

ISSN 1897-5577

IUS NOVUM

VOL. 11
NUMER 3
2017

LIPIEC-WRZESIEŃ

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI
UCZELNI ŁAZARSKIEGO

WARSZAWA 2017

RADA NAUKOWA / ADVISORY BOARD

prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Uczelnia Łazarskiego (przewodnicząca)
prof. dr hab. Sylvie Bernigasud, l'Université Lumière Lyon 2 (Francja)
prof. dr hab. Vincent Correia, Université Paris-Sud, Université de Poitiers (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 Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada (Hiszpania)
prof. dr hab. Stephan Hobe, Cologne University (Niemcy)
prof. dr hab. dr h.c. Brunon Hołyst, Uczelnia Łazarskiego
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. Pablo Mendes de Leon, Leiden University (Holandia)
prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. dr Ferdinando Parente, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)
prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski
prof. dr hab. Vinai Kumar Singh, New Delhi, Indian Society of International Law (Indie)
prof. dr hab. Gintaras 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 / EDITORIAL BOARD

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego
Sekretarz: dr hab. Jacek Kosonoga, prof. Uczelni Łazarskiego

Członkowie / Members

prof. dr Juan Carlos Ferré Olivé, Dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Huelva (Hiszpania)
prof. dr Carmen Armendáriz León, Wydział Prawa Uniwersytetu Complutense w Madrycie (Hiszpania)

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 – dr hab. Barbara Nita-Światłowska, prof. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie
prawo cywilne – dr Helena Ciepła
prawo administracyjne – prof. dr hab. Stanisław Hoc
prawo konstytucyjne – dr hab. Jacek Zaleśny
prawo międzynarodowe – dr Dominika Harasimiuk
statystyka – dr Krystyna Bąk

Redaktor prowadzący / Executive Editor

dr Jacek Dąbrowski

Pełne teksty artykułów w języku polskim wraz ze spisem treści i streszczeniami w językach polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:
<http://www.lazarski.pl/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/Czasopisma-online/Ius-Novum/>
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities:
<http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2017

ISSN 1897-5577

OFICyna WYDAWNICZA UCZELNI ŁAZARSKIEGO

02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel. 22 54-35-450
www.lazarski.pl
wydawnictwo@lazarski.edu.pl



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

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

<i>Piotr Krzysztof Sowiński</i> Zatrzymanie procesowe korespondencji, przesyłek oraz danych retencyjnych w trybie art. 218 § 1 k.p.k.	7
<i>Wojciech Jasiński</i> Petryfikacja składu sądu w przepisach intertemporalnych – uwagi na tle postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 9/16	21
<i>Agnieszka Woźniak, Remigiusz Wrzosek</i> Kara mieszana (łączona) – kontrowersje wokół zakresu jej stosowania	37
<i>Łukasz Pilarczyk</i> O wzajemnych relacjach pomiędzy tzw. oszustwem podatkowym z art. 56 k.k.s. i 76 k.k.s. a przestępstwem oszustwa z art. 286 k.k.	48
<i>Katarzyna Łucarz</i> Przepadek a instytucja umorzenia postępowania z art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii	74
<i>Joanna Brzezińska</i> Uwagi o przestępczości kobiet we Francji	88
<i>Edyta Wasilewska</i> Zobiektywizowany sposób oceny rozmiaru krzywdy przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanego pacjenta	101
<i>Dominika E. Harasimiuk</i> Obywatelstwo UE – element tożsamości narodowej, europejskiej, czy jedynie dodatkowy status obywateli państw członkowskich?	122
<i>Bartłomiej Opaliński</i> Pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 roku	143

<i>Mariusz Nawrocki</i>	
Strona podmiotowa przestępstwa kierunkowego	163
<i>Małgorzata Szeroczyńska</i>	
Między dobrem dziecka a literą prawa – ustalenie treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez trans-ojca. Rozważania na tle postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15	182
<i>Ryszard A. Stefański</i>	
Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2016 r.	198

G L O S Y

<i>Małgorzata Sekuła-Lelono</i>	
Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2016 r. II CSK 604/15 – Dopuszczalność wydania przez sąd postanowienia wstępnego w postępowaniu nieprocesowym	221
Noty o Autorach	231

CONTENTS

ARTICLES

<i>Piotr Krzysztof Sowiński</i> Proceeding related interception of correspondence, post and retention data in accordance with Article 218 § 1 CPC	7
<i>Wojciech Jasiński</i> Petrification of a court bench in accordance with transitional provisions: comments in the light of the Supreme Court judgement of 29 November 2016, I KZP 9/16	21
<i>Agnieszka Woźniak, Renigiusz Wrzosek</i> Mixed (joined) penalty – controversies over the scope of its application	37
<i>Łukasz Pilarczyk</i> On mutual relations between the so-called tax fraud under Article 56 and Article 76 FPC and a crime of fraud under Article 286 CC	48
<i>Katarzyna Łucarz</i> Forfeiture versus discontinuance of a proceeding in accordance with Article 62 of Act on Preventing Drug Addiction	74
<i>Joanna Brzezińska</i> Observations on Female Criminality in France	88
<i>Edyta Wasilewska</i> Objective assessment of harm in order to establish compensation to the aggrieved patient	101
<i>Dominika E. Harasimiuk</i> EU citizenship: an element of national, European, identity or only an additional status of Member States' citizens?	122
<i>Bartłomiej Opaliński</i> Obtaining communications data by the Internal Security Agency after the Constitutional Tribunal judgement of 30 July 2014	143

<i>Mariusz Nawrocki</i>	
Subjective element of an offence with a specific purpose	163
<i>Małgorzata Szeroczyńska</i>	
Between the child's interest and the letter of law – how to establish the content of the birth record of a child born by a trans-father. The decision of the Court of Appeal in Wrocław, the 7th March 2016, I ACa 1830/15	182
<i>Ryszard A. Stefański</i>	
Review of resolutions of the Supreme Court Criminal Chamber – on substantive criminal law of 2016	198

G L O S S E S

<i>M. Sekuła-Leleno</i>	
Gloss on the Supreme Court judgement of 21 July 2016, II CSK 604/15. Admissibility of issuing a preliminary ruling by a court in a non-litigious procedure	221
Notes on the Authors	231

ZATRZYMANIE PROCESOWE KORESPONDENCJI, PRZESYŁEK ORAZ DANYCH RETENCYJNYCH W TRYBIE ART. 218 § 1 K.P.K.

PIOTR KRZYSZTOF SOWIŃSKI*

Już na wstępie niniejszego tekstu tytułem wyjaśnienia należy zaznaczyć, że większość uwag tu poczynionych – mimo pewnych elementów wspólnych – odnosić się będzie przede wszystkim do zatrzymania korespondencji i przesyłek w ich klasycznych kształcie, o którym jeszcze w 1969 roku śpiewali Skaldowie w „Medytacjach wiejskiego listonosza”. Pomimo rewolucji technologicznej, która nie ominęła też sposobów wzajemnego komunikowania się, „ludzie [nadal] listy piszą”, co powoduje, że mogą one stanowić przedmiot zainteresowania organów procesowych oraz ważne źródło poznania faktów istotnych z punktu widzenia celów procesu karnego.

Wypada w tym miejscu zauważyć, że wzmiankowane w tytule niniejszego opracowania „zatrzymanie korespondencji, przesyłek i danych (...)” jest zwrotem, którym przepis art. 218 § 1 k.p.k. z 1997 roku, stanowiący normatywną podstawę tej czynności, w ogóle się nie posługuje. Przepis ten stanowi natomiast o czynności polegającej na „wydaniu [sądowi lub prokuratorowi] korespondencji i przesyłek oraz danych, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku – Prawo telekomunikacyjne¹. Nie jest to jednakże zwrot całkowicie pozbawiony ustawowej proveniencji, gdyż o „zatrzymaniu” traktuje tytuł rozdziału 25. kodeksu postępowania karnego², w którym art. 218 został zamieszczony, odnosząc jednak owo „zatrzymanie” do szerszej kategorii prawnej, tj. „rzeczy”.

W treści kodeksu postępowania karnego próżno szukać definicji „rzeczy”; nie czyni tego również kodeks karny, choć tam akurat można znaleźć wskazanie pozwalające na objęcie tą kategorią m.in. także polskiego lub obcego pieniądza lub innego

* dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Karnego Procesowego Uniwersytetu Rzeszowskiego, profesor UR

¹ Dz.U. z 2014 r. poz. 243 ze zm.

² Nie używał go natomiast rozdział 22. k.p.k. z 1969 r. poświęcony „Ogłędzinom i dowodom rzeczowym”. Termin „zatrzymanie” używał natomiast art. 197 § 3 tego kodeksu, odnosząc go jednak do przedmiotów „wydanych lub znalezionych” w toku przeszukania.

środka płatniczego (art. 115 § 9 k.k.). Brak własnej „karnej” definicji rzeczy zmusza do sięgnięcia po jej „cywilistyczną” postać, gdzie pod pojęciem „rzeczy” kryją się „tylko przedmioty materialne”. Wprawdzie art. 45 k.c.³ wyraźnie zastrzega, że tak rozumiana rzecz jest pojęciem stworzonym wyłącznie na użytek „niniejszego [tj. cywilnego] kodeksu”, gdzie „rzecz” jest przede wszystkim postrzegana jako przedmiot prawa własności i innych praw rzeczowych, to – jak zauważa się w doktrynie tego samego prawa cywilnego – nie jest kwestionowane takie właśnie traktowanie rzeczy w języku potocznym oraz przez ogół przepisów prawa polskiego⁴. Nie ulega wątpliwości, że korespondencja i przesyłki wymienione w art. 218 § 1 k.p.k. mają postać materialną i to w stanie przetworzonym, a ze względu na swoje wyodrębnienie (sztuczne) mogą być traktowane w stosunkach społeczno-gospodarczych jako dobra samoistne⁵. Powyższe powoduje, że także korespondencję i przesyłki można rozpatrywać pod kątem technicznoprawnej⁶ definicji rzeczy rozwiniętej przez art. 45 k.c. Skoro – jak zauważa na gruncie prawa cywilnego A. Kidyba – nawet kartka papieru może być rzeczą⁷, to może nią być z powodzeniem ta sama kartka zapisana przez nadawcę, co może z niej uczynić rzecz szczególnego rodzaju, tj. dokument wymieniony w art. 115 § 14 k.k. zwłaszcza w zakresie, w jakim „ze względu na zawartą w nim treść stanowi [on] dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”.

W kontekście art. 218 § 1 k.p.k. może dziwić milczenie ustawodawcy co do tego, czym są wymienione tam „korespondencja i przesyłki”, które jeszcze w okresie międzywojnia traktowano w doktrynie, jako pojęcie obejmujące wszelkiego rodzaju „listy, telegramy i przesyłki, bez względu na sposób ich wysłania (poczta, kolej, okrętem, samolotem) i na ich zawartość (dokumenty, pieniądze i towary)”⁸. Patrząc na to zagadnienie z perspektywy art. 23 k.c., który zalicza tajemnicę korespondencji⁹ – obok m.in. zdrowia, wolności, czci, swobody sumienia i wizerunku – do tzw. dóbr osobistych (art. 23 k.c.) oraz art. 267 § 1 k.k., który penalizuje jej naruszenie, można dojść do wniosku, że cechą wyróżniającą „korespondencję” będzie poufność zawartej w niej treści oraz prawo do dysponowania nią przez nadawcę i/lub adresata z wyłączeniem innych osób, a także fakt jej przekazywania pomiędzy tymi podmiotami. Wprawdzie art. 267 k.k. zabrania naruszenia tajemnicy korespondencji („otwierania”) występującej pod postacią „zamkniętych pism¹⁰”, to w życiu

³ Ustawa z dn. 23 kwietnia 1963 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2016 r., poz. 380 ze zm.).

⁴ Zob. W. Katner [w:] P. Księżak, M. Pyziak-Szafnicka (red.) i in., *Kodeks cywilny. Komentarz*, LEX 2014, t. 1 do art. 45 k.c.

⁵ J. Wasilkowski, *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963, s. 8.

⁶ E. Gniewek [w:] B. Burian, A. Cisek, M. Drela, W. Dubis, E. Gniewek (red.), J. Gołaczyński, K. Gołębiowski, K. Górski, J. Jezioro, J. Kremis, P. Machnikowski (red.), J. Nadler, R. Strugała, J. Strzebinczyk, W. Szydło, K. Zagrobelny, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 111.

⁷ A. Kidyba [w:] Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, LEX 2012, t. 1 do art. 45 k.c.

⁸ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1929, s. 100.

⁹ Dotyczy stanu materialnego (list), ale i niematerialnego (łączność głosowa), lub „czystej informacji” (łączność elektroniczna), będąc zarazem dobrem akcesoryjnym wobec prywatności. Zob. A. Kidyba (red.) i in., *Kodeks*, op. cit., LEX 2012, t. 14. do art. 23 k.c.

¹⁰ Bezprawne uzyskanie informacji może nastąpić tylko przez „otwarcie zamkniętego pisma”. Ochronie na gruncie art. 267 § 1 k.k. podlega wyłącznie korespondencja zabezpieczona

społecznym obowiązuje powszechnie akceptowana zasada nieczytania cudzej korespondencji, nawet jeśli ma ona postać kart pocztowych¹¹.

Definicji legalnej samej „korespondencji” nie zawiera również ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe [dalej – Pr. poczt.]¹², aczkolwiek akt ten kilkakrotnie odwołuje się do tego pojęcia. Bliższa analiza zawartych tam rozwiązań zdaje się jednak wskazywać na to, że z materialnego punktu widzenia „korespondencja” nie stanowi samodzielniego bytu i jest ujmowana przez to Prawo jako element składowy przesyłki, jako coś, co znajduje się w jej wnętrzu (opakowaniu – zob. m.in. art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 29 ust. 3 Pr. poczt.) i jest chronione przed osobami postronnymi oraz podlega wymianie pomiędzy podmiotami korzystającymi z usługi pocztowej świadczonej „zarobkowo” przed danego operatora pocztowego w obrocie krajowym i zagranicznym i polegającej na przyjmowaniu i wymianie korespondencji w punktach takiej wymiany prowadzonych przez tego operatora (art. 2 ust. 1 pkt 4 Pr. poczt.). Prawo pocztowe odróżnia „przesyłkę z korespondencją”, zawierającą informacje utrwaloną na dowolnym nośniku, w tym utrwaloną pismem wypukłym (art. 3 pkt 25) od innych przesyłek określanymi przez tę ustawę mianem „druków”, zawierających co prawda informacje pisemną lub graficzną, ale zwielokrotnioną za pomocą technik drukarskich lub podobnych, utrwaloną na papierze albo innym materiale używanym w drukarstwie (art. 3 pkt 5). Dla uniknięcia wszelkich nieporozumień Prawo pocztowe wyraźnie stanowi, iż za przesyłkę z korespondencją nie uznaje się przesyłki będącej drukiem. Oba rodzaje przesyłek, i te z korespondencją, i te będące drukiem, mogą z kolei stanowić przedmiot przesyłek dla ociemniałych (art. 3 pkt 18) oraz „przesyłek listowych” (art. 3 pkt 20), które z kolei mogą przybrać postać m.in. „przesyłek poleconych” (art. 3 pkt 22).

W doktrynie wskazuje się, że art. 218 k.p.k. reguluje zatrzymanie korespondencji w znaczeniu ścisłym, podczas gdy w k.p.k. można spotkać również zatrzymanie w znaczeniu ogólnym, przeprowadzane na podstawie jego art. 217 oraz 219–236¹³. Oba te przypadki różni nie tylko podmiot, u którego dokonywane jest zatrzymanie (w sytuacji określonej w art. 219 i n. poprzedzone dodatkowo przeszukaniem), lecz przede wszystkim to, że w sytuacji określonej w art. 218 § 1 k.p.k. mamy do czynienia z korespondencją i przesyłką nadaną już u właściwego operatora pocztowego, choć jeszcze nie doreczoną jej adresatowi. Omawiana tu instytucja procesowa była znana także obu poprzednim kodyfikacjom karnoprocessowym, występując zarówno w art. 158 § 1 k.p.k. z 1928 roku, jak i w art. 198 k.p.k. z 1969 roku.

Obowiązujący kodeks postępowania karnego reguluje interesującą nas czynność niejako z perspektywy podmiotów będących w posiadaniu korespondencji, gdyż art. 218 § 1 k.p.k. traktuje o „wydaniu”, nie zaś o „odebraniu” lub o „zatrzymaniu”. Podmiotami wymienionymi przez ustawę są: urzędy, instytucje i podmioty

przed dostępem do niej osób trzecich, nie zaś np. znajdująca się w kopercie niezaklejonej. Por. W. Wróbel [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, LEX 2013, t. 9 do art. 267 k.k.

¹¹ Wyrok SN z dn. 3.02.2004 r., II KK 388/02, LEX nr 121287.

¹² t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 113.

¹³ K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998, s. 21.

prowadzące działalność w dziedzinie poczty lub działalność telekomunikacyjną, a ponadto urzędy celne oraz instytucje i przedsiębiorstwa transportowe. Wskazanie to jest na tyle szerokie, że obejmuje zarówno operatorów pocztowo-telekomunikacyjnych, tj. tych, którzy profesjonalnie parają się przesyłaniem korespondencji pomiędzy jej nadawcą a odbiorcą, jak i te podmioty, które świadczą na ich rzecz usługi transportowe lub te, które mogą wejść w posiadanie korespondencji i innych przesyłek na podstawie odrębnych regulacji, jak chociażby ustawa z dnia 19 marca 2004 r. – Prawo celne¹⁴. Bez znaczenia jest struktura własnościowa tych jednostek, mogą to być zarówno podmioty państwowe, jak i prywatne.

Podstawą wydania jest postanowienie sądu lub prokuratora, co wynika wyraźnie z art. 218 § 1 k.p.k., natomiast w sprawach prowadzonych przez finansowy organ postępowania przygotowawczego, który jest uprawniony do jego prowadzenia, a następnie do wniesienia i popierania aktu oskarżenia przed sądem, także postanowienia tego właśnie organu (art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 218 § 1 zdanie pierwsze k.p.k.). Tylko sąd lub prokurator mają prawo korespondencje, przesyłki i wykazy otwierać lub zarządzać ich otwarciem (art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k.). Stwierdzenie więc przez inne organy procesowe konieczności zapoznania się z treścią korespondencji, przesyłek lub innych danych wymienionych w art. 218 § 1 k.p.k. zmusza je do wystąpienia do prokuratora z odpowiednim wnioskiem w tej materii, ustawa nie przewiduje tu bowiem żadnej klauzuli na wypadek sytuacji wyjątkowej.

Rozróżnienie przez ustawodawcę w art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. dokonywanego przez sąd, względnie prokuratora „otwarcia korespondencji, przesyłki i pozostałych danych” i „zarządzenia [ich] otwarcia” nie jest przypadkowe. Podczas, gdy otwarcia dokonuje sam sąd lub prokurator, to wykonawcą „zarządzenia” otwarcia korespondencji, przesyłki lub wykazu jest już inny organ wskazany przez sąd lub prokuratora¹⁵. „Otwarcie” oznacza przede wszystkim, choć nie tylko, usunięcie zabezpieczenia, umożliwiające dotarcie do zawartej tam treści. Z powyższego wynika, że w razie otwarcia korespondencji, przesyłek i wykazów przez sąd lub prokuratora nie jest potrzebne wydanie odrębnej decyzji, gdyż takową art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. zastrzega w formie rozłącznej alternatywy tylko dla sytuacji, w której otwierającym nie jest sąd lub prokurator, lecz inny organ. Powstaje tu jednak wątpliwość, czy rzeczywiście sąd lub prokurator decydują o otwarciu korespondencji, przesyłek i wykazów w drodze zarządzenia, które mają z reguły charakter porządkowy, niewpływający na sytuację stron i nieingerujący wyraźnie w zakres orzekania¹⁶. Kwestii tej nie wyjaśnia wcale art. 93 § 2 k.p.k., który co prawda dopuszcza zarządzenia „w kwestiach nie wymagających postanowienia”, jednak kompetencję do ich wydawania ceduje na prezesa sądu, przewodniczącego wydziału oraz upoważnionego sędziego nie zaś na sąd, który może co prawda takie zarządzenie

¹⁴ Dz.U. z 2004, Nr 68, poz. 623 ze zm.

¹⁵ Do podobnego wniosku na tle nieobowiązującego już dzisiaj art. 198 k.p.k. z 1969 roku doszła także K. Dudka, idem, *Kontrola...*, op. cit., s. 31.

¹⁶ Tak M. Siewierski [w:] J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Mazur (red.), M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1976, s. 165–166. Odmiennie jednak T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 292.

wydać, ale tylko – zgodnie z § 3 tego samego przepisu – w toku postępowania przygotowawczego i tylko „w wypadku przewidzianym w ustawie”. Akceptowane przez T. Grzegorzcyka¹⁷ ograniczenie kompetencji sądu do wydawania zarządzeń tylko do postępowania przygotowawczego i tylko do przypadków wynikających z wyraźnego przepisu ustawowego oznaczałoby, że albo sytuacja uregulowana w art. 218 § 2 zd. drugie jest taką właśnie sytuacją sygnalizowaną przez art. 93 § 3 *in fine* k.p.k., co nastroczałoby kolejny problem, tj. jaką decyzję – skoro nie zarządzenie – winien wydać ten sam sąd w toku postępowania sądowego, albo że w art. 218 § 2 zd. drugie k.p.k. wcale nie chodzi o odrębną decyzję przybierającą postać zarządzenia, lecz o zaakcentowanie, iż postanowienie o zatrzymaniu korespondencji zaopatrzyć należy w dodatkową *passus*, w którym ten sam sąd, przewidując konieczność skorzystania z pomocy innego organu przy otwarciu korespondencji lub przesyłki zleca mu wykonanie tej czynności. W takim przypadku „zarządzenie otwarcia” byłoby synonimem dyspozycji lub polecenia, jednak nie w rozumieniu odrębnej decyzji z art. 93 § 4 k.p.k., gdyż z uwagi na art. 93a § 2 skutkowałoby to dalszą delegacją dla referendarza sądowego, który „może wydawać także polecenia, które zgodnie z ustawą wydaje sąd”. Nakazu z art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. nie można traktować na równi z poleceniem, tak jak też polecenie z art. 15 § 1–3 k.p.k. nie może zastępować orzeczenia wydanego na podstawie pierwszego z tych przepisów.

Z całą pewnością nie jest natomiast możliwe otwarcie korespondencji, przesyłki i wykazu bez ich uprzedniego zatrzymania, gdyż użyty w jego zd. drugim art. 218 § 1 k.p.k. w bierniku niemęskoosobowy zaimek „je” w oczywisty sposób wskazuje, że otwarcie dotyczy korespondencji i przesyłek wymienionych w zdaniu pierwszym tego samego przepisu. Użycie przez ustawodawcę w art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. słowa „otwierać”, może sugerować, iż odnośna decyzja sądu lub prokuratora jest potrzebna tylko w odniesieniu do przesyłek zamkniętych, skoro z językowego punktu widzenia „otwiera” się coś, co „jest zamknięte” lub dzięki, czemu staje się to rzeczą „dostępną”¹⁸. Takie ujęcie nie wydaje się trafne, gdyż w takim wypadku poza tą regulacją znalazłyby się cała niezakopertowana korespondencja w postaci kart pocztowych, pocztówek oraz widokówek. Fakt, iż są one przesyłane akurat w takiej właśnie formie nie oznacza jeszcze, że nadawcy nie zależy na zachowaniu poufności oraz o skierowaniu zawartej w nich treści do kogoś innego niż adresat takiej korespondencji. Z tego powodu w użytym w art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. „otwarcium” upatrywałbym raczej synonimu słowa „odczytanie”. Ponieważ, jak to zaznaczono na wstępie, art. 218 § 1 k.p.k. stosuje się tylko do korespondencji i przesyłek znajdujących się „w drodze” pomiędzy nadawcą a ich adresatem, stąd też te same przedmioty, jeszcze nie nadane lub już doręczone i zabezpieczone w toku przeszukania mogą być przedmiotem oględzin, a w rezultacie i odczytania dokonywanych w trybie art. 228 § 1 k.p.k. Przepis art. 228 § 1 k.p.k. znajdzie zastosowanie do korespondencji i przesyłek już doręczonych, nawet jeżeli doręczenie nie nastąpiło do rąk własnych adresata, i choćby nawet ten ostatni nie zdążył się jeszcze

¹⁷ T. Grzegorzcyk, *Kodeks...*, *op. cit.*, Warszawa 2008, s. 292.

¹⁸ Por. *Słownik języka polskiego PWN*. Dostępny na <http://sjp.pwn.pl/sjp/otworzyc;2497122.html> [dostęp: 14.01.2017].

zapoznać z ich treścią lub zawartością. Zdaniem K. Dudki, bez znaczenia będzie, czy owa korespondencja lub przesyłki znajdowały się w pomieszczeniach używanych przez uczestnika procesu karnego, czy też w skrzynce pocztowej lub na *poste restante* w skrytce pocztowej¹⁹. Stosowanie art. 228 §1 k.p.k. do takiej korespondencji i przesyłek jest tym łatwiejsze, że one same – co zaznaczono już na wstępie niniejszego tekstu – mieszczą się w szerszej kategorii „przedmiotów”, a o nich właśnie traktuje ta regulacja. Współczesny kodeks postępowania karnego w odróżnieniu od swego przedwojennego odpowiednika nie przewiduje więc szczególnego sposobu obchodzenia się z korespondencją i przesyłkami pochodzącymi z przeszkania, aczkolwiek nawet odczytana korespondencja, nie przestaje być ... korespondencją. Rozwiązanie międzywojenne, zakładające możliwość przeglądania „korespondencji i innych papierów” tylko przez sąd lub prokuratora i tylko tych, które znaleziono przy rewizji [ob. przeszkaniu] osoby podejrzanej o przestępstwo z perspektywy poszanowania prawa do życia prywatnego, było – jak się wydaje – zdecydowanie lepsze od tego, którym dysponujemy obecnie. Ten sam art. 156 k.p.k. z 1928 roku zakładał również, że przejrzenie korespondencji w razie dokonania rewizji przez nie sędziego lub nie prokuratora u osoby niepodejrzanej o popełnienie przestępstwa i sprzeciwu tej osoby miało skutkować zakazem jej przeglądnięcia i – po uprzednim opieczetowaniu – przesłaniem do sądu lub prokuratora. (§ 2). Opieczetowanie takiej korespondencji, nawet przez samego zainteresowanego, służyło „zabezpieczeniu przed niedyskrecją organu rewidującego”²⁰.

O ultimatywności polecenia z art. 218 § 1 k.p.k. świadczy nie tylko fakt, iż podmioty wymienione w art. 218 § 1 są „obowiązane” wydać korespondencję i przesyłki oraz dane, lecz także i to, że samo polecenie określane jest przez ustawodawcę mianem „żądania”. Organem uprawnionym do sformułowania żądania wydania jest sąd lub prokurator, uprawnienie to nie służy samodzielnie innym służbom np. policji. Zadośćuczynienie żądaniu sądu lub prokuratora sprowadza się, o czym była już wcześniej mowa, do wydania korespondencji, lub przesyłki, odbywa się poprzez fizyczne ich przekazanie uprawnionemu organowi, nie zaś na poinformowaniu go o treści korespondencji lub zawartości przesyłki objętej tym żądaniem. Jak bowiem wynika z art. 218 § 1 zd. ostatnie k.p.k. tylko sąd lub prokurator mają prawo je otwierać lub zarządzić ich otwarcie. Ustawa nie przewiduje potrzeby zapewnienia w toku otwarcia korespondencji lub przesyłki asysty osoby, która je nadała lub do której były one adresowane, choć takie rozwiązanie znane było w czasach obowiązywania art. 161 k.p.k. z 1928 roku., a który zakładał „obecność przy rozpieczętowaniu i przejrzeniu korespondencji [i przesyłek] osoby, od której je odebrano [tu: osoby wymienionej w art. 158 § 1 *in fine*]”, co następowało w drodze odpowiednio stosowanego art. 157 tego samego k.p.k. (art. 161 zd. drugie k.p.k. z 1928 r.). Zaznaczyć tu wypada, że obecność ta nie była wymagana każdorazowo, a jedynie „w miarę możliwości”, aczkolwiek każde odstępstwo od tej reguły sędziego lub prokuratora winien był odnotować w protokole, wskazując na jego przyczynę²¹.

¹⁹ K. Dudka, *Kontrola...*, op. cit., s. 49.

²⁰ L. Peiper, *Komentarz...*, op. cit., Kraków 1933, s. 257.

²¹ A. Mogilnicki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 336.

Z czynności otwarcia korespondencji i przesyłki [oraz odtworzenia utrwalonych zapisów] sporządza się obligatoryjnie protokół, w którym powinno się zamieścić – oprócz tak oczywistych danych, jak te dotyczące osób biorących udział w czynności oraz czasu i miejsca jej przeprowadzenia – także dane dotyczące wstępnych oględzin przedmiotu zatrzymanego na podstawie art. 218 § 1 k.p.k. Wśród tych ostatnich należy zamieścić informację co do stanu korespondencji i przesyłki, tzn. czy nosi ona ślady wcześniejszej ingerencji w ich zawartość. W ten sposób protokół *de nomine eius* stanowiący protokół otwarcia korespondencji, będzie zarazem protokołem, o którym stanowi art. 143 § 1 pkt 3 k.p.k. Otwartą kwestią pozostaje natomiast, czy w protokole z art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k. winno się także zamieścić dane pochodzące z otwartej korespondencji lub przesyłki. Wydaje się, że tak właśnie należy postąpić, gdyż tylko w ten sposób będzie można w toku dalszego postępowania ochronić te dane zawarte w otwartej korespondencji, które nie mają żadnego związku ze sprawą, a ich wertowanie przez kolejne osoby (np. na podstawie art. 156 § 1 lub 5 k.p.k.) stanowiłoby zbyt daleko posuniętą ingerencję w życie prywatne osób korespondujących (art. 143 § 1 pkt 7 k.p.k.). Nie wydaje się, aby samo zatrzymanie, poprzedzające otwarcie, tej samej korespondencji lub przesyłki wymagało również protokolarnego utrwalenia, choć o takim obowiązku wspomina art. 143 § 1 pkt 6 *in fine* k.p.k, gdzie jest jednak mowa o „rzeczach” *in genere*, nie zaś o korespondencji i przesyłkach traktowanych przez rozdział 25 k.p.k. na odrębnych zasadach ze względu na wrażliwy charakter tych ostatnich.

Konstatacja, iż korespondencja lub przesyłka podlega „otwarceniu” jest o tyle istotna, gdyż sensu tzw. zatrzymania korespondencji, przesyłek lub danych, o których mowa w art. 180c i 180d Prawa telekomunikacyjnego nie należy upatrywać w samym ich wydaniu właściwemu organowi procesowemu, lecz w tym, iż dzięki wejściu w ich posiadanie organ procesowy będzie mógł zapoznać się z ich treścią i dokonać stosownej jej analizy, co jest zasadniczym celem czynności z art. 218 § 1 k.p.k. Zatrzymanie jest zaledwie środkiem do otwarcia korespondencji lub przesyłki i poznania ich zawartości. Przynajmniej teoretycznie możliwa jest jednak sytuacja, w której wydana organowi korespondencja lub przesyłka nie zostanie przezeń otwarta. Stanie się tak, gdy okaże się, że straciła ona swe znaczenie dla postępowania karnego lub że omyłkowo wydano korespondencję nieobjętą postanowieniem. W obu tych przypadkach taką korespondencja lub przesyłka winna zostać zwrócona właściwym urzędowi, instytucjom lub przedsiębiorstwom wymienionym w art. 218 § 1 k.p.k., choć zawierający ów nakaz § 3 tego samego przepisu literalnie odnosi się tylko do korespondencji i przesyłek, które straciły swe znaczenie dla sprawy.

„Znaczenie dla postępowania karnego” jest zarazem dość ułomnym kryterium pozwalającym uznać zasadność czynności podjętych w trybie art. 218 k.p.k. O takim „znaczeniu” stanowi zarówno § 1, jak i § 3 tego przepisu, przy czym w § 1 podkreśla się dodatkowo, że chodzi o znaczenie dla „toczącego się” postępowania karnego. Wskazanie to, pozwala sądzić, że na podstawie art. 218 § 1 k.p.k. nie jest możliwe zatrzymanie korespondencji poza procesem karnym, co dotyczy także czynności podejmowanych na jego przedpolu np. w trybie art. 307 § 1 zd. pierwsze k.p.k. Nie ma przeszkód, aby do zatrzymania korespondencji i innych w trybie art. 218 § 1 k.p.k. doszło w trakcie czynności nie cierpiących zwłoki, choć np. odmienny

pogląd wyraża K. Dudka²², czego jednak słusznie nie akceptuje R.A. Stefański²³. J. Skorupka uważa, że warunku tego nie spełnia postępowanie zawieszono, utożsamiając „toczenie się” postępowania z jego „prowadzeniem”, o czym stanowi art. 22 § 1 k.p.k.²⁴ Wydaje się wszakże, że czynność z art. 218 § 1 k.p.k. może być czynnością podjętą w okresie zawieszenia postępowania karnego na podstawie art. 22 § 3 k.p.k. tj. w celu „zabezpieczenia dowodów przed ich utratą lub zniekształceniem”, jeżeli tylko ta właśnie czynność ta będzie ku temu „odpowiednia”. Art. 218 k.p.k. nie znajdzie natomiast zastosowania w toku postępowania w sprawach o wykroczenia ani wprost, ani w drodze analogii²⁵.

Warunek „znaczenia dla toczącego się postępowania karnego” został tak skonstruowany, że możliwe staje się zatrzymanie korespondencji i przesyłek w sprawie dotyczącej każdego rodzaju przestępstwa, niezależnie od wagi tego czynu²⁶. Ustawa nie stawia tu warunku podobnego do tych, jakie znane są art. 180 § 1 („dobro wymiaru sprawiedliwości”) lub § 2 k.p.k. („dobro wymiaru sprawiedliwości” oraz „niemożność ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu”), choć wydaje się, że jego sformułowanie w przypadku czynów o niskim stopniu społecznej szkodliwości byłoby co najmniej pożądane. Z tego też tylko powodu nie można się zgodzić ze stanowiskiem wyrażonym w doktrynie przez J. Skorupkę co do konieczności poddania każdej decyzji z art. 218 § 1 k.p.k. analizie pod kątem „zasady subsydiarności i proporcjonalności znaczenia wymienionych przedmiotów oraz informacji dla toczącego się postępowania oraz potrzeby ich zabezpieczenia”²⁷, gdyż takiego warunku kodeks postępowania karnego nie formułuje. Można ów pogląd traktować wyłącznie jako postulat racjonalizujący działania organów procesowych, nie wychodzący jednak poza granice *de lege ferenda*.

Ten sam J. Skorupka zwraca zasadnie uwagę, że w celu ustalenia istnienia przesłanki „znaczenia dla (...) postępowania karnego” konieczne staje się przeprowadzenie apriorycznej, a następnie aposteriorycznej oceny żądanej rzeczy lub danych²⁸. Druga z tych ocen może nie pokrywać się z pierwszą, co doprowadzi do wniosku o zbędności zatrzymanej korespondencji lub przesyłki dla celów postępowania. Należy przyznać rację R.A. Stefańskiemu, że ze zwrotem zbędnej korespondencji nie należy czekać aż do zakończenia postępowania, lecz niezwłocznie po ustaleniu, że jest ona pozbawiona znaczenia dla tego postępowania²⁹. Nie wydaje się, by organ mógł taką korespondencję lub przesyłki przetrzymywać, licząc na zmianę tej oceny w przyszłości, choćby i nieodległej. Odmienne zachowanie oznaczałoby bezprawne

²² K. Dudka, *Zatrzymanie korespondencji w projekcie k.p.k. z 1995 r. na tle dotychczasowych uregulowań*, Prokuratura i Pr. 4/1996, s. 65.

²³ R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński (red.), S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. I, s. 577.

²⁴ J. Skorupka [w:] J. Skorupka (red.) i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEGALIS 2016, t. 1 do art. 218.

²⁵ J. Byrski, D. Karwala, *Tajemnica telekomunikacyjna w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, Pr.NTech 4/2008, s. 48–55.

²⁶ R.A. Stefański [w:] Z. Gostyński (red.) i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, Warszawa 1998, t. I, s. 577.

²⁷ J. Skorupka [w:] J. Skorupka (red.) i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, LEGALIS 2016, t. 2 do art. 218.

²⁸ J. Skorupka [w:] J. Skorupka (red.) i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, LEGALIS 2016, t. 1 do art. 218.

²⁹ R.A. Stefański [w:] Z. Gostyński (red.) i in., *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 577.

przetrzymywanie korespondencji *de facto* niespełniającej warunku przydatności dla celów procesowych, co jest warunkiem zasadniczym w świetle unormowania zawartego w art. 218 § 1 k.p.k.

Jeszcze w okresie międzywojnia możliwe było zatrzymanie tylko tej korespondencji i przesyłek, które były przez oskarżonego nadawane lub do niego adresowane (art. 158 k.p.k. z 1928 r.). L. Peiper uważał, że takie rozwiązanie miało chronić osoby inne niż oskarżony przed „głęboką” ingerencją „w życie prywatne i osobowe”, co w przypadku oskarżonego było dopuszczalne tylko w razie „istotnej konieczności”³⁰. Obecnie obowiązujący kodeks nie zawiera żadnych ograniczeń co do osób objętych postanowieniem wydanym na podstawie art. 218 § 1. W pierwszej kolejności osoba, której korespondencja i przesyłki będą poddane kontroli jest podejrzany (oskarżony), choć w doktrynie nie wyklucza się możliwości skontrolowania i tych pochodzących od pokrzywdzonego³¹. Art. 218 § 1 k.p.k. nie precyzuje, iżby zatrzymaniu miała podlegać korespondencja lub przesyłki wyłącznie nadane przez podejrzanego lub oskarżonego, dlatego też z równym powodzeniem może to być także poczta do nich adresowana. Ponieważ art. 218 § 2 k.p.k. określa te osoby wspólnym mianem „adresatów korespondencji oraz abonenta telefonu lub nadawcy, którego wykaz połączeń lub innych przekazów informacji [ma] zostać wydany”, stąd też czynnością tą można objąć także osoby niepowiązane bezpośrednio ze sprawą, a jedynie utrzymujące jakąś formę kontaktu z podejrzanym lub pokrzywdzonym i to w zakresie, który nie ma żadnego związku z przestępstwem³². Nie wydaje się zasadne pominięcie przez art. 218 § 2 k.p.k. osoby nadawcy korespondencji lub przesyłki jako tej, której dorecza się postanowienie o zatrzymaniu korespondencji, zwłaszcza że podobnemu wyłączeniu nie podlega „nadawca, którego wykaz połączeń lub innych przekazów informacji został wydany”. Jeżeli więc tylko nadawca został oznaczony na opakowaniu przesyłki, co w świetle art. 3 pkt 21 Prawa pocztowego nie jest każdorazowo wymagane – to winno się go objąć takim doreczeniem, zwłaszcza że tajemnica korespondencji zdaje się w pierwszym rzędzie dotyczyć tego, od kogo dana treść pochodzi.

Brak ograniczeń podmiotowych w art. 218 § 1 jest niewątpliwie rozwiązaniem korzystnym dla organów procesowych, czy nie jest ono jednak sprzeczne gwarancjami udzielonymi przez art. 47 oraz 49 Konstytucji RP prawu do ochrony życia prywatnego i tajemnicy komunikowania się, które to „komunikowanie”, dzięki szerokiemu potraktowaniu przez doktrynę i objęciu nim „wszelkich technicznych form przekazywania wiadomości, w każdej formie komunikowania się, bez względu na fizyczny ich nośnik”³³, należy również odnieść do korespondencji pisemnej, ale też faksowej, wiadomości tekstowych i multimedialnych oraz poczty elektronicznej? Pozornie wszystko jest w porządku. Ten sam art. 49 Konstytucji RP sygnalizuje przecież możliwość „ograniczenia wolności i tajemnicy komunikowania się w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”, co czyni też art. 8

³⁰ L. Peiper, *Komentarz...*, op. cit., Kraków 1929, s. 102.

³¹ M. Rogalski, *Udostępnianie danych telekomunikacyjnych sądom i prokuraturom*, Prokuratura i Pr. 12/2015, s. 68.

³² *Ibidem*, s. 68–69.

³³ *Ibidem*, s. 60.

ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁴, który – będąc swego rodzaju wzorcem dla regulacji krajowych – zakazuje „ingerencji władzy publicznej w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego (...) i swojej korespondencji” poza „przypadkami przewidzianymi przez ustawę i koniecznymi w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”. Niewątpliwie art. 218 § 1 k.p.k. spełnia warunek bycia przepisem rangi ustawowej. Gdzie więc pojawia się problem? Trzeba zauważyć, że zarówno Konstytucja RP („jedynie”), jak i EKPC („z wyjątkiem”) traktują ingerencję w życie prywatne jako sytuację ekstraordynaryjną, co dodatkowo podkreśla konwencyjny wymóg jej „konieczności” („przypadki konieczne”) ze względu na potrzebę ochrony wartości wyższych. Choć tego ostatniego wymogu Konstytucja nie powtarza, zdaje się pewne, że kryterium obiektywne takiej ingerencji musi zostać przez ustawodawcę sformułowane, gdyż inaczej nie byłaby możliwa skuteczna jej kontrola np. w trybie art. 236 § 1 k.p.k. tzn. zażalenia na postanowienie dotyczące m.in. zatrzymanie rzeczy w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności. Nie wydaje się, aby takim kryterium prawidłowości i legalności zatrzymania i otwarcia korespondencji i przesyłki – z uwagi na swą nadmierną ogólnikowość – mogło się stać przewidziane przez art. 218 § 1 k.p.k. „znaczenie dla sprawy”³⁵.

Względność tajemnicy komunikowania nie pozostała bez wpływu na rozwiązania zawarte w art. 33 ust. 1 (otwarcie „przesyłki niedoręczalnej”) i art. 36 ust. 1 (wezwanie nadawcy do otwarcia „przesyłki mogącej spowodować uszkodzenie innych przesyłek lub mienia operatora”) Prawa pocztowego, a także na sposób ukształtowania tzw. tajemnicy pocztowej. Zgodnie z art. 41 ust. 1 Prawa pocztowego tajemnica pocztowa obejmuje „informacje przekazywane w przesyłkach pocztowych, informacje dotyczące realizowania przekazów pocztowych, dane dotyczące podmiotów korzystających z usług pocztowych oraz dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług” i wiąże operatora pocztowego oraz osoby, które z racji wykonywanej działalności mają dostęp do tajemnicy pocztowej (ust. 2). Ta sama ustawa za naruszenie tej tajemnicy uznaje przykładowo: ujawnianie lub przetwarzanie informacji albo danych objętych tajemnicą pocztową (pkt 1), otwieranie zamkniętych przesyłek pocztowych lub zapoznawanie się z ich treścią (pkt 2) oraz umożliwianie osobom nieuprawnionym podejmowania działań mających na celu wykonywanie czynności, o których mowa w pkt 1 i 2 (pkt 3), dopuszczając jednocześnie możliwość działań wymienionych w art. 41 ust. 3 pkt 1 i 2 Prawa pocztowego, o ile te są podejmowane w przypadkach przewidzianych przepisami prawa lub w umowie o świadczenie usługi pocztowej. Sytuacja anonsowana przez art. 41 ust. 4 pkt 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 Prawa pocztowego, to nic innego, jak tylko przypadek z art. 218 § 1 k.p.k. W celu realizacji odnośnych uprawnień przez prokuraturę i sądy, ale także moż-

³⁴ Sporządzona w Rzymie w dn. 4.11.1950 r. i zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.)

³⁵ Zob. też K. Eichstaedt [w:] D. Świecki (red.), B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 684.

liwości wykonywania podobnych zadań przez Policję, Straż Graniczną, Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmerię Wojskową, Centralne Biuro Antykorupcyjne i wywiad skarbowy nakłada się na operatora pocztowego – i to od dnia rozpoczęcia działalności pocztowej – obowiązek nieodpłatnego zapewnienia, w ramach wykonywanej przez siebie działalności pocztowej, technicznych i organizacyjnych możliwości ich wykonywania przez te uprawnione podmioty. Zgodnie z art. 82 ust. 1 Prawa pocztowego dotyczy to – w zakresie uregulowanym odrębnymi przepisami i w trybie tam określonym – uzyskania danych o operatorze pocztowym, świadczonych usługach pocztowych oraz informacji umożliwiających identyfikację korzystających z tych usług (pkt 1), udostępniania przesyłek pocztowych w celu kontroli treści korespondencji lub zawartości przesyłek (pkt 2), ale także: udostępniania zatrzymanej przez operatora przesyłki pocztowej w przypadku podejrzenia, że stanowi przedmiot przestępstwa do oględzin przez uprawnione podmioty (pkt 3) oraz dopuszczenia do dalszego przewozu przesyłki pocztowej zawierającej przedmioty przestępstwa w stanie nie naruszonym lub po ich usunięciu albo zastąpieniu w całości lub w części (pkt 4).

O względności można również mówić w przypadku tajemnicy komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych zwanej przez art. 159 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne³⁶ – tajemnicą telekomunikacyjną, która podlega ograniczeniom z art. 180d w zw. z art. 159 ust. 1 pkt 1 i 3–5, w art. 161 oraz w art. 179 ust. 9 tego Prawa, jednak „na zasadach i przy zachowaniu procedur określonych w przepisach odrębnych”.

Zamieszczenie przepisu art. 218 w Dziale V („Dowody”), a nie w Dziale VII kodeksu postępowania karnego, pozwala sądzić, że do zatrzymania korespondencji lub przesyłki może dojść zarówno w toku postępowania przygotowawczego, także w jego fazie *in rem*, jak i w toku postępowania sądowego. Wydaje się jednak, że ze względu na jawność tego ostatniego wartość dowodów uzyskanych na tym etapie procesu nie będzie szczególnie wysoka. Nie ulega jednak wątpliwości, że możliwość zatrzymania aktualizuje się wyłącznie w trakcie postępowania „toczącego się” oraz tylko na użytek takiego właśnie postępowania.

Mimo że art. 218 § 1 k.p.k. posługuje się rzeczownikami „korespondencja” i „przesyłka”, używając ich w liczbie mnogiej, to nie ma przeszkód, aby postanowieniem objąć tylko jedną lub tylko niektóre przesyłki kierowane od lub do określonej osoby. Czynnikiem pozwalającym na wyróżnienie tych ostatnich może być przede wszystkim osoba nadawcy/odbiorcy, ale również rodzaj przesyłki lub okres jej nadania. Na zawartość korespondencji i przesyłek mogą się składać przede wszystkim informacje, ale i przedmioty znajdujące się tam, o ile tylko ich gabaryty pozwalają na taki sposób ich przesyłu od jednej osoby do drugiej.

Choć z językowego punktu widzenia słowo „korespondencja” obejmuje zarówno „utrzymywanie kontaktu z kimś poprzez wymianę listów”, jak i „zbiór otrzymanych lub wysłanych listów”³⁷, to na użytek art. 218 § 1 k.p.k. należy pod tym poję-

³⁶ Dz.U. z 2016 r., poz. 1489.

³⁷ Por. *Słownik języka polskiego PWN*. Dostępny na <http://sjp.pwn.pl/sjp/korespondencja;2564701.html> [dostęp: 28.12.2016].

ciem rozumieć materialny substrat tego kontaktu w postaci wszelkiej maści listów, pocztówek itp. Kodeksowe znaczenie słowa „przesyłka” jest już znacznie bliższe jego lingwistycznemu odpowiednikowi, gdyż obejmuje „to, co jest przesyłane lub zostało przesłane”³⁸. W obu przypadkach zatrzymaniu podlegać może korespondencja prywatna lub urzędowa, ustawodawca nie czyni w tym względzie żadnego rozróżnienia. Może to być również korespondencja związana z wykonywanym zawodem lub piastowanym stanowiskiem, jednak jak podkreśla się w doktrynie nie może to prowadzić do obejścia immunitetów formalnych³⁹.

Rozwiązania, o których była mowa w niniejszym opracowaniu zdają się w wystarczającym stopniu zabezpieczać integralność przesyłek pocztowych oraz tajemnicę korespondencji. Nie oznacza to wszak, iż są one idealne. Rzecz nie sprowadza się do zauważonej niezborności pomiędzy treścią art. 218 § 1 k.p.k. a nazwą rozdziału 25. k.p.k. oraz konieczności posługiwania się na gruncie procesu karnego definicją legalną „rzeczy” znaną nam z prawa cywilnego. Wydaje się, że o ustawodawcy można wymagać wprowadzenia do treści kodeksu postępowania karnego definicji „korespondencji i przesyłek”, zwłaszcza że takowej nie zna także ustawa Prawo pocztowe, choć akurat tam winna się ona zależeć w pierwszej kolejności. Pamiętając o uwagach poczynionych na gruncie m.in. art. 16 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 29 ust. 3 Pr. poczt. należałoby określić relacje zachodzące pomiędzy „korespondencją” i „przesyłką”, jako że z materialnego punktu widzenia „korespondencja” nie stanowi tam autonomicznego bytu i jest ujmowana przez to Prawo wyłączne jako element składowy przesyłki. Nie budzi natomiast wątpliwości zróżnicowanie zakresu podmiotowego i przedmiotowego zatrzymania dokonywanego na podstawie art. 218 k.p.k. (zatrzymanie korespondencji w znaczeniu ścisłym) oraz na podstawie art. 217 oraz 219–236 k.p.k. (zatrzymanie korespondencji w znaczeniu ogólnym).

Ze względów szczegółowo wyłożonych we wcześniejszej partii tekstu postulowałbym wyraźne zastrzeżenie dla decyzji z art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. formy postanowienia w miejsce dotychczasowego zarządzenia, gdyż te ostatnie winny ograniczać się wyłącznie do kwestii porządkowych, nie ingerując w prawa i wolności stron. Ze względów gwarancyjnych opowiadam się za szerszą wykładnią użytego w art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. słowa „otwierać”, wychodząc z założenia, że przedmiotowa decyzja sądu lub prokuratora winna zapaść nie tylko w stosunku do przesyłek zamkniętych, lecz również do korespondencji niezakopertowanej, choć taka ich postać zdaje się sugerować ogólną dostępność do zawartej w tam treści. Jak już była o tym mowa, użyte w art. 218 § 1 zd. drugie k.p.k. „otwarcie” traktować należy więc jako synonim słowa „odczytanie”.

³⁸ Por. *Słownik języka polskiego PWN*. Dostępny na <http://sjp.pwn.pl/szukaj/przesy%C5%82ka.html> [dostęp: 28.12.2016].

³⁹ K. Dudka, *Kontrola...*, op. cit., s. 24–27.

BIBLIOGRAFIA

- Bafia J., Bednarzak J., Flemming M., Kalinowski S., Kempisty H., Mazur M. (red.), Siewierski M., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1976.
- Barczak-Oplustil A., Bielski M., Bogdan G., Cwiakalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, LEX 2013.
- Bratoszewski J., Gardocki L., Gostyński Z. (red.), Przyjemski S.M., Stefański R.A., Zabłocki S., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. I.
- Burian B., Cisek M., Drela A., Dubis W., Gniewek E. (red.), Gołaczyński J., Gołębiowski K., Górka K., Jezioro J., Kremis J., Machnikowski P. (red.), Nadler J., Strugała R., Strzebińczyk J., Szydło W., Zagrobelny K., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2011.
- Byrski J., Karwala D., *Tajemnica telekomunikacyjna w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, Pr.NTech 4/2008, s. 48–55.
- Dudka K., *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998.
- Dudka K., *Zatrzymanie korespondencji w projekcie k.p.k. z 1995 r. na tle dotychczasowych uregulowań*, Prokuratura i Pr. 4/1996.
- Gawlik Z., Janiak A., Jedliński A., Kidyba A. (red.), Kopaczyńska-Pieczyński K., Niezbecka E., Sokolowski T., *Kodeks cywilny. Komentarz*, LEX 2012, t. 1 do art. 45 k.c.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Katner W. [w:] Książak P., Pyziak-Szafnicka M. (red.) i in., *Kodeks cywilny. Komentarz*, LEX 2014.
- Mogilnicki A., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1933, s. 336.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1929.
- Rogalski M., *Udostępnianie danych telekomunikacyjnych sądom i prokuratorom*, Prokuratura i Pr. 12/2015.
- Skorupka J. (red.) i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LEGALIS 2016.
- Słownik języka polskiego PWN*. Dostępny na <http://sjp.pwn.pl/sjp/otworzyc;2497122.html> [dostęp: 14.01.2017].
- Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Wasilkowski J., *Zarys prawa rzeczowego*, Warszawa 1963.

ZATRZYMANIE PROCESOWE KORESPONDENCJI, PRZESYŁEK
ORAZ DANYCH RETENCYJNYCH W TRYBIE ART. 218 § 1 K.P.K.

Streszczenie

Tekst poświęcony jest zagadnieniom związanym z zatrzymaniem w trybie art. 218 § 1 k.p.k. korespondencji i przesyłek. Zwraca się tu uwagę na wątpliwości co do zgodności tej regulacji z konstytucyjnym prawem do poszanowania prywatności i tajemnicy komunikowania się, zwłaszcza w tej części, w jakiej dopuszcza się stosowanie tej instytucji w każdej sprawie karnej. Wskazuje się na brak definicji ustawowej pojęcia „korespondencja” oraz na złożoność decyzji sądu lub prokuratora odnośnie do otwarcia korespondencji. Osobno omówiono zagadnienia związane z protokolowaniem zatrzymania i otwarcia korespondencji.

Słowa kluczowe: korespondencja, przesyłka, zatrzymanie i kontrola korespondencji, tajemnica korespondencji, komunikowanie się, otwarcie korespondencji, rzecz

PROCEEDING RELATED INTERCEPTION OF CORRESPONDENCE, POST AND RETENTION DATA IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 218 § 1 CPC

Summary

The article is devoted to the issue of correspondence and post interception in accordance with Article 218 of the Criminal Procedure Code. The author draws attention to doubts as to whether the regulation is in conformity with the constitutional principle of secrecy and privacy of correspondence, especially in the part referring to the admissibility of this legal tool in each criminal case. The author also highlights the lack of a legal definition of 'correspondence' and the complexity of a court's or a public prosecutor's decision to open it. Apart from that, the issue of recording the interception of correspondence and its opening is discussed.

Key words: correspondence, post, correspondence interception and control, secrecy of correspondence, communication, correspondence opening, thing

**PETRYFIKACJA SKŁADU SĄDU
W PRZEPISACH INTERTEMPORALNYCH
– UWAGI NA TLE POSTANOWIENIA
SĄDU NAJWYŻSZEGO
Z DNIA 29 LISTOPADA 2016 R., I KZP 9/16**

WOJCIECH JASIŃSKI*

Zagadnienia intertemporalne prawa karnego procesowego stały się w ostatnim czasie przedmiotem dwóch istotnych orzeczeń Sądu Najwyższego¹, z których jednemu nadano moc zasady prawnej, oraz pogłębionego zainteresowania doktryny². Wzmoczona refleksja nad powyższą problematyką była niewątpliwie skutkiem zawirowań, do których doprowadziły kolejne reformy polskiego procesu karnego w latach 2013–2016. Przedmiotem uwag w niniejszym artykule będzie jedynie wycinek zagadnień intertemporalnych prawa karnego procesowego, a mianowicie tzw. reguła petryfikacji składu sądu w postępowaniu karnym. Warto przyjrzeć się temu zagadnieniu bliżej, w szczególności w kontekście poglądów wyrażonych przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 listopada 2016 r.³ Te ostatnie skłaniają bowiem do sformułowania uwag krytycznych.

* dr, Katedra Postępowania Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

¹ Por. Postanowienie SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85, Uchwała SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 79.

² Por. w szczególności: H. Paluszkiewicz, *Studia z zakresu problematyki intertemporalnej w prawie karnym procesowym*, Warszawa 2016; H. Paluszkiewicz, *Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym*, [w:] J. Mikołajewicz (red.), *Problematyka intertemporalna w prawie. Zagadnienia podstawowe. Rozstrzygnięcia intertemporalne. Geneza, funkcje, aksjologia*, Warszawa 2015, s. 321–400; H. Paluszkiewicz, *Kilka uwag o gwarancyjnym charakterze przepisów przejściowych w ustawie z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015, s. 339–355.

³ I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85.

Wspomniane powyżej postanowienie zostało wydane w wyniku zwrócenia się do Sądu Najwyższego przez Sąd Apelacyjny w K. w trybie art. 441 § 1 k.p.k. o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy o następującej treści: „czy sformułowanie ‘sąd w dotychczasowym składzie’ zawarte w przepisie art. 30 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247, z późn. zm.) oznacza sąd w składzie określonym przepisami obowiązującymi w momencie rozpoczęcia postępowania w danej instancji, czy też sąd w konkretnym składzie osobowym, wyznaczonym na podstawie przepisów obowiązujących przed dniem wejścia w życie wymienionej ustawy, który przystąpił do orzekania na rozprawie głównej przed dniem 1 lipca 2015 roku?”.

Zwrócenie się do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie powyższej kwestii nastąpiło w związku z rozpoznawaniem przez Sąd Apelacyjny w K. apelacji od wyroku Sądu Okręgowego w B. wydanego w sprawie o zadośćuczynienie za niesłuszne tymczasowe aresztowanie stosowane wobec J. S., w którym sąd ten w części wnioskowane zadośćuczynienie zasądził, a w pozostałym zakresie wniosków oddalił. Wniosek o zadośćuczynienie za niesłuszne tymczasowe aresztowanie wpłynął do Sądu Okręgowego w B. w dniu 27 maja 2015 r. Dnia 15 czerwca 2015 r. zostało wydane zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy głównej na dzień 16 września 2015 r. i wyznaczeniu składu trzyosobowego zawodowego do jej rozpoznania. Sprawa jednak, w związku z odroczeniem kolejnych terminów rozpraw, nie została rozpoznana aż do dnia 8 i 21 kwietnia 2016 r. W tym ostatnim dniu wydano wyrok. Wcześniej jednak, w dniu 15 marca 2016 r. zarządzeniem przewodniczącego wydziału karnego do jej rozpoznania został wyznaczony skład jednego sędziego i dwóch ławników. Wydany wyrok został zaskarżony apelacją przez pełnomocnika wnioskodawcy oraz przez pełnomocnika Prezesa Sądu Okręgowego w B. jako organu uprawnionego do reprezentowania w tym postępowaniu Skarbu Państwa. W postępowaniu odwoławczym Sąd Apelacyjny postanowieniem z dnia 12 sierpnia 2016 r., zdecydował o skierowaniu do Sądu Najwyższego pytania prawnego o treści wskazanej na wstępie.

Skierowane pytanie prawne dotyczy niewątpliwie zagadnienia istotnego praktycznie. Oczywiście kwestią jest to, że każdorazowej modyfikacji przepisów wpływających na skład sądu, podobnie zresztą jak i na jego właściwość, muszą towarzyszyć gwarancje normatywne zapobiegające negatywnym konsekwencjom dokonanej nowelizacji w sprawach wszczętych przed jej wejściem w życie i toczących się po tej dacie. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie zmian przepisów regulujących skład orzekający bez takich gwarancji prowadziłoby do sytuacji, w której po wejściu w życie ustawy nowelizującej, skład pierwotnie rozpoznający sprawę byłby niezgodny z obowiązującymi przepisami i skutkowałoby to, gdyby miał on w dalszym ciągu orzekać, zaistnieniem bezwzględnej przyczyny odwoławczej nienależytej obsady sądu z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Aby temu zapobiec, koniecznością byłoby wyznaczenie nowego składu orzekającego i rozpoznanie sprawy, niezależnie od jej stanu zaawansowania, od początku. Podobnie negatywne konsekwencje związane byłyby z brakiem stosownych przepisów przejściowych w przypadkach, gdy modyfikacji ulega właściwość sądów karnych. W tym ostatnim przypadku warto zresztą zauważyć, że skutek taki mogłyby mieć nie tylko nowelizacje przepisów

karnoprosesowych, ale także unormowań karnomaterialnych. Jest to wynikiem treści art. 25 § 1 k.p.k., który określając kognicję sądu okręgowego posługuje się terminem zbrodnie. Wszelkie zatem zmiany w ramach ustawy karnej przesuwające daną kategorię czynów zabronionych z grupy występków do kategorii zbrodni mają także pośredni wpływ na właściwość sądu rozpoznającego sprawę o taki czyn⁴. W powyższym świetle nie może więc ulegać wątpliwości, że nieracjonalne byłoby rozwiązanie zakładające, że zmiany unormowań dotyczących właściwości czy składu sądu miałyby natychmiastowo objąć wszystkie toczące się sprawy karne. Doprowadziłoby to w wielu z nich do zaprzepaszczenia, często znacznych, nakładów poczynionych na ich rozpoznanie. W doktrynie słusznie zatem wskazuje się, że petryfikacja właściwości i składu sądu jest istotnym odstępstwem od możliwej do wskazania reguły ogólnej, którą jest stosowanie przepisów nowych i przemawiają za nią ważne względy aksjologiczne w postaci konieczności zapewnienia sprawności i ekonomiki postępowania, co zresztą nie jest bez znaczenia także dla zapewnienia standardów prawa do rzetelnego procesu karnego⁵. Ustalenia wymaga jednak, jak rozciągnięta w czasie powinna być owa petryfikacja. Przyjmowane rozwiązania muszą być bowiem adekwatne do potrzeb związanych ze wskazaną powyżej koniecznością zapewnienia sprawności i ekonomiki postępowania karnego.

Reguła petryfikacji właściwości i składu sądu jest rozwiązaniem przyjmowanym w kolejnych nowelizacjach kodeksu postępowania karnego z 1997 r. Już ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego⁶ zawierała art. 7, który stanowi, że jeżeli na podstawie Kodeksu postępowania karnego nastąpiła zmiana właściwości sądu, orzeka sąd dotychczas właściwy, gdy akt oskarżenia wniesiono przed dniem wejścia w życie niniejszego kodeksu. Zbliżone unormowanie znalazło się w art. 6a ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych

⁴ Jeżeli zgodzić się ze stanowiskiem zajętym przez SN w postanowieniu z dnia 27 lutego 2013 r., I KZP 25/12, OSNKW 2013, nr 5, poz. 37, to w praktyce taka zmiana nie będzie generowała konieczności przekazania sprawy innemu sądowi niż dotychczas właściwy. Jak przyjęto bowiem w tym postanowieniu „przepis art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k. określa regułę właściwości rzeczowej, według której sąd okręgowy kompetentny jest do osadzenia zbrodni jako konkretnego czynu konkretnego sprawcy. Ponieważ o tym, czy konkretny czyn konkretnego sprawcy jest zbrodnią decyduje treść art. 7 § 2 k.k. w powiązaniu z dolną granicą ustawowego zagrożenia, przewidzianą za czyn o określonej typizacji, według stanu prawnego ustalonego z zastosowaniem reguł określonych w art. 4 § 1 tego kodeksu, więc przepis art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k. obejmuje zakresem właściwości rzeczowej sądu okręgowego tylko te czyny zabronione, które należały do kategorii zbrodni w czasie ich popełnienia i nie utraciły tego statusu w dacie badania kwestii właściwości. Zatem w przypadku, gdy na skutek zmian normatywnych dochodzi do zmiany charakteru czynu zabronionego o określonej typizacji z występkę w zbrodnie, a czyn będący przedmiotem osądu w dacie jego popełnienia stanowił występki podlegający właściwości sądu rejonowego, określenie właściwości rzeczowej sądu okręgowego nie może mieć oparcia w treści art. 25 § 1 pkt 1 k.p.k., a musiałyby wynikać z wyraźnego przepisu intertemporalnego”. Stanowisko to jest jednak przynajmniej dyskusyjne (szerzej por. uzasadnienie wydane przez Sąd Najwyższy postanowienia i cytowaną tam literaturę oraz orzecznictwo). Przyjęcie poglądu odmiennego od zajętego przez Sąd Najwyższy skutkowałoby koniecznością przekazania spraw według właściwości sądowi wyższego rzędu.

⁵ Por. H. Paluszkiwicz, *Studia...*, s. 29–33 i 73, H. Paluszkiwicz, *Kilka uwag...*, s. 353.

⁶ Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 556.

innych ustaw⁷, który przewiduje, że jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana właściwości sądu, orzeka sąd właściwy w dniu wniesienia aktu oskarżenia. W kontekście zmian dotyczących składów orzekających należy natomiast odnotować w pierwszej kolejności art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁸, który zakłada, że w sprawach, w których rozpoczęto rozprawę główną i niezakończonym prawomocnym orzeczeniem do dnia wejścia w życie ustawy, a które według przepisów dotychczasowych rozpoznawane były z udziałem ławników, stosuje się przepisy dotychczasowe; w razie jednak zawieszenia postępowania lub odroczenia rozprawy, jeżeli po odroczeniu albo po podjęciu zawieszzonego postępowania rozprawa nie jest prowadzona w dalszym ciągu, a także w razie ponownego rozpoznania sprawy, postępowanie toczy się według przepisów w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Przepisami petryfikującymi właściwość i skład sądu są również art. 30 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁹ (dalej: nowelizacji wrześniowa), który stanowi, że jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana właściwości lub składu sądu, do czasu zakończenia postępowania w danej instancji orzeka sąd dotychczas właściwy lub w dotychczasowym składzie oraz art. 22 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁰ o identycznym brzmieniu.

W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 2016 r. skupiono się na analizie treści przepisu art. 30 nowelizacji wrześniowej. Uwagi poczynione przez Sąd Najwyższy mają jednak charakter dużo bardziej uniwersalny. Odnosić je bowiem należy także do innych unormowań intertemporalnych, których treść zostanie ujęta w identyczny albo podobny sposób. Zagadnienie to nie traci zatem na aktualności, gdyż przykładem takiego unormowania jest chociażby art. 22 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Z tego też powodu rozważania Sądu Najwyższego zasługują na wnikliwą uwagę.

Przepis art. 30 nowelizacji wrześniowej stanowi, że jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana właściwości lub składu sądu, do czasu zakończenia postępowania w danej instancji orzeka sąd dotychczas właściwy lub w dotychczasowym składzie. O ile zatem przepis ten rozstrzyga wprost kwestię momentu końcowego petryfikacji właściwości i składu sądu, o tyle milczy w kwestii początkowego momentu, od którego ma ona miejsce. Zanim zapadło postanowienie Sądu Najwyższego problematyka początkowego momentu petryfikacji składu sądu budziła zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie wątpliwości. Tłem dla powstałych kontrowersji były zmiany normatywne odnoszące się do składów orzekających w sprawach o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowania lub zatrzymanie. Dla porządku należy przypomnieć, że do dnia 1 lipca 2015 r. w sprawach takich orzekał skład trzyosobowy zawodowy. Noweliza-

⁷ Dz.U. z 2007 r., nr 64, poz. 423 ze zm.

⁸ Dz.U. z 2007 r., nr 112, poz. 766.

⁹ Dz.U. z 2013 r., poz. 1247.

¹⁰ Dz.U. z 2016 r., poz. 437.

cją wrześniową, która weszła w życie 1 lipca 2015 r., wprowadzono unormowanie zakładające, że składem właściwym jest skład jednego sędziego i dwóch ławników. Natomiast po wejściu w życie ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw we wspomnianych sprawach orzeka skład jednoosobowy.

W związku ze zmianą składu orzekającego dokonanego nowelizacją wrześniową w orzecznictwie wskazać można dwa podejścia do rozumienia znaczenia przepisu petryfikującego skład sądu. Z jednej strony przyjęto, że „w sprawach o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie oraz niesłuszne stosowanie środków przymusu, w których wszczęto postępowanie sądowe przed dniem 1 lipca 2015 r. i nie doszło do zakończenia tego postępowania w danej instancji, stosowanie przepisu art. 554 § 2 k.p.k. w brzmieniu wprowadzonym ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247), podlega wyłączeniu na podstawie art. 30 tej ustawy, zatem sprawy te podlegają rozpoznaniu w składzie trzech sędziów”¹¹. Stanowisko powyższe rozwinął Sąd Apelacyjny we Wrocławiu który uznał, iż „z uwagi na to, że omawiane przepisy art. 27 i 30 ustawy nowelizującej operują jasnymi i czytelnymi kryteriami czasowymi wszczęcia sprawy i zakończenia postępowania w danej instancji, nie odnoszą się natomiast do stanu zaawansowania procesu, nie zawierają odwołań do rozpoczęcia rozprawy, czy jej odroczenia, zdaniem Sądu Apelacyjnego, dla oceny czy sąd był należycie obsadzony nie ma znaczenia to, że niniejsza sprawa została rozpoznana na rozprawach w dniach 9 grudnia 2015 r. i 22 stycznia 2016 r., a więc, że do orzekania w niej doszło po 1 lipca 2015 r.”¹². Treść art. 30 nowelizacji wrześniowej poddano także szerszej analizie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym podkreślono, że „pojęcie „dotychczasowy skład” należy (...) odnosić nie do składu, który już sprawę w danej instancji rozpoznawał, ale składu właściwego według przepisów dotychczasowych, czyli przepisów obowiązujących do dnia 30 czerwca 2015 r. Mowa tu zatem o składzie w znaczeniu abstrakcyjnym, a nie konkretnym. Na konieczność takiej interpretacji przepisu art. 30 ustawy nowelizacyjnej wskazuje jego brzmienie *in principio*, w którym posłużono się sformułowaniem: „jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana właściwości lub składu sądu”. Oczywiście jest zaś to, że żadna ustawa nie jest w stanie zmienić składu sądu w znaczeniu konkretnym”¹³.

Odmienne stanowisko zostało wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Katowicach, który przyjął, że „w sprawach o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r., w których zgodnie z poprzednim brzmieniem art. 554 § 2 k.p.k. sąd okręgowy orzekał

¹¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 stycznia 2016 r., II AKa 295/15, Lex nr 1994424.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 maja 2016 r., II AKa 95/16, Lex nr 2052587. Podobnie: wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 kwietnia 2016 r., II AKa 93/16, OSAW 2016, nr 2, poz. 340.

¹³ Wyrok SN z dnia 23 września 2016 r., III KK 41/16, Lex nr 2122061. Podobnie: postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2016 r., V KK 114/16, LEX nr 2080107, postanowienie SN z dnia 29 czerwca 2016 r., II KK 180/16, Lex nr 2062819.

wyrokiem na rozprawie w składzie trzech sędziów, warunkiem zachowania składu sądu wyznaczonego według dotychczasowych zasad jest rozpoczęcie przed tym dniem rozprawy. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie czynności orzecznicze sądu następujące po wywołaniu sprawy powinny być podejmowane przez sąd we właściwym składzie¹⁴.

Sąd Apelacyjny w Katowicach argumentując zajęte stanowisko wskazał na następujące kwestie. Po pierwsze, uzasadnia je odwołanie do wykładni językowej. W art. 30 nowelizacji wrześniowej mowa jest bowiem o dotychczasowym składzie, co wskazuje, że chodzi o skład wyznaczony do rozpoznania sprawy, a nie przepisy regulujące wyznaczanie takiego składu. Gdyby chodziło o stosowanie tych ostatnich przepisów, to ustawodawca w przepisie intertemporalnym nakazałby stosowanie unormowań ustawy uchylanej, jak choćby w art. 18 ust. 1 przytoczanej już ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, a nie nakazywałby orzekanie w *verba legis* tym samym składzie.

Po drugie, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że w nowelizacji wrześniowej bardzo silnie została zaakcentowana zasada stosowania prawa nowego (art. 27 i 29 nowelizacji wrześniowej), co odróżnia ją od ustaw zmieniających k.p.k. na przestrzeni lat 2003-2009. Co do zasady więc, zasada ta odnosi się także do kwestii składu sądu. W tym świetle przepis art. 30 nowelizacji wrześniowej stanowi wyjątek i powinien być wykładany ściśle. Przyjmując takie założenie, skład orzekający stwierdził, że „w kontekście tej zasady [stosowania prawa nowego – przyp. moje – W.J.], jedynym racjonalnym powodem wprowadzenia szczególnego unormowania w zakresie właściwości i składu sądu w postępowaniach toczących się wcześniej było uniknięcie konieczności przekazywania spraw między sądami i prowadzenia od początku odroczonej lub przerwanej rozprawy¹⁵. Powyższe oznacza, że stosowanie art. 30 nowelizacji wrześniowej wydaje się dopuszczalne jedynie w tych sytuacjach, w których istnieją wskazane powyżej racje za tym przemawiające. Tymczasem zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach w rozpoznawanej przezeń sprawie takowe racje się nie zaktualizowały. Warto bowiem zwrócić uwagę, że w postępowaniu, w którym sąd ten orzekał, wniosek z art. 552 k.p.k. został przed 1 lipca 2015 r. skierowany do sądu niewłaściwego do jego rozpoznania, a do sądu właściwego wpłynął dopiero po tej dacie. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach racje celowościowe uzasadniające byt i sens art. 30 nowelizacji wrześniowej w takich okolicznościach nie mogą przemawiać za jego stosowaniem. Skład orzekający zwrócił również uwagę, że wskazana powyżej konfiguracja procesowa, przypomina w swej istocie inne sytuacje, które także należy uznać za nieobjęte zakresem zastosowania art. 30 nowelizacji wrześniowej, a więc te przypadki, gdy np. ze względu na konieczność zmiany składu sądu będzie już po 1 lipca 2015 r.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., II AKa 12/16, LEX nr 2023111.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., II AKa 12/16, LEX nr 2023111. Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił ponadto uwagę, że odwołanie się do racji w postaci sprawności i ekonomiki procesowej znalazło się także w uzasadnieniu do projektu ustawy wrześniowej, w części odnoszącej się do omawianych uregulowań intertemporalnych.

zachodziła potrzeba prowadzenia rozprawy od początku. Takie stanowisko zostało wyrażone w literaturze ze wskazaniem, że prowadzenie sprawy od początku powinno skutkować wyznaczeniem składu orzekającego zgodnie z nowymi przepisami¹⁶.

Po trzecie, Sąd Apelacyjny w Katowicach podkreślił, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż pomimo milczenia ustawodawcy wszczęcie postępowania jawi się jako oczywisty moment petryfikacji składu sądu. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca wskazuje różne momenty czasowe, które wyznaczają horyzont czasowy stosowania przepisów uchylonych albo nowych (por. art. 33-36, 38 i 42 nowelizacji wrześnieowej).

Po czwarte, niewskazanie wprost momentu czasowego istotnego dla petryfikacji składu sądu skutkuje przyjęciem, że „wiązać go należy z chwilą, z którą aktualizuje się w procesie karnym kwestia właściwości sądu i jego składu”¹⁷. O ile w przypadku właściwości sądu nie ulega wątpliwości, że chwilą taką jest wszczęcie postępowania jurysdykcyjnego, to jednak, jak podnosi Sąd Apelacyjny w Katowicach „inaczej rzecz przedstawia się ze składem sądu, który ustawodawca wiąże wyłącznie z orzekaniem na rozprawie lub posiedzeniu (art. 28–30 k.p.k., a w przypadku spraw z rozdziału 58 k.p.k. – przepis art. 554 § 2 k.p.k.)”¹⁸.

Zbliżone stanowisko do wyrażonego powyżej zajął także Sąd Apelacyjny we Wrocławiu. W jednym ze swoich rozstrzygnięć przyjął on, że „zawarty w art. 30 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013.1247 ze zm.) termin postępowanie „w danej instancji” należy łączyć z rozprawą główną, w postępowaniu przed sądem I instancji albo z rozprawą apelacyjną w postępowaniu przez sądem II instancji, a nie z datą zarejestrowania sprawy”¹⁹. W uzasadnieniu do zajętogo stanowiska skład orzekający wskazał, że petryfikacja składu sądu „ma na celu uniknięcie zmiany składu sądu lub właściwości sądu już rozpoznającego daną sprawę na właściwym forum, co siłą rzeczy musiałyby wydłużyć postępowanie. Cel, stojący u podstaw zasad wyrażonych w omawianym przepisie nie może być pomijany przy interpretacji zawartego w nim terminu „w danej instancji” (...). Stąd, termin postępowanie „w danej instancji” należy łączyć z rozprawą główną, w postępowaniu przed sądem I instancji, albo z rozprawą apelacyjną w postępowaniu przez sądem II instancji, a nie z datą zarejestrowania sprawy”²⁰.

Problematyka petryfikacji składu sądu stała się także przedmiotem rozbieżności doktrynalnych. Z jednej strony w literaturze przyjęto, że momentem istotnym dla

¹⁶ Tak: M. Kurowski, *Znowelizowany Kodeks postępowania karnego w pracy prokuratora i sędziego. Zagadnienia ogólne i postępowanie przygotowawcze*, KSiP, Kraków 2015, s. 110.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., II AKa 12/16, LEX nr 2023111.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 lutego 2016 r., II AKa 12/16, LEX nr 2023111.

¹⁹ Zarządzenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2016 r., II AKo 200/15, LEX nr 2204496.

²⁰ Zarządzenie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 stycznia 2016 r., II AKo 200/15, LEX nr 2204496.

utrwalenia składu sądu jest wszczęcie postępowania w danej instancji²¹. Z drugiej natomiast wskazuje się, że „wyjątkiem od wyrażonej w art. 27 zasady bezpośredniego obowiązywania ustawy nowej jest orzekanie przez dotychczas właściwy sąd, w dotychczasowym składzie w wypadku dokonania zmian w tym zakresie po nowelizacji. Przepis ten [art. 30 nowelizacji wrześniowej – przyp. moje W.J.] ma odniesienie wyłącznie do postępowania sądowego w sprawach, w których przed dniem 1 lipca 2015 r. rozpoczęto rozprawę główną – I instancji albo rozprawę apelacyjną – II instancji, a więc wywołano sprawę. Przez postępowanie sądowe rozumieć należy przeprowadzenie rozprawy głównej i wydanie końcowego orzeczenia, przy zachowaniu wszelkich warunków ustawowych, a zatem tok czynności procesowych od momentu określonego w art. 381 k.p.k. do momentu określonego w art. 418 k.p.k.”²² Żadne z powyższych stanowisk nie zostało szerzej uargumentowane.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 listopada 2016 r. w punkcie wyjścia swoich rozważań zgadza się, że dylemat interpretacyjny związany z art. 30 nowelizacji wrześniowej wynika z braku wyraźnego wskazania w nim momentu początkowego petryfikacji składu sądu. Możliwe są zatem omówione powyżej dwie drogi wykładania treści tego przepisu. Po pierwsze, można przyjąć, że chodzi o skład sądu określony przepisami ustawowymi obowiązującymi w chwili wszczęcia postępowania w danej instancji. Drugą możliwością jest przyjęcie, że chodzi o konkretny skład rozpoznający daną sprawę. Sąd Najwyższy, opowiadając się za rozumieniem zasady petryfikacji składu sądu w pierwszy z powyższych sposobów, wskazuje na następujące argumenty przemawiające za takim poglądem.

Po pierwsze, Sąd Najwyższy odnosząc się do art. 30 nowelizacji wrześniowej przyznaje, że w toku ustalania niewyraźnego wprost momentu początkowego petryfikacji składu sądu, należy bardzo ostrożnie korzystać z analogii do przepisów intertemporalnych zamieszczonych w innych ustawach nowelizujących k.p.k. Co prawda, można wyróżnić przynajmniej kilka zasad ogólnych prawa intertemporalnego (w tym zasadę petryfikacji), to jednak „szczegółowa analiza sposobu ich ujęcia w przepisach przejściowych prowadzi do wniosku, że brak jest jednolitości w przedmiocie określenia początkowego i końcowego momentu obowiązywania tych reguł”²³.

Po drugie, moment początkowy petryfikacji składu sądu można ustalić za pomocą wnioskowania *a contrario* z użytego przez ustawodawcę w art. 30 nowelizacji wrześniowej sformułowania „zakończenie postępowania w danej instancji”. To

²¹ Tak w kontekście postępowania odwoławczego: D. Świecki [w:] B. Augustyniak, D. Świecki, M. Wąsek-Wiaderek, *Znowelizowany Kodeks postępowania karnego w pracy prokuratora i sędziego. Postępowanie odwoławcze, nadzwyczajne środki zaskarżenia, postępowanie po uprawomocnieniu się wyroku i postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych*, KSSiP 2015, s. 16; idem, [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, Warszawa 2016, s. 656–657.

²² M. Świetlicka, *Komentarz do przepisów przejściowych ustawy z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz.U.2013.1247)*, Lex/el 2015.

²³ Postanowienie SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85.

bowiem skłania do jednoznacznego wniosku, że chodzi w nim o wszczęcie postępowania w danej instancji.

Po trzecie, przyjmując założenie przedstawione powyżej, należy wnioskować, że zmiana składu sądu, o której mowa w art. 30 nowelizacji wrześniowej, dotyczy nie konkretnego składu wyznaczonego do danej sprawy, ale przepisów ustawowych kreujących skład sądu. Oczywiście jest bowiem, że jeżeli punktem czasowym istotnym dla określania petryfikacji jest wszczęcie postępowania przed sądem danej instancji, to następuje to przed wyznaczeniem konkretnego składu orzekającego. Zresztą jak stwierdził Sąd Najwyższy ustawa nie może modyfikować składu sądu w znaczeniu konkretnym. Ponadto w kontekście omawianego argumentu raz jeszcze podkreślono brak dostatecznych podstaw do oparcia się w toku wykładni art. 30 nowelizacji wrześniowej na porównywaniu brzmienia przepisów intertemporalnych różnych ustaw nowelizujących k.p.k. Przepis art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, w którym ustawodawca zawarł sformułowanie o stosowaniu dotychczasowych przepisów normujących skład sądu, a nie o orzekaniu przez skład dotychczasowy, nie może być zatem przekonującym argumentem przeciwko stanowisku zajętemu przez Sąd Najwyższy.

Podsumowując, Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdza, że „o tym, że w art. 30 wspomnianej ustawy [nowelizacji wrześniowej – przyp. moje W.J.] mowa jest o utrwaleniu składu sądu wynikającego z obowiązujących dotychczas przepisów, świadczy brzmienie tego przepisu”²⁴.

Przedstawione powyżej argumenty zwolenników i przeciwników stanowiska uznającego, że petryfikacja składu sądu następuje w momencie wszczęcia postępowania w danej instancji, skłaniają do następujących uwag.

Po pierwsze, oczywistym punktem wyjścia do rozstrzygnięcia kwestii początkowego momentu petryfikacji składu sądu jest podzielana przez obie strony sporu konstatacja, że moment ten nie został przez ustawodawcę wprost określony. Wymaga on zatem ustalenia w drodze wykładni art. 30 nowelizacji wrześniowej. Skoro na gruncie językowym nie sposób określić rozważanego momentu, gdyż ustawodawca milczy w tej kwestii, to należy sięgnąć po inne metody wykładni, które pozwolą go ustalić. W tym kontekście, w pierwszej kolejności należy rozważyć argument Sądu Najwyższego wskazujący, że skoro w art. 30 nowelizacji wrześniowej posłużono się sformułowaniem „do czasu zakończenia postępowania w danej instancji” to *a contrario* należy rozumieć, że momentem początkowym jest wszczęcie postępowania w danej instancji. Odnosząc się do tego argumentu należy stwierdzić, że, choć wydaje się on bardzo intuicyjny, to jednak trudno uznać go, jak w zasadzie uczynił to Sąd Najwyższy, za rozstrzygający. Na wstępie, dla porządku, warto zauważyć, że omawianej sytuacji nie posłużono się rozumowaniem *a contrario*. To ostatnie bowiem przebiega według schematu zakładającego, że jeżeli norma prawna wiąże określone konsekwencje z określonym faktem, to inny fakt, który nie

²⁴ Postanowienie SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85.

jest z nim identyczny, nie będzie pociągał za sobą takich konsekwencji²⁵. Jest zatem oczywiste, że nie o taki sposób rozumowania w omawianym kontekście chodzi. Mamy w nim raczej do czynienia z założeniem, że skoro ustawodawca wskazuje moment zakończenia postępowania w danej instancji, to zarazem milcząco musi przyjmować, że chodzi o całość postępowania przed tą instancją. Problem jednak z powyższym rozumowaniem polega na tym, że trudno jest wskazać przemawiające za nim racje. Po pierwsze, nie jest to żadna reguła mająca ogólne zastosowanie w ramach przepisów intertemporalnych. Wskazać bowiem można, że np. przepis art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, przyjmował inne niż wskazane powyżej momenty początkowy i końcowy jej obowiązywania. Były to odpowiednio rozpoczęcie rozprawy głównej oraz wydanie prawomocnego orzeczenia w sprawie, z wyjątkami przewidzianymi w tym przepisie. Po drugie, rodzi się pytanie, jaki wniosek odnośnie do początkowego momentu petryfikacji składu sądu należałoby wyciągnąć w sytuacji, w której inaczej niż w sposób określony w art. 30 nowelizacji wrzeźniowej, a więc „do czasu zakończenia postępowania w danej instancji”, określono by moment końcowy reguły petryfikacji. Znów jako przykład może posłużyć wskazany powyżej przepis art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, który *in fine* zastrzegł, że w razie zawieszenia postępowania lub odroczenia rozprawy, jeżeli po odroczeniu albo po podjęciu zawieszono postępowania rozprawa nie jest prowadzona w dalszym ciągu, a także w razie ponownego rozpoznania sprawy, postępowanie toczy się według przepisów nowych. Co zresztą znamienne, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 listopada 2016 r. w kontekście reguł petryfikacji właściwości i składu sądu oraz stadiów procesowych podkreśla, że „brak jest jednolitości w przedmiocie określenia początkowego i końcowego momentu obowiązywania tych reguł”²⁶. Tymczasem w swoim rozumowaniu przyjmuje, że skoro przepis odwołuje się do zakończenia postępowania w danej instancji, to musi to oznaczać *implicite* odwołanie do wszczęcia postępowania w tej instancji. W powyższym świetle brak jest zatem podstaw do uznania, że nasuwający się intuicyjnie sposób interpretacji art. 30 nowelizacji wrzeźniowej nie budzi żadnych wątpliwości i milcząco wyraża coś, co miałyby być oczywiste na gruncie przepisów intertemporalnych.

Po drugie, należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, że odwołania systemowe do wprowadzanych wcześniejszymi ustawami nowelizującymi k.p.k. przepisów intertemporalnych powinny być czynione ostrożnie. Biorąc pod uwagę inflację legislacyjną oraz pozostawiającą bardzo wiele do życzenia jakość tworzenia prawa w Polsce wniosek ten wydaje się w pełni uzasadniony. Oczywiście pożądane byłoby przyjęcie jednolitego sposobu tworzenia przepisów intertemporalnych²⁷ i kreowa-

²⁵ Por. np. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2005, s. 194.

²⁶ Postanowienie SN z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85.

²⁷ Oczywiście zgodnego z ogólnymi wskazówkami zawartymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 283).

nie ich według zuniformizowanego wzoru, ale realnie patrząc na uwarunkowania praktyczne, jest to założenie, które nie zawsze ma szansę na realizację. Powyższe nie może jednak prowadzić do wniosku, że analiza porównawcza przepisów intertemporalnych jest całkowicie pozbawiona sensu. Nie można bowiem wykluczyć, że jakieś ogólne prawidłowości zostaną ustalone i jako jeden z argumentów będą one służyły w procesie wykładni przepisów intertemporalnych. W omawianych okolicznościach analiza porównawcza nie prowadzi jednak do jednoznacznych wniosków. Analiza przytoczonych na początku niniejszego artykułu przepisów intertemporalnych uchwalanych w okresie obowiązywania k.p.k. z 1997 r. nie pozwala bowiem na wyciągnięcie jednoznacznych wniosków dotyczących tego, w jaki sposób reguła petryfikacji składu sądu miałyby co do zasady funkcjonować.

Po trzecie, komentarza wymaga argument Sądu Najwyższego, który wskazuje, że sformułowanie „jeżeli na podstawie niniejszej ustawy nastąpiła zmiana składu sądu” w sposób oczywisty nie może odnosić się do wyznaczonego składu sądu, gdyż żadna ustawa nie może takiego faktycznie wyznaczonego składu zmienić. Należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, że sformułowanie, którym posłużył się ustawodawca, jest w istocie skrótem myślowym. W rzeczywistości odnosi się ono bowiem nie do faktycznego składu sądu, ale do zmiany przepisów regulujących tę kwestię. To stwierdzenie w żaden jednak sposób nie wymusza interpretacji, że momentem istotnym dla oceny skutków owej zmiany przepisów jest wszczęcie postępowania. Nawet bowiem po odpowiednim przeformułowaniu omawianego przepisu problem ustalenia momentu początkowego petryfikacji składu pozostaje i przepis o takim brzmieniu nadal może być interpretowany rozbieżnie.

W świetle powyższych ustaleń należy przyjąć, że racje przedstawione przez Sąd Najwyższy nie mogą zostać uznane za przekonujące w stopniu, który pozwoliłby uznać, iż przepis art. 30 nowelizacji wrześniowej powinien być rozumiany jako petryfikujący skład sądu od momentu wszczęcia postępowania w danej instancji. W tym stanie rzeczy należy zatem sięgnąć po argumentację celowościową, którą Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu w zasadzie całkowicie przemilczał. Tymczasem nie sposób nie zauważyć, że względem racje celowościowe jest, jak się wydaje, kluczowy w rozumowaniu przedstawionym przez oponentów pogląd popieranego przez najwyższą instancję sądową. Nie ulega wątpliwości, że petryfikacja składu orzekającego w sprawach, które nowelizacja „łapie w locie” ma zapobiec prowadzeniu ich od początku i tym samym zmarnowaniu nakładu sił i środków poczynionych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej modyfikującej przepisy dotyczące składu sądu. To założenie ma dwie istotne implikacje. Po pierwsze, wyraźnie skłania ono do wniosku, że takie nakłady mogą powstać wyłącznie, gdy dany skład zostanie już wyznaczony. Tylko bowiem w takiej sytuacji jego zmiana jest w stanie pociągnąć za sobą zniweczenie wysiłku włożonego w rozpoznanie danej sprawy. Po drugie, interpretacja stosownej normy intertemporalnej zakładającej petryfikację składu sądu nie może prowadzić do przyjęcia wyniku wykładni, który nie będzie realizował jej celu. Tymczasem Sąd Najwyższy, określając moment petryfikacji składu sądu jako wszczęcie postępowania, czyni to w sposób, który sprawia, że utrwalenie składu następuje także w takich sytuacjach, w których nie doszło do poczynienia nakładów na rozpoznanie sprawy uzasadniających taki krok.

Najbardziej jaskrawym tego przykładem są okoliczności sprawy, w której orzekał postanowieniem z 17 lutego 2016 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach, a więc wniesienie przed wejściem w życie ustawy nowelizującej k.p.k. wniosku o zadośćuczynienie z art. 552 k.p.k. do sądu niewłaściwego i przekazanie jej do sądu właściwego dopiero po wejściu w życie tej ustawy. W takim przypadku nie ma absolutnie żadnych powodów, dla których skład orzekający miałby zostać wyznaczony według nieobowiązujących już przepisów. Cel stworzenia takiej możliwości, którym jest wzgląd na ekonomikę procesową, w opisanej konfiguracji nie może być bowiem w żaden sposób osiągnięty. Przykładów, które potwierdzają, że wszczęcie postępowania nie jest optymalnym momentem czasowym petryfikacji składu sądu, można wskazać więcej. W kontekście spraw karnych zainicjowanych aktem oskarżenia jest nim choćby sytuacja, w której akt oskarżenia wpływa przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, ale ze względu na braki formalne jest on zwracany oskarżycielowi do uzupełnienia, a uzupełniony wpływa ponownie do sądu już w okresie obowiązywania nowych przepisów.

W tym zatem świetle nie sposób zgodzić się z Sądem Najwyższym, że brak wyraźnego określenia w przepisie petryfikującym skład sądu momentu początkowego owej petryfikacji prowadzi w procesie jego wykładni do przyjęcia, że jest nim wszczęcie postępowania w danej instancji. Decydujące znaczenie dla jego ustalenia powinny mieć racje celowościowe, które pozwalają rozstrzygnąć wątpliwości rodzące się na tle wykładni językowej przepisu art. 30 nowelizacji wrzeźniowej. Słusznie ponadto Sąd Apelacyjny w Katowicach w postanowieniu z 17 lutego 2016 r. wskazuje, że Sąd Najwyższy dokonał nadmiernie ekstensywnej wykładni powyższego przepisu, który stanowi przecież wyjątek od generalnej zasady stosowania prawa nowego.

Akceptacja przedstawionego powyżej stanowiska powoduje, że konieczne jest wskazanie innego niż wszczęcie postępowania sądowego w danej instancji momentu czasowego, w którym następuje petryfikacja składu sądu. W postanowieniu z 17 lutego 2016 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach przyjmuje, że takim momentem jest przystąpienie przez skład sądu do orzekania na rozprawie głównej. Jak argumentuje wynika to z faktu, iż ustawodawca wiąże skład sądu „wyłącznie z orzekaniem na rozprawie lub posiedzeniu (art. 28–30 k.p.k., a w przypadku spraw z rozdziału 58 k.p.k. – przepis art. 554 § 2 k.p.k.)”. Pogląd ten jest jednak nieprzekonujący. Po pierwsze, brak jest podstaw do przyjęcia go na gruncie wykładni systemowej. Nie wszystkie przepisy k.p.k. wprost bowiem wiążą orzekanie na posiedzeniu i rozprawie ze składem sądu. Inny sposób wysłowienia normy prawnej regulującej skład sądu znalazł się bowiem w art. 29 § 2 k.p.k. czy art. 534 § 1 k.p.k. Także w innych ustawach mających zastosowanie w sprawach karnych można wskazać takie przypadki²⁸. Po drugie, skład orzekający albo jego członkowie mają wskazane w k.p.k. uprawnienia do wykonywania czynności procesowych przed wyznaczeniem rozprawy czy posiedzenia (np. art. 349 § 7, 350 § 2-4, 352 k.p.k.)

²⁸ Por. art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki.

czy też poza tymi forami orzekania (art. 396 k.p.k.). Tym samym brak jest podstaw do związania składu sądu wyłącznie z orzekaniem na rozprawie albo posiedzeniu. Poglądu takiego nie uzasadnia także treść postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2007 r.²⁹, które jako uzasadniające omawiane stanowisko wskazuje się w doktrynie. W orzeczeniu tym przyjęto, że „przez postępowanie sądowe (art. 439 § 1 pkt 10 k.p.k.) rozumieć należy przeprowadzenie rozprawy głównej i wydanie końcowego orzeczenia, przy zachowaniu wszelkich warunków ustawowych, a zatem tok czynności procesowych od momentu określonego w art. 381 k.p.k. do momentu określonego w art. 418 k.p.k.”. Należy zauważyć, że zostało ono wydane w szczególnym kontekście interpretacji znaczenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej polegającej na braku obrońcy obligatoryjnego w postępowaniu sądowym lub niebrania przez takiego obrońcę udziału w czynnościach, w których jego udział był obowiązkowy. W tych okolicznościach, które wiążą się z koniecznością zapewnienia prawa do obrony, nie budzi ono zastrzeżeń. Brak jest jednak podstaw do jego uogólniania na inne konteksty. Słusznie zresztą krytykuje takie stanowisko Sąd Najwyższy wskazując, że „nie wchodząc w akademickie wywody dotyczące etapów postępowania sądowego, jedynie tytułem przykładu należy wskazać, że pierwszym etapem postępowania jurysdykcyjnego przed sądem pierwszej instancji jest wstępna kontrola oskarżenia, a pierwszym etapem postępowania przed sądem drugiej instancji ponowna kontrola dopuszczalności środka odwoławczego oraz akt sprawy pod kątem ich prawidłowego prowadzenia i czynności dokonywanych po wydaniu orzeczenia”³⁰. Podsumowując, nie można przyjąć, że momentem petryfikacji składu sądu jest przystąpienie do orzekania na rozprawie albo posiedzeniu.

Wykluczenie możliwości uznania, że momentem petryfikacji składu sądu jest przystąpienie do orzekania na rozprawie albo posiedzeniu, skutkuje koniecznością wskazania innej cezurę czasowej. Biorąc pod uwagę, że przepis art. 30 nowelizacji wrześnieowej odwołuje się do składu sądu, to wydaje się, że właściwym momentem jest wyznaczenie go. Rozwiązaniu takiemu nie stoją na przeszkodzie względy językowe ani systemowe. Jak zostało to wykazane powyżej zarówno analiza samego brzmienia przepisu art. 30 nowelizacji wrześnieowej, jak i uwzględnienie kontekstu przepisów intertemporalnych przyjmowanych w ustawach wcześniej nowelizujących k.p.k. nie prowadzą do jednoznacznych konkluzji. W tym świetle decydujące znaczenie powinny mieć zatem względy celowościowe. Te zaś przemawiają jednoznacznie na rzecz zaproponowanego rozwiązania. Należy bowiem zauważyć, że to wyznaczenie składu orzekającego stanowi moment, w którym skład ten (albo jego członkowie) mogą podejmować czynności zmierzające do przygotowania sprawy do rozpoznania. Tym samym już od tego momentu zmiana składu orzekającego może negatywnie wpływać na ekonomikę postępowania.

