, wątpliwym pozostaje fakt, by mimo różnicy konstrukcyjnej przepisów, dotyczącej stopnia zaawansowania wpływu stanu wzburzenia lub współczucia na psychikę sprawcy, w istocie można byłoby przyjąć niski stopień tego drugiego. Nie tylko bowiem nadnaturalny, czy spiętrzony poziom wzburzenia może prowokować aktywność sprzeczną z wymogami stawianymi przez prawo<sup>68</sup>. Szukając pewnych, zasadnych analogii między powołanymi przepisami istnieje dość mocno uzasadnione przekonanie, że również współczucie, jakie towarzyszy sprawcy zabójstwa eutanatycznego powinno mieć swoje głębokie zakorzenienie emocjonalno – sytuacyjne, tym bardziej, że współczucie towarzyszy człowiekowi „naturalnie” w odniesieniu do niektórych faktów otaczającej rzeczywistości, jednak tylko wyjątkowo motywuje go do podjęcia zachowań rodzących najpoważniejsze dylematy moralne, jak to się dzieje w odniesieniu do zabójstwa eutanatycznego.

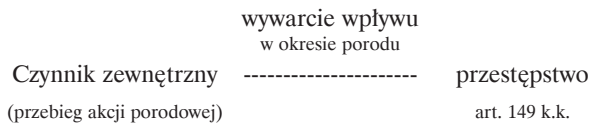
<sup>67</sup> Wyrok SA w Łodzi z 28 lutego 2001 r., II AKa 19/01, OSPriP 20021, Nr 9, poz. 17; B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, T. I, *Komentarz do art. 117–221*, A. Wąsek, R. Zawlocki (red.), Warszawa 2010, s. 245.

<sup>68</sup> Wyrok SN z 12 marca 1997 r., IV KKN 464/96, Wokanda 1997, Nr 7, s. 18.

Tymczasem nieco inaczej wydaje się przedstawiać analiza elementów składowych procesu motywacyjnego przestępstwa dzieciobójstwa (art. 149 k.k.). Wstępnie również w odniesieniu do wskazanego przestępstwa pojawiają się dwie zasadnicze komponenty w postaci „wpływu” i jego dopełnienia, czyli bodźca oddziałującego na matkę w postaci przebiegu porodu. Jednocześnie czynnik dopełniający nie tkwi, podobnie jak dwa wcześniejsze w sferze wyjątkowych przeżyć emocjonalnych, lecz dotyczy wystąpienia czynnika ściśle biologicznego, którym jest przebieg akcji porodowej<sup>69</sup>. Konfrontując powyższe uwagi z analizą ostatniego z bodźców, warunkujących aktualizację przepisu penalizującego dzieciobójstwo, warto podkreślić że proces motywacyjny, jak się wydaje ma w odniesieniu do przestępstwa dzieciobójstwa nieco uproszczoną strukturę. Dotychczas bowiem w odniesieniu do 148 § 4 k.k. i art. 150 k.k. jego przebieg jawił się w następujący sposób:



Natomiast w odniesieniu do dzieciobójstwa niezbędna wydaje się modyfikacja schematu, który mógłby wyglądać następująco:



Konstrukcja art. 149 k.k. może wstępnie sugerować jakoby ustawodawca pominął w strukturze przepisu aspekt sprzężenia występującego między czynnikiem zewnętrznym – aktem porodu, a jego odniesieniem w psychice matki, tymczasem relacja taka jest niejako „milcząco” wkomponowana w zakres znamienia „wpływ przebiegu porodu”. Podobnie bowiem jak w przypadku wcześniejszych

<sup>69</sup> W.S. Gumułka, W. Rewerski, *Encyklopedia zdrowia*, Warszawa 2000, s. 1864; T. Pisarski, *Położnictwo i ginekologia*, Warszawa 1996, s. 310–312; T. Różniatowski, *Mała encyklopedia medycyny*, Warszawa 1988, s. 956–957; T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla studentów prawa*, Toruń 1978, s. 224; W. Michałkiewicz, T. Pydzik [w:] *Podręcznik położnictwa dla studentów*, Warszawa 1977, s. 285; J.A. Bartoszewski, J. Halaunbrenner-Lisowska, *Dzieciobójstwo (aspekty prawne, medyczne i społeczne)*, Warszawa 1974, s. 28–29; E. Chróścielewski [w:] *Medycyna sądowa*, B. Popielski, J. Kobiela (red.), Warszawa 1972, s. 652; S. Manczarski, *Medycyna sądowa w zarysie*, Warszawa 1966, s. 292–293; E. Howorka, *Położnictwo*, Warszawa 1965, s. 102; T. Zwoliński, *Podręcznik położnictwa*, Warszawa 1962, s. 92; T. Zwoliński, *Podręcznik położnictwa*, Warszawa 1962, s. 220.

relacji/zależności, występujących u podstaw procesu motywacyjnego sprawców przestępstw z art. 148 § 4 k.k. oraz 150 k.k., również w odniesieniu do sprawcy z art. 149 k.k. można zaobserwować, choć nie bez zdecydowanego sprzeciwu w doktrynie<sup>70</sup>, pogląd jakoby szczególny przebieg aktu porodu wyzwał spiętrzenie negatywnych uczuć oraz emocji, powodujących że matka trwająca w nienaturalnej konstelacji psychicznej, dokonuje zabójstwa nowo narodzonego dziecka. Jednocześnie wszelkie zakłócenia natury psychicznej, które mogą wystąpić u sprawcy, znajdują wedle ustawodawcy swoje źródło w oddziaływaniu czynnika, którego sprawcy zostaje bezpośrednio poddana, a który wywiera na nią wpływ w stałych sekwencjach (ból porodowy). Nie da się nie zauważyć, że zarówno w odniesieniu do zabójstwa pod wpływem wzburzenia, jak i zabójstwa eutanatycznego bodziec wywierający wpływ na sprawcę pochodzi „spoza niego samego”, choć jest z nim sprzężony, bądź to układem okoliczności zewnętrznych, bądź to stanem ofiary. Próbuąc ocenić głębokość natężenia czynnika motywującego działanie sprawcy zabójstwa nie sposób nie odnieść wrażenia, że ze względu na intensywność oraz charakter i przebieg porodu może, choć nie musi stać się on bodźcem oddziałującym na decyzję sprawcy (**choć zwykle zdecydowanie nie jedynym**), która ulegnie jego wpływowi, jest to zatem jedyny czynnik „tkwiący” w strukturze sprawcy, nieznajdujący punktu odniesienia poza nim samym.

Ze względu na zróżnicowanie czynników, kształtujących przebieg procesu motywacyjnego sprawców zabójstw uprzywilejowanych, odmiennie przedstawiają się skutki ich zachowania:

- 1) śmierć człowieka (art. 148 § 4 k.k.), pod wpływem silnego wzburzenia;
- 2) śmierć nowo narodzonego dziecka (art. 149 k.k.), pod wpływem przebiegu porodu;
- 3) śmierć człowieka cierpiącego terminalnie (art. 150 k.k.), pod wpływem współczucia.

Wydaje się, że szczególnego znaczenia w kontekście oceny zabójstw należących do kategorii uprzywilejowanych nabiera stwierdzenie S. Pławskiego, który pisał: „nie każde zabójstwo można jednakowo potępić. Są rodzaje zabójstwa wywołujące zgrozę, wywołujące wstrząs i mimo woli rodzące w społeczeństwie

---

<sup>70</sup> Por. szerzej na ten temat: K. Daszkiewicz, *Zabójstwo dziecka w okresie porodu*, NP 1976, nr 9, s. 1226; teje Autorki, *Przestępstwa przeciw życiu i zdrowiu. Rozdział XIX kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 214–215; *O dzieciobójstwie (w świetle kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.)*, „Palestra” 1998, Nr 5–6, s. 36; M. Filar, *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, PiP 1998, z. 9–10, s. 71; J. Bartoszewski, J. Halaunbrenner-Lisowska, *Poglądy na dzieciobójstwo w aktualnym piśmiennictwie sędowo-psychiatrycznym*, Psych. Pol. 1972, t. VII, nr 4, s. 422; B. Popielski, *Medycyna i prawo*, Warszawa 1968, s. 145; K. Daszkiewicz [w:] E. Chróścielewski, K. Daszkiewicz, S. Dąbrowski, *Dzieciobójstwo jako zagadnienie prawne, psychiatryczne i medyczno-sądowe*, „Państwo i Prawo” 1967, Nr 2, s. 241; R. Dreszer, *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, Warszawa 1962, s. 77; T. Hanausek, *Z problematyki dzieciobójstwa*, „Państwo i Prawo” 1962, Nr 4, s. 679; E.A. Sindlewski, *Dzieciobójstwo*, Łódź 1963, s. 777.

drzemiące pragnienie odwetu. Są zabójstwa, przy których różne okoliczności usprawiedliwiają mniej lub więcej zachowanie sprawcy. I taki sprawca choć nie przestaje być zabójcą, jednakże spotyka się z mniejszym potępieniem społecznym<sup>71</sup>. Nieodmiennie bowiem w płaszczyźnie aksjologicznej jawi się zasadnicza różnica między realizacją znamion dzieciobójstwa oraz zabójstwa eutanatycznego. Nie ma wątpliwości, że nabycie wyjątkowego statusu – matki przez kobietę rodzącą, a następnie najbardziej sprzeczne z naturą sprzeniewierzenie się mu poprzez dokonanie aktu zabójstwa nowo narodzonego, budzi skrajnie negatywne emocje, które ukierunkowane są przede wszystkim na potępienie drastycznego i nieodwracalnego w skutkach, zachowania matki – zabójczyni. Wyjątkowy status ofiary (jej bezbronność i brak zdolności autodeterminacji) odsuwa na plan dalszy kwestię analizy czynnika/ów motywującego/ych jej kryminogenną aktywność. Jednocześnie aspekt, który wyraźnie traci na znaczeniu przy ocenie zachowania dzieciobójczyni staje się niezwykle istotny w kontekście odpowiedzialności za zabójstwo eutanatyczne. Zważając na cel jakim pozostaje uśmierzenie cierpień osoby trwale chorej, w obliczu braku nadziei na jakąkolwiek poprawę stanu zdrowia pacjenta terminalnie cierpiącego, przy zastrzeżeniu pochodzącego wyłącznie od niego żądania skrócenia życia nie można już tak jednoznacznie i z całą pewnością potępiać sprawcy próbującego przynieść mu ulgę.

4. Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że przebieg procesu motywacyjnego w odniesieniu do zabójstw uprzywilejowanych wymaga wystąpienia dwóch wzajemnie sprzężonych ze sobą elementów. Pierwszym jest bodziec indywidualny dla konkretnego przestępstwa<sup>72</sup>, np. silne wzburzenie, współczucie, czy przebieg porodu. Na etapie jego wystąpienia dochodzi jednak dopiero do pierwotnej subiektywizacji motywacji sprawcy omawianej kategorii zabójstw. Nie wystarczy, by ów bodziec się pojawił, niezbędne jest bowiem, odwołując się do układu znamion z art. 148 § 4, art. 149, czy art. 150 k.k., aby sprawca poddał się jego wpływowi. Sam fakt wystąpienia w układzie okoliczności faktycznych jednego ze wskazanych bodźców/czynników nie przesądza jeszcze, że dojdzie do wypełnienia znamion wskazanych przestępstw. Wstępnie selektywna dla konstrukcji motywacji sprawcy przesłanka bodźca „pobudzającego” jego kryminogenną aktywność musi **trwać w swym oddziaływaniu**. Aby można było stwierdzić, że doszło do aktywizacji znamion któregośkolwiek z zabójstw trzeba przyjąć założenie o „skutkowości” oddziaływania jednego z powołanych bodźców. Dokonanie przestępstwa stanowi w takim ujęciu wynik skuteczności z jaką ów czynnik zaingerował w strukturę osobowości sprawcy. Jednocześnie, jak się wydaje, rezultat taki nie miałby miejsca, gdyby nie parametryzacja ana-

<sup>71</sup> S. Pławski, *Przestępstwa...*, s. 186.

<sup>72</sup> B. Michalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, T. I, *Komentarz do art. 117–221*, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2010, s. 300; Wyrok SN z 12 marca 1997 r., IV KKN 464/96, Wokanda 1997, Nr 7, s. 18.

lizowanego czynnika dwiema zmiennymi: czasem jego występowania i stopniem (głębią) oddziaływania. W ocenie skuteczności uwarunkowania motywacyjnego przestępstwa zabójstwa w typie uprzywilejowanym konieczne jest stwierdzenie ulegnięcia/poddania się sprawcy wpływowi bodźca drażniącego. Jeśli u osoby wykazującej wstępną odporność struktury psycho-fizycznej na wskazany czynnik powstałby jakikolwiek obszar (na podłożu psychicznym, bądź organicznym) podatny na jego działanie, przekraczający wszak sam fakt jego istnienia, rozpocząć się może etap penetracji rzeczzonego bodźca pod warunkiem, że jego rozprzestrzenianiu się będzie towarzyszyć interakcja rzeczzonego bodźca na jego adresata, aż do momentu, w którym dojdzie u niego do tak znacznego osłabienia ośrodków kontroli, by w konsekwencji bodziec zdeintegrował prawidłowe działanie jednostki, która finalnie stanie się sprawcą zabójstwa. Wydaje się, że w tym kontekście należy podkreślić, iż zaktualizowanie się wpływu czynnika, który staje się swoistym „centrum” procesu motywacyjnego, nastąpi pod warunkiem że:

- trwa odpowiednio długo,
- oddziałuje wystarczająco głęboko,
- trwa odpowiednio długo i oddziałuje wystarczająco głęboko.

Możliwe są zatem trzy zasadnicze konfiguracje, charakteryzujące funkcjonowanie bodźca indywidualizującego poszczególne zabójstwa uprzywilejowane, których sparametryzowanie, czasem występowania lub natężeniem wpływu bodźca, (a niekiedy dopiero łącznym uwzględnieniem zarówno pierwszego, jak i drugiego parametru) prowadzić będzie do wypełnienia znamion typu czynu zabronionego. Jednocześnie należy podkreślić, że „spełnienie” komponenty procesu motywacyjnego w postaci „wpływu”, jaki wywiera bodziec indywidualizujący na strukturę psycho-fizyczną przyszłego sprawcy jest w wysokim stopniu zindywidualizowane<sup>73</sup>. W zależności bowiem od progu 1) odporności psychicznej, 2) odporności na ból, czy też 3) stopnia wrażliwości emocjonalnej, zróżnicowany będzie moment, w którym sprawca ulegnie wpływowi owego bodźca<sup>74</sup>. Im jednak wyższa odporność jednostki na działanie czynników „drażniących”, tym niższy stopień prawdopodobieństwa, że ich obecność zainicjuje podatność na wpływ, w wyniku którego dojdzie następnie do zaktualizowania się kompletu znamion jednego z analizowanych typów czynu zabronionego. Zatem nawet biorąc pod uwagę, że dwie osoby poddane zostały oddziaływaniu identycznego bodźca, może ono przynieść zdecydowanie odmienne rezultaty, z jednej strony negatywne, kiedy motywacja sprawcy znajdzie swoje ujście dopiero w dokonaniu przestępstwa, z drugiej natomiast pozytywne, gdy nawet długotrwałe występowanie czynnika drażniącego, ujawniającego się z wysokim stopniem natężenia, nie zachwieje

<sup>73</sup> Wyrok SN z 25 marca 1975 r., III KR 340/ 74, niepubl.

<sup>74</sup> Wyrok SN z 28 czerwca 1978 r., V KR 100/78, OSNKW 1978, Nr 10, poz. 114 z głosem M. Tarnawskiego, Nowe Prawo 1979, Nr 7–8, s. 214.

progu odporności psychicznej, bądź organicznej jednostki i nie doprowadzi do patologizacji reakcji na ów czynnik, mimo być może poważnych trudności w jego „znoszeniu”.

Analiza poszczególnych aspektów procesu motywacyjnego przedstawionych przestępstw nieodmiennie dowodzi, że natężenie emocji, które każdorazowo towarzyszą sprawcy, może być zróżnicowane i wywierać na niego odmienny wpływ. Należy jednak podkreślić, że różnice, które powstają pod wpływem recepcji bodźców uaktywniających, modyfikujących lub wywołujących kumulacje przeżyć psychicznych, jakim podlega sprawca, stanowią wynik występowania indywidualnych cech psychiki jednostki, od których (w niemniejszym, niż od oddziaływania czynników zewnętrznych, stopniu) uzależniony jest po pierwsze rodzaj, po drugie charakter, po trzecie przebieg konkretnego, emocjonalnego przeżycia ludzkiego. W psychologii określa się je jako warunki predestynujące do wystąpienia reakcji uczuciowej, to właśnie te procesy są pierwotnie odpowiedzialne za asymilację bodźca, a dopiero w dalszej kolejności podlegają uzewnętrznieniu w postaci zachowań o charakterystyce emocjonalnej<sup>75</sup>. Każdy człowiek wykazuje mocno zindywidualizowany, a przez to zróżnicowany poziom wrażliwości na bodźce zewnętrzne oraz odmienny stopień podatności wobec postulowanych wzorów zachowań, a w konsekwencji ewentualny rozstrój ze względu na osiągniętą wrażliwość emocjonalną<sup>76</sup>. A zatem w zależności od różnic pojawiających się w strukturze osobowości człowieka<sup>77</sup>, jego wrażliwości, odporności na sytuacje trudne, dojrzałości, doświadczenia życiowego, rodzaju relacji jaka wiąże go z ofiarą, kondycji psychicznej, a nawet preferowanego systemu wartości, odmienne muszą być i powinny reakcje osób podlegających oddziaływaniu analogicznych czynników, począwszy od spokoju i równowagi psychicznej jednej osoby, aż do poddania się wpływowi emocji (o różnym stopniu natężenia) drugiej<sup>78</sup>. Takie ujęcie zatem wyklucza oraz uniemożliwia jakąkolwiek próbę wyznaczenia zobiektywizowanego wzorca reagowania przez jednostkę. Z perspektywy zewnętrznej obiektywizację wyklucza konieczność uwzględnienia bodźca/bodźców, które z kolei ze względu na czas, natężenie oraz ich ilość, wywierać będą diametralnie różne rezultaty w sferze reakcji emocjonalnych<sup>79</sup> adresata tychże czynników. O wielopłaszczyznowości procesu motywacyjnego jednostki świadczyć może również następująca

<sup>75</sup> S. Cora, *op. cit.*, s. 1028 i 1031.

<sup>76</sup> J. Reykowski, *Osobowość a sprawność działania w warunkach emocjonalnego pobudzenia*, „Studia Psychologiczne” 1968, nr 9, s. 73 i n.

<sup>77</sup> Jak stwierdził jak J.K. Gierowski: „niewątpliwie inaczej będzie przeżywał swoje «silne wzburzenie» introwertyk, o zdecydowanie schizoidalnej strukturze osobowości, inaczej zaś ekstrawertywny neurotyk o cechach histerycznych”. Por. J.K. Gierowski, *Stan silnego wzburzenia jako przedmiot sądowej ekspertyzy psychologicznej*, „Palestra” 1995, z. 3–4, s. 109; A. Zoll, *Kodeks kamy...*, s. 240.

<sup>78</sup> S. Cora, *op. cit.*, s. 1028–1029; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 66; M. Tarnawski, *Zabójstwa uprzywilejowane*, Poznań 1981, s. 256; Wyrok SA w Katowicach z dn. 5 czerwca 2003, II Aka 183/03, OSA 2004, z. 4, poz. 20.

<sup>79</sup> Jak zauważa K. Daszkiewicz psychika człowieka stanowi mechanizm złożony i precyzyjny, w którym przeżycia popychające jednostkę do działania „wiążą się ze sobą, splatają, a także ulegają na drodze

konstatacja: „Najczęściej motywy zabójstw klasyfikuje się z punktu widzenia celu działania sprawcy, potrzeby, jaką chce zaspokoić, rodzaju towarzyszącej emocji, podłoża uczuciowego, sytuacji poprzedzającej czyn, stanu psychicznego sprawcy w chwili przestępstwa, relacji z ofiarą (...)”<sup>80</sup>. Konkludując należy podkreślić, że proces motywacyjny sprawcy stanowi zwykle sumę wielu odmiennych warunków psychicznych, determinujących jego działanie, a jego charakterystyka powinna uwzględniać kumulację różnorodnych czynników, wyznaczających ostateczny kształt zachowania się człowieka<sup>81</sup>.

## ROZWAŻANIA O ZNAMIONACH PSYCHOLOGICZNYCH W KONTEKŚCIE MOTYWACJI ZABÓJSTW UPRIWILEJOWANYCH

### Streszczenie

Artykuł dotyczy analizy znamion „psychologicznych”, występujących w konstrukcji przepisów penalizujących zabójstwa uprzywilejowane. Opracowanie składa się z czterech części. Pierwsza z nich została poświęcona wyłącznie charakterystyce motywacji w ujęciu psychologicznym. W dalszej części artykułu odniesiono się do bezpośredniej charakterystyki znamion o podłożu psychologicznym, występujących w strukturze zabójstw typu uprzywilejowanego w kodeksie karnym, wskazując wśród nich: silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami, wpływ przebiegu porodu oraz współczucie dla żądającego śmierci. Dokonując analizy wyodrębnionych znamion, każdorazowo odnoszono się do przyczyn oraz konsekwencji ich występowania w procesie motywacyjnym sprawców wskazanych zabójstw. Trzecim etapem rozważań była próba określenia podobieństw i różnic występujących między poszczególnymi znamionami z perspektywy ich uwarunkowań motywacyjnych. W uwagach końcowych stwierdzono, że aby proces motywacyjny sprawców zabójstw przyniósł rezultat w postaci wykonania znamion jednego z analizowanych przestępstw, niezbędne jest wzięcie pod uwagę zjawiska „parametryzacji” czynnika determinującego kryminogenną aktywność sprawcy. Parametryzacja owa odbywać się może w jednej z trzech konfiguracji: tylko ze względu na czas trwania wpływu bodźca, tylko z uwzględnieniem jego natężenia, bądź zarówno biorąc pod uwagę czas jego występowania, jak i natężenie, z jakim oddziałuje na sprawcę. Jednocześnie stwierdzono, że parametry te nigdy w jednakim stopniu nie wpływają na dwie osoby, nawet przy zachowaniu tożsamości parametrów oddziaływania.

---

swego rozwoju licznym przekształceniom”. Por. K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968, s. 21.

<sup>80</sup> K. Badźmirowska-Masłowska, *Młodociani sprawcy zabójstw w Polsce*, Warszawa 2000, s. 120–121.

<sup>81</sup> S. Gerstman, *Psychologia*, Warszawa 1968, s. 139.



## **ANALYSIS OF PSYCHOLOGICAL FEATURES IN THE MOTIVATION OF PERPETRATORS OF MANSLAUGHTER**

### **Summary**

The article concerns the analysis of “psychological” features occurring in the structure of regulations that penalise crimes of manslaughter. The article consists of four parts. The first one is devoted exclusively to the description of motivation in psychological terms. Then, the author focuses on a direct description of psychological features occurring in the structure of crimes of manslaughter in the penal code and indicates the following: the strong emotional disturbance justified by circumstances, the influence of the course of labour and the sympathy for the person demanding their life termination. While analysing the distinguished features, the author has always taken into consideration their reasons as well as the results of their occurrence in the perpetrators’ motivation process. In the third part of the article, the author tries to establish similarities and differences between particular features from the perspective of motivational conditions. In the last part of the article, the author states that in order for the perpetrator’s motivation process to produce the result in the form of fulfilling the features of one of the crimes being analysed, it is necessary to take into account the phenomenon of “parameterization” of the factor that determines the perpetrator’s criminogenic activity. The parameterization may take place in one of three configurations: only on account of the time of a stimulus influence, only on account of the stimulus intensity, or taking into consideration both the time and the intensity of the stimulus which the perpetrator is affected by. It has also been stated that the parameters in question, even if they are identical, never have the same influence on two people.

## **RÉFLEXION SUR LES SIGNES PSYCHOLOGIQUES DANS LE CONTEXTE DE LA MOTIVATION DES MEURTRES PRIVILÉGIÉS**

### **Résumé**

L'article essaie de faire une analyse des signes „psychologiques” qui se présentent dans la construction des règlements pénalisant la crime privilégié. Il se compose de quatre parties dont la première est consacrée uniquement à la caractéristique de la motivation dite psychologique. La partie suivante de l'article se rapporte à la caractéristique directe des signes sur des ressources psychologiques qui sont présents dans la structure des meurtres du type privilégié dans le Code pénal en indiquant entre eux: surexcitation forte justifiée par des circonstances, influence du cours de l'accouchement et compassion pour celui qui demande la mort. Si l'on analyse ces signes ci énumérés, on se rapporte à toutes les causes et conséquences de leur parution dans le procès de motivation des

actants des meurtres indiqués. La troisième partie de cette considération est un essai de définir les points communs et différents présents entre les signes particuliers vus de la perspective de leurs conditions de motivation. Les conclusions finales invitent pour que le procès de motivation des actants des meurtres apportent le résultat en forme d'exécution des signes d'une des infractions analysées, il est indispensable de prendre en considération le facteur "paramétrique" qui détermine l'activité criminogène de l'actant. Ce facteur paramétrique peut agir dans l'une de trois configurations: premièrement, uniquement pendant le temps de durée de l'influence du stimulus, deuxièmement, uniquement par son intensité, et la troisième situation est les deux où l'on prend en considération le temps et l'intensité du stimulus qui agit sur l'actant. Et il faut ajouter que ces paramètres n'agissent jamais de la même manière sur deux personnes même si l'on garde ces paramètres homogènes et sans changement.

## **РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПСИХОЛОГИЧЕСКИХ ПРИЗНАКАХ В КОНТЕКСТЕ МОТИВАЦИИ ПРИВИЛЕГИРОВАННЫХ УБИЙСТВ**

### **Резюме**

Статья касается анализа «психологических» признаков, выступающих в структуре положений, криминализирующих привилегированные убийства. Исследование состоит из четырёх частей. Первая из них посвящена исключительно характеристике мотивации с психологической точки зрения. Следующая часть статьи содержит непосредственную характеристику признаков преступления психологического характера, выступающих среди убийств привилегированного типа в Уголовном кодексе, указывая среди прочих: сильную турбулентность, обусловленную обстоятельствами, послеродовое состояние, а также сочувствие желающему умереть. При анализе отдельных признаков каждый раз обращалось к причинам, а также последствиям их проявления в процессе мотивации виновников указанных убийств. Третьим этапом размышлений является попытка определения сходств и различий, выступающих между отдельными признаками, с точки зрения их мотивационных детерминант. В заключительных замечаниях имеет место утверждение, что, для того чтобы мотивационный процесс виновников убийств принёс результат в форме проявления признаков одного из анализируемых преступлений, необходимо принять во внимание феномен «параметризации» фактора, детерминирующего криминогенную активность преступника. Эта параметризация может проходить в одной из трёх конфигураций: только в связи с длительностью воздействия раздражителя, только с учётом его интенсивности, либо принимая во внимание как время действия этого раздражителя, так и его интенсивность, с которой он воздействует на преступника. Одновременно утверждается, что данные параметры никогда в одинаковой степени не воздействуют на двух разных людей, даже при сохранении тождественности параметров воздействия.

PIOTR ROGOZIŃSKI



DOPUSZCZALNOŚĆ I ZAKRES BADANIA  
PRZEZ ORGAN PROCESOWY ISTNIENIA  
PRZESŁANEK WARUNKUJĄCYCH UCHYLENIE SIĘ  
ŚWIADKA OD ZEZNAWANIA

Możliwy do wystąpienia konflikt wartości pomiędzy zasadą prawdy materialnej a innymi dyrektywami, zwłaszcza o charakterze moralnym, etycznym, czy uwarunkowanymi interesem państwowym lub społecznym, jest w prawie karnym procesowym w odniesieniu do świadka rozstrzygany często poprzez stworzenie mu warunków do uchylenia się od zeznawania. Tym ogólnym terminem można określić na użytek niniejszych rozważań zarówno wiążące organ procesowy oświadczenie świadka w tym przedmiocie, jak i skierowany do tego organu postulat umożliwienia świadkowi nieskładania zeznań, czy wreszcie inicjatywę podjętą przez organ z urzędu, zmierzającą do odstąpienia od odebrania zeznania od osoby, która znajduje się w obliczu takiego konfliktu. Użycie tego terminu podyktowane jest potrzebą dokonania syntezy sytuacji, w których zachodzi konflikt powyższych wartości, w celu zastanowienia się nad dopuszczalnością i zakresem badania przez organ procesowy kwestii przesłanek prawnego zaniechania składania zeznań przez świadka.

Analizując unormowania dotyczące przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania, można wyróżnić, w zależności od skutków ich wystąpienia:

- 1) sytuacje, w których zaistnienie przesłanek skutkuje zakazem przesłuchania danej osoby w charakterze świadka (por. art. 178 k.p.k., art. 52 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego<sup>1</sup>),
- 2) sytuacje, w których zaistnienie przesłanek skutkuje zakazem przesłuchania danej osoby w charakterze świadka (w całości lub w określonym zakresie) oraz możliwością (niezależnie od wniosku danej osoby) uchylenia tego zakazu (por. art. 179, 180 k.p.k.),
- 3) sytuacje, w których zaistnienie przesłanek skutkuje powstaniem prawa danej osoby do odmowy składania zeznań w charakterze świadka (w całości lub w określonym zakresie) (por. art. 182, art. 183 § 1, art. 581 § 1, art. 582 § 1 k.p.k.),

---

<sup>1</sup> Dz.U. z 2011 r. Nr 231 poz. 1375.

4) sytuacje, w których zaistnienie przesłanek skutkuje powstaniem prawa danej osoby do zwrócenia się do organu procesowego o zwolnienie od obowiązku złożenia zeznania (w całości lub w określonym zakresie) i możliwością organu przychylenia się do takiego wniosku (por. art. 185 k.p.k.)<sup>2</sup>.

Wyszczególnione powyżej sytuacje obejmują bezwzględne i względne zakazy dowodowe<sup>3</sup>, stwierdzenie wystąpienia których ma w procesie dużą doniosłość, gdyż może ograniczyć możliwość poczynienia w sprawie prawidłowych ustaleń faktycznych, zgodnych z zasadą prawdy materialnej. Stąd też tak istotna jest konieczność dokonania przez organ procesowy trafnych ocen, dotyczących zaistnienia tych sytuacji. Zakazy dowodowe mają wyjątkowy charakter, nie powinny być zatem stosowane w szerszym zakresie, niż to wynika z dyspozycji stosownych norm<sup>4</sup>. Odstępstwo w tej mierze może być jedynie podyktowane jednoznaczną koniecznością ze względu na gwarancje procesowe interesów indywidualnych lub społecznych<sup>5</sup>. Problem polega na tym, że w celu zastosowania tych zakazów dowodowych należy wprawdzie ustalić zaistnienie w danej sprawie ich przesłanek, a to z kolei często łączy się z zagadnieniem dopuszczalności dowodzenia okoliczności będących powodem wprowadzenia danego zakazu. Innymi słowy – dowodzenie istnienia przesłanki zastosowania zakazu dowodowego, polegającego na uchyleniu się od wskazywania określonych okoliczności, musiałoby się łączyć z dowodowym odwołaniem się do tych okoliczności. Miałoby wówczas miejsce swoiste błędne koło. Ten istotny dylemat nie może jednak podważyć samej potrzeby badania przez organ istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania, gdyż zastosowanie każdej instytucji procesowej musi następować w sytuacjach określonych prawem<sup>6</sup>. Stwierdzenie to nie przesądza w żaden sposób zakresu badania tych przesłanek.

---

<sup>2</sup> Należy mieć przy tym na uwadze, że co do szczegółowej kategoryzacji skutków wystąpienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania istnieją w doktrynie różnice poglądów, które wynikają przede wszystkim z przyjęcia przez poszczególnych Autorów odmiennych założeń terminologicznych i systematycznych. Bliżej na ten temat por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 92 i n.

<sup>3</sup> W kwestiach terminologicznych por. *ibidem*, s. 94 i wskazaną tam literaturę.

<sup>4</sup> Por. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 214; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 61.

<sup>5</sup> Z. Kwiatkowski pisze o kolizji wymiaru sprawiedliwości z innymi dobrami, korzystającymi ze szczególnej ochrony prawnej (*Zakazy dowodowe...*, s. 61). Por. również na temat ścisłej i rozszerzającej interpretacji zakazów dowodowych na gruncie doktryny zachodnioeuropejskiej, opartej na podobnych zasadach, L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, s. 268–269.

<sup>6</sup> Tak wprost M. Cieślak, który wskazuje, że w takim wypadku przedmiotem dowodu są okoliczności o znaczeniu pośrednim dla sprawy (o charakterze posiłkowym), służące do ustalenia lub uzyskania dowodu (*Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2011, s. 237). Trafnie zauważa też K. Łojewski, że w procesie nowoczesnym nie jest do pomyślenia taka sytuacja, w której organ procesowy, a zwłaszcza sąd, byłby pozbawiony możliwości sprawdzenia jakiegokolwiek okoliczności faktycznej występującej w toku postępowania, tym bardziej gdy od okoliczności tej uzależnione jest stwierdzenie, mocą którego sędzia lub prokurator pozbawia się źródła dowodu, mogącego wywrzeć niekiedy decydujący wpływ na treść orzeczenia karnego (*Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 147).

Spoglądając na powyżej wymienione kategorie typowych sytuacji, w których występują przesłanki warunkujące uchylenie się świadka od zeznawania, można przede wszystkim skonstatować, że problematyka dowodzenia zaistnienia tych przesłanek nie wykazuje głębszego powiązania z tą klasyfikacją. Jest ona charakterystyczna raczej ze względu na rodzaj i wagę gwarancji procesowych, których ochrona była przyczyną wprowadzenia danego zakazu. W każdym razie zasadnicze znaczenie ma tutaj kwestia, czy w danym wypadku zachodzi konieczność dowodowego odwołania się do okoliczności, ze względu na które zakaz ów wprowadzono.

Powstaje przy tym problem natury aksjologicznej, wyrażający się w pytaniu, czy w odniesieniu do przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania, stanowiących jednocześnie zakazy dowodowe, nadać priorytet dążeniu do ustalenia prawdy, czy też innym gwarancjom procesowym<sup>7</sup>. Ustawa nie daje bowiem wyraźnych wskazówek co do tego, czy i w jaki sposób organ może badać istnienie przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania. Przykładowo, zgodnie z art. 182 § 1 k.p.k. osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić zeznań (pojęcie osoby najbliższej definiuje art. 115 § 11 k.k.), a art. 183 § 1 k.p.k. przewiduje, że świadek może uchylić się od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe. Z redakcji tych przepisów nie wynika jednak, czy fakt bycia osobą najbliższą (np. osobą pozostającą we wspólnym pożyciu), bądź też narażenie świadka na odpowiedzialność karną ze względu na treść odpowiedzi na zadane pytanie muszą być udowodnione przed skorzystaniem z odmowy zeznawania lub odpowiedzi – jako jego warunek, czy też wystarczy uprawdopodobnienie tych okoliczności, a nawet poprzestanie na złożeniu stosownego oświadczenia, w zasadzie niepodlegającego jakiegokolwiek weryfikacji.

Przed przejściem do kwestii ujęcia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania powrócić trzeba do zagadnienia aksjologii wiążącej się z istnieniem powyższych zakazów dowodowych, będących procesowym wyrazem konfliktu wartości. W zależności od stanowiska zajmowanego przez poszczególnych autorów za najważniejszą zasadę procesową, wytyczającą kierunek postępowania organów procesowych, uznawana jest zasada trafnej reakcji karnej<sup>8</sup>, czy też zasada prawdy materialnej<sup>9</sup>. Różnice te jednak biorą się raczej z odmienności przyjętych

<sup>7</sup> Por. również A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 310–311.

<sup>8</sup> Por. przykładowo: M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 213–214; F. Prusak, *Postępowanie karne. Wprowadzenie. Zasady procesu karnego*, Warszawa 2001, s. 106; M. Siewierski [w:] M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1974, s. 38.

<sup>9</sup> Por. przykładowo: A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 105–107; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 208–209; R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 63 i 84; J. Grajewski [w:] *Prawo karne procesowe – część ogólna*, J. Grajewski (red.), Warszawa 2011, s. 65–66, 99 i n.; J. Tylman [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2011, s. 91 i n.

założeń konstrukcyjnych co do katalogu wyodrębnianych zasad procesowych, niż z rzeczywistej rozbieżności sądów w zakresie celów, które proces ma osiągnąć<sup>10</sup>. Tak więc różnice te nie mają dla niniejszych rozważań decydującego znaczenia. Zasada trafnej reakcji karnej jest bowiem wyrazem zasady sprawiedliwości w najważniejszym sektorze procesu karnego, wyznaczonym przez komponentę podstawową tzw. zasadniczego przedmiotu procesu karnego, a więc kwestię odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucane mu przestępstwo<sup>11</sup>. Z kolei zasada prawdy materialnej odnosi się do ustaleń faktycznych leżących u podstaw stosowania zasady sprawiedliwości, czyli trafnej reakcji karnej na odcinku odpowiedzialności karnej sprawcy<sup>12</sup>. W konsekwencji obydwie te zasady mają na celu zabezpieczenie dokonania przez organ procesowy prawdziwych ustaleń faktycznych. Można zatem sądzić, że cel ten jest w perspektywie regulacji karnoprosesowej najważniejszy. Nie sposób bowiem zaakceptować represji karnej, stanowiącej istotną ingerencję w prawa i wolności obywatelskie, w sytuacjach, w których obiektywnie nie miały miejsce okoliczności uzasadniające jej zastosowanie<sup>13</sup>.

Zasada prawdy materialnej – służąca realizacji zasady trafnej reakcji karnej – doznaje jednak pewnych ograniczeń w imię innych idei i zasad wyższorzędnych, które w pewnym zakresie mogą kolidować z postulatem ukarania sprawcy przestępstwa<sup>14</sup>. Od razu jednak zastrzec trzeba, że skoro zasada odgrywa w procesie najważniejszą rolę, a podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne (art. 2 § 2 k.p.k.), to wszelkie wyjątki od niej należy wyklądać ściśle, a nie w sposób rozszerzający<sup>15</sup>.

Można się jeszcze zastanowić nad tym, czy dokonanie niezgodnych z prawdą materialną ustaleń faktycznych będzie zawsze w równym stopniu nieakceptowalne z punktu widzenia gwarancji procesowych oraz swych funkcji społecznych. Odpowiedź jest rzecz jasna negatywna, co wynika już z samej aksjologii zasady trafnej reakcji karnej i różnowartościowości składających się na nią postulatów. Większym złem społecznym jest bowiem ukaranie osoby niewinnej niż bezkarność osoby winnej<sup>16</sup>. Powstaje zatem w kontekście tezy o konieczności ścisłego wykładania wyjątków od zasady prawdy materialnej pytanie, czy należy tak czynić niezależnie od możliwego wpływu konkretnego odstępstwa na sytuację procesową oskarżonego. Ma to znaczenie chociażby w tej sytuacji, gdy osoba pozostająca z oskarżonym w szczególnie bliskim stosunku osobistym wnosi o zwolnienie od złożenia zeznania – z wysokim prawdopodobieństwem można założyć, że pragnie

<sup>10</sup> Wskazuje na to wyraźnie A. Murzynowski, *Istota i zasady...*, s. 106–107.

<sup>11</sup> M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 214.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 213, przypis 4.

<sup>13</sup> Por. J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 282.

<sup>14</sup> M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 326. Autor ten wskazuje, że w omawianym zakresie zasada prawdy materialnej oraz zasada trafnej reakcji karnej doznają analogicznych ograniczeń, co świadczy o ścisłym związku tych zasad.

<sup>15</sup> Por. K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 105–107.

<sup>16</sup> Por. M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 214.

ona uniknąć konieczności składania obciążających go zeznań<sup>17</sup>. Z kolei powołanie się przy uchyleniu się od zeznawania na tajemnicę prawnem chronioną nie daje podstaw do formułowania z tak dużym prawdopodobieństwem tego rodzaju założeń, wszak inne jest uzasadnienie istnienia tego zakazu dowodowego, a treści objęte tajemnicą w konkretnych sytuacjach mogą być dla obrony oskarżonego korzystne, niekorzystne, bądź obojętne<sup>18</sup>. Wynika stąd wniosek, że o ile z punktu widzenia gwarancji procesowych oraz swych funkcji społecznych dokonanie niezgodnych z prawdą materialną ustaleń faktycznych wskutek zastosowania się do treści zakazu dowodowego może być bardziej lub mniej akceptowalne (czyli dające się stopniować), to jednak nie sposób z góry (a często i w ogóle – jeżeli zainteresowana osoba nie będzie mogła być przesłuchana, a treści, które miałyby do przekazania, nie będzie można stwierdzić innymi dowodami) określić, jak wyglądałoby to w konkretnym wypadku. W konsekwencji nie widać podstaw – bo brak jest do tego jasnych kryteriów – do apriorycznego relatywizowania powyższego nakazu ścisłego wykładania wyjątków od zasady prawdy materialnej<sup>19</sup>. Ta konstatacja ma, rzecz jasna, również wpływ na kwestię zakresu badania przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania.

Wydaje się jednak, że wniosek taki – co do zasady słuszny – nie może być aprobowany bez żadnych zastrzeżeń. Proces karny stanowi bowiem splot gwarancji procesowych, które zabezpieczają prawa lub interesy zarówno o charakterze społecznym, jak i indywidualnym. Trafnie ujął istotę tego układu M. Cieślak, który wskazał, że skoro za gwarancje procesowe dobra wymiaru sprawiedliwości (interesów wymiaru sprawiedliwości) uznaje się wszystkie przepisy karno-procesowe, to jednocześnie interesy wymiaru sprawiedliwości niezupełnie pokrywają się z interesem, który wyraża zasada trafnej reakcji karnej. Tam gdzie realizacja trafnej reakcji karnej (a tym samym również zasady prawdy materialnej), w wyniku podsumowania społecznych *pro* i *contra*, musiałaby wykazać wartość ujemną, wykracza ona poza interes społeczny, co tym samym oznacza przekroczenie granic dobra wymiaru sprawiedliwości<sup>20</sup>. O ile interes zasady trafnej reakcji karnej, wykraczając poza interes społeczny, obejmuje od tej strony zakres szerszy od dobra wymiaru sprawiedliwości, to z drugiej strony posiada on zakres od tego dobra węższy, ustępując miejsca innym interesom w procesie karnym. A zatem interes trafnej reakcji karnej pozostaje do dobra wymiaru sprawiedliwości w stosunku niezależności – z tym, że w przeważającym zakresie oba wymie-

<sup>17</sup> Por. także S. Waltoś, *Świadek w historii i w świecie współczesnym. Studium prawnoporównawcze*, [w:] *Świadek w procesie sądowym*, S. Waltoś (red.), Warszawa 1985, s. 88–90.

<sup>18</sup> W odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne” por. M. Leciak, *Tajemnica państwowa i jej ochrona w prawie karnym materialnym i procesie karnym*, Toruń 2009, s. 233.

<sup>19</sup> Argumentację z zakresu teorii prawa na rzecz tej tezy przedstawiają w szczególności K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 261–263.

<sup>20</sup> M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 482. Por. również na ten temat J. Skorupka, *O sprawiedliwości...*, s. 99–100 oraz tam wskazaną literaturę i orzecznictwo.

nione pojęcia pokrywają się, a rozbieżności powstają na znikomo małym odcinku. Ten odcinek dobra wymiaru sprawiedliwości, gdzie nie sięga już zakres interesu wyrażonego w zasadzie trafnej reakcji karnej, jest wyłącznie domeną gwarancji innych interesów, a mianowicie gwarancji praw jednostki w procesie oraz gwarancji innych interesów społecznych (np. tajemnicy związanej z informacjami niejawnymi o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”). Podobnie stosunek niezależności istnieje pomiędzy gwarancjami trafnej reakcji karnej a gwarancjami praw jednostki oraz gwarancjami innych interesów społecznych<sup>21</sup>. Reasumując, jako regułę przyjąć wypada ścisłą wykładnię wyjątków od zasady prawdy materialnej, w tym i w odniesieniu do zakazów dowodowych, chyba że zachodzi w danej sytuacji jednoznaczna konieczność ochrony innych gwarancji procesowych<sup>22</sup>. Na tym ogólnym określeniu nie można jednak poprzestać i wymaga ono doprecyzowania, w jakich wypadkach owe inne gwarancje dochodzą do głosu.

Zanim jednak to nastąpi, należy podjąć próbę określenia tych konkretnych gwarancji, które mogą w poszczególnych sytuacjach skutecznie kolidować z priorytetem zasady trafnej reakcji karnej i dokonania prawidłowych, zgodnych z prawdą materialną ustaleń faktycznych. W najogólniejszym rozumieniu, w odniesieniu do całego procesu, rodzaje tych gwarancji wskazał M. Cieślak<sup>23</sup>. Wyróżnił on w tym zakresie: gwarancje trafnej reakcji karnej, gwarancje praw jednostki (głównie uczestników procesu), gwarancje dobra wymiaru sprawiedliwości i gwarancje innych interesów społecznych<sup>24</sup>. Gwarancje dobra wymiaru sprawiedliwości są wyznaczane, jak wspomniano, przez wszystkie przepisy karno-procesowe, a więc w równej mierze dotyczą reguły, jak i wyjątku. Spośród pozostałych gwarancji, w odniesieniu do uchylecia się świadka od zeznawania, poczesne miejsce zajmują gwarancje praw jednostki (uczestników procesu). Są to gwarancje: prawa do obrony (por. art. 178 pkt 1 k.p.k.), w tym obrony biernej w postaci braku obowiązku dostarczania dowodów przeciwko sobie (por. art. 182 § 3, art. 183 § 1 k.p.k.), więzów rodzinnych łączących świadka z oskarżonym (por. art. 182 § 1 k.p.k.) oraz innych szczególnie bliskich relacji świadka z oskarżonym (por. art. 185 k.p.k.). Z kolei kategoria gwarancji innych (poza gwarancjami trafnej reakcji karnej) interesów społecznych obejmuje gwarancje: wykonywania praktyk

<sup>21</sup> M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 483. Por. również: J. Skorupka, *O sprawiedliwości...*, s. 99–100; R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny...*, s. 46.

<sup>22</sup> Por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 62.

<sup>23</sup> Inni Autorzy nieco odmiennie ujmują te gwarancje. Np. J. Skorupka (*O sprawiedliwości...*, s. 99–100) i K. Marszał (*Proces karny...*, s. 36) zawiązują je do gwarancji dobra wymiaru sprawiedliwości oraz gwarancji praw oskarżonego. Z kolei F. Prusak (*Postępowanie karne...*, s. 42) i J. Tylman ([w:] M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne...*, s. 20–21 oraz [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 64) piszą o gwarancjach wymiaru sprawiedliwości oraz gwarancjach praw i interesów poszczególnych uczestników postępowania. Z. Sobolewski i M. Rogalski przedstawiają gwarancje procesowe jako instrumenty służące ochronie interesów i praw konkretnych podmiotów, jak również bardziej ogólnych interesów ([w:] *Proces karny. Część ogólna*, G. Artymiak i M. Rogalski (red.), Warszawa 2012, s. 33).

<sup>24</sup> M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 483–484.



religijnych (por. art. 178 pkt 2 k.p.k.), tajemnic prawnie chronionych (por. art. 179, 180 k.p.k., art. 52 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego) oraz równoprawnych stosunków z innymi państwami (art. 581 § 1, art. 582 § 1 k.p.k.). W doktrynie zauważono, że nazewnictwo tych gwarancji, a przez to dóbr chronionych zakazami dowodowymi, jest niejednolite, a ich katalog w różny sposób ustalany<sup>25</sup>. Wydaje się jednak, że – zastrzegając szkicowy charakter wywodów na ten temat – właściwe będzie oparcie się na pogłębionej analizie dokonanej przez Z. Kwiatkowskiego<sup>26</sup>. Zwrócić przy tym jeszcze wypada uwagę na to, że niektóre gwarancje praw jednostki są też silnie podbudowane interesem społecznym (np. prawa do obrony) i odwrotnie (np. wykonywania praktyk religijnych), co niekiedy może rodzić wątpliwości co do ich klasyfikacji<sup>27</sup>.

Wracając do kwestii odstępstw od reguły ścisłej wykładni wyjątków od zasady prawdy materialnej, należy powtórzyć, że są one dopuszczalne w wypadkach, w których zachodzi konieczność ochrony innych gwarancji procesowych. Od razu wypada zastrzec, że zasada trafnej reakcji karnej, czy też będąca jej emanacją na gruncie ustaleń dowodowych zasada prawdy materialnej, zajmują w systemie procesu karnego miejsce szczególne i można je uznać za najważniejsze z punktu widzenia jego celu. W związku z tym, inne gwarancje procesowe winny być tak kształtowane, by sprzyjać jej realizacji. Natomiast te pozostałe zasady w zakresie, w którym z nią kolidują, bądź też stwarzają określone wątpliwości interpretacyjne, powinny przed nią ustąpić, innymi słowy mają one generalnie mniejszą wagę<sup>28</sup>. Nie oznacza to wszakże, że któraś z tych innych zasad w konkretnej sytuacji nie może uzyskać priorytetu, jednak jest oczywiste, iż nie jest tak z istoty rzeczy, a muszą zająć jednoznaczne – co należy podkreślić – wskazania do takiej konkluzji. Zastosowania owej innej zasady w sytuacji kolizyjnej nie można zatem domniemywać, lecz potrzebę tę trzeba należycie wykazać. Innymi słowy, musi być zawsze oczywiste, dlaczego w danym wypadku konieczne jest dopuszczenie możliwości dokonania nieprawdziwych ustaleń faktycznych, a zatem możliwości wypaczenia wyniku procesu, w imię ochrony jakichś innych wartości.

Jeżeli uzna się za regułę to, że odstępstwo od zasady prawdy materialnej, w tym i w odniesieniu do zakazów dowodowych, odbywa się w ściśle określonych wypadkach, wówczas konieczne jest udowodnienie zaistnienia przesłanki zakazu dowodowego. Nie można bowiem odchodzić od naczelnej zasady procesowej, wyrażającej najważniejszy cel postępowania karnego, jeżeli organ nie ma pewności, że rzeczywiście występuje określona prawem sytuacja, uzasadniająca zastosowanie wyjątku. Zatem trzeba przyjąć jako regułę, że zastosowanie zakazu

<sup>25</sup> Por. bliżej Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 66 i n.

<sup>26</sup> Por. szczegółowe rozważania Z. Kwiatkowskiego i wskazane tamże poglądy doktryny (*ibidem*, s. 63–91).

<sup>27</sup> Por. na ten temat, np. w odniesieniu do gwarancji chronionych przez zakaz z art. 178 pkt 2 k.p.k., *ibidem*, s. 74.

<sup>28</sup> Por. A. Murzynowski, *Istota i zasady...*, s. 109–110.

dowodowego, w tym warunkującego uchylenie się świadka od zeznawania, wymaga udowodnienia. Nie wystarcza zatem uprawdopodobnienie, w którym nie został spełniony do końca warunek obiektywny<sup>29</sup>, ani tym bardziej oparcie się na stosownym oświadczeniu, gdyż oznaczałoby to dowolność stosowania tych wyjątków, przez co utraciłyby w istocie swój ekstrapordynaryjny charakter. Oczywiście zasada ta nie obowiązywałaby wówczas, gdyby Kodeks postępowania karnego *expressis verbis* stanowił, że dla zastosowania zakazu dowodowego wystarczające jest uprawdopodobnienie zaistnienia jego przesłanek. Ustawa procesowa nie przyjęła jednak takiego rozwiązania, łącząc bezpośrednio uchylenie się świadka od zeznawania (obligatoryjne albo fakultatywne) ze spełnieniem określonych warunków (co wymagałoby ich wykazania).

Rozważając kwestię wyjątków od zasady udowodnienia przesłanek zastosowania zakazu dowodowego, spowodowanych koniecznością ochrony innych gwarancji procesowych, w pierwszym rzędzie zająć się trzeba prawem do obrony jako podstawową gwarancją praw oskarżonego. Patrząc z perspektywy tej zasady na zakaz dowodowy statuowany przez art. 178 pkt 1 k.p.k., dla jego zastosowania organ procesowy powinien stwierdzić, że dany świadek pełnił funkcję obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. oraz że o określonych faktach, będących przedmiotem depozycji, dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Taki stan rzeczy, wynikający przecież z wyraźnej regulacji ustawowej, byłby jednak trudny do pogodzenia z zasadą obrony. Wymagałby bowiem dowodowego wykazania również tego, jakich okoliczności obrońca lub adwokat dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę<sup>30</sup>. Wówczas, w zasadzie bez żadnych ograniczeń, zarówno prokurator lub sąd, jak również uczestnicy postępowania dowiedzieliby się o treści tych okoliczności, co – ze względu na dopuszczalność wykorzystania dowodów „pośrednio nielegalnych” w procesie karnym<sup>31</sup> – mogłoby prowadzić do dostarczenia przez oskarżonego i obronę dowodów oraz informacji obciążających stronę

<sup>29</sup> Wbrew przeważającemu pogładowi doktryny trudno przyjąć, aby uprawdopodobnienie mogło być osiągnięte w sytuacji, gdy sam organ ma wątpliwości, czy dany fakt miał miejsce (por. np. M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 421). Zwrócił na to uwagę R. Kmiecik, który za nie do zaakceptowania uznał możliwość orzekania przez organ bez „moralnej” pewności o faktach; choć nie do końca można się zgodzić z tezą tego Autora, wprost utożsamiającą uprawdopodobnienie z wynikiem dowodzenia za pomocą dowodów swobodnych (por. R. Kmiecik, *Uprawdopodobnienie w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1983, nr 5, s. 45 i n.; *idem* [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny...*, s. 296). Najważniejsze jest jednak wyeksponowanie przez R. Kmiecika tego, że przy uprawdopodobnieniu organ procesowy kształtuje swoje przekonanie (pewność – element subiektywny) co do ustaleń faktycznych w taki sposób, który nie zapewnia obiektywnej przekonaności przeprowadzonym dowodom.

<sup>30</sup> Zwrócić trzeba uwagę, że choć sam zakaz przesłuchiwanie w charakterze świadka obrońcy w zakresie wskazanym w art. 178 pkt 1 k.p.k. nie może być interpretowany rozszerzająco, to przyjmuje się, iż – w związku z charakterem tajemnicy obrończej – obejmuje on nie tylko treść rozmowy obrońcy z oskarżonym, ale również tego, w jakich okolicznościach rozmowa się odbyła, gdzie, z czym udziałem itp. Por. S. Kalinowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, M. Mazur (red.), Warszawa 1976, s. 235 i 236.

<sup>31</sup> Por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 417–431, zwłaszcza s. 431; a także np.: R. Kmiecik, *Dowód ścisły w procesie karnym*, Lublin 1983, s. 95; B. Kurzępa, *Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych*, Toruń 2003, s. 90–91; *idem*, *Zakazy wykorzystania dowodów w procesie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2, s. 43–51; T. Stępień, *Rola świadka w prawie karnym*, Toruń 2012, s. 41–42.

defensywną. Zaprzeczałoby to w istocie sensowi istnienia tego zakazu dowodowego. Nie bez znaczenia jest również, że wskazane okoliczności, nawet gdyby nie mogły być bezpośrednio włączone do podstawy dowodowej rozstrzygnięcia, stanowiłyby element mogący od strony psychologicznej oddziaływać na przekonanie organu i mieć negatywny wpływ na podejmowane przezeń decyzje procesowe<sup>32</sup>. W konsekwencji w opisanym wypadku konieczność dowodzenia wszystkich przesłanek zastosowania zakazu dowodowego prowadziłaby do usankcjonowania dostarczania przez oskarżonego wbrew jego woli dowodów na swoją niekorzyść (art. 74 § 1 k.p.k.) i naruszałoby prawo do obrony<sup>33</sup>. Z tego samego powodu nie można uznać za wystarczające uprawdopodobnienie okoliczności, o których obrońca lub adwokat dowiedział się udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Skoro uprawdopodobnienie różni się od udowodnienia jedynie mniejszym stopniem obiektywnej przekonywalności, jego zastosowanie ujawniałoby te fakty wobec organu procesowego w zbliżonym do dowodzenia stopniu. Dla skorzystania z tego zakazu trzeba koniecznie dowieść, że dany świadek pełnił funkcję obrońcy lub adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. Natomiast, biorąc pod uwagę niemożność wymagania od obrony dostarczania dowodów na niekorzyść oskarżonego oraz dopuszczalność wykorzystania dowodów „pośrednio nielegalnych” w procesie, wystarczające wydaje się oświadczenie świadka, że co do danego kręgu okoliczności powziął on wiadomość udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę<sup>34</sup>.

Zakresem tzw. obrony bierniej, mieszczącej się w pojęciu prawa do obrony, objęty jest również brak obowiązku dostarczania dowodów przeciwko sobie. Ustawa przyznaje prawo do odmowy zeznań świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem (art. 182 § 3 k.p.k.)<sup>35</sup>. Stosownie do ogólnej zasady powinny zostać udowodnione przed organem procesowym wszystkie przesłanki warunkujące uchylenie

<sup>32</sup> Por. M. Cieślak, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego. Zakazy dowodowe w stosunku do świadka*, „Nowe Prawo” 1966, nr 3, s. 368–369.

<sup>33</sup> Por. P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 357–359; A. Wąsek, *O kilku aspektach reguły „nemo se ipsum accusare tenetur” de lege lata i de lege ferenda*, [w:] *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, J. Skupiński i J. Jakubowska-Hary (red.), Warszawa 1995, s. 239 i n.; P. Hofmański, E. Sazdik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2011, s. 979.