Na zakończenie należy podnieść, że zaproponowanemu powyżej rozwiązaniu nie sprzeciwia się fakt, iż art. 30 nowelizacji wrześnieowej reguluje łącznie problematykę zmiany właściwości oraz składu sądu, a w przypadku tej pierwszej bezsporne jest, że petryfikacja następuje wraz z wszczęciem postępowania sądowego. Wska-

²⁹ I KZP 38/06, OSNKW 2007, nr 3, poz. 23.

³⁰ Wyrok SN z dnia 23 września 2016 r., III KK 41/16, Lex nr 2122061.

zana konstrukcja przepisu art. 30 nie powoduje bowiem konieczności przyjęcia, że istotne dla obu kwestii momenty czasowe petryfikacji muszą być tożsame. Brak ich jednoznacznego wskazania umożliwia taką interpretację, a względy celowościowe, jak zostało to podniesione wcześniej, za tym jednoznacznie przemawiają.

Podsumowując, można stwierdzić, że choć w sferze unormowań intertemporalnych prawa karnego procesowego da się zidentyfikować określone reguły rządzące ich kreacją i funkcjonowaniem, to jednak nie należy zapominać, iż przepisy te powinny tworzone i interpretowane tak, aby realizować swój cel, a mianowicie zapewnienie płynnego i niezakłóconego przejścia ze starego do nowego stanu prawnego. Bardzo istotne znaczenie ma zatem zidentyfikowanie wartości, które stoją za takim a nie innym ich kształtem i interpretacją³¹. Patrząc przez pryzmat powyższego założenia trudno zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, że brak wyraźnego wskazania momentu początkowego petryfikacji składu sądu w art. 30 nowelizacji wrześniowej, skłania do wniosku, że momentem takim jest wszczęcie postępowania sądowego. Przeprowadzona analiza prowadzi bowiem do wniosku, że powinien nim być moment wyznaczenie składu orzekającego. Takiemu rozwiązaniu nie sprzeciwiają się racje językowe i systemowe, a przemawiają za nim jednoznacznie względy celowościowe. Mając na względzie rolę przepisów intertemporalnych, uzasadnione wydaje się przyznanie w omawianej kwestii prymatu właśnie temu ostatniemu czynnikowi. Uogólniając natomiast problem i wychodząc poza zagadnienie interpretacji art. 30 nowelizacji wrześniowej, należałoby postulować, aby początkowy moment petryfikacji składu orzekającego odnosić do kreacji składu orzekającego a nie samego wszczęcia postępowania w danej instancji. Cel ten można osiągnąć albo poprzez zaproponowaną w niniejszym opracowaniu interpretację przepisów intertemporalnych, którym ustawodawca nadałby kształt odpowiadający art. 30 nowelizacji wrześniowej³², albo, w celu rozwiania pojawiających się w tej materii wątpliwości, dzięki wyraźnemu określeniu w przyjmowanych w przyszłości unormowaniach intertemporalnych początkowego momentu, od którego następuje petryfikacja składu sądu.

BIBLIOGRAFIA

- Kurowski M., *Znowelizowany Kodeks postępowania karnego w pracy prokuratora i sędziego. Zagadnienia ogólne i postępowanie przygotowawcze*, KSiP, Kraków 2015.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2005, s. 194.
- Paluszkiewicz H., *Kilka uwag o gwarancyjnym charakterze przepisów przejściowych w ustawie z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, [w:] M. Rogacka-Rzewnicka, H. Gajewska-Kraczkowska, B.T. Bieńkowska (red.), *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, Warszawa 2015.

³¹ Nie bez powodu kwestia ta jest eksponowana przez H. Paluszkiewicz w: eadem, *Studia...*, passim.

³² Np. art. 22 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw.

- Paluszkiewicz H., *Studia z zakresu problematyki intertemporalnej w prawie karnym procesowym*, Warszawa 2016.
- Paluszkiewicz H., *Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym*, [w:] J. Mikolajewicz (red.), *Problematyka intertemporalna w prawie. Zagadnienia podstawowe. Rozstrzygnięcia intertemporalne. Geneza, funkcje, aksjologia*, Warszawa 2015.
- Świecki D. [w:] B. Augustyniak, D. Świecki, M. Wąsek-Wiaderek, *Znowelizowany Kodeks postępowania karnego w pracy prokuratora i sędziego. Postępowanie odwoławcze, nadzwyczajne środki zaskarżenia, postępowanie po uprawomocnieniu się wyroku i postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych*, KSiP 2015, s. 16.
- Świecki D. [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, Warszawa 2016.
- Świątlicka M., *Komentarz do przepisów przejściowych ustawy z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw (Dz.U.2013.1247)*, Lex/el 2015.

PETRYFIKACJA SKŁADU SĄDU W PRZEPISACH INTERTEMPORALNYCH – UWAGI NA TLE POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 29 LISTOPADA 2016 R., I KZP 9/16

Streszczenie

W artykule omówiono aspekt temporalny petryfikacji składu sądu uregulowanej w przepisach intertemporalnych ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Bezpośrednim powodem poruszenia tej kwestii jest stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 29 listopada 2016 r. (I KZP 9/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 85). Przyjęto w nim, że petryfikacja składu sądu następuje w chwili wszczęcia postępowania w danej instancji. Należy jednak zauważyć, że rozstrzygana przez Sąd Najwyższy problematyka budzi w orzecznictwie i doktrynie wątpliwości. Autor wskazuje na nie oraz rekonstruuje argumenty przemawiające za i przeciwko stanowisku Sądu Najwyższego. W konkluzji stwierdza, że za poglądem o petryfikacji składu sądu od chwili wszczęcia postępowania w danej instancji nie przemawiają jednoznacznie wyniki wykładni językowej oraz systemowej przepisu art. 30 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, natomiast sprzeciwiają się jej wyniki wykładni celowościowej. Tym samym należy przyjąć, że momentem początkowym utrwalenia składu sądu jest jego wyznaczenie zgodnie z przepisami kodeksu postępowania karnego. Przeprowadzona analiza oraz sformułowane wnioski nie dotyczą wyłącznie kontekstu wskazanej powyżej ustawy nowelizującej, ale, ze względu na sposób konstruowania petryfikacji składu sądu w ustawach nowelizujących, w tym ustawie z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, mają uniwersalne znaczenie dla poruszanej problematyki.

Słowa kluczowe: petryfikacja składu sądu, przepisy intertemporalne, nowelizacja kodeksu postępowania karnego

PETRIFICATION OF A COURT BENCH IN ACCORDANCE
WITH TRANSITIONAL PROVISIONS: COMMENTS IN THE LIGHT
OF THE SUPREME COURT JUDGEMENT OF 29 NOVEMBER 2016, I KZP 9/16

Summary

The article discusses the temporal aspect of a court bench petrification regulated in the transitional provisions of Act of 27 September 2013 amending the Criminal Procedure Code and some other acts. The direct reason for discussing the issue is the Supreme Court stand presented in its judgement of 29 November 2016 (I KZP 9/16, OSNKW 2016, No. 12, item 85). It assumes that petrification of a court bench takes place at the moment of initiating a proceeding of a given instance. It is necessary to notice, however, that the issue solved by the Supreme Court raises doubts in judicial decisions as well as jurisprudence. The author draws attention to them and reconstructs arguments for and against the Supreme Court's opinion. In conclusion, he states that the linguistic and systemic interpretation of the provision of Article 30 of Act of 27 September 2013 amending the Criminal Procedure Code and some other acts does not unanimously support the opinion on petrification of a court bench at the moment of initiating a proceeding of a given instance, and the results of the holistic interpretation are quite the contrary. Thus, it should be assumed that the moment appropriate for petrification of a court bench is its establishment in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Code. The analysis and conclusions presented are not applicable only to the context indicated by the above-mentioned amending act but also, due to the way in which a court bench petrification is constructed, including Act of 11 March 2016 amending Act: Criminal Procedure Code and some other acts, have universal significance for the discussed issue.

Key words: petrification of a court bench, transitional provisions, amendments to the Criminal Procedure Code

KARA MIESZANA (ŁĄCZONA) – KONTROWERSJE WOKÓŁ ZAKRESU JEJ STOSOWANIA

AGNIESZKA WOŹNIAK*
REMIGIUSZ WRZOSEK**

1. KRÓTKA CHARAKTERYSTYKA KARY

Kara mieszana (łączona) składająca się z krótkiej kary bezwzględnego pozbawienia wolności w wymiarze od 1 miesiąca do 3 lub 6 miesięcy i z kary ograniczenia wolności w wymiarze od 1 miesiąca do 2 lat (przeznaczona do sekwencyjnego wykonywania poczynając – co do zasady¹ – od kary pozbawienia wolności a na karze ograniczenia wolności kończąc) została wprowadzona do systemu polskiego prawa karnego nowelą z dnia 20 lutego 2015 r. (zob. dodany art. 37b k.k.), której postanowienia weszły w życie z dniem 1 lipca 2015 r. (Dz.U. poz. 396). Wprowadzenie tej oryginalnie skonfigurowanej (połączonej w nowatorski sposób) prawno-karnej reakcji na czyny zabronione o statusie występków spotkało się z powszechną aprobatą, gdyż poszerzyło gamę możliwości orzeczniczych sądów, a tym samym indywidualizacji represji karnej. Od samego początku przepis art. 37b k.k. sprawiał jednak dość poważne problemy z jego jednolitą wykładnią. Problemy te wynikały z jednej strony z niedostatecznie precyzyjnego określenia występków, za które sądy będą mogły orzekać łącznie karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności za ten sam czyn zabroniony. Ponadto – początkowo – z regulacji ustawowej nie wynikało czy kara pozbawienia wolności orzekana w kumulacji z karą ograniczenia wolności ma być orzekana w postaci bezwzględnej, przeznaczonej do efektywnego wykonania, czy może być orzekana także z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Ponieważ w Uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej tzw. karę mieszaną wskazano, że wchodząca w jej skład kara pozbawienia wolności może

* mgr, aplikant adwokacki w okręgu Kujawsko-Pomorskiej Izby Adwokackiej w Toruniu

** mgr, aplikant adwokacki w okręgu Kujawsko-Pomorskiej Izby Adwokackiej w Toruniu

¹ Wyjątek od zasady wykonywania w pierwszej kolejności kary pozbawienia wolności przewiduje art. 17a k.k.w.

być orzekana zarówno w postaci bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania², dlatego dość powszechnie przyjmowano, że kara mieszana może być orzekana w takich dwóch, różnych wariantach. Pojawiające się pewne wątpliwości w tej mierze rozstrzygnięto w drodze nowelizacji treści art. 37b k.k. (ustawą z dnia 11 marca 2016 r., która weszła w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r., Dz.U. poz. 437), postanawiając *expressis verbis*, że przepisów art. 69–75 k.k., a więc dotyczących warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności – nie stosuje się przy jednoczesnym, łącznym orzekaniu kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności³.

2. KONTROWERSJE DOTYCZĄCE NAZWY KARY

Wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego zaznacza się także spór o samą nazwę połączonej w pewną całość reakcji prawnokarnej na występki ujętej w art. 37b k.k. Według jednych autorów – zgodnie z terminologią zaproponowana w Uzasadnieniu do projektu noweli do k.k. z dnia 20 lutego 2015 r. – w art. 37b k.k. określono instytucję kary mieszanej⁴, jako kombinowanej formy represji karnej. Według innych autorów jest to nazwa błędna, gdyż po pierwsze nie jest to jedna kara, a dwie kary w określony sposób połączone (stąd używanie często w skrócie nazwy kara łączona), a po drugie nie są one w żaden sposób pomieszane, gdyż do żadnego mieszania treści obu rodzajów kar nie dochodzi, są one co prawda orzekane równocześnie, ale z zachowaniem odrębności treściowej każdej z nich i wykonywane osobno – jedna po drugiej⁵. To sekwencyjne wykonywanie dwóch rodzajów kar orzeczonych łącznie za ten sam czyn zabroniony – niektórzy autorzy uznali za cechę na tyle pierwszorzędną, aby upowszechnić w doktrynie nazwę kary sekwencyjnej⁶. Według innych autorów bardziej adekwatne jest określanie reakcji prawnokarnej ustanowionej w art. 37b k.k. jako pewnej kombinacji kar lub kary kumulatywnej⁷ składającej się ze stosunkowo krótkiej kary bezwzględnego pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności. Podsumowując ten spór o nazwę nowo wprowadzonego sposobu reakcji penalnej, ujętego w przepisie art. 37b k.k. należy mieć na uwadze zarówno łączne orzekanie dwóch różnych rodzajów kar za to samo przestępstwo, jak i ich sekwencyjne wykonywanie, które jest jednak

² Zob. *Uzasadnienie* do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 12.

³ Szerzej na ten temat pisze M. Małecki, *Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, Rok XX: 2016, z. 2, s. 19–44.

⁴ Tak np. A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 326–330; J. Lachowski [w:] J. Lachowski, A. Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2016, s. 188.

⁵ Tak J. Majewski [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 745; por. jednak A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 326–328.

⁶ Zob. np. M. Małecki, *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (Art. 37 B K.K.) – Zagadnienia podstawowe*, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 37–46.

⁷ Tak np. B.J. Stefańska [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 210–216.

drugoplanową cechą, która nie powinna przesądzać o nazwie. Wskazać równocześnie trzeba, że określanie dwóch kar orzekanych w pewnej konfiguracji jako kara (co sugeruje jedność) ma charakter umowy, czysto techniczny i dlatego o nazwę nie należy się zbytnio spierać. Oczywiście dobrze byłoby, aby przyjęła się jedna lub ewentualnie dwie równoległe (zamienne) nazwy jak najbardziej oddające istotę omawianego środka reakcji prawnokarnej, aby nie było wątpliwości o jakiej instytucji mowa. Mając na względzie umowność wszystkich nazw celowe byłoby chyba pozostanie przy nazwie już upowszechnionej – kara mieszana lub kara łączona⁸.

3. *RATIO LEGIS* WPROWADZENIA NOWYCH ROZWIĄZAŃ

Po wstępnym zasygnalizowaniu problemów interpretacyjnych jakie się pojawiają na tle przepisu art. 37b k.k., należy zająć się bliżej problemem zakresu zastosowania instytucji kary mieszanej (łączonej) nakreślonym w tytule opracowania. Z Uzasadnienia do projektu wskazanej noweli wynika, że przewidziane w niej rozwiązania dotyczące kar i innych środków reakcji prawnokarnej na czyny przestępne mają być swoistym remedium na wadliwą strukturę orzekanych kar przez sądy, niedostosowaną do poziomu i charakterystyki współczesnej przestępczości, a w szczególności mają zahamować praktykę stosowania na masową skalę kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W tym celu wprowadzono znaczące ograniczenia w stosowaniu tego środka probacyjnego (zob. znowelizowany art. 69 § 1 k.k.), zmodyfikowano postanowienia art. 58 § 1 k.k. dotyczące wyboru kary w przypadku przestępstw zagrożonych sankcją alternatywną, czyniąc karę pozbawienia wolności *ultima ratio* zarówno w postaci bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Rozszerzono także możliwość stosowania kar wolnościowych wobec sprawców występku zagrożonych karą pozbawienia wolności, jeśli jej ustawowy wymiar nie przekracza lat 8 (art. 37a k.k.) oraz wprowadzono tzw. karę mieszaną (art. 37b k.k.)⁹. Kara mieszana – według słów *Uzasadnienia* „powinna być szczególnie atrakcyjna w przypadku poważniejszych występku”. Wprowadzenie tej nowej, połączonej z dwóch rodzajów kar, formy represji prawnokarnej ma z założenia wpłynąć na zmianę praktyki orzeczniczej sądów, która czyniąc z kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania wiodący instrument wymiaru kary „zdewaluowała ocenę abstrakcyjnego stopnia niebezpieczeństwa również w przypadku typów czynów zabronionych o takim właśnie stopniu bezprawia (np. rozboju)”. Z drugiej strony, wprowadzenie możliwości orzeczenia kary mieszanej jest sposobem „inkorporacji kar wolnościowych do typów czynów zabronionych zagrożonych karą pozbawienia wolności od roku do 10 lub od dwóch do 12 lat.” Ponadto w *Uzasadnieniu* wskazano, że „W wielu sytuacjach wymierzenie krótkoterminowej kary izolacyjnej jest wystarczające dla osiągnięcia odpowiedniego

⁸ Tak np. V. Konarska-Wrzošek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego, Tom 5, Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 308.

⁹ Por. *Uzasadnienie*, s. 1 i 11–17.

oddziaływania w zakresie prewencji specjalnej, związanego z tą sankcją”, a kara ograniczenia wolności wykonywana w drugiej kolejności ma za zadanie ugruntowanie społecznie pożądaných zachowań osoby skazanej.¹⁰

4. KWESTIA ZAKRESU STOSOWANIA KARY MIESZANEJ (ŁĄCZONEJ)

Unormowanie wprowadzające możliwość orzekania tzw. kary mieszanej (łączonej) zawarte w art. 37b k.k. od samego początku budzi wątpliwości co do tego, do jakich grup występów kara mieszana może być stosowana. Wynika to z nie dość precyzyjnego wskazania, że możliwość jednoczesnego orzeczenia kary pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy lub 6 miesięcy (gdy górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat) oraz kary ograniczenia wolności do lat 2 dotyczy spraw o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn. Brak wskazania w art. 37b k.k., że chodzi o występki zagrożone „wyłącznie” karą pozbawienia wolności prowadzi część przedstawicieli doktryny do wniosku, iż tzw. karę mieszaną (łączoną) można stosować do sprawców wszystkich występów, które zostały zagrożone karą pozbawienia wolności, w tym także do tych, które zagrożone zostały sankcją alternatywną, w której oprócz kary pozbawienia wolności przewidziano także karę lub kary wolnościowe w postaci grzywny lub ograniczenia wolności.¹¹ Zdaniem innych przedstawicieli doktryny prawa karnego – możliwość orzekania tzw. kary mieszanej (łączonej) może być wykorzystywana tylko do występów, które zostały zagrożone karą pozbawienia wolności bez żadnej wolnościowej alternatywy, czyli do występów o średnim i poważnym ciężarze gatunkowym¹².

Niejednoznaczność regulacji zawartej w art. 37b k.k. doprowadziła do rozbieżności w orzekaniu tzw. kary mieszanej. Sądy stosują bowiem instytucję kary mieszanej zarówno do sprawców występów, które zostały zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności, jak i do sprawców występów zagrożonych sankcjami alternatywnymi, przy skazywaniu za które sąd ma do wyboru grzywnę lub karę ograniczenia wolności lub karę pozbawienia wolności. Dowodzą tego statystyki sądowe przedstawiające dane i informacje dotyczące prawomocnych skazań osób dorosłych w latach 2011–2015, z których wynika że gdy pojawiła się w systemie

¹⁰ Por. tamże, s. 11–12.

¹¹ Zob. np. M. Małecki [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 294–295; J. Majewski [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 746–748; J. Lachowski [w:] J. Lachowski, A. Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2016, s. 188; B.J. Stefańska [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 212–213.

¹² Zob. np. A. Grześkowiak [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 329; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2015 r., LEX; T. Bojarski [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 165–166; V. Konarska-Wrzosek [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 230 oraz eadem, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego, Tom 5, Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 308.

prawa karnego tzw. kara mieszana (łączona), niektóre sądy zaczęły ją orzekać za takie przestępstwa jak np. niealimentacja, za którą groziła kara grzywny, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2,¹³ a obecnie od 31 maja 2017 r. grozi sankcja w takim kształcie za typ kwalifikowany z § 1a, a za typ podstawowy z § 1 – alternatywnie kara grzywny, kara ograniczenia wolności albo kara pozbawienia wolności do roku (zob. art. 209 k.k. sprzed i po nowelizacji ustawą zmieniającą k.k. z dnia 23 marca 2017 r., Dz.U. poz. 952).

W związku z rozbieżną wykładnią przepisu art. 37b k.k. i niejednorodną praktyką stosowania instytucji tzw. kary mieszanej (łączonej) pojawia się pytanie dotyczące zakresu jej stosowania, a w szczególności, czy powinna i może być stosowana tylko do sprawców poważniejszych występów, które z racji ich stopnia społecznej szkodliwości zostały zagrożone wyłącznie karą pozbawienia wolności, czy także do występów stosunkowo drobnych, które zostały zagrożone karą grzywny w alternatywie z karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności?

Aby odpowiedzieć na to pytanie, nie można się ograniczyć do wykładni gramatycznej przepisu art. 37b k.k., w tym w szczególności powoływać jako głównego argumentu braku wskazania w nim, że chodzi o występ zagrożony „tylko” lub „wyłącznie” karą pozbawienia wolności¹⁴. Użycie przez ustawodawcę tego typu dookreślających zwrotów – wyeliminowałoby spod możliwości orzekania kary mieszanej (łączonej) sprawców występów zagrożonych karą pozbawienia wolności i grzywną (przede wszystkim obligatoryjną, ale również fakultatywną), stąd też dobrze, że ustawodawca tego nie zrobił. Jak starano się wykazać, na tej podstawie i w oparciu o samo brzmienie przepisu art. 37b k.k., nie można dojść do jednoznacznych wniosków co do zakresu stosowania instytucji kary mieszanej (łączonej), czego dowodem są rozbieżne stanowiska w tej kwestii poszczególnych przedstawicieli doktryny i orzekających sądów. Dla ustalenia grup występów, za które wobec ich sprawców pojawia się możliwość orzeczenia kary mieszanej (łączonej) niezbędne jest posłużenie się dodatkowo wykładnią teleologiczną i systemową. Jak to dość jednoznacznie wynika z *Uzasadnienia* do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r., która dokonała głębokiej reformy polskiego prawa karnego, głównym jej celem była zmiana struktury orzekanych kar za występkę, w tym w szczególności znaczne ograniczenie liczby orzekanych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania i zastąpienia tego typu reakcji prawnokarnej karami wolnościowymi, a gdy to nie jest możliwe, to karą mieszaną składającą się z dwóch rodzajów kar tj. z połączenia krótkiej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności.¹⁵ Aby osiągnąć ten cel dokonano szeregu istotnych zmian. Zmieniono m.in. treść art. 58 § 1 k.k., uchylono art. 58 § 3 k.k. i w jego miejsce wprowadzono

¹³ Zob. Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych 2011-2015. Departament Strategii i Funduszy Europejskich. Wydział Statystyczny Informacji Zarządczej, Warszawa 2016, s. 46, z której wynika, że w drugiej połowie 2015 r. sądy orzekły w 19 przypadkach karę mieszaną skazując sprawców za przestępstwo uchylania się od obowiązku alimentacyjnego z art. 209 k.k.

¹⁴ Tak czyni J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, LEX 2015 i M. Małecki, *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (Art. 37 B K.K.) – Zagadnienia podstawowe*, Palestra 2015, nr 7–8, s. 38.

¹⁵ Zob. *Uzasadnienie* do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 1–3 i 11–18 oraz A. Jezusek, *Sekwencja kary pozbawienia*

uregulowanie art. 37a k.k. oraz dodano art. 37b k.k. wprowadzający możliwość orzekania tzw. kary mieszanej polegającej na równoczesnym, łącznym orzeczeniu za to samo przestępstwo dwóch rodzajów kar: kary pozbawienia wolności w postaci bezwzględnej i kary ograniczenia wolności wykonywanych sekwencyjnie w następującej kolejności, jako pierwszej – kary pozbawienia wolności odbywanej w warunkach izolacji więziennej, a następnie – kary ograniczenia wolności. Wskazać należy, że orzekanie tzw. kary mieszanej, jest drugim przypadkiem ustawowego upoważnienia sądów do łącznego orzekania dwóch rodzajów kar jako reakcji na ten sam czyn zabroniony. Do tej pory w prawie karnym powszechnym możliwe było kumulatywne orzekanie tylko kary pozbawienia wolności i kary grzywny. Gama możliwości zasadniczej reakcji na czyny zabronione uległa zatem poszerzeniu.

Na tle tych, wskazanych powyżej, różnych możliwości reakcji prawnokarnej na czyny zabronione o statusie występku zaznacza się wyraźnie określona gradacja i zróżnicowanie kar oraz wskazań co do ich stosowania z uwagi na ciężar gatunkowy poszczególnych grup występku. Rodzaje reakcji prawnokarnej postawione do dyspozycji sądów zostały dostosowane do wagi występku. W omawianej reformie prawa karnego widać dążenie do zachowania wewnątrzsystemowej logiki i spójności wprowadzanych rozwiązań. Czynią one zadość fundamentalnym zasadom penalizacji zachowań nagannych, zgodnie z którymi reakcje prawnokarne za różne czyny nie mogą być takie same, lecz muszą być odpowiednio zróżnicowane, zarówno ze względów sprawiedliwościowych, jak i prewencyjnych. I tak, dla występku drobnych zagrożonych sankcją alternatywną, w której przewidziana jest do wyboru: kara grzywny, kara ograniczenia wolności lub kara pozbawienia wolności (na ogół niska tj. do roku, do lat 2 lub do lat 3, a zupełnie wyjątkowo do lat 5), w przepisie art. 58 § 1 k.k. ustanowiono dyrektywę szczególną, w myśl której, sąd orzeka karę pozbawienia wolności tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. To oznacza ustawową preferencję dla orzekania kar i środków wolnościowych wobec sprawców dopuszczających się drobnych występku i możliwość wymierzania kary pozbawienia wolności w jakiegokolwiek jej postaci tj. zarówno w postaci bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – w ostateczności, gdy w danym przypadku zastosowanie kary lub środka o charakterze wolnościowym nie może zapewnić realizacji celów, jakie kara ma do spełnienia wobec karanej jednostki i społeczeństwa.

W przypadku występku zaliczanych do kategorii „średniej” przestępczości, które z uwagi na zgeneralizowaną ocenę stopnia ich społecznej szkodliwości nie zostały zagrożone karą wolnościową a karą pozbawienia wolności, przy czym jej górna granica nie jest wyższa niż lat 8 – przepis art. 37a k.k. pozwala sądom na orzekanie zamiast kary pozbawienia wolności przewidzianej w sankcji jednej z kar wolnościowych tj. kary grzywny lub kary ograniczenia wolności. Skorzystanie z możliwości zastosowania tzw. kary zamiennej i orzeczenie kary wolnościowej zamiast kary pozbawienia wolności ma charakter fakultatywny i pozostawione zostało do swobodnego uznania sądu. Pomimo że przepis art. 37a k.k. nie wprowadza

wolności i ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.), PiP 2017, nr 5, s. 80–94, LEX.

dza żadnych ograniczeń w korzystaniu z orzekania wolnościowych kar zamiennych wobec sprawców występków zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, to jednak sąd orzekający musi zawsze mieć na względzie dyrektywę ogólnie wymiaru kary, o których mowa w art. 53 § 1 k.k. tak, aby cele kary zostały osiągnięte przez rodzaj i wymiar zastosowanej kary wolnościowej¹⁶ wzmocnionej, jeśli będzie to potrzebne, przez odpowiednio dobrany i dodany środek karny.

Bezpośrednio po dodanym przepisie art. 37a k.k., został usytuowany przepis art. 37b k.k., który wprowadza możliwość orzeczenia tzw. kary mieszanej (łączonej) składającej się z dwóch rodzajów kar: kary pozbawienia wolności do 3 miesięcy lub do 6 miesięcy w jej postaci bezwzględnej i kary ograniczenia wolności w wymiarze do lat 2. Kara mieszana polega na połączeniu izolacji więziennej (wykonywanej w pierwszej kolejności) z dolegliwościami i ograniczeniami funkcjonowania po wyjściu na wolność wynikającymi z drugiego składnika kary mieszanej (łączonej) jaką jest wymierzona jednocześnie kara ograniczenia wolności. Dolegliwości składające się na treść kary mieszanej i zadawane sprawcy występkę, wobec którego kara ta jest orzekana są zdecydowanie surowsze, niż te które łączą się z samodzielnie orzekaną karą ograniczenia wolności lub grzywną. To oznacza, że kara mieszana nie powinna być i nie jest przewidziana do stosowania za występki drobne, przy których preferuje się kary wolnościowe, a wymiar kary pozbawienia wolności ma być absolutnym wyjątkiem, ograniczonym do niezbędnego minimum (zob. treść dyrektywy sądowego wymiaru kary z art. 58 §1 k.k.). Kara mieszana jest niewątpliwie przeznaczona do orzekania za występki o średnim i dużym ciężarze gatunkowym, za które grozi kara pozbawienia wolności (bez wolnościowych alternatyw), przy czym ustawodawca podkreśla, że można ją orzekać w sprawie o występki „niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn”. W ten sposób wskazuje się sądom orzekającym, że kara mieszana (łączona) może być stosowana do każdego występkę zagrożonego jakimkolwiek rozmiarem kary pozbawienia wolności, a nie tylko wymiarem surowym, czy wręcz najsurowszym. Nie można tego zwrotu odczytywać jednak jako upoważnienia do orzekania kary mieszanej za wszystkie występki, których sankcje przewidują karę pozbawienia wolności, jeśli są one na tyle drobne, że zostały zagrożone sankcjami alternatywnymi, a nie prostymi z karą pozbawienia wolności. Taka wykładnia postanowień przepisu art. 37b k.k. jest nie do pogodzenia z koniecznością dostosowywania określonej, planowej represji karnej do wagi popełnionego i ocenianego czynu przez sąd orzekający w sprawie. Kara mieszana (łączona) ma z założenia ograniczać zbyt szerokie korzystanie przez sądy z kary pozbawienia wolności, w tym w szczególności limitować do rozsądnych i dostatecznych wymiarów jak na wagę sądanego występkę wysokość jej wymiaru w postaci bezwzględnej, a nie dawać możliwość jej wymierzania za drobne występki. Wykładnia przepisu art. 37b k.k. dotycząca zakresu stosowania kary mieszanej (łączonej) dopuszczająca jej stosowanie również do drobnych występków zagrożonych alternatywnie karą pozbawienia wolności, pozostaje w sprzeczności z założeniami reformy prawa karnego dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r.

¹⁶ A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 366–367.

Konkludując należy wskazać, że korzystanie z kary mieszanej (łączonej) zostało przewidziane dla występków zagrożonych sankcją prostą przewidującą za dany typ czynu zabronionego zagrożenie wyłącznie karą pozbawienia wolności, a także dla tych występków, których sankcje obligują do kumulatywnego orzekania kary pozbawienia wolności i grzywny (lub inne przepisy ogólne lub szczególne stwarzają taką fakultatywną możliwość). Mając na uwadze przyjęte w polskim prawie karnym schematy zagrożeń karnych i postanowienia art. 37b k.k., że kara mieszana (łączona) może być stosowana do występków zagrożonych „karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn” przyjąć należy, że może być ona stosowana do występków zagrożonych karą pozbawienia wolności od: miesiąca do lat 3, od 3 miesięcy do lat 5, od 6 miesięcy do lat 8, od roku do lat 10 i od lat 2 do lat 12. Podkreślić jednocześnie należy, że – jak wskazano w Uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. wprowadzającej karę mieszaną – jej stosowanie powinno być w szczególności atrakcyjne w przypadku poważniejszych występków. Z uwagi na dopuszczoną możliwość orzekania kary mieszanej (łączonej) za wszystkie występkę zagrożone karą pozbawienia wolności bez wolnościowej alternatywy, a nie tylko za występkę najpoważniejsze, ustawodawca w art. 37b k.k. zróżnicował dopuszczalny, maksymalny wymiar bezwzględnej kary pozbawienia wolności, który może się składać na tę karę w zależności od wagi występkę, za który kara ta ma być orzeczona. Ustawodawca dokonał w art. 37b k.k. swoistego dwupodziału występków zagrożonych karą pozbawienia wolności bez wolnościowej alternatywy na dwie grupy. Jedną grupę stanowią występkę zagrożone karą pozbawienia wolności poniżej 10 lat, tj. zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, do lat 5 albo do lat 8 (które należy zaliczyć do występków o średnim ciężarze gatunkowym), natomiast grupę drugą stanowią występkę zagrożone w górnym progu karą 10 lub 12 lat pozbawienia wolności (czyli czyny zabronione, które należy zaliczyć do występków najpoważniejszych, ciężkich). Dla występków o średnim ciężarze gatunkowym, zagrożonych karą pozbawienia wolności poniżej lat 10 – wymiar kary pozbawienia wolności wymierzanej w ramach kary mieszanej (łączonej) nie może przekraczać 3 miesięcy, a dla występków najpoważniejszych, zagrożonych w górnej granicy karą pozbawienia wolności co najmniej w wysokości lat 10 albo surowszą – nie może przekraczać 6 miesięcy pozbawienia wolności. Drugi składnik tzw. kary mieszanej (łączonej) w postaci kary ograniczenia wolności nie jest ustawowo różnicowany pod względem maksymalnej jej wysokości i może być orzekany zarówno za występkę o średnim ciężarze gatunkowym, jak i za występkę najpoważniejsze (ciężkie) w swej pełnej rozpiętości tj. od jednego miesiąca do lat 2. Różnicowanie maksymalnej wysokości kary pozbawienia wolności, jaka może być orzeczona w ramach kary mieszanej (łączonej) za występkę o różnym ciężarze gatunkowym dowodzi intencji zachowania odpowiedniej gradacji i proporcji przy korzystaniu z tej nowej możliwości zmierzającej do rozsądnej redukcji okresu pobytu sprawców występków w warunkach izolacji więziennej, wówczas gdy odpowiadają oni nie za drobne występkę, a za występkę poważniejsze, gdy orzeczenie zamiennej kary wolnościowej jest nieodpowiednie lub niedopuszczalne z uwagi na zbyt surowe zagrożenie karne, przekraczające lat 8.

Mając powyższe na uwadze trudno uznać za trafną tezę sformułowaną na łamach „Państwa i Prawa”, iż „Pogląd, że sekwencja kar może zostać orzeczona

jedynie w sprawie o występki zagrożony wyłącznie karą pozbawienia wolności, czyniłby pustym art. 37b k.k. w zakresie, w jakim przewiduje on możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności do 3 miesięcy i kary ograniczenia wolności do lat 2. Zastosowanie miałby jedynie drugi przewidziany w tym przepisie wariant, tj. możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności do 6 miesięcy i kary ograniczenia wolności do lat 2. Taki wynik wykładni byłby niedopuszczalny”.¹⁷

Z pierwszych analiz praktyki orzeczniczej sądów dotyczącej korzystania z możliwości wymierzania kary mieszanej (łączonej) wynika, że na ogół jest ona prawidłowa. Najczęściej sądy wykorzystują karę mieszaną (łączoną) jako karę zamienną w stosunku do kary pozbawienia wolności przewidzianej w sankcji, w której nie przewidziano wolnościowej alternatywy.¹⁸ Z danych statystycznych za 2015 r. obejmujących pierwsze półrocze po wprowadzeniu możliwości orzekania kary mieszanej w charakterze kary zamienną – wynika, że sądy orzekały ją za takie typy przestępstw jak: kradzież z włamaniem z art. 279 § 1 k.k. – 139 przypadków; rozbój – 94 przypadki; kradzież z art. 278 § 1 k.k. – 45 przypadków; kradzież rozbójnicza – 15 przypadków; wymuszenie rozbójnicze – 7 przypadków; przestępstwo znęcania się z art. 207 § 1 k.k. – 45 przypadków, a z § 2 – 2 przypadki; spowodowanie uszczerbku na zdrowiu z art. 157 § 1 k.k. – 11 przypadków; udział w bójce lub pobiciu z art. 158 k.k. – 11 przypadków; przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – 33 przypadki; przestępstwo prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego w warunkach powrotności do tego przestępstwa itd. z art. 178a § 4 k.k. – 35 przypadków; przestępstwo zgwałcenia – 5 przypadków.¹⁹ Przy takich występkach korzystanie z kary mieszanej daje możliwość racjonalizowania represji karnej przez znaczącą niekiedy redukcję wymiaru kary pozbawienia wolności w jej bezwzględnej postaci, która gdyby musiała być orzekana samodzielnie (jak to było przed wprowadzeniem przepisu art. 37b k.k.) – wymierzana byłaby w odpowiednio wyższym wymiarze, niż wtedy gdy jest łączona z karą ograniczenia wolności.

Z danych statystycznych dotyczących działalności orzeczniczej sądów w przedmiocie stosowania kary mieszanej (łączonej) – podawanych na wstępie – wynika także, że niekiedy sądy orzekają tę karę również za występkę drobne zagrożone alternatywnie karą pozbawienia wolności i karami wolnościowymi. Wynika to niewątpliwie z rozbieżnych wykładni postanowień art. 37b k.k. jakie pojawiły się w doktrynie, ale chyba także z potrzeby większej indywidualizacji orzeczeń o karze przy niektórych typach występów, niż gama możliwości zakreślona w ustawie.

¹⁷ Tak. A. Jezusek, *Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)*, PiP 2017, nr 5, LEX.

¹⁸ Zob. np. wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2017 r. VI Ka 1629/16, LEX nr 2278417; wyrok SR w Szczytnie z dnia 13 kwietnia 2017 r., II K 587/16, LEX nr 2280181; wyrok SO w Poznaniu z dnia 21 kwietnia 2017 r., IV Ka 200/17, LEX nr 2293104; wyrok SO w Siedlcach z dnia 27 kwietnia 2017 r., II Ka 140/17, LEX nr 2292782.

¹⁹ M. Melezini, *Polityka karna sądów w kontekście reformy prawa karnego. Wstępne wyniki badań*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, T. XLIII, Wrocław 2017, s. 424 i 430–432. Por. też zbiorcze dane (generalnie nieco niższe) zawarte [w:] *Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych 2011–2015*. Departament Strategii i Funduszy Europejskich. Wydział Statystyczny Informacji Zarządczej, Warszawa 2016, s. 32–46.

Niektóre sądy wciąż traktują karę pozbawienia wolności jako główny instrument prawnokarnej reakcji na przestępstwo, stąd chętnie korzystają z kary mieszanej (łączonej) także w przypadku drobnych występów, dla których ustawa przewiduje i preferuje orzekanie kar wolnościowych. Jest to sygnał, że należy dalej poszukiwać nowych sposobów reakcji prawnokarnych na występkę, w tym np. zastanowić się nad celowością wprowadzenia możliwości orzekania pozostałych rodzajów kar łącznie np. kary ograniczenia wolności i grzywny (tak jak to jest w prawie karnym skarbowym – zob. art. 110 k.k.s.). Aby nie doszło do wypaczenia założeń i celów reformy prawa karnego z 20 lutego 2015 r. zmierzającej do poważnego ograniczenia stosowania kary pozbawienia wolności, w tym w szczególności w postaci bezwzględnej (będącej karą najsurowszą w systemie naszego prawa przewidzianą za występki) i bardzo niekorzystnego zjawiska zaostrzenia represji karnej za drobne występki i jednoczesnego złagodzenia dolegliwości stanowiących konsekwencje ukarania za poważne występki, a tym bardziej do zatarcia różnic w zakresie ustawowego i sądowego wymiaru kary za występki o różnym ciężarze gatunkowym, należałoby – jak można sądzić – doprecyzować odpowiednio treść art. 37b k.k. co do zakresu jego stosowania.

BIBLIOGRAFIA

- Bojarski T. [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Grześkowiak A. [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Jezusek A., *Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)*, PiP 2017, nr 5, LEX.
- Konarska-Wrzosek V. [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzosek V., *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary* [w:] T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego, Tom 5, Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017.
- Lachowski J., Marek A., *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2016.
- Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015 r.*, LEX 2015.
- Majewski J. [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.
- Małecki M., *Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (Art. 37 B K.K.) – Zagadnienia podstawowe*, Palestra 2015, nr 7–8.
- Małecki M. [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015.
- Małecki M., *Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, Rok XX: 2016, z. 2.
- Marek A., Konarska-Wrzosek V., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
- Melezini M., *Polityka karna sądów w kontekście reformy prawa karnego. Wstępne wyniki badań*, [w:] J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, T. XLIII, Wrocław 2017.
- Mozgawa M. [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, 2015 r., LEX.
- Stefańska B.J. [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Statystyka sądowa. Prawomocne skazania osób dorosłych 2011–2015*. Departament Strategii i Funduszy Europejskich. Wydział Statystyczny Informacji Zarządczej, Warszawa 2016.
- Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*.

KARA MIESZANA (ŁACZONA) – KONTROWERSJE WOKÓŁ ZAKRESU JEJ STOSOWANIA

Streszczenie

Artykuł został poświęcony wykładni przepisu art. 37b k.k. w przedmiocie zakresu jego stosowania. Przepis ten wprowadzając do systemu polskiego prawa karnego tzw. karę mieszaną polegającą na wymierzeniu sprawcy występku łącznie krótkiej kary bezwzględnej pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności zamiast kary przewidzianej w sankcji – wywołała polaryzację stanowisk co do tego, czy kara mieszaną (łączoną) może być stosowana do wszystkich występków, które zostały zagrożone karą pozbawienia wolności bez względu na ich ciężar gatunkowy, a więc także do tych, które obok tej kary przewidują kary wolnościowe do alternatywnego wyboru, czy tylko do występków o średnim i poważnym ciężarze gatunkowym, których sankcja przewiduje karę pozbawienia wolności bez wolnościowej alternatywy? Artykuł przedstawia argumenty mające świadczyć o woli ustawodawcy, aby instytucja kary mieszanej zastępowała karę pozbawienia wolności orzeczoną dotąd za poważniejsze wykroczenia i za zasadnością wykładni oraz trafnością poglądu, że kara mieszaną nie została zaprojektowana i nie powinna być orzekana jako reakcja na wykroczenia drobne. Rozbieżność stanowisk, co do zakresu stosowania tzw. kary mieszanej znajduje odzwierciedlenie w działalności orzeczniczej sądów, stąd próba rozstrzygnięcia tego sporu podjęta przez autorów.

Słowa kluczowe: kara mieszaną (łączoną), cel wprowadzenia, zakres zastosowania, rozbieżności wykładnicze, praktyka stosowania, potrzeba ustawowego doprecyzowania

MIXED (JOINED) PENALTY – CONTROVERSIES OVER THE SCOPE OF ITS APPLICATION

Summary

The article is devoted to the interpretation of Article 37b CC with respect to the scope of its application. The provision introduces the so-called mixed penalty to the system of Polish criminal law. It consists in imposing on a perpetrator of a crime a joined penalty of short absolute deprivation of liberty and limitation of liberty instead of a sanction envisaged. It polarised opinions on whether a mixed penalty can be applied to all crimes that carry a penalty of deprivation of liberty regardless of their seriousness level, i.e. also to those which, apart from imprisonment, also envisage alternative non-custodial penalties, or only to crimes of medium and high level of seriousness that carry a penalty of deprivation of liberty without a non-custodial alternative. The article presents arguments indicating that the legislator's will was to make a mixed penalty a substitute for a penalty of deprivation of liberty that was earlier imposed for more serious crimes. It also is for the solidity of interpretation and rightfulness of the opinion that a mixed penalty was not designed and should not be ruled as a response to minor crimes. The difference in opinions to what extent a mixed penalty should be applicable is reflected in courts' judgements. That is why the authors try to resolve the dispute over this issue.

Key words: mixed (joined) penalty, aim of introduction, scope of application, interpretational differences, application practice, need for detailed statutory specification

O WZAJEMNYCH RELACJACH POMIĘDZY TZW. OSZUSTWEM PODATKOWYM Z ART. 56 K.K.S. I 76 K.K.S. A PRZESTĘPSTWEM OSZUSTWA Z ART. 286 K.K.

ŁUKASZ PILARCZYK *

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie wyjaśnienie charakteru relacji pomiędzy art. 56 i 76 k.k.s. a art. 286 k.k. Co do tychże czynów zabronionych częste jest bowiem posługiwanie się wobec nich w literaturze określeniem „oszustwo podatkowe”, co sugerowałoby istotne podobieństwo pomiędzy nimi a przestępstwem oszustwa z art. 286 k.k. Jednocześnie sugeruje to możliwość wystąpienia zbiegu przepisów pomiędzy art. 56 lub 76 k.k.s. a art. 286 k.k., co prowokuje do zadania pytania, czy w przypadku dokonywania czynów zabronionych godzących w szeroko rozumiane obowiązki podatkowe można przypisać sprawcy odpowiedzialność z art. 286 k.k. zamiast odpowiednich przepisów kodeksu karnego skarbowego? Dodajmy, że odpowiedź na to pytanie budzi wątpliwości zarówno w doktrynie, jak i rozbieżności w orzecznictwie Sądu Najwyższego, co tym bardziej uzasadnia konieczność podjęcia tego tematu.

W pierwszej kolejności przedmiotem analizy będzie art. 56 k.k.s., co do którego wielu autorów¹ w odniesieniu do tego czynu zabronionego posługuje się nazwą „oszustwo podatkowe”. Jednakże P. Kardas i G. Łabuda odrzucają możliwość, aby ten czyn zabroniony mógł być uznany za formę oszustwa, argumentując, iż brak jest w jego znamionach skutku w postaci wprowadzenia w błąd², charakterystycznego

* mgr, Katedra Prawa Karnego WPiA UAM

¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 294; L. Wilk [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 279–280; R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 304; W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 270; V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2013, s. 216; A. Piaseczny [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 215.

² Bądź też wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania (por. J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 25 i n.).

dla przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. Faktycznie bowiem, przestępstwo z art. 56 k.k.s. polega na tym, iż odpowiedzialności skarbowej za nie podlega podatnik, który składając organowi podatkowemu, innemu uprawnionemu organowi lub płatnikowi deklarację lub oświadczenie, podaje nieprawdę lub zataja prawdę albo nie dopełnia obowiązku zawiadomienia o zmianie objętych nimi danych, przez co naraża podatka na uszczuplenie. Do realizacji znamion tego czynu zabronionego wprowadzenie w błąd uprawnionego organu przez podatnika nie jest zatem konieczne. Znamię tego rodzaju występuje natomiast w art. 76, 87 i 92 k.k.s. i tylko w odniesieniu do tych czynów zabronionych możliwe jest – zdaniem autorów – potencjalnie posługiwanie się określeniem „oszustwo podatkowe”. Czyn zabroniony z art. 56 k.k.s. stanowi zatem co najwyżej oszustwo *sensu largo*³, dlatego też nieuprawnione wydaje się określanie go jako „oszustwo podatkowe”. Pomiedzy znamionami tego przestępstwa a oszustwem występuje bowiem wskazana powyżej fundamentalna **różnica**.

Należy w tym miejscu zadać jednak pytanie: jaką kwalifikację prawną zachowania sprawcy powinniśmy przyjąć, jeżeli przy realizacji przez sprawcę znamion czynu z art. 56 k.k.s. skutek w postaci wprowadzenia w błąd organu jednak wystąpił? Owszem, należy niewątpliwie zgodzić się z przywołanym stanowiskiem, iż jego wystąpienie jest irrelevantne dla przypisania odpowiedzialności z art. 56, skoro nie występuje on wśród znamion tego czynu zabronionego. Czy jednak w takiej sytuacji możemy rozpatrywać przypisanie sprawcy również dokonania oszustwa zwykłego, skoro taki skutek, charakterystyczny dla tego czynu zabronionego, w tej sytuacji wystąpił?

Odpowiedzią na to pytanie mógłby być drugi z argumentów dotyczących braku w znamionach art. 56 k.k.s. wszystkich elementów charakterystycznych dla konstrukcji oszustwa „zwykłego”, opierający się na stanowisku P. Kardasa, iż nie stanowi niekorzystnego rozporządzenia mieniem działanie prowadzące do zaniżenia wysokości podatku za dany rok na skutek podania danych niezgodnych ze stanem faktycznym, albowiem wtedy jedynie obniża się należną kwotę podatku dla Skarbu Państwa, która jeszcze nie jest składnikiem jego majątku; w takiej sytuacji nie możemy mówić o oszustwie, bo nie ma tutaj niezbędnego dla przypisania oszustwa skutku w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem spowodowanego przez wprowadzenie pokrzywdzonego w błąd przez sprawcę. W sytuacji stypizowanej w art. 56 k.k.s. nie występują zatem **żadne czynności rozporządzające ze strony pracowników organów podatkowych**. Mamy tutaj do czynienia jedynie z obniżeniem należnego podatku do zapłaty na skutek podania nieprawdy w deklaracji podatkowej⁴.

³ P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja oszustwa podatkowego w prawie karnym skarbowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 3, s. 61–62; A. Piaseczny [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks...*, s. 215–216. Na marginesie należy wskazać, iż reprezentowany jest pogląd, że na gruncie prawa karnego skarbowego możliwe jest stworzenie autonomicznej definicji oszustwa (L. Wilk, *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006, s. 74–75).

⁴ P. Kardas, *Prawonkarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT – oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 5, s. 45. Szerzej o znamieniu „niekorzystnego rozporządzenia mieniem” z art. 286 k.k. zob. np. A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10, s. 63.

Zdaniem autora⁵ jedyną możliwą kwalifikacją zachowań polegających na obniżeniu kwoty należnego do zapłaty podatku poprzez złożenie deklaracji lub oświadczenia zawierających nieprawdziwe dane będzie art. 56 k.k.s., jako niewymagający wystąpienia skutku w postaci rozporządzenia mieniem – nie możemy tutaj rozpatrywać natomiast wystąpienia realizacji znamion przestępstwa oszustwa zwykłego z art. 286 k.k.

Odnosząc się do tego argumentu, można jednak przyjąć, iż mamy tutaj do czynienia z sytuacją, gdy organ podatkowy zostaje wprowadzony w błąd przez sprawcę co do prawidłowej kwoty podatku, jaka powinna być uiszczona, przez co nie podejmuje on czynności prowadzących do wyegzekwowania faktycznie należnej kwoty. Pojawia się zatem pytanie, czy niekorzystne rozporządzenie mieniem może mieć charakter zaniechania? Jeżeli tak, to również w sytuacji stypizowanej w art. 56 k.k.s. (jeżeli organ podatkowy został wprowadzony w błąd co do wysokości zobowiązania podatkowego) mielibyśmy teoretycznie do czynienia również z realizacją znamion przestępstwa oszustwa z art. 286, skoro organ zaniechałby dochodzenia przynależnej mu należności publicznoprawnej nie wiedząc o jej istnieniu⁶, co sugerowałoby stwierdzenie zbiegu przepisów art. 56 k.k.s. i art. 286 k.k. Przechodząc do odpowiedzi na to pytanie, należy wskazać, iż w orzecznictwie przyjmuje się bardzo szerokie rozumienie pojęcia „niekorzystne rozporządzenie mieniem”, wskazując że „niekorzystnym rozporządzeniem mieniem jako znamieniem przestępstwa oszustwa jest każda czynność o charakterze określonej dyspozycji majątkowej, odnosząca się do ogółu praw majątkowych, ale i zobowiązań kształtujących sytuację majątkową, która skutkuje ogólnym pogorszeniem sytuacji majątkowej pokrzywdzonego⁷”. Czy można jednak powiedzieć, że niewykonanie pewnych działań wynikające z niewiedzy może być uznane za „dyspozycję majątkową”? W literaturze wskazuje się, że jest to możliwe do zaakceptowania. Jako przykład wskazuje się zaniechanie prowadzenia działalności gospodarczej przez kontrahenta na skutek wprowadzenia go w błąd bądź też odroczenie spłaty długu przez wierzyciela, który nie jest świadomy, iż nadszedł już czas spłaty przez dłużnika jego długu na skutek przestępnego wpro-

⁵ P. Kardas, *Prawnokarne aspekty...*, s. 47.

⁶ Chociaż rzecz jasna można mieć wątpliwości, czy możliwe jest mówienie o zaniechaniu w sytuacji, gdy ktoś w ogóle nie jest świadomy, że takiego zaniechania dokonuje, bo nie ma wiedzy o pewnych okolicznościach stanu faktycznego. Zwraca na to uwagę Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 21 lutego 2014 roku, sygn. II AKa 409/13 („Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2014, nr 6, poz. 136): „Rozpatrując odtworzony w tej sprawie stan faktyczny od strony podmiotów pokrzywdzonych, należy stwierdzić, że zachowanie urzędników właściwych urzędów skarbowych było bierne i ograniczyło się do przyjęcia deklaracji podatkowych w zakresie VAT od firm oskarżonych, a następnie zarachowania kwot podatku uiszczanego zgodnie z deklaracjami. Aby doszło do rozporządzenia mieniem musi zaistnieć świadoma czynność, mogąca przybrać postać zaniechania, wywołująca zgodnie z przepisami prawa skutek w postaci zadysponowania własnym lub cudzym mieniem. W rozpatrywanej sprawie takiego rozporządzenia mieniem pozostające w biernej nieświadomości właściwe urzędy skarbowe nie dokonały”. Glosa krytyczna do tego orzeczenia: J. Duży, P. Kołodziejski, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 4, s. 131–137.

⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2012 roku, sygn. V KK 451/11, LEX nr 1163989.

wadzenia go w błąd przez jego kontrahenta⁸. Tą szeroką wykładnię znamion czynu zabronionego z art. 286 uzasadnia się postulatem jak najszerzej ochrony dobra prawnego w postaci mienia oraz pewności obrotu gospodarczego⁹.

Chociaż do przedstawionej koncepcji można mieć zastrzeżenia, należy stwierdzić, iż kolejny przedstawiony przez P. Kardasa oraz G. Łabudę argument różnicujący znamiona czynu zabronionego z art. 56 k.k.s. oraz art. 286 k.k. nie jawi się jako do końca przekonujący, albowiem organ podatkowy w świetle powyższego jednak w analizowanej sytuacji dokonywałby niekorzystnego dla siebie rozporządzenia mieniem występującego w znamionach art. 286 k.k.

Reprezentantami poglądu, iż w sytuacji złożenia nierzetelnej deklaracji podatkowej w celu uniknięcia obowiązku podatkowego dochodzi do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, są natomiast J. Duży i P. Kołodziejski. Zwracają oni bowiem uwagę na to, że zachowanie sprawców tych czynów obejmuje ponadto m.in. szereg działań w celu wprowadzenia w błąd organów podatkowych¹⁰, co w rezultacie ma doprowadzić do niekorzystnego rozporządzenia przez organy mieniem Skarbu Państwa, a więc w efekcie do wystąpienia znamienia charakterystycznego dla oszustwa z art. 286 k.k. Słusznie bowiem zauważają oni¹¹, że w sytuacji pomniejszenia należnego podatku, nie mamy tutaj do czynienia ze swobodną dyspozycją podatnika, ale z sytuacją, gdy powinien on złożyć zgodną z rzeczywistością deklarację dokumentującą prawdziwe zdarzenia gospodarcze, z których faktu zaistnienia wynika konieczność zapłaty podatku w odpowiedniej wysokości – to nie on dysponuje kwotą podatku podlegającego zapłacie, albowiem on nie może tego zrobić, tym dysponentem są tylko organy podatkowe. Z tego też wyprowadza się konsekwencję, iż mamy tutaj do czynienia z niekorzystnym rozporządzeniem mieniem, jeżeli organy podatkowe zostały wprowadzone w błąd co do wysokości należnego podatku. Jak najbardziej zasadne wydaje się także zwrócenie przez autorów uwagi na to, że rozporządzenie mieniem obejmuje bardzo szeroki katalog czynności, które mają prowadzić po prostu do pogorszenia sytuacji majątkowej dysponenta, dlatego też uzasadnione jest przyjmowanie, że również w opisywanych tutaj sytuacjach mamy z nim do czynienia¹².

⁸ Zob. szerzej: T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. 66.

⁹ A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie...*, s. 70–71; podobnie W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem” jako znamię wymuszenia rozbójniczego (art. 211 k.k.), „Palestra” 1995, nr 11–12, s. 54. Odmienne: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2015 r. sygn. I KZP 2/15, OSNKW 2015, nr 7, poz. 56, gdzie wprost zostało wskazane: „Ustawowe upoważnienie udzielone organowi podatkowemu (organowi kontroli skarbowej) do zaniechania sprawdzenia prawidłowości samoobliczenia podatku w deklaracji [...], w której podatnik zaniżył podatek należny, wyklucza realizację przez niego znamion z art. 286 § 1 k.k. w postaci doprowadzenia tego organu do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez zaniechanie pobrania podatku należnego”.

¹⁰ J. Duży, *Wina sprawców oszukańczych uszczupień podatkowych a kwalifikacja prawna*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7–8, s. 50.

¹¹ J. Duży, P. Kołodziejski, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 lutego 2014 roku*, (sygn. II AKA 409/13), „Przegląd Sądowy” 2015, nr 4, s. 134.

¹² *Ibidem*, s. 135.

By uargumentować swoją koncepcję, autorzy stosują analogię do tzw. oszustwa sądowego¹³, popełnianego w sytuacji gdy rzekomi spadkobiercy składają nieprawdziwe oświadczenia na podstawie których dochodzi do wydania postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, krzywdzącego niektórych spadkobierców. Analogia ta wydaje się jednak nieuprawniona, albowiem w tego typu sytuacjach mamy do czynienia z aktywnym zachowaniem sądu w postaci wydania postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku. Jest to sytuacja odmienna od kontroli poprawności deklaracji podatkowej, gdzie organy dokonują jedynie milczącej, pozytywnej weryfikacji poprawności deklaracji i nie wszczynają postępowania w przedmiocie ustalenia prawidłowej kwoty zobowiązania. Nie ma tutaj zatem ich oczywistej aktywności, z jaką mamy do czynienia w przypadku oszustwa sądowego, którą to aktywność można by było uznać za rozporządzenie mieniem. Czym innym jest bowiem nie wszczęcie postępowania przez organ, a czym innym jego wszczęcie przez sąd i wydanie kończącego je postanowienia, co autorzy niesłusznie do siebie odnoszą, mimo iż tylko jedno z tych zachowań ma charakter aktywnego. Ewentualnie wskazują na to, iż może tutaj dojść do przywłaszczenia, jeżeli to podatnik sam dysponuje mieniem, a nie organ¹⁴. Mielibyśmy tutaj do czynienia z przywłaszczeniem wierzytelności, co jednak wydaje się wątpliwe, albowiem taka kwalifikacja prawna wchodziłaby w grę przy wszystkich czynach zabronionych stypizowanych w kodeksie karnym skarbowym, polegających na nieodprowadzeniu należnego podatku w pełnej wysokości. Taka multiplikacja przepisów, jakie można by było zastosować do prawnokarnej oceny tych czynów, musi budzić wątpliwości teoretyczne i aksjologiczne, dlatego też koncepcję tę należy niewątpliwie odrzucić.

Mimo przedstawionych wątpliwości do argumentów przedstawianych przez P. Kardasa dotyczących braku przy realizacji znamion czynu z art. 56 niekorzystnego rozporządzenia mieniem ze strony organów podatkowych, należy jednak stwierdzić, że ma on rację co do tego, iż nie jest możliwy zbieg czynów zabronionych z art. 56 k.k.s. i art. 286 k.k., co przede wszystkim spowodowane jest odmiennością dobra prawnie chronionego przez te przepisy. Jak słusznie wskazuje autor, w przypadku przestępstw skarbowych dobrem tym są obowiązki podatkowe, który to rodzaj dobra prawnie chronionego odróżnia te czyny zabronione od oszustwa z art. 286 k.k., który to przepis nie chroni mienia Skarbu Państwa w zakresie zamachów realizowanych przy wykorzystaniu przepisów prawa publicznego, w tym w szczególności prawa finansowego regulującego kwestie interesów finansowych państwa w zakresie dochodów budżetu z danin publicznych¹⁵. Art. 286 będzie zatem

¹³ *Ibidem*, s. 134.

¹⁴ *Ibidem*, s. 137.

¹⁵ P. Kardas, *Prawnokarne aspekty...*, s. 47–48. Szeroko na ten temat także: P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów kryminalizujących klasyczne oszustwo oraz oszustwo skarbowe*, [w:] J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 131, gdzie słusznie podkreśla się, iż w przypadku przestępstw karnoskarbowych brak jest specyficznego dla realizacji znamion art. 286 k.k. elementu swobody decyzyjnej ze strony pokrzywdzonego, albowiem organ podatkowy zobowiązany jest przepisami prawa do podjęcia pewnych zachowań; tutaj zatem leżałaby różnica w przedmiocie ochrony pomiędzy art. 286 k.k. a przestępstwami stypizowanymi w k.k.s. – jeżeli brak jest tego elementu swobody decyzyjnej ze strony pokrzywdzonego, to wtedy mamy do czynienia z sytuacją,

chronił mienie Skarbu Państwa, ale będzie to miało miejsce tylko i wyłącznie wtedy, gdy np. Skarb Państwa uczestniczył będzie w obrocie na równi z innymi podmiotami rynkowymi. Skutkiem powyższego jest to, że w kwestii naruszeń obowiązków podatkowych, należy wskazać, że są one penalizowane przez przepisy Kodeksu karnego skarbowego i dlatego też wyłączone jest stosowanie do nich regulacji z art. 286 k.k., albowiem przepis ten odnosi się do innego dobra prawnie chronionego. Stosowanie art. 286 k.k. miałyby się ponadto z celem przy czynach polegających na różnego rodzaju naruszeniach obowiązków podatkowych, skoro wprowadzono do polskiego porządku prawnego szczególną regulację wprost dotyczącą tych sytuacji, jaką są przepisy Kodeksu karnego skarbowego. Naruszając zatem obowiązki publicznoprawne w stosunku do mienia Skarbu Państwa, nie możemy zrealizować znamion przestępstwa oszustwa z uwagi na brak odpowiedniego dobra prawnie chronionego – mienia Skarbu Państwa związanego z regulowaniem obowiązków podatkowych, którego to dobra normy prawne wyrażone w art. 286 k.k. nie chronią¹⁶.

Twierdzenie to jawi się jako niezwykle istotne, biorąc pod uwagę to, że na gruncie art. 56 k.k.s. pojawia się kwestia realizacji jego znamion poprzez podanie nieprawdy w deklaracji podatkowej w zakresie kwoty naliczonego podatku VAT, co powoduje bezpodstawne obniżenie wielkości kwoty tego podatku, jaka podlega wpłacie do Urzędu Skarbowego¹⁷. Wskazuje się bowiem, że zazwyczaj deklaracje te wypełniane są w oparciu o faktury, które albo są całkowicie fikcyjne albo nierzetelnie dokumentują zdarzenia gospodarcze, które faktycznie miały miejsce. Oczywiście jednak można także popełnić ten czyn zabroniony np. w ogóle nie wystawiając faktur i powołując się przy nierzetelnym wypełnianiu deklaracji na zdarzenia żadnymi fakturami nieudokumentowane¹⁸.

Zdaniem P. Kardasa¹⁹ wypełnienie deklaracji podatkowych w sposób niezgodny z rzeczywistością na podstawie faktur nierzetelnie dokumentujących prawdziwe zdarzenia gospodarcze, realizuje znamiona przestępstwa skarbowego z art. 56 k.k.s. i nie stanowi to raczej kwestii budzącej wątpliwości w doktrynie czy orzecznictwie. Odmienna sytuacja ma natomiast miejsce przy fakturach fikcyjnych i związanym z ich wystawianiem procederem bezzasadnego powiększenia kwoty podatku naliczonego, prowadzącym do obniżenia wysokości podatku należnego. Pojawiają się bowiem głosy²⁰ traktujące tego typu sytuacje nie jako realizację znamion czynu zabronionego z art. 56 k.k.s., ale jako wypełniające znamiona przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k. Jako argument na poparcie tej tezy przywoływana jest okoliczność, iż w takiej sytuacji mamy do czynienia z fikcyjnym zdarzeniem gospodarczym, z którym nie wiąże się powstanie zobowiązania podatkowego, a zatem sytuacja ta nie może być przedmiotem zainteresowania i interwencji organów podatkowych.

w której mienie Skarbu Państwa chronią przepisy karnoskarbowe, a nie przepisy Kodeksu karnego, ponieważ chronione są normy prawa publicznego.

¹⁶ Analogiczna sytuacja dotyczy innych przestępstw przeciwko mieniu z rozdziału XXXV k.k., jak np. przestępstwa przywłaszczenia.

¹⁷ Szerzej: P. Kardas, *Prawnokarne aspekty...*, s. 36 i n.

¹⁸ *Ibidem*, s. 37, przypis 32.

¹⁹ *Ibidem*, s. 38.

²⁰ Np. J. Duży, *Wina sprawców...*, s. 56–58; A. Piaseczny, [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks...*, s. 218.

Organy nie mogą działać bowiem w celu ustalenia zobowiązania podatkowego związanego z tym zdarzeniem. Nie zostało zatem naruszone dobro w postaci wypełnienia obowiązku podatkowego, nie można zatem mówić o realizacji znamion czynu zabronionego z art. 56 k.k.s.

Odnosząc się do tego poglądu należy stwierdzić, iż nieprzypadkowo jego reprezentanci odwołują się do pojęcia dobra prawnego dla wykazania swoich racji. Samo bowiem spojrzenie na znamiona strony przedmiotowej art. 56 § 1 k.k.s. nie daje podstaw do wysuwania takiego poglądu. Przepis ten penalizuje bowiem m.in. podanie nieprawdy lub zatajenie prawdy przy składaniu deklaracji podatkowej, co prowadzi do narażenia podatku na uszczuplenie, a to w ewidentny sposób odnosi się także do składania deklaracji w podatku VAT, która uwzględnia wystawione wcześniej fikcyjne faktury w zakresie podatku naliczonego. Taka deklaracja zawiera zatem dane nieprawdziwe i w efekcie jej złożenia podatek odprowadzany jest w mniejszej kwocie niż powinien, a więc ewidentnie dochodzi tutaj do narażenia na jego uszczuplenie. Pozornie zatem zrealizowane są w takiej sytuacji znamiona czynu zabronionego z art. 56 § 1 k.k.s., jednak przeciwstawiają się temu reprezentanci powyższego stanowiska, twierdząc, że nie nastąpiło tutaj naruszenie dobra w postaci obowiązku podatkowego, skoro zdarzenie dokumentowane przez faktury ma charakter zdarzenia fikcyjnego i nie jest związane z powstaniem tego obowiązku²¹.

Trzeba jednak w tym momencie zwrócić uwagę na to, że art. 56 znajduje się w rozdziale k.k.s. typizującym przestępstwa przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji i subwencji. Mamy zatem tutaj wyraźne zaznaczenie, że dobrem prawnie chronionym przez te przepisy są – wskazane w liczbie mnogiej – obowiązki podatkowe²², co nie wydaje się być kwestią kontrowersyjną. Tytuł rozdziału nie brzmi natomiast „przestępstwa przeciwko obowiązkowi podatkowemu”, co wskazuje na to, iż dobrem prawnie chronionym przez przepisy tego rozdziału nie jest jedynie obowiązek podatkowy, określony w art. 4 Ordynacji podatkowej, którym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach²³. Dobrem prawnie chronionym przez ten przepis są zatem różnego rodzaju obowiązki podatkowe, nie tylko związane z koniecznością świadczenia pieniężnego. Przykładowo, art. 61 k.k.s. penalizujący nierzetelne prowadzenie ksiąg podatkowych nie wymaga dla realizacji swych znamion wystąpienia jakiegokolwiek skutku w postaci nieuiszczenia należnego podatku – penalizacja

²¹ J. Duży, *Wina sprawców...*, s. 56–58.

²² Podobnie: S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2006, s. 196 („przedmiotem ochrony przepisu art. 56 jest przestrzeganie obowiązków podatkowych”); R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks...*, s. 305 („przedmiotem ochrony [...] jest przestrzeganie obowiązków nakładanych przez materialne prawo podatkowe”); F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 236. Szeroko ten temat nakreśla także L. Wilk (L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 261–266, określając przedmiot ochrony przepisów umieszczonych w tym rozdziale k.k.s., jako: „zespół różnicowanych dóbr i interesów prawnych związanych, rzecz jasna, w jakiś sposób z interesem fiskalnym wierzyciela podatkowego”).

²³ Podobnie: A. Bartosiewicz, *Wyłudzenie zwrotu podatku VAT*, „Glosa” 2005, nr 4, s. 104–106. Zdaniem autora „określenie „obowiązek podatkowy” zdefiniowane w art. 53 § 30 k.k.s. zawiera się w pojęciu „obowiązki podatkowe” użytym w tytule rozdziału 6 działu I k.k.s.” i dalej wskazuje on na absurdalne konsekwencje przyjęcia stanowiska odmiennego.

zachowania sprawcy następuje tutaj niezależnie od uiszczenia przez niego podatku w odpowiedniej wysokości. Nie jest zatem konieczne naruszenie obowiązku podatkowego z art. 4 Ordynacji podatkowej dla realizacji znamion tego czynu, a więc przestępstwa i wykroczenia skarbowe stypizowane w tym rozdziale muszą godzić także w inne obowiązki podatkowe.

Dobrem prawnie chronionym przez poszczególne przepisy tego rozdziału byłyby zatem poszczególne obowiązki nakładane przez ustawy podatkowe na podatników, płatników czy inkasentów. Nie jest zatem tak, że tym dobrem jest jedynie obowiązek podatkowy z art. 4 o.p. W kontekście art. 56 k.k.s. naruszonym w pierwszej kolejności obowiązkiem podatkowym jest podanie prawdziwych danych w deklaracji lub oświadczeniu, co wydaje się jasno wynikać z treści tego przepisu²⁴. Wskazać zatem trzeba, że podanie danych nieprawdziwych w oparciu o fikcyjne faktury w zakresie podatku naliczonego, prowadzące do obniżenia podatku należnego ewidentnie narusza ten obowiązek, a zatem narusza dobro prawnie chronione przez ten przepis. Nie ma zatem podstaw do przyjmowania w takiej sytuacji kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k., skoro dochodzi już tutaj do realizacji znamion czynu z art. 56 § 1 k.k.s. Poza tym należy zauważyć, iż nawet jeśli wystawienie faktur fikcyjnych nie wiąże się samo w sobie z powstaniem obowiązku podatkowego z art. 4 o.p., to obniżenie podatku należnego na skutek uwzględnienia w deklaracji danych wynikających tych faktur, prowadzi przecież do uszczuplenia kwoty świadczenia pieniężnego, jaka powinna być zapłacona na rzecz Skarbu Państwa, co jak się wydaje jest naruszeniem także obowiązku podatkowego z art. 4 o.p., skoro świadczenie o którym mówi ten przepis nie jest regulowane w pełnej wysokości. Nie jest zatem tak, że obowiązek podatkowy z art. 4 o.p. nie jest tutaj naruszany, ani że z tymi fikcyjnymi zdarzeniami gospodarczymi dokumentowanymi fakturach nie wiąże się żadne zobowiązanie podatkowe – jeśli zostaną one uwzględnione w deklaracjach, ewidentnie wpływają one na wielkość kwoty tegoż zobowiązania, która powinna zostać zapłacona. Brak jest wobec tego uzasadnienia dla przyjmowania tutaj kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k., szczególnie że – jak wskazano to już uprzednio – przedmiotem jego ochrony nie jest mienie Skarbu Państwa w zakresie należności publicznoprawnych związanych z obowiązkami podatkowymi.

Na podobnym stanowisku stoi P. Kardas²⁵, twierdzący, że nie ma podstaw do różnicowania prawnokarnych skutków związanych z obniżaniem podatku VAT na podstawie faktur nierzetelnych i fikcyjnych. Jeżeli bowiem po stronie sprawcy powstał obowiązek podatkowy w podatku VAT i sprawca deklaruje wystąpienie w danym okresie rozliczeniowym po jego stronie większego podatku naliczonego niż w rzeczywistości (co prowadzi do obniżenia wysokości podatku należnego), to nie ma znaczenia, czy to bezpodstawne zwiększenie podatku naliczonego miało miejsce na podstawie faktur nierzetelnych czy fikcyjnych. Skutek będzie bowiem taki sam: obniżenie wysokości podatku, który winien być uiszczony na rzecz Skarbu Państwa. Stanowisko to zasługuje na pełną aprobatę.

²⁴ Podobnie twierdzi F. Prusak, twierdząc, że podstawowym obowiązkiem podatkowym chronionym przez ten przepis jest obowiązek terminowego złożenia informacji podatkowej (F. Prusak, *Kodeks...*, s. 237).

²⁵ P. Kardas, *Prawnokarne aspekty...*, s. 39–41.

Autor ma też rację, gdy zauważa, iż obecność w Ustawie o podatku od towarów i usług art. 108 ust. 1 podważa cały sens podziału na faktury nierzetelne i fikcyjne²⁶. Zgodnie bowiem z tym przepisem, w przypadku gdy osoba prawna, jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej lub osoba fizyczna wystawi fakturę, w której wykaże kwotę podatku, jest obowiązana do jego zapłaty. Tak więc nawet w przypadku wystawienia faktury dokumentującej zdarzenie gospodarcze nie mające żadnego pokrycia w rzeczywistości, powstanie i tak obowiązek zapłaty podatku w wysokości wskazanej w fakturze. Z tego punktu widzenia nie ma zatem znaczenia, czy wyłudzenie zwrotu podatku VAT lub przestępne obniżenie jego wysokości nastąpiło na skutek posłużenia się fakturami „pustymi” czy jedynie fakturami nierzetelnymi, ale dokumentującymi rzeczywiste zdarzenia gospodarcze. Wystawienie fikcyjnej faktury powoduje zatem powstanie z jednej strony obowiązku zapłaty podatku VAT, a dla drugiej strony stosunku prawnego – możliwość odliczenia podatku naliczonego (i jednocześnie związanego z tym obowiązku rozliczenia podatku w odpowiedniej wysokości w danym okresie rozliczeniowym).

Nie można zatem sensownie twierdzić, że wystawienie faktury fikcyjnej nie jest związane z powstaniem praw i obowiązków po stronie podatnika i dlatego nie powinno być przedmiotem zainteresowania prawa karnego skarbowego. W konsekwencji należy wskazać, iż za każdym razem, gdy dochodzi do wystawienia faktury fikcyjnej mamy do czynienia z naruszeniem przepisów ustaw podatkowych, a co za tym idzie – do realizacji znamion art. 62 § 2 lub 5 k.k.s. Z drugiej strony, obniżenie podatku należnego (art. 56 k.k.s.) lub zwrot podatku (art. 76 k.k.s.) na podstawie faktury fikcyjnej należy rozpatrywać w każdym przypadku, gdy wynika to z wystawionej faktury, niezależnie od tego, czy jest o faktura fikcyjna czy nierzetelna, jeżeli tylko złożona deklaracja podatkowa będzie zawierała nieprawdziwe dane. W takim przypadku skutkiem może być wzbogacenie się przez sprawcę z majątku Skarbu Państwa. Tym bardziej wskazuje to na bezpodstawność rozróżniania na gruncie prawa karnego skarbowego skutków wystawienia faktury nierzetelnej i fikcyjnej. Trudno zrozumieć, czemu w przypadku wystawienia faktury fikcyjnej obniżenie kwoty podatku miałyby być kwalifikowane jako czyn zabroniony stypizowany w kodeksie karnym (art. 286), a w przypadku wystawienia faktury nierzetelnej – jako czyn zabroniony z kodeksu karnego skarbowego (art. 56 k.k.s.), mimo tego, że praktycznie brak jest różnic pomiędzy tymi zdarzeniami prawnymi.

Kwestia przedmiotu ochrony komplikuje się jednak, gdy weźmie się pod uwagę poglądy autorów widzących w czynie zabronionym polegającym na uszczupleniu należnego podatku poprzez wypełnienie deklaracji podatkowej w oparciu o faktury

²⁶ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12, s. 13–16; podobnie: P. Kardas, *Prawnokarne aspekty...*, s. 40–41, przypis 39; uzasadnienie uchwały 7 sędziów SN z dnia 30 września 2003 r., I KZP 22/03, OSNKW 2003, nr 9–10, poz. 75, s. 19–20. Szerzej na temat wątpliwości co do interpretacji art. 108 ust. 1 Ustawy o VAT: A. Błachnio-Parzych, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r.*, sygn. II KK 20/13, „Palestra” 2015, nr 1–2, s. 129–130; J. Duży, *Falszerstwo intelektualne faktury a uszczuplenie podatku od towarów i usług*, „Przeгляд Sądowy” 2009, nr 11–12, s. 161–163; J. Duży, *Znaczenie regulacji art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług dla karnoprawnej oceny oszukańczych uszczupleń podatkowych*, „Przeгляд Sądowy” 2012, nr 1, s. 68.

fikcyjne, przestępstwo przeciwko mieniu²⁷, ponieważ było to działanie skierowane na osiągnięcie korzyści majątkowej kosztem Skarbu Państwa. Zgodnie z tym poglądem obniżenie podatku należnego do zapłaty jako czyn godzący w mienie winno być kwalifikowane według przepisów określonych w k.k., konkretnie z art. 286, jako przestępstwa przeciwko mieniu, skoro to właśnie mienie jako dobro prawnie chronione jest naruszone przez takie zachowanie. Podstawowym celem działania sprawców jest bowiem osiągnięcie korzyści majątkowej. Inne dobra prawnie chronione, jak np. obowiązki podatkowe, są co prawda naruszone przez nich, ale jedynie na skutek wystąpienia u nich zamiaru ewentualnego – godzą się na to, że naruszą obowiązek podatkowy, przede wszystkim jednak dążą do uzyskania korzyści i w tym zakresie działają z zamiarem bezpośrednim²⁸. Ewentualne naruszenie w pewnym zakresie obowiązków podatkowych mające miejsce przy realizacji czynu zabronionego stanowi jedynie skutek uboczny działania sprawców (podstawowym jest spowodowanie szkody w majątku Skarbu Państwa), nie jest przyczyną podjęcia przez nich działań przestępnych²⁹.

Abstrahując od tego, czy art. 286 k.k. w ogóle chroni mienie Skarbu Państwa w opisywanych tutaj sytuacjach nieuiszczenia należności publicznoprawnej (zdaniem autora nie, jak już poprzednio wskazano), należy zauważyć, iż całkowicie nieuprawnione jest dokonywane przez reprezentantów powyższego poglądu różnicowanie dwóch sytuacji: pierwszej, w której sprawca działa w celu uzyskania korzyści majątkowej i drugiej, w której celem sprawcy jest uniknięcie obowiązku podatkowego, przy nieuiszczaniu należnej kwoty podatku. Otóż oczywistym jest, że jeżeli ktoś podaje w deklaracji podatkowej nieprawdziwe dane w celu uniknięcia podlegania opodatkowania, to działa w celu uzyskania korzyści majątkowej. Jaki bowiem jest inny cel zachowania osób, które chcą uniknąć podlegania obowiązkowi podatkowemu, niż uzyskanie korzyści majątkowej kosztem Skarbu Państwa? Nie może budzić wątpliwości, że popełniając umyślnie jakiegokolwiek przestępstwo lub wykroczenie skarbowe, czyni się to po to, aby uzyskać korzyść finansową. Stąd nie ma podstaw odróżnianie tych dwóch sytuacji. Idąc tym tokiem myślenia, brak byłoby podstaw do obecności w Kodeksie karnym skarbowym art. 56 k.k.s., skoro zawsze składając deklaracje podatkowe niezgodne ze stanem faktycznym, wskazujące mniejszy podatek od należnego, działa się w celu uzyskania korzyści majątkowej, jaką jest uniknięcie opodatkowania lub zmniejszenie należnego podatku poprzez uchylenie się w całości lub w części od obowiązku podatkowego. Gdyby przyjąć powyższy pogląd, to takie zachowanie zawsze realizowałoby znamiona przestępstwa przeciwko mieniu i konieczne byłoby przyjęcie wtedy kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k., nie mogąc *de facto* jednocześnie w żaden sposób pociągnąć go do odpowiedzialności z art. 56 k.k., skoro zawsze realizując znamiona tego czynu zabronionego popełnialibyśmy nie przestępstwo skarbowe, a przestępstwo prze-

²⁷ J. Duży, P. Kołodziejski, *Glosa...*, s. 133. Analogiczny pogląd: J. Duży, *Wina sprawców...*, s. 59.

²⁸ J. Duży, *Wina sprawców...*, s. 55.

²⁹ *Ibidem*, s. 59. Podobnie: J. Bryk, A. Choromańska, A. Kalisz, S. Miskiewicz, D. Mocarska, D. Porwisz, A. Sadło-Nowak, A. Świerczewska-Gąsiorowska, *Wybrane zagadnienia prawa karnego skarbowego*, Szczytno 2014, s. 91.

ciwko mieniu. Tak więc rozróżnianie realizacji znamion czynów zabronionych z art. 56 k.k.s i z art. 286 k.k. na podstawie zamiaru sprawcy w powyższy sposób, jest nieuprawnione.

Generalnie należy zatem stwierdzić, iż czyny stypizowane w k.k.s. są wymierzone w dobro prawne, jakim jest mienie, ale jest to mienie szczególne – mienie Skarbu Państwa i jednostek terytorialnych. Nie można tych czynów zabronionych utożsamiać i odnosić do przestępstw przeciwko mieniu z k.k., ponieważ prowadziłyby to zanegowania znaczenia regulacji prawa karnego skarbowego.

J. Duży twierdzi ponadto, że w przypadku uszczuplenia kwoty należnego do zapłaty podatku na podstawie fikcyjnych faktur, zobowiązanie podatkowe w ogóle nie powstaje, dlatego też nie ma tutaj mowy o naruszeniu obowiązków podatkowych. Oznacza to, iż obowiązek podatkowy w ogóle nie jest dobrem naruszonym przez sprawców tego rodzaju czynu, który godzi zatem jedynie w mienie. Stanowisko to nie jest jednak precyzyjne, skoro zgodnie z art. 108 ust. 1 ustawy o VAT, w przypadku wystawienia fikcyjnej faktury i tak konieczne jest uregulowanie wskazanego w niej podatku. J. Duży traktuje co prawda to zobowiązanie jako sankcje podatkową³⁰, jednak zdaniem autora niniejszego opracowania w takiej sytuacji i tak powstaje obowiązek podatkowy w świetle definicji tego pojęcia zawartej w ordynacji podatkowej. Ponadto jednym z obowiązków ciążących na podatnikach jest przecież prawidłowe wypełnianie deklaracji podatkowej, co ma szczególne znaczenie przy czynach zabronionych popełnianych na skutek celowo błędnego ich wypełniania, a jak już wyżej wskazano, art. 56 należy do grupy czynów zabronionych godzących w szeroko rozumiane „obowiązki podatkowe”. W przypadku tych czynów przedmiotem ochrony byłaby zatem także prawidłowość wypełnienia deklaracji podatkowej³¹. Trudno zatem racjonalnie twierdzić, iż np. przestępstwo polegające na obniżeniu kwoty podatku należnego do zapłaty jest czynem zabronionym skierowanym jedynie przeciwko mieniu, a nie przeciwko obowiązkom podatnika związanym z prawidłowym wypełnianiem deklaracji podatkowych.

Faktycznie zatem stwierdzić należy, iż mimo pewnego podobieństwa pomiędzy znamionami czynu zabronionego z art. 56 § 1 k.k.s. a art. 286 k.k., z uwagi na – przede wszystkim – odmienny przedmiot ochrony obu tych przepisów, nie można uznać, iż narażenie podatku na uszczuplenie poprzez złożenie deklaracji podatkowej zawierającej nieprawdziwe dane wypełnia w jakiegokolwiek sytuacji znamiona czynu zabronionego z art. 286 k.k., nawet gdy deklaracje te wypełniono w oparciu o faktury dokumentujące fikcyjne zdarzenia gospodarcze. Wynika z tego

³⁰ J. Duży, *Wina sprawców...*, s. 59; J. Duży, *Falszerstwo intelektualne...*, s. 157. Inni zwolennicy poglądu, iż przepis ten nie przesadza o powstaniu obowiązku podatkowego, wskazują na jego błędną konstrukcję, co jest ich zdaniem argumentem o bezcelowości jego przywoływania: L. Wilk, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II KK 20/13*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 4, poz. 36, s. 474.

³¹ Podobnie: J. Bryk, A. Choromańska, A. Kalisz, S. Miszkiewicz, D. Mocarcka, D. Porwiesz, A. Sadło-Nowak, A. Świerczewska-Gąsiorowska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 62, gdzie jako przedmiot ochrony art. 56 k.k.s. wskazano „przestrzeganie obowiązków nakładanych przez materialne prawo podatkowe”, co oznacza, iż przedmiotem ochrony zdaniem autorów nie jest tutaj jedynie mienie Skarbu Państwa, ale przede także szereg norm prawnych, do których przestrzegania są obowiązani podatnicy przy wypełnianiu deklaracji podatkowych.

ponadto także to, iż posługiwanie się pojęciem „oszustwo podatkowe” odnośnie do przestępstwa skarbowego z art. 56 k.k.s. jest raczej nieuprawnione z uwagi na występujące między ich znamionami różnice.

Odmierna sytuacja dotyczy natomiast czynu zabronionego z art. 76 k.k.s., polegającego na narażeniu na nienależny zwrot należności publicznoprawnej, w szczególności podatku VAT lub podatku akcyzowego, poprzez wprowadzenie w błąd właściwego organu³². Pomiedzy sposobem ukształtowania znamion art. 76 k.k.s. oraz art. 286 k.k. występują bowiem duże podobieństwa, większe niż pomiędzy oszustwem a znamionami czynu z art. 56 k.k.s. Zarówno przestępstwo wyłudzenia zwrotu podatku, jak i oszustwo „zwykłe” stypizowane w art. 286 k.k., zawierają w swoich znamionach element wprowadzenia w błąd³³ i niekorzystnego rozporządzenia mieniem (w przypadku art. 76 k.k.s. tym rozporządzeniem mieniem jest zwrot nadpłaconego podatku lub zaliczenie go na poczet przyszłych zobowiązań lub zaległości podatkowych), ponadto oba te czyny zabronione odniesione są do dwóch czynności wykonawczych³⁴. Z jednej strony działanie sprawcy jest nakierowane na osobę dysponenta dobrem (w przypadku przestępstwa z art. 76 – uprawniony organ), z drugiej – na mienie tego podmiotu. Rzecz jasna, organy te nie mogą w tym samym stopniu co osoby fizyczne (które mogą być pokrzywdzone przez działania sprawcy realizującego znamiona czynu z art. 286 k.k.) dysponować swobodnie środkami finansowymi, którymi zarządzają – w tym zakresie konieczne jest ich działanie zgodnie z przepisami aktów prawnych prawa finansowego³⁵. W efekcie czyn zabroniony z art. 76 § 1 k.k.s. bywa nazywany „autonomiczną, karnoskarbową odmianą występku z art. 286 k.k.”³⁶.

Nawet jednak przy tych podobieństwach, widać także oczywiste różnice pomiędzy oszustwem a przestępstwem wyłudzenia zwrotu podatku. Mieniem, którego dotyczy działanie sprawcy czynu z art. 76 k.k.s. mogą być bowiem jedynie kwoty pieniężne podlegające zwrotowi w ramach danego zobowiązania podatkowego, a nie mienie w jakiegokolwiek innej postaci. Podatki bowiem – jak jest wprost wskazane w art. 4–6 Ordynacji podatkowej – występują w polskim prawie podatkowym tylko i wyłącznie jako świadczenia pieniężne. Wszelkie zdarzenia związane z powstaniem niebezpieczeństwa dla mienia innego rodzaju nie są objęte przez

³² Trzeba jednakże zauważyć, że jak wskazuje np. M. Mozgawa (*Prawnokarne aspekty naruszenia podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 6, s. 17), nienależny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej o którym mówi art. 76 k.k.s. może zostać uznany za uszczuplenie podatku, o którym mówi art. 56 k.k.s., co czyniłoby niezbyt jednoznacznym rozróżnienie pomiędzy tymi dwoma czynami zabronionymi. Ponadto zgodnie z art. 52 § 2 o.p., nienależny zwrot podatku traktowany jest jako zaległość podatkowa. Tym bardziej więc zasadne jest pytanie o celowość wyróżniania art. 76 k.k.s., skoro jak się wydaje zachowania przez niego penalizowane mogłyby być kwalifikowane również z art. 56 k.k.s. Szerzej na temat tej kwestii także: T. Oczkowski, *Problematyka karnoprawnej oceny wyłudzenia podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8, s. 100–101.

³³ Brak jest natomiast możliwości popełnienia czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. poprzez wykorzystanie błędu innej osoby, które to znamię występuje w art. 286 k.k. (T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 360).

³⁴ P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 83.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A. Piaseczny, [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks...*, s. 277.

znamiona art. 76 k.k.s., możemy jednak w dalszym ciągu analizować je pod kątem realizacji znamion czynu z art. 286 k.k.³⁷.

Różnica pomiędzy art. 76 k.k.s. a 286 k.k. zdaniem P. Kardasa oraz G. Łabudy³⁸ sprowadza się także do tego, że odmiennie jest ujęta w znamionach obu tych czynach zabronionych strona podmiotowa. Czyn zabroniony z art. 76 k.k.s. można bowiem popełnić zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym, podczas gdy oszustwo z art. 286 k.k. jedynie w zamiarze bezpośrednim³⁹.

Kolejnym elementem różnicującym znamiona czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. a art. 286 k.k. jest ponadto podmiot, który może popełnić te czyny. Do rozstrzygnięcia pozostaje bowiem to, kto może dopuścić się czynu zabronionego w postaci wyłudzenia zwrotu podatku. Wbrew bowiem temu, co zazwyczaj jest wskazywane w doktrynie⁴⁰, zwrot podatku może uzyskać jedynie osoba zarejestrowana jako podatnik podatku VAT. Nie jest bowiem technicznie możliwe, aby deklaracje dotyczące zwrotu rzekomo nadpłaconego podatku złożone przez osoby niebędące podatnikami danego podatku, zostały zarejestrowane w systemie komputerowym organu jako złożone przez podatnika i wobec tego nie mogą one zostać pozytywnie rozpatrzone. Choć nie jest to zatem wyrażone wprost w przepisie, podmiotem tego czynu zabronionego może być jedynie podatnik danego podatku, co odróżnia ten czyn od przestępstwa z art. 286 będącego przestępstwem powszechnym. Ponadto podaje się niekiedy w wątpliwość, czy występujące w art. 286 k.k. pojęcie „osoba”, oznaczające podmiot dokonujący rozporządzenia mieniem, może się w ogóle odnosić do organu państwa, który dokonuje niekorzystnego rozporządzenia mieniem przy zwrocie podatku⁴¹.

Pojawia się jednak pytanie – podobnie jak przy czynie z art. 56 k.k.s. – co zrobić w sytuacji, gdy zwrot podatku został wyłudzony na podstawie faktur, które dokumentowały zdarzenia niemające miejsca w rzeczywistości. Ponownie pojawia się problem, czy można tutaj mówić o realizacji czynu zabronionego z art. 286 k.k., tym bardziej zasadne wobec większego podobieństwa obu przepisów, niż miało to miejsce w odniesieniu do art. 56 k.k.s.

Pozytywnej odpowiedzi na to pytanie udzielił Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 1 marca 2004 r.⁴² Stwierdzono w nim: „w wypadku, gdy czynności wykonaw-

³⁷ P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 83.

³⁸ *Ibidem*, s. 84. Podobnie: T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 360.

³⁹ Pewne wątpliwości dotyczą jednak typów uprzywilejowanych przestępstwa z art. 76 k.k.s., gdzie zdaniem niektórych autorów występuje jedynie zamiar bezpośredni (P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 83-84). Odmiennie: R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks...*, s. 466 oraz L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 362-363.

⁴⁰ Np. W. Kotowski, B. Kurzepa, *Kodeks...*, s. 347; A. Piaseczny, [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks...*, s. 277; L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 358.

⁴¹ P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 70, chociaż akurat ten argument stosunkowo łatwo jest podważyć, twierdząc że przy wyłudzeniu zwrotu podatku, wprowadzana w błąd jest osoba fizyczna – pracownik organu podatkowego.

⁴² Sygn. V KK 248/03, OSNKW 2004, nr 5, poz. 51. Podobnie: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II KK 20/13, OSNKW 2013, nr 10, poz. 91 oraz aprobujące je glosy A. Błachnio-Parzych, „Palestra” 2015, nr 1-2, s. 127 oraz L. Wilka, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 4, poz. 36; O. Górniok, *Jeszcze o nadużyciach procedury podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 6, s. 20 i n; R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks...*

cze sprawcy wyłudającego nienależny zwrot podatku VAT, w myśl ustawy z dnia 8 stycznia 1993 r. o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym [...], nie sprowadzają się do zaniechania rzetelnego zgłoszenia przedmiotu opodatkowania, prowadzącego do uniknięcia wydatku z własnego mienia kosztem uszczuplenia spodziewanego dochodu finansowego Skarbu Państwa, lecz polegają na działaniu fingującym istnienie obowiązku podatkowego – wyłącznie w celu osiągnięcia z tego tytułu korzyści z majątku Skarbu Państwa – przez upozorowanie przed organem skarbowym (przy pomocy fikcyjnych dokumentów lub przez podjęcie innych jeszcze czynności) przeprowadzenia realnej transakcji, w tym dotyczącej rzeczywiście istniejącego towaru, a nie jego substytutu, to działanie takie stanowi przestępstwo określone w przepisach Kodeksu karnego, nie zaś przestępstwo skarbowe⁴³.

Argumentacja Sądu uzasadniona była tym, że gdy mamy do czynienia z wyłudzeniem zwrotu podatku VAT na podstawie fikcyjnych faktur, sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przez doprowadzenie organu finansowego do wypłaty z mienia Skarbu Państwa wskazanych przez siebie kwot pieniężnych, stosując oszukańcze zabiegi wprowadzające ten organ w błąd co do powstania obowiązku podatkowego, dającego tytuł do zwrotu. W odróżnieniu od tego, dla działania polegającego na nierzetelnym podaniu danych co do rzeczywiście przeprowadzonej, rodzącej obowiązek podatkowy transakcji, cel jest obojętny, zaś fakt narażenia na uszczuplenie należności Skarbu Państwa sprawca może obejmować zarówno zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Dlatego też nie każde wyłudzenie zwrotu podatku VAT będzie każdorazowo skutkowało odpowiedzialnością karnoskarbową sprawcy. Wynika to z tego, że zasięg ochrony przepisów prawa karnego skarbowego związany jest z zobowiązaniami podatkowymi – jeżeli ich nie ma, to nie jest możliwe, aby rozpatrywać w takiej sytuacji odpowiedzialność karnoskarbową (a w przypadku faktur fikcyjnych zdaniem SN nie mamy do czynienia z powstaniem zobowiązania podatkowego).

Odnosząc się do tego poglądu, w pierwszej kolejności należy wskazać, że Sąd Najwyższy nie zwrócił uwagi na jeszcze jedną podstawową różnicę między czynem zabronionym z art. 76 k.k.s. a oszustwem z art. 286 k.k., którą wypada w tym miejscu przywołać. W art. 76 nie ma bowiem mowy o wystąpieniu skutku, jest mowa jedynie o narażeniu na uszczuplenie należności publicznoprawnej, podczas gdy do realizacji znamion czynu z art. 286 konieczne jest wystąpienie skutku w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem⁴⁴.

s. 460. Odmienne: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r., sygn. IV KK 433/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 2115 z glosą krytyczną J. Dużego („Państwo i Prawo” 2011, nr 10, s. 135). Krytycznie na temat treści postanowienia SN z 1 marca 2004 r. wypowiedział się ponadto T. Grzegorzczak, stwierdzając, iż jego tezy budzą wątpliwości co do swojej aktualności, z uwagi na obecność art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 319–320). Te okoliczności zauważają nawet zwolennicy stanowiska zajętego przez SN (np. R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks...*, s. 461).

⁴³ Podobny pogląd wyraził m.in. M. Mozgawa, *Prawonokarne aspekty...*, s. 14–15, aczkolwiek autor jako przepis Kodeksu karnego, który wchodziłby tutaj w grę jako kwalifikacja prawna zachowania sprawcy podaje nie art. 286 k.k., ale art. 278 k.k. typizujący przestępstwo kradzieży.

⁴⁴ Szerzej na ten temat np. P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 73–77.