<sup>34</sup> Por. P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 28. Nie można się przy tym zgodzić ze stanowiskiem, że świadek, w stosunku do którego zachodzą okoliczności z art. 178 pkt 1 k.p.k., może *a priori* zignorować wezwanie organu procesowego do stawiennictwa (tak twierdzą: T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 406; P. Hofmański, E. Sazdik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 978). Bliżej w tej kwestii Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 168–169. Por. również trafne stanowisko L.K. Paprzyckiego [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2013, s. 609, który wyraźnie stwierdza, że obrońca (jak również duchowny) mają obowiązek stawić się na wezwanie i złożyć zeznania co do okoliczności wskazanych w art. 191 § 1 k.p.k. oraz co do swego statusu i tego, iż okoliczności, co do których ma zeznawać, należą do tych określonych w art. 178 k.p.k. – do organu przesłuchującego należy ustalenie, czy możliwe jest kontynuowanie przesłuchania albo podjęcie decyzji o jego zakończeniu.

<sup>35</sup> Por. także postanowienie Sądu Najwyższego z 7 maja 2013 r., II KK 296/12, LEX nr 1314415.

się świadka od zeznawania. Ich zakres obejmuje w tym wypadku wyłącznie wykazanie okoliczności, że osoba przesłuchiwana jako świadek w innej toczącej się sprawie jest oskarżona o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem. Nie ma zatem, przy takim ustawowym ujęciu przesłanek, ryzyka niemożności rozstrzygnięcia kolizji gwarancji dokonania trafnych ustaleń faktycznych z gwarancjami prawa do obrony, w oparciu o precyzyjne kryteria<sup>36</sup>.

Inną sytuacją, związaną z odwołaniem się do obrony biernej, jest możliwość uchylecia się świadka od odpowiedzi na pytanie, jeżeli udzielenie odpowiedzi mogłoby narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (art. 183 § 1 k.p.k.). Jak wynika z tego unormowania, warunkiem skutecznego uchylecia się świadka od odpowiedzi na pytanie jest zaistnienie sytuacji, w której mogłoby to narazić jego lub osobę dla niego najbliższą na określoną tam odpowiedzialność. Oznaczałoby to, że świadek powinien najpierw wykazać, iż odpowiedź na pytanie mogłaby rodzić tego rodzaju konsekwencje, a następnie skorzystać ze swego prawa. Zatem dokładnie z tych samych względów, co w odniesieniu do tajemnicy obrończej, z uwagi na konieczność zachowania realnych gwarancji potencjalnego lub istniejącego prawa do obrony – tym razem świadka (lub osoby dla niego najbliższej), nie powinno się dowodzić tezy, że odpowiedź na pytanie mogłaby narażać go na odpowiedzialność za konkretny czyn zabroniony. Wówczas przedmiotem dowodu byłaby w istocie kwestia uzasadnionego prawdopodobieństwa popełnienia danego czynu zabronionego<sup>37</sup>. Wydaje się jednak, że zbyt daleko idzie pogląd odmawiający organowi procesowemu jakiegokolwiek kontroli przesłanek wskazanych w tym przepisie. Zgodnie z nim obciążające świadka ryzyko, jakie wiąże się ze skorzystaniem z uprawnienia statuowanego w art. 183 § 1 k.p.k., daje gwarancje, że uprawnienie to nie będzie nadużywane<sup>38</sup>. Nietrudno jednak dostrzec, że sama perspektywa zainteresowania się organów ścigania domniemanym przestępstwem, którego świadek w rzeczywistości nie popełnił, a jedynie celowo nieprawdziwie na to wskazuje, nie byłaby w stanie powstrzymać wielu z nich przed bezpodstawnym uchylaniem się od zeznawania. Świadek taki, nie dość bowiem, że nie dopuścił się w rzeczywistości żadnego przestępstwa, to jeszcze z całą świadomością bezpodstawnie korzystając z uprawnienia określonego w art. 183 § 1 k.p.k. nie narusza przez to żadnego zakazu karnego, w szczególności nie popełnia przestępstwa z art. 233 § 1 k.k.<sup>39</sup> Dlatego niepozobawione racji są poglądy, wedle których niemożność kontrolowania przez organ procesowy w jakikolwiek sposób zaistnienia

<sup>36</sup> Por. *ibidem*, s. 72–73. Należy też zwrócić uwagę na wypowiedzi wskazujące na nie do końca precyzyjne ujęcie tego przepisu (Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 246–249 i zamieszczone tam poglądy doktryny).

<sup>37</sup> Por. W. Daszkiewicz, *Samooskarżenie a prawo do milczenia*, „Państwo i Prawo 1974, nr 2, s. 16.

<sup>38</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 1019.

<sup>39</sup> Por.: uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 22 stycznia 2003 r., I KZP 39/02, OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 1; M. Kulik, *Czy bezpodstawne uchylene się od złożenia zeznania jest zatajeniem prawdy w rozumieniu art. 233 § 1 k.k.*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2003, nr 3, s. 43–56.

przesłanek skorzystania przez świadka z uprawnienia określonego w art. 183 § 1 k.k. prowadziłyby w istocie do pozostawienia w jego rękach swobodnej decyzji co do tego, czy i co będzie w ogóle zeznawał<sup>40</sup>. Nie sposób się z takim stanem rzeczy zgodzić, gdyż prowadzić on może do przejścia przez uczestników postępowania od organu realnej inicjatywy co do realizacji celów procesu. Poza tym trudno zaakceptować oparcie się przy ocenie tego niebezpieczeństwa wyłącznie na subiektywnej ocenie świadka, wszak przepis ten ma zabezpieczać rzeczywiste, a nie wymaginowane interesy tego uczestnika procesu<sup>41</sup>.

Nie powinno się zatem poprzestawać w omawianej sytuacji na możliwości złożenia oświadczenia przez świadka, a należałoby kwestię związku pomiędzy udzieleniem odpowiedzi na pytanie a narażeniem przez to świadka lub osobę dla niego najbliższą na odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe uprawdopodobnić. Chodzi tu o wskazanie, że potencjalnie może istnieć związek przyczynowy pomiędzy tymi dwoma elementami, tzn. odpowiedzią na pytanie a ewentualnością poniesienia przez daną osobę odpowiedzialności za określony czyn przestępny. Organ procesowy powinien być zatem w świetle obowiązujących regulacji uprawniony do badania, czy uprawdopodobnione jest w ogóle rozpatrywanie kwestii ponoszenia przez daną osobę odpowiedzialności za zachowanie wyczerpujące ustawowe znamiona przestępstwa lub przestępstwa skarbowego<sup>42</sup>. Od tych ustaleń zależy, czy świadek będzie mógł skorzystać ze swego prawa, czy też uchylenie się przez niego od złożenia zeznań zostanie uznane za bezprawne. Nie może to jednak – ze wskazanych przyczyn – przerodzić się w dowodzenie tezy, że odpowiedź na pytanie mogłaby narażać go na odpowiedzialność za konkretny czyn zabroniony. Reasumując, organ powinien badać, o jakie ewentualne przestępstwo może chodzić świadkowi, gdy odmawia on odpowiedzi na pytanie, i czy może istnieć związek przyczynowy pomiędzy odmową odpowiedzi na to pytanie a odpowiedzialnością karną za to przestępstwo. Nie powinien zaś zadowalać się oświadczeniem świadka, że odpowiedź na pytanie może narażać go lub osobę najbliższą na odpowiedzialność za jakieś bliżej niesprecyzowane przestępstwo. Nie może też dowodzić kwestii, czy dany czyn został popełniony,

<sup>40</sup> Tak w szczególności: R.A. Stefański [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, Z. Gostyński (red.), Warszawa 2003, s. 829–830; K. Papke-Olszaukas, *Zasada prawdy materialnej a regulacja art. 183 § 1 k.p.k. (w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r.)*, [w:] *Zasada prawdy materialnej*, Z. Sobolewski i G. Artymiak (red.), Kraków 2006, s. 411; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I*, D. Świecki (red.), Warszawa 2013, s. 594–595; F. Rosengarten, *Zeznania współsprawcy w charakterze świadka*, „Nowe Prawo” 1977, nr 6, s. 889; E. Wojnar, *Artykuł 96 k.p.k. w teorii i praktyce*, „Nowe Prawo” 1964, nr 10, s. 967. Na odmiennym stanowisko stoi judykatura; por. przykładowo: postanowienie Sądu Najwyższego z 8 lutego 2006 r., IV KK 394/05, OSNwSK 2006, poz. 306; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11 maja 2009 r., II AKa 169/08, KZS 2009, z. 10, poz. 46.

<sup>41</sup> R.A. Stefański [w:] *Kodeks...*, s. 829.

<sup>42</sup> Warto zauważyć, że wyraźny nakaz uprawdopodobnienia przez świadka okoliczności wskazanych w tym przepisie przewidywały projekty ustaw procesowych z 1959 r., 1963 r. i 1966 r. Por. w tym zakresie P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 129.

czy też uzasadnione jest prawdopodobieństwo jego popełnienia i w związku z tym odpowiedź na pytanie może rzeczywiście narażać go na taką odpowiedzialność<sup>43</sup>.

Objęty zakresem tzw. obrony biernej brak obowiązku dostarczania dowodów przeciwko sobie łączy się też z zakazem dowodowym statuowanym w art. 52 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego. Zgodnie z tym unormowaniem nie wolno przesłuchiwać osób wykonujących czynności wynikające z teże ustawy jako świadków oraz biegłych (lekarze) na okoliczność wypowiedzi osoby, wobec której podjęto te czynności, co do popełnienia przez nią czynu zabronionego pod groźbą kary. Udowodnieniu zatem podlega fakt wykonywania przez daną osobę czynności wynikających z teże ustawy wobec potencjalnego sprawcy czynu zabronionego<sup>44</sup>. Analogicznie zaś jak w wypadku obrońcy dowodzenie kwestii, które informacje przekazywała osoba poddana czynnościom wynikającym z ustawy w toku tych czynności, a które poza ich zakresem, zaprzeczałoby sensowi istnienia tego zakazu dowodowego. Podobnie i w omawianej sytuacji okoliczności te, nawet gdyby nie mogły być bezpośrednio włączone do podstawy dowodowej rozstrzygnięcia, stanowiłyby element mogący od strony psychologicznej oddziaływać na przekonanie organu i podważać zdolność obiektywnego podejścia do sprawy<sup>45</sup>. Za wystarczające zatem wypada uznać ograniczenie się do złożenia przez świadka stosownego oświadczenia.

W odniesieniu do zasadniczej gwarancji innych (poza gwarancjami trafnej reakcji karnej) interesów społecznych, czyli gwarancji tajemnic prawnie chronionych, ustawa rozróżnia: informacje niejawne o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, informacje niejawne o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne”, jak również tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji (por. art. 179,

---

<sup>43</sup> W doktrynie szerzej przyjęto stanowisko, że organ procesowy może wypytywać świadka, by ustalić, czy są zrealizowane przesłanki uchylenia się od odpowiedzi na pytanie, lecz nie może przeprowadzać czynności dowodowych w celu sprawdzenia tego. W konsekwencji organ musi zadowolnić się samym oświadczeniem świadka i zwolnić go na tej podstawie od obowiązku udzielenia odpowiedzi na pytanie. Por. R.A. Stefański [w:] *Kodeks...*, s. 830; K. Łojewski, *Instytucja odmowy...*, s. 148; R. Górecki, *Świadek w postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa–Poznań 1987, s. 35–36. P.K. Sowiński (*Prawo świadka...*, s. 128) oraz M. Bereźnicki (*Uwagi na temat interpretacji art. 96 k.p.k.*, „Nowe Prawo” 1965, nr 5, s. 519) twierdzą, że decyzja co do zasadności uchylenia się od odpowiedzi z powołaniem się na art. 183 § 1 k.p.k. winna należeć w równej mierze do organu procesowego, jak i do samego świadka. Natomiast za pozostawieniem wyłącznie świadkowi decyzji o skorzystaniu z tego uprawnienia optują np.: Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 260; J. Grajewski, *Przebieg procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 223; T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie...*, s. 515–516; A. Gaberle, *Dowody...*, s. 319; E. Gruza, *Ocena wiarygodności zeznań świadków w procesie karnym. Problematyka kryminalistyczna*, Kraków 2003, s. 181–182; K. Marszał, *Proces karny...*, s. 356.

<sup>44</sup> Por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 182–185; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 84–87. Autorzy ci zwracają jednak uwagę na brak precyzji w określeniu przez ustawę zakresu podmiotowego zakazu (Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 182–183; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 84–85).

<sup>45</sup> Bliżej na temat rozumienia obiektywizmu w procesie por. J. Grajewski [w:] *Prawo karne...*, s. 81–82.

180 k.p.k.)<sup>46</sup>. Kodeks odwołuje się przy określeniu przesłanek do obowiązku spoczywającego na osobie mającej być przesłuchaną (por. art. 179 § 1, art. 180 § 1 i 2 k.p.k.). Oznacza to, że o uchyleniu się danej osoby od zeznawania decyduje okoliczność, czy osoba ta jest – na podstawie odrębnych przepisów – zobowiązana do zachowania tajemnicy określonego rodzaju. Organ procesowy musi zatem ustalić jedynie to, czy osoba przesłuchiwana w charakterze świadka należy do którejś z tych kategorii, tzn. czy jest ona np. adwokatem, dziennikarzem. Natomiast osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (por. art. 180 § 1 k.p.k.) mogą złożyć oświadczenie o odmowie zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek. Merytoryczna decyzja w tym przedmiocie należy wówczas do sądu lub prokuratora<sup>47</sup>. Z kolei w odniesieniu do osób obowiązanych do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne” (por. art. 179 § 1 k.p.k.) oraz należących do szczególnego kręgu podmiotowego wskazanego w art. 180 § 2 k.p.k. również wystarczy, że złożą one przed organem procesowym oświadczenie stwierdzające, iż co do określonych okoliczności rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy<sup>48</sup>. Jednakże w tym wypadku (w przeciwieństwie do sytuacji określonej w art. 180 § 1 k.p.k., który uzależnia uchylenie się od zeznań od inicjatywy świadka) organ procesowy, gdy stwierdzi z urzędu, że na dane okoliczności rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy, powinien – w zależności od rodzaju tajemnicy – nie odbierać zeznań na ten temat i zwrócić się do właściwego naczelnego organu administracji rządowej lub sądu o zwolnienie świadka od obowiązku zachowania tajemnicy bądź we własnym zakresie rozpoznać kwestię tego zwolnienia (por. art. 179 § 3, art. 180 § 2 k.p.k.)<sup>49</sup>.

Rozważenia jeszcze wymagają gwarancje praw jednostki – więzów rodzinnych łączących świadka z oskarżonym oraz innych szczególnie bliskich relacji pomiędzy nimi, jak też gwarancje interesów społecznych w postaci swobody wykonywania praktyk religijnych oraz równoprawnych stosunków z innymi państwami. Wskazane gwarancje praw jednostki trzeba potraktować w sposób jednolity, gdyż chronią

---

<sup>46</sup> Por. również art. 5 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. Nr 182 poz. 1228).

<sup>47</sup> Por. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 115–116. Zaznaczyć przy tym wypada, że w orzecznictwie wyrażono pogląd, iż zwolnienie z tajemnicy jest wyjątkiem od zasady możliwości odmówienia zeznań, a korzystanie z wyjątku powinno być uzasadnione i wyjątku nie można dowolnie rozszerzać; por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 stycznia 2009 r., II AKz 651/08, KZS 2009, z. 1, poz. 72. Zasada odmowy zeznań jest zaś w tym wypadku związana z faktem poufnego powierzenia przez osoby trzecie przedstawicielom zawodów zaufania publicznego informacji, którymi nie chcą się na ogół dzielić z innymi osobami; por. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 4 listopada 2010 r., II AKz 588/10, KZS 2011, z. 7–8, poz. 68.

<sup>48</sup> Odmienne M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa...*, s. 102, wedle którego konieczne jest w tej sytuacji uprawdopodobnienie tych okoliczności.

<sup>49</sup> Por.: P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 135–136, 156; M. Leciak, *Tajemnica państwowa...*, s. 235–237; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 191–192; A. Gaberle, *Dowody...*, s. 324.

one określone, uznane przez ustawodawcę za dostatecznie bliskie, więzy pomiędzy świadkiem a oskarżonym. Trudno by było w tym wypadku w sposób arbitralny ustalić jakiś priorytet pomiędzy więzami rodzinnymi a więzami opartymi na innych relacjach. Gwarancje więzów rodzinnych opierają się bowiem na domniemaniu, że łączą się one z zaistnieniem szczególnego stosunku emocjonalnego pomiędzy ludźmi. Stosunek taki powoduje z kolei wystąpienie dylematu moralnego u osób będących jego stronami, które są zobowiązane do zeznawania zgodnie z prawdą<sup>50</sup>. U podstaw przyjęcia tego domniemania legło założenie, że w ogóle nie do pomyślenia jest dowodzenie w procesie istnienia lub nieistnienia emocjonalnych więzów pomiędzy członkami najbliższej rodziny. Oczywiście jest jednak, że takie więzy mają miejsce nie tylko pośród członków najbliższej rodziny, ale również pomiędzy innymi osobami, także obcymi. Od strony aksjologicznej gwarancje praw jednostki trzeba zatem potraktować w sposób jednolity – jako stojące na straży tak silnych relacji emocjonalnych pomiędzy ludźmi, że usprawiedliwiają one w pewnych sytuacjach możliwość odstąpienia od dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych w procesie<sup>51</sup>.

Gwarancje praw jednostki, chroniące uznane przez ustawodawcę za bliskie relacje pomiędzy świadkiem a oskarżonym, charakteryzują się swoistością przesłanek, związaną zresztą z rodzajem źródła tych relacji. Skoro nie podlega dowodzeniu istnienie emocjonalnych więzi pomiędzy członkami najbliższej rodziny, wymienionymi w ustawie, przedmiotem dowodu powinno być wyłącznie to, czy dana osoba spełnia kryteria pokrewieństwa, małżeństwa, powinowactwa lub przysposobienia, jak też pozostawania we wspólnym pożyciu, określone w przepisie art. 115 § 11 k.k. w zw. z art. 182 § 1 k.p.k. Stan ten można dowodzić wszelkimi środkami uznanymi w świetle ustawy procesowej za dopuszczalne, respektując przy tym wiążącą moc prawomocnych rozstrzygnięć sądu kształtujących prawo lub stosunek prawny (art. 8 § 2 k.p.k.)<sup>52</sup>. Obok nich zasadnicze znaczenie będą miały zaświadczenia i informacje władzy administracyjnej, dotyczące pokrewieństwa, małżeństwa, powinowactwa lub przysposobienia (np. akty stanu cywilnego). Wyjątki od zasady trafnej reakcji karnej i prawdy materialnej trzeba wyklądać ściśle, stąd też organ procesowy jest uprawniony i obowiązany do badania rzeczywistych stosunków społecznych w ramach ustawowo przyznanej samodzielności orzeczniczej<sup>53</sup>. W świetle celu tych regulacji nie powinno mieć też znaczenia, czy dany świadek jest rzeczywiście świadom swego prawnego statusu, tzn. np. tego, że jest lub nie jest krewnym oskarżonego<sup>54</sup>. Tylko z tego, że instytucja prawa do

<sup>50</sup> Por. postanowienie Sądu Najwyższego z 25 czerwca 2004 r., V KK 68/04, OSNwSK 2004, poz. 1190.

<sup>51</sup> Zwracają na to uwagę zwłaszcza: J. Waszczyński, *O dowodzie z zeznań świadka w procesie karnym – praktycznie*, „Palestra” 1966, nr 1, s. 54; R.A. Stefański, *Zwolnienie świadka od złożenia zeznania*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 1, s. 146.

<sup>52</sup> Por. w szczególności P. Hofmański, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego*, Katowice 1988, s. 96 i n.

<sup>53</sup> Por. także *ibidem*, s. 200–209.

<sup>54</sup> Chodzi tu oczywiście jedynie o przekonanie świadka co do istnienia określonych więzów łączących go z oskarżonym, zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, bądź też nie. Natomiast w razie ustalenia przez



odmowy składania zeznań została ustanowiona w interesie świadka, nie można wnioskować, iż należy przedmiotowe przepisy wyklądać w sposób rozszerzający.

Art. 115 § 11 k.k. zalicza do najbliższych również osobę pozostającą we wspólnym pożyciu. Kategoria ta odnosi się zatem do okoliczności *stricte* faktycznych, a nie do formalnej relacji pomiędzy świadkiem i oskarżonym. Pozostawanie we wspólnym pożyciu w rozumieniu tego przepisu powinno być zatem wykazane przed sądem. Przyjmuje się powszechnie, że dla istnienia wspólnego pożycia w rozumieniu tego przepisu jest niezbędne istnienie trzech więzi, tj. psychicznej, fizycznej i ekonomicznej (gospodarczej)<sup>55</sup>. Można mieć wszakże obiekcje co do trafności przeważającego poglądu, że za pożycie takie można uznać wyłącznie związek osób odmiennej płci. Bliższa analiza zagadnienia wykracza poza przedmiot niniejszych rozważań, niemniej zauważyć w tym miejscu wypada, że nieuzasadnione jest dążenie do zastosowania zwięzającej wykładni tego określenia<sup>56</sup>. Biorąc jednak pod uwagę powyższe wyodrębnione istotne cechy wspólnego pożycia, w kontekście celu dowodzenia okoliczności wskazanych w art. 182 § 1 k.p.k., stanąć trzeba na stanowisku, że zbyt daleko idące byłoby wymaganie pełnego udowodnienia istnienia tych trzech więzi. W szczególności trzeba mieć na względzie bardzo osobisty charakter tych relacji, szczególnie psychicznych i fizycznych. Trudno w tym kontekście wymagać pełnego udowodnienia zaangażowania emocjonalnego partnerów odpowiadającego istniejącemu pomiędzy małżonkami, jak też skonkretyzowania faktów z zakresu ich pożycia intymnego. Okoliczności te nie dotyczą bezpośrednio przedmiotu procesu, teza dowodowa nie charakteryzuje się zbytnią precyzyjnością ujęcia, a dodatkowo postępowanie dowodowe w tym zakresie silnie ingeruje w najbardziej intymne sfery życia, co również powinno skłaniać do umiaru w zgłębianiu tych okoliczności

---

organ, że takie więzy istnieją, niezależnie od świadomości świadka co do tego faktu, jest on obowiązany do pouczenia go o tym w sytuacjach wskazanych w art. 191 § 2 lub art. 16 § 2 k.p.k. Szczegółowo na ten temat pisze J. Kosowski, *Zasada informacji prawnej w polskim procesie karnym w świetle art. 16 k.p.k.*, Warszawa 2011, s. 186–190.

<sup>55</sup> Por. np.: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, *Kodeks postępowania...*, s. 1011; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, s. 415; postanowienie Sądu Najwyższego z 27 maja 2003 r., IV KK 63/03, LEX nr 80281.

<sup>56</sup> Wskazać wypada, że może budzić uzasadnioną krytykę linia orzecznicza, która przyjmuje, iż osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu mogą być jedynie osoby odmiennej płci. Nie wynika to bowiem ani z brzmienia tego przepisu, ani ze specyfiki pożycia pomiędzy osobami tej samej płci – ze względu na ustalone kryteria przyjęcia najbliższości (jedność fizyczna, gospodarcza i uczuciowa), ani wreszcie nie stoi temu na przeszkodzie konstytucyjna zasada ochrony małżeństwa. W kontekście prowadzonych tu rozważań rzecz ma o tyle istotne znaczenie, że odstąpienie od wąskiego rozumienia tego określenia umożliwiałoby udzielenie pełniejszej ochrony prawnej świadkom – partnerom życiowym oskarżonych, w odniesieniu do których waga potencjalnych powodów do odmowy składania zeznań niewątpliwie dorównuje pod względem aksjologicznym tym, występującym w relacjach pomiędzy małżonkami. Obszernie i przekonująco na ten temat: A. Siostrzonek-Sergiel, *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 4, s. 73–84; I. Hajduk-Hawrylak, S. Szolucha, *Wybrane zagadnienia prawa do odmowy składania zeznań*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, P. Hofmański (red.), Warszawa 2010, s. 1007–1011. Por. również P.K. Sowiński (*Prawo świadka...*, s. 38), który wskazuje, że pogląd odmawiający prawa do skorzystania z uprawnienia przewidzianego w art. 182 § 1 k.p.k. parom homoseksualnym, pozostającym we wspólnym pożyciu, może naruszać art. 32 Konstytucji RP, gwarantujący równość wobec prawa i zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na orientację seksualną.

bez bezwzględnej potrzeby. Z tych powodów wyrazić wypada zapatrywanie, że wystarczające byłoby dla zastosowania zakazu dowodowego uprawdopodobnienie istnienia tych trzech więzi jako przesłanki przyjęcia stanu pozostawania we wspólnym pożyciu<sup>57</sup>. Z kolei skoro art. 182 § 1 k.p.k. uzależnia prawo do odmowy składania zeznań od statusu najbliższości świadka, status ten podlega badaniu według stanu z chwili przesłuchania, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (por. art. 182 § 2 k.p.k.). W wypadku osoby pozostającej we wspólnym pożyciu istotny jest zatem stan faktyczny w tym zakresie istniejący w chwili przesłuchania<sup>58</sup>. Ponieważ jednak również w odniesieniu do czasu występowania przesłanek wspólnego pożycia dowodzeniu podlegają te same okoliczności w postaci owych trzech więzi, wystarczające wydaje się poprzestanie na uprawdopodobnieniu ich wystąpienia.

Zupełny zakaz dowodowy odnosi się do duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi (art. 178 pkt 2 k.p.k.) i jest on uzasadniony gwarancjami interesów społecznych w postaci swobody wykonywania praktyk religijnych. Co do *ratio legis* tego zakazu, należy uznać, że względy ściśle osobiste, związane z emocjami i uczuciami uczestników procesu dotyczącymi tej sfery duchowości, stanowiły dla ustawodawcy zagadnienie wtórne, gdyż wynikające z faktu uznania danej religii przez państwo<sup>59</sup>. W rezultacie państwo uwzględnia w regulacjach powszechnie obowiązującego prawa również możliwe kolizje powinności wynikające z obrzędowości uznanych religii i przewiduje sposoby rozwiązania tych konfliktów, jak np. na gruncie spowiedzi indywidualnej<sup>60</sup>. Reguły te nie dotyczą duchownych ani wiernych wyznań nieuznanych przez państwo i stąd nie mogą oni liczyć na podobną ochronę indywidualnych emocji i uczuć<sup>61</sup>. Na tle bezwzględnego zakazu dowodowego, określonego w art. 178 pkt 2 k.p.k., konieczne jest po pierwsze wykazanie (udowodnienie) przez samego świadka swego statusu osoby duchownej religii, która przewiduje spowiedź indywidualną. Może się to okazać w pewnych sytuacjach niemożliwe, jeśli władze danego związku wyznaniowego nie udostępnią organowi procesowemu posiadanych przez siebie informacji na temat

<sup>57</sup> Podobnie: I. Hajduk-Hawrylak, S. Szolucha, *Wybrane zagadnienia...*, s. 1011; P. K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 40; R.A. Stefański [w:] *Kodeks...*, s. 820; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 1013; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania...*, s. 415; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania...*, s. 591; wyrok Sądu Najwyższego z 31 marca 1988, I KR 50/88, OSNKW 1988, z. 9–10, poz. 71, z głosem A. Szlęzaka, OSPiKA 1989, nr 4, s. 205; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 27 czerwca 2002 r., II AKa 135/02, KZS 2002, z. 7–8, poz. 52.

<sup>58</sup> P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 40; R.A. Stefański, *Prawo do odmowy zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 7–8, s. 119; wyrok Sądu Najwyższego z 13 sierpnia 1987 r., II KR 187/87, OSNKW 1988, z. 1, poz. 11; odmiennie M. Płachta, *O prawie odmowy zeznań osoby najbliższej*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 10, s. 73 i n.

<sup>59</sup> Por. P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 26.

<sup>60</sup> Krytycznie, w aspekcie gwarantowanej przez art. 53 Konstytucji RP wolności sumienia i religii, na temat ograniczenia tego zakazu wyłącznie do kościołów, w których praktykowana jest spowiedź indywidualna, wypowiedzieli się: Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 173; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 981.

<sup>61</sup> Odmiennie L.K. Paprzycki [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania...*, s. 609.

tego świadka, a wątpliwości tych nie można inaczej rozwiązać. Istotne jest również, czy zakaz ów obejmuje osobę, która była duchownym w trakcie przeprowadzenia spowiedzi, a utraciła ten status przed przesłuchaniem w charakterze świadka. Wykładnia literalna sprzeciwiałaby się przyjęciu tego poglądu, w przeciwieństwie do interpretacji funkcjonalnej. Celem tego przepisu jest bowiem ochrona swobody wykonywania praktyk religijnych, która w tym wypadku sprowadza się do zapewnienia penitentowi nieskrępowanej możliwości odbycia spowiedzi, bez obawy, że jego relacja złożona podczas tego sakramentu może zostać wykorzystana w inny sposób<sup>62</sup>. W konsekwencji uzasadnione jest przyjęcie, że zakaz ten obowiązuje również osobę, która posiadała status duchownego w momencie spowiedzi, ale utraciła go przed przesłuchaniem w charakterze świadka<sup>63</sup>.

Kolejną kwestią jest to, że ów zakaz obejmuje jedynie fakty, o których duchowny dowiedział się przy spowiedzi. Trzeba zatem podkreślić, że nie odnosi się on do wiadomości o faktach, powziętych przez duchownego w innych okolicznościach, poza spowiedzią indywidualną. Z jednej strony organ procesowy powinien móc ustalić zakres zakazu dowodowego, aby zminimalizować ewentualność poczynienia ustaleń faktycznych nieodpowiadających prawdzie, z drugiej strony trzeba pamiętać, że przebieg tego sakramentu znają w zasadzie jedynie jego uczestnicy<sup>64</sup>. Nie może to jednak oznaczać, że kwestia spowiedzi nie powinna być przedmiotem jakiegokolwiek badania przez organ procesowy. Taki stan rzeczy mógłby doprowadzić do nadużywania tego zakazu w celach niezwiązanych w żaden sposób z religią. Dlatego nie sposób z góry wykluczyć możliwości dokonania jego weryfikacji. Należy jednak podkreślić, że dowodzenie samego przebiegu spowiedzi indywidualnej wprost podważałoby sens wprowadzenia tego zakazu dowodowego. Nie chodzi tu nawet o możliwość dostarczenia drogą konfesji przez oskarżonego spowiednikowi obciążających go okoliczności – wszak zakaz ten dotyczy każdej spowiedzi, bez względu na stosunek osób w niej uczestniczących oraz przekazywanych treści do oskarżonego i jego linii obrony<sup>65</sup>. Zasadniczą rolę odgrywa tu znaczenie spowiedzi dla wiernych danego Kościoła, a więc

---

<sup>62</sup> Por. B. Rakoczy, *Tajemnica spowiedzi w polskim postępowaniu cywilnym, karnym i administracyjnym*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 11–12, s. 33, który jednak nietrafnie opowiada się za ochroną tajemnicy spowiedzi również w wypadku, gdy osoba spowiadająca się jest w dobrej wierze co do osoby duchownego. Stanowisko to poddają zasadnej krytyce P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 981.

<sup>63</sup> T. Ereciński, M. Płachta, *Rola zeznań świadków na tle zasady swobodnej oceny dowodów*, [w:] *Świadek w procesie sądowym*, S. Wałtoś (red.), Warszawa 1985, s. 129; K. Marszał, *Proces karny...*, s. 347; P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 26; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 173.

<sup>64</sup> W doktrynie istnieje jednak spór co do możliwości przesłuchania w charakterze świadków osób, które w inny sposób (np. poprzez podsłuchanie, w wyniku podstępny) zdobyły informacje na temat treści spowiedzi indywidualnej. Negatywnie wypowiadają się w tym przedmiocie: Z. Kwiatkowski (*Zakazy dowodowe...*, s. 175) oraz A. Czapiwo [w:] *Dowody w nowym kodeksie postępowania karnego*, [w:] *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, P. Kruszyński (red.), Warszawa 1999, s. 185–186, która ponadto postuluje stosowną nowelizację zakazu w tym kierunku; przeciwnie: P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania...*, s. 978; P. K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 31.

<sup>65</sup> P.K. Sowiński, *Prawo świadka...*, s. 28.

także dla osób uczestniczących w tym sakramencie. By nie łamać bezwzględного zakazu naruszania tajemnicy spowiedzi, nie można również próbować obejść go na gruncie karnoprocesowym, poprzez dowodzenie, czy wypowiedane w czasie sakramentu treści padły podczas spowiedzi, czy w innych okolicznościach<sup>66</sup>. Z zakazem tym zatem, z samej jego istoty, sprzęgnięty jest – obowiązujący w stosunku do wyznawców danej religii – zakaz ujawniania w jakiegokolwiek formie treści przekazanych podczas sakramentu spowiedzi. Trudno wymagać, by te osoby (uczestnicy obrzędu religijnego) go nie respektowały, skoro wymaga tego wyznawana przez nich wiara. Nie powinno się zatem doprowadzać do takiego konfliktu u osób, w interesie których ustawodawca ów zakaz wprowadził – przeczyłoby to bowiem w ogóle jego istocie. Z tego względu przyjąć wypada, że w odniesieniu do wskazania faktów, o których świadek dowiedział się przy spowiedzi, dla zastosowania art. 178 pkt 2 k.p.k. wystarczające powinno być jego oświadczenie. Natomiast wydaje się, że nie ma żadnych przeszkód do dowodzenia wszelkimi możliwymi sposobami samego faktu przeprowadzenia spowiedzi, zwłaszcza gdy którakolwiek z zainteresowanych osób go kwestionuje<sup>67</sup>.

Wreszcie do gwarancji interesów społecznych, które ograniczają ścisłą wykładnię odstępstw od zasady trafnej reakcji karnej i prawdy materialnej, należy zaliczyć gwarancje równoprawnych stosunków z innymi państwami. W zgodzie z obowiązującymi Polskę normami prawa międzynarodowego<sup>68</sup> ustawa procesowa przewiduje zwolnienie członków personelu dyplomatycznego i konsularnego (por. art. 578, 579 § 1 k.p.k.) m.in. od obowiązku składania zeznań w charakterze świadka. Personel dyplomatyczny zwolniony jest od tego obowiązku w pełnym zakresie (por. art. 581 § 1 k.p.k.), natomiast personel konsularny wówczas, gdy okoliczności, których zeznania mają dotyczyć, związane są z wykonywaniem przez te osoby funkcji urzędowych lub służbowych, a na zasadzie wzajemności także w zakresie innych okoliczności (por. art. 582 § 1 k.p.k.). Biorąc pod uwagę powyższe uregulowania ustawowe, w odniesieniu do zagadnienia dowodzenia przesłanek zastosowania tych zakazów dowodowych – w przeciwieństwie do powyżej omówionych kategorii – nie powinno to nastęrczać większych problemów<sup>69</sup>. Otóż oczywiście konieczne jest

<sup>66</sup> Z tego samego względu w literaturze zakwestionowano pogląd P. K. Sowińskiego (*Prawo świadka...*, s. 29), który opowiedział się za dopuszczalnością przesłuchania w charakterze świadka duchownego-spowiednika, jeżeli tylko duchowny ten był wcześniej naocznym świadkiem zdarzenia, stanowiącego następnie przedmiot spowiedzi, a którego to duchownego oskarżony mógł świadomie wybrać na swojego spowiednika, chcąc mu w ten sposób „zapiecztować” usta; por. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 174.

<sup>67</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 24 października 1932 r., II 1 K 1048/32, Zb. OSN 1932, poz. 231.

<sup>68</sup> Por. art. 31 ust. 2 i art. 37 ust. 1 i 2 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach dyplomatycznych, sporządzonej w Wiedniu dnia 18 kwietnia 1961 r. (Dz.U. z 1965 r. Nr 37 poz. 232, zał.) oraz art. 44, art. 58 ust. 2 i art. 71 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych, sporządzonej w Wiedniu dnia 24 kwietnia 1963 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 13 poz. 98, zał.). Na temat stosunku tych przepisów do unormowań procesowych por. przykładowo: Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 270 i n.; S. Steinborn [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2013, s. 520 i n.

<sup>69</sup> Z uwagi na delikatną materię stosunków międzynarodowych przewidziany został jednak tryb jednoznaczności wyjaśniania mogących się wyłonić wątpliwości. Został on uregulowany ustrojowymi aktami

udowodnienie faktu, że konkretna osoba należy do kręgu wskazanych w art. 578 lub art. 579 § 1 k.p.k. Jeżeli chodzi natomiast o personel konsularny, dodatkowo może zaistnieć potrzeba ustalenia, czy okoliczności, których zeznania mają dotyczyć, związane są z wykonywaniem przez te osoby funkcji urzędowych lub służbowych. Zakres wykonywanych przezeń funkcji urzędowych lub służbowych wynika zaś wprost z regulacji prawa międzynarodowego lub krajowego<sup>70</sup>. W doktrynie trafnie podnosi się, że ciężar dowodu co do charakteru funkcji, w czasie której popełniony został czyn przestępny, spoczywa na urzędniku konsularnym. Jeżeli będzie on chciał skorzystać z przysługującego mu immunitetu, będzie musiał wykazać, że działał jako przedstawiciel swojego państwa<sup>71</sup>. Ten wąski zakres dowodzenia przesłanek zastosowania zakazu dowodowego w odniesieniu do personelu dyplomatycznego i konsularnego uznać trzeba za koherentny ze swobodą działania misji obcych państw w stosunkach międzynarodowych, przyjętymi w tym zakresie zwyczajami oraz powszechnie stosowaną zasadą wzajemności.

Reasumując, nie może ulegać wątpliwości, że zasadniczym celem procesu karnego jest realizacja trafnej reakcji karnej, opartej na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Wszystkie odstępstwa od tego celu, przewidziane prawem, muszą być zatem interpretowane w sposób ścisły, nie zaś rozszerzający. Natomiast na płaszczyźnie realnej, w konkretnej sprawie, wystąpienie takiego wyjątku powinno być udowodnione zgodnie z obowiązującymi w procedurze karnej zasadami. Odejście od tego ścisłego obowiązku udowodnienia dopuszczalne jest jedynie, gdy wymagają tego gwarancje praw jednostki lub innych – przynajmniej równie ważnych jak trafne ustalenia faktyczne – interesów społecznych, a zarazem jeżeli przeciwna praktyka doprowadziłaby do podważenia sensu wprowadzenia danego zakazu dowodowego. Wówczas za wystarczające należałoby uznać uprawdopodobnienie zaistnienia przesłanki warunkującej uchylenie się świadka od zeznawania, a w wypadku gdyby wymóg uprawdopodobnienia nadal pociągał za sobą podważenie sensu wprowadzenia danego zakazu dowodowego – nawet poprzestanie na stosownym oświadczeniu osoby zainteresowanej.

---

podstawowymi: § 26 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych (Dz.U. Nr 17 poz. 164, z późn. zm.) oraz § 304 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. Nr 49 poz. 296, z późn. zm.). Polega on na kierowaniu stosownych zapytań do Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Bliżej w tym przedmiocie oraz o wykładni § 304 ust. 1 Regulaminu prokuratury por. S. Steinborn [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania... Tom II*, s. 523 i 527.

<sup>70</sup> Wskazówką ułatwiającą ustalenie, czy określony czyn ma związek z pełnieniem funkcji urzędowych, jest katalog funkcji konsularnych określony w art. 5 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych; por. S. Steinborn [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania... Tom II*, s. 527.

<sup>71</sup> S. Steinborn [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania... Tom II*, s. 527; W. Michalski, *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 53.

## **DOPUSZCZALNOŚĆ I ZAKRES BADANIA PRZEZ ORGAN PROCESOWY ISTNIENIA PRZESŁANEK WARUNKUJĄCYCH UCHYLENIE SIĘ ŚWIADKA OD ZEZNAWANIA**

### **Streszczenie**

Artykuł porusza istotną, szczególnie dla praktyki sądowej i prokuratorskiej, kwestię stwierdzenia przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania. Problematyka ta odznacza się złożonością, głównie z uwagi na brak jednoznacznych reguł wiążących się z ustawową redakcją poszczególnych przesłanek, co powoduje rozbieżność poglądów w doktrynie i orzecznictwie. Praca opiera się na dogmatycznej analizie przepisów ustawy statuujących przesłanki warunkujące uchylenie się świadka od zeznawania, w kontekście wypowiedzi nauki i judykatury. W konkluzji stwierdzono, że skoro zasadniczym celem procesu karnego jest realizacja trafnej reakcji karnej, opartej na prawdziwych ustaleniach faktycznych, to wszystkie odstępstwa od tego celu, przewidziane prawem, muszą być interpretowane w sposób ścisły. Wystąpienie takiego wyjątku powinno być *in concreto* udowodnione zgodnie z wymogami k.p.k. Odejście od obowiązku udowodnienia dopuszczalne jest zaś jedynie, gdy wymagają tego gwarancje praw jednostki lub innych – przynajmniej równie ważnych jak trafne ustalenia faktyczne – interesów społecznych, a zarazem jeżeli przeciwna praktyka doprowadziłaby do podważenia sensu wprowadzenia danego zakazu dowodowego. Wówczas za wystarczające należałoby uznać uprawdopodobnienie zaistnienia przesłanki warunkującej uchylenie się świadka od zeznawania, a w wypadku, gdyby wymóg uprawdopodobnienia nadal pociągał za sobą podważenie sensu wprowadzenia danego zakazu dowodowego – poprzestanie na stosownym oświadczeniu osoby zainteresowanej.

### **ADMISSIBILITY AND THE SCOPE OF EXAMINATION OF PREMISES CONSTITUTING CONDITIONS IN WHICH A WITNESS CAN REFUSE TO TESTIFY**

#### **Summary**

The article deals with a very important issue (especially for the court and prosecution practice) regarding a situation in which the proceeding organ identifies conditions in which a witness can refuse to testify. The issue is very complex, mainly because there are no unequivocal rules connected with the statutory formulation of those premises, which results in a diversity of opinions in the doctrine and rulings. The work is based on a dogmatic analysis of the Act provisions that specify the reasons why a witness can refuse to testify, in the context of opinions formulated by jurisprudence and the judicature. In conclusion, the author states that since the

main aim of the court procedure is to implement an appropriate penal response based on true factual findings, all the departures from that aim that are provided for in law must be interpreted precisely. The occurrence of such an exception should be *in concreto* proved in accordance with the requirements of the Penal Proceeding Code. A departure from an obligation to present a proof is admissible only if it is required by individual rights' guarantees or other social interests – at least of importance equal to factual findings' – and, at the same time, if opposite practice could lead to undermining the sense of implementation of a particular proof ban. Then, the probability of the existence of a premise constituting a condition under which a witness can refuse to testify should be treated as sufficient, and in case the requirement of probability resulted in undermining the sense of implementation of a particular proof ban, the party's appropriate declaration should have the same effect.

### **L'ADMISSIBILITÉ ET LE CHAMPS DE L'EXAMEN PAR L'ORGANE PROCÉDURAL DES PRÉMISSSES QUI CONDITIONNENT LA DÉROGATION DE DÉPOSITION PAR UN TÉMOIN**

#### **Résumé**

L'article parle de la question particulièrement importante pour la pratique des juges et des procureurs, celle qui établit par l'organe de procès l'existence des prémisses pour l'abstention d'un témoin à déposer en justice. Cette problématique se distingue par sa complexité, surtout à cause du manque des règles équivalentes pour la rédaction légale des prémisses particulières ce qui provoque la divergence des idées dans la doctrine et la jurisprudence. L'article s'appuie sur l'analyse dogmatique des droits de la loi qui statue les prémisses conditionnant l'abstention d'un témoin à déposer en justice dans le contexte de la science et jurisprudence. En conclusion, on dit pour que la réalisation de la juste réaction pénale basée sur les normalisations factive soit le but principal du procès pénal, alors toutes les négations contre ce but prévues par le droit doivent être interprétées de la façon précise. Si cette exception arrive, il faut absolument la démontrer *in concreto* conformément aux exigences du Code de la procédure pénale. La négation de ce devoir de démontrer devient admissible uniquement dans la situation où les garanties des droits de l'individu ou d'autres intérêts sociaux – au moins aussi importants que les normalisations factives – le demandent, ou bien dans la situation où la pratique contraire finirait par perdre le sens d'introduire l'interdiction des preuves données. Dans cette situation-ci il faudrait reconnaître comme probable cette prémisse qui conditionne la négation du témoin à déposer en justice; et dans le cas où l'exigence de reconnaître comme probable finirait par la perte du sens d'introduire l'interdiction des preuves données, il faudrait se contenter de la déclaration de la personne intéressée.

## **ДОПУСТИМОСТЬ И СФЕРА ИССЛЕДОВАНИЙ СУДЕБНЫМ ОРГАНОМ СУЩЕСТВОВАНИЯ ПРЕДПОСЫЛОК, ОБУСЛАВЛИВАЮЩИХ ОТКАЗ СВИДЕТЕЛЯ ОТ ДАЧИ ПОКАЗАНИЙ**

### **Резюме**

Статья затрагивает существенный, особенно для судебной и прокураторской практики, вопрос констатации судебным органом существования предпосылок, обуславливающих отказ свидетеля от дачи показаний. Эта проблематика отличается сложностью, в основном по причине отсутствия однозначных правил, предусматривающих редактирование законом отдельных предпосылок, что приводит к разногласиям во взглядах в теории и практике судов. Статья основана на догматическом анализе положений закона, определяющих статусы предпосылок, обуславливающих отказ свидетеля от дачи показаний, в контексте науки и юриспруденции. В заключении сделан вывод, что, если основной целью уголовного производства является чёткое исполнение уголовного судопроизводства, основанного на истинных фактических установках, то все отступления от этой цели, предусмотренные правом, должны быть строго интерпретированы. Наличие такого исключения должно быть *in concreto* доказано согласно требованиям Кодекса уголовного судопроизводства. Освобождение от обязанности доказательства допустимо только в том случае, когда этого требуют гарантии прав личности, либо других – по крайней мере в такой же степени важных, как соответствующие фактические выводы – общественных интересов; и, наконец, если обратная практика привела бы к сомнительности смысла представления данного отказа от показаний. В то же время достаточным следовало бы признать правдоподобность существования предпосылки, обуславливающей отказ свидетеля от дачи показаний, а в случае, если бы требование правдоподобности по-прежнему влекло за собой сомнительность смысла введения данного отказа от показаний – ограничение соответствующим заявлением заинтересованного лица.



ZOFIA KOCEL-KREKORA



## KRYTYCZNIE O ŚRODKU KARNYM PODANIA WYROKU DO PUBLICZNEJ WIADOMOŚCI W KODEKSIE WYKROCZEŃ

Środek karny (wcześniej określany jako kara dodatkowa) podania wyroku do publicznej wiadomości wprowadzony został, wzorem kodeksu karnego, do pierwszego w Polsce kodeksu wykroczeń w 1971 r.<sup>1</sup> W prawie wykroczeń, na przestrzeni obowiązywania kodeksu wykroczeń – ponad 40 lat, środek ten w sposób istotny zmieniony został ustawą z dnia 28 sierpnia 1998 r.<sup>2</sup>

Do 1998 r. (przed nowelizacją) kara dodatkowa określona w art. 31 k.w. była jedyną w prawie wykroczeń, która mogła być orzeczona bez szczególnej podstawy wskazanej w przepisie części szczególnej kodeksu lub w ustawodawstwie pozakodeksowym. Uregulowanie to zatem było zbieżne z obecnie obowiązującym w kodeksie karnym. W. Radecki podnosił, iż „stylizacja art. 31 § 1 zdaje się wskazywać, że jeżeli kara podania orzeczenia do publicznej wiadomości może mieć znaczenie wychowawcze, to wówczas orzeczenie tej kary jest obligatoryjne (*verba legis orzeka się*)”<sup>3</sup>. Takie rozumienie art. 31 k.w. prowadziło wprost do wniosku, iż organ orzekający zobowiązany był każdorazowo ocenić, czy podanie wyroku do publicznej wiadomości może mieć znaczenie wychowawcze, jeśli tak, to karę musiał orzec. Ocena zatem znaczenia wychowawczego zastosowania tej kary dodatkowej, a w związku z tym celowości jej orzekania ze względu tak na wpływ wychowawczy na ukaranego, jak i szersze środowisko, pozostawiona była organowi orzekającemu. Podobnie, decyzji organu pozostawiona była kwestia sposobu podania wyroku do publicznej wiadomości oraz decyzja czy ma to nastąpić na koszt ukaranego. Wskazaną zatem regulację należało rozumieć jako dyrektywę rozważenia przez kolegium ds. wykroczeń w każdym wypadku, czy jest celowe zastosowanie tej kary dodatkowej. W literaturze słusznie podkre-

<sup>1</sup> Wcześniej tę karę dodatkową przewidywał zarówno kodeks karny z 1932 r., jak i kodeks karny z 1969 r.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 28 sierpnia 1998r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawy o ustroju kolegiów ds. wykroczeń – ustawy kodeks pracy i niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 113 poz. 717.

<sup>3</sup> W. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 117.

ślano, że przy jej trzeba mieć na względzie to, iż w niektórych wypadkach związana z nią dolegliwość może być niewspółmiernie wysoka. Niezbędne więc było „odnoszenie się w każdej sprawie z rozwagą, branie pod uwagę nie tylko czynu i jego okoliczności, ale także danych dotyczących osoby sprawcy, a zwłaszcza jego dotychczasowego życia i postawy społecznej”<sup>4</sup>.

W literaturze niejednokrotnie podkreślano, że w latach 70., 80. i początku lat 90., kara dodatkowa podania wyroku do publicznej wiadomości była orzekana wręcz nagminnie. Taka tendencja orzecznicza stała się podstawą, w mojej ocenie, nierozważnej zmiany uregulowania podania wyroku do publicznej wiadomości w 1998 r. Nie dostrzeżono bowiem kwestii w przedmiotowym zakresie najważniejszej, likwidacji kolegiów ds. wykroczeń i przekazania orzecznictwa w sprawach o wykroczenia sądom powszechnym.

Na wstępie należy podnieść, że w obecnym stanie prawnym, środki karne w prawie wykroczeń na podstawie art. 28 k.w. można orzec tylko wówczas, jeżeli są one przewidziane w przepisie szczególnym. Podobnie jak w prawie karnym, podstawową przesłanką do orzeczenia środka karnego podania wyroku do publicznej wiadomości za wykroczenie jest cel wychowawczy, jaki może mieć na ukaranego. Podnosi się, że ocena w tym zakresie należy do sądu i dopiero stwierdzenie istnienia tej przesłanki może skutkować orzeczeniem tego środka<sup>5</sup>. Tego rodzaju warunek umożliwiający jego zastosowanie obliguje sąd, co oczywiste, do wnikliwego rozważenia kwestii, czy waga wykroczenia wymaga publicznego napiętnowania zachowania sprawcy. „Chodzi o to, aby dla sprawcy był to prawdziwy wstyd, a równocześnie spowodowało to wystrzeżenie się u innych naruszeń prawa”<sup>6</sup>.

Powstaje w związku z omawianą nowelizacją ważne pytanie, czy w zmieniających się realiach orzeczniczych, rozpoznawaniu obecnie spraw o wykroczenia nie przez kolegia ds. wykroczeń lecz przez sądy powszechne, dynamicznej sytuacji społecznej i gospodarczej, zmianach w populacji osób naruszających prawo w postaci popełnianych wykroczeń, a przede wszystkim zmianie charakteru wykroczeń, poprzez m.in. „przejęcie” przez prawo wykroczeń zachowań o charakterze już nie typowo administracyjnym, a wyraźnie kryminalnym, środek karny w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości w obecnym kształcie może realizować cele, jakie miał spełniać wówczas, kiedy był wprowadzany do prawa wykroczeń.

Jak wykazuje analiza przepisów części szczególnej kodeksu wykroczeń, środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości przewidziany jest obecnie przez ustawodawcę tylko w dwóch przypadkach tj. za czyny z art. 70 i 74 k.w. W art. 70 § 3 k.w. za czyny przewidziane w par. 1 i 2 tj. podjęcie czynności, której

<sup>4</sup> T. Grzegorzczak, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1995, s. 129.

<sup>5</sup> B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń komentarz*, Warszawa 2008, s. 149.

<sup>6</sup> W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 85.

nieumiejętne wykonanie może wywołać zagrożenie dla życia i zdrowia człowieka przez osobę niezdolną do jej wykonania i powierzenie takiej osobie oraz podejmowanie czynności zawodowych przez osobę znajdującą się w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka karnego i art. 74 § 2 k.w., za czyn z jego par. 1 tj. niszczenia, uszkodzania, usuwania lub czynienia nieczytelnymi znaków lub napisów ostrzegających przed niebezpieczeństwem lub ogrodzeń lub innych urządzeń zapobiegających takiemu niebezpieczeństwu.

Problemem jest zatem kwestia, czy tak ukształtowany przepis art. 31 k.w. w kontekście art. 28 k.w., przynajmniej co do zasady może spełniać w praktyce cele, dla realizacji jakich wprowadzony został zarówno do prawa karnego, jak i prawa wykroczeń.

Odpowiedź na tak sformułowane pytanie, w mojej ocenie, powinna być zdecydowanie negatywna. Ustalone zasady wymiaru środka karnego podania wyroku do publicznej wiadomości w prawie wykroczeń, głównie poprzez możliwość orzeczenia go tylko w 2 przypadkach wskazanych w ustawie powodują, że w praktyce orzeczniczej jest zupełną rzadkością, nie wypełniając z oczywistych powodów celów, jakim realizacji powinien z założenia i ze swej istoty służyć.

Wskazują na to dane statystyczne. W okręgu warszawskim, z uwagi sporadyczność orzekania przez sądy środka karnego obowiązku podania wyroku do publicznej wiadomości za wykroczenia, brak jest odpowiednich statystyk. Z mojego doświadczenia wynika jednak, że w poszczególnych sądach rejonowych podległych sądowi okręgowemu w Warszawie, jest to jeden lub dwa przypadki w skali całego roku. Odnosząc to do skali wszczętych postępowań w sprawach o wykroczenia, w tym dużej ilości wszczętych postępowań na podstawie art. 70 § 2 k.w. (jeden z dwóch przewidujących możliwość orzeczenia tego środka karnego), taką praktykę ocenić trzeba jako niewłaściwą.

Dla ukazania problemu można wskazać, że:

- w 2010 r. wszczęto ogółem w okręgu warszawskim 28735 postępowań w sprawach o wykroczenia, w tym 207 z rozdz. X Wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu osób i mienia, z tego 172 z art. 70 § 2 k.w.,
- w 2011 r. wszczęto odpowiednio 34490 postępowań, w tym 232 z rozdz. X k.w., z tego 185 z art. 70 § 2 k.w.,
- w 2012 r. wszczęto ogółem w okręgu warszawskim 35342 postępowań w sprawach o wykroczenia, w tym 239 z rozdz. X k.w., z tego 175 z art. 70 § 2 k.w.

Analiza rozwiązań przyjętych przez kodeks wykroczeń, a zwłaszcza ich ocena, nie może być, co oczywiste, przeprowadzana w oderwaniu od prawa karnego. Po pierwsze, z uwagi na to, że tam właśnie ten środek karny był znacznie wcześniej unormowany, po drugie, jego obecny kształt jest wynikiem ewolucji ustawodawstwa karnego.

Pierwszy w Polsce kodeks karny z 1932 r. wprowadził podanie wyroku do publicznej wiadomości do katalogu kar dodatkowych (art. 44 lit. f). W myśl art. 51 § 1 tego kodeksu sąd mógł zarządzić ogłoszenie wyroku w pismach na

koszt skazanego, jeżeli przestępstwo popełnione było drukiem. Było to bardzo wąskie ujęcie podania wyroku do publicznej wiadomości. Co więcej, oznaczało w praktyce, że jego rozszerzenie wobec sprawców przestępstw niepopełnionych drukiem mogło wynikać jedynie z przepisów pozakodeksowego prawa karnego. Taką karę, orzekaną tylko na żądanie pokrzywdzonego, przewidywał art. 60 ustawy z dnia 10 lipca 1952 r. o prawie autorskim,<sup>7</sup> a także późniejsza ustawa z dnia 22 maja 1958 r. o zaostrzeniu odpowiedzialności karnej za chuligaństwo<sup>8</sup>.

Kara dodatkowa w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości była przewidziana również w art. 42 rozporządzenia z dnia 22 marca 1928 r. o dozorze nad artykułami żywności, przedmiotami użytku<sup>9</sup>, a także w art. 31 ustawy z dnia 31 maja 1962 r. prawo wynalazcze<sup>10</sup>.

W wyniku takiego ukształtowania zarówno przepisów kodeksu karnego z 1932 r. jak i ustaw szczególnych, sąd przy orzekaniu podania wyroku do publicznej wiadomości, ograniczony był z jednej strony rodzajem i sposobem popełnionego przestępstwa, z drugiej, inicjatywą pokrzywdzonego oraz sposobem publikacji.

Kolejny kodeks karny z 1969 r. uznał, analogicznie jak poprzedni kodeks karny, podanie wyroku do publicznej wiadomości w szczególności sposób za karę dodatkową, jednak przyjęte unormowanie różniło się od poprzedniego w sposób zasadniczy.

O ile według kodeksu karnego z 1932 r. i ustaw szczególnych, przy orzekaniu omawianej kary dodatkowej sąd ograniczony był rodzajem przestępstwa, sposobem jego popełnienia, inicjatywą pokrzywdzonego lub sposobem publikacji, to w kodeksie karnym z 1969 r. ograniczeń takich nie było. W myśl art. 49 k.k. z 1969 r. sąd mógł zarządzić podanie wyroku do publicznej wiadomości, jeżeli uznał to za celowe, w zakładzie pracy, w czasopiśmie lub w inny sposób. Poza art. 180 k.k., sąd mógł fakultatywnie orzec tę karę dodatkową wówczas, kiedy uznał to za wskazane, wobec każdego przestępcy bez ograniczeń co do formy publikacji. W wyniku powyższego uregulowania, bezprzedmiotowe stały się obowiązujące przepisy ustaw dodatkowych, przewidujące publikację wyroku w razie skazania za przestępstwa określone w tych ustawach<sup>11</sup>.

Orzeczenie tej kary dodatkowej ograniczone było jedynie względami represyjno-prewencyjnymi. Zadaniem, jakie mogła ona spełniać były m.in. dotknięcie dobrego imienia skazanego, jakim cieszył się dotychczas w środowisku, ostrzeżenie pod adresem tych, którzy mogliby pójść w ślady oskarżonego, czy też danie satysfakcji pokrzywdzonemu. W orzecznictwie wiodący był pogląd, że niekiedy

<sup>7</sup> Dz.U. Nr 34 poz. 234.

<sup>8</sup> Dz.U. Nr 34 poz. 152.

<sup>9</sup> Dz.U. Nr 36 poz. 343.

<sup>10</sup> Dz.U. Nr 33 poz. 156.

<sup>11</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1973, s. 223 i nast., W. Dominik, *Kara podania wyroku do publicznej wiadomości*, „Nowe Prawo” 1978, nr 6, s. 911.

jednak, przeciwko publikacji orzeczenia mogła przemawiać ochrona interesów pokrzywdzonego<sup>12</sup>.

Sąd mógł orzekać karę podania wyroku do publicznej wiadomości w każdym przypadku, gdy uznał jej orzeczenie za celowe w kontekście ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary z art. 50 k.k. z 1969 r., w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie kary, prewencję generalną lub ze względu na interes pokrzywdzonego. Jednak kara ta, mając dominujące cechy ogólnoprewencyjne, mogła wiązać się dla skazanego z istotnym spotęgowaniem dolegliwości. Oczywiście było również to, że środowiskowe napiętnowanie wiążące się z orzeczeniem tej kary bywało, dla określonej kategorii sprawców, źródłem nawet podstawowej dolegliwości.

Kara dodatkowa w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. była wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego. Organ ten podkreślał represyjny charakter tej kary, przejawiający się w uzasadnieniu orzekania jej w przypadku przestępstw szerzących się nagminnie<sup>13</sup>.

Jak ukazała jednak praktyka, sądy w oparciu o kodeks karny z 1969 r. nie poradziły sobie z wypracowaniem prawidłowego kierunku, w którym rodzaje przestępstw, okoliczności ich popełnienia, wzgląd na prewencje indywidualną i generalną, determinowałyby konieczność orzeczenia w konkretnej sprawie tej kary dodatkowej. W wyniku rozszerzenia zakresu orzekania kary dodatkowej w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, doszło niestety w praktyce do nagminnego jej stosowania, co z kolei spowodowało, iż ta kara dodatkowa przestała spełniać rolę wyznaczoną przez ustawodawcę.

W założeniach projektu obecnie obowiązującego kodeksu karnego tj. z 1997 r. powrócono do koncepcji konstrukcji tego środka prezentowanej w kodeksie karnym z 1932 r. podnosząc, że podanie orzeczenia do wiadomości publicznej nie powinno służyć celom prewencji generalnej i indywidualnej, lecz tylko ochronie pokrzywdzonego<sup>14</sup>.

Zgodnie z pierwotną wersją kodeksu karnego z 1997 r., podanie wyroku do publicznej wiadomości miało charakter fakultatywny i mogło być orzeczone tylko w wypadkach wskazanych w ustawie. Brak określenia funkcji społecznego oddziaływania tego środka karnego spowodował, że art. 50 k.k., w pierwszym okresie obowiązywania, pozbawił de facto sądy możliwości swobodnego oddziały-

<sup>12</sup> Wyrok SN z dnia 12 listopada 1985 r., IV KR 269/85, OSNPG z 1986, nr 8, poz. 103.

<sup>13</sup> Wyrok SN z dnia 18 grudnia 1986 r., IIKR 340/86, OSN KW 1987, nr 7–8, poz. 62, por. też K. Buchała, *System kar i środków zabezpieczających w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1991, nr 6, s. 15 i nast., Z. Wiernichowski, *Kara podania wyroku do publicznej wiadomości w sposób szczególny*, PiP 1990, nr 2, s. 81.

<sup>14</sup> W uzasadnieniu czytamy: „(...)nowy kodeks rezygnuje z orzekania tego środka li tylko ze względu na prewencję ogólną, zachowując motywację naprawienia wyrządzonej szkody. Informowanie społeczeństwa o zapadłych wyrokach, spełniające funkcję kształtowania świadomości prawnej jest bowiem regulowane prawem prasowym(...)”.

wania na społeczeństwo w tym zakresie, gdyż podanie wyroku do publicznej wiadomości nie mogło być orzekane jedynie na podstawie uznania sędziowskiego, ze względów prewencji ogólnej, jak to miało miejsce po rządami art. 49 k.k. z 1969 r.<sup>15</sup>

Zakres stosowania środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, został nieco rozszerzony przepisami ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny<sup>16</sup>, która wprowadziła dwie nowe podstawy prawne do orzekania tego środka. Zgodnie bowiem z art. 178 § 2 k.k., sąd mógł orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości skazując sprawcę za przestępstwo z art. 173, 174 lub 177 k.k., które popełnił w stanie nietrzeźwości, pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia (art. 178 § 2 k.k.). Kolejną podstawą prawną do orzeczenia podania wyroku do publicznej wiadomości było skazanie za przestępstwo określone w art. 178a § 1 lub 178a § 2 k.k. (art. 178a § 3 k.k.).

Rezygnacja z szerokiego stosowania podania wyroku do publicznej wiadomości spotkała się ze słuszną krytyką przedstawicieli doktryny. Podnoszono, iż przyjęta regulacja podważała sens wprowadzenia do części ogólnej kodeksu karnego środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości, skoro można go było orzec jedynie na podstawie przepisu szczególnego<sup>17</sup>.

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy<sup>18</sup> wyraźnie rozszerzyła możliwości orzekania tego środka karnego, dając ogólnie sformułowaną podstawę. Zgodnie z nową treścią art. 50 k.k. sąd może orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób, jeżeli uzna to za celowe w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie skazania, jeśli nie narusza to interesu pokrzywdzonego.

Orzeczenie podania wyroku do publicznej wiadomości nie jest uzależnione od wniosku pokrzywdzonego, sąd może orzec ten środek karny w każdym przypadku, kierując się jedynie dyrektywami wymiaru kary, zgodnie z art. 56 k.k.

Należy jednak pamiętać o tym, że o ile orzeczenie tego środka karnego przy przestępstwie zniesławienia ma na celu raczej naprawienie wyrządzonej krzywdy, o tyle w pozostałych przypadkach, istotniejsze są cele zapobiegawcze i wychowawcze wobec skazanych, a przede wszystkim potrzeba kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. W doktrynie reprezentowany jest też pogląd, że do publicznej wiadomości powinny być podawane najsurowsze wyroki sądowe orzekane na podstawie art. 178a § 1 i 2 k.k., a zapadające w stosunku do skazanych, którzy w sposób najbardziej drastyczny naruszyli ten zakaz, mając wysoki

<sup>15</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 30 marca 2000 r., AKa 3/00, KZS 2000, nr 4, poz. 35.

<sup>16</sup> Dz.U. Nr 48 poz. 548.

<sup>17</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 225.

<sup>18</sup> Dz.U. Nr 163 poz. 1363.

poziom stężenia alkoholu we krwi, zwłaszcza wtedy, gdy działali w warunkach recydywy<sup>19</sup>.

Zatem raz jeszcze należy podkreślić, że środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości w kodeksie karnym orzekany jest obecnie zawsze fakultatywnie, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej (np. art. 215 k.k.), niezależnie od rodzaju przestępstwa, za które sprawca został skazany. Zgodnie z nową treścią art. 50 k.k. sąd może ten środek karny w określony sposób, jeżeli uzna to za celowe, w szczególności z baczenia na społeczne oddziaływanie skazania, jeśli nie narusza to interesu pokrzywdzonego.

Z uwagi na charakter podania wyroku do publicznej wiadomości jako środka karnego, orzeczenie w tym przedmiocie podlega kontroli instancyjnej, jest bowiem integralną częścią wyroku skazującego.

Zupełnie inaczej, co już zasygnalizowałam na wstępie, unormowany został środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości w kodeksie wykroczeń. Jego orzeczenie jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy taką możliwość przewiduje przepis szczególny.

Takie uregulowanie pociąga za sobą bardzo poważne konsekwencje. Oznacza bowiem, że orzeczenie tego środka karnego za wykroczenie wbrew zasadzie określonej w art. 28 § 2 k.w. nie jest możliwe nawet wtedy, gdy wnosi o to sam obwiniony (art. 73 k.p.w.), a oskarżyciel taki wniosek akceptuje (art. 64 k.p.w.)<sup>20</sup> Mowa o postępowaniach, w których zgodnie z dyspozycją art. 73 k.p.w., sąd może uwzględnić wniosek obwinionego o ukaranie go bez konieczności przeprowadzenia rozprawy, jeżeli wobec niego nie zgłosił sprzeciwu oskarżyciel publiczny, a także występujący w sprawie oskarżyciel posiłkowy, a okoliczności popełnienia czynu oraz wyjaśnienia obwinionego w świetle ujawnionego materiału dowodowego nie budzą wątpliwości.

Zgodnie z art. 31§ 1 k.w., podanie wyroku do publicznej wiadomości w szczególny sposób orzeka się wtedy, gdy może mieć to działanie wychowawcze.

Przy założeniu, że ustawodawca przewidział taką możliwość tylko w 2 przypadkach na 118 przepisów skonstruowanych w części szczególnej kodeksu wykroczeń, co do zasady nastąpiło zupełne wypaczenie całej istoty tego jedyne go środka karnego o charakterze tak naprawdę głównie wychowawczym.

Co więcej, obecne unormowanie ogranicza w sposób istotny swobodę orzekania sądów w sprawach o wykroczenia. Jak bowiem można połączyć dyrektywy wymiaru kary w sprawach o wykroczenia polegające na stwierdzeniu, że

<sup>19</sup> P. Kaczor, *Podanie wyroku do publicznej wiadomości w sprawach o czyny z art. 178a § 1 i 2 k.k.*, EP, 2008, nr 10, s. 32.

<sup>20</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 sierpnia 2002 r., WK 28/2002, OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 108. W tym przypadku obraza przepisów prawa materialnego polegała na zastosowaniu wobec ukaranego środka karnego podania wyroku do publicznej wiadomości przez jego odczytanie żołnierzom służby zawodowej jednostki wojskowej w W. za popełnione wykroczenie z art. 87 § 1 k.w. podczas gdy żaden przepis szczególny nie przewiduje ani obligatoryjnie ani fakultatywnie możliwości orzeczenia tego środka za tego rodzaju wykroczenie.

sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę za dane wykroczenie, oceniając stopień społecznej szkodliwości czynu i biorąc pod uwagę cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego z faktem, że środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości przewidziany jest tylko przez 2 przepisy kodeksu wykroczeń.

Z założenia i ze swej istoty orzeczenie tego środka karnego musi być w odczuciu sądu celowe, a zatem współmierne do czynu i winy, a także powinno realizować cele szczególnoprewencyjne i ogólnoprewencyjne. Podanie wyroku do publicznej wiadomości powinno zatem oddziaływać zarówno na osobę ukaranego, jego środowisko, jak również mieć oddziaływanie społeczne. Podanie wyroku do publicznej wiadomości w szczególny sposób powinno mieć miejsce głównie przy wykroczeniach umyślnych<sup>21</sup>.

Skoro zatem redakcja podstaw normatywnych podania wyroku do publicznej wiadomości podkreśla, analogicznie jak w prawie karnym, szczególny związek tego środka karnego z celem prewencji ogólnej, oczywistym jest, że orzekanie o podaniu wyroku do publicznej wiadomości musi mieć również oparcie w art. 33 k.w., określającym dyrektywy wymiaru kary i w pełni z nim harmonizować.

Względ na społeczne oddziaływanie ukarania powinien, co wydaje się oczywiste, przesądzić o orzeczeniu podania wyroku do publicznej wiadomości, w przypadku wykroczeń najczęściej popełnianych. Chodzi o potrzebę kształtowania świadomości prawnej w tym zakresie w stosunku do całego społeczeństwa. Należy przypuszczać, że podanie wyroku do publicznej wiadomości może w tych wykroczeniach, analogicznie jak w przypadku przestępstw, wpływać hamująco na ich popełnienie<sup>22</sup>. Analiza czynu i jego skutków jest w tych przypadkach szczególnie istotna, niejednokrotnie bowiem konkretny czyn, zamiast budzić wstręt, budzi podziw w grupach rówieśniczych. W takim przypadku podanie wyroku do publicznej wiadomości byłoby niecelowe<sup>23</sup>. Z kolei czyn może mieć charakter incydentalny i w takim przypadku zastosowanie omawianego środka karnego, byłoby niewspółmierne surowe.

<sup>21</sup> B. Kurzępa, *Kodeks...*, s. 149.

<sup>22</sup> Por. Z. Sienkiewicz [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, O Górniok (red.), Warszawa 2006, s. 150; odmiennie P. Daniluk, Środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości w kodeksie karnym, [w:] *Reforma prawa karnego propozycje i komentarze*, J. Jakubowska-Hary, C. Nowak, J. Skupiński (red.), Warszawa 2008, s. 53; por. też wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., II Aka 190/07, OSN Prok. i Prawo 2008, nr 6, poz. 28. Sąd podniósł, że podanie wyroku do publicznej wiadomości powinno mieć miejsce przede wszystkim w takich przypadkach, które wzbudziły szczególne zainteresowanie społeczne, wywołały powszechne oburzenie czy też niepokój. Celowe jest również sięganie do tego środka w przypadku przestępstw nagminnie popełnianych na danym terenie lub w określonym środowisku. W ocenie Sądu sprawy związane z szeroko pojętym zjawiskiem dystrybucji środków odurzających niewątpliwie należą do przestępstw wysoko społecznie szkodliwych oraz nagminnych, jednakże podejmując decyzję, o jakiej tu mowa, zawsze należy mieć na uwadze okoliczności konkretnej sprawy. W ocenie Sądu istotna jest w szczególności skala przestępczego procederu, ilość rozprowadzanych narkotyków, miejsce dokonywania przestępstwa, ilość osób jego skutkami dotkniętych.

<sup>23</sup> W. Kotowski, *Kodeks...*, s. 85.



Bez wątplenia orzeczenie środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości powinno być w odczuciu sądu celowe i konieczne, czyniąc zadość poszanowaniu godności człowieka oraz pozostawać w zgodności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności, która nakazuje traktować jako *ultimato ratio* wszelkie kary i środki karne orzekane na podstawie Kodeksu wykroczeń, jak i realizować cele szczególnoprewencyjne i ogólnoprewencyjne, które nie mogą przekroczyć bezwzględnie obowiązującej granicy stopnia winy<sup>24</sup>.

Co więcej, należy również wyraźnie podkreślić, iż co do zasady w prawie wykroczeń pozostaje aktualne stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone na gruncie kodeksu karnego z 1969 r., w którym stwierdza się, że kara dodatkowa (obecnie środek karny) podania wyroku do publicznej wiadomości, będąca konsekwencją popełnionego przestępstwa, nie powinna wyrządzać dolegliwości osobie pokrzywdzonej tym przestępstwem, ale musi być skierowana w stronę jego sprawcy<sup>25</sup>.

W takim sformułowaniu wyraźnie też zawiera się represyjny charakter tego środka karnego, który powszechnie nie jest negowany. Bez wątplenia bowiem, podanie wyroku do publicznej wiadomości jest i powinno być spotęgowaniem dolegliwości karnej dla sprawcy, zwłaszcza w określonych kręgach sprawców, np. recydywistów, osób w inny sposób notorycznie naruszających normy porządku publicznego.

W prawie karnym, przepis ustawy nie reguluje sposobu podania wyroku do publicznej wiadomości, ograniczając się do stwierdzenia, iż sąd ma to uczynić „w sposób przez siebie określony”. Oznacza to jedynie, iż sąd, podejmując decyzję o orzeczeniu podania wyroku do publicznej wiadomości, powinien w wyroku dokładnie określić sposób ogłoszenia. Kryterium wyboru formy publikacji wyroku powinny być względy celowościowe, sprowadzające się do odpowiedzi na pytanie, jakie miejsce publikacji, w konkretnym przypadku rozpoznawanym przez sąd, będzie w pełni realizowało cele wyznaczone dla tego środka karnego<sup>26</sup>.

W prawie wykroczeń w art. 31 § 2 k.w. ustawodawca określił na czym polega szczególny sposób podania wyroku do publicznej wiadomości. Może to być ogłoszenie orzeczenia w: a) zakładzie pracy, w który sprawca pracuje, b) na uczelni, w której studiuje, c) miejscu jego zamieszkania, np. przez nakazanie wywieszenia treści wyroku w jednostce zarządzającej lokalem zajmowanym przez ukaranego i w klatce schodowej jego domu lub na tablicy osiedlowej, d) innym właściwym miejscu, e) w inny sposób. W tym ostatnim przypadku zatem mowa jest o możliwości ogłoszenia orzeczenia, np. w prasie czy innych mediach.

<sup>24</sup> A. Sakowicz [w:] M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego*, tom 6, Warszawa 2010, s. 857.

<sup>25</sup> Por. Wyrok SN z 10 lutego 1989 r., IV KR 8/89, OSNKW 1989, nr 3–4, poz. 28.

<sup>26</sup> Koszt wykonania orzeczenia w zakresie środka karnego z art. 39 pkt 8 k.k. należy zaliczyć do wydatków Skarbu Państwa określonych w art. 618 § 1 pkt 6 k.p.k. [...] Dotyczy to również kosztów opublikowania wyroku w prasie, K. Banasik, *Podanie wyroku do publicznej wiadomości*, PiP 2010, nr 8, s. 83–95.

Forma podania orzeczenia do publicznej wiadomości zależy w zasadzie od decyzji sądu, ma ona jednak polegać na dodatkowym upowszechnieniu, innym niż jawne (publiczne) ogłoszenie, o który mowa w art. 70 § 4 k.p.w.

Zatem z uwagi na konkretnie rozpoznawaną sprawę, sposób podania wyroku do publicznej wiadomości, może nastąpić m.in. w formie opublikowania w prasie, radiu, telewizji, uzasadnione może być również podanie wyroku do publicznej wiadomości, np. w zakładzie pracy, instytucji, stowarzyszeniu, zrzeszeniu lub organizacji, do której sprawca należy, albo też gdzie przebywa pokrzywdzony wyroczonem. Chodzi zatem o środowiska, w których ukarany często funkcjonuje. Mogą to być też np. klub sportowy lub grupy zainteresowań. Słusznie dowodzi K. Postulski, iż o sposobie publikacji powinny decydować rodzaj i okoliczności popełnionego przestępstwa, uwarunkowania społeczne i środowiskowe pokrzywdzonego i sprawcy, reperkusje wywołane przestępstwem (wyroczonem – dop. autora) i jego skutki oraz inne okoliczności mające wpływ w zakresie społecznego oddziaływania środka<sup>27</sup>.

Bezpośrednie zastosowanie w tym zakresie mają wskazania Sądu Najwyższego, że „w razie istnienia podstaw do zastosowania kary dodatkowej (obecnie środka karnego) podania wyroku do publicznej wiadomości – sąd ma obowiązek wnikliwe rozważyć, który ze środków publikacji jest najbardziej pożądany w świetle okoliczności sprawy<sup>28</sup>.

L.K. Paprzycki uważa, że należy zwracać szczególną uwagę na możliwość publikowania wyroków w prasie miejscowej (gazety rozpowszechniane na terenie miasta, regionu czy województwa)<sup>29</sup>. Zatem, podanie wyroku do publicznej wiadomości dokonane może być w każdym środku masowego komunikowania się, z tym zastrzeżeniem, że forma upublicznienia nie może naruszać dóbr osobistych pokrzywdzonego i być faktycznie, chociażby pośrednio, skierowana przeciwko jemu.

Sąd orzekający nie jest zatem w żaden sposób ograniczony katalogiem form publikacji, choć priorytetowe winny być względy celowościowe. Decydując się jednak na podanie wyroku do publicznej wiadomości, sąd powinien precyzyjnie określić sposób jego ogłoszenia<sup>30</sup>.

Podanie wyroku do publicznej wiadomości może, ale nie musi nastąpić na koszt ukaranego.

Wykonanie środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości zarówno w formie ogłoszenia w czasopiśmie jak i w inny sposób reguluje

<sup>27</sup> Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Gdańsk 1998, s. 431.

<sup>28</sup> Wyrok SN z dnia 15 lutego 1972 r., VKRN 589/71, OSNKW 1972, nr 5, poz. 84.

<sup>29</sup> L.K. Paprzycki, *Kara podania wyroku do publicznej wiadomości*, „Problemy Praworządności” 1986, nr 4, s. 26.

<sup>30</sup> Za niezasadne uznać także należy utożsamianie formy publicznego ogłoszenia wyroku poprzez jego wywieszenie z wymierzaniem środka karnego, o którym mowa w art. 39 pkt 8 k.k. S. Durczak-Zochowska, *Udostępnienie treści wyroku nakazowego*, Prok. i Pr. 2009, Nr 2, s. 40–53 – teza ta ma również bezpośrednie zastosowanie do postępowania w sprawach o wykroczeniach.

kodeks karny wykonawczy (art. 198 i 199 k.k.w.)<sup>31</sup>. W razie orzeczenia podania wyroku do publicznej wiadomości przez ogłoszenie w czasopiśmie, sąd przesyła prawomocny odpis wyroku lub wyciąg z wyroku redakcji określonego w wyroku czasopisma, z poleceniem wydrukowania w jednym z najbliższych jego numerów. W razie orzeczenia tego środka karnego w inny sposób, sąd – zgodnie z treścią wyroku – wydaje, komu należy odpowiednie polecenie.

Niewykonanie zarządzenia sądu o ogłoszeniu orzeczenia w sposób w nim przewidziany stanowi występki z art. 244 k.k.

Ustawodawca nie określił ram czasowych i częstotliwości ogłaszania wyroku, pozostawiając również tę kwestię do uznania sądu.

Wszystkie założenia, cele i oczekiwania wobec możliwości orzekania podania wyroku do publicznej wiadomości, nie są i co więcej z założenia, nie mogą być realizowane w prawie wykroczeń, z uwagi na konstrukcję art. 33 k.w. w kontekście sporadycznego ustanowienia możliwości jego orzekania w przepisach kodeksu wykroczeń.

Od sądu zależeć powinno, czy w ramach prawidłowego kształtowania wymiaru kary, zastosowanie art. 31 k.w. będzie pożądane. Sąd bowiem, w każdej konkretnej sprawie będącej przedmiotem postępowania ocenia, czy podanie wyroku do publicznej wiadomości będzie w sposób oczekiwany kształtować postawę ukaranego, też potęgując faktyczną dolegliwość, jego najbliższego środowiska, czy będzie oddziaływać na społeczeństwo, uwzględniając jednocześnie interes pokrzywdzonego. Należy domniemywać, że ferowanie upublicznienia konkretnych wyroków, niezależnie zastosowanie tego środka karnego od tzw. społecznego poczucia sprawiedliwości, co jest w pełni pożądane. Na zaaprobowanie zasługuje teza, że „Dla wymiaru kary nie ma żadnego znaczenia „społeczne poczucie sprawiedliwości. (...) Nie ma powodu, by niezawisły sąd podporządkowywał swój wyrok nastrojom jakiejś grupy ludności z natury rzeczy nieprawidłowym, bo opartym zwykle o niepełną znajomość realiów zdarzenia, wyrażanym bez poczucia odpowiedzialności za losy w nim uwikłanych. Po to obdarzono sędziów niezawisłością, by orzekali sprawiedliwie, a nie po to, by spełniali doraźnie powstające, czasem umyślnie kreowane nastroje jakich grup mieszkańców”<sup>32</sup>.

Rolą orzecznictwa bowiem, a nie ustawodawstwa, jest ukształtowanie prawidłowych proporcji, w których orzeczony środek karny podania wyroku do publicznej wiadomości będzie w pełni realizował cele określone przez kodeks wykroczeń, nie stanowiąc jednocześnie swoistej krucjaty w określonych, w jakimś czasie rodzajach wykroczeń.

Aby sądy mogły prawidłowo spełniać swoją rolę w zakresie kształtowania praktyki orzekania obowiązku podania wyroku do publicznej wiadomości,

<sup>31</sup> Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny...*, s. 431 i nast., K. Maksymowicz, *Kilka uwag o środku karnym podania wyroku do publicznej wiadomości i jego wykonaniu*, Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. XIII, Wrocław 2003, s. 303 i nast.

<sup>32</sup> Wyrok SA w Krakowie z dnia 28 grudnia 2007 r., II AKa 223/07, KZS 2008, nr. 3, poz. 27.

w taki sposób, aby zrealizowane zostały cele wychowawcze zarówno wobec sprawcy wykroczenia, jak i w zakresie prewencji ogólnej, niezbędne jest stworzenie dobrych ram ustawodawczych, poprzez znowelizowanie art. 28 k.w. Przy założeniu, iż w sprawach o wykroczenia orzekają sądy, a nie społeczne organy orzecznicze – kolegia ds. wykroczeń, nie ma obecnie żadnego uzasadnienia dla tak ograniczonych podstaw do stosowania środka karnego w postaci obowiązku podania wyroku do publicznej wiadomości.

Jakie może być uzasadnienie tego, że np. za wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu i porządkowi w komunikacji, sądy nie mogą orzec tego środka karnego, nawet wówczas, kiedy z okoliczności sprawy i danych dotyczących ukaranego wynika, że orzeczenie takiego obowiązku miałoby pozytywny wpływ wychowawczy. Albo, dla przykładu, chociażby paserstwo czy nagminna obecnie kradzież drzewa, zwłaszcza w sytuacji wielokrotności popełnianych tego typu wykroczeń. Jakie może być uzasadnienie dla zakazu orzeczenia tego środka karnego wobec sprawcy wykroczenia z art. 51 k.w., czy art. 140 k.w.

Dlaczego ustawodawca narzucił sądom ocenę, że w każdym tego typu przypadku nie mają one żadnej możliwości wzmocnienia wychowawczego charakteru wyroku, poprzez odpowiednie co do konkretnej sprawy ukształtowanie kar i środków karnych, przewidzianych przez część ogólną kodeksu wykroczeń. To ograniczenie swobody orzekania sądów, którą gwarantuje art. 33 k.w., nie jest obecnie niczym uzasadnione.

Dlatego obserwując dotychczasową praktykę orzeczniczą oraz pamiętając o wyjątkowo wychowawczym charakterze obowiązku podania wyroku do publicznej wiadomości, pożądane jest postulowanie dokonania zmiany w kodeksie wykroczeń, poprzez powrót do unormowania sprzed 1998 r. i stworzenie ogólnej podstawy do orzekania tego środka karnego wówczas, kiedy przemawiają za tym względy wychowawcze, bez umocowania go w konkretnych przepisach części szczególnej kodeksu wykroczeń.

Oczywistym jest, że to od rozwagi sądów, w ramach swobody orzekania, zależałoby prawidłowe ukształtowanie praktyki orzeczniczej w tym zakresie, kiedy przemawiają za tym względy wychowawcze tak, aby nie dopuścić do nagminności, która, jak już ukazały doświadczenia historyczne, sprzyja raczej zdewaluowaniu, niż podkreśleniu ważnej roli tego środka karnego, w prawidłowym kształtowaniu sądowego wymiaru kary.

Zasygnalizowania wymaga też kwestia, bezwzględnej konieczności dokonania korekty nazewniczej w art. 31 § 2 k.w. poprzez zmianę określenia „kara” na środek karny.

## **KRYTYCZNIE O ŚRODKU KARNYM PODANIA WYROKU DO PUBLICZNEJ WIADOMOŚCI W KODEKSIE WYKROCZEŃ**

### **Streszczenie**

Przedmiotem publikacji jest próba odpowiedzi na pytanie, czy w zmieniających się realiach orzeczniczych, rozpoznawaniu od dawna już spraw o wykroczenia przez sądy powszechne, a nie, jak wcześniej, przez kolegia ds. wykroczeń, dynamicznej sytuacji zarówno społecznej, jak i gospodarczej w kraju, zmianach w populacji osób naruszających prawo w postaci popełnianych wykroczeń, a przede wszystkim zmianie charakteru wykroczeń z typowo administracyjnego, na wyraźnie kryminalny, środek karny w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości w obecnym kształcie może realizować cele, jakie miał spełniać wówczas, kiedy był wprowadzany do prawa wykroczeń.

## **CRITICAL OPINION ON PUBLICIZING THE SENTENCE AS A PENALTY MEASURE INTRODUCED TO THE MISDEMEANOUR CODE**

### **Summary**

The article is an attempt to answer the question whether, in the changing circumstances regarding court rulings, the examination of petty-offence cases by common courts (and not by misdemeanour courts as it used to be in the past), a dynamic social and economic situation, changes in the perpetrator population and the change of the offence nature from the typically administrative to clearly criminal one, a penalty measure that lies in publicizing the sentence can meet the objectives that it was to meet when it was introduced to the misdemeanour law.

## **DISCOURS CRITIQUE SUR UN MOYEN PÉNAL DE DIFFUSION DE LA SENTENCE AUPRÈS DU LARGE PUBLIC DANS LE CODE DES INFRACTIONS**

### **Résumé**

L'objet de l'article est un essai de réponse à la question si dans la réalité changeante de jurisprudence, dans le discernement des délits par les cours universelles et non, comme avant par le tribunal collégial des délits, dans la situation dynamique aussi bien sociale que économique du pays, dans tous les changements de la population des personnes qui violent le droit sous la forme des délits et avant tout dans le changement du caractère typiquement administratif pour visiblement pénal, il faut

présenter le moyen pénal qui est la décision de la cour annoncée au public large comme celle qui dans la forme actuelle peut réaliser ces buts de la même manière qu'aux temps de son introduction au droits des délits.

## **КРИТИЧЕСКИ О КАРАТЕЛЬНОЙ МЕРЕ В ВИДЕ ПУБЛИЧНОГО ОБЪЯВЛЕНИЯ ПРИГОВОРА В КОДЕКСЕ ПРАВОНАРУШЕНИЙ**

### **Резюме**

Предметом публикации является попытка ответа на вопрос, может ли в меняющихся реалиях судебной практики, уже достаточно длительного рассмотрения дел о правонарушении судами общей юрисдикции, а не так, как раньше, коллегиями по делам правонарушений, динамической общественной и экономической ситуации в стране, изменений в популяции лиц, нарушающих право в виде правонарушений, а прежде всего преобразовании типично административного характера правонарушений в очевидно криминальный, – карательная мера в виде публичного объявления приговора и в её настоящей форме реализовать цели, которые осуществляла тогда, когда была введена в юрисдикцию правонарушений.

KATARZYNA JAWOREK  
ANNA KONERT  
PAWEŁ SZARAMA  
JAKUB SZNAJDER



## PROBLEMATYKA ODPOWIEDZIALNOŚCI SKARBU PAŃSTWA ORAZ INNYCH PODMIOTÓW ZA SZKODY WYRZĄDZONE NA SKUTEK ZDERZENIA STATKÓW POWIETRZNYCH ZE ZWIERZĘTAMI<sup>1</sup>

### Wprowadzenie

Zderzenie statków powietrznych ze zwierzętami jest zjawiskiem towarzyszącym lotnictwu od początków jego istnienia. Statystycznie najczęstszym przypadkiem jest zderzenie statku powietrznego z ptakami, czyli tzw. *bird strike*<sup>2</sup>. Pierwszy odnotowany śmiertelny wypadek na skutek kolizji statku powietrznego z ptakiem miał miejsce w 1912 r. w Kalifornii, gdy samolot Calbraighta Rogers'a po zderzeniu się z mewą uderzył o powierzchnię wody, a pilot utonął<sup>3</sup>. W latach 1912–1995 w wyniku katastrof lotniczych spowodowanych przez zderzenia z ptakami zginęło 231 osób. Nie każde zderzenie statku powietrznego z ptakiem prowadzi do katastrofy, bardzo często jednak ma miejsce poważne uszkodzenie maszyny, przykładowo 25 sierpnia 2007 r. samolot B-737 odlatujący z Teksasu na lotnisku El Paso zderzył się ze stadem ptaków. Pilot zarządził awaryjne lądowanie, nie było ofiar śmiertelnych, lecz naprawa samolotu kosztowała 144 000 dolarów. Powszechnie rozpoznawanym przykładem zderzenia statku powietrznego z ptakami jest zdarzenie zakończone awaryjnym lądowaniem Airbusa A320-214

<sup>1</sup> Artykuł powstał na skutek projektu badawczego, którego rezultaty zostały przedstawione na konferencji organizowanej przez Zespół ds. zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami Urzędu Lotnictwa Cywilnego w Łodzi w dniach 13–14 czerwca 2013 r.

<sup>2</sup> Według danych FAA w latach 1990–2007 spośród 82 057 przypadków zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami – 98% stanowiły zderzenia z ptakami, podajemy za: S. Kaczyńska-Adamczyk, *Airport operator and aircraft operator in case of bird strike*, Problemy Transportu 2011, z. 3, dostępne pod adresem: [http://transportproblems.polsl.pl/pl/Archiwum/2011/zeszyt3/2011t6z3\\_05.pdf](http://transportproblems.polsl.pl/pl/Archiwum/2011/zeszyt3/2011t6z3_05.pdf), data dostępu: 21.10.2013 r.

<sup>3</sup> M. Skakuj, P. Szmit, *Ptaki, lotniska, samoloty – określenie konfliktu*, artykuł opublikowany na stronie internetowej Urzędu Lotnictwa Cywilnego, pod adresem: [http://www.ulc.gov.pl/\\_download/bezpieczenstw\\_lotow/biuletyny/2012/opracowanie\\_0612.pdf](http://www.ulc.gov.pl/_download/bezpieczenstw_lotow/biuletyny/2012/opracowanie_0612.pdf), dostęp 21.10.2013 r.

US Airways na rzece Hudson, który 15 stycznia 2009 r. wykonywał lot rejsowy. Sześć minut po starcie w wyniku zderzenia z kluczem dzikich gęsi, samolot utracił moc w silnikach, co zmusiło pilota do awaryjnego lądowania. Wszystkie osoby, które znajdowały się na pokładzie – 150 pasażerów i 5 członków załogi – przeżyły, 78 osób spośród nich odniosło natomiast obrażenia.

Szacuje się, że co roku światowe lotnictwo komunikacyjne odnotowuje straty od 1,5 do 2 miliardów dolarów na skutek zderzeń z ptakami. Większość kolizji ma miejsce na niskich pułapach i dotyczy faz startu i lądowania samolotów (ok. 85% kolizji ma miejsce do około 300 m nad ziemią, kolejne 10% kolizji zachodzi na pułapach do ok. 500 m)<sup>4</sup>.

W początkach lotnictwa, kiedy samoloty osiągały niewielkie prędkości, kolizje z ptakami nie stwarzały istotnego zagrożenia. Wraz z postępem technologicznym w tej dziedzinie rosła ilość lotów i prędkość samolotów, co pociągało za sobą rosnącą liczbę wypadków lotniczych w wyniku zderzeń z ptakami. Szczególnie wprowadzenie samolotów o napędzie odrzutowym, a następnie turbowentylatorowym wpłynęło na pogorszenie wskaźników bezpieczeństwa, z uwagi na wysoką awaryjność tego typu silników w przypadku zassania ptaka do komory silnika. Dodatkowym czynnikiem zwiększającym prawdopodobieństwo zderzenia samolotu z ptakami jest zmniejszanie emisji hałasu przez silniki lotnicze, co obniża ich naturalne oddziaływanie płoszące ptaki<sup>5</sup>.

Liczba odnotowywanych zderzeń statków powietrznych z ptakami rośnie. Przyczyną tego stanu rzeczy jest wzrost liczby statków powietrznych i wykonywanych operacji lotniczych, działania na rzecz ochrony środowiska powodujące wzrost populacji ptaków, a także wykształcenie praktyki raportowania zdarzeń wśród załóg statków powietrznych.

Intensyfikacja kolizji z ptakami doprowadziła do tworzenia rejestrów tych zdarzeń. Międzynarodowa Organizacja Lotnictwa Cywilnego ICAO, poprzez Komitet ds. Zderzeń Statków Powietrznych z Ptakami, podaje, iż w latach 1988–1992, odnotowano 25 000 kolizji z ptakami. W latach 1990–2007 do amerykańskiej Federal Aviation Administration (FAA) wpłynęło ponad 80 000 raportów dotyczących zderzeń statków powietrznych z ptakami, z czego ponad 7000 miało miejsce w 2007 roku. Według szacunków FAA raporty te stanowią jedynie 20% wypadków, które rzeczywiście miały miejsce.

W Polsce, 14 stycznia 2013 r. rozpoczął działalność Komitet do spraw zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami, ustanowiony na mocy decyzji Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Jego głównym celem jest monitorowanie zagrożeń

<sup>4</sup> M. Skakuj, *Kolizje z ptakami i co z tym zrobić?*, opracowanie dostępne pod adresem: <http://dlapi-lota.pl/wiadomosci/michal-skakuj/kolizje-z-ptakami-i-co-z-tym-zrobic>, dostęp 21.10.2013 r.

<sup>5</sup> P. Nalepa, *Zderzenia statków powietrznych z ptakami*, Seminarium dyplomowe 2000/2001, Lotnictwo-Pilotaż, Politechnika Rzeszowska, opracowanie dostępne pod adresem: [http://www.prz.edu.pl/~awionika/dyd/Seminar\\_C2/Pawel%20Nalepa.pdf](http://www.prz.edu.pl/~awionika/dyd/Seminar_C2/Pawel%20Nalepa.pdf), dostęp 21.10.2013 r.



występujących na lotniskach oraz w ich otoczeniu powodowanych przez zwierzęta, a także wypracowywanie i proponowanie najbardziej efektywnych działań zmierzających do zmniejszania zagrożeń dla operacji lotniczych.

## Zakres podmiotowy odpowiedzialności za tzw. *bird strike*

Zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami mogą powodować, jak już wspomniano, uszkodzenia samolotów, a co za tym idzie także śmierć lub uszkodzenie ciała pasażerów, członków załogi, czy nawet osób trzecich przebywających na ziemi.

Należy wyróżnić podmioty, które w pewnych okolicznościach mogą ponosić odpowiedzialność za szkody spowodowane przez tego typu zderzenia. Pierwszą grupę stanowią zarządzający portami lotniczymi, czy też lotniskami. Odpowiadają oni za zapewnienie bezpieczeństwa użytkownikom zarządzanej przez nich infrastruktury, które może zostać zagrożone w wyniku zderzenia statku powietrznego ze zwierzęciem.

Drugą grupą, która może ponosić odpowiedzialność za zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami są podmioty służby kontroli ruchu lotniczego, a to z uwagi na obowiązki w zakresie monitorowania przestrzeni powietrznej, jak i portów lotniczych oraz informowania użytkowników przestrzeni powietrznej o możliwych zagrożeniach, w tym także o możliwej obecności ptaków<sup>6</sup>.

Punktem odniesienia jest kwestia wykonywania kontroli w strefie, w której nastąpiło zderzenie z ptakiem. Biorąc pod uwagę fakt, iż większość kolizji zdarza się na wysokości niższej niż 30 metrów, kluczową rolę w zapewnianiu bezpieczeństwa w tym obszarze powinny odgrywać zatem władze lotnisk oraz służby kontroli ruchu lotniczego (ATC – *Air Traffic Control*). Władze lotnisk są odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa oraz odpowiedniej opieki zarówno pasażerom jak i przewoźnikom lotniczym. Do wspomnianej wyżej służby należy bezpośrednio kierowanie ruchem statków powietrznych oraz zapobieganie zderzeniom statków powietrznych, w tym informowanie pilotów o zagrożeniu wynikającym z aktywności ptaków w obszarze lotniska. Zgodnie z ustawą z 2002 r. Prawo lotnicze<sup>7</sup> oraz Załącznikiem nr 11 Konwencji Chicagowskiej, do której odsyła Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie warunków i sposobu działania służb ruchu lotniczego<sup>8</sup>, służba kontroli ruchu lot-

<sup>6</sup> Szerzej na temat odpowiedzialności tych dwóch podmiotów w: A. Konert, *Odpowiedzialność cywilna w przypadku bird strike*, „Jurysta” 2008, nr 10, s. 33–35.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze (t. jedn. Dz.U. z 2012 r. poz. 933, ze zm.).

<sup>8</sup> Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie warunków i sposobu działania służb ruchu lotniczego (Dz.U. z 2011 r. Nr 111 poz. 709), w § 1 owego rozporządzenia stwierdzono, iż warunki i sposób działania służb ruchu lotniczego określają normy i zalecane metody postępowania zawarte w Załączniku 11 do Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym.

niczego zapewnia kontrolę ruchu lotniczego w odniesieniu do lotów kontrolowanych na drogach lotniczych (AWY), tj. takich na które wymagane jest uzyskanie zezwolenia kontroli ruchu lotniczego (służba kontroli obszaru, ang. *Area Control Centre*, ACC), części lotów kontrolowanych związanych z przylotem i odlotem (służba kontroli zbliżania, ang. *Approach Control*, APP) oraz ruchu lotniskowego na lotniskach kontrolowanych (służba kontroli lotniska, ang. *Tower*, TWR). Wymienione wyżej obowiązki w zakresie zapewniania części służb ruchu lotniczego wykonuje w kraju Polska Agencja Żeglugi Powietrznej. Obszarem jej działalności jest Rejon Informacji Powietrznej Warszawa (FIR WARSZAWA). Jego granice pokrywają się na lądzie z państwowymi, ale wybiegają daleko nad Bałtyk, aż do zetknięcia się z rejonami FIR kontrolowanymi przez sąsiednie ośrodki. Ponieważ w kontrolowanym ruchu lotniczym samoloty ani przez chwilę nie mogą się znaleźć w przestrzeni niczyjej, są przekazywane w locie pomiędzy kolejnymi ośrodkami zarządzania ruchem lotniczym. Kontrolę zbliżania oraz służbę kontroli lotniska zapewniają podmioty funkcjonujące na poszczególnych lotniskach. Wobec powyższego należy zauważyć, iż Polska Agencja Żeglugi Powietrznej, jako państwowa jednostka organizacyjna<sup>9</sup>, może zostać w pewnych okolicznościach obciążona odpowiedzialnością za zderzenia statków powietrznych z ptakami, a co za tym idzie będzie miała miejsce wyłącznie pośrednia odpowiedzialność finansowa Skarbu Państwa, tak jak to ma miejsce w przypadku pozostałych państwowych jednostek organizacyjnych<sup>10</sup>. Odpowiedzialność Skarbu Państwa w tym wypadku ograniczyć można jedynie do szkód powstałych w wyniku wykonywania władzy publicznej lub zadań powierzonych jednostkom samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej na tle omawianego zagadnienia.

Odpowiedzialnym w stosunku do pasażerów i osób trzecich, które poniosły szkodę, pozostaje przede wszystkim podmiot eksploatujący statek powietrzny. W przypadku uszkodzenia ciała, lub w przypadku śmierci pasażera lub osób trzecich, poszkodowani lub osoby uprawnione mogą dochodzić swoich roszczeń od przewoźnika. Kwestia odpowiedzialności przewoźnika lotniczego przedstawia się w następujący sposób.

Po pierwsze, na gruncie krajowym – w przypadku lotów krajowych – zastosowanie mają przepisy ustawy o prawie lotniczym, ale także zasady ogólne prawa cywilnego. W Polsce obecnie dla określenia reżimu prawnego odpowiedzialności przewoźnika nie ma znaczenia czy mamy do czynienia z przewozem międzynarodowym, czy też krajowym, gdyż art. 208 prawa lotniczego przewiduje, iż przewoźnik lotniczy odpowiada na zasadach określonych w umowach międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską. Postanowienia tych umów stosuje

<sup>9</sup> M. Polkowska, *Prawne podstawy funkcjonowania Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej*, „Jurysta” 2007, nr 2, s. 27.

<sup>10</sup> Art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2006 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (Dz.U. z 2006 r. Nr 249 poz. 1829, ze zm.) stanowi, że Skarb Państwa nie odpowiada za zobowiązania Agencji, Agencja nie odpowiada za zobowiązania Skarbu Państwa.

się także do odpowiedzialności przewoźnika lotniczego za szkody w przewozie międzynarodowym niepodlegającym tym umowom, a rozpoczynającym się lub kończącym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub z wykonywaniem lądowania handlowego na tym terytorium oraz w przewozie lotniczym krajowym.

Na szczęble Unii Europejskiej w przypadku rozważania odpowiedzialności przewoźnika – wobec pasażerów odlatujących z lotniska znajdującego się na terytorium państwa członkowskiego lub też odlatujących z lotniska znajdującego się w kraju trzecim i lądujących na lotnisku w państwie członkowskim, zastosowanie ma unijne rozporządzenie nr 889/2002 w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego z tytułu wypadków lotniczych<sup>11</sup>. Według przepisów przywołanego rozporządzenia, odpowiedzialność tzw. wspólnotowego przewoźnika lotniczego w odniesieniu do pasażerów i ich bagażu podlega postanowieniom Konwencji montrealskiej<sup>12</sup> określającym tę odpowiedzialność (art. 3).

Na szczęble międzynarodowym, poza Unią Europejską – do lotów międzynarodowych zastosowanie mają normy prawa międzynarodowego zawarte w tzw. systemie warszawsko-montrealiskim<sup>13</sup>. System warszawsko-montrealiski będzie miał zastosowanie do przewozu międzynarodowego osób, bagażu lub towarów wykonywany za wynagrodzeniem oraz do przewozu bezpłatnego wykonywanego przez przedsiębiorstwo transportu lotniczego.<sup>14</sup> Ażeby przewoźnik lotniczy mógł zostać uznany za odpowiedzialnego za szkodę w stosunku do pasażerów, należy przede wszystkim ustalić, że miało miejsce wydarzenie w rozumieniu art. 17 ust. 1 Konwencji montrealskiej<sup>15</sup>. Wypadek musi stanowić przyczynę śmierci lub uszkodzenia ciała pasażera, musi on mieć miejsce na pokładzie samolotu lub też w trakcie jakiegokolwiek czynności związanej z wsiadaniem lub wysiadaniem. Przesłankami odpowiedzialności przewoźnika lotniczego są zatem:

- 1) szkoda wynikała w razie śmierci lub uszkodzenia ciała pasażera,
- 2) wypadek, który spowodował śmierć lub uszkodzenie ciała pasażera,
- 3) wypadek miał miejsce na pokładzie statku powietrznego lub w trakcie jakiegokolwiek czynności związanych z wsiadaniem lub wysiadaniem.

---

<sup>11</sup> Rozporządzenie (WE) nr 889/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 maja 2002 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 2027/97 w sprawie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego z tytułu wypadków lotniczych (Dz.Urz. UE L z 2007 r. Nr 174 poz. 25, s. 2).

<sup>12</sup> Konwencja o ujednoczeniu niektórych prawideł dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego sporządzona w Montrealu dnia 28 maja 1999 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 37 poz. 235).

<sup>13</sup> Pierwszą konwencją tworzącą podstawy tego systemu jest tzw. konwencja warszawska – czyli Konwencja o ujednostajnieniu niektórych prawideł, dotyczących międzynarodowego przewozu lotniczego, podpisana w Warszawie dnia 12 października 1929 r. (Dz.U. z 1933 r. Nr 8 poz. 49, ze zm.).

<sup>14</sup> Zob. A. Konert, *Odpowiedzialność cywilna przewoźnika lotniczego*, Warszawa 2010, s. 76 i n.

<sup>15</sup> Należy wskazać, iż w konwencji montrealskiej jak i warszawskiej art. 17 ust. 1 posiada zbliżone brzmienie: Przewoźnik ponosi odpowiedzialność za szkodę wynikłą w razie śmierci albo uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pasażera, jeżeli tylko wydarzenie, które spowodowało śmierć, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia, miało miejsce na pokładzie statku powietrznego lub podczas wszelkich czynności związanych z wsiadaniem i wysiadaniem.

Konwencja w art. 17 stanowi, iż przewoźnik ponosi odpowiedzialność, gdy szkoda na osobie powstała wskutek ‘wypadku’ (*accident*)<sup>16</sup>, jednocześnie nie definiując tego pojęcia. Jest ono różnorodnie rozumiane na gruncie systemów prawnych poszczególnych państw oraz jest szeroko interpretowane w doktrynie każdego z nich. W zależności od ustalenia definicji „wypadku” należy następnie zadać pytanie, czy pod tym pojęciem mieści się również zderzenie ze zwierzętami? Należałoby uznać, iż zderzenie ze zwierzętami spełnia przesłanki wypadku, jako zdarzenie nadzwyczajne, niezwykle (*unusual*), nieoczekiwane (*unexpected*) i zewnętrzne w stosunku do pasażera (*external to the passenger*)<sup>17</sup>.

Obowiązek pokrycia szkód spowodowanych osobom trzecim przez statek powietrzny na powierzchni ziemi spoczywa w Polsce na osobie eksploatującej statek powietrzny (art. 206 i 207 prawa lotniczego). Odpowiedzialność za szkody spowodowane przez ruch statku powietrznego podlega, zgodnie z art. 206 ust. 1 prawa lotniczego przepisom prawa cywilnego o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy posługiwaniu się mechanicznymi środkami komunikacji poruszonymi za pomocą sił przyrody. Ustawa nie ogranicza się do wskazówki zawartej w art. 206 ust. 1 prawa lotniczego, lecz ustala również inne zasady, które mają być stosowane przy określaniu tej odpowiedzialności. Wprowadza solidarną odpowiedzialność za szkody spowodowane ruchem statku powietrznego właściciela statku, dzierżawcy statku (na podstawie ważnej umowy o czasowym oddaniu statku powietrznego do używania), pilota oraz bezpośredniego sprawcy szkody. Właściciel statku powietrznego (osoba wpisana do rejestru statków powietrznych jako użytkownik) może uwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że eksploatującą statek powietrzny w danym czasie była inna osoba. Ponadto użytkownik statku powietrznego, w tym przypadku przewoźnik, może uwolnić się od odpowiedzialności wskazując na którąś z kodeksowych przesłanek egzoneracyjnych. Nie poniesie zatem odpowiedzialności udowadniając, iż szkoda została spowodowana wyłącznie z winy osoby poszkodowanej, osoby trzeciej lub na skutek siły wyższej. W przypadku zderzeń statków powietrznych z ptakami nie można wykluczyć kwalifikowania tego typu zdarzeń jako okoliczności siły wyższej.

Kolejnym podmiotem odpowiedzialnym może być producent statków powietrznych. W ujęciu podmiotowym do podstawowych kwestii w zakresie rozważania odpowiedzialności producenta w przypadku zderzenia statków powietrznych z ptakami można zaliczyć odpowiedzialność producenta względem: użytkowników statków powietrznych, pasażerów i załogi statków powietrznych, osób prze-

---

<sup>16</sup> Jednocześnie wskazać należy, iż w polskim tłumaczeniu art. 17 konwencji nie zostało użyte słowo wypadek – a jedynie ‘wydarzenie’.

<sup>17</sup> Określenie cech wypadku zostało dokonane na gruncie prawa amerykańskiego m.in. w orzeczeniu w sprawie: *Saks v. Air France*, 470 U.S. 392, 105 S.Ct. 13338, 1985.

bywających na ziemi, oraz władz lotniczych i Skarbu Państwa<sup>18</sup> – rozważania na temat odpowiedzialności tej grupy podmiotów zostaną przedstawione w dalszej części tekstu.

Rozważyć należy, czy możliwe jest wskazanie innych podmiotów, które mogą ponosić w pewnych przypadkach odpowiedzialność z tytułu zderzenia statku powietrznego ze zwierzętami. Spośród branych pod uwagę, Skarb Państwa jest podmiotem, który daje pewność zaspokojenia roszczeń finansowych. Zatem, czy istnieje prawna podstawa obciążenia Skarbu Państwa odpowiedzialnością w przypadku zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami?

### **Władztwo Skarbu Państwa nad zwierzętami dziko żyjącymi a odpowiedzialność ponoszona z tego tytułu**

Rozważania w tym zakresie należy rozpocząć od ustalenia gatunków zwierząt, za które odpowiedzialność ponosić może Skarb Państwa, w ramach szkód spowodowanych zderzeniem statku powietrznego z tymi zwierzętami. W tym celu należy wykluczyć zwierzęta, będące przedmiotem władztwa podmiotów innych niż Skarb Państwa, ponieważ wówczas, to ich właściciel będzie podmiotem pociągającym do odpowiedzialności z tytułu szkód przez nie wyrządzonych. Art. 4 pkt 21 ustawy z 1997 r. o ochronie zwierząt<sup>19</sup> (dalej: u.o.z.) zawiera definicję legalną zwierząt wolno żyjących (dzikich), przez które rozumie się zwierzęta nieudomowione żyjące w warunkach niezależnych od człowieka. Zwierzęta te, zgodnie z art. 21 u.o.z. stanowią dobro ogólnonarodowe i powinny mieć zapewnione warunki rozwoju i swobodnego bytu, z wyłączeniem zwierząt, o których mowa w art. 33a ust. 1 u.o.z., czyli zwierząt stanowiących nadzwyczajne zagrożenie dla życia, zdrowia lub gospodarki łowieckiej, wobec których dopuszcza się podjęcie działań mających na celu ograniczenie ich populacji. W literaturze funkcjonuje pogląd, iż skoro według art. 21 u.o.z. zwierzęta żyjące w stanie wolnym stanowią dobro ogólnonarodowe, to tym samym stanowią własność państwową<sup>20</sup>. Ten pogląd zdaje się potwierdzać treść art. 2 ustawy z 1995 r. Prawo łowieckie<sup>21</sup> (dalej: P.ł.), który stanowi, że zwierzęta łowne w stanie wolnym, jako dobro ogólnonarodowe, stanowią własność Skarbu Państwa. Odmienne, uważa Gruszecki, wskazując, że skoro dziko żyjące zwierzęta stanowią dobro ogólnonarodowe, to

<sup>18</sup> Problematyka odpowiedzialności producenta ze zderzenia statku powietrznego ze zwierzętami jest przedmiotem rozważań w drugiej części niniejszego opracowania.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 1997 r. o ochronie zwierząt (t. jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 106 poz. 1002, z późn. zm.).

<sup>20</sup> Tak chociażby: G. Rejman, *Ochrona prawna zwierząt*, „Studia Iuridica”, 2006, XLVI, s. 258; T. Wróblewski, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzęta żyjące na wolności*, „Rozprawy Ubezpieczeniowe”, 2007, nr 2 (3), dostępne pod adresem: [http://www.rzu.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz\\_Wroblewski\\_-\\_Odpowiedzialnosc\\_za\\_szkody\\_wyrzadzzone\\_przez\\_zwierzeta\\_zyjace\\_na\\_wolnoscii\\_-\\_Rozprawy\\_Ubezpieczeniowe\\_\\_1829#\\_ftn3](http://www.rzu.gov.pl/publikacje/artykuly-pracownikow-i-wspolpracownikow/Tomasz_Wroblewski_-_Odpowiedzialnosc_za_szkody_wyrzadzzone_przez_zwierzeta_zyjace_na_wolnoscii_-_Rozprawy_Ubezpieczeniowe__1829#_ftn3), dostęp 21.10.2013 r.

<sup>21</sup> Ustawa z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (t. jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 1226).

zalicza się je do rzeczy niczyich, nie posiadają właściciela<sup>22</sup>. To stanowisko przeważa, ponieważ dobro jakim są zwierzęta żyjące w stanie wolnym, posiadające przymiot dobra ogólnonarodowego, nie stanowi własności jednego podmiotu, jakim jest Skarb Państwa. Nie znajduje tu zatem zastosowania art. 431 k.c. ustanawiający odpowiedzialność cywilnoprawną za zwierzę podmiotu, który chowa zwierzę lub się nim posługuje, o czym szerzej w dalszej części opracowania.

Nie ma natomiast miejsca zupełnie zwolnienie Skarbu Państwa z odpowiedzialności z zwierzęta. Prawnie uregulowano przypadki, w których ponosi on odpowiedzialność z tytułu szkód wyrządzonych przez zwierzęta żyjące w stanie wolnym, a objęte ochroną gatunkową, a także za określoną zwierzynę łowną. Rozważenia wymaga także odpowiedzialność Skarbu Państwa za zwierzęta objęte ochroną gatunkową na zasadach ogólnych, czyli ponoszona na podstawie kodeksu cywilnego wówczas, gdy nie zostały wydane szczególne przepisy w tym zakresie. Mając oczywiście na uwadze temat niniejszego referatu, analiza podjętej problematyki jest prowadzona w kontekście zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami i możliwości ponoszenia przez Skarb Państwa odpowiedzialności na tej podstawie.

## **Odpowiedzialność Skarbu Państwa na gruncie art. 126 ustawy o ochronie przyrody**

Ustawodawca zdecydował w sposób szczególny uregulować odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez niektóre gatunki zwierząt objętych ochroną gatunkową. Ochrona ta sprzyja rozwojowi populacji objętych nią gatunków, co wpływać może na zakres szkód przez nie wyrządzanych, w szczególności w gospodarce leśnej i rolnej<sup>23</sup>. Odpowiedzialność Skarbu Państwa na podstawie art. 126 ustawy z 2004 r. o ochronie przyrody<sup>24</sup> (dalej: u.o.p.) doznaje jednak ograniczeń. Dotyczą one zarówno gatunków zwierząt, za które ponosi on odpowiedzialność, rodzaju szkód przez nie wyrządzonych oraz wysokości odszkodowania, jakie z tego tytułu może zostać przyznane.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 u.o.p. Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność jedynie za szkody wyrządzone przez żubry, wilki, rysie, niedźwiedzie i bobry. Zwierzęta te, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 12 października 2011 r. w sprawie ochrony gatunkowej<sup>25</sup> zostały objęte ochroną. Żubry, wilki, rysie oraz niedźwiedzie zostały objęte ochroną ścisłą, a bobry ochroną częściową.