Gdybyśmy przyjęli, zgodnie z logiką SN, że w przypadku wystąpienia przez podatnika o zwrot nienależnego podatku na podstawie faktury fikcyjnej, nie mamy do czynienia z przestępstwem karnoskarbowym, to wtedy, gdy jednak sprawcy nie udało się uzyskać zwrotu podatku, można by pociągnąć go do odpowiedzialności jedynie za usiłowanie popełnienia przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k. Natomiast w analogicznej sytuacji, gdyby faktury na podstawie których wypełniono odpowiednie deklaracje podatkowe, dokumentowały zdarzenia rzeczywiste, mielibyśmy do czynienia z dokonaniem czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. Trudno racjonalnie wyjaśnić, czemu w dwóch w zasadzie niemal identycznych sytuacjach, w jednej miałoby dojść do dokonania czynu zabronionego, w drugiej natomiast mielibyśmy do czynienia jedynie z usiłowaniem dokonania. Sąd Najwyższy kwestii tej bowiem w ogóle nie wyjaśnił w swym judykacie.

Ponadto, jak słusznie zauważa P. Kardas, koncepcja (reprezentowana we wskazanym wyżej orzeczeniu) polegająca na uznaniu, że w przypadku faktur fikcyjnych mamy do czynienia z brakiem naruszenia obowiązku podatkowego, wiąże się konsekwentnie z dalszym stwierdzeniem, iż nie mamy wtedy do czynienia z przekroczeniem jakiegokolwiek normy sankcjonującej, którą możemy dekodować z art. 76 k.k.s., mamy natomiast do czynienia z przekroczeniem norm sankcjonujących wyrażonych w art. 286 k.k.⁴⁵ Rzecz jednak w tym, że aż 3 z 4 norm wyrażonych w art. 76 nie odnoszą w żaden sposób do zakresu normowania art. 286. Są to normy określające karalność za: wprowadzenie w błąd i narażenie na nienależny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej podejmowane z zamiarem bezpośrednim; wprowadzenie w błąd i narażenie na nienależny zwrot podatkowej należności publicznoprawnej podejmowane z zamiarem ewentualnym; wprowadzenie w błąd i doprowadzenie do nienależnego zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej podejmowane z zamiarem ewentualnym. Wymienione zachowania nie są objęte zakresem normowania żadnej z norm wyrażonych w art. 286 k.k.

Co więcej, realizacja znamion czynu z art. 76 k.k.s. może mieć miejsce także wtedy, gdy sprawca obniża wartość podatku należnego, przez co powstaje nadwyżka podatku naliczonego nad należnym, tak więc nie zawsze wyłudzenie zwrotu podatku VAT będzie następowało poprzez sztuczne zwiększanie kwoty podatku naliczonego – jej wysokość może odpowiadać kwocie, którą podatnik faktycznie może sobie odliczyć, a mimo to, na skutek jego manipulacji kwotą podatku należnego, można doprowadzić do nieuzasadnionego zwrotu podatku⁴⁶. Czyny te nie będą związane z wystawianiem faktur fikcyjnych, a zatem co do nich również nie będziemy rozpatrywać ewentualnego przyjęcia kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k.

⁴⁵ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 18–19, przy czym koniecznym jest zaznaczyć, iż autor posługuje się tutaj pojęciem normy sankcjonującej, z czym jednak można się nie zgodzić, albowiem wskazane przez niego normy mogą zostać uznane według odmiennego punktu widzenia za normy sankcjonowane. Terminologia, którą posługuje się autor wynika zapewne z przyjęcia przez niego koncepcji A. Zolla dotyczącej zawartości normatywnej przepisów karnych. Szerzej na ten temat: A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, rok XXIII, s. 65–95; Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 34–38.

⁴⁶ Zob. A. Bartosiewicz, *Wyłudzenie...*, s. 100–101.

Jedyną normą, którą możemy dekodować z treści art. 76 k.k.s., co do której mogą powstać wątpliwości, czy nie pokrywa się ona w pewnym zakresie z normami prawnymi dekodowanymi z kolei z treści art. 286 k.k., jest norma penalizująca wprowadzenie w błąd i doprowadzenie do nienależnego zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej podejmowane z zamiarem bezpośrednim. W zakresie, w jakim następuje przekroczenie tej normy poprzez nienależne zmniejszenie kwoty podatku należnego, nie jest jednak w żaden sposób możliwe przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k., skoro wtedy niewątpliwie powstaje obowiązek podatkowy, tyle tylko, że wynikająca z tego faktu kwota podatku podlegająca zapłacie jest pomniejszana bezpodstawnie przez sprawcę, co w oczywisty sposób powinno być kwalifikowane z art. 76 k.k.s., jeżeli spowodowało ryzyko nienależnego zwrotu podatku.

W konsekwencji należy zatem stwierdzić, iż zakresy ochrony obu tych przepisów nie pokrywają się ze sobą, nie każde zachowanie penalizowane przez art. 76 będzie się mieściło w zakresie normowania art. 286 k.k.⁴⁷, co stwarza uzasadnione wątpliwości co do możliwości zastosowania art. 286 do karalności wyłudzenia zwrotu podatku za pomocą faktury fikcyjnej, skoro jedynie wtedy, gdy sprawca doprowadza do zwrotu nienależnego podatku działając w zamiarze bezpośrednim, będziemy mieli potencjalnie do czynienia z przekroczeniem norm sankcjonowanych odczytywanych z art. 286 k.k.

Pojawia się jednak wtedy problem luki prawnej, zauważony przez P. Kardasa⁴⁸. Jeżeli bowiem w każdej sytuacji, gdy sprawca przekraczając wyżej wskazaną normę posługuje się fakturą fikcyjną, nie dochodzi do realizacji znamion czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. (skoro bowiem nie powstaje wtedy obowiązek podatkowy, jako że faktura nie odnosi się do faktycznie mającego miejsce zdarzenia prawnego), to brak jest podstaw prawnych do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy czynów zabronionych polegających na przekroczeniu trzech norm sankcjonowanych wyżej wymienionych, jeśli do popełnienia tychże czynów posłużył się fakturą fikcyjną. Z jednej strony bowiem te zachowania nie realizują znamion przestępstwa oszustwa z uwagi na wystąpienie nieodpowiedniej formy zamiaru lub brak doprowadzenia do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, a jednocześnie nie spełniają znamion czynu z art. 76 k.k.s. ze względu na niewłaściwy przedmiot ochrony (skoro zdaniem SN brak jest tutaj powstania obowiązku podatkowego). Tego typu sytuacje – do której prowadzi tok myślenia zaprezentowany przez SN we wskazanym wyżej postanowieniu z dnia 1 marca 2004 roku – trudno uważać za logicznie i kryminalno-politycznie uzasadnioną. Przy czym należy doprecyzować, iż w zakresie narażenia na niezasadny zwrot podatku przy działaniu sprawcy w zamiarze bezpośrednim dokonywanego na podstawie faktur fikcyjnych, powyższe stwierdzenie P. Kardasa o niekaralności tego zachowania jest nieprecyzyjne, albowiem tego typu zachowanie nie wchodzi w zakres normatywny art. 286 k.k. ze względu na brak wymaganego skutku (narażenie na zwrot zamiast doprowadzenia do zwrotu, koniecznego do przypisania odpowiedzialności z art. 286 k.k.). Tego typu zachowanie nie będzie zatem realizowało znamion art. 286 w postaci dokonania, ale sprawca tego czynu

⁴⁷ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 19.

⁴⁸ *Ibidem*, s. 21–22.

będzie prawdopodobnie odpowiadał za usiłowanie oszustwa, zachowanie jego wbrew opinii P. Kardasa nie będzie zatem niekaralne (skoro swym działaniem naraził dobro prawne, ale swego celu jednak nie zdołał zrealizować)⁴⁹.

Niezależnie od powyższego, niewątpliwie mylne są zatem twierdzenia zawarte w orzeczeniu Sadu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2008 r. (sygn. V KK 76/08, LEX nr 449041), gdzie wskazano: „Porównanie treści art. 76 § 1 k.k.s. i art. 286 § 1 k.k. prowadzi do oczywistego wniosku, że pierwszy z nich jest przepisem *lex specialis* w stosunku do drugiego. Znamiona przestępstwa z art. 76 § 1 k.k.s. mieszczą się całkowicie w ogólnej ujętym opisie działania sprawcy przestępstwa z art. 286 § 1 k.k., typizując szczególny rodzaj oszustwa prowadzącego do wyłudzenia nienależnego zwrotu podatkowej należności publicznoprawnej”. Pogląd ten jest mylny, albowiem znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 76 k.k.s. nie zawierają się bynajmniej całkowicie w znamionach oszustwa „zwykłego”, zarówno ze względu na opisaną powyżej kwestię częściowo rozbieżnego zakresu zastosowania norm wyrażonych przez oba te przepisy, jak i kwestię odmiennego przedmiotu ochrony.

Słusznie bowiem zauważa się, że przedmiotem ochrony art. 76 k.k.s. obok obowiązków podatkowych jest także mienie Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego⁵⁰. Ochrona przez art. 76 k.k.s. obowiązków podatkowych (obok mienia) jest natomiast czynnikiem różnicującym ten przepis od oszustwa klasycznego w zakresie dobra prawnie chronionego, z czego wynika konkluzja, że nie jest możliwe uznanie jakiegokolwiek czynu godzącego w szeroko rozumiane obowiązki podatkowe za oszustwo klasyczne z uwagi na odmienny przedmiot ochrony⁵¹. Z tego punktu widzenia, nie ma prawnokarnego znaczenia podział na faktury fikcyjne i faktury nierzetelne, skoro w obu przypadkach dochodzi do naruszenia obowiązków podatkowych związanych z prawidłowym wypełnianiem deklaracji podatkowych te faktury uwzględniających, prowadzącym do nienależnego zwrotu podatku i obie te sytuacje winny być kwalifikowane z art. 76 k.k.s. Należy tutaj ponownie przytoczyć pogląd P. Kardasa, który stoi na stanowisku – podobnie jak autor niniejszego opracowania – iż z art. 286 § 1 k.k. można dekodować normę

⁴⁹ Oczywiście, przy przyjęciu założenia, że w ogóle możemy rozważać przyjmowanie co do tych zachowań kwalifikacji prawnej z art. 286 k.k.

⁵⁰ P. Kardas, G. Łabuda, *Zbiąg przepisów...*, s. 124 i n.; podobnie: A. Piaseczny, [w:] A. Wielgolewska, A. Piaseczny, *Kodeks...*, s. 278; L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 357. Szeroko przedmiot ochrony przepisów k.k.s. określa również F. Prusak, jako: „interes finansowy państwa oraz Wspólnot Europejskich, jak również ustanowiony porządek prawny w zakresie skarbowości” (*Kodeks...*, s. 22), co wydaje się korespondować z poglądem P. Kardasa i G. Łabudy. Oczywiście w pierwszej kolejności dobrem prawnie chronionym przez art. 76 k.k.s. będą – analogicznie jak w przypadku art. 56 k.k.s. – obowiązki podatkowe nakładane przez materialne prawo podatkowe (zob. np. R. Kubacki, A. Bartosiewicz, *Kodeks...*, s. 42), co jest faktem bezspornym, jednak przy naruszeniu tych obowiązków, skutki tych naruszeń oddziaływać będą na mienie Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego. Dlatego też np. w: J. Bryk, A. Choromańska, A. Kalisz, S. Miszkiewicz, D. Mocarska, D. Porwisz, A. Sadło-Nowak, A. Świerczewska-Gąsiorowska, *Wybrane zagadnienia...*, s. 88, autorzy określają przedmiot ochrony tego przepisu jako: „przestrzeganie przepisów materialnego prawa podatkowego, w zakresie procedury związanej ze zwrotem podatkowej należności publicznoprawnej”.

⁵¹ P. Kardas, G. Łabuda, *Kryminalizacja...*, s. 64 i n.; P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 24–25; podobnie: uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 marca 2008 r., II KK 347/07, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2009, nr 4, poz. 43.

sankcjonującą czynności polegające na naruszeniu norm prawa prywatnego, natomiast z art. 76 § 1 k.k.s. normę sankcjonującą zachowania polegające na naruszeniu norm prawa publicznego⁵².

Nie zasługuje na aprobatę teza formułowana np. przez J. Dużego, iż mienie Skarbu Państwa jest również dobrem prawnie chronionym przez art. 286 k.k. Tenże autor twierdzi bowiem⁵³, iż „nie można przy tym zgodzić się z poglądem, że przepis art. 286 § 1 k.k. nie chroni mienia Skarbu Państwa lub innych uprawnionych podmiotów w zakresie zamachów realizowanych przy wykorzystaniu regulacji z zakresu prawa publicznego. Znaczyłoby to bowiem *de facto*, że mienie Skarbu Państwa jest słabiej chronione (tylko i wyłącznie przez regulacje wyspecjalizowanej gałęzi prawa) i podlega innym (w rzeczywistości słabszym) standardom ochrony”. Pogląd ten nie może zostać uznane za uzasadniony, albowiem, po pierwsze, trudno uznać, aby wyodrębnienie specyficznej grupy przepisów, związanej z sankcjonowaniem bezprawnego nieuiszczania danin publicznoprawnych, cechującej się specyficznymi odrębnościami, miało wskazywać na słabszą ochronę mienia państwowego⁵⁴. To w końcu te specyficzne cechy i instytucje, takie jak odpowiedzialność zastępcza czy odpowiedzialność posiłkowa, przesadzają o lepszym dostosowaniu norm prawa karnego skarbowego do ochrony należności publicznoprawnych w porównaniu do norm zawartych w Kodeksie karnym, mających charakter bardziej ogólnych.

Poza tym nie można zapominać o tym, iż mienie Skarbu Państwa chronione jest także przez normy prawa finansowego, regulujące takie instrumenty prawne, jak konieczność zapłaty odsetek od nieuiszczonych należności publicznoprawnych, również mające charakter odstrasżający podatników od czynów godzących w interes finansowy państwa. Przepisy prawa karnego skarbowego mają jedynie służebną, uzupełniającą funkcję wobec tych przepisów i o tym nie można zapominać. Trudno zatem doprawdy zrozumieć, czemu autor uważa, iż przepisy k.k.s. zapewniają słabsze standardy ochrony mienia Skarbu Państwa. Niewykluczone, że autor kierował się tym, iż kary pozbawienia wolności przewidziane w k.k.s. za poszczególne przestępstwa są faktycznie zazwyczaj niższe niż w prawie karnym powszechnym.

⁵² P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 27–28.

⁵³ J. Duży, *Przedmiot ochrony oszukańczych uszczupień podatkowych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12, s. 139; J. Duży, *Kryminalizacja nadużycia mechanizmów podatkowych*, [w:] B. Sygit, T. Kuczur (red.), *Aktualne problemy kryminalizacyjne*, Toruń 2013, s. 166–167. Odmienne: M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. III*, Kraków 2006, s. 319.

⁵⁴ Na marginesie należy zauważyć, iż w żaden sposób nie może zasługiwać na aprobatę wysunięta w innym miejscu przez J. Dużego teza, że ze względu na m.in. dłuższy okres przedawnienia i ułatwienia dowodowe w wykazywaniu winy sprawców należy preferować odpowiedzialność z przepisów Kodeksu karnego w sytuacji ich potencjalnego zbiegu z przepisami k.k.s. (J. Duży, *Kwalifikacja prawna uszczuplenia podatku od towarów i usług*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 80). Okoliczności wskazane przez autora nie mogą mieć bowiem żadnego znaczenia przy przypisywaniu odpowiedzialności – takie znaczenie mogą mieć jedynie kwestie odpowiedniej wykładni danych przepisów i ich odpowiednia subsumpcja do stanu faktycznego, a nie to, która kwalifikacja prawna w większym stopniu ułatwia pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności. Autor wprost wskazuje zresztą, że przyjęcie kwalifikacji prawnej czynu z art. 76 k.k.s., a nie 286 k.k. jest dla niego nieuzasadnionym przywilejem dla sprawców czynu (*ibidem*, s. 83), pomijając przy tym jednak okoliczność, iż subiektywne przekonanie o zbyt łagodnej penalizacji pewnych zachowań nie może prowadzić do przyjmowania niewłaściwej kwalifikacji prawnej, by pociągnąć sprawcę do surowszej odpowiedzialności.

Z drugiej jednak strony na podstawie regulacji k.k.s. można wymierzyć grzywnę w wyższej wysokości niż w k.k., a ponadto zakres różnych form odpowiedzialności jest rozszerzony na szersze grono podmiotów, czego brakuje w k.k. (np. na skutek zastosowania wspomnianej odpowiedzialności zastępczej z art. 9 § 3 k.k.s.).

Bezzasadne jest zatem twierdzenie, iż mienie Skarbu Państwa musi być dodatkowo chronione przez przepisy Kodeksu karnego. Co więcej, takie rozumowanie podważałoby po prostu sens stosowania w wielu przypadkach przepisów k.k.s., skoro często mogłyby zostać one zastąpione przez odpowiednie przepisy Kodeksu karnego, mające przecież bardziej uniwersalną formułę niż przepisy k.k.s. Koniecznym jest zatem wyodrębnienie różnych rodzajów dobra prawnie chronionego: mienia Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego (chronionego przez art. 76 k.k.s.) oraz pozostałych rodzajów mienia, chronionych przez art. 286 k.k. Należy zatem stwierdzić, iż czyn z art. 76 k.k.s. oraz czyn z art. 286 k.k. mają odmienny zakres zastosowania, a co więcej różnią się znacząco dobrem prawnych chronionym przez siebie, z czego należy wnioskować, iż nie dochodzi między nimi do zbiegu przepisów⁵⁵. Dla porządku ponownie należy jedynie przypomnieć, że przepisy typizujące przestępstwa przeciwko mieniu z k.k. również chronią mienie Skarbu Państwa, ale tylko wtedy, gdy rozpatrujemy je w sferze regulacji prawa prywatnego⁵⁶.

Poglądy J. Dużego na kwestię dobra prawnie chronionego przez art. 286 k.k. wynikają z faktu, iż jest on zwolennikiem zaprezentowanej uprzednio w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2004 roku (sygn. V KK 248/03) tezy, iż wyłudzenie zwrotu podatku może być w pewnych okolicznościach kwalifikowane jako oszustwo z art. 286 k.k., m.in. dlatego, że działania sprawców czynów zabronionych tego rodzaju w pierwszej kolejności godzą w mienie, a dopiero potem w obowiązek podatkowy⁵⁷. Zdaniem autora bowiem w pierwszej kolejności przedmiotem ochrony jest tutaj mienie Skarbu Państwa, a dopiero potem obowiązek podatkowy. Autor zwraca uwagę na to, iż celem sprawców jest przede wszystkim wzbogacenie się, a nie naruszenie obowiązków podatkowych, a zatem to mienie jest głównym (rodzajowym) przedmiotem ochrony tego przepisu⁵⁸. Podobnie

⁵⁵ Zob. P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 25–28, gdzie słusznie zauważa się, iż przyjęcie odmiennego stanowiska dopuszczającego taki zbieg doprowadziłoby do stwierdzenia, że „zachowania polegające na wykorzystaniu faktur nierzetelnych lub fikcyjnych i skutkujące nienależnym zwrotem podatkowej należności publicznoprawnej w taki sposób, że zachowanie popełnione z zamiarem kierunkowym – o identycznych komponentach przedmiotowych – kwalifikowane byłoby jako dwa przestępstwa przy wykorzystaniu konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych, zaś zachowania popełnione z zamiarem bezpośrednim, lecz pozbawionym zabarwienia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub popełnione z zamiarem wynikowym, stanowiłyby „jedynie” przestępstwo oszustwa skarbowego”. Podobnie: P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów...*, s. 162; R. Kubacki, *Wyłudzenie zwrotu VAT – odpowiedzialność karna skarbową*, „Przegląd Podatkowy” 2002, nr 9, s. 54, a także s. 55, gdzie autor wskazuje, że jest co prawda możliwy zbieg idealny art. 76 k.k.s. z poszczególnymi przestępstwami powszechnymi, ale nie wymienia wśród nich oszustwa.

⁵⁶ P. Kardas, *O wzajemnych relacjach...*, s. 30, przypis 46.

⁵⁷ J. Duży, *Przedmiot ochrony...*, s. 134 i n.

⁵⁸ J. Duży, *Kryminalizacja nadużycia...*, s. 167–169.

T. Oczkowski⁵⁹ uważa, iż w części przypadków potencjalnie kwalifikowanych jako wyłudzenie zwrotu podatku VAT celem działania sprawców jest podyktowanie chęcią zmniejszenia obciążeń podatkowych⁶⁰, a w części chęć uzyskania korzyści majątkowej i te czyny winny być kwalifikowane z art. 286 k.k. Kwestię tę należy jednak rozstrzygnąć analogicznie jak na gruncie art. 56 k.k.s.: twierdzeniem niekwestionowanym jest to, że popełniając przestępstwo lub wykroczenie skarbowe sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Nawet chęć zmniejszenia obciążeń podatkowych prowadzi do uzyskania korzyści majątkowej poprzez zmniejszenie podatku należnego do uiszczenia. Stąd nie ma podstaw rozróżnianie tego, czy sprawca działał w celu uzyskania korzyści czy w celu naruszenia obowiązków podatkowych. Niezależnie zatem, czy u podstaw jego czynu leżało wystawienie faktur fikcyjnych czy też nie, celem jego działania będzie finalnie uzyskanie korzyści majątkowej, dlatego okoliczności przywołane przez wskazanych autorów nie mają żadnego znaczenia dla prawnokarnej oceny czynu.

Co więcej, zauważyć należy, iż jeżeli sprawca działając w zamiarze bezpośrednim uzyskuje nienależny zwrot VAT-u (tylko taka sytuacja może bowiem zostać uznana za dokonanie przestępstwa z art. 286 k.k.) na podstawie faktur fikcyjnych, to nawet jeśli uznać, że powyższe działanie sprawcy nie narusza obowiązku podatkowego (co jest jednak wątpliwe, biorąc pod uwagę obecność w ustawie o podatku od towarów i usług omawianego uprzednio art. 108 ust. 1), zachowanie jego niewątpliwie narusza inne obowiązki podatkowe, co zgodne jest z przedmiotem ochrony art. 76 k.k.s. (którym są szeroko rozumiane obowiązki podatkowe). Sam J. Duży potwierdza zresztą taki sposób ujęcia przedmiotu ochrony tego przepisu wskazując, iż czyn z art. 76 k.k.s. jest skierowany nie tylko przeciwko obowiązkowi podatkowemu *sensu stricto*, ale szeroko rozumianym obowiązkom podatkowym, takim jak prawidłowe prowadzenie ksiąg podatkowych czy wystawianie faktur dokumentujących zdarzenia gospodarcze zgodnie z rzeczywistością.

Skoro zatem działanie sprawcy opierające się na fakturach fikcyjnych narusza przedmiot ochrony art. 76 k.k.s. (szeroko rozumiane obowiązki podatkowe, a jednocześnie także chronione przez ten przepis mienie Skarbu Państwa), trudno sensownie przyjmować tutaj jego kwalifikację prawną z art. 286 k.k. Można bowiem jak się wydaje bronić również stanowiska, iż skoro przedmiotem ochrony (co przyznaje sam J. Duży) art. 76 k.k.s. są liczne obowiązki podatkowe, to czyn sprawcy obiektywnie polega na tym, iż to one (a konkretnie obowiązki związane z prawidłowo-

⁵⁹ T. Oczkowski, *Problematyka...*, s. 92.

⁶⁰ Autor pomija przy tym, że na gruncie art. 76 k.k.s. penalizującego wyłudzenie zwrotu podatku, trudno uznać, iż działania sprawcy tego czynu mogą być w jakiegokolwiek sytuacji spowodowane „chęcią zmniejszenia obciążeń podatkowych”. Gdyby sprawca dążył do zmniejszenia tych obciążeń, powinien doprowadzić do obniżenia kwoty podatku VAT należnej do zapłaty, nawet do poziomu zerowego, a nie deklarować, że przysługuje mu zwrot podatku. Jeżeli zatem mówimy o czynnie z art. 76 k.k.s., to nie jest możliwe, aby działania sprawy motywować w ten sposób, jak czyni to T. Oczkowski. Nie ma też tutaj znaczenia przywoływana przez autora okoliczność, że sprawca może faktycznie prowadzić działalność gospodarczą – jeżeli wykorzystuje ją do wyłudzenia nienależnego zwrotu podatku VAT, to nie ma tutaj żadnych różnic w porównaniu do sytuacji, gdyby takiej działalności faktycznie by nie prowadził, a mimo to wyłudzał zwrot podatku.

ścią i rzetelnością wystawiania faktur oraz składania deklaracji podatkowych) są w pierwszej kolejności naruszane przez sprawcę, co dopiero następnie doprowadza do powstania stanu narażenia na zagrożenie dla dobra prawnego, jakim jest mienie Skarbu Państwa i dlatego twierdzić można, iż to właśnie szeroko rozumiane obowiązki podatkowe są podstawowym dobrem chronionym przez ten przepis. Z tego też względu twierdzenia autora, iż przy wystawianiu faktur fikcyjnych i domaganiu się na ich podstawie zwrotu podatku mamy do czynienia z kwalifikacją prawną z art. 286 k.k., są niezasadne, skoro nawet jeśli nie powstaje tu obowiązek podatkowy⁶¹ (co trzeba ponownie podkreślić, iż jest wątpliwe), to dochodzi do naruszenia licznych innych obowiązków podatkowych, co zmusza do przyjęcia kwalifikacji prawnej właśnie z art. 76 k.k.s.

Dlatego też nie można zgodzić się z twierdzeniem J. Dużego, iż w opisywanych przez niego przypadkach możemy wyróżnić zamiar bezpośredni godzący w mienie Skarbu Państwa i zamiar ewentualny godzący w obowiązki podatkowe⁶². Sprawca czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. narusza bowiem w pierwszej kolejności obowiązek podatkowy polegający na prawidłowym wypełnianiu deklaracji podatkowych i robi to w celu uzyskania korzyści majątkowej. Naruszenie pierwszego dobra jest zatem środkiem prowadzącym do naruszenia drugiego dobra, nie da się tych dwóch rzeczy sensownie rozdzielić. Wyłudzenie zwrotu podatku VAT czy to na podstawie faktury fikcyjnej, czy też dokumentującej prawdziwe zdarzenie gospodarcze, jest działaniem w tym samym zamiarze, różniącym się jedynie metodą działania sprawcy.

Nie jest także zasadna kolejna teza autora, który w przypadku potencjalnego zbiegu art. 286 i 76 k.k.s. podważa celowość stosowania w takiej sytuacji zasady *lex specialis derogat legi generali* przyjmując prymat rozwiązań przewidzianych w kodeksie karnym z uwagi na fakt naruszenia przy tym regulacji prawa podatkowego (a więc mających charakter publicznoprawny)⁶³. Autor twierdzi, iż nie ma żadnych normatywnych podstaw do stosowania tejże zasady, pomijając przy tym fakt, iż istotą przecieży stosowania tejże zasady jest to, iż nie jest ona zazwyczaj wyrażana w przepisach prawnych. Czyni także nieudaną paralelę ze zbiegiem przepisów prawa administracyjnego oraz karnego, nie wskazując jednocześnie na to, iż wtedy oczywistym jest niemożliwość stosowania zasady specjalności z uwagi na to, że są to dwie różne gałęzie prawa, w przeciwieństwie do ściśle ze sobą powiązanych: prawa karnego i prawa karnego skarbowego.

Gdyby przyjąć argumentację autora, to w analizowanej sytuacji mielibyśmy do czynienia ze zbiegiem idealnym⁶⁴ przepisów art. 76 k.k.s. z art. 286 k.k. (który

⁶¹ Przy czym w kontekście czynu zabronionego z art. 76 k.k.s. obowiązek podatkowy powstaje tak naprawdę jedynie w odniesieniu do wystawcy faktury, a nie do jego kontrahenta, który na jej podstawie domaga się zwrotu podatku VAT (zob. P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów...*, s. 135–136).

⁶² J. Duży, *Przedmiot ochrony...*, s. 140.

⁶³ *Ibidem*, s. 142–143.

⁶⁴ Oczywiście jedynie wtedy, gdy przyjmiemy, że przedmiotem ochrony czynu z art. 286 k.k. jest mienie Skarbu Państwa w zakresie należności publicznoprawnych; w przeciwnym wypadku do zbiegu nie dojdzie, ponieważ nie zostanie spełnione jedno ze znamion tego czynu zabronionego (znamie przedmiotu ochrony).

sam autor wskazuje jako odpowiednią kwalifikację prawną), który miałby miejsce w znacznej ilości przypadków stosowania art. 76 k.k.s. (nie licząc tych, gdy po stronie sprawcy wystąpił zamiar ewentualny oraz gdy doszło jedynie do narażenia należności publicznoprawnej na uszczuplenie)⁶⁵. Ustawodawca stanowiąc zatem art. 76 k.k.s. z góry zakładałby zatem, że w części przypadków jego stosowania następowalby zbieg idealny z innym przepisem karnym i co więcej – sankcja orzekana na podstawie art. 76 zazwyczaj nie byłaby wykonywana, skoro art. 286 przewiduje kary surowsze, przynajmniej w zakresie grożącej kary pozbawienia wolności. Trudno byłoby przypuszczać, aby ustawodawca ustanawiał przepis, co do którego w części przypadków, które wypełniają jego ustawowe znamiona, orzekane za ten czyn kary nie byłyby wykonywane. Takie twierdzenie przeczyłoby całkowicie zasadzie racjonalności ustawodawcy i dlatego też należy je stanowczo odrzucić. Stanowisko to czyniłoby art. 76 w znacznym zakresie przepisem zbędnym, co dodatkowo zmusza do przyjęcia odmiennej kwalifikacji prawnej analizowanych przypadków wyłudzenia zwrotu podatku.

Nieco inny argument przemawiający za możliwością stosowania art. 286 k.k. do niektórych zachowań przestępnych związanych z wyłudzeniem zwrotu podatku polega na interpretacji pojęcia „nienależny zwrot” z art. 76 k.k.s. Zgodnie z tym poglądem zwrotem jest jedynie oddanie czegoś z powrotem, a więc rzecz podlegająca zwrotowi musi się znajdować uprzednio we władztwie zwracającego. Wynikałoby z tego zatem, iż nienależnym zwrotem jest jedynie „niemający podstaw prawnych zwrot kwoty wynikającej z przewyższania podatku należnego przez podatek naliczony, który odpowiada podatkowi należnemu powstałemu u kontrahentów podatnika wnioskującego o zwrot. W tym kontekście oczywistym jest, że jeśli jako kwota podatku naliczonego została zadeklarowana kwota nigdy niebędąca podatkiem należnym, to nie dochodzi do zwrotu należności podatkowej”⁶⁶, co będzie miało miejsce nie tylko w przypadku faktur fikcyjnych, ale i nierzetelnych, skoro na ich podstawie zawyża się kwotę podatku naliczonego. Nie zostałyby zatem w tego typu sytuacjach zrealizowane wszystkie znamiona czynu z art. 76 k.k.s.

Pogląd ten jednak nie wydaje się przekonujący z tego podstawowego powodu, iż rażąco ograniczałby on zakres zastosowania art. 76 k.k.s., który to przepis można by było stosować jedynie do przypadków, gdy zwrot podatku wynika z bezpodstawnego obniżenia podatku należnego przy prawidłowo określonej kwocie podatku naliczonego lub w przypadkach, gdy sprawca bezpodstawnie odliczy podatek naliczony mimo zakazu istniejącego w ustawie podatkowej⁶⁷. Poza tym koncepcja ta pomija istotną okoliczność. W znamionach art. 76 k.k.s. nie występuje bowiem samo pojęcie „zwrotu”, ale „nienależnego zwrotu”. Przepis ten będzie zatem obejmował wszystkie sytuacje, gdy organy podatkowe przekazują kwoty, które w ich przekonaniu winny być zwrócone podatnikowi, do czego jednak tak naprawdę brak jest podstaw – co wydaje się być kwestią bezsporną. Zwrot ten może zatem być nienależnym z tego powodu, iż kwota przekazana przez organ

⁶⁵ Podobną koncepcję przedstawia I. Stolarczyk, *Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9, s. 97 i n.

⁶⁶ A. Bartosiewicz, *Wyłudzenie...*, s. 100–102.

⁶⁷ Katalog takich zakazów znajduje się np. w art. 88 ust. 1 ustawy o VAT.

podatkowy sprawcy czynu w ogóle nie była przez sprawcę zapłacona. Tutaj również bowiem brak jest podstaw do zwrotu tejże kwoty. Organ mylnie dokonuje przekazania kwoty pieniężnej podatnikowi, uznając ją za uzasadniony zwrot. Faktycznie bowiem literalnie można zwrócić jedynie coś, co się przedtem posiadało. Jednak jeśli mówimy o zwrocie nienależnym, to pojęcie to musi obejmować też te sytuacje, gdy do zwrotu brak jest podstaw, ponieważ taka rzecz nigdy nie znalazła się w posiadaniu zwracającego⁶⁸.

Koncepcja ta oparta jest ponadto na jeszcze jednym zasadniczym błędzie, polegającym na interpretacji pojęcia „zwrot” w całkowitym wyabstrahowaniu od znaczenia tego pojęcia nadawanego mu przez ustawy podatkowe. Trzeba bowiem zauważyć, iż do procedury zwrotu podatku – niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z rzeczywiście istniejącym czy sztucznie zawyżonym podatkiem naliczonym – organ podatkowy stosuje za każdym razem przepisy działu IX Ustawy o VAT. Skoro zatem organ podatkowy w przypadku np. wystawienia faktury fikcyjnej, dokonuje przekazania na rzecz podatnika wyłudzonej przez niego kwoty pieniężnej na podstawie przepisów o zwrocie podatku, trudno zrozumieć czemu mielibyśmy uważać, iż nie można tej sytuacji uznać za zwrot podatku. Same ustawy podatkowe uznają zatem tego typu sytuacje za zwrot podatku. Trudno też racjonalnie i aksjologicznie uzasadnić, czemu osoba która bezpodstawnie zwiększa w deklaracji podatkowej kwotę podatku naliczonego o przykładowo 2 000 złotych, doprowadzając do powstania nadwyżki podatku naliczonego w wysokości 1 000 złotych, miałaby odpowiadać z art. 286 k.k., natomiast osoba, która bezprawnie zaniża kwotę podatku należnego o 2 000 złotych, przez co doprowadza do powstania nadwyżki podatku naliczonego w identycznej wysokości, miałaby odpowiadać z art. 76 k.k.s.

Podsumowując, należy stwierdzić, że art. 76 k.k.s. i art. 286 k.k. mają odmienny zakres ochrony i nie jest możliwe dojdęcie między nimi do idealnego zbiegu przepisów. W przypadku wyłudzenia zwrotu podatku za pomocą faktur fikcyjnych i tak dochodzi do powstania obowiązku podatkowego, a nawet przy przyjęciu odmiennej wykładni prawa podatkowego – tak czy inaczej tego rodzaju czyn zabroniony narusza szeroko rozumiane obowiązki podatkowe, czyli dobro prawne chronione przez art. 76 k.k.s., a więc znamiona tego czynu zabronionego są w tym przypadku zrealizowane. Jednakże gdyby przyjąć tutaj możliwość zbiegu obu tych czynów, to i tak brak jest podstaw do twierdzenia, iż nie działałaby tutaj zasada specjalności wyłączająca możliwość stosowania art. 286 k.k. Nadal aktualny pozostaje bowiem przykład podany przez P. Kardasa oraz G. Łabudę: „gdyby uznać takie kryterium (nie)istnienia zdarzenia za miarodajne, należałoby dojść do wniosku, że przypisanie realizacji znamion deliktu z art. 76 k.k.s. miałyby miejsce w razie wewnątrzspółnotowego nabycia towaru za 1 zł, podczas gdy sprawca wykazałby w deklaracji podatkowej VAT-7 1 000 000 zł, nie miałoby natomiast miejsca w razie braku jakiegokolwiek wewnątrzspółnotowego nabycia [i wystawienia faktury fikcyjnej – dopisek Ł.P.]. W takim skrajnym przypadku kwota 1 złotego decydowa-

⁶⁸ Zob. W. Kotowski, B. Kurzepa, *Kodeks...*, s. 347, gdzie wskazuje się następująco: „bezpodstawny zwrot – to zwrot podatkowej należności publicznoprawnej bez żadnej podstawy prawnej i faktycznej, na niczym nieoparty, nieuzasadniony, niesłuszny”.

łaby o kwalifikacji prawnej zachowania z art. 76 k.k.s.⁶⁹. Przykład ten doskonale obrazuje absurdalne konsekwencje, do jakich prowadzi przyjęcie stanowiska, że popełnianie czynów zabronionych w związku z wystawieniem faktury fikcyjnej prowadzić winno do przyjęcia kwalifikacji prawnej takich zachowań z art. 286 k.k., a nie odpowiednich przepisów Kodeksu karnego skarbowego.

BIBLIOGRAFIA

- Baniak S., *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2006.
- Bartosiewicz A., *Wyłudzenie zwrotu podatku VAT*, „Glosa” 2005, nr 4.
- Bednarzak J., *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971.
- Błachnio-Parzych A., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r.*, sygn. II KK 20/13, „Palestra” 2015, nr 1-2.
- Bryk J., Choromańska A., Kalisz A., Miszkiewicz S., Mocarska D., Porwisz D., Sadlo-Nowak A., Świerczewska-Gąsiorowska A., *Wybrane zagadnienia prawa karnego skarbowego*, Szczytno 2014.
- Cieślak W., *„Rozporządzenie mieniem” jako znamię wymuszenia rozbójniczego (art. 211 k.k.)*, „Palestra” 1995, nr 11-12.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. III*, Kraków 2006.
- Duży J., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r.*, sygn. IV KK 433/08, „Państwo i Prawo” 2011, nr 10.
- Duży J., *Falszerstwo intelektualne faktury a uszczuplenie podatku od towarów i usług*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 11-12, s. 161-163.
- Duży J., *Kryminalizacja nadużycia mechanizmów podatkowych*, [w:] B. Sygit, T. Kuczur (red.), *Aktualne problemy kryminalizacyjne*, Toruń 2013.
- Duży J., *Kwalifikacja prawna uszczuplenia podatku od towarów i usług*, „Państwo i Prawo” 2008.
- Duży J., *Przedmiot ochrony oszukańczych uszczupień podatkowych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 12.
- Duży J., *Wina sprawców oszukańczych uszczupień podatkowych a kwalifikacja prawna*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7-8.
- Duży J., *Znaczenie regulacji art. 108 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług dla karnoprawnej oceny oszukańczych uszczupień podatkowych*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 1.
- Duży J., Kołodziejcki P., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 lutego 2014 roku*, (sygn. II AKa 409/13), „Przegląd Sądowy” 2015, nr 4.
- Górniok O., *Jeszcze o nadużyciach procedury podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 6.
- Grzegorzczak T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Kardas P., *O wzajemnych relacjach między przepisem art. 76 § 1 k.k.s. a przepisem art. 286 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 12.
- Kardas P., *Prawnokarne aspekty uchylania się od wykonania zobowiązania podatkowego w podatku VAT – oszustwo skarbowe czy oszustwo klasyczne?*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 5.
- Kardas P., Łabuda G., *Kryminalizacja oszustwa podatkowego w prawie karnym skarbowym*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 3.

⁶⁹ P. Kardas, G. Łabuda, *Zbieg przepisów...*, s. 135.

- Kardas P., Łabuda G., *Zbieg przepisów kryminalizujących klasyczne oszustwo oraz oszustwo skarbowe*, [w:] J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów i zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006.
- Konarska-Wrzosek V., Oczkowski T., Skorupka J., *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2013.
- Kotowski W., Kurzepa B., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Kubacki R., *Wyłudzenie zwrotu VAT – odpowiedzialność karna skarbową*, „Przeгляд Podatkowy” 2002, nr 9.
- Kubacki R., Bartosiewicz A., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M., *Prawnokarne aspekty naruszenia podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 6.
- Oczkowski T., *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004.
- Oczkowski T., *Problematyka karnoprawnej oceny wyłudzenia podatku VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 7–8.
- Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.
- Preibisz A.N., *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10.
- Prusak F., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2011.
- I Stolarczyk., *Odpowiedzialność za nierzetelne wystawienie faktury VAT*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 9.
- Wielgolewska A., Piaseczny A., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Wilk L., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II KK 20/13, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2014, nr 4, poz. 36.*
- Wilk L., *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, rok XXIII.

O WZAJEMNYCH RELACJACH POMIĘDZY

TZW. OSZUSTWEM PODATKOWYM Z ART. 56 K.K.S. I 76 K.K.S.

A PRZESTĘPSTWEM OSZUSTWA Z ART. 286 K.K.

Streszczenie

Celem artykułu jest prześledzenie wzajemnych relacji pomiędzy art. 286 Kodeksu karnego penalizującym przestępstwo oszustwa a czynami zabronionymi z art. 56 oraz 76 Kodeksu karnego skarbowego w celu odpowiedzi na to, czy jest możliwe wystąpienie pomiędzy nimi zbiegu przepisów i czy jako przestępstwo oszustwa mogą być kwalifikowane sytuacje związane z uszczupleniem przez podatników należności publicznoprawnych. Szczególnie duże znaczenie ma to przy przestępstwach podatkowych związanych z posługiwaniem się fakturami fikcyjnymi, niedokumentującymi prawdziwych zdarzeń gospodarczych, gdzie pojawiają się istotne wątpliwości co do tego, czy powstaje wtedy obowiązek podatkowy i czy wobec tego zostały naruszone dobra prawnie chronione przez przepisy karnoskarbowe. Zdaniem autora jednak analiza wskazanych przepisów oraz regulacji prawnopodatkowych pozwala na stwierdzenie, że przestępstwo oszustwa oraz czyny zabronione z Kodeksu karnego skarbowego mają odmienny przedmiot ochrony i przede wszystkim z tego powodu wszelkie czyny

zabronione związane z uszczupleniem należności publicznoprawnych powinny być kwalifikowane jako realizacja znamion odpowiednich przestępstw i wykroczeń skarbowych, a nie znamion przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k.

Słowa kluczowe: oszustwo, oszustwo podatkowe, uszczuplenie należności publicznoprawnej, faktury fikcyjne

ON MUTUAL RELATIONS BETWEEN THE SO-CALLED TAX FRAUD UNDER ARTICLE 56 AND ARTICLE 76 FPC AND A CRIME OF FRAUD UNDER ARTICLE 286 CC

Summary

The article aims to analyse mutual relations between Article 286 of the Criminal Code penalising a crime of fraud and prohibited acts under Articles 56 and 76 of the Fiscal Penal Code in order to answer a question whether the concurrence of provisions is possible and whether crimes connected with reduction of due tax liabilities by tax payers may be classified as fraud. It is especially important in case of tax evasion connected with the use of false invoices that do not document real economic operations and where serious doubts arise as to whether there is tax liability and if so whether the interests protected by fiscal penal law were infringed. In the author's opinion, however, the analysis of the provisions and tax regulations indicated allows for stating that a crime of fraud and acts prohibited under Fiscal Penal Code differ as far as the object of protection is concerned. Thus, this is the main reason why all acts prohibited in connection with the reduction of due tax liabilities should be classified as those matching the features of fiscal crimes and misdemeanours and not the features of the crime of fraud under Article 286 CC.

Key words: crime of fraud, tax fraud, reduction of due tax liabilities, false invoices

PRZEPADEK A INSTYTUCJA UMORZENIA POSTĘPOWANIA Z ART. 62a USTAWY O PRZECIWDZIAŁANIU NARKOMANII

KATARZYNA ŁUCARZ*

Ograniczoność ustawowego podejścia do problemu tzw. drobnego posiadania środków odurzających oraz substancji psychotropowych wymusiła poniekąd na rodzimym prawodawcy konieczność wypracowania nowej formuły, która pozwoliłaby złagodzić krańcowo restrykcyjne stanowisko w tej sprawie. Tylko na zasadzie koniecznej w tym miejscu dygresji przypomnijmy, że obecnie obowiązująca ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii¹ nie przewidziała żadnego wyłączenia karalności posiadania środków odurzających tudzież substancji psychotropowych, statuując podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, typ podstawowy, typ kwalifikowany ze względu na znaczną ich ilość oraz typ uprzywilejowany – wypadek mniejszej wagi. W rezultacie każde bez wyjątku dysponowanie wyżej wymienionymi substancjami wbrew przepisom ustawy podlega dziś karze. A wszelkie próby nadania odmiennego znaczenia przepisowi art. 62 u.p.n. stanowić mogą co najwyżej przykład kreatywnej interpretacji². Tego rodzaju wniosek wynika przy tym nie tylko z samej konstrukcji przepisu art. 62 u.p.n., ale przede wszystkim z intencji ustawodawcy, któremu jeszcze do niedawna towarzyszyło silne przekonanie, że ta właśnie droga stanowi najbardziej efektywne narzędzie zwalczania społecznie niebezpiecznego zjawiska narkomanii. Pozwoli między innymi raz na

* dr, adiunkt w Katedrze Prawa o Wykroczeniach i Karnego Skarbowego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

¹ T.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 224, 437.

² Szerzej na temat możliwych kontrowersji w zakresie wykładni zachowania polegającego na dysponowaniu narkotykiem w związku z czynnością zażywania patrz J. Raglewski, *Kilka uwag de lege lata i de lege ferenda w kwestii karania za posiadanie narkotyku w związku z przeznaczeniem go na własne potrzeby*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013, s. 1092–1105 oraz cyt. tam literatura.

zawsze uporać się z problemem dealerów, którzy bez większego ryzyka odpowiedzialności karnej rozprowadzali substancje psychoaktywne, posiadając przy sobie niewielkie ich ilości. Niemniej jednak objęcie kryminalizacją wszystkich postaci posiadania substancji psychoaktywnych, również niewielkiej ilości przeznaczonej na własny użytek, oznacza *de facto* stworzenie szerokiej możliwości postępowania się represją karną, zwłaszcza wobec osób uzależnionych. Chociaż z racji swojego nałogu wymagają one akurat odmiennego podejścia, które znacznie wykracza poza tradycyjne instrumentarium właściwe prawu karnemu. Rychło więc okazało się, że zaostrzona w tym względzie reakcja prawnokarna zamiast skutecznie przeciwdziałać zjawisku narkomanii odniosła skutek zupełnie przeciwny. W każdym razie, wbrew przyjętym założeniom legislacyjnym nie doprowadziła ona do ograniczenia konsumpcji substancji psychoaktywnych w Polsce. Co gorsze, wykreowała nową kategorię przestępców – osób uzależnionych oraz używających nielegalnie substancji psychoaktywnych³. Od roku 2000 znacząco bowiem wzrosła liczba osób skazanych za posiadanie środków odurzających lub substancji psychoaktywnych. Penalizacja tej czynności stała się zatem środkiem kryminalizacji używania substancji psychoaktywnych, a nie przeciwdziałania narkomanii. I z tego właśnie powodu można było spodziewać się, że ustawodawca chcąc odwrócić ów niekorzystny trend zarekomenduje zmianę dotychczasowego podejścia do konsumentów środków odurzających tudzież substancji psychotropowych.

I w rzeczy samej nowelizacją ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz innych niektórych ustaw⁴ wprowadzono do porządku prawnego przepis art. 62a, który stwarza możliwość bezwzględnego umorzenia postępowania wobec sprawców posiadających nieznaczne ilości środków odurzających, przeznaczonych na własny użytek. Zgodnie z treścią tego przepisu prokurator, a w stadium postępowania jurysdykcyjnego, sąd poddaje ocenie, przy spełnieniu wskazanych przesłanek, niecelowość orzeczenia kary ze względu na okoliczności popełnienia czynu, a także stopień jego społecznej szkodliwości.

Już pobieżna lektura przytoczonego powyżej unormowania pozwala stwierdzić, że przyjęte rozwiązanie nie przypomina w żadnym razie tego, które obowiązywało na gruncie art. 48 ust. 4 ustawy z 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁵. Nie prowadzi bowiem do depenalizacji posiadania substancji psychoaktywnych. Nadal w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii posiadanie tych ostatnich, nawet w ilości nieznacznej i na własny użytek, pozostaje czynem zabronionym pod groźbą kary. Właściwy sens omawianej instytucji wyczerpuje się natomiast w daleko idącym uproszczeniu procedury karnej w tego rodzaju sprawach. Przewiduje ono wszak mechanizm zaniechania ścigania i ukarania sprawców drobnych przestępstw związanych z konsumpcją środków odurzających i substancji psychotropowych, wobec

³ *Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 3420), s. 1, www.orka.sejm.gov.pl. Por. też E. Kuźmicz, Z. Mielecka-Kubień, D. Wiszejko-Wierzbička (red.), *Karanie za posiadanie. Art. 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – koszt, czas, opinie*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2009.

⁴ Dz.U. z 2011 r., Nr 117, poz. 678.

⁵ T.j. Dz.U. 2003 r., Nr 24, poz. 198 ze zm.

których realizacja represji karnej nie przyniosła jak dotąd pozytywnych rezultatów⁶. I w ocenie ustawodawcy zostałyby on przekreślony, gdyby co do zasady należało w całości przeprowadzić postępowanie przygotowawcze, które wobec niecelowości karania sprawcy, trzeba by następnie umorzyć. Dlatego też przewidział on umorzenie postępowania jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania karnego. W konsekwencji przyjętego założenia prokurator może odmówić wszczęcia postępowania i nie podejmować szeregu czynności następujących zazwyczaj po wydaniu postanowienia o wszczęciu postępowania.

Nie potrzeba chyba dalej dodawać, iż powyższa formuła „umorzenia niewszczętego postępowania” od samego początku więcej wzbudzała wątpliwości, znacznie mniej natomiast pewności, co do tego, czy za jej sprawą faktycznie da się osiągnąć spodziewane efekty nowelizacji w zakresie ekonomiki postępowania. W każdym razie bardziej pragmatycznie zorientowani autorzy kwestionując nie tyle samą wartość wypracowanego w tym zakresie rozwiązania, co wychodząc z realnej oceny możliwości umorzenia nieistniejącego w gruncie rzeczy postępowania wskazują, że niepotrzebnie komplikuje ono dostatecznie już utrwalony w procedurze karnej schemat, zgodnie z którym w zależności od momentu zaistnienia określonej przeszkody procesowej postępowania karnego nie wszczyna się, umarza się lub ewentualnie uniewinnia się oskarżonego od popełnienia zarzucanego mu czynu⁷. I właściwie na dobrą sprawę przypomina bardziej zaklinanie rzeczywistości, które przyjmuje postać nazywania tej samej instytucji (odmowy wszczęcia) mianem zarezerwowanym dla zupełnie innej (umorzenie). Wszak trudno wyobrazić sobie umorzenie czegoś, co nie zostało uprzednio wszczęte⁸.

Pozostawiając w tym miejscu na uboczu wartościowe wyniki przeprowadzonej w tym względzie analizy wydaje się, że na osobną uwagę zasługuje jeszcze jedna kwestia, która właściwie poza wartościowym opracowaniem P. Gensikowskiego⁹, jest jakby prawie w ogóle nie dostrzegana w literaturze przedmiotu, chociaż ma ona, jak należy sądzić, zasadnicze akurat znacznie dla ustalenia, czy i na ile dopuszczalna jest akceptacja konstrukcji „umorzenia przed wszczęciem postępowania”. A dotyczy ona relacji treściowych, jakie zachodzą pomiędzy tą ostatnią oraz instytucją przepadku, która aktualizuje się przecież w każdym bez wyjątku wypadku popełnienia przestępstwa posiadania niewielkich ilości substancji psychoaktywnych na własny użytek (art. 62 ust. 1 lub 3 u.p.n.). Zagadnienie to ulega jednak dalszemu skomplikowaniu, przede wszystkim dlatego, że organ procesowy konfrontowany jest niejako już „na samym wejściu” z dwoma różnymi jego rodzajami. Zwykle bowiem staje przed koniecznością orzeczenia przepadku zarówno zabezpieczonych w toku postępowania karnego środków odurzających bądź substancji psychotropowych, jak i powiązanych z nimi przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa ich

⁶ Szerzej zob. *uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii...*, op. cit., s. 14.

⁷ Tak A. Bojańczyk, T. Razowski, *W sprawie nieprzekraczalnych granic semantyki*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11, s. 142 i n.

⁸ *Ibidem*.

⁹ P. Gensikowski, *Instytucja przewidziana w art. 62 a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii a orzeczenie przepadku*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 2, s. 37–48.

posiadania wbrew przepisom ustawy. Nierzadko zresztą w praktyce okazuje się, że tylko co do tych ostatnich aktualizuje się w ogóle możliwość zastosowania przepadku. Dzieje się to zwłaszcza wtedy, gdy w zabezpieczonych woreczkach strunowych, metalowych pudełkach czy szklanych lufkach znajdują się jedynie śladowe ilości białego proszku. Wówczas nie podlega dyskusji, że przedmiotem przepadku powinien być ów woreczek strunowy, a nie przykładowo amfetamina, ponieważ trudno byłoby sobie wyobrazić orzeczenie o przepadku śladowych ilości białego proszku. Niezależnie zatem od tego, jak będziemy interpretować pojęcie „przedmiot służący do popełnienia przestępstwa” – szeroko czy też wąsko, to taki woreczek strunowy jest niewątpliwie takim przedmiotem, skoro umożliwiał dokonanie przestępstwa¹⁰.

W rezultacie takiego ścisłego odgraniczenia obu rodzajów przepadku różnie też przedstawia się podstawa normatywna rozstrzygnięć w tym zakresie. Przy czym należy tu od razu zastrzec, że tylko w odniesieniu do przepadku środków odurzających tudzież substancji psychotropowych (przedmiotów czynności wykonawczej) sprawa ta przedstawia się w miarę prosto. Wystarczy bowiem w tym względzie przywołać treść regulacji art. 70 ust. 2 u.p.n., z której jednoznacznie wynika, że w razie między innymi umorzenia postępowania w sprawie o przestępstwo z art. 62 u.p.n. orzeka się przepadek środka odurzającego lub substancji psychotropowej, nawet jeżeli nie były własnością sprawcy¹¹. Nie rozwijając w tym miejscu bardziej szczegółowo kwestii jego charakteru prawnego, gdyż powrócimy do niej nieco dalej, dodajmy dla ścisłości, że na gruncie art. 70 ust. 2 u.p.n. występuje on w charakterze środka zabezpieczającego. Ponieważ w przepisie tym mowa jest jedynie ogólnie o umorzeniu postępowania karnego, a zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby orzeczenie przepadku substancji psychoaktywnych tytułem środka zabezpieczającego nie mogło nastąpić w sytuacji niemal każdorazowej decyzji o umorzeniu postępowania, w tym także tej przewidzianej w art. 62a u.p.n.¹² Zresztą gdyby ustawodawca chciał ograniczyć orzeczenie przepadku na podstawie art. 70 ust. 2 u.p.n. tylko co do niektórych okoliczności warunkujących umorzenie postępowania karnego, z wykluczeniem pozostałych, musiałby to wyraźnie zaznaczyć, modyfikując odpowiednio w tym zakresie treść tego przepisu. Tymczasem tak nie jest. Nie dla wszystkich jednak taka konkluzja wydaje się oczywista. W literaturze przedmiotu podniesiono bowiem, że tak szeroka afirmacja umorzenia postępowania karnego jako podstawy orzeczenia przepadku środka odurzającego lub substancji psychotropowej jest zwykłym niedopatrzaniem ze strony ustawodawcy, które należałoby skorygować w drodze zawężającej interpretacji przesłanek tej decyzji procesowej do tych tylko, które powszechnie identyfikuje się z ogólną klauzulą „okoliczności wyłączających ukaranie” sprawcy czynu zabronionego zawartą w art. 45a k.k.

¹⁰ Wyrok SA w Katowicach z 29 XII 2011 r., II AKa 498/11, KZS 2012, nr 4, poz. 70.

¹¹ Według art. 70 ust. 3 u.p.n. przepadku nie orzeka się, jeżeli środek odurzający lub substancja psychotropowa są własnością osoby trzeciej, a sprawca uzyskał je w drodze przestępstwa lub wykroczenia albo wszedł w ich posiadanie w sposób rażąco naruszający obowiązki pracownicze albo warunki umowy łączącej go z właścicielem tych środków odurzających lub substancji psychotropowych.

¹² Tak P. Góralski, *Środki zabezpieczające w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015, s. 511.

(dawniej w art. 100 k.k.)¹³. Podzielając w pełni pogląd, że nie każda przyczyna umorzenia postępowania karnego może generować orzeczenie przepadku środka odurzającego lub substancji psychotropowej, trzeba zauważyć, że akceptacja takiego stanowiska doprowadzić może niechybnie do wypaczenia właściwej istoty art. 70 ust. 2 u.p.n. Zupełnie wszak pomija wyrażoną w nim wolę ustawodawcy możliwie jak najszerszego ujmowania podstaw prawnych stosowania przepadku. A wskazuje na nią chociażby chronologia omawianych tu rozwiązań. Ustawodawca poprzestał na takim a nie innym uregulowaniu podstaw przepadku z art. 70 ust. 2 u.p.n. pomimo świadomości istnienia w tym względzie odmiennych treściowo rozwiązań zawartych w art. 45a k.k. czy też art. 42 § 3 k.k.s.¹⁴ I wydaje się, że już sam ten fakt może stanowić wystarczającą rację przemawiającą za szerokim ujęciem umorzenia postępowania karnego jako przesłanki stosowania na podstawie art. 70 ust. 2 u.p.n. przepadku środka odurzającego lub substancji psychotropowej w charakterze środka zabezpieczającego, w każdym razie, zdecydowanie szerszym niż ma to miejsce w obowiązującym art. 45a k.k. czy art. 42 § 3 k.k.s.

Trafność tego spostrzeżenia można zweryfikować w inny jeszcze sposób, a mianowicie poprzez odwołanie się do funkcji przepadku orzeczanego na podstawie art. 70 ust. 2 u.p.n. W tym wypadku potrzeba jego zastosowania bierze się najogólniej z obawy, że sprawca wykorzysta przedmioty niejako „skażone” z uwagi na źródło pochodzenia ponownie dla celów niezgodnych z prawem. Chcąc zatem pozbawić go takiej sposobności należy zapobiec pozostawieniu ich w posiadaniu sprawcy i orzec przepadek. W ten sposób zabezpiecza się zarówno społeczeństwo, jak i samego sprawcę przed popełnieniem przezeń kolejnych czynów zabronionych związanych z dysponowaniem przedmiotami wbrew zakazowi¹⁵. I niewątpliwie ta funkcjonalna strona przepadku ujawnia się równie dobrze wówczas, gdy do umo-

¹³ Zdaniem M. Siwka nie sposób zaakceptować możliwości orzeczenia przepadku tytułem środka zabezpieczającego, gdyby do umorzenia postępowania doszło np. z powodu tego, że czynu nie popełniono, czyn nie zawierał ustawowych znamion czynu zabronionego lub zachodziła inna okoliczność wyłączająca ściganie, różna od okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Dwie pierwsze okoliczności, zdaniem cytowanego autora, wykluczają jakąkolwiek reakcję prawnokarną, także w postaci środków zabezpieczających, skoro nie ma możliwości ustalenia podmiotu czynu, nie dochodzi też do wypełnienia ustawowych znamion czynu zabronionego. W rezultacie orzekanie w tej sytuacji środka zabezpieczającego pozostawałoby w sprzeczności z jego istotą. Co prawda autor ten dopuszcza istnienie zagrożenia dla społeczeństwa, które wynika z faktu pozostawienia w obrocie środków odurzających lub substancji psychotropowych, jednakże przyznaje, że nie stanowi ono *se ipse* wystarczającego argumentu dla stosowania środka zabezpieczającego, który jest przecież jednym z narzędzi prawa karnego, gdy czynu w ogóle nie popełniono lub gdy czyn nie zawiera ustawowych znamion czynu zabronionego (M. Siwek, *Materialnoprawne podstawy orzekania środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym*, [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, t. 7, *Środki zabezpieczające*, 2. wyd., Warszawa 2015, s. 578–579).

¹⁴ Góralski P., *Środki zabezpieczające...*, *op. cit.*, s. 511.

¹⁵ Warto zaznaczyć, że przepadek orzeczony tytułem środka zabezpieczającego tym różni się od przepadku orzeczanego jako środek karny, że może być stosowany tylko wobec sprawcy, co do którego sąd nie wydaje wyroku skazującego (szerzej na ten temat K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek w polskim prawie karnym*, Zakamycze 2004, s. 206).

rzenia postępowania karnego dochodzi z przyczyn częściowo wskazanych w art. 17 § 1 k.p.k., jak i tych wymienionych w art. 62a u.p.n.¹⁶

Z tego co dotychczas powiedziano wynika, że art. 70 ust. 2 u.p.n. traktuje wprost jedynie o przypadku środków odurzających lub substancji psychotropowych. Nic natomiast nie wspomina o przypadku narzędzi służących do popełnienia przestępstwa z art. 62 ust. 1 lub 3 u.p.n. Wobec przemilczenia tej kwestii w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii, uzasadnione wydaje się przeto skorzystanie z regulacji przewidzianych w kodeksie karnym. Zwłaszcza że zachęca do tego ogólna klauzula wyrażona w przepisie art. 116 k.k., w oparciu o którą zagadnienia nieuregulowane w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii a związane z przeciwdziałaniem tej ostatniej można i trzeba dopełnić przepisami zawartymi w części ogólnej kodeksu karnego¹⁷. Wychodząc z tego właśnie założenia judykatura zaczęła więc sięgać do przepisu art. 44 § 2 k.k., nie zważając jednak przy tym zupełnie na to, iż tego rodzaju praktyka jest co prawda dopuszczalna, ale tylko wtedy, gdy mamy do czynienia ze skazaniem sprawcy¹⁸. Tam zaś gdzie dochodzi do umorzenia postępowania karnego, w tym z powodów określonych w art. 62 a u.p.n., zaproponowane rozstrzygnięcie okazuje się być po prostu chybione, jako że nie znajduje należytego oparcia w tekście cytowanego powyżej przepisu. To oczywiście wcale nie oznacza, iż problemu tego nie da się rozwiązać na innej drodze. Poszukując, jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, właściwego w tej mierze punktu odniesienia P. Gensikowski zauważył, nie bez racji zresztą, że skoro przypadek narzędzi czynu zabronionego występuje w kodeksie karnym w podwójnej niejako roli, raz jako środek karny, kiedy indziej znów jako środek zabezpieczający, możliwe a nawet wysoce pożądane byłoby jego zakotwiczenie właśnie w art. 100 k.k. (obecnie art. 45a k.k.)¹⁹. A ujmując rzecz bardziej dosłownie, w jednej z wymienionych w jego

¹⁶ Gensikowski P, *Instytucja przewidziana w art. 62 a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii...*, *op. cit.*, s. 40.

¹⁷ Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii zawiera wyraźne wyłączenie tylko w odniesieniu do przepisów 93a § 1 pkt 1–3 k.k. (patrz art. 74 u.p.n. zgodnie z którym „W zakresie uregulowanym w niniejszym rozdziale nie stosuje się środków zabezpieczających określonych w art. 93a § 1 pkt 1–3 Kodeksu karnego w odniesieniu do sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 5 Kodeksu karnego”).

¹⁸ W wyroku z 20 I 2004 r. Sąd Apelacyjny w Lublinie błędnie orzekł o dowodach rzeczowych w postaci pudełka metalowego, tacki z szyby oraz łopatk. Podstawą prawną orzeczenia przypadku tych przedmiotów nie może być – bezzasadnie przez sąd przyjęty – art. 55 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 75, poz. 468), jako że dotyczy on wyłącznie środków odurzających i psychotropowych. Może i powinien nim być natomiast przepis art. 44 § 2 k.k., skoro przedmioty te służyły do popełnienia przestępstwa (sygn. II AKa 390/03, KZS 2005, nr 1, poz. 30). Podobnie Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 12 III 2014 r., II AKa 41/14, Lex, nr 1451870.

¹⁹ Przypadek jako środek zabezpieczający ulokowany był dotychczas w treści art. 100 oraz art. 99 § 1 k.k. Wraz ze zmianą art. 99 k.k. i uchynieniem art. 100 k.k. wprowadzono całkiem nowy przepis art. 45a k.k., który już przy pierwszym przybliżeniu okazuje się być syntezą tych dwóch pierwszych. Mimo to ustawodawca dość zdecydowanie podkreśla w uzasadnieniu projektu zmian opracowanego przez Komisję Prawa Karnego, że art. 45a zawiera środek o charakterze administracyjnym (zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, w redakcji z dnia 5 listopada 2013 r., s. 14; <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/> [dostęp: 16.06.2016].

treści przesłanek, tej mianowicie, która oznaczona została przez ustawodawcę jako tzw. okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Dystansując się w tym miejscu od sporów w zakresie charakterystyki tego wyrażenia możemy z pewnym uproszczeniem przyjąć, że obejmuje ono tylko takie okoliczności, których skutki prawne polegają na wyłączeniu ukarania sprawcy. Przy czym bez znaczenia dla takiej ich oceny jest to, czy wywodzą się one spośród przeszkód procesowych, a więc mają formalnoprawny charakter, czy też określone zostały w przepisach prawa materialnego²⁰. Poza tą kategorią pojęciową znajdują się natomiast wszystkie te okoliczności, których skutki są nieco dalej idące i polegają albo na uchyleniu winy, albo też bezprawności czynu²¹. Jednocześnie należy podkreślić, że okoliczności wyłączające ukaranie sprawcy odnoszą się do wypadków, w których mamy do czynienia z czynem zabronionym, czyli zachowaniem o znamionach określonych w ustawie karnej (art. 115 § 1 k.k.), odpowiadającym cechom typu czynu zabronionego pod groźbą kary, kiedy jednak tej kary wymierzyć nie można. Stąd też możemy do nich zaliczyć zarówno te sytuacje, w przypadku których przepis karny posługuje się zwrotem „nie podlega karze”, jak i takie, gdzie ukaranie sprawcy wyklucza przedawnienie ścigania lub wyrokowania czy też wyraźna rezygnacja ustawodawcy z karania²².

W tym miejscu bez wahania możemy powiedzieć, że sprawa przedstawia się dokładnie tak samo z instytucją zawartą w art. 62a u.p.n. Przede wszystkim przepis ten operując terminami, które odnoszą się wprost do czynu zabronionego („przedmiot czynu”, „okoliczności popełnienia czynu”) tudzież jego sprawcy („na własny użytek sprawcy”, „orzeczenie wobec sprawcy kary”) bezspornie dowodzi, że umorzenie postępowania może nastąpić jedynie wówczas, gdy podejrzany urzędując swoim zachowaniem cały komplet ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 62 ust. 1 lub 3 u.p.n. i to w warunkach, w których jego odpowiedzialność

²⁰ O niejedynolitym stosunku doktryny co do istoty okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy czynu zabronionego świadczą jej poglądy zawarte m.in. w opracowaniach P. Góralski, *O wątpliwościach dotyczących „okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy czynu zabronionego” jako przesłance zastosowania przepadu tytułem środka zabezpieczającego*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 11–12, s. 166 i n.; idem, *Reforma unormowań poświęconych środkom zabezpieczającym z dn. 20 lutego 2015 r.* (w druku); idem, *Środki zabezpieczające...*, op. cit., s. 497–515; J. Raglewski, *Podstawy orzekania środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym w kodeksie karnym z roku 1997*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 44–51; M. Siwek, K. Postulski, *Przepadek w polskim prawie karnym...*, op. cit., s. 218; M. Siwek, *Materialne podstawy orzekania środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym*, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 7, *Środki zabezpieczające...*, op. cit., s. 596–618; idem, *Okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego jako przesłanka orzeczenia przepadu tytułem środka zabezpieczającego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2011, nr 2, s. 6 i n.

²¹ K. Postulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 13 marca 1984 r.*, VI KZP 47/83, „Nowe Prawo” 1985, nr 3, s. 102 oraz J. Warylewski, *Orzekanie przepadu tytułem środka zabezpieczającego wobec sprawcy czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6, s. 125–127.

²² M. Siwek, *Okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego jako przesłanka orzeczenia przepadu tytułem środka zabezpieczającego...*, op. cit., s. 232. Nie bez powodu twierdzi się zresztą, że stosowanie środków zabezpieczających o charakterze leczniczym tudzież administracyjnym, w płaszczyźnie procesowej powinno zawsze odpowiadać wyrokowi umarzającemu postępowanie (Siwek M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2010 r.*, IV KK 52/10, Lex/el. 2011, teza 13).

karna nie zostanie przekreślona z powodu okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego bądź winę sprawcy. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy czyn sprawcy nie stanowi przestępstwa wskutek znikomego stopnia społecznej szkodliwości. Zgodnie z intencją ustawodawcy przepis art. 62a u.p.n. ma bowiem dotyczyć czynów zabronionych określonych w art. 62 ust. 1 lub 3 u.p.n., które cechuje stopień społecznej szkodliwości wyższy niż znikomy, lecz nie na tyle wyższy, aby wykluczyć uznanie, że wymierzenie sprawcy kary byłoby niecelowe²³.

Z tego dalej wynika, że umorzenie postępowania z art. 62a u.p.n. aktualizuje się jedynie wtedy, gdy wymierzenie sprawcy kary jest w pełni dopuszczalne. Mimo to organ procesowy po stwierdzeniu, że przedmiotem czynu, o którym mowa powyżej, są środki odurzające lub substancje psychotropowe w ilości nieznacznej, przeznaczone na własny użytek sprawcy oraz że niecelowe jest orzeczenie wobec sprawcy kary ze względu na okoliczności popełnienia czynu, jak i stopień jego społecznej szkodliwości, podejmuje decyzję procesową o umorzeniu postępowania karnego, której bezpośrednim rezultatem jest rezygnacja z ukarania sprawcy takiego czynu. W ten sposób i dlatego właśnie wyrażone przez P. Gensikowskiego przekonanie o tym, że instytucja zawarta w art. 62a u.p.n. odpowiada istocie „okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy” umożliwiającej zgodnie z art. 45a k.k. orzeczenie przepadku narzędzi służących do popełnienia czynu zabronionego tytułem środka zabezpieczającego zasługuje na całkowitą aprobatę. Oceny tej przy tym nie podważa fakt, że umorzenie postępowania z art. 62a u.p.n. ma charakter fakultatywny, a wymienione w tym przepisie przesłanki *se ipse* nie stoją na przeszkodzie wszczęciu i kontynuowaniu postępowania. Czyli nie stanowią negatywnych przesłanek procesowych oznaczających obligatoryjność newszczyniania lub umorzenia postępowania, tak jak to się dzieje w przypadku innych okoliczności uznawanych za wyłączające ukaranie sprawcy czynu zabronionego w rozumieniu art. 45a k.k. Trzeba jednak zauważyć, że pomimo fakultatywnego ujęcia analizowanej instytucji należałoby przyjąć ze względów celowościowych domniemanie jej obligatoryjnego charakteru. Jaki bowiem cel materialnoprawny czy procesowy w razie spełnienia wszystkich okoliczności wymienionych w tym przepisie miałyby towarzyszyć dalszemu postępowaniu karnemu²⁴. Ale nawet jeśli takie wytlumaczenie byłoby niewystarczające, przywiązywanie nadmiernej wagi do obligatoryjnego czy fakultatywnego charakteru danej instytucji jako okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy w ujęciu art. 45a k.k. nie wydaje się słuszne również z uwagi na konsekwencje w zakresie wymiaru kary. Zarówno przy umorzeniu postępowania z art. 62a u.p.n., jak i zastosowaniu innych okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy czynu zabronionego nie dochodzi przecież do ukarania sprawcy, a więc wymierzenia mu kary²⁵. A to, jak się zdaje, stanowi rys charakterystyczny

²³ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii..., *op. cit.*, s. 13.

²⁴ B. Wilamowska, Komentarz do art. 62a, [w:] P. Kładoczny (red.), B. Wilamowska., P. Kubaszewski, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, Warszawa 2013, s. 92–93.

²⁵ Tak P. Gensikowski, *Instytucja przewidziana w art. 62 a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii...*, *op. cit.*, s. 44.

wszystkich bez wyjątku okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy na podstawie art. 45a k.k. Dodajmy zresztą, że przewaga indywidualnego podejścia widoczna w konstrukcji prawnej art. 62a u.p.n. zapobiec ma automatyzmowi w jego stosowaniu. Wszak obligatoryjność wyłącza zwykle jakąkolwiek merytoryczną decyzję w tym zakresie, przerzucając cały ciężar związany z jej podjęciem z organu na ustawę. Skoro ten ostatni musi daną instytucję orzec, jej celowość wymyka się spod jego kontroli. I w ten sposób ona sama traci na znaczeniu. Jedynym więc rozsądnym wyjściem w tej sytuacji, umożliwiającym realizację również innych celów prawa karnego (prewencji generalnej, celów terapeutycznych) w przypadku tzw. drobnego posiadania jest pozbawienie formuły przewidzianej w art. 62a u.p.n. przymiotu obligatoryjności i zastąpienie jej fakultatywnym trybem stosowania.

Wywód P. Gensikowskiego, zgodnie z którym art. 62a u.p.n. stanowi przykład okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy w znaczeniu przyjętym w art. 45a k.k. znajduje wreszcie oparcie w funkcjonalnej stronie przepadku jako środka zabezpieczającego. Ponieważ przepadek orzekany w tym charakterze pełni bez mała wszystkie funkcje tradycyjnie przypisywane karom czy też środkom karnym, za wyjątkiem funkcji represyjnej której jest on akurat pozbawiony, upatrywać w nim można czynnik istotnie wzmacniający ocenę o niecelowości ukarania sprawcy przestępstwa z art. 62 ust. 1 lub 3 u.p.n.²⁶ Całkowita rezygnacja z zastosowania przepadku względem sprawcy, który w warunkach braku ukarania faktycznie zrealizował przedmiotowe znamiona wskazanego czynu zabronionego mogłaby bowiem spotkać się z uzasadnioną krytyką. Poza dość oczywistą funkcją zabezpieczającą – szczególnie w zakresie prewencji indywidualnej czy pozytywnej prewencji generalnej, chodzi przecież także o to, aby uczynić zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Szczególnie, że mamy tu do czynienia z przedmiotami, których pozostawienie w obrocie właśnie z uwagi na interes publiczny byłoby wysoce niewskazane²⁷. Tak czy owak w tego rodzaju sytuacjach perspektywa orzeczenia przepadku jako środka zabezpieczającego powinna tylko sprzyjać decyzji o umorzeniu postępowania w ramach art. 62a u.p.n. Wprawdzie z uwagi na brzmienie art. 45a k.k. przepadek ma tutaj charakter fakultatywny, to jednak wszędzie tam, gdzie zapada wymienione rozstrzygnięcie, sąd powinien rozważyć jego orzeczenie w tym charakterze, o ile zachodzą przesłanki określone w art. 44 § 2 k.k.

W tym miejscu należałoby uzupełnić powyższe ustalenia i dodać, że pogląd dopuszczający stosowanie przepadku jako środka zabezpieczającego w sytuacji zaniechania ukarania sprawcy, pomimo ostatnich zmian w jego jurydycznej klasyfikacji, nie stracił wiele na swej aktualności. Nadal bowiem przepadek może być środkiem reakcji prawnokarnej zamieszczanym w wyroku skazującym albo środkiem

²⁶ Z uwagi na fakt, że orzeczenie przepadku w charakterze środka zabezpieczającego nie jest wymierzaniem kary sprawcy czynu zabronionego, jego zasadniczym celem nie może być zadanie mu dolegliwości. Możliwa w tym względzie dolegliwość, wynikająca z faktu jego zastosowaniem nie ma w każdym razie charakteru odwetowego, lecz jest nieodzownym „działaniem ubocznym” związanym raczej z wykonywaniem tego środka zabezpieczającego (S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 439). Z tego też względu celna jest uwaga M. Cieślaka, iż mamy tutaj do czynienia z dolegliwością nie zamierzoną, lecz tylko nieuniknioną (M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990, s. 479).

²⁷ Wyrok SN z 12 II 1946 r., K 375/45, „Państwo i Prawo” 1946, z. 4, s. 99.

zabezpieczającym, gdy skazać sprawcy czynu karalnego z różnych powodów nie można. *Tertium non datur*. Z całą pewnością jednak brak przyporządkowania przypadku do którejkolwiek ze znanych nam kategorii środków reakcji prawnokarnej, tj. kar, środków karnych, środków zabezpieczających, środków kompensacyjnych czy środków związanych z poddaniem sprawcy próbie zamiast doprowadzić do uzgodnienia poglądów na temat prawnej jego charakterystyki potęguje tylko istniejące w tym zakresie wątpliwości²⁸. Przede wszystkim nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że jest on pozbawiony charakteru „karnego”. O ile bowiem w razie przypadku przedmiotów (korzyści majątkowych) pochodzących z przestępstwa (*producta sceleris*) stanowisko powyższe dałoby się jeszcze jakoś obronić, o tyle traci ono zupełnie na znaczeniu w sytuacji przypadku przedmiotów służących lub przeznaczonych do popełnienia przestępstwa (*instrumenta sceleris*). Chodzi tutaj przecież o utrudnienie czy wręcz uniemożliwienie kontynuowania przestępczej działalności poprzez pozbawienie sprawcy koniecznych do tego narzędzi. A skoro tak, to nie można odmówić tej postaci przypadku przymiotu środka karnego. Tym bardziej, że z art. 56 k.k. wynika wprost, że do przypadku jako „innego środka przewidzianego w tym kodeksie” mają zastosowanie dyrektywy sądowego wymiaru kary pomieszczone w art. 53, art. 54 § 1 i art. 55 k.k. Przewidziane tam wyłączenie dotyczy bowiem tylko środka kompensacyjnego z art. 46 k.k. Podobnie usunięcie przypadku z rozdziału zawierającego środki zabezpieczające i przeniesienie go do nowo utworzonego rozdziału Va zatytułowanego „Przepadek i środki kompensacyjne” wbrew deklaracjom ustawodawcy nie wnosi wcale do sprawy niczego nowego. Głównie dlatego, że o prawnej charakterystyce tego środka decydują jego właściwości normatywne, w tym zwłaszcza cele, których realizacji służy, nie zaś fakt pomieszczenia go w tym, czy innym rozdziale kodeksu karnego²⁹. A właśnie uwzględnienie ich

²⁸ Zdaniem J. Raglewskiego w zaistniałej sytuacji jedynym rozsądnym wyjściem jest umiejscowienie przypadku w osobnym rozdziale zatytułowanym „Przepadek”, obejmującym obecne art. 44–45a k.k. i traktowanie go jako instytucji zbliżonej pod względem charakterystyki jurystycznej do środka o charakterze administracyjnym (J. Raglewski, *Rozdział III Przepadek i środki kompensacyjne*, [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, M. Melezini (red.), 2. wyd., Warszawa 2016, s. 788–791; idem, *Przepadek i środki kompensacyjne w projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, z. 13, s. 126–127; por. też B.J. Stefańska, *Przepadek przedmiotów*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Środki karne po nowelizacji w 2015 roku*, Warszawa 2016, s. 333–334). Pytanie tylko, czy wprowadzenie w miejsce znanych podziałów instrumentarium prawnokarnego całkiem nowych jest zabiegiem, który faktycznie pozwoli rozwikłać wszystkie wątpliwości jakie wyłaniają się na tle stosowania instytucji przypadku?

²⁹ Tak właśnie P. Góralski, który dodatkowo wskazuje, że historia rodzimych uregulowań prawa karnego zna przypadki lokowania środków zabezpieczających poza rozdziałem im dedykowanym. Nie wymieniając tu wszystkich za cyt. autorem można przywołać rozwiązania dotyczące m.in. dozoru Policji przewidziane w rozp. Prezydenta RP z 1934 r. i z 1938 r., nadzoru ochrony i umieszczenia recydywistów w OPS w k.k.z 1969 r., faktycznych środków zabezpieczających stosowanych wobec włóczęgów i żebraków na mocy pozakodeksowych aktów prawnych z lat: 1927 i z 1950, środków – faktycznie zabezpieczających określanych jako: „kara” – przepadek orzekany w razie braku skazania oraz środków leczniczo-zapobiegawczych – z projektu k.k. z 1951 r. czy środków leczniczo-administracyjnych z projektu k.k. z 1963 r. (P. Góralski, *Środki zabezpieczające...*, *op. cit.*, odpowiednio: s. 74–78 i 209, 135–137, 139–142, 168, 173, 179–180). Również wszystkie ustawy związane z problematyką narkomanii przewidywały i wciąż przewidują instytucje, które choć tak nie nazwane przypominają z natury środki zabezpieczające

w należyтым stopniu pozwala przyjąć, że przepadek zawarty w art. 45a k.k. dalej pozostaje środkiem zabezpieczającym. I że w efekcie takiego przetasowania nie możemy jedynie odnosić do niego ogólnych zasad dotyczących środków zabezpieczających określonych w rozdziale X k.k. Gdyby do tego jeszcze dorzucić, że w zakresie przestępstw skarbowych oraz wykroczeń skarbowych przepadek wciąż funkcjonuje jako środek zabezpieczający o charakterze administracyjnym (art. 22 § 3 pkt 6 i art. 47 § 4 k.k.s.), którego zakres stosowania odpowiada przesłankom określonym w art. 45a k.k., to akceptacja wyrażonego powyżej stanowiska nie powinna już dłużej podlegać jakiegokolwiek dyskusji. Wręcz odwrotnie, nasuwać może dość smutną refleksję o braku należytej dbałości ustawodawcy o wewnętrzną spójność polskiego prawa karnego. Równie dobrze można było przecież połączyć w tym samym rozdziale kodeksu karnego środki karne oraz administracyjne środki zabezpieczające, skoro mają tę samą treść³⁰.

I teraz jest tu dopiero miejsce, aby powrócić do pytania o możliwość pogodzenia przypadku z przyjętą przez ustawodawcę formułą umorzenia postępowania przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia. Przede wszystkim należy zauważyć, że postanowienie oskarżyciela o umorzeniu postępowania na podstawie art. 62 a u.p.n. nie może zawierać rozstrzygnięcia w przedmiocie przypadku. Ponieważ stanowi on element wymiaru sprawiedliwości jego orzeczenie zarezerwowane jest w całości dla sądu³¹. To zaś oznacza, że po uprawomocnieniu się wspomnianego postanowienia oskarżyciel korzystając z rozwiązania przewidzianego w art. 323 § 3 zd. 1 k.p.k. występuje do sądu z odrębnym wnioskiem o orzeczenie przypadku w obu jego postaciach. Chociaż z treści tego przepisu mogłoby wynikać, iż wspomniany tryb procedowania dotyczy wyłącznie wniosku o orzeczenie przypadku narzędzi tytułem środka zabezpieczającego. Mowa w nim wszak o wystąpieniu do sądu z wnioskiem o orzeczenie przypadku „(...) w razie istnienia podstaw określonych w art. 45a Kodeksu karnego (...)”. Wyraźnie przeto brakuje tutaj wzmianki o przypadku środków odurzających lub substancji psychotropowych z art. 70 ust. 2 u.p.n. Nie wydaje się jednak, aby istniejącego w tym zakresie niedopatrzenia ustawodawcy nie można było, mając zwłaszcza na uwadze cel orzekania tego rodzaju przypadku, usunąć na drodze analogii i również wobec niego zastosować przepis art. 323 § 3 zd. 1 k.p.k. jako ten najbardziej właściwy. Brak formalnoprawnej podstawy orzeczenia środka zabezpieczającego w postaci przypadku w sytuacji, gdy jego orzeczenie przewidują przepisy materialne, nie powinien stanowić *se ipse* przeszkody w jego orzeczeniu, jeżeli nie chcemy doprowadzić do sprzeczności w ramach jednej i tej samej gałęzi prawa³². W każdym razie złożenie przez oskarżyciela wniosku odnośnie przypadku przedmiotów przestępstwa

(por. art. 34 ustawy o zapobieganiu narkomanii z 1985 r., art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 1997 r. oraz art. 71 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 2005 r.).

³⁰ P. Góralski, *Środki zabezpieczające...*, op. cit., s. 557.

³¹ Przepis art. 46 Konstytucji RP dopuszcza przepadek rzeczy tylko w przypadkach wskazanych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu. Przepis ten nie przewiduje przy tym żadnego wyjątku od ogólnej kognicji sądu w tych sprawach, ani też możliwości określenia przez ustawodawcę takiego wyjątku w drodze zwykłej ustawy.

³² K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek w polskim prawie...*, op. cit., s. 263.

(art. 70 ust. 2 u.p.n.) oraz przypadku narzędzi przestępstwa (art. 45a k.k.) wiąże sąd powołany do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji w tym sensie, że powinien on skierować wspomniany wniosek do rozpoznania na posiedzeniu wyznaczonym w oparciu o normę art. 339 § 1 k.p.k.

Uwzględnienie wniosku w zakresie przypadku wymaga, co oczywiste, dysponowania przez organ orzekający wiarygodnymi informacjami na temat rodzaju oraz rzeczywistej ilości zabezpieczonych w toku postępowania karnego substancji psychoaktywnych. Tymczasem dostarczyć je może wyłącznie biegły toksykolog. Dodajmy zresztą, że weryfikacja tych danych musi też poprzedzać decyzję oskarżyciela o umorzeniu postępowania z art. 62a u.p.n. I właśnie konieczność jego powołania przekreśla możliwość poprzestania na postępowaniu w niezbędnym zakresie, które przewiduje art. 308 k.p.k., a z myślą o którym ustawodawca konstruował przecież przepis art. 62a u.p.n. Nie podlega bowiem dyskusji, iż odniósł on przewidziane w nim umorzenie przed wszczęciem postępowania do sytuacji, w której zachodzi potrzeba realizacji konkretnych czynności procesowych w ramach śledztwa lub dochodzenia, ale tylko w niezbędnym zakresie. Wprawdzie katalog możliwych do wykonania w tym trybie czynności jest otwarty, to jednak nie oznacza to jeszcze, iżby na tej podstawie dozwolone były wszystkie bez wyjątku czynności procesowe. Niedopuszczalne jest akurat wydanie postanowienia o przeprowadzeniu badań fizykochemicznych przez właściwego biegłego. Co więcej, ustawodawca zapomniał również, że czynności w niezbędnym zakresie są w istocie elementem postępowania przygotowawczego, które tak czy inaczej zostaje uruchomione wraz z podjęciem chronologicznie pierwszej z nich³³. Już samo to sprawia, że pomysł „umorzenia niewszczętego postępowania”, pozostając w dość luźnym związku z podstawowymi zasadami procesu karnego, właściwie zupełnie rozmija się z celem dla którego został powołany. Można nawet zaryzykować i powiedzieć, że narażając się na ten między innymi zarzut, stanowi on w gruncie rzeczy najsłabsze ogniwo regulacji zawartej w art. 62a u.p.n., która zgodnie z przyjętym założeniem miała wreszcie przynieść wolne od krytyki rozwiązanie kwestii sprawców drobnych przestępstw związanych z konsumpcją narkotyków. Z tego też względu jest całkiem prawdopodobne, że przepis art. 62a u.p.n. w tej części, która dopuszcza możliwość umorzenia postępowania karnego przed jego wszczęciem ostatecznie może nie spełnić oczekiwań, które leżały u podstaw jego statuowania.

BIBLIOGRAFIA

- Bojańczyk A., Razowski T., *W sprawie nieprzekraczalnych granic semantyki*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 11.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990.
- Gensikowski P., *Instytucja przewidziana w art. 62a ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii a orzeczenie przypadku*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 2.

³³ W. Grzeszczyk, *Przebieg postępowania przygotowawczego*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 1997, s. 7.

- Góralski P., *O wątpliwościach dotyczących „okoliczności wyłączającej ukaranie sprawcy czynu zabronionego” jako przesłanki zastosowania przepadu tytułem środka zabezpieczającego*, „Przegląd Sądowy” 2009, nr 11–12.
- Góralski P., *Środki zabezpieczające w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015.
- Góralski P., *Reforma unormowań poświęconych środkom zabezpieczającym z dn. 20 lutego 2015 r.* (w druku).
- Grzeszczyk W., *Przebieg postępowania przygotowawczego*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa 1997.
- Kładocznny P. (red.), Wilamowska B., Kubaszewski P., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, Warszawa 2013.
- Kuźmicz E., Mielecka-Kubień Z., Wiszejko-Wierzbička D. (red.), *Karanie za posiadanie. Art. 62 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii – koszt, czas, opinie*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2009.
- Postulski K., *Glosa do uchwały SN z dnia 13 marca 1984 r., VI KZP 47/83, „Nowe Prawo” 1985, nr 3.*
- Postulski K., Siwek M., *Przypadek w polskim prawie karnym*, Zakamycze 2004.
- Raglewski J., *Podstawy orzekania środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym w kodeksie karnym z roku 1997, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4.*
- Raglewski J., *Kilka uwag de lege lata i de lege ferenda w kwestii karania za posiadanie narkotyku w związku z przeznaczeniem go na własne potrzeby*, [w:] A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska (red.), *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana Skupińskiego*, Warszawa 2013.
- Raglewski J., *Przypadek i środki kompensacyjne w projektowanej nowelizacji Kodeksu karnego, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, z. 13.*
- Raglewski J., *Rozdział III Przypadek i środki kompensacyjne*, [w:] M. Melezini (red.), *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, 2. wyd., Warszawa 2016.
- Siwek M., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2010 r., IV KK 52/10, Lex/el. 2011, teza 13.*
- Siwek M., *Okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego jako przesłanka orzeczenia przepadu tytułem środka zabezpieczającego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2011, nr 2.
- Siwek M., *Materialnoprawne podstawy orzekania środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym*, [w:] *System Prawa Karnego, t. 7, Środki zabezpieczające*, L.K. Paprzycki (red.), 2. wyd., Warszawa 2015.
- Stefańska B.J., *Przypadek przedmiotów*, [w:] R.A. Stefański (red.), *Środki karne po nowelizacji w 2015 roku*, Warszawa 2016.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 1 kwietnia 2011 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3420)*, www.orka.sejm.gov.pl
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, w redakcji z dnia 5 listopada 2013 r.*, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/> [dostęp: 16.06.2016].
- Warylewski J., *Orzekanie przepadu tytułem środka zabezpieczającego wobec sprawcy czynu zabronionego*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 6.
- Wyrok SN z 12 II 1946 r., K 375/45, „Państwo i Prawo” 1946, z. 4.
- Wyrok SA w Lublinie z 20 I 2004 r. II AKa 390/03, KZS 2005, nr 1, poz. 30.
- Wyrok SA w Katowicach z 29 XII 2011 r., II AKa 498/11, KZS 2012, nr 4, poz. 70.
- Wyrok SA we Wrocławiu z 12 III 2014 r., II AKa 41/14, Lex, nr 1451870.

PRZEPADEK A INSTYTUCJA UMORZENIA POSTĘPOWANIA Z ART. 62A USTAWY O PRZECIWDZIAŁANIU NARKOMANII

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest zagadnienie prawnej dopuszczalności orzeczenia przepadku przedmiotów przestępstwa oraz przepadku narzędzi przestępstwa w razie zastosowania nowej instytucji przewidzianej w art. 62a u.p.n., która zakłada umorzenie postępowania karnego w sprawach o czyny zabronione określone w art. 62 ust. 1 i 3 u.p.n. Poza tą kwestią autorka rozważa, czy i na ile możliwe jest pogodzenie orzeczenia przepadku w obu jego postaciach z tą częścią przepisu art. 62a u.p.n., która zakłada „umorzenie postępowania karnego przed wszczęciem”.

Słowa kluczowe: umorzenie postępowania karnego, środek odurzający, substancja psychotropowa, przepadek

FORFEITURE VERSUS DISCONTINUANCE OF A PROCEEDING IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 62 OF ACT ON PREVENTING DRUG ADDICTION

Summary

The topic of the article is the issue of legal admissibility of the ruling of forfeiture of objects of crime and forfeiture of instruments of crime in case of applying a new legal measure laid down in Article 62a of Act on Preventing Drug Addiction (APDA), which envisages discontinuance of a criminal proceeding in case of offences specified in Article 62 (1) and (3) APDA. Apart from this issue, the author is considering whether and to what extent it is possible to reconcile the ruling of forfeiture in the two forms with the part of the provision of Article 62a APDA, which assumes “discontinuance of a proceeding prior to its initiation”.

Key words: discontinuance of a criminal proceeding, intoxicating substance, psychoactive substance, forfeiture

UWAGI O PRZESTĘPCZOŚCI KOBIET WE FRANCJI*

JOANNA BRZEZIŃSKA**

1. WSTĘP

Obecnie termin „przestępczość kobieca” jest niezwykle popularny w kryminologii francuskiej, choć pojawiał się on już w opracowaniach z XIX wieku¹. W badaniach nad przestępczością wyodrębniano wówczas poszczególne kategorie sprawców, a jedną z nich stanowiły kobiety². Jak podkreślano, popełniały one zwykle przestępstwa ze „sfery prywatnej”, takie jak dzieciobójstwo, czy zabójstwo, których ofiarą była osobą bliską – dzieckiem lub partnerem. Stąd zwłaszcza w poprzednim stuleciu stwierdzano we Francji dominację kobiet – sprawczyń w strukturze przestępczości rodzinnej, ukierunkowanej przeciw bliskim. W rzeczywistości, jeśli kobiety rzadziej występowały w populacji przestępczej niż mężczyźni, działo się tak dlatego, że dokonywane przez nie przestępstwa były w słabszym stopniu kryminalizowane lub spotykały się z większą pobłażliwością ze strony sądów. Ponadto sprawczynie były również znacznie rzadziej notowane, ze względu na niższą wykrywalność (dzieciobójstwo, aborcja) realizowanych przez nie czynów zabronionych³. Współcześnie we Francji podkreśla się, że różnica między sprawcami, a sprawczyniami⁴ zarysowuje się przede wszystkim w częstotliwości realizacji poszczególnych kategorii prze-

* Niniejszy artykuł stanowi rezultat prac związanych z realizacją projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki. Kierownikiem projektu jest dr J. Brzezińska (nr DEC 2015/19/B/HS5/03042).

** dr, Katedra Prawa Karnego Materialnego Uniwersytetu Wrocławskiego

¹ <http://crimefeminin.free.fr/qui-sont-criminelles.html>

² M. Agrapart-Delmas, *Les femmes criminelles*, [w:] *Déviances et délinquances. Approches psychosociales et pénales*, Paryż 2009, s. 187.

³ A. Laingui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal. Le droit pénal*, I, ed. Cujas, s. 172 i n.

⁴ D. Deligny, *Délinquance et criminalité féminine: une exception difficile à appréhender*, Observatoire de la Justice Pénale, <http://www.justicepenale.net/single-post/2016/03/29/D%C3%A9linquance-et-criminalit%C3%A9-f%C3%A9minine-une-exception-difficile-%C3%A0-appr%C3%A9hender>

stępstw⁵, a brak symetrii między aktywnością kryminogenną kobiet i mężczyzn z perspektywy statystycznej uwidacznia się dziś nawet bardziej, niż dawniej⁶.

Aktualnie wraz z rozwojem przestępczości we Francji, u kobiet – sprawczyń zaobserwowano zdecydowany wzrost towarzyszącej im aktywności kryminalnej – przemocy oraz agresji. Jednocześnie karniści francuscy zwracają uwagę, że samo pojęcie „akt przemocy” pozostaje w wysokim stopniu niejednolite, a terminem tym we francuskim prawie karnym określa się katalog przestępstw, od uszczerbku na zdrowiu do zabójstwa premedytowanego⁷, trudno zatem jednoznacznie stwierdzić, dlaczego tak zmienna jest frakcja aktów z użyciem przemocy, które popełniają kobiety. Z analiz wynika, że w 2008 r. francuskie sprawczynie zrealizowały o 21,7% przestępstw z użyciem przemocy więcej niż w 2003 r., ponadto liczba nieletnich kobiet realizujących akty przemocy uległa podwojeniu w ciągu 5 lat (z 3521 w 2003 r. do 7079 w 2008 r. – wzrost o ponad 100%)⁸. N. Bourgoïn spoglądając na zjawisko przestępczości z perspektywy sprawców, dokonał ich podziału na trzy zasadnicze kategorie: te, w których dominują kobiety (np. dzieciobójstwo, aborcja)¹⁰, te gdzie udział kobiet jest niższy, ale wyższy niż przeciętny (przestępstwa przeciwko dzieciom, kradzież „domowa”, paserstwo) oraz te, w których udział kobiet jest wysoki lub nawet atypowo wysoki w ostatnich latach (zabójstwo, bójki i akty przemocy) i w końcu przestępstwa typowo męskie, których kobiety dopuszczają się raczej rzadko (np. gwałt, kradzież kwalifikowana lub przestępstwa polityczne). Podkreślił on, że z francuskich analiz statystycznych wynika, iż szczególny wzrost liczby sprawczyń notuje się zwłaszcza wśród tej kategorii kobiet, które realizują czyny zabronione o wysokim stopniu społecznej szkodliwości, co pozostaje wysoce niepokojącym zjawiskiem.