<sup>22</sup> K. Gruszecki, *Komentarz do art. 126 ustawy o ochronie przyrody*, 2009, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 21.10.2013 r.

<sup>23</sup> A. Lipiński, *Prawne podstawy ochrony środowiska*, Warszawa 2007, s. 220.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (t. jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 627).

<sup>25</sup> Dz.U. z 2011 r. Nr 237 poz. 1419.

Krąg gatunków chronionych zwierząt<sup>26</sup>, może zostać rozszerzony w drodze rozporządzenia Rady Ministrów.

Należy dokonać analizy wskazanych gatunków zwierząt, a także możliwości jego modyfikacji przez Radę Ministrów, w kontekście zderzeń osobników tych gatunków ze statkami powietrznymi. Zwierzęta wymienione w przytoczonym art. 126 ust. 1 u.o.p. w zasadzie nie uczestniczą w zderzeniach ze statkami powietrznymi, przede wszystkim dlatego, iż nie wskazano w tym przepisie żadnego z gatunków ptaków. Zderzenie statku powietrznego z większością wskazanych gatunków na terenie portu lotniczego, w tym w okolicach pasa startowego lub drogi kołowania wydaje się być mało prawdopodobne. Jednakże, jak już wyżej wspomniano, Rada Ministrów może rozszerzyć krąg zwierząt chronionych, za które odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa, w tym również o gatunki ptaków. Przesłanką, do takiego rozszerzenia będzie wskazanie, że poszczególne gatunki wyrządzają szkody w gospodarce człowieka.

Zakres szkód wyrządzonych przez wymienione w art. 126 ust. 1 u.o.p. zwierzęta ogranicza się do szkód w mieniu, które są wynikiem zwyczajów pokarmowych poszczególnych gatunków<sup>27</sup>. Zgodnie z art. 126 ust. 1 u.o.p. Skarb Państwa odpowiada za szkody wyrządzone przez:

- 1) żubry – w uprawach, płodach rolnych lub w gospodarstwie leśnym;
- 2) wilki – w pogłowie zwierząt gospodarskich;
- 3) rysie – w pogłowie zwierząt gospodarskich;
- 4) niedźwiedzie – w pasiekach, w pogłowie zwierząt gospodarskich oraz w uprawach rolnych;
- 5) bobry – w gospodarstwie rolnym, leśnym lub rybackim.

W zakres szkód spowodowanych przez wymienione zwierzęta, za które odpowiadać może Skarb Państwa, nie wchodzi zatem inne szkody materialne, w tym również istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania – szkody komunikacyjne. Odrębną sprawą jest, co zostało wyżej wspomniane, iż prawdopodobieństwo takich szkód w przypadku gatunków zwierząt wymienionych w art. 126 ust. 1 u.o.p. jest znikome.

Natomiast rodzaje szkód wyrządzonych przez zwierzęta chronione, za które odpowiedzialność Skarb Państwa może ponosić odpowiedzialność na mocy rozporządzenia Rady Ministrów, nie zostały precyzyjnie określone. Można wnioskować, że zakres przedmiotowy tej odpowiedzialności również ograniczać się będzie do szkód wyrządzonych żerowaniem zwierząt. Jedną z wymienionych w art. 126 ust. 12 u.o.p. przesłanek rozszerzenia katalogu zwierząt, za które

---

<sup>26</sup> Zdaniem W. Radeckiego określenie „zwierzęta chronione” obejmuje dwie grupy zwierząt: te podlegające ochronie gatunkowej, o której mowa w art. 49 u.o.p. oraz pozostałe zwierzęta chronione, co według niego oznacza zwierzęta bytujące na ustawowo wskazanych obszarach chronionych, co oznacza niektóre tylko zwierzęta łowne. – W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody. Komentarz. Wydanie III zmienione i uaktualnione*, Warszawa 2012, s. 514.

<sup>27</sup> K. Gruszecki, *Komentarz do art. 126 ustawy...*, *op. cit.*

Skarb Państwa ponosiłby odpowiedzialność, jest wyrządzanie przez nie szkód w gospodarce człowieka. W tym miejscu należy postawić pytanie, czy chodzi o każdy rodzaj gospodarki człowieka, czy tylko o gospodarkę rolną, bądź leśną.

Na zakres analizowanej odpowiedzialności Skarbu Państwa wpływ ma prawne ograniczenie wysokości odszkodowania, które uzyskać może podmiot poszkodowany przez określone zwierzęta. Zgodnie z art. 126 ust. 2 u.o.p. odpowiedzialność ta ogranicza się jedynie do tzw. szkód rzeczywistych (*damnum emergens*), bez objęcia utraconych korzyści (*lucrum cessans*). W aspekcie zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami, niemożliwym byłoby zatem uzyskanie odszkodowania za przewidywane zyski przewoźnika, a obejmowałoby ono jedynie szkodę w postaci kosztów naprawy uszkodzonego statku powietrznego.

Przed przejściem do dalszej analizy, dodać należy, że odpowiedzialność Skarbu Państwa, o której mowa w art. 126 u.o.p. jest odpowiedzialnością obiektywną, czyli niezależną od winy. Nie ma ona także charakteru absolutnego, ponieważ w art. 126 ust. 6 u.o.p. przewidziane są sytuacje, w których nie przysługuje odszkodowanie. Generalnie sytuacje te można podzielić na zależne i niezależne od zachowania samego poszkodowanego<sup>28</sup>.

Podsumowując rozważania o odpowiedzialności Skarbu Państwa na gruncie u.o.p. w powiązaniu jej ze zderzeniami statków powietrznych ze zwierzętami, należy stwierdzić, że w obecnym stanie prawnym odpowiedzialność ta nie będzie mieć miejsca. Wpływa na to zarówno katalog zwierząt chronionych, objętych zakresem odpowiedzialności, jak i rodzaj szkód przez nie wyrządzanych. Taka odpowiedzialność może się pojawić, gdy Rada Ministrów rozszerzy przedmiotowy zakres odpowiedzialności Skarbu Państwa na inne gatunki zwierząt chronionych.

## Odpowiedzialność Skarbu Państwa na gruncie art. 50 prawa łowieckiego

**K**olejnym reżimem odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta jest ten, o którym mowa w art. 50 ustawy Prawo łowieckie. Tak, jak w przypadku odpowiedzialności na gruncie art. 126 u.o.p. również w tym przepisie mamy do czynienia z odpowiedzialnością obiektywną, od której wyjątki przewidziano w art. 48 P.ł.

Rozważania rozpocząć od tego, że art. 50 reguluje odpowiedzialność za dwie grupy zwierząt dziko żyjących zaliczanych do zwierzyny łownej. O pierwszej z nich

<sup>28</sup> Zdaniem W. Radeckiego mimo podobieństwa przyczyn zależnych od zachowania się poszkodowanego wymienionych w art. 126 ust. 6 u.o.p., do art. 362 k.c., czyli przepisu stanowiącego o przyczynieniu się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody, podobieństwo to jest jedynie pozorne, ponieważ w pierwszym przypadku zachowanie poszkodowanego niweluje obowiązek odszkodowawczy odpowiedzialnego podmiotu, w tym przypadku Skarbu Państwa, a w drugim wpływa jedynie na jego zmniejszenie – W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, *op. cit.*, s. 528–529.



stanowi art. 50 ust. 1 P.ł., w którym mowa jest o odpowiedzialności Skarbu Państwa za zwierzęta łowne objęte całoroczną ochroną. W obecnym stanie prawnym przesłanki te spełnia jedynie łoś, co wynika z § 1 ust. 5 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie określenia okresów polowań na zwierzęta łowne<sup>29</sup>, na podstawie którego łośie objęto całoroczną ochroną. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 sierpnia 2001 r.<sup>30</sup> dokonał interpretacji wymogu całorocznej ochrony zwierząt łownych, stwierdzając, że warunek ten spełnia również objęcie zwierząt łownych całoroczną ochroną zgodnie z zasadami obowiązującymi na obszarze rezerwatu przyrody. Sąd Najwyższy wskazał także w przywołanym orzeczeniu, że Skarb Państwa odpowiada. za wyrządzone przez zwierzęta szkody na postawie art. 50 ust. 1 P.ł. Wyrok dotyczył szkód wyrządzonych przez dziki, żyjące na terenie rezerwatu przyrody, w którym zostały objęte ochroną całoroczną. Zdaniem Sądu Najwyższego prawo łowieckie nie definiuje pojęcia całorocznej ochrony, dlatego też sąd przedstawioną przez siebie interpretację uznał za dopuszczalną. Radecki<sup>31</sup>, mimo akceptacji przyznania odszkodowania za szkody wyrządzone przez dziki na terenie rezerwatu przyrody, sprzeciwia się, by odpowiedzialność za nie ponosił Skarb Państwa, ponieważ istnieją przepisy określające podmiot ponoszący odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez zwierzynę łowną na terenach parków narodowych, w strefach ochronnych oraz w rezerwach przyrody. Mowa tu o art. 126 ust. 7–10 u.o.p., który stanowi, że odszkodowania z tytułu szkód spowodowanych przez zwierzęta łowne w parku narodowym i jego otulinie, pokrywane są ze środków parku narodowego, a szkody spowodowane w rezerwach przyrody ze środków regionalnej dyrekcji ochrony środowiska, do czego zastosowanie mają przepisy rozdziału 9 P.ł., dotyczące szkód łowieckich. Zatem, można zaryzykować stwierdzenie, iż w omawianym wyżej przypadku, za szkody spowodowane przez zwierzęta nie powinien odpowiadać bezpośrednio Skarb Państwa, a podmioty odpowiedzialne za wymienione formy ochrony przyrody (z wyjątkiem szkód wyrządzonych na tych terenach przez łośie, za które zawsze odpowiedzialność poniesie Skarb Państwa<sup>32</sup>). W tym miejscu należy stwierdzić, iż art. 50 ust. P.ł. nie ogranicza obszaru, na którym występuje odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta łowne objęte całoroczną ochroną, co jawi się jako korzystne, biorąc pod uwagę ewentualne zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami.

Art. 50 ust. 1b P.ł. odsyła do szkód wyrządzonych przez zwierzęta łowne, o których mowa w art. 46 ust. 1 pkt. 1 P.ł. na obszarach niewchodzących w skład

<sup>29</sup> Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 16 marca 2005 r. w sprawie określenia okresów polowań na zwierzęta łowne (Dz.U. z 2005 r. Nr 48 poz. 459, z późn. zm.).

<sup>30</sup> Sygn. akt V CKN 431/00 wraz z głosem aprobującym – B. Rakoczy, *Glosa do wyroku SN z dnia 22 sierpnia 2001 r., V CKN 431/00*, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 21.10.2013 r.

<sup>31</sup> W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, op. cit., s. 528–529.

<sup>32</sup> Porównaj: W. Radecki, *Prawo łowieckie. Komentarz. Wydanie IV zaktualizowane*, Warszawa 2012, s. 299–300; W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, s. 533–534.

obwodów łowieckich. Art. 46 ust. 1 pkt. 1 P.l. zawiera enumeratywnie określony zbiór zwierząt łownych (dziki, łosie, jelenie, danielle i sarny). Odpowiedzialność za łosie Skarb Państwa odpowiadać będzie jednak nie na podstawie art. 50 ust. 1b P.l., a art. 50 ust. 1 P.l., o czym była mowa w poprzedniej części. Ma to wpływ na organ wypłacający odszkodowanie z budżetu państwa<sup>33</sup>.

Szkody, za jakie odpowiedzialność może na gruncie P.l. ponieść Skarb Państwa również wpływają na jej ograniczenie, te wyrządzone przez zwierzęta objęte całoroczną ochroną, obejmują szkody łowieckie, o których mowa w art. 46 ust. 1 P.l., wyrządzone w uprawach i płodach rolnych (pkt 1) oraz szkody wyrządzone przy polowaniu (pkt 2). Natomiast szkody, spowodowane przez dziki, jelenie, danielle i sarny na terenach niewchodzących w skład obwodów łowieckich, ograniczają się jedynie do szkód wyrządzonych w uprawach i płodach rolnych. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 grudnia 2007 r.<sup>34</sup> podkreślił, że regulacja zawarta w art. 46–49 P.l., do której odsyła art. 50 P.l., *rozwiązuje konflikt między dwiema dziedzinami gospodarki – łowiecką i rolnictwem*. Szkody, o których mowa w art. 46 ust. 1 P.l. ograniczają się jedynie do szkód w mieniu, co w przypadku szkód wyrządzonych podczas polowania Sąd Najwyższy w powołanej uchwale uzasadnia treścią art. 46 ust. 2 P.l., w której mowa jest o szacowaniu szkód, które dokonują przedstawiciele zarządcy lub dzierżawcy obwodu łowieckiego, co nie mogłoby mieć miejsca przy szkodach na osobie. Stwierdzenie to pozostaje aktualne również przy szacowaniu szkód przez wypłacających odszkodowanie z budżetu państwa (Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, zarząd województwa). W przywołanej uchwale Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na kolejną kwestię związaną ze szkodami powodowanymi poprzez zwierzęta. Mianowicie, do szkód wyrządzonych przez wymienioną w art. 46 P.l. zwierzynę zaliczają się jedynie typowe szkodliwe następstwa działalności prowadzonej na podstawie P.l., co w przypadku szkód związanych z polowaniem wiąże się w szczególności z zdeptaniem upraw. Zgodnie zatem z zaprezentowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego za szkodę taką trudno będzie uznać negatywne następstwo w postaci hipotetycznego zderzenia statku powietrznego na płycie lotniska z jeleniem, mimo iż jeleni wtargnął na teren lotniska w wyniku nagonki prowadzonej podczas polowania. Wydaje się również, że w takim przypadku w ogóle nie znajdzie zastosowania art. 46 ust. 1 pkt. 1 P.l., ponieważ wówczas musiałyby nastąpić szkody w uprawach i płodach rolnych wyrządzone przez określone zwierzęta, a nie statek powietrzny.

<sup>33</sup> Zgodnie z art. 50 ust. 2 P.l. za szkody, o których mowa w ust. 1, wyrządzone na obszarach: 1) obwodów łowieckich leśnych odszkodowanie wypłaca Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe ze środków budżetu państwa; 2) obwodów łowieckich polnych i obszarach niewchodzących w skład obszarów łowieckich odszkodowanie wypłaca zarząd województwa ze środków budżetu państwa. Natomiast na podstawie art. 50 ust. 3 P.l. za szkody, o których mowa w ust. 1b, odszkodowanie wypłaca zarząd województwa także ze środków budżetu państwa. Podmioty te dokonują także oględzin i szacowania szkód, za które odpowiedzialność ponosi Skarb Państwa (art. 50 ust. 4 P.l.).

<sup>34</sup> Sygn. akt III CZP 120/07.

W tym miejscu należy także zauważyć, iż odszkodowanie, jakie można uzyskać od Skarbu Państwa z tytułu szkód łowieckich nie zostało ograniczone – tak jak to miało miejsce na gruncie u.o.p. – jedynie do tzw. szkód rzeczywistych (*damnum emergens*), a zatem pokryte mogą zostać także utracone korzyści (*lucrum cessans*), co jednak z punktu widzenia tematu opracowania, nie posiada większego znaczenia dla oceny szkód wynikłych ze zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami.

Podsumowując tę część rozważań należy wskazać, że regulacja zawarta w P.l. odnośnie szkód pokrywanych przez Skarb Państwa wykazuje szereg podobieństw do tej z u.o.p. Istotne z punktu widzenia analizowanego zagadnienia jest to, iż zarówno na podstawie ustawy Prawo łowieckie, jak i ustawy o ochronie przyrody, prawdopodobieństwo uzyskania odszkodowania z tytułu zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami jest znikome.

## Odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadach ogólnych

Na podstawie dotychczasowych rozważań można wyciągnąć wniosek, iż odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu zderzeń statku powietrznego ze zwierzętami jest znacznie ograniczona. Tymczasem zwierzęta chronione, w tym zwłaszcza ptaki, mogą wyrządzać szkody, głównie w postaci uszkodzeń statków powietrznych oraz dalsze, będące następstwem niedokonania przez przewoźnika umówionych przewozów przy użyciu uszkodzonego w zderzeniu statku powietrznego.

W literaturze i orzecznictwie można wskazać poglądy, opowiadające się za ponoszeniem przez Skarb Państwa odpowiedzialności w przypadku pozostałych szkód wyrządzanych przez zwierzęta chronione, inne niż wskazane w art. 126 ust. 1 u.o.p., czy też zwierzęta łowne nieobjęte katalogiem, z art. 46 ust. 1 pkt. 1 P.l., a nawet za szkody spowodowane przez zwierzynę, ale nieobjęte dyspozycją art. 46 ust. 1 P.l., czy art. 126 ust. 1 u.o.p. na zasadach ogólnych. Dla przykładu można przytoczyć tezę wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 września 2000 r.<sup>35</sup>: *Brak w ustawie z dnia 16 października 1991 r. o ochronie przyrody (...) przepisu dotyczącego odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez niektóre zwierzęta objęte ochroną gatunkową, nie wyłącza odpowiedzialności Skarbu Państwa na zasadach ogólnych.* Przyjęcie tego poglądu pozwalałoby objąć odpowiedzialnością Skarbu Państwa szkody wyrządzone na innego rodzaju mieniu niż wyróżniane powyżej uprawy rolne czy leśne, a także szkody na osobie.

<sup>35</sup> Sygn. akt I CKN 1212/99, zob. także: powołana powyżej uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 2007 r., sygn. III CZP 120/07; K. Gruszecki, *op. cit.*; W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, s. 514–520; K. Kołodziejczak, *Zrobieni w jelenia*, „Gazeta Ubezpieczeniowa”, 21 września 2010 r., nr 38 (567).

W tym miejscu należy wskazać regulacje cywilnoprawne, które mogłyby stanowić podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa za inne szkody wywołane przez zwierzęta chronione lub zwierzyne łowną.

Wydaje się, iż wykluczyć należy art. 431 k.c., stanowiący o odpowiedzialności za zwierzę tego, kto je chowa lub się nim posługuje. W literaturze przyjmuje się, iż dotyczy on zwierząt domowych (gospodarskich), a nie zwierząt łownych dziko żyjących<sup>36</sup>, choć prezentowano także poglądy odmienne<sup>37</sup>.

Kolejnym przepisem, którego zastosowanie w omawianym przypadku należy brać pod uwagę, jest art. 417 k.c. Zgodnie z § 1 art. 417 k.c. za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy pracy prawa. Należy także dokonać analizy możliwości oparcia się na normie zawartej w art. 417<sup>1</sup> k.c., który wprowadza odpowiedzialność podmiotów związaną z wydaniem bezprawnego aktu normatywnego, czy też wydaniem albo niewydaniem orzeczenia lub decyzji.

Należy podkreślić, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność na podstawie wyżej wymienionych przepisów jedynie za swoje działania lub zaniechania mieszczące się w zakresie jego władztwa, realizacji władzy publicznej, czyli *imperium*. W zakresie omawianej odpowiedzialności nie mieszczą się działania, czy też zaniechania Skarbu Państwa, związane ze sferą gospodarczo-majątkową, czyli *dominium*<sup>38</sup>. Podstawą odpowiedzialności Skarbu Państwa z art. 417 k.c. i art. 417<sup>1</sup> k.c., będącej odpowiedzialnością deliktową jest bezprawność działania lub zaniechania sprawcy, szkoda oraz normalny związek przyczynowy między bezprawnym zachowaniem sprawcy a szkodą<sup>39</sup>.

Koncentrując się na przepisach dotyczących zwierząt dziko żyjących, w celu wskazania podstawy odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie wyżej wymienionych przepisów, częstokroć wymagane będzie podjęcie pewnej aktywności ze strony podmiotu, któremu ze strony zwierząt grozi wyrządzenie szkody. Celowo wskazano tu na szkodę grożącą, a nie szkodę już powstałą, ponieważ wówczas nie byłoby możliwe dochodzenie odszkodowania na podstawie omawianych przepisów, bez uprzedniej aktywności ze strony osoby poszkodowanej. Takiej sytuacji dotyczy orzeczenie Sądu

---

<sup>36</sup> R. Stec, *Uprawianie łowiectwa i prowadzenie gospodarki łowieckiej. Uwarunkowania administracyjnoprawne, cywilnoprawne i organizacyjne*, Warszawa 2012, s. 127–128 wraz z przywołaną tam literaturą; W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, s. 515–516; B. Chmielowiec, *Odpowiedzialność cywilnoprawna za szkody wyrządzone przez zwierzęta domowe, hodowlane oraz wolno żyjące*, „Monitor Ubezpieczeniowy. Pismo Rzecznika Ubezpieczonych” 2012, nr 51, s. 52.

<sup>37</sup> Zob. chociażby wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 1974 r., sygn. akt II CR 157/74; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1991 r., sygn. akt III CZP 100/91.

<sup>38</sup> A. Rzetecka-Gil, *Komentarz do art. 417 Kodeksu cywilnego*, 2011, System Informacji Prawnej LEX, dostęp 21.10.2013 r.

<sup>39</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2012 r., sygn. akt II CSK 648/11.

Najwyższego z dnia 7 września 2000 r.<sup>40</sup>, które analizuje przepisy ustawy o ochronie przyrody w zakresie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody spowodowane przez zwierzęta. W art. 52 ust. 2 u.o.p. wymieniono zakazy mające zastosowanie do zwierząt objętych ochroną gatunkową. Odstępstwa od nich w drodze zezwolenia na podstawie art. 56 u.o.p. mogą wprowadzić regionalny dyrektor ochrony środowiska, Generalny Dyrektor Ochrony Środowiska oraz minister właściwy do spraw ochrony środowiska<sup>41</sup>. Zgodnie z ust. 4 art. 56 u.o.p. owe odstępstwa mogą być one wydawane w przypadku braku rozwiązań alternatywnych, jeżeli nie są szkodliwe dla zachowania we właściwym stanie ochrony dziko występujących populacji chronionych gatunków zwierząt oraz wynikają z konieczności ograniczenia poważnych szkód w odniesieniu do upraw rolnych, inwentarza żywego, lasów, rybostanu, wody lub innych rodzajów mienia (pkt 2). W ust. 4 pkt 3 art. 56 u.o.p. wskazano, że odstępstwa te leżeć powinny w interesie zdrowia lub bezpieczeństwa powszechnego, do którego zaliczyć można również bezpieczeństwo w lotnictwie. Spełnienie przesłanki wymienionej w art. 56 ust. 4 pkt 6 u.o.p. mogłoby stać się podstawą wniosku do odpowiedniego organu, o wydanie zezwolenia na wydanie odstępstwa od zakazów, gdy wynika to z koniecznych wymogów nadrzędnego interesu publicznego, w tym wymogów o charakterze społecznym lub gospodarczym lub wymogów związanych z korzystnymi skutkami o podstawowym znaczeniu dla środowiska, do których, jak się wydaje, zaliczyć można szkody przewoźników lotniczych powstałe w wyniku zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami. Oczywiście, w każdym z przypadków, musi zostać spełniona przesłanka podstawowa wymieniona w art. 56 ust. 4 u.o.p., czyli brak rozwiązań alternatywnych. Zezwolenia na odstępstwa wydawane są na wniosek i ów wniosek należy uznać za ową aktywność, którą podjąć musi podmiot narażony na poniesienie szkód wywołanych przez określone gatunki zwierząt. Dopiero, gdy na skutek podjęcia tej inicjatywy, zezwolenie nie zostanie wydane, przyjmując, że odmowa jego wydania zostanie uznana za niezgodną z prawem, a szkoda powstanie, będzie można dochodzić odpowiedzialności Skarbu Państwa na podstawie art. 417 k.c., czy też art. 417<sup>1</sup> § 3 k.c.

W omawianym stanie prawnym mamy do czynienia z fakultatywnym działaniem organu administracji publicznej, tzw. uznaniem administracyjnym. W. Radecki

---

<sup>40</sup> Sygn. akt I CKN 1212/00, co prawda wyrok ten został wydany sprzed nowelizacji omawianych przepisów kodeksu cywilnego, jednakże płynący z niego wniosek dotyczący konsekwencji braku aktywności po stronie dochodzącego swoich roszczeń od Skarbu Państwa pozostaje aktualnym.

<sup>41</sup> Innym przykładem podstawy odpowiedzialności, o której mowa w art. 417 i n. k.c. może być także art. 52 ust. 2 pkt 2 u.o.p. w zw. z art. 49 pkt 2 u.o.p., wprowadza na mocy rozporządzenia ministra właściwego do spraw środowiska wraz z ministrem właściwym do spraw rolnictwa jedno z odstępstw od zakazów określonych w art. 52 ust. 1 i 1a u.o.p, jakie mogą być wprowadzone w stosunku do gatunków zwierząt objętych ochroną gatunkową, w przypadku braku rozwiązań alternatywnych i jeżeli nie są szkodliwe dla zachowania we właściwym stanie ochrony dziko występujących populacji chronionych gatunków zwierząt, jakim jest usuwanie od dnia 16 października do końca lutego gniazd ptasich z obiektów budowlanych lub terenów zieleni, jeżeli wymagają tego względy bezpieczeństwa lub sanitarne. Brak w ustawie dookreślenia bezpieczeństwa pozwala na przyjęcie interpretacji, zgodnie z którą każda jego postać będzie wystarczającą podstawą do wprowadzenia tego odstępstwa, a zatem i bezpieczeństwo lotów.

wskazał rozwiązanie tego problemu, posiłkując się wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 czerwca 1981 r., sygn. akt SA 820/81, w którym Sąd ten stwierdził, że *organ administracji, działający na podstawie przepisów prawa materialnego przewidujących uznaniowy charakter rozstrzygnięcia jest obowiązany – zgodnie z zasadą art. 7 k.p.a. – załatwić sprawę w sposób zgodny ze słusznym interesem obywatela, jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie interes społeczny ani nie przekracza to możliwości organu administracji wynikających z przyznanych mu uprawnień i środków*<sup>42</sup>. Wydaje się, że interes społeczny przemawia za wydaniem zezwolenia na niszczenie siedlisk lub ostoi ptaków mieszczących się w pobliżu lotniska, ponieważ uchronić to może pasażerów, jak i załogę, a także sam statek powietrzny od poważnych następstw zderzenia z ptakami. Za uzasadnione uznać należy skorzystanie przez zarządzającego portem lotniczym, do wystąpienia do wyżej wymienionych organów o wydanie odpowiednich zezwoleń celem przeciwdziałania szkodom wyrządzonym tak przez ptaki, jak i przez inne gatunki zwierząt.

Należy stwierdzić, że ponoszenie przez Skarb Państwa odpowiedzialności na zasadach ogólnych umożliwiać może dochodzenie roszczeń powstałych w wyniku kolizji statków powietrznych ze zwierzętami.

### **Odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta w świetle lotniczych przepisów międzynarodowych**

Po analizie krajowych regulacji w zakresie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta, na skutek zderzeń ze statkami powietrznymi, należy zastanowić się, czy w świetle regulacji przepisów międzynarodowych, polskie normy znajdują zastosowanie. Taką możliwość rozstrzygnąć trzeba na gruncie tak zwanego reżimu warszawsko-montrealskiego oraz rzymsko-montrealskiego.

Reżim warszawsko-montrealski, w którym aktem prawnym o największym znaczeniu pozostaje Konwencja Montrealaska z 28 maja 1999 r., odnosi się do szkód wyrządzonych pasażerom znajdującym się na pokładzie statku powietrznego w związku z lotem. Odpowiedzialność na podstawie norm prawnych zawartych w konwencji ponosi przewoźnik. W przypadku, gdyby, czysto hipotetycznie, przewóz wykonywany był przez państwo, jeżeli spełniono by przy tym przesłanki z art. 1 ust. 1 Konwencji Montrealskiej, ustanawiającym zakres jej zastosowania, wówczas Skarb Państwa mógłby zostać pośrednio<sup>43</sup> pociągnięty do odpowiedzialności, w przypadku zaistnienia szkody w związku ze zderzeniem statku powietrznego z ptakiem. Jednak i wówczas normy prawa krajowego nie regulowałyby

<sup>42</sup> W. Radecki, *Ustawa o ochronie przyrody...*, *op. cit.*, s. 520.

<sup>43</sup> Należy mieć stale na uwadze powszechnie występującą w polskim prawie niezależność organizacyjną i finansową państwowych jednostek organizacyjnych od Skarbu Państwa oraz, co naturalne, Skarbu Państwa od tych jednostek.

jej, tj., nie stanowiłyby jej podstawy, ponieważ reżim warszawsko-montrealski wyklucza zastosowanie krajowych norm w zakresie odpowiedzialności przewoźnika lotniczego, także państwowego, w stosunku do szkód wyrządzonych pasażerom. Dodatkowo w polskim porządku prawnym, na mocy art. 208 ust. 2 prawa lotniczego rozszerzono to postanowienie na loty krajowe.

Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której przewoźnik lotniczy zwróciłby się z regresem do Skarbu Państwa, ponieważ zaniechanie w wydaniu odpowiedniego zezwolenia, o którego wydanie bezskutecznie wnosił zarządzający lotniskiem, spowodować mogło pośrednio zderzenie statku powietrznego z ptakiem objętym ochroną gatunkową. Wspomnieć w tym miejscu należy również o art. 21 ust. 2 lit. b Konwencji Montrealskiej, który stanowi, że jeżeli szkody wynikłe w razie śmierci albo uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia pasażera przewyższają 100 000 SDR na każdego pasażera, przewoźnik nie ponosi odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że szkoda taka została spowodowana wyłącznie przez niedbalstwo albo innym niewłaściwym działaniem lub zaniechaniem osoby trzeciej, w tym przypadku instytucji państwowych.

Reżim rzymsko-montrealski z uwagi na niedostateczną ilość ratyfikacji aktów prawnych składających się nań<sup>44</sup> nie znajdzie zastosowania jako podstawa odpowiedzialności przewoźnika lotniczego za szkody wyrządzone na powierzchni ziemi.<sup>45</sup> Na podstawie art. 206 ust. 1 prawa lotniczego zastosowanie w tym przypadku znajdują przepisy prawa cywilnego stanowiące o odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy posługiwaniu się mechanicznymi środkami komunikacji poruszonymi za pomocą sił przyrody, czyli art. 436 k.c. w związku z normą zawartą w art. 435 k.c. Ponownie zatem odpowiedzialność i to na zasadach ryzyka, ponosić będzie przewoźnik lotniczy. Nie należy zapomnieć o przesłankach egzoneracyjnych, które mogą zwolnić przewoźnika lotniczego od odpowiedzialności. Koniecznym będzie wykazanie, że szkoda nastąpiła wyłącznie w wyniku działania

<sup>44</sup> M. Żylicz, *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Warszawa 2011, s. 90.

<sup>45</sup> Niedawno byliśmy świadkami toczących się prac nad zmianą konwencji w sprawie ujednostajnienia niektórych prawideł dotyczących szkód wyrządzonych na powierzchni ziemi osobom trzecim przez statki powietrzne z 1952 r. Konwencja rzymska z 1952 r., ratyfikowana przez 49 państw, wprawdzie weszła w życie, lecz w praktyce nie funkcjonuje. Przyczyną tego stanu rzeczy jest brak jej akceptacji przez kraje wykazujące się największą „aktywnością lotniczą”. Wkrótce po rozpoczęciu etapu przygotowawczego nad powyższym zagadnieniem społecznością międzynarodową wstrząsnął atak terrorystyczny 11 września 2001 r., doprowadzając do poważnego kryzysu rynek ubezpieczeń lotniczych. Rada ICAO powołała zespół w celu prowadzenia dalszych prac (SG-MR). Owocem prac Grupy SG-MR w latach 2005–2007 r. są ostatecznie dwa nowe projekty, dwóch różnych konwencji. Pierwszy z nich to konwencja regulująca zagadnienie wyrównania szkód wyrządzonych osobom trzecim wskutek aktów bezprawnej ingerencji (*Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties, in case of Unlawful Interference*). Druga, to konwencja „ogólna” normująca odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez ruch statków powietrznych osobom trzecim na powierzchni ziemi w tradycyjnym rozumieniu (*Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties*). Obie konwencje zostały ostatecznie przyjęte na konferencji dyplomatycznej w Montrealu w 2009 r. Por. za A. Konert, *Terroryzm lotniczy – problematyka kompensacji szkód*, Państwo i Prawo nr 3, 2013 oraz A. Konert, *Odpowiedzialność za szkodę na ziemi wyrządzoną ruchem statku powietrznego*, Warszawa 2014.

osoby trzeciej, a zatem również Skarbu Państwa. Możliwość regresu w stosunku do Skarbu Państwa za szkody powstałe na powierzchni ziemi, jakie wyrządzone zostały przez statek powietrzny, wydaje się znacznie utrudniona.

Kończąc tę część rozważań, stwierdzić należy, że obydwie wymienione reżimy prawne odnoszące się do szkód wyrządzonych bądź to pasażerom, bądź to osobom trzecim, uniemożliwiają w praktyce ponoszenie odpowiedzialności przez Skarb Państwa w przypadku zderzenia statku powietrznego ze zwierzętami. Niemniej jednak, wciąż pozostaje otwarta kwestia dochodzenia od Skarbu Państwa roszczeń za szkody wyrządzone samemu przewoźnikowi jego statku powietrznym, gdzie mogłyby znaleźć zastosowanie wymienione powyżej przepisy krajowe.

## Podsumowanie

Większość rozważań w niniejszym opracowaniu zostało poświęcone regulacjom prawnym mogącym stanowić podstawę odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta, powodujące szkody w wyniku kolizji ze statkami powietrznymi. Badaniu poddano ustawy, w których w sposób szczególny uregulowano odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez zwierzęta dziko żyjące. Ich analiza pozwala wysunąć wniosek, że w obecnym stanie prawnym raczej nie znajdują one zastosowania w przypadku zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami, a to z uwagi na po pierwsze, ograniczoną liczbę gatunków zwierząt, za jakie odpowiada Skarb Państwa, a po drugie, z uwagi na zakres szkód wyrządzanych przez zwierzęta, które w przeważającej mierze ograniczają się do szkód w gospodarce leśnej oraz rolnej. Ewentualnej podstawy odpowiedzialności Skarbu Państwa za przedmiotowe szkody należy poszukiwać w zasadach ogólnych prawa cywilnego, w tym przypadku w art. 417 k.c. i art. 417<sup>1</sup> k.c. Ich zastosowanie powoduje konieczność wskazania, iż miała miejsce bezprawność działania Skarbu Państwa, w efekcie którego powstała szkoda.

Wydawać by się mogło, że w polskim systemie prawnym istnieją podstawy prawne do dochodzenia roszczeń od Skarbu Państwa, za szkody wyrządzone przez zwierzęta w wyniku ich kolizji ze statkami powietrznymi.

W zakresie szkód wyrządzonych w związku z lotem statku powietrznego jego pasażerom, zastosowanie znajdzie reżim warszawsko-montrealski, a ewentualna odpowiedzialność Skarbu Państwa może wystąpić przy ograniczeniu wypłaty odszkodowania lub też w przypadku regresu.

Co do szkód wyrządzonych przez statek powietrzny na powierzchni ziemi, to z uwagi na brak wymaganej ratyfikacji aktów prawa międzynarodowego składających się na tzw. reżim rzymsko-montrealskiego, znajdują zastosowanie przepisy krajowe, traktujące o odpowiedzialności kierującego pojazdem mechanicznym wprawianym w ruch za pomocą sił przyrody, czyli przewoźnika lotniczego.



Zatem, najmocniejsze podstawy dochodzenia odpowiedzialności od Skarbu Państwa w przypadku zderzeń statków powietrznych ze zwierzętami będzie miało ponoszenie jej wobec przewoźników.

Podsumowując, w obecnym stanie prawnym, wydaje się, iż pociągnięcie Skarbu Państwa do odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez zwierzęta na skutek ich zderzeń ze statkami powietrznymi, czy to w locie, czy to na powierzchni ziemi, będzie wręcz niemożliwe w stosunku do pasażerów i osób trzecich, znajdujących się na powierzchni ziemi. Treść polskich regulacji, zwłaszcza tych bezpośrednio stanowiących o dochodzeniu roszczeń za szkody wyrządzone przez dziko żyjące zwierzęta, jak i regulacji międzynarodowych powoduje, że za takie szkody odpowiedzialność poniosą inne podmioty. Odpowiedzialność taka nie jest wykluczona w stosunku do przewoźników lotniczych.

## **PROBLEMATYKA ODPOWIEDZIALNOŚCI SKARBU PAŃSTWA ORAZ INNYCH PODMIOTÓW ZA SZKODY WYRZĄDZONE NA SKUTEK ZDERZENIA STATKÓW POWIETRZNYCH ZE ZWIERZĘTAMI**

### **Streszczenie**

Zderzenie statków powietrznych ze zwierzętami jest zjawiskiem towarzyszącym lotnictwu od początków jego istnienia. Szacuje się, że co roku światowe lotnictwo komunikacyjne odnotowuje straty od 1,5 do 2 miliardów dolarów na skutek zderzeń z ptakami. Liczba odnotowywanych zderzeń statków powietrznych z ptakami niestety rośnie. Zderzenia statków powietrznych ze zwierzętami mogą powodować uszkodzenia samolotów, a co za tym idzie także śmierć lub uszkodzenie ciała pasażerów, członków załogi, czy nawet osób trzecich przebywających na ziemi. Przedmiotem niniejszego artykułu jest wskazanie podmiotów, które mogą potencjalnie stać się odpowiedzialne za tego typu zdarzenia oraz analiza problematyki odpowiedzialności tych podmiotów – w pracy szczególny nacisk kładziony jest na odpowiedzialność Skarbu Państwa.

## **LIABILITY OF THE TREASURY AND OTHER ENTITIES FOR DAMAGE CAUSED BY AIRCRAFT COLLISION WITH ANIMALS**

### **Summary**

Aircraft collision with animals is a phenomenon that has accompanied aviation since its very beginning. It is estimated that global transport aviation records a loss of \$ 1.5–2 billion every year as a result of collisions with birds. Unfortunately, the number of those collisions is rising. They may cause damage to aeroplanes and

these can result in injuries and even deaths of passengers, crew and even people on the ground. The present article aims to highlight which entities can be potentially responsible for such incidents and to analyse the issues regarding their liability. Special emphasis is placed on the liability of the State Treasury.

## **LA PROBLÉMATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DU TRÉSOR DE L'ETAT ET DES AUTRES SUJETS POUR LES DOMMAGES EXÉCUTÉS À LA FIN DE LA COLLISION DES AÉRONEFS ET DES ANIMAUX**

### **Résumé**

La collision des aéronefs et des animaux est un phénomène qui est observé dans l'aviation depuis son début de l'existence. On compte que chaque année l'aviation mondiale de communication note les pertes de 1,5 à 2 mld \$ en résultat des collisions avec des oiseaux. Et il faut ajouter que le nombre des collisions entre des aéronefs et des oiseaux monte chaque année. Les collisions des aéronefs et des animaux peuvent causer des endommagements des avions ce qui peut provoquer aussi la mort ou les lésions des corps des passagers, des membres de l'équipage, ou bien les personnes tiers sur le sol. L'objet de l'article présent est l'indication des sujets qui peuvent potentiellement devenir responsables pour tous ces événements ainsi que l'analyse de la problématique de responsabilité des ces sujets. Et on y mets un appui particulier sur la responsabilité du Trésor de l'Etat.

## **ПРОБЛЕМАТИКА ОТВЕТСТВЕННОСТИ МИНИСТЕРСТВА ФИНАНСОВ И ПРОЧИХ СУБЪЕКТОВ ЗА УЩЕРБ, НАНЕСЁННЫЙ В РЕЗУЛЬТАТЕ СТОЛКНОВЕНИЯ САМОЛЁТОВ С ЖИВОТНЫМИ**

### **Резюме**

Столкновение самолётов с животными – явление, сопутствующее авиации с начала её существования. Подсчитано, что каждый год мировые авиалинии несут убытки в размере от 1,5 до 2 миллиардов долларов в результате столкновений с птицами. Число зарегистрированных столкновений самолётов с птицами, к сожалению, растёт. Столкновения самолётов с животными могут привести к повреждениям самолётов, что может повлечь за собой смерть либо травмы пассажиров, членов экипажа, а даже третьих лиц, находящихся на земле. Предметом настоящей статьи является определение субъектов, потенциально несущих ответственность за подобные столкновения, а также анализ проблематики ответственности этих субъектов – в исследовании особое внимание обращено на ответственность Министерства финансов.

TOMASZ BRAUN



## SPÓJNOŚĆ PRAWA A KORPORACYJNE NORMY COMPLIANCE

### 1. Spójność prawa

Spójność systemu prawnego, podobnie jak niesprzeczność norm prawa występujących w ramach tego systemu, mogą z jednej strony być rozpatrywane jako postulaty techniki prawodawczej, ale mogą i powinny być również postrzegane jako jedne z naczelnych zasad w państwie prawa, stanowiące dla upodmiotowionych adresatów norm gwarancję, że system prawny konstruowany jest przy poszanowaniu ich uprawnionych oczekiwań co do jego jakości. W tym też ujęciu, a zatem głównie jako odnoszące się do norm prawnych, zasady techniki prawotwórczej i równocześnie zasady państwa prawa będą rozpatrywane w dalszej części tego artykułu<sup>1</sup>. Dla porządku jedynie wskazać należy, że zarówno spójność, jak i niesprzeczność mogą być również analizowane z punktu widzenia istotnych wartości rozważanych w aksjologii prawniczej<sup>2</sup>. Przy tym rozważania te odnoszą się zarówno do samych norm prawnych, jak również w ogóle do przepisów prawa, z których są one wywodzone<sup>3</sup>.

Rozpatrując kwestię dyrektyw techniki prawodawczej warto zauważyć, że one same różnią się między sobą znacząco nie tylko funkcją, którą pełnią, ale również doniosłością zagadnień, do których się odnoszą. Można zatem klasyfikować je według różnych kryteriów. Według jednego z takich podziałów, pośród nich znajdują się na przykład dyrektywy, które ze względu na swoje zadanie, wyrażone w ich treści, posiadają istotne znaczenie odniesione do modelowego wzorca całego systemu prawnego oraz takie, które są dyrektywami o charakterze

<sup>1</sup> Więcej na temat spójności zob. W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 74–89; G. Skąpska, J. Stelmach, *Współczesne problemy i modele legitymizacji prawa*, „Colloquia Communia” 1988–1989, nr 41–42, s. 5–18; S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 120; K. Pałeczki, *Prawoznawstwo zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 126.

<sup>2</sup> Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 176.

<sup>3</sup> Na potrzeby niniejszego tekstu przyjmuje się, że pojęcie normy prawnej rozumiane będzie jako najmniejsza, stanowiąca sensowną całość, reguła formułująca żądanie, albo upoważnienie do określonego zachowania o charakterze ogólnoabstrakcyjnym wywiedziona z przepisów prawa obowiązujących w ramach danego systemu. Por. T. Stawicki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2003, s. 63.

raczej tylko umownym, porządkującym<sup>4</sup>. W przypadku dyrektyw dotyczących niesprzeczności i spójności powinno się przyjąć, iż należą one do tej pierwszej grupy, gdyż działanie prawodawców z nimi zgodne wpływa na jakość całego systemu prawnego. Kierujący się tymi dyrektywami twórcy norm budują bowiem system prawny, dla którego jednym z wiodących założeń jest zapewnienie, aby pomiędzy poszczególnymi normami zachodziły prawidłowe związki logiczne (spójność) oraz aby jakość poszczególnych elementów tego systemu przejawiała się w braku wzajemnego wykluczania się (niesprzeczność).

Niezależnie od tego, że niesprzeczność i spójność należą do grupy technicznych dyrektyw prawodawczych skierowanych do prawodawców, posiadają także inne, nie mniej ważne, znaczenie ustrojowe. Są bowiem zasadami, których zastosowanie w systemie prawnym oddziałuje na sytuację prawną wszystkich podmiotów funkcjonujących w ramach tego systemu. Stąd założenie, że w tym znaczeniu są to pojęcia określające zasady skierowane nie tyle do samych prawodawców, ile do wszystkich podmiotów (obywateli), którym komunikują solenną deklarację, iż prawo tworzone będzie w sposób koherentny, a jego poszczególne normy nie będą się wzajemnie wykluczały. Każdy podmiot funkcjonując w danym systemie prawnym może zatem żywić wobec prawodawcy kierującego się zasadami niesprzeczności i spójności uzasadnione oczekiwanie, że system ten będzie charakteryzował się tymi cechami.

Niesprzeczność jest zasadą odnoszącą się do norm, wobec których stawiany jest postulat, aby formułowane w nich zalecenia nie rodziły obaw odmiennego odczytania uregulowanych w nich sytuacji<sup>5</sup>. Chodzi tu przy tym o takie przypadki, w których podmiot odczytujący swoją sytuację normatywną z dwóch różnych przepisów w ramach tego samego systemu nie mógł wyprowadzić z każdego z tych przepisów dyspozycji do zachowania się w określony sposób wyłączający możliwość innego zachowania się. W przypadku norm formułujących zakazy, niesprzeczne będą te, które odnosząc się do określonego stanu faktycznego, w którym znalazł się adresat, nie kierują wobec niego zaleceń nakazujących powstrzymanie się od działań, których równoczesne wykonanie byłoby niemożliwe. Z kolei, co do norm nadających uprawnienia, to zasada niesprzeczności polegać będzie na zapewnieniu, że skorzystanie z nich nie będzie oznaczało naruszenia innych norm zakazujących. Podobnie zresztą kształtują się relacje pomiędzy niesprzecznymi normami nakazującymi i zakazującymi.

Na tak rozumianą niesprzeczność norm składa się kilka charakteryzujących ją elementów. Jednym z nich jest warunek, że funkcjonujące w ramach tego samego

---

<sup>4</sup> Przykładem pierwszej może być dyrektywa jasności tekstu, drugiej, dyrektywa, która ustanawia, że ustawy dzielą się na artykuły, a rozporządzenia na paragrafy tak M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, *Technika prawodawcza*, Warszawa 2008, s. 6. Podobnie S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 20.

<sup>5</sup> Szerzej o zasadach prawa w porządku ustrojowym państwa: P. Sarnecki (red.), *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, Warszawa 1997, s. 15 i n.

systemu normatywnego przepisy nie powinny zaprzeczać sobie nawzajem. Oznacza to na przykład, że treść normatywna jednych przepisów nie może określonym sytuacjom faktycznym nadawać jednego znaczenia prawnego, podczas gdy treść innych przepisów nadawałaby tym samym sytuacjom odmienne znaczenie normatywne. Po drugie, niesprzeczność odniesiona do członu dyspozytywnego normy oznacza także to, że normy wzajemnie nie wykluczają się, czyli nie stwarzają po stronie adresata normy obowiązku określonego zachowania, które byłoby równocześnie naruszeniem innej normy. Po trzecie, niesprzeczność odczytywać należy również poprzez ich odwołania aksjologiczne, a zatem rozumieć ją trzeba jako stan, w którym normy odnoszą się do zbiorów twierdzeń łącznie prawdziwych, ale również odniesione są do innych wartości, które nie pozostają we wzajemnym konflikcie<sup>6</sup>.

Cecha spójności postulowana wobec systemu normatywnego jako całości określa w istocie oczekiwania, zgodnie z którymi każdy z jego powiązanych elementów pozostaje w dającej się uzasadnić relacji logicznej budowanej przy uwzględnieniu uzasadnień aksjologicznych i teleologicznych<sup>7</sup>. A zatem, chcąc ustalić pojęcie spójności w odniesieniu do systemu prawnego, należałoby wskazać przede wszystkim na stosunek wynikania pomiędzy normami przejawiający się w różnej natury powiązaniach – funkcjonalnych, systemowych, celowościowych i innych. Spójny będzie więc taki system, w którym zalecenia normatywne wypływają z siebie nawzajem w sposób sensowny, realizując zadania, dla których odniesienie jest szersze niż treść zawarta w każdej z poszczególnych norm. W pojęciu spójności mieści się również założenie, że powiązania wewnątrz systemu są zwarte, nieposiadające luk, a przynajmniej zmierzające do ich eliminacji. Jeszcze jedna cecha, którą warto wspomnieć opisując pojęcie spójności, odnosi się do siły tych wzajemnych powiązań, o których tu mowa. Nie będzie bowiem spójny taki system, w którym normy związane są ze sobą niezbyt mocno, luźno, czy wręcz słabo. Mowa w tym wypadku o takich związkach logicznych pomiędzy normami, które co prawda można wyprowadzić z ich treści, ale są one nieoczywiste, niejednoznaczne, dopuszczają różną interpretację, albo wymagają uzupełnień. Dopiero wzajemne mocne powiązania logiczne pomiędzy normami pozwalają uznać, że system prawny cechuje atrybut spójności.

Zarówno charakteryzująca system prawny zasada spójności, jak i niesprzeczność funkcjonujących w jego ramach uregulowań posiadające trudne do prze-

<sup>6</sup> Właśnie odniesienia aksjologiczne stanowiące podstawowy element legitymizujący dobre prawo, albo bardziej precyzyjnie – rządy prawa, stały się główną osią, na której oparte zostały tezy sformułowane przez Fullera i rozwijane przez kontynuatorów jego koncepcji. Jedną z tych tez dotyczy zasady konieczności unikania przez prawo norm wzajemnie sprzecznych. Por. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 68 i n.

<sup>7</sup> Sytuacja w której żaden element zbioru nie narusza przyjętymi regułami formalnymi i merytorycznymi (naturalnymi), porządku wewnętrznych relacji w tym zbiorze oznacza cechę koherencji. Tak np. K. Pałeczki, *Prawoznawstwo – zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 95. Również np. A. Aarnio, R. Alexy, A. Pecznik, W. Rabinowicz, J. Woleński, *On Coherence Theory of Law*, Lund 1998, s. 7 i n.

cenienia znaczenie porządkujące rozpatrywane z punktu widzenia techniki prawodawczej oraz gwarancyjne z punktu widzenia formułowanych z perspektywy obywateli oczekiwań, nabierają zupełnie szczególnego znaczenia w sytuacji pojawienia się w przestrzeni normatywnej nowych zjawisk o charakterze prawotwórczym<sup>8</sup>. Zjawiska te odnoszą się do równoległych do istniejącego systemu prawnego regulacji normatywnych, przedmiotowo pokrywających się z przyjmowanym dotychczas jako naturalna domena państwa obszarem stosunków między podmiotami.

## 2. Regulacje pozaprawne (równoległe do prawnych) a system prawny

Jeżeli uznać, że system prawa stanowi naturalny, bądź sztuczny układ pojęciowy, będący całością składającą się z powiązanych wzajemnie, zgodnie z określonymi zasadami, norm wyartykułowanych w obowiązujących w określonym czasie, na określonym obszarze tekstach aktów normatywnych, to istotne dla prowadzonej analizy, zwłaszcza zaś dla opisu pojawiających się w tym systemie ostatnio nowych, intruzywnych zjawisk, jest spojrzenie na nie z punktu widzenia relacji zachodzących między elementami tego systemu<sup>9</sup>. A zatem, w ramach tego systemu powinno być możliwe wyróżnienie związków treściowych, w tym logicznych, językowych, aksjologicznych itd., jak również hierarchicznych i formalnych. Te dwa ostatnie typy związków są szczególnie ważne dla analizy pozaprawnych procesów normotwórczych generowanych przez podmioty spoza uznanego kręgu prawodawców.

---

<sup>8</sup> Próbuując rozstrzygnąć problem czy spójność systemu normatywnego jest zasadą czy wartością, wart zauważyć wydaje się pogląd, że zasady prawa, w tym zasada spójności, są takim rodzajem norm, które formułują nakaz realizacji określonej wartości. Od reguł, czyli norm zwykłych różnią się formułowanym w nich przedmiotem obowiązku, którym nie jest w ich wypadku określony sposób postępowania. Zasady zatem nie odnoszą się do sfery obowiązku działania (powstrzymania się od działania) w odniesieniu do określonego czynu, natomiast nakazują realizację określonej istotnej dla prawa wartości. Zob. M. Kordela, *Zasady prawa studium teoretycznoprawne*, Poznań 2012, s. 150 i n. Inaczej na temat zasad prawa, wyróżniając zasady dyrektywne i opisowe, wśród których dyrektywne to te, które mają na celu oddziaływanie na zachowanie określonych podmiotów w kierunku podjęcia przez nie określonego zachowania. W tym znaczeniu są to normy prawnie wiążące, jednakże w pewnym sensie nadrzędne w stosunku do innych norm tego systemu. Zasady opisowe z kolei odnoszą się do wzorców określonych przedmiotów unormowania i wskazują sposób rozstrzygnięcia danej kwestii, wyróżnionej z określonego punktu widzenia, albo też wzorzec ukształtowania jakiejś instytucji prawnej. Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 187.

<sup>9</sup> Dokonując podziału systemów prawa jego teoretycy w zależności od wyznawanej koncepcji będą wskazywać na genezę samoistną, wolną od ingerencji twórczej człowieka – tak prawnonaturaliści lub przeciwnie, jako sztuczną to znaczy będącą wytworem działalności człowieka – tak szkoły pozytywistyczne. Z punktu widzenia poboczności tych sporów dla przedmiotu zainteresowania niniejszych rozważań i biorąc pod uwagę dość powszechne obecnie uznanie, że geneza systemu prawnego ma charakter dużo bardziej złożony, najbardziej użyteczne w tym miejscu wydaje się pominięcie tych rozbieżności. Por. T. Stawicki, P. Winczorek, *op. cit.*, s. 114 i n.

Utrwalony oraz opisany hierarchicznie porządek tradycyjnych źródeł prawa powszechnie obowiązującego w ramach danego systemu jest bowiem coraz częściej nie tylko wzbogacany i uzupełniany, ale również rozrywany i chaotyczny w wyniku działań podmiotów pełniących współcześnie *de facto* funkcje prawotwórcze (korporacje, organy władzy o kompetencjach regulacyjnych, stowarzyszenia branżowe) podejmowanych niezależnie od działań tradycyjnych prawodawców<sup>10</sup>.

Obok istniejących systemów prawnych organizujących życie polityczne, społeczne, gospodarcze, kulturalne itd. coraz wyraźniej można zaobserwować pojawianie się w każdej z tych sfer nowych rodzajów unormowań<sup>11</sup>. Czynnikiem wyróżniającym jest rodzaj podmiotów, które normy te wydają. Stanowiące najwyraźniejszy (i ocenny) element charakteryzujący owe podmioty jest określenie, że w przeciwieństwie do normodawców uznanych, takich jak organy władzy publicznej o uprawnieniach prawotwórczych, podmioty te nie są umocowane demokratycznie<sup>12</sup>. Nie da się wywieść ich kognicji prawotwórczej z istniejącego łańcucha kompetencji płynących od suwerena do adresata norm. Mimo to jednak wprowadzają one regulacje, które odnoszą się nie tylko do nich samych, bądź ewentualnie podmiotów wchodzących z nimi w bezpośrednie relacje. Zasięg tych regulacji bywa bowiem znacznie szerszy, w wielu zaś wypadkach wykracza poza obszar konkretnego systemu prawnego i nabiera charakteru powszechnego, globalnego<sup>13</sup>. Odrębnym, przy czym równie interesującym, zagadnieniem są rozważania na temat mechanizmów przyczyniających się do zapewnienia skuteczności tych regulacji<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Choć stan taki może pozornie niepokoić od dawna istnieją przekonania, że w istocie nie jest to wcale zjawisko nienaturalne. J. Rawls twierdzi, że wydaje się rzeczą naturalną przypuścić, że odrębny charakter i autonomia rozmaitych elementów społeczeństwa wymaga, aby w pewnych sferach działały na podstawie własnych zasad, zaprojektowanych tak, aby odpowiadały ich swoistej naturze. J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 356.

<sup>11</sup> Mowa tu zwłaszcza o wszelkiego rodzaju regulacjach wewnętrznych wydawanych przez korporacje – międzynarodowe struktury gospodarcze o zasięgu globalnym. Regulacje te przyjmują formę, bądź wewnętrznych aktów normatywnych (np. różnej rangi regulaminów wewnętrznych o bardzo zróżnicowanym zakresie i szczegółowości unormowań), ale także uregulowań statuowanych w zdecydowanie mniej jednoznacznej formie (np. we wszelkiego rodzaju „standardach”, „politykach”, czy „podręcznikach”). Co ważne, uregulowania te zawierają normy nakazujące określony sposób zachowania odniesiony nie tylko do pracowników, ewentualnie innych podmiotów pozostających w bezpośredniej relacji z tymi korporacjami, ale znacznie szerzej. Więcej na ten temat w dalszej części pracy.

<sup>12</sup> Mowa tu głównie właśnie o międzynarodowych korporacjach, które tworzą własne, z pozoru jedynie wewnętrzne, systemy normatywne, w praktyce jednak oddziałujące również do zewnątrz. Podobnie szerokie oddziaływanie mieć mogą regulacje będące pochodną wzajemnych porozumień pomiędzy korporacjami. Nie chodzi tu przy tym jedynie o proste porozumienia związane z dominującą, względnie monopolistyczną pozycją tych podmiotów, ale także znacznie bardziej skomplikowane porozumienia takie jak, te które dotyczą ustalania wartości stóp procentowych na niektórych rynkach międzybankowych na przykład Libor, czy Euribor, porozumienia dotyczące wysokości opłat i sposobu rozliczania pomiędzy instytucjami płatniczymi takimi jak Visa, i MasterCard oraz bankami etc.