2. WYBRANE KATEGORIE PRZESTĘPSTW KOBIEC

Powszechnie zwraca się uwagę, że kobiety w odróżnieniu od mężczyzn popełniają przestępstwa, uwarunkowane określoną kategorią, bądź kategoriami motywów, determinującymi ich przestępczą aktywność. Wśród nich można wyróżnić czyny zabronione podejmowane pod wpływem emocji (np. z miłości, z zazdrości,

⁵ C. Parent, *La contribution féminine à l'étude de la déviance criminologique*, in «Criminologie», XXV, 1992, 2, pp. 73–91; C. Parent, *Au delà du silence: Les productions féministes sur la «criminalité et la criminalisation des femmes*, in «Déviance et Société», Vol. 16, 1992, n° 3, pp. 297–32.

⁶ P. Genuit, *La criminalité féminine: Une criminalité épiciène et insolite. Réflexions d'épistémologie et d'anthropobiologie clinique*, 2007, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00198603/document>, s. 17.

⁷ X. Rousseau, *Civilisation des mœurs et/ou déplacement de l'insécurité? La violence à l'épreuve du temps*, in «Déviance et Société», 17, 1993, n° 3, p. 291.

⁸ Les femmes de plus en plus sujettes à la délinquance, 16 juin 2009, <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20090616.OBS0697/les-femmes-de-plus-en-plus-sujettes-a-la-delinquance.html>

⁹ N. Bourgoïn, *Les chiffres du crime. Statistiques criminelles et contrôle social (France, 1825–2006)*, Paris 2008, s. 75–80.

¹⁰ J. Marie Delassus, *Le sens de la maternité*, ed. DUNOD, Paris 2007, s. 285.

z zemsty), ze względu na czynniki finansowe (chęć wzbogacenia, uzyskanie korzystnych rozporządzeń majątkowych), czy obyczajowe (niechęć do macierzyństwa)¹¹.

Wśród przestępstw najczęściej popełnianych przez kobiety dominuje zabójstwo. Jeżeli dotyczy ono partnera sprawcy, zwykle stanowi rezultat stosowania wobec niej przemocy w różnych postaciach (fizycznej lub psychicznej)¹². Pierwotna ofiara decyduje się na usunięcie swojego tyrana, a zabójstwo daje możliwość takiego wyzwolenia¹³. Stwierdzono, że po akcie zabójstwa kobiety wykazywały niezwykle silne reakcje emocjonalne. W odniesieniu do kobiet – sprawczyń zaobserwowano, że ich zachowanie sterowane bywa atypową agresją, a wręcz popędem do zadawania cierpienia. Znajdują one jego zaspokojenie w cierpieniach osób, którym zadają śmierć. Rzadko można odnaleźć w ich zachowaniu żal lub wyrzuty sumienia¹⁴. Należy także zaznaczyć, że „akty przemocy w stanach granicznych związane są dużo bardziej z gwałtownym i prymitywnym instynktem, niż przyjemnością, której będzie pozbawiony zamierzony atak¹⁵”. Emil Durkheim tłumaczył mniejszą skłonność kobiet do zabijania poprzez mniejszy ich wkład w życie społeczne, jak podkreśla: „To nie dlatego, że kobieta różni się w sensie psychologicznym od mężczyzny rzadziej zabija, albo w ogóle zabija mniej; dzieje się tak dlatego, że nie bierze ona udziału w ten sam sposób w życiu codziennym. Za każdym razem, kiedy zabójstwo pozostaje w jej zasięgu, kobieta dokonuje go, równie często jak mężczyzna, a niekiedy nawet częściej od niego¹⁶”. Zważywszy, że zabójstwo stanowi czyn zabroniony, którego częstotliwość pozostaje zawsze wyższa u mężczyzn, należy podkreślić, że we Francji udział kobiet w populacji skazanych za to przestępstwo utrzymuje się na poziomie 15% (jeden na siedmiu sprawców zabójstwa, to kobieta)¹⁷.

Innym, choć niewątpliwie najbardziej symptomatycznym zabójstwem kobiecym jest zabójstwo dziecka. Do momentu nowelizacji francuskiego kodeksu karnego w 1992 r. można było wskazać dwie odmiany wskazanej odmiany przestępstwa przeciwko dziecku, realizowane przez matkę: zabójstwo noworodka – dzieciobójstwo oraz zabójstwo dziecka starszego. Aktualnie zważywszy na konstrukcję obowiązującego kodeksu karnego, zabójstwo dziecka stanowi jedną z okoliczności kwalifikujących (zgodnie z art. 221 – 4 C.P., pozbawienie życia nieletniego poniżej 15 roku życia)¹⁸, która wywiera wpływ na wyższy wymiar kary, dotyczy

¹¹ S. Harratis, D. Vavassorid, L. Villerbu, *Étude des caractéristiques psychopathologiques et psycho-criminologiques d'un échantillon de 40 femmes criminelles*, L'Information Psychiatrique 2007, n 83, s. 485–493.

¹² P. Mercader, *Les déterminants sociaux et psychiques du crime dit passionnel*, Recherches et prévisions, septembre 2007, n 89, s. 43–53.

¹³ S. Frigon, *L'homicide conjugal au féminin d'hier à aujourd'hui*, Montréal 2003, s. 16.

¹⁴ M. Agrapart-Delmas, *op. cit.*, s. 189.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ E. Durkheim, *Le suicide, étude de sociologie*, PUF, s. 389

¹⁷ L. Mucchielli, *Les homicide dans la France contemporaine (1970–2006): évolution, géographie et protagonistes*, [w:] L. Mucchielli, P. Spierenburg, *Histoire de l'homicide en Europe*, Paris 2009, s. 147.

¹⁸ Art. 221 – 4 C.P.: Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis: 1° Sur un mineur de quinze ans, (...); <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006417572&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20100102>

bowiem zawsze słabej, niedojrzałej ofiary, która pozostaje niezdolna do obrony¹⁹. Aktualne brzmienie przepisu art. 224 – 1 C.P. stanowi wyraz troski francuskiego ustawodawcy o dziecko – ofiarę²⁰. Należy podkreślić, że nawet jeżeli sprawczyni nie zdawała sobie sprawy z wieku dziecka (poniżej 15 lat), okoliczność ta nadal zachowuje charakter kwalifikujący²¹, a powołany przepis przewiduje wobec niej karę dożywotniego pozbawienia wolności.

Tymczasem poza symptomatycznym zabójstwem noworodka, kobiety pozbawiają życia także starsze dzieci, z reguły zabójstwa te określane są mianem rozszerzonego samobójstwa²². Dokonują go starsze matki (między 26–35 lub 36–45 rokiem życia), zwykle na kilkuletnich dzieciach, bez względu na ich płeć. Podkreśla się w psychologii, że kontekst emocjonalny samobójstwa rozszerzonego pozostaje specyficzny. Zwykle dochodzi do niego, kiedy matka pozostaje sama po rozstaniu z partnerem, mając świadomość, że jej dalsza egzystencja jest niemożliwa, nie chce unieszczęśliwiać dziecka pozostawiając je bez opieki, w konsekwencji odbiera życie nie tylko sobie, ale również jemu. Niekiedy do samobójstwa rozszerzonego dochodzi ze względu na szczególnie zły stan psychiczny matki, opiekującej się samotnie dzieckiem, wykazującym poważne upośledzenie, czy kalectwo. Uznaje ona konieczność skrócenia cierpień potomka, dzieląc los tego, któremu poświęciła swoje życie. Warto podkreślić także inną ciekawą prawidłowość, w przypadku dzieciobójstwa, matka zwykle nie chce dziecka już wcześniej, na etapie ciąży, stara się ją ukryć, nie korzysta z opieki lekarskiej, nie odczuwa potrzeby, by poświęcać się dla dobra przyszłego potomka, ponieważ z określonych powodów nie akceptuje jego istnienia. Tymczasem w przypadku zabójstwa rozszerzonego matki dokonują go wobec dzieci kochanych i wyczekiwanych, to z miłości do nich decydują się na akt ich eliminacji i brak konieczności narażania ich na jakiegokolwiek cierpienia²³. Jeśli chodzi o kary za zabójstwa dzieci we Francji, brak w tym zakresie jednolitej tendencji orzeczniczej. Im dziecko jest młodsze, tym kary są łagodniejsze (zwykle na poziomie przewidzianym dawniej za zabójstwo noworodka), im jednak dziecko jest starsze, tym kary są bardziej surowe, ponieważ uważa się, że matka pozbawiając życia potomka wypełnia okoliczność kwalifikującą z art. 224 – 1 C.P. Działa ona zatem wbrew instynktowi macierzyńskiemu, a jej zachowanie stanowi nie tylko zakwestionowanie porządku prawnego, ale narusza również w wysokim stopniu ład moralny.

¹⁹ Ch. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris 2010, s. 89 i n.; O. Verschoot, *Ils ont tué leurs enfants, approche psychologique de l'infanticide*, ed. Imago 2006, s. 111; S. Marinopoulos, *La vie ordinaire d'une mère meurtrière*, ed. Fayard 2008, s. 88; M. Agrapart-Delmas, *op. cit.*, s. 187; M.-L. Rassat, G. Roujou de Boubée, *Droit pénal spécial*, ed. Ellipses, Paris 2008, s. 31; J. Francillon, *Code penal commenté*, ed. Dalloz, Paris 1996, s. 150.

²⁰ M.-L. Rassat, G. Roujou de Boubée, *Droit pénal spécial*, ed. Ellipses, Paris 2008, s. 31; J. Francillon, *Code penal commenté*, ed. Dalloz, Paris 1996, s. 150.

²¹ M. Daurry-Fauveau, *Droit pénal spécial. Livres 2 et 3 du code pénal: infractions contre les personnes et les biens*, ed. Puf, Paris 2010, s. 198.

²² Ch. Bellard, *op. cit.*, s. 99–99.

²³ P. Mercader, A. Houel, H. Sobota, *L'asymétrie des comportements amoureux: violences et passions dans le crime dit passionnel*, Sociétés contemporaines, n 55, s. 107; O. Verschoot, *Ils ont tué leurs enfants, approche psychologique de l'infanticide*, ed. Imago 2006, s. 35–36.

Jednym z najpoważniejszych przestępstw popełnianych przez francuskie sprawczynie są akty przemocy stosowane wobec nieletnich poniżej 15 roku życia. Rozmaite formy znęcania się nad nieletnimi oraz związana z nimi przemoc fizyczna prowadzi do śmierci, bądź ciężkiego kalectwa ofiar. Sprawczyniami wskazanej kategorii przestępstw są zwykle kobiety młode od 26 do 31 roku życia. Przemoc dotyka najczęściej ich biologicznych dzieci (79%), które są bardzo małe (od 6 miesięcy do kilkunastu miesięcy). Niestety dane statystyczne są niezwykle niepokojące, gdyż aż w 73% przypadków aktywna przemoc prowadzi do śmierci dziecka²⁴. Warto podkreślić, że ankieta narodowa przeprowadzona we Francji w 2008 r. pod kierunkiem dr Tursz'a ujawniła, że liczba ofiar śmiertelnych w wyniku maltretowania bywa znacznie zaniżona²⁵. Ponadto H. Romano podkreśla, że spotęgowanie zaniżonej liczby zabójstw uzasadnione pozostaje faktem słabego zainteresowania zjawiskiem maltretowania dzieci we Francji. Ich zgony, poza przypadkami niewątpliwej interwencji osób trzecich, rzadko stanowią temat zainteresowania organów ścigania²⁶.

Co istotne, poza zróżnicowanymi odmianami zabójstw, notuje się aktualnie we Francji zdecydowany wzrost przestępczości kobiecej z elementami przemocy obecnej zwłaszcza w aktach przemocy (11% stanowią te zrealizowane przez kobiety), a także kradzieżach z włamaniem lub z użyciem broni. Kryminogenna aktywność kobiet ma zatem charakter niejednorodny, bywa skierowana nie tylko wobec osób, ale również wobec określonego mienia²⁷. Jednocześnie interesujący pozostaje fakt, że kobiety – sprawczynie wskazanych przestępstw są surowo karane zważywszy, że realizują kwalifikowane odmiany wskazanych powyżej przestępstw. Przeciętne kary stosowane wobec sprawczyń wahają się w przedziale od 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (brak opieki nad dzieckiem)²⁸ nawet do 16 lat i 6 miesięcy (stosowanie szczególnego okrucieństwa wobec ofiary).

Spoglądając zatem na odmiany przestępstw dokonywanych współcześnie przez francuskie sprawczynie należy podkreślić, iż dominuje w nich przemoc o zróżnicowanym stopniu zaawansowania. Niewątpliwie najbardziej intensywna bywa agresja stosowana przez sprawczynie, które realizują zróżnicowane odmiany zabójstwa (zwykle ze szczególnym okrucieństwem), ale jest ona obecna także na etapie popełniania aktów przemocy o zróżnicowanej etiologii. Wydaje się, że wzrost brutalności w aktywności kryminalnej kobiet stanowi konsekwencję ogólnego trendu brutalizacji społeczeństwa francuskiego, który podkreślają współcześnie socjologowie²⁹.

²⁴ P. Mercader, A. Houel, H. Sobota, *op. cit.*, s. 110–111.

²⁵ H. Romano, *Infanticide, réflexions au sujet des homicides sur mineurs de un an*, *Enfance Majuscule* 2008, n 98, janvier – février, s. 16–28.

²⁶ Ch. Bellard, *op. cit.*, s. 111; C. Dauphin, A. Farge, *De la violence et des femmes*, d. Albi Michel 1999, s. 37.

²⁷ S. Marinopoulos, *Solitude des futures mères*, *l'Humanité*, 1 septembre 2007.

²⁸ Ch. Bellard, *op. cit.* s. 137–142.

²⁹ Raport „La violence a la télévision” zrealizowany pod kierunkiem Blandine Kriegel na zamówienie Ministerstwa Kultury, P.U.F., Paris 2003.

3. ASPEKTY STATYSTYCZNE PRZESTĘPCZOŚCI KOBIEŃ

W ciągu kilku ostatnich dziesięcioleci zanotowano we Francji zdecydowany wzrost udziału kobiet w ogólnej populacji skazanych³⁰, a dokonywane przez nie przestępstwa cechuje niezwykle wysoki stopień agresji oraz powszechne stosowanie przemocy³¹. Wedle ustaleń Francuskiego Państwowego Instytutu Badań nad Bezpieczeństwem i Sprawiedliwością (INHESJ) oraz Narodowego Obserwatorium Przestępczości (ONDRP) aktywność kryminalna kobiet ulega intensyfikacji³² (w zależności od kategorii przestępstw) od trzech do dziesięciu razy szybciej niż u mężczyzn. Niestety coraz częściej jest ona dostrzegana również wśród kobiet młodych, a nawet dziewcząt³³. Z obserwacji M. A. Bertranda wynika, że wyjaśnienie fenomenu ewolucji przestępczości kobiecej wymaga określenia zróżnicowanych uwarunkowań (biologicznych, socjologicznych oraz psychologicznych), determinujących tak nagły jej wzrost³⁴.

Niewątpliwie podkreślić należy, że narastanie częstotliwości przestępstw popełnianych przez sprawczynie znajduje swoje uzasadnienie w zmianie ich statusu społecznego³⁵. Jednocześnie należy zaznaczyć, że owa modyfikacja statusu kobiet nie przynosi trwałej zmiany ich pozycji obyczajowej. Fakt bowiem, że dochodzi do ich uniezależnienia w sensie finansowym nie zmienia zajmowanej przez nie pozycji w relacjach rodzinnych, zwykle nadal trwają bowiem w uzależnieniu od mężczyzn (mężów, ojców, czy synów). A zatem kobieta „związana ze swoją słabszą pozycją traci również znaczenie w zakresie posiadanego statusu społecznego”³⁶.

Odwołując się do zestawień francuskich danych statystycznych należy podkreślić, że w 1990 r. liczba kobiet skazanych przez sądy poprawcze wyniosła 58 406 (w relacji do 413 675 skazanych mężczyzn), z kolei w 2008 r. było 60 216 sprawczyń (577 449 mężczyzn), które stanowiły 9,4% populacji skazanych. Jeśli chodzi natomiast o statystyki policyjne w 1992 r. kobiety naruszające porządek prawny stanowiły 14,97% populacji skazanych, w 2006 – 17%, a w 2009 stanowiły 15%,

³⁰ L. Dancoing, *Le boom de la délinquance féminine*, Paris 2010, <http://www.parismatch.com/Actu/Societe/Le-boom-de-la-delinquance-feminine-155045#>

³¹ H. Van Gijseghem, *Le crime féminin et masculin: deux expressions d'une même délinquance*, Revue Québécoise de Psychologie, Vol. 1, no 1, février 1980, s. 109; M.A. Bertrand, *La femme et le crime*, Montréal: L'Aurore, 1979.

³² C. Chauvel, *Délinquance féminine: Plus de doutes que de confirmations pour les sociologues*, <http://www.20minutes.fr/societe/605145-20101005-societe-delinquance-feminine-plus-doutes-confirmations-sociologues>

³³ M. Agrapart-Delmas, *op. cit.*, s. 187.

³⁴ M.A. Bertrand, *op. cit.*, s. 36; E. Dieu, *Analyses psychocriminologiques et motivationnelles des crimes féminins*, s. 2; <http://www.psyetdroit.eu/wp-content/uploads/2011/12/ED-Analyses-psycho-criminologiques.pdf>

³⁵ L. Dancoing, *op. cit.*, <http://www.parismatch.com/Actu/Societe/Le-boom-de-la-delinquance-feminine-155045#>

³⁶ S. Karstedt, *Liberté, égalité, sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe*, in «Déviance et Société», 16, 1992, n° 3, pp. 287–297; R. Lucchini, *Femme et déviance ou le débat sur la spécificité de la délinquance féminine*, 1996, s. 22–24; <https://www.unifr.ch/socsem/Fichiers%20PDF/Femme%20&%20deviance.pdf>

z kolei w 2010 r. grupa sprawczyń obejmowała 182 884 wobec 1 174 837 mężczyzn – sprawców³⁷.

Poniżej przedstawiono zestawienie statystyczne (Tab. 1), eksponujące aktywność kryminogenną Francuzek w wybranych kategoriach przestępstw (14), w trzech wybranych okresach badawczych: 1919–1932, 1953–1978, 1984–2006.

Tabela 1. Liczba kobiet skazanych we Francji w latach 1919–2006 za wybrane przestępstwa³⁸

	1919–1932	1953–1978	1984–2006
Ojcobójstwo	16	18	–
Dzieciobójstwo	951	360	114
Inne zabójstwa	556	450	1220
Bójka i akty przemocy	123	472	839
Przestępstwa p. dzieciom	61	19	–
Kradzież domowa	43	–	–
Kwalifikowane odmiany kradzieży	448	389	587
Paserstwo kwalifikowane	25	331	246
Oszustwo	124	32	886
Przestępstwa polityczne	11	4	–
Falszerstwo	178	98	19
Przestępczość zorganizowana	14	14	–
Aborcja	970	–	–
Bigamia	17	–	–

Źródło: N. Bourgoin, *Les chiffres du crime (statistiques criminelles et controle social, France, 1825–2006)*, s. 152–156.

Z przedstawionych powyżej danych statystycznych wynika, że na przestrzeni blisko 100 lat zaobserwować można określone zmiany tendencji częstotliwości realizacji czynów zabronionych przez francuskie sprawczynie. Po pierwsze zasadnicza ewolucja dotyczy przestępstwa dzieciobójstwa, którego poziom, niezwykle wysoki w pierwszym okresie badawczym (1919–1932), radykalnie (o blisko 90%) się obniżył i w latach

³⁷ R. Gassin, S. Cimamonti, P. Bonfils, *Criminologie*, Paris 2011, s. 438.

³⁸ Dla porównania wedle statystyk przestępczość kobiet za wybrane przestępstwa w Kanadzie w 1999 r. kształtowała się następująco: zabójstwo: 35, przestępstwa z elementami agresji: 15 045, kradzież: 17 712, paserstwo: 2 233, oszustwo: 7 132, prostytutka: 2 607, przestępstwa narkotykowe: 6 076; M. Beare, *Les femmes et le crime organisé*, Canada 2010, s. 31; http://publications.gc.ca/collections/collection_2012/sp-ps/PS4-106-2010-fra.pdf

1984–2006 zanotowano jedynie 114 przypadków tego przestępstwa (średnio 5 przypadków rocznie), które w przeszłości pozostawało najbardziej negatywnym „symbolem” aktywności matek – sprawczyń. Niepokojąco kształtuje się natomiast we Francji udział kobiet w realizacji innych odmian przestępstw. Należy podkreślić, że zarówno w przypadku zabójstw, jak i bójek oraz aktów przemocy, a także kwalifikowanych odmian kradzieży, zaznacza się we wszystkich badanych okresach ich wyraźna progresja³⁹. Poziom przestępczości kobiecej radykalnie wzrasta, przy czym w przypadku przestępstwa zabójstwa aż 2,5 – krotnie, z kolei częstotliwość bójek i aktów przemocy pogłębiła się blisko 8 – krotnie, a w przypadku przestępstwa kradzieży kwalifikowanej o ponad 30%. Ponadto zdecydowanemu (aż 7 – krotnie) zwielokrotnieniu uległ poziom oszustw dokonywanych przez kobiety. Wskazane zestawienia dowodzą, że zróżnicowanie kategorii przestępstw kobiet na przestrzeni ostatniego stulecia we Francji dobitnie świadczy o przełamaniu stereotypu, dotyczącego popełniania czynów zabronionych przez kobiety wyłącznie w zaciszu domowym oraz o dalszym, zaawansowanym przekraczaniu przez sprawczynie standardów powinnych zachowań w zakresie przestrzegania norm prawnie – karnie relewantnych.

Tymczasem, by uzyskać najbardziej aktualny obraz przestępczości kobiet we Francji, poniżej przedstawiono kolejne zestawienie wybranych kategorii czynów zabronionych, realizowanych przez francuskie sprawczynie w latach 2006–2014 (Tab. 2). Należy podkreślić, że już wstępna analiza wskazanych kategorii przestępstw pozwala zaobserwować pewną ogólną ewolucję trendów analizowanej przestępczości. Co interesujące, w zestawieniu po raz pierwszy pojawiają się takie odmiany przestępstw, których we wcześniejszej analizie (Tab. 1) nie notowano, są to: przestępstwa narkotykowe, jak również handel i transport broni. Ich pojawienie się w badaniach dowodzi, że kobiety nie tylko nadal aktywnie biorą udział w działaniach niezgodnych z prawem, ale również modyfikują swoje nielegalne aktywności na równi z mężczyznami. We wskazanych odmianach przestępstw odnotowano wyraźne nasilenie ich częstotliwości, a także zachowanie ogólnie wysokiego (w 2014 r. dokonano ponad 3,5 tys. przestępstw narkotykowych), a nawet bardzo wysokiego poziomu (przestępstw w ruchu drogowym kobiety dokonały w 2014 r. aż 19 199!).

Należy podkreślić, że nadal trwa swoista modyfikacja kryminogennej aktywności kobiet w przypadku jedyne „kobiecego” przestępstwa – dzieciobójstwa, ponieważ jego udział na tle innych czynów zabronionych, realizowanych przez sprawczynie, wykazuje charakter zanikający (w 2014 stwierdzono jedynie 8 takich przypadków). Tymczasem, niestety w porównaniu z poprzednim zestawieniem statystycznym (Tab. 1), nieustannie utrzymuje się tendencja nasilania się przestępstw z elementami przemocy, popełnianych przez kobiety. Należy podkreślić, że zarówno „kobiece” bójki, akty przemocy, jak również kradzieże w odmianie kwalifikowanej ulegają regularnej intensyfikacji. W latach 2006–2014 odnotowano ponad 20 procentowy wzrost pierwszej ze wskazanych odmian przestępstw oraz 12 procentowy wzrost drugiej kategorii. Ponadto zaobserwowano intensywne

³⁹ <http://www.etudier.com/dissertations/La-D%C3%A9linquance-F%C3%A9minine/556412.html>; <http://www.etudier.com/dissertations/D%C3%A9linquance-F%C3%A9minine/298769.html>

nasilenie realizacji znamion przestępstwa oszustwa, gdyż w okresie ostatnich 8 lat (2006–2014) jego poziom wzrósł początkowo o ponad 100%, by następnie nieco się obniżyć, zachowując nadal niezwykle wysoką częstotliwość (ponad 3300 przypadków). Niepokojące pozostaje także inne zaobserwowane zjawisko – wysoki poziom agresji stosowanej przez kobiety wobec członków rodziny (ponad 800 przypadków w 2014 r.) oraz wobec osób trzecich (ponad 1100 przestępstw w 2014 r.).

Tabela 2. Liczba kobiet skazanych we Francji w latach 2006–2014 za wybrane przestępstwa⁴⁰

	2006	2010	2014
Zabójstwo	49	34	37
Zabójstwo nieumyślne	221	167	136
Dzieciobójstwo	11	15	8
Kradzież	5350	4338	4948
Kradzież – t.kw.	5064	5389	5620
Paserstwo	1901	1439	1231
Oszustwo	1921	4084	3330
Zniszczenie mienia	1149	1032	886
Przestępstwa w ruchu drog.	18203	17958	19199
Falszerstwo	178	108	92
Bójka i akty przemocy	4215	5104	5063
Zamachy w rodzinie	1046	922	843
Zamachy na osobę	1239	1102	1106
Przestępstwa narkotykowe	2136	2968	3521
Handel i transport broni	95	115	141
Falszowanie podpisu	1004	994	1269
Przestępstwa przeciw adm. publ.	2994	3011	3201

Źródło: <http://www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/donnees-statistiques-10302/les-condamnations-27130.html>

⁴⁰ Dla porównania wedle statystyk przestępczość kobiet za wybrane przestępstwa w Kanadzie w 2009 r. kształtowała się następująco: zabójstwo: 55, groźby: 3 650, kradzież kwalifikowana: 1 742, oszustwo: 10 699, prostytutka: 1 351, przestępstwa narkotykowe: 15 419. T. Hotton Mahony, *Les femmes et le système de justice pénale*, Canada 2011, s. 21; <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11416-fra.pdf>; zob. szerzej M.A. Bertrand, *La femme et le crime*, Montreal 1979.

4. WNIOSKI

Obserwując zjawisko przestępczości kobiet we Francji, należy podkreślić kilka zasadniczych spostrzeżeń. Po pierwsze zakres częstotliwości czynów zabronionych realizowanych przez sprawczynie wzrasta w określony sposób. W zestawieniach statystycznych przedstawionych w treści niniejszego opracowania, odnotowano na przestrzeni ostatniego stulecia, wyraźne nasilenie natężenia przestępstw, w których kobiety używają wszelkich przejawów przemocy.

Podobnie, jak w innych państwach europejskich (np. w Polsce, Włoszech) wydaje się, że wzrost agresji wśród francuskich sprawczyń jest wynikiem zmian polityczno – gospodarczych, a także obyczajowych, jakie w ostatnich kilku dekadach dokonały się we Francji. Szeroki udział kobiet w życiu społecznym poprzez ich rozwój naukowo-zawodowy sprawił, że stają one na równi z mężczyznami do rywalizacji w zasadzie na wszelkich płaszczyznach życia społecznego, niestety jednym z takich obszarów pozostaje również przestępczość. Zaobserwowano, że w latach: 1919–1932, 1953–1978 oraz 1984–2006 wzrósł poziom w zasadzie w każdej ze wskazanych kategorii przestępstw, przy czym tendencja ta nie znalazła kontynuacji jedynie w przypadku jedynego przestępstwa kobiecego – dzieciobójstwa, które uległo kilkukrotnej (blisko 9-krotnej) redukcji na przestrzeni ostatniego stulecia. Przyczyn takiego stanu rzeczy należy poszukiwać zwłaszcza w ewolucji pozycji kobiet w życiu społecznym. Stereotypowe przypisywanie kobiecie wyłącznie roli żony i matki wyczerpało swoje uzasadnienie. Kobiety w sposób bezkompromisowy „wyszły” poza ugruntowane schematy społeczne, wkraczając w obszary zastrzeżone niegdyś wyłącznie dla mężczyzn. Niestety to spostrzeżenie dotyczy oraz dotyka także przestrzeni przestępczości, w której stały się one „bardziej widoczne”.

Warto zaznaczyć, że modyfikacjom uległa nie tylko częstotliwość udziału sprawczyń w ogólnej populacji skazanych, ale ewolucja ta odnosi się również do charakterystyki ich przestępczości. Można zaryzykować w tym miejscu stwierdzenie, że bezpowrotnie traci swój status, jako dominujące w kobiecej aktywności przestępczej, dzieciobójstwo. Jednak mimo tej konstatacji, należy wskazać takie zachowania kryminogenne, które nadal pozostają szczególnie właściwe dla kobiet, a wśród nich dominującą rolę odgrywają akty przemocy wobec dzieci, zabójstwa uwarunkowane emocjonalnie, a także drobne kradzieże. Ten zasadniczy schemat ulega przełamaniu poprzez realizację także innych, niewystępujących wcześniej w statystykach kobiecych czynów zabronionych, ze szczególnym uwzględnieniem przemytu narkotyków i substancji odurzających, czy też handlu i transportu broni. Tym bardziej wskazane kategorie przestępstw świadczą o ugruntowaniu przekonania, że nie tylko na płaszczyźnie społecznej kobiety zaczęły konkurować z mężczyznami we wszelkich aktywnościach, nie ustępują im także w sferze zachowań prawnie – karnie relewantnych, które niegdyś właściwe były wyłącznie mężczyznom. Jednocześnie, co istotne w „nowych” nielegalnych aktywnościach ich udział jest zauważalny, lecz nie dominujący.

Charakteryzując aktywność kryminogenną francuskich sprawczyń można odnieść wrażenie, że ewolucja ich działań jest znamienna i przełomowa. Należy jednak w tym kontekście przyznać raczej rację tym kryminologom, którzy tonują tak radykalną ocenę. Istotnie bowiem udział kobiet – sprawczyń zaznacza się swą obecnością

w kręgu atypowych, czy dewiacyjnych, nielegalnych aktywności, ale równocześnie wzrasta ogólna liczebność populacji Francji, jak również populacja męskich sprawców przestępstw. Z drugiej strony kobiety coraz aktywniej podlegają „negatywnej” edukacji, obserwują wszelkie przejawy męskiej przestępczości bez trudu je przyswajając i przejmując. Wydaje się jednak, że ogólny poziom przestępczości wśród francuskich kobiet nie jest tak zaawansowany, jak wskazują niektórzy badacze tego zagadnienia. Konkludując należy stwierdzić, że by możliwa stała się kompleksowa ocena analizowanej problematyki, należy poza skrupulatną analizą dostępnych danych statystycznych, uwzględnić także inne czynniki (obyczajowe, społeczne, gospodarcze, kulturowe), których obecność nie zminimalizuje, lecz w wyższym stopniu uprawdopodobni finalny obraz badanego w opracowaniu zjawiska.

BIBLIOGRAFIA

- Agrapart-Delmas M., *Les femmes criminelles*, [w:] *Déviances et délinquances. Approches psychosociales et pénales*, Paryż 2009.
- Beare M., *Les femmes et le crime organisé*, Canada 2010.
- Bellard Ch., *Les crimes au féminin*, Paris 2010.
- Bertrand M. A., *La femme et le crime*, Montréal : L'Aurore, 1979.
- Bourgoin N., *Les chiffres du crime. Statistiques criminelles et contrôle social (France, 1825–2006)*, Paris 2008.
- Chauvel C., *Délinquance féminine: Plus de doutes que de confirmations pour les sociologues*, <http://www.20minutes.fr/societe/605145-20101005-societe-delinquance-feminine-plus-doutes-confirmations-sociologues>
- Dancoing L., *Le boom de la délinquance féminine*, Paris 2010, <http://www.parismatch.com/Actu/Societe/Le-boom-de-la-delinquance-feminine-155045#>
- Dauphin C., Farge A., *De la violence et des femmes*, d. Albi Michel 1999.
- Dauray-Fauveau M., *Droit pénal special. Livres 2 et 3 du code pénal: infractions contre les personnes et les biens*, ed. Puf, Paris 2010.
- Delassus J.M., *Le sens de la maternité*, ed. DUNOD, Paris 2007.
- Deligny D., *Délinquance et criminalité féminine : une exception difficile à appréhender*, *Observatoire de la Justice Pénale*; <http://www.justicepenale.net/single-post/2016/03/29/D%C3%A9linquance-et-criminalit%C3%A9-f%C3%A9minine-une-exception-difficile-%C3%A0-appr%C3%A9hender>.
- Dieu E., *Analyses psychocriminologiques et motivationnelles des crimes féminins*, 2014; <http://www.psyetdroit.eu/wp-content/u>
- Durkheim E., *Le suicide, étude de sociologie*, ed. PUF 2013.
- Francillon J., *Code penal commenté*, ed. Dalloz, Paris 1996.
- Frigon S., *L'homicide conjugal au féminin d'hier à aujourd'hui*. Montréal 2003.
- Gassin R., Cimamonti S., Bonfils P., *Criminologie*, Paris 2011.
- Genuit P., *La criminalité féminine: Une criminalité épïcène et insolite. Réflexions d'épistémologie et d'anthropobiologie clinique*, 2007, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00198603/document>.
- Gijseghem Van H., *Le crime féminin et masculin: deux expressions d'une même délinquance*, *Revue Québécoise de Psychologie*, Vol. 1 no 1, février 1980.

- Harratis S., Vavassorid D., Villerbu L., *Étude des caractéristiques psychopathologiques et psycho criminelles d'un échantillon de 40 femmes crimiennes*, L'Information Psychiatrique 2007, n 83.
- Hotton Mahony T., *Les femmes et le système de justice pénale*, Canada 2011; <http://www.statcan.gc.ca/pub/89-503-x/2010001/article/11416-fra.pdf>.
- Karstedt S., *Liberté, égalité, sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe*, in «Déviance et Société», 16, 1992, n° 3.
- Kriegel B., *Rapport «La violence à la télévision»*, Ministerstwo Kultury, P.U.F., Paris 2003.
- Laingui A., Lebigre A., *Histoire du droit pénal. Le droit pénal*, I, ed. Cujas, 2000.
- Lucchini R., *Femme et déviance ou le débat sur la spécificité de la délinquance féminine*, 1996.
- Marinopoulos S., *Solitude des futures mères*, l'Humanité, 1 septembre 2007.
- Marinopoulos S., *La vie ordinaire d'une mère meurtrière*, ed. Fayard 2008.
- Mercader P., *Les déterminants sociaux et psychiques du crime dit passionnel*, Recherches et prévisions, septembre 2007, n 89.
- Mercader P., Houel A., Sobota H., *L'asymétrie des comportements amoureux: violences et passions dans le crime dit passionnel*, Sociétés contemporaines, 2008, n 55.
- Mucchielli L., *Les homicides dans la France contemporaine (1970 – 2006): évolution, géographie et protagonistes* [in:] L. Mucchielli, P. Spierenburg, *Histoire de l'homicide en Europe*, Paris 2009.
- Parent C., *La contribution féminine à l'étude de la déviance criminologique*, in «Criminologie», XXV, 1992, 2.
- Parent C., *Au delà du silence: Les productions féministes sur la «criminalité» et la criminalisation des femmes*, in «Déviance et Société», Vol. 16, 1992, n° 3.
- Rassat M.-L., G. Roujou de Boubée, *Droit pénal spécial*, ed. Ellipses, Paris 2008.
- Romano H., *Infanticide, réflexions au sujet des homicides sur mineurs de un an*, Enfance Majuscule 2008, n 98, janvier – février.
- Rousseau X., *Civilisation des mœurs et/ou déplacement de l'insécurité? La violence à l'épreuve du temps*, in «Déviance et Société», 17, 1993, n° 3.
- Verschoot O., *Ils ont tué leurs enfants, approche psychologique de l'infanticide*, ed. Imago 2006.

UWAGI O PRZESTĘPCZOŚCI KOBIEŃ WE FRANCJI

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest charakterystyka przestępczości kobiet w Francji. W opracowaniu wskazano te kategorie przestępstw, w których kobiety wykazują najwyższą aktywność kryminalną, a wśród nich zabójstwo partnera, zabójstwo dziecka oraz liczne akty przemocy (np. bójka lub uszczerbek na zdrowiu). Zauważono, że aktualnie radykalnie wzrasta poziom przestępstw, popełnionych przez kobiety z użyciem przemocy, a agresja dominuje już w zachowaniach najmłodszych sprawczyń. Ustalono także, że zmianie ulegają ogólne tendencje przestępczości kobiecej. Sprawczynie coraz częściej realizują najpoważniejsze, zarezerwowane niegdyś wyłącznie dla mężczyzn czyny zabronione, takie jak: handel bronią, przemyt narkotyków, czy udział w zorganizowanych grupach przestępczych. Wydaje się, że tak zdecydowana modyfikacja postaw kobiet–sprawczyń stanowi rezultat przemian społeczno-gospodarczych, które od kilku dekad nasilają się we Francji.

Słowa kluczowe: przestępczość kobiet, kobiety–sprawczynie, tendencje kobiecej przestępczości

OBSERVATIONS ON FEMALE CRIMINALITY IN FRANCE

Summary

The aim of this paper is to indicate characteristics of women's crime in France. The study shows categories of criminal acts in which women demonstrate the highest criminal activity, i.e. murder of a partner, infanticide and many acts of violence (e.g. affray or damage to health). It is noticed that the number of female crimes with the use of violence is currently increasing drastically and aggression dominates in behaviours of the youngest female perpetrators. It has been determined that general tendencies for female crime are changing. The female perpetrators more and more frequently commit the most severe crimes, which in previous years were reserved solely for men, such as arms trafficking, drug smuggling or participation in organized criminal groups. It can be deduced that such prompt modification in female perpetrators' behaviour results from social and economic changes that intensified in France in the several past decades.

Key words: women's crime, women – perpetrators, trends in women's crime

ZOBIEKTYWIZOWANY SPOSÓB OCENY ROZMIARU KRZYWDY PRZY USTALANIU ZADOŚĆCZYNIENIA PIENIĘŻNEGO NA RZECZ POSZKODOWANEGO PACJENTA

EDYTA WASILEWSKA *

1. WPROWADZENIE

Uzyskiwanie świadczeń zdrowotnych jest okolicznością stwarzającą podwyższone ryzyko doznania przez pacjenta różnych, często poważnych i nieodwracalnych uszczerbków o charakterze niemajątkowym. Pacjent zwracając się do podmiotu leczniczego o udzielenie mu świadczeń zdrowotnych oddaje się do dyspozycji innych osób – lekarzy oraz pozostałego personelu medycznego, a podejmowane przez te osoby czynności medyczne oddziałują bezpośrednio nie tylko na samo jego zdrowie, ale również inne dobra i interesy osobiste, w szczególności takie jak godność, autonomię woli, czy poczucie bezpieczeństwa. Pomimo iż obecnie udzielanie świadczeń zdrowotnych kształtuje się w sposób, który wprawdzie daleki jest od tzw. paternalizmu lekarskiego, to należy jednak stwierdzić, że pacjent w łączącym go z personelem medycznym stosunku nadal pozostaje niejako stroną słabszą. Wynika to chociażby z faktu, że ubiega się on udzielenie świadczeń zdrowotnych lub już z nich korzysta najczęściej wtedy, gdy pozostaje w stanie choroby, niepełnosprawności, bądź cierpi na różne dolegliwości bólowe. Ta szczególna okoliczność powoduje, że pacjent podporządkowuje się lekarzowi, który, mimo iż tylko jako świadczeniodawca, pozostaje jednak wyłączną, z racji posiadanej wiedzy, kompetencji i narzędzi niezbędnych do wykonania czynności leczniczych możliwością pacjenta na osiągnięcie pożądanego stanu zdrowia. Od pacjenta co prawda oczekuje się, aby w toku udzielanych mu świadczeń zdrowotnych współpracował z lekarzem, jednakże w praktyce współpraca ta, ze względu na brak posiadania przez pacjenta koniecznej do weryfikacji stosowanych procedur leczniczych wiedzy medycznej, najczęściej ogranicza się biernego

* mgr, absolwent Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, Prawnik w kancelarii adwokackiej, doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie

dostosowania się do decyzji i zaleceń lekarskich. Nawet najdrobniejsze odstępstwo od wypracowanych reguł prawidłowości postępowania medycznego naraża pacjenta na naruszenie jego najcenniejszych wartości osobistych. Różnorakie okoliczności zdrowotne, które rodzą po stronie pacjenta konieczność poddania się hospitalizacji są stanem na tyle szczególnym, że wszelkie zaniedbania w procesie udzielania świadczeń zdrowotnych mogą stan ten nie tylko pogorszyć, lecz także stać się czynnikiem zagrożenia jego życia. Od personelu medycznego wymaga się dlatego, aby przy wykonywaniu swojego zawodu dokładano staranności wyższej niż przeciętna z uwagi na przedmiot ich zabiegów, którym jest człowiek, i skutki, które często są nieodwracalne¹. Tymczasem w ostatnich latach przybywa procesów wszczynanych przez pacjentów poszkodowanych wskutek nie tylko niedopełnienia zasad aktualnej wiedzy medycznej, ale również niedołożenia przez personel medyczny podstawowej nawet ostrożności przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych.

Rozwój współczesnej medycyny, pojawianie się coraz to nowszych technik i technologii medycznych, wszelka mogąca wystąpić nieprawidłowość w udzielaniu świadczeń zdrowotnych, taka jak niedbalstwo, czy brak odpowiedniej organizacji pracy, również brak podwyższania przez personel medyczny kompetencji czy aktualizowania wiedzy, niedochowanie reżimu sanitarno-higienicznego w placówkach leczniczych lub niewystarczające kwalifikacje kadr zarządzających placówkami – wystąpienie tych i wielu innych okoliczności może okazać się realnym zagrożeniem naruszenia niemajątkowych wartości pacjenta.

Samo słowo „pacjent” wywodzi się z łacińskiego „*patiens*”, co dosłownie oznacza „chory”, „cierpiący”². Również według słownika języka polskiego pacjentem jest „chory zwracający się po poradę do lekarza, znajdujący się pod jego opieką”³. Z kolei słownik wyrazów obcych określa pacjenta jako chorego zgłaszającego się do lekarza, będącego pod opieką lekarza⁴. Można z tego wywieść błędnie, że pacjentem jest wyłącznie osoba dotknięta określoną chorobą. Tymczasem wprowadzona przez ustawodawcę definicja pacjenta traktuje to pojęcie szerszej, niż tylko „chorego”. Art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta⁵ (p.p.u.) wskazuje wprost, że pacjentem jest osoba zwracająca się do podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych lub osoby wykonującej zawód medyczny o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub jest to osoba już z tych świadczeń korzystająca. Kryterium zdrowia czy choroby jest wobec tego całkowicie pominięte. Ma to szczególne znaczenie w czasach obecnych, często bowiem zwracając się o udzielenie świadczeń zdrowotnych pacjenci oczekują jedynie poprawy jakości swojego życia. Profilaktycznie poddają się badaniom kontrolnym, konsultacjom medycznym, zabiegom chirurgii estetycznej itp. Pacjent to każda osoba korzystająca

¹ Wyr. SA w Krakowie z dn. 9.3.2001r., I ACa 124/01, PS 2002, nr 10, z glosą aprobującą M. Nesterowicza, PS 2002, nr 10, s. 130; post. SN z dn. 17.10.2002 r., IV KKN 634/99, OSNKW 2003, nr 3–4, poz. 33; J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007, s. 112 oraz wskazana tam literatura; E. Zielińska, *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, E. Zielińska (red.), Warszawa 2014, s. 94.

² M. Dercz, T. Rek, *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2003, s. 7.

³ *Mały słownik języka polskiego*, E. Sobol (red.), Warszawa 1995, s. 591.

⁴ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1989.

⁵ Dz.U. z 2016 r. poz. 186 z późn. zm.

ze świadczeń zdrowotnych, niezależnie od tego czy jest chora czy zdrowa. Jako obrazujący przykład można podać rodzącą w szpitalu kobietę, która oczywiście będąc pacjentką, co do zasady jednak nie jest osobą chorą⁶.

O tym, że daną osobę można określić poszkodowanym pacjentem decyduje kilka okoliczności, po pierwsze, że szkoda została jej wyrządzona w sytuacji, kiedy zwracała się o udzielenie świadczeń zdrowotnych lub z tych świadczeń już korzystała, a po drugie, że świadczenia te były lub miały być udzielane przez podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych lub osobę wykonującą zawód medyczny. Kluczowe znaczenie dla zrozumienia pojęcia poszkodowany pacjent mają zatem również inne terminy, mianowicie świadczenia zdrowotne, podmiot udzielający świadczeń zdrowotnych oraz osoba wykonująca zawód medyczny. Podstawową definicję świadczeń zdrowotnych zawiera ustawa o działalności leczniczej⁷, w art. 2 ust. 1 pkt 10. Zgodnie z tą regulacją świadczeniami zdrowotnymi są działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Natomiast podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych jest podmiot wykonujący działalność leczniczą. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o działalności leczniczej podmiot ten dzieli się na podmiot leczniczy oraz praktykę zawodową. Art. 4 ww. ustawy za podmiot leczniczy uznaje w szczególności samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej, instytuty badawcze, czy fundacje i stowarzyszenia, których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej. Praktyką zawodową jest natomiast indywidualna lub grupowa praktyka lekarska albo pielęgniarska, o których mowa w art. 5 ustawy o działalności leczniczej. Osobą wykonującą zawód medyczny, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o działalności leczniczej, jest osoba uprawniona na podstawie odrębnych przepisów do udzielania świadczeń zdrowotnych oraz osoba legitymująca się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny. Podstawowe zawody medyczne to oczywiście lekarz i lekarz dentyista, pielęgniarka i położna, felczer, ratownik medyczny, farmaceuta, czy diagnosta laboratoryjny.

Statusu poszkodowanego jako pacjent nie uzyska wobec tego osoba, która szkody doznała w okolicznościach korzystania z usług o charakterze wprawdzie podobnym do świadczenia zdrowotnego, ale realizowanych przez podmioty lub osoby do tego nieuprawnione oraz osoba, która tylko przebywała w podmiocie leczniczym przykładowo jako odwiedzający tamtejszych pacjentów⁸.

Pacjentowi, tak jak każdemu człowiekowi, przysługuje ochrona niemajątkowych wartości o charakterze fundamentalnym, związanych ściśle z osobowością ludzką i będących przejawem jego godności, wskazanych w rozdziale II Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 23 kodeksu cywilnego. Ze względu jednak na okoliczność i charakter udzielanych świadczeń zdrowotnych niektóre spośród tych cennych wartości ludzkich w sposób szczególnie narażone są na naruszenia. Są

⁶ M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 12–13.

⁷ Ustawa z dn. 15.4.2011 r., Dz.U. z 2015 poz. 618 z późn. zm.

⁸ M. Dercz, H. Izdebski, T. Rek, *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca. Poradnik prawny*, Warszawa 2015, s. 73 i 74.

to zwłaszcza takie dobra, jak życie, zdrowie, godność, intymność czy prywatność. Pacjent dlatego wyposażony został również w prawa, których zadaniem jest nie tylko wzmocnić ochronę wskazanych wyżej dóbr osobistych, lecz także umocnić jego pozycję w zakresie ochrony innych wartości niemajątkowych, mających istotne znaczenie w procesie udzielania mu świadczeń zdrowotnych, takich jak autonomia woli czy zaufanie do systemu ochrony zdrowia.

Sama idea praw pacjenta pojawiła się w Polsce stosunkowo niedawno. Przed 1989 rokiem dostrzegalny był jeszcze wyraźny paternalizm medyczny. Stosunki wynikające z udzielania świadczeń zdrowotnych ujęte były w sposób hierarchiczny, gdzie personel medyczny znajdował się ponad pacjentem. Wprowadzenie w życie idei praw pacjenta miało polegać na wyposażeniu tej grupy podmiotów w uprawnienie do egzekwowania tych praw i wzmocnić ich położenie, nie zaś osłabić pozycję lekarzy⁹. Jednolite ujęcie całości katalogu przysługujących pacjentowi praw w jednym akcie prawnym dokonane zostało w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Zabieg ten miał szczególne znaczenie nie tylko dla podwyższenia standardów jakości świadczeń opieki zdrowotnej, ale również dla świadomości pacjentów, którzy mogli poznać pełen zakres przysługujących im uprawnień oraz mechanizmy skutecznej ich ochrony¹⁰.

Przysługujące pacjentowi prawa, to przede wszystkim prawo do świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej, udzielanych z należytą starannością, w warunkach odpowiadających wymaganiom fachowym i sanitarnym oraz zgodnie z zasadami etyki zawodowej, a w sytuacji ograniczonych możliwości udzielenia odpowiednich świadczeń zdrowotnych, do przejrzystej, obiektywnej, opartej na kryteriach medycznych procedury ustalającej kolejność dostępu do tych świadczeń (art. 6, 7 i 8 p.p.u.). W okoliczności zagrożenia zdrowia lub życia pacjent ma prawo do natychmiastowego udzielenia świadczeń zdrowotnych (art. 7 p.p.u.) Prawo pacjenta to także prawo do uzyskania informacji o swoim stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu (art. 9 p.p.u.). O dobrowolności wstąpienia pacjenta jako jednostki autonomicznej w stosunki z podmiotem udzielającym świadczeń zdrowotnych lub osobą wykonującą zawód medyczny można mówić bowiem tylko wówczas, kiedy jest on odpowiednio uświadomiony w zakresie proponowanych mu metod leczenia. Szeroki katalog praw pacjenta obejmuje również uprawnienie pacjenta do oczekiwania, że zachowane w tajemnicy zostaną informacje z nim związane, a uzyskane przez personel medyczny w związku z wykonywanym zawodem (art. 13 p.p.u.). Prawo pacjenta to także prawo do udostępnienia mu dokumentacji medycznej (art. 23 p.p.u.), czy prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 33 i 34 p.p.u.), a także wiele innych praw.

W trakcie jakże rozbudowanego i skomplikowanego procesu, jakim jest leczenie, może dojść do negatywnej ingerencji w sferę dóbr osobistych i praw pacjenta polegają-

⁹ D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz*. 2. wydanie, Warszawa 2012, s. 17.

¹⁰ *Ibidem*, s. 21.

cej na takim zachowaniu się lekarza lub podmiotu leczniczego, w następstwie którego wyrządzona zostaje pacjentowi krzywda. Przez krzywdę pacjenta doznana wskutek naruszeń wynikających z działalności leczniczej należy rozumieć przede wszystkim ból fizyczny i cierpienie psychiczne spowodowane uszkodzeniem ciała lub wywołaniem rozstroju zdrowia¹¹, utratę lub zmniejszenie szans wyleczenia spowodowane zaniechaniem odpowiednich czynności lub zaniechaniem podjęcia ich we właściwym czasie, utratę szans na poprawę zdrowia¹², uciążliwość i dyskomfort wynikające z konieczności poddania się licznym zabiegom, operacjom czy antybiotykoterapii, mającym na celu zniwelować zdrowotne skutki naruszenia¹³, zbędne wydłużenie procesu leczenia, podczas którego poszkodowany odczuwał znaczne dolegliwości bólowe, przeżył zbędną rehabilitację, która również wiązała się z cierpieniami fizycznymi, nadto wydłużył się okres jego niepełnosprawności¹⁴, strach i niepewność co do skuteczności dalszych działań medycznych i obawa o własne życie i zdrowie, poczucie osamotnienia w przypadku izolacji od bliskich w związku z leczeniem i nieprzydatności społecznej¹⁵, poczucie niższej wartości z powodu oszpeceń¹⁶, konieczność zmiany dotychczasowego życia, utrata zaufania do osób wykonujących zawód medyczny¹⁷, również nałożenie się na istniejącą już u poszkodowanego wadę skutków zdrowotnych wadliwie wykonanego zabiegu operacyjnego postrzegać można także jako czynnik zwiększający poczucie jego bezradności wynikającej z niemożności wykonywania czynności samoobsługi, uzależniającej go od opieki innych osób¹⁸.

Ustawodawca na zasadach określonych w kodeksie cywilnym przewidział możliwość żądania przez osobę, której dobra osobiste zostały naruszone, zapłaty na swoją rzecz bądź alternatywnie na wskazany przez siebie cel społecznie użyteczny, świadczenia pieniężnego, jakim jest zadośćuczynienie za doznaną krzywdę. Normatywne podstawy domagania się zadośćuczynienia pieniężnego przez osobę bezpośrednio poszkodowaną określają przepisy art. 445 i 448 k.c. Na podstawie wskazanych regulacji sąd może przyznać poszkodowanemu pacjentowi odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę powstałą wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 445 k.c.) bądź w razie naruszenia któregośkolwiek z pozostałych przysługujących mu dóbr osobistych (art. 448 k.c.). Na tle gwarancji ochrony interesów niemajątkowych tak szczególnej grupy podmiotów, jaką tworzą pacjenci, pojawiła się pewna trudność. Sądy bowiem słusznie nie kojarzyły dóbr osobistych z art. 23 kodeksu cywilnego z prawami pacjenta określonymi w ustawach szczególnych z zakresu udzielania

¹¹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, s. 44; idem, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, PiP 2005/3, s. 6.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 17.6.2009 r., IV CSK 37/09.

¹³ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 7.

¹⁴ Wyr. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dn. 22.1.2013 r., I ACa 1018/12.

¹⁵ Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 14.12.2010 r., I PK 95/10, niepubl.

¹⁶ Wyr. Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dn. 19.7.1999 r., I C 1150/98, z głosem M. Nesterowicza, OSP 2002/4/59.

¹⁷ Por. np. Wyr. Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dn. 3.6.2016 r., I ACa 106/16, niepubl.; Wyr. Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 5.9.2013 r., I ACa 251/13, niepubl.; Wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 29.8.2006 r., I ACa 310/06, niepubl.

¹⁸ Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 22.6.2005 r., III CK 392/04, niepubl.

świadczeń zdrowotnych¹⁹. Szkoda niemajątkowa powstała wskutek naruszenia praw pacjenta, które nie było jednocześnie naruszeniem dobra osobistego, nie zawsze podlegała kompensacji na podstawie art. 445 lub 448 k.c. Konieczne stało się dlatego poszerzenie podstaw prawnych dla żądania zadośćuczynienia pieniężnego i ustanowienie w ten sposób mechanizmu, który stanowiłby skuteczną gwarancję przestrzegania przysługujących pacjentowi uprawnień, wynikających z faktu bycia podmiotem świadczeń zdrowotnych. Taki właśnie postulat w 1996 roku podczas obrad podkomisji sejmowej nad art. 19a ustawy o zakładach opieki zdrowotnej został wysunięty przez M. Nesterowicza. Przedstawiciele Naczelnej Rady Lekarskiej uważali wówczas wprowadzenie tego przepisu za zbędne oraz „nieprzyjazne” wobec lekarzy, mogące pogorszyć stosunki pomiędzy lekarzami a pacjentami i prowadzące do procesów sądowych w sprawach, które mogą być załatwiane polubownie. Ostatecznie przyznano słuszność celowości i konieczności wprowadzenia takiej regulacji do ustawy o zakładach opieki zdrowotnej²⁰. Nowelizacją z dnia 20 kwietnia 1997 r. do ustawy z dnia 30 kwietnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej²¹ dodany został art. 19a ust. 1, na mocy którego pacjenci, których prawa zostały w sposób zawiniony naruszone, wyposażeni są w roszczenie o zasądzenie określonej sumy pieniężnej tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę na podstawie art. 448 k.c.

Dawny art. 19a ust. 1 nieobowiązującej już ustawy o zakładach opieki zdrowotnej został zastąpiony przez art. 4 p.p.u. W obecnie obowiązującym stanie prawnym to na tej podstawie pacjent będzie dochodził kompensacji krzywd doznanych wskutek naruszenia przysługujących mu praw. Należy wprowadzenie takiej regulacji oceniać pozytywnie, gdyż w praktyce oznacza to łagodzenie rygoryzmu ustawodawcy w kwestii przyznawania zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową tylko w tych przypadkach, gdy krzywda powstała wskutek naruszenia dóbr osobistych.

Słuszne wydaje się przeważające w doktrynie i judykaturze stanowisko, że art. 4 ustawy o prawach pacjenta pełni rolę uzupełniającą w stosunku do podstawowych regulacji kodeksowych²². Zakres zastosowania art. 4 ustawy o prawach pacjenta w dużej mierze pokrywa się z zakresem regulacji z art. 448 k.c., a częściowo poza nią wykracza. Wszak niektóre z praw pacjenta chronią jednocześnie dobra osobiste człowieka bezpośrednio wskazane treści art. 23 k.c. Są to w szczególności takie prawa, jak prawo do świadczeń zdrowotnych, prawo do tajemnicy informacji z pacjentem związanych, czy prawo pacjenta do poszanowania intymności i godności. Pozostała część praw chroni wartości bezpośrednio wynikających z faktu uczestnictwa w stosunkach medycznych, tak jak przykładowo prawo do wyrażania zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych w formie pisemnej, czy prawo oczekiwania odpowiedniego standardu tychże świadczeń, czego nie można już utożsamiać z dobrem osobistym człowieka. W takim przypadku wybór podstawy

¹⁹ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 15.

²⁰ Glosa M. Nesterowicza do wyroku Sądu Najwyższego z dn. 27.4.2012 r., V CSK 142/11, OSP 2013, z. 6, s. 436.

²¹ Dz.U. 91, 408 ze zm.

²² M. Safjan, *Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom*, PiM 1/2005 (18, Vol. 7), s. 8; M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007, s. 315.

prawnej żądania kompensacji doznaney krzywdy należał będzie do poszkodowanego pacjenta. Wedle własnego uznania zadecyduje on, czy podstawą prawną dochodzonej przez niego kwoty tytułem zadośćuczynienia będzie art. 4 p.p.u. w zw. z art. 448 k.c., czy art. 448 k.c.²³.

Wyrządzenie krzywdy będącej podstawą żądania zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego nastąpić może na etapie zarówno diagnozowania, terapii, jak i rehabilitacji. Pomimo iż art. 448 k.c. nie przesądza samodzielnie o przesłankach takiej odpowiedzialności, to zgodnie jednak z przeważającym stanowiskiem konieczna jest nie tylko bezprawność popełnionego czynu, lecz także czyn ten musi być zawiniony²⁴. W przypadku natomiast art. 4 p.p.u. wola ustawodawcy względem zasady na której oparta powinna być odpowiedzialność za krzywdę pacjenta nie budzi wątpliwości. Przepis ten przewiduje *expressis verbis* winę jako przesłankę przyznania zadośćuczynienia.

W przypadku osób wykonujących zawód medyczny zdarzenie to najczęściej przejawia się w postaci zawinonego zachowania, działania lub zaniechania, odbiegającego od wytycznych, które wiążą te osoby na podstawie obowiązującego standardu świadczeń zdrowotnych, w szczególności gdy zachowanie to niezgodne jest z zasadami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi metodami i środkami zapobiegania, rozpoznawania i leczenia chorób, zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością. Te niekwestionowane podstawowe kryteria sposobu udzielania świadczeń zdrowotnych zawarte są w regulacjach szczególnych na szczeblu ustawowym odnoszących się do konkretnego zawodu medycznego, jak np. art. 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry²⁵, art. 11 ust. 1 ustawy o zawodach pielęgniarzy i położnej²⁶, czy art. 11 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym²⁷. Z kolei wina podmiotu leczniczego polega na niewypełnieniu obowiązków obciążających go z uwagi na charakter i cel jego działalności²⁸. Mowa tu zatem o niewłaściwej organizacji zakładu leczniczego, braku odpowiedniego personelu, niedostatecznych kwalifikacjach pracowników, nieodpowiednich warunkach zabiegu czy leczenia, jak też o innych przypadkach związanych z wadliwą organizacją procesu leczenia²⁹.

²³ M. Safjan, *Kilka refleksji...*, s. 11.

²⁴ Z. Radwański, *Zobowiązania*, s. 221; M. Safjan [w:] *KC. Komentarz, t. 1*, K. Pietrzykowski (red.), s. 1315 i n.; M. Safjan, *Nowy kształt instytucji zadośćuczynienia pieniężnego*, [w:] M. Bączyk, J.A. Piszczek, E. Radomska, M. Wilke (red.), *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997, s. 263 i n.; B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *W sprawie wykładni art. 448 k.c.*, PS 1997, Nr 1, s. 6 i n.; J. Pietrzykowski, *Nowelizacja kodeksu cywilnego z dnia 23 sierpnia 1996 r.*, PS 1997, Nr 3, s. 3 i n.; B. Kordasiewicz, *Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności*, KPP 2000, Nr 1, s. 48; A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 212; por. też wyr. SN. z 12.12.2002 r., V CKN 1581/00, OSN 2004, Nr 4, poz. 53; wyr. SN. z 15.6.2005 r., IV CK 805/04, Legalis, wyr. SN. z 11.12.2013 r., IV CSK 188/13, Legalis. Odmienne stanowisko: G. Bieniek [w:] *Komentarz 2003*, I, s. 455.

²⁵ Ustawa z dn. 5.12.1996 r., Dz.U. z 2015 poz. 464.

²⁶ Ustawa z dn. 15.7.2011 r., Dz.U. z 2014 poz. 1435.

²⁷ Ustawa z dn. 8.9.2006 r., Dz.U. z 2016 poz. 1868.

²⁸ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, *Studia Prawniczo Ekonomiczne* 1969, s. 132.

²⁹ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 338.

2. ZNACZENIE ZOBIEKTYWIZOWANEGO SPOSOBU OCENY ROZMIARU KRZYWDY PACJENTA

Jednym z najtrudniejszych do ustalenia elementów roszczenia o zadośćuczynienia jest właściwe określenie należnej poszkodowanemu sumy pieniężnej z tego tytułu. Brak jest bowiem wyraźnych kryteriów wskazanych w ustawie. Ustawodawca posłużył się wyłącznie określeniem, że przyznana tytułem zadośćuczynienia pieniężna suma ma być „odpowiednia” do doznanej krzywdy. Ostatecznie próba wyznaczenia kryteriów ustalania wysokości kwoty pieniężnej odpowiadającej doznanej krzywdzie została podjęta przez sądy oraz teoretyków prawa. Powszechnie ustalono, że określając wysokość zadośćuczynienia na podstawie art. 445 lub 448 k.c., sąd powinien wziąć przede wszystkim pod uwagę rozmiar doznanego uszczerbku niemajątkowego, czyli stopień i czas trwania cierpień fizycznych i psychicznych³⁰ oraz uwzględnić szereg innych okoliczności, które mogą mieć wpływ na zakres przeżywanych cierpień, takich jak np. nieodwracalność następstw naruszenia, rodzaj wykonywanej pracy, szanse na przyszłość, poczucie nieprzydatności społecznej, wiek, płeć, bezradność życiową oraz inne czynniki podobnej natury³¹.

Nie jest wobec tego wystarczające samo wykazanie, że dane zdarzenie szkockące rzeczywiście wywołało skutki w sferze dóbr i interesów niemajątkowych poszkodowanego pacjenta. Konieczne jest również ustalenie, jaki skutki te znalazły wyraz w całokształcie tych interesów, a więc ustalenie rozmiarów i intensywności indywidualnych cierpień fizycznych i psychicznych. Poszkodowany zadośćuczynienie otrzymuje bowiem nie za, przykładowo, uszkodzenie ciała czy rozstrój zdrowia, lecz wynikłą stąd szkodę niemajątkową³². To cierpienia fizyczne i psychiczne będące następstwem naruszenia dobra osobistego decydują zarówno o przyznaniu, jak i wysokości zadośćuczynienia. Natężenie krzywdy jest jednak zjawiskiem niełatwym do uchwycenia, ponieważ odbywa się w psychice człowieka i zależne jest od indywidualnej wrażliwości³³. Każdy człowiek posiada bowiem swój wewnętrzny stosunek wobec różnych stanów rzeczy (zjawisk) i wedle własnych ocen nadaje im

³⁰ Por. Orz. Sądu Najwyższego z dn. 19.10.1961 r., II CR 804/60, OSPiKA 1962, nr 6, poz. 155. Por. także Orz. Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1965 r., II PR 280/65, OSNCP 1966, nr 10, poz. 168.

³¹ zob. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dn. 8.12.1973 r., III CZP 37/73, OSNC 1974, Nr 9, poz. 145 oraz wyroki Sądu Najwyższego: z dn. 15.12.1965 r., II PR 280/65, OSNCP 1966, Nr 10, poz. 168, z dnia 4.6.1968 r., I PR 175/68, OSNCP 1969, Nr 2, poz. 37, z dn. 10.10.1967 r., I CR 224/67, OSNCP 1968, Nr 6, poz. 107, z dn. 13.3.1973 r., II CR 50/73, niepubl., z dn. 18.12.1975 r., I CR 862/75, niepubl., z dn. 19.8.1980 r., IV CR 283/80, OSNCP 1981, Nr 5, poz. 81, z dn. 10.12.1997 r., III CKN 219/97, niepubl., z dn. 11.7.2000 r., II CKN 1119/98, niepubl., z dn. 12.10.2000 r., IV CKN 128/00, niepubl., z dn. 12.9.2002 r., IV CKN 1266/00, niepubl., z dn. 30.1.2004 r., I CK 131/03, OSNC 2005, Nr 2, poz. 40, z dn. 28.6.2005 r., I CK 7/05, niepubl., z dn. 5.12.2006 r., II PK 102/06, OSNP 2008, nr 1-2, poz. 11, z dn. 9.11.2007 r., V CSK 245/06, OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 11, z dn. 17.9.2010 r., II CSK 94/10, OSNC 2011, Nr 4, poz. 44, z dn. 12.7.2012 r., I CSK 74/12, niepubl. i z dn. 30.1.2014 r., III CSK 69/13, niepubl.

³² Z. Radwański, *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznańskie Towarzystwo Przyjaciół Nauk. Wydział historii i nauk społecznych. Prace komisji nauk społecznych. Tom VII, Zeszyt 1, Poznań 1956, s. 173.

³³ J. Matys, *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010, s. 234.

stopień ważności. Wewnętrzne hierarchizowanie przez człowieka wysoce cenionych dóbr przekłada się bezpośrednio na problematykę różnych reakcji na negatywne oddziaływanie na te wartości. „Dla jednej osoby prawda, piękno i wolność mogą znajdować się na początku tej listy, a oszczędność, porządek i czystość na jej końcu, dla innej kolejność może być odwrotna”³⁴. Indywidualna wrażliwość każdego człowieka powodować może, że następstwa naruszenia tego samego dobra niemajątkowego mogą przybrać dla jednej osoby skutki wyjątkowo drastyczne, dla innej całkowicie łagodne.

Z tego powodu właśnie, przy określaniu wysokości zadośćuczynienia posługiwać powinno się zobiektywizowanym sposobem oceny następstw naruszenia dóbr osobistych i innych interesów niemajątkowych. Dawniej pojawiały się poglądy, że przy objaśnianiu istoty dóbr osobistych należy posługiwać się pojęciem subiektywistycznym, zaproponowanym w głównej mierze przez S. Grzybowskiego, który twierdził, że dobra osobiste, to „indywidualne wartości świata uczuć, stanu życia psychicznego człowieka (...) Przedmiotem ochrony jest uczucie ludzkie, niezmaczony stan życia psychicznego”³⁵. Słuszność należy jednak przyznać przeważającemu obecnie pogładowi, że zarówno przy analizie samej istoty dóbr osobistych, jak i ocenie następstw ich naruszenia, a więc przy ustaleniu zakresu doznanej krzywdy, należy posługiwać się kryterium obiektywnym odwołującym się do przyjętych w społeczeństwie ocen³⁶. Kryterium obiektywne oceny rozmiaru doznanej krzywdy polega co do zasady na uwzględnieniu wyłącznie racjonalnych reakcji poszkodowanego na dany uszczerbek w jego dobrach i interesach niemajątkowych. W tym też zakresie jednostkowe systemy wartości poszczególnych członków społeczeństwa pełnią dlatego znaczącą funkcję w procesie kształtowania ochrony prawnej

³⁴ M. Rokeach, *„Beliefs, Attitudes and Values. A Theory of Organization and Change”*, San Francisco, Washington, London 1972, s. 124, cyt. za: M. Misztal, *„Problematyka wartości w socjologii”*, s. 68.

³⁵ S. Grzybowski, *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957, s. 78; idem, [w:] *System prawa cywilnego, t. I, Część ogólna*, W. Czachórski (red.), Ossolineum 1974, s. 297. Tak również A. Wolter, *Prawo Cywilne*, Warszawa 1986, s. 178; w judykaturze podobne głosy pojawiły się w wyrokach Sądu Najwyższego: z dn. 19.9.1968 r., II CR 291/68, OSN 1969, Nr 11, poz. 200, z głosem A. Kędzierskiej-Cieślak, PiP 1970, Nr 5, s. 818 i nast.; z dn. 12.7.1968 r., I CR 252/68, OSN 1970, Nr 1, poz. 18, z głosem A. Kędzierskiej-Cieślak, PiP 1970, Nr 8-9, s. 417 i nast.

³⁶ Por. m.in. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 107; J. Panowicz-Lipska, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975, s. 29; J.S. Piątkowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, ZN IBPS 1983, s. 20 i nast.; A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 39; idem [w:] E. Gniewek, *Komentarz KC*, Warszawa 2011, s. 56; P. Machnikowski [w:] E. Gniewek, *Komentarz KC*, Warszawa 2014, s. 59; S. Dmowski [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz KC*, Warszawa 2009, s. 108; S. Rudnicki, *Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985-1991*, Przegląd Sądowy 1992, s. 34; W judykaturze por. m.in. wyr. SN z 16.1.1976 r., II CR 692/75, OSN 1976, Nr 11, poz. 251 z apr. co do zasady głosem J.S. Piątkowskiego, NP. 1977, Nr 7-8, s. 1144 i nast.; wyr. SN z 25.4.1989 r., I CR 143/89, OSP 1990, Nr 9, poz. 330 z apr. co do zasady głosem A. Szpunara; wyr. SA w Krakowie z 13.12.1991 r., I ACr 363/91, OSA w Krakowie, rocznik I, Bielsko-Biała 1993, poz. 62, s. 218; wyr. SA w Łodzi z 28.8.1996 r., I ACr 341/96, OSA 1997, Nr 7-8, poz. 43 z głosem T. Grzeszak, MoP 1997, Nr 8, s. 318; wyr. SN z 11.3.1997 r., II CKN 33/97, OSN 1997, Nr 6-7, poz. 93; z 23.5.2002 r., IV CKN 1076/00, OSN 2003, Nr 9, poz. 121; wyr. SN z 28.2.2003 r., V CK 308/02, OSN 2004, Nr 5, poz. 82.

dóbr osobistych człowieka. Określając strukturę ważności różnych dóbr osobistych, pozwalają jednocześnie wyjaśnić i przewidzieć najczęstsze ludzkie reakcje wobec ich naruszenia. Dzięki temu możliwe jest określenie tego, co jest „normalną” wrażliwością człowieka i „typową” reakcją na naruszone dobro, a następnie przyjęcie tych kryteriów za punkt wyjścia dla oceny zakresu doznanej przez poszkodowanego krzywdy.

Okazuje się bowiem, że nie dochodzi do naruszenia dobra osobistego, gdy wyrządzona drugiemu dolegliwość jest – wedle przeciętnych ocen przyjmowanych w społeczeństwie – dolegliwością małej wagi, nie przekracza więc progu, od którego liczyć się już będzie naruszenie dobra osobistego. Stopień przeżywanego przykrości przez dotkniętego naruszeniem może mieć znaczenie dopiero wtedy, gdy próg ten został przekroczony³⁷. Zakres doznanej przez poszkodowanego krzywdy nie może być wobec tego znikomy. Znikomość krzywdy jest jedną z niekwestionowanych przez przedstawicieli doktryny i judykaturę przyczyn uzasadniających skorzystanie przez sąd z prawa odmowy przyznania zadośćuczynienia pieniężnego³⁸. Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową nie jest w prawie polskim zasadzane obligatoryjnie, a fakultatywnie³⁹. Reguła fakultatywności wynika z użytego przez ustawodawcę w przepisach art. 445 i 448 k.c. sformułowania: „sąd może przyznać”⁴⁰. „Prawem sądu” określona została możliwość zadecydowania o przyznaniu zadośćuczynienia w danym przypadku albo odmowie jego przyznania. Dlatego spełnienie przesłanek warunkujących odpowiedzialność za krzywdę nie spowoduje jeszcze, że poszkodowany pacjent roszczeniem tym dysponuje, gdyż zależy to od swobodnego w pewnym zakresie uznania sądu. Fakultatywność przyznania zadośćuczynienia oznacza, że sąd posiada uprawnienie do oceny, czy w konkretnym przypadku zachodzą okoliczności dostatecznie spełniające przesłanki odmowy zadośćuczynienia. Konsekwentnie reguła ta została przez ustawodawcę podtrzymana również w treści art. 4 p.p.u.

Tymczasem, na co słusznie zwraca się uwagę w literaturze, bycie członkiem społeczeństwa i funkcjonowanie w nim w sposób konieczny wiąże się z pewnego rodzaju wzajemnymi ingerencjami w sfery szeroko pojętych dóbr osobistych⁴¹. Przyjmuje się, że dopóki ingerencje te są drobne i nie przekraczają pewnego akceptowalnego w naszej kulturze progu tolerancji, nie powinno się w ogóle mówić

³⁷ M. Pazdan [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Komentarz KC. Tom I*, Warszawa 2013, s. 94; idem, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1234; P. Nazaruk [w:] J. Ciszewski (red.), *Komentarz KC*, Warszawa 2014, s. 59.

³⁸ P. Granecki, *Odpowiedzialność sprawcy szkody niemajątkowej na podstawie art. 448 k.c.*, s. 109; J. Jastrzębski, *Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej*, *Paestra* 2005, z. 3–4, s. 42.

³⁹ Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1999 r., III CKN 339/98, OSP 4/2000, poz. 66), por. jednak wyr. Sądu Najwyższego z 19.10.2011 r., II CSK 721/10, Legalis; wyr. Trybunału Konstytucyjnego z dn. 7.2.2005 r., SK 49/03, OTK-A 2005, nr 2, poz. 13.

⁴⁰ Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 12.5.1951 r., C 646/50, Zb. Urz. poz. 22/52; także u. 7 sędziów z 15.12.1951 r., C 15/51, Zb. Urz. poz. 3/53; Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 15.5.1951 r., C 109/51, Zb. Urz. poz. 23/52; Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 21.4.1951 r., C 25/51, Zb. Urz. poz. 43/52; Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 30.6.1951 r., C 649/50, Zb. Urz. poz. 44/52.

⁴¹ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. 6. wydanie*, E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), s. 63.

o krzywdzie⁴². Zdaje się, że okoliczność uczestnictwa w stosunkach wynikających z udzielania świadczeń zdrowotnych licznie obfituje w takie sytuacje, kiedy mamy do czynienia z rzeczonymi ingerencjami. Przykładowo, za taką bezprawną ingerencję można uznać często praktykowane głośne wywoływanie pacjenta z poczekalni do gabinetu lekarskiego, posługując się przy tym jego nazwiskiem. Również drobne, krótkie nawet wizyty pacjentów odbywane przy otwartych drzwiach gabinetu naruszają jego prawo do poszanowania intymności i godności. Zdaje się jednak, że uznanie pewnych działań mieszczących się w granicach zwyczajowej ingerencji, jako nieskutkujących powstaniem krzywdy, wynika nie tylko z racjonalnej oceny, że niektóre naruszenia do pewnego stopnia nie wywołują cierpień, ale również z tego, że ingerencje takie są konieczne dla sprawniejszego funkcjonowania w społeczeństwie.

Obiektywna koncepcja oceny następstw naruszenia przybiera wyraźne znaczenie w zakresie przede wszystkim takich dóbr osobistych, szczególnie ważnych również dla pacjenta, jak godność, cześć, nietykalność cielesna, dobre imię, prawo do prywatności czy swoboda sumienia, gdzie ocena naruszenia dokonywana jest najczęściej przez pryzmat subiektywnych przeżyć psychicznych osoby poszkodowanej. Jako przykład odwołania się przez sąd do obiektywnych zasad oceny stopnia skutków naruszenia interesów niemajątkowych można podać sprawę rozpoznawaną przez Sąd Apelacyjny w Krakowie⁴³, wszczętą z powództwa pacjentki, która wносиła o zobowiązanie pozwanego szpitala do złożenia oświadczenia odpowiedniej treści oraz zapłaty zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę doznana wskutek udostępnienia nieuprawnionej osobie trzeciej jej dokumentacji medycznej. Sąd uznał jednak, że obiektywnie udostępnienie kolejnemu lekarzowi – profesorowi nauk medycznych – dokumentacji medycznej w celach konsultacyjnych, nawet z naruszeniem ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta w postaci niedostatecznej anonimizacji danych osobowych, nie łączy się w powszechnym odczuciu z łamaniem tajemnicy lekarskiej w sposób godzący w dobra osobiste. Sąd uznał wprawdzie, że pozwany niewątpliwie nie mógł udostępnić celem konsultacji pełnej dokumentacji (wraz z danymi osobowymi pacjentki), jednakże takie udostępnienie nie skutkuje automatycznie naruszeniem dóbr osobistych pacjenta. W tym przypadku bowiem chronione dane udostępniono uznanemu lekarzowi specjalście, a fakt poznania przez kolejnego lekarza przebiegu powikłanego porodu w obiektywnej ocenie społecznej nie godzi w stan uczuć i nie jest uznawane za ingerencję w sferę prywatności. Ponadto, nie istnieje ryzyko upublicznienia powziętych przez lekarza informacji, bowiem również jego obowiązuje tajemnica zawodowa i zasady etyki lekarskiej.

Ocena, czy nastąpiło naruszenie dobra osobistego i w jakim zakresie to nastąpiło, nie może być dokonana według indywidualnej wrażliwości zainteresowanego, lecz obiektywnej reakcji społecznej⁴⁴, a ponadto z uwzględnieniem opinii występującej w społeczeństwie, a nie reakcji społeczeństwa na konkretne zachowanie pozwa-

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Wyr. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 3.9.2015, I ACa 679/15.

⁴⁴ Wyr. SN z 16.1.1976 r., II CR 692/75, OSNCP 1976, nr 11, poz. 251, z glosą J.S. Piatowskiego, NP 1977, nr 7–8, s. 1144.

nego⁴⁵. Stosowanie koncepcji obiektywnej ma wobec tego to szczególne znaczenie, że z jednej strony pozwala wykluczyć patologiczną nadwrażliwość poszkodowanego, istniejącą zazwyczaj jeszcze przed doznaniem krzywdy⁴⁶, a także oddalić powództwa tzw. piniaczy, ludzi wyjątkowo przeczulonych n swoim punkcie⁴⁷. Wprawdzie świadomość pacjentów odnośnie zakresu uprawnień przysługujących im w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych jest wciąż w Polsce niewielka, jednak w obecnych czasach zauważalny jest jej wyraźny wzrost. Przyczynia się do tego m.in. istnienie instytucji Rzecznika Praw Pacjenta i propagowanie praw pacjenta przez media. Istnieje dlatego zagrożenie, że w przyszłości pacjenci staną się coraz bardziej roszczeniowi wobec nie tylko samych lekarzy, ale całego systemu opieki zdrowotnej. Może to się bezpośrednio przekładać na mnogość powództw wytaczanych z tytułu rzekomych krzywd doznanych wskutek nawet drobnych niedogodności wynikających z procesu leczenia. Ocena rozmiaru krzywdy za pomocą kryterium obiektywnego ma takim zagrożeniom przeciwdziałać. Z drugiej strony natomiast obiektywizacja krzywdy pozwala dostrzec cierpienia tych osób, które ze względu na niepełny rozwój intelektualny związany z wiekiem, czy stanem umysłowym nie są w stanie prawidłowo ocenić ani wyrazić zakresu doznawanej krzywdy, jak również sytuacji w której się znajdują⁴⁸. W przypadku poszkodowanych pacjentów szczególnie widoczne to jest wobec skutków tzw. szkód prenatalnych oraz w sytuacjach, kiedy wskutek wadliwości leczenia osoba poszkodowana znalazła się w śpiączce mózgowej, czyli tzw. stanie wegetatywnym. Można powiedzieć nawet, że wobec krzywd doznawanych przez pacjentów zobiektywizowany sposób oceny następstw naruszenia ma szczególnie częste zastosowanie.

ZADOŚCUCZYNIENIE PIENIĘŻNE NA RZECZ POSZKODOWANYCH PACJENTÓW ZNAJDUJĄCYCH SIĘ W STANIE ŚPIĄCZKI MÓZGOWEJ

Obecny rozwój medycyny pozwala na to, aby osoby, które doznały trwałych uszkodzeń w mózgu prowadzących do stanu śpiączki, mogły pozostać przy życiu jeszcze przez wiele lat. Tymczasem nieprawidłowość postępowania medycznego, najczęściej w trakcie operacji przeprowadzanych w znieczuleniu ogólnym, prowadzi często do wywołania takich właśnie następstw. Znieczulenie ogólne jest kontrolowanym przez lekarzy i pozostały personel medyczny zniesieniem stanu przytomności pacjenta i odczuwania przez niego bólu. Podstawowe funkcje życiowe organizmu takiej osoby (układ krążenia, układ oddychania) muszą być wobec tego nadzorowane przez lekarzy oraz urządzenia. To dzięki znieczuleniu ogólnemu

⁴⁵ Wyr. SN z 29.9.2010 r., V CSK 19/10, OSN 2011, Nr B, poz. 37.

⁴⁶ A. Śmieja, *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6, 2. Wydanie*, A. Olejniczak (red.), Warszawa 2014, s. 736.

⁴⁷ P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Wydanie 2*, J. Ciszewski (red.), Warszawa 2014, s. 60.

⁴⁸ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2008, s. 1436–1437.

wiele operacji jest w ogóle możliwych do przeprowadzenia. Jednakże jest to stan, który stwarza dla organizmu wiele zagrożeń. Na ryzyko związane ze znieczuleniem wpływa wiele czynników, jak chociażby wiek czy ciężar ciała. Poważne powikłania, które mogą wystąpić w trakcie znieczulenia organizmu pacjenta, to zatrzymanie krążenia krwi lub oddychania, wstrząs uczuleniowy, przedostanie się wymiocin do dróg oddechowych, zator w naczyniu i inne. Dlatego na podstawie aktualnej wiedzy medycznej i należytej staranności wymaganej od personelu medycznego oczekuje się, aby wszelkie czynności nad pacjentem znajdującym się w stanie znieczulenia ogólnego wykonywane były z najwyższą dbałością i ostrożnością. Nierzadko bowiem w trakcie udzielania świadczeń zdrowotnych w postaci operacji wykonywanych w znieczuleniu ogólnym dojść może do sytuacji, w których sam zabieg przeprowadzony zostanie pomyślnie i zgodnie ze sztuką lekarską, natomiast zaniechanie właściwej opieki pooperacyjnej, jeszcze przed wybudzeniem pacjenta z tzw. narkozy doprowadzi do zatrzymania krążenia i oddechu, a w konsekwencji do śpiączki mózgowej pacjenta⁴⁹.

Osobę taką niewątpliwie można określać poszkodowanym, w wyniku bowiem zawinionej nieprawidłowości postępowania medycznego doznaje ona uszczerbku na zdrowiu o charakterze trwałym. Problematyczna w tym względzie okazała się jednak kwestia, czy osobie pozbawionej świadomości, niemogącej odczuwać faktycznie doznanej przez siebie krzywdy, przysługuje roszczenie o zadośćuczynienie, a jeśli tak, to w jakiej wysokości. Linia orzecznicza zarówno w Polsce, jak i innych krajach europejskich (Niemcy, Anglia, Francja) zdaje się być w tym względzie ustalona. Sady jednogłośnie przyjmują bowiem, że zadośćuczynienie takim osobom prawnie przysługuje⁵⁰. Warto przy tym podkreślić, że wśród francuskiej doktryny pojawiły się również głosy odmienne. Przeciwnicy przyznawania w takich okolicznościach kompensaty uważają, że warunkiem koniecznym zadośćuczynienia jest świadomość poszkodowanego. Skoro więc nie są w stanie takie osoby odczuć krzywdy, wówczas wyrównaniu powinny podlegać wyłącznie ich potrzeby, a więc koszty hospitalizacji⁵¹. Według zwolenników przyznawania zadośćuczynienia osobom pozostającym w śpiączce mózgowej kompensacji podlega każda krzywda, niezależnie od stanu w jakim znajduje się osoba poszkodowana. Natomiast odmowa takiego świadczenia byłaby niesłuszna i faworyzowałaby sprawców i ich ubezpieczycieli, podczas gdy poszkodowany realnie został pozbawiony radości i przyjemności życia⁵².

⁴⁹ A. Kubler (red.) wydania III polskiego, *Anestezjologia. Tom I*, Wrocław 2010, s. 699.

⁵⁰ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*. Wydanie 2, Warszawa 2014, s. 484; idem, *Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz poszkodowanych w stanie wegetatywnym na skutek śpiączki mózgowej (na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.04.2015 r., I CSK 434/14)*, Przegląd Sądowy 2016, nr 6, s. 28 i przywołane tam orzecznictwo polskie i zagraniczne; M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007, s. 40, 69 i n., 93 i n. i przywołane tam orzecznictwo zagraniczne.

⁵¹ Zob. R. Barrot, *Le dommage corporel et sa compensation*, Litec 1988, s. 385, cytata za: M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 70.

⁵² M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz poszkodowanych...*, s. 29 i przywołana tam literatura francuska; M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 70.

W polskim orzecznictwie Sądu Najwyższego kwestia ta została rozstrzygnięta przykładowo w wyroku z 16.04.2015 r.⁵³. Powódka jako pasażerka samochodu doznała w wypadku poważnego uszczerbku na zdrowiu, zsumowanego i ocenionego na 230%. Od dnia zdarzenia pozostaje w stanie tzw. wegetatywnym. W przedmiotowej sprawie wszystkie trzy instancje nie miały wątpliwości, iż brak możliwości odczuwania krzywdy nie może pozbawić powódki zadośćuczynienia. Odpowiedzialność sprawcy wypadku i ubezpieczyciela była bezsporna. Problematyczna okazała się jednak wysokość należnego świadczenia pieniężnego z tego tytułu. Sąd Okręgowy zasądził zadośćuczynienie w kwocie 250 000 zł. Z kolei Sąd Apelacyjny, kładąc nacisk na posługiwanie się przy wyjaśnianiu istoty dóbr osobistych kryterium obiektywnym, uznał, że zasądzone przez Sąd pierwszej instancji zadośćuczynienie jest niewspółmiernie niskie w stosunku do doznanej przez powódkę krzywdy i podniósł je dwukrotnie, do kwoty 500 000 zł. Zadośćuczynienie to zostało następnie przez Sąd Najwyższy podwyższone do 700 000 zł. Sąd ten słusznie podkreślił, że: „Prawo do zadośćuczynienia nie jest zależne od możliwości oceny przez osobę poszkodowaną rozmiaru doznanej krzywdy i możliwości poznania sposobu odczuwania krzywdy przez tę osobę. Oparcie się na obiektywnych kryteriach oceny rozmiaru krzywdy pozwala, w razie zaistnienia przesłanek z art. 445 § 1 k.c., przyznać odpowiednie zadośćuczynienie osobom, które ze względu na wiek lub stan psychiczny nie zdają sobie w pełni sprawy z doznanej krzywdy i nie potrafią ocenić jej rozmiaru”. Należy takiemu rozumowaniu Sądu Najwyższego przyznać całkowitą słuszność.

Pozwani w takich okolicznościach zazwyczaj powołują się na okoliczność, że skoro zadośćuczynienie na celu ma przede wszystkim złagodzenie cierpień fizycznych i psychicznych osoby poszkodowanej, to osobie, która pozostaje w śpiączce mózgowej i cierpień takich nie odczuwa, zadośćuczynienie pieniężne nie przysługuje. Jednakże, krzywdy takich osób są realne, utraciły one bowiem szanse na normalne życie, natomiast brak sprawności umysłowej i fizycznej pozbawił je możliwości rozwoju zawodowego, posiadania rodziny czy przeżywania wszelkich radości życiowych, dlatego zadośćuczynienie im przysługuje⁵⁴.

ZADOŚĆUCZYNIENIE NA RZECZ PACJENTÓW POSZKODOWANYCH W OKRESIE PRENATALNYM

Warto już na wstępie tych rozważań podkreślić, że człowiek w fazie życia prenatalnego jest podmiotem szczególnej ochrony⁵⁵. Przede wszystkim przysługują mu fundamentalne prawa do ochrony życia i zdrowia, o których mowa w art. 38 i 68 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Takie bowiem dobro, jak życie, pozostaje pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju, a zatem również

⁵³ I CSK 434/14, LEX nr 1712803.

⁵⁴ Zob. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy...*, s. 484 i n.; idem, *Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz...*, s. 21 i n.; M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę*, Toruń 2007, s. 40, 69 i n., 93 i n.

⁵⁵ Szerzej na ten temat: D. Karkowska, *Prawa pacjenta*, wyd. II, Warszawa 2009, s. 100–101.

w fazie prenatalnej. Dlatego również ochrona prawna zdrowia przysługuje w tym okresie w sposób nieograniczony⁵⁶. Natomiast konkretyzacją ochrony prawnej zdrowia człowieka poczętego jest prawo do uzyskiwania świadczeń zdrowotnych również w tym okresie. Definicja legalna pacjenta ustanowiona przez przepisy ustawy o prawach pacjenta wprawdzie nie wskazuje wprost, że terminem tym objęty jest również płód, jednakże w treści ustawy wyszczególnia się różne grupy pacjentów, a w tym pacjentów małoletnich, co służyć ma uregulowaniu ochrony praw dziecka. Zgodnie natomiast z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 ustawy o Rzeczniku Praw Dziecka⁵⁷ dzieckiem jest każda istota ludzka od poczęcia do osiągnięcia pełnoletności. Słusznie dlatego podkreśla się w literaturze, że nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że definicja pacjenta obejmuje również okres fazy życia płodowego⁵⁸. Nie powinno podlegać zatem wątpliwości, że płód w okresie pozostawania matki pod opieką okołoporodową winien być traktowany jako pacjent i jako taki również może zostać poszkodowany w związku z procesem leczniczym. Uzyskuje on bowiem świadczenia zdrowotne nie tylko pośrednio, poprzez opiekę sprawowaną nad matką w zakresie opieki medycznej okołoporodowej, lecz także, z uwagi na obecnie wysoce rozwiniętą technikę medyczną, również bezpośrednio, poprzez operacje prowadzone jeszcze w łonie matki.

Pomimo iż prawo cywilne nie wyposaża dziecka poczętego w zdolność prawną, to w razie, gdyby określone cudze zachowanie, działanie lub zaniechanie, wyrządziło mu szkodę, z chwilą urodzenia może ono żądać na podstawie art. 446¹ k.c. naprawienia uszczerbków doznanych przed urodzeniem. Za pomocą tej regulacji ustawodawca chroni przyszłe interesy dziecka poczętego, dlatego warunkiem koniecznym ich realizacji jest jego żywe urodzenie się. Jeśli zatem wadliwie podjęte działania personelu medycznego w związku z udzielaniem świadczeń zdrowotnych w okresie płodowym wywołały szkodę niemajątkową dziecku żywo urodzonemu, może ono za pośrednictwem swoich przedstawicieli ustawowych lub osobiście w terminie dwóch lat od uzyskania pełnoletności, żądać zapłaty odpowiedniej sumy tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę.

Stan ciąży jest okolicznością zdrowotną na tyle wrażliwą, obciążoną dużym ryzykiem powikłań, że wszelkie czynności medyczne w tym zakresie powinny być podejmowane z najwyższą starannością, tak, aby prowadziły do jej szczęśliwego zakończenia. Jako jedne z wielu przyczyn powstania zawinionych przez lekarzy powikłań w trakcie ciąży i porodu skutkujących krzywdą dziecka poczętego wskazać można nierozpoznanie lub opóźnione rozpoznanie istnienia wad wrodzonych lub genetycznych płodu, nieskierowanie matki na specjalistyczne badania genetyczne, nierozpoznanie lub opóźnione rozpoznanie schorzeń matki zagrażających jej życiu oraz życiu płodu, lekceważenie wskazań matczynych lub płodowych do planowego zakończenia ciąży metodą cięcia cesarskiego, brak należytego monitorowania stanu matki lub płodu w trakcie porodu, a w szczególności lekceważenie wskazań do nagłego zakończenia porodu metodą cięcia cesarskiego, a w konsekwencji jego niewykonanie lub opóźnione

⁵⁶ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dn. 28.5.1997 r., K 26/96.

⁵⁷ Ustawa z dn. 6.1.2000 r., o Rzeczniku Praw Dziecka (Dz.U. Nr 6, poz. 69 z późn. zm.).

⁵⁸ J. Ciszewski, *Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre szkody medyczne*, Gdańsk 2002, s. 13 i n.; D. Karkowska, *Ustawa o prawach pacjenta...*, s. 77.

wykonanie, nieumiejętne stosowanie chwytów ręcznych w trakcie porodu naturalnego, czy zbyt silna farmakologiczna indukcja niepostępującego porodu⁵⁹.

Wadliwe postępowanie medyczne nad ciężarną kobietą w zakresie ciąży i porodu prowadzi często do tragicznych w skutkach powikłań zdrowotnych urodzonego w ten sposób dziecka. Należą do nich między innymi niedotlenienie płodu, krwotok śródczaszkowy, a w konsekwencji wywołanie uszkodzeń w mózgu prowadzących do trwałego porażenia mózgowego dziecka, złamanie obojczyka, porażenie splotu ramiennego i inne⁶⁰. Obecnie świadomość pacjentów odnośnie możliwości egzekwowania roszczeń cywilnoprawnych względem szkód wyrządzanych w trakcie leczenia stale rośnie. Coraz powszechniejsze staje się, że rodzice poszkodowanego noworodka jako przedstawiciele ustawowi wszczynają w jego imieniu postępowania sądowe o zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej za doznaną krzywdę niezwłocznie po jego urodzeniu.

Dlatego problematyczne również w tym przypadku może okazać się, czy zadośćuczynienie pieniężne będzie należało się poszkodowanemu noworodkowi, który ze względu na niepełny rozwój intelektualny związany z wiekiem, lub również stanem umysłowym (jeśli wskutek wyrządzenia szkody doszło także do trwałych uszkodzeń w mózgu) nie może prawidłowo ocenić ani wyrazić zakresu doznawanej krzywdy. Wprawdzie sąd zasądzając zadośćuczynienie pod uwagę bierze również te następstwa szkody, które z dużą dozą prawdopodobieństwa można przewidzieć że wystąpią w przyszłości. Jeśli więc wskutek wadliwie prowadzonej opieki okołoporodowej urodziło się chore dziecko, to sąd uwzględni również dolegliwości z tym związane, które będzie ono przeżywało na przestrzeni wszystkich lat swojego życia. Jednakże bezsprzecznie można stwierdzić, że w chwili żądania kompensacji krzywdy, a często również w chwili wyrokowania, poszkodowany noworodek nie jest w stanie jej ocenić, ani wyrazić. Często dochodzi również do sytuacji, kiedy w następstwie wyrządzonej szkody dziecko umiera zaledwie w kilka miesięcy po porodzie i wytoczonym przez rodziców powództwie. Wówczas ewentualna krzywda mogła istnieć tylko w okresie, kiedy poszkodowany rzeczywiście nie był zdolny do jej odczuwania. Również jednak w tym wypadku, posługując się kryterium obiektywnym wyjaśniania istoty skutków naruszenia dóbr osobistych, należy uznać, że szkody takiej osoby są realne.

Zasadne jest przybliżyć w tym miejscu sposób, w jaki do problemu zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanych w okresie prenatalnym noworodków odnosi się Sąd Najwyższy. Jako przykład można podać tragiczną sprawę dziecka, które doznało szkody w trakcie porodu. Sprawa ta trafiła pod rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego w 2011 roku⁶¹. W 2008 roku kobieta ciężarna, matka poszkodowanego powoda, została przyjęta do pozwanego szpitala celem odbycia porodu. Poród nie nastąpił jednak w planowanym terminie, lekarze zadecydowali

⁵⁹ J. Szczapa, *Neonatologia. Wydanie II*, PZWL, Warszawa 2015, s. 63 i n.; W. Kawalec, R. Grenda, H. Ziółkowska, *Pediatrics 2*, PZWL, Warszawa 2013, s. 745 i n.; J. Gadzinowski, *Neonatologia*, Warszawa 2015, s. 1, 6–7, 10–11.

⁶⁰ J. Szczapa, *Neonatologia*, s. 63 i n.

⁶¹ Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 24.03.2011 r., I CSK 389/10, OSNC-ZD 2012/1, poz. 22, z głosem M. Neterowicza, *Przebieg Sądowy* 2012/7–8, 197–202.

dlatego o indukcji akcji porodowej. Starania te okazały się bezskuteczne. Pomimo bezwzględnych wskazań do zakończenia ciąży drogą cięcia cesarskiego podtrzymywano próby wywołania porodu siłami natury, które trwały nieomal 9 dni. Dziecko ostatecznie przyszło na świat po 14 godzinnym porodzie, jednak bez jakichkolwiek oznak życia. W trakcie porodu doszło bowiem do encefalopatii niedotlenieniowo – niedokrwiennej z trwałym uszkodzeniem mózgu. Po zbadaniu sprawy Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu stwierdził, że przez krótki okres swojego życia (dziecko zmarło po 14 miesiącach od urodzenia) powód był niewyobrażalnie chory, „był bezbronny i bezwolny w całym tym procederze medycznym, który służył tylko i jedynie zachowaniu i podtrzymywaniu jego podstawowych funkcji życiowych”. Sąd uznał, że dziecko zostało skrzywdzone ponad ludzką miarę, a jego cierpienie nie da się przeliczyć ani racjonalnie oszacować. Przyznał zadośćuczynienie w kwocie 1 miliona złotych uzasadniając, że „właśnie w realiach niniejszej sprawy zasądzona kwota jest kwotą odpowiednią i gdyby sąd tego żądania nie uwzględnił, to żądanie zadośćuczynienia w zbliżonej wysokości byłoby niemożliwe do zasądzenia w żadnej innej sprawie”. Niezdolność do odczuwania krzywdy przez noworodka nie stanowiła zatem dla sądu przeszkody, aby przyznać jedną z najwyższych w tamtym okresie sum zadośćuczynienia. Jednakże Sąd drugiej instancji rozpoznając apelację od wyroku Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu obniżył zadośćuczynienie pięciokrotnie, do kwoty 200 000 zł, wyjaśniając, że dziecko odczuwało wprawdzie cierpienia fizyczne, lecz nie odczuwało cierpienia psychicznych związanych z odczuciem wyrządzonej mu krzywdy, a także, że nie czerpało korzyści z zadośćuczynienia, które przypadło jego rodzicom jako spadkobiercom ustawowym. Powodowie od wyroku Sądu drugiej instancji wnieśli skargę kasacyjną. Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie i oddalił apelację. W uzasadnieniu do tego wyroku Sąd Najwyższy podał, że okoliczność, iż dziecko nie miało jeszcze ukształtowanej psychiki, nie może oznaczać, że nie doznawało również cierpienia psychicznych. Ostateczna dlatego suma zadośćuczynienia pieniężnego jaka przyznana została spadkobiercom zmarłego dziecka wyniosła 1 milion złotych.

Sprawa ta jest jednym z licznych przypadków naruszenia zdrowia dziecka znajdującego się w łonie matki, czego objawy uwidaczniają się tuż po porodzie. Sądy rozpoznające sprawy o zadośćuczynienie pieniężne za szkody doznane przed urodzeniem nie mają wątpliwości, że pomimo braku dostatecznej świadomości poszkodowanych, świadczenie takie małoletnim się należy. Nieprawdopodobne byłoby czekać z rozstrzygnięciem sprawy do momentu, kiedy dziecko osiągnie odpowiedni stopień rozwoju intelektualnego, aby mogło zrozumieć i wyrazić stan w jakim się znajduje. Tym bardziej, że ze względu na rozległość doznanych szkód zdrowotnych nie ma pewności, jak długo osoby takie utrzymają się przy życiu.

3. ZAKOŃCZENIE

Okoliczność uzyskiwania świadczeń zdrowotnych wzmaga ryzyko doznania różnych uszczerbków o charakterze niemajątkowym, których następstwa w postaci uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia wskazać należy jako te naj-

bardziej dla poszkodowanego dolegliwe. Kontrowersyjne w tym kontekście okazało się roszczenie o zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę takich osób, które ze względu na stan umysłowy lub na niepełny rozwój intelektualny związany z wiekiem nie posiadają zdolności odczuwania krzywdy. Zasadnym jest dlatego zauważyć, że nieprawidłowość postępowania medycznego może prowadzić do takich właśnie naruszeń zdrowia pacjenta, które nierzadko skutkują w rozległe uszkodzenia mózgu o charakterze trwałym. Poszkodowany pacjent często doznaje wówczas śpiączki mózgowej, która powoduje, że popada on w tzw. stan wegetatywny. Nie czuje, nie reaguje na bodźce, nie ma świadomości i kontaktu z otoczeniem. Powszechne są również uszczerbki na zdrowiu wyrządzone pacjentowi w okresie prenatalnym, czego objawy ujawniają się tuż po urodzeniu, kiedy psychika człowieka nie jest jeszcze rozwinięta na tyle, aby umożliwiać mu ocenę odczuwanej krzywdy. Należy jednak stwierdzić, że prawo do zadośćuczynienia nie jest uzależnione od możliwości oceny przez osobę poszkodowaną rozmiaru doznanej krzywdy. Istotne w tym względzie nie są bowiem subiektywne przeżycia poszkodowanego, lecz odniesienie się do obiektywnych i racjonalnych reakcji społeczeństwa. Zobiektywizowany sposób oceny zakresu krzywdy ma to znaczenie przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz tak szczególnej grupy podmiotów, którą tworzą poszkodowani pacjenci, że pozwala zrekompensować również te skutki tragicznych błędów medycznych, których oni sami nie są zdolni odczuwać.

BIBLIOGRAFIA

- Barrot R., *Le dommage corporel et sa compensation*, Litec 1988, s. 385, cytat za: M. Wałachowska, *Zadośćuczynienie pieniężne...*, s. 70.
- Bujny J., *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007.
- Cisek A., *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Wrocław 1989, s. 39.
- Cisek A. [w:] E. Gniewek, *Komentarz KC*, Warszawa 2011.
- Ciszewski J., *Prawa pacjenta w aspekcie odpowiedzialności lekarza za niektóre szkody medyczne*, Gdańsk 2002.
- Dercz M., Izdebski H., Rek T., *Dziecko – pacjent i świadczeniobiorca. Poradnik prawny*, Warszawa 2015.
- Dercz M., Rek T., *Prawa dziecka jako pacjenta*, Warszawa 2003.
- Dmowski S. [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz KC*, Warszawa 2009.
- Granecki P., *Odpowiedzialność sprawcy szkody niemajątkowej na podstawie art. 448 k.c.*, *Studia Prawnicze* 2002, nr 2.
- Grzybowski S. [w:] *System prawa cywilnego, t. I, Część ogólna*, W. Czachórski (red.), Ossolineum 1974.
- Grzybowski S., *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*, Warszawa 1957.
- Jastrzębski J., *Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej*, *Palestra* 2005, z. 3–4.
- Karkowska D., *Prawa pacjenta*, wyd. II, Warszawa 2009.
- Karkowska D., *Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz. 2. wydanie*, Warszawa 2012.
- Kubler A., *Anestezjologia. Tom I*, Wrocław 2010, s. 699.

- Lewaszkwicz-Petrykowska B., *Wina jako podstawa odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych*, Studia Prawniczo Ekonomiczne 1969.
- Machnikowski P. [w:] E. Gniewek, *Komentarz KC*, Warszawa 2014, s. 59;
- Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz. 6. wydanie*, (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski. *Mały słownik języka polskiego*, E. Sobol (red.), Warszawa 1995.
- Matys J., *Model zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody niemajątkowej w kodeksie cywilnym*, Warszawa 2010.
- Nazaruk P. [w:] J. Ciszewski (red.), *Komentarz KC*, Warszawa 2014.
- Nazaruk P. [w:] J. Ciszewski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Wydanie 2*, Warszawa 2014.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne*, Toruń 2007.
- Nesterowicz M., *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych. Wydanie 2*, Warszawa 2014.
- Nesterowicz M., *Zadośćuczynienie pieniężne na rzecz poszkodowanych w stanie wegetatywnym na skutek śpiączki mózkowej (na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.04.2015 r., I CSK 434/14)*, Przegląd Sądowy 2016, nr 6.
- Nesterowicz M., *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, PiP 3/2015.
- Panowicz-Lipska J., *Majątkowa ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1975.
- Pazdan M., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Komentarz KC. Tom I*, Warszawa 2013
- Pazdan M., [w:] *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, M. Safjan (red.) Warszawa 2012.
- Piątkowski J.S., *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, ZN IBPS 1983.
- Radwański Z., *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznańskie Towarzystwo Przyjaciół Nauk. Wydział historii i nauk społecznych. Prace komisji nauk społecznych. Tom VII, Zeszyt 1, Poznań 1956.
- Rokeach M., *„Beliefs, Attitudes and Values. A Theory of Organization and Change”*, San Francisco, Washington, London 1972, s. 124, cyt. za: M. Misztal, *„Problematyka wartości w socjologii”*.
- Rudnicki S., *Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991*, Przegląd Sądowy 1992.
- Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I.*, (red.) K. Pietrzykowski, Warszawa 2008.
- Safjan M., *„Kilka refleksji wokół problematyki zadośćuczynienia pieniężnego z tytułu szkody wyrządzonej pacjentom”*, PiM 1/2005 (18, Vol.7).
- Szpunar A., *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979.
- Śmieja A., *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom 6, 2. Wydanie*, A. Olejniczak (red.), Warszawa 2014.
- Wałachowska M., *„Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę”*, Toruń 2007.
- Wolter A., *Prawo Cywilne*, Warszawa 1986.
- Zielińska E., *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, E. Zielińska (red.), Warszawa 2014.

Orzeczenia sądów polskich

- Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 8.12.1973 r., III CZP 37/73, OSNC 1974, Nr 9, poz. 145.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1951 r., C 15/51, Zb. Urz. poz. 3/53.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 17.10.2002 r., IV KKN 634/99, OSNKW 2003, nr 3–4, poz. 33.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dn. 19.10.1961 r., II CR 804/60, OSPiKA 1962, nr 6, poz. 155.
- Orzeczenie Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1965 r., II PR 280/65, OSNCP 1966, nr 10, poz. 168.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1965 r., II PR 280/65, OSNCP 1966, Nr 10, poz. 168.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4.6.1968 r., I PR 175/68, OSNCP 1969, Nr 2, poz. 37.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 10.10.1967 r., I CR 224/67, OSNCP 1968, Nr 6, poz. 107.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 13.3.1973 r., II CR 50/73, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 18.12.1975 r., I CR 862/75, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19.8.1980 r., IV CR 283/80, OSNCP 1981, Nr 5, poz. 81.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 10.12.1997 r., III CKN 219/97, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 11.7.2000 r., II CKN 1119/98, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.10.2000 r., IV CKN 128/00, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.9.2002 r., IV CKN 1266/00, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 30.1.2004 r., I CK 131/03, OSNC 2005, Nr 2, poz. 80.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 28.6.2005 r., I CK 7/05, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 5.12.2006 r., II PK 102/06, OSNP 2008, nr 1-2, poz. 11.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 9.11.2007 r., V CSK 245/06, OSNC-ZD 2008, nr D, poz. 11.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 17.9.2010 r., II CSK 94/10, OSNC 2011, Nr 4, poz. 44.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.7.2012 r., I CSK 74/12, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 30.1.2014 r., III CSK 69/13, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19.9.1968 r., II CR 291/68, OSN 1969, Nr 11, poz. 200, PiP 1970, Nr 5, s. 818 i nast.
- Wyrok Sądu Najwyższego I CR 252/68, OSN 1970, Nr 1, poz. 18, PiP 1970, Nr 8-9, s.417 i nast.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 16.1.1976 r., II CR 692/75, OSN 1976, Nr 11, poz. 251 z apr. co do zasady głosa J. S. Piatowskiego, NP 1977, Nr 7-8, s. 1144 i nast.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 25.4.1989 r., I CR 143/89, OSP 1990, Nr 9, poz. 330 z apr. co do zasady głosa A. Szpunara.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 11.3.1997 r., II CKN 33/97, OSN 1997, Nr 6-7, poz. 93.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. z 23.5.2002 r., IV CKN 1076/00, OSN 2003, Nr 9, poz. 121.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 28.2.2003 r., V CK 308/02, OSN 2004, Nr 5, poz. 82.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15.12.1999 r., III CKN 339/98, OSP 4/2000, poz. 66.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19.10.2011 r., II CSK 721/10, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 12.5.1951 r., C 646/50, Zb. Urz. poz. 22/52.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15.5.1951 r., C 109/51, Zb. Urz. poz. 23/52.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 21.4.1951 r., C 25/51, Zb. Urz. poz. 43/52.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 30.6.1951 r., C 649/50, Zb. Urz. poz. 44/52.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 16.1.1976 r., II CR 692/75, OSNCP 1976, nr 11, poz. 251, z głosa J. S. Piatowskiego, NP 1977, nr 7-8, s. 1144.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 22.6.2005 r., III CK 392/04, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 17.6.2009 r., IV CSK 37/09.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29.9.2010 r., V CSK 19/10, OSN 2011, Nr B, poz. 37.
- Wyr. Sądu Najwyższego z dn. 14.12.2010 r., I PK 95/10, niepubl.
- Wyrok Sądu Najwyższego, I CSK 434/14, LEX nr 1712803.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 24.03.2011 r., I CSK 389/10, OSNC-ZD 2012/1, poz. 22, z głosa M. Neterowicza, Przegląd Sądowy 2012/7-8, 197-202.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 9.3.2001 r., I ACa 124/01, PS 2002, nr 10, z głosa aprobującą M. Nesterowicza, PS 2002, nr 10, s. 130.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 13.12.1991 r., I ACr 363/91, OSA w Krakowie, rocznik I, Bielsko Biała 1993, poz. 62, s. 218.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dn. 28.8.1996 r., I ACr 341/96, OSA 1997, Nr 7-8, poz. 43 z głosa T. Grzeszak, MoP 1997, Nr 8, s. 318.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 29.8.2006 r., I ACa 310/06, niepubl.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dn. 22.1.2013 r., I ACa 1018/12.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 5.9.2013 r., I ACa 251/13, niepubl.

Wyrok Sądu Apelacyjnego z dn. 3.9.2015, I ACa 679/15, niepubl.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dn. 3.6.2016 r., I ACa 106/16, niepubl.

Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dn. 19.7.1999 r., I C 1150/98, z głosem M. Nesterowicza, OSP 2002/4/59.

Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego

Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dn. 28.5.1997 r., K 26/96.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 7 lutego 2005 r., SK 49/03, OTK-A 2005, nr 2, poz. 13

ZOBIEKTYWIZOWANY SPOSÓB OCENY ROZMIARU KRZYWDY PRZY USTALANIU ZADOŚĆCZYNIENIA PIENIĘŻNEGO NA RZECZ POSZKODOWANEGO PACJENTA

Streszczenie

Artykuł przedstawia problematykę posługiwania się zobiektywizowanym sposobem oceny rozmiaru krzywdy przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanego pacjenta. Można podzielić go na dwie części. W pierwszej części omówiono sytuację faktyczną i prawną osoby będącej podmiotem świadczeń zdrowotnych w kontekście ochrony jej dóbr osobistych. W tej części omówione zostały również podstawy prawne kompensacji krzywdy wynikającej z wadliwości udzielania świadczeń zdrowotnych. W drugiej części ukazano znaczenie zobiektywizowanego sposobu oceny rozmiaru krzywdy na przykładzie pacjentów poszkodowanych w okresie prenatalnym oraz pozostających w śpiączce mózgowej.

Słowa kluczowe: krzywda, zadośćuczynienie pieniężne, pacjent, świadczenia zdrowotne, dobra osobiste, szkody prenatalne, śpiączka mózgowa

OBJECTIVE ASSESSMENT OF HARM IN ORDER TO ESTABLISH COMPENSATION TO THE AGGRIEVED PATIENT

Summary

The article presents the issue of using objective methods to assess the scale of harm in the process of establishing financial compensation for patients injured in the course of treatment. It can be divided into two parts. The first part discusses the factual and legal situation of a person who is a health care beneficiary in the context of the protection of his or her personal rights. This section also discusses the legal grounds for compensatory damages for defective health care services provided. The second part shows the significance of the objective method of assessing the extent of harm inflicted exemplified by patients injured during a prenatal period and patients in the cerebral coma.

Key words: harm, financial compensation, patient, health benefits, personal rights, prenatal injuries, cerebral coma

OBYWATELSTWO UE – ELEMENT TOŻSAMOŚCI NARODOWEJ, EUROPEJSKIEJ, CZY JEDYNIENIE DODATKOWY STATUS OBYWATELI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH?*

DOMINIKA E. HARASIMIUK**

1. WPROWADZENIE

Sytuacja prawna jednostki w Unii Europejskiej jest obecnie jednym z kluczowych zagadnień prawa unijnego. Szczególną rolę w procesie jej kształtowania odgrywa instytucja obywatelstwa UE. Jego ustanowienie na mocy traktatu z Maastricht, wsparte skodyfikowaniem w traktacie zasady ogólnej ochrony praw podstawowych, rozpoczęło proces umacniania Unii Europejskiej jako organizacji o charakterze nie tylko ekonomicznym, ale również politycznym. Dużym wyzwaniem dla integracji europejskiej, zarówno wówczas, jak i obecnie, jest problem ścierających się ze sobą tożsamości – europejskiej, którą można przypisać UE oraz narodowej, właściwej dla tworzących ją państw członkowskich. Szczególnie widoczne jest to na przykładzie instytucji obywatelstwa UE. Została ona bowiem ukształtowana w sposób specyficzny. Pozostając na styku prawa unijnego i prawa krajowego, ma charakter dodatkowy i pochodny zarazem w stosunku do obywatelstwa krajowego. Jak przewiduje art. 9 TUE, obywatelem UE jest każdy obywatel państwa członkowskiego, a samo obywatelstwo UE ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego, nie zastępując go jednak. Skomplikowane zależności między obywatelstwem krajowym a unijnym, które przekładają się na zagadnienia współistnienia tożsamości europejskiej oraz tożsamości narodowych będą przedmiotem szczegółowej analizy w kolejnych punktach niniejszego artykułu.

* Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczego pt. „Tożsamość narodowa i konstytucyjna państwa członkowskiego Unii Europejskiej”, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (nr UMO-2014/13/B/HS5/00528, nr wniosku 2014/13/B/HS5/00528).

** dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie

2. OBYWATELSTWO UE – INSTYTUCJA NA STYKU PRAWA KRAJOWEGO, PRAWA UE I PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Instytucja obywatelstwa UE została ukształtowana jako pojęcie autonomiczne i właściwe dla prawa UE, pozostające jednak w silnej korelacji z prawem krajowym. Faktycznie bowiem, o nabyciu i utracie obywatelstwa UE decydują przepisy poszczególnych państw członkowskich regulujące problematykę obywatelstwa krajowego. W ten sposób w prawie UE respektowana jest generalna zasada prawa międzynarodowego, zgodnie z którą kompetencja do kształtowania wzajemnych relacji między państwem a jednostką, poprzez reguły prawne dotyczące obywatelstwa, jest jedną z podstawowych prerogatyw każdego państwa¹. W prawie międzynarodowym, zasada ta jest obecnie potwierdzona w prawie pozytywnym, między innymi w Europejskiej Konwencji o Obywatelstwie z 6 listopada 1997 r., która w art. 3 ust. 1 stanowi, że „każde państwo określa w swoim ustawodawstwie, kto jest jego obywatelem”². Powyższa reguła została również skonkretyzowana na poziomie unijnym w deklaracji nr 2 dołączonej do traktatu z Maastricht, zgodnie z którą kwestia, czy dana osoba posiada obywatelstwo państwa członkowskiego jest rozstrzygana wyłącznie na podstawie prawa wewnętrznego tego państwa³. W związku ze ścisłym powiązaniem obywatelstwa UE z uregulowaniami prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich, należy przeanalizować generalne koncepcje i reguły dotyczące obywatelstwa krajowego.

Obywatelstwo jest instytucją niezwykle złożoną, będącą przedmiotem zainteresowania zarówno nauk prawnych, jak i socjologicznych, czy politycznych. Zasadniczo w wymiarze normatywnym, obywatelstwo jest traktowane jako wyraz więzi łączącej państwo z jednostką. Jest to instytucja, która określa formalne członkostwo jednostki w zorganizowanej wspólnocie politycznej opartej na istnieniu wzajemnych praw i obowiązków⁴. Jak wskazał polski Trybunał Konstytucyjny, „obywatelstwo polega na trwałej więzi prawnej łączącej daną jednostkę z pewnym państwem, na przynależności jednostki do tego państwa, a jego istota wyraża się w całokształ-

¹ Kompetencja państw w zakresie regulowania obywatelstwa została potwierdzona przez Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w 1923 w opinii doradczej dot. Dekretów o Obywatelstwie Tunezji i Maroko (P.C.I.J. Publications 1923, Series B, nr 4), a także przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Nottebohm* (*Nottebohm Case (second phase)*), wyrok z dnia 6 kwietnia 1955 r. I.C. J. Reports 1955, s. 20.), por. D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 53–65.

² Europejska Konwencja o Obywatelstwie nie została ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską. Tekst EKO w nieoficjalnym tłumaczeniu na jęz. polski, dostępny na stronie: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/re/1997c.html> [dostęp: 08.07.2016 r.]. Szerzej na temat EKO oraz ograniczenia zasady swobody regulacji państw, por. W. Czaplinski, *Problematyka obywatelstwa w aktualnych pracach Rady Europy*, Studia Europejskie nr 2/1998, s. 50–53.

³ Dz. Urz. WE C 191 z 29.07.1992 r. Deklaracja ta została potwierdzona decyzją Rady Europejskiej z Edynburga w 1992 r., dotyczącą pewnych problemów podniesionych przez Danię w związku z ratyfikacją Traktatu o UE. Por. M. Condinanzi, A.A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden 2008, s. 6; E. Gulid, S. Peers, J. Tomkin, *The EU Citizenship Directive. A commentary*, Oxford 2014, s. 23.

⁴ A. Bodnar, *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008, s. 23–24.

cie wzajemnych praw i powinności jednostki oraz państwa, wyznaczonych przez obowiązujące normy prawne⁵. Z pojęciem obywatelstwa wiąże się ściśle pojęcie narodu, jako wspólnoty obywateli. Z perspektywy historycznej, można wyróżnić dwa zasadnicze modele kształtowania się więzi między jednostką a państwem. Mają one swoje źródło w okresie Rewolucji Francuskiej i zapoczątkowanym przez nią procesie kształtowania się państw narodowych. Wspomniane modele odzwierciedlają różne sposoby rozumienia samego pojęcia narodu. We Francji, naród, a co za tym idzie obywatelstwo, jako instytucja prawna wskazująca na przynależność do niego, oparty był na wspólnocie politycznej (*demos*). Jak wskazuje A. Bodnar, obywatel francuski to osoba, wyznająca wspólne wartości polityczne, przywiązana do dorobku Rewolucji Francuskiej, Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, modelu republikańskich rządów, bez odwoływania się do korzeni etnicznych⁶. Etniczny charakter narodu (obywatelstwa) właściwy jest dla modelu niemieckiego. Oznacza on, że wszyscy obywatele są członkami narodu, rozumianego nie tylko jako wspólnota polityczna, ale również jako społeczność oparta na wspólnych korzeniach etnicznych, historycznych, kulturowych, językowych, czy religijnych. W modelu niemieckim ukształtowanie się narodu w sposób naturalny poprzedza powstanie państwa. W modelu francuskim element etniczny schodzi na dalszy plan i nie jest tym, który formuje instytucję obywatelstwa⁷. Przedstawione modele wywarły wpływ na reguły prawne warunkujące dostęp do obywatelstwa. Model francuski historycznie związany był z terytorialną zasadą nabycia obywatelstwa (*ius soli*), natomiast model niemiecki z zasadą opartą na więzach krwi (*ius sanguinis*). Jak zauważa D. Pudzianowska, obecnie takie sztywne podziały związane z rozumieniem narodu straciły na znaczeniu przy określaniu reguł prawnych dotyczących dostępu do obywatelstwa. W ich miejsce brane są częściej pod uwagę zmieniające się okoliczności faktyczne dotyczące napływu imigrantów i otwartości polityki imigracyjnej państw⁸.

Myśląc o obywatelstwie jako podstawowej instytucji określającej związek między jednostką a państwem, można zauważyć, że z punktu widzenia państwa jest to związek przede wszystkim o charakterze prawnym. Z perspektywy danej jednostki i określenia jej własnej przynależności do państwa, często większe znaczenie mają okoliczności faktyczne, które będą budowały jej tożsamość. Państwo przy określaniu zasad nabycia lub utraty obywatelstwa coraz częściej decyduje się na wzięcie pod uwagę również elementów faktycznych, które pomagają definiować więź między jednostką a państwem. Do tych elementów należą np.: miejsce zamieszkania, znajomość języka, miejsce urodzenia, czy zawarcie związku małżeńskiego z obywatelem danego państwa⁹. W ten sposób okoliczności faktyczne mogą mieć istotny wpływ na istnienie więzi prawnej wynikającej z przepisów o obywatelstwie.

⁵ Wyrok TK z 18.01.2012 r., sygn. Akt Kp5/09.

⁶ A. Bodnar, *Obywatelstwo...*, s. 29.

⁷ Szerzej na temat modeli konstytucyjnych dot. narodu i obywatelstwa Francji i Niemiec, zob. M. Rosenfeld, *The identity of the constitutional subjects. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, London–New York, 2010, s. 152–158.

⁸ D. Pudzianowska, *Obywatelstwo...*, s. 87–88.

⁹ *Ibidem*, s. 65–66. W prawie polskim, zgodnie z art. 34 Konstytucji RP, przyjęto zasadę *ius sanguinis*, zgodnie z którą obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców posiadających obywatelstwo polskie. Poza nabyciem obywatelstwa z mocy samego prawa,

Na tym tle, biorąc pod uwagę rozważania dotyczące powiązania obywatelstwa z narodem i więzi z państwem, obywatelstwo unijne nabiera cech odrębnych. Jest to bowiem obywatelstwo ponadnarodowe, a jego ustanowienia nie można traktować jako momentu, który zapoczątkował tworzenie się narodu na poziomie unijnym. Również, jeżeli będziemy stać na stanowisku o etnicznych korzeniach obywatelstwa i narodu, w przypadku obywatelstwa unijnego nie można twierdzić, że zrodziło się ono na gruncie wspólnoty związanej językowo, kulturowo i historycznie¹⁰. Na zagadnienie to zwrócił uwagę Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie traktatu lizbońskiego. Konstrukcja obywatelstwa unijnego wskazuje, że nie jest ono podstawą do ustanowienia jednolitej wspólnoty o charakterze narodu na poziomie europejskim¹¹. Wspólnota narodowa pozostaje elementem ściśle związanym z suwerenną władzą państwa i to ona jest źródłem legitymacji demokratycznej. Ze względu na brak istnienia „narodu europejskiego”, rola obywatelstwa unijnego jest więc zupełnie inna, niż jego odpowiednika na poziomie krajowym. Ma ono poprzez ustanowienie praw charakterystycznych dla obywateli UE, wzmocnić pozycję prawną jednostki w prawie UE i podkreślić polityczny charakter współpracy między państwami członkowskimi. Tworzenie rzeczywistej więzi między obywatelem a UE jako organizacją międzynarodową jest zadaniem niezwykle trudnym. W początkowym okresie istnienia tej instytucji podkreślano, że miała ona przede wszystkim znaczenie symboliczne, ze względu na jej stosunkowo ograniczony zakres uprawnień, czy brak wyraźnie wskazanych obowiązków, które na obywatelach UE miały ciążyć. Ponadto, obywatelstwo UE długo było ujmowane jako „nowa szata” istniejącego już wcześniej modelu obywatela rynkowego, który dzięki swojej aktywności ekonomicznej mógł korzystać ze swobód rynku wewnętrznego¹².

Mimo pochodnego i dodatkowego charakteru obywatelstwa unijnego w stosunku do obywatelstwa krajowego, należy mieć na uwadze, że kompetencja państw członkowskich do kształtowania zakresu podmiotowego obywatelstwa unijnego poprzez krajowe przepisy, ulega pewnym ograniczeniom. W przypadku, gdy dana sprawa wchodzi w zakres prawa UE, państwa członkowskie nie mogą kierować się regułą „obywatelstwa efektywnego”. Została ona na gruncie prawa międzynarodowego publicznego potwierdzona w sprawie *Nottebohm*. Zgodnie z jej założeniami, w przypadku podwójnego obywatelstwa przeważa to, które państwo trzecie uzna

ustawa o obywatelstwie z 2009 r. (Dz. U. 2012 r., poz. 161) przewiduje możliwości nadania obywatelstwa RP oraz uznania za obywatela RP. W tych dwóch przypadkach brane są pod uwagę wskazane w ustawie okoliczności faktyczne, do których zalicza się m.in. odpowiednio długi pobyt na terenie RP, znajomość języka polskiego, czy informacje o źródłach utrzymania osoby starającej się o obywatelstwo polskie.

¹⁰ Sama dewiza Unii Europejskiej – „Zjednoczona w różnorodności” wskazuje, że podstawą UE jest jej różnorodność kulturowa i historyczna.

¹¹ Wyrok FTK z 30.06.2009 r. w sprawie 2 BvE 2/08 (Lisbon case), pkt 346. Szerzej na temat tego rozstrzygnięcia por. P. Bała, „Tożsamość konstytucyjna” a traktat z Lizbony. Tezy wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30 czerwca 2009 r., *Ius Novum* 2010, nr 2, s. 7; K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K32/09)*, Europejski Przegląd Sądowy nr 11/2011, s. 4; F. Mayer, *Rashomon à Karlsruhe*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2010, vol. 46, no. 1, s. 77.

¹² Szerzej na ten temat, wraz z powołaną literaturą, por. D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship: Writing the Future*, *European Law Journal*, vol. 12, no. 5, September 2007, s. 625.

za dominujące, a międzynarodowa skuteczność obywatelstwa uzależniona jest od efektywności obywatelstwa definiowanej przy pomocy określonych kryteriów materialnych¹³. Takie podejście zostało odrzucone przez Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie *Micheletti*¹⁴. Trybunał orzekł wówczas, że władze hiszpańskie nie mogły stosować reguły efektywności i uznać obywatela posiadającego podwójne obywatelstwo (włoskie i argentyńskie), za obywatela argentyńskiego, w ten sposób odmawiając mu prawa korzystania ze swobody przedsiębiorczości. Trybunał ograniczając stosowanie w prawie UE reguły obywatelstwa efektywnego, kierował się zasadą niedyskryminacji ze względu na pochodzenie państwowe. Sprawa *Micheletti*, poza odrzuceniem na gruncie prawa UE doktryny obywatelstwa efektywnego, zapoczątkowała stosowanie ważnej formuły interpretacyjnej, zgodnie z którą państwa członkowskie przy ustalaniu zasad nabycia lub utraty obywatelstwa krajowego powinny kierować się poszanowaniem prawa unijnego¹⁵. Powyższa reguła została potwierdzona w sprawie *Rottmann*¹⁶, która dotyczyła zakresu swobody państw członkowskich przy podejmowaniu decyzji o pozbawieniu obywatelstwa krajowego, w sytuacji, gdy taka decyzja powoduje jednocześnie pozbawienie statusu obywatela UE. Trybunał stojąc przed bardzo trudnym zadaniem, podkreślił, że tego rodzaju problem ze względu na jego charakter i skutki, należy do zakresu prawa unijnego. Oznacza to, że krajowe reguły odnoszące się do ustalania zakresu podmiotowego obywatelstwa krajowego, ze względu na jego powiązanie z obywatelstwem UE, wchodzą w zakres prawa UE. Państwa członkowskie swoje kompetencje w tym zakresie powinny wykonywać z poszanowaniem prawa unijnego, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Tym samym swoboda państw członkowskich dotycząca możliwości pozbawienia obywatelstwa krajowego jest, przynajmniej w teorii, istotnie ograniczona. Oznacza to, że decyzja taka jak w sprawie *Rottmann*, pozbawiająca obywatelstwa krajowego naturalizowanego obywatela niemieckiego, który obywatelstwo to uzyskał w wyniku podstępu, powinna być poddana kontroli przez sąd krajowy, który ma ocenić jej proporcjonalność z punktu widzenia skutków jakie odnosi ona dla statusu obywatelstwa unijnego¹⁷. Trybunał w wyroku tym wskazał na elementy, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie proporcjonalności środka prawnego pozbawiającego obywatelstwa krajowego, skutkującego pozbawieniem obywatelstwa Unii. Przede wszystkim istotne jest zbadanie, czy utrata obywatelstwa jest uzasadniona w stosunku do powagi naruszenia

¹³ D. Pudzianowska, *Obywatelstwo...*, s. 60–61.

¹⁴ Wyrok TS z 07.07.1992 r., w sprawie C-369/90, *Mario Vicente Micheletti i in. p. Delegación del Gobierno en Cantabria*, ECLI:EU:C:1992:295.

¹⁵ *Ibidem*, pkt 10.

¹⁶ Wyrok TS z 02.03.2010 r., w sprawie C-135/08, *Janko Rottmann p. Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:2010:104. Szczegółowe omówienie wyroku, por. D.E. Harasimiuk, *Rola przepisów państw członkowskich przy określaniu zakresu podmiotowego obywatelstwa UE – uwagi na tle wyroku TSUE z 2 marca 2010 r. w sprawie Janko Rottmann przeciwko Freistaat Bayern*, sygn. C-135/08, w: D.E. Harasimiuk, M. Olszówka, A. Zinkiewicz (red.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014, s. 42–54.

¹⁷ D. Pudzianowska, *Warunki nabycia i utraty obywatelstwa Unii Europejskiej. Czy dochodzi do autonomizacji pojęcia obywatelstwa Unii?*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat- osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015, s. 153–154.

prawa przez zainteresowanego obywatela, jak długi czas upłynął od nadania do cofnięcia obywatelstwa, a także czy istnieje możliwość przywrócenia danej jednostce obywatelstwa państwa pochodzenia¹⁸. Trudno jednoznacznie ocenić jak wnikliwa była analiza proporcjonalności decyzji pozbawiającej obywatelstwa dokonana przez sąd krajowy. Rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości przekazujące ocenę proporcjonalności sądowi krajowemu, czyni zakładane ograniczenie kompetencji państw członkowskich w obszarze obywatelstwa (wykonywanie tej kompetencji z poszanowaniem prawa UE) jedynie teoretycznym i warunkowym, zależnym od oceny dokonywanej na poziomie krajowym. W związku z powyższym, nadal nie można mówić o bardziej zaawansowanej autonomizacji obywatelstwa unijnego względem krajowego, a pochodny charakter tego pierwszego wciąż pozostaje jego istotną cechą konstytutywną¹⁹.

3. KLAUZULA POSZANOWANIA TOŻSAMOŚCI NARODOWEJ PAŃSTW CZŁONKOWSKICH A OBYWATELSTWO UE

Złożoność relacji między prawem krajowym a porządkiem unijnym została ujęta w tzw. klauzuli poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich. Wyraźne odwołanie do tożsamości narodowych państw członkowskich znalazło się już w art. F TUE, który po traktacie amsterdamskim stał się przepisem art. 6 ust. 3 TUE. Przepis ten, który stanowił, że „Unia respektuje tożsamość narodową państw członkowskich” miał wówczas niewielkie znaczenie orzecznicze i był bardziej sygnałem politycznym mającym być przeciwważą dla ponadnarodowych tendencji dominujących w tamtym czasie we Wspólnocie²⁰. Prawdziwy wzrost znaczenia klauzuli poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich nastąpił po wejściu w życie traktatu z Lizbony, który problematykę tę uregulował w art. 4 ust. 2 TUE w brzmieniu różniącym się od pierwotnego. Obecnie przepis ten stanowi, że „Unia szanuje równość Państw Członkowskich wobec Traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi (...)”. Jest to aktualnie jeden z najczęściej komentowanych przepisów w doktrynie prawa unijnego, a samo pojęcie tożsamości narodowej nabrało fundamentalnego znaczenia dla określania wzajemnych relacji między prawem krajowym a prawem UE²¹. Jak zauważa R. Toniatti, wzrost znacze-

¹⁸ Wyrok TS w sprawie C-135/08, *Janko Rottmann p. Freistaat Bayern*, pkt 56.

¹⁹ W. Sadurski, *Obywatelstwo europejskie a legitymacja demokratyczna Unii Europejskiej*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw...*, s. 30.

²⁰ L.F.M. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, *Utrecht Law Review* 2010, vol. 6, issue 3, s. 40–41; dostępny na: <http://ssrn.com/abstract=1714350> [dostęp: 09.08.2016], podobnie V. Constantinesco, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identité constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hierarchie?*, [w:] J.-C. Masclet, H. Ruiz-Fabri, Ch. Boutayeb, S. Rodrigues (red.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: Union de droit, Union des droits*, Ed. A. Pedone, Paryż 2010, s. 83.

²¹ Por. m.in.: M.R. Donnarumma, *Integration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de Justice et des cours constitutionnelles*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4, no 84, s. 719; D. Ritleng, *Le droit au respect de l'identité constitutionnelle*

nia pojęcia tożsamości narodowej w dobie obecnej wiązać należy ze zmieniającym się podejściem do pojęcia suwerenności państw²². Tradycyjnie ujmowana suwerenność²³, w obliczu wyzwań wynikających z procesów właściwych dla integracji europejskiej podlega istotnym przeobrażeniom. Suwerenność przestaje być postrzegana jako nieograniczona możliwość wpływu na inne państwa, czy jako wyraz siły niepodlegającej wpływowi zewnętrznemu²⁴. Członkostwo w Unii Europejskiej wiąże się dla państw członkowskich z ograniczeniem części ich suwerennych uprawnień i przekazaniem ich na poziom ponadnarodowej organizacji międzynarodowej, jaką jest UE. Jak jednak wskazuje się w literaturze, transfer części uprawnień państwa członkowskiego na rzecz UE nie oznacza utraty jego suwerenności²⁵. Uczestnictwo w procesach integracyjnych, będące świadomym wyborem państw członkowskich w UE, wiąże się z możliwościami lepszego radzenia sobie z szeregiem problemów ekonomicznych, czy prawnych. Jak zauważa J. Kranz, w przypadku UE obecne kryzysy nie są wyrazem braków instrumentów, czy problemów związanych z suwerennością państwa, ale raczej związane są ze słabością przywództwa politycznego²⁶. S. Konopacki uznaje wręcz, że przekazując niektóre uprawnienia państwo członkowskie zyskuje na suwerenności. Autor uważa, że państwo będąc faktycznie uzależnione od czynników zewnętrznych ograniczających jego suwerenność, (takich jak współzależność międzynarodowa w sferze ekonomii, bezpieczeństwa, czy ochrony środowiska, prowadząca do uzależnienia państw od gospodarki światowej, czy układów regionalnych) dzięki członkostwu w UE staje się bardziej władne regulować sprawy wewnętrzne i zagraniczne²⁷.

Naturalna, traktatowa gwarancja tradycyjnie ujmowanych suwerennych uprawnień, które pozostały przy państwach, staje się uregulowana traktatowo możliwość

nationale, [w:] J.-Ch. Barbato, J.-D. Mouton (red.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats Membres de l'UE? Reflexions a partir des notions d'identité et de solidarité*, Bryulant Bruxelles 2010, s. 23; K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, Przegląd Sejmowy 2010, nr 4, s. 9; A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under Lisbon treaty*, *Common Market Law Review* vol. 48/2011, s. 1417; G. Van der Schyff, *The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU*, *European Law Review* 2012, vol. 37(5), s. 563; A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina C. (red.), *National constitutional identity and european integration*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013; K. Kowalik-Bańczyk, *Tożsamość narodowa – dopuszczalny wyjątek od zasady prymatu?*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 40; Constantinesco V., *Le statut d'Etat europeen: quelle place pour l'autonomie et l'identité constitutionnelle nationales?*, *Revue des Affaires Europeennes*, 3/2013, s. 447; E. Cloots, *National identity in EU law*, Oxford 2015.

²² R. Toniatti, *Sovereignty lost, constitutional identity regained*, [w:] A. Saiz Arnaiz, C. Alcobero Llivina (red.), *National Constitutional...*, s. 56.

²³ Szeroko na temat pojęcia suwerenności państwa w prawie międzynarodowym, por. R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004, s. 91 i nast.

²⁴ Szerzej na ten temat, por. wyrok TK z 24.11.2010 r., sygn. ak K 32/09 (wyrok dot. traktatu z Lizbony), s. 16 i nast.

²⁵ R. Kwiecień, *Suwerenność...*, s. 103.

²⁶ J. Kranz, *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015, s. 41.

²⁷ S. Konopacki, *Problem suwerenności w Unii Europejskiej*, *Studia Europejskie* 3/2008, s. 16–17.

wystąpienia z UE (art. 50 TFUE) oraz poszanowanie ich tożsamości narodowej przez UE. Przepis art. 4 ust. 2 TUE wskazuje elementy, które w pewnym stopniu definiują to pojęcie. Tożsamość narodowa w ujęciu traktatowym jest bowiem nierozzerwalnie związana ze strukturami politycznymi i konstytucyjnymi państwa członkowskiego, a także z jego podstawowymi funkcjami odnoszącymi się do zapewnieniem porządku publicznego i bezpieczeństwa narodowego. Oznacza to, że Unia Europejska nie powinna ingerować w konstytucyjne struktury państwa członkowskiego²⁸. Jest to wąskie rozumienie pojęcia tożsamości narodowej, które można utożsamiać z często stosowanym przez krajowe sądy konstytucyjne pojęciem tożsamości konstytucyjnej²⁹. Jak zauważył rzecznik generalny M. Poires Maduro w opinii w sprawie *Michaniki*, „(...) tożsamość narodowa obejmuje bezsprzecznie tożsamość konstytucyjną państwa członkowskiego. Fakt ten znajduje potwierdzenie, w razie potrzeby, w próbie wyszczególnienia elementów tożsamości narodowej (...) w art. 4 ust. 2 TUE”³⁰. W literaturze zwraca się jednak uwagę, że pojęcie tożsamości narodowej rozumiane szerzej, staje się kontrapunktem dla procesu integracji europejskiej. Przeciwwstawia ono procesowi tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy różnorodne tradycje narodowe, językowe, czy kulturowe, które procesowi integracji nie powinny podlegać³¹. Jak wskazuje K. Kowalik-Bańczyk, tożsamość narodowa jest pojęciem otwartym i zmiennym w zależności od państwa, którego tożsamość jest analizowana³².

Powiązane ściśle z klauzulą tożsamości narodowej pojęcie tożsamości konstytucyjnej, zostało sprecyzowane i upowszechnione w europejskiej przestrzeni prawnej przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny³³. W wyroku dot. traktatu z Lizbony, FTK do składników niemieckiej tożsamości konstytucyjnej zaliczył m.in. takie obszary jak: obywatelstwo, cywilny i wojskowy monopol w zakresie użycia sił zbrojnych, dochody i wydatki publiczne, czy ingerencja w korzystanie z praw podstawowych³⁴. Biorąc pod uwagę cel niniejszego opracowania, należy zwrócić szczególną uwagę na umiejscowienie obywatelstwa państwa członkowskiego jako elementu tworzącego tożsamość narodową (konstytucyjną) państwa. Bez wątpienia, w świetle wcześniejszych rozważań na temat relacji między obywatelstwem krajowym a obywatelstwem unijnym, podejście FTK jest jak najbardziej uzasadnione. Państwa członkowskie mają bowiem możliwość kształtowania zakresu

²⁸ K. Kowalik-Bańczyk, *Tożsamość narodowa...*, s. 40.

²⁹ Szerzej na temat pojęcia tożsamości konstytucyjnej w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw członkowskich, por. A. Kustra, *Sądy konstytucyjne a ochrona tożsamości narodowej i konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne...*, s. 66–77.

³⁰ Opinia rzecznika generalnego M. Poires Madury z dnia 08.10.2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE p. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypopyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*, dawniej *Pantechniki AE, Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, Somateio*, ECLI:EU:C:2008:544, pkt 31.

³¹ M. Claes, *National identity: trump card or up for negotiation?*, [w:] A. Saiz Arnaiz, C. Alcoberto Llivina (red.), *National Constitutional...*, s. 109.

³² K. Kowalik-Bańczyk, *Tożsamość...*, s. 40–41.

³³ A. Kustra, *Sądy konstytucyjne...*, s. 67.

³⁴ Wyrok FTK z 30.06.2009 r. w sprawie 2 BvE 2/08 (Lisbon case), pkt 249. Por. także, K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamości...*, s. 7.

podmiotowego obywatelstwa unijnego. Należy jednak pamiętać o zastrzeżeniu wprowadzonym przez Trybunał Sprawiedliwości dotyczącym konieczności poszanowania prawa unijnego przy wykonywaniu kompetencji państwa członkowskiego dotyczącej nadawania lub pozbawiania obywatelstwa krajowego. Tym samym tworzy się trudna do jasnego zdefiniowania zależność, bowiem element tożsamości narodowej państwa członkowskiego staje się jednym z czynników warunkujących zakres obywatelstwa unijnego³⁵. Problem ten nie był bezpośrednio analizowany przez Trybunał Sprawiedliwości. Sprawa *Rottmann* jest jak dotąd jedyną, w której można doszukiwać się próby podjęcia przez Trybunał tego zagadnienia. Należy jednak mieć na uwadze, że wyrok w sprawie *Rottmann* zapadł na gruncie przepisów obowiązujących przed wejściem w życie traktatu lizbońskiego. Zatem wyraźnego odniesienia do art. 4 ust. 2 TUE w obecnym brzmieniu być nie mogło. Na problem związany z tożsamością narodową bezpośrednio zwrócił uwagę jedynie rzecznik generalny M. Poires Maduro, który odwołał się do art. 6 ust. 3 TUE (w brzmieniu sprzed wejścia w życie traktatu lizbońskiego). Rzecznik generalny analizując zależność między obywatelstwem krajowym a obywatelstwem unijnym uznał, że ewentualne wprowadzenie zakazu pozbawienia określonej osoby obywatelstwa krajowego, pociągające za sobą utratę obywatelstwa unijnego, prowadziłyby do faktycznego odebrania państwu członkowskiemu uprawnień do regulowania zagadnień własnego obywatelstwa. Przyjęcie takiego poglądu naruszałoby w opinii rzecznika wyrażony w art. 6 ust. 3 TUE obowiązek poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich³⁶. Rzecznik uznał, że ustalanie przez państwa członkowskie składu wspólnoty politycznej, polegające na możliwości decydowania o przyznaniu lub pozbawieniu obywatelstwa krajowego, jest bez wątpienia istotnym elementem tożsamości narodowej³⁷. Analiza ta, chociaż opierająca się na przepisie, który zmienił swoje brzmienie i miejsce w traktacie, pozostaje aktualna również na gruncie obecnie obowiązującego przepisu art. 4 ust. 2 TUE. Należy jednak zauważyć, że zupełne wyłączenie zagadnień związanych z określaniem zakresu podmiotowego obywatelstwa krajowego (obywatelstwa UE) spod reguł prawa unijnego jest niedopuszczalne, ponieważ prowadzi do znacznego osłabienia kompetencji UE do kształtowania praw i obowiązków swoich obywateli. Stąd, potwierdzona wyrokiem TS w sprawie *Rottmann*, konieczność poszanowania przez państwa członkowskie prawa unijnego, a zwłaszcza zasady proporcjonalności, przy podejmowaniu decyzji wpływających na zakres podmiotowy obywatelstwa unijnego. Poszanowanie tożsamości narodowej w przypadku uprawnień państw członkowskich dotyczących nadawania lub pozbawiania obywatelstwa krajowego ma zatem granice wyznaczone przez obowiązek poszanowania przez państwa członkowskie prawa unijnego. Nie może bowiem dojść zarówno do sytuacji zupeł-

³⁵ Na podobny problem zwraca uwagę S. Konopacki, *Problem suwerenności...*, s. 13–14. Autor przyjmuje, że paradoks konstrukcji prawnej obywatelstwa unijnego polega na tym, że obywatelstwo państwa członkowskiego określa zakres kategorii ponadnarodowych, którymi są prawo europejskie i obywatelstwo unijne. Suwerenność państwa narodowego jest podstawowym czynnikiem określania obywatelstwa krajowego, a co za tym idzie unijnego.

³⁶ Opinia rzecznika generalnego M. Poiresa Madury w sprawie *Rottmann*, pkt 24–25.

³⁷ *Ibidem*.

nego wyłączenia tych zagadnień spod zakresu prawa unijnego, jak i do sytuacji gdy instytucja pochodna i dodatkowa (obywatelstwo unijne) będzie determinować istnienie instytucji pierwotnej (obywatelstwa krajowego)³⁸.

Powyższe rozważania dotyczyły wpływu klauzuli poszanowania tożsamości narodowej państwa członkowskiego na zakres podmiotowy obywatelstwa unijnego. Po wejściu w życie traktatu z Lizbony i objęciu nowego art. 4 ust. 2 TUE zakresem jurysdykcji Trybunału Sprawiedliwości, klauzula poszanowania tożsamości narodowej zaczęła być stosowana przez Trybunał m.in. w sprawach związanych z zakresem przedmiotowym obywatelstwa unijnego. Jak wskazuje się w literaturze, powoływanie się na tożsamość narodową może być wykorzystywane obecnie przez państwa członkowskie w celu uzasadnienia odstępstw od gwarancji traktatowych i wykluczenia skuteczności przepisów unijnych naruszających tożsamość narodową państwa członkowskiego³⁹. Właśnie w tym kontekście klauzula tożsamości narodowej została powołana przez Trybunał Sprawiedliwości w dwóch sprawach: *Sayn-Wittgenstein*⁴⁰ oraz *Runevič-Vardyn*⁴¹. Obydwie dotyczyły kwestii związanych z uprawnieniami państw członkowskich w zakresie nadawania i pisowni nazwisk osób fizycznych⁴². W sprawie *Sayn-Wittgenstein*, chodziło o decyzję władz austriackich polegającą na sprostowaniu w aktach stanu cywilnego nazwiska obywatelki austriackiej, która w wyniku przysposobienia przez obywatela niemieckiego otrzymała jego nazwisko, tzn. „Fürstin von Sayn-Wittgenstein”. Nazwisko w takim brzmieniu zostało pierwotnie wpisane do austriackich akt stanu cywilnego, a skarżąca w postępowaniu głównym posługiwała się nim na podstawie dokumentów potwierdzających tożsamość wydanych przez władze austriackie (paszport) oraz władze niemieckie (prawo jazdy). Ponadto skarżąca pod nazwiskiem „Fürstin von Sayn-Wittgenstein” zarejestrowała w Niemczech działalność gospodarczą. Przedstawiony stan faktyczny trwał 15 lat, do momentu wydania przez austriacki trybunał konstytucyjny wyroku w sprawie o podobnych okolicznościach, w którym orzekł on, że zgodnie z austriacką ustawą o zniesieniu szlachectwa, obywatele austriaccy nie mają prawa posługiwania się tytułami szlacheckimi. Rozstrzygnięcie to pocią-

³⁸ *Ibidem*, pkt 24 i 26.

³⁹ Por. M. Safjan, P. Miklaszewicz, *Granice uprzywilejowania wyróżnawczego*, Przegląd Sejmowy 2011/6, s. 43; K. Kowalik-Bańczyk, *Tożsamość...*, s. 48; A. Von Bogdandy i S. Schill zwracają uwagę, że klauzula tożsamości narodowej staje się narzędziem łagodzenia konfliktów pomiędzy TSUE a sądami konstytucyjnymi państw członkowskich dotyczących zakresu zasady nadrzędności prawa UE nad prawem krajowym. Por. A. Von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming...*, s. 1417.

⁴⁰ Wyrok TS z 22.12.2010 r., w sprawie C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein p. Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806. Zob. L.F.M. Besselink, *Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010*, nyr. *Common Market Law Review* vol. 49/2012, s. 671.

⁴¹ Wyrok TS z 12.05.2011 r., w sprawie C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn p. Vilniaus miesto savivaldybės administracija*, ECLI:EU:C:2011:291. Zob. A. Dorabalska, *Glosa do wyroku C-391/09, Państwo i Prawo* 2011/9, s. 116; H. Van Eijken, *Case C-391/09, Malgożata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others. Judgment of the Court (Second Chamber) of 12 May 2011*, nyr., *Common Market Law Review* vol. 49/2012, s. 809.

⁴² Szerzej na ten temat, M. Taborowski, *Swobodny przepływ osób w UE a nazwiska osób fizycznych – uwagi na tle orzecznictwa TS*, Europejski Przegląd Sądowy nr 1/2012, s. 22.

gnęło za sobą decyzje władz wiedeńskich o konieczności sprostowania akt stanu cywilnego skarżącej, tak by jej nazwisko zostało pozbawione tytułów szlacheckich i przybrało formę „Sayn-Wittgenstein”. Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał sprawę w świetle art. 21 TFUE, gwarantującego obywatelom UE swobodę przemieszczania się. Trybunał uznał, że przepis ten stoi na przeszkodzie unormowaniu austriackiemu, które może doprowadzić do powstania „konkretnego ryzyka” odpięrania przez obywatela Unii Europejskiej podejrzeń dotyczących jego tożsamości. Mogą one wynikać z rozbieżności nazwisk w nowych dokumentach tożsamości wystawionych przez państwo pochodzenia i dokumentach wydanych w państwie, w którym obywatel przebywa (w przypadku skarżącej chodziło np. o niemieckie prawo jazdy). Stwierdzona przeszkoda w swobodnym przepływie osób została jednak przez Trybunał uzasadniona poprzez odwołanie się do względów ochrony porządku publicznego⁴³. Sąd austriacki wysunął argument odnoszący się do znaczenia ustawy o zniesieniu szlachectwa dla zagwarantowania zasady równości, co z kolei jest jednym z elementów tożsamości narodowej, który powinien podlegać ochronie. Trybunał Sprawiedliwości uwzględniając taką interpretację posłużył się art. 4 ust. 2 TUE jedynie pomocniczo, uznając że poszanowanie tożsamości narodowej państwa członkowskiego, której jednym z elementów jest zasada równości oraz republikański ustrój państwa, mieści się w zakresie traktatowej derogacji ochrony porządku publicznego. Oznacza to, że w sprawie *Sayn-Wittgenstein* art. 4 ust. 2 TUE nie został zastosowany jako autonomiczna derogacja traktatowa, ale wykorzystany jako przepis pomocniczy przy definiowaniu pojęcia porządku publicznego⁴⁴.

W drugim z wymienionych wyroków - *Runevič-Vardyn* - klauzula tożsamości narodowej została wykorzystana przy ocenie litewskich reguł dotyczących pisowni nazwisk. Stan faktyczny dotyczył obywatelski litewskiej, należącej do mniejszości polskiej oraz jej męża – obywatela polskiego. Problemem był sposób pisowni ich imion i nazwisk w litewskich dokumentach urzędowych (akcie urodzenia skarżącej oraz akcie małżeństwa). Władze litewskie wydając właściwe dokumenty posłużyły się pisownią odpowiednią dla języka litewskiego, tzn. niezawierającą polskich znaków diakrytycznych oraz liter (w języku litewskim nie występuje litera „W”). W opinii skarżących, wnoszących w postępowaniu krajowym o zapis ich imion i nazwisk zgodnie z regułami języka polskiego, stanowiło to naruszenie zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Władze litewskie w postępowaniu przed TS argumentowały, że „język litewski stanowi wartość konstytucyjną, która chroni tożsamość narodową, przyczynia się do integracji obywateli, zapewnia wyrażenie suwerenności narodowej, niepodzielność państwa oraz prawidłowe funkcjonowanie służb państwowych i samorządowych”⁴⁵. Trybunał Sprawiedliwości uznał stanowisko władz litewskich, podkreślając, że ochrona języka urzędowego państwa

⁴³ L.F.M. Besselink, zwraca uwagę, że w wyroku *Sayn-Wittgenstein* wyjątek ochrony porządku publicznego został po raz pierwszy wykorzystany w sprawie dotyczącej obywatelstwa unijnego rozpatrywanej bezpośrednio na podstawie art. 21 TFUE. Dotąd tego rodzaju wyjątek był stosowany dla uzasadnienia decyzji o zakazie wjazdu lub wydalenia obywatela UE. Por. L.F.M. Besselink, *Case C-208/09...*, s. 681.

⁴⁴ A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming...*, s. 1424.

⁴⁵ Wyrok TS w sprawie C-391/09, *Runevič-Vardyn*, pkt 84.

członkowskiego mieści się w zakresie tożsamości narodowej, chronionej przez art. 4 ust. 2 TUE. Dla wzmocnienia argumentacji, Trybunał sięgnął do art. 3 ust. 3 akapit 4 TUE oraz art. 22 Karty praw podstawowych UE, według których Unia szanuje różnorodność kulturową i językową swoich państw członkowskich. Do sądu krajowego należała ostateczna ocena istnienia przeszkody w swobodnym przepływie osób i możliwości jej uzasadnienia właśnie względami związanymi z ochroną tożsamości narodowej – ochroną języka urzędowego danego państwa.

Jak wynika z powołanych orzeczeń, ochrona tożsamości narodowej staje się istotną wartością braną pod uwagę przy uzasadnieniu ograniczeń swobody przepływu obywateli UE. W omawianych sprawach przepis art. 4 ust. 2 TUE nie został jednak wykorzystywany przez Trybunał Sprawiedliwości jako autonomiczna podstawa uzasadniająca odstępianie od swobód gwarantowanych prawem UE. Klauzulą z art. 4 ust. 2 TUE Trybunał posłużył się jako dodatkową wskazówką interpretacyjną wzmacniającą zastosowanie uznanych już wcześniej traktatowo i orzecznictwo nadzwyczajnych względów stanowiących derogację od przepisów gwarantujących swobodny przepływ osób.

4. OBYWATELSTWO UE A TOŻSAMOŚĆ EUROPEJSKA

Obywatelstwo, jak wskazuje W. Sadurski ma dwa główne wymiary – formalno-prawny i polityczno-symboliczny⁴⁶. Pierwszy z nich, dominujący w przypadku obywatelstwa UE, obejmuje przewidziane traktatowo uprawnienia, które dzięki rozszerzającej interpretacji Trybunał Sprawiedliwości UE, stały się z czasem częścią podstawowego statusu każdego obywatela państwa członkowskiego⁴⁷. Do praw przyznanych bezpośrednio obywatelom UE należą: swoboda przemieszczania się i pobytu (art. 21 TFUE), prawa wyborcze w wyborach do Parlamentu Europejskiego i wyborach lokalnych realizowane według miejsca zamieszkania obywatela UE, a nie przynależności państwowej (art. 22 TFUE), prawo do ochrony dyplomatycznej i konsularnej w państwach trzecich (art. 23 TFUE), prawo petycji do Parlamentu Europejskiego (art. 24 akapit 2 TFUE), skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 24 akapit 3 TFUE), prawo zwracania się do każdej instytucji unijnej (art. 24 akapit 4 TFUE) oraz prawo tzw. europejskiej inicjatywy obywatelskiej

⁴⁶ W. Sadurski, *Obywatelstwo...*, s. 23.

⁴⁷ Proces umacniania obywatelstwa unijnego jako podstawowego statusu każdego obywatela państwa członkowskiego został zapoczątkowany przez TS w wyroku z 20.09.2001 r. w sprawie C-184/99 *Rudy Grzelczyk p. Centre public d'aide d'Otignies-Louvain-la Neuve*, Rec. 2001, s. I-06193, pkt 31. Na szczególną uwagę zasługuje również fakt, że ani TUE, ani TFUE nie wymieniają wprost obowiązków obywateli UE, które kształtowałyby ich status prawny. D. Kochenov, (*EU Citizenship without Duties*, *European Law Journal*, vol. 20, no. 4, July 2014, s. 482) stoi na stanowisku, że obywatelstwo w ogóle, a obywatelstwo unijne w szczególności, uwalnia się od istniejącej początkowo korelacji praw i obowiązków. Autor uznaje, że opierając system prawny na uprawnieniach, a nie obowiązkach, w pełni gwarantuje się zasady demokratycznego państwa prawnego, w którym obywatele powinni być prawdziwie wolni. Odmienne, uznając, że uprawnienia nie mogą być odłączone od obowiązków, jakie obywatele mają wobec państwa lub UE, R. Bellamy, *A Duty-Free Europe? What's Wrong with Kochenov's Account of EU Citizenship Rights*, *European Law Journal*, vol. 21, no. 4, July 2015, s. 558.

(art. 24 ust. 1 TFUE w zw. z art. 11 TUE). Jak wskazują badania prowadzone na zlecenie Komisji Europejskiej w 2015 r., obywatele państw członkowskich wykazują się średnią świadomością dotyczącą zarówno samego statusu obywatelstwa unijnego, sposobu jego nabywania, jaki i przysługujących im praw. Chociaż dla 87% badanych „obywatelstwo UE” jest terminem znajomym, jedynie 52% wie, co on oznacza. Gorzej kształtują się dane odnoszące się do znajomości przysługujących uprawnień – 42% badanych twierdzi, że czują się bardzo dobrze lub wystarczająco poinformowani na temat przysługujących im praw. Mimo to, 84% obywateli ma świadomość prawa do swobodnego przemieszczania się i pobytu, a 83% wie o możliwości złożenia skargi do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, petycji do PE oraz zwrócenia się do KE. Najmniejsza świadomość dotyczy praw wyborczych w wyborach lokalnych (54% badanych prawidłowo stwierdza, że obywatel UE mieszkający w ich państwach ma bierne i czynne prawo wyborcze w wyborach lokalnych). Świadomość posiadania pozostałych uprawnień kształtuje się w przedziale 67–77%⁴⁸.

Można zauważyć, że część z przyznanych traktatowo uprawnień ma ścisły związek z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego (swoboda przemieszczania się i pobytu) i w ten sposób umacnia realizację istniejącej od początku integracji swobody przepływu osób, a część z nich to uprawnienia o charakterze politycznym. O ile pierwsze z wymienionych uprawnień jest specyficzne dla obywatelstwa UE, o tyle uprawnienia wyborcze, czy związane z relacjami między jednostką a instytucjami unijnymi, są uprawnieniami typowymi dla instytucji obywatelstwa w ogóle. Określają one bowiem relacje między jednostką a wspólnotą polityczną, której jest ona częścią. W ten sposób wymiar formalno-prawny zachodzi na wymiar symboliczno-polityczny obywatelstwa. W drugim z tych wymiarów obywatelstwo przede wszystkim wyznacza stosunki między obywatelem a wspólnotą polityczną oraz relacje między samymi obywatelami⁴⁹. Jak wskazuje W. Sadurski, główną treścią obywatelstwa w tym sensie jest tożsamość, rozumiana jako „identyfikacja z tym co w oczach obywateli łączy ich jako członków tej samej wspólnoty”⁵⁰. W przypadku obywatelstwa unijnego pojawia się zatem problem określenia tożsamości europejskiej, która pozwalałaby obywatelom UE identyfikować się z Unią jako organizacją, działaniami jej instytucji oraz czuć więź między obywatelami pochodzącymi z różnych państw członkowskich. To, czy taka uniwersalna tożsamość europejska w ogóle jest możliwa, jest przedmiotem debaty doktrynalnej⁵¹. W przypadku obywatelstwa unijnego nie można oczekiwać tak oczywistego poczucia

⁴⁸ Flash Eurobarometer 430, Report, European Union Citizenship, March 2016, dokument dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/justice/citizen/document/files/2016-flash-eurobarometer-430-citizenship_en.pdf [dostęp: 1.08.2017].

⁴⁹ W. Sadurski, *Obywatelstwo...*, s. 25–26.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 26.

⁵¹ Por. m.in. S. Kadelbach, *Union Citizenship*, [w:] A. Von. Bogdandy, J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Hart-CH Beck-Nomos, Oxford – Munchen, s. 470-475; P. Magnette, *How can one be European? Reflections on the Pillars of European Civic Identity*, *European Law Journal*, vol. 13, no. 5, September 2007, s. 664; D. Kostakopoulou, *On European Identity*, w: R. Bellamy (red.), U. Saiger (red.), *EU Citizenship and the Market*, The European Institute UCL, 2011 tekst dostępny na stronie: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117157 [dostęp: 24.08.2016]; eadem, *European Union Citizenship...*, s. 625–626; F. Benoît-Rohmer, *Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit*, w: *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*. Chemins d'Europe, Dalloz, Paris 2010, s. 63–64.

identyfikacji i przynależności, jak w przypadku obywatelstwa krajowego i przynależności do narodu. Tożsamość narodowa i europejska będą się od siebie różniły, chociaż czasami będą wykazywać punkty styeczne. W kontekście uwag o obywatelstwie UE, należy podkreślić, że tożsamość europejska może być ujmowana w sposób subiektywny i obiektywny. Pierwszy z nich to ten przedstawiony wyżej, zasadzający się na poczuciu przynależności jednostki do wspólnoty politycznej, jaką jest Unia. Tożsamość europejska w ujęciu obiektywnym będzie obejmowała pewien ogólny zbiór wartości istotnych dla procesu integracji europejskiej, gdzie część z nich będzie miała znaczenie bazowe (fundamentalne), a część będzie pochodną mechanizmów integracyjnych. Będzie to zatem tożsamość Unii Europejskiej jako organizacji międzynarodowej o charakterze ponadnarodowym. Na konieczność wzmocnienia tożsamości europejskiej ujmowanej w ten właśnie sposób zaczęto wyraźnie zwracać uwagę już w Deklaracji z Kopenhagi z 1973 r o tożsamości europejskiej⁵². Dziewięć ówczesnych państw członkowskich podkreśliło konieczność szukania jedności we wzajemnych relacjach i w tym celu podjęło się próby zdefiniowania tożsamości europejskiej. Określano ją w oparciu o wspólne dla wszystkich państw wartości, do których należą: zasady demokracji przedstawicielskiej, państwo prawa, sprawiedliwość społeczna oraz poszanowanie praw człowieka. Jest to zatem ta część wartości budujących tożsamość europejską, która pokrywa się z wartościami mogącymi być częścią tożsamości narodowej każdego z państw członkowskich. W omawianym dokumencie wymienione zostały również określone składniki tożsamości europejskiej, które wynikają z procesów integracyjnych. Są one zatem tymi, które dla tożsamości europejskiej mają specyficzny charakter i powinny być rozwijane i umacniane poprzez postępujące ruchy integracyjne. Należą do nich: rynek wewnętrzny, system instytucjonalny UE, wspólne polityki, czy wypracowane mechanizmy współpracy. Do tożsamości europejskiej odniosła się również Deklaracja o UE ze Stuttgartu z 1983 r⁵³. To właśnie w tym dokumencie znalazło się słynne stwierdzenie o konieczności kontynuowania procesu tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, z zamiarem wzmocnienia tożsamości europejskiej. W deklaracji stuttgarckiej jednym z wymienionych celów było zacieśnianie współpracy w obszarze kultury, tak by wzmocnić świadomość dotyczącą wspólnego dziedzictwa kulturowego, będącego jednym z elementów tożsamości europejskiej.

Obecnie ramy tożsamości europejskiej możemy definiować poprzez ustanowione w Kopenhadze w 1993 r. kryteria członkostwa w UE⁵⁴, wartości na których

⁵² Declaration on European Identity (Kopenhaga, 14.12.1973 r.), tekst dostępny na stronie: <http://ec.europa.eu/dorie/fileDownload.do?jsessionid=1KGyQ1tKfTpNjBQwQh6cwgC2yLn7BJMymvTrDq5s2rD3JYR9RfGQI243197488?docId=203013&cardId=203013> [dostęp: 22.08.2016]. Por. także V. Constantinesco, *La confrontation...*, s. 80.

⁵³ Solemn Declaration on European Union (Stuttgart, 19.06.1983 r.), tekst dostępny na stronie: http://aei.pitt.edu/1788/1/stuttgart_declaration_1983.pdf [dostęp: 31.07.2017].

⁵⁴ Tzw. kryteria kopenhaskie, przyjęte przez Radę Europejską w 1993 r., zakładają, że członkiem UE może zostać państwo, które respektuje zasady demokracji, państwa prawnego, poszanowania praw człowieka (w tym mniejszości narodowych), a także funkcjonuje w ramach sprawnie działającej gospodarki wolnorynkowej, mogącej sprostać konkurencji oraz presji rynkowej wewnątrz Unii. Ponadto państwo kandydujące powinno być gotowe na przyjęcie dorobku prawnego UE. Tekst konkluzji ze szczytu Rady Europejskiej w Kopenhadze zawierający te kryteria, dostępny na stronie: www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf [dostęp: 22.08.2016].

opiera się UE wymienione w art. 2 TUE⁵⁵, ale także poprzez ogólne zasady prawa unijnego, w tym zasady bezpośredniej skuteczności i nadrzędności, Kartę Praw Podstawowych, czy wzmocnione dzięki działalności orzeczniczej TSUE, reguły dotyczące ustanowienia i funkcjonowania rynku wewnętrznego (w tym zasadę niedyskryminacji ze względu na pochodzenie państwowe)⁵⁶.

Tożsamość europejska w ujęciu subiektywnym, mająca znaczenie z punktu widzenia jednostki – obywatela UE, jest zdecydowanie trudniejsza do zdefiniowania i osiągnięcia. Chodzi tutaj o ustanowienie pewnej kolektywnej tożsamości, która wzmocniałaby mechanizmy integracyjne i byłaby źródłem legitymacji demokratycznej dla Unii. Komisja Europejska w trzecim raporcie dotyczącym obywatelstwa w 2001 r. stwierdziła, że obywatelstwo UE jest zarazem źródłem legitymacji procesów integracyjnych, jak i podstawowym czynnikiem w procesie kształtowania wśród obywateli poczucia przynależności do Unii Europejskiej i posiadania prawdziwej tożsamości europejskiej⁵⁷. Problem legitymacji procesów integracyjnych wiąże się z szeroko dyskutowanym w literaturze zagadnieniem deficytu demokratycznego w UE⁵⁸. Unia z jednej strony w art. 2 TUE deklaruje oparcie się m.in. na wolności, demokracji, czy państwie prawa. Z drugiej jednak strony, system instytucjonalny nie odzwierciedla typowego trójpodziału władzy. Status Parlamentu Europejskiego, będącego jedyną instytucją przedstawicielską, został w pełni umocniony dopiero po traktacie z Lizbony⁵⁹. Wprowadzony wówczas art. 10 TUE wskazuje, że podstawą funkcjonowania UE jest demokracja przedstawicielska, a obywatele bezpośrednio reprezentowani są na poziomie UE w Parlamencie Europejskim oraz, że każdy obywatel ma prawo uczestniczyć w życiu demokratycznym Unii. Bez wątplenia ustanowienie europejskiej inicjatywy obywatelskiej miało na celu wzmocnienie uczestnictwa obywateli w życiu politycznym Unii. Obywatele jednak

⁵⁵ Art. 2 TUE przewiduje, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwu Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

⁵⁶ V. Constantinesco, *La confrontation...*, s. 81

⁵⁷ Report from the Commission. Third Report from the Commission on Citizenship of the Union, Brussels, 07.09.2001, COM (2001) 506 final, s. 7. Por. także, D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship...*, s. 625–626.

⁵⁸ Szerzej na ten temat, wraz z powołaną literaturą, W. Sadurski, *Democratic Legitimacy of the European Union: A Diagnosis and Some Modest Proposals*, Polish Yearbook of International Law, vol. 32/2012 r., s. 19–43; A. Śledzińska-Simon, *Europejska inicjatywa obywatelska, czyli fiasko demokratycznego telos?*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw...*, s. 39–46.

⁵⁹ Parlament Europejski przede wszystkim stał się faktycznym współprawodawcą, ponieważ dawna procedura współdecydowania po traktacie z Lizbony została przemianowana na zwykłą procedurę prawodawczą (art. 294 TFUE) i objęte nią zostały najważniejsze obszary prawa UE (m.in. Wspólna Polityka Rolna, Rybacka, czy wdrożenie Wspólnej Polityki Handlowej). Zaraz po wejściu traktatu lizbońskiego w życie (lata 2010–2011) zwykła procedura prawodawcza objęła ok 90 % uchwalanych aktów prawnych. Por. Raport: *Mid-term Evaluation of the 2009–2014 European Parliament: Legislative activity and decision-making dynamics*, VoteWatch Europe no 63/July 2012, s. 5, Centre for European Policy Studies, Bruksela, dokument dostępny na stronie: <https://www.ceps.eu/publications/mid-term-evaluation-2009-14-european-parliament-legislative-activity-and-decision> [dostęp: 31.07.2017].

wciąż nie mają poczucia, że ich głos na poziomie instytucji unijnych jest słyszalny⁶⁰. Ustanowienie obywatelstwa unijnego niewiele tę sytuację zmieniło. Mimo że 50% obywatele twierdzi, że zna swoje prawa jako obywatele UE⁶¹, to tylko ok. 42% z nich zdecydowało się na skorzystanie z prawa wyborczego do Parlamentu Europejskiego w latach 2009 i 2014⁶², a aż 63% deklaruje, że nie zamierza skorzystać z prawa europejskiej inicjatywy obywatelskiej⁶³. Jak wskazują powyższe dane, nie udało się osiągnąć jednego z głównych celów politycznych obywatelstwa unijnego. Wówczas, gdy było ustanawiane, zakładano, że ma ono doprowadzić do zmniejszenia przepaści między obywatelami a instytucjami europejskimi, które dzięki temu miały stać się bardziej efektywne⁶⁴. Tymczasem obywatele UE wciąż nie utożsamiają się z instytucjami unijnymi, zapominając, czy często nie wiedząc o tym, że w skład instytucji reprezentujących interesy narodowe państw członkowskich (Rady Europejskiej i Rada Unii Europejskiej) wchodzi szefowie rządów, głowy państw lub ministrowie krajowi. Oznacza to, że *de facto* słaba legitymacja demokratyczna UE jest pochodną deficytu legitymacji demokratycznej instytucji państwowych⁶⁵. Jednocześnie należy pamiętać, że w systemie instytucjonalnym Unii Europejskiej nie występuje w pełni przedstawicielska reprezentacja obywateli, umożliwiającą pociągnięcie rządu do odpowiedzialności. Co prawda Parlament Europejski posiada kompetencje kontrolne wobec Komisji Europejskiej, jednak Rada Unii Europejskiej pozostaje poza parlamentarnym systemem kontroli⁶⁶. Powyższe względy wpływają zatem na bardzo słaby stopień identyfikacji i zaufania obywateli w stosunku do instytucji unijnych. Pod względem politycznym europejskie *demos* wciąż nie posiada pełnej wspólnej tożsamości, a opiera się na istnieniu obywateli, którzy przede wszystkim czują się i są obywatelami państw członkowskich, a w drugiej kolejności obywatelami UE⁶⁷. Stąd można mówić o wielopoziomowej tożsamości związanej z pochodnym charakterem obywatelstwa unijnego⁶⁸, w której jednak element tożsamości narodowej dominuje nad europejską.

⁶⁰ Według danych statystycznych Komisji Europejskiej tylko 39% obywateli UE zgadza się z twierdzeniem, że ich głos liczy się w UE (54% nie zgadza się z tym twierdzeniem). Cyt. za Standard Eurobarometer 84, Autumn 2015, Public opinion in the European Union, Grudzień 2015. Dokument dostępny na stronie internetowej: <http://ec.europa.eu/COMMfrontOffice/PublicOpinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/70150>. [dostęp: 25.08.2016].

⁶¹ Standard Eurobarometer 83, European Citizenship. Report, Spring 2015, s. 31.

⁶² Dane statystyczne dotyczące frekwencji w wyborach do Parlamentu Europejskiego dostępne na stronie internetowej: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pl/20150201PVL00021/Poprzednie-wybory> [dostęp: 25.08.2016].

⁶³ Standard Eurobarometer 83..., s. 75.

⁶⁴ W. Sadurski, *Obywatelstwo...*, s. 30.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 36.

⁶⁶ A. Śledzińska-Simon, *Europejska inicjatywa obywatelska...*, s. 40–41.

⁶⁷ Według danych statystycznych Komisji Europejskiej 52% obywateli UE identyfikuje się po pierwsze jako obywatele danego państwa członkowskiego, a po drugie jako obywatele UE. 38% obywateli uważa się wyłącznie za obywateli danego państwa, 6% przede wszystkim za obywateli UE, a w drugiej kolejności za obywateli danego państwa i tylko 1% widzi się wyłącznie jako obywatele UE. Por. Standard Eurobarometer 83, European Citizenship. Report, Spring 2015, s. 21.

⁶⁸ Szerzej na temat obywatelstwa i tożsamości wielopoziomowej, por. A. Bodnar, *Obywatelstwo...*, s. 292–301.

5. WNIOSKI

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że wpływ obywatelstwa unijnego na umacnianie się tożsamości europejskiej jest zdecydowanie mniejszy od zakładanego pierwotnie. Jak wskazuje S. Konopacki, sama konstrukcja obywatelstwa unijnego oparta na uprawnieniach suwerennych państwa dotyczących ustalania zakresu podmiotowego obywatelstwa krajowego, prowadzi do zmniejszenia się możliwości wyłonienia europejskiej tożsamości⁶⁹. Mimo że obywatele unijnych, poza ustalonym na poziomie traktatowym statusem prawnym, łączą pewne wspólne korzenie historyczne, kulturowe, czy religijne, to na poziomie politycznym tożsamość obywateli UE jest wciąż bardzo słaba. Okazuje się zatem, że to tożsamość narodowa państw członkowskich, przebija się silniej w przypadku poczucia przynależności obywateli państw członkowskich do wspólnoty politycznej. Dla obywateli UE taką wspólnotą pozostaje przede wszystkim państwo, a nie sama Unia. Dodatkowo, ostatnie wydarzenia polityczne, z referendum w sprawie „Brexit-u” na czele, wskazują na poważny kryzys wspólnych wartości europejskich, które miały być spoiwem tożsamości obywateli unijnych. Okazuje się bowiem, że jedno z kluczowych uprawnień obywateli UE – prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu – staje się powodem rozłamu. Jak wskazuje przewodniczący Rady Europejskiej Donald Tusk w swoim liście przesłanym w przededniu szczytu w Brukseli, rozpatrywanie wyniku referendum brytyjskiego wyłącznie z punktu widzenia nastrojów brytyjskiego społeczeństwa, byłoby poważnym błędem⁷⁰. Jest to wyznacznik ogólnych tendencji braku zaufania obywateli do Unii Europejskiej. Rządy państw członkowskich, wykorzystując ten trend, z kolei często przerzucają odpowiedzialność na Unię Europejską za wszelkie niepowodzenia i trudności polityczne, czy gospodarcze. Można zatem mówić o kryzysie tożsamości europejskiej, rozumianej jako zespół pewnych wartości łączących, mimo różnorodności, państwa członkowskie i obywatele UE. Źródeł tego kryzysu można przede wszystkim upatrywać w niewiedzy obywateli o Unii jako organizacji międzynarodowej, rządzących nią mechanizmach i zależnościach między rządami krajowymi a instytucjami unijnymi w procesie podejmowania decyzji⁷¹. Stąd, także w dyskursie publicznym coraz większe przywiązanie do idei tożsamości narodowej, jako tej, której należy bronić przed „zgubnym” wpływem idei europejskiej.

Obywatelstwo unijne, które jest instytucją znajdującą się na styku tożsamości narodowej i europejskiej, w obliczu kryzysu wyraźnie traci na znaczeniu. Staje się instytucją będącą coraz słabszym nośnikiem idei europejskiej, pozostając jedynie

⁶⁹ S. Konopacki, *Problem suwerenności...*, s. 14.

⁷⁰ Letter from President Donald Tusk before the Bratislava summit, Press release 511/16, 13.09.2016 r., dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/09/13-tusk-invitation-letter-bratislava/> [dostęp: 14.09.2016].

⁷¹ Na podobny problem zwraca uwagę J.M. Fiszer, *Skutki członkostwa w UE dla suwerenności i tożsamości kulturowej*, Myśl Ekonomiczna i Polityczna nr 1–2/2011, s. 174. Autor wskazuje, że mimo iż coraz więcej decyzji jest podejmowanych na forum instytucji unijnych, to sprawy europejskie mają nikły udział w dyskursie krajowym. Podaje przykład wyborów do PE, podczas których w kampanii dominują sprawy krajowe. Prowadzi to do niedoinformowania i przyjmowania krytycznych postaw przez obywateli wobec decyzji UE.

dotychczasowym statusem dla obywateli państw członkowskich. W tej wielopoziomowej konstrukcji dochodzi do sytuacji, w której wspólne prawa, zamiast łączyć, zaczynają dzielić obywateli.

BIBLIOGRAFIA

- Bała P., „Tożsamość konstytucyjna” a traktat z Lizbony. Tezy wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30 czerwca 2009 r., *Ius Novum* 2010, nr 2, s. 7.
- Bellamy R., *A Duty-Free Europe? What's Wrong with Kochenov's Account of EU Citizenship Rights*, *European Law Journal*, vol. 21, no. 4, July 2015, s. 558.
- Benoît-Rohmer F., *Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit*, [w:] *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*. Chemins d'Europe, Dalloz, Paris 2010, s. 63.
- Besselink L.F.M., *National and constitutional identity before and after Lisbon*, *Utrecht Law Review* 2010, vol. 6, issue 3, s. 36; dostępny na: <http://ssrn.com/abstract=1714350> [dostęp: 09.08.2016].
- Besselink L.F.M., *Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010*, *nyr. Common Market Law Review* vol. 49/2012, s. 671.
- Bodnar A., *Obywatelstwo wielopoziomowe. Status jednostki w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej*, Warszawa 2008.
- Claes M., *National identity: trump card or up for negotiation?*, [w:] Saiz Arnaiz A, Alcobero Lli-vina C. (red.), *National constitutional identity and european identity*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2013. s. 109.
- Cloots E., *National identity in EU law*, Oxford 2015.
- Condinanze M., Lang A.A., Nascimbene B., *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden 2008.
- Constantinesco V., *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identité constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hierarchie?*, [w:] J.-C. Masclet, H. Ruiz-Fabri, Ch. Boutayeb, S. Rodrigues (red.), *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: Union de droit, Union des droits*, Ed. A. Pedone, Paryż 2010, s. 79.
- Constantinesco V., *Le statut d'Etat europeen: quelle place pour l'autonomie et l'identité constitutionnelle nationales?*, *Revue des Affaires Europeennes*, 3/2013, s. 447.
- Czapliński W., *Problematyka obywatelstwa w aktualnych pracach Rady Europy*, *Studia Europejskie* nr 2/1998, s. 49–60.
- Donnarumma M.R., *Integration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de Justice et des cours constitutionnelles*, *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4, no 84, s. 719.
- Dorabalska A., *Glosa do wyroku C-391/09, Państwo i Prawo* 2011/9, s. 116.
- Fiszler J.M., *Skutki członkostwa w UE dla suwerenności i tożsamości kulturowej*, *Myśl Ekonomiczna i Polityczna* nr 1–2/2011, s. 170.
- Gulid E., Peers S., Tomkin J., *The EU Citizenship Directive. A commentary*, Oxford 2014.
- Harasimiuk D.E., *Rola przepisów państw członkowskich przy określaniu zakresu podmiotowego obywatelstwa UE – uwagi na tle wyroku TSUE z 2 marca 2010 r. w sprawie Janko Rottmann przeciwko Freistaat Bayern, sygn. C-135/08*, [w:] D.E. Harasimiuk, M. Olszówka, A. Zinkiewicz (red.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014, s. 42.

- Kadelbach S., *Union Citizenship*, w: A. Von. Bogdandy, J. Bast, *Principles of European Constitutional Law*, Hart-CH Beck-Nomos, Oxford–München, s. 443.
- Kochenov D., *EU Citizenship without Duties*, *European Law Journal*, vol. 20, no. 4, July 2014, s. 482.
- Konopacki S., *Problem suwerenności w Unii Europejskiej*, *Studia Europejskie* 3/2008, s. 9.
- Kostakopoulou D., *On European Identity*, [w:] R. Bellamy (red.), U. Saiger (red.), *EU Citizenship and the Market*, The European Institute UCL, 2011 tekst dostępny na stronie: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117157 [dostęp: 24.08.2016].
- Kostakopoulou D., *European Union Citizenship: Writing the Future*, *European Law Journal*, vol. 12, no. 5, September 2007, s. 623.
- Kowalik-Bańczyk K., *Tożsamość narodowa – dopuszczalny wyjątek od zasady prymatu?* [w:] Dudzik S., Półtorak N. (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 40.
- Kranz J., *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Warszawa 2015.
- Kustra A., *Sądy konstytucyjne a ochrona tożsamości narodowej i konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, [w:] Dudzik S., Półtorak N. (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Warszawa 2013, s. 51.
- Kwiecień R., *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Kraków 2004.
- Magnette P., *How can one be European? Reflections on the Pillars of European Civic Identity*, *European Law Journal*, vol. 13, no. 5, September 2007, s. 664.
- Mayer F., *Rashomon à Karlsruhe*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2010, vol. 46, no. 1, s. 77.
- Pudzianowska D., *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013.
- Pudzianowska D., *Warunki nabycia i utraty obywatelstwa Unii Europejskiej. Czy dochodzi do autonomizacji pojęcia obywatelstwa Unii?*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat - osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015, s. 141.
- Ritleng D., *Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale*, [w:] J.-Ch. Barbato, J.-D. Mouton (red.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats Membres de l'UE? Reflexions a partir des notions d'identité et de solidarité*, Brylant Bruxelles 2010, s. 23.
- Rosenfeld M., *The identity of the constitutional subjects. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, London–New York, 2010.
- Sadurski W., *Democratic Legitimacy of the European Union: A Diagnosis and Some Modest Proposals*, *Polish Yearbook of International Law*, vol. 32/2012 r., s. 19.
- Sadurski W., *Obywatelstwo europejskie a legitymacja demokratyczna Unii Europejskiej*, w: G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat - osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015, s. 23.
- Safjan M., Mikłaszewicz P., *Granice uprzywilejowania wyrównawczego*, *Przegląd Sejmowy* 2011/6, s. 31.
- Saiz Arnaiz A., Alcoberto Llivina C. (red.), *National constitutional identity and european integration*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2013.
- Śledzińska-Simon A., *Europejska inicjatywa obywatelska, czyli fiasko demokratycznego telos?*, [w:] G. Baranowska, A. Bodnar, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat - osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Warszawa 2015, s. 39.
- Taborowski M., *Swobodny przepływ osób w UE a nazwiska osób fizycznych – uwagi na tle orzecznictwa TS*, *Europejski Przegląd Sądowy* nr 1/2012, s. 22.
- Toniatti R., *Sovereignty lost, constitutional identity regained*, [w:] Saiz Arnaiz A., Alcoberto Llivina C. (red.), *National constitutional identity and european integration*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2013. s. 49.

- Van der Schyff G., *The constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of national identity in article 4(2) TEU*, *European Law Review* 2012, vol. 37(5), s. 563.
- Van Eijken H., *Case C-391/09, Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others. Judgment of the Court (Second Chamber) of 12 May 2011, nyr.*, *Common Market Law Review* vol. 49/2012, s. 809.
- Von Bogdandy A., Schill S., *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under Lisbon treaty*, *Common Market Law Review* vol. 48/2011, s. 1417.
- Wójtowicz K., *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, *Przegląd Sejmowy* 2010, nr 4, s. 9.
- Wójtowicz K., *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K32/09)*, *Europejski Przegląd Sądowy* nr 11/2011, s. 4.

OBYWATELSTWO UE – ELEMENT TOŻSAMOŚCI NARODOWEJ, EUROPEJSKIEJ, CZY JEDYNIENIE DODATKOWY STATUS OBYWATELI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH?

Streszczenie

Obywatelstwo UE jest instytucją pozostającą na styku prawa unijnego i prawa krajowego. O jej zakresie podmiotowym decydują przepisy państw członkowskich. Obywatelstwo unijne w pierwotnym założeniu miało być źródłem legitymacji procesów integracyjnych, a także podstawowym czynnikiem w procesie kształtowania wśród obywateli poczucia przynależności do Unii Europejskiej i posiadania prawdziwej tożsamości europejskiej. Jest to zatem instytucja prawna, która skonstruowana jest wielopoziomowo i opiera się na współlistnieniu tożsamości narodowych państw (których wyrazem jest m.in. obywatelstwo krajowe) oraz tożsamości europejskiej. Poszanowanie tożsamości narodowej w przypadku uprawnień państw członkowskich dotyczących nadawania lub pozbawiania obywatelstwa krajowego ma granice wyznaczone przez obowiązek poszanowania przez państwa członkowskie prawa unijnego. Z kolei w ostatnim czasie można zaobserwować istotne osłabienie obywatelstwa unijnego jako nośnika tożsamości europejskiej, co szczególnie widoczne jest w dobie kryzysu wartości europejskich, czego wyrazem był negatywny wynik referendum brytyjskiego.

Słowa kluczowe: obywatelstwo, obywatelstwo UE, tożsamość narodowa, tożsamość europejska

EU CITIZENSHIP: AN ELEMENT OF NATIONAL, EUROPEAN, IDENTITY OR ONLY AN ADDITIONAL STATUS OF MEMBER STATES' CITIZENS?

Summary

The European Union citizenship is a concept on the borderline between the EU law and domestic laws. The Member States' regulations decide about its personal scope. The EU citizenship was originally supposed to be the source of legitimisation of integration processes as well as a basic factor in the process of developing the citizens' feeling of belonging to the European

Union and possessing a real European identity. Therefore, it is a legal institution with multi-level construction and is based on the co-existence of national states' identities (which are expressed, *inter alia*, in national citizenships) and the European identity. Respecting a national identity in case of Member States' entitlement to naturalise or deprive a citizen of their national citizenship has limits indicated by the Member States' obligation to respect the EU law. However, considerable weakening of the European citizenship as a carrier of the European identity has been observed recently. It can be especially well seen now, at the time of the European values crisis, which resulted in the negative results of the Brexit referendum.

Key words: citizenship, EU citizenship, national identity, European identity

POZYSKIWANIE DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH PRZEZ AGENCJĘ BEZPIECZEŃSTWA WEWNĘTRZNEGO PO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 30 LIPCA 2014 ROKU

BARTŁOMIEJ OPALIŃSKI*

1. WPROWADZENIE

Rzeczpospolita Polska jest państwem demokratycznym, co wynika zarówno z deklaracji zawartej w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku¹, jak również z praktyki ustrojowej. W każdej demokracji jednym z kluczowych zagadnień jest zakres ingerencji aparatu państwowego w różne obszary aktywności obywateli. Jednym z tych obszarów są wolności i prawa obywatelskie, w ramach których funkcjonuje ważne zagadnienie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, w szczególności tzw. billingów telekomunikacyjnych². Zagadnienie to jest związane z zapewnieniem skutecznego zapobiegania przestępczości i stanowi jedno z narzędzi wykorzystywanych w tym celu przez organy ścigania i organy wymiaru sprawiedliwości³.

* dr, adiunkt w Katedrze Nauki o Administracji Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego

¹ Jak wynika z art. 2 Konstytucji RP, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

² Zob. L. Garlicki, *Uwaga nr 3 do art. 49 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, L. Garlicki (red.), t. II, Warszawa 2002, s. 1.

³ Wydaje się, że istotnym asumptem do wprowadzania prawnych regulacji pozwalających na zatrzymywanie danych telekomunikacyjnych oraz na ich udostępnianie służbom policyjnym i służbom ochrony państwa oraz organom wymiaru sprawiedliwości stały się liczne zamachy terrorystyczne, w szczególności dokonany w dniu 11 września 2001 r. zamach na World Trade Center, jak również zamachy terrorystyczne w Madrycie (11 marca 2004 r.) i w Londynie (7 lipca 2005 r.). Tamten okres zapoczątkował światową wojnę z terroryzmem. Skuteczne jej prowadzenie wymagało przygotowania odpowiedniego prawnego instrumentarium do podejmowania działań w tym zakresie. Zob. M. Kiziński, *Retencja danych telekomunikacyjnych*, „Prokuratura i Prawo”

Jak wynika 180a ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2014, poz. 243, ze zm., dalej jako „p.t.”), na operatorze publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych spoczywa obowiązek retencji, tj. gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych⁴. Z przepisu tego wynika wprost, że adresatami obowiązku retencji danych telekomunikacyjnych są operator publicznej sieci telekomunikacyjnej oraz dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych⁵. Definicje każdego

2016, nr 1, s. 138; Fundacja Panoptykon, *Telefoniczna Kopalnia Informacji. Przewodnik*, s. 20, w serwisie Internetowym: <http://panoptykon.org/biblio/telefoniczna-kopalnia-informacji-przewodnik>.

⁴ Powstaje w tym miejscu pytanie, czym są owe dane telekomunikacyjne, podlegające gromadzeniu i – ewentualnie – udostępnieniu. Odpowiedź na to pytanie ma dość złożony charakter, bowiem wymaga analizy wielu przepisów. Zgodnie z art. 180c ust. 1 p.t., udostępnieniu podlegają dane dotyczące ustalenia zakończenia sieci, telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, użytkownika końcowego inicjującego połączenie i do którego kierowane jest połączenie, a także określające datę i godzinę połączenia oraz czas jego trwania, rodzaj połączenia, a także lokalizację telekomunikacyjnego urządzenia końcowego. Z kolei art. 180d p.t. nie określa katalogu danych podlegających udostępnieniu służbom. Odsyła on do innych przepisów tej ustawy, tj. art. 159 ust. 1 pkt 1 i 3–5, art. 161 oraz art. 179 ust. 9 p.t. Ustawodawca, na podstawie wskazanych przepisów zezwolił na pozyskiwanie przez uprawnione podmioty danych dotyczących użytkownika, danych transmisyjnych (tj. danych przetwarzanych dla celów przekazywania komunikatów w sieciach telekomunikacyjnych lub naliczania opłat za usługi telekomunikacyjne, w tym dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieci telekomunikacyjnej wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych), danych o lokalizacji, które oznaczają dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu lub wystawienia rachunku, danych o próbach uzyskania połączenia między zakończeniami sieci, w tym o nieudanych próbach połączeń oznaczających połączenia między telekomunikacyjnymi urządzeniami końcowymi lub zakończeniami sieci, które zostały zestawione i nie zostały odebrane przez użytkownika końcowego lub nastąpiło przerwanie zestawianych połączeń. Jak wynika z art. 161 p.t., dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych może także gromadzić dane osobowe abonenta obejmujące nazwisko i imiona; imiona rodziców; miejsce i datę urodzenia; adres miejsca zamieszkania i adres korespondencyjny, jeżeli jest on inny niż adres miejsca zamieszkania; numer PESEL – w wypadku obywatela polskiego; nazwę, serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość, a w wypadku cudzoziemca niebędącego obywatelem państwa członkowskiego UE albo Konfederacji Szwajcarskiej – numer paszportu lub karty pobytu; dane zawarte w dokumentach potwierdzających możliwość wykonania zobowiązania wobec dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych wynikającego z umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Ponadto, jeśli dostawca publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych uzyskał zgodę użytkownika będącego osobą fizyczną na przetwarzanie innych danych tego użytkownika w związku ze świadczoną usługą, w szczególności numer konta bankowego lub karty płatniczej, adres korespondencyjny użytkownika (jeżeli jest on inny niż adres miejsca zamieszkania), a ponadto adres poczty elektronicznej oraz numery telefonów kontaktowych, również i tego rodzaju dane, znajdujące się w dyspozycji dostawcy publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, mogą być pozyskiwane i przetwarzane przez służby policyjne i służby ochrony państwa w celach określonych w ustawach. Co więcej, służby te mogą otrzymywać dane wskazane w art. 179 ust. 9 p.t., czyli zawarte w prowadzonym obligatoryjnie przez każdego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego wykazie abonentów, użytkowników lub zakończeń sieci, dane uzyskiwane podczas zawarcia umowy. Podsumowując, możliwe jest więc pozyskanie danych trojakiego rodzaju: o abonencie, o ruchu (tzw. dane bilingowe) oraz o lokalizacji.

⁵ Wprowadzenie do polskiego systemu prawnego przepisów dotyczących retencji danych telekomunikacyjnych stanowiło pokłosie implementacji dyrektywy 2006/24/WE. Wypada jednak zauważyć, że mechanizmy prawne umożliwiające sięganie przez organy policyjne i organy ochrony państwa do danych gromadzonych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych,

z tych podmiotów zostały określone w art. 2 pkt 27 p.t.. Zgodnie z tym przepisem operatorem jest przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony do dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenia usług towarzyszących, zaś dostawcą usług jest przedsiębiorca telekomunikacyjny uprawniony do świadczenia usług telekomunikacyjnych. Podkreślenia wymaga – zaakcentowana przez ustawodawcę w każdej z tych definicji – odmienna płaszczyzna działalności przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Działalność operatora koncentruje się na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnej przez co należy rozumieć przygotowanie tej sieci w sposób umożliwiający świadczenie w niej usług. Natomiast działalność dostawcy usług telekomunikacyjnych polega na świadczeniu usług telekomunikacyjnych przy pomocy własnej sieci telekomunikacyjnej albo sieci telekomunikacyjnej należącej do innego operatora⁶.