<sup>13</sup> Por. A. Bator, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] J. Stelmach (red.), *Filozofia prawa wobec globalizmu*, Kraków 2003, s. 9–26.

<sup>14</sup> O grupach nacisku jako jednej z form ciał pośredniczących por. np. D.T. Ostas, *The Law and Ethics of K Street: Lobbying, the First Amendment and the Duty to Create Just Laws*, „Business Ethics Quarterly” Jan. 2007, vol. 17, No. 1, s. 33 i n.

Warto zaznaczyć w tym miejscu, że wskazując na regulacje pozaprawne będące wynikiem działalności normotwórczej podmiotów innych niż publiczni prawodawcy mowa tu nie o normach moralnych, etycznych, obyczajowych, kulturowych, czy innych tego typu systemach normatywnych pozostających w wyraźnej autonomicznej relacji w stosunku do prawa<sup>15</sup>. Chodzi tu o tego rodzaju normy, których budowa, treść, zakres oddziaływania, a również doniosłość wskazują na ich podobieństwo do norm prawa powszechnie obowiązującego. Jak wskazano, źródłem tego rodzaju norm mogą być unormowania, wypływające od różniących się bardzo między sobą podmiotów, dla których jedyną cechą wspólną jest brak legitymizacji do działań prawotwórczych<sup>16</sup>. Pomimo to, niewątpliwie tworzą one, co najmniej podobne do norm prawnych, dyrektywy o charakterze ogólno-abstrakcyjnym i rozległym oddziaływaniu, funkcjonujące równolegle do norm prawnych<sup>17</sup>.

O ile wskazanie cech wspólnych dla tych norm, innych niż źródło ich powstania umiejscowione poza utrwalonym układem legitymizowanych demokratycznie prawodawców, ogólnoabstrakcyjny charakter i szeroki zakres obowiązywania, byłoby niezwykle trudne, o tyle można spróbować opisać je poprzez wskazanie cech wyróżniających, stanowiących o ich odrębnościach, które je definiują<sup>18</sup>. Z czasem, w miarę utrwalać się w przestrzeni społecznej procesu powstawania tego rodzaju równoległych systemów normatywnych, z pewnością możliwe stanie się wykształcenie spójnej aparatury pojęciowej, która zostanie nałożona na tego rodzaju zjawiska. Na tym etapie jednak można co najwyżej próbować oznaczać w sposób opisowy będące przedmiotem niniejszych rozważań elementy charakterystyczne dla owych nowych form regulujących sposób zachowania podobnie do norm prawnych.

---

<sup>15</sup> Więcej na temat autonomicznej relacji niektórych systemów normatywnych w stosunku do prawa w monograficznym opracowaniu por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000

<sup>16</sup> Przykładem tego rodzaju unormowań są opisywane w niniejszym tekście korporacyjne normy compliance, ale nie tylko one. Inne podobne normy kształtujące sytuację prawną szerokich grup podmiotów są tworzone na przykład w drodze porozumień pomiędzy korporacjami, przez różnego rodzaju związki branżowe, a także przez prywatne organizacje i stowarzyszenia międzynarodowe.

<sup>17</sup> Ilustracją mogą być powszechnie stosowane wytyczne *ISDA – International Swaps and Derivatives Association inc.*, wznawiane co kilka lat, w miarę komplikowania się stosunków gospodarczych. Trudno bowiem byłoby znaleźć obecnie takie praktyki w relacjach pomiędzy instytucjami finansowymi, a podmiotami zawierającymi z nimi umowy dotyczące instrumentów pochodnych, które nie opierałyby się o wzorce *ISDA* szczegółowo określające zakres uprawnień instytucji finansowych i obowiązków leżących po stronie ich klientów. Ogólnoabstrakcyjny charakter tych unormowań, powszechne ich zastosowanie, realny brak możliwości dowolnego odmiennego kształtowania stosunków pomiędzy stronami przemawiają za spojrzeniem na te akty raczej jako na reguły normatywne, niż na typowe wzorce umowne.

<sup>18</sup> Szeroki zasięg tych unormowań wynika między innymi z faktu, że organizacje te nierzadko prowadzą równocześnie działalność w kilkudziesięciu jurysdykcjach, ich pracownicy to setki tysięcy, a klienci to setki milionów osób. Por. B. Roach, *Corporate Power in Global Economy*, Medford 2007, s. 28. Także: C. Derber, *Corporation Nation: How Corporations Are Taking Over Our Lives and What We Can Do About It*, New York 1998; I. Hobson, Jr., *The Unseen World of Transnational Corporations' Powers*, New York 2004, s. 26 i n.



Jeżeli pominąć kwestię braku umocowania do stanowienia prawa dla podmiotów tworzących te normy, który wynikałby z łańcucha kompetencyjnego wiążącego je z właściwym dla danej jurysdykcji organem reprezentującym władczą wolę stanowienia prawa przez suwerena, to bodajże najistotniejszym wspólnym łącznikiem cechującym te normy jest przedmiot regulacji. Ścisłej zaś, pewne dominujące *iunctim* upodabniające różną w istocie materię, którą normy te regulują. Jest nim potrzeba określenia, sparametryzowania zachowań wobec nowych zupełnie zjawisk zachodzących na granicy przestrzeni społecznej, gospodarczej i kulturowej w obliczu prądów globalizacyjnych. Całkowite umiędzynarodowienie niektórych procesów komunikacyjnych, jak na przykład zbudowane w oparciu o powszechny, zdalny i mobilny dostęp do internetu portale społecznościowe, komunikatory, platformy wymiany handlowej itd., stało się podłożem dla stworzenia zupełnie nowych modeli wymiany gospodarczej. W oparciu o owe narzędzia bezpośredniej komunikacji dotychczas nieznane, nowatorskie, albo odległe wzorce stały się pierwotnie dostępne, z czasem dominujące, aby w końcu stać się powszechne. Stąd potrzeba zaproponowania rozwiązań, które umożliwiłyby wystandaryzowanie określonych zachowań. Tu jednak dochodzi do pierwszego i najistotniejszego niedopasowania – legitymizowane formalnie struktury prawodawcze państw i organizacji międzynarodowych, jeżeli w ogóle decydują się na podjęcie kroków w materii uregulowania tych zjawisk, to dopiero wtedy, gdy zjawiska te posiadają już charakter trwały, nie zaś wtedy, gdy one powstają<sup>19</sup>. Z pewnością jest to naturalny dla tych struktur proces. Zwykle bowiem procesy gospodarcze, społeczne itp. na etapie ich powstawania są na tyle nowe i nierozpoznane, że nie towarzyszy im ani pewna, ani precyzyjnie sformułowana refleksja społeczna, czy zapotrzebowanie polityczne. Niemniej owo opóźnienie skutkuje zajęciem tych przestrzeni przez sprawniejsze i bardziej elastyczne podmioty, które wypełniają je tworzoną przez siebie materią normatywną. Dla korporacji bowiem umiejętność sprawnego dopasowania się do tych zjawisk jest równocześnie koniecznością egzystencjalną, w której wykształciły one unikalne kompetencje. To korporacje bowiem najszybciej reagują na powstające na bieżąco zapotrzebowania gospodarcze, wykorzystując przy tym nowe możliwości technologiczne, a równocześnie dokonując uregulowania tych dziedzin znacznie wcześniej niż znajdują się one w sferze zainteresowania prawodawców państwowych<sup>20</sup>. Pozostawienie tych obszarów przez zbyt długi czas poza zasięgiem zaintereso-

<sup>19</sup> Przykładem mogą być wprowadzane przez korporacje unormowania dotyczące bezpieczeństwa informacji, sposobów wyrażania zgód na dysponowanie przez nie danymi, metod dokonywania rozliczeń transakcji międzynarodowych, a nawet warunków, których spełnienie konieczne jest dla wykonania przez nie określonych świadczeń. O początkach tego procesu i jego ewolucji por. E.M. Dodd, R.J. Baker, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, s. 99 i n.

<sup>20</sup> Jednym z wielu przykładów mogą być transakcje giełdowe wielkich częstotliwości i ich wpływ na sytuację makroekonomiczną na rynkach globalnych. Por. E.T. Swanson, *Let's twist again: A high-frequency event-study analysis od Operation Twist and its implications for Quantitative Easing*, San Francisco 2011, s. 20 i n.

wania, na co pozwolić mogą sobie państwa, albo tym bardziej nie wykorzystanie tych procesów dla zdobycia własnej przewagi, każdorazowo mogłoby dla tych podmiotów oznaczać nie dającą się odrobić stratę.

Bez pogłębionych badań, które pomogłyby dokonać weryfikacji niektórych hipotez w ujęciu historycznym nie jest pewnie możliwe jednoznaczne stwierdzenie dlaczego doszło do złamania obecnego od dwustu lat w świecie Zachodu monopolu uznanych publicznych normodawców. Szczególnie zaś tego, czy rzeczywiście proces ten nie jest aż tak nowy i czy można zaobserwować postępowanie tego zjawiska już od średniowiecznych gildii kupieckich, aż do dzisiejszych korporacji. Faktem jest jednak, że jedną z wiodących, ale i szczególnie interesujących ról w tej dziedzinie pełnią właśnie korporacje – wielkie międzynarodowe organizmy gospodarcze.

### 3. Normy tworzone przez korporacje

Regulacje tego rodzaju, a więc normy tworzone przez korporacje, wydawane są zatem przez podmioty, których tradycyjnie nie zalicza się do grupy prawotwórców, a które identyfikowane są raczej jako działające w sferze gospodarczej<sup>21</sup>. Są to w szczególności te wielkie organizacje o zasięgu globalnym, których przedmiot aktywności i zakres oddziaływania skłaniają do elastycznego dopasowania sposobu własnego funkcjonowania do zmieniających się warunków otoczenia społecznego. Jednym ze sposobów takiego dopasowania jest podejmowanie prób uregulowania zachowań podmiotów wchodzących z tymi korporacjami w różnego typu relacje.

Szczególnie interesujące dla rozważań nad tym problemem staje się spostrzeżenie, iż pomimo że nie wynika to z utrwalonej systematyki, normy wydawane

<sup>21</sup> Istnieje wiele prób ustalenia legalnej definicji korporacji na gruncie różnych porządków prawnych. Definicja opisowa przyjmowana na przykład w amerykańskiej doktrynie prawniczej wynika z tamtejszego dorobku orzeczniczego i określa korporację jako: *An artificial person or legal entity created by or under the authority of the laws of a state or nation, composed, in some rare instances, of a single person and his successors, being the incumbents of a particular office, but ordinarily consisting of an association of numerous individuals, who subsist as a body politic under a special denomination, which is regarded in law as having a personality and existence distinct from that of its several members, and which is, by the same authority, vested with the capacity of continuous succession, irrespective of changes in its membership, either in perpetuity or for a limited term of years, and of acting as a unit or single individual in matters relating to the common purpose of the association, within the scope of the powers and authorities conferred upon such bodies by law. See Case of Sutton's Hospital, 10 Coke. 32; Dartmouth College v. Woodward, 4 Wheat. 518, 636, 657. 4 L. Ed. 629; U.S. v. Trinidad Coal Co., 137 U. S. 160, 11 Sup. Ct. 57. 34 L. Ed. 640; Andrews Bros. Co. v. Youngstown Coke Co., 86 Fed. 585, 30 C. C. A. 293; Porter v. Railroad Co., 76 111. 573; State v. Payne, 129 Mo. 468, 31 S. W. 797. 33 L. R. A. 576; Farmers' L. & T. Co. v. New York, 7 Hill (N. Y.) 253; State BL.LAW DICT. (2D ED.). Nie oddaje ona jednak istoty tego, jak rozumiane jest dość powszechnie pojęcie korporacji w języku polskim, w którym przyjmuje się, że chodzi tu o szczególny rodzaj przedsiębiorcy, prowadzącego działalność gospodarczą na skalę międzynarodową w formie skomplikowanej struktury własnościowej składającej się z powiązanych wzajemnie podmiotów posiadających wspólną strukturę zarządczą na najwyższym poziomie konsolidacji.*

przed te podmioty zaliczyć można jednak do norm o charakterze zbliżonym do prawnego<sup>22</sup>. Wynika to z faktu, że często posiadają one ogólnoabstrakcyjny charakter oraz zakres obowiązań wykraczający daleko poza krąg odbiorców, ograniczony jedynie do podmiotów pozostających w bezpośrednim zasięgu ich oddziaływania<sup>23</sup>. To bowiem nie tylko pracownicy korporacji, podmioty z nimi współpracujące i świadczące na ich rzecz usługi, ale również ich klienci, a w wypadku przedsiębiorstw prowadzących działalność o charakterze globalnym na masową skalę – także szerokie kręgi podmiotów stają się adresatami tych unormowań<sup>24</sup>. Co więcej owi korporacyjni normodawcy wprowadzają regulacje, których również przedmiot wykracza poza ten obszar działania, do którego pozornie ograniczona jest działalność korporacji. Przykładem tego typu regulacji są kodyfikacje uznawanych przez te podmioty za zgodne z ich katalogiem zachowań etycznych zasad postępowania, czy też tak zwanych standardów działania, które jednak wbrew swojej nazwie posiadają charakter wiążący<sup>25</sup>. Dochodzi więc w tego rodzaju przypadkach do powstania pewnego skomplikowania. Powstają bowiem normy, których celem jest wskazanie określonego zachowania (element dyrektywalny), ukształtowanego w oparciu o pewne aksjologicznie motywowane pojęcia słuszności (element wartościujący, odniesiony do etosu pojmowanego jako pożądany przez daną organizację wzór właściwego zachowania), przy czym normy te wyposażone są w stosunkowo silny atrybut mocy obowiązującej, wbrew pozornie miękkiemu ich charakterowi. Błędem byłoby zatem analizowanie ich po prostu z punktu widzenia jednego z wielu typów *soft laws*<sup>26</sup>. Porównywalnie rzecz przedstawia się zresztą w odniesieniu do nie będących przedmiotem niniejszych

<sup>22</sup> Nawet uzupełniona o rozróżnienie na samoistne i niesamoistne źródła prawa doktryna formalnych źródeł prawa wskazuje, że normy wypływające z niesamoistnych źródeł prawa nie mogą być samodzielnym źródłem praw i obowiązków. *A contrario*, jedynie te reguły i zasady, które mogą stanowić samodzielną podstawę decyzji sędziowskiej lub innego aktu stosowania prawa można uznać za autonomiczne źródło praw i obowiązków. Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 244.

<sup>23</sup> D. Shelton, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, New York 2000.

<sup>24</sup> Na to jak ciągle zbyt małą wagę przywiązuje się do norm grupowych (*group norms*) oraz prywatnych systemów prawnych (*private law systems*), które zarówno wpływają na całe społeczeństwa jak i na zachowania poszczególnych ich członków, zwraca uwagę L.E. Mitchell, *Understanding Norms*, Toronto 1999, s. 200 i n.

<sup>25</sup> Przykładem może być zaliczenie do zachowań niedozwolonych w relacjach pomiędzy korporacją, a jej klientami jakichkolwiek przejawów pozaumownej gratyfikacji za świadczone usługi, ponieważ zostaje ono w takich sytuacjach uznane za działanie korupcyjne. Mowa tu przy tym o takim zastrzeżeniu standardów, które powoduje, że w danej jurysdykcji określone działanie pozostaje zarówno w pełni zgodne z prawem, ale również nie tylko nie naruszające dobrych obyczajów, a wręcz zgodnie z tymi zwyczajami wskazane. Właśnie owo globalne zastosowanie jednolitych standardów bezwzględnie wiążących podmioty współpracujące z daną korporacją, z pominięciem lokalnej specyfiki prawnej i zwyczajowej powoduje w praktyce szereg wątpliwości co do natury tych uregulowań.

<sup>26</sup> Więcej o istocie *soft laws* por. J. Jabłońska-Bonca, *Soft justice w „państwie sieciowym*, [w:] *Alternatywne formy rozwiązywania sporów w teorii i w praktyce. Wybrane zagadnienia*, S.L. Stadniczenko, H. Duszka-Jakimko, Opole 2009, s. 65 i n.; A.T. Guzman, T. Meyer, *International Soft Law*, „The Journal of Legal Analysis” Spring 2011, Vol. 2, No. 1, UC Berkeley Public Law Research Paper, No. 1353444; G.C. Shaffer,

rozważań innych norm o podobnych cechach, tak zwanych norm regulacyjnych, ostrożnościowych, czy też kierunkowych wydawanych przez organy administracji publicznej nazywane coraz częściej w praktyce działalności gospodarczej „regulatorami” poszczególnych rynków<sup>27</sup>.

Badając zjawisko działalności normotwórczej korporacji i próbując wyabstrahować je spośród innych grup norm, warto wskazać również na dodatkowe, obok wyliczonych wyżej, kryteria odnoszące się do cech wyróżniających te właśnie normy. Pierwszym kryterium tego rodzaju jest kryterium interesu, odzwierciedlające charakterystyczną wspólną właściwość cechującą wszelkie, w tym prawotwórcze działania korporacji. Z definicji powołane do prowadzenia działalności gospodarczej na szeroką skalę, funkcjonując w ramach złożonych międzynarodowych struktur właścicielsko-organizacyjnych, korporacje posiadają własne wieloletnie strategie rynkowe obejmujące zarówno cele ekonomiczne nakierowane na rozwój, jak i cele organizacyjne nakierowane na optymalizację lub w warunkach skrajnych – na przetrwanie. Zadaniem norm tworzonych przez korporacje jest więc zapewnienie realizacji tych celów. Ponieważ działalność korporacji odbywa się w warunkach rywalizacji gospodarczej, normy te muszą każdorazowo, choć niekoniecznie bezpośrednio, realizować swoiste interesy danej organizacji, nierzadko odmienne bądź sprzeczne z interesami innych podmiotów funkcjonujących w tym samym obszarze. W tym miejscu nasuwa się spostrzeżenie, że szczególnie interesująca jest dynamika pojawiająca się w wyniku kolizji norm tworzonych przez korporacje i realizujących ich interesy z normami wyprodukowanymi z obowiązujących w danej jurysdykcji przepisów prawa regulującymi ten sam obszar.

Innym wyróżnikiem odnoszącym się do cech charakteryzujących normy tworzone przez korporacje jest kryterium wartości<sup>28</sup>. Mowa tu o odniesieniach uzasadnionych aksjologicznie, które każdorazowo leżą u podstaw procesu normotwórczego w ramach korporacji<sup>29</sup>. Z reguły bowiem im większa i bardziej heteronomiczna instytucja z punktu widzenia charakteru prowadzonej działalności, czy też różnic kulturowych występujących w różnych jurysdykcjach, na obszarze których ona funkcjonuje, tym większa pojawia się potrzeba wykształcenia jednolitego zbioru wzorów pożądaných zachowań i oparcia ich na stworzonych

---

M.A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance*, „Minnesota Law Review” 2010, vol. 94, s. 712 i n.

<sup>27</sup> Owe organy administracji, regulatorzy posiadają co prawda kompetencje do podejmowania działań regulacyjnych w stosunku do poszczególnych gałęzi gospodarki, niekoniecznie kompetencje te oznaczają jednak uprawnienie do podejmowania działań o charakterze prawotwórczym. Na przykład w relacji do umocowań regulacyjno-nadzorczych w obszarze prawa bankowego zob. M. Bączyk, E. Fojcik-Mastalska, L. Góral, J. Pisuliński, W. Pyziół, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 509 i n.

<sup>28</sup> O znaczeniu kryterium wartości w procesie tworzenia i interpretacji norm prawnych w ogóle: M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 25 i n.

<sup>29</sup> Por. G.R. Weaver, L.K. Trevino, *Compliance and Values Oriented Ethics Programs: Influences on Employees' Attitudes and Behavior*, „Business Ethics Quarterly” Apr. 1999, vol. 9, no. 2, s. 315 i n.

zwykle specjalnie na potrzeby danej korporacji podstawach etycznych czy kulturowych<sup>30</sup>. Osobną, wartą zbadania, kwestią pozostaje oczywiście pytanie czy to, co ogłaszane jest przez określoną korporację jako katalog jej wartości, słusznie jest tak nazywane, czy w ogóle są to wartości, czy słuszniej byłoby jednak, że wrócić do refleksji nad kryterium interesu przyjmując, że to właśnie interes, a nie wartości determinują w tym przypadku kształt danego systemu normatywnego.

Jeszcze innym kryterium wyróżniającym normy tworzone przez korporacje jest kryterium odbiorców – ów szeroko oznaczony krąg adresatów norm, pomimo że jest determinowany z reguły ogólnoabstrakcyjnym charakterem ich treści, odnosi się jednak zawsze do tych podmiotów, które w jakikolwiek sposób wchodzi w relacje z daną korporacją. W pierwszej kolejności są to pracownicy i klienci, ale mogą być nimi także akcjonariusze, dostawcy usług, inne podmioty współpracujące, w tym doradczycy, zapewniające finansowanie itd. W stosunku do każdej z tych grup nakazany sposób zachowania może być kształtowany inaczej, niemniej to właśnie do tych podmiotów, a nie do jakichkolwiek innych, ani nie do nieoznaczonych, odnoszą się te unormowania.

Wskazując na kryteria interesu, wartości, czy też adresatów nie można pominąć kluczowego dla regulacji tworzonych przez korporacje pojęcia norm zgodnościowych (*compliance*)<sup>31</sup>. Do pewnego stopnia bowiem wszystkie normy powstające w ramach określonej instytucji gospodarczej w założeniu powinny spełniać kryterium zgodności, a więc dopasowania zarówno do przepisów prawa obowiązujących na terytoriach, na których one operują, jak i innych zaleceń normatywnych włączonych przez te organizacje do katalogu obowiązujących nakazów, zakazów i umocowań. Rozważania nad tym, czym są systemy norm *compliance*, jak są budowane, jakich obszarów dotyczą, są w istocie w ogóle refleksją nad dynamiką procesów regulacyjnych zachodzących w przestrzeni społecznej współcześnie.

W refleksji tej nie powinno zabraknąć tak fundamentalnych pytań jak to, dlaczego doszło do swoistej abdykacji publicznych, a zwłaszcza państwowych, struktur prawodawczych wobec niektórych zjawisk społecznych, gospodarczych, czy kulturowych i czy wskazywany wcześniej element dynamiki, elastyczności, struktur bardziej dopasowanych do wyczuwania aktualnych trendów, w które wyposażone są wielkie organizacje gospodarcze jest wystarczającym wyjaśnieniem tego procesu. Ogólne pytanie o przyczynę tego, że do takiego zjawiska doszło, może być uzupełniane w drodze szczegółowych dociekań zmierzających do ustalenia, czy zaistniał swoisty brak, luka w tradycyjnych uregulowaniach, który jest w ten sposób uzupełniany. A w związku z tym, czy wynika to z faktu,

---

<sup>30</sup> Więcej o uwarunkowaniach kulturowych korporacji międzynarodowych: *J. Galli*, *Plemienna korporacja*, Warszawa 2013, s. 33 i n. O tworzeniu pożądaných wzorców zachowań korporacyjnych opartych o wartości i kulturę zob. także: *M. Baczevska-Ciupak*, *Przywództwo organizacyjne w kontekście aksjologicznych i moralnych wyzwań przyszłości*, Lublin 2013, s. 65 i n.; *W. Gasparski* (red.), *Etyka biznesu w zastosowaniach praktycznych: inicjatywy, programy, kodeksy*, Warszawa 2002, s. 32 i n.

<sup>31</sup> Patrz: *B. Makowski*, *Compliance w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2011, s. 37 i n.

że tradycyjni prawodawcy po prostu nie nadążają za tempem zmian we współczesnym świecie, a może właśnie dlatego, że rozszerza się sfera wymagająca uregulowania i powstają nowe przestrzenie funkcjonowania społeczeństw, podczas gdy tradycyjni prawodawcy w tych przestrzeniach nie mogli być dotychczas obecni<sup>32</sup>. Być może także dlatego, to właśnie międzynarodowe korporacje, a nie utrwalone struktury publiczne przejmują rolę transgranicznego normodawcy, że nie istnieje globalny prawodawca, podczas gdy oparty na wymianie informacji i dóbr świat, mobilne społeczeństwa, zasięg ich funkcjonowania, współzależności, komplikujące się transgraniczne procesy społeczne, interesy, modele zachowań, pożądane atrybuty stylu życia itd. są właśnie globalne<sup>33</sup>. Są to pytania, które pozostają otwarte, a w związku z tym warte opisu także, a może zwłaszcza przez teorię prawa.

Badania teoretycznoprawne dotyczące tego czym są normy tworzone przez korporacje powinny dotyczyć także między innymi tego, w czym się te normy przejawiają, to znaczy w jaki sposób dokonuje się wyrażenie ich treści oraz czy i jakiego rodzaju formy redakcyjne przyjmują (są to na przykład kodeksy deontologiczne, zbiory zasad etyki postępowania, polityki ostrożnościowe itd.), a także jakiego rodzaju reguły interpretacyjne przyjmuje się dla wyabstrahowania ich treści oraz usunięcia ewentualnych niejasności mogących pojawiać się w trakcie ich odczytywania. Równie interesujące jest zagadnienie czy tworzą one, łączą się w bardziej rozbudowane systemy norm, czy też pozostają tylko rozsypanymi fragmentami systemów, bądź luźnymi pojedynczymi normami, które nie składają się na większe elementy regulujące określone obszary życia.

#### 4. Kolidacja norm tworzonych przez korporacje z normami prawnymi

Pomijając w tym miejscu kwestie wewnętrznej spójności każdego z tych zbiorów norm można przyjąć, że posiadają one jednak cechy dla nich właściwe oraz że każdy z tych zbiorów stworzony został w wyniku zupełnie innej praktyki normodawczej, przy użyciu typowych dla siebie instrumentów<sup>34</sup>. Poza tym

<sup>32</sup> Istnieje wiele przykładów przestrzeni w dużej mierze pozostających poza obszarem uregulowań prawnych, co do których konieczność ujednolicenia znalazła swoje urzeczywistnienie w normach korporacyjnych. Są nimi chociażby kwestie związane z zarządzaniem bezpieczeństwem informacji poufnych, rozstrzygania konfliktów interesów, sposobów ochrony zasobów zawartych w chmurach informatycznych itd.

<sup>33</sup> Szeroko o globalizacji prawa i konsekwencji dla nauki o prawie wynikających ze zjawisk globalizacyjnych zob. B. De Sousa Santos, *Towards a New Legal Common Sense. Law, globalization, and emancipation*, London 2002

<sup>34</sup> Różnice te biorą się z wielu czynników począwszy od różnic wynikających ze sfery gospodarki w jakiej operuje każda z tych korporacji (inaczej bowiem wyglądać będą systemy normatywne banków, a inaczej firm ubezpieczeniowych, inaczej przedsiębiorstw energetycznych, inaczej firm doradczych, a jeszcze inaczej wielobranżowych korporacji przemysłowych jak na przykład GE, Siemens, czy niektóre koreańskie czebole). Inną cechą istotnie wpływającą na kształt systemu normatywnego wewnątrz korporacji jest wiek i związana z nim tradycja uregulowań w danej firmie (inaczej uregulowania te wyglądać

wszystkie one wykazują opisane wcześniej cechy wspólne polegające po pierwsze na nieoczywistym umocowaniu korporacji dla tej części ich działalności, która odnosi się do tworzenia norm, a po drugie zakresem obowiązywania tychże norm obejmującym zarówno własnych pracowników, bądź podmioty bezpośrednio współpracujące, jak i całe grupy podmiotów choćby pośrednio wchodzących w interakcje z tymi korporacjami. W związku z tym, że korporacje tworzą normy podobne w swej konstrukcji oraz treści do norm prawnych i regulują one prawa oraz obowiązki licznych grup podmiotów, w oczywisty sposób zdarza się, że niezrządkiem wkraczają one w obszar regulowany lub regulowany częściowo przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W takich sytuacjach w sposób nieuchronny pojawiać się mogą kolizje tych dwóch rodzajów norm. Najczęstsze przykłady dotyczą sfer, w których unormowania korporacyjne bezpośrednio odnoszą się do ochrony ich interesów gospodarczych<sup>35</sup>.

Obserwowane w praktyce przykłady kolizji norm tworzonych przez korporacje z normami prawnymi obowiązującymi na obszarze danej jurysdykcji są liczne, a przy tym niejednorodne. W zależności także od natury owych kolizji, sposoby ich rozwiązywania mogą być różne i odbywać się zarówno przy użyciu instrumentów interpretacyjnych, choć niekoniecznie technik wykładni – tu przykładem może być swoiste odczytywanie dekonstrukcyjne<sup>36</sup>, jak i implementacyjnych, gdzie koncepcje budowane są w oparciu o założenia nawiązujące do tezy o niezeterminowaniu obecne tak w realizmie, jak w postmodernizmie prawniczym<sup>37</sup>.

Jedną z grup zagadnień powodujących zderzenie oczekiwań wpływających z rozbieżnych unormowań zawartych w przepisach wewnątrz korporacyjnych w stosunku do przepisów prawa jest kwestia przekazywania danych dotyczących spraw przedsiębiorstw prowadzonych w ramach korporacji. Dotyczy to oczywiście nie tylko samego dostępu, ale tym bardziej zakresu uprawnień związanych z dysponowaniem tymi danymi, w tym z ich przetwarzaniem, przechowywaniem, zbywaniem czy wykorzystywaniem w celach uznanych za uzasadnione przez korporację. Przy czym w zależności od tego jakiego rodzaju są to dane, różne przysługują im reżimy ochrony. Innej bowiem ochronie podlegają dane osobowe pracowników, do których określona korporacja chce mieć dostęp, nie tylko w celach statystycznych, czy

---

będą w starych przedsiębiorstwach jak Mercedes-Benz, czy ThyssenKrupp, a inaczej w młodych Google i Facebook. Jeszcze innym, nie do przecenienia czynnikiem jest tradycja kulturowa kraju macierzystego korporacji (inaczej kształtowane są wewnętrzne systemy normatywne w japońskim banku Namura, inaczej w brytyjskim banku Lloyds, a jeszcze inaczej w amerykańskim Citi).

<sup>35</sup> Więcej o prawie jako o elemencie określającym całokształt życia społeczno-gospodarczego i zarazem jednoczącym to życie – R. Stammler, *Gospodarka i prawo*, [w:] M. Szyszowska, *Europejska filozofia prawa*, Warszawa 1995, s. 80

<sup>36</sup> Więcej o dekonstruktywizmie, w którym odczytanie zapisu normatywnego odbywa się poprzez kontakt z tekstem, z którego wyprowadzane jest uprzywilejowanie określonych znaczeń przy użyciu filtrów wartościujących w wyniku czego dochodzi od odwrócenia istniejących zależności patrz: J. Derrida, [w:] M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Zakamycze 2000, s. 132 i n.

<sup>37</sup> Tak na przykład nurt *Critical Legal Studies*, ale też K. Llewellyn, *The Common Law Tradition: deciding appeals*, Boston 1960, s. 135 oraz s. 228 i n.

związanych z zarządzaniem swoim personelem, ale również na przykład w związku ze szczególnymi wymogami dotyczącymi określonych nakazanych zachowań, czy też kwalifikacji osobistych i zawodowych pracowników. Innej natomiast, dane osobowe klientów korporacji, bądź też potencjalnych jej klientów, którym w zależności od posiadanych przez nich cech oferowane być mogą określone produkty i usługi. Jeszcze inną ochroną objęte będą dane wchodzące w zakres tajemnicy bankowej, ubezpieczeniowej itd. Co więcej, przypadki kolizji norm wydawanych przez korporację z innymi przepisami ogólnie obowiązującymi w odniesieniu do kwestii związanych z podlegającymi ochronie danymi, odnoszą się nie tylko do rodzaju tych danych, ale także do sposobu korzystania z nich. Inne, posługując się choćby przytoczonymi tu przykładami, są oczekiwania korporacji w zakresie wykorzystania danych określających profil gospodarczy klientów używanych przy użyciu matematycznych modeli scoringowych, czy porównań historyczno-behawioralnych, a inne na przykład w odniesieniu do danych osobowych pracowników, które potrzebne są dla choćby dla ustalenia jakości ich pracy, czy planów awansu zawodowego. W zależności bowiem od zakresu i sposobu wykorzystania, różny może być zakres ich ochrony ustanowiony przez prawo obowiązujące w danej jurysdykcji i różnie intensywny bywa sposób ingerencji korporacji w poufność tych danych w tychże jurysdykcjach. Osobnym zupełnie zagadnieniem, będącym przykładem kolizji norm wewnątrz korporacyjnych z ogólnie obowiązującymi, a odnoszącym się do sfery danych jest ich raportowanie. Wynika to z faktu, że w oparciu o potrzebę zachowania integralności systemu finansowego, czy szerzej obrotu gospodarczego, prawodawca określa zwykle zasady, na których odbywać się może przekazywanie danych handlowych, finansowych itd. Równocześnie jednak międzynarodowe organizacje gospodarcze ustalają własne, zazwyczaj dalece odmienne zasady w tym zakresie i oczekują ich ścisłego stosowania.

Stopniując niejako wagę tego rodzaju kolizji norm można wskazać na znacznie poważniejsze przykłady, pojawiające się przy okazji sporów kompetencyjnych pomiędzy przedstawicielami korporacji, a jej jednostkami organizacyjnymi niezależnie od wynikających z zasad ładu korporacyjnego odpowiednich struktur zapewniających właściwy nadzór właścicielski. Mowa tu o popularnym w korporacjach, charakteryzujących się rozległym zasięgiem działania, zarządzaniu matrycowym, które polega na przydzieleniu przez korporację uprawnień do bezpośredniego sterowania sposobem prowadzenia działalności przez struktury zależne, a nawet do podejmowania jednostkowych decyzji zarządczych przez osoby spoza tych struktur niezależnie od obowiązującego w ich ramach podziału kompetencji<sup>38</sup>. Konsekwencją występowania tego rodzaju sytuacji, w których przekroczone zostają granice dopuszczalnego

---

<sup>38</sup> Więcej o zarządzaniu matrycowym np. J. Wieland, *Corporate Governance, Values Management, and Standards: A European Perspective*, „Business Society” March 2005, vol. 1, s. 74 i n.; C.A. Barlett, S. Ghoshal, *Matrix management: not a structure, a frame of mind*, „Harvard Business Review” 1990, 60 (4), s. 138 i n.; E.W. Larson, D.H. Gobeli, *Matrix Management: Contradictions and Insights*, „California Management Review” 1987, Vol. 29, s. 126 i n.; D.I. Clelant, W.R. King, *The Cultural Ambience of Matrix*



nadzoru właścicielskiego, a następuje bezpośrednie sterowanie decyzjami gospodarczymi przedsiębiorstw jest pozostawianie danej korporacji w stanie niezgodności z obowiązującym prawem, czyli *de facto* przedłożenie norm ustalonych wewnętrznie ponad normy wynikające z ogólnieobowiązujących przepisów prawa<sup>39</sup>.

Deklarowana przez korporacje wola pozostawania w stanie zgodności z prawem, przy jednoczesnym zdeterminowaniu do realizacji decyzji gospodarczych zgodnie z treścią własnych norm, powoduje posługiwanie się instrumentem tak zwanego arbitrażu legislacyjnego, bądź regulacyjnego<sup>40</sup>. Polega on na każdorazowym dokonywaniu wyboru prawa właściwego, rządzącego postanowieniami umownymi, bądź na takim określeniu miejsca prowadzenia określonej działalności, które może okazać się korzystniejsze z punktu widzenia otoczenia regulacyjnego. Następuje tu więc interesujące zjawisko marginalizowania roli uregulowań prawa prywatnego międzynarodowego, którego przepisy mające na celu usuwanie kolizji wynikających z odmiennych uregulowań obowiązujących na różnych terytoriach nie muszą być stosowane, gdyż to korporacje wyprzedzająco decydując o tym, które przepisy są dla nich korzystniejsze, działając zgodnie z tą identyfikacją podejmują zabiegi mające na celu dokonanie wyboru prawa właściwego. Przy czym oczywiście tego rodzaju instrumenty dostępne są jedynie bardzo dużym organizacjom gospodarczym posiadającym odpowiednie oprzyrządowanie prawne i organizacyjne.

Zagadnienie, które w związku z tym się rodzi, dotyczy tego, czy normy, a nawet całe systemy normatywne tworzone w ramach korporacji wypierają tradycyjne, publiczne porządki prawne zajmując coraz szersze pola, czy też jedynie uzupełniają dotychczasowe regulacje, nie wypierając ich. Ponieważ w braku szerokich przekrojowych badań w tej mierze, można obecnie powiedzieć raczej tylko tyle, że regulują one te obszary, w których państwo, władze publiczne pozostają dotychczas nieobecne i w ten sposób wypełniają istniejące luki normatywne. W praktyce nie oznacza to jednak pełnej autonomii obu tych systemów normatywnych skoro dochodzi do licznych kolizji poszczególnych uregulowań, tak jak dochodzi do zetknięcia się rozbieżnych interesów organów prawodawczych reprezentujących władczą wolę poszczególnych państw i interesów nie-

---

*Organization*, John Wiley & Sons online, 2008; M.R. Gottlieb, *The Matrix Management Organization Reloaded*, London 2006, s. 26 i n.

<sup>39</sup> Doniosły problem dopuszczalności niestosowania się do wybranych norm prawnych zaistniałej w sytuacji uprzedniego przeprowadzenia wobec nich krytyki z pozycji ich miejsca i zadań w hierarchii norm – R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 68 i n.

<sup>40</sup> Zgodnie z definicją Leksykonu Financial Times: *Regulatory Arbitrage – this is where firms take advantage of loopholes in regulatory systems to avoid certain types of regulation. This can be achieved by conducting business, creating products and services in certain locations that are outside the purview of regulators. Example: There are fears surrounding the possibility that British banks could engage in regulatory arbitrage and shift activity offshore to avoid disclosing bankers' pay and bonuses.* Więcej na temat arbitrażu regulacyjnego por. B. Minton, A. Sanders, P. E. Strahan, *Securitization by Banks and Finance Companies: Efficient Financial Contracting or Regulatory Arbitrage?*, Ohio State University 2004; J.F. Houston, C. Lin, Y. Ma, *Regulatory Arbitrage and International Bank Flows*, Hong Kong 2012; A.K. Shah, *Regulatory arbitrage through financial innovation*, University of Essex, Colchester 2007, s. 85 i n.

wiele mniej potężnych organizacji gospodarczych. Na poziomie uogólnionych rozważań teoretycznoprawnych owe przykłady kolizji norm przybierają postać zasadniczego konfliktu norm korporacyjnych o charakterze ogólnym i szerokim, transgranicznym zasięgu z normami prawa ogólnieobowiązującego ustanowionego w wyniku tradycyjnych procesów prawodawczych. Skoro zatem konflikt taki ma miejsce, to kierując się dążeniem do jego eliminacji należałoby podjąć refleksję na temat tego w jaki sposób powinien on być rozstrzygany. Wcześniej zaś należałoby ustalić czy konflikt pomiędzy uprawnionymi politycznie prawodawcami, a korporacyjnymi normodawcami przejawia się w niezgodzie jednych na regulowanie poszczególnych sfer funkcjonowania społeczeństw i jednostek przez drugich, czy też nie ma tego rodzaju napięcia, gdyż postawa przyjmowana dotychczas przez publicznie umocowanych prawotwórców wobec tego zjawiska pozostaje bierna, wyczekująca, albo nieświadoma.

## 5. Rozstrzygnięcie kolizji norm korporacyjnych z prawnymi

Jeżeli przyjąć, że dynamika zmian społecznych, a zwłaszcza gospodarczych utrwałać będzie wpływy wielkich instytucji gospodarczych działających transgranicznie, wynikiem tego może być utrzymywanie się i pojawianie się nowych sytuacji kolizji norm korporacyjnych z prawnymi. Już teraz ważne staje się spojrzenie na możliwe sposoby rozwiązywania tego rodzaju konfliktów wynikających z rozbieżności w sposobie uregulowania niektórych obszarów i uznanie, że ich waga zależy w dużej mierze od regulowanej materii, tego na ile jest ona istotna, żywotna, a przede wszystkim od tego, czego dotyczy.

Rozstrzygnięcie kolizji tych norm odbywać się musi na wielu płaszczyznach równocześnie. Jedną z nich jest dokonanie ustaleń w odniesieniu do zakresu obowiązywania, a więc poprzez analizę przedmiotu regulacji konkretnej treści badanej normy. Dopiero w rezultacie takiego badania może okazać się, czy norma ta pozostaje w kolizji z przepisami prawa obowiązujących w danej jurysdykcji.

Kolejna sposobność usunięcia ewentualnej kolizji norm odbywa się na poziomie interpretacji jej treści. Wyjaśnienie znaczenia treści odczytanej z normy z tego względu, iż w praktyce dokonywane jest przez praktyków prawa, odbywa się przy użyciu znanych reguł interpretacyjnych w tym w szczególności językowej, celowościowej i funkcjonalnej, w mniejszym zaś stopniu systemowej. Niewielka przydatność wykładni systemowej znajduje swoje wytłumaczenie właśnie w fakcie, że nie jest wiadome jaka powinno być usytuowanie w powszechnym systemie norm tych spośród nich, które są ustalane przez korporacje w relacji do innych norm wynikających z ogólnieobowiązujących przepisów prawa<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> O metodach wykładni oraz wnioskowań prawnych zwłaszcza z perspektywy roli i funkcji ocen wartościujących: Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1999, s. 151 i n.

Ponieważ tego rodzaju kolizje pozostają nadal właściwie niedostrzeżone przez naukę prawa, a reguły interpretacyjne tylko częściowo okazują się pomocne, praktyka na nowo odkrywa rolę intuicji prawniczej w rozwiązywaniu problemów dotyczących obowiązywania norm. Przy czym sytuacje kolizji norm, a szerzej wnioskowania na temat zakresu i mocy obowiązywania, rozwiązywane przy użyciu intuicji prawniczej teoretycznie odbywać się mogą na różne sposoby, w zależności od tego z jakich filozoficznych pozycji wyjściowych reprezentowanych przez różne szkoły prawnicze jest to rozpatrywane<sup>42</sup>.

Zarówno jednak posługiwanie się regułami interpretacyjnymi, jak i intuicją prawniczą zakłada istnienie pewnej sytuacji idealnej, polegającej na pozostawieniu samym prawnikom uprawnienia do podejmowania decydujących rozstrzygnięć na temat tego, jakie normy należy stosować w obliczu ich kolizji. Rzeczywistość gospodarcza, z jej wielowymiarową zawilnością, koniecznością zagwarantowania optymalnego wykorzystania zaangażowanego kapitału, potrzebą zapewnienia oczekiwanych zwrotów na inwestycjach, unaukowaną wiedzą na temat zarządzania ryzykiem, możliwością natychmiastowej weryfikacji prawdziwości przekazywanych danych, rozbieżnością interesów lokalnych, matrycowym zarządzaniem, rozproszeniem środowisk interesariuszy, czy wreszcie chociażby z pośpiechem – powoduje, że często rozstrzygnięcia w tym zakresie opierają się w mniejszym stopniu na instrumentarium technik prawniczych. Znacznie częściej natomiast działa mechanizm zrównania problemu kolizji norm z innymi problemami wynikającymi z bieżącego zarządzania korporacją, wobec czego rozwiązaniem staje się jego eskalacja do wyższych struktur zarządzania upoważnionych do podjęcia wiążących decyzji co do woli korporacji w tym zakresie<sup>43</sup>.

Rozwiązania tego rodzaju pozwalają funkcjonować korporacjom, które w danym konkretnym stanie rzeczy mogą dopuszczać możliwość pozostawiania w stanie niezgodności z lokalnymi przepisami prawa, o ile stoją one w sprzeczności z zaleceniami wynikającymi z ich wewnętrznego systemu aksjonormatywnego. Taka sytuacja, choć zaspokaja bieżące interesy korporacji, rzadko mogłaby być uznana za zadowalającą zwolenników konieczności niesprzeczności i spójności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi<sup>44</sup>.

Przed tymi współczesnymi badaczami przemian zachodzących w prawie, którzy zechcą uznać fakt normotwórczej roli ponadnarodowych organizacji gospodarczych otwarte pozostanie więc pytanie czy fakt, że podmioty nie spełniające kryterium publicznych prawotwórców, dysponujące jednak zarówno *dominium*,

<sup>42</sup> Więcej na temat intuicji prawniczej w ujęciu poszczególnych szkół prawniczych: T. Pietrzykowski, *Intuicja prawnicza*, Warszawa 2012, s. 162 i n.

<sup>43</sup> Dochodzi tu do zjawiska określanego w naukach kognitywnych jako framing, polegającego na różnicy w postrzeganiu sytuacji w zależności od perspektywy zysku bądź straty. Por. J.N. Druckman, *The Implications of Framing Effects for Citizen Competence*, „Political Behavior” 2001, vol. 23, no. 3, s. 225 i n.

<sup>44</sup> O współczesnej szkole ekonomicznej analizy prawa i jej wpływie na współczesne odczytanie współzależności norm prawnych i procesów ekonomicznych: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 184 i n.

jak i *imperium* w stosunku do rozległych populacji nie stanowi jednak ostatecznej podstawy dla uznania ich prawa do wydawania norm regulujących te sfery społeczne i gospodarcze, w których funkcjonują<sup>45</sup>. Wobec tego zaś, czy najskuteczniejszym sposobem usuwania ewentualnych kolizji norm korporacyjnych z prawnymi nie byłoby w pierwszej kolejności takie spojrzenie na te normy, które pozwalałoby na zaliczenie ich do, rozszerzonego tym sposobem, jednego choć niejednorodnego systemu normatywno-prawnego? I czy właśnie takie spojrzenie nie pozwoliłoby na znaczne zbliżenie do sytuacji pożądanej spójności niespójnych obecnie systemów prawnych.

## SPÓJNOŚĆ PRAWA A KORPORACYJNE NORMY COMPLIANCE

### Streszczenie

Artykuł obejmuje rozważania na temat sposobów rozwiązywania kolizji norm prawnych z pozaprawnymi tworzonymi przez korporacje w kontekście postulatu spójności systemu prawnego. Dotyczy niesprzeczności i spójności prawa, regulacji pozaprawnych (równoległych do prawnych) w kontekście systemu prawnego, norm tworzonych przez korporacje, kolizji norm tworzonych przez korporacje z normami prawnymi oraz rozstrzygnięcia kolizji norm korporacyjnych z prawnymi.

## CONSISTENCY OF LAW AND CORPORATE NORMS COMPLIANCE

### Summary

The article analyses the ways of solving a conflict between legal and extra-legal norms created by corporations in the context of a call for regulatory compliance. It regards non-contradiction and consistency of law, extra-legal regulations (parallel to legal ones) in the context of the legal system, corporate norms, a collision between the norms created by corporations and legal regulations, and ways of solving the conflict between corporate and legal norms.

---

<sup>45</sup> Uznanie istnienia „suwerena poza legislatywą”, tak jak legislatora poza suwerenem stanowić powinno przedmiot dalszych dociekań teoretyków państwa i prawa: H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 104 i n.

## **LA COHÉRENCE DU DROIT ET LES NORMES DES CORPORATION *COMPLIANCE***

### **Résumé**

L'article prend en considération le sujet de différents moyens de résoudre la collision des normes légales et hors légales créées par les corporations dans le contexte de la cohérence du système juridique. Il parle de la compatibilité et la cohérence du droit, de la régularisation hors légale (parallèle aux juridiques) dans le contexte du système juridique, des normes créées par les corporations, de la collision des normes créées par les corporations et des normes juridiques ainsi que de l'arbitrage de ces collisions des normes de corporations et des normes juridiques.

## **СОВОКУПНОСТЬ ПРАВА И КОРПОРАТИВНЫЕ НОРМЫ *COMPLIANCE***

### **Резюме**

Статья содержит размышления на тему способов решения противоречий между юридическими и внеюридическими положениями, создаваемыми корпорациями, в контексте постулата последовательности правовой системы. Касается непротиворечивости и последовательности закона, внеюридических регулирований (параллельных юридическим) в контексте правовой системы, законов, создаваемых корпорациями, противоречий между законами, создаваемыми корпорациями, и юридическими, а также разрешение противоречий между корпоративными законами и юридическими.

RYSZARD A. STEFAŃSKI



PRZEGLĄD UCHWAŁ IZBY KARNEJ  
ORAZ IZBY WOJSKOWEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO  
W ZAKRESIE PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO  
ZA 2013 R.

I. KODEKS KARNY

1. Ustawa względniejsza dla sprawcy (art. 4 § 1 k.k.)

Kodeks karny w pierwotnej wersji w art. 89 § 1 stanowił, że „W razie skazania K za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności albo grzywny z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 69”. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup> zmieniono ten przepis dodając, iż sąd może dokonać tego w wyroku łącznym. W judykaturze prezentowano pogląd, że:

- „Unormowanie zawarte w art. 89 § 1 k.k. nie daje podstaw do orzeczenia wyrokiem łącznym kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w sytuacji, gdy łączeniu podlegają wyłącznie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania”<sup>2</sup>.
- „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i bez warunkowego jej

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 206 poz. 1589.

<sup>2</sup> Uchwała SN z dnia 25 października 2000 r. – I KZP 28/2000, OSNKW 2000, Nr 11–12, poz. 91 z głosami krytycznymi D. Wysockiego, OSP 2001, Nr 3, s. 158–160, J. Misztal-Koneckiej, PS 2001, Nr 7–8, s. 126–133, Ł. Gramzy, OSP 2001, Nr 9, s. 419–420, D. Kali, AG 2002, Nr 1, s. 77–82 oraz głosem aprobującą P. Zwolaka, PS 2002, Nr 4, s. 114–120 i takimi uwagami S. Zablockiego, *Przeгляд orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karne*, Pal. 2000, Nr 11–12, s. 189–192, a także R.A. Stefańskiego, *Przeгляд uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 2000 r.*, WPP 2001, Nr 1, s. 111–113.

zawieszenia – orzeczenie kary bez warunkowego zawieszenia jej wykonania w wyroku łącznym (art. 89 § 1 KK) nie jest dopuszczalne”<sup>3</sup>.

Cyt. ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. dodano do art. 89 k.k. § 1a w brzmieniu „W razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania sąd może w wyroku łącznym orzec karę łączną pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania”. Nie budzi zatem wątpliwości, że od wejścia życie tego przepisu, tj. o dnia 8 czerwca 2010 r. możliwe jest na jego podstawie orzeczenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności w razie łączenia kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania. Przepis ten *expressis verbis* przewiduje możliwość orzeczenia w wyroku łącznym bezwzględnej kary pozbawienia wolności, jeśli wszystkie podlegające łączeniu kary pozbawienia wolności orzeczone zostały z warunkowym zawieszeniem ich wykonania.

Jego wejście w życie spowodowało w orzecznictwie rozbieżności w zakresie wykładni art. 89 § 1 k.k.

<sup>3</sup> Uchwała SN z dnia 27 marca 2001 r. – I KZP 2/2001, OSNKW 2001, Nr 5–6, poz. 41 z głosami krytycznymi K. Grzegorzcyka, WPP 2001, Nr 2, s. 150–157, J. Matrasa, Prok. i Pr. 2002, Nr 1, s. 119–123 i W. Marcinkowskiego, WPP 2002, Nr 3, s. 160–162 oraz głosem aprobującą M. Gajewskiego, Mon. Praw. 2001, Nr 18, s. 940–943 i aprobującymi S. Zabłockiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karne*, Pal. 2001, Nr 5–6, s. 190–191, a także R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 2001 r.*, WPP 2002, Nr 1, s. 113–116, wyroku SN z dnia 5 października 2004 r. – V KK 224/04, OSNKW 2004, Nr 10, poz. 98 z głosami krytyczną M. Górskiego, Gd. Stud. Praw. Prz. Orzec. 2005, Nr 1–2, s. 173–178 i aprobującą J. Raglewskiego, Jur. 2005, Nr 10–11, s. 50–52. Tak też wyroku SN z dnia: 8 stycznia 2003 r. – III KK 403/02, OSNwSK 2003, poz. 23, wyroku SN z dnia 3 kwietnia 2003 r. – IV KK 113/03, OSNwSK 2003, poz. 713; wyroku SN z dnia 22 czerwca 2004 r. – V KK 50/04, OSNwSK 2004, poz. 1160, wyroku SN z dnia 5 października 2004 r. – V KK 224/04, OSNKW 2004, z. 10, poz. 98, wyroku SN z dnia 14 kwietnia 2005 r. – III KK 54/05, OSN Prok. i Pr. 2005, Nr 11, poz. 3, postanowieniu SN z dnia 3 października 2005 r. – V KK 128/05, OSNKW 2005, Nr 12, poz. 119 z głosem krytyczną J. Raglewskiego, OSP 2006, Nr 7–8, s. 441–443, wyroku SN z dnia 15 listopada 2005 r., IV KK 256/05, OSNwSK 2005, poz. 2056, wyroku SN z dnia 16 grudnia 2005 r. – V KK 414/05, OSN Prok. i Pr. 2006, Nr 5, poz. 5, wyroku SN z dnia 15 listopada 2005 r. – IV KK 256/05, OSNwSK 2005, poz. 2056, wyroku SN z dnia 14 marca 2007 r., II KK 6/07, OSNwSK 2007, poz. 609, wyroku SN z dnia 24 kwietnia 2007 r. – IV KK 155/07, OSN Prok. i Pr. 2007, Nr 9, poz. 4, wyroku SN z dnia 12 czerwca 2007 r. – V KK 132/07, OSNwSK 2007, poz. 1261, wyroku SN z dnia 19 grudnia 2007 r. – III KK 408/07, OSNwSK 2007, poz. 2898, wyroku SN z dnia 19 marca 2008 r. – IV KK 45/08, OSN Prok. i Pr. 2008, Nr 6, poz. 6, wyroku SN z dnia 9 czerwca 2008 r. – III KK 124/08, OSNwSK 2008, poz. 1227, wyroku SN z dnia 26 listopada 2008 r. – III KK 317/08, OSNwSK 2008, poz. 2389, wyroku SN z dnia 26 marca 2009 r. – IV KK 69/09, OSNwSK 2009, poz. 841, postanowieniu SN z dnia 30 września 2009 r. – I KZP 12/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 86, postanowieniu SN z dnia 5 sierpnia 2010 r. – III KK 67/10, OSNwSK 2010, poz. 1537, postanowieniu SN z dnia 20 października 2010 r., IV KK 297/10, OSNwSK 2010, poz. 2005, postanowieniu SN z dnia 8 lutego 2011 r. – III KK 412/10, OSNwSK 2011, poz. 282, wyroku SN z dnia 8 lutego 2011 r. – III KK 414/10, Biul. PK 2011, Nr 3, poz. 1.2.2 z krytycznymi uwagami P. Kozłowskiej-Kalisz, J. Piórkowskiej-Flieger: *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 2011 r. w: Prawo w działaniu 2013*, Nr 13, s. 192–194, wyroku SA w Katowicach z dnia 24 sierpnia 2005 r., II AKz 530/05, KZS 2005, z. 12, poz. 69, wyroku SA w Szczecinie z dnia 15 marca 2006 r. – II AKa 37/06, Orz. SA w Szczecinie, PA w Szczecinie, postanowieniu SA we Wrocławiu z dnia 29 grudnia 2006 r. – II AKz 634/06, OSA 2008, nr 1, poz. 3, wyroku SA w Krakowie z dnia 27 marca 2008 r. – II AKa 40/08, OSN Prok. i Pr. 2009, Nr 2, poz. 26, postanowieniu SA w Krakowie z dnia 19 stycznia 2011 r. – II AKz 487/10, OSN Prok. i Pr. 2011, Nr 11, poz. 32.

Przyjmowano, że art. 89 § 1 k.k. w stanie prawnym obowiązującym od dnia 8 czerwca 2010 r. stanowi podstawę prawną orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku łącznym, w wyniku połączenia kar tego rodzaju wymierzonych za zbiegające się przestępstwa z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania. Argumentowano m.in. że „Skoro wraz z wprowadzeniem art. 89 § 1a k.k., nie uległ merytorycznej zmianie art. 89 § 1 k.k., to na podstawie tego przepisu sąd jest uprawniony do orzekania kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia, gdy połączeniu w wyroku łącznym podlegają kary orzeczone z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania. Za takim wnioskiem przemawia obecnie argument *a maiori ad minus* z art. 89 § 1a k.k.”<sup>4</sup>

Negowano też taką możliwość, wskazując, że wprawdzie obecnie obowiązujący przepis art. 89 § 1a k.k. zezwala w razie skazania za zbiegające się przestępstwa na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania na orzeczenie w wyroku łącznym kary łącznej pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, a tym bardziej jest możliwe orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia wolności wobec sprawcy zbiegających się przestępstw, któremu wyrokami jednostkowymi zostały wymierzone kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, lecz na przeszkodzie stoi jedna z fundamentalnych zasad prawa karnego, wyrażoną w art. 4 § 1 k.k.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Wyrok SN z dnia 14 czerwca 2011 r. – IV KK 159/11, OSN Prok. i Pr. 2011, Nr 11, poz. 3 z glosami krytyczną B.J. Stefańskiej, WPP 2011, Nr 3, s. 51–56 i aprobuja J. Raglewskiego, Lex, wyrok SN z dnia 14 czerwca 2011 r. – IV KK 159/11, LEX nr 848159, postanowienie SN z dnia 6 grudnia 2012 r. – IV KK 199/12, LEX nr 1254716, postanowienie SN dnia 25 stycznia 2013 r. – IV KK 194/12, LEX nr 1292222, wyrok SA w Katowicach z dnia 9 grudnia 2010 r. – II AKa 405/10, LEX nr 785457, wyrok SA w Katowicach z dnia 27 maja 2011 r. – II AKa 168/11, OSN Prok. i Pr. 2011, Nr 12, poz. 18.