Korelatem wspomnianego obowiązku retencji danych telekomunikacyjnych jest możliwość żądania ich udostępnienia przez uprawnione do tego podmioty (art. 180a ust. 1 pkt 2 p.t. i art. 180d p.t.). Krąg tych podmiotów został określony szeroko. Dostęp do danych telekomunikacyjnych posiadają bowiem sąd i prokuratura⁷ oraz osiem służb policyjnych i ochrony państwa, tj.: Policja⁸, Straż Graniczna⁹, Żandarmeria Wojskowa¹⁰, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego¹¹, Służba Kontrwywiadu Wojskowego¹², Centralne Biuro Antykorupcyjne¹³, Służba Celna¹⁴, a także organy kontroli skarbowej¹⁵.

co prawda w znacznie mniej rozbudowanej formie niż współcześnie, istniały w polskim systemie prawnym również przed implementacją dyrektywy 2006/24/WE. Wprowadzono je w dniu 24 stycznia 2003 roku na podstawie rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie wykonywania przez operatorów zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, Dz.U. nr 19, poz. 166, ze zm. Ustanowienie dyrektywy 2006/24/WE zapewniło jednak prawne doprecyzowanie obowiązków przedsiębiorców w zakresie zatrzymywania danych retencyjnych.

⁶ W literaturze dostrzega się również trzecią opcję. Mianowicie działalność dostawcy usług telekomunikacyjnych może również opierać się na odsprzedaży usług zakupionych u innego dostawcy. Zob. K. Kawałek, M. Rogalski red., *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 64.

⁷ Zob. art. 218 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. nr 89, poz. 555, ze zm., dalej jako: k.p.k.

⁸ Zob. art. 20c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2015, poz. 355, ze zm., dalej jako: ustawa o Policji.

⁹ Zob. art. 10b ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz.U. z 2014, poz. 1402, ze zm., dalej jako: ustawa o SG.

¹⁰ Zob. art. 30 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. z 2016, poz. 96, ze zm., dalej jako: ustawa o ŻW.

¹¹ Zob. art. 28 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz.U. z 2015, poz. 1929, ze zm., dalej jako: ustawa o ABW i AW.

¹² Zob. art. 32 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2016, poz. 1318, ze zm., dalej jako: ustawa o SKW i SWW.

¹³ Zob. art. 18 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz.U. z 2016, poz. 1310, ze zm., dalej jako ustawa o CBA.

¹⁴ Zob. art. 75d ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, Dz.U. z 2015, poz. 990, ze zm., dalej jako: ustawa o SC.

¹⁵ Zob. art. 36b ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz.U. z 2016, poz. 720, ze zm., dalej jako: ustawa o KS.

Jedną ze służb specjalnych, posiadającą prawo do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Jak to wzmiankowano, kwestia ta została uregulowana w art. 28 ustawy o AWB i AW. Zgodnie z tym przepisem obowiązek uzyskania zgody sądu, o której mowa w art. 27 ust. 1 ustawy (chodzi tu o zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej), nie dotyczy informacji niezbędnych do realizacji przez ABW zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o ABW i AW, w postaci danych o których mowa w art. 180c i 180d p.t. oraz danych identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych oraz dotyczących faktu, okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług (ust. 1). Zastrzeżono również, że podmiot wykonujący działalność telekomunikacyjną lub operator świadczący usługi pocztowe udostępnia nieodpłatnie dane, o których mowa w ust. 1, odpowiednio funkcjonariuszowi ABW wskazanemu w pisemnym wniosku Szefa ABW lub osoby upoważnionej przez ten organ, na ustne żądanie funkcjonariusza ABW posiadającego pisemne upoważnienie Szefa ABW, a także za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej funkcjonariuszowi ABW posiadającemu pisemne upoważnienie Szefa ABW (ust. 2). W ostatnim ze wskazanych przypadków udostępnianie danych telekomunikacyjnych odbywa się bez udziału pracowników podmiotu wykonującego działalność telekomunikacyjną lub przy ich niezbędnym współudziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem ABW a tym podmiotem (ust. 3). Udostępnienie danych, o których mowa w art. 180c i 180d p.t. oraz danych identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych oraz dotyczących faktu, okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług może nastąpić za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, jeżeli sieć ta zapewnia możliwość ustalenia funkcjonariusza ABW uzyskującego dane, ich rodzaju oraz czasu, w którym zostały uzyskane, a także zabezpieczenie techniczne i organizacyjne uniemożliwiające osobie nieuprawnionej dostęp do tych danych (ust. 4).

Od chwili ich wejścia w życie regulacje prawne dotyczące retencji danych telekomunikacyjnych oraz ich udostępniania zarówno przez ABW jak też inne uprawnione do tego podmioty wzbudzały kontrowersje¹⁶. Spowodowało to, że sposób pozyskiwania i przetwarzania przez uprawnione podmioty danych z bilingów, informacji o lokalizacji oraz innych danych, o których mowa w art. 180c i w art. 180d p.t., został poddany weryfikacji ze przez Najwyższą Izbę Kontroli. W informacji pokontrolnej NIK zaznaczyła, że konieczne jest określenie katalogu spraw, na potrzeby których dane telekomunikacyjne mogą być pozyskiwane. Zwrócono także uwagę na potrzebę wprowadzenia rozwiązań prawnych stwarzających dodatkowe gwarancje wobec osób wykonujących zawody zaufania publicznego. Uznano ponadto, że zasadne jest wprowadzenie mechanizmów kontroli zewnętrznej procesu pozyskiwania danych, ich weryfikacji oraz mechanizmu niszczenia zbędnych danych¹⁷.

¹⁶ Dotyczyły one rozmaitych kwestii, m.in. w zatrzymywania danych dotyczących użytkowników wszystkich usług telekomunikacyjnych czy zasadności przechowywania danych przez okres 24 miesięcy. Zob. M. Wach, *Zatrzymywanie danych telekomunikacyjnych przez dwa lata w celach bliżej nieokreślonych a prawo do prywatności*, „Radca Prawny” Dodatek naukowy 2011, nr 115–116.

¹⁷ Informacja o wynikach kontroli NIK w serwisie Internetowym: <http://www.nik.gov.pl/plik/id,5421,vp,7038.pdf> [dostęp: 16.06.2016].

Konsekwencją i niejako podsumowaniem kontrowersji w zakresie przepisów dotyczących retencji danych telekomunikacyjnych jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., w sprawie o sygn. akt K 23/11 (tzw. wyrok w sprawie „bilingów i podsłuchów”). Wyrok ten został wydany na podstawie wniosków skierowanych do TK przez Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego o zbadanie zgodności z Konstytucją RP przepisów regulujących pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych przez uprawnione podmioty, w tym przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Jego konsekwencją była potrzeba wprowadzenia zmian w poszczególnych ustawach pragmatycznych, nakierowanych na dostosowanie regulacji zezwalających na retencję i udostępnianie danych telekomunikacyjnych do standardów wyznaczonych przez Trybunał Konstytucyjny. Z tym wiąże się cel tego opracowania. Jest nim analiza wspomnianego wyroku TK w sprawie billingów i podsłuchów w zakresie dotyczącym Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz reakcja legislacyjna ustawodawcy na jego treść i wytyczne trybunalskie w zakresie, w jakim odnosi się on do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych przez tę właśnie służbę.

2. ZAKRES WNIOSKU RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH I PROKURATORA GENERALNEGO

Dokonana przez Trybunał Konstytucyjny kontrola pozyskiwania przez uprawnione podmioty danych telekomunikacyjnych została formalnie zainicjowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prokuratora Generalnego. We wniosku z dnia 1 sierpnia 2011 r., na podstawie przeprowadzonej analizy przepisów art. 180c i 180d p.t., regulujących dostęp poszczególnych służb do danych objętych tajemnicą komunikowania się, Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował zgodność z Konstytucją RP dwóch przepisów ustawy o AWB¹⁸. Pierwszym z nich jest art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW i AW. Wnioskodawca zakwestionował zgodność tego przepisu z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 KOPCPW. Drugim przepisem jest art. 28 ustawy o ABW i AW w zakresie, w jakim – zezwalając na pozyskiwanie danych, o jakich mowa w art. 180c i art. 180d p.t. – nie przewiduje zniszczenia tych spośród pozyskanych danych, które pozbawione są znaczenia dla

¹⁸ Treść wniosku była szersza. Stosownie do celu tego opracowania dla dalszych rozważań istotne są jedynie te kwestie, które dotyczą przepisów ustawy o ABW i AW. Jednakże poza przepisami tej ustawy we wskazanym wniosku RPO zakwestionował również przepisy innych ustaw, tj. art. 36b ust. 5 ustawy o KS, art. 18 ustawy o CBA oraz art. 32 ustawy o SKW i SWW, w zakresie, w jakim – zezwalając na pozyskiwanie danych, o jakich mowa w art. 180c i art. 180d p.t. – nie przewidują zniszczenia tych spośród pozyskanych danych, które pozbawione są znaczenia dla prowadzonego postępowania. W ocenie RPO przepisy te są sprzeczne z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Treść zakwestionowanych przepisów jest zbliżona. Na ich podstawie służby policyjne oraz służby ochrony państwa uzyskały kompetencje do pozyskiwania i przetwarzania danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d p.t. w celu zapobiegania i wykrywania przestępstw albo realizacji ustawowych zadań służb.

prowadzonego postępowania. W ocenie RPO przepis ten jest sprzeczny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP¹⁹.

Rzecznik Praw Obywatelskich sformułował pięć zarzutów pod adresem ww. regulacji. Po pierwsze, powołane przepisy nie regulują w sposób precyzyjny celu gromadzenia danych. Odwołują się bowiem jedynie do zakresu zadań ABW bądź ogólnego stwierdzenia, że dane te są pozyskiwane w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw. Po drugie, przepisy te nie wskazują kategorii osób, w stosunku do których niezbędne jest respektowanie ich tajemnicy zawodowej. Po trzecie, warunkiem uzyskania dostępu do tych danych nie jest wyczerpanie innych, mniej ingerujących w sferę praw i wolności obywatelskich, możliwości pozyskania niezbędnych informacji. Po czwarte, dziedzina dotycząca pozyskiwania w tym trybie danych nie podlega żadnej zewnętrznej kontroli. Po piąte, istotna część danych gromadzonych przez ABW nie podlega zniszczeniu także wtedy, gdy dane te okazały się nieprzydatne z punktu widzenia realizowanych zadań²⁰.

W skierowanym do TK w dniu 21 czerwca 2012 r. wniosku Prokurator Generalny zakwestionował zgodność z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 KOPCPW przepisów art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW i AW w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”, a także art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c, jak również pkt 5 ustawy o ABW i AW²¹. Zakwestionowane

¹⁹ Warto odnotować, że w dniu 27 kwietnia 2012 r. RPO skierował do TK kolejny wniosek dotyczący jednak retencji danych i udostępniania ich Służbie Celnej. Zarządzeniami Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z 1 września 2011 r. oraz z 8 maja 2012 r. oba wskazane wnioski Rzecznika Praw Obywatelskich zostały połączone w celu łącznego ich rozpoznania.

²⁰ Zob. wniosek RPO do TK z dnia 1 sierpnia 2011 r., s. 15; w serwisie internetowym: http://db.trybunal.gov.pl/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F-274604174/K_23_11_Wns_2011_06_29.pdf&syg=K%2023/11 [dostęp: 10.06.2016].

²¹ Podobnie jak wniosek Rzecznika uwagi na cel tego opracowania przedmiot badania inny niż przepisy ustawy o ABW i AW nie jest istotny i nie podlega analizie. Z rzetelności należy wskazać, że Prokurator generalny w złożonym w tej sprawie wniosku zakwestionował również zgodność z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 KOPCPW następujących przepisów: art. 20c ust. 1 ustawy o Policji w związku z: art. 212 § 1 i 2, art. 216 § 1 i 2, art. 217 § 1, art. 221, art. 278 § 1–3 i 5, art. 284 § 1–3, art. 288 § 1 i 2 oraz art. 290 § 1 k.k., art. 45, art. 46 ust. 1, art. 49 i art. 49a ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz.U. Nr 5, poz. 24, ze zm.; z art. 34 pkt 2, 3 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych, Dz.U. Nr 92, poz. 881, ze zm.; art. 33 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach, Dz.U. Nr 63, poz. 332, ze zm.; art. 77 pkt 2, 2a i 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt, Dz.U. z 2008 r., Nr 213, poz. 1342, ze zm. i w związku z art. 52 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, Dz.U. z 2005 r., Nr 127, poz. 1066 ze zm.; art. 10b ust. 1 ustawy o SG w związku z: art. 212 § 1 i 2, art. 216 § 1 i 2, art. 217 § 1, art. 221, art. 278 § 1–3 i 5, art. 284 § 1–3, art. 288 § 1 i 2 oraz art. 290 § 1 k.k., z art. 60 § 2 i 3, art. 61 § 1, art. 62 § 1, 3 i 4, art. 80 § 1 i 2, art. 93 § 2 i 3, art. 95 § 1, art. 108 § 2 oraz art. 109 k.k.s., art. 45, art. 46 ust. 1, art. 49 i art. 49a prawa prasowego, z art. 34 pkt 2, 3 i 4 ustawy o wyrobach budowlanych, art. 33 ustawy o substancjach chemicznych, art. 77 pkt 2, 2a i 3 ustawy o ochronie zdrowia zwierząt i w związku z art. 52 pkt 2 i 4 prawa łowieckiego; art. 36b ust. 1 pkt 1 ustawy o KS w związku

przepisy przyznają Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego uprawnienia do gromadzenia i przetwarzania danych telekomunikacyjnych osób podejrzewanych o popełnienie drobnych przestępstw o niskiej społecznej szkodliwości. W ocenie Prokuratora Generalnego stanowią one nieproporcjonalną ingerencję w konstytucyjnie chroniony status jednostki. Wskazany katalog czynów nie uzasadnia bowiem ograniczenia konstytucyjnego prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się.

3. TREŚĆ WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO W ZAKRESIE ABW I AW

Ukształtowany przepisami polskiego prawa system retencji danych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych jest istotnym narzędziem walki organów państwowych z przestępczością. Jako taki wpisuje się w europejskie regulacje dotyczące tego zagadnienia. System ten nie jest jednak narzędziem bez wad. Przeciwnie, nie-

z art. 60 § 2 i 3, art. 61 § 1, art. 62 § 1, 3 i 4, art. 80 § 1 i 2, art. 93 § 2 i 3, art. 95 § 1, art. 108 § 2 oraz art. 109 k.k.s.; art. 36b ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy o KS, w związku z art. 85 § 4, art. 86 § 4, art. 87 § 4, art. 88 § 3, art. 89 § 3, art. 90 § 3, art. 91 § 4, art. 92 § 3, art. 94 § 3, art. 95 § 2 i art. 96 § 1 k.k.s. oraz w związku z art. 100 ust. 1 i art. 101 ust. 1 ustawy z dnia 19 marca 2004 r. – Prawo celne, Dz.U. z 2004 r., Nr 68, poz. 662 ze zm.; art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy o SKW i SWW w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „a także innych ustawach i umowach międzynarodowych”; art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. g ustawy o SKW i SWW w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „oraz innych niż wymienione w lit. a–f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność”; art. 32 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 9 ustawy o SKW i SWW; art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o CBA w związku z art. 4, art. 12 ust. 3–6, art. 13 oraz art. 15 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, Dz.U. z 2006 r., Nr 216, poz. 1584 ze zm.; art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 5 ustawy o CBA w związku z art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 10 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora, Dz.U. z 2011 r., Nr 7, poz. 29 ze zm.; z art. 87 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 ze zm.; z art. 38 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, Dz.U. z 2002 r., Nr 240, poz. 2052 ze zm.; z art. 49a ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, Dz.U. z 2011 r., Nr 270, poz. 1599 ze zm.; z art. 24h ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.; z art. 25c ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592 ze zm. oraz w związku z art. 27c ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590 ze zm.; art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy o CBA w związku z art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 czerwca 1990 r. o zwrocie korzyści uzyskanych niesłusznie kosztem Skarbu Państwa lub innych państwowych osób prawnych, Dz.U. z 1990 r., Nr 44, poz. 255 ze zm.; art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy o CBA w związku z art. 200 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.; art. 46 ust. 1, art. 75 ust. 1–4 i art. 110 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm. oraz w związku z art. 3 ust. 1, art. 20a ust. 1–3, art. 3la, art. 36 ust. 1, art. 39 ust. 1 i art. 69e ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji, Dz.U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397 ze zm.; art. 18 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 2 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o CBA; art. 75d ust. 1 w związku z ust. 5 ustawy o SC w związku z art. 108 § 2 i art. 109 k.k.s.

zbędne jest wprowadzenie w tym systemie daleko idących zmian tak, aby regulacje ustawowe swym kształtem odpowiadały przepisom Konstytucji RP. Liczne wnioski w tym zakresie płyną z wydanego w dniu 30 lipca 2014 r. wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 23/11. Po zbadaniu połączonych wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego orzekł, że art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW i AW, jest niezgodny z art. 47 i art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że nie przewiduje niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i 180d p.t. Ponadto, Trybunał orzekł również że 28 ustawy o ABW i AW, w zakresie, w jakim nie przewiduje zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania, jest niezgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jednocześnie utrata mocy obowiązującej przez przepisy uznane za niezgodne z Konstytucją RP została odroczone na okres 18 miesięcy od ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw.

W uzasadnieniu tego wyroku, Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że w art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW i AW w przeciwieństwie do przepisów innych ustaw (m.in. ustawy o Policji czy ustawy o kontroli skarbowej) wprost wyłączono obowiązek uzyskania zgody sądu, a dokładnie rzecz biorąc – obowiązek wydania postanowienia wyrażającego zgodę na udostępnienie funkcjonariuszom ABW danych telekomunikacyjnych. Jednocześnie ustawodawca nie przewidział żadnego alternatywnego mechanizmu niezależnej kontroli nad pozyskiwaniem tych danych przez funkcjonariuszy ABW, który mógłby zostać uznany za spełniający standardy konstytucyjne.

Trybunał Konstytucyjny nie przesądził, jak kontrola taka powinna przebiegać i przez jaki organ powinna być sprawowana. W tym zakresie Trybunał ograniczył się jedynie do sugestii, że nie jest wykluczone wprowadzenie jako zasady kontroli następczej. Zatrzymywanie i udostępnianie różnych rodzajów danych może bowiem powodować różną intensywność ingerencji w wolności i prawa człowieka, a przez to uzasadniać pewne zróżnicowanie mechanizmu kontroli w odniesieniu do poszczególnych rodzajów danych. Regulując ten mechanizm, ustawodawca powinien uwzględnić w szczególności specyfikę działania i ustawowy zakres zadań poszczególnych rodzajów służb, sytuacje niecierpiące zwłoki, w których szybkie pozyskanie danych telekomunikacyjnych może być niezbędne dla zapobieżenia popełnieniu przestępstwa lub jego wykrycia. Trybunał dostrzegł jednak argumenty przemawiające za wprowadzeniem – w pewnych przypadkach – kontroli uprzedniej. Tytułem przykładu, wskazać należy dostęp do danych telekomunikacyjnych osób wykonujących zawody zaufania publicznego lub sytuacje, kiedy brak jest konieczności pilnego działania służb.

Jak zauważył to Trybunał, ustawodawca przyznał ABW uprawnienie do pozyskania danych telekomunikacyjnych w bardzo szerokim zakresie. Dotyczy to bowiem nie tylko rozpoznawania, wykrywania i ścigania przestępstw (które są uregulowane w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW i AW), ale również innych zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o ABW i AW. Należą do nich: rozpoznawanie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa oraz zapobieganie takim zagrożeniom (pkt 1), realizowanie, w granicach

swojej właściwości, zadań związanych z ochroną informacji niejawnych oraz wykonywanie funkcji krajowej władzy bezpieczeństwa w zakresie ochrony informacji niejawnych w stosunkach międzynarodowych (pkt 3), uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego (pkt 4) oraz podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych (pkt 5). Jednocześnie niektóre zadania w postaci rozpoznawania i wykrywania przestępstw wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW i AW i zapobiegania takim przestępstwom zostały sformułowane na wysokim stopniu ogólności, w związku z czym nie można na ich podstawie zdefiniować konkretnych okoliczności, w których dane telekomunikacyjne mogą być udostępniane funkcjonariuszom ABW.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił również, że kontrola udostępniania danych telekomunikacyjnych nie musi być sprawowana przez sądy. Niezbędne jest jednak, aby organ sprawujący taką kontrolę był niezależny od rządu i nie pozostawał w bezpośredniej lub pośredniej relacji zwierzchności z funkcjonariuszami pozyskującymi dane.

Uzasadniając swoje orzeczenie, Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że relatywnie ogólne wskazanie zadań organu władzy publicznej (w tym wypadku ABW) samo w sobie nie jest niezgodne z Konstytucją. Problem powstaje natomiast wówczas, gdy w ramach takich zadań, organy władzy publicznej mogą podejmować działania ingerujące w wolności i prawa jednostek polegające na niejawnym pozyskiwaniu informacji. Ilekroć organ władzy publicznej jest uprawniony do pozyskiwania informacji o życiu prywatnym jednostek, w tym danych telekomunikacyjnych, niezbędne jest precyzyjne określenie przez ustawodawcę przedmiotowego zakresu możliwości realizacji tego zadania. Mając na uwadze niezwykle szeroki zakres okoliczności, w jakich ABW mogą zostać udostępnione dane telekomunikacyjne, a zarazem jednoznaczne wyłączenie obowiązku uzyskania zgody sądu oraz braku obowiązku uzyskania na to zgody jakiegokolwiek niezależnego organu, Trybunał stwierdził, że zakwestionowany przepis nie zawiera nawet minimalnych gwarancji proceduralnych, koniecznych z punktu widzenia poszanowania przepisów Konstytucji. W ocenie TK okoliczność ta jest wystarczająca do stwierdzenia niezgodności art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW i AW z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucja przez to, że nie przewiduje on niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i art. 180d p.t.

Wymaga odnotowania, że w swoim rozstrzygnięciu Trybunał Konstytucyjny nie odniósł się do wszystkich zarzutów podniesionych przez Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego. Bez refleksji orzeczniczej pozostawiony został zarzut, zgodnie z którym pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych nie ma charakteru subsydiarnego. Jest ono dopuszczalne w każdym przypadku, gdy tylko zwróca się o to odpowiednie służby. Warunkiem uzyskania dostępu do tych danych nie jest bowiem wyczerpanie innych środków prawnych, mniej ingerujących w sferę prywatności oraz w tajemnicę komunikowania się.

Natomiast w sposób szczegółowy Trybunał odniósł się do zarzutu nieuwzględnienia przez ustawodawcę szczególnych rygorów ochrony informacji objętych

tajemnicami zawodowymi (adwokacką, notarialną, radcy prawnego, dziennikarską, lekarską)²². Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił w tej kwestii, że nie znajduje uzasadnienia bezwarunkowe wyodrębnienie jakiejkolwiek kategorii podmiotów spod dopuszczalności objęcia czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, w tym pozyskiwania informacji w trybie kontroli operacyjnej.

W ocenie Trybunału Konstytucja RP nie przewiduje w tym zakresie jakichkolwiek podmiotowych wyłączeń. Nie oznacza to jednak dopuszczalności pozyskiwania informacji w takim trybie od wszystkich osób w jednakowym stopniu i na jednakowych zasadach. Wyższe standardy konstytucyjności regulacji niejawnego pozyskiwania informacji o jednostkach dotyczą wiadomości przekazywanych osobom, które wykonują zawody zaufania publicznego. Jednym z instrumentów ochrony zaufania jest tajemnica zawodowa i gwarancje jej poszanowania w postępowaniach sądowych. Zaliczają się do nich m.in. bezwarunkowe i warunkowe zakazy dowodowe w postępowaniu karnym. Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że ochrona tajemnicy zawodowej, jak i ściśle związane z nią zakazy dowodowe w postępowaniu karnym nie są wartościami autotelicznymi.

Jakkolwiek zachowanie poufności przez podmioty wykonujące zawody zaufania publicznego musi być zawsze widziane jako integralna wartość demokratycznego państwa prawa, to jednak podstawową ich funkcją jest ochrona wolności i praw konstytucyjnych jednostek przekazujących w dyskrekcji pewne informacje na swój temat osobom wykonującym zawody zaufania publicznego (por. wyrok TK z 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05, cz. III, pkt 7). Ochrona tajemnicy zawodowej powinna być zatem każdorazowo widziana jako przejaw ochrony wolności i praw jednostki, zwłaszcza jej prywatności (art. 47), autonomii informacyjnej (art. 51 ust. 1), prawa do obrony (art. 42 ust. 2), prawa do sądu (art. 45 ust. 1), wolności sumienia i wyznania (art. 53) czy wolności pozyskiwania informacji, w tym wolności prasy (art. 54 ust. 1 Konstytucji). Z tego powodu Trybunał podkreślał – odnosząc się do tajemnicy radcy prawnego – że prawo do prywatności i poufności informacji przysługuje nie radcom prawnym, ale ich klientom; natomiast na radcach prawnych spoczywa obowiązek respektowania tego prawa (zob. wyrok TK z 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, OTK ZU nr 10/A/2004, poz. 107, cz. III, pkt 3). TK wyjaśnił, że stanowisko to zachowuje aktualność w odniesieniu do pozostałych tajemnic zawodowych. Wyjaśnił ponadto, że kolizja obydwu wartości nie przesądza o tym, że pierwszeństwo ma zawsze zyskiwać ochrona wolności i praw jednostki,

²² W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał wyjaśnił w uzasadnieniu swojego wyroku, że nie zostały w tym zakresie przedstawione żadne argumenty na jego poparcie. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich nie spełnia – w ocenie TK – wymagań formalnych wynikających z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK, czyli nie zawiera uzasadnienia z powołaniem dowodów na poparcie postawionego zarzutu. Tym samym postępowanie w tym zakresie także podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK. Z kolei odnosząc się do analogicznego zarzutu postawionego przez Prokuratora Generalnego, Trybunał, pomimo dostrzeżonych mankamentów w argumentacji, stwierdził, że jego intencje są dostatecznie czytelne. Z treści wniosku wynika bowiem, że istotą postawionych zarzutów jest uregulowanie kontroli operacyjnej w sposób nieprecyzyjny i niegwarantujący dostatecznej ochrony konstytucyjnych wolności oraz praw osób, w interesie których ustanowiono obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej i tak zwane zakazy dowodowe.

a pośrednio sama tajemnica zawodowa. W tym zakresie Trybunał odwołał się do swojego wcześniejszego orzecznictwa²³. Na tej podstawie Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że „ogólne wyłączenie spod kontroli operacyjnej podmiotów zobowiązanych w ustawie do zachowania tajemnicy zawodowej, a nawet wyłączenie informacji uznawanych za stanowiące tajemnicę zawodową, jako bezwzględnie niedopuszczalnych do pozyskania w tym trybie, prowadziłyby do istotnych utrudnień w gromadzeniu materiału dowodowego niektórych rodzajów przestępstw, popełnianych np. z wykorzystaniem nowych technologii”.

Na tej podstawie TK wywiódł, że „punkt ciężkości przesuwają się więc na zapewnienie stosownych gwarancji proceduralnych, eliminujących nieuprawnione pozyskanie przez służby policyjne oraz służby ochrony państwa informacji, które – z uwagi na ich treść i okoliczności przekazania – powinny podlegać ochronie prawnej”. W ocenie Trybunału modelowym rozwiązaniem tego konfliktu pomiędzy dwoma dobrami jest przewidziany w art. 180 § 2 k.p.k. mechanizm zwolnienia z tajemnicy zawodowej przez sąd w sytuacji, gdy jest to konieczne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, zaś dana okoliczność nie może zostać wykazana w inny sposób. Zbliżone rozwiązania legislacyjne powinny – w ocenie TK – dotyczyć również ochrony tajemnicy zawodowej w trakcie czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym kontroli operacyjnej. Nie istnieją bowiem jakiegokolwiek uzasadnione podstawy do tego, aby na tym etapie postępowania stosować łagodniejsze standardy, aniżeli przewidują to przepisy procedury karnej. Przeciwnie, uznać należy, że standardy te – z uwagi na ponadprocesowy, niejawni charakter kontroli – powinny być co najmniej tożsame ze standardami w postępowaniu karnym.

Jak już wyjaśniono, na podstawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., w sprawie o sygnaturze K 23/11, przepis art. 28 ustawy o ABW i AW, w poprzednim brzmieniu, w zakresie w jakim nie przewidywał zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania, został uznany za niezgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, że warunkiem niejawnego uzyskiwania informacji o jednostkach, w tym dotyczących ich danych telekomunikacyjnych, jest ustanowienie procedury niezwłocznej selekcji oraz niszczenia materiałów zbędnych i niedopuszczalnych. Rozwiązanie to zapobiega nieuprawnionemu wykorzystaniu przez organy państwa zebranych legalnie informacji i ich przechowywaniu na wszelki wypadek, gdyby w przyszłości okazały się przydatne do innych celów. Ingerencją w sferę prywatności jednostek będzie nie tylko jednorazowe pozyskanie danych o jednostce (m.in. w trybie określonym w art. 28 ust. 1 ustawy o ABW), ale również każde kolejne operacje na tych danych, w tym przechowywanie czy wtórne wykorzystywanie w toku innych postępowań. Ustawodawca dodał do art. 28 nowy ustęp – ust. 7. Zgodnie z jego treścią dane, o których mowa w ust. 1, które nie mają znaczenia dla postępowania karnego albo nie są istotne dla bezpieczeństwa państwa, podlegają niezwłocznemu, komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu. Ustawodawca

²³ Zob. wyroki TK z dnia: 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, cz. III, pkt 3; 2 lipca 2007 r., sygn. K 41/05, cz. III, pkt 7; 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, OTK ZU nr 10/A/2011, poz. 116, cz. III, pkt 6.4.

nie przewidział więc zniszczenia wszelkich innych danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych niż tylko tych, które nie posiadają znaczenia dla prowadzonego postępowania karnego. W ten sposób ustawodawca zezwolił na zachowanie danych, określonych jako „istotne dla bezpieczeństwa państwa”.

4. NOWE BRZMIENIE ART. 28 USTAWY O ABW I AW

Stanowiący przedmiot trybunalskiego orzeczenia, przepis art. 28 ustawy o ABW i AW nie regulował postępowania z danymi telekomunikacyjnymi, po ich zgromadzeniu na podstawie art. 28 ust. 1 ustawy o ABW i AW. Kwestia postępowania ze zgromadzonymi w tym trybie danymi została przez ustawodawcę pominięta. Nie ma zarazem prawnych podstaw do odpowiedniego stosowania przepisów regulujących niszczenie danych zgromadzonych w kontroli operacyjnej czy przepisów k.p.k. regulujących kontrolę i utrwalanie treści rozmów (art. 237 i n. k.p.k.). Oznaczało to, że na gruncie art. 28 ustawy o ABW nie było żadnych regulacji dotyczących weryfikacji oraz niszczenia danych zbędnych. Nie można więc było wykluczyć przechowywania danych nieprzydatnych w prowadzonym postępowaniu, w toku którego wystąpiono o te dane, ani nawet do innych usprawiedliwionych konstytucyjnie celów. Trybunał Konstytucyjny nie neguje dopuszczalności dalszego przechowywania (to jest po ich analizie i stwierdzeniu ewentualnej nieprzydatności w prowadzonym postępowaniu w konkretnej sprawie) danych telekomunikacyjnych dotyczących cudzoziemców znajdujących się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności jeśli istnieją poważne i uzasadnione podejrzenia co do ich zaangażowania w działalność zagrażającą bezpieczeństwu państwa, w tym w terroryzm i przestępczość zorganizowaną. Takie zróżnicowanie stopnia ochrony ma swe umocowanie przede wszystkim w art. 51 ust. 2 i art. 37 ust. 2 Konstytucji.

Chcąc dostosować uchylone przez TK przepisy p.t. do standardów konstytucyjnych, w dniu 15 stycznia 2016 r. została uchwalona ustawa o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw²⁴. Ustawa ta nadała nowe brzmienie art. 28 ust. 2–3 ustawy o ABW i AW. Zgodnie z art. 28 ust. 2 ustawy o ABW i AW, przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy lub usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną udostępnia nieodpłatnie dane, o których mowa w art. 28 ust. 1 ustawy o ABW i AW, odpowiednio:

- 1) funkcjonariuszowi ABW wskazanemu w pisemnym wniosku Szefa ABW lub osoby upoważnionej przez ten organ;
- 2) na ustne żądanie funkcjonariusza ABW posiadającego pisemne upoważnienie Szefa ABW;
- 3) za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej funkcjonariuszowi ABW posiadającemu upoważnienie, o którym mowa w pkt 2.

W przypadku udostępnienia danych na ustne żądanie funkcjonariusza ABW posiadającego pisemne upoważnienie Szefa ABW, udostępnianie danych odbywa się bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, operatora pocz-

²⁴ Dz.U. z 2016, poz. 147.

towego lub usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną, lub przy ich niezbędnym współudziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem ABW a tym podmiotem (art. 28 ust. 3 ustawy o ABW i AW).

Udostępnienie ABW danych, o których mowa w art. 180c i 180d p.t., może nastąpić za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, jeżeli sieć ta zapewnia:

- 1) możliwość ustalenia funkcjonariusza ABW uzyskującego dane, ich rodzaju oraz czasu, w którym zostały uzyskane;
- 2) zabezpieczenie techniczne i organizacyjne uniemożliwiające osobie nieuprawnionej dostęp do tych danych (art. 28 ust. 4 ustawy o ABW i AW).

5. SĄDOWA KONTROLA UZYSKIWANIA PRZEZ ABW DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH

Jednym z zarzutów, które Trybunał Konstytucyjny skierował wobec ustawy o ABW i AW w zakresie prowadzonych badań objętych wnioskami RPO i PG był brak sądowej kontroli nad uzyskiwaniem przez funkcjonariuszy ABW danych telekomunikacyjnych. Wydaje się, że jest to najistotniejsza kwestia, nad którą pochylił się Trybunał Konstytucyjny w swoim orzeczeniu. Zagadnienie to z uwagi na swój istotny charakter, wymaga odrębnego potraktowania. Udostępnianie danych telekomunikacyjnych służbom specjalnym jest bowiem doniosłe z perspektywy ingerowania w konstytucyjne wolności i prawa, m.in. tajemnicę korespondencji i wolność komunikowania się. Tak więc uznać należy, że pozbawienie sądu kontroli tych procedur, a *de facto* – na co zwrócił uwagę Trybunał – brak regulacji zapewniających jakąkolwiek niezależną od rządu kontrolę tego procesu, jest zjawiskiem dalece niepożądanym. Nie mieści się to bowiem w konstytucyjnych standardach wyznaczonych przez polskiego ustrojodawcę. W ustawodawstwie zwykłym nie przewidziano jakiegokolwiek sądowego, ani nawet alternatywnego do sądowego mechanizmu niezależnej kontroli nad pozyskiwaniem danych telekomunikacyjnych przez funkcjonariuszy ABW. Z uwagi więc na fakt, że katalog okoliczności pozwalających funkcjonariuszom ABW uzyskać dane telekomunikacyjne jest szeroki, należy stwierdzić, że nie istniała w tym zakresie żadna, choćby minimalna proceduralna gwarancja poszanowania standardów konstytucyjnych.

Chcąc rozwiązać ten problem, na podstawie wspomnianej ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. dodano do ustawy o ABW i AW nowy przepis – art. 28a. Zgodnie z tym przepisem kontrolę nad uzyskiwaniem przez ABW danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych sprawuje Sąd Okręgowy w Warszawie (ust. 1). Szef ABW przekazuje, z zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych, wskazanemu sądowi, w okresach półrocznych, sprawozdanie obejmujące:

- 1) liczbę przypadków pozyskania w okresie sprawozdawczym danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych oraz rodzaj tych danych;
- 2) kwalifikacje prawne czynów, w związku z zaistnieniem których wystąpiono o dane telekomunikacyjne, pocztowe lub internetowe (ust. 2).

W ramach tej kontroli, sąd może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie ABW danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych

Sąd informuje Szefa ABW o wyniku kontroli w terminie 30 dni od jej zakończenia (ust. 3).

Ustawodawca, na podstawie art. 28a ustawy o ABW i AW, wprowadził więc – preferowaną przez ustrojodawcę – następczą kontrolę udostępniania ABW danych telekomunikacyjnych. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., w sprawie o sygnaturze K 23/11 TK wskazał, że ogólny standard konstytucyjny nie przesądza, jak dokładnie ma wyglądać procedura dostępu do danych telekomunikacyjnych, a w szczególności czy konieczne ma być w odniesieniu do każdego rodzaju zatrzymywanych danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d p.t. uzyskanie zgody na ich udostępnienie. Nie wszystkie dane tego rodzaju powodują taką samą intensywność ingerencji w wolności i prawa człowieka. Zdaniem Trybunału nie jest wykluczone – w odniesieniu do udostępniania danych telekomunikacyjnych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych – wprowadzenie, jako zasady, kontroli następczej. Regulując ten mechanizm, ustawodawca powinien uwzględnić m.in. specyfikę działania i ustawowy zakres zadań poszczególnych służb, sytuacje niecierpiące zwłoki, w których szybkie pozyskanie danych telekomunikacyjnych może być niezbędne do zapobieżenia popełnieniu przestępstwa lub jego wykrycia. Zgodnie z wyrażoną w preambule, konstytucyjną zasadą sprawności działania instytucji publicznych należy wykreować mechanizm, który umożliwiłby służbom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny efektywną walkę z zagrożeniami. Trybunał dostrzega jednak argumenty za wprowadzeniem kontroli uprzedniej w pewnych wypadkach. W szczególności chodzić może o dostęp do danych telekomunikacyjnych osób wykonujących zawody zaufania publicznego lub jeśli nie ma koniecznego pilnego działania służb. Kwestie te musi jednak odpowiednio wyważyć ustawodawca.

Na tle nowej regulacji ustawowej jawi się kilka pytań. Po pierwsze, należy zastanowić się nad efektywnością przyjętego rozwiązania. Istotne jest bowiem to, na ile kontrola sprawowana przez sąd będzie miała charakter rzeczywisty, a nie wyłącznie pozorny. Prowadzenie kontroli nie jest bowiem obligatoryjne tylko fakultatywne. Dane podlegające kontroli będą przekazywane periodycznie – w okresach półrocznych. Sprawujący kontrolę sąd okręgowy, może w ramach swoich uprawnień zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie ABW danych telekomunikacyjnych, efektem czego będą wyniki kontroli przekazywane przez ten sąd organowi ABW. Po przekazaniu wyników kontroli aktywność sądu nakierowana na zweryfikowanie prawidłowości udostępnienia danych telekomunikacyjnych ABW w zasadzie zostanie zakończona. Ustawodawca nie określił procesowych zagadnień związanych z ewentualnymi dalszymi działaniami sądu w przypadku wykrycia, że udostępnienie danych nastąpiło z naruszeniem obowiązujących przepisów. Sąd po przeprowadzeniu kontroli będzie mógł w zasadzie jedynie poinformować kontrolowaną służbę o wynikach kontroli. Nie dysponuje natomiast kompetencją do zarządzenia zniszczenia zgromadzonych danych²⁵.

²⁵ Analogiczne rozwiązanie przyjęto w przypadku pozostałych podmiotów uprawnionych do przeprowadzania kontroli operacyjnej. Zob. art. 18a ustawy o CBA; art. 36ba ustawy o KS; art. 20ca ustawy o Policji; 75da ustawy o SC; art. 10ba ustawy o Straży Granicznej; art. 32a ustawy o SKW oraz SWW; art. 30b ustawy o ŻW.

Po drugie, trzeba się zastanowić, czy z perspektywy ochrony praw i wolności obywatelskich, ale także uwzględnienia interesów służb, lepszym rozwiązaniem nie byłoby wprowadzenie – jako reguły – uprzedniej kontroli sądu. Nie oznacza to rezygnacji z kontroli następczej, ale stosowanie jej w nie cierpiących zwłoki przypadkach, wymagających działania ABW. Takie rozwiązanie z pewnością przyczyniłoby się zarówno do zwiększenia poprawności przygotowywanych przez organy ABW i inne służby wniosków, jak również do zwiększenia ich liczby.

Zaprezentowane powyżej wątpliwości znajdują również oparcie w wyroku TSUE z 8 kwietnia 2014 r. Trybunał zauważył, że uzyskanie przez właściwe organy krajowe dostępu do danych nie podlega uprzedniej kontroli sądu lub niezależnego organu administracyjnego. Sąd lub niezależny organ administracyjny powinien kontrolować, aby udostępnianie i wykorzystywanie danych ograniczało się do przypadków, gdy jest to ściśle konieczne do realizacji zamierzonego celu²⁶. TSUE mówi więc wyraźnie o uprzedniej kontroli niezależnego organu.

Warto również zwrócić uwagę na to, że zgodnie z art. 28a ust. 5 ustawy o ABW i AW, nie podlega kontroli uzyskiwanie danych na podstawie art. 28b ust. 1 ustawy o ABW i AW. Zgodnie z tym przepisem chodzi więc o szerokie spektrum informacji obejmujące dane:

- 1) z wykazu, o którym mowa w art. 179 ust. 9 p.t.;
- 2) o których mowa w art. 161 p.t.;
- 3) w przypadku użytkownika, który nie jest osobą fizyczną numer zakończenia sieci oraz siedzibę lub miejsce wykonywania działalności gospodarczej, firmę lub nazwę i formę organizacyjną tego użytkownika;
- 4) w przypadku stacjonarnej publicznej sieci telekomunikacyjnej – także nazwę miejscowości oraz ulicy, przy której znajduje się zakończenie sieci, udostępnione użytkownikowi.

6. WNIOSKI

Waga orzecznictwa dla praktyki stosowania określonych instytucji prawnych nie budzi wątpliwości. Można wręcz powiedzieć, że orzecznictwo stanowi drugie dno każdej regulacji prawnej, bowiem kształtuje ono stosowanie prawa w praktyce. Dotyczy to nie tylko orzecznictwa sądowego, ale również orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, któremu ustrojodawca przypisał podstawową rolę w postaci badania i orzekania w kwestii hierarchicznej zgodności aktów prawnych²⁷.

Trybunał Konstytucyjny nie tylko ustala, ale częstokroć wypełnia treścią normy konstytucyjne, które z założenia mają wyższy stopień ogólności, niż w przypadku ustawodawstwa zwykłego. Należy więc uznać, że Trybunał nie jest wyłącznie rekonstruktorem treści normy prawnej, ale – w związku z walorem powszechnego obowiązywania orzeczeń tego organu – faktycznie współtworzy treść normy na

²⁶ Tezy 60–62 wyroku z dnia 8 kwietnia 2014 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z 2014 r., L 105.

²⁷ Zob. M. Zubik, *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 22.

potrzeby praktyki konstytucyjnej. Co więcej, w przypadku oceny konstytucyjności ustaw posiada on w tym zakresie monopol kompetencyjny. Te uprawnienia Trybunału nabierają szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy badana przez Trybunał ustawa stanowi wykonanie konstytucyjnych przepisów. Nie budzi wątpliwości, że ustawa o ABW i AW w zakresie gromadzenia i udostępniania danych telekomunikacyjnych należy do tej właśnie kategorii. Wprowadza bowiem ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnej wolności komunikowania się, która – podobnie jak każda inna wolność – nie może mieć charakteru nieograniczonego. Przeczyłoby to jej istocie, mogąc doprowadzić do konfliktów polegających na ingerencji jednej osoby w wolność innej czy na instrumentalnym traktowaniu, a w konsekwencji nadużywaniu przysługującej wolności. Ustawodawca konstytucyjny, mając świadomość tych zagrożeń, przewidział dwie podstawy ustrojowe ograniczenia wolności komunikowania się. Pierwsza z nich została określona w art. 49 Konstytucji RP, tj. w przepisie ustanawiającym tę wolność. Z jego treści wynika, że ograniczenie wolności komunikowania się jest dopuszczalne jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony²⁸. Ustawowe graniczenia konstytucyjnej wolności komunikowania się mogą więc zostać ustanowione wówczas, gdy korzystanie z tej wolności prowadziłoby do naruszenia praw i wolności jednostki oraz innych konstytucyjnie chronionych wartości.

Drugą podstawę stanowi art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, formułujący generalne ograniczenie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw²⁹. Przepis ten składa się z dwóch części. Część pierwsza stanowi klauzulę generalną odnoszącą się do ograniczeń sformułowanych w niej praw i wolności. Ustawodawca konstytucyjny przyjął zasadę powszechnie uznaną w demokratycznych konstytucjonalizmach, zgodnie z którą ustalenie granic konstytucyjnych wolności i praw może być dokonane tylko w ustawie³⁰. Część druga art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi określenie

²⁸ Z takiego unormowania zawartego w art. 49 zd. 2 Konstytucji RP wynikają trojaki konsekwencje. Po pierwsze, ustawodawca zwykły dysponuje konstytucyjnie przyznanym prawem decydowania o zakresie wolności komunikowania się. Po drugie, jedynym aktem, przy pomocy którego dopuszczalna jest ingerencja w wolność komunikowania się jest ustawa. Po trzecie, z ustawy zwykłej wynikać mają określone przypadki i sposoby ograniczenia. Istnieje zatem w tym zakresie wymóg konkretności, wyłączając możliwość zastosowania klauzul generalnych. Zob. wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

²⁹ Brzmi on następująco: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

³⁰ Zarówno w piśmiennictwie jak i w orzecznictwie zwrot ten jest interpretowany podobnie. Ustawa nie musi stanowić jedynego źródła ograniczeń. Dopuszczalne są bowiem sytuacje, kiedy na poziomie ustawy określone są jedynie podstawowe elementy ograniczeń. Ich rozwinięcie i uzupełnienie może zaś zostać dokonane w akcie podustawowym, np. w rozporządzeniu czy w akcie prawa miejscowego. Regulacja ustawowa musi jednak nadawać tym ograniczeniom zasadniczy kształt oraz wyznaczać ich zakres. Zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, OTK 2000, nr 1, poz. 3.

materialnoprawnych przesłanek dopuszczających ograniczenie praw i wolności³¹. Są nimi: bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz ochrona wolności i praw innych osób.

Jak wyjaśniono w toku wyводу, w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11 Trybunał Konstytucyjny zakwestionował przepisy ustawy o ABW i AW w zakresie w jakim ustawodawca nie przewidział niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, jak również w zakresie, w jakim nie przewidziano zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania. Rozstrzygnięcie to należy uznać za słuszne. Po pierwsze, każde ograniczenie konstytucyjnej wolności komunikowania się jest odstępstwem od ustrojowej zasady i jako takie powinno być poddane kontroli. Należy w tym zakresie przychylić się do postulatu formułowanego w literaturze, zgodnie z którym regulacja ograniczeń w zakresie wolności komunikowania się oraz ich realizacja powinny zostać poddane kontroli sądowej³². Po drugie, mając na uwadze to, że pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych stanowi odstępstwo od – będącej zasadą – tajemnicy komunikowania się, niezbędne wydaje się niezwłoczne niszczenie danych, które nie mają znaczenia dla postępowania.

Korzystając z przyznanej mu w tym zakresie kompetencji, Trybunał orzekł, że utrata mocy obowiązującej przez przepisy uznane za niezgodne z Konstytucją RP nastąpi po upływie maksymalnego okresu 18 miesięcy od ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw. W tym czasie ustawodawca powinien podjąć stosowne prace legislacyjne w celu usunięcia przepisów uznanych za niekonstytucyjne. Tak też się stało. Na podstawie art. 7 ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, wypełniając swą prawną powinność, ustawodawca wprowadził stosowne zmiany w ustawie o ABW i AW, usuwając z obrotu prawnego przepisy uznane przez Trybunał za niekonstytucyjne.

BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Garlicki L., *Uwagi do art. 49 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, L. Garlicki (red.), t. II, Warszawa 2002.
- Kawałek K., Rogalski M. (red.), *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Kiziński M., *Retencja danych telekomunikacyjnych*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 1.
- Wach M., *Zatrzymywanie danych telekomunikacyjnych przez dwa lata w celach bliżej nieokreślonych a prawo do prywatności*, „Radca Prawny” Dodatek naukowy 2011, nr 115–116.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Zubik M., *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011.

³¹ Zob. wyrok TK z dnia 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98, OTK 1999, nr 2, poz. 25.

³² Zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 256.

- Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, Dz. Urz. UE, L 105.
- Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997, nr 78, poz. 483, ze zm.
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993, nr 61, poz. 284, ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 24 stycznia 2003 roku w sprawie wykonywania przez operatorów zadań na rzecz obronności, bezpieczeństwa państwa oraz bezpieczeństwa i porządku publicznego, Dz.U. nr 19, poz. 166, ze zm.
- Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz.U. Nr 5, poz. 24, ze zm.
- Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2015, poz. 355, ze zm.
- Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz.U. z 2014, poz. 1402, ze zm.
- Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz.U. z 2016, poz. 720, ze zm.
- Ustawa z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, Dz.U. z 2005 r., Nr 127, poz. 1066 ze zm.
- Ustawa z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora, Dz.U. z 2011 r., Nr 7, poz. 29 ze zm.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji, Dz.U. z 2002 r., Nr 171, poz. 1397, ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. nr 89, poz. 555, ze zm.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, Dz.U. z 2006 r., Nr 216, poz. 1584 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1590 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1592 ze zm.
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2013, poz. 186, ze zm.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 ze zm.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. z 2016, poz. 96, ze zm.
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz.U. z 2015, poz. 1929, ze zm.
- Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, Dz.U. z 2002 r., Nr 240, poz. 2052 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.
- Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt, Dz.U. z 2008 r., Nr 213, poz. 1342, ze zm.
- Ustawa z dnia 19 marca 2004 r. – Prawo celne, Dz.U. z 2004 r., Nr 68, poz. 662 ze zm.
- Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych, Dz.U. Nr 92, poz. 881, ze zm.
- Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 ze zm.
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz.U. z 2016, poz. 1310, ze zm.

Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2016, poz. 1318, ze zm.

Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, Dz.U. z 2015, poz. 990, ze zm.

Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach, Dz.U. Nr 63, poz. 332, ze zm.

Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016, poz. 147.

Wyrok TK z dnia 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98.

Wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98.

Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04.

Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11.

<http://www.nik.gov.pl/plik/id,5421,vp,7038.pdf> [dostęp: 15.08.2016].

Fundacja Panoptykon, *Telefoniczna Kopalnia Informacji. Przewodnik*, w serwisie Internetowym: <http://panoptykon.org/biblio/telefoniczna-kopalnia-informacji-przewodnik> [dostęp: 15.08.2016].

Wniosek RPO do TK z dnia 1 sierpnia 2011 r., s. 15; w serwisie internetowym: http://db.trybunal.gov.pl/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F-274604174/K_23_11_Wns_2011_06_29.pdf&syg=K%2023/11 [dostęp: 15.08.2016].

POZYSKIWANIE DANYCH TELEKOMUNIKACYJNYCH PRZEZ AGENCJĘ BEZPIECZEŃSTWA WEWNĘTRZNEGO PO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 30 LIPCA 2014 ROKU

Streszczenie

Celem tego artykułu jest analiza wyroku TK z dnia 30 lipca 2016 r. sygn. akt K 23/11 w sprawie billingów i podsłuchów w zakresie, w jakim dotyczy on pozyskiwania danych telekomunikacyjnych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Wiąże się z tym ustalenie reakcji legislacyjnej ustawodawcy na treść tego wyroku i wytyczne trybunalskie w zakresie, w jakim odnosi się on do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych przez tę właśnie służbę. Do przeprowadzenia badań nakierowanych na osiągnięcie założonych celów wykorzystano metodę dogmatyczno-prawną, poprzez badanie treści aktów prawnych oraz wydawanego w tym zakresie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Na podstawie przeprowadzonych rozważań ustalono, że Trybunał Konstytucyjny zasadnie uznał za niezgodne z Konstytucją przepisy ustawy o ABW i AW w zakresie, w jakim ustawodawca nie przewidział niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, jak również w zakresie, w jakim nie przewidziano zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania. Oba te mankamenty zostały prawidłowo zmodyfikowane w ustawie z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw.

Słowa kluczowe: Prawo telekomunikacyjne, dane telekomunikacyjne, retencja danych, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Trybunał Konstytucyjny

OBTAINING COMMUNICATIONS DATA
BY THE INTERNAL SECURITY AGENCY
AFTER THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL JUDGEMENT OF 30 JULY 2014

Summary

The article aims to analyse the Constitutional Tribunal judgement of 30 July 2016, file no. K23/11, on the Internal Security Agency obtaining telecommunications billings and intercepting communications in order to obtain communications data. It is connected with the establishment of the legislator's legislative response to the content of the judgement and its recommendations as far as obtaining communications data by this agency is concerned. In order to conduct the analysis and meet the set objectives, the author uses a dogmatic-legal method and examines the content of legal acts and the Constitutional Tribunal judgements issued in relation to them. Based on that, it is established that the Constitutional Tribunal rightly recognised the provisions of Act on the Internal Security Agency and the Intelligence Agency as partly unconstitutional because the legislator did not envisage independent supervision of telecommunications data provision and did not regulate the destruction of data that are insignificant for a proceeding conducted. Both deficiencies were rectified in Act of 15 January 2016 amending Act on the Police and some other acts.

Key words: communications law, communications data, data retention, Internal Security Agency, Constitutional Tribunal

STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTWA KIERUNKOWEGO

MARIUSZ NAWROCKI*

Tytuł niniejszego opracowania wskazuje, że przedmiotem rozważań uczyniono zagadnienie strony podmiotowej kierunkowego czynu zabronionego, czynu który w dogmatyce prawa karnego zwykle się określać przestępstwem kierunkowym. Zagadnienie to w ostatnim czasie nie było przedmiotem szerszych dociekań doktrynalnych¹, gdyż najczęściej charakterystyka przestępstwa kierunkowego w zakresie opisu znamion strony podmiotowej ogranicza się do wskazania, że można je popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim cechującym się szczególnym zabarwieniem – *dolus directus coloratus*, co wyklucza jego popełnienie z zamiarem ewentualnym, a tym bardziej nieumyślnie.

Wydawać by się mogło, że zadanie tutaj postawione nie nastęrcza trudności, albowiem sprowadza się do rozwinięcia ogólnych uwag o naturze tytułowej konstrukcji. Niestety nic bardziej mylnego, w szczególności gdy się rozważy, że samo zagadnienie strony podmiotowej czynu zabronionego należy do najbardziej skomplikowanych, a nierzadko i kontrowersyjnych w całym prawie karnym. Niewątpliwie problematyczne okazuje się również to, jak należy rozumieć element wyznaczający zabarwienie zamiaru przy przestępstwach kierunkowych, a więc czy o „kierunkowości” tej kategorii czynów decyduje samo zachowanie się sprawcy, czy też wymagane jest „coś” więcej, tj. cel, motyw czy też może pobudka. Jeśli zasadne jest twierdzenie, że dla zakwalifikowania danego czynu zabronionego jako kierunkowego – oczywiście poza zachowaniem się sprawcy – należy przypisać realizu-

* dr, Katedra Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego

¹ Nie można oczywiście tracić z pola widzenia doniosłej dla niniejszych rozważań monografii autorstwa S. Frankowskiego, zatytułowanej „Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce”, wydanej w 1970 r. nakładem Wydawnictwa Prawniczego. Niewątpliwie wskazane opracowanie stanowi przykład wyczerpującego stanowiska doktryny odnośnie tytułowego zagadnienia, ale nie można nie zauważać, że pochodzi ono z początku lat 70. ubiegłego wieku i operuje zarzuconymi obecnie (z uwagi na rozdzielenie w kodeksie karnym z 1997 roku winy i strony podmiotowej) pojęciami, jak np. „wina kombinowana”, a nadto odwołuje się do takich pojęć jak „pobudka”, dla których psychologia nie znajduje uzasadnienia.

jącemu znamiona działanie w określonym celu, z motywem lub też z pobudki, to pojawia się pytanie, jak definiować „cel”, „motyw” oraz „pobudkę” i – co istotniejsze – czy uprawnieni do kreowania tych definicji są karniści, skoro wskazane pojęcia mają wybitnie psychologiczne podłoże². Dla jasności dalszych wywodów należy w tym miejscu poczynić kilka uwag o charakterze porządkującym, tak co do rozumienia pojęcia „przestępstwo kierunkowe”, jak i w zakresie problematyki strony podmiotowej czynu zabronionego.

1. CHARAKTERYSTYKA PRZESTĘPSTW KIERUNKOWYCH

W doktrynie prawa karnego już od dawna funkcjonuje podział na przestępstwa kierunkowe *sensu stricto* i *sensu largo*. Podział ten został zaproponowany przez S. Frankowskiego³. Zdaniem wskazanego autora do pierwszej kategorii należy zaliczyć czyny, których cechą charakterystyczną jest nastawienie woli sprawcy w określonym kierunku. W grę wchodzi tu przestępstwa znamionujące się motywem rozumianym jako cel działania, tj. przestępstwa, przy których sprawca dąży wprost do osiągnięcia oznaczonego rezultatu⁴. Z kolei drugą kategorię tworzą czyny o szczególnie zaakcentowanym elemencie świadomości, przy czym nie jest nim cel, do którego miałby dążyć sprawca⁵. Chodzi m.in. o czyny, pośród znamion których znajduje się szczególnie subiektywnie zabarwiona czynność sprawcza, jak „lżenie”, „wyszydzanie”, „poniżanie”, „kierowanie”, „nakłanianie” czy „ułatwianie”. Zdaniem S. Frankowskiego „ułatwianie” czy „nakłanianie” musi być zachowaniem się w ten czy inny sposób ukierunkowanym na osiągnięcie efektu w postaci nakłonienia czy ułatwienia⁶. Inną grupę przestępstw kierunkowych *sensu largo* tworzą czyny o szczególnie subiektywnie zabarwionych znamionach sposobu działania – „podstępem”, „przemocą” czy „groźbą”⁷ oraz przestępstwa szczególnej świadomości, których istotą jest akcentowanie wiedzy sprawcy⁸.

Nawiązując do przedstawionego podziału przestępstw kierunkowych, M. Budyn-Kulik wskazała, że do przestępstw kierunkowych *sensu stricto* należy zaliczyć te, w których ustawodawca wyraźnie wprowadza do znamion cel lub motywację, natomiast do przestępstw kierunkowych *sensu largo* należy zaliczyć te, do znamion których należy motywacja niewyartykułowana wprost przez ustawodawcę w tekście ustawy. Zdaniem M. Budyn-Kulik, element wiedzy wyróżniony przez S. Frankowskiego można rozpatrywać jedynie na płaszczyźnie zamiaru

² Zob. M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 75–110, 276–288; M. Kowalewska-Lukuć, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015, s. 156–160.

³ Zob. S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe...*, s. 33–35.

⁴ *Ibidem*, s. 34–35.

⁵ *Ibidem*, s. 35.

⁶ *Ibidem*, s. 117.

⁷ *Ibidem*, s. 121–123.

⁸ *Ibidem*, s. 126–127.

i w związku z tym nie wydaje się trafnym zabiegiem włączanie tej grupy do przestępstw kierunkowych⁹.

Niemniej jednak przyjąć należy, że przestępstwami kierunkowymi mogą być tylko te typy czynów zabronionych, których znamiona dostatecznie wskazują na możliwość ich realizacji jedynie z *dolus directus coloratus*. Tylko one bowiem dają się istotnie odróżnić od pozostałych przestępstw umyślnych. W konsekwencji przestępstwami kierunkowymi, których dotyczyć będą dalsze rozważania, są czyny znamienne celem działania sprawcy. O ile rację ma S. Frankowski, że przestępstwa o szczególnie subiektywnie zabarwionych znamionach sposobu działania, szczególnie zabarwionej czynności czasownikowej czy charakteryzujące się określonym stanem wiedzy sprawcy, mają specyficznie ukształtowaną stronę podmiotową, to nie oznacza to, że stanowią one przykład przestępstw kierunkowych. Wszak należy mieć na uwadze, że istotą przestępstw kierunkowych jest możliwość ich popełnienia tylko w zamiarze bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu, zaś w przypadku konstrukcji przestępstw kierunkowych *sensu largo* nie jest przecież wykluczony zamiar ewentualny. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na przestępstwo obrazy uczuć religijnych z art. 196 k.k., którego sens sprowadza się do obrażania uczuć religijnych innych osób, znieważając publicznie przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych. Pośród znamion tego czynu można wyróżnić takie, które – zdaniem S. Frankowskiego – wskazywałyby, że przestępstwo z art. 196 k.k. ma charakter kierunkowy w szerokim znaczeniu. Chodzi o znamiona „obraża” oraz „znieważając”. Niemniej jednak tak w doktrynie¹⁰, jak i w judykaturze¹¹ przyjęto, że omawianego przestępstwa można dopuścić się bądź to w zamiarze bezpośrednim, bądź to w zamiarze ewentualnym. Podobnie należy spojrzeć na konstrukcję pomocnictwa, która sprowadza się do ułatwiania popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę. Także w tym przypadku dopuszczalny jest zamiar wynikowy¹². Zupełnie analogicznie należy postrzegać przestępstwa cechujące się jasno artykułowanym stanem wiedzy sprawcy¹³. Z kolei działanie podstępne, przy użyciu przemocy bądź za pomocą groźby, należy do kategorii czynów umyślnych, ale nie jest tutaj wymagany zamiar kierunkowy¹⁴. Wynika z tego wniosek ogólniejszej natury, a mianowicie, że przestępstwa kierunkowe od strony konstrukcyjnej wymagają nie tylko zachowania się sprawcy, ale również elementu dodatkowego – elementu wskazującego na wyznaczony przez sprawcę przedmiot jego dążeń.

Warto w tym miejscu podkreślić, że przestępstwa kierunkowe cechują się pewnymi odrębnościami na gruncie ich bezprawności, rozumianej tutaj kontekstowo jako niezgodność z normami prawa karnego, jak i w zakresie ich strony podmio-

⁹ M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 400–401.

¹⁰ Ł. Pohl, S. Czepita, *Strona podmiotowa przestępstwa obrazy uczuć religijnych i jego formalny charakter*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12, s. 73–78.

¹¹ Uchwała SN z 29 X 2012 r., I KZP 12/12, OSNKW 2012, nr 12, poz. 112.

¹² Wyrok SN z 15 X 2013 r., III KK 184/13, OSNKW 2014, nr 2, poz. 15.

¹³ R.A. Stefański, *Prawo karne materialne część szczególna*, Warszawa 2009, s. 140.

¹⁴ Zob. N. Kłaczyńska [w:] J. Giezek (red.), D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, uwagi do art. 203, teza 12.

towej, czyli stosunku intelektualno-psychicznego sprawcy do popełnianego przezeń czynu. Odrębności na polu bezprawności wyrażają się w tym, że elementy subiektywne przestępstw kierunkowych, takie jak np. złośliwość, uporczywość czy podjęcie się określonego czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, współwyznaczają treść normy sankcjonowanej, co oznacza, że w razie ich braku czyn traci swój bezprawny charakter. Z kolei w zakresie strony podmiotowej odrębności przestępstw kierunkowych sprowadzają się – antycypując nieco dalsze rozważania – do odrzucenia możliwości ich popełnienia w zamiarze ewentualnym i zachowaniami nieumyślnymi¹⁵.

Mówiąc o przestępstwach kierunkowych nie sposób pominąć problemu zdefiniowania elementów rzutujących na taki właśnie charakter tych przestępstw. Tradycyjnie w prawie karnym typizacja przestępstw kierunkowych zasadzała się na wyróżnianiu pośród znamion ustawowych celu, motywu i pobudki. Motywem dotychczas określano wyobrażenie człowieka (myśl ludzką) o przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości, które popycha go do określonego zachowania się, często w ściśle określony, ukierunkowany sposób. Motyw był zatem elementem sfery intelektualnej człowieka, bowiem wyrażał się jego myślą lub wyobrażeniem, bądź elementem sfery wolicjonalnej, gdyż mógł przybrać postać dążenia do określonego stanu rzeczy. Pobudką z kolei określano takie uczucie (uczucia), które wpływało (wpływały) na proces decyzyjny sprawcy czynu. Innymi słowy, był to czynnik o ładunku emocjonalnym, u którego podłoża legło dążenie do osiągnięcia określonego stanu rzeczy. Cel natomiast należało rozpatrywać jako pewien określony stan przyszłości, do którego osiągnięcia człowiek zmierza całym swoim zachowaniem¹⁶.

Współcześnie powszechny jest pogląd, że wyżej zdefiniowane pojęcia nie odzwierciedlają w pełni aktualnego stanu wiedzy psychologicznej. Toteż stawiany jest prawnikom zarzut, że tworząc tego rodzaju definicje, czynią to często w oderwaniu od podstawowych założeń psychologii. I tak rozróżnienie motywu i pobudki jest zabiegiem nieuprawnionym. Nie posiada ono bowiem uzasadnienia, gdyż przypisywanie pobudce dodatkowo jedynie charakteru przeżycia emocjonalnego nie znajduje potwierdzenia w wynikach badań nad motywacją¹⁷. Obecnie przy ocenie sprawcy czynu zabronionego bierze się pod uwagę osiągnięcia psychologii motywacji. Znaczący temat podkreślają, że pojęcie „motywacja” może być rozumiane na dwa sposoby. Po pierwsze jako „względnie stałą tendencję człowieka do realizowania określonych celów, zadań życiowych i wartości”, a po drugie jako proces motywacyjny, który jako swoiste zjawisko leży „u podstaw określonego, konkretnego zachowania człowieka”. Stąd aby zrozumieć przyczyny, które sterują ludzkim zachowaniem, należy postawić kardynalne pytanie: dlaczego dana osoba postąpiła w ten sposób? Jest to bowiem pytanie, które zawsze dotyczy motywacji kierującej człowiekiem¹⁸.

¹⁵ M. Nawrocki, *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5, s. 44.

¹⁶ *Ibidem*, s. 42.

¹⁷ J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010, s. 354–356.

¹⁸ *Ibidem*, s. 351–352.

Odpowiedź na postawione pytanie możemy uzyskać (choćby w części) odszukując cel, do którego dąży sprawca. Jak wskazano wyżej, cel to pewien określony stan przyszłości, do którego osiągnięcia człowiek zmierza całym swoim zachowaniem. Według G. Rejman, cel w prawie karnym może pełnić różne funkcje. Po pierwsze, w konstrukcji przestępstwa spełnia on funkcję ograniczającą znamię czasownikowe, sprowadzając je tylko do tych zachowań, które odpowiadały jego treści. Tak umieszczony cel pełni zatem funkcję uściślającą zachowanie występujące w definicji przestępstwa pod postacią czynności czasownikowej. Nie każdy bowiem zabór jest kradzieżą, ale tylko ten, który prowadzi do celu przywłaszczenia. Zdaniem autorki, cel – uoaczynając to na przykładzie czynów z art. 127 k.k. i art. 130 k.k. – przy niektórych typach czynów zabronionych nadaje wielu (różnym) czynnościom to samo miano, tj. traktuje jako takie samo znamię z punktu widzenia czynności czasownikowej. I tak zbrodnia zamachu stanu (art. 127 § 1 k.k.) polega na tym, że sprawca podejmuje w porozumieniu z innymi osobami działalność zmierzającą bezpośrednio do urzeczywistnienia celu, jakim jest pozbawienie niepodległości, oderwanie części obszaru lub zmiana przemocą konstytucyjnego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Zatem wszystkie czynności, które zostały podjęte w tak wyznaczonym celu, mieszczą się w zbiorczym określeniu „podejmowania w porozumieniu z innymi osobami działalności zmierzającej bezpośrednio do urzeczywistnienia celu”. Nadto cel sprawia, że kilku sprawców może równorzędnie dokonać przestępstwa, choć nie współdziałają na zasadzie współsprawstwa i to mimo cząstkowej realizacji znamion. Jako przykład G. Rejman wskazuje przestępstwo z art. 310 § 2 k.k., a więc tzw. puszczenie w obieg fałszywego pieniądza, gdzie alternatywne czynności wykonawcze wskazane w tym przepisie (przyjęcie, przechowywanie, przewożenie, przenoszenie, przesyłanie, pomoc w zbyciu lub ukryciu podrobionego albo przerobionego polskiego albo obcego pieniądza, innego środka płatniczego albo dokumentu uprawniającego do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierającego obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce lub z pieniędzy, czy też innego środka płatniczego) zostały zrównane z puszczeniem w obieg pod warunkiem, że zostały dokonane właśnie w celu puszczenia w obieg. G. Rejman podkreśla, że cel pełni jeszcze jedną funkcję, a mianowicie – stosownie do art. 115 § 20 k.k. – dzieli całe prawo karne na prawo karne charakteryzujące się celem terrorystycznym i prawo karne pozbawione tego celu¹⁹.

Wydaje się, że najdonioślejsze znaczenie mają przestępstwa kierunkowe charakteryzujące się celem działania sprawcy. Dzieje się tak z uwagi na to, że przestępstwa celowościowe stanowią najlichnieszą grupę przestępstw kierunkowych²⁰. Niekiedy nawet utożsamia się obie kategorie. Niemniej jednak należy pamiętać, że przestępstwa celowościowe stanowią jedynie podgrupę przestępstw kierunkowych²¹.

¹⁹ G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 54–58.

²⁰ Przestępstwa celowościowe zostały uregulowane m.in. w art. 16 § 1 k.k., 24 k.k., 118 § 1 k.k., 127 § 1 k.k., 128 § 1 k.k., 140 § 1 k.k., 200a § 1 k.k., 202 § 3 k.k., 204 § 1 k.k., 286 § 1 k.k., 287 § 1 k.k., 289 § 1 k.k., 290 § 1 k.k., 297 § 1 k.k. czy 298 § 1 k.k.

²¹ Przykładem przestępstwa kierunkowego, które nie jest przestępstwem celowościowym, jest typ czynu zabronionego z art. 302 § 2 k.k. *Odpowiedzialności karnej na podstawie*

2. UMYŚLNE POPEŁNIENIE CZYNU ZABRONIONEGO

Postawienie oceny, czy sprawca działał umyślnie i to z *dolus directus coloratus*, nie jest zadaniem prostym. Jak wskazuje T. Kaczmarek, „Ścisłe ustalenie relacji umyślności do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego natrafia na osobliwe trudności. Ich ogólniejsza przyczyna leży m.in. w tym, że zakres znaczeniowy »przeżyć psychicznych« sprawcy, na podstawie których chcemy określić jego stosunek podmiotowy do popełnionego czynu, nie został jak dotąd w psychologii w pełni ustalony, podobnie jak nie do końca rozpoznany jest ich mechanizm oddziaływania na przebieg samego zachowania. W przeciwieństwie do strony obiektywnej czynu, zewnętrznie postrzegalnej, dostępnej bezpośredniej zmysłowej obserwacji, subiektywna strona czynu realizuje się w psychice sprawcy, która stanowi najbardziej trudną do zbadania sferę ludzkiego życia”²². Wyjdźmy zatem od zagadnień elementarnych. Więzią podmiotową, istniejącą między sprawcą a jego czynem – jak pisze W. Wolter – jest umyślność²³. Kodeks karny ujmuje ją w dwóch postaciach jako „chcenie” albo jako „godzenie się”. I jedna i druga polega na pewnym akcie woli, który nosi nazwę „zamiaru”. Akt woli czyli zamiar, polegający na tym, że sprawca czegoś „bezpośrednio chce”, nosi nazwę zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*), w przeciwieństwie do aktu, którym sprawca bezpośrednio nie chce, ale się tylko „godzi”, który to akt woli nosi nazwę „zamiaru wynikowego” (*dolus eventualis*)²⁴. W tym miejscu należy zwrócić szczególną uwagę na słowa A. Zolla, który podkreśla, że art. 9 § 1 k.k. wprowadza techniczne, właściwe tylko dla prawa karnego określenie umyślności, niekoniecznie pokrywające się z potocznym rozumieniem tego pojęcia. Zdaniem tego autora, umyślność w języku potocznym ograniczona jest do tej postaci zamiaru, którą prawo karne określa jako zamiar bezpośredni. Zgodnie bowiem z językiem potocznym działa umyślnie ten, kto chce osiągnąć określony stan rzeczy. Wprowadzenie do definicji czynu zabronionego popełnionego umyślnie także zamiaru wynikowego jest rozszerzeniem na potrzeby prawa karnego znaczenia umyślności²⁵.

Rozwijając te uwagi powiedzielibyśmy, że najistotniejszym elementem umyślnego popełnienia czynu zabronionego jest zamiar. Ma on niebagatelne znaczenie na gruncie świadomości sprawcy czynu zabronionego, jak i wpływa na wolę realizacji przez tego sprawcę znamion ustawowych. W doktrynie powszechnie przyjmuje

wskazanego przepisu podlega ten, kto wierzycielowi udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej za działanie na szkodę innych wierzycieli w związku z postępowaniem upadłościowym lub zmierzającym do zapobiegnięcia upadłości. Tak więc czynność sprawcza – udzielenie wierzycielowi korzyści majątkowej lub obietnica jej udzielenia – jest ukierunkowana na wyrządzenie szkody innym wierzycielom. Tak też G. Łabuda [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, uwagi do art. 302, teza 22.

²² T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności*, [w:] J. Majewski (red.), *Umyślność i jej formy*, Toruń 2011, s. 30.

²³ W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 155.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ A. Zoll, *Strona podmiotowa i вина w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, [w:] A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 411.

się, że zamiar ma dwa aspekty. Z jednej strony charakteryzuje się aspektem intelektualnym, który wymaga od sprawcy świadomości wszystkich okoliczności, które składają się na charakterystykę typu czynu zabronionego. Są to okoliczności natury przedmiotowej, które dają się subsumować pod znamiona stanowiące opis czynu zabronionego, są więc desygnatami tych znamion²⁶. Istotnym zastrzeżeniem jest, aby świadomości nie utożsamiać z wiedzą. Wiedza jest bowiem pewnym zbiorem informacji o otaczającej nas rzeczywistości. Bez niej nie jest możliwe uświadomienie sobie określonego stanu rzeczy. W tym też sensie świadomość będzie stanowiła zaktualizowaną wiedzę²⁷. Drugi element charakteryzujący umyślność określany jest jako „aspekt wolicjonalny”, „aspekt woluntatywny” czy też „aspekt wolicyjny”. Jak sama nazwa wskazuje, chodzi o występującą po stronie sprawcy wolę realizacji znamion typu czynu zabronionego. Jest ona emanacją świadomej decyzji sprawcy co do realizacji znamion ustawowych i stanowi proces zachodzący w psychice człowieka, który wyraża jego ustosunkowanie się do rzeczywistości objętej tymi znamionami²⁸. Wola jest zatem elementem wtórnym w stosunku do świadomości. Aspekt intelektualny zamiaru popełnienia czynu zabronionego jest bowiem warunkiem koniecznym do żywienia przez człowieka wszelkiego nastawienia wolicjonalnego względem tego czynu. Ten, kto nie uświadamia sobie możliwości popełnienia czynu zabronionego, ten nie może się do tego czynu wolicjonalnie ustosunkować²⁹.

Rozróżnienie na aspekt intelektualny oraz aspekt wolicjonalny ma swój głęboki sens, albowiem ukazuje złożoność strony podmiotowej umyślnie popełnionego czynu zabronionego, w tym oczywiście również przestępstwa kierunkowego. Jak już zasygnalizowano wyżej, sprawca może umyślnie dopuścić się czynu zabronionego w dwóch sytuacjach, tj. kiedy chce go popełnić bądź kiedy tego nie chce, ale jednak na jego popełnienie się godzi. Dwupostaciowość umyślności zasada się zatem na różnicach zachodzących między stroną wolicjonalną zamiaru bezpośredniego i zamiaru ewentualnego. W tym względzie strona intelektualna nie odgrywa większej roli³⁰.

Dalsze rozważania zostaną poświęcone jedynie zamiarowi bezpośredniemu, co jest wprost związane z tym, że przestępstw kierunkowych nie można się dopuścić w innym niż wskazany zamiarze. Ze względu na celowe, szczególnie motywowane zachowanie się sprawcy, wykluczone jest przyjęcie możliwości popełnienia

²⁶ A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012, s. 141.

²⁷ *Ibidem*, s. 142.

²⁸ J. Lachowski [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. Tom 3*, Warszawa 2012, s. 530.

²⁹ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 135.

³⁰ Jak wskazał J. Giezek, w płaszczyźnie intelektualnej – gdy formułowana jest diagnoza okoliczności, w jakich sprawca funkcjonuje – stan rzeczy jawi się dość podobnie zarówno na gruncie świadomej nieumyślności, jak i na gruncie zamiaru ewentualnego (a w istocie także bezpośredniego). W konsekwencji autor ten przyjmuje, że stan świadomości wydaje się więc być przy obu postaciach zamiaru, jak i przy świadomej nieumyślności, dalece zbieżny, jeśli nie identyczny. Wyraźniejsze różnice dotyczą natomiast płaszczyzny wolicjonalnej. – Zob. J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 193–194.

kierunkowego czynu zabronionego w zamiarze ewentualnym³¹ bądź w sposób nieumyślny³².

Dolus directus polega na tym, że sprawca chce popełnić czyn zabroniony. „Chcienie” jako element wolicjonalny strony podmiotowej oznacza wolę zrealizowania określonego stanu rzeczy. Jak wskazuje J. Lachowski, „chcieć” to tyle, co mieć ochotę na coś, potrzebować, życzyć sobie³³. W rezultacie chęć sprawcy nie zakłada jakiegokolwiek wahania, lecz jest efektem jednoznacznej decyzji co do realizacji znamion czynu zabronionego. Wola nie ma w tym wypadku charakteru warunkowego, albowiem nie zawiera jakiegokolwiek cienia wątpliwości co do realizacji rzeczywistości odpowiadającej znamionom ustawowym³⁴. W doktrynie prawa karnego podnosi się, że „Przedmiotem chęci musi być realizacja zachowania odpowiadającego znamionom typu czynu zabronionego ujmowana jako całość. Chęć, jako postać zamiaru, nie odnosi się więc do poszczególnych znamion, lecz do całości zachowania określonego znamionami typu czynu zabronionego”³⁵.

Nieco inaczej prezentuje się aspekt intelektualny zamiaru bezpośredniego. J. Giezek, opisując umyślne popełnienie czynu zabronionego, wskazuje na jego intelektualne podłoże, polegające na tym, że sprawca musi mieć świadomość okoliczności stanu faktycznego, w którym funkcjonuje. Sprawca musi zatem obejmować swoją (zaktualizowaną) wiedzą to, co jest ujęte w ramach znamion ustawowych³⁶. Co istotne, sprawca musi obejmować swoją świadomością wszystkie okoliczności, które decydują o realizacji znamion ustawowych strony przedmiotowej typu czynu zabronionego. Nieuświadomienie przez sprawcę któregośkolwiek z tych znamion powoduje, że działa on w granicach błędu, co z kolei powoduje, że nie może one umyślnie przekroczyć zakazu karnego³⁷.

W tym miejscu warto podkreślić, że o ile sprawca musi sobie uświadamiać realizację wszystkich znamion przedmiotowych, o tyle nie jest wymagane, aby „myślał językiem ustawy”. W świadomości złodzieja nie muszą odbić się użyte w art. 278 § 1 k.k. sformułowania, że „zabiera” on „w celu przywłaszczenia” „cudzą rzecz ruchomą”. Wystarczy jeśli będzie świadom tego, że wyciąga z kieszeni innego człowieka nie swój portfel i że ze znajdującymi się w nim pieniędzmi

³¹ Zob. M. Kowalewska-Lukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 159–160.

³² Odmienne stanowisko zajął M. Cieślak, który wskazał, że „Pogląd wyłączający zamiar ewentualny w przestępstwach kierunkowych jest trafny tylko w tym zakresie, że to, co jest wskazane jako cel działania sprawcy, musi być objęte zamiarem bezpośrednim. Albowiem logicznie niemożliwe jest, aby sprawca wyznaczył sobie coś jako cel, a jednocześnie nie chciał tego. Natomiast do każdego innego (poza celem) znamienia typu jest w zasadzie możliwy trojaki stosunek woluntatywny sprawcy: bądź sprawca tego chce (w sensie, że ta okoliczność mu odpowiada), bądź tego nie chce, ale akceptuje na wypadek, jeśli to się ziści („godzi się”), albo wreszcie nie chce i nie akceptuje tego, ale działa w określony sposób, licząc na to, że danej okoliczności uniknie.” – zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków 2011, s. 262–263.

³³ J. Lachowski [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego...*, s. 535.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 145.

³⁶ J. Giezek [w:] N. Kłaczyńska, G. Łabuda, J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, uwagi do art. 9, teza 5.

³⁷ *Ibidem*.

będzie mógł zrobić co zechce³⁸. W ten oto sposób uświadomiona czynność odpowiada założonym przez ustawodawcę desygnatom czynu z art. 278 § 1 k.k., tylko że odbieranym w świadomości sprawcy za pomocą innych znaków³⁹. T. Kaczmarek, objaśniając zjawisko tego rodzaju, wskazuje, że „Dzieje się tak najczęściej dlatego, że wyobrażenia sprawy odnoszą się do rzeczywistości konkretnej, stąd dopuszczając się przykładowo zabójstwa, sprawca swój czyn uświadamia sobie nie za pomocą zgeneralizowanych w ustawie abstrakcyjnych sformułowań, którymi posługuje się ustawodawca, lecz zastępuje wyrazy »zabija innego człowieka« sformułowaniami znacznie bardziej konkretnymi i bliżej spersonifikowanymi (...).”⁴⁰.

Na nieco inny problem po stronie świadomości sprawcy czynu zabronionego zwraca uwagę J. Giezek. Autor ten wskazuje, że elementy stanowiące stronę przedmiotową czynu zabronionego mogą być przez sprawcę diagnozowane lub prognozowane. Diagnoza sprowadza się do ustalenia aktualnego, już istniejącego stanu rzeczy, a tym samym stanowi jego rekonstrukcję. Natomiast pod pojęciem prognozy kryje się sąd o możliwości wystąpienia wyobrażanego stanu rzeczy w określonym, mającym dopiero nastąpić przedziale na skali czasu⁴¹. Umiejętne rozróżnianie diagnozy (świadomości stanu aktualnego) od prognozy (świadomości okoliczności mogących wystąpić w przyszłości) pozwala na wniosek, że część znamion czynu zabronionego jest przez sprawcę diagnozowana, część zaś – prognozowana⁴².

³⁸ T. Kaczmarek, *Sporne problemy...*, s. 32.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 57–58.

⁴² Tenże, s. 63. Rozwijając tę myśl J. Giezek podnosi, że „Znamiona opisują bowiem – uwzględniając aspekt dynamiczny zachowania sprawcy – teraźniejszość (czyli to, co się dzieje aktualnie) oraz przyszłość (a więc to, co zostanie urzeczywistnione wraz z wystąpieniem stanu rzeczy nazywanego skutkiem). Gdy kształtuje się zamiar popełnienia czynu zabronionego, świadomość diagnostyczna podmiotu ogranicza się do elementów sytuacji wyjściowej. Znajdując się »u progu« celowego zachowania, sprawca diagnozuje takie jego elementy, które w tej sytuacji już istnieją. Przede wszystkim zatem dostrzega okoliczności, w świetle których staje się zdolny do popełnienia danego typu czynu zabronionego. (...) Można by powiedzieć, że na tym etapie przyszły sprawca obejmuje swoją świadomością znamiona charakteryzujące podmiot czynu zabronionego, co ma w zasadzie znaczenie przede wszystkim przy tzw. przestępstwach indywidualnych. Pozostałe znamiona typu, których realizacji jeszcze nie rozpoczęto, mogą być co najwyżej prognozowane, gdyż są one przyszłymi stanami rzeczy. Dotyczy to w szczególności odpowiadającej zamiarowi sytuacji końcowej. Mówiąc zaś inaczej – sytuacja, do której podmiot-sprawca zmierza, będąca wszak zbiorem prognozowanych stanów rzeczy, stanowi przedmiot jego mniej lub bardziej »mglistych« wyobrażeń. Dynamika zachowania powoduje oczywiście, że poszczególne jego elementy są stopniowo urzeczywistniane. W pewnym momencie sprawca przystępuje więc do wykonania zachowania mieszczącego się w opisie czynności czasownikowej, jaka wcześniej była jedynie planowana (...). W dalszej kolejności, gdy zachowanie zmierzające do zmiany sytuacji wyjściowej jest już wykonane, pojawia się jego skutek. Dodać należy, że informacje gromadzone przez podmiot w trakcie realizacji celowego zachowania mogą przyjętą w sytuacji wyjściowej prognozę weryfikować pozytywnie lub negatywnie, czyli albo potwierdzać jej trafność, albo wskazywać na popełnione błędy, które mają charakter albo diagnostyczny (jeśli dotyczą istniejących stanów rzeczy), albo prognostyczny (jeśli odnoszą się do przyszłości i stanowią rezultat jej nietrafnego przewidywania).” – J. Giezek, *Świadomość...*, s. 63–64. Zob. również J. Giezek, *Dynamika stanu świadomości sprawcy czynu zabronionego oraz jej wpływ na odpowiedzialność karną*, [w:] Państwo Prawa i Prawo Karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II, pod redakcją P. Kardasa, T. Sroki i W. Wróbla, Warszawa 2012, s. 563 i n.

W tym miejscu pojawiają się kolejne pytania. Mianowicie, z jakiej perspektywy temporalnej należy stawiać diagnozę oraz formułować prognozę co do wystąpienia znamion ustawowych? I po drugie, które elementy strony przedmiotowej typu czynu zabronionego nadają się do zdiagnozowania, a które wymagają prognozy?

Na oba pytania odpowiedź podaje J. Giezek. Po pierwsze, autor ten wskazuje, że najważniejszym momentem dla dokonania oceny znamion ustawowych w relacji do świadomości sprawcy, jest moment, w którym podmiot czynu zabronionego przystępuje do realizowania czynności czasownikowej, czyli narusza zakaz wynikający z normy sankcjonowanej. Po wtóre, z tej perspektywy zauważalne jest, że do zdiagnozowania nadają się znamiona charakteryzujące podmiot, przedmiot czynności wykonawczej, zachowanie opisane za pomocą czynności czasownikowej oraz niektóre znamiona modalne (np. użyte do popełnienia przestępstwa narzędzia), natomiast przedmiotem prognozy mogą być znamiona charakteryzujące skutek oraz związek przyczynowy (w tym ewentualnie poszczególne jego ogniwa), a także niektóre znamiona modalne (zwłaszcza, jeśli zawierają one dodatkową charakterystykę skutku)⁴³.

3. ZAMIAR BEZPOŚREDNI KIERUNKOWY

Słów kilka należy jeszcze poświęcić bliższej charakterystyce zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu. Wcześniej wskazano bowiem na istotę przestępstw kierunkowych, definiując m.in. cel działania sprawcy. W tym miejscu natomiast należy skupić się na ukazaniu usytuowania tego zamiaru oraz związanego z nim celu w strukturze przestępstwa. Istota *dolus directus coloratus* sprowadza się do tego, że sprawca chce popełnić czyn zabroniony i zmierza jednocześnie w określonym kierunku. Cechuje go zatem szczególne nastawienie woli, sprowadzające się do chęci popełnienia czynu zabronionego oraz dążenia do zrealizowania określonego stanu rzeczy. Co istotne, ten stan rzeczy musi stanowić element znamion ustawowych typu czynu zabronionego, przy czym sprawca musi dążyć do jego osiągnięcia, wcale nie musząc go zmaterializować (np. chęć osiągnięcia korzyści majątkowej przy przestępstwie oszustwa z art. 286 § 1 k.k.⁴⁴). Jak podkreśla się w doktrynie, cel charakteryzujący zamiar bezpośredni o szczególnym zabarwieniu jest elementem woli, a nie świadomości⁴⁵. Musi on wystąpić w psychice sprawcy najpóźniej w chwili realizacji czynności czasownikowej, należącej do strony przedmiotowej. Może on zatem powstać wcześniej, przy czym musi istnieć w trakcie popełniania przestępstwa. Jeśli cel taki powstanie po zrealizowaniu czynności czasownikowej, zmienia się ocena prawna czynu⁴⁶. Widać to wyraźnie na przykładzie przestępstwa

⁴³ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 76–77.

⁴⁴ M. Nawrocki, *Strona podmiotowa przestępstwa oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 KK)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2011, z. 1, s. 110–111 oraz tenże, *Oszustwo klasyczne (art. 286 § 1 k.k.) jako przestępstwo kierunkowe*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 11–12, s. 84.

⁴⁵ J. Lachowski [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego...*, s. 543.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 548.

oszustwa, gdzie doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego rozporządzenia mieniem za sprawą wprowadzenia w błąd, jego wyzyskania albo wyzyskania niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, ma prawnokarny sens tylko wtedy, gdy jest podjęte w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Jeżeli sprawca nie działa w takim celu, nie dochodzi do zrealizowania kompletu znamion strony podmiotowej, a tym samym nie dochodzi do popełnienia przestępstwa. W tym przypadku dopuszczalna jest co najwyżej odpowiedzialność cywilna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania⁴⁷.

Powyższe pozwala na konkluzję, że przy przestępstwach kierunkowych strona intelektualna, a więc świadomość istnienia (zdiagnozowanych i prognozowanych) znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego, oraz strona wolicjonalna, tj. chęć ich zrealizowania w określonym kierunku (celu), muszą wystąpić wspólnie najpóźniej w momencie przystępowania przez sprawcę do wykonania relewantnego na gruncie prawa karnego zachowania, tj. w chwili, kiedy przystępuje on do realizacji czynności czasownikowej ujętej pośród znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego⁴⁸. Nie ma zatem wątpliwości, że umyślność (w tym również ta kierunkowa) wymaga świadomości wszystkich okoliczności natury przedmiotowej, które składają się na charakterystykę tego typu. Dość powszechnie przyjmuje się z kolei, że przedmiotem świadomości sprawcy nie mogą być elementy strony podmiotowej⁴⁹. Niemniej jednak J. Giezek wskazuje, że „na wiele sposobów można wykazać (...) że są sytuacje, bynajmniej wcale nierzadkie, w których podmiot (sprawca) uświadamia sobie towarzyszące mu procesy wolicjonalne. Właściwie należałoby nawet przyjąć, że tak jest zazwyczaj, bo przecież najczęściej podmiot »wie, czego chce«. Skoro zaś można w sposób sensowny relacjonować świadomość sprawcy do znamion strony podmiotowej, to czy tym samym uprawniona byłaby również analiza zmierzająca do stwierdzenia jej braku, co skutkować mogłoby np. ustaleniem, że sprawca nie jest świadom np. tego, że czegoś chce lub na coś się godzi, albo nie zdaje sobie sprawy, że towarzyszą mu określone emocje (np. litość, strach czy wzburzenie). Sięgając do bogatego dorobku psychologii poznawczej od razu zauważymy, że wykluczenie takiej możliwości byłoby pochopnym i zbyt daleko idącym uproszczeniem.”⁵⁰. W konsekwencji nie można odmówić zasadności pogładowi, zgodnie z którym w przypadku znamion podmiotowych niezbędne jest uświadomienie przez sprawcę co najmniej okoliczności warunkujących ich wystąpienie⁵¹. Przekładając to na znamiona ustawowe oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 k.k.) powiedzielibyśmy, że sprawca, aby móc działać w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, musi uświadamiać sobie, że doprowadzenie innej osoby do niekorzystnego

⁴⁷ M. Nawrocki, *Przestępstwo oszustwa klasycznego a bezprawie cywilne*, „Palestra” 2011, nr 11–12, s. 83 i n.

⁴⁸ Nieco odmienny pogląd wyraził T. Kaczmarek, wskazując, że aktualizacja znamion przedmiotowych czynu zabronionego w świadomości sprawcy może, ale wcale nie musi, nastąpić w całości w chwili czynu. Im bardziej złożona jest strona przedmiotowa, tym mniej jest prawdopodobne, aby sprawca w chwili czynu o „wszystkim” pomyślał. – Zob. T. Kaczmarek, *Sporne problemy...*, s. 32.

⁴⁹ Zob. m.in. A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 141.

⁵⁰ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 96.

⁵¹ A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 141.

rozporządzenia mieniem zasadniczo prowadzi do przysporzenia (sobie lub innemu podmiotowi) takiej właśnie korzyści. Uogólniając, konstrukcja przestępstw kierunkowych cechuje się od strony podmiotowej tym, że sprawca musi uświadamiać sobie kształt znamion przedmiotowych tego przestępstwa, ale zarazem w jego psychice musi odbić się znamie podmiotowe decydujące o kierunkowym charakterze popełnianego czynu. Najczęściej elementem tym będzie cel działania przestępnego, który nie musi być uświadamiany wprost, a jedynie wystarczy, aby sprawca orientował się, że zachodzą okoliczności warunkujące jego wystąpienie.

Skoro sprawca przestępstwa kierunkowego musi uświadamiać sobie co najmniej okoliczności warunkujące wystąpienie znamion podmiotowych, zwłaszcza tych decydujących o kierunku działania, to pojawia się pytanie, czy świadomość ta ma mieć charakter diagnozy czy też prognozy? Jak wskazano wcześniej, diagnoza stanowi rekonstrukcję rzeczywistości w umyśle sprawcy, zaś prognoza to ocena żywiona przez sprawcę o prawdopodobieństwie wystąpienia wyobrażanego stanu rzeczy. Wydaje się, że na gruncie przestępstw kierunkowych cel (kierunek) działania może mieć charakter dualistyczny, tj. diagnozowano-prognozowany. Otóż – ponownie na przykładzie oszustwa klasycznego – zwróćmy uwagę, że sprawca czynu, wprowadzając pokrzywdzonego w błąd, zdaje sobie sprawę z tego, do czego dąży – do objęcia we władanie mienia, które jest przedmiotem niekorzystnego rozporządzenia. Sprawca czynu z art. 286 § 1 k.k., składając wniosek w banku celem wyłudzenia kredytu, ma pełną świadomość tego, że jego działanie prowadzi do przysporzenia korzyści majątkowej, która siłą konieczności odpowiada niekorzystnie rozporządzonemu mieniu. Przedmiotem diagnozy jest zatem rzeczywistość stanu umysłu sprawcy objawiająca się jego uświadamianym dążeniem w określonym kierunku. Odpowiada to słowom J. Giezka, że sprawca „wie, czego chce”. Z punktu widzenia niniejszych rozważań istotny jest jednak także pierwiastek prognostyczny. Otóż powiedziano, że sprawca chce wejść w posiadanie mienia, które stanowi przedmiot niekorzystnego rozporządzenia. Innymi słowy, sprawca diagnozuje istnienie mienia oraz – co równie istotne – jego wartość. Sprawca zatem wie, że jego działanie prowadzi do przysporzenia korzyści i to korzyści odpowiadającej wartości niekorzystnie rozporządzonego mienia. Nie może on jednak zdiagnozować tego, czy ostatecznie jego działanie (podjęte w określonym kierunku) przyniesie pożądany rezultat, tj. osiągnięcie zakładanego celu (w naszym przykładzie – uzyskanie korzyści odpowiadającej wartości niekorzystnie rozporządzonego mienia). Sprawca oszustwa klasycznego może jedynie z większą bądź mniejszą precyzją przypuszczać, że osiągnie korzyść majątkową określonej wartości. Odpowiada to sformułowaniu, że sprawca przestępstwa kierunkowego musi dążyć do osiągnięcia celu, choć wcale nie musi go zmaterializować. Oznacza to tym samym, że sprawca musi prognozować prawdopodobieństwo osiągnięcia przedmiotu swoich dążeń, a więc tego, co jest substratem kierunku (celu), ale prawidłowość prognozy (tzn. jej wartość wyrażana np. procentami) nie jest warunkiem odpowiedzialności karnej. Powtórzmy bowiem, że wystarczające dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo kierunkowe jest wykazanie, że sprawca działał w określonym celu bez potrzeby jego urzeczywistnienia.

4. ZAMIAR NAGŁY I PREMEDITOWANY

Przy tak skonstruowanej stronie podmiotowej przestępstwa kierunkowego pojawiają się dalsze zagadnienia problematyczne. Mianowicie, należy postawić pytanie, czy możliwe jest popełnienie przestępstwa kierunkowego w zamiarze przemyślanym oraz nagłym? Innymi słowy, czy możliwe jest nałożenie się na siebie różnych rodzajów zamiaru bezpośredniego – zamiaru kierunkowego z zamiarem premedytowanym i zamiaru kierunkowego z zamiarem nagłym?

Rozważania w tym przedmiocie należy rozpocząć od wskazania, że ww. rozróżnienie wprowadzone na gruncie zamiaru bezpośredniego jest uzasadnione tak metodologicznie, jak i z punktu widzenia norm prawa karnego. Uwaga tego rodzaju jest konieczna, albowiem w piśmiennictwie można spotkać i taki pogląd, że „Brak jest (...) podstaw prawnych i merytorycznych przesłanek, aby w ramach strony podmiotowej czynu zabronionego wyróżniać tzw. zamiar nagły i zamiar przemyślany”⁵². Wydaje się, że pogląd ten jest odosobniony, w szczególności gdy dostrzega się, iż przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości – na podstawie art. 115 § 2 k.k. – bierze się pod uwagę m.in. postać zamiaru, jak również gdy uwzględni się praktyczny aspekt dokonywania tego rozróżnienia, który odgrywa znaczącą rolę przy wymiarze kary⁵³. Podejmując się próby scharakteryzowania obu postaci *dolus directus*, wskazać należy, że zamiar przemyślany (*dolus praemeditatus*) zachodzi wówczas, gdy myśl o popełnieniu czynu zabronionego dojrzeva w psychice sprawcy, tj. zastanawia się on nad popełnieniem czynu, a następnie podejmuje decyzję co do realizacji znamion ustawowych. Konstrukcja ta zatem obejmuje procesy myślowe sprawcy poprzedzające decyzję o popełnieniu czynu zabronionego, jak i planowanie sposobu popełnienia takiego czynu po powstaniu zamiaru, zatem już po podjęciu decyzji co do popełnienia czynu⁵⁴. Z kolei cechą charakterystyczną zamiaru nagłego jest to, że powstaje on w sytuacjach, gdy sprawca działa bez typowego procesu walki motywów, co jest związane z tym, iż nie ma wystarczającej dyspozycji czasowej i warunków do wszechstronnego przemyślenia czynu. Podejmuje zatem decyzję określonego zachowania się, której – być może – w innych warunkach, by nie podjął. Decyzja ta jest podejmowana w sposób raptowny, pod wpływem emocji, bez możliwości racjonalnego rozważenia okoliczności, których rozważenie mogło doprowadzić do innego zachowania się⁵⁵.

⁵² *Ibidem*, s. 151.

⁵³ W orzecznictwie nie brak przykładów dokonywania rozróżnienia zamiaru bezpośredniego na ten premedytowany i nagły oraz wywodzenia zeń konsekwencji na gruncie oceny stopnia winy i – w rezultacie – wymiaru kary – zob. wyrok SN z 18 III 1949 r., K 1135/48, OSN(K) 1949, nr 2 poz. 51, LEX nr 161446; wyrok SN z 26 I 1966 r., IV KR 222/65, OSNKW 1966, nr 8, poz. 82, LEX nr 114627; wyrok SN z 27 X 1995 r., III KRN 118/95, LEX nr 24861; wyrok SA w Warszawie z 10 X 2012 r., II AKa 276/12, LEX nr 1238292; wyrok SA w Krakowie z 22 XI 2012 r., II AKa 184/12, KZS 2013, z. 2, poz. 45, LEX nr 1315305 oraz KZS 2013, z. 2, poz. 46, LEX nr 1315308; wyrok SA w Krakowie z 6 XI 2013 r., II AKa 203/13, KZS 2013, z. 12, poz. 36, LEX nr 1444533.

⁵⁴ J. Lachowski [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego...*, s. 537. Zob. również M. Budyn-Kulik, *Umysłność...*, s. 61–64.

⁵⁵ Wyrok SA we Wrocławiu z 18 IX 2013 r., II AKa 242/13, LEX nr 1378922. Zob. również M. Budyn-Kulik, *Umysłność...*, s. 64–66.

Wydaje się, że trudności nie nastęrcza udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest krzyżowanie się zamiaru kierunkowego z przemyślanym? Otóż niejako naturalną cechą zachowania sprawcy charakteryzującego się zamiarem bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu jest działanie zaplanowane tak, aby nieuchronnie prowadziło ono do osiągnięcia zakładanego z góry celu (stanowiącego znamię ustawowe popełnianego czynu). Dokonując uogólnienia, można więc powiedzieć, że na ogół zamiarowi kierunkowemu towarzyszy zamiar przemyślany.

Jak zatem należy odpowiedzieć na pytanie o możliwość współdziałania przez sprawcę zamiaru kierunkowego z zamiarem nagłym? Wydaje się, że ze względu na elementy konstrukcyjne *dolus repentinus* należałoby wykluczyć wariant, zgodnie z którym sprawca mógłby działać celowo a zarazem raptownie i bez rozważenia wszystkich okoliczności towarzyszących realizacji znamion kierunkowego typu czynu zabronionego. Wskazano bowiem wyżej, że sprawca tego rodzaju przestępstwa musi obejmować swoją świadomością komplet znamion przedmiotowych oraz co najmniej okoliczności warunkujące wystąpienie celu (stanowiącego znamię typu czynu zabronionego). Uwzględniając brak wystarczającej dyspozycji czasowej i warunków do wszechstronnego przemyślenia czynu, charakteryzujący zamiar nagły, można wątpić w możliwość objęcia przez sprawcę świadomością opisanych wyżej znamion, w szczególności gdy są one – od strony przedmiotowej – rozbudowane. W tym względzie słowa T. Kaczmarka o aktualizacji wszystkich znamion czynu zabronionego w świadomości sprawcy w chwili realizacji czynności wykonawczej zyskują nową jakość.

Mimo powyższego nie można jednak wykluczyć popełnienia przestępstwa kierunkowego z zamiarem nagłym. Tytułem przykładu można wskazać kradzież z art. 278 § 1 k.k. i klasyczną sytuację określaną jako „okazja czyni złodzieja”. Wyobraźmy sobie scenariusz, w którym ktoś w sklepie przy chowaniu portfela do torby nie zauważa, że nie wkłada go dokładnie i ten wypada. Inna osoba przypadkowo dostrzega ten fakt i zabiera portfel, aby wejść w posiadanie jego zawartości. Mimo elementu przypadkowego spostrzeżenia przez sprawcę chwili wypadnięcia portfela oraz niezwykle szybkiej jego reakcji, nikt nie wyłączy odpowiedzialności karnej osoby dokonującej zabór za czyn z art. 278 § 1 k.k. Dzieje się tak zapewne za sprawą tego, że każdy, choć nie jest w stanie zweryfikować relacji psychicznej sprawcy do jego zachowania (w tym niestety również sędzia orzekający w sprawie o takie przestępstwo), intuicyjnie czuje, iż każde podniesienie cudzego portfela i niepodjęcie jakichkolwiek czynności celem jego zwrotu, musi oznaczać działanie celem wejścia w posiadanie jego zawartości. Koresponduje to z poczynionymi wcześniej uwagami o stanie świadomości sprawcy odnośnie znamion strony podmiotowej, kiedy to wskazano, że nie musi on wprost uzmysławiać sobie celu swojego zachowania, a jedynie okoliczności warunkujące jego wystąpienie. W konsekwencji rację ma również J. Giezek wskazując, że „zamiar nagły (...) pojawia się (...) wówczas, gdy strumień napływających do podmiotu informacji skłania do podjęcia decyzji o konieczności natychmiastowego (niezwłocznego) wykonania określonego zachowania. Podmiot dostrzega pilną potrzebę osiągnięcia jakiegoś celu. Trudno przeto wyobrazić sobie, aby przedmiotem zamiaru nagłego był stan rzeczy dla podmiotu obojętny, którego

ewentualne wystąpienie jest przez niego jedynie akceptowane.”⁵⁶. W przytoczonym przykładzie trudno byłoby sobie wyobrazić, aby sprawca, zabierając portfel i nie podejmując działań celem jego zwrotu, był zarazem obojętny względem tego, co kryje się w jego zawartości.

Jak wykazano wyżej, możliwe jest, aby sprawca dopuścił się przestępstwa kierunkowego z zamiarem nagłym w sytuacji, gdy znamiona ustawowe nie są liczne. Co jednak, gdy – jak pisze T. Kaczmarek – strona przedmiotowa typu czynu zabronionego jest bardziej rozbudowana? Czy możliwe jest zatem, aby sprawca dopuścił się przestępstwa oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 k.k.) bądź kradzieży rozbójniczej (art. 281 k.k.) w zamiarze nagłym? Zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku, mamy do czynienia z tzw. przestępstwami dwuaktowymi, które charakteryzują się tym, że do ich konstrukcji ustawodawca posłużył się nie jednym, a dwoma czasownikami, których realizacja musi nastąpić w koniunkcji⁵⁷. W przypadku kradzieży rozbójniczej dochodzi jeszcze jeden element, a mianowicie szczególnie uregulowana strona podmiotowa, objawiająca się ukierunkowaniem zachowania sprawcy na osiągnięcie dwóch celów. Sprawca najpierw podejmuje działania zmierzające do zaboru cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia, a następnie, już po przejęciu władztwa nad rzeczą, podejmuje działania polegające na używaniu przemocy wobec osoby, grożeniu natychmiastowym jej użyciem albo doprowadzeniu człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, w celu utrzymania się w posiadaniu zabranej rzeczy⁵⁸.

Powyższe skłania do wniosku, że o ile w przypadku typów czynów zabronionych o nieskomplikowanej stronie przedmiotowej (a spoglądając przez pryzmat kradzieży rozbójniczej – również i stronie podmiotowej) możliwe jest popełnienie przestępstwa kierunkowego z zamiarem nagłym, to w przypadku tych typów, gdzie strona przedmiotowa (i niekiedy podmiotowa) jest rozbudowana, mogą pojawić się uzasadnione wątpliwości co do możliwości ich popełnienia z *dolus repentinus*. Wszak nie można tracić z pola uwagi tej okoliczności, że zamiar nagły charakteryzuje się gwałtownością podjęcia, jak i gwałtownością realizacji, co raczej wyklucza odbicie się w świadomości sprawcy wszystkich znamion ustawowych, w tym i tych współokreślających kierunek działania, w szczególności jeśli czynność wykonawcza należy do złożonych, a cel działania nie jest jeden.

Na gruncie przestępstw kierunkowych zagadnieniem problematycznym może być również kierunkowy charakter typów czynów zabronionych, które charakteryzują się występowaniem znamion liczebnikowych. Dla porządku wywodu wskażmy, że – zgodnie z dominującym w tym przedmiocie poglądem – znamie liczebnikowe stanowi element składowy strony przedmiotowej i winno podlegać

⁵⁶ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 98.

⁵⁷ M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014, s. 142. Warto zwrócić uwagę, że kradzież rozbójnicza nosi także znamiona przestępstwa złożonego, albowiem poszczególne czynności uregulowane w art. 281 k.k. ujmowane z osobna odpowiadają jeszcze innym przepisom prawnokarnym – np. art. 278 § 1 k.k., art. 190 § 1 k.k., art. 157 § 1 k.k.

⁵⁸ Wyrok SA w Białymstoku z 19 III 2013 r., II AKa 42/13, LEX nr 1311930.

przewidywaniu przez sprawcę tak jak pozostałe znamiona przedmiotowe⁵⁹. Mimo tego, że ocena liczbowa odznacza się pełną ścisłością, może jednak rodzić pewne trudności na polu subiektywnym, tj. na polu ustalenia, czy sprawca przestępstwa umyślnego musi obejmować umyślnością również znamię liczebnikowe. Zdaniem W. Woltera, świadomość liczby nie jest warunkiem koniecznym odpowiedzialności za przestępstwo umyślne, czyli wystarcza, jeżeli sprawca zdaje sobie sprawę z tego, iż w potocznym znaczeniu chodzi o coś znaczniejszego, większego, czego odpowiednikiem są właśnie liczby⁶⁰. W związku z tym poglądem w orzecznictwie Sądu Najwyższego, na gruncie przestępstwa zagarnięcia mienia, które było przestępstwem celowościowym⁶¹, dopuszczono konstrukcję, która zakłada, że zamiar bezpośredni sprawcy odnosi się do samego zagarnięcia mienia, natomiast znaczna wartość tego mienia może być objęta już tylko zamiarem ewentualnym. Innymi słowy, strona podmiotowa przestępstwa jest spełniona nawet wówczas, gdy sprawca przewiduje, że wartość zagarniętego mienia może być znaczna, i na to się godzi⁶². Poglądu tego nie sposób jednak podzielić. Rację mają bowiem M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas, że znamiona liczebnikowe, które na gruncie przepisów art. 294 § 1 k.k. i art. 294 § 2 k.k. są zarazem znamionami kwalifikującymi, uzupełniają ustawowy opis typu czynu zabronionego. Stanowią zatem element strony przedmiotowej danego typu. Jeśli chodzi o typy kwalifikowane na podstawie art. 294 § 1 k.k. i art. 294 § 2 k.k., ich strona podmiotowa określona jest każdorazowo w przepisie statuującym typ podstawowy. W rezultacie znamiona te muszą być objęte umyślnością w formie właściwej dla danego typu przestępstwa przeciwko mieniu, które stanowi podstawę budowy typu kwalifikowanego⁶³. Konsekwentny, a zarazem słuszny, jest pogląd cytowanych autorów, że na gruncie przestępstw kierunkowych, takich jak kradzież czy oszustwo, znamię kwalifikujące w postaci mienia znacznej wartości lub dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury musi być objęte zamiarem znamiennej celem działania sprawcy⁶⁴. Uzupełniając tę argumentację, wskazać należy, że skoro znamiona liczebnikowe stanowią część składową strony przedmiotowej typu czynu zabronionego i jako takie nie podlegają one wewnętrznemu (w tej grupie znamion) wartościowaniu, to również nie powinno się ich różnicować na gruncie strony podmiotowej poprzez obejmowanie jednych zamiarem bezpośrednim, a innych „tylko” zamiarem ewentualnym. Brak jest podstawy prawnej dla takiego zabiegu.

⁵⁹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 232-233; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 227-228; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 101-102.

⁶⁰ W. Wolter, *Nauka...*, s. 229.

⁶¹ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Część szczególna*, Warszawa 1987, s. 227-228.

⁶² Tak w wyroku SN z 10 X 1974 r., III KR 95/74, OSNKW 1975, nr 1, poz. 7, LEX nr 18909; wyroku SN z 19 III 1984 r., II KR 49/84, OSNKW 1984, nr 11-12, poz. 118, LEX nr 19989 oraz wyroku SN z 14 X 1988 r., IV KR 186/88, OSNKW 1989, nr 1, poz. 7, LEX nr 20334.

⁶³ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k.*, Kraków 2006, s. 488.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 488-489.

5. PODSUMOWANIE

Powyższe rozważania miały na celu scharakteryzowanie strony podmiotowej przestępstwa kierunkowego. Próbuąc je podsumować, w pierwszej kolejności podkreślić należy, że przestępstwa kierunkowe to niejednorodna grupa typów czynów zabronionych. Składają się nań głównie tzw. przestępstwa celowościowe, ale jak to wykazano, są również i takie przestępstwa kierunkowe, które nie znamionują się celem działania sprawcy. Ważnym spostrzeżeniem jest to, że tytułowa konstrukcja wymaga umyślności charakteryzującej się zamiarem bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu co do wszystkim znamion przedmiotowych oraz co najmniej w zakresie okoliczności warunkujących wystąpienie kierunku (celu) działania sprawcy. W tym ostatnim przypadku mamy do czynienia ze swoiście rozumianą świadomością sprawcy odnośnie znamion strony podmiotowej popełnianego przezeń czynu. Jak pokazują poczynione w niniejszym opracowaniu uwagi, przestępstwa kierunkowe wykazują odrębności nie tylko na gruncie elementów subiektywnych związanych ze stroną podmiotową typu czynu zabronionego, ale również w zakresie strony przedmiotowej. Okazuje się bowiem, że są takie przestępstwa kierunkowe, których popełnienie w zamiarze nagłym jest wykluczone właśnie ze względu na wielość znamion przedmiotowych. Sprawca mimo konieczności objęcia ich swoją świadomością, nie ma ku temu realnej możliwości, przede wszystkim z uwagi na brak niezbędnego do uświadomienia tych znamion czasu. Przestępstwa kierunkowe okazują się zatem konstrukcją daleko bardziej skomplikowaną niż to wynika z powszechnego o nich mniemania. Niniejsze opracowanie, jakkolwiek w wielu miejscach mogące uchodzić za nazbyt skrótowe, jest skromną próbą ukazania rzeczywistej funkcji omawianej konstrukcji.

BIBLIOGRAFIA

- Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa: PWN, 1959.
- Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Część szczególna*, Warszawa: PWN, 1987.
- Budyn-Kulik M., *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2011.
- Frankowski S., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa: Wydawnictwo PWN, 1970.
- Gierowski J.K., Jaśkiewicz-Obydzińska T., Najda M., *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa: LexisNexis, 2010.
- Giezek J., *Dynamika stanu świadomości sprawcy czynu zabronionego oraz jej wpływ na odpowiedzialność karną*, [w:] P. Kardas, T. Sroka i W. Wróbel (red.), *Państwo Prawa i Prawo Karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.
- Giezek J. (red.), Kłaczynska N., Łabuda G., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.

- Giezek J. (red.), Gruszecka D., Kłaczyńska N., Łabuda G., Muszyńska A., Razowski T., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Kaczmarek T., *Sporne problemy umyślności*, [w:] Majewski J. (red.), *Umyślność i jej formy*, Toruń, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, 2011.
- Kowalewska-Lukuć M., *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań: Ars Boni et aequi, 2015.
- Lachowski J. [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. Tom 3*, Warszawa: C.H. Beck, 2012.
- Nawrocki M., *Strona podmiotowa przestępstwa oszustwa klasycznego (art. 286 § 1 KK)*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2011, z. 1.
- Nawrocki M., *Oszustwo klasyczne (art. 286 § 1 k.k.) jako przestępstwo kierunkowe*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 11–12.
- Nawrocki M., *Przestępstwo oszustwa klasycznego a bezprawie cywilne*, „Palestra” 2011, nr 11–12.
- Nawrocki M., *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 5.
- Nawrocki M., *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, 2014.
- Pohl Ł., Czepita S., *Strona podmiotowa przestępstwa obrazy uczuć religijnych i jego formalny charakter*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 12.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa: LexisNexis, 2013.
- Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań: Ars Boni et aequi, 2013.
- Rejman G., *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 KK. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2009.
- Stefański R.A., *Prawo karne materialne część szczególna*, Warszawa: Difin, 2009.
- Wolter W., *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa: Gebethner i Wolff, 1947.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa: PWN, 1973.
- Zoll A., *Strona podmiotowa i вина w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji*, [w:] A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2003.
- Zoll A. (red.), Barczak-Oplustil A., Bogdan G., Ćwiąkalski Z., Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Rodzyńkiewicz M., Szewczyk M., Wróbel W., *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Kraków: Wolters Kluwer, 2006.
- Zoll A. (red.), Bogdan G., Ćwiąkalski Z., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Szewczyk M., Wróbel W., *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.

STRONA PODMIOTOWA PRZESTĘPSTWA KIERUNKOWEGO

Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyczy zagadnienia strony podmiotowej przestępstwa kierunkowego. Zagadnienie to nie było przedmiotem szerszych rozważań naukowych. Najczęściej jego charakterystyka ogranicza się do wskazania, że przestępstwo kierunkowe można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim, co wyklucza jego popełnienie z zamiarem ewentualnym, a tym bardziej nieumyślnie. W artykule przybliżono tę problematykę, ze szczególnym uwzględnieniem możliwości popełnienia przestępstwa kierunkowego w zamiarze nagłym i przemyślanym, a także z rozróżnieniem tego, co sprawca spośród znamion ustawowych diagnozuje, a co prognozuje w swojej świadomości.

Słowa kluczowe: przestępstwo kierunkowe, strona podmiotowa, zamiar, umyślność

SUBJECTIVE ELEMENT OF AN OFFENCE WITH A SPECIFIC PURPOSE

Summary

This article deals with the problem of subjective side of the crime. This issue was not subject to a broader scientific consideration. Most frequently, the characteristic is limited to indicate that a directional intention crime can be committed only in direct intention, which excludes the committing with eventual intention, and the more unintentionally. The article brought closer this issue, with particular regard to the possibility of committing a directional intention crime sudden and premeditated, as well as the perpetrator diagnoses and predicts what his consciousness.

Key words: directional crime, subjective side, intention, intent

**MIĘDZY DOBREM DZIECKA A LITERĄ PRAWA
– USTALENIE TREŚCI AKTU URODZENIA
DZIECKA URODZONEGO PRZEZ TRANS-OJCA.
ROZWAŻANIA NA TLE POSTANOWIENIA
SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU
Z DNIA 7 MARCA 2016 R., SYGN. I ACA 1830/15***

MAŁGORZATA SZEROCZYŃSKA **

1. WSTĘP

Pisząc w głosie do orzeczenia Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. w sprawie I CSK 146/13 w sprawie uznania płci osoby transseksualnej¹, że dzieci zrodzone z osób transpłciowych będą miały interes prawny w pozywaniu swoich rodziców o ustalenie płci, gdyż inaczej niemożliwe będzie sporządzenie ich aktów urodzenia zgodnie z obowiązującymi w Polsce przepisami, miałam cichą nadzieję, że zanim dojdzie w naszym kraju do urodzenia dziecka przez transojca, zostanie przyjęta ustawa o uzgodnieniu płci, w której jednoznacznie wskazany będzie sposób sporządzania aktów urodzenia takich dzieci. Niestety moja nadzieja okazała się płonna, a przewidywane problemy co do tego, w jaki sposób taki akt urodzenia wypełnić², jak najbardziej zasadne. Z zagadnieniem tym musiały się niedawno zmierzyć sądy we Wrocławiu. Charakterystyczne jest, że sąd pierwszej instancji orzekający w tej

* Autorka dziękuje pracownikom Biura Rzecznika Praw Obywatelskich za dostęp do zanonimizowanych dokumentów z przedmiotowych spraw oraz udzielenie informacji o ich przebiegu.

** dr, Prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie

¹ M. Szeroczyńska, „Dzieci powstałą przeciw rodzicom” – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. w sprawie I CSK 146/13, Prawa człowieka w orzecznictwie sądów polskich, 29 kwietnia 2014 r., <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=301377d6f91551c76bdeceb505896fd2d31b918e-d3> [dostęp: 1.03.2017].

² M. Szeroczyńska, *Rodzicielstwo prawne w wypadkach medycznie wspomaganey prokreacji – między genetyką, fizjologią a wolą posiadania dziecka*, Przegląd Filozoficzny. Nowa seria, 2009, nr 2, s. 241–243.

sprawie przyjął stanowisko prawnoczułowiecze, działając przede wszystkim w imię interesu dziecka, podczas gdy sąd drugiej instancji podjął próbę dogmatycznego zastosowania przepisów, która i tak okazała się nieskuteczna, ale przede wszystkim w sposób bezpośredni naruszyła zasadę dobra dziecka, narażając je wprost na dyskryminację. Smutne jest także, to że właśnie takie stanowisko zajął w tej sprawie prokurator, na siłę usiłując dostosować bohaterów tej sprawy – dziecko i ojca, który je urodził – do rzeczywistości prawa pisanego, zapominając o swoim podstawowym obowiązku, dbania o prawa człowieka³.

Kanwą do tych orzeczeń stała się tragiczna historia Konrada⁴.

2. STAN FAKTYCZNY

Konrad urodził się w kobiecym ciele. Rozpoznano u niego transseksualizm i przeszedł procedurę sądowego ustalenia płci męskiej, a następnie dokonał zmiany imienia na męskie. Równoległe poddał się procedurom medycznym celem dostosowania ciała do męskiego – wdrożył leczenie hormonalne oraz poddał się amputacji obu piersi. Nie dokonał jednak operacji usunięcia kobiecych narządów rodnych ze względu na brak środków finansowych.

Po upływie trzech lat od wydania wyroku ustalającego jego płeć jako męską, Konrad został zgwałcony, w wyniku czego zaszedł w ciążę i urodził dziecko. Postępowanie karne o zgwałcenie zostało umorzono z powodu braku jego wniosku o ściganie (w czasie czynu obowiązywały jeszcze przepisy karne stanowiące, iż przestępstwo z art. 197 § 1 k.k. jest ścigane na wniosek). Niezależnie od tego faktu, dane gwałciela pozostawały nieznanne.

Urzędnik Stanu Cywilnego, któremu zgłoszono urodzenie dziecka przez Konrada, odmówił sporządzenia jego aktu urodzenia i złożył wniosek do właściwego miejscowo Sądu Rejonowego Wydział Rodzinny i Nieletnich o ustalenie treści aktu urodzenia. We wniosku wskazał, iż nie może samodzielnie tego aktu wypełnić, gdyż zgodnie z art. 61⁹ k.r.o. w akcie tym wskazuje się jako matkę kobietę, która urodziła dziecko, natomiast w przedmiotowym stanie faktycznym doszło do urodzenia dziecka przez osobę, która z punktu widzenia prawa jest mężczyzną.

Sąd Rejonowy przekazał sprawę jako trudną do rozstrzygnięcia Sądowi Okręgowemu. Sąd Okręgowy o toczącym postępowaniu powiadomił prokuratora, który przyłączył się do postępowania⁵. Ponadto do postępowania włączył się Rzecznik

³ Por. Rekomendacja Rady Europy Rec (2000)19 o roli prokuratora w systemie sprawiedliwości karnej z 6 października 2000 r.; Międzynarodowe Stowarzyszenie Prokuratorów, Standardy dotyczące odpowiedzialności zawodowej oraz Deklaracja podstawowych praw i obowiązków prokuratorów z 23 kwietnia 1999 r.; Konferencja Prokuratorów Generalnych Europy, 6sesja, Europejskie wytyczne na temat etyki i postępowania prokuratorów – „Wytyczne z Budapesztu” z 31 maja 2005 r.; Opinia nr 9 (2014) Rady Konsultacyjnej Prokuratorów Europejskich (CCPE) do przedłożenia Komitetowi Ministrów Rady Europy na temat europejskich standardów i zasad kształtujących status prokuratora z 17 grudnia 2014 (tzw. Karta rzymska).

⁴ Imię zmienione dla potrzeb artykułu.

⁵ Równocześnie prokurator wystąpił o wznowienie postępowania o ustalenie płci męskiej Konrada. Sąd skargę odrzucił z uwagi na upływ pięciu lat od wyroku. Prokurator zaskarżył

Praw Obywatelskich oraz organizacja pozarządowa Fundacja Instytutu na Rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris z siedzibą w Warszawie. Sąd Okręgowy wezwał do udziału w postępowaniu dziecko, którego aktu urodzenia sprawa dotyczyła, reprezentowane przez kuratora dla małoletniego ustanowionego przez właściwy miejscowo Sąd Rejonowy Wydział Rodzinny i Nieletnich.

3. STANOWISKA UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

Przed sądem kurator dziecka wskazywał, że Konrad powinien być wpisany do aktu urodzenia jako matka, gdyż jest faktycznie osobą, która dziecko urodziła. Mniej istotne według kuratora jest ustalenie, czy wpisane powinno być obecne imię męskie Konrada, czy jego wcześniejsze imię kobiece, Anna⁶. Poddawał też pod rozagę sądowi możliwość wznowienia postępowania o ustalenie płci Konrada.

Z kolei Konrad wnosił o wpisanie jego obecnych danych w akcie urodzenia jego dziecka jako ojca. Wskazywał, iż urodził swoje dziecko jako mężczyzna i powinno to mieć odzwierciedlenie w akcie urodzenia jego dziecka. Nadto wnosił o wpisanie jako dane matki imienia przez niego wskazanego (nota bene jego wcześniejszego imienia – Anna) i jego nazwiska rodowego. Wnosił także o umieszczenie w akcie urodzenia wzmianki dodatkowej o procedurze ustalenia jego płci i zmianie imienia. Według Konrada taki akt urodzenia respektowałby interesy zarówno jego (uznając go za ojca, którym we własnym odczuciu, pomimo faktu urodzenia, jest), jak i dziecka (zdejmując z niego ryzyko dyskryminacji i nierównego traktowania, które niósłby ze sobą inaczej sformułowany akt urodzenia).

Ponadto Konrad sprzeciwił się wznowieniu postępowania o ustalenie jego płci, wskazując, że od lat funkcjonuje w społeczeństwie jako mężczyzna, taka więc (ojcowska) wiąże go z dzieckiem i partnerką. Wznowienie tego postępowania naruszałoby jego prawo do tożsamości płciowej, a tym samym jego godność.

Rzecznik Praw Obywatelskich w całości poparł stanowisko Konrada. W uzasadnieniu podniósł przede wszystkim, że brak sporządzenia aktu urodzenia przez okres roku od narodzin dziecka narusza jego prawa wynikające wprost z Konwencji ONZ o Prawach Dziecka oraz z Konstytucji RP, w tym prawo do poszanowania godności, obywatelstwa, życia rodzinnego i prywatnego. W związku z tym wskazał na konieczność jak najszybszego sporządzenia przedmiotowego aktu urodzenia. Ponadto, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, wobec braku przepisów regulujących wprost podobną sytuację faktyczną, należy zastosować per analogia przepisy dotyczące przysposobienia przez jedną osobą lub sporządzania aktu urodzenia z nieznanego rodzica, w ten sposób, żeby otrzymać rozwiązanie jak najmniej dys-

to postanowienie, lecz po terminie, składając równocześnie wniosek o jego przywrócenie. Sąd oddalił wniosek o przywrócenie terminu, a skargę o wznowienie odrzucił, co prokurator zażalił. Sąd odwoławczy przychylił się do zażalenia prokuratora na przywrócenie terminu, a następnie uchylił postanowienie o odrzuceniu jego skargi na wznowienie postępowania. Na dzień przygotowywania artykułu postępowanie o ustalenie płci Konrada zostało wznowione i toczy się przed sądem I instancji.

⁶ Imię zmienione dla potrzeb artykułu.

kryminujące i stygmatyzujące dziecko. W uznaniu Rzecznika Praw Obywatelskich jedynym takim rozwiązaniem jest wpisanie obecnych danych Konrada jako ojca, z wzmianką dodatkową dotyczącą ustalenia jego płci i zmiany imienia, a jako dane matki – imienia podanego przez Konrada i jego nazwiska rodzowego (analogicznie jak to się czyni przy nieznanym ojcu).

Fundacja Instytutu na Rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris z siedzibą w Warszawie w swoim stanowisku wskazała trzy możliwe opcje:

1. wznowienie postępowania o ustalenie płci Konrada;
2. wytoczenie nowego powództwa o ustalenie płci Konrada jako żeńskiej;
3. sporządzenie aktu urodzenia dziecka z rodziców nieznanych, a następnie przysposobienie dziecka przez Konrada jako ojca adopcyjnego.

4. ORZECZENIE SĄDU I INSTANCJI

Sąd Okręgowy we Wrocławiu, w postanowieniu z dnia 24 września 2015 r., ustalił treść aktu urodzenia dziecka poprzez wpisanie jako danych ojca danych Konrada, jako danych matki nazwiska Konrada i imienia Anna, jako podanego przez ojca. Dodatkowo sąd umieścił w tym akcie urodzenia dwie wzmianki dodatkowe, pierwszą wskazującą na sądowe ustalenie płci Konrada jako męskiej i na zmianę przez niego imienia z żeńskiego na męskie, oraz drugą dotyczącą pochodzenia danych matki z woli ojca, przy czym zakazał ujawniania w skróconych odpisach aktu urodzenia dziecka faktu sądowego ustalenia płci męskiej Konrada i zmiany przez niego imienia.

Sąd Okręgowy całkowicie odrzucił sugestię sporządzenia aktu urodzenia dziecka z rodziców nieznanych, a następnie przysposobienie go przez Konrada. W przedmiotowej sprawie nie ma bowiem wątpliwości, co do biologicznego pochodzenia dziecka od Konrada, a przecież akta stanu cywilnego mają odpowiadać rzeczywistości, przynajmniej tak dalece jak to możliwe. W niniejszym wypadku nie można nie tylko mówić o nieznanym pochodzeniu dziecka, ale także o adekwatności instytucji przysposobienia – Konrad bowiem nie tylko dziecko urodził, ale także (na etapie wydania tego postanowienia) zajmował się nim i je wychowywał – podczas gdy idea przysposobienia jest przyjęcie jako swoje cudzego dziecka. Należy się w pełni zgodzić z sądem, że zastosowanie w tym wypadku instytucji aktu urodzenia z rodziców nieznanych, a następnie przysposobienia byłoby zmuszaniem Konrada i jego dziecka do sztucznego podporządkowania się normom prawnym, które nie przewidywały ich sytuacji rodzinnej, tylko po to, zapewnić sporządzenie aktu urodzenia przy literalnym zastosowaniu przepisów prawa, z pominięciem jego ducha i celu. Sąd Okręgowy wyraźnie stanął tu na godnym pełnej aprobaty stanowisku, że to prawo ma służyć ludziom, a nie ludzie prawu, i dlatego ten wniosek w pełni odrzucił.

Odnosząc się wprost do kwestii wpisania danych Konrada do aktu urodzenia jego dziecka, w uzasadnieniu swojego postanowienia sąd podkreślił, że zgodnie z art. 61⁹ k.r.o. jedyną, a jednocześnie konieczną i wystarczającą przesłanką do ustalenia macierzyństwa jest fakt urodzenia dziecka. Z drugiej jednak strony wskazał, iż zgodnie z tym przepisem dane matki powinny być danymi kobiety. W przedmiotowej sprawie, nie ulega wątpliwości, że dziecko urodził Konrad – choć

biologicznie zdolny to zajścia w ciążę, jej donoszenia i porodu – z punktu widzenia prawa mężczyzna. Zdaniem Sądu I instancji, fakt sądowego ustalenia, że Konrad jest mężczyzną, uniemożliwia wpisanie jego danych do aktu urodzenia jako matki.

Ponadto Sąd Okręgowy wyraźnie stanął na stanowisku, że wpisanie obecnych danych Konrada, a więc danych męskich, w akcie urodzenia w miejsce przeznaczone dla danych matki, będzie miało wpływ na całe życie dziecka i to wpływ prawnie niedopuszczalny, gdyż grożący jego stygmatyzacją, a wręcz dyskryminacją. Stąd, działając w imię dobra dziecka, która to zasada jest nadrzędna we wszystkich postępowaniach dotyczących dzieci, postanowił w inny sposób ujawnić jego stan cywilny i biologiczne pochodzenie. Według Sądu I instancji wpisanie danych Konrada jako ojca pozwoli, ujawniając prawdziwe pochodzenie biologiczne dziecka, z jednej strony zachować prawo dziecka do prywatności, z drugiej zaś uszanować potrzebę życia Konrada zgodnie z jego uznaną przez prawo tożsamością płciową⁷. Z tego samego powodu, uznając za istotne dla opisu pochodzenia biologicznego dziecka zamieszczenie wzmianek dodatkowych o sądowym ustaleniu płci męskiej Konrada i zmiany przez niego imienia z żeńskiego na męskie, zakazał umieszczenia tych wzmianek w skróconych odpisach aktu urodzenia dziecka. Sąd Okręgowy przyjął tutaj, skądinąd zupełnie słusznie, że ujawnianie treści tych wzmianek w każdym odpisie aktu urodzenia dziecka byłoby dla niego stygmatyzujące, w szczególności wobec urzędów państwowych czy instytucji religijnych, które odpisu takiego aktu wymagają. Konkluzja Sądu I instancji jest w tym zakresie całkowicie poprawna, gdyż umieszczanie tych wzmianek także w odpisach skróconych, całkowicie zaprzepaszczaloby efekt ochrony dobra dziecka, który chciał osiągnąć poprzez sformułowanie treści jego aktu urodzenia wskazującego dane osoby rodzającej jako dane ojca.

W uznaniu Sądu Okręgowego wpisaniu danych Konrada jako danych ojca nie sprzeciwiają się przepisy o ustaleniu ojcostwa. Kwestii tej Sąd I instancji jednak szerzej nie uzasadnił, wskazując jedynie, że k.r.o. warunkuje ustalenie ojcostwa od ustalenia macierzyństwa. Nie pochylił się jednak nad brakiem ustalenia macierzyństwa w przedmiotowym stanie faktycznym, podkreślił jedynie brak domniemania ojcostwa z małżeństwa (gdyż Konrad przed ustaleniem jego płci jako męskiej nie pozostawał w związku małżeńskim) oraz brak innych sposobów ustalenia ojcostwa (wobec pochodzenia dziecka z gwałtu dokonanego przez nieustalonego mężczyznę).

Słusznie podniósł Sąd Okręgowy, że na ustalenie treści aktu urodzenia dziecka nie ma wpływu ewentualne wznowienie postępowania o ustalenie płci Konrada. Co prawda, głównym argumentem użytym tutaj był fakt odmowy tego wznowienia, który miał miejsce na czas wydania przedmiotowego postanowienia, jednakże ponadto Sąd Okręgowy wskazał, że operacja dostosowująca organy rozrodcze do płci sądownie ustalonej nie jest warunkiem jej sądowego ustalenia, a wręcz przeciwnie – jest z reguły wykonywana po jej sądowym ustaleniu⁸, a Konrad zaniechał tej operacji jedynie z przyczyn finansowych. Na podstawie tych faktów Sąd Okręgowy

⁷ Analogicznie M. Boratyńska, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, *Prawo i Medycyna*, 2016, nr 4, s. 142–143.

⁸ Zresztą wymóg sterylizacji przed sądowym ustaleniem płci został uznany przez Trybunał w Strasburgu za sprzeczny z prawami człowieka, sprawa YY przeciwko Turcji z 10 marca 2015 r., nr skargi 14793/08.

zdaje się słusznie sugerować, choć nie pisze tego wprost, że sam fakt urodzenia dziecka pochodzącego z gwałtu nie mógłby stanowić przesłanki do zmiany treści wyroku dotyczącego ustalenia płci Konrada, a tym samym nawet w przypadku ewentualnego wznowienia postępowania w tym zakresie wyrok ten nie uległby zmianie, a więc nie miałby wpływu na treść aktu urodzenia jego dziecka.

Decydując się na wpisanie danych Konrada jako danych ojca dziecka, Sąd Okręgowy musiał rozstrzygnąć podstawę do wpisania danych matki. Przyjął w tym zakresie konieczność zastosowania przez analogię regulacji dotyczącej wpisywania danych ojca nieznanego. Stąd też wpisał jako nazwisko matki nazwisko Konrada, a jako jej imię – imię wskazane przez Konrada, co zostało opisane we wzmiance dodatkowej. To wyborem Konrada było, by jako imię matki dziecka wpisać jego uprzednie imię żeńskie, przyjmując analogię ze sposobu wypełniania aktu urodzenia z nieznanego ojca, Sąd Okręgowy nie miał żadnego wpływu na wybór imienia matki. Z pewnością nie było jego intencją sugerowanie, że dziecko pochodzi od jednej osoby, choć takie wrażenie z treści tego aktu osoby, które znały Konrada przed sądowym ustaleniem jego płci, mogłyby odnieść.

Mając na uwadze, ile miejsca w uzasadnieniu Sąd Okręgowy poświęcił tłumaczeniu kwestii stosowania analogii w odniesieniu do przyczyn wyboru sposobu wypełnienia danych matki w przedmiotowym akcie urodzenia, wobec braku istnienia przepisów, które mógłby w tym zakresie zastosować wprost, aż żal, że analogicznego rozumowania nie przeprowadził odnośnie do kwestii, dlaczego ustala ojcostwo bez uprzedniego ustalenia macierzyństwa. W tym zakresie brak też bowiem przepisów, na których mógł się wprost oprzeć, dlatego powinien był wyjaśnić, czemu stosuje analogię i do jakich przepisów. Sąd Okręgowy mógł wykorzystać tutaj argumentację Rzecznika Praw Obywatelskich, który wskazując wprost, że przepisy dotyczące aktu stanu cywilnego pozwalają na stosowanie fikcji prawnej, o ile ma to na celu zapobieżenie dyskryminacji i stygmatyzacji, sugerował zastosowanie danych kryjących na wzór sporządzania aktu urodzenia z nieznanymi rodziców, czy przede wszystkim – co było najlepszą analogią, nota bene zastosowaną przecież przez Sąd Okręgowy – sporządzania aktu urodzenia z nieznanego ojca. Trudno się oprzeć wrażeniu, że pomijając rozważania nad możliwością ustalenia ojcostwa bez ustalenia macierzyństwa, oraz przyczyn odejścia od stosowania tych przepisów wprost, Sąd Okręgowy dał sądowi II instancji przyczynę do zmiany tego postanowienia.

5. ZARZUTY APELACJI

Przedmiotowe postanowienie zostało zaskarżone przez prokuratora. W apelacji prokurator zarzucił naruszenie prawa procesowego w postaci ustalenia ojcostwa Konrada w postępowaniu nieprocesowym, podczas gdy takie ustalenie wymaga procesu; błąd w ustaleniach faktycznych w postaci ustalenia, że ojcem dziecka jest Konrad, podczas gdy z materiału dowodowego wynika, że ojciec dziecka (sprawca gwałtu na Konradzie) jest nieznanymi; oraz naruszenie prawa materialnego poprzez bezpodstawne zastosowanie analogii i wskazanie jako danych matki danych wska-

zanych przez ojca. Jednocześnie prokurator wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy do ponownego rozstrzygnięcia sądowi I instancji.

Prokurator przede wszystkim podniósł, że wpisanie Konrada jako ojca dziecka nie stanowiło stwierdzenia faktu, ale ustalenie więzów ojcostwa między nim a dzieckiem, co wyłącznie może nastąpić w ramach procesu o ustalenie ojcostwa. Zarzucił więc Sądowi Okręgowemu, iż przekroczył on swoje kompetencje przysługujące mu w postępowaniu nieprocesowym o ustalenie treści aktu urodzenia. Zarzut ten co prawda jest zarzutem czysto formalnym, jednakże w podtekście wskazuje on, że dziecka i Konrada nie wiąże więź między ojcem i dzieckiem, a więc nie może ona być zarejestrowana w treści aktu urodzenia, gdyż nie stanowi to faktu obiektywnego. Według prokuratora wpisanie danych Konrada w miejsce danych ojca tak naprawdę stanowiło przejaw nadania mu takiego statusu (co musi mieć miejsce w procesie), a nie opisu stanu faktycznego. Zresztą – według prokuratora – błędnie nadania mu tego statusu, gdyż przecież ojciec dziecka (gwałciiciel) pozostaje nieznanym.

W przeciwieństwie do orzeczenia sądu I instancji, prokurator w apelacji szeroko przedstawił zasadę, że matką może być tylko kobieta, a ojcem mężczyzna, i nie znalazł dla tej zasady wyjątków, co potwierdza orzecznictwo⁹. Na podstawie tej bezwyjątkowej zasady prokurator doszedł do narzucającego się wniosku, że jedyną możliwością jest wpisanie w miejsce danych matki w akcie urodzenia danych kobiety. Stąd podkreślił zasadność uzależnienia treści tego aktu od wznowienia postępowania o ustalenie płci Konrada, które było ówczesnie na etapie rozpatrywania zażalenia na odrzucenie skargi o wznowienie. Według prokuratora wznowienie tego postępowania dawało szansę, że w postępowaniu o ustalenie płci Konrada zapadnie wyrok stwierdzający, iż Konrad jest kobietą, co umożliwiłoby wpisanie do aktu urodzenia jego dziecka żeńskich danych matki¹⁰. Prokurator podkreślił, że jedynie tak sformułowany akt urodzenia odtwarzałby rzeczywistą więź rodzinną między Konradem i dzieckiem oraz gwarantowałby poszanowanie praw dziecka. Paradoksalnie, z tym ostatnim stwierdzeniem należy się zgodzić, pamiętając jednak, że takie rozwiązanie stanowiłoby całkowite zaprzeczenie praw Konrada.

Nadto prokurator nie zgodził się z wnioskiem Sądu Okręgowego, że fakt braku dochodzenia ojcostwa dziecka przez żadnego mężczyznę pozwala na wpisanie danych Konrada jako danych ojca. Wskazał bowiem, że pochodzenie dziecka z gwałtu nie wyłącza potencjalnej możliwości dochodzenia przez biologicznego ojca swoich praw ojcowskich, co prowadziłoby do zaprzeczenia ojcostwa Konrada.

⁹ Czego przejawem są choćby orzeczenia odmawiające transkrypcji brytyjskich aktów urodzenia dziecka zarejestrowanego jako urodzonego z dwóch kobiet, por. J. Gierak-Onoszek, *Polska cię nie chce, dziecko*, Polityka, 2015, nr 4.

¹⁰ Na marginesie należy się zgodzić z M. Boratyńską, że wystąpienie przez prokuratora o wznowienie tego postępowania było nadużyciem prawa procesowego. Konrad jest mężczyzną i nie zmienia tego faktu, że padł ofiarą gwałtu, z którego urodziło się dziecko. Nie wolno z jego moralnie poprawnego zachowania, że to dziecko urodził (choć miał uprawnienie do usunięcia ciąży), wysnuwać podstawy do podważenia wyroku uznającego jego płęć męską. Całkowicie ma rację M. Boratyńska, twierdząc, że przesłanką do podważenia takiego wyroku powinny być tylko przesłanki medyczne (nowe dowody, że dana osoba nie jest transseksualna), co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca; por. M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 150–151.

Ostatni zarzut, jaki przedstawił prokurator, odnosił się do niezasadności stosowania przez Sąd Okręgowy analogii w zakresie wypełnienia danych matki. Zresztą argumentacja prokuratora jest tutaj szersza – sprzeciwia się on w ogóle stosowaniu analogii w każdym zakresie przyjętego rozwiązania. Według prokuratora stan faktyczny jest prosty – wiadomo, kto urodził dziecko, a więc kto jest matką, oraz wiadomo, że ojciec jest nieznany. Należy więc przepisy w tym zakresie stosować wprost i nie ma potrzeby korzystania z żadnej analogii, bo nie ma żadnej luki w prawie, w szczególności jeśli poczeka się na przywrócenie Konradowi danych żeńskich w wyniku wznowienia postępowania o ustalenie płci. Charakterystyczne jest, że prokurator cały czas podkreśla prawa dziecka do ustalenia pochodzenia genetycznego zgodnie z prawdą oraz obowiązek wpisania w akcie urodzenia w miejscu danych matki danych żeńskich. Wynika z tego, że nie przyjmuje go wiadomości, iż nawet w przypadku ewentualnego wznowienia postępowania (co w końcu nastąpiło) sąd ponownie ustaliłby, iż Konrad jest płci męskiej, a tym samym dylemat, jak sporządzić akt urodzenia jego dziecka, by nie narazić go na dyskryminację, wcale by nie zniknął.

Na posiedzeniu przed sądem odwoławczym prokurator poparł apelację i złożył wniosek alternatywny o zmianę postanowienia sądu I instancji i oddalenie wniosku. Przedmiotowe stanowisko prokuratora było oczywiście absurdalne, gdyż literalnie oznaczało żądanie, by sąd odwoławczy po prostu odmówił ustalenia treści aktu urodzenia dziecka, co jest zarówno prawnie niemożliwe, jak i naruszające wszelkie prawa dziecka. Można się jedynie domyślać, że prokuratorowi nie tyle chodziło o oddalenie wniosku o ustalenie treści aktu urodzenia dziecka, co oddalenie wniosków Konrada (i Rzecznika Praw Obywatelskich) dotyczących sposobu ustalenia treści tego aktu. Jednakże w takim wypadku prokurator powinien wyraźnie wskazać, jaka według jego uznania treść aktu urodzenia powinna być ustalona. Takich propozycji prokurator jednak nie złożył, co jest o tyle interesujące, że nie wyraził w tym przedmiocie stanowiska także przed sądem I instancji, mimo zgłoszenia udziału w postępowaniu. Widać z tego wyraźnie, że prokurator nie był w stanie zaproponować rozwiązania przedmiotowej sytuacji tak, by zapewnić ochronę praworządności i praw człowieka (a więc i dziecka, i Konrada), na straży których w tym postępowaniu przecież stał.

Kurator dziecka przed sądem odwoławczym przychylił się do stanowiska prokuratora.

Z kolei Konrad wniósł o oddalenie apelacji prokuratora.

W odpowiedzi na apelację prokuratora Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o utrzymanie w mocy postanowienia Sądu Okręgowego. Stanowisko to poparł Rzecznik Praw Dziecka, który przystąpił do sprawy na etapie postępowania odwoławczego.

W swoim piśmie procesowym Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł, że wbrew twierdzeniom prokuratora w przedmiotowej sprawie nie chodzi o ustalenie pochodzenia dziecka (ojcostwa), gdyż nie ma wątpliwości co do tego, że Konrad jest rodzicem dziecka. Nota bene, Rzecznik Praw Obywatelskich słusznie podniósł, że Konrad zgodnie z polskimi przepisami nie mógłby ustalić swojego ojcostwa, gdyż dziecko nie pochodzi z małżeństwa, a on nie jest mężem matki; nie może

go uznać, gdyż to wymaga zgody matki, a dziecko z punktu widzenia prawa nie ma matki, skoro Konrad je urodził; nie może też wystąpić o zaprzeczenie ojcostwa a następnie o ustalenie swojego ojcostwa, skoro nie ustalono treści aktu urodzenia i nie ma czego zaprzeczać (pomijając już nawet kwestię, że nie mógłby mając na uwadze treść art. 85 § 1 k.r.o. wykazać, że obcował z matką, a sam fakt urodzenia dziecka chyba raczej dla sądu ustalającego ojcostwo nie byłby wystarczający, jeśli ten fakt jest przesłanką ustalenia macierzyństwa)¹¹.

Odnosząc się do argumentu prokuratora, że biologiczny ojciec może dochodzić swojego ojcostwa, Rzecznik Praw Obywatelskich słusznie wykazał, iż argument ten jest całkowicie chybiony, zarówno życiowo (gdyż nie zdarzają się przypadki, by gwałciciele dochodzili swoich praw i obowiązków ojcowskich, choćby po to, by ich sprawstwo nie zostało ujawnione), jak i prawnie (jako że możliwość podważenia treści aktu urodzenia, czy to przez zaprzeczenie ojcostwa lub macierzyństwa, czy też przez ustalenie ojcostwa czy uznanie dziecka, a przypadku dziecka zarejestrowanego jako pochodzącego z nieznanego ojca, w żadnym wypadku nie stanowi podstawy do odmowy sporządzenia aktu urodzenia zawierającego dane niezgodne z prawdą albo fikcyjne).

W uznaniu Rzecznika Praw Obywatelskich akt urodzenia w brzmieniu sporządzonym przez sąd I instancji w pełni odzwierciedla więzi genetyczne dziecka, a poprzez wzmiankę dodatkową o transpłciowości ojca daje mu pełną wiedzę o swoim pochodzeniu. Nadto Rzecznik Praw Obywatelskich wyraził aprobatę do zastosowania przez sąd I instancji analogii. Polski system prawny nie przewiduje bowiem sporządzenia aktu urodzenia dla dziecka urodzonego przez osobę transpłciową, a jednocześnie reguluje inne sytuacje, w których dla zapobieżenia dyskryminacji i stygmatyzacji dziecka wpisuje się do jego aktu urodzenia dane fikcyjne. Dlatego zasadnym jest przy braku regulacji wprost stosować właśnie te inne regulacje dla osiągnięcia tego samego celu – zapewnienia poszanowania dobra dziecka¹².

Dodatkowo Rzecznik Praw Obywatelskich sprzeciwiał się oczekiwaniu ze sporządzeniem aktu urodzenia na ewentualne wznowienie postępowania o ustalenie płci Konrada, wskazując zarówno na konieczność niezwłocznego sporządzenia aktu urodzenia, jak i na brak zależności pomiędzy jego treścią a orzeczeniem o ustaleniu płci Konrada, które co do zasady nie wpływa na treść aktu urodzenia dzieci osoby transpłciowej. Nadto, Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił, że paradoksalnie, nawet jeśli doszłoby do wznowienia tego postępowania i ustalenia, że Konrad jest płci żeńskiej, to nie będzie miało wpływu na treść aktu urodzenia dziecka ustalonego zgodnie z postanowieniem sądu I instancji, gdyż nawet przywrócenie Konradowi imienia Anna nie spowoduje konieczności zmiany tego aktu, gdyż zgodnie z życzeniem Konrada, takie właśnie imię (oraz właściwe nazwisko) widnieje w akcie urodzenia dziecka.

¹¹ Analogicznie M. Szeroczyńska, *Rodzicielstwo...*, *op. cit.*, s. 241–242; M. Szeroczyńska, A. Śledzińska-Simon, *Założenia zmian prawnych dotyczących osób transpłciowych w prawie polskim*, [w:] W. Dynarski, K. Śmiszek (red.), *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce. Raport z badań i propozycja zmian*, trans-fuzja, PTPA, Warszawa, 2013, s. 208 i n.

¹² Analogicznie, M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 149.

6. ORZECZENIE SĄDU II INSTANCJI

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu postanowieniem z dnia 7 marca 2016 r. zmienił postanowienie sądu I instancji w następujący sposób:

1. jako imię matki wpisano imię Konrad,
2. jako imię ojca wpisano imię Jakub¹³,
3. w akcie urodzenia umieszczono wzmiankę dodatkową, że nazwisko ojca jest nazwiskiem matki, a imię ojca zostało wskazane przez Sąd,
4. usunięto pozostałe wzmianki dodatkowe, w tym także o sądowym ustaleniu płci Konrada i zmianie jego imienia z żeńskiego na męskie.

W pozostałym zakresie aktu urodzenia pozostał bez zmian.

Sąd Apelacyjny ustalił dwa nowe fakty. Po pierwsze, po wydaniu orzeczenia przez sąd I instancji prokuratorowi został przywrócony termin na złożenie zażalenia na odrzucenie wniosku o wznowienie postępowania dotyczącego określenia płci Konrada oraz zostało uchylone postanowienie o odrzuceniu tego wniosku. Po drugie, Konrad przed sądem rodzinnym złożył oświadczenie o wyrażeniu zgody na przysposobienie jego dziecka w przyszłości bez wskazywania osoby przysposabiającego¹⁴.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że te właśnie owe dwa fakty, a w szczególności oddanie dziecka do adopcji przez Konrada, zaważyły o treści orzeczenia sądu odwoławczego.

Uznając apelację prokuratora za słuszną sąd II instancji podkreślił, że Sąd Okręgowy ustalił treść aktu urodzenia sprzecznie z dokonаныmi ustaleniami faktycznymi – ustalił bowiem dane osoby, która dziecko urodziła, a nie ujawnił ich w akcie urodzenia jako danych matki; natomiast ujawnił dane ojca, podczas gdy ojciec faktycznie pozostaje nieznanym. Według Sądu Apelacyjnego przy takich ustaleniach niedopuszczalne było przyjęcie fikcji, że nieznaną jest matka a znany jest ojciec.

Charakterystyczne jest, że w uzasadnieniu swojego orzeczenia sąd II instancji uznał – w ślad za prokuratorem – za naczelną zasadę ochronę interesu społecznego, w imię którego należy utrzymać spójny system prawa rodzinnego i ujawniać dane rodziców zgodnie z genetycznym pochodzeniem dziecka. Sąd II instancji podkreślając, iż interesem dziecka jest ujawnienie jego prawdziwego pochodzenia genetycznego, przeszedł bez zająknięcia do porządku dziennego nad tym, że w miejscu przeznaczonym dla danych matki będą widniały dane męskie. Nie pochylił się w ogóle nad kwestią napiętnowania dziecka tak brzmiącym aktem urodzenia, a tym samym uzasadnionym ryzykiem jego nierównego traktowania czy wręcz dyskryminacji. Da się tutaj wyraźnie wyczuć, że Sąd Apelacyjny uznał, iż oddanie dziecka do adopcji tzw. całkowitej i tak doprowadzi do sporządzenia dla niego nowego aktu

¹³ Imię zmienione dla potrzeb artykułu.

¹⁴ Trudno oprzeć się wrażeniu, że Konrad nie wytrzymał presji społecznej i walki o swoje ojcostwo. Najprawdopodobniej, gdyby przedmiotowy proces nie trwał tak długo i nie wiązał się z wznowieniem postępowania o ustalenie jego płci, Konrad by takiej decyzji nie podjął. Doprowadzenie Konrada do takiej decyzji przez działanie wymiaru sprawiedliwości jest niechlubnym skutkiem ubocznym tego postępowania, skutkiem, który na pewno nie ma wiele wspólnego z dobrem dziecka i ochroną jego prawa do prywatności i życia w rodzinie genetycznej.

urodzenia, z danymi rodziców adopcyjnych, bez możliwości ujawniania brzmienia pierwotnego aktu, tak więc w rzeczywistości i tak nie dojdzie do stygmatyzacji dziecka, gdyż będzie się ono posługiwało nowym „normalnym” aktem urodzenia. Taki sposób wnioskowania – choć całkowicie nieuprawniony i świadczący o traktowaniu przedmiotowym Konrada i jego dziecka – pozwolił Sądowi Apelacyjnemu wybrać zasadę porządku publicznego nad dobro dziecka, które przecież i tak – w domyśle „dzięki oddaniu go do adopcji” – zostanie zachowane. Sąd Apelacyjny poczuł się tym samym zwolniony z obowiązku chronienia interesu dziecka. Jeśli tworzony przez niego akt urodzenia i tak miałby być przejściowy, mógł się całkowicie poświęcić kreacji dokumentu jak najbardziej spójnego z obowiązującymi przepisami.

Oczywiście, stworzenie takiego dokumentu się Sądowi Apelacyjnemu nie udało, bo udać się nie mogło. Sąd II instancji wyszedł z założenia, że jedynym warunkiem ustalenia macierzyństwa jest fakt urodzenia dziecka, który to fakt również w jego ocenie determinuje treść aktu urodzenia, zobowiązując do wpisania jako danych matki danych osoby, która dziecko urodziła. Sąd pomija całkowitym milczeniem wymóg art. 61⁹ k.r.o., że matką może być tylko kobieta, a więc w akcie urodzenia w miejscu danych matki powinny znaleźć się dane żeńskie. Wręcz przeciwnie, Sąd Apelacyjny stwierdza wprost, że męskie imię Konrada nie stanowi żadnej przeszkody do wpisania go w miejscu danych matki.

Co więcej, Sąd Apelacyjny nie widzi żadnego problemu w tym, że wpisując w akcie urodzenia w miejscu danych matki dane Konrada, ustala, że matką jest osoba, która z prawnego punktu widzenia jest mężczyzną. Problemu tego nie widzi, gdyż dla sądu II instancji sądowe ustalenie męskiej płci Konrada jest w tym momencie nieistotne. Jak wprost pisze w uzasadnieniu – Konrad „biologicznie pozostał kobietą, albowiem nadal posiada narządy rodne kobiety, był zdolny do poczęcia dziecka, donoszenia ciąży i dziecko urodził”. Dla Sądu Apelacyjnego pomimo sądowego stwierdzenia płci męskiej Konrad pozostaje kobietą, a więc nie ma żadnych przeciwwskazań, by jego dane ujawnić jako dane matki – tj. kobiety, która dziecko urodziła.

Powyższe stwierdzenia Sądu Apelacyjnego z jednej strony całkowicie deprecjonuje orzeczenie o ustaleniu płci Konrada, z drugiej natomiast – co najważniejsze i najsmutniejsze w tym orzeczeniu – podważa tożsamość płciową Konrada, sprowadzając ją jedynie do czystej biologii w postaci posiadania organów rodnych żeńskich i zdolności płodzenia oraz rodzenia dzieci. To stwierdzenie jest nie tylko dla Konrada obraźliwe, ale narusza jego prawo podmiotowe w postaci prawa do tożsamości płciowej, którego istnienie obecnie nie jest przez nikogo podważane¹⁵. Nota bene, jakby to wnioskowanie Sądu Apelacyjnego zgeneralizować zgodnie z zasadami logiki zdaniowej, to dochodzi się do wniosku, że w jego uznaniu osoby, które nie posiadają żeńskich organów rodnych, są niezdolne do spłodzenia dziecka lub donoszenia ciąży, nie są kobietami. Duża liczba kobiet niezdolnych z różnych powodów do spłodzenia lub urodzenia dziecka, w tym także pozbawionych (cza-

¹⁵ A. Śledzińska-Simon, *Międzynarodowe standardy ochrony praw osób transpłciowych*, [w:] W. Dynarski, K. Śmiszek (red.), *op. cit.*, s. 80 i n. oraz podane tam akty prawne i orzecznictwo.

sami od urodzenia) organów rodnych, świadczy o niesłuszności tego typu wnioskowania, powodując, że należy ocenić je jako obraźliwe nie tylko wobec Konrada, ale także wobec wszystkich kobiet, sprowadzonych do biologicznej funkcji rozrodczej¹⁶.

Warto zresztą mieć świadomość, że to stwierdzenie sądu II instancji miało wprost wpływ na życie Konrada, który po wznowieniu postępowania o ustalenie jego płci, tak się obawiał, że Sąd Okręgowy podzieli biologiczną interpretację Sądu Apelacyjnego, iż za pożyczone pieniądze poddał się operacji rekonstrukcji narządów rodnych. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego odegrało więc wprost rolę przymusu psychicznego w życiu Konrada, co samo w sobie jest przecież niedopuszczalne mając na uwadze wskazane powyżej orzeczenie Trybunału w Strasburgu uznając wprost zmuszanie osób transpłciowych do pozbawienia się zdolności płodzenia jako warunku uznania ich płci psychicznej za naruszające prawo do prywatności¹⁷.

Co do danych ojca, Sąd Apelacyjny ustaliwszy, że pozostawał on nieznany, gdyż – jak stwierdził wprost – „matka dziecka nie ujawniła¹⁸ go a ojcostwo nie zostało ustalone w innym trybie”, odmówił wpisania imienia wskazanego przez Konrada (czyli jego imienia), gdyż wtedy dane obojga rodziców brzmiałyby tak samo i sugerowałyby, że dziecko pochodzi od jednej osoby. Z tego powodu sąd sam wybrał imię męskie, które zostało wpisane w tę rubrykę. W ten sposób został sporządzony w Polsce pierwszy akt urodzenia, w którym imiona obojga rodziców są tego samego rodzaju.

Słusznie natomiast Sąd Apelacyjny odmówił oczekiwania na rozstrzygnięcie kwestii wznowienia postępowania o uznanie płci Konrada, wskazując, iż brak sporządzenia do tej pory aktu urodzenia narusza prawa dziecka, w tym prawo do obywatelstwa i prywatności. Szkoda jedynie, że kwestię prawa do prywatności dostrzegł sąd odwoławczy jedynie w tym kontekście, zapominając o prawie dziecka do nieujawniania za każdym razem, gdy będzie się posługiwało aktem urodzenia lub dowodem tożsamości, faktu transseksualności rodzica.

7. WNIOSKI KOŃCOWE

Na wstępie w pełni zgodzić się należy ze stanowiskiem Rzecznika Praw Obywatelskich, a tym samym z orzeczeniami obu sądów, że brak sporządzenia aktu urodzenia dla dziecka przez ponad rok – jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie – narusza prawa dziecka do prywatności i obywatelstwa, wynikające z Konwencji Praw Dziecka, Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Konstytucji RP. Z powodu braku aktu urodzenia, dziecko przez wiele miesięcy nie miało nadanego numeru Pesel, a więc nie mogło również korzystać

¹⁶ Analogicznie M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 143–144.

¹⁷ Wyrok YY przeciwko Turcji; por. A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 80 i n.

¹⁸ Co niestety również było sformułowaniem obraźliwym w odniesieniu do Konrada, który przecież był ofiarą gwałtu. Poza tym, sformułowanie to było całkowicie zbędne, tym bardziej, że zgodnie z polskim prawem samo wskazanie ojca przez matkę nie powoduje wpisania go do aktu urodzenia dziecka, ale wymaga uznania przez niego dziecka albo sądowego ustalenia jego ojcostwa.

z ochrony zdrowia, zabezpieczenia społecznego i innych gwarantowanych mu uprawnień (np. opieki żłobkowej). Z uprawnień tych – takich jak becikowe czy urlop rodzicielski – nie mógł korzystać Konrad, gdyż nie był w stanie przedłożyć pracodawcy czy właściwemu urzędowi dowodu urodzenia dziecka, a tym bardziej wskazać, czy przysługują mu uprawnienia ojca czy matki, w polskim prawie związane z płcią, a nie z faktem urodzenia dziecka (co w przypadku chociażby rozróżnienia na urlop macierzyński i tacierzyński ma zasadnicze znaczenie). Tak więc już sama przewlekłość w przedmiotowym postępowaniu i brak rozstrzygnięć tymczasowych (np. nadanie numeru pesel bez sporządzenia aktu urodzenia) naruszyły prawa podmiotowe dziecka i Konrada¹⁹.

Analogicznie zgodzić należy się z Rzecznikiem Praw Obywatelskich, że sądowe uznanie męskiej płci Konrada zobowiązuje organy państwa do adekwatnego odzwierciedlenia jego płci w dokumentach urzędowych, w tym także w akcie urodzenia przez niego dziecka. Jeśli przyjmujemy istnienie prawa podmiotowego do tożsamości płciowej – a dowodem takiego stanowiska jest sądowe uznanie płci – to musimy być konsekwentni w całości urzędowego postępowania wobec danej osoby. Organy państwa nie mogą sobie wybierać, że i kiedy daną osobę będą traktować jako mężczyznę, a kiedy jako kobietę. Wpisanie przez Sąd Apelacyjny danych Konrada w miejsce przeznaczone dla danych matki w akcie urodzenia jego dziecka, świadczy właśnie o takiej wybiórczości i dowolności traktowania określenia płci, co zresztą przecież wyraźnie wskazał sąd w swoim uzasadnieniu, pisząc, że to cechy biologiczne (zdolność poczęcia i urodzenia dziecka), a nie status prawny (sądowe uznanie płci), przesadzają w tym wypadku o roli społecznej i prawnej Konrada. Po co więc uznajemy sądownie płeć, jeśli następnie te same sądy swojego konstytucyjnego przecież orzeczenia, a więc orzeczenia, którym są związane, nie respektują. Ta niekonsekwencja jednoznacznie naruszyła prawo Konrada do tożsamości płciowej, a co więcej – i co najważniejsze w przedmiotowej sytuacji – naruszyła prawo dziecka do prywatności i niedyskryminacji.

Można by się bowiem zgodzić na naruszenie praw Konrada, gdyby służyło to dobru jego dziecka. Gdyby mielibyśmy konflikt między prawami podmiotowymi tych dwóch osób, można byłoby ograniczyć prawa jednej z nich, wybierając jako istotniejszą ochronę praw drugiej. Niewątpliwie też prawa dziecka powinny przeważać, co również słusznie wskazał Rzecznik Praw Obywatelskich, jako zasadę zarówno Konwencji Praw Dziecka, jak i polskiego systemu prawnego. W przedmiotowym stanie faktycznym, jednakże do takiego konfliktu wcale nie doszło. Wręcz przeciwnie, interesy Konrada i jego dziecka były zbieżne – mimo odmiennego stanowiska kuratora dziecka, który zdaje się wcale nie reprezentował jego najlepiej pojętego dobra. Dla dziecka najlepszym rozwiązaniem było wskazanie w akcie urodzenia Konrada jako ojca. To z jednej strony wskazywałoby na więź biologiczną z prawdziwym rodzicem, a drugiej zabezpieczało dziecko przed stigmatyzacją i nierównym traktowaniem, na jakie z pewnością skazuje je w naszym społeczeństwie akt urodzenia, w którym imieniem matki jest imię męskie. Dzięki temu orzeczeniu dziecko będzie miało dowód osobisty, w którym każdy (a prze-

¹⁹ Analogicznie M. Boratyńska, *op. cit.*, s. 142.

cież okazujemy go bardzo często w różnych, także prywatnych sytuacjach) będzie widział, że jego matką jest mężczyzna, co zmusi je w przyszłości do stałego tłumaczenia transseksualności swojego rodzica (o ile nie zostanie przysposobione i nie otrzyma całkowicie nowego aktu urodzenia, co jednak jak wyraźnie wcześniej zostało zaznaczone, żadną miarą nie powinno wpływać na rozumowanie sądu). Już samo postawienie przed taką koniecznością narusza prawo do prywatności dziecka, pomijając nawet bardzo prawdopodobne negatywne, co najmniej prześmiewcze, jeśli nie pogardliwe, czy nawet agresywne, reakcje odbiorców (kolegów w szkole, nauczycielki, katechety, pracodawcy, lekarzy itd. itp.), którzy w naszym społeczeństwie nie są przystosowani do poszanowania i akceptacji inności²⁰. Sądowi Apelacyjnemu przy wydawaniu tak brzmiącego orzeczenia zabrakło nie tylko odwagi i woli oparcia się wprost na prawach człowieka wynikających z Konstytucji i prawa międzynarodowego, ale przede wszystkim zwykłej ludzkiej empatii. Zapomniał, że jego orzeczenia mają służyć ludziom, a nie formalnej literze prawa, której zachowanie przecież i tak w przedmiotowym wypadku było niemożliwe, ani nie spełniało celowościowej funkcji przepisów o aktach stanu cywilnego.

Oczywiście, orzeczenie Sądu Okręgowego nie było idealne. Nie mogło zresztą takie być ze względu na lukę prawną, praktycznie uniemożliwiającą zgodne z przepisami zarejestrowanie dziecka transojca (czego zresztą dowodzi również postanowienie Sądu Apelacyjnego, które przecież również nie jest zgodne z literą obowiązującego prawa). Pomysł, by zastosować przez analogię przepisy dotyczące rejestracji dziecka urodzone z nieznanego ojca, był dla dobra dziecka w tej konkretnej sytuacji najlepszym rozwiązaniem. Tylko bowiem akt zgodny z brzmieniem ustalonym przez Sąd Okręgowy, niezależnie od nieprzystawiania do obowiązujących przepisów, w pełni chronił interesy dziecka, szanował jego prywatność i godność oraz chronił przed stygmatyzacją i dyskryminacją, a także respektował prawa i godność Konrada. Szkoda jedynie, że Sąd Odwoławczy nie uzasadnił swojego wyboru w sposób bardziej przekonujący.

8. PROPOZYCJE DE LEGE FERENDA

Na zakończenie warto się zastanowić, jakie byłoby optymalne systemowe rozwiązanie takich sytuacji, gdyż nie można zakładać, że mieliśmy do czynienia z sytuacją, która nigdy się nie powtórzy.

Osobiście uważam, że najlepszym wyjściem z sytuacji – szanującym zarówno prawa dziecka, jak i prawa transseksualnego rodzica – byłoby odstępianie od stosowania określonych płciowo nazw rodziców. Można poprzestać na sformułowaniach rodzic 1, rodzic 2, tak jak czyni się to m.in. w Wielkiej Brytanii²¹. Paradoksalnie ułatwiłoby to życie nie tylko dzieciom osób transseksualnych, ale także dzieciom zrodzonym w związkach jednopłciowych, którym na dzień dzisiejszy polskie sądy odmawiają prawa do transkrypcji aktów urodzenia wystawionych za granicą, także

²⁰ Analogicznie *ibidem*, s. 149.

²¹ M. Szeroczyńska, A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 210–211.

im ograniczając prawo do obywatelstwa oraz szereg innych praw podmiotowych, których egzekwowanie związane jest z posiadaniem numeru pesel i dowodu osobistego.

Historia Konrada i jego dziecka jedynie utwierdza mnie w przekonaniu, że oznaczenie płci w aktach prawnych i dokumentach powinno zostać zniesione²², gdyż nie służy ono gwarantowaniu niczych uprawnień (które nie powinny być zróżnicowane za względu na płeć w imię zasady równego traktowania), a – jak przedmiotowa sprawa pokazuje – prowadzi wyłącznie do sporów doktrynalnych, w których ginie dobro osoby transpłciowej, jak i przede wszystkim dobro dziecka. Nie można bowiem zapominać – jak niestety uczynił to Sąd Apelacyjny – że przepisy (w szczególności natury rejestrowej, a do takiej należą kwestie aktów stanu cywilnego) mają być tak skonstruowane i stosowane, by służyć człowiekowi i szanować jego godność oraz wynikające z niej prawa podmiotowe; oraz że nie wolno niczyjej godności i praw podmiotowych naruszać, tylko po to, by „wcisnąć” go w nieprzystosowane do rzeczywistości normy ewidencyjne.

BIBLIOGRAFIA

- Boratyńska M., *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, Prawo i Medycyna, 2016, nr 4, s. 131–151.
- Dynarski W., Śmiszek K. (red.), *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce. Raport z badań i propozycja zmian*, trans-fuzja, PTPA, Warszawa 2013.
- Gierak-Onoszko J., *Polska cię nie chce, dziecko*, Polityka, 2015, nr 4.
- Szeroczyńska M., „Dzieci powstaną przeciw rodzicom” – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. w sprawie I CSK 146/13, *Prawa człowieka w orzecznictwie sądów polskich*, 29 kwietnia 2014 r., <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=301377d6f91551c76b-deceb505896fd2d31b918e-d3> [dostęp: 1.03.2017].
- Szeroczyńska M., *Procedura zmiany płci metrykalnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, *Studia Prawnicze*, 2009, nr 1–2, s. 238–282.
- Szeroczyńska M., *Rodzicielstwo prawne w wypadkach medycznie wspomaganey prokreacji – między genetyką, fizjologią a wolą posiadania dziecka*, *Przegląd Filozoficzny. Nowa seria*, 2009, nr 2, s. 217–250.

²² M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany płci metrykalnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, *Studia Prawnicze*, 2009, nr 1–2, s. 279–280; M. Szeroczyńska, A. Sledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 186.

MIĘDZY DOBREM DZIECKA A LITERĄ PRAWA – USTALENIE TREŚCI
AKTU URODZENIA DZIECKA URODZONEGO PRZEZ TRANS-OJCA.
ROZWAŻANIA NA TLE POSTANOWIENIA SĄDU APELACYJNEGO
WE WROCŁAWIU Z DNIA 7 MARCA 2016 R., SYGN. I ACA 1830/15

Streszczenie

Artykuł omawia postanowienia Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu wydane w pierwszej w Polsce sprawie sporządzenia aktu urodzenia dziecka przez osobę będącą z prawnego punktu widzenia mężczyzną. Autorka wskazuje na nieprzystosowanie obowiązujących w Polsce przepisów prawa rodzinnego do sytuacji prawnej transpłciowych ojców. Wykazuje również, jak trzymanie się literalnie takich niedostosowanych do realiów przepisów, prowadzi do naruszenia praw podmiotowych, zarówno dziecka, jak i transpłciowego ojca, co ma znaczenie nie tylko doktrynalne, ale przede wszystkim – co w przedmiotowej sprawie widać bardzo silnie – wywiera bezpośredni wpływ na decyzje ludzkie, a wręcz ich życie.

Słowa kluczowe: transpłciowość, rodzic prawny, ustalenie treści aktu urodzenia

BETWEEN THE CHILD'S INTEREST AND THE LETTER OF LAW
– HOW TO ESTABLISH THE CONTENT OF THE BIRTH RECORD
OF A CHILD BORN BY A TRANS-FATHER.
THE DECISION OF THE COURT OF APPEAL IN WROCŁAW,
THE 7TH MARCH 2016, I ACA 1830/15

Summary

This paper discusses the decisions of the District Court and the Court of Appeal in Wrocław issued in the first in Poland case concerning the birth of a child by a legal man. The author points out the inadequacy of the Polish family law provisions to the legal situation of transgender fathers. The paper also demonstrates how a literal use of such unadapted rules leads to the violation of human rights, both of the child and of the transgender father, which have a direct effect on the lives of interested persons.

Key words: transgender father, the legal parenthood, the content of the birth record

PRZEGLĄD UCHWAŁ IZBY KARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO W ZAKRESIE PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO ZA 2016 R.

RYSZARD A. STEFAŃSKI*

KODEKS KARNY

1. SPOCZYWANIE BIEGU PRZEDAWNIENTA (ART. 104 § 1 K.K.)

W myśl art. 104 § 1 k.k. przedawnienie nie biegnie, jeżeli przepis ustawy nie pozwala na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego, z wyjątkiem braku wniosku albo oskarżenia prywatnego. Chodzi o przeszkody natury prawnej wynikające z samej ustawy, które nie pozwalają na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego, a nie przeszkody natury faktycznej, np. choroba sprawcy lub niemożność jego ujęcia¹. Spoczywanie biegu przedawnienia powodują, m.in. tzw. immunitety formalne. Polegają one na tym, że osobę korzystającą z takiego immunitetu można pociągnąć do odpowiedzialności karnego po uzyskaniu zgody lub zezwolenia uprawnionego organu, np. posła za zgodą Sejmu (art. 105 ust. 1 Konstytucji RP), sędziego – za zezwoleniem sądu dyscyplinarnego (art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych²).

Dla wstrzymania biegu tego terminu istotne znaczenie ma ustalenie momentu, od którego ono następuje. W kwestii tej wstąpiły rozbieżności zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Zarysowały się cztery stanowiska, a mianowicie, że spoczywanie biegu przedawnienia następuje:

1) z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia odmawiającego takiej zgody³.

Wskazuje się, że spoczywanie biegu przedawnienia we wcześniejszym okre-

* prof. dr hab., Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie

¹ Postanowienie SN z dnia 24 listopada 2016 r., II KK 296/16, Prok.i Pr.-wkł. 2017, nr 1, poz. 3.

² Dz.U. z 2016 r., poz. 2062 ze zm.

³ Uchwała SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, OSNKW 2007, z. 11, poz. 84 z głosami krytycznymi R. Kmiecika, PiP 2008, nr 7, s. 130–135, K. Marszała, WPP 2008, nr 3, s. 111–118,

sie mogłoby doprowadzić do tego, że okres przedawnienia mógłby znacznie przekroczyć nawet najdłuższe terminy przedawnienia, ustanowione w kodeksie karnym. Zachodziłoby także w sytuacji, gdy jeszcze sprawca nie powoływał się na istnienie immunitetu formalnego i nawet nie przewidywano możliwości powołania się przez niego na posiadanie immunitetu w przyszłości. Spoczywanie biegu przedawnienia zależałoby od okoliczności czysto abstrakcyjnej, a nie realnej przeszkody prawnej. Stwarzałoby to stan permanentnej niepewności co do statusu prawnego określonej grupy podmiotów i byłoby nie do pogodzenia z założeniami aksjologicznymi kodeksu karnego;

- 2) z momentem skierowania do właściwego organu wniosku o wyrażenie zgody lub zezwolenia na pociągnięcie osoby korzystającej z immunitetu formalnego do odpowiedzialności karnej⁴;
- 3) od popełnienia przestępstwa, jeżeli jego sprawca posiadał w tym czasie immunitet⁵; dopiero wówczas, gdy sąd dyscyplinarny udzieli zezwolenia na ściganie, termin przedawnienia rozpoczyna swój bieg lub biegnie dalej, a spoczywanie ustaje;

częściowo krytyczną W. Wróbla, PiP 2008, nr 7, s. 135–140; postanowienie SN z dnia 10 stycznia 2008 r., SNO 84/07, OSNSD 2008, poz. 1; wyrok SN z dnia 10 czerwca 2008 r., SNO 40/08, OSNSD 2008, poz. 59; W. Michalski, *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 121; W. Koziół, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 58; A. Wąsek [w:] O Górniok, M. Kalitowski, S. M. Przyjmeski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2005, s. 745.

⁴ Postanowienia SN z dnia 18 lutego 2015 r., V KK 296/14, OSNKW 2015, z. 6, poz. 52 z glosami częściowo krytyczną M. Kulika, PiP 2016, nr 10, s. 141–146; aprobującą J. Kosonogi, Ius Novum 2015, nr 4, s. 145–153; K. Marszał, *Problemy spoczywania terminów przedawnienia karalności*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Z. Świdy*, Warszawa 2009, s. 329; B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009, s. 222–223; B. Janusz-Pohl, *Spoczywanie biegu terminu przedawnienia karalności a ochrona immunitetowa*, PS 2010, nr 2, s. 79 i n.

⁵ R. Kmiecik, Glosa do uchwały SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, PiP 2008, nr 7, s. 133–135; R. Kmiecik, „Spoczywanie” przedawnienia karalności przestępstw, PiP 2010, nr 9, s. 11; R. Kmiecik, *Przedawnienie karalności*, [w:] M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, Warszawa 2015, s. 870–871; M. Kulik, *Początek okresu spoczywania biegu terminu przedawnienia karalności w związku ze względny immunitetem procesowym na przykładzie sędziowskiego immunitetu formalnego*, WPP 2012, nr 4, s. 191–192; M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015, s. 465 i n.; M. Kulik, *Wpływ bierności oskarżyciela publicznego i organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze na bieg terminu przedawnienia karalności*, [w:] B. Dudzik, J. Kosowski, I. Nowikowski (red.), *Zasada legalizmu w systemie kontynentalnym i angielskim*, Warszawa 2013, s. 340; L. Peiper, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1936, s. 213; S. Śliwiński, *Prawo karne*, Warszawa 1946, s. 534; K. Marszał, *Spoczywanie terminu przedawnienia*, RPEiS 1966, nr 2, s. 88; K. Marszał, *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 181–182, s. 192; I. Andrejew [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 355; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965, s. 135; M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 291; W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe – zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 2000, s. 154–155; J. Grajewski (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 158; T.W. Michalski, *Immunitety...*, s. 121; M. Leciak [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 609.

4) z chwilą uzyskania statusu osoby podejrzanej, a więc wraz z pojawieniem się przesłanki zatrzymania, tymczasowego aresztowania lub skierowania postępowania przeciwko osobie, której przysługuje immunitet⁶.

Problemem tym zajął się Sąd Najwyższy na wniosek Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, który przedstawił do rozstrzygnięcia występujące w orzecznictwie Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa i postawił pytanie: „Czy wstrzymanie biegu terminu przedawnienia karalności (art. 104 § 1 k.k.) następuje z momentem skierowania do sądu dyscyplinarnego wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego lub prokuratora do odpowiedzialności karnej, czy też dopiero z momentem uprawnomocnienia się uchwały odmawiającej takiego zezwolenia?”

Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 14/15 (OSNKW 2016 nr 4, poz. 22) wyjaśnił, że: **Wstrzymanie biegu terminu przedawnienia karalności (art. 104 § 1 k.k.) następuje z dniem skierowania do sądu dyscyplinarnego wniosku o zezwolenie na pociągnięcie sędziego albo prokuratora do odpowiedzialności karnej.** Pogląd ten spotkał się z pozytywną oceną w literaturze, ale został wzbogacony dodatkową argumentacją⁷, mimo że budzi uzasadnione zastrzeżenia.

W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, że terminy przedawnienia są takie same w stosunku do wszystkich podmiotów podlegających odpowiedzialności karnej, a ich zróżnicowanie ustawowe wyznacza tylko zagrożenie karą określone dla danego typu przestępstwa (art. 101 § 1–4 k.k.). Przeszkodę do prowadzenia postępowania stanowi m.in. immunitet formalny, bowiem pełnienie przez daną osobę funkcji publicznej, z którą związany jest taki immunitet, uniemożliwia pociągnięcie teje osoby do odpowiedzialności karnej, chyba że uprawniony organ wyrazi zgodę lub zezwoli na to w konkretnej sprawie. Zdaniem tego organu immunitet nie stanowi przeszkody do prowadzenia postępowania w fazie *in rem*, a w związku z tym w żaden sposób nie stanowi przeszkody procesowej, zatem nie ma argumentów, które usprawiedliwiłyby spoczywanie biegu przedawnienia w tej fazie postępowania. Powstaje ona dopiero w momencie, w którym zgromadzone w sprawie dowody uzasadniają podejrzenie, że osoba objęta immunitetem popełniła przestępstwo, z czym wiąże się konieczność przedstawienia jej zarzutów. W tym momencie jest konieczne wystąpienie z wnioskiem o wyrażenie zgody lub udzielenie zezwolenia na pociągnięcie osoby korzystającej z immunitetu do odpowiedzialności karnej. Złożenie zaś wniosku jest równoznaczne z urzeczywistnieniem przeszkody prawnej, o której mowa w art. 104 § 1 k.k. Istnieje ona do chwili wydania prawomocnego orzeczenia o wyrażeniu zgody lub zezwoleniu na pociągnięcie takiej osoby do odpowiedzialności karnej.

⁶ K. Sychta, *Okres spoczywania biegu terminu przedawnienia karalności przestępstw popełnionych przez osoby chronione względny immunitetem procesowym*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kniecika*, Warszawa 2011, s. 181–183.

⁷ A. Górski, K. Michalak, *Spoczywanie biegu przedawnienia a ochrona immunitetowa. Rozważania na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, [w:] B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa prof. E. Zielińskiej*, Warszawa 2016, s. 107–108. A. Górski, *Głosa do tej uchwały*, LEX/el. 2016.

Pogląd ten nie jest trafny. Nie można się zgodzić z twierdzeniem, że immunitet nie stanowi przeszkody do prowadzenia postępowania w fazie *in rem*. Pozostaje ono w sprzeczności z art. 17 § 2 k.p.k., który ogranicza zakres podejmowanych czynności niecierpiących zwłoki w celu zabezpieczenia śladów i dowodów, a także czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy zezwolenie będzie wydane. Oznacza to, że nie można wykonywać wszystkich czynności, koniecznych do podjęcia w śledztwie lub dochodzeniu, a są one limitowane wymogiem, by były niecierpiącymi zwłoki lub zmierzały do wyjaśnienia podstawy do wystąpienia z wnioskiem.

Takie określenie tego terminu uzależnia *de facto* początek terminu spoczywania od organu uprawnionego do złożenia wniosku o wyrażenie zgody lub zezwolenia, bowiem nie jest wymagane bezzwłoczne wystąpienie z nim przez oskarżyciela publicznego.

Trafnie podkreślano w doktrynie, że nie stosuje się przepisów o spoczywaniu przedawnienia „w okresie wyjednywania potrzebnego zezwolenia właściwej władzy”⁸. Ponadto decyzja uprawnionego organu od wyrażenia zgody lub zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej jest najważniejszym elementem postępowania w przedmiocie zezwolenia na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej⁹. Wydanie orzeczenia o niewyrażeniu zgody lub niezezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby korzystającej z immunitetu jest potwierdzeniem przez uprawniony organ, że istnieje przeszkoda prawna w postaci immunitetu, a mając na uwadze skutki, jakie przewiduje art. 104 § 1 k.k., jest to istotna okoliczność.

2. ZAKRES ZASADY REPRESJI WSZECHŚWIATOWEJ (ART. 113 K.K.)

Wyrażona w art. 113 k.k. zasada represji wszechświatowej¹⁰ dopuszcza stosowanie ustawy polskiej, niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa, do obywatela polskiego oraz cudzoziemca, którego nie postanowiono wydać, w razie popełnienia przez niego za granicą przestępstwa, do którego ścigania Rzeczpospolita Polska jest zobowiązana na mocy umowy międzynarodowej, lub przestępstwa określonego w Rzymskim Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzonym w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r.¹¹

Na tle tego przepisu powstał problem, czy ma on zastosowanie do przestępstw stypizowanych art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii¹² polegających na przemyśle oraz obrocie znacznej ilości środków odurzających wyłącznie poza granicami Polski. Wątpliwość co do tego wynika z faktu, że w treści art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii nastąpiło odesłanie tylko do przepisów tejże ustawy, co mogło sugerować, że możliwe jest jego stosowanie tylko do czynów popełnionych na terytorium Polski.

⁸ L. Peiper, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 213.

⁹ Uchwała SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, OSNKW 2007, nr 11, poz. 84.

¹⁰ Z. Kukuła, Kilka uwag na temat zasady represji wszechświatowej, WPP 2011, nr 1, s. 3–18.

¹¹ Dz.U. z 2003 r., poz. 708.

¹² Dz.U. z 2017 r., poz. 783 ze zm.

Sąd Najwyższy na gruncie nieobowiązującej ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii stwierdził, że „Miejscem popełnienia czynu określonego w art. 43 ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2003 r. Nr 24, poz. 198 ze zm.) może być także terytorium państwa obcego. Znamię „wbrew przepisom ustawy” należy w takiej sytuacji rozumieć jako dotyczące przepisów ustawy obowiązującej w miejscu popełnienia czynu.”¹³.

Natomiast na tle aktualnej ustawy w judykaturze są sprzeczne wypowiedzi. Twierdzi się, że:

- „Analiza znamion czynu z art. 55 ust. 1 ustawy z 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii dowodzi wprost, że miejscem popełnienia tego przestępstwa może być zarówno terytorium RP, jak i terytorium innego państwa”¹⁴.
- „Skazanie oskarżonego za czyn z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy popełniony poza terytorium Polski wymusza obowiązek ścigania obrotu narkotykami wynikający z ratyfikowania przez Polskę konwencji międzynarodowych – w szczególności Konwencji o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi, sporządzonej w Wiedniu w dniu 20 grudnia 1988 r., ratyfikowanej w 1995 r. (Dz.U. Nr 15, poz. 69) – art. 113 k.k.”¹⁵.

W literaturze i judykaturze jest prezentowany pogląd, że miejscem popełnienia przestępstwa z art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii może być tylko terytorium RP¹⁶, a więc nie stanowi przestępstwa dopuszczenie się takiego czynu poza granicami Polski, chociaż zajmowane jest stanowisko odmienne¹⁷.

Rozstrzygając tę kwestię Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 stycznia 2016 r. – I KZP 11/15 (OSNKW 2016, Nr 3, poz. 18) zasadnie uznał, że: **Do przestępstw z art. 56 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. Nr 179 poz. 1485) popełnionych przez sprawcę, który działa wyłącznie poza granicami Polski ma zastosowanie art. 113 k.k.**

W uzasadnieniu organ ten trafnie podkreślił, że na zasadzie represji wszechświatowej postępowanie może się toczyć przed polskim sądem w wypadku gdy:

- przestępstwo zostało popełnione poza granicami Polski;
- sprawcą jest obywatel polski lub cudzoziemiec, którego nie postanowiono wydać;

¹³ Uchwała SN z dnia 21 maja 2004 r., I KZP 42/03, z glosami krytycznymi S. Kosmowskiego, PS 2005, nr 7–8, s. 265, aprobującą M. Bojarskiego, OSP 2005, nr 1, poz. 7, i aprobującymi uwagami R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004*, WPP 2005, nr 1, s. 121–126; A. Barczak-Oplustil, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych*, CzPKiNP 2004, nr 2, s. 199.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 20 października 2011 r., III KK 120/11, LEX nr 1101661.

¹⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 czerwca 2013 r., II AKa 170/13, LEX nr 1409347.

¹⁶ K. Łuczak, A. Muszyńska, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 504–505; T. Srogosz, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 394; P. Kładocznny, B. Wilamowska, P. Kubaszewski, *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, Warszawa 2013, s. 59–61; wyrok SA w Katowicach z dnia 20 grudnia 2012 r., II AKa 409/12, LEX nr 1246644; wyrok SA w Warszawie z dnia 4 września 2013 r., II AKa 251/13, LEX nr 1372473.

¹⁷ P. Żak, *Odpowiedzialność karna za przemyt narkotyków poza obszarem Unii Europejskiej*, Prok. i Pr. 2014, nr 4, s. 72–81.

- przestępstwo należy do tych, do których ścigania Polska jest zobowiązana na mocy umów międzynarodowych, lub zostało wymienione w Statucie Rzymskim Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Nie jest wymagana tzw. podwójna przestępność czynu. Nie budzi wątpliwości, że czyn określony w art. 56 ust. 1 i 3 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest tzw. przestępstwem konwencyjnym. Jest wynikiem realizacji zobowiązań wynikających z ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską:

- jednolitej konwencji o środkach odurzających, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 30 marca 1961 r.¹⁸, nakładającej na strony konwencji obowiązek podjęcia kroków, które zapewnią, by m.in. oferowanie, oferowanie do sprzedaży, rozpowszechnianie, kupno, sprzedaż, dostarczanie na jakichkolwiek warunkach, pośredniczenie w zakresie środków odurzających, sprzeczne z postanowieniami konwencji, i wszelkie inne czynności, które w przekonaniu danej Strony mogą być w sprzeczności z postanowieniami konwencji, były uznane za przestępstwa karalne, gdy popełniane są umyślnie, i aby poważne przestępstwa podlegały odpowiedniej karze, a w szczególności karze więzienia lub innej karze pozbawienia wolności (art. 36 ust. 1). Nadto każde z przestępstw wyszczególnionych wyżej ma być uważane za przestępstwo odrębne, jeśli zostało popełnione w różnych krajach oraz wyżej wymienione poważne przestępstwa, niezależnie od tego, czy zostały popełnione przez obywateli własnego kraju czy przez cudzoziemców, mają być ścigane przez państwo, na której terytorium przestępstwo zostało dokonane lub przez państwo, na której terytorium przestępca zostanie zatrzymany, jeżeli wydanie nie może być dokonane ze względu na ustawodawstwo państwa, do którego wniosek o wydanie został skierowany, i jeśli taki przestępca nie był już uprzednio sądzony i wyrok nie został wydany (art. 36 ust. 2). Powyższe postanowienie nie narusza zasady, że przestępstwa w nim wymienione będą określane, ścigane i karane zgodnie z prawem krajowym (art. 36 ust. 4).
- konwencji o substancjach psychotropowych, sporządzonej w Wiedniu dnia 21 lutego 1971 r.¹⁹;
- konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzonej w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r.²⁰, w myśl której państwo strona konwencji ma podjąć środki, jakie okażą się niezbędne, w celu ustalenia za przestępcze, w myśl jej prawa krajowego, czynności, jeśli zostały one dokonane umyślnie: polegające na oferowaniu, proponowaniu sprzedaży, rozprowadzaniu, sprzedawaniu, dostarczaniu na wszelkiego rodzaju warunkach, pośredniczeniu każdego środka odurzającego bądź każdej substancji psychotropowej, dokonywane niezgodnie z postanowieniami Konwencji z 1961 r. z późniejszymi zmianami bądź Konwencji z 1971 r. (art. 3 ust. 1).

¹⁸ Dz.U. z 1966 r. Nr 45, poz. 277 ze zm.

¹⁹ Dz.U. z 1976 r. Nr 31, poz. 180.

²⁰ Dz.U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69.

Przepisy tych konwencji zobowiązują państwa-strony nie tylko do kryminalizacji określonych czynów, m.in. polegających na obrocie narkotykami, lecz również do uznania ich za przestępstwa ekstradycyjne.

3. PODOBIENSTWO PRZESTĘPSTW (ART. 115 § 3 K.K.)

W literaturze i orzecznictwie problematyce podobieństwa poświęcono wiele miejsc, lecz mimo to ciągle pewne kwestie stwarzają trudności w praktyce. Jeden z takich problemów został przedstawiony do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, a mianowicie, czy przestępstwami należącymi do tego samego rodzaju są przestępstwa godzące w takie samo dobro prawne czy także przestępstwa godzące w różne dobra prawne i jakie kryteria są rozstrzygające dla oceny, że dwa nieidentyczne dobra prawne są dobrami jednorodzajowymi. Konkretnie chodziło o ustalenie, czy przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. jest podobne do przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. Co do tej kwestii Sąd Najwyższy wypowiedział się już wcześniej, prezentując pogląd, że: „Przestępstwo uporczywego uchylania się od łożenia na utrzymanie osób uprawnionych (art. 209 § 1 k.k.) nie zawsze jest przestępstwem podobnym do przestępstwa znęcania się nad osobą najbliższą lub pozostającą w stosunku zależności od sprawcy, albo małoletnią lub nieporadną w rozumieniu art. 207 k.k.”²¹. Wskazywał, że za przestępstwa podobne ustawa uznaje między innymi te z nich, które są skierowane przeciwko temu samemu dobru chronionemu prawem; z punktu widzenia dobra rodziny, pojmowanego jako przedmiot ochrony prawnej, zarówno znęcanie się nad rodziną (art. 207 § 1 k.k.) jak i niealimentacja (art. 209 §§ 1 k.k.) w równym stopniu godzą w duchowe i materialne podstawy rodziny, zagrażając jej prawidłowemu funkcjonowaniu oraz bezpieczeństwu jej członków²².

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15 (OSNKW 2016, nr 3, poz. 19) uznał, że:

- 1. Kwestia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. nie może być oceniana w perspektywie abstrakcyjnej – jako „podobieństwo” typów czynów zabronionych – ale wyłącznie w perspektywie konkretnej. Przedmiotem oceny są więc konkretne czyny realizujące znamiona typów czynów zabronionych. Trzeba przy tym mieć na uwadze fakt, że dany typ czynu zabronionego może chronić różne dobra prawne i dopiero ocena konkretnego zachowania pozwala na ustalenie, które z chronionych dóbr zostało przez ten czyn naruszone, bądź zagrożone.**
- 2. W przypadku popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 209 § 1 k.k. przez jednego z rodziców, na którym ciąży obowiązek alimentacyjny na rzecz małoletniego dziecka, dobrem prawnym w ten sposób naruszonym jest zarówno sam stosunek opieki, jak też prawidłowe funkcjonowanie rodziny.**

²¹ Postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 2001 r., V KKN 47/01, z głosem aprobusującym A. Wąska, OSP 2002, nr 3, poz. 43.