<sup>5</sup> Wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2010 r. – III KK 67/10, OSNwSK 2010, poz. 1537, wyrok SN z dnia 16 grudnia 2010 r. – II KK 156/10, LEX nr 783279, wyrok SN z dnia 8 lutego 2011 r. – III KK 414/10, LEX nr 735573, wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2011 r. – V KK 74/11, OSNKW 2011, Nr 6, poz. 54 z aprobuja glosą M. Siwka, Lex i takimi uwagami P. Kozłowskiej-Kalisz, J. Piórkowskiej-Flieger: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 2011 r. w: Prawo w działaniu 2013, Nr 13, s. 196–198, wyrok SN z dnia 13 kwietnia 2011 r., IV KK 39/11, OSN Prok. i Pr. 2011, Nr 9, poz. 1, wyrok SN z dnia 27 kwietnia 2011 r. – II KK 327/10, OSN Prok. i Pr. 2011, Nr 10, poz. 4, wyrok SN z dnia 15 czerwca 2011 r. – II KK 108/11, LEX nr 847137, wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2011 r. – IV KK 186/11, LEX nr 897770, wyrok SN z dnia 12 października 2011 r. – V KK 275/11, OSN Prok. i Pr. 2012, Nr 2, poz. 4, wyrok SN z dnia 18 października 2011 r. – IV KK 262/11, LEX nr 1044057, wyrok z dnia 8 listopada 2011 r. – IV KK 171/11, LEX nr 1044052, wyrok SN z dnia 8 listopada 2011 r. – IV KK 171/11, LEX nr 1044052, Wyrok SN z dnia 17 listopada 2011 r. – V KK 206/11, Biul. PK 2012, Nr 1, poz. 1.2. 15, wyrok SN z dnia 8 lutego 2012 r. – IV KK 238/11, LEX nr 1163357, wyrok SN z dnia 22 listopada 2012 r. – V KK 290/12, LEX nr 1228653, wyrok SN dnia 6 grudnia 2012 r., V KK 317/12, LEX nr 1235911, postanowienie SN z dnia 6 grudnia 2012 r. – IV KK 199/12, LEX nr 1254716, wyrok SN z dnia 6 grudnia 2012 r. – V KK 364/12, OSN Prok. i Pr. 2013, Nr 2, poz. 3, wyrok SN z dnia 17 stycznia 2013 r., II KK 84/12, OSNKW 2013, Nr 5, poz. 43, postanowienie SN z dnia 25 stycznia 2013 r. – IV KK 194/12, LEX nr 1292222, wyrok SN z dnia 5 kwietnia 2013 r., IV KK 401/12, LEX nr 1308161, wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r. – III KK 101/13, LEX nr 1318206, wyrok SN z dnia 23 maja 2013 r., III KK 102/13, LEX nr 1315620, wyrok SA w Białymstoku z dnia 18 stycznia 2011 r., II AKa 254/10, Orz. SA w Białymstoku



Na tle tych rozbieżności zostało przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy podstawę prawną bezwzględnej kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyroku łącznym, w wyniku połączenia kar tego rodzaju wymierzonych za zbiegające się przestępstwa z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania, stanowi – w stanie prawnym obowiązującym od dnia 8 czerwca 2010 r. – w art. 89 § 1 k.k., czy też art. 89 § 1a k.k. wprowadzony ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw.

Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 28 listopada 2013 r. – I KZP 13/13, (OSNKW 2013, Nr 12, poz. 100) wyjaśnił, że: **Po dniu 8 czerwca 2010 r. podstawę prawną wymierzenia w wyroku łącznym bezwzględnej kary pozbawienia wolności orzeczonej w wyniku połączenia kar pozbawienia wolności wymierzonych za zbiegające się przestępstwa z warunkowym zawieszeniem i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania stanowi art. 85 k.k. w zw. z art. 89 § 1 k.k. w zw. z art. 89 § 1a k.k. Normy wynikające z powołanych przepisów mają także charakter materialnoprawny, wobec czego należy do nich odnosić reguły intertemporalne zawarte w art. 4 § 1 k.k.** Jest to pogląd słuszny.

Uzasadniając ten pogląd Sąd Najwyższy opowiedział się za poglądem, że do dnia 8 czerwca 2010 r. nie było możliwe w omawianych wypadkach orzeczenie w wyroku łącznym kary łącznej bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, a stało się to możliwe dopiero po tej dacie, gdyż w celu właściwego odczytania normy z wynikającej przepisu, trzeba sięgnąć po utrwalony, jednolity, jednoznaczny, powszechny oraz autorytatywny sposób jego rozumienia wyrażony w judykaturze Sądu Najwyższego. W praktyce stosowania przepis nabrał takiej właśnie treści<sup>6</sup>. Trafnym zdaniem Sądu Najwyższego dodanie do § 1a art. 89 k.k. doprowadziło do zmiany normatywnej w zakresie, w jakim powstała konieczność każdorazowego orzekania kary łącznej, przy spełnieniu warunków wskazanych w art. 85 k.k., niezależnie od zastosowanego środka probacyjnego co do którejkolwiek z kar orzeczonych za pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, tym samym wpłynęła na treść normy uprzednio dekodowanej w oparciu o art. 89 § 1 k.k. Zmiana wykładni art. 85 k.k. w zw. z art. 89 § 1 k.k. jest więc wynikiem dokonanej zmiany normatywnej, co musi pociągnąć za sobą, w przypadkach tego wymagających, odwołania się do zasady wyrażanej w art. 4 § 1 k.k. Zobowiązuje to sąd orzekający w przedmiocie wydania wyroku łącznego do ustalania – zgodnie

2011, Nr 1, s. 51, wyrok SA w Białymstoku z dnia 29 czerwca 2012 r., – II AKa 116/12, LEX nr 1220417, wyrok SA w Katowicach z dnia 15 marca 2012 r. – II AKa 29/12, OSN Prok. i Pr. 2012, Nr 7–8, poz. 18.

<sup>6</sup> Wyrok TK z dnia 31 marca 2005 r. – SK 26/02, OTK ZU nr 3/A/2005, poz. 29, wyrok TK z dnia 3 października 2000 r. – K 33/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 188, wyrok TK z dnia 2 czerwca 2009 r. – SK 31/08, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 83, wyrok TK z dnia 24 czerwca 2008 r. – SK 16/06, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 85; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003, s. 174–178. S. Żółtek, *Głosa do postanowienia SN z dnia 23 marca 2011 r.* – I KZP 29/10, OSP 2011, nr 11, s. 805.

z art. 4 § 1 k.k., – która z ustaw jest względniejsza dla sprawcy, porównując stan normatywny z dnia orzekania oraz z czasu popełnienia każdego z przestępstw pozostających w realnym zbiegu.

Istotnym problem jest ustalenie, czy w wyniku wskazanej wyżej nowelizacji doszło do zmiany normatywnej art. 89 § 1 k.k. Trafnie w literaturze wskazuje się, że treść art. 89 § 1 k.k. nie uległa zmianie w wyniku nowelizacji, poza doprecyzowaniem, iż przepis ten dotyczy orzekania o karze łącznej w wyroku łącznym<sup>7</sup>, lecz w art. 4 § 1 k.k. nie chodzi o zmianę treści przepisu, a o zmianę normatywną, a zatem w zakresie treści obowiązującej normy prawnej do czasu nowelizacji<sup>8</sup>. Treść art. 89 § 1a k.k. nie pozostaje bez wpływu na rekonstrukcję normy zawartej w § 1 tego artykułu. W drodze wnioskowania *a maiori ad minus* uzyskuje się wynik interpretacyjny, zgodnie z którym *de lege lata* skoro możliwe jest orzeczenie w wyroku łącznym kary łącznej pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania z połączenia kar pozbawienia wolności orzeczonych z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, to tym bardziej dopuszczalne jest wymierzenie takiej kary łącznej w wyroku łącznym z połączenia kar orzeczonych z warunkowym i bez warunkowego zawieszenia ich wykonania.

W doktrynie dopuszcza się stosowanie art. 4 § 1 k.k. także do rozstrzygnięć wydawanych po orzeczeniu o winie i karze. Rozstrzygnięciami takimi są prawnokarne konsekwencje skazania, w tym związane z faktem popełnienia wielu przestępstw w postaci kary łącznej, orzekanej zarówno w ramach jednoczesnego sądenia poszczególnych przestępstw, jak i w warunkach wyroku łącznego<sup>9</sup>. Podkreśla się, że reguły wynikające z art. 4 § 1 k.k. mają zastosowanie tylko w zakresie regulacji określających podstawy oraz rozmiar kary łącznej<sup>10</sup>. Kara łączna jest instytucją prawa karnego materialnego, co implikuje konieczność wyrokowania z uwzględnieniem art. 4 § 1 k.k.<sup>11</sup> Prowadzi to do tego, że w wypadku gdy w czasie orzekania w przedmiocie wyroku łącznego obowiązuje ustawa inna niż w chwili popełnienia czynów, za które wymierzono kary jednostkowe podlegające łączeniu, to należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, gdy jest ona względniejsza dla skazanego<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> K. Federowicz, *Umorzenie postępowania w przedmiocie wydania wyroku łącznego w świetle nowelizacji art. 89 Kodeksu karnego dokonanej ustawą z 5 listopada 2009 r.*, PS 2011, nr 7–8, s. 122.

<sup>8</sup> K.J. Leżak, *Orzekania kary łącznej w wyroku łącznym na podstawie art. 89 § 1 k.k. a stosowanie art. 4 § 1 k.k. Uwagi na marginesie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2011 r.*, IV KK 1159/11, Ius Novum 2012, Nr 4, s. 36–37.

<sup>9</sup> W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 512 i 674.

<sup>10</sup> A. Zoll w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 108.

<sup>11</sup> K.J. Leżak, *Orzekania kary łącznej...*, s. 36.

<sup>12</sup> M. Siwek, *Glosa do wyroku SN z dnia 12 kwietnia 2011 r.* – KK 74/11, LEX/el. 2011; P. Kornacki, *Orzekanie kary łącznej w warunkach zmiany ustawy*, PS 2011, nr 11–12, s. 38–39.

## 2. Bieg okresu zakazu prowadzenia pojazdów (art. 43 § 3 k.k.)

Środek karny w postaci zakazu obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia, z tym że okres, na który go orzeczono nie biegnie w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, chociażby orzeczonej za inne przestępstwo (art. 43 § 2 k.k.). Jeśli chodzi o zakaz prowadzenia pojazdów, to sąd, orzekając go, nakłada obowiązek zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu i do chwili wykonania obowiązku okres, na który orzeczono zakaz, nie biegnie (art. 42 § 3 k.k.). Nie ma znaczenia, w jakim czasie po uprawomocnieniu się wyroku, wykonując orzeczenie w zakresie zakazu prowadzenia pojazdów, sąd wzywa skazanego do zrealizowania tego obowiązku i poucza go, że do chwili wykonania tego obowiązku okres, na który go orzeczono, nie biegnie. Obowiązek ten, jeżeli został orzeczony, ciąży na skazanym w mocy prawa od chwili uprawomocnienia się wyroku<sup>13</sup>.

*Prima vista* wydaje się że regulacja ta jest jasna i jej interpretacja nie powinna nasuwać wątpliwości. Tymczasem w praktyce powstał problem, od jakiego momentu rozpoczyna się bieg takiego zakazu w sytuacji, gdy sąd nie orzekł obowiązku zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdów.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 20 czerwca 2013 r. – I KZP 4/13, (OSNKW 2013, Nr 8, poz. 64), uznał, że: **Jeżeli sąd z obrazą art. 43 § 3 k.k. nie zobowiązał skazanego do zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdów, bieg okresu, na który orzeczono zakaz prowadzenia pojazdów rozpoczyna się z dniem uprawomocnienia się wyroku skazującego.** Jest to pogląd nietrafny, aczkolwiek spotkał się z różną oceną w doktrynie<sup>14</sup>.

Sąd Najwyższy wskazał, że ustawodawca w art. 43 § 2 i 3 k.k. odróżnia dwa pojęcia: obowiązywanie zakazu prowadzenia pojazdów oraz termin obowiązywania tego zakazu. Jeżeli więc osoba, wobec której orzeczono zakaz, mimo zobowiązania nie odda dokumentu, to automatycznie wydłuży się w stosunku do niej faktyczny okres niemożności prowadzenia pojazdów. Wstrzymanie biegu okresu zakazu trwa dopóty, dopóki osoba skazana nie zdeponuje dokumentu, chociaż zakaz obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia aż do zdania tego dokumentu. Organ ten odrzucił występujące w literaturze rozróżniania pojęć: „bieg okresu zakazu” i „obowiązywanie zakazu”<sup>15</sup>. uznając, że poza wyjątkami, o których mowa w art. 43 § 2 *in fine* i § 3 *in fine* k.k., nie znajduje ono żadnego uzasadnienia. Obowiązywanie temporalnych środków karnych, orzekanych na

<sup>13</sup> K. Postulski, Głosa do postanowienia SN z dnia 20 czerwca 2013 r. – I KZP 4/13, LEX/el2013.

<sup>14</sup> Zob. glosy aprobujać K. Postulskiego, LEX/el. 2013, krytyczne A. Skowrona, LEX/el 2013 i R.A. Stefańskiego, OSP 2014, Nr 1 oraz częściowo krytyczne uwagami A. Herzoga, *Wykonywanie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych. Uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2013 r.*, sygn. I KZP 4/13, PnD 2013, Nr 8, s. 5–11.

<sup>15</sup> T. Huminiak, *Praktyczne problemy obliczania biegu środka karnego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych*, PnD 2005, Nr 10, s. 6; A. Skowron, *Jeszcze o przepisie artykułu 43 § 3 kodeku karnego*, PnD 2013, Nr 10, s. 33.

pewien czas, immanentnie związane jest z okresem, na jaki są one orzekane; poza tym okresem środka karnego nie ma. Pomijając wspomniane wyjątki, ustawodawca dla obliczania biegu okresu, na jaki orzeczono zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych, nie posługuje się żadnym innym pojęciem niż „obowiązywanie” zakazu (art. 43 § 2 *in principio* k.k.). Jeżeli tego terminu – kontynuuje Sąd Najwyższy – nie odczytywać jednocześnie jako „biegu okresu”, z wyjątkiem wcześniej wspomnianych sytuacji, to w kodeksie karnym brak jest jakiegokolwiek przepisu, który regulowałby tę kwestię. Inny sposób interpretacji doprowadziłby do paradoksu, że choć zakaz obowiązywałby, to okres, na jaki go orzeczono, nie upłynąłby nigdy. Zdaniem Sądu Najwyższego istnienie wyjątków określonych w art. 43 § 2 *in fine* i § 3 *in fine* k.k. potwierdza tylko regułę biegu okresu orzeczonego środka karnego od uprawomocnienia się orzeczenia (art. 43 § 2 *in principio* k.k.). w sytuacji, gdy sąd – wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 43 § 3 *in principio* k.k. – nie nałożył na sprawcę obowiązku zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdów. Druga część art. 43 § 3 k.k. zaś odwołuje się – w podstawie wyjątkowego zawieszenia biegu okresu, na jaki orzeczono zakaz – do wykonania obowiązku, o którym mowa w pierwszej części tego paragrafu. Jeżeli więc taki obowiązek, wbrew przepisom prawa, nie zostanie nałożony, niemożliwe jest też spełnienie przesłanki, która umożliwia zawieszenie biegu okresu. W konsekwencji oznacza to, że okres, na jaki orzeczono zakaz, biegnie nieprzerwanie od uprawomocnienia się orzeczenia.

Argumentacja ta jest nieprzekonująca. Z treści art. 43 § 2 k.p.k. jednoznacznie wynika, że zakaz prowadzenia pojazdów, jak i inne środki karne polegające na zakazach, obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia. Sąd Najwyższy, uzasadniając swój pogląd odwołał się do tego określenia, uznając, że jednocześnie oznacza to, że „od tego momentu biegnie okres, na jaki go orzeczono”. Nie są to – jak przyjmuje Sąd Najwyższy – terminy jednoznaczne, jednakże generalnie początkowa granica obowiązywania oraz biegu zakazów jest określona w ten sam sposób; jest nią chwila uprawomocnienia się orzeczenia. Bieg zakazów ulega zawieszeniu w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, chociażby orzeczonej za inne przestępstwo (art. 43 § 2 k.k.). Wyjątkowo bieg zakazu może nie rozpocząć się w wypadku, gdy oskarżony był tymczasowo aresztowany i z chwilą uprawomocnienia się wyroku przystąpiono do wykonania kary pozbawienia wolności.

Zakaz prowadzenia pojazdów niewątpliwie obowiązuje od uprawomocnienia się orzeczenia, gdyż wynika to wprost art. 43 § 2 k.k. Z treści art. 43 § 3 *in fine* k.k., który stanowi *expressis verbis*, że do chwili wykonania obowiązku zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdów nie biegnie okres, na który orzeczono zakaz. Oznacza to, że zakaz ten w ogóle nie rozpoczyna biegu od chwili uprawomocnienia się orzeczenia, a dopiero od momentu zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia. Wskazuje na to wnioskowanie *a contrario* z art. 43 § 3 k.k., który należy odczytać w ten sposób, że bieg zakazu prowadzenia pojazdów rozpoczyna się od momentu zwrotu dokumentu stwierdzają-

cego uprawnienia do prowadzenia pojazdów. Trafnie w literaturze co do tego środka – wbrew odmiennej ocenie Sądu Najwyższego – nadaje się odmienne znaczenie określeniom „obowiązuje” i „biegnie”. Przyjmuje się, że z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia następuje skutek materialnoprawny polegający na tym, że skazany nie ma prawa występować w roli aktywnego uczestnika ruchu w charakterze kierującego pojazdem objętego zakazem, a sensem art. 43 § 3 k.k. jest powiązanie tego skutku z administracyjnoprawnym aspektem korzystania z uprawnienia do prowadzenia pojazdów, którego bezpośrednim wyrazem jest posiadanie dokumentu potwierdzającego to uprawnienie w postaci prawa jazdy<sup>16</sup>.

W zakresie zakazu prowadzenia pojazdów termin, od którego obowiązuje ten zakaz jest określony w art. 43 § 2 k.k., którym jest uprawomocnienie się orzeczenia, a początek jego biegu wyznacza art. 43 § 3 k.k. i jest nim chwila zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów. Nie ma znaczenia, czy skazany sam odda taki dokument, czy też zostaje mu zatrzymany (art. 135 ust. pkt 1 lit. f. p.r.d). „Zaliczenie na poczet zakazu okresu zatrzymania prawa jazdy – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – nie przesuwają początku obowiązywania tego zakazu na moment odebrania oskarżonemu owego dokumentu”<sup>17</sup>. Inaczej jest z jego biegiem. Jeśli prawo jazdy było zatrzymane, początkową datą jego biegu *ex post* jest dzień fizycznego odebrania tego dokumentu w razie zaliczenia tego zatrzymania na poczet zakazu. Jeżeli prawo jazdy nie było zatrzymane, to terminem początkowym biegu zakazu jest oddanie go. Przyjęcie takiego rozwiązania było podyktowane tym, by zakaz nie biegł w czasie, gdy skazany dysponuje dokumentem stwierdzającym uprawnienia do prowadzenia pojazdu, co umożliwia mu jego prowadzenie, bez większej obawy ujawnienia, że nie może korzystać z tych uprawnień<sup>18</sup>.

Z art. 43 § 3 k.k. wynika związek rozpoczęcia biegu okresu, na jaki orzeczono zakaz prowadzenia pojazdów z wykonaniem przez skazanego obowiązku zwrotu dokumentu uprawniającego do kierowania pojazdami<sup>19</sup>. Zawieszenie biegu okresu zakazu trwa do czasu zwrotu dokumentu

W piśmiennictwie, podobnie jak Sąd Najwyższy w omawianym postanowieniu, wyrażono pogląd, że w razie nienałożenia na skazanego obowiązku zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu okres orzeczonego zakazu biegnie nie od chwili zwrotu dokumentu, lecz od uprawomocnienia się orzeczenia, uzasadniany tym, że skoro na skazanego nie nałożono omawianego obowiązku,

<sup>16</sup> T. Huminiak, *Praktyczne problemy...*, s. 7; K. Postulski, Głosa do postanowienia SN z dnia 20 czerwca 2013 r. – I KZP 4/13, LEX/el2013.

<sup>17</sup> Wyrok SN z dnia 7 grudnia 2011 r. – V KK 364/11, LEX nr 1095978.

<sup>18</sup> R.A. Stefański, *Wykonywanie zakazu prowadzenia pojazdów ruchu drogowego*, [w:] *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych. Księga pamiątkowa ku czci Prof. L. Boguni*, T. Kalisz (red.), Wrocław 2011, s. 195.

<sup>19</sup> K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 753.

to nie istniało prawne zobowiązanie do zwrócenia przez niego tego dokumentu, a zatem nie ma do niego zastosowania przedłużenie biegu zakazu.<sup>20</sup>

Pogląd ten znajduje nie uzasadnienia w art. 43 § 3 *in fine* k.k. Trafnie wskazuje się piśmiennictwie, że ustawa nie tego warunkuje tego skutku kumulatywnym spełnieniem dwóch przesłanek, a mianowicie zobowiązaniem oskarżonego do zwrotu prawa jazdy oraz wywiązaniem się oskarżonego z tego obowiązku, ale tylko zaistnieniem drugiej z tych okoliczności. Zwrot „do chwili wykonania obowiązku okres, na który orzeczono zakaz nie biegnie” i chociaż jest ściśle powiązany ze zdaniem go poprzedzającym może być odczytany jako mający samoistny byt. Nie zostało dookreślone źródło tego obowiązku. Inna byłaby jego treść, gdyby w zwrocie tym wyraźnie zaznaczono, np. „tego obowiązku”. Nie można gubić z pola widzenia tego, że przepis ten wyraża wolę ustawodawcy, by do czasu, gdy oskarżony dysponuje dokumentem uprawniającym do kierowania pojazdami, okres obowiązywania środka karnego nie rozpoczął się, a tym samym by nie upłynął jego okres w czasie gdy posiadał prawa jazdy<sup>21</sup>.

Nietrafnie Sąd Najwyższy stwierdził, że inne rozumienie tego przepisu, przyjmujące, że bieg zakazu rozpoczyna się od zwrotu dokumentu, niezależnie od tego, czy sprawca został do tego zobowiązany, nie znajduje oparcia w treści tego przepisu, a nadto sprzeczne byłoby z regułą *exceptiones non sunt extendendae*. Nadane przez Sąd Najwyższy znaczenie tego przepisu pozostaje w sprzeczności z *ratio legis* tej regulacji, która ma zapewnić efektywne wykonywanie zakazu, co może mieć miejsce tylko wówczas, gdy skazany jest pozbawiony dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów, których dotyczy zakaz<sup>22</sup>. Zakładając, że wykładnia językowa rzeczywiście uzasadnia pogląd Sądu Najwyższego, należało – ze względu skutki, jakie wynikają z takiej wykładni – odstąpić od wykładni językowej i oprzeć się na dyrektywie teleologicznej, przyjmując, że niezależnie od tego, czy sąd orzekł obowiązek zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów, czy też nie, termin, od którego rozpoczyna bieg zakaz liczy się do dnia zwrotu dokumentu.

Wyrok, w którego treści nie zawarto tego obowiązku musi być wykonany i sąd, który wydał wyrok w pierwszej instancji jest obowiązany – zgodnie z § 373 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych<sup>23</sup> – po uprawomocnieniu się orzeczenia o zakazie prowadzenia pojazdów, zawiadomić starostę, przesyłając odpis wyroku lub wyciąg z wyroku z uzasadnieniem, jeżeli zostało sporządzone, wskazując jednocześnie datę, od której należy liczyć okres wykonywania środka karnego. By wskazać termin, od którego należy liczyć okres wykonania zakazu, musi wezwać skazanego do zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów

<sup>20</sup> T. Huminiak, *Praktyczne problemy...*, s. 11.

<sup>21</sup> A. Skowron, Głosa do postanowienia SN z dnia 20 czerwca 2013 r. – I KZP 4/13, KEX/el2013.

<sup>22</sup> R.A. Stefański, *Wykonywanie zakazu...*, s 195.

<sup>23</sup> Dz.U. Nr 38 poz. 249 ze zm.

i dopiero po jego otrzymaniu może wskazać konkretną datę początkową biegu zakazu. Podstawą prawną takiego żądania jest właśnie § 373 cyt. Regulaminu. Słusznie przyjmuje się w judykaturze, że jeżeli sąd nie wskazał daty początkowej biegu powyższego terminu, rozstrzygnięcie w zakresie wskazania początkowej daty wykonywania środka karnego, nie mogło być samodzielnie podjęte przez organ administracji<sup>24</sup>. W kontekście treści § 373 cyt. Regulaminu nietrafny jest pogląd Naczelnego Sądu Administracyjnego, że „Sąd karny, przesyłając prawomocne orzeczenie zawierające rozstrzygnięcie o zakazie prowadzenia pojazdów mechanicznych w ruchu lądowym, nie może oznaczyć daty początkowej biegu tego okresu, bowiem wynika ona z treści art. 43 § 3 k.k.”<sup>25</sup>

Nie wydaje się, by obowiązek zwrotu dokumentu – na co zwraca się uwagę w literaturze – wynikał z art. 18 ust. 1 ustawy o kierujących pojazdami<sup>26</sup>, w myśl którego osoba posiadająca prawo jazdy lub pozwolenie na kierowanie tramwajem jest zobowiązana zawiadomić starostę o utracie tego dokumentu, jego zniszczeniu w stopniu powodującym nieczytelność, a także o zmianie stanu faktycznego wymagającego zmiany danych w nim zawartych, w terminie 30 dni od dnia zaistnienia tego zdarzenia. Wcale z niego nie wynika, że ustawowy obowiązek, jaki ciąży na osobie, której został wydany dokument uprawniający do kierowania pojazdem, w sposób jest wyraźny skorelowany z obowiązkiem zwrotu dokumentu, gdy wobec posiadacza tego dokumentu zostanie orzeczony środek karny, zakazujący prowadzenia określonej kategorii pojazdów.

Redakcja art. 43 § 3 *in fine* k.k. nie jest najszcześliwsza i przyjęcie wykładni zaproponowanej przez Sąd Najwyższy prowadzi do poważnych perturbacji w fazie wykonania orzeczenia co do zakazu prowadzenia pojazdów w sytuacji, gdy sąd nie nałożył na skazanego obowiązku zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów. Skazany bowiem może posługiwać się dokumentem stwierdzającym uprawnienia do prowadzenia pojazdów i prowadzić pojazdy, oczywiście, ryzykując odpowiedzialnością za przestępstwo z art. 244 k.k., czyli dolegliwość, jaką miał ponieść w wyniku orzeczonego zakazu jest iluzoryczna. Wykonanie zakazu jest więc fikcją, a sytuacja wręcz absurdalna. Okoliczność ta stanowi dodatkowy argument, by odstąpić od wykładni językowej art. 43 § 3 *in fine* k.k.

Trzeba mieć na uwadze, że uzupełnienie tego braku po uprawomocnieniu się wyroku nie jest możliwe przez sąd, który wydał wyrok, zarówno w trybie sprostowania oczywistej omyłki pisarskiej (art. 105 k.p.k.), jak i w trybie uzupełnienia wyroku (art. 420 k.p.k.). Może to nastąpić jedynie w trybie kasacji zwyczajnej,

<sup>24</sup> Wyrok WSA w Lublinie z dnia 28 lutego 2006 r. – III SA/Lu 584/05, ONSA i WSA 2006, nr 6, poz. 170; wyrok WSA w Lublinie z dnia 4 grudnia 2008 r. – III SA/Lu 314/08, niepubl.

<sup>25</sup> Wyrok NSA z dnia 16 kwietnia 2010 r. – I OSK 698/09, LEX nr 595479.

<sup>26</sup> Dz.U. Nr 30 poz. 151 ze zm.

a głównie nadzwyczajnej (art. 521 k.p.k.)<sup>27</sup>. Skuteczność skorygowania tego błędu w trybie kasacyjnym jest o tyle wątpliwa, że wniesienie tego środka może nastąpić z reguły po upływie okresu, na jaki orzeczono zakaz.

Nasuwa się więc postulat *de lege ferenda* nadania art. 43 § 3 k.k. następującej treści: „Zakaz określony w art. 42, nie biegnie do chwili zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu”.

Z omawianego postanowienia wynika, że Sąd Najwyższy nakazuje liczyć bieg zakazu prowadzenia pojazdów od momentu uprawomocnienia się orzeczenia w wypadku, gdy sąd nie nałożył na skazanego obowiązku zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawnienia do prowadzenia pojazdów, nie różnicując sytuacji od tego, czy dokument ten był zatrzymany, czy też nie. Tak ogólnie sformułowana teza może być odczytane w ten sposób, że bieg zakazu prowadzenia pojazdów rozpoczyna się od chwili uprawomocnienia się orzeczenia także wówczas, gdy zatrzymano taki dokument, które następnie sąd zaliczył na poczet orzeczonego zakazu, lecz sąd nie nałożył obowiązku zwrotu dokumentu. Jest oczywiste, że takie rozumienie omawianej tezy jest absurdalne, gdyż po pierwsze, trzeba ją wiązać z zakresem zagadnienia prawnego, które zostało przekazane Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia, po drugie, postanawiając o zaliczeniu zatrzymania dokumentu na rzecz tego zakazu, sąd przesądza, że jego bieg liczy się o momentu zatrzymania dokumentu.

Omawiając bieg zakazu prowadzenia pojazdów nie sposób nie zauważyć, że zakaz taki biegnie od chwili zwrotu dokumentu stwierdzającego uprawniające do prowadzenia pojazdu tylko w stosunku do tych zakazów prowadzenia pojazdów, co do których prowadzenia jest wymagane posiadanie określonych uprawnień. Nie dotyczy zatem zakazów prowadzenia pojazdów, do których prowadzenia nie są wymagane jakiegokolwiek uprawnienia, np. do prowadzenia rowerów przez osoby, które ukończyły 18 lat (*arg. ex art. 3 ust. 4 ustawy o kierujących pojazdami*). Słusznie zatem Sąd Najwyższy uznał, że „Dla ustalenia okresu obowiązywania zakazu prowadzenia rowerów nie ma znaczenia treść art. 43 § 3 k.k., wprowadzającego spoczywanie okresu biegu zakazu prowadzenia pojazdów do czasu zwrotu dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu. Na gruncie obowiązujących przepisów prowadzenie rowerów nie wymaga uzyskania szczególnego uprawnienia w postaci dokumentu. Art. 43 § 3 zd. 2 k.k. ma więc zastosowanie wyłącznie do tego zakazu określonego w art. 42 k.k., który obejmuje prowadzenie pojazdów warunkowane uzyskaniem takiego dokumentu”. Data wykonania tego obowiązku decydowała bowiem zgodnie z art. 43 § 3 k.k. o przesunięciu zakończenia okresu obowiązywania orzeczonego środka karnego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. Nie miała natomiast wpływu na okres obowiązywania zakazu prowadzenia rowerów”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Nie można podzielić stanowiska T. Huminiaka, że nie jest możliwe wniesienie kasacji, gdyż nonsensem było uchylene całego wyroku (T. Huminiak, *Praktyczne problemy...*, s. 10–11), gdyż uchylene wyroku może nastąpić w części dotyczącej orzeczenia o zakazie prowadzenia pojazdów.

<sup>28</sup> Wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2012 r. – V KK 40/12, LEX nr 1163967.



### 3. Wykonanie postanowienia o zarządzenie wykonania kary (art.75 § 1 k.k.)

Kodeks karny przewiduje obligatoryjne zarządzenie wykonania kary:

- jeżeli skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności (art. 75 § 1);
- jeżeli skazany za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkującej wspólnie ze sprawcą w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, ponownie używając przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą (art. 75 § 1a).

Zarządzenie wykonania kary nie może nastąpić później niż w ciągu 6 miesięcy od zakończenia okresu próby (art. 75 § 4 k.k.).

Na tle tego uregulowania powstała wątpliwość, czy dla skutecznego zarządzenia wykonania warunkowo zawieszonych kary postanowienie takie winno być wydane w okresie próby lub w ciągu 6 miesięcy od jego zakończenia i w tym czasie się uprawomocnić, czy też termin ten jest zachowany, jeżeli zapadnie ono w tak zakreślonych granicach czasowych.

Problem ten występował już wcześniej na gruncie wszystkich dotychczasowych kodeksów karnych. Sąd Najwyższy początkowo stał na stanowisku, że wystarczyło w okresie próby, jak i dalszych 3 miesięcy (art. 64 k.k. z 1932 r.) albo 6 miesięcy (art. 79 § 1 k.k. z 1969 r.) wydanie nieprawomocnego postanowienia o zarządzeniu wykonania kary<sup>29</sup>.

Następnie organ ten w czasie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r., a także kodeksu karnego z 1997 r. uznał, że postanowienie o zarządzeniu wykonania kary dla skutecznego jej wykonania musiało stać się prawomocne w okresie próby albo kolejnych 6 miesięcy<sup>30</sup>. Organ ten *expressis verbis* stwierdzał, że „Termin sześciomiesięczny, biegnący „od zakończenia okresu próby” – jak przepis art. 75 § 4 k.k. ustala – jest granicą czasową dla możliwości wydania zarządzenia wykonania kary. Jest to termin nieprzekraczalny, nie może być zatem przedłużony. Termin ten jest zachowany gdy przed jego upływem zapadnie prawo-

<sup>29</sup> Uchwała SN z dnia 18 stycznia 1962 r. – VI KO 62/61, OSNKW 1962, nr 4, poz. 62, wyrok SN z dnia 24 marca 1970 r. – V KRN 673/66, OSNKW 1970, nr 6, poz. 61. Taki też pogląd był reprezentowany w doktrynie (M. Leonieni, *Odwołanie warunkowego zawieszenia wykonania kary*, Wkładka do nr 4/1995 Biuletynu Ministerstwa Sprawiedliwości, s. 12).

<sup>30</sup> Postanowienie SN z dnia 1 lutego 1995 r. – III KRN 203/94, OSNKW 1995, nr 3–4, poz. 18, postanowienie SN z dnia 10 września 2005 r. – III KK 312/05, Biul. PK 2005, Nr 6, poz. 1.2. 10, Postanowienie SA w Krakowie z dnia 11 września 2001 r. – II AKz<sup>1</sup> 362/OI, OSN Prok. i Pr. 2002, Nr 3, poz. 20.

Takie samo stanowisko organ tej zajął co do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia (uchwała 7 sędziów SN z dnia 30 stycznia 1996 r. – I KZP 34/95, OSNKW 1996, nr 3–4, poz. 14 z uwagami krytycznymi R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 1996 r.*, WPP 1997, Nr 1, s. 93–95, postanowienie SN z dnia 3 listopada 2003 r. – IV KK 373/03, LEX nr 82302, postanowienie SN z dnia 12 maja 2009 r. – IV KK 88/09, OSNwSK 2009, poz. 1083, postanowienie SN z dnia 17 maja 2011 r. – III KK 92/11, LEX nr 795786).

mocne, niezaskarżalne w drodze zwykłych środków odwoławczych postanowienie o zarządzeniu wykonania kary”<sup>31</sup>.

Mimo tak jednoznacznej ostatecznej linii orzeczniczej wskazana wyżej wątpliwość była uzasadniona, gdyż ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw<sup>32</sup> został zmieniony model wykonalności postanowień w postępowaniu wykonawczych. Według art. 9 § 2 k.k.w. w brzmieniu sprzed nowelizacji postanowienie stawało się wykonalne z chwilą uprawomocnienia się, chyba że ustawa stanowiła inaczej, a obecnie postanowienie wydane w toku postępowania wykonawczego staje się wykonalne z chwilą wydania, chyba że ustawa stanowi inaczej lub sąd wydający postanowienie albo sąd powołany do rozpoznania zażalenia wstrzyma jego wykonanie (art. 9 § 3 k.k.w.).

Rozstrzygając tę kwestię Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 20 czerwca 2013 r. – I KZP 3/13, (OSNKW 2013, Nr 8, poz. 63) wyjaśnił, że: **Postanowienie o zarządzeniu wykonania kary wydane na podstawie art. 75 § 1, § 1a i § 2a k.k. staje się wykonalne z chwilą wydania przed upływem okresu wskazanego w art. 75 § 4 k.k., chyba że sąd wydający postanowienie albo sąd powołany do rozpoznania zażalenia wstrzyma jego wykonanie. W przypadku takiego wstrzymania wykonanie postanowienia może nastąpić dopiero po jego uprawomocnieniu przed upływem terminu do zarządzenia wykonania kary.** Jest to stanowisko słusznie i zasadnie spotkało się z aprobatą w doktrynie<sup>33</sup>.

Sąd Najwyższy, uzasadniając ten pogląd wskazał, że art. 75 § 4 k.k., określając ostateczny termin, do którego powinno nastąpić zarządzenie warunkowego zawieszenia wykonania kary, wymaga wydania decyzji procesowej w postaci zarządzenia wykonania kary, ale jej nie normuje. Kwestia ta została uregulowana w kodeksie karnym wykonawczym. Zwrócił uwagę, że odrębnie uregulowane jest wykonanie postanowienia o zarządzeniu wykonania kary w art. 178 § 3 k.k.w. które dotyczy jedynie postanowień wydanych na podstawie art. 75 § 2 i 3 k.k. i stają się wykonalne z chwilą ich uprawomocnienia. Do postanowień wydanych na podstawie art. 75 § 1, 1a lub 2a k.k. ma zastosowanie art. 9 § 3 k.k.w. Z tego wynika, że kryterium rozróżnienia wykonalności tego rodzaju postanowień jest zależne od podstawy prawnej wydania, tj. obligatoryjnego (art. 75 § 1, 1a lub 2a k.k.) albo fakultatywnego (art. 75 § 2 i 3 k.k.) zarządzenia wykonania kary. W związku z tym postanowienie o zarządzeniu wykonania kary obligatoryjnie jest wykonalne z chwilą wydania.

Wstrzymanie wykonania orzeczenia – zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego – może nastąpić jedynie wyjątkowo, gdy ujawnią się okoliczności świadczące o tym, że bezzwłoczne podjęcie czynności wykonawczych pociągnie za sobą nieodwracalne i niepożądane skutki dla skazanego<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 2004 r., II KK 37/04, Lex nr 109476.

<sup>32</sup> Dz.U. Nr 240 poz. 1431.

<sup>33</sup> K. Postulski, Głosa do tego postanowienia, LEX/el 2013.

<sup>34</sup> Postanowienie SN z dnia 26 września 2012 r. – V KK 218/12, LEX nr 1220962.

#### 4. Wszczęcie postępowania przeciwko osobie (art. 102 k.k.)

**A**rt. 102 k.k. przewiduje przedłużenie okresów przedawnienia przewidzianych w art. 101 k.k. o 10 lat w wypadkach § 1 pkt 1–3 oraz o 5 w pozostałych, jeżeli wszczęto postępowanie przeciwko osobie.

Na tle tego przepisu powrócił problem rozumienia zwrotu „wszczęto postępowanie przeciwko osobie”, a mianowicie, czy chodzi o przekształcenie postępowania przygotowawczego w prowadzone *ad personam*, czy wystarczające jest podjęcie jakiejś czynności zmierzającej do ścigania określonej osoby.

Problem ten wywołał rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie kodeksu postępowania karnego z 1969 r.

Przyjmowano, że „Bieg przedawnienia przerywa jakakolwiek przedsięwzięta w śledztwie albo w dochodzeniu czynność prokuratora, milicji, lub innego uprawnionego organu, jeśli czynność taka jest skierowana wyraźnie na ściganie danej osoby z powodu określonego przestępstwa”<sup>35</sup>.

Twierdzono też, że „Określony w art. 106 (ob. – art. 102, uwaga R.A.S.) k.k. skutek w postaci przedłużenia o 5 lat przewidzianych w art. 105 (ob. – art. 102, uwaga R.A.S.) k.k. okresów przedawnienia karalności przestępstwa wywołuje także wszczęcie postępowania karnego w sprawie (*in rem*)”<sup>36</sup>.

Tak samo podzielone były zdania w doktrynie, w której uważano, że chodzi o czynności skierowane przeciwko określonej osobie<sup>37</sup>, jak też uznawano, że wystarczające jest wszczęcie postępowania *in rem*<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Wyrok SN z dnia 30 kwietnia 1979 r. – V KRN 30/79, OSNPG 1979, nr 12, poz. 170, uchwała SN z dnia 15 kwietnia 1971 r. VI KZP 79/70, OSNKW 1971, nr 6, poz. 84, uchwałę SN z dnia 25 sierpnia 1972 r. VI KZP 21/72, OSPiKA 1973, nr 6, poz. 127, wyrok SN z dnia 18 listopada 1975 r. VI KRN 46/75, niepubl., wyrok SN z dnia 8 września 1975 r. III KR 65/75, niepubl., uchwała SN z dnia 30 grudnia 1980 r. – VI KZP 28/80, OSNKW 1981, nr 1–2, poz. 2.

<sup>36</sup> Uchwała 7 sędziów SN z dnia 15 października 1992r. – I KZP 28/92, OSNKW 1992, nr 11–12, poz. 76 z uwagami aprobowującymi R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991–1993*, WPP 1994, nr 3–4, s. wyrok SN z dnia 12 marca 1979 r. – I KR 24/79, OSNKW 1979, nr 7–8, poz. 80.

<sup>37</sup> M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 39; M. Lipczyńska, *Polski proces karny*, t. I. *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1981, s. 12–14; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 168; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 434–436; M. Siewierski [w:] M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 60; J. Bednarzak [w:] J. Bafia, J. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1976, s. 363; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Podręczny komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, Gdańsk 1993, s. 164–165; M. Lipczyńska, R. Ponikowski, *Mały komentarz do Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 1986, s. 213; K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1996, s. 355–360; W. Daszkiewicz [w:] W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, *Proces karny. Część szczególna*, Poznań 1996, s. 41–42; A. Zoll [w:] K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 484; A. Marek [w:] *Prawo karne. Zagadnienie teorii i praktyki*, A. Marek (red.), Warszawa 1986, s. 274.

<sup>38</sup> K. Marszał, Głosa do postanowienia SNz dnia 29 października 1975 r. – I KRN 40,75, *Nowe Prawa* 1976, nr 9, s. 1339; *tenże*, Głosa do wyroku SN z dnia 12 marca 1979 r. – I KR 24/79, *NP* 1980, nr 6, s. 140–142, I. Nowikowski: Głosa do wyroku SN z dnia 12 marca 1979 r. – I KR 24/79, *OSPiKA* 1980, nr 7–8, poz. 150, A. Kabat, *Przegląd uchwał Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego material-*

Tak różne poglądy wynikały przede wszystkim z nieprecyzyjnej redakcji art. 106 k.k. z 1969r., który skutek ten wiązał z wszczęciem postępowania, bez bliższego sprecyzowania, że ma to być wszczęcie postępowania przeciwko osobie.

Bardziej precyzyjne jest określenie tego momentu w art. 102 k.k., w którym wyraźnie zaakcentowano, że ma to być wszczęcie postępowania przeciwko osobie. Jest zatem oczywiste, że na gruncie tego przepisu w judykaturze wypowiediany jest jednolity pogląd, że „Wszczęcie postępowanie przeciwko konkretnej osobie, w odniesieniu do przestępstw ściganych z urzędu (...) następuje z chwilą wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów (art. 313 k.p.k.), które jest formalnym wyrazem pociągnięcia określonej osoby do odpowiedzialności karnej”<sup>39</sup>.

Nic dziwnego, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 25 września 2013 r. – I KZP 7/13 (OSNKW 2013, nr 10, poz. 84) podtrzymał ten ostatni pogląd stwierdzając, że: **Nie ma normatywnych podstaw, ani w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r., ani też w aktualnie obowiązującym kodeksie postępowania karnego, do przyjęcia, że wszczęcie postępowania karnego przeciwko osobie następuje przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu jej zarzutów albo przystąpieniem zgodnie z przepisami tych procedur, do przesłuchania jej w charakterze podejrzanego bez wydania takiego postanowienia. W szczególności nie wywołuje takiego skutku samo podjęcie czynności dowodowej ukierunkowanej na ściganie określonej osoby z powodu popełnienia przestępstwa. Jest to pogląd trafny.**

---

*nego, podjętych w roku 1980, Problemy praworządności 1981, nr 3, s. 65–67, M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. 1, Warszawa 1987, s. 344; M. Cieślak, Polskie prawo karne, Zarys systemowego wykładu, Warszawa 1990, s. 49.*

<sup>39</sup> Wyrok SN z dnia 12 września 2001 r. – II KKN 158/O1, OSN Prok. i Pr. 2002, Nr 2, poz. 2, wyrok SN z dnia 7 lipca 2009r. – KK 114/09, LEX nr 512086, postanowienie SN z dnia 24 kwietnia 2007 r. – IV KK 31/07, Biul. PK 2007, Nr 11, poz. 1.2.15 z głosa częściowo krytyczną B.J. Stefańskiej, WPP 2007, Nr 3, s. 135–140. Tak też jest pogląd doktryny (E. Bieńkowska [w:] E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 1303, A. Wąsek [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 2005, s. 749; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 201; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 288, *tenże*, A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2009, s. 390; A. Sakowicz [w:] M. Błaszczki, M. Królikowski, J. Lachowski, B. Namysłowska-Gabrysiak, A. Sakowicz, A. Walczak-Zochowska, W. Zalewski, R. Zawłocki, S. Żółtek, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–31, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), t. I, Warszawa 2010, s. 822; W. Cieślak, Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady, Warszawa 2010, s. 242; N. Kłaczyńska [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 633; A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny..., t. I, s. 1258; M. Mozgawa [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2012, s. 239; L. Wilk [w:] J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, R. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, M. Filar (red.), Warszawa 2012, s. 553; *tenże* [w:] T. Dukiet-Nagórska, S. Hoc, M. Kalitowski, O. Sitarz, L. Tyszkiewicz, L. Wilk, Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa, T. Dukiet-Nagórska (red.), Warszawa 2008, wyd. 2, Warszawa 2010, wyd. 3, Warszawa 2012, s. 254; A. Grześkowiak [w:] F. Ciepły, M. Gałązka, A. Grześkowiak, R.G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk, K. Wiak, Kodeks karny. Komentarz, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2012, s. 577; L. Pohl, Prawo karne. Wykład części ogólnej, Warszawa 2012, s. 503). Odmienne J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1996, s. 183.

Słusznie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że istotny jest też aspekt związany z gwarancyjną funkcją wszczęcia postępowania przeciwko osobie. Uznanie, iż dla wszczęcia postępowania *in personam* nie jest konieczne przedstawienie zarzutów, miałyby skutek antygwarancyjny, skoro już podjęcie czynności dowodowych, w założeniu ukierunkowanych na ściganie osoby, niezależnie od rezultatu, przesądzałyby o wydłużeniu terminu karalności popełnionego przez nią czynu.

## 5. Funkcjonariusz publiczny (art. 115 § 13 pkt 4 k.k.)

**F**unkcjonariuszem publicznym – zgodnie z art. 115 § 13 pkt 4 k.k. – jest osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych. Przepis ten nasunął wątpliwości, czy osoba uprawniona na podstawie art. 33a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe<sup>40</sup> do dokonywania kontroli dokumentów przewozu osób i bagażu w pojazdach publicznego transportu zbiorowego, będąca pracownikiem samorządu terytorialnego, jest funkcjonariuszem publicznym.

Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 25 września 2013 r. – I KZP 9/13 (OSNKW 2013, Nr 10, poz. 85) zasadnie uznał, że: **Osoba uprawniona na podstawie art. 33a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (t. jedn.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1173, z późn. zm.) do dokonywania kontroli dokumentów przewozu osób i bagażu w pojazdach publicznego transportu zbiorowego, w tym osoba będąca pracownikiem samorządu terytorialnego, nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k.** Jest to pogląd słuszny.

Uzasadniając ten pogląd Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności zajął się wyjaśnieniem kwestii, czy w art. 115 § 13 pkt 4 k.k. chodzi o pracownika organu samorządu terytorialnego, czy o pracownika samorządu terytorialnego. Problem ten rozstrzygnął, zgodnie z wcześniejszym orzecznictwem<sup>41</sup>, że przepis ten obejmuje nie tylko pracowników organów samorządu terytorialnego, ale także pracowników samorządu terytorialnego. Ustawia z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych do tej grupy pracowników, m.in. osoby zatrudnione w gminnych jednostkach budżetowych i samorządowych zakładach budżetowych (art. 2 pkt 3). Kontroler biletów jako pracownik Zakładu Transportu Miejskiego, działającego jako jednostka budżetowa miasta, jest zarazem pracownikiem samorządowym. Następnie rozważał problem, czy nie pełni wyłącznie czynności usługowych. Odwołując się do wypowiedzi w literaturze, organ ten wskazał, że:

<sup>40</sup> Dz.U. z 2012 r. poz. 1173 ze zm.

<sup>41</sup> Postanowienie SN z dnia 17 lutego 2010 r. – III KK 333/09, OSNKW 2010, nr 7, poz. 62, wyrok SN z dnia 16 czerwca 2011 r. – II KK 337/10, LEX nr 847145, postanowienie SN z dnia 17 maja 2012 r. – V KK 37/12, LEX nr 1165292.

- pracownik usługowy nie wykonuje zakresu obowiązków, który jest prawnie zastrzeżony dla działania jego pracodawcy; do jego kompetencji nie należy rozstrzyganie spraw i podejmowanie decyzji na temat funkcjonowania instytucji lub urzędu, w którym jest zatrudniony, lecz wykonywanie pomocniczych (porządkowych) czynności wedle z góry ustalonych norm działania, a oceniając pod tym względem charakter czynności pracownika bierze pod uwagę rzeczywiście pełnione funkcje<sup>42</sup>;
- jest to taki pracownik, do którego kompetencji nie należy rozstrzyganie i podejmowanie decyzji na temat funkcjonowania instytucji lub urzędu, w którym jest zatrudniony, lecz wykonywanie pomocniczych lub porządkowych czynności wedle ustalonych norm postępowania, których zmiana, a nawet uzupełnienie nie należy do jego kompetencji<sup>43</sup>;
- są to osoby, które nie wykonują zadań należących do określonego przepisami zakresu działania zatrudniających ich organów, przykładowo kierowcy, gońcy, osoby sprzątające, maszynistki, portierzy, pracownicy zaopatrzenia i obsługi technicznej<sup>44</sup>.

Dla oceny, czy kontroler pełni wyłącznie czynności usługowe, istotne znaczenie ma zakres jego uprawnień i obowiązków. Z art. 33a ustawy Prawo przewozowe wynika, że kontroler może dokonywać kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu (ust. 1), a w razie stwierdzenia braku odpowiedniego dokumentu pobiera właściwą należność za przewóz i opłatę dodatkową albo wystawia wezwanie do zapłaty (ust. 3). W wypadku stwierdzenia braku ważnego dokumentu poświadczającego uprawnienie do bezpłatnego albo ulgowego przejazdu pobiera właściwą należność za przewóz i opłatę dodatkową albo wystawia wezwanie do zapłaty (ust. 4). Ponadto ma prawo:

- w razie odmowy zapłacenia należności, żądać okazania dokumentu umożliwiającego stwierdzenie tożsamości podróżnego;
- w razie niezapłacenia należności i nieokazania dokumentu, ująć podróżnego i niezwłocznie oddać go w ręce Policji lub innych organów porządkowych, które mają zgodnie z przepisami prawo zatrzymania podróżnego i podjęcia czynności zmierzających do ustalenia jego tożsamości;
- w razie uzasadnionego podejrzenia, że dokument przewozu albo dokument uprawniający do przejazdu bezpłatnego lub ulgowego jest podrobiony lub przerobiony, zatrzymać dokument za pokwitowaniem oraz przesłać go prokuratorowi lub Policji, z powiadomieniem wystawcy dokumentu (art. 33a ust. 7).

Z uprawnień tych wynika, że rolą kontrolera – zdaniem Sądu Najwyższego – jest jedynie dokonywanie czynności kontrolnych i w razie potrzeby podejmo-

---

<sup>42</sup> A. Molińska, *Kontrowersje wokół pojęcia funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym*, PiP 2010, nr 10, s. 73 i nast.

<sup>43</sup> G. Rejman [w:] E. Bieńkowska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny...*, s. 1441.

<sup>44</sup> J. Majewski [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, t. I, s. 1405.

wanie czynności następczych, które się z tym wiążą, np. pobranie należności za przewóz i opłaty dodatkowej, względnie wystawienie wezwania do zapłaty. Żadna z tych czynności nie jest czynnością władczą, z którą wiąże się choćby marginalne uznanie decyzyjne. Nie wchodzi też w grę rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach konkretnego adresata, te bowiem wynikają z ustawy – Prawo przewozowe, jak również z umowy cywilnoprawnej przewozu zawieranej przez pasażera z przewoźnikiem. W szczególności kontroler nie ma możliwości miarkowania opłaty dodatkowej czy odstąpienia od jej nałożenia.

Nie bez znaczenia jest też fakt, że w załączniku nr 3 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 marca 2009 r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych<sup>45</sup>, stanowiącego akt wykonawczy do ustawy o pracownikach samorządowych, kontroler biletów został zaliczony do kategorii pracowników na stanowiskach pomocniczych i obsługi.

Stanowisko Sądu Najwyższego zajęte w omawianym postanowieniu wpisuje się w dotychczasowy nurt orzecznictwa, w którym przyjmowano, że nie jest funkcjonariuszem publicznym: konduktor rewizyjny Zakładu Przewozów Regionalnych Polskich Kolei Państwowych<sup>46</sup>, leśniczy Lasów Państwowych<sup>47</sup> oraz strażnik gminny (miejski)<sup>48</sup>.

## 6. Przepiętne nadużycia władzy (art. 231 § 1 k.k.)

W orzecznictwie i doktrynie występuje rozbieżność poglądów co do tego, czy przestępstwa z art. 231 § 1 i k.k. jest formalnym (bezsuktkowym), czy materialnym (suktkowym). Spór wnika z różnego rozumienia znamienia „działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego”.

Sąd Najwyższy przyjmował, że przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. jest przestępstwem bezsuktkowym, należącem do czynów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, przy czym działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego nie jest charakterystyką skutku, ale zachowania sprawcy, a samo powstanie bezpośredniego niebezpieczeństwa szkodę nie jest znamieniem tego typu czynu zabronionego<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Dz.U. Nr 50 poz. 398 ze zm.

<sup>46</sup> Wyrok SN z dnia 18 maja 2004 r. – WK 10/04, OSKW 2004, Nr 7–8, poz. 71 z glosą aprobującą R.A. Stefańskiego, Prok. i Pr. 2005, Nr 1, s. 129–132.

<sup>47</sup> Postanowienie SN z dnia 8 grudnia 2004 r. – IV KK 126/04, OSNKW 2005, Nr 1, poz. 9 z glosą aprobującą R.A. Stefańskiego, WPP 2005, Nr 2, s. 124–128.

<sup>48</sup> Postanowienie SN z dnia 21 września 2005 r. – I KZP 28/05, OSNKW 2005, Nr 10, poz. 94 z glosą krytyczną J. Wyrembaka, Samorząd Terytorialny 2007, Nr 1–2, s. 142–146 i aprobującymi uwagami R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2005 r.*, WPP 2006, Nr 1, s. 100–102.

<sup>49</sup> Wyrok SN z dnia 8 maja 2007 r. – IV KK 93/07, OSN Prok. i Pr. 2007, Nr 12, poz. 8 z glosą aprobującą J. Kuleszy, WPP 2007, Nr 4, s. 120–126; wyrok SN z dnia 2 grudnia 2002 r. – IV KKN 273/01, LEX nr 74484, postanowienie SN z dnia 25 lutego 2003 r. – WK 3/03, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 53,

Twierdził też, że ma ono charakter materialny, a jego skutkiem jest wystąpienie konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo powstania szkody dla interesu publicznego lub prywatnego, co pociąga za sobą konieczność wykazania powiązania na płaszczyźnie przyczynowej i normatywnej pomiędzy naruszeniem obowiązków a powstaniem niebezpieczeństwa uszczerbku dla dobra prawnego<sup>50</sup>.

Podobne rozbieżności wystąpiły w doktrynie, w której znamię „działania na szkodę” utożsamia się ze stworzeniem niebezpieczeństwa powstania szkody<sup>51</sup>, ale także przyjmuje się, że dla bytu przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. nie jest wymagane powstanie konkretnego zagrożenia<sup>52</sup>. Co do ostatniego poglądu twierdzi się, że opis czynu jako „działanie na szkodę” nie charakteryzuje spowodowania stanu rzeczy w postaci niebezpieczeństwa szkody, lecz wskazuje na kwalifikację samego zachowania jako zdolnego do spowodowania szkody<sup>53</sup>.

---

wyrok SN z dnia 19 listopada 2004 r. – III KK 81/04, LEX nr 141348, wyrok SN z dnia 4 grudnia 2007 r. – IV KK 276/06, KZS 2008, Nr 4, poz. 22, wyrok SN z dnia 5 lutego 2008 r. – WA 1/08, OSN Prok. i Pr. 2008, Nr 11, poz. 9, wyrok SN z dnia 24 kwietnia 2008 r. – WA 13/08, OSN Prok. i Pr. 2008, Nr 10, poz. 10, wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2010 r., IV KK 10/10, LEX nr 583896, postanowienie SA w Warszawie z dnia 24 stycznia 2008 r. – II AKa 405/07, LEX nr 434481.

<sup>50</sup> Wyrok SN z dnia 3 marca 2009 r. – WA 5/09, OSN Prok. i Pr. 2009, Nr 9, poz. 10, postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2002 r. – IV KKN 514/99, LEX nr 75505, postanowienie SN z dnia 26 maja 2004 r. – V KK 4/04, OSNKKW 2004, nr 6, poz. 66; wyrok SN z dnia 28 lutego 2008 r. – WA 35/07, LEX nr 370341, postanowienia SN z dnia 15 grudnia 2011 r. – III KK 160/11, LEX nr 1119506.

<sup>51</sup> A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 56; W. Wolter [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 765; L. Gardocki [w:] *System Prawa Karnego. Tom IV. O przestępstwach w szczególności. Część II*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 579; Z. Kallaus, *Przestępne nadużycie władzy*, Warszawa 1982, s. 92; J. Wojciechowski, *Kodeks karny...*, s. 412–413; O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2005, s. 287, *taż* [w:] R. Góral, O. Górniok, *Przestępstwa przeciwko instytucjom państwowym i wymiarowi sprawiedliwości. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 107; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 513; R. Góral, *Kodeks karny...*, s. 390; J. Giezek, *Odpowiedzialność karna notariusza w świetle art. 231 k.k.*, Rejent 2006, nr 3, s. 9; T. Dukiet-Nagórska, *Prawnokarna ocena niedopełnienia przez notariusza obowiązku uzależnienia czynności notarialnej od uprzedniego uiszczenia opłaty sądowej i podatku od czynności cywilnoprawnych*, Rejent 2010, nr 2, s. 17; A. Barczak-Oplustil [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2013, s. 1208–1210, J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, R. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny...*, s. 1131; B.J. Stefańska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R. Stefański (red.), *Legali on line*, teza 23 do art. 231; J. Lachowski [w:] M. Błaszczuk, J. Lachowski, A. Michalska-Warias, J. Piskorski, A. Sakowicz, L. Wilk, W. Zalewski, R. Zawłocki, M. Zelichowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222–316*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), t. II, Warszawa 2013, s. 169.

<sup>52</sup> T. Cyprian, Głosa do wyroku SN z dnia 11 czerwca 1958 r. – III K 1126/57, PiP 1959, nr 3, s. 610; A. Zoll [w:] G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, M. Rodzinkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, t. 2, Kraków 1999, s. 779–780; M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 550.

<sup>53</sup> R. Dębski, *O „działaniu na szkodę”, „dopuszczeniu” do zabronionego skutku i zasadzie ustawowej określoności czynu*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Prof. A. J. Szwarca*, T. Sokołowski, Ł. Pohl, R. Zabłocki (red.), Poznań 2009, s. 95.



Przy tak rozbieżnych poglądach nie budzi zdziwienia przedstawienie Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia, czy przestępstwo określone w art. 231 § 1 k.k. ma charakter formalny, czy też materialny, tj. czy dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. konieczne jest ustalenie istnienia skutku w postaci bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo wystąpienia szkody dla zindywidualizowanego i skonkretyzowanego w danych okolicznościach faktycznych interesu publicznego lub prywatnego wskutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego.

Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów SN z dnia 24 stycznia 2013 r. – I KZP 24/12 (OSNKW 2013, Nr 2, poz. 12) wyjaśnił, że: **Występek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, zmiennych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym.** Jest to pogląd trafny, aczkolwiek spotkał się w doktrynie zarówno z krytyką<sup>54</sup>, jak i aprobatą<sup>55</sup>.

Sąd Najwyższy, uzasadniając ten pogląd odwołał się do znaczenia semantycznego znamienia czynnościowego „działa”, które oznacza „robić, tworzyć coś, być czynnym, pracować”, a także: „wywierać wpływ, wrażenie, wywoływać jakąś reakcję; oddziaływać”<sup>56</sup>.

Uznając, że drugie z znaczeń lepiej harmonizuje z dookreśleniem „na szkodę” wyprowadził wniosek, że zawiera ono pewną kauzalność, że szkoda lub co najmniej możliwość jej powstania występuje poza samym działaniem i jest jego następstwem. Jego zdaniem znamię „działa na szkodę”, wymaga wystąpienia realnego, odrębnego od samego „zachowania się” sprawcy, zagrożenia dla interesu publicznego lub prywatnego, w wyniku niewłaściwego działania funkcjonariusza publicznego, co nie pozwala art. 231 § 1 k.k. zaliczyć do kategorii przestępstw formalnych z abstrakcyjnego narażenia. Skutkiem nie jest samo powstanie szkody, choć *in concreto* jej wystąpienie jest oczywiście możliwe.

Sąd Najwyższy odwołał się też do wykładni systemowej i teleologicznej, wywodząc, że zaproponowana wykładnia pozwala na jednoznacznie normatywnie rozróżnienie występków nadużycia władzy od deliktu dyscyplinarnego i służbowego, na podstawie samych znamion przestępstwa, tj. skutku, w postaci niebezpieczeństwa nastąpienia szkody w interesie publicznym lub prywatnym. Przy uznaniu, że przepis art. 231 § 1 k.k. należy do przestępstw formalnych z abstrakcyjnego narażenia, poszukiwanie linii rozdzielającej te reżimy odpowiedzialności następowałoby poprzez odwoływanie się do ocen stopnia społecznej szkodliwości konkretnego czynu.

<sup>54</sup> A. Zoll, Głosa do tej uchwały, OSP 2013, Nr 7–8, s. 592–594; M. Filipczak, Głosa do tej uchwały, Cz.PKiNP 2013, Nr 1, s. 135–142.

<sup>55</sup> D. Tokarczyk, Głosa do tej uchwały, Pal. 2013, Nr 9–10, s. 170–175.

<sup>56</sup> *Uniwersalny słownik języka polskiego*, J. Dubisz (red.), t. 1, Warszawa 2003, s. 757; *Słownik języka polskiego*, M. Szymczak (red.), t. 1, Warszawa 1982, s. 495.

Trafnie w doktrynie wskazuje się, że wyrażenie „działa na szkodę” w znaczeniu występującym w kodeksie karnym jest bliskoźnaczne z „powoduje szkodę”<sup>57</sup>.

Trzeba mieć też na uwadze, że Trybunał Konstytucyjny uznał, że użyte w art. 231 § 1 k.k. znamię „działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego” spełnia wymóg określoności wyrażony w art. 42 ust. 1 Konstytucji, przy założeniu, że dla bytu tego przestępstwa wymagane jest ustalenie istnienia związku przyczynowego między przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków a powstaniem zagrożenia dla chronionego prawem dobra publicznego, czy prywatnego<sup>58</sup>.

## 7. Przestępstwo prania pieniędzy (art. 299 § 1 k.k.)

1. Stypizowane w art. 299 k.k. przestępstwo prania pieniędzy ma w sposób skomplikowany skonstruowane znamiona i stwarza istotne trudności interpretacyjne. Chodzi o proceder legalizowania wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych, bądź nieujawnionych źródeł, przez ich wprowadzanie do obrotu gospodarczego, powodujące zagrożenie dla jego prawidłowego funkcjonowania<sup>59</sup>.

W związku z tym Sądowi Najwyższemu zostało przedstawione do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy użyte w treści art. 299 § 1 k.k. sformułowanie „środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”, oznacza, że przedmioty i prawa, które zostały uzyskane za pomocą czynu zabronionego, pochodzące bezpośrednio z tego czynu, nie mogą być przedmiotem wykonawczym przestępstwa „prania brudnych pieniędzy”, a w konsekwencji również, w zasadniczej większości przypadków, sprawca przestępstwa źródłowego nie może dopuścić się występku z art. 299 § 1 k.k.

Rozstrzygając ten problem Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 18 grudnia 2013 r. – I KZP 19/13, której nadał moc zasady prawnej (OSN Prok. Pr. 2014, Nr 3, poz. 7) wyjaśnił, że: **1. Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie „środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości” pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego. 2. Sprawcą przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. może być również sprawca czynu zabronionego, z którego popełnieniem związana jest korzyść stanowiąca przedmiot czynności wykonawczej.**

<sup>57</sup> R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989, s. 76.

<sup>58</sup> Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r. – SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50.

<sup>59</sup> K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 45.

Jest to pogląd słuszny, a argumenty przytoczone na jego poparcie przekonujące. W uzasadnieniu organ ten, wyjaśniając określenie zawarte w art. 299 § 1 k.k. „pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” posłużył się przede wszystkim wykładnią językową i doszedł do wniosku, że prawa i rzeczy wymienione w tym przepisie mogą pochodzić zarówno pośrednio, jak i bezpośrednio z czynu zabronionego. Z kolei korzyść osiągnięta z popełnienia pierwotnego czynu zabronionego obejmuje każdą korzyść majątkową osiągniętą wprost lub pośrednio. Sąd Najwyższy wrócił uwagę, że wykładnia wyłączająca z zakresu korzyści związanych z popełnieniem czynu źródłowej korzyści pochodzących z niego bezpośrednio, pozostawałaby w oczywistej sprzeczności ze znaczeniem nadawanym pojęciu „brudnych pieniędzy” w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i unijnego.

Organ ten trafnie odwołał się do art. 6 w zw. z art. 2 lit. e Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r.<sup>60</sup> oraz art. 9 ust. 1 w zw. z art. 1 lit. a Konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu, sporządzonej w Warszawie w dniu 16 maja 2005 r.<sup>61</sup>, zgodnie z którymi przez pojęcie „dochodów”, stanowiących przedmiot prania pieniędzy, rozumie się, odpowiednio, każde mienie pochodzące lub uzyskane, w sposób bezpośredni lub pośredni z popełnienia przestępstwa, czy też każdą korzyść ekonomiczną pochodzącą lub uzyskaną bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa. Przeciwwstawiając się zawężeniu „brudnych pieniędzy” do pośredniego ich pochodzenia „z popełnienia czynu zabronionego, wskazał, że:

- określony w art. 299 § 1 k.k. przedmiot przestępstwa, którego bezpośrednim źródłem jest pierwotny czyn zabroniony, stanowią wymienione w art. 299 § 1 k.k. prawa i rzeczy, które w ogóle mogą być przedmiotem wprowadzenia do legalnego obrotu gospodarczego;
- pranie pieniędzy, zacierające nielegalne pochodzenie lub umieszczenie korzyści, godzić ma w prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego, wymiar sprawiedliwości lub prawa majątkowe.

Uzasadniając twierdzenie, że podmiotem przestępstwa z art. 299 § 1 k.k. może być również sprawca czynu zabronionego, z którego popełnieniem związana jest korzyść stanowiąca przedmiot czynności wykonawczej, Sąd Najwyższy podkreślił m.in. że czyn o znamionach realizujących dyspozycję art. 299 § 1 k.k. został uznany przez ustawodawcę za odrębne przestępstwo opatrzone surową sankcją, nierzadko przewyższającą zagrożenie przewidziane dla czynów zabronionych będących potencjalnym źródłem bezprawnie legalizowanych korzyści.

<sup>60</sup> Dz.U. z 2005 r. Nr 18 poz. 158 ze zm.

<sup>61</sup> Dz.U. z 2008 r. Nr 165 poz. 1028.

2. Do przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. Sąd Najwyższy odniósł się także w uchwale z dnia 18 grudnia 2013 r., – I KZP 20/13 (OSN Prok. Pr. 2014, Nr 3, poz. 6), odwołując się do pkt 1 poprzednio omawianej uchwały stwierdził, że: **Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 299 § 1 k.k. są wymienione w tym przepisie „środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości” pochodzące bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia czynu zabronionego.**

Pogląd ten jest oczywiście słuszny. W uzasadnieniu zostały przytoczone główne argumenty przemawiające za takim rozstrzygnięciem zawarte w poprzedniej uchwale.

## 8. Udaremnienie zaspokojenia wierzyciela (art. 300 § 2 k.k.)

**W**art. 300 § 2 k.k. stypizowane jest przestępstwo polegające na usuwaniu, ukrywaniu, zbywaniu, darowaniu, niszczeniu, rzeczywistym lub pozornym obciążaniu albo uszkodzaniu składników swojego majątku zajętego lub zagrożonego zajęciem, bądź usuwaniu znaków zajęcia w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego, udaremniając lub uszczuplając przez to zaspokojenie swojego wierzyciela. Przepis ten zamieszczony jest w rozdziale XXXVI k.k. grupującym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Takie jego ulokowanie wywołało wątpliwość, czy dotyczy tylko wierzycielności wynikających ze stosunku prawnego, którego jedną ze stron jest podmiot obrotu gospodarczego.

Zagadnienie to wywołało rozbieżność w orzecznictwie. Sąd Najwyższy wypowiedział pogląd, że „Zagrożonym niewypłacalnością w rozumieniu art. 300 § 1 k.k. może być każdy dłużnik podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą”<sup>62</sup>, który spotkał się z powszechną krytyką w doktrynie<sup>63</sup>.

Następnie zmienił swoje stanowisko, twierdząc, że „Użyte w art. 300 § 2 k.k. określenie „ Orzeczenie sądu lub innego organu państwowego” nie jest ograni-

<sup>62</sup> Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r. – I KZP 31/2000, OSNKW 2001, Nr 1–2, poz. 5 z glosami krytycznymi O. Górniok, OSP 2001, Nr 5, s. 247–249, J. Majewskiego, OSP 2001, Nr 5, s. 249–252, J. Skorupki, OSP 2001, Nr 10, s. 489–491 oraz takimi uwagami S. Zabłockiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karna*, Pal. 2001, Nr 1–2, s. 201–203 i R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Kamej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa wykroczeń za 2000 r.*, WPP 2001, Nr 1, s. 128–130. Tak też w wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 października 2011 r. – II AKa 261/11, OSN Prok. i Pr. 2013, Nr 1, poz. 26 z uwagami aprobusującymi W. Kociubińskiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu zw sprawach karnych za rok 2011*, WSS 2012, Nr 4, s. 84–85.

<sup>63</sup> Zob. glosy krytyczne do tej uchwały powołane w przypisie 62.

czne tylko do orzeczeń dotyczących wierzytelności wynikających ze stosunku prawnego, którego jedną ze stron jest podmiot obrotu gospodarczego”<sup>64</sup>.

Nie ma też jednolitości poglądów w doktrynie. Z zamieszczenia art. 300 § 2 k.k. w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu wyprowadza się wniosek, że skoro przedmiotem ochrony czynów zawartych w tym rozdziale jest prawidłowość obrotu gospodarczego, to taki też charakter ma ten przepis<sup>65</sup>. Prezentowany jest też pogląd, że przepis ten nie zawiera ograniczenia do roszczeń związanych z działalnością gospodarczą<sup>66</sup>.

Do problemu tego Sąd Najwyższy powrócił w postanowieniu z dnia 24 stycznia 2013 r. – I KZP 22/12 (OSNKW 2013, Nr 3, poz. 20), w którym przyjął, że: **Przepis art. 300 § 2 k.k. udziela ochrony również wierzytelnościom niezwiązanym z obrotem gospodarczym, w tym wynikającym z zobowiązań podatkowych.** Jest to pogląd słuszny, ale spotkał się z nietrafną częściową krytyką w piśmiennictwie<sup>67</sup>.

Uzasadniając ten pogląd Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności odwołał się do wykładni historycznej, wskazując, że w kodeksie karnym z 1932 r. jego odpowiednikiem był art. 282, zamieszczony w rozdziale XL zatytułowanym „Przestępstwa na szkodę wierzycieli” i penalizował usuwanie, uszkodzanie, zbywanie lub obciążanie mienia, zajętego lub zagrożonego zajęciem w celu udaremnienia egzekucji. W doktrynie uznawano, że przepis ten zachował pełną aktualność zarówno w stosunkach między obywatelami, jak i w stosunku Państwa do obywatela, przeciwko któremu skierowana została egzekucja należności o charakterze publicznym lub cywilnoprawnym<sup>68</sup>. Odpowiednikiem tego przepisu w kodeksie karnym z 1969 r.

<sup>64</sup> Uchwała SN z dnia 26 listopada 2003 r. – I KZP 32/03, OSNKW 2004, Nr 1, poz. 3 z głosami aprobującymi O. Górniok, OSP 2004, Nr 7–8, s. 443–445 i R. Zawłockiego, Mon. Praw. 2004, Nr 14, s. 664–668, M. Kozaczka, Prawo Bankowe 2006, Nr 10, s. 57–61 i takimi uwagami R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2003 r.*, WPP 2004, Nr 1, s. 127–129. Tak też w wyrok SN z dnia 15 czerwca 2004 r. – II KK 38/03, OSNKW 2004, Nr 7–8, poz. 76 z głosem częściowo krytyczną T. Razowskiego, Prok. i Pr. 2005, Nr 12, s. 111–117.

<sup>65</sup> J. Skorupka, *Rodzajowy przedmiot ochrony*, Prok. i Pr. 2000, nr 1, s. 124; M. Kozaczek, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2003 r., I KZP 32/03, Prawo Bankowe 2006, nr 10, s. 57; J. Majewski, A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, Kraków 2008, s. 686; R. Zawłocki [w:] M. Błaszczuk, J. Lachowski, A. Michalska-Warias, J. Piskorski, A. Sakowicz, L. Wilk, W. Zalewski, R. Zawłocki, M. Żelichowski, *Kodeks karny...*, s. 791.

<sup>66</sup> A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 646; R. Góral, *Kodeks karny...*, s. 527; O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 60; M. Bojarski [w:] J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, R. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny...*, s. 1318; M. Gałązka [w:] F. Ciepły, M. Gałązka, A. Grześkowiak, R.G. Hałas, S. Hyps, D. Szeleszczuk, K. Wiak, *Kodeks karny...*, s. 1248; A. Michalska-Warias [w:] T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szewczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 824; M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny...*, s. 704; J. Lachowski [w:] *Prawo gospodarcze*, R. Zabłocki (red.), t. 10, Warszawa 2012, s. 465; R.A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 618.

<sup>67</sup> A. Skowron, Głosa do tego postanowienia, LEX/el. 2013.

<sup>68</sup> M. Siewierski, *Kodeks karny i Prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 376.

był przepis art. 258, umiejscowiony w rozdziale XXXIII o intytulacji „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”, przewidujący odpowiedzialność za usuwanie, ukrywanie, zbywanie lub obciążanie albo uszkodzanie mienia zajętego lub zagrożonego zajęciem w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego. Wierzycielem egzekwującym roszczenie mogła być osoba prywatna, instytucja państwowa lub społeczna z tytułu roszczeń cywilnoprawnych oraz wszelkich innych, w tym również należności administracyjnych, podatkowych i skarbowych<sup>69</sup> W art. 6 § 2 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego<sup>70</sup> penalizowano udaremnienie wykonania orzeczenia związanego z działalnością gospodarczą. Jego przedmiotem była pewność obrotu gospodarczego oraz powaga orzeczeń organów państwowych<sup>71</sup>. Przegląd poprzednio obowiązujących uregulowań tego przestępstwa wskazuje, że art. 300 § 2 k.k. chroni wiarygodność zarówno związane z obrotem gospodarczym, jak i poza nim.

Na poparcie sformułowanego przez siebie poglądu Sąd Najwyższy zajął się wyjaśnieniem pojęcia „wierzyciel” w celu ustalenia, czy determinuje ono ograniczenie zakresu ochrony tego przepisu jedynie do zobowiązań powstałych w obrocie gospodarczym. Odwołując się do literatury z zakresu prawa cywilnego, wykazał, że zarówno wierzycielem, jak i dłużnikiem może być w zasadzie każdy z podmiotów prawa cywilnego<sup>72</sup>. Ponadto wiarygodność może być nie tylko z tytułu określonego stosunku cywilnoprawnego o charakterze zobowiązaniowym, ale także z powodu innych zdarzeń, także o charakterze jednostronnym, np. z tytułu czynów niedozwolonych (art. 415. k.c.), bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 k.c.), prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (art. 752 k.c., a także aktu administracyjnego oraz orzeczenia sądowego<sup>73</sup>. Było o tyle uzasadnione, że art. 300 § 2 k.k. odwołuje się do zjawisk i pojęć cywilnoprawnych<sup>74</sup>. Trafnie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że pojęcie wierzyciel używane jest w ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji<sup>75</sup>. Zgodnie z art. 1a pkt 13 tej ustawy przez wierzyciela rozumie się podmiot uprawniony do żądania wykonania obowiązku lub jego zabezpieczenia w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym lub zabezpieczającym.

Zasadnie Sąd Najwyższy uznał, że ze względu na to, że w art. 300 § 2 k.k. nie wyróżniono żadnej kategorii wierzycieli, zgodnie zasadą *lege non distinguente*,

<sup>69</sup> M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 685.

<sup>70</sup> Dz.U. Nr 126 poz. 615 ze zm.

<sup>71</sup> K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 135 i 150.

<sup>72</sup> P. Machnikowski [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, E. Łętowska (red.), t. 5, Warszawa 2013, s. 125–126.

<sup>73</sup> A. Olejniczak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, A. Kidyba (red.), t. III, Warszawa 2010, s. 21.

<sup>74</sup> J. Skorupka, *Zagadnienie komplementarności karnoprawnej i cywilnoprawnej ochrony wierzycieli*, PiP 2001, nr 8, s. 65 i R. Zawłocki [w:] *System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, t. 9, Warszawa 2011, s. 617.

<sup>75</sup> Dz.U. z 2012 r. poz. 1015 ze zm.

trzeba przyjąć, że przepis ten nie ogranicza ochrony tylko do wierzycieli prowadzących działalność gospodarczą i zobowiązań powstałych w ramach obrotu gospodarczego. Słusznie zauważył, że wykładnia językowa nie daje podstaw do przyjęcia, że przepis art. 300 § 2 k.k. chroni jedynie wierzycielności wynikające z obrotu gospodarczego.

Odnosząc się do znaczenia rodzajowego przedmiotu ochrony dla wykładni art. 300 § 2 k.k., Sąd Najwyższy wskazał, że tytuł rozdziału stanowiący część składową polskiej ustawy karnej nie ma charakteru normatywnego, a jedynie określa dobro prawne, którego zagrożenie lub naruszenie jest koniecznym elementem realizacji znamion typów czynów zabronionych ujętych w danym rozdziale<sup>76</sup>.

Trafne jest też jego spostrzeżenie, że głównym powodem umieszczenia przestępstwa udaremnienia egzekucji w rozdziale XXXVI k.k. jest fakt, że przestępstwa te najczęściej popełniane są w ramach obrotu gospodarczego. Nie oznacza to jednak, że wolą ustawodawcy była rezygnacja z penalizacji udaremnienia egzekucji roszczeń niemających związku z obrotem gospodarczym.

## 9. Samowolne oddalenie się żołnierza z jednostki (art. 338 § 1–3 k.k.)

W art. 338 k.k. zostały stypizowane przestępstwa polegające na:

- samowolnym opuszczeniu swojej jednostki lub wyznaczonego miejsce przebywania przez żołnierza co najmniej dwukrotnie w okresie nie dłuższym niż 3 miesiące albo samowolnym pozostawaniu poza nimi w wymiarze nieprzekraczającym jednorazowo 48 godzin (§ 1);
- samowolnym opuszczeniu swojej jednostki lub wyznaczonego miejsce przebywania przez żołnierza albo samowolnym pozostaniu poza nimi przez okres powyżej 48 godzin, nie dłużej jednak niż przez okres 7 dni (§ 2);
- samowolnym opuszczeniu swojej jednostki lub wyznaczonego miejsca przebywania przez żołnierza albo samowolnym pozostaniu poza nimi przez okres powyżej 7 dni (§ 3).

Dla odpowiedzialności z tego przepisu istotne znacznie ma regulacja czasu służby obowiązująca osoby popełniające ten rodzaj występków.

Co do tego, czy do okresu tego wlicza się czas, w którym żołnierz nie był obowiązany do pełnienia czynności służbowych, w orzecznictwie wystąpiła rozbieżność.

Sąd Najwyższy przyjmował, że ze względu na to, że jest to przestępstwo trwałe, kończące się w szczególności z chwilą dobrowolnego powrotu sprawcy do wyznaczonego miejsca służby lub zatrzymania sprawcy przez odpowiedni organ,

---

<sup>76</sup> W. Wróbel, *Pojęcie „dobra prawnego” w wykładni przepisów prawa karnego*, [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Ł. Pohl (red.), Poznań 2009, s. 628–629.

brak jest podstaw, aby od okresu nielegalnego przebywania poza wyznaczonym miejscem służby odliczać dni wolne od zajęć<sup>77</sup>.

Sąd Najwyższy odstąpił od tego poglądu i zajął stanowisko, że:

- „Z treści art. 60 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych<sup>78</sup> oraz § 4 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2008 r. w sprawie czasu służby żołnierzy zawodowych<sup>79</sup> wynika, że poza sytuacjami szczególnymi przewidzianymi w tych przepisach żołnierz zawodowy ma obowiązek zgłaszać się do pełnienia służby w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu i służbę tę pełnić jedynie w ustalonych przez przełożonych przedziałach czasu, w ramach pięciodniowego tygodnia służby, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy, w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach od 7.30 do 15.30. W związku z tym, w takim wypadku, jako samowolną nieobecność żołnierza zawodowego w służbie można traktować wyłącznie te przedziały czasu, w których on tego obowiązku zaniechał (art. 6 § 1 k.k.). Ze względu na to, że przestępstwo samowolnego oddalenia (art. 338 § 1, 2 i 3 k.k.) jest przestępstwem trwałym, w wypadku popełnienia go przez żołnierza zawodowego dni wolne od służby przerywają okresy utrzymywania stanu jego samowolnej nieobecności w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby”<sup>80</sup>.
- „Przestępstwo samowolnego oddalenia (art. 338 § 1, 2 i 3 k.k.) jest przestępstwem trwałym, w wypadku popełnienia go przez żołnierza zawodowego dni wolne od służby przerywają okresy utrzymywania stanu jego samowolnej nieobecności w swojej jednostce wojskowej lub w innym wyznaczonym miejscu, podobnie jak w ramach określonego dnia, godziny wolne od służby”<sup>81</sup>.

W literaturze w kwestii tej prezentowano także odmienne poglądy, przyjmując że czas wolny od zajęć służbowych w całości zawiera się w nierozdzielny okresie trwałego przestępstwa samowolnego oddalenia<sup>82</sup>, jak też, że czas ten nie wlicza się do tego okresu<sup>83</sup>.

---

<sup>77</sup> Wyrok SN z dnia 3 lipca 1984 r. – Rw 364/84, OSNKW 1985, nr 3–4, poz. 24 wyrok SN z dnia 15 lutego 1985 r. – Rw 52/85, OSNKW 1985, nr 9–10, poz. 78, uchwała 7 sędziów SN z dnia 12 września 1986 r. – U 3/86, OSNKW 1986, nr 11–12, poz. 87.

<sup>78</sup> Dz.U. z 2010 r. Nr 90 poz. 593 ze zm.

<sup>79</sup> Dz.U. Nr 122 poz. 786.

<sup>80</sup> Postanowienie SN z dnia 23 kwietnia 2012 r. – WK 1/12, OSNKW 2012, Nr 6, poz. 70.

<sup>81</sup> Postanowienie SN z dnia 12 lutego 2013 r. – WK 3/12, LEX nr 1282453.

<sup>82</sup> W. Marcinkowski, *Zmiany w prawie karnym oraz w prawie wykonawczym wynikające z nowej ustawy o dyscyplinie wojskowej*, WPP 2009, nr 4, s. 47; *tenże*, *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 221; S. Hoc [w:] J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, R. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny...*, s. 1420.

<sup>83</sup> H. Kmiecik, *Przeglądy orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego za I półrocze 1985 r.*, WPP 1986, nr 3, s. 319–320, *tenże*, *Przeglądy orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego i procesowego za II półrocze 1985 r.*, WPP 1987, nr 1, s. 81, *tenże*, *Przeglądy orzecznictwa Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa kar-*



Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 marca 2013 r. – WZP 2/12 (OSNKW 2013, nr 6, poz. 46) podzielił ten ostatni pogląd, stwierdzając, że: **Znamiona przestępstw określonych w art. 338 § 1, 2 albo 3 k.k. mogą zostać wypełnione przez żołnierza zawodowego tylko wtedy, gdy samowolnie opuszcza on swoją jednostkę lub wyznaczone miejsce przebywania albo samowolnie poza nimi pozostaje w czasie służby regulowanym w art. 60 ust. 1–4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. z 2010 r. Nr 90 poz. 593 ze zm.), a zatem w czasie, w którym był zobowiązany do wykonywania obowiązków służbowych lub pozostawania w gotowości do ich wykonywania, co oznacza, że do czasu samowolnego oddalenia nie wlicza się dni i godzin wolnych od służby.**

Jest to pogląd trafny. Sąd Najwyższy, uzasadniając go wskazał, że oddalenie jest przestępstwem przeciwko obowiązkowi pełnienia służby w wąskim znaczeniu i może być popełnione jedynie przez żołnierza, na którym taki obowiązek wykonywania zadań służbowych lub pozostawania w gotowości do ich wykonywania ciąży. Z art. 60 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych wynika, że wymiar czasu służby żołnierzy zawodowych jest określony ich zadaniami służbowymi, które jednak nie mogą być utożsamiane z permanentną dyspozycyjnością żołnierza wobec przełożonych. Taka bowiem jest wymagana jedynie w sytuacjach szczególnych, w których żołnierze zawodowi wykonują zadania nazwane przez ustawodawcę zadaniami o charakterze nadzwyczajnym, niezbędnymi do ochrony interesów państwa, wykonywanie których wyłącza zastosowanie unormowań gwarancyjnych tę ograniczających dyspozycyjność. W zależności od rozmiaru tych zadań różnie jest kształtowany wymiar czasu służby żołnierza zawodowego, a tym samym obowiązek pełnienia służby. Niezależnie jednak od kształtu tego obowiązku będzie on mógł być naruszony zachowaniem się żołnierza wyłącznie wówczas, gdy obowiązek ten będzie na nim ciążył. Czas wolny od zadań służbowych jest czasem pozostawionym do dyspozycji żołnierza zawodowego, którym może nim swobodnie rozporządzać. Nie jest zatem możliwe zaliczenia tego czasu do okresu samowolnego oddalenia żołnierza zawodowego, niezależnie od tego, czy będąc zobowiązany do pełnienia służby w jednostce wojskowej lub wyznaczonym miejscu przebywania, samowolnie je opuszcza, czy też mając obowiązek przybycia do tej jednostki bądź wyznaczonego miejsca przebywania w celu wykonania zadań służbowych – samowolnie poza nimi pozostaje.

---

*nego materialnego i procesowego za II półrocze 1986 r.*, WPP 1988, nr 4, s. 520–521; *tenże*, Głosa do wyroku Izby Wojskowej Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1995 r. – WR 62/95, WPP 1996, nr 1, s. 83–84; Z. Cwiąkalski, A. Zoll, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego za II półrocze 1986*, NP 1987, nr 11–12, s. 108–109; *tychże*, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 1985 r.*, NP 1986, nr 7–8, s. 141; J. Majewski, *Nowe ujęcie przestępstwa samowolnej nieobecności w wyznaczonym miejscu służby*, [w:] *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Prof. J. Skupińskiego*, A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hary, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), Warszawa 2013, s. 285.

## II. KODEKS KARNY WYKONAWCZY

### 10. Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności (art. 151 § 1 k.k.w.)

1. Sąd – zgodnie z art. 151 § 1 k.k.w. – może odroczyć wykonanie kary pozbawienia wolności na okres do roku, jeżeli natychmiastowe wykonanie kary pociągnęłoby dla skazanego lub jego rodziny zbyt ciężkie skutki.

Na tle tego przepisu zrodziło się pytanie, czy możliwe jest ponownego odroczenie wykonania kary, co do której nastąpiło najpierw warunkowe zawieszenie wykonania na podstawie art. 152 k.k.w., a następnie zarządzone jej wykonanie.

W doktrynie dopuszcza się taką możliwość, o ile nie wyczerpano całego okresu odroczenia<sup>84</sup> albo nawet już po wykorzystaniu maksymalnego okresu odroczenia na podstawie innej przesłanki<sup>85</sup>.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 grudnia 2013 r. – I KZP 23/13 (OSN Prok. i Pr. 2014, nr 3, poz. 8) zajął stanowisko, że: **Możliwość orzekania w kwestii dalszego odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 151 § 1 k.k.w., a w konsekwencji także co do potencjalnego ponownego warunkowego zawieszenia jej wykonania na podstawie art. 152 § 1 k.k.w., jest związana ze zróżnicowaniem tych okresów wynikającym z art. 151 § 1 zd. pierwsze i zd. drugie k.k.w. oraz uzależniona od ich upływu.**

Jest to stanowisko słuszne. W uzasadnieniu trafnie Sąd Najwyższy podkreślił, że kara pozbawienia wolności, której wykonanie najpierw odroczone na okres roku, po czym wykonanie jej warunkowo zawieszono (art. 152 § 1 k.k.w.), a potem zarządzone, jest cały czas tą samą karą pozbawienia wolności, która nigdy nie była wykonywana. Przekształcenie bezwzględnej kary pozbawienia wolności w karę warunkowo zawieszoną, a następnie zarządzenie wykonania tej kary na podstawie art. 75 § 1 k.k., nie powoduje powstanie nowej kary, co do której otwierają się przesłanki określone w art. 151 § 1 k.k.w. Cały czas bowiem chodzi o tę samą karę, która nie została wykonana, orzeczoną tym samym wyrokiem skazującym i wymierzoną za ten sam czyn zabroniony. Zwrócił przy tym uwagę, że – zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego – „łączny okres udzielonego kilkakrotnie odroczenia nie może, w żadnej sytuacji, przekroczyć roku od dnia wydania pierwszego postanowienia o odroczeniu, chyba że chodzi o kobietę ciężarną lub w okresie 3 lat po urodzeniu dziecka lub sprawowania nad nim opieki”<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 2012, s. 610.

<sup>85</sup> Zb. Holda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy*, Gdańsk 2007, s. 501; K. Nowicki, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności*, PIP 2010, Nr 12, s. 65.

<sup>86</sup> Uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 lutego 2009 r. – I KZP 32/08, OSNKW 2009, nr 4 poz. 27 z głosem częściowo krytyczną K. Nowickiego, LEX/el 2010 i uwagami aprobującymi R.A. Stefańskiego; Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2009 r. WPP 2010, Nr 1, s. 107–115.

W literaturze słusznie zauważa się, że przepis art. 152 k.k.w. nie wprowadza żadnego ograniczenia związanego z wcześniejszym, obligatoryjnym zarządzeniem wykonania zawieszony kary pozbawienia wolności, jak to czyni np. art. 81 k.k., w którym ustawodawca zastrzegł, iż w razie odwołania warunkowego zwolnienia ponowne warunkowe zwolnienie nie może nastąpić przed upływem roku od osadzenia skazanego w zakładzie karnym, a w wypadku kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego pozbawienia wolności – przed upływem 5 lat. Uzasadnienie kolejnych decyzji o odroczeniu i następnie zastosowanie art. 152 k.k.w., może wiązać się z zaistnieniem nowych okoliczności wskazujących na przemianę w osobowości i życiu skazanego, co w konsekwencji może przemawiać za przyjęciem pozytywnej prognozy dotyczącej jego przyszłego zachowania<sup>87</sup>.

2. Na tle art. 151 § 1 k.k.w. pojawiało się też inne zagadnienie, a mianowicie czy w skład łącznego okresu odroczenia, o którym mowa w art. 151 § 3 k.k.w., może wchodzić czas faktycznego nieodbywania kary, nieobjęty sformalizowanym zezwoleniem sądu, czy tylko orzeczenie sądu może kreować ten okres.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. – I KZP 16/13 (OSN Prok. i Pr. 2014, Nr 2, poz. 5) wyjaśnił, że: **Wniosek skazanego o odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności, złożony na podstawie art. 151 § 1 k.k.w. przed zakończeniem roku od dnia pierwszego postanowienia o odroczeniu kary, podlega rozpoznaniu także po upływie tego roku, i może być uwzględniony, ale wykluczone jest określenie końcowej daty odroczenia na dzień późniejszy niż odpowiadający kalendarzowo terminowi początkowemu (chyba że odroczenie dotyczy osoby wskazanej w art. 151 § 1 zd. drugie k.k.w.) oraz na dzień późniejszy niż data osadzenia skazanego w celu odbycia kary albo z powodu tymczasowego aresztowania.**

W uzasadnieniu podniósł, że z dotychczasowego orzecznictwa wyraźnie wynika, że do wliczenia łącznego okresu odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności dochodzi jedynie wtedy, gdy zapadło kolejne postanowienie o odroczeniu wykonania kary<sup>88</sup>. Wskazał wprost, że wcześniej organ ten zajął stanowisko, że „Do łącznego okresu odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności, określonego w treści art. 151 § 3 k.k.w., stwarzającego możliwość ubiegania się o warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 152 k.k.w., okres pomiędzy datą zakończenia wcześniej udzielonego odroczenia a datą kolejnego postanowienia o odroczeniu, wlicza się tylko wówczas, gdy wniosek o kolejne odroczenie został złożony przed zakończeniem wcześniej

<sup>87</sup> R. Pietruszka: Warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności na podstawie art. 152 k.k.w. [w:] *X lat obowiązywania kodeksu karnego wykonawczego*, S. Leleńtała, G.B. Szczygieł (red.), Białystok 2009, s. 278–279.

<sup>88</sup> Postanowienie SN z dnia 21 czerwca 2000 r. – II KKN 80/00, Wokanda 2000, nr 11, poz. 22, postanowienie SN z dnia 2 marca 2009 r. – V KK 7/09, OSNwSK 2009, poz. 579, postanowienie SN z dnia 17 lutego 2010 r. – III KK 243/09, OSNwSK 2010, poz. 350, postanowienie SN z dnia 24 maja 2011 r. – II KK 329/10 – OSNKW 2011, nr 8, poz. 75.

udzielonego okresu odroczenia, przy czym łączny okres udzielonego kilkakrotnie odroczenia nie może, w żadnej sytuacji, przekroczyć roku od dnia wydania pierwszego postanowienia o odroczeniu, chyba że chodzi o kobietę ciężarną lub w okresie 3 lat po urodzeniu dziecka lub sprawowania nad nim opieki<sup>89</sup>.

### III. KODEKS KARNY SKARBOWY

#### 11. Zbieg przepisów (art. 8 § 1 k.k.s.)

1. Problem idealnego zbiegu przepisów określających przestępstwo i przestępstwo skarbowe (art. § 1 k.k.s.) budzi różnego rodzaju wątpliwości, a jednym z nich jest ustalenie rzeczywistego lub pozornego zbiegu. W powszechnym prawie karnym do odróżnienia, czy zachodzi zbieg rzeczywisty, czy pozorny służą tzw. reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym, tj. specjalności (*lex specialis derogat legi generali*), konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumptae*) bądź subsydiarności (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). Nie jest jasne, czy mają one także zastosowanie do określenia zbiegu przepisów zawartych w kodeksie karnym i kodeksie karnym skarbowym.

W judykaturze zagadnienie to było rozwiązywane w różny sposób, a mianowicie:

- 1) przyjmowano, że reguły wyłączenia wielości ocen w ramach przewidzianej w art. 8 k.k.s. konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych nie można stosować przy rozstrzygnięciu istnienia lub nieistnienia idealnego zbiegu przestępstw<sup>90</sup>;
- 2) uznawano, że reguły wyłączenia wielości ocen można stosować przy rozstrzygnięciu istnienia lub nieistnienia idealnego zbiegu przestępstw w konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych (art. 8 § 1 k. k. s.)<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 lutego 2009 r. – I KZP 32/08, OSNKW 2009, nr 4 poz. 27 z glosą częściowo krytyczną K. Nowickiego, LEX/el 2010 i uwagami aprobuującymi R.A. Stefańskiego; Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2009 r. WPP 2010, Nr 1, s. 107–115.

<sup>90</sup> Postanowienie SN z dnia 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08, Lex nr 503265, wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2008 r., IV KK 46/08, Lex nr 447300, wyrok SA w Łodzi z dnia 24 marca 2009 r., II AKA 210/08, KZS 2010, nr 4, poz. 63.

<sup>91</sup> Uchwała SN z dnia 30 września 2003 r. – I KZP 22/03, OSNKW 2003, nr 9-10, poz. 75 z glosami aprobującą O. Górniok, OSP 2004, nr 5, poz. 63, częściowo krytyczną G. Łabudy, Monitor Podatkowy 2004, nr 6, poz. 48, krytyczną T. Oczkowskiego, Studia Iuridica Toruniensis. 2008, nr 1, s. 159–164 oraz z uwagami A. Barczak-Oplustil, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, Cz.PKiNP 2004, nr 2, s. 199 i aprobującymi R.A. Stefańskiego, Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2003 rok, WPP 2004, nr 1, s. 119–123, uchwała SN z dnia 30 września 2003 r. – I KZP 16/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 77 z uwagami aprobującymi, WPP 2004, nr 1, s. 114–119 oraz A. Barczak-Oplustil, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, Cz.PKiNP 2004, nr 2, s. 199, wyrok SN z dnia 12 sierpnia 2008 r. – V KK 76/08, LEX nr 449041, wyrok SN z 19 marca 2008 r. – II KK 347/07, LEX nr 388503, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 3 września 2009 r. – II AKA 105/09, KZS 2009, nr 12, poz. 87, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2010 r. – II AKA 103/10, OSAW 2011, nr 1, poz. 209, wyrok SA

Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów o z dnia 24 stycznia 2013 r. – I KZP 19/12 (OSNKW 2013, Nr 2, poz. 13) uznał, że: **Reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s.**

Ze względu na skomplikowany charakter rozstrzyganej kwestii nie dziwi, że uchwała ta spotkała się z różną oceną w literaturze. Poddano ją zarówno krytyce<sup>92</sup>, jak też odniesiono się do niej ze wstrzemięźliwą aprobatą<sup>93</sup>.

W uzasadnieniu tej uchwały Sąd Najwyższy odwołał się do wykładni językowej art. 8 § 1 k.k.s., stwierdzając, że z treści tego przepisu wynika, że jeżeli ten sam czyn, rozumiany jako wyodrębnione, zwarte czasowo i terytorialnie zachowanie sprawcy, wypełniający znamiona przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego realizuje zarazem znamiona przestępstwa powszechnego lub wykroczenia powszechnego, to sąd obowiązany jest stosować każdy z tych przepisów, tzn. kodeksu karnego skarbowego lub innej ustawy karnej. Bez znaczenia prawnego jest okoliczność, że to samo zachowanie sprawcy naruszyło więcej niż jedno dobro prawnie chronione i wywołało wiele różnorodnych skutków przestępnych. Gdyby ustawodawca chciał powiązać instytucję idealnego zbiegu czynów karalnych z jednorodnością dobra chronionego i skutku przestępnego, niewątpliwie nadałby temu przepisowi inne brzmienie. Chodzi więc o równoległą odpowiedzialność karną skarbową i karną za jeden czyn. Ze względu na przypisanie sprawcy więcej niż jednego czynu przestępnego, nie ma zastosowania zasada, że jeden czyn stanowi tylko jedno przestępstwo (art. 6 § 1 k.k.s. i art. 11 § 1 k.k.). Jedynie na podstawie tej zasady, skutkującej rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, może wystąpić albo zbieg właściwy, co prowadzi – w wypadku braku podstaw do zastosowania jednej z reguł wyłączania wielości ocen – do przyjęcia kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy (art. 7 § 1 k.k.s. i art. 11 § 2 k.k.), albo zbieg niewłaściwy, pomijalny, gdy zastosowanie znajdzie jedna z reguł wyłączania wielości ocen.

Następnie Sąd Najwyższy, odwołując się do wykładni systemowej, wskazał, że w obrębie całego prawa karnego, nie funkcjonuje jedna, uniwersalna, międzygałęziowa zasada, według której ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo skarbowe lub powszechne albo tylko jedno wykroczenie skarbowe lub powszechne. Zarówno w kodeksie karnym, jak i kodeksie karnym skarbowym występują dwie odrębne, ale co do istoty identycznie ujęte, zasady jedności czynu (art. 11 § 1 k.k. i art. 6 § 1 k.k.s.). W obu wypadkach przesłanką

---

w Katowicach z dnia z 3 lutego 2011 r. – II AKa 476/11, LEX nr 846492, wyrok SA w Katowicach z dnia 1 czerwca 2011 r. – II AKa 83/11, KZS 2011, nr 9, poz. 122; wyrok SA w Katowicach z dnia 13 czerwca 2011 r. – II AKa 146/11, LEX nr 1001360.

<sup>92</sup> J. Duda, Głosa do tej uchwały, Cz.PKiNP 2013, nr 1, s. 123–133; J. Kanarek, Głosa do tej uchwały, OSP 2013, s. 173–177; L. Wilk, Głosa do tej uchwały, OSP 2013, nr 7–8, poz. 84; A. Skowron, Głosa do tej uchwały, LEX/el. 2013.

<sup>93</sup> B. Mił, *Idealny zbieg czynów karalnych. Kilka refleksji na temat uwarunkowań i reperkusji uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r.*, I KZP 19/12, Prok. i Prok. 2013, nr 12, s. 33–64.

zastosowania kumulatywnego zbiegu przepisów danej ustawy jest wystąpienie właściwego zbiegu przepisów ustawy. Dowodzi to – kontynuuje Sąd Najwyższy – że reguły wyłączenia wielości ocen są powiązane z rzeczywistym zbiegiem przepisów ustawy, który określany jest odrębnie w kodeksie karnym i kodeksie karnym skarbowym. Reguły wyłączania wielości ocen są instrumentami prawnymi przeznaczonymi do ściśle określonego celu: odrzucenia konstrukcji kumulatywnego zbiegu przepisów. Nie mają więc charakteru uniwersalnego i nie mogą być wykorzystywane do modyfikowania w każdym układzie oceny prawnej takich czy innych kryminalnych zachowań.

Oznacza, to, że w przypadku stosowania konstrukcji tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., reguły wyłączania wielości ocen mogą służyć do redukcji kwalifikacji prawnej w ramach normatywnej analizy przeprowadzonej odrębnie dla poszczególnych przestępstw tj. skarbowego i powszechnego objętych tym zbiegiem, nie mają zaś zastosowania do obu kwalifikacji prawnych jako całości<sup>94</sup>.

2. Do tego samego zagadnienia Sąd Najwyższy odniósł się w postanowieniu z dnia 24 stycznia 2013 r. – I KZP 21/12 (OSNKW 2013, Nr 2. poz. 14), wyjaśniając, że: **W przypadku stosowania konstrukcji tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s., reguły wyłączania wielości ocen mogą służyć do redukcji kwalifikacji prawnej w ramach normatywnej analizy przeprowadzonej odrębnie dla poszczególnych deliktów (skarbowego i powszechnego) objętych tym zbiegiem, natomiast nie mają już zastosowania do obu kwalifikacji prawnych jako całości. Inaczej rzecz ujmując: reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie jedynie w wypadku zbiegu przepisów ustawy, natomiast nie stosuje się ich w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych, o którym mowa w art. 8 § 1 k.k.s. Powyższe w konsekwencji oznacza, że wykluczone jest, aby przepis Kodeksu karnego skarbowego mógł wyprzeć na zasadzie specjalności lub konsumpcji przepis Kodeksu karnego albo odwrotnie.**

Jest to pogląd trafny. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podzielił pogląd oraz argumenty przytoczone na jego poparcie, przedstawione w uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12, wskazując, że zagadnienie, czy do idealnego zbiegu przestępstw z art. 8 k.k.s. stosuje się zasady wyłączania wielości ocen, zostało już wyjaśnione.

---

<sup>94</sup> M. Kozłowski, *Czy reguły wyłączania wielości ocen mają zastosowanie do regulacji zawartej w art. 8 k.k.s.*, LEX/el 2013.

## 12. Uporczywe nieterminowe płacenie podatku (art. 57 § 1 k.k.s.)

Odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe podlega podatnik, który uporczywie nie wpłaca w terminie podatku (art. 57 § 21 k.k.s.). Istotnym jego znamieniem jest „uporczywość”. Budzi ono jednak wątpliwości, czy może je wypełniać jednorazowe zaniechanie zapłaty podatku w terminie, czy też uporczywość musi przejawiać się wyłącznie w powtarzających się, cyklicznych zachowaniach, polegających na zaniechaniu zapłaty podatku.

Sąd Najwyższy w tej kwestii wypowiadał się niejednolicie. Stał na stanowisku, że „Wykroczenie uporczywego niepłacenia podatku w terminie, przewidziane w art. 57 § 1 k.k.s., jest popełnione dopiero w momencie zakończenia stanu niezgodnego z prawem i nie można z niego eliminować poszczególnych zachowań, które łącznie dopiero stwarzają karalną uporczywość w niepłaceniu podatku, chyba że okres ten był już tak długi, że całe zobowiązanie podatkowe (niezapłacony podatek) uległo, stosownie do przepisów podatkowych, przedawnieniu”<sup>95</sup>.

Twierdził też, że „Pojęcie «uporczywie» charakteryzować może zachowanie zarówno ze względu na jego powtarzalność, jak i na trwałość utrzymywanego określonym zachowaniem stanu”<sup>96</sup>.

W doktrynie również zajmowano przeciwstawne stanowiska co do rozumienia tego pojęcia. Przyjmowano, że możliwa jest realizacja znamienia uporczywości przez długotrwałe, lecz jednorazowe, opóźnienie się we wpłaceniu podatku<sup>97</sup> oraz prezentowano pogląd, że w grę wchodzi jedynie zaniechanie wielorazowe<sup>98</sup>.

Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 28 listopada 2013 r. – I KZP 11/13 (OSN Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 7) słusznie uznał, że: **Na zaistnienie znamienia uporczywego niepłacenia podatku w terminie, będącego warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 57 § 1 k.k.s., może wskazywać zarówno**

<sup>95</sup> Postanowienia SN z dnia 27 marca 2003 r. – I KZP 2/03, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 57 z częściowo krytycznymi głosami E. Kłossowskiego, *Podatkowy* 2004, nr 1, s. 47, G. Łabuda, T. Razowski, Prok. i Pr. 2003, nr 11, s. 124–136 i uwagami aprobującymi R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2003 rok*, WPP 2004, nr 1, s. 132–133.

<sup>96</sup> Postanowieniem SN z dnia 3 października 2008 r. – III KK 176/08, OSN Prok. i Pr. 2009, nr 6, poz. 20.

<sup>97</sup> S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2006, s. 200, F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. II, Zakamycze 2006, s. 90 i 92; L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 273–274; J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, Warszawa 2010, s. 129; M. Błaszczuk [w:] M. Błaszczuk, M. Zbrojewska, *Kodeks karny skarbowy*, Warszawa 2011, s. 144–145; A. Piaseczny [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 219; T. Oczkowski [w:] V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2013, s. 221–224; A. Błażnio, K. Rola-Stężycka, *Uporczywe niewpłacanie...*, s. 64–66.

<sup>98</sup> P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 589; A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Kodeks karny skarbowy. Przestępstwa i wykroczenia podatkowe oraz dewizowe*, Warszawa 2010, s. 322; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 277; S. Dudziak, *Odpowiedzialność karna skarbową podatnika za niewpłacenie w terminie podatku*, Prokurator 2010, nr 1–2, s. 56; *tenże*, *Odpowiedzialność za niepłacenie podatku w terminie*, Prok. i Pr. 2011, nr 2, s. 104.

cykliczność zachowań podatnika, polegająca na umyślnym niestosowaniu się do wymogu terminowego płacenia podatku, jak i jednorazowe, ale długotrwałe zaniechanie przez niego uregulowania podatku płatnego jednorazowo, mające miejsce już po terminie płatności tego podatku, a więc gdy ma on uregulować go już jako zaległość podatkową, jeżeli zachowanie to wskazuje, że zamiarem podatnika w momencie upływu terminu płatności podatku było uporczywe jego niepłacenie, a więc odsunięcie uregulowania tego podatku na dłuższy okres.

W uzasadnieniu organ ten podkreślił, że w języku powszechnym uporczywość oznacza zarówno stan „utrzymujący się długo”, „ciągle trwający”, jak i stan „powracający”, „powtarzający się”<sup>99</sup>. Oznacza to, że określenie „uporczywe” obejmuje zarówno zachowania powtarzające się, jak i jedno zachowanie, trwające odpowiednio długo, a więc utrzymuje się przez określony, ale dłuższy czas. Zwrócił jednak uwagę, że w doktrynie podkreśla się, że na gruncie prawa karnego skarbowego powinno uwzględniać się wypracowane w orzecznictwie i piśmiennictwie rozumienie tego pojęcia na gruncie powszechnego prawa karnego, np. w zakresie uporczywego uchylania się od płacenia alimentów (art. 209 § 1 k.k.)<sup>100</sup>. Przeprowadzona przez Sąd Najwyższy analiza przepisów kodeksu karnego, w których jest użyty ten termin oraz jego rozumienia w doktrynie, wykazała, że np. przy karalnej niealimentacji (art. 209 § 1 k.k.) podkreśla się, że uporczywość musi być rozumiana jako wielokrotność zaniechań i jest ona „antynomią jednokrotnego czy nawet kilkakrotnego zaniechania sprawcy”<sup>101</sup> natomiast przy przestępstwie uporczywego naruszenia prawa pracownika (art. 218 k.k.), wskazuje się, iż uporczywość oznacza działanie lub zaniechanie „trwające dłuższy czas lub powtarzające się w pewnym okresie”<sup>102</sup>.

Oznacza to – kontynuuje Sąd Najwyższy – że na gruncie powszechnego prawa karnego, pojęcie uporczywości jako znamię czynu nie ma jednolitego charakteru i jest różnie rozumiane, w zależności od kontekstu ustawowego, w jakim zostało użyte. Tym samym nie jest możliwe oparcie się na wykładni systemowej dla doprowadzenia do jednolitego rozumienia pojęcia „uporczywości” w prawie karnym powszechnym i prawie karnym skarbowym, czyli stosowania wykładni

<sup>99</sup> *Słownik języka polskiego*, M. Szymczak (red.), t. II, Warszawa 1999, s. 566; *Inny słownik języka polskiego*, M. Bańko (red.), t. II, Warszawa 2000, s. 922; *Nowy słownik języka polskiego*, S. Sobol (red.), Warszawa 2002, s. 1086; *Uniwersalny słownik języka polskiego*, S. Dubisz (red.), t. IV, Warszawa 2003, s. 1007.

<sup>100</sup> G. Łabuda [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 589; L. Wilk, *Zaległości podatkowe w świetle prawa karnego skarbowego*, Pal. 2000, nr 11–12, s. 50; L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 266–267.

<sup>101</sup> M. Szewczyk [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 909–910.

<sup>102</sup> W. Wróbel [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 1044; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 490.



synonimicznej<sup>103</sup>. Należy więc uwzględnić autonomiczność materialnego prawa karnego skarbowego<sup>104</sup>.

Dokonując wykładni tego pojęcia na gruncie art. 57 § 1 k.k.s. należy mieć na uwadze specyfikę prawa karnego skarbowego i nie można też *a priori* założyć, że uporczywość, o jakiej mowa w tym przepisie ogranicza się wyłącznie do zachowań powtarzalnych. W konsekwencji organ ten słusznie uznał, że realizacja znamienia uporczywego niepłacenia podatku w terminie, będącego warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe z art. 57 § 1 k.k.s., może obejmować zarówno cykliczność zachowań podatnika, polegającą na umyślnym niestosowaniu się do wymogu terminowego płacenia podatku, jak i jednorazowe, ale długotrwałe zaniechanie przez niego uregulowania podatku płaconego jednorazowo, mające miejsce już po terminie płatności tego podatku, a więc gdy ma on uregulować go już jako zaległość podatkową, jeżeli zachowanie to wskazuje, że zamiarem podatnika w momencie upływu terminu płatności podatku było uporczywe jego niepłacenie, a więc odsunięcie uregulowania tego podatku na dłuższy okres.

### **13. Prowadzenie gier i zakładów wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia (art. 107 § 1 k.k.s.)**

**P**rzestępstwem skarbowym, stypizowanym w art. 107 § 1 k.k.s. jest urządzenie lub prowadzenie gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego.

Z związku z tym przepisem został przedstawiony Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia problem, czy dopuszczalne jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej skarbowej za występki z art. 107 § 1 k.k.s. osób, które prowadzą grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew zakazom zawartym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych<sup>105</sup> w sytuacji, gdy projekt tych przepisów nie został przedstawiony przez Państwo Polskie w Komisji Europejskiej w ramach procedury notyfikacyjnej.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 listopada 2013 r. – I KZP 15/13 (OSN Prok. i Pr. 2013, nr 3, poz. 8) trafnie wskazał, że: **Naruszenie wynikającego z dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r. (Dz. U. L. 363, s. 81) obowiązku notyfikacji przepisów technicznych ma charakter naruszenia trybu ustawodawczego, którego konstytucyjność może być badana wyłącznie w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. Jeżeli w konkretnym postępowaniu sąd dochodzi do wniosku, że doszło do takiej wadliwości trybu ustawodawczego, może nie stosować tych przepisów tylko**

<sup>103</sup> A. Błachnio, K. Rola-Stężycka, *Uporczywe niewpłacanie podatku w terminie a przedawnienie karalności*, Prok. i Pr. 2009, nr 3, s. 64.

<sup>104</sup> L. Wilk, *Uporczywe niepłacenie podatku – kontrowersyjna kryminalizacja*, Prok. i Pr. 2010, nr 7–8, s. 204–205.

<sup>105</sup> Dz.U. Nr 201 poz. 1540 ze zm.

**w ten sposób, że zawiesi prowadzone postępowanie, w którym miałyby one zostać zastosowane i skieruje stosowne pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego. Jednak do czasu zainicjowania tej kontroli lub podjęcia przez Trybunał Konstytucyjny stosownego rozstrzygnięcia, brak jest podstaw do odmowy stosowania przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym jej art. 6. ust 1 i art. 14 ust. 1.**

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy stwierdził, że z uwagi na wagę i charakter obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu regulacji prawnych zawierających przepisy techniczne, problem ten stanowi w istocie element konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, a jego naruszenie może być kwestionowane jako naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego. Jednocześnie, z uwagi na mające swoje uzasadnienie w zasadzie pewności prawa, powszechnie akceptowane w polskim systemie prawa domniemanie konstytucyjności ustawy oraz skoncentrowaną kontrolę badania tej konstytucyjności, Trybunał Konstytucyjny jest jedynym organem władnym do stwierdzenia naruszenia trybu ustawodawczego i uchylenia z tego powodu wadliwie ustanowionej ustawy. Nie mogą tego czynić samodzielnie sądy powszechne, sądy administracyjne, sądy wojskowe, czy też Sąd Najwyższy, odmawiając stosowania prawa.

## **PRZEGLĄD UCHWAŁ IZBY KARNEJ ORAZ IZBY WOJSKOWEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO W ZAKRESIE PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO ZA 2013 R.**

### **Streszczenie**

W artykule została przeprowadzona analiza uchwał i postanowień Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego, podjętych w 2013 r. w ramach tzw. konkretnych i abstrakcyjnych pytań prawnych kierowanych do tego organu w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego i prawa karnego skarbowego. Przedmiotem rozważań są: ustawa względniejsza dla sprawcy (art. 4 § 1 k.k.), bieg okresu zakazu prowadzenia pojazdów (art. 43 § 3 k.k.), wykonanie postanowienia o zarządzenie wykonania kary (art. 75 § 1 k.k.), wszczęcie postępowania przeciwko osobie (art. 102 k.k.), pojęcie funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 pkt 4 k.k.), przestępne nadużycia władzy (art. 231 § 1 k.k.), pranie pieniędzy (art. 299 § 1 k.k.), udaremnienie zaspokojenia wierzyciela (art. 300 § 2 k.k.), samowolne oddalenie się żołnierza z jednostki (art. 338 § 1–3 k.k.), odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności (art. 151 § 1 k.k.w.), zbieg przepisów w prawie karnym skarbowym (art. 8 § 1 k.k.s.), uporczywe nieterminowe płacenie podatku (art. 57 § 1 k.k.s.), prowadzenie gier i zakładów wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia (art. 107 § 1 k.k.s.). Poglądy wyrażone przez Sąd Najwyższy są omawiane z uwzględnieniem doktryny i judykatury.

## **REVIEW OF THE 2013 RESOLUTIONS OF THE PENAL AND MILITARY CHAMBER OF THE SUPREME COURT REGARDING SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW**

### **Summary**

The article presents the analysis of resolutions and decisions of the Penal and Military Chamber of the Supreme Court made in 2013 regarding the so-called substantial and abstract legal questions filed to this organ in connection with substantive criminal law, penal law and penal law concerning offences against the Treasury. The considerations focus on the following subjects: the act more relative for a perpetrator (Article 4 § 1 of the Penal Code), flow of the time of ban on driving vehicles (Article 43 § 3 of the Penal Code), implementation of the decision on penalty execution (Article 75 § 1 of the Penal Code), instituting legal proceeding against a person (Article 102 of the penal Code), a concept of a public servant (Article 115 § 13 point 4 of the Penal Code), criminal abuse of authority (Article 231 § 1 of the Penal Code), money laundering (Article 299 § 1 of the Penal Code), foiling the satisfaction of the creditor (Article 300 § 3 of the Penal Code), lawless withdrawal from a military unit (Article 338 § 1–3 of the Penal Code), postponement of imprisonment (Article 151 § 1 of the Penal Code), concurrence of legal rules in law concerning offences against the Treasury (Article 8 § 1 of the Offences Against the Treasury Code), persistent payment of tax after the due date (Article 57 § 1 of the Offences Against the Treasury Code), organization of gambling and sports betting with the violation of the Act provisions or the licence or permission terms (Article 107 § 1 of the Offences Against the Treasury Code). Discussing the Supreme Court opinions, the author takes the doctrine and judicature into consideration.

## **LA REVUE DES RÉOLUTIONS DE LA CHAMBRE MILITAIRE DE LA COUR SUPRÊME DANS LE CADRE DU DROIT PÉNAL MATÉRIEL DE 2013**

### **Résumé**

Dans l'article on fait une analyse des résolutions et des décisions de la Chambre pénale militaire qui ont été prises en 2013 en réponse aux questions juridiques aussi bien concrètes que abstraites posées à ces organes dans le cadre du droit pénal matériel, le droit pénal exécutif et le droit pénal fiscal. On prend en considération surtout: la loi bienveillante pour l'actant (art. 4 § 1 du code pénal), le cours de la période de l'interdiction de conduire de véhicules (art. 43 § 3 du code pénal), l'exécution de la décision sur arrêter l'exécution de la punition (art. 75 § 1 du code pénal), le commencement de la procédure contre la personne (art. 102 du code pénal), la notion du fonctionnaire public (art. 115 § 13 pt 4 du code pénal), l'abus

1/2014

criminel du pouvoir (art. 231 § 1 du code pénal), le blanchissement de l'argent (art. 229 § 1 du code pénal), l'anéantissement d'assouvir le créancier (art. 300 § 2 du code pénal), le congé insubordonné du soldat de sa troupe (art. 338 § 1–3 du code pénal), le sursis de l'exécution de la punition de la privation de la liberté (art. 151 § 1 du code pénal exécutif), le concours des règlements dans le droit pénal fiscal (art. 8 § 1 du code pénal fiscal), le paiement opiniâtre à échéance indéterminé (art. 57 § 1 du code pénal fiscal), la direction des jeux contre le règlement de la loi ou les conditions de la concession ou bien l'autorisation (art. 107 § 1 du code pénal fiscal). Les opinions exprimées par la Cour Suprême sont traitées en considération de la doctrine ainsi que la jurisprudence.

## **ОБЗОР РЕШЕНИЙ УГОЛОВНОЙ ПАЛАТЫ И ВОЕННОЙ КОЛЛЕГИИ В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО МАТЕРИАЛЬНОГО ПРАВА ЗА 2013 Г.**

### **Резюме**

В статье проведён анализ решений и постановлений Уголовной палаты и Военной коллегии Верховного суда, принятых в 2013 году в рамках так называемых конкретных и абстрактных юридических вопросов, адресованных этому органу с точки зрения уголовного материального права, уголовно-исполнительного права и уголовного налогового права. Предметом исследования являются: закон, благоприятный для обвиняемого (ст. 4 § 1 УК), срок запрета вождения транспортными средствами (ст. 43 § 3 УК), исполнение постановления о порядке исполнения приговора (ст. 75 § 1 УК), возбуждение дела в отношении лица (ст. 102 УК), понятие должностного лица (ст. 115 § 13 пункт 4 УК), преступное злоупотребление властью (ст. 231 § 1 УК), отмывание денег (ст. 299 § 1 УК), воспрепятствование удовлетворению кредитора (ст. 300 § 2 УК), самовольное отлучение солдата из части (ст. 338 § 1–3 УК), отсрочка применения наказания в виде лишения свободы (ст. 151 § 1 УИК), совокупность положений в Уголовном налоговом праве (ст. 8 § 1 УНК), стойкая несвоевременная уплата налога (ст. 57 § 1 УНК), проведение игр и увеселительных мероприятий вопреки положениям закона либо условиям концессии, либо лицензии (ст. 107 § 1 УНК). Точки зрения, выраженные Верховным судом, оговорены с учётом теории и jurisprudence.



ZUZANNA ŁAGANOWSKA

*Glosa do postanowienia NSA II OW 156/12*

Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 grudnia 2012 r. dotyczyło sporu kompetencyjnego między organami administracji: Ministerstwem Rolnictwa i Rozwoju Wsi a Samorządowym Kolegium Odwoławczym w Ostrołęce i wskazania organu właściwego do rozpoznania sprawy z wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Warszawie wydanej w październiku 1961 r.. Chodzi więc o wskazanie właściwego organu do stwierdzenia nieważności decyzji wydanej przez organ, który nie istnieje już w strukturze administracji publicznej.

Po rozpatrzeniu sprawy sąd postawił następującą tezę: „w sytuacji gdy przedmiotem postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności jest decyzja organu, który już nie istnieje w strukturze administracji publicznej należy ustalić, stosownie do art. 20 k.p.a. jaki organ obecnie jest właściwy w sprawach będących przedmiotem tej decyzji. Jeżeli jest to organ jednostki samorządu terytorialnego, to organem wyższego stopnia w stosunku do tego organu – zgodnie z art. 17 pkt 1 k.p.a. jest samorządowe kolegium odwoławcze, chyba, że przepis szczególnie wskazuje inny organ wyższego stopnia”.

Prezydium Powiatowej Rady Narodowej w Przasnyszu we wrześniu 1959 r. wydało decyzję w przedmiocie nadania nieruchomości na własność na podstawie art. 6 dekretu z dnia 18 kwietnia 1955 r. o uwłaszczeniu i uregulowaniu innych spraw związanych z reformą rolną i osadnictwem rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 1959 r. Nr 14 poz. 78 ze zm.). Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Warszawie na mocy decyzji wydanej w październiku 1961 r. uchyliło w części decyzję w przedmiocie nadania nieruchomości na własność oraz utrzymało w mocy tę decyzję w pozostałej części. Stroną postępowania była osoba fizyczna, która w maju 1999 r. złożyła wniosek do Ministra Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej o stwierdzenie nieważności decyzji z października 1961 r. Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi uznał, że nie jest właściwym organem do rozpoznania sprawy i dnia 18 lipca 2012 r. przekazał wniosek do rozpatrzenia Samorządowemu Kolegium Odwoławczemu w Ostrołęce jako organowi właściwemu w sprawie.

Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Ostrołęce wystąpiło z wnioskiem do Naczelnego Sądu Administracyjnego o rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego pomiędzy Kolegium a Ministrem Rolnictwa i Rozwoju Wsi poprzez wskazanie, że organem właściwym do rozpoznania wniosku K. Ch. o stwierdzenie nieważności decyzji Prezydium Wojewódzkiej Rady Narodowej w Warszawie z października 1961 r. w przedmiocie nadania nieruchomości na własność jest Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Zdaniem Kolegium sprawa z zakresu dekretu z dnia 18 kwietnia 1955 r. należące dotychczas do właściwości rad narodowych i terenowych organów administracji rządowej stopnia podstawowego powinny być rozstrzygane przez rejonowe organy rządowej administracji ogólnej, na podstawie art. 5 pkt 6 ustawy z dnia 17 maja 1990 r. o podziale zadań i kompetencji określonych w ustawach szczególnych pomiędzy organy gminy a organy administracji rządowej oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz.U. Nr 34 poz. 198 ze zm.). Zgodnie z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz. U. Nr 31, poz. 206 ze zm.) organem administracji rządowej w województwie jest wojewoda i do jego właściwości należą wszystkie sprawy z zakresu administracji rządowej w województwie niezastrzeżone w odrębnych ustawach do właściwości innych organów tej administracji. Kolegium również argumentowało, że kompetencje i zadania wojewódzkich rad narodowych zostały przejęte przez wojewodów na podstawie przepisów ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o terenowych organach rządowej administracji ogólnej (tekst jedn. Dz.U. z 1998 r. Nr 32 poz. 176). Wobec powyższego, we wniosku wskazano, że organem wyższego stopnia nad wojewodą jest właściwy w sprawie minister, czyli w tym przypadku Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi.

W odpowiedzi na wniosek Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi wskazał, że organem właściwym do rozpatrzenia sprawy jest Samorządowe Kolegium Odwoławcze, ponieważ zgodnie z art. 4 dekretu z dnia 18 kwietnia 1955 r. w brzmieniu obecnie obowiązującym wynika, iż o nadaniu nieruchomości na własność i ustaleniu ceny nabycia orzeka starosta. Organem wyższego stopnia w stosunku do starosty jest samorządowe kolegium odwoławcze, na podstawie art. 17 pkt 1 K.p.a. Również art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79 poz. 856 ze zm.) stanowi, że organami wyższego stopnia w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej należących do właściwości jednostek samorządu terytorialnego są samorządowe kolegia odwoławcze w rozumieniu przepisów K.p.a.

Naczelnny Sąd Administracyjny wskazał w uzasadnieniu, że jeżeli w postępowaniu w sprawie stwierdzenia nieważności decyzji art. 157 § 1 w zw. z art. 17 K.p.a. są niewystarczające dla ustalenia organu właściwego z uwagi na zmianę we właściwości organów, stosuje się art. 20 K.p.a., zgodnie z którym właściwość rzeczą organu administracji publicznej ustala się według przepisów o zakresie jego działania. Nawiązuje do tego Uchwała NSA z dnia 17 kwietnia 2012 r.,

II OPS 1/12 (publ., ONSA i WSA 2012, nr 4 poz. 60, LEX nr 1142616), zgodnie z którą „organ wyższego stopnia w rozumieniu art. 157 § 1 K.p.a., właściwy do stwierdzenia nieważności decyzji zatwierdzającej projekt scalenia gruntów wydanej przez organ wymieniony w art. 17 K.p.a., ustala się na podstawie art. 157 § 1 i art. 17 K.p.a. w związku z art. 20 K.p.a.” Sąd podkreślił, że chodzi tu w szczególności o zmianę właściwości organów związaną z przemianami strukturalnymi, czyli likwidacją jednych organów i tworzeniem innych.

Zgodnie z art. 157 § 1 K.p.a. właściwy do stwierdzenia nieważności decyzji w przypadkach wymienionych w art. 156 jest organ wyższego stopnia, a gdy decyzja wydana została przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze – ten organ. W sytuacji likwidacji organu należy ustalić jaki organ przejął jego kompetencje, a następnie określić organ wyższego stopnia. Zgodnie z art. 17 pkt 1 K.p.a. organami wyższego stopnia w rozumieniu kodeksu w stosunku do organów jednostek samorządu terytorialnego są samorządowe kolegia odwoławcze, chyba że ustawy szczególne stanowią inaczej. Słuszna jest więc powyższa ocena sądu, prowadząca do konkluzji, że organ właściwy do stwierdzenia nieważności decyzji powinien być określany na podstawie przepisów art. 157 § 1 i art. 17 K.p.a. dopóki organ, który wydał tę decyzję pozostaje w strukturze organów administracji publicznej.

Jeżeli natomiast w przedmiotowej sprawie organ wydający decyzję został zniesiony, należy ustalić jakiemu organowi zostały przekazane sprawy związane z uwłaszczeniem posiadaczy nieruchomości zgodnie z dekretem z dnia 18 kwietnia 1955 r. o uwłaszczeniu i uregulowaniu innych spraw związanych z reformą rolną i osadnictwem rolnym (tekst jedn. Dz.U. z 1959 r. Nr 14 poz. 78 ze zm.). Przepisy dekretu z 18 kwietnia 1955 r. zostały znowelizowane na podstawie art. 11 ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. Nr 106 poz. 668 ze zm.). Zmianie uległ m.in. art. 4 i art. 11 ust. 1 dekretu, stanowiący, że od dnia 1 stycznia 1999 r. organem właściwym do orzekania w sprawach uwłaszczenia został starosta wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej na podstawie dodanego art. 19 a tego dekretu. W ustawie nie określono jednak organu wyższego stopnia w stosunku do starosty, a więc zastosowanie mają ogólne zasady przyjęte w K.p.a. Zgodnie z art. 17 K.p.a. organami wyższego stopnia w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego są samorządowe kolegia odwoławcze. Przepis ten należy porównać z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o samorządowych kolegiach odwoławczych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79 poz. 856 ze zm.), zgodnie z którym samorządowe kolegia odwoławcze są organami wyższego stopnia, w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, w indywidualnych sprawach z zakresu administracji publicznej należących do właściwości jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Sąd słusznie zauważył, że z tre-

ści tych przepisów nie wynika, aby samorządowe kolegia odwoławcze nie były właściwe do orzekania w sprawach indywidualnych załatwianych przez organy samorządu terytorialnego wykonujące zadania z zakresu administracji rządowej. Treść tych przepisów pozwala na wyznaczenie samorządowego kolegium odwoławczego jako organu właściwego w sprawach stwierdzenia nieważności decyzji wydanych przez starostę, czyli organ jednostki samorządu terytorialnego.

Sąd zwrócił również uwagę na wcześniejsze brzmienie art. 17 K.p.a., obowiązujące od 6 grudnia 1994 r. do 31 stycznia 1998 r.: „Organami wyższego stopnia w rozumieniu kodeksu są: w stosunku do organów gmin w sprawach należących do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej – wojewodowie, a w pozostałych sprawach – samorządowe kolegia odwoławcze”. Przepis ten wprowadzał rozgraniczenie właściwości wojewodów i samorządowych kolegiów odwoławczych w zależności od tego, czy załatwiana sprawa należała do zadań zleconych z zakresu administracji rządowej czy też zadań własnych gminy, ale przestał obowiązywać na rok przed złożeniem wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji z października 1961 r.

Zdaniem Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Ostrołęce, organem właściwym do rozstrzygnięcia przedmiotowego wniosku o stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej jest wojewoda jako organ administracji rządowej w województwie, do którego właściwości należą wszystkie sprawy z zakresu administracji rządowej w województwie niezastrzeżone w odrębnych ustawach do właściwości innych organów tej administracji, co wynika z art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U. Nr 31 poz. 206 ze zm.).

Powyższa argumentacja została skrytykowana przez Sąd, który uznał, że treść art. 3 pkt 5 ustawy o wojewodzie i administracji rządowej w województwie odnosi się do właściwości wojewody w sprawach z zakresu administracji rządowej w województwie jedynie w zakresie właściwości rzeczowej. Jest to trafny pogląd, ponieważ zgodnie z art. 3 pkt 7 wspomnianej ustawy wojewoda jest organem wyższego stopnia w rozumieniu przepisów K.p.a., a więc również w rozumieniu art. 17 K.p.a., który nie odsyła do regulacji innych ustaw. Tak więc art. 3 pkt 5 ustawy o wojewodzie i administracji rządowej w województwie nie ma zastosowania do uznania właściwości wojewody w sprawach z zakresu administracji rządowej w województwie niezastrzeżonych w odrębnych przepisach do właściwości innych organów administracji.

Sąd dodał również, że argumentem przemawiającym za właściwością samorządowego kolegium odwoławczego w tej sprawie jest to, że obecnie ustawodawca dąży do ujednoczenia trybu odwoławczego w sprawach rozpatrywanych przez organy samorządu terytorialnego.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, NSA wskazał Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Ostrołęce jako organ właściwy w sprawie. Sąd postawił tezę, że „w sytuacji gdy przedmiotem postępowania w sprawie stwierdzenia nieważno-



ści jest decyzja organu, który już nie istnieje w strukturze administracji publicznej należy ustalić, stosownie do art. 20 k.p.a. jaki organ obecnie jest właściwy w sprawach będących przedmiotem tej decyzji. Jeżeli jest to organ jednostki samorządu terytorialnego, to organem wyższego stopnia w stosunku do tego organu – zgodnie z art. 17 pkt 1 k.p.a. jest samorządowe kolegium odwoławcze, chyba, że przepis szczególnie wskazuje inny organ wyższego stopnia”.

W związku z powyższym należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu, który rozpatrując sprawę w pierwszej kolejności ustalił, że organem, który przejął kompetencje wojewódzkiej rady narodowej jest starosta, a następnie określił organ wyższego stopnia w stosunku do tego organu, czyli samorządowe kolegium odwoławcze.

W podobnej sprawie orzekł NSA w postanowieniu z dnia 21 września 2011 r. sygn. II OW 83/2011 (LexPolonica nr 3036726), który stwierdził że „organem wyższego stopnia w stosunku do starosty (...) będzie samorządowe kolegium odwoławcze. W myśl przepisu art. 157 par. 1 kpa organ ten będzie właściwy do prowadzenia postępowania w sprawie nieważności decyzji wydanej przez starostę”.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego również ukształtował się pogląd, zgodnie z którym samorządowe kolegia odwoławcze są organami wyższego stopnia nad organami jednostek samorządu terytorialnego niezależnie od charakteru zadania – własnego lub zleconego jednostce samorządu terytorialnego (wyrok SN z 6 kwietnia 2001 r., III RN 88/00, LexPolonica nr 2318174, zob. także wyrok SN z 17 listopada 2000 r., III RN 52/00, LexPolonica nr 351341, OSNAPiUS 2001, nr 12, poz. 405).

Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Ostrołęce błędnie argumentowało, jakoby zadania dawnej wojewódzkiej rady narodowej zostały przejęte przez wojewodę, którego organem wyższego stopnia w przedmiotowej sprawie jest Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi. Rozważanie Sądu, przywołujące przepisy ustawy z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej w związku z reformą ustrojową państwa, która zmieniła przepisy dekretu z dnia 18 kwietnia 1955 r. o uwłaszczeniu i uregulowaniu innych spraw związanych z reformą rolną i osadnictwem rolnym, było trafne i zasadne. Na mocy przywołanych przepisów sprawy związane z uwłaszczeniem posiadaczy nieruchomości zostały przekazane starostom wykonującym zadania z zakresu administracji rządowej, a organem wyższego stopnia w stosunku do starosty, niezależnie od charakteru zadania, jest zawsze samorządowe kolegium odwoławcze.

**GŁOSA DO POSTANOWIENIA NSA II OW 156/12****Streszczenie**

Głosa dotyczy postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 grudnia 2012 r. (sygn. NSA II OW 156/12) w sprawie rozstrzygnięcia sporu kompetencyjnego między organami administracji i wskazania organu właściwego do rozpoznania sprawy. W sytuacji, gdy przedmiotem postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności jest decyzja organu, który już nie istnieje w strukturze administracji publicznej, należy ustalić, stosownie do art. 20 k.p.a., jaki organ obecnie jest właściwy w sprawach będących przedmiotem tej decyzji. Jeżeli jest to organ jednostki samorządu terytorialnego, to organem wyższego stopnia w stosunku do tego organu – zgodnie z art. 17 pkt 1 k.p.a. – jest samorządowe kolegium odwoławcze, chyba, że przepis szczególnie wskazuje inny organ wyższego stopnia.

**GLOSS CONCERNING THE RULING OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT – NSA II OW 156/12****Summary**

The gloss concerns the judgment of the Supreme Administrative Court of 13 December 2012 (ref. NSA II OW 156/12) in the settlement of the conflict of jurisdiction between administrative organs and the indication of the authority competent to examine the case. If the subject of the proceeding for a declaration of invalidity is the authority that no longer exists in the structure of public administration, according to Article 20 of the Code of Administrative Procedure, the authority that currently has jurisdiction in the matter should be determined. If it is a local government authority, the authority of a higher level – in accordance with Article 17 paragraph 1 of the Code of Administrative Procedure – is the local government appeals board – unless a specific provision indicates a higher rank authority.

**GLOSE À LA DÉCISION DE LA COUR PRINCIPALE ADMINISTRATIVE (NSA) II OW 156/12****Résumé**

La glose concerne la décision de la Cour principale administrative du 13 décembre 2012 (sign. NSA II OW 156/12) vue l'arbitrage du litige des compétences entre les organes administratifs et l'indication de l'organe propre pour discerner la cause. Dans la situation où l'objet de la procédure dans la cause de l'invalidité est la

décision de l'organe qui n'existe plus dans la structure de l'administration publique, il faut trouver quel organe est actuellement propre pour les causes qui sont objet de cette décision, conformément à l'art. 20 du code de la procédure administrative (k.p.a). Si c'est un organe de l'autonomie tériitoriale, alors son organe supérieur – conformément à l'art. 17 pt 1 du code de la procédure administrative – est la cour administrative d'appel autonome ou bien une autre indiquée par la règle de l'organe supérieur.

## **ГЛОССА К ПОСТАНОВЛЕНИЮ ГЛАВНОГО АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДА NSA II OW 156/12**

### **РЕЗЮМЕ**

Глосса касается постановления Главного Административного суда от 13 grudnia 2012 г. (сигн. NSA II OW 156/12) по вопросу о разрешении компетентного спора между административными учреждениями и определении компетентного органа для рассмотрения дела. В ситуации, когда предметом рассмотрения дела о признании недействительности является решение органа, который уже не существует в структуре государственной администрации, следует установить, применительно к ст. 20 КАС, какой орган в настоящее время является компетентным в делах, служащих предметом данного решения. Если это орган местного самоуправления, то вышестоящим органом по отношению к нему – согласно ст. 17 п. 1 КАС – является муниципальная кассационная коллегия, если особое постановление не укажет иного вышестоящего органа.



EWA ŚLADKOWSKA

*Wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej  
lub z rażącem naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym*  
Warszawa 2013, ss. 261

Recenzowana książka wieńczy wysiłki badawcze Autorki nad poznaniem problematyki wydania decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej lub wydania decyzji administracyjnej z rażącem naruszeniem prawa. Jest to bowiem zmodyfikowana wersja rozprawy doktorskiej obronionej w grudniu 2006 r., a stan prawny został przyjęty na dzień 1 listopada 2012 r. Jest to o tyle istotne, bowiem monografia weszła do obiegu wydawniczego w 2013 r., a dnia 27 lutego 2013 roku ogłoszono tekst jednolity kodeksu postępowania administracyjnego. Analizowane przez Autorkę przepisy art. 156 § 1 pkt 2 nie uległy zmianie, więc rozważania podjęte w recenzowanej książce zachowują aktualność.

Celem pracy była próba zinterpretowania przesłanek stwierdzenia nieważności decyzji zawartych w przepisie art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. Należy pamiętać, iż przepis art. 156 § 1 k.p.a. wylicza enumeratywnie kwalifikowane wady aktów administracyjnych. Autorka zgodnie z tym poddała analizie problem nieważności decyzji, która wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącem naruszeniem prawa. Zagadnienie to jest ważne z punktu widzenia postępowania administracyjnego, stąd też wybór tematu badawczego przez Autorkę należy uznać za w pełni uprawniony.

Stwierdzenie nieważności decyzji jest instytucją procesową, która służy usunięciu z obrotu prawnego aktów administracyjnych dotkniętych jedną z kwalifikowanych wad podanych we wspomnianym art. 156 § 1 k.p.a.

Wybór tematu monografii oraz sposób jego ujęcia trzeba uznać na prawidłowy. Tematyka recenzowanej książki Ewy Śladkowskiej jest doniosła i dotyka rozmaitych zagadnień o charakterze teoretycznym i praktycznym z zakresu prawa administracyjnego.

Struktura pracy, w znacznej mierze zdeterminowana przez przyjęty sposób ujęcia tytułowego zagadnienia, jest nie do końca spójna, lecz przejrzysta. Praca

podzielona została na wstęp, 7 rozdziałów i wnioski końcowe. Do pracy dołączono bibliografię.

Przedmiotem poszczególnych rozdziałów są: trwałość decyzji administracyjnej wydanej w ogólnym postępowaniu administracyjnym bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa (rozdział I), nieważność decyzji administracyjnej (rozdział II), warunki stwierdzenia nieważności decyzji (rozdział III), przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej (rozdział IV), wydanie decyzji administracyjnej bez jakiegokolwiek podstawy prawnej w ogólnym postępowaniu administracyjnym (rozdział V), wydanie decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej w ogólnym postępowaniu administracyjnym (rozdział VI) oraz wydanie decyzji administracyjnej z rażącym naruszeniem prawa w ogólnym postępowaniu administracyjnym (rozdział VII).

Występuje pewna niekonsekwencja Autorki w konstrukcji pracy. Rozdziały I i II zaczynają się od uwag wstępnych, a *in fine* dotyczą uwag podsumowujących. W rozdziale III brak już jest uwag wstępnych. Autorka rozpoczęła rozważania tego rozdziału od zagadnień ogólnych, które w zasadzie pełnią funkcję uwag wstępnych. W rozdziale VI brak jest zarówno uwag wstępnych, jak również uwag podsumowujących. W rozdziale VII, kończącym pracę także nie ma uwag podsumowujących. Umieszczenie na końcu każdego rozdziału uwag podsumowujących jest zawsze dla Czytelnika istotną wskazówką, które kwestie uważa się za najistotniejsze.

Rozdziały I, II i III można zakwalifikować jako teoretyczne, rozdział IV – ogólniejszy, w którym scharakteryzowano pozostałe przesłanki nieważności, V – historyczny, a rozdziały VI i VII ściśle odnoszą się do tematyki książki i są najbardziej obszerne. Praca mogłaby zostać podzielona nie na większą liczbę mniejszych rozdziałów, a na trzy części: teoretyczną, ogólną z głębszym omówieniem wszystkich przesłanek nieważności decyzji administracyjnej, tematyczną, do której zostałby włączony rozdział historyczny.

W rozdziale I Autorka przedstawiła rozważania dotyczące pojęcia ostateczności, a także pojęcia prawomocności decyzji administracyjnych. Omówiła również zasadę trwałości decyzji administracyjnej. Słusznie zauważyła, iż pierwszy raz została ona sformułowana w przepisach kodeksu postępowania administracyjnego obowiązujących od dnia 1 stycznia 1961 r. Atutem omawianego rozdziału jest prawidłowa analiza trybów nadzwyczajnych dotyczących decyzji wadliwych. Trafne są też uwagi podsumowujące ten rozdział.

*Punctum saliens* rozdziału II jest instytucja nieważności decyzji administracyjnej. Autorka prawidłowo podała, iż w doktrynie wyróżnia się procesowe, a także materialne pojęcie decyzji. Autorka poszukiwała odpowiedzi na postawione przez siebie pytanie: „czym jest nieważność i kiedy zachodzi?”. Wyjaśnienie instytucji nieważności decyzji poprzedziła uwagami w przedmiocie rodzajów nieważności wyróżnionych na gruncie prawa cywilnego, co jest interesującym zabiegiem. Omówiła także koncepcję decyzji nieistniejących.

Rozdział III poświęcony jest stwierdzeniu nieważności decyzji. Omówiono w nim decyzje objęte zakresem zastosowania instytucji stwierdzenia nieważności decyzji. Autorka przedstawiła też ograniczenia zakresu stosowania instytucji stwierdzenia nieważności decyzji.

W rozdziale IV mowa jest o przesłankach nieważności decyzji administracyjnych. Autorka prawidłowo wyróżniła przesłanki pozytywne i negatywne.

Rozdział V dotyczy genezy przesłanek stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej, w postaci wydania decyzji bez podstawy prawnej oraz z rażącym naruszeniem prawa. Zostały one wprowadzone do k.p.a. z dniem 1 września 1980, w miejsce przesłanki polegającej na wydaniu decyzji bez jakiegokolwiek podstawy prawnej.

Rozdział VI odnosi się już ściśle do zagadnienia wydania decyzji administracyjnej bez podstawy prawnej. Autorka prowadziła wywody na szerszym tle zasad praworządności. Zastanawiała się, jakie przepisy winny być podstawą prawną decyzji administracyjnej, w jaki sposób powinny być powoływane w treści decyzji, a także jakie są skutki utraty przez nie mocy obowiązującej już po tym, jak decyzja została wydana. Ten fragment pracy wraz z następnym rozdziałem składa się na trzon recenzowanej pracy.

Cenne są rozważania Autorki w ostatnim rozdziale dotyczące wydania decyzji administracyjnej z rażącym naruszeniem prawa w świetle doktryny i orzecznictwa, wykładni zwrotu „rażące naruszenie prawa” oraz proponowanej koncepcji interpretacji zwrotu „wydanie decyzji administracyjnej z rażącym naruszeniem prawa”.

Wątpliwości budzi warstwa źródłowa pracy. Upływ sześciu lat od momentu obrony rozprawy doktorskiej do czasu jej opublikowania spowodował, iż Autorka powinna była uwzględnić nowe orzecznictwo oraz piśmiennictwo, w szczególności glosy. W przytaczanym przez nią orzecznictwie widać bowiem przewagę judykatów z lat wcześniejszych, w tym – uznanych za podstawowe dla kształtowania się sądowej wykładni art. 156 § 1 i 2 k.p.a. – wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z lat osiemdziesiątych. Nie można negować wartości przywoływanego orzecznictwa, które ukształtowało fundamenty myślenia prawniczego o instytucji nieważności decyzji administracyjnej, lecz – dla ukazania ciągłości pewnej tradycji orzeczniczej, jeśli ta linia jest utrzymywana, ale i zmiany, gdy jej ulega – przytoczenie najnowszych wyroków sądów administracyjnych byłoby wskazane.

Już po analizie bibliografii widać, iż nowsze orzecznictwo zajmuje na kartach książki zdecydowanie mniej miejsca. W międzyczasie zaś ukazała się glosa T. Lewandowskiego do wyroku WSA z dnia 10 czerwca 2010 r. (VII SA/Wa 413/10)<sup>1</sup>. Jej autor opowiedział się przeciwko rozszerzającej interpretacji przepisów, na podstawie których możliwe jest wzruszenie ostatecznej decyzji admi-

<sup>1</sup> LEX/el 2012, LEX nr 145596.

nistracyjnej. Ponadto zamieszczono krytyczną głosę P. Brzozowskiego do wyroku WSA z dnia 2 marca 2010 r. (II SA/OI 19/10)<sup>2</sup> w sprawie odmowy udostępnienia informacji publicznej. Podniesiono w niej również niespójność orzecznictwa sądów administracyjnych w tego typu sprawach, co nie ułatwia działania ani obywatelom, ani samym urzędnikom. Autorka pominęła też głosę M. Karpiuka i M. Mazuryka do wyroku NSA z dnia 13 czerwca 2003 r. (I SA 2903/01)<sup>3</sup>, w której odniesiono się do pojęcia „rażącego naruszenia prawa”. Mogłoby one uzupełnić rozważania Autorki.

Sięgając po recenzowaną pozycję można było liczyć, że Autorka przytoczy przede wszystkim konkretne przykłady z orzecznictwa ukazujące, kiedy dochodzi do wydania decyzji bez podstawy prawnej, a kiedy do wydania decyzji z rażącym naruszeniem prawa; tym bardziej, że – jak Autorka napisała – nawet w orzecznictwie NSA podobne przypadki były różnie kwalifikowane. Taki katalog mógłby być pożyteczną wskazówką dla prawników reprezentujących instytucje publiczne, ale też ich przeciwników – pełnomocników obywateli, wysuwających roszczenia wobec władz publicznych. Tak ukierunkowana analiza orzecznictwa pozwoliłaby na zaobserwowanie praktyki, innymi słowy: *law in action*. Namiastkę tego czytelnik otrzymuje w podrozdziale 3.2.2 rozdziału VI oraz 4.4. rozdziału VII. Autorka skoncentrowała się natomiast na szczegółowym omówieniu poglądów doktryny prawa administracyjnego oraz drobiazgowej wykładni przepisów k.p.a.

Należy docenić znaczący wkład Autorki w rozwój nauki prawa administracyjnego. Nie tylko opisała ona opinie przedstawicieli doktryny, ale też zestawiała je i skonfrontowała, zajmując własne stanowisko, jak na przykład w przypadku problematyki domniemania formy decyzji administracyjnej (s. 147 i nast.). Słuszna jest argumentacja Autorki, która za B. Adamiak uznała, że wydanie decyzji administracyjnej jest możliwe nawet w tych sprawach, w których ustawa nie wskazuje decyzji jako formy ich załatwienia. Wydanie, w takich sytuacjach, decyzji administracyjnej otwiera przed jednostką prawo do obrony i możliwość zaskarżenia decyzji, ale też konkretyzuje jej prawa i obowiązki. W obrocie prawnym tylko w szczególnych przypadkach powinny funkcjonować akty, które nie są formalnie traktowane jako decyzje administracyjne, a wypełniają formalne przesłanki takiej kwalifikacji, zwłaszcza gdy są wydawane przez instytucje, mogące być uznane za organy administracji publicznej. „Ucieczka” w takich wypadkach od reżimu procedury administracyjnej może dźiać się ze szkodą nie tylko dla interesu indywidualnego, ale i zaufania do władz publicznych. Upowszechnienie k.p.a. w systemie administracji publicznej sprzyja jakości pracy, dyscyplinuje funkcjonariuszy publicznych, którzy konkretyzując i indywidualizując generalne i abstrakcyjne normy prawne muszą zachować formalności wymagane dla decyzji administracyjnych. Prawidłowe wykorzystanie przepisów k.p.a. daje też pewność

<sup>2</sup> Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2011, nr 2, 73–84.

<sup>3</sup> LEX/el 2011.

samym urzędnikom, którzy wydają decyzje. Chodzi o poczucie, że materialne efekty ich pracy nie będą narażone na zarzut braku podstawy prawnej czy rażącego naruszenia prawa. Procedura administracyjna jawi się w tym kontekście jako bezpieczniejsza niż przepisy szczególne, które ją wyłączają.

Jeśli chodzi o stronę językową, to sceptycznie należy podchodzić do zwyczaju wydawniczego zamieszczania przypisów w środku zdania, gdyż wygodniejsze wydają się przypisy zbiorcze dla całego zdania, nawet jeśli są w nim zawarte odniesienia do publikacji różnych autorów. Styl pracy jest sporadycznie nieco mniej naukowy, a niektóre zdania rozpoczynają się od „I wreszcie”, „A zatem”, co może wydać się zbyt potoczne. Co jednak trzeba mocno podkreślić, Autorka bardzo płynnie i przystępnie omówiła zawiłości i niuanse wykładni proceduralnego prawa administracyjnego. Dzięki temu lektura recenzowanej książki jest łatwiejsza, a wywody Autorki przemawiają do Czytelnika.

*Karol Dąbrowski  
Tomasz Dąbrowski*





## MANDAT PRZEDSTAWICIELSKI W PRAKTYCE POSELSKIEJ (KONFERENCJA NAUKOWA, WARSZAWA 13 STYCZNIA 2014 R.)

W dniu 13 stycznia 2014 roku na Uczelni Łazarskiego w Warszawie odbyła się ogólnopolska konferencja naukowa nt. „Mandat przedstawicielski w praktyce poselskiej”, zorganizowana przez Katedrę Prawa Konstytucyjnego. Konferencja stanowiła podsumowanie kilkuletnich badań naukowych prowadzonych w ramach projektu pt. „Konstytucyjna koncepcja mandatu przedstawicielskiego i jej współczesne uwarunkowania – między teorią, prawem i praktyką”, realizowanego w ramach grantu NCN przez zespół badawczy pod kierunkiem prof. dr hab. Marii Kruk-Jarosz. Jego celem była weryfikacja relacji między konstytucyjną koncepcją mandatu przedstawicielskiego a jego rzeczywistymi uwarunkowaniami, a zwłaszcza uzyskanie odpowiedzi na pytanie, jak współcześnie rozumiana i realizowana jest zawarta w Konstytucji RP z 1997 r. oświeceniowa zasada, że posłowie są przedstawicielami Narodu i nie wiążą ich instrukcje wyborców.

Honorowy patronat nad konferencją objęła Marszałek Sejmu RP Pani Ewa Kopacz.

Głównym przedmiotem konferencji była prezentacja wyników ankiety przeprowadzonej w dniach 20 września – 5 listopada 2010 r. wśród posłów na Sejm RP VI kadencji, w której respondenci (posłowie) przedstawili swoje rozumienie instytucji mandatu przedstawicielskiego, wyobrażenie o tym, czyimi są reprezentantami, relacje z własną partią polityczną, wyborcami i lobby, ocenili warunki wykonywania mandatu oraz wysnuli różnorodne postulaty.

W konferencji udział wzięli przedstawiciele środowisk akademickich z całej Polski, Sejmu RP, Trybunału Konstytucyjnego, Najwyższej Izby Kontroli, Biblioteki Sejmowej i Wydawnictwa Sejmowego, władze Uczelni wraz z panią Rektorem prof. dr hab. Krystyną Iglicką-Okólską, która przywitała gości oraz Wydziału Prawa i Administracji z panem Dziekanem dr Mieczysławem Błońskim, doktoranci oraz studenci.

W uroczystym otwarciu konferencji przemówienie wygłosił Szef Kancelarii Sejmu RP – Minister Lech Czapla oraz poseł na Sejm RP Romuald Ajchler. Minister Lech Czapla wyraził zadowolenie, że mógł pomóc przy przeprowadzeniu badania ankietowego, wyraził również słowa podziękowania dla ówczesnego Mar-

szałka Sejmu RP Grzegorza Schetyny. Podkreślił istnienie stałej współpracy między środowiskiem konstytucjonalistów polskich a Kancelarią Sejmu i środowiskiem parlamentarnym, która ma znaczenie zarówno dla praktyki sejmowej jak i dla badań naukowych. Głos zabrał także przedstawiciel parlamentarzystów – poseł Sojuszu Lewicy Demokratycznej Romuald Ajchler, który dziękując za zaproszenie wskazał, że wyniki badań stanowią ogromny wkład w rozumienie istoty mandatu poselskiego i winny być jak najszerszej rozpowszechnione wśród polskich posłów.

W trakcie konferencji zostały także zaprezentowane dwie publikacje monograficzne, stanowiące wynik badań: w języku polskim pt.: „Mandat przedstawicielski w teorii, prawie i praktyce poselskiej”, Warszawa 2013 oraz w języku angielskim: „Representational mandate in the Polish Deputies practice”, Warszawa 2013.

Konferencja podzielona była na dwa panele. Pierwsza część miała charakter teoretyczny, której jej celem było przedstawienie problematyki mandatu przedstawicielskiego, jego istoty, uwarunkowań historycznych oraz obecnych regulacji konstytucyjnych i ustawowych. Moderatorem pierwszego panelu była prof. dr hab. Ewa Gdulewicz z Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie. W tej części konferencji zaprezentowane zostały trzy referaty.

Jako pierwszy głos zabrał prof. dr hab. Mirosław Granat z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, sędzia Trybunału Konstytucyjnego. Wygłosił referat pt.: „O pojęciu i istocie mandatu przedstawicielskiego”. Punktem wyjścia dla rozważań była terminologia związana z problematyką przedstawicielstwa. Następnie przedstawił rozważania na temat istoty mandatu imperatywnego i wolnego zaznaczając, że są to instytucje prawne przedstawicielstw różnych typów, stąd mandat wolny nie powinien być porównywany z mandatem imperatywnym. Ich zrównywanie nie znajduje podstaw zwłaszcza w kontekście zasady suwerenności oraz praw człowieka.

W prezentacji pt. „Mandat przedstawicielski w Polsce w ujęciu historycznym” dr Katarzyna Kubuj z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk przedstawiła problematykę mandatu na gruncie polskich konstytucji. Rozpoczynając swoje wystąpienie od rozważań na temat konstrukcji mandatu wolnego w Konstytucji RP z 1997 r., znaczą część swojego wystąpienia poświęciła problematyce ewolucji tej koncepcji w konstytucjach dwudziestolecia międzywojennego oraz wskazała jak ta instytucja była regulowana na gruncie konstytucji PRL z 1952 r.

Dr hab. Dorota Lis-Staranowicz, z Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, w Olsztynie przedstawiła z kolei problematykę mandatu wolnego w referacie pt.: „Status posła w świetle obowiązujących przepisów prawa”. Odniosła się do podstawowych instytucji w tym zakresie, uregulowanych w Konstytucji RP z 1997 r. oraz w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora. Dodatkowo omówiła gwarancje mandatu wolnego, o których mowa w ustawie zasadniczej, konstatując, że przepisy ustawy zasadniczej w gruncie rzeczy nie definiują i nie wyjaśniają pojęcia i istoty mandatu wolnego, a jedynie opisują gwarancje jego wykonywania poprzez instytucję *incompatibilitas*, immunitetu oraz nietykalności osobistej.

Referat dr hab. Lis-Staranowicz stanowił zamknięcie pierwszej – teoretycznej części konferencji ale, na co trafnie zwróciła uwagę moderator panelu – prof. Gdulewicz był jednocześnie „przejściem” do drugiej części konferencji, która miała charakter empiryczny. Podsumowania pierwszej części konferencji dokonała prof. dr hab. Ewa Gdulewicz.

Drugi panel konferencji stanowiły prezentacje uczestników zespołu badawczego. Moderatorem była prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, która po przedstawieniu wprowadzenia otwierającego prezentacje poszczególnych panelistów, wygłosiła referat pt. „Jak poseł rozumie mandat?”. Przedstawiając wyniki badań wskazała, że rozumienie mandatu przedstawicielskiego ujmowanego w tradycyjny sposób, nie pokrywa się z klasyczną doktrynalną koncepcją mandatu wolnego, która sprowadza się do zasady, że poseł jest reprezentantem całego Narodu. Mówczyni podkreśliła, że posłowie rozumieją mandat tak jak go faktycznie wykonują, uwzględniają bowiem wszystkie okoliczności, które nie pozwalają mu być rzeczywiście „wolnym”, takie jak: relacje z wyborcami i świadomość kolejnych wyborów, dyscyplinę partyjną, naciski określonych środowisk, warunki społeczne zmuszające do podejmowania decyzji wbrew sobie. Mówczyni podniosła, że wyniki badań wskazują na rzeczywiste działanie owych różnych i skierowanych w przeciwnych kierunkach wektorów oddziałujących na posła, co powoduje, że mandat w teorii wolny, nie jest wolny w praktycznym odczuciu parlamentarzystów, a przynajmniej ich znacznej części. Wskazała również jak posłowie rozumieją pojęcie narodu. W ostatniej części wystąpienia omówiła proponowane przez parlamentarzystów postulaty zmian w zakresie wykonywania mandatu, które m.in. dotyczyły koncepcji wyboru posłów w jednomandatowych okręgach wyborczych, zniesienia lub ograniczenia immunitetu poselskiego, zmian organizacji pracy w Sejmie, zwiększenia samodzielności posłów, rozszerzenia kompetencji indywidualnego posła, zwiększenia jego samodzielności w głosowaniu oraz zwiększenia swobody wypowiedzi poselskich przy rozluźnieniu relacji z partią polityczną.

Referat pt.: „Kogo reprezentuje poseł?” zaprezentowała dr Marzena Laskowska z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Jej wystąpienie rozpoczęło się od przedstawienia wyników badań, które zmierzały do ustalenia, czy deputowani są świadomi obowiązującego obecnie modelu reprezentacji. Z prezentowanych wyników badań wynikało, że ponad połowa posłów rozumie jego sens odmiennie od tego, do jakiego prowadzą uznane metody wykładni aktów prawnych, postrzegając Naród głównie jako wspólnotę etniczną. Deklaracje respondentów nie tylko nawiązywały do ich doświadczeń zdobytych w praktyce poselskiej, ale wyrażały również pożądany przez nich stan. Przedstawiła poselską wizję reprezentacji, wskazując wyniki badań w zakresie kogo poseł winien reprezentować oraz kogo reprezentuje. Przedstawiła również wyniki badań w zakresie postulatów zmian w obecnie obowiązującym kształcie mandatu, które podzieliła na trzy kategorie; do pierwszej zaliczono te odpowiedzi, które popierały utrzymanie obecnego stanu prawnego, do drugiej kategorii przypisano te wypowiedzi, w których była podnoszona potrzeba petryfikacji obowiązującego

modelu mandatu przedstawicielskiego, przy jednoczesnym wzmocnieniu gwarancji zapewniających mu wolny charakter, do trzeciej weszły pozostałe odpowiedzi, czyli takie, w których postuluje się zbliżenie konstytucyjnej koncepcji mandatu przedstawicielskiego do realiów politycznych, w jakich działają parlamentarzyści, w kierunku prowadzącym w istocie do osłabienia statusu deputowanych. Podniosła, że problem zależności ze strony różnych podmiotów nie jest przez posłów postrzegany jako realnie zagrażający ich misji reprezentowania Narodu.

Referat pt.: „Poseł – partie – wyborcy” wygłosił dr Jacek Zalesny z Uniwersytetu Warszawskiego. Panelista wskazał, że przeprowadzone badania potwierdziły tezę stawianą w doktrynie prawa konstytucyjnego i nauk politycznych o zdominowaniu zachowań poselskich przez partie polityczne. Z badań wynikało bowiem, że są one traktowane jako główne siły sprawcze w podejmowaniu decyzji w Sejmie. Wskazał, że większość posłów jest przywiązana do macierzystych frakcji politycznych, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że wśród posłów dominują poczucie bezsilności i niepewności co do zajmowanej pozycji politycznej we frakcji. Znaczna grupa respondentów odczuwa brak wpływu na proces decyzyjny, skarżąc się na obowiązek głosowania tak, jak chcą tego szefowie frakcji. W dalszej części wystąpienia przedstawił poselską refleksję na temat relacji zachodzących między posłami a wyborcami, z której przede wszystkim wynikało, że posłowie jednoznacznie diagnozują, czego oczekują od nich wyborcy. Niezależnie od afiliacji partyjnych parlamentarzyści mają poczucie, że kluczowym oczekiwaniem sformułowanym wobec nich przez wyborców jest pomoc w załatwieniu spraw o charakterze partykularnym, konkretno-indywidualnym.

Referat, pod tytułem: „Lobbing w parlamencie” wygłosił mgr Mariusz Godlewski z Uczelni Łazarskiego w Warszawie. Przedstawił wyniki badań obrazujące wyobrażenie posłów na temat zinstytucjonalizowanych form lobbingu, czyli wszelkich działań podejmowanych prawnie dopuszczalnymi metodami na proces stanowienia prawa. Prezentacja koncentrowała się na tym, czy lobbing jest potrzebny w parlamencie oraz jakie jego formy są przez posłów aprobowane, a jakie nie. Przedstawił również wyniki badań ankietowych w zakresie wspierania przez posłów określonych grup interesu oraz rolę tych grup w pracy posła, gdzie zespół badawczy próbował ustalić, czy grupy te są dla parlamentarzystów istotnym źródłem informacji, co się potwierdziło, oraz czy są istotnym czynnikiem uwzględnianym przez parlamentarzystów w procesie podejmowania decyzji.

Wystąpienie dr Katarzyna Kubuj z Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk dotyczyło „Sfery aktywności poselskiej”. Wskazała, że za najważniejsze obszary aktywności posłów zostały uznane, w subiektywnym odczuciu posłów te, które wiążą się z realizacją dwóch podstawowych funkcji Sejmu: funkcji ustawodawczej oraz funkcji kontrolnej, co jest skorelowane z przeświadczeniem posłów, że powinni być aktywni przede wszystkim na szczeblu ogólnokrajowym. Skonstatowała, że wyniki badań w tym zakresie świadczą o tym, że posłowie widzą siebie przede wszystkim w dwóch rolach: legislatora oraz „kontrolera” rządu,

co wpisuje się w nurt innych analiz dotyczących mandatu przedstawicielskiego. Wskazała również na inne formy aktywności poselskiej, takie jak: udział w pracach klubu poselskiego, gdzie zapadają najważniejsze decyzje związane z wykonywaniem mandatu w związku z przynależnością do określonej opcji politycznej. Odmienny, lecz bardzo ważny rodzaj aktywności poselskiej wiąże się z realizacją interesów wyborców, co znajduje potwierdzenie w przekonaniu, że poseł powinien być aktywny nie tylko na szczeblu krajowym, lecz także regionalnym.

Ostatni referat drugiej części konferencji pt. „Co przeszkadza posłom w piastowaniu mandatu?” wygłosił mgr Marcin Olszówka z Uczelni Łazarskiego w Warszawie. Wskazał on, że analizowane wyniki ankiety pozwalają stwierdzić, że posłowie postrzegają piastowanie mandatu przedstawicielskiego przez pryzmat konkretnych czynności i zachowań, które podejmują w ramach swoich uprawnień. Badania wskazały, że wyraźnie dominująca większość parlamentarzystów pojmuje należyte wykonywanie mandatu jako skuteczne i efektywne wykonywanie obowiązków poselskich albo realizowanie oczekiwań ze strony wyborców, głównie interwencji w sprawach indywidualnych. Podniósł, że za najważniejsze instrumenty, które pozwalają właściwie piastować mandat uznane zostały te, dzięki którym posłowie mogą prowadzić działalność interwencyjną oraz uczestniczyć w pracach izby, przede wszystkim w pracach z zakresu tworzenia prawa. W dalszej części wystąpienia odniósł się do instytucji interwencji i interpelacji wskazując, że nie zostały one sklasyfikowane przez respondentów jako faktycznie skuteczne.

Po wysłuchaniu referatów z dwóch paneli, kolejno głos w dyskusji zabrali zgromadzeni goście – m.in. dr Krystyna Krzekotowska – Kierownik Podyplomowego Studium Zarządzania i Pośrednictwa w Obrocie Nieruchomościami na Uczelni Łazarskiego w Warszawie, radca Prezesa Najwyższej Izby Kontroli dr Jacek Mazur oraz doktoranci. Dyskutanci poruszyli wiele wątków, wśród których na uwagę zasługiwały kwestie związane z metodologią przeprowadzonych badań, techniką wywiadu osobistego oraz sposobem pozyskiwania respondentów do udziału w badaniu.

Podsumowania konferencji dokonał prof. dr hab. Jan Wawrzyniak – Kierownik Zakładu Prawa Konstytucyjnego i Badań Europejskich w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie. Wyraził podziękowanie za obszerną analizę, cenne publikacje książkowe oraz interesujące i wartościowe konkluzje. Na zakończenie mówca wskazał na kilka dodatkowych problemów badawczych, zachęcając tym samym zespół pod kierunkiem prof. Marii Kruk-Jarosz do dalszych badań i poszukiwań w zakresie istoty mandatu przedstawicielskiego.

mgr Mariusz Godlewski  
Katedra Prawa Konstytucyjnego  
Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie

## 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](mailto: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. Szczegółowe wskazówki dla autorów opublikowane są na stronie internetowej Oficyny Wydawniczej Uczelni Łazarskiego, pod adresem <http://www.lazarski.pl/o-uczelni/oficyna-wydawnicza/wskazowki-dla-autorow/>. Autorów artykułów nie obowiązuje składanie bibliografii.
8. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faksu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

## ZASADY RECENZOWANIA OPRACOWAŃ PRZEZNACZONYCH DO PUBLIKACJI W „IUS NOVUM”

1. Wstępnej kwalifikacji artykułów do recenzji dokonują redaktorzy tematyczni.
2. Decyzję o skierowaniu opracowania do recenzji podejmuje redaktor naczelny, po sprawdzeniu warunków formalnych opracowania, tj. wskazania przez autora jednostki reprezentowanej (afiliacji) i danych koniecznych do korespondencji (adres do doręczeń, adres e-mailowy oraz numer telefonu), załączenia oświadczeń wszystkich współautorów o ich wkładzie do opracowania, załączenia streszczenia w języku polskim oraz słów kluczowych.
3. W recenzji uwzględnia się rodzaj opracowania (oryginalne, doświadczalne, przeglądowe, kazuistyczne, metodyczne), poziom naukowy, czy praca odpowiada tematowi określoneemu w tytule, czy spełnia wymogi pracy naukowej, czy zawiera istotne elementy nowości, prawidłowość terminologiczną, rzetelność wyników i wniosków, układ pracy, objętość, przydatność poznawczą, język oraz wnioski co do przyjęcia bez zmian lub po poprawach albo odrzucenia. Recenzja sporządzana jest w formie karty recenzenta.
4. Recenzje opracowują recenzenci stali oraz powoływani *ad hoc*. Są to osoby posiadające znaczny dorobek naukowy w danej dyscyplinie naukowej. Lista recenzentów stałych jest publikowana na stronie internetowej, a w każdym numerze publikowany jest wykaz recenzentów, którzy recenzowali zamieszczone w nim artykuły i glosy.
5. Recenzje opracowuje dwóch niezależnych recenzentów.
6. Recenzenci nie są afiliowani przy tej samej placówce, z której pochodzą autorzy.
7. Recenzenci i autorzy nie znają swoich tożsamości.
8. Recenzenci do publikacji recenzowanego tekstu nie ujawniają informacji o jego recenzowaniu.
9. Recenzja jest sporządzana na piśmie według wzoru (karta recenzenta) i zawiera stwierdzenie o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu artykułu do publikacji.
10. Recenzent przekazuje redakcji recenzję w postaci elektronicznej oraz w formie papierowej z odręcznym podpisem. Jest ona przechowywana w redakcji przez 2 lata.
11. Uwagi recenzenta są przekazywane autorowi recenzowanego tekstu, który ma obowiązek ustosunkować się do nich. Recenzent dokonuje powtórnej weryfikacji poprawionego tekstu.
12. W razie negatywnej oceny przez recenzenta poprawionego tekstu, decyzję o publikacji tekstu podejmuje redaktor naczelny po konsultacji z redaktorem tematycznym.

## LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW:

- Prof. dr hab. Tomasz Kalisz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu;
- Prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego;
- Prof. dr hab. Maciej Rogalski, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarzskiego w Warszawie;
- Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu;
- Prof. dr hab. Krzysztof Ślebzak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- Prof. dr hab. Zbigniew Czarnik, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie.

## NUMER 1/2014 RECENZOWALI:

Agnieszka Kunert-Diallo  
Maciej Rogalski  
Zofia Sienkiewicz  
Ryszard Strzelczyk



**Oficyna Wydawnicza Uczelni Łazarskiego**  
oferuje następujące publikacje:

1. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
2. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
3. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
4. Hans Ephraïmson-Abt, Anna Konert, *New Progress and Challenges in The Air Law*, Warszawa 2014.
5. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
6. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
7. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
8. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
9. Tomasz G. Grosse (red. nauk.), *Między polityką a rynkiem. Kryzys Unii Europejskiej w analizie ekonomistów i politologów*, praca zbiorowa, Warszawa 2013.
10. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
11. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
12. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
13. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
14. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
15. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
16. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nac.), 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, 1/2012, 2/2012, 3/2012, 4/2012, 1/2013, 2/2013, 3/2013, 4/2013, Numer specjalny 2014.
17. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
18. Anna Konert (red.), *Aspekty prawne badania zdarzeń lotniczych w świetle Rozporządzenia 996/2010*, Warszawa 2013.
19. Anna Konert, *A European Vision for Air Passengers*, Warszawa 2014.
20. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
21. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
22. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
23. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
24. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
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. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
30. „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, 1(36)2012, 2(37)2012, 3(38)2012, 4(39)2012, 1(40)2013, 2(41)2013, 3(42)2013, 4(43)2013.
31. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
32. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjnoprawne*, Warszawa 2013.
33. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
34. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
35. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
36. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
37. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
38. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golał, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
39. Jacek Szymanderski, *Schylek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
40. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.
41. Janusz Żarnowski, *Współczesne systemy polityczne. Zarys problematyki*, Warszawa 2012.

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](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)