²² Postanowienie SN z 6 listopada 1997 r. II KKN 277/96, Prok. i Pr. – wkł. 1998, nr 6, poz. 3.

Jest to pogląd słuszny i zasadnie spotkał się z aprobatą w piśmiennictwie²³. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że spełnione jest kryterium „podobieństwa” przez przestępstwa godzące w identyczne co do tożsamości dobra prawne²⁴. Ponadto zauważył, że kwestia podobieństwa przestępstw w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. nie może być oceniana w perspektywie abstrakcyjnej – jako „podobieństwo” typów czynów zabronionych – ale wyłącznie w perspektywie konkretnej. Przedmiotem oceny są konkretne czyny realizujące znamiona typów czynów zabronionych, a dany typ czynu zabronionego może chronić różne dobra prawne i dopiero ocena konkretnego zachowania pozwala na ustalenie, które z chronionych dóbr zostało przez ten czyn naruszone albo zagrożone. Konieczne jest przy tym dokładne określenie charakteru tych dóbr prawnych oraz relacji, w jakiej pozostają ze sobą. Podkreślał to już wcześniej Sąd Najwyższy, wywodząc, że podobieństwo przestępstw należy ustalać i oceniać w sposób konkretny, a nie abstrakcyjny²⁵. Chodzi o podobieństwo przestępstw, a nie podobieństwo typów czynów zabronionych²⁶.

Przestępstwa z art. 207 § 1 i art. 209 § 1 k.k. skierowane są przeciwko rodzinie. W związku z tym – zdaniem Sądu Najwyższego – jedną z podstawowych relacji konstytuujących pojęcie „rodzina” są stosunki między rodzicami i dziećmi. Istotnym elementem tej relacji jest obowiązek opieki, jaki ciąży na rodzicach względem małoletnich dzieci. Naruszenie tego obowiązku stanowi jednocześnie naruszenie prawidłowego funkcjonowania rodziny. W związku z tym w przypadku popełnie-

²³ M. Małecki, Głosa do tego postanowienia, OSP 2017, nr 3, poz. 30.

²⁴ A. Wąsek, Głosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2001 r., V KKN 47/01, OSP 2002, nr 3, s. 164–165; P. Daniluk, Głosa do postanowienia SN z dnia 23 maja 2013 r., IV KK 68/13, OSP 2014, nr 5, s. 637–643; P. Daniluk [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 670–672; D. Pleńska, *Przedmiotowe podobieństwo przestępstw*, NP 1971, nr 10, s. 1415–1424; D. Pleńska, *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 111–132; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju*, NP 1962, nr 7–8, s. 1023–1029; A. Rybak, *Kontrowersje wokół przestępstwa podobnego*, RPEiS 1999, nr 2, s. 71–91; A. Kabat, *Przestępstwa podobne w ujęciu Kodeksu karnego*, NP 1970, nr 11, s. 1580–1590; A. Kabat, *Tożsamość rodzajowa przestępstw i jej krytyka w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Pal. 1967, nr 12, s. 44–53; A. Zoll, *Przestępstwa podobne*, PiP 1974, nr 3, s. 76–87; W. Grzeszczyk, *Pojęcie przestępstwa podobnego w Kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 147–151; J. Giezek [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 457; J. Majewski [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016, s. 961; M. Siwek, Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2003 r., II AKa 214/03, Lex/el. 2011; S. Tarapata, *Kontrowersje wokół wyznaczenia granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r.* (sygn. I KZP 15/09), CzPKiNP 2012, nr 1, s. 91 i n.; R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2015, s. 769; A. Sakowicz [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2015, s. 290; R. Hałas [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 733; T. Bojarski [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016; G. Łabuda [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 457; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 310.

²⁵ Postanowienie SN z dnia 6 listopada 1997 r., II KKN 277/96, Prok. i Pr. – wkł. 1998, nr 6, poz. 3; postanowieniu z dnia 20 kwietnia 2001 r., V KKN 47/01, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 54.

²⁶ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 201; D. Pleńska, *Przedmiotowe podobieństwo...*, s. 1415; A. Zoll, *Przestępstwa podobne...*, s. 80; P. Kozłowska, Głosa do wyroku SN z 6 października 1995 r. II KRN 114/95, Prok. i Pr. 1997, nr 12, s. 73; A. Rybak, *Kontrowersje...*, s. 76–77; W. Grzeszczyk, *Pojęcie przestępstwa podobnego...*, s. 148.

nia czynu zabronionego, opisanego w art. 209 § 1 k.k., przez jednego z rodziców, na którym ciąży obowiązek alimentacyjny na rzecz małoletniego dziecka, dobrem prawnym w ten sposób naruszonym jest zarówno sam stosunek opieki, jak też prawidłowe funkcjonowanie rodziny. Kontynuując te rozważania Sąd Najwyższy zauważył, że z punktu widzenia dobra prawnego, jakim jest „rodzina” oraz „stosunek opieki”, nie można traktować tych terminów w sposób rozłączny. Sprawowanie bowiem opieki jest jednym z elementów składowych relacji społecznych składających się na pojęcie rodziny. Określone zachowania stanowiące realizację znamion przestępstw zawartych w rozdziale XXVI k.k. mogą naruszać jednocześnie obowiązek opieki oraz prawidłowe funkcjonowanie rodziny, z tym, że niekiedy obowiązek opieki nie wynika z relacji rodzinnych, a wówczas czyn realizujący znamiona przestępstwa z art. 209 § 1 k.k., choć narusza dobro prawne w postaci „stosunku opieki” nie godzi w dobro prawne, jakim jest „rodzina”. W związku z tym uznał, że przestępstwo z art. 207 § 1 k.k. polegające na znęcaniu się nad żoną oskarżonego, jest skierowane przeciwko rodzinie; w wyraźny sposób narusza funkcjonowanie relacji małżeńskich i rodzinnych. Zgodnie z art. 23 k.r.o. małżonkowie są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Obowiązek poszanowania małżonka nie ma charakteru jedynie moralnego, ale ściśle normatywny, kreujący określony zespół praw i obowiązków, które mogą być prawnie chronione, ale także egzekwowane²⁷. Rację ma Sąd Najwyższy, że „O zaliczeniu dwóch albo większej liczby przestępstw do „tego samego rodzaju” decydują dobra prawne, przeciwko którym przestępstwa te były wymierzone. Jednorodzajowymi są przestępstwa wymierzone przeciwko dobrom prawnym tego samego rodzaju, niekoniecznie dobrom identycznym”²⁸.

4. OSOBA POZOSTAJĄCA WE WSPÓLNYM POŻYCIU (ART. 115 § 11 K.K.)

Osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. jest m.in. „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Wykładnia tego zwrotu nie jest jednolita zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze, a rozbieżność dotyczy przede wszystkim tego, czy mogą pozostawać we wspólnym pożyciu także osoby tej samej płci. Przyjmuje się, że wspólne pożycie obejmuje:

- pozbawiony formalnego węzła małżeńskiego związek osób odmiennej płci, cechujący się istnieniem więzi psychicznej, fizycznej i gospodarczej²⁹;

²⁷ Wyrok SN z dnia 25 sierpnia 1982 r., III CRN 182/82, LEX nr 8448.

²⁸ Postanowienie SN z dnia 23 maja 2013 r., IV KK 68/13, OSNKW 2013, z. 9, poz. 77.

²⁹ S. Zimoch, *Osoba najbliższa w prawie karnym*, NP 1971, nr 9, s. 1303; Z. Czeszejko, *Kilka uwag na temat pojęcia „faktycznego wspólnego pożycia” w prawie karnym*, Pal. 1972, nr 3, s. 51; J. Stańda, *Stanowisko świadka w polskim procesie karnym*, Warszawa 1976, s. 99; W. Wolter [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 377; A. Szlęzak, *Głosa do wyroku SN z dnia 31 marca 1988 r.*, I KR 50/88, OSPiKA 1989, nr 4, s. 205; E. Skrętowicz [w:] J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Gdańsk 1996, s. 144; M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 1987, s. 361; Z. Doda, A. Gaberle, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Dowody*

- osoby, które – niezależnie od ich płci i wieku – razem ze sobą żyją, co zakłada prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego oraz określoną więź psychiczną³⁰;

w procesie karnym, Warszawa 1995, s. 215 i n.; R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), t. I, Warszawa 2003, s. 819–820; R.A. Stefański, *Prawo odmowy zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1998, nr 7–8, s. 118; P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 38; A. Wąsek [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalinowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 841; J. Mętel, *Prawo do odmowy zeznań w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2001*, t. VIII, s. 177; O. Górniok [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 428–429; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, s. 206; A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, s. 634; A. Zoll [w:] K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 508; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011, s. 1011; M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) D. Świecki, t. I, Warszawa 2013, s. 591; R. Zawłocki [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. II, Warszawa 2015, s. 780, wyrok SN z dnia 5 września 1973 r., IV KR 197/73, Lex nr 63773; wyrok SN z dnia 15 października 1975 r., V KR 93/75, Lex nr 63538; wyrok SN z dnia 12 listopada 1975 r., V KR 203/75, OSP 1976, nr 10, poz. 187 z uwagami M. Cieślaka, Z. Dody, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1976 r.)*, Pał. 1976, nr 12, s. 61 oraz A. Kafarskiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania karnego za rok 1976 (część pierwsza)*, NP 1978, nr 2, s. 277–278; wyrok SN z dnia 13 sierpnia 1987 r., II KR 187/87, OSNKW 1988, Nr 1, poz. 11; wyrok SN z dnia 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 71; wyrok SN z dnia 9 listopada 1990 r., WR 203/90, OSP 1991, Nr 9, poz. 205 z głosem L. Steckiego, OSP 1991, nr 9, poz. 205 oraz uwagami Z. Dody, J. Grajewskiego, *Węzłowe problemy postępowania karnego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (lata 1995–1996)*, PS 1996, nr 5, s. 29 i n.; wyrok SN z dnia 3 marca 2015 r., IV KO 1/15, Biul. PK 2015, nr 3, s. 59–63 z głosem aprobującą A. Skowrona, LEX/el. 2015; postanowienia SN z dnia 4 lutego 2010 r., V KK 296/09, OSNKW 2010, Nr 6, poz. 51; postanowienia SN 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, Lex nr 121668; postanowienia SN 27 maja 2003 r., IV KK 63/03, Lex nr 80281 wyrok SA w Krakowie z dnia 11 grudnia 1997 r., II AKA 226/97, KZS 1998, Nr 2, poz. 26; wyrok SA w Lublinie z dnia 30 grudnia 1997 r., II AKA 51/97, Apelacja Lubelska 1998, Nr 1, poz. 7; wyrok SA w Warszawie z dnia 5 grudnia 1995 r., II AKR 459/95, OSA 1996, Nr 4, poz. 15; wyrok SA w Szczecinie z dnia 21 grudnia 2006 r., II AKA 157/06, Lex nr 283401; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 marca 2007 r., II AKA 24/07, KZS 2007, nr 7–8, s. 109; wyrok SA w Krakowie z dnia 27 czerwca 2002 r., II AKA 135/02, KZS 2002, nr 7–8, s. 52.

³⁰ Wyrok SN z dnia 21 marca 2013 r., III KK 268/12, Lex nr 1311768; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 206; M. Jachimowicz, *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, Prokurator 2007, nr 1, s. 72; R. Krajewski, *Osoba najbliższa w prawie karnym*, PS 2009, nr 3, s. 112–113, A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 316–317; I. Haýduk-Hawrylak, S. Szotucha, *Wybrane zagadnienia prawa do odmowy składania zeznań*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 1009–1010; A. Siostrzonek-Sergiel, *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, PiP 2011, nr 4, s. 82; J. Giezek [w:] *Kodeks karny...*, s. 705; J. Piórkowska-Flieger [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 266–268; P. Rogoziński, *Dopuszczalność i zakres badania przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania*, Ius Novum 2014, nr 1, s. 121; P. Daniluk, *Wspólne pożycie jako pojęcie karnoprawne*, Prok. i Pr. 2015, nr 6, s. 5 i n.; P. Daniluk [w:] *Kodeks karny...*, s. 690; V. Konarska-Wrzosek [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 916; R.A. Stefański, *Znaczenie związku partnerskiego osób tej samej płci w prawie i procesie karnym*, [w:] T. Gardocka, D. Jagiełło, P. Herbowski (red.), *Zamęt w wymiarze sprawiedliwości karnej*, Warszawa 2016, s. 145–157; T. Oczkowski [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 587; D. Gruszecka [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Warszawa 2016, s. 401.

- poza oczywistym domniemaniem wynikającym z instytucji małżeństwa, osoby nie-związane węzłem małżeństwa, o ile połączone są więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą, jak też osoby, pomiędzy którymi z racji wspólnego długotrwałego życia i przyjęcia określonego modelu tego życia, doszło do zawiązania relacji tożsamyh z najbliższymi relacjami rodzinnymi, o których mowa w art. 115 § 11 k.k., np. relacji występujących pomiędzy rodzicami i dziećmi, bądź pomiędzy rodzeństwem³¹.

Sąd Najwyższy w uchwale składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15 (OSNKW 2016, nr 3, poz. 19) wyjaśnił, że: **Zawarty w art. 115 § 11 k.k. zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe). Ustalenie istnienia takiej relacji, tj. „pozostawania we wspólnym pożyciu”, jest możliwe także wtedy, gdy brak określonego rodzaju więzi jest obiektywnie usprawiedliwiony. Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.**

Pogląd ten jest trafny i wsparty szeroką oraz pogłębioną argumentacją. Spotkał się w literaturze w większości z aprobatą³², ale też są głosy krytyczne³³.

Argumentem ograniczającym zakres wspólnego pożycia do stosunków zachodzących między osobami tej samej płci jest treść art. 18 Konstytucji, który stanowi, że „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny (...) znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Wywodzi się, że z przepisu tego wynika, że związkiem takim jak małżeństwo, ale bez istniejącego węzła prawnego zwane konkubinatem, czyli wyłącznie związek kobiety i mężczyzny³⁴.

Nie jest to argument oczywisty. Trafnie zauważył Trybunał Konstytucyjny że „jedyny element normatywny, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie heteroseksualności małżeństwa”³⁵ i przepis ten nakazuje podejmowanie przez państwo takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami³⁶. Na gruncie prawa karnego nie ma żadnych widocznych racji, aby twierdzić, iż takie zróżnicowanie w zależności od płci jest celowe i uzasadnione³⁷. Zgodzić trzeba się z twierdzeniem, że art. 18 nie stoi na przeszkodzie legalizacji zarówno związków heteroseksualnych, jak i jedнопłciowych, jednak w innej formie niż małżeństwo, gdyż żeby nie można było dokonać legalizacji związków partnerskich musiałyby być one wyraźnie zabronione przez przepis Konstytucji³⁸.

³¹ Postanowienie SN z dnia 4 marca 2015 r., IV KO 98/14, OSNKW 2015, nr 8, poz. 67.

³² Zob. aprobujące głosy do tej uchwały P. Daniluka, Pal. 2017, nr 1–2, s. 156–161; M. Popiela, M. Tokarskiej, Pal. 2017, nr 1–2, s. 170–173; A. Skowrona, LEX/el. 2016, J. Nowak, OSP 2017, nr 4, poz. 32; D. Chorażewicz, T. Snarski, GSP-Prz.Orz. 2016, nr 3, s. 82–92; R.A. Stefański, *Znaczenie związku partnerskiego...*, s. 156.

³³ Zob. krytyczną głosę do tej uchwały J. Kędzierskiego, Pal. 2017, nr 1–2, s. 162–169.

³⁴ J. Izydorzyc, *Rozbieżność orzecznictwa – czy próba zmiany prawa*, Pal. 2016, nr 1–2, s. 157.

³⁵ Wyrok TK z dnia 9 listopada 2010 r., SK 10/08, OTK-A 2010, nr 9, poz. 99.

³⁶ Wyrok TK z 18 maja 2005 r., K 16/04, OTK ZU 2005, nr 5A, poz. 51.

³⁷ A. Siostrzonek-Sergiel, *Partnerzy...*, s. 79–82.

³⁸ R. Piotrowski, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Przegład Sejmowy 2012, nr 4, s. 187.

Nie przekonuje też twierdzenie, że związki partnerskie są niezgodne z konstytucyjną wartością ochrony rodziny, w tym jej trwałości, stanowiącej istotny element polityki prorodzinnej państwa ze względu na większą łatwość w jego nawiązywaniu i rozwiązywaniu, na traktowaniu go jako swoistego związku na próbę, co może czynić go bardziej atrakcyjnym od tradycyjnego związku małżeńskiego w dobie pewnego kryzysu instytucji małżeństwa i rodziny, a przez to jeszcze bardziej deprecjonować małżeństwo i jego znaczenie społeczne³⁹. Słusznie w doktrynie zauważa się, że z art. 1 Konstytucji, który stanowi, że „Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”, z którego wynika, że organy władzy publicznej nie mogą ignorować potrzeb obywateli, a ich zadaniem jest rola służebna wobec obywatela⁴⁰. W związku z tym organy władzy publicznej są zobowiązane do podejmowania odpowiednich działań legislacyjnych⁴¹. Z art. 1 Konstytucji wynika nakaz, by państwo nie ignorowało potrzeb obywateli i działało na rzecz poprawy ich sytuacji życiowej i ich nie dyskryminowało z jakichkolwiek powodów w ramach wykonywania przez nie zadań publicznych. Państwo ma obowiązek troszczenia się również o osoby homoseksualne, nawet jeżeli są one znacznie mniej liczne niż osoby heteroseksualne. Powinno dążyć do realizacji różnego rodzaju potrzeb tych osób, w tym potrzeby możliwości zawierania sformalizowanych związków⁴². Państwo demokratyczne jest obowiązane respektować prawa i wolności człowieka i obywatela, w tym praw i wolności grup społecznych o słabszej pozycji w państwie⁴³.

Dodatkowy argument mający przemawiać za ograniczeniem wspólnego pożycia do osób odmiennej płci, jest wywodzony z zakazu stosowania wykładni rozszerzającej art. 115 § 11 k.k. w kontekście art. 182 § 1 k.p.k., gdyż ten ostatni przepis ma charakter wyjątkowy⁴⁴. Jest ono tyle nietrafny, że objęcie zakresem pojęcia wspólne pożycie osób tej samej płci wcale nie świadczy o dokonaniu wykładni rozszerzającej, gdyż do takiego nie prowadzi – o czym niżej – wykładnia językowa. Nie sposób zgodzić się z argumentem, że w języku polskim pojęcie „wspólne pożycie” zawsze oznaczało więź istniejącą między kobietą i mężczyzną⁴⁵. Rzeczywiście przez wiele lat uważano, że wspólne pożycie dotyczy wyłącznie osób odmiennej płci, lecz należy mieć na uwadze zachodzą zmiany w polskim społeczeństwie, w którym nastąpiła wyraźna ewolucja poglądów co do oceny związków homoseksualnych.

Za tym poglądem nie przemawia też akcentowanie w znaczeniu językowym pożycia obcowania fizycznego dwojga ludzi, co wiąże się z odbywaniem stosunków, a te mogą mieć miejsce tylko między kobietą i mężczyzną⁴⁶.

³⁹ D. Dudek, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Przegład Sejmowy 2012, nr 4, s. 175.

⁴⁰ M. Grzybowski, *Zasada suwerenności narodu*, [w:] M. Grzybowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Białystok 2009, s. 74; Z. Witkowski, *Wybrane zasady ustroju Rzeczypospolitej*, [w:] Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2011, s. 81.

⁴¹ R. Piotrowski, *Opinia...*, s. 187–188.

⁴² *Ibidem*, s. 192.

⁴³ *Ibidem*, s. 186; P. Tuleja, *Demokracja*, [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009, s. 136–137; T. Litwin, *Instytucja związków partnerskich...*, s. 179.

⁴⁴ J. Izydorczyk, *Rozbieżność...*, s. 157.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ M. Derlatka, *Wspólne pożycie a prawo do odmowy zeznań*, Pal. 2016, nr 1–2, s. 159–160.

Słusznie zauważył Sąd Najwyższy w omawianej uchwale, że na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wspólne pożycie małżonków polega na duchowej (emocjonalnej), fizycznej (seksualnej) oraz gospodarczej (prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego) więzi, stanowiącej cel małżeństwa i umożliwiającej realizację jego podstawowych zadań⁴⁷.

Za objęciem zakresem wspólnego pożycia związku osób odmiennej płci przemawia przede wszystkim wykładnia językowa. W języku polskim słowo „pożycie” oznacza „1. obcowanie, przestawanie ze sobą ludzi, których łączy związek rodzinny, jakiś rodzaj więzi emocjonalnej lub wspólne miejsce zamieszkania (...) 2. fizyczne, seksualne obcowanie dwojga ludzi”⁴⁸, „pożycie” to nie tylko przestawanie, obcowanie, wspólne życie z kimś, ale również obcowanie fizyczne dwojga ludzi, zwłaszcza w małżeństwie⁴⁹. Zasadnie podkreśla się, że w świetle językowych dyrektyw interpretacyjnych, brak jest podstaw do twierdzenia, iż wspólne pożycie łączyć może wyłącznie osoby odmiennej płci⁵⁰. Poza tym istnienie trwałych związków faktycznych osób tej samej płci jest faktem społecznym, którego nie sposób ignorować na płaszczyźnie jurydycznej⁵¹.

Słusznie zauważa się, że z art. 115 § 11 k.k. nie wynika, by miał zastosowanie jedynie do związków heteroseksualnych. Przepis ten w ogóle nie dotyczy problematyki płci osób zainteresowanych, tym samym pozwalając na przyznanie prawa do odmowy składania zeznań również parom homoseksualnym, jeśli tylko łącząca ich więź stanowi wspólne pożycie⁵².

Trafnie w omawianej uchwale Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że w art. 115 § 11 k.k. brak jest dookreślenia, które wskazywałby na to, że obejmuje tylko relacje osób różnej płci (związek heteroseksualny). Zwrot „we wspólnym pożyciu” nie jest dookreślony przymiotnikiem „małżeńskim”, a w związku z tym zgodnie z dyrek-

⁴⁷ Uchwała SN z dnia 28 maja 1955 r., I CO 5/56, OSNCK 1955, nr 3, poz. 46; uchwała SN z dnia 28 maja 1973 r., III CZP 26/73, OSNCP 1974, nr 4, poz. 65; wyrok SN z dnia 14 grudnia 1984 r., III CRN 272/84, OSNCP 1985, nr 9, poz. 135; wyrok SN 27 września 1997 r., II CKN 329/97, Lex nr 12227829; wyrok SN z dnia 22 października 1999 r., III CKN 396/98, Lex nr 1217913; S. Breyer, S. Gross [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1966, s. 62; J.S. Piątkowski [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego. Część pierwsza*, Warszawa 1985, s. 232–233; S. Grzybowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1980, s. 70; J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1996, s. 80–81; J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Pietrzykowski, J. Winiarz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1990, s. 121–122; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 86; A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011, s. 62; T. Sokołowski [w:] M. Andrzejewski, H. Dolecki, J. Haberko, A. Lutkiewicz-Rucińska, A. Olejniczak, T. Sokołowski, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2013, s. 95; J. Gajda [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 211; W. Borysiuk [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014, s. 221–222.

⁴⁸ *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny*, H. Zgółkowa (red.), t. 32, Poznań 2001, s. 124.

⁴⁹ S. Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, t. III, s. 828; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1999, t. II, s. 855.

⁵⁰ J. Majewski [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012, s. 1394–1396; I. Haładuk-Hawrylak, S. Szolucha, *Wybrane zagadnienia prawa do odmowy...*, s. 1007.

⁵¹ A. Siostrzonek-Sergieje, *Partnerzy...*, s. 73 i n.

⁵² B. Rodak, Glosa do wyroku EIPC z dnia 3 kwietnia 2012 r., 42857/05, LEX/el. 2012.

tywą *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* takiego rozróżnienia nie można wprowadzać w drodze interpretacji.

Nie bez znaczenia są też – co sygnalizowano wyżej – zmiany, jakie zachodzą w świadomości społecznej. Związki nieformalne przybierają coraz to nowe formy wraz zmieniającymi się realiami życia⁵³. Występują też rejestrowane związki osób tej samej płci⁵⁴. Rozwój społeczeństw wskazuje na ewolucję poglądów na temat związków partnerskich osób tej samej płci. W rozwoju historycznym następowała stopniowa depenalizacja intymnych kontaktów osób tej samej płci i przyzwalano na życie w wybrany sposób pod warunkiem nieafiszowania się oraz akceptowano tego typu związki oraz powoli integrowano je w system pokrewieństwa i system prawa. Wraz ze zmniejszaniem się oporów społecznych, następował proces pełnego zrównywania praw związków osób tej samej płci i heteroseksualnych małżeństw, poprzez wprowadzenie możliwości zarejestrowania związku dla osób homoseksualnych jako pełnoprawnego małżeństwa⁵⁵. W niektórych państwach dopuszczone są małżeństwa osób tej samej płci, np. w Holandii (2001 r.) Belgii (2003 r.), Hiszpanii (2005 r.), Norwegii (2009 r.), Szwecji (2009 r.), Islandii (2010 r.), Portugalii (2010 r.).

5. OCHRONA PRAWNOKARNA LEKARZA (ART. 226 § 1 K.K.)

Zgodnie z art. 44 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry⁵⁶ lekarzowi, który wykonuje czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej lub w przypadku udzielania pomocy lekarskiej w przypadku, gdy zwłoka w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, oraz w innych przypadkach niecierpiących zwłoki, przysługuje ochrona prawna należna funkcjonariuszowi publicznemu. Ochrona taka przysługuje także lekarzowi udzielającemu pierwszej pomocy, kwalifikowanej pierwszej pomocy oraz podejmującej medyczne czynności ratunkowe (art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym⁵⁷).

Na tych regulacji powstała wątpliwość, czy z ochrony tej korzysta lekarz, który pełni dyżur w szpitalnym oddziale ratunkowym jako członek załogi karetki pogotowia ratunkowego, oczekując na wezwanie do wyjazdu.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r., I KZP 24/15 (OSNKW 2016, Nr 7, poz. 4) trafnie uznał, że: **Ochrona prawna należna funkcjonariuszowi publicznemu przyznana lekarzowi w art. 44 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz.U. z 2015 r., poz. 464, oraz w art. 5 ustawy z dnia 8 września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycz-**

⁵³ F. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011, s. 17.

⁵⁴ P. Szukalski, *Rejestrowane związki osób tej samej płci we współczesnej Europie, Dysfunkcje Rodziny. Roczniki Socjologii Rodziny UAM*, t. XXI, Poznań 2011, s. 169.

⁵⁵ P. Szukalski, *Rejestrowane...*, s. 169–183. Zob. też J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014.

⁵⁶ Dz.U. z 2017 r., poz. 125 ze zm.

⁵⁷ Dz.U. z 2016 r., poz. 1868 ze zm.

nym, Dz.U. z 2013 r., poz. 757 ze zm., nie obejmuje sytuacji innych, niż udzielanie pomocy doraźnej (a więc udzielanie pierwszej pomocy i podejmowanie medycznych czynności ratunkowych) lub pomocy lekarskiej wtedy, gdy zwłoką w jej udzieleniu mogłaby spowodować niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała albo ciężkiego rozstroju zdrowia oraz w innych wypadkach niecierpiących zwłoki. Za wykonywanie czynności w tym zakresie uznać trzeba także działanie zmierzające bezpośrednio do ich udzielenia od chwili odebrania zindywidualizowanego wezwania do ich udzielenia albo od chwili podjęcia przez lekarza stosownych działań z własnej inicjatywy. Ta ochrona prawna nie obejmuje okresu pełnienia przez lekarza dyżuru w szpitalnym oddziale ratunkowym, jeśli polega on tylko na oczekiwaniu na wezwanie do wyjazdu załogi karetki pogotowia ratunkowego.

Uzasadniając ten pogląd Sąd Najwyższy wskazał, że zakres ochrony lekarza przewidziany art. 44 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry i art. 5 ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym, został ściśle ograniczony do dokonywania określonych czynności.

Chodzi o sytuacje, w których lekarz rzeczywiście i w danym momencie świadczy pomoc doraźną lub wykonuje obowiązki określone w art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Ponadto do znamion przestępstwa z art. 226 § 1 k.k. należy dopuszczenie znieważenia „podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”. Wprawdzie nie oznacza to absolutnej korelacji czasowej znieważenia lekarza oraz wykonywania przez lekarza czynności pomocy doraźnej lub czynności, o których stanowi art. 30 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, ale obejmować może również sytuacje, w których czynności te już się zaktualizowały lub w najbliższym czasie zaktualizują⁵⁸. Mając na uwadze na ratio legis objęcia lekarza ochroną prawną należną funkcjonariuszowi publicznemu, uznał, że brak jest podstaw do rozszerzania granic tej ochrony, nawet przy uwzględnieniu wyjątkowej wagi czynności lekarza ratownictwa medycznego.

6. PRZEDMIOT OCHRONY PRZEPISU OKREŚLAJĄCEGO PRZESTĘPSTWO FAŁSZERSTWA MATERIALNEGO (ART. 270 § 1 K.K.)

Sąd Najwyższy, rozważając status procesowy osoby, której podpis został podrobiony na deklaracji podatkowej, odniósł się także do przedmiotu ochrony art. 270 § 1 k.k.

Organ ten w postanowieniu z dnia 24 sierpnia 2016 r., I KZP 5/16 (OSNKW 2016, Nr 10, poz. 66) uznał, że: **Bezpośrednim przedmiotem ochrony unormowania art. 270 § 1 k.k. jest zaufanie do dokumentu – jako formalnego sposobu stwierdzenia istnienia prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mogącej mieć znaczenie prawne, nie zaś samo to prawo, czy stosunek prawny, z którym konkretny podmiot łączy swój własny interes. Interes ten więc – o ile w ogóle – ulega narusze-**

⁵⁸ Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r. P 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 121 oraz wyrok SN z dnia 9 lutego 2010 r., II KK 176/09, OSNKW 2010, nr 7, poz. 61.

niu lub zagrożeniu tylko w sposób pośredni, nieokreślony wprost znamionami rozważanego typu czynu.

Jest to pogląd słuszny, należycie uzasadniony i został zaaprobowany w piśmiennictwie⁵⁹.

Jest zgodny z dotychczasową linią orzecznictwa, że art. 270 § 1 k.k. chroni tylko dobro prawne ogółu, a nie dobra indywidualne. Sąd Najwyższy stwierdzał, że:

- „Rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów z rozdziału XXXIV Kodeksu karnego („Przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów”) jest pewność obrotu oparta na zaufaniu do dokumentów, prawdziwość pism urzędowych i publiczne zaufanie do dokumentów”⁶⁰;
- „Przedmiotem ochrony normy określonej w art. 270 § 1 KK jest wiarygodność dokumentów i wynikająca z niej pewność obrotu prawnego”⁶¹;
- „Przestępstwo z art. 270 § 1 k.k. jest skierowane przeciwko wiarygodności dokumentów i ani ogólnym, ani rodzajowym, ani indywidualnym przedmiotem ochrony nie jest tu dobro podmiotu, którego dokument podrobiono, a czyn taki z istoty swej nie narusza sam w sobie bezpośrednio dobra prawnego określonej osoby”⁶².

USTAWA Z DNIA 19 LISTOPADA 2009 R. O GRACH HAZARDOWYCH (DZ.U. Z 2016R., POZ. 471 ZE ZM.)

7. PROWADZENIE DZIAŁALNOŚCI W ZAKRESIE GIER CYLINDRYCZNYCH, GIER W KARTY, GIER W KOŚCI I GIER NA AUTOMATACH (ART. 6)

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach, może być prowadzona po uzyskaniu koncesji na kasyno gry, z wyjątkiem objętych monopolem państwa gier liczbowych, loterii pieniężnych, gry telebingo, gier na automatach poza kasynem gry, gier hazardowych przez sieć Internet, z wyjątkiem zakładów wzajemnych i loterii promocyjnych oraz gry w pokera zarządzanej w formie turnieju

⁵⁹ D. Krakowiak, Glosa do tego postanowienia, LEX/el. 2016.

⁶⁰ Postanowienie SN z dnia 30 września 2013 r., IV KK 209/13, Biul. SN 2013, nr 10, poz. 1.2.7.

⁶¹ Wyrok SN z dnia 4 sierpnia 2005 r. – II KK 163/05, Biul. PK 2005, nr 4, poz. 1.2.3; wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2008 r., V KK 26/08, Prok. i Pr. – wkł. 2008, nr 7–8, poz. 10; wyrok SN z dnia 4 września 2008 r., V KK 171/08, Prok. i Pr. – wkł. 2009, nr 1, poz. 6 z głosem aprobującym P. Iwaniuka, Prokurator 2009, nr 3–4, s. 126–134.; wyrok SN z dnia 26 listopada 2008 r., IV KK 164/08, Prok. i Pr. – wkł. 2009, Nr 5, poz. 11 z głosem aprobującym D. Jagiełło, Pal. 2010, nr 3, s. 271–277; wyrok SN z dnia 1 kwietnia 2008 r., V KK 26/08, Prok. i Pr. – wkł. 2008, nr 7–8, poz. 10; wyrok SN z dnia 8 stycznia 2009 r., WK 24/08, OSNwSK 2009, nr 1, poz. 47; wyrok SN z dnia 12 stycznia 2010 r., WK 28/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 31; postanowienie SN z dnia 24 maja 2011 r., II KK 13/11, Biul. PK 2011, nr 10, poz. 1.2. 9; postanowienie SN z dnia 9 lipca 2014 r., II KK 152/14 LEX nr 1488795; postanowienie SN z dnia 25 marca 2015 r., II KK 302/14, LEX nr 1666887; wyrok SA w Szczecinie z dnia 16 stycznia 2014 r., II AKA 213/13, Prok. i Pr. – wkł. 2014, nr 11–12, poz. 23.

⁶² Wyrok SN z dnia 3 października 2013 r., II KK 117/13, Prok. i Pr. – wkł. 2014, nr 1, poz. 10.

gry w pokera poza kasynami gry. Co do treści tego przepisu zostało przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne, czy wobec braku notyfikacji przepisu art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, dotychczas uznanego za przepis techniczny, przy jednoczesnej notyfikacji art. 14 ust. 1–3 ustawy o grach hazardowych (w brzmieniu nadanym mu nowelą z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych), istnieją podstawy do stosowania w sprawach karnych art. 107 § 1 k.k.s., skoro jako normy dopełniające normę blankietową z art. 107 § 1 k.k.s. powoływane być powinny łącznie art. 6 i art. 14 ustawy o grach hazardowych.

Rozstrzygając ten problem Sąd Najwyższy w postanowienie z dnia 29 listopada 2016 r., I KZP 8/16, OSNKW 2016, Nr 12, poz. 84) zasadnie przyjął, że: **Przepis art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, Dz.U. z 2016 r., poz. 471 – w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 października 2016 r. wydanego w sprawie C-303/15 – nie plasuje się w grupie przepisów technicznych w rozumieniu art. 1 dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r.**

USTAWA Z DNIA 12 CZERWCA 2015 R. O ZMIANIE USTAWY O GRACH HAZARDOWYCH (DZ.U. Z 2015 R., POZ. 1201)

8. OKRES DOSTOSOWANIA DZIAŁALNOŚCI W ZAKRESIE NIKTÓRYCH GIER DO ZMIENIONYCH PRZEPISÓW (ART. 4)

W myśl art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych⁶³ podmioty prowadzące działalność w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach, bingo, zakładów wzajemnych lub loterii audiotekstowych w dniu wejścia w życie tej ustawy mają obowiązek dostosowania się do wymogów określonych w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w brzmieniu nadanym tą ustawą, w terminie do dnia 1 lipca 2016 r.

Przepis ten wzbudził wątpliwość, czy obejmuje podmioty prowadzące działalność w zakresie gry na automatach bez względu na to, czy dotychczasową działalność prowadziły zgodnie z dotychczasowymi przepisami ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, czy niezależnie od jej zgodności z nimi.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 kwietnia 2016 r., I KZP 1/16 (OSNKW 2016, nr 6, poz. 36) zajął słusznie stanowisko, że: **Przepis art. 4 ustawy z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych (Dz.U. 2015, poz. 1201), zezwalający podmiotom prowadzącym w dniu wejścia w życie ustawy nowelizującej działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1–3 lub w art. 7 ust. 2 ustawy nowelizowanej na dostosowania się do wymogów określonych w znowelizowanej ustawie o grach hazardowych do dnia 1 lipca 2016 r., dotyczy wyłącznie podmiotów, które prowadziły taką działalność zgodnie z ustawą o grach hazardowych w brzmieniu sprzed 3 września 2015 r. (na podstawie koncesji albo zezwolenia).**

⁶³ Dz.U. z 2015 r., poz. 1201.

Uzasadniając je wskazał, że ustawowe określenie adresatów w art. 4 ustawy nowelizującej, jako: „podmiotów prowadzących działalność w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy”, dotyczy tylko tych podmiotów, które w tym dniu spełniały kryteria, o których mowa w powołanych przepisach ustawy o grach hazardowych. Nie zostały wymienione rodzaje działalności, ale odesłano do określonej w art. 6 ust. 1-3 lub w art. 7 ust. 2. Sąd Najwyższy wyciągnął z tego trafny wniosek, że chodzi tylko o podmioty, które w dniu wejścia w życie nowelizacji prowadziły działalność w ramach całości unormowań zawartych w wymienionych przepisach. Zdaniem tego organu wykładnia językowa art. 4 ustawy nowelizującej pozostaje w zgodzie z wykładnią systemową na gruncie całej ustawy o grach hazardowych. Skoro na podstawie znówelizowanych przepisów zostały zmodyfikowane lub dodane warunki prowadzenia działalności w zakresie gier hazardowych, to właśnie podmioty, które dotychczas taką działalność prowadziły na podstawie uprzednio udzielonych koncesji, powinny mieć stosowny okres dostosowawczy, pozwalający na ich spełnienie. Ponadto gdyby uznać, że okres dostosowawczy dotyczy nie tylko podmiotów prowadzących dotychczas działalność w ramach udzielonych im koncesji na prowadzenie kasyna, a obejmuje praktycznie nieograniczony krąg podmiotów, to stan taki kłóciłby się z porządkiem prawnym w tym zakresie.

BIBLIOGRAFIA

- Andrejew I. [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Andrzejewski M., Dolecki H., Haberko J., Lutkiewicz-Rucińska A., Olejniczak A., Sokołowski T., Sylwestrzak A., Zielonacki A., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2013, s. 95.
- Banasik K., *Przedawnienie w prawie karowym w systemie kontynentalnym i angielskim*, Warszawa 2013.
- Barczak-Oplustil A., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych*, Cz.PKiNP 2004, nr 2.
- Bojarski M., Glosa do uchwały SN z dnia 21 maja 2004 r., I KZP 42/03, OSP 2005, nr 1.
- Bojarski T. [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Borysiuk W. [w:] J. Wierciński (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Breyer S., Gross S. [w:] J. Ignatowicz (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1966.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
- Cieślaka M., Doda Z., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1976 r.)*, Pal. 1976, nr 12.
- Chorażewicz D., Snarski T., Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, GSP-Prz.Orz. 2016, nr 3.
- Czeszejko Z., *Kilka uwag na temat pojęcia „faktycznego wspólnego pożycia” w prawie karnym*, Pal. 1972, nr 3.
- Daniluk P., Glosa do postanowienia SN z dnia 23 maja 2013 r., IV KK 68/13, OSP 2014, nr 5.
- Daniluk P., *Wspólne pożycie jako pojęcie karnoprawne*, Prok. i Pr. 2015, nr 6.
- Daniluk P. [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- P. Daniluk, Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, Pal. 2017, nr 1–2.

- Daszkiewicz K., *Przestępstwa popełnione z tych samych pobudek i przestępstwa tego samego rodzaju*, NP 1962, nr 7–8.
- Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe – zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 2000.
- Derlatka M., *Wspólne pozycje a prawo do odmowy zeznań*, Pal. 2016, nr 1–2.
- Doda Z., Gaberle A., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Dowody w procesie karnym*, Warszawa 1995.
- Doda Z., Grajewski J., *Węzłowe problemy postępowania karnego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (lata 1995–1996)*, PS 1996, nr 5.
- D Dudek., *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Przegląd Sejmowy 2012, nr 4.
- Gajda J. [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Giezek J. [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Grajewski J. (red.), *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007.
- Gruszecka D. [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, Warszawa 2016.
- Grzeszczyk W., *Pojęcie przestępstwa podobnego w Kodeksie karnym*, Prok. i Pr. 2001, nr 9.
- Grzybowski M., *Zasada suwerenności narodu*, [w:] M. Grzybowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Białystok 2009.
- Grzybowski S., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1980.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2005.
- Górniok O. [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Górski A., Michalak K., *Spoczywanie biegu przedawnienia a ochrona immunitetowa. Rozważania na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, [w:] B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Zochowska (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa prof. E. Zielińskiej*, Warszawa 2016.
- Górski A., *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r.*, I KZP 14/15, LEX/el. 2016.
- Hartwich F., *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011.
- Hażyduk-Hawrylak I., Szofucha S., *Wybrane zagadnienia prawa do odmowy składania zeznań*, [w:] P. Hofmański (red.), *Węzłowe problemy procesu karnego*, Warszawa 2010.
- Hałas R. [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- P Hofmański., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2011.
- Ignatowicz J., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1996.
- Ignatowicz J., Piasecki K., Pietrzykowski J., Winiarz J., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1990.
- Iwaniuk P., *Glosa do wyroku SN z dnia 4 września 2008 r.*, V KK 171/08, Prokurator 2009, nr 3–4.
- Izydorzyc J., *Rozbieżność orzecznictwa – czy próba zmiany prawa*, Pal. 2016, nr 1–2.
- Jachimowicz M., *Prawo do odmowy składania zeznań przez osobę najbliższą*, Prokurator 2007, nr 1.
- Jagiełło D., *Glosa do wyroku SN z dnia 26 listopada 2008 r.*, IV KK 164/08, Pal. 2010, nr 3.
- Janusz-Pohl B., *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009.
- Janusz-Pohl B., *Spoczywanie biegu terminu przedawnienia karalności a ochrona immunitetowa*, PS 2010, nr 2.
- Kabat A., *Przestępstwa podobne w ujęciu Kodeksu karnego*, NP 1970, nr 11.
- Kabat A., *Tożsamość rodzajowa przestępstw i jej krytyka w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Pal. 1967, nr 12.
- Kafarski A., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania karnego za rok 1976 (część pierwsza)*, NP 1978, nr 2.

- Kędziński J., Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, Pal. 2017, nr 1–2.
- Kładoczyński P., Wilamowska B., Kubaszewski P., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz do wybranych przepisów karnych*, Warszawa 2013.
- Kmieciak R., Glosa do uchwały SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, PiP 2008, nr 7.
- Kmieciak R., „Spoczywanie” przedawnienia karalności przestępstw, PiP 2010, nr 9.
- Kmieciak R., *Przedawnienie karalności*, [w:] M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, Warszawa 2015.
- Konarska-Wrzošek V. [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Przesłębstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012.
- Kosmowski S., Glosa do uchwały SN z dnia 21 maja 2004 r., I KZP 42/03, PS 2005, nr 7–8.
- Kosonoga J., Glosa do postanowienia SN z dnia 18 lutego 2015 r., V KK 296/14, *Ius Novum* 2015, nr 4.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów. Komentarz*, Warszawa 2005.
- Kozłowska P., Glosa do wyroku SN z 6 października 1995 r. II KRN 114/95, Prok. i Pr. 1997, nr 12.
- Krajewski R., *Osoba najbliższa w prawie karnym*, PS 2009, nr 3.
- Kukuła Z., *Kilka uwag na temat zasady represji wszechświatowej*, WPP 2011, nr 1.
- Kulik M., *Początek okresu spoczywania biegu terminu przedawnienia karalności w związku ze względnym immunitetem procesowym na przykładzie sędziowskiego immunitetu formalnego*, WPP 2012, nr 4.
- Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015.
- Kulik M., *Wpływ bierności oskarżyciela publicznego i organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze na bieg terminu przedawnienia karalności*, [w:] B. Dudzik, J. Kosowski, I. Nowikowski (red.), *Zasada legalizmu w procesie karnym*, t. I, Lublin 2015.
- Kulik M., Glosa do postanowienia SN z dnia 18 lutego 2015 r., V KK 296/14, PiP 2016, nr 10.
- Kurowski M. [w:] D. Świeck (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2013.
- Leciak M. [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Łabuda G. [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Łuczak K., Muszyńska A., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Majewski J. [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Warszawa 2012.
- Majewski J. [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 53–116*, Warszawa 2016.
- Małecki M., Glosa do tego postanowienia z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 23/15, OSP 2017, nr 3, poz. 30.
- Marszał K., *Spoczywanie terminu przedawnienia*, RPEiS 1966, nr 2.
- Marszał K., *Przedawnienie w prawie karnym*, Warszawa 1972.
- Marszał K., Glosa do uchwały SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, WPP 2008, nr 3.
- Marszał K., *Problemy spoczywania terminów przedawnienia karalności*, [w:] J. Skorupka (red.), *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Z. Świdry*, Warszawa 2009.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Metel J., *Prawo do odmowy zeznań w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2001, t. VIII.
- Michalski W., *Immunitety w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970.
- Nowak J., Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, OSP 2017, nr 4.
- Oczkowski T. [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Pawliczak J., *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014.

- Peiper L., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1936.
- Piątkowski J.S. [w:] J.S. Piątkowski (red.), *System prawa rodzinnego i opiekuńczego. Część pierwsza*, Warszawa 1985.
- Pleńska D., *Przedmiotowe podobieństwo przestępstw*, NP 1971, nr 10.
- Pleńska D., *Zagadnienia recydywy w prawie karnym*, Warszawa 1974.
- Piotrowski R., *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Przegląd Sejmowy 2012, nr 4.
- Piórkowska-Flieger J. [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Popiel M., Tokarska M., Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, Pal. 2017, nr 1–2.
- Rodak B., Glosa do wyroku ETPC z dnia 3 kwietnia 2012 r., 42857/05, LEX/el. 2012.
- Rogoziński P., *Dopuszczalność i zakres badania przez organ procesowy istnienia przesłanek warunkujących uchylenie się świadka od zeznawania*, Ius Novum 2014, nr 1.
- Rybak A., *Kontrowersje wokół przestępstwa podobnego*, RPEiS 1999, nr 2.
- Sakowicz A. [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2015.
- Siostrzonek-Sergiel A., *Partnerzy w związkach homoseksualnych a „osoby najbliższe” w prawie karnym*, PiP 2011, nr 4.
- Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1965.
- Siewierski M. [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
- Siewierski M. [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Warszawa 1987.
- Siwek M., Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2003 r., II AKa 214/03, Lex/el. 2011.
- Skowron A., Glosa do wyroku SN z dnia 3 marca 2015 r., IV KO 1/15, LEX/el. 2015.
- Skowron A., Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, LEX/el. 2016.
- Sowiński P.K., *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004.
- Srogosz T., *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Warszawa 2008.
- Stańda J., *Stanowisko świadka w polskim procesie karnym*, Warszawa 1976.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004*, WPP 2005, nr 1.
- Stefański R.A. [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.), t. I, Warszawa 2003.
- Stefański R.A., *Prawo odmowy zeznań w nowym kodeksie postępowania karnego*, Prok. i Pr. 1998, nr 7–8.
- Stefański R.A., *Znaczenie związku partnerskiego osób tej samej płci w prawie i procesie karnym*, w: Zamęt w wymiarze sprawiedliwości karnej, red. T. Gardocka, D. Jagiełło, P. Herbowski, Warszawa 2016.
- Sychta K., *Okres spoczywania biegu terminu przedawnienia karalności przestępstw popełnionych przez osoby chronione względny immunitetem procesowym*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha (red.), *Iudicium et Scientia. Księga jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, Warszawa 2011.
- Szlezak A., Glosa do wyroku SN z dnia 31 marca 1988 r., I KR 50/88, OSPiKA 1989, nr 4.
- Śliwiński S., *Prawo karne*, Warszawa 1946.

- Szukalski P., *Rejestrowane związki osób tej samej płci we współczesnej Europie, Dysfunkcje Rodziny. Roczniki Socjologii Rodziny UAM, t. XXI, Poznań 2011.*
- Tarapata S., *Kontrowersje wokół wyznaczania granic dobra prawnego – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 2009 r. (sygn. I KZP 15/09), CzPKiNP 2012, nr 1.*
- Tuleja P., *Demokracja*, [w:] W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, Warszawa 2009.
- Wąsek A. [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalinowski, S. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005.
- Wąsek A. [w:] O. Górniok, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 2005.
- Wąsek A., *Glosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2001 r., V KKN 47/01, OSP 2002, nr 3.*
- Winiarz J., Gajda J., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001.
- Witkowski Z., *Wybrane zasady ustroju Rzeczypospolitej*, [w:] Z. Witkowski (red.), *Prawo konstytucyjne*, Toruń 2011.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1998.
- Wolter W. [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Wróbel W., *Glosa do uchwały SN z dnia 30 sierpnia 2007 r., SNO 44/07, PiP 2008, nr 7.*
- Zawłocki R. [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2015.
- Zieliński A., *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011.
- Zimoch S., *Osoba najbliższa w prawie karnym*, NP 1971, nr 9.
- Zoll A., *Przestępstwa podobne*, PiP 1974, nr 3.
- Zoll A. [w:] K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994.
- Zoll A. [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998.
- Żak P., *Odpowiedzialność karna za przemyt narkotyków poza obszarem Unii Europejskiej*, Prok. i Pr. 2014, nr 4.

PRZEGLĄD UCHWAŁ IZBY KARNEJ SĄDU NAJWYŻSZEGO W ZAKRESIE PRAWA KARNEGO MATERIALNEGO ZA 2016 R.

Streszczenie

W artykule została przeprowadzana analiza uchwał i postanowień wydanych przez Sąd Najwyższy w 2016 r. w zakresie prawa karnego materialnego w sprawach, które zostały przedstawione w formie zagadnienia prawnego przez sądy odwoławcze i składy orzekające Sądu Najwyższego. Przedmiot rozważań stanowią: spoczywanie biegu przedawnienia (art. 104 § 1 k.k.), zakres zasady represji wszechświatowej (art. 113 k.k.), podobieństwo przestępstw (art. 115 § 3 k.k.), osoba pozostająca we wspólnym pożyciu (art. 115 § 11 k.k.), ochrona prawnokarna lekarza (art. 226 § 1 k.k.), przedmiot ochrony przepisu określającego przestępstwo fałszerstwa materialnego (art. 270 § 1 k.k.), prowadzenie działalności w zakresie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości i gier na automatach, gier liczbowych, loterii pieniężnych, gry telebingo, gier na automatach poza kasynem gry, gier hazardowych przez sieć Internet (art. 6 z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych) oraz okres dostosowania działalności w zakresie niektórych gier do zmienionych przepisów (art. 4 ustawy o zmianie ustawy o grach hazardowych).

Słowa kluczowe: Falszerstwo dokumentu, gra hazardowa, podobieństwo przestępstw, postanowienie, przedawnienie, represja wszechświatowa Sąd Najwyższy, uchwała, wspólne pożycie

REVIEW OF RESOLUTIONS OF THE SUPREME COURT CRIMINAL CHAMBER —ON SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW OF 2016

Summary

The article analyses resolutions and judgements of the Supreme Court in 2016 concerning substantive criminal law issues submitted to the Supreme Court by appellate courts as legal questions. The article discusses the issues concerning: resting of the period of limitation (Article 104 § 1 CC), the scope of the principle of universal jurisdiction (Article 113 § 11 CC), similarity of crimes (Article 115 § 3 CC), a person living in cohabitation (Article 115 § 11 CC), legal protection of a physician (Article 226 § 1 CC), the object of protection under the provision concerning a crime of material forgery (Article 270 § 1 CC), doing business in the field of cylindrical games, card games, dice games, machine games, number games, cash lotteries, telebingo, machine games outside casinos, gambling on the Internet (Article 6 of Act of 19 November 2009 on gambling games) and the period of adjusting a business in the field of some games to the amended provisions (Article 4 of Act amending Act on gambling games).

Key words: document forgery, gambling game, similarity of crimes, judgement, limitation, universal jurisdiction, Supreme Court, resolution, cohabitation

MAŁGORZATA SEKUŁA-LELENO*

GŁOSA

**do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 21 lipca 2016 r. II CSK 604/15¹**

**Dopuszczalność wydania przez sąd postanowienia wstępnego
w postępowaniu nieprocesowym**

Kwestia dopuszczalności wydania postanowienia wstępnego nie stanowi w orzecznictwie Sądu Najwyższego *novum*. Generalne stanowisko wskazuje na dopuszczalność wydawania w trybie nieprocesowym na ogólnych zasadach postanowień wstępnych i brak jest kategoriycznych przesłanek wyłączających taką dopuszczalność. Stanowisko to, jakkolwiek dominujące, nie należy do bezspornych, a główną osią sporu jest zakres zastosowania art. 318 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Stosownie do treści art. 318 § 1 k.p.c. sąd może bowiem wydać wyrok wstępny, jeżeli uzna roszczenie za usprawiedliwione w zasadzie. Oznacza to, że wyrok wstępny może być wydany tylko w sprawach o zasądzenie świadczenia albo o ustalenie stosunku prawnego lub prawa i jego wydanie jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy sporna jest zarówno sama zasada roszczenia, jak i jego wysokość. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 1 grudnia 1999 r. I PKN401/99² wydanie wyroku wstępnego zmierza do uniknięcia dalszej bezcelowej pracy sądu związanej z wyjaśnianiem wysokości dochodzonych roszczeń w sytuacji, gdy sama zasada roszczenia jest też wątpliwa. Celem tej instytucji jest realizacja zawartego w art. 6 k.p.c. postulatu szybkości i sprawności postępowania oraz zasady ekonomiki procesowej, które obowiązują także w postępowaniu nieprocesowym.

Na gruncie postępowania nieprocesowego możliwość wydania postanowienia wstępnego przewidują przepisy art. 618 § 1, 685 i 567 § 2 k.p.c. Przepisy te określają jednocześnie zakres kognicji sądu w tych przypadkach.

Judykaty dopuszczające możliwość wydawania postanowień wstępnych w postępowaniu nieprocesowym dotyczyły postępowań, których przedmiot wskazywał na możliwość odpowiedniego zastosowania art. 567 § 2 k.p.c. (tj. w zakresie

* dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie, asystent sędziego w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego

¹ LEX nr 2094779.

² OSNP z 2001 r., nr 8, poz. 259.

ustalenia nierównych udziałów w majątku wspólnym małżonków), art. 618 § 1 k.p.c. (tj. w sporze między współwłaścicielami co do prawa żądania zniesienia współwłasności lub co do prawa własności), czy też art. 685 k.p.c. (w zakresie uprawnienia do żądania działu spadku i przynależności określonego przedmiotu do spadku)³.

W doktrynie i judykaturze zarysowała się w związku z tym kontrowersja co do tego, czy sąd może wydać w postępowaniu nieprocesowym postanowienie wstępne także w innych przypadkach niż wskazane, stosując odpowiednio art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Stanowisko pozytywne w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 maja 1967 r., III CZP 37/67⁴ oraz z dnia 7 lipca 1971 r. III CZP 35/71⁵ i następnie w postanowieniu z dnia 21 października 1999 r., I CKN 169/98⁶.

Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 26 lutego 1968 r. III CZP 101/67⁷ w której niedopuszczalność odpowiedniego stosowania w postępowaniu nieprocesowym art. 318 k.p.c. uzasadnił tym, że przy braku powyższych przepisów szczególnych sprawy w nich wskazane byłyby rozpoznawane w procesie, a regulacje o charakterze wyjątków należy wyklądać ściśle, nie można też przenosić na grunt postępowania nieprocesowego instytucji właściwych tylko procesowi, jak również nie może zostać wydane w drodze postanowienia wstępnego orzeczenie o charakterze konstytutywnym (np.: stwierdzenie niegodności spadkobiercy), jeżeli orzeczenie wydane w postępowaniu nieprocesowym ma charakter deklaracyjny np.: stwierdzenie nabycia spadku). Argumentacja ta nie zyskała jednak aprobaty, ani doktryny, ani judykatury.

Głosowane postanowienie zasługuje jednak na uwagę z tego względu, że przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego nie była do tej pory analiza możliwości rozstrzygnięcia w sprawie o ustanowienie służebności przesyłu zarzutu uczestnika o jej zasiedzeniu postanowieniem wstępnym, zwłaszcza w sytuacji braku szczególnej regulacji dopuszczającej taką możliwość. Rozstrzygnięcie powyższego zagadnienia przez Sąd Najwyższy należy więc ocenić pozytywnie z uwagi na to, że ma wpływ na racjonalną ocenę prawidłowości prowadzenia postępowań nieprocesowych oraz ekonomii procesowej. Postanowienie wstępne może zapaść bowiem tylko wówczas gdy względy ekonomii procesowej przemawiają na rzecz przesądzenia o konkretnym prawie lub stosunku prawnym⁸.

Warto mieć tutaj na względzie uchwałę z dnia 7 maja 2010 r., III CZP 34/10⁹, w której SN wyraził pogląd, że w sprawie o podział majątku wspólnego po ustaniu wspólności majątkowej między małżonkami sąd rozstrzyga o roszczeniu przewidzianym w art. 231 k.c. w orzeczeniu kończącym postępowanie. Sąd może jednak

³ Zob. postanowienie SN z dnia: 8 listopada 2013 r., I CSK 732/12, z dnia 22 października 2009 r. III CSK 21/09 oraz uchwałę SN z dnia 7 maja 2010 r. III CZP 34/10.

⁴ OSNC z 1967 r., nr 11, poz. 198.

⁵ OSNCP z 1972 r., nr 1, poz. 4.

⁶ Zob. w tym zakresie: K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, s. 352–354; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2008, s. 240; W. Siedlecki, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1988, s. 76; K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1997, s. 156.

⁷ OSNC z 1968 r., nr 12, poz. 203.

⁸ Tak SN w postanowieniu z dnia 17 kwietnia 2000 r. V CKN 23/00, LEX nr 1218605.

⁹ OSNC 2010, nr 12, poz. 160.

wydać postanowienie częściowe lub postanowienie wstępne, jeżeli uzasadniają to okoliczności sprawy. Dopuszczył więc wydanie orzeczenia wstępnego albo częściowego w kwestiach innych niż wskazane enumeratywnie w art. 567 § 2, art. 618 § 1 i art. 685 k.p.c. Wskazuje się przy tym, że z możliwości wydania orzeczenia częściowego lub orzeczenia wstępnego sąd winien skorzystać wtedy, jeżeli jest to celowe i pozwoli na rozstrzygnięcie sprawy w części albo spowoduje przesądzenie o spornej zasadzie żądania lub innej kwestii ubocznej podlegającej rozstrzygnięciu, bez prowadzenia postępowania w pozostałym zakresie, które nie jest potrzebne dla wydania orzeczenia częściowego lub może okazać się zbędne, gdyby orzeczenie wstępne okazało się wadliwe.

STAN FAKTYCZNY SPRAWY:

W stanie faktycznym sprawy wnioskodawczyni wystąpiła z wnioskiem o ustanowienie służebności przesyłu na nieruchomości, na rzecz przedsiębiorcy – Mazowieckiej Spółki Gazownictwa w zakresie dotyczącym istniejącego na tej działce gazociągu.

Postanowieniem wstępnym z dnia 5 grudnia 2014 r. Sąd Rejonowy uznał wniosek za uzasadniony co do zasady. Ustalił, że dla nieruchomości tej urządzona jest księga wieczysta, a w niej jako właściciel ujawniona jest wnioskodawczyni. Wnioskodawczyni ani jej poprzednicy nie wyrażali zgody na to, aby na ich nieruchomości umiejscowić gazociąg.

W rozważaniach prawnych Sąd Rejonowy wyraził pogląd, że ze względu na kwestionowanie przez uczestnika postępowania wniosku o ustanowienie służebności przesyłu co do zasady, zachodziły przesłanki do wydania postanowienia wstępnego na podstawie art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. Jego zdaniem, w sprawie są spełnione wszystkie wynikające z art. 305¹ i art. 305² § 2 k.c. przesłanki usprawiedliwiające dochodzone roszczenie co do zasady.

Sąd Okręgowy w Łodzi postanowieniem z dnia 29 maja 2015 r. apelację uczestniczki oddalił. Podniósł, że jakkolwiek wątpliwości w orzecznictwie budzi możliwość wydania postanowienia wstępnego w postępowaniu nieprocesowym na podstawie odpowiednio stosowanego art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., to jednak zauważył, że judykatura dopuszcza taką możliwość, gdyż Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 maja 2010 r., III CZP 34/10 (OSNC 2010, nr 12, poz. 160), dopuścił wydanie orzeczenia wstępnego albo częściowego w kwestiach innych niż wskazane enumeratywnie w art. 567 § 2, art. 618 § 1 i art. 685 k.p.c.

Wskazał też, że z możliwości wydania orzeczenia częściowego lub orzeczenia wstępnego sąd winien skorzystać wtedy, jeżeli jest to celowe i pozwoli na rozstrzygnięcie sprawy w części albo spowoduje przesądzenie o spornej zasadzie żądania lub innej kwestii ubocznej podlegającej rozstrzygnięciu, bez prowadzenia postępowania w pozostałym zakresie, które nie jest potrzebne dla wydania orzeczenia częściowego lub może okazać się zbędne, gdyby orzeczenie wstępne okazało się wadliwe. Jego zdaniem taka sytuacja zaistniała w sprawie, albowiem przesądzenie zasadności roszczenia umożliwiło Sądowi Rejonowemu rozstrzygnięcie o zarzucie zasiedzenia służebności.

W skardze kasacyjnej uczestniczka w pierwszej kolejności zarzuciła naruszenie przepisów postępowania tj. art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. przez zastosowanie w postępowaniu nieprocesowym przepisu o procesie – art. 318 § 1 k.p.c. przewidującego możliwość wydania wyroku wstępnego w sytuacji, gdy w postępowaniu nieprocesowym istnieją regulacje szczególne w zakresie dopuszczalności wydawania postanowień wstępnych, a w konsekwencji uznanie dopuszczalności wydania postanowienia wstępnego w postępowaniu o ustanowienie służebności przesyłu, dla którego brak jest regulacji szczególnej dopuszczającej taką możliwość.

Sąd Najwyższy w tezach swojego orzeczenia wskazał, że:

1. Postanowienia wstępne przewidziane w art. 567 § 2, art. 618 § 1 i 685 k.p.c. różnią się od wyroków wstępnych w rozumieniu art. 318 § 1 k.p.c., gdyż rozstrzygają one samodzielnie ostatecznie i w całości objęte nimi kwestie, mające prejudycjalne znaczenie dla sprawy głównej, bez odsyłania stron na drogę procesu.
2. Postanowienia wstępne rozstrzygające kwestie prejudycjalne mogą być wydawane tylko w postępowaniach działowych, a nie w innych sprawach rozpoznawanych w tym trybie, oraz aby w postępowaniu nieprocesowym możliwe było wydanie „klasycznego” postanowienia wstępnego muszą zostać spełnione wymagania przewidziane w art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.
3. Artykuł 318 § 1 k.p.c. uznawany jest na tle przepisów realizujących zasadę ciągłości i integralności postępowania jako wyjątek od niej, prowadzi bowiem do podziału procesu na dwa oddzielne stadia merytoryczne. Taki jego charakter, zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendae*, nakazuje jego ścisłą wykładnię, która nadto powinna uwzględniać cel zawartego w nim unormowania, mającego służyć ekonomii procesowej.
4. Za nietrafny uznał pogląd, że o tym, czy dane zagadnienie może być przedmiotem orzekania postanowieniem wstępnym jest jego istotność dla żądania głównego oraz potrzeba wydania orzeczenia końcowego, co oznacza potrzebę rozstrzygania *ad casum* takiej możliwości do poszczególnych rodzajów spraw (np. w sprawie o ustanowienie drogi koniecznej) i niewystarczające jest posłużenie się argumentem o braku zależności „zasady i wysokości”.

Sąd Najwyższy wskazał, że jakkolwiek w postępowaniu nieprocesowym można na ogólnych zasadach (art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) wydać postanowienie wstępne, niemniej odpowiednie stosowanie w tym wypadku tej instytucji procesowej nie może oznaczać jej rozszerzenia w drodze nieuprawnionej wykładni. Za taką ścisłą wykładnią art. 318 § 1 k.p.c., zdaniem Sądu, przemawia przede wszystkim argument, że zasadą postępowania nieprocesowego jest brak sporu pomiędzy zainteresowanymi. Za nietrafny uznał wyrażony w piśmiennictwie pogląd, że „o tym czy dane zagadnienie może być przedmiotem orzekania w postanowieniu wstępnym jest jego istotność dla żądania głównego oraz potrzeba wydania orzeczenia końcowego, co oznacza potrzebę rozstrzygania *ad casum* takiej możliwości do poszczególnych rodzajów spraw (np. w sprawie o ustanowienie drogi koniecznej) i niewystarczające jest posłużenie się argumentem o braku zależności „zasady i wysokości”. Swoje stanowisko w tym zakresie uzasadnił przede wszystkim wiążącym zapatrywaniem wyrażonym w uchwale składu siedmiu sędziów

Sądu Najwyższego- zasadzie prawnej – z dnia 26 lutego 1968 r., III CZP 101/67 i zaaprobowanie takiego stanowiska „dawałoby sądowi możliwość wydawania postanowień wstępnych w wielu sprawach pomimo braku wyrażonej w art. 318 § 1 k.p.c. przesłanki sporności zasady roszczenia i jego wysokości”.

GLOSA

Przepis art. 318 § 1 k.p.c. w judykaturze uznawany jest jako wyjątek od zasady ciągłości i integralności procesu, gdyż prowadzi do podziału procesu na dwa oddzielne stadia merytoryczne. Jednocześnie, zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extendae*, taki charakter tego postępowania nakazuje jego ścisłą wykładnię, która powinna uwzględniać cel zawartego w nim unormowania, mającego służyć ekonomii procesowej¹⁰. To właśnie kryterium pozwala na uprzednie przesądzenie kwestii spornych przed rozstrzygnięciem istoty żądania.

Wydanie wyroku wstępnego jest w świetle art. 318 § 1 k.p.c. dopuszczalne, a zarazem uzasadnione, gdy sama zasada roszczenia jest, według oceny sądu pierwszej instancji, wątpliwa i pozostaje przedmiotem sporu stron oraz gdy sporna jest także wysokość roszczenia, a jej ustalenie połączone jest z pracochłonnym, często również kosztownym, postępowaniem dowodowym, które mogłoby okazać się niepotrzebne, gdyby roszczenie powoda ocenione zostało przez sąd drugiej instancji jako niesłuszne co do zasady.

Wykładnia pojęcia „zasada roszczenia” była przedmiotem wypowiedzi zarówno doktryny, jak i orzecznictwa Sądu Najwyższego¹¹. W jej wyniku ukształtowało się stanowisko, że pojęcie to oznacza konkretne prawo lub stosunek prawny, a nie pogląd prawny czy faktyczny, któremu sąd chce dać wyraz w swoim rozstrzygnięciu¹².

W postępowaniu nieprocesowym istnieją dwa rodzaje postanowień wstępnych. Pierwsza grupa obejmuje te, co do których możliwość ich wydania wynika wprost z przepisów regulujących postępowanie nieprocesowe (np. art. 618, 688 w zw. z art. 618, 567 § 3 w zw. z art. 688 i 618). Druga grupa dotyczy możliwości wydania postanowienia wstępnego przy odpowiednim zastosowaniu art. 318 przez art. 13 § 2¹³.

Na tle zarzutów skargi kasacyjnej w pierwszej kolejności rozważenia wymaga kwestia, czy w sprawie dopuszczalne było wydanie na podstawie art. 318 § 1 k.p.c. postanowienia wstępnego i czy mogło ono dotyczyć zarzutu uczestnika w zakresie nabycia służebności przez zasiedzenie. To z kolei rodzi pytanie ogólniejszej

¹⁰ Tak SN w postanowieniu z dnia 22 października 2009 r. III CSK 21/09, lex nr 533567, OSNC 2010/4/61.

¹¹ Zob. uzasadnienie uchwały z dnia 19 listopada 1957 r., 4 CO 15/57, OSN 1958, nr 4, poz. 114, wyrok z dnia 28 czerwca 1982 r., IV CR 230/82, OSNCP 1983, nr 2–3, poz. 42.

¹² wyrok SN z 4 lutego 2000 r. II CKN 738/98, OSNC 2000, nr 7–8, poz. 146.

¹³ Zob. M. Manowska w: Komentarz do art. 318 kodeksu postępowania cywilnego, Lex, nb 6 oraz w tym zakresie: uchwały SN: z dnia 7 maja 2010 r., III CZP 34/10, OSNC 2010, nr 12, poz. 160; z dnia 16 marca 2007 r., III CZP 17/07, OSNC 2008, nr 2, poz. 20; z dnia 9 maja 1967 r., III CZP 37/67, OSNCP 1967, nr 11, poz. 198; oraz postanowienia SN: z dnia 22 października 2009 r., III CSK 21/09, OSNC 2010, nr 4 poz. 61; z dnia 8 listopada 2013 r., I CSK 723/12, LEX nr 1439378.

natury o dopuszczalność w postępowaniu nieprocesowym postanowień wstępnych w przypadkach innych niż wyraźnie przewidziane w tytule II, księgi II kodeksu postępowania cywilnego.

Szczególny charakter postanowień wstępnych, o jakich jest mowa w art. 567, 618 i 685 k.p.c. różni je od wyroków wstępnych w rozumieniu art. 318 § 1 k.p.c. Rozstrzygają one bowiem samodzielnie zagadnienia sporne, mające dla sprawy głównej znaczenie prejudycjalne, bez odsyłania stron na drogę procesu¹⁴.

Sąd Najwyższy w uzasadnienie swojego stanowiska trafnie zwrócił uwagę na podniesiony w literaturze przedmiotu argument, że „mimo zbieżności nazwy wydawane w postępowaniach działowych postanowienia wstępne nie są orzeczeniami odpowiadającymi wyrokom wstępnym w rozumieniu art. 318 § 1 k.p.c. Sąd rozstrzyga nimi bowiem żądania i kwestie uboczne powiązane z żądaniem głównym, które w razie sporu muszą być rozstrzygnięte przed zasadniczym przedmiotem postępowania. Rozstrzygnięcia w nich zawarte są ostateczne i mają charakter prejudycjalny do głównego przedmiotu sporu, a więc w odróżnieniu od „klasycznych” orzeczeń wstępnych mogą mieć treść także negatywną. Tymi postanowieniami sąd rozstrzyga ostatecznie i w całości te spory – a nie jak przy ogólnych orzeczeniach wstępnych – o samej zasadzie żądania. Przedmiotem orzekania jest tu więc nie tylko przesądzenie o zasadzie, ale ostateczne załatwienie pewnej kwestii, w zakresie wskazanym w danym przepisie szczególnym, co ma znaczenie dla ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy działowej”¹⁵.

W literaturze przedmiotu, a także w judykaturze zarysowała się rozbieżność stanowisk co do tego, czy sąd może wydać w postępowaniu nieprocesowym postanowienie wstępne również w innych wypadkach, na podstawie **odpowiednio stosowanego** – po myśli art. 13 § 2 k.p.c. – art. 318 § 1 k.p.c.

W tym zakresie SN trafnie w uzasadnieniu swojego orzeczenia wskazał, że „Kodeks postępowania cywilnego, dążąc do skoncentrowania w jednym postępowaniu sporów pomiędzy uczestnikami postępowania o zniesienie współwłasności, o podział majątku wspólnego oraz o dział spadku – zamiast wprowadzenia normy obowiązującej poprzednio, przewidującej możliwość odesłania uczestników na drogę procesu – ustanowił nową nieznaną w postępowaniu niespornym instytucję

¹⁴ Tak: postanowienie SN z dnia 22 października 2009 r., III CSK 21/09, Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, 2010, 4, 61, Zob. postanowienia Sądu Najwyższego: z dnia 22 października 2009 r., III CSK 21/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 61, z dnia 8 listopada 2013 r. I CSK 723/12, LEX nr 1439378 i z dnia 25 listopada 2009 r., III CSK 21/09, LEX nr 533567.

¹⁵ Zob.: K. Markiewicz, *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 2013, s. 163–166; J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. III, Warszawa 2012, s. 76; W. Siedlecki [w:] J. Policzekiewicz, W. Siedlecki, E. Wengerek, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1980, s. 74; J. Krajewski, *Postępowanie nieprocesowe*, Toruń 1973, s. 56–57; K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2004, s. 181–182; A. Stempniak, *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2010, s. 412; M. Sychowicz, *Problematyka art. 618 K.P.C. (część I)*, Nowe Prawo 1972, s. 54; I. Kunicki, Glosa do uchwały SN z dnia 16.3.2007 r., III CZP 17/07, OSP 2009, Nr 9, s. 644; T. Misiuk, *Problemy integracyjne postępowania działowego*, cz. 2, Palestra 1973, s. 6; J. Jagieła, *Dopuszczalność wydania wyroku wstępnego w procesie cywilnym. Zagadnienia wybrane*. Polski proces cywilny 2010, nr 1, s. 26–27; w tym zakresie także por. uchwały SN z 28.4.2010 r., III CZP 9/10, OSNC 2010, Nr 10, poz. 136, s. 30 i z dnia 16.3.2007 r., III CZP 17/07, OSNC 2008, Nr 2, poz. 20.

postanowień wstępnych. Gdyby tych przepisów nie było, to sprawy te, jako wyraźnie nieprzekazane do postępowania nieprocesowego, musiałyby być rozpoznawane w procesie (art. 13 § 1 k.p.c.). Już choćby ta okoliczność wskazuje, że nie można instytucji postanowień wstępnych rozciągnąć na wypadki przez ustawodawcę nieprzewidziane. Nie można bowiem z wyjątków ściśle określonych w ustawie czynić zasady ogólnej”. Argumentację tę należy uznać za trafną.

Sąd Najwyższy generalnie dopuszcza wydanie postanowienia wstępnego w postępowaniu nieprocesowym także w innych, niż wymienione uprzednio sprawach bądź w tych samych sprawach, lecz w innej sytuacji, gdy zachodzi możliwość i celowość orzeczenia wstępnego „co do samej zasady”¹⁶. Jest to jednak możliwe w warunkach, jakie odpowiadają wyrokowi wstępnemu, a więc, o ile przedmiotem postępowania jest zasądzenie świadczenia lub ustalenie, a dochodzone świadczenie jest sporne tak co do zasady jak i co do wysokości¹⁷.

Zawarta w art. 618 § 1 k.p.c. regulacja, dopuszczająca wydanie postanowienia wstępnego we wskazanych w tym przepisie przypadkach, odmiennych od objętych dyspozycją art. 318 § 1 k.p.c., wyłącza możliwość wydania – z powołaniem się na art. 318 § 1 w związku z art. 13 § 2 k.p.c. – postanowienia wstępnego w innych przypadkach, odbiegających od wchodzących w zakres art. 318 § 1 k.p.c., w szczególności wyłącza możliwość wydania postanowienia wstępnego, w sprawie o ustanowienie służebności przesyłu¹⁸.

Trafnie podniesiono w literaturze, że strukturę wyroku wstępnego determinuje możliwe rozgraniczenie dwóch sfer działalności jurysdykcyjnej, ustalenie samej zasady i w dalszym toku procesu orzeczenie sankcji polegającej – w wypadku uwzględnienia powództwa o oświadczenie – na jego zasądzeniu w uzasadnionej wysokości. Wydanie takiego wyroku zależy zawsze od uznania sądu, ma on charakter wyroku ustalającego w ramach procesu o zasądzenie; może mieć tylko treść pozytywną. Jeżeli zaś orzeczenie, co do zasady miałoby być negatywne, sąd wydaje wyrok końcowy oddalający powództwo. Nie można wydać wyroku wstępnego, gdy sporna jest tylko zasada roszczenia i nie zachodzi spór o jego wysokość lub gdy wysokość świadczenia ustalana jest *ex lege*.

Trafnie zatem SN skonkludował, że „jakkolwiek ani w literaturze ani w judykaturze nie budzi w zasadzie wątpliwości stanowisko, że w postępowaniu nieprocesowym można na ogólnych zasadach (art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) wydać postanowienie wstępne, niemniej odpowiednie stosowanie w tym wypadku tej instytucji procesowej nie może oznaczać jej rozszerzenia w drodze nieuprawnionej

¹⁶ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 maja 1967 r., III CZP 37/67, OSNC 1967, nr 11, poz. 198, post. z dnia 21 października 1999 r., I CKN 169/98, OSNC 2000 r., nr 5, poz. 86.

¹⁷ Tak też: W. Siedlecki, *Postępowanie nieprocesowe*, s. 76; idem, [w:] W. Berutowicz, Z. Resich (red.), *System*, t. II, s. 652; T. Misiuk, *Problemy integracyjne postępowania działowego*, cz. 2, s. 9; J. Gudowski [w:] T. Erciński (red.), *Kodeks*, t. III, 2012, s. 76; K. Korzan, *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2004, s. 181–183; B. Dobrzański [w:] Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks*, t. I, 1975, s. 804; J. Jodłowski [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks*, t. 3, s. 854–855; I. Kunicki, *Głosa do uchw. SN z 16.3.2007 r.*, III CZP 17/07, OSP 2009, Nr 9, s. 643; K. Markiewicz, *Zasady orzekania*, s. 166–173.

¹⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2004 r., IV CK 455/04, Biuletyn SN 2005, nr 2, s. 15.

wykładni”. Podnoszony w literaturze argument, że zasadą postępowania nieprocesowego jest brak sporu pomiędzy zainteresowanymi, przemawia tym bardziej za ścisłą wykładnią art. 318 § 1 k.p.c., w wypadku jego odpowiedniego stosowania do postanowień, co do istoty sprawy wydawanych w tym trybie, ale nie eliminuje stosowania tego przepisu. W związku z tym zasadnie krytykuje się tutaj wyrażone w literaturze przedmiotu stanowisko, że „argumentacja przeciwieństwa wymaga szczególnej ostrożności i usprawiedliwiona jest tylko tam, gdzie przemawiają za nią logiczne przesłanki, uprawniające do wniosku, że w tym kierunku zmierzała intencja ustawodawcy”¹⁹.

W literaturze przedmiotu wyrażono pogląd, że o tym czy dane zagadnienie może być przedmiotem orzekania w postanowieniu wstępnym jest jego istotność dla żądania głównego oraz potrzeba wydania orzeczenia końcowego, a przyjęcie takiej koncepcji oznacza potrzebę rozstrzygnięcia *ad casum* takiej możliwości do poszczególnych rodzajów spraw (np. w sprawie o ustanowienie drogi koniecznej) i niewystarczające jest posłużenie się argumentem o braku zależności „zasady i wysokości”²⁰. Stanowisko to, wydaje się zasadnie, Sąd Najwyższy uznał za nietrafne wskazując przede wszystkim na jego niezgodność z wiążącym zapatrywaniem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale składu siedmiu sędziów – zasadzie prawnej – z dnia 26 lutego 1968 r., III CZP 101/67 i jego przyjęcie dawałoby sądowi możliwość wydawania postanowień wstępnych w wielu sprawach pomimo braku wyrażonej w art. 318 § 1 k.p.c. przesłanki sporności zasady roszczenia i jego wysokości.

W uchwale tej przesadził, że w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku wydanie postanowienia wstępnego jest niedopuszczalne. Wyjaśnił w niej, że charakter i istota żądania stwierdzenia nabycia spadku sprzeciwia się podziałowi tego żądania na samą zasadę i wysokość, wobec czego art. 318 § 1 k.p.c. należy uznać za nieprzydatny w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku. Z uzasadnienia tej uchwały wynika zatem, że postanowienia wstępne rozstrzygające kwestie prejudycjalne mogą być wydawane tylko w postępowaniach działowych, a nie w innych sprawach rozpoznawanych w tym trybie, po drugie, aby w postępowaniu nieprocesowym możliwe było wydanie „klasycznego” postanowienia wstępnego muszą zostać spełnione wymagania przewidziane w art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. nie można instytucji postanowień wstępnych rozciągnąć na wypadki przez ustawodawcę nie przewidziane co oznacza, że nie można z wyjątków ściśle określonych w ustawie czynić zasady ogólnej²¹.

¹⁹ Tak B. Dobrzański w głosie do uchwały SN z dnia 9 maja 1967 r., III CZP 37/67, OSPiKA 1968, nr 2, poz. 30.

²⁰ Tak K. Markiewicz, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 318*, Legalis nb12; w tym zakresie por. K. Markiewicz, *Zasady orzekania*, s. 172–173; podobnie J. Gwiazdomorski, *Głosa do uchw. SN z 10.5.1967 r.*, III CZP 31/67, NP 1968, Nr 6, s. 1048, dostrzega taki punkt widzenia w uchw. SN z 9.5.1967 r., III CZP 37/67, OSNCP 1967, Nr 11, poz. 198; podobnie B. Dobrzański, *Głosa do uchw. SN z 9.5.1967 r.*, III CZP 37/67, OSPiKA 1968, z. 2, s. 65.

²¹ Por. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2013 r. I CSK 723/12.

PODSUMOWANIE

W postępowaniu nieprocesowym stosowanie przepisów o procesie jest stosowaniem odpowiednim i musi respektować specyfikę tego postępowania.

Postanowienia wstępne mają własny, samodzielny przedmiot orzekania, są samodzielnymi rozstrzygnięciami merytorycznymi zagadnień prejudycjalnych.

Odpowiednie stosowanie art. 318 k.p.c. w postępowaniu nieprocesowym jest dopuszczalne tylko w sytuacjach odpowiadających dyspozycji tego przepisu, to jest wówczas, gdy w sprawie rozpoznawanej w trybie nieprocesowym sąd przesłankowo musi ustalić istnienie określonego stosunku prawnego lub prawa i zasądzić roszczenie, a sporne są zarówno sama zasada, jak i wysokość roszczenia²².

Objęte na tle głosowanego orzeczenia zarzutem uczestnika prawo nabycia służebności przez zasiedzenie nie stanowi elementu podstawy roszczenia wnioskodawczyni o ustanowienie służebności przesyłu (art. 305¹ – 305² k.c.), a zatem taki stan faktyczny jak trafnie uznał SN nie realizuje hipotezy normy wynikającej z art. 318 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.

BIBLIOGRAFIA

- Broniewicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2008.
- Dobrzański B. [w:] Z. Resich, W. Siedlecki (red.), *Kodeks*, t. I, 1975, s. 804.
- Dobrzański B. w głosie do uchwały SN z dnia 9 maja 1967 r., III CZP 37/67, OSPiKA 1968, nr 2, poz. 30.
- Gudowski J. [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. III, Warszawa 2012.
- Gwiadzdomorski J., Glosa do uchw. SN z 10.5.1967 r., III CZP 31/67, NP 1968, Nr 6.
- Jagięła J., *Dopuszczalność wydania wyroku wstępnego. Zagadnienia wybrane*. Polski proces cywilny 2010, nr 1.
- Jodłowski J. [w:] J. Jodłowski, K. Piasecki (red.), *Kodeks*, t. 3.
- Korzan K.: *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1997.
- Korzan K., *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 2004.
- Krajewski J., *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1973.
- Kunicki L., Glosa do uchw. SN z 16.3.2007 r., III CZP 17/07, OSP 2009, Nr 9, s. 644.
- Madaj S., *Postępowanie nieprocesowe w sprawach małżeńskich*, Warszawa 1978.
- Manowska M. [w:] *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2015.
- Markiewicz K., *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 2013.
- Markiewicz K., *Kodeks postępowania cywilnego. Tom I. Komentarz do art. 318*, Legalis nb12.
- Misiuk T., *Problemy integracyjne postępowania działowego*, cz. 2, Palestra 1973, nr 7–8.
- Piasecki K., *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004.
- Siedlecki W., *Postępowanie nieprocesowe*, Warszawa 1988.
- Siedlecki W. [w:] J. Policzkiewicz, W. Siedlecki, E. Wengerek, *Postępowanie nieprocesowe*.
- Siedlecki W. [w:] W. Berutowicz, Z. Resich (red.), *System*, t. II.
- Stempniak A., *Postępowanie o dział spadku*, Warszawa 2010.
- Sychowicz M., *Postępowanie o zniesienie współwłasności*, Warszawa 1976.
- Sychowicz M., *Problematyka art. 618 K.P.C. (część I)*, NP. 1972, nr 1.

²² Por. uchwałę SN z dnia 16 marca 2007 r. III CZP 17/07, OSNC 2008, nr 2, poz. 20.

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 21 LIPCA 2016 R.
II CSK 604/15 DOPUSZCZALNOŚĆ WYDANIA PRZEZ SĄD
POSTANOWIENIA WSTĘPNEGO W POSTĘPOWANIU NIEPROCESOWYM

Streszczenie

W postępowaniu nieprocesowym stosowanie przepisów o procesie jest stosowaniem odpowiednim i musi respektować specyfikę tego postępowania.

Postanowienia wstępne mają własny, samodzielny przedmiot orzekania, są samodzielnymi rozstrzygnięciami merytorycznymi zagadnień prejudycjalnych.

Odpowiednie stosowanie art. 318 k.p.c. w postępowaniu nieprocesowym jest dopuszczalne tylko w sytuacjach odpowiadających dyspozycji tego przepisu, to jest wówczas, gdy w sprawie rozpoznawanej w trybie nieprocesowym sąd przesłankowo musi ustalić istnienie określonego stosunku prawnego lub prawa i zasądzić roszczenie, a sporne są zarówno sama zasada, jak i wysokość roszczenia.

Słowa kluczowe: postępowanie nieprocesowe, postanowienia wstępne

GLOSS ON THE SUPREME COURT JUDGEMENT OF 21 JULY 2016, II CSK 604/15.
ADMISSIBILITY OF ISSUING A PRELIMINARY RULING BY A COURT
IN A NON-LITIGIOUS PROCEDURE

Summary

The use of regulations on litigation in a non-litigious procedure is a corresponding application and must respect the specificity of that procedure. The preliminary rulings have their own independent object of adjudication and are independent substantial judgements on prejudicial issues. Adequate application of Article 318 of the Civil Procedure Code in a non-litigious procedure is admissible only in situations concerning that provision, i.e. when a court hearing a case in a non-litigious mode must, based on prerequisites, establish the existence of a given legal relationship or right and rule a compensation where the principle itself as well as the claim amount are a matter in dispute.

Key words: non-litigious procedure, preliminary rulings

NOTY O AUTORACH

- Piotr Krzysztof Sowiński dr hab., profesor w Zakładzie Prawa Karnego
Procesowego Uniwersytetu Rzeszowskiego
- Wojciech Jasiński dr, Katedra Postępowania Karnego Wydziału
Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu
Wrocławskiego
- Agnieszka Woźniak mgr, aplikant adwokacki Kujawsko-Pomorskiej Izby
Adwokackiej w Toruniu
- Remigiusz Wrzosek mgr, aplikant adwokacki Kujawsko-Pomorskiej Izby
Adwokackiej w Toruniu
- Łukasz Pilarczyk mgr, Katedra Prawa Karnego Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza
w Poznaniu
- Katarzyna Łucarz dr, adiunkt w Katedrze Prawa o Wykroczeniach
i Karnego Skarbowego Wydziału Prawa,
Administracji i Ekonomii Uniwersytetu
Wrocławskiego
- Joanna Brzezińska dr, Katedra Prawa Karnego Materialnego Wydziału
Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu
Wrocławskiego
- Edyta Wasilewska mgr, absolwent Uniwersytetu Warmińsko-
Mazurskiego w Olsztynie, prawnik w kancelarii
adwokackiej, doktorant na Wydziale Prawa
i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Dominika Harasimiuk dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Bartłomiej Opaliński dr, adiunkt w Katedrze Nauki o Administracji
Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego
w Warszawie
- Mariusz Nawrocki dr, Katedra Prawa Karnego Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego
- Małgorzata Szeroczyńska dr, prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie

- Ryszard A. Stefański prof. dr hab., kierownik Katedry Prawa Karnego
Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego
w Warszawie
- M. Sekuła-Leleno dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji
Uczelni Łazarskiego w Warszawie, starszy asystent
sędziego w Izbie Cywilnej Sądu Najwyższego

NOTES ON THE AUTHORS

- Piotr Krzysztof Sowiński Professor, Department of Criminal Proceedings Law of the University of Rzeszów
- Wojciech Jasiński PhD, Department of Criminal Procedure, Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław
- Agnieszka Woźniak MA, solicitor's apprentice, Kuyavian-Pomeranian Bar Association in Toruń
- Remigiusz Wrzosek MA, solicitor's apprentice, Kuyavian-Pomeranian Bar Association in Toruń
- Łukasz Pilarczyk MA, Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz University in Poznań
- Katarzyna Łucarz PhD, Assistant Professor, Department of Misdemeanour Law and Fiscal Law, Faculty of Law, Administration and Economics, University in Wrocław
- Joanna Brzezińska PhD, Department of Substantive Criminal Law, Faculty of Law, Administration and Economics, University in Wrocław
- Edyta Wasilewska MA, graduate of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn, lawyer in a law firm, doctoral student at Lazarski University in Warsaw
- Dominika Harasimiuk PhD, Assistant Professor, Faculty of Law and Administration, Lazarski University in Warsaw
- Bartłomiej Opaliński PhD, Assistant Professor, Department of Administration Studies, Faculty of Law and Administration, Lazarski University in Warsaw
- Mariusz Nawrocki PhD, Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration, University of Szczecin
- Małgorzata Szeroczyńska PhD, prosecutor, Regional Prosecutor's Office in Żyrardów

- Ryszard A. Stefański Professor, PhD, Head of the Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration, Lazarski University in Warsaw
- M. Sekuła-Lelono PhD, Assistant Professor, Faculty of Law and Administration, Lazarski University in Warsaw; senior assistant to a judge, Supreme Court Civil Chamber

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.
2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).
4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodę, 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/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/dla-autorow/>. Autorów artykułów 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, decyzje o publikacji tekstu podejmuje redaktor naczelny po konsultacji z redaktorem tematycznym.

LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW:

1. Prof. dr hab. Zbigniew Czarnik, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Rzeszowie
2. Prof. dr hab. Katarzyna Dudka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
3. Prof. dr hab. Jolanta Jakubowska-Hara, Zakład Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
4. Prof. dr hab. Jerzy Jaskiernia, Wydział Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach
5. Prof. dr hab. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, Wydział Prawa i Administracji WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie
6. Dr Dariusz Kala, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
7. Prof. dr hab. Tomasz Kalisz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
8. Prof. dr hab. Czesław Kłak, Wydział Prawa i Administracji WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej w Rzeszowie
9. Prof. dr hab. Violetta Konarska-Wrzosek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
10. Prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego
11. Dr Maria Jeż-Ludwichowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
12. Prof. dr hab. Mirosława Melezini, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu w Białymstoku
13. Prof. dr hab. Marek Mozgawa, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
14. Prof. dr hab. Hanna Paluszkievicz, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego
15. Dr Mateusz Pilich, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
16. Prof. dr hab. Maciej Rogalski, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarzskiego w Warszawie
17. Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego we Wrocławiu
18. Prof. dr hab. Jacek Sobczak, Wydział Prawa Uniwersytetu SWPS w Warszawie
19. Prof. dr hab. Sławomir Steinborn, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
20. Prof. dr hab. Krzysztof Ślebzak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
21. Prof. dr hab. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, Wydział Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II
22. Dr Sławomir Żółtek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

RECENZENCI ZAGRANICZNI

1. Prof. Regina Hučková, Wydział Prawa Uniwersytetu Pavla Jozefa Šafárika w Koszycach, Słowacja
2. Prof. dr hab. Maciej Małolepszy, Wydział Prawa Europejskiego Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy
3. Prof. Rodrigo Ochoa Figueroa, adwokat, Katedra Prawa Administracyjnego, Uniwersytet Michoacana San Nicolas de Hidalgo, Meksyk
4. Prof. Alembert Vera Rivera, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ekwador, adwokat Prezydenta Republiki Ekwador
5. Dr Katarzyna Krzysztyniak, adwokat, Czechy
6. Dr Miguel Bustos Rubio, Wydział Prawa Uniwersytetu w Salamance, Hiszpania

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. Wojciech Bieńkowski, Adam K. Prokopowicz, Anna Dąbrowska, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership. The 21st Century Agreement*, Warsaw 2015.
4. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
5. Jacek Brdulak, Ewelina Florczak, *Uwarunkowania działalności przedsiębiorstw społecznych w Polsce*, Warszawa 2016.
6. Piotr Brzeziński, Zbigniew Czarnik, Zuzanna Łaganowska, Arwid Mednis, Stanisław Piątek, Maciej Rogalski, Marlena Wach, *Nowela listopadowa prawa telekomunikacyjnego*, Warszawa 2014.
7. Hans Ephraïmson-Abt, Anna Konert, *New Progress and Challenges in The Air Law*, Warszawa 2014.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
10. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
11. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
12. Tomasz G. Grosse (red. nauk.), *Między polityką a rynkiem. Kryzys Unii Europejskiej w analizie ekonomistów i politologów*, praca zbiorowa, Warszawa 2013.
13. Jan Grzymiski, *Powrót do Europy – polski dyskurs. Wyznaczanie perspektywy krytycznej*, Warszawa 2016.
14. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
15. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
16. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
17. Marian Guzek, *Kapitalizm na krawędzi*, Warszawa 2014.
18. Marian Guzek, *Doktryny ustrojowe. Od liberalizmu do libertarianizmu*, Warszawa 2015.
19. Marian Guzek, *Przyszłość Kapitalizmu – cesjonizm*, Warszawa 2016.
20. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
21. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
22. Dominika E. Harasimiuk, Marcin Olszówka, Andrzej Zinkiewicz (red. nauk.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014.
23. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
24. „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, 1/2014, 2/2014, 3/2014, 4/2014, 1/2015, 2/2015, 3/2015, 4/2015, 1/2016, 2/2016, 3/2016, 4/2016, 1/2017, 2/2017.
25. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
 26. Sylwia Kaczyńska, Anna Konert, Katarzyna Łuczak, *Regulacje hiszpańskie na tle obowiązujących przepisów międzynarodowego i europejskiego prawa lotniczego*, Warszawa 2016.
 27. Anna Konert (red.), *Aspekty prawne badania zdarzeń lotniczych w świetle Rozporządzenia 996/2010*, Warszawa 2013.
 28. Anna Konert, *A European Vision for Air Passengers*, Warszawa 2014.
 29. Łukasz Konopielko, Michał Wołoszyn, Jacek Wytrębowski, *Handel elektroniczny. Ewolucja i perspektywy*, Warszawa 2016
 30. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
 31. Stanisław Koziej, *Rozmowy o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wywiadach i komentarzach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
 32. Stanisław Koziej, *Rozważania o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wystąpieniach i referatach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
 33. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
 34. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
 35. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
 36. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
 37. Michał Kuź, *Alexis de Tocqueville's Theory of Democracy and Revolutions*, Warsaw 2016.
 38. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
 39. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
 40. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
 41. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
 42. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
 43. „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, 1(44)2014, 2(45)2014, 3(46)2014, 4(47)2014, 1(48)2015, 2(49)2015, 3(50)2015, 4(51)2015, 1(52)2016, 2(53)2016, 3(54)2016, 4(55)2016, 1(56)2017, 2(57)2017.

44. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
45. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013.
46. Bartłomiej Opaliński, *Rola Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w procesie stanowienia ustaw na tle praktyki ustrojowej Konstytucji III RP*, Warszawa 2014.
47. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
48. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
49. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
50. Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2014.
51. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
52. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
53. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golat, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
54. Jacek Szymanderski, *Schyłek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
55. Jacek Sierak, Kamila Lubańska, Paweł Wielądek, Marcin Sienicki, Tetiana Kononenko, Ryma Alsharabi, Malwina Kupka, Bartłomiej Rutkowski, Bogdan Olesiński, Remigiusz Górniak, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 1: Województwa Polski Północnej, Zachodniej i Południowej*, Warszawa 2016.
56. Jacek Sierak, Anna Karasek, Angelika Kucyk, Oleksandr Kornijenko, Marcin Sienicki, Anna Godlewska, Agnieszka Boczkowska, Albina Łubian, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 2: Województwa Polski Wschodniej i Centralnej*, Warszawa 2016.
57. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.
58. 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 35 392
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl