

ISSN 1897-5577

# IUS NOVUM

VOL. 12  
NUMER 4  
2018

PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ

---

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI  
UCZELNI ŁAZARSKIEGO



ISSN 1897-5577

# IUS NOVUM

VOL. 12  
NUMER 4  
2018

PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ

DOI: 10.26399/IUSNOVUM.V12.4.2018

---

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI  
UCZELNI ŁAZARSKIEGO

WARSZAWA 2018

---

## RADA NAUKOWA / ADVISORY BOARD

President: Prof., Maria Kruk-Jarosz, PhD hab., Łazarski University in Warsaw (Poland)  
Prof. Sylvie Bernigaud, PhD hab., Lumière University Lyon 2 (France)  
Prof. Vincent Correia, PhD hab., University of Paris-Sud, University of Poitiers (France)  
Prof. Bertil Cottier, PhD hab., Università della Svizzera italiana di Lugano (Switzerland)  
Prof. Regina Garcimartín Montero, PhD hab., University of Zaragoza (Spain)  
Prof. Juana María Gil Ruiz, PhD, University of Granada (Spain)  
Prof. Stephan Hobe, PhD hab., University of Cologne (Germany)  
Prof. Brunon Hołyst, PhD hab., honoris causa doctor, Łazarski University in Warsaw (Poland)  
Prof. Michele Indelicato, PhD hab., University of Bari Aldo Moro (Italy)  
Prof. Hugues Kenfack, PhD hab., Toulouse 1 Capitole University of Toulouse (France)  
Rev. Prof. Franciszek Longchamps de Bériér, PhD hab., Jagiellonian University in Kraków (Poland)  
Prof. Pablo Mendes de Leon, PhD hab., Leiden University (Netherlands)  
Prof. Adam Olejniczak, PhD hab., Adam Mickiewicz University in Poznań (Poland)  
Prof. Ferdinando Parente, PhD, University of Bari Aldo Moro (Italy)  
Prof. Grzegorz Rydlewski, PhD hab., University of Warsaw (Poland)  
Prof. Vinai Kumar Singh, PhD hab., New Delhi, Indian Society of International Law (India)  
Prof. Gintaras Švedas, PhD hab., Vilnius University (Lithuania)  
Prof. Anita Ušacka, PhD hab., judge of the International Criminal Court in the Hague (Netherlands)  
Ewa Weigend, PhD, Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law in Freiburg (Germany)

---

## REDAKCJA / EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief: Prof. Ryszard A. Stefański, PhD hab., Łazarski University in Warsaw  
Secretary: Jacek Kosonoga, PhD hab., Professor of Łazarski University in Warsaw

### Członkowie / Members

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD, Dean of the Faculty of Law of the University of Huelva (Spain)  
Prof. Carmen Armendáriz León, PhD, Faculty of Law of the Complutense University of Madrid (Spain)

### Redaktorzy językowi / Linguistic Editors

Belarusian – Natallia Artsiomenka, English – Anna Sorówka-Łach,  
German – Martin Dahl, Polish – Maria Furman,  
Russian – Elwira Stefańska, French – Jadwiga Ziębowicz

### Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

Criminal law and procedure – Barbara Nita-Świątłowska, PhD hab., Professor of Cracow University of Economics  
Civil law – Helena Ciepła, PhD  
Administrative law – Prof. Stanisław Hoc, PhD hab.  
Constitutional law – Jacek Zalesny, PhD hab.  
International law – Dominika Harasimiuk, PhD  
Statistics – Krystyna Bąk, PhD

### Redaktor prowadzący / Executive Editor

Jacek Dąbrowski, PhD

---

Pełne teksty artykułów w języku polskim wraz ze spisem treści i streszczeniami w językach polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej:

<https://iusnovum.lazarski.pl/ius-novum-online/archiwum/>  
oraz w serwisie The Central European Journal of Social Sciences and Humanities: <http://cejsh.icm.edu.pl/>

Full texts of articles in the Polish language with the given issue contents and abstracts in Polish and English are available on:

<https://iusnovum.lazarski.pl/ius-novum-online/archiwum/>  
and the service of the Central European Journal of Social Sciences and Humanities: <http://cejsh.icm.edu.pl/>

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2018

ISSN 1897-5577

Tłumaczenie opublikowanych materiałów oraz redakcja anglojęzyczna czasopisma w latach 2017/2018 zostały sfinansowane z grantu przyznanego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (Decyzja nr 769/P-DUN/2017).

The translation of the publications and linguistic editing of the English version of this journal in 2017/2018 were financed from the grant awarded by the Polish Ministry of Science and Higher Education (Administrative decision 769/P-DUN/2017).



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:  
Dom Wydawniczy ELIPSA  
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warsaw  
tel. +48 22 635 03 01  
e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl), [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)

OFICyna WYDAWNICZA UCZELNI ŁAZARSKIEGO  
02-662 Warsaw, ul. Świeradowska 43  
tel. +48 22 54 35 450  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)  
[wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)

## SPIS TREŚCI

---

### ARTYKUŁY

<i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> Podstawowe elementy przestępstwa defraudacji podatkowej w Hiszpanii ..	7
<i>Carmen Garcimartín</i> Nieosiągalny model neutralności światopoglądowej państwa .....	34
<i>Maria Rogacka-Rzewnicka</i> Problematyka sprawców „niebezpiecznych” w badaniach i orzecznictwie sądowym. Próba identyfikacji zjawiska .....	48
<i>Julia Kosonoga-Zygmunt</i> Dopuszczenie do przebywania małoletniego w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia (art. 106 k.w.) .....	63
<i>Łukasz Chojniak</i> Prawo oskarżonego do odmowy złożenia zeznań w charakterze świadka w postępowaniu cywilnym i administracyjnym – spostrzeżenia na tle art. 182 § 3 k.p.k. ....	83
<i>Anna Konert, Mateusz Kotliński</i> „Czemu nie można latać dronem nad Kancelarią Premiera?” – odpowiedzialność karna i cywilna operatora drona w Polsce .....	98
<i>Ryszard Szalowski</i> Inspektor ochrony danych w świetle przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO) .....	116
<i>Piotr F. Piesiewicz</i> Odpowiedzialność za bezprawne publiczne udostępnianie utworów oraz za publiczne udostępnianie hiperlinków do takich utworów w serwisach społecznościowych .....	132
<i>Małgorzata Wąsek-Wiaderek</i> Wznowienie postępowania sądowego na podstawie art. 540b kodeksu postępowania karnego .....	146

G L O S A

*Piotr Poniatowski*

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r.,  
I KZP 11/16 (na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2017 r.,  
I KZP 3/17) ..... 160

Noty o Autorach ..... 176

## CONTENTS

---

### ARTICLES

<i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> The crime of tax fraud in Spain .....	7
<i>Carmen Garcimartín</i> The unattainable neutral State .....	34
<i>Maria Rogacka-Rzewnicka</i> Issue of “dangerous” perpetrators in research and case law .....	48
<i>Julia Kosonoga-Zygmunt</i> Allowing a minor to stay in circumstances dangerous for health (Article 106 MC) .....	63
<i>Łukasz Chojniak</i> Defendant’s right to refuse to testify as a witness in civil and administrative proceedings: observations in view of Article 182 §3 CPC .....	83
<i>Anna Konert, Mateusz Kotliński</i> “How come I cannot fly a drone above the Prime Minister’s Office?” – criminal and civil liability of a drone operator in Poland .....	98
<i>Ryszard Szalowski</i> Data protection officer in the light of the provisions of the General Data Protection Regulation (GDPR) .....	116
<i>Piotr F. Piesiewicz</i> Liability for unlawful making protected works available to the public and for providing hyperlinks to such works on social networking websites ....	132
<i>Małgorzata Wąsek-Wiaderek</i> Reopening of court proceedings based on Article 540b Criminal Procedure Code .....	146

G L O S S

*Piotr Poniowski*

Gloss on the Supreme Court ruling of 19 January 2017, I KZP 11/16

(with reference to the Supreme Court judgement of 21 June 2017,

I KZP 3/17) ..... 160

Notes on the Authors ..... 177

# PODSTAWOWE ELEMENTY PRZESTĘPSTWA DEFRAUDACJI PODATKOWEJ W HISZPANII

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.32/j.c.ferre.olive

## 1. WPROWADZENIE

Owoce długiej ewolucji ustawodawczej są przestępstwa w hiszpańskim systemie karnym, które chronią Skarb Państwa i ubezpieczenia społeczne, czyny bezprawne, które zostały nazwane w literaturze jako „oś ekonomicznego prawa karnego”<sup>1</sup>. Te interesy prawnie chronione, które nie były znane prawu karnemu do całkiem niedawna, w praktyce stały się jedną z dziedzin prawa karnego, która rozwija się najbardziej dynamicznie. Niemożliwe jest omówienie w artykule wszystkim problemów, które stwarzają te przestępstwa<sup>2</sup>. Dlatego też analiza ogranicza się do podstawowych aspektów przestępstwa defraudacji podatkowej (art. 305 hiszpańskiego kodeksu karnego, zwanym dalej h.k.k.)<sup>3</sup>.

---

\* profesor prawa karnego, Dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Huelwie, Hiszpania, e-mail: jcferreolive@gmail.com

<sup>1</sup> M. Bajo Fernández [w:] M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt, 2000, s. XIII.

<sup>2</sup> Zobacz szerzej J.C. Ferré Olive, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Walencja 2018.

<sup>3</sup> Artykuł 305 ust. 1 kodeksu karnego „Kto działaniem lub zaniechaniem defrauduje Skarb Państwa państwowy, autonomiczny, uprzywilejowanych regionów lub lokalny, unikając płacenia podatków, kwot zatrzymanych lub kwot należnych zaliczek, otrzymując nienależnie zwrot lub korzystając z przywilejów podatkowych w ten sam sposób, o ile kwota zdefraudowana, kwota niewpłaconych kwot zatrzymanych lub zaliczek lub zwrotów lub przywilejów podatkowych nienależnie otrzymanych lub wykorzystanych przewyższa sto dwadzieścia tysięcy euro, podlega karze więzienia od roku do pięciu lat i grzywnie od tej kwoty jej sześciusetkrotności, chyba że uregulowano sytuację podatkową na zasadach przewidzianych w ustępie 4 niniejszego artykułu. Zwykle przedstawienie deklaracji podatkowych nie wyłącza defraudacji, kiedy ta zostaje uwiarygodniona innymi zdarzeniami. Oprócz wskazanych kar, nakłada się na odpowiedzialnego karę utraty możliwości otrzymania subwencji lub pomocy publicznej oraz prawa do korzystania z przywilejów lub zachęt podatkowych lub z Ubezpieczeń Społecznych na okres od trzech do sześciu lat”.



## 2. STOSUNEK PRAWNO-PODATKOWY

Dla wystąpienia przestępstwa defraudacji podatkowej wymagane jest, by sprawca miał jeden lub kilka obowiązków podatkowych i był w związku z tym związany z administracją podatkową stosunkiem prawnopodatkowym<sup>4</sup>. Jest to bardzo istotna przesłanka, bowiem wobec braku takiego stosunku można było ten czyn ścigać jako przestępstwo przeciwko mieniu. Ma to miejsce np. gdy sprawca oszukuje administrację podatkową, wnosząc o zwrot niezapłaconych kwot podatku od towarów i usług (VAT), mimo że nie miał żadnego obowiązku podatkowego. Art. 305 ust. 1 h.k.k., który reguluje defraudację podatkową funkcjonuje jak przepis blankietowy. Oznacza to, że aby sprawdzić, czy wypełnione są jego znamiona (defraudacja poprzez uchylanie się od zapłaty podatków lub nieuprawnione korzystanie z ulg podatkowych itp.) należy ustalić, czy naruszone zostały w konkretnej sprawie obowiązki podatkowe wynikające z ustaw podatkowych. Pozwala to na ustalenie, czy istnieje stosunek prawno-podatkowy łączący jego strony, tj. administrację podatkową, podatnika lub jego pełnomocnika z czynnością podlegającą opodatkowaniu, z której wynika niespełniony obowiązek podatkowy<sup>5</sup>. Do konkretyzacji tego typu mają zastosowanie przepisy ogólnej ustawy podatkowej lub ustaw regulujących poszczególne podatki, które są niezbędne do zidentyfikowania obowiązku podatkowego i jego wysokości na podstawie kryterium faktycznego i ocenego<sup>6</sup>. Wśród obowiązków materialnych podatnika wyróżnia się zapłatę należnego podatku (art. 19 ogólnej ustawy podatkowej, dalej zwanej u.p.) oraz przyczynianie się do utrzymywania wydatków publicznych (art. 31 ust. 1 Konstytucji Hiszpanii), które są egzekwowane przez administrację podatkową. Istnieją także inne obowiązki, jak pobieranie zaliczek i wpłaty na konto. Z drugiej strony istotne są obowiązki formalne, a mianowicie obowiązek składania w czasie w konkretny sposób deklaracji podatkowych, które pozwalają określić należny podatek oraz prowadzenia w określonym wypadku księgowości, z której również wynikają obowiązki podatkowe. Rozwinięta w ostatnich dekadach umasowienie (wielość) podatkowa utrudnia lub uniemożliwia wyczerpującą kontrolę indywidualnej sytuacji podatkowej każdego podatnika. Taki stan rzeczy wymaga uogólnienia obowiązków, które stają się istotą wspomnianego stosunku prawno-podatkowego. Stosunek ten o charakterze administracyjnym obejmuje ustalenie i pobranie należnych podatków<sup>7</sup>.

Do wystąpienia przestępstwa z art. 305 h.k.k. wymagane jest naruszenie obowiązku podatkowego i z tego powodu jest ono związane ze znaczeniem pojęcio-

---

<sup>4</sup> C. Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5<sup>o</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, s. 622; F. Morales Prats, *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10<sup>a</sup> ed., Ed. Aranzadi, Navarra 2016, s. 1042; I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado delito fiscal del art. 305 del Código Penal*, [w:] E. Octavio de Toledo (dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia 2009, s. 98.

<sup>5</sup> F. Pérez Royo, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madryt 1986, s. 79.

<sup>6</sup> Por. C. Martínez Buján-Pérez, *Derecho Penal económico. Parte Especial...*, op. cit., s. 622 i nast.

<sup>7</sup> Por. I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 99 i nast.

wym używanym przez prawo podatkowe, które precyzyjnie – za pośrednictwem ustaw i rozporządzeń – ustanawia obowiązki dla podatników<sup>8</sup>. W szczególności chodzi o obowiązki powiadomienia o danych istotnych z punktu widzenia podatkowego organów odpowiedzialnych za pobieranie podatków (obowiązki formalne) oraz obowiązek zapłaty (obowiązek materialny)<sup>9</sup>.

Umasowienie podatkowe sprawia, że kontrola ze strony administracji jest uciążliwa i skomplikowana. Wykorzystuje się system samorozliczania, który wymaga od podatników skomplikowanych czynności prawnych, przekraczających możliwości większej części społeczeństwa, albo wymusza poniesienie istotnych kosztów na doradztwo podatkowe, aby wywiązać się z powinności podatkowych.

### 3. POJĘCIE OSZUSTWA

Zachowanie sprawcze polega na oszukańczym działaniu lub zaniechaniu, które stwarza lub zwiększa ryzyko i wymaga skutku materialnego oraz skutku prawnego polegającego na oddziaływaniu na pośredni przedmiot ochrony (funkcjonowanie Skarbu Państwa) poprzez bezpośredni zamach na bliski przedmiot ochrony (podstawa opodatkowania). Jak zasadnie twierdzi się w doktrynie<sup>10</sup>, wymóg oszustwa wynika bezpośrednio z pojęcia majątkowego przedmiotu ochrony. Jeżeli chroni się majątek Państwa, ochrona ta powinna, w zakresie ochrony własności, być dookreślona w celu uniknięcia niedopuszczalnego więzienia za długi. Można także przytoczyć inny argument, który oddala się od ochrony majątku państwowego i interpretuje pojęcie oszustwa dla celów karnopodatkowych, przyjmując w ten sposób nową charakterystykę z perspektywy przestępstw gospodarczych<sup>11</sup>. Niemniej różnie podchodzi się do wymogu oszustwa: teza oszustwa oraz teza naruszenia obowiązku są najbardziej znaczące. Niezależnie od przyjętego stanowiska, istnieje pewna jednomyślność dotycząca stwierdzenia, że zwykle niezapłacenie należności nie oznacza automatycznie istnienia przestępstwa oszustwa podatkowego<sup>12</sup>. W doktrynie co do znaczenia oszustwa prezentuje się teorie:

- 1) oszustwa, które jest wyraźnie podobne do przestępstwa wyłudzenia. Wiele autorów twierdzi, że konieczne jest oszustwo dla wystąpienia przestępstwa defrau-

<sup>8</sup> Por. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5<sup>o</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, s. 322.

<sup>9</sup> Por. F. Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989, s. 103.

<sup>10</sup> J. Bustos Ramírez, *Bien jurídico y tipificación de la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública*, [w:] *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 1987, s. 32.

<sup>11</sup> O przedmiocie ochrony zobacz szerzej: J.C. Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 109 i nast.; J.C. Ferré Olivé, *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, „Revista Penal” 33, 2014.

<sup>12</sup> A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas*, Barcelona 2008, s. 15. W latach 80. pojedynczo broniono poglądu, że przestępstwa te również obejmowały „nieposłuszeństwo cywilne”, to znaczy, umyślny opór wobec zapłaty podatku, który przestępca uznawał; tak uważał C. Lamarca, *Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*, RDFHP, 1985, s. 773 i nast. Niemniej, moim zdaniem, nie można karać za takie zachowania, gdyż nie godzi w przedmiot ochrony, to znaczy, ustalenie podatku. Zna się dokładnie należną kwotę, co otwiera możliwość egzekucji na drodze administracyjnej.

dacji podatkowej, tj. musi być obecny podstęp lub fortel, chodzi o prawdziwą *mise en scène*<sup>13</sup>. W ten sposób, chodzi o coś więcej niż spowodowanie szkody ekonomicznej lub naruszenia obowiązku natury podatkowej. Wymagana jest operacja w postaci wprowadzenie w błąd administracji, stosowny uszczerbek w majątku oraz szczególny zamiar oszustwa. W związku z tym nie zalicza się do tego przestępstwa zwykłego niewywiązywanie się ze zobowiązań, w których brak jest oszustwa. W tym kontekście trudno byłoby zaliczyć do tego typu przestępstwa oszustwa z zaniechania. Niektórzy zwolennicy oszustwa twierdzą, że nie ma przestępstwa w przypadku niezłożenia deklaracji podatkowej, jeżeli szkoda dla administracji wynika z lenistwa lub niedbałości administracji przy sprawdzaniu należnego podatku<sup>14</sup>. C. Martínez-Buján Pérez jest jej zwolennikiem, z tym że jego pogląd jest zbliżony do teorii naruszenia obowiązku. Dla niego jest wymagane oszustwo, którego cechy nie są całkowicie zgodne ze strukturą przestępstwa wyłudzenia, jednak wymaga coś więcej niż zwykłe niewykonanie obowiązku. Oszustwo wymaga zachowania zdolnego do oddziaływania na przedmiot ochrony, „ukrywanie podstawy lub zasadniczych danych, które może spowodować uniemożliwienie lub utrudnienie obliczenia podatku”<sup>15</sup>;

- 2) naruszenia obowiązku. Uważa się, że art. 305 ust. 1 h.k.k. nie wymaga żadnego konkretnego oszustwa, tylko umyślnego spowodowania szkody majątkowej Skarbowi Państwa z pogwałceniem materialnych obowiązków wynikających ze stosunku prawnopodatkowego<sup>16</sup>. Z tego też względu ogranicza się jego zakres do naruszenia obowiązków materialnych, kojarzonych konkretnie z naruszeniem obowiązku zapłaty. Chodzi o przestępstwo skutkowe, które skonkretyzowane jest w szkodzie majątkowej powstałej w wyniku naruszenia obowiązku. Wymagane są wszelkiego rodzaju zachowania, działania lub zaniechania, o ile naruszenie obowiązku związane jest ze spowodowaniem stypizowanego skutku. W niektórych wypadkach można dopatrzeć się zachowań oszukańczych. Jednak oszustwo nie jest niezbędne, jako że przestępstwo polega na naruszeniu obowiązku podatkowego z którego wynika szkoda majątkowa. Nie jest wymagane

---

<sup>13</sup> G. Rodríguez Mourullo, *El nuevo delito fiscal*, [w:] *Comentarios al Código Penal*, Madryt 1983, s. 261; M. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, vol. 2, Madryt 1987, s. 431; M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 48; J. Boix Reig i J. Mira Benavent, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Walencja 2000, s. 48; J. Boix Reig i V. Grima Lizandra, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] J. Boix Reig (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III, Madryt 2012, s. 18 i nast.; F. Morales Prats, *De los delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 1049, autor, który uznaje, że kłamstwo nie jest konieczne przy zaniechaniu. Podobnie M. Acale Sánchez i G. González Agudelo, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] J.M. Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo IV, 2<sup>a</sup> ed., Madryt 2016, s. 203.

<sup>14</sup> M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 53.

<sup>15</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial...*, *op. cit.*, s. 624.

<sup>16</sup> Tak kiedyś twierdziłem. I. Berdugo Gómez de la Torre i J. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona 1994, s. 49 i nast. Twierdzą tak również, między innymi, F. Pérez Royo, *Los delitos y las infracciones...*, *op. cit.*, s. 113; E. Gimbernat, *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, *Rev. Poder Judicial*, n° especial IX 1989, s. 352.

ani oszustwo, ani podstęp, ani *mise en scène*<sup>17</sup>. Zwolennicy tego poglądu twierdzą, że pojęcie karne defraudacji nie jest jednoznaczne, bowiem nabiera innego znaczenia w zależności od kontekstu wyznaczonego przez przedmiot ochrony. Zatem, aby mówić o defraudacji wystarczy naruszyć obowiązek podatkowy, powodując szkodę, co czyni sprawca, który manipuluje danymi składającymi się na podstawie opodatkowania jak i ten, kto wie o obowiązku złożenia zeznania i go nie składa.

Innymi słowy, przestępstwo defraudacji podatkowej zachodzi nawet w wypadku, gdy administracja podatkowa nie jest oszukana. Może to mieć miejsce np. wówczas gdy administracja wiedziała o kwocie należnego podatku. Wiedza lub jej brak o oszustwie przez właściciela przedmiotu ochrony (administracji podatkowej) jest bez znaczenia i nie odgrywa żadnej roli.

Moim zdaniem, w przestępstwie oszustwa podatkowego „oszukać” oznacza „ukrywać”. Uważam, że wymóg oszustwa oznacza naruszenie obowiązku formalnego, który materializuje się w ukryciu lub defiguracji podstawy opodatkowania, co uniemożliwia określenie kwoty podatku (brak wiedzy o jego wielkości)<sup>18</sup>. Chodzi o ukrycie czynności podlegającej opodatkowaniu poprzez zatajenie prawdy i za pomocą zachowania polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania doprowadzenie do naruszenia przedmiotu ochrony Skarbu Państwa. Nie jest konieczne zaistnienie oszustwa w znaczeniu rozumianym przy przestępstwie wyłudzenia, jak i może być brak chęci oszustwa<sup>19</sup>. Do tej konkluzji prowadzi to, że ustawodawca hiszpański nieszczęśliwie użył sformułowania defraudacja. Nieścisłość techniki wynika z błędnej oceny przedmiotu ochrony. Ustawodawca miał na celu ochronę Skarbu Państwa, stosując kryteria majątkowe, a poprawne byłoby zastosowanie innych kryteriów, bardziej stosownych do natury społecznoekonomicznej tego dobra prawnego. Przy budowaniu typu przestępstwa na podstawie defraudacji, wydaje się, że przyjęto „model wyłudzenia”, co znaczy, że wymaga się, by sprawca dokonał oszustwa, miał zamiar oszustwa oraz spowodował zmianę i szkodę majątkową. Jest to całkowicie niecodzienne wyłudzenie, bowiem w przestępstwie wyłudzenia chodzi o zachowanie oszukańcze dotyczące obcego majątku, defraudacja podat-

<sup>17</sup> L. Gracia Martín, *La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma*, C, REDF nr 58, 1988, s. 275 i nast.

<sup>18</sup> Na temat tego punktu widzenia F. Pérez Royo, *Delito fiscal y ocultación*, [w:] M. Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 2007, s. 223 i nast.; I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 106; J.A. Choclán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Barcelona 2011, s. 94 i nast.; J.M. Martín Queralt i inni, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 25<sup>a</sup> ed., Madryt 2014, s. 597. Podobnie uważa odnośnie defraudacji przeciwko ubezpieczeniom społecznym – M. Bustos Rubio, *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Walencja 2016, s. 56. Uważam, że nie jest zbyt oddalony od niego pogląd (ukryć lub zniekształcić podstawę opodatkowania) A. Nieto Martín, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando*, [w:] *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Tecnos, Madryt 2015, s. 316.

<sup>19</sup> Zwolennikiem poglądu, który wymaga wystarczającego oszustwa w znaczeniu stosowanym w przestępstwie wyłudzenia jest J.A. Choclán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal...*, *op. cit.*, s. 98. Próbuje zbliżyć ukrycie do oszustwa: I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 115.

kowa zaś zachodzi we własnym majątku, gdyż zobowiązanie podatnika nastąpiło wcześniej i zawarte jest w jego własnym majątku<sup>20</sup>.

W literaturze dochodzi się do wniosku, że konieczne jest naruszenie obowiązku, który jest elementem nieodzownym, ale niezwiązanym z obowiązkami materialnymi a tylko z formalnymi, które zabraniają ukrywania podstaw opodatkowania. Wymóg naruszenia obowiązku nie powinien być stosowany mechanicznie<sup>21</sup> oraz na podstawie braku zapłaty w celu uzasadnienia odpowiedzialności karnopodatkowej. Z powyższego wynikają podstawowe cechy treści czasownika oszukać w zakresie prawa karnego podatkowego. Dlatego uważam, że zwyczajne niewypełnienie obowiązku podatkowego nie oznacza defraudacji, a wymaga się czegoś więcej. Chodzi o stworzenie lub zwiększenie ryzyka wystąpienia skutku, to znaczy o ukrycie podstaw opodatkowania, które później materializuje się za pośrednictwem określonych form zachowań, jak unikanie zapłaty, niesłuszne otrzymanie zwrotu lub niesłuszne korzystanie z ulg podatkowych. Z tego wszystkiego powinna wynikać nieokreśloność podatku należnego.

Defraudacja podatkowa nie jest związana bezpośrednio z przesłankami wyłudzenia, posiada własne znaczenie i własny byt w prawie karnym podatkowym. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że zachowanie oszukańcze z art. 305 k.k. związane jest bezpośrednio z naruszeniem obowiązku deklaracji i informacji, który ciąży na oszucie podatkowym, „belka, na której opiera się budynek w nakładaniu podatków”<sup>22</sup>. Jeżeli podstawy opodatkowania nie są ukrywane lub dekonfigurowane i operacje są dozwolone i ujawnione w księgowości, w całej dokumentacji firmy oraz w deklaracjach podatkowych oraz nic nie wynika z kontroli podatkowej, to wówczas nie można mówić o defraudacji, gdyż nie dochodzi do ukrycia. Z powyższego wynika, że:

- zwykle niezapłacenie należnego podatku nie jest wystarczające, by popełnić przestępstwo oszustwa podatkowego<sup>23</sup>;
- nie jest wymagane oszustwo, fortel, mise en scène, zachowanie z zaniechania (przypisanie zaniechaniu złożenia deklaracji podatkowej charakteru oszukańczego)<sup>24</sup>;
- nie są wymagane elementy podmiotowe związane z zamiarem. Należy mieć na uwadze, że masowe zarządzanie podatkami nie zawsze może być kontrolowane przez administrację. Szczególna chęć działania podmiotu nie ma znaczenia, wystarczy tylko stwierdzić zamiar ukrycia podstawy opodatkowania, niezależnie od jakiegokolwiek innego celu, którego można by dowodzić;
- prawo karne nie powinno wkraczać w sytuacji, gdy administracja podatkowa wie o wierzytelności, która nie została ukryta przez podatnika, jego pełnomoc-

<sup>20</sup> J. Bustos Ramírez, *Bien jurídico y tipificación...*, op. cit., s. 33.

<sup>21</sup> Tak twierdzi F. Pérez Royo, *Delito fiscal y ocultación...*, op. cit., s. 223.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 108; J. Boix Reig i V. Grima Lizandra, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 19; E. Mestre Delgado, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] C. Lamarca (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Madryt 2016, s. 553.

<sup>24</sup> A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas...*, op. cit., s. 57.

nika lub osoby działającej w jej imieniu<sup>25</sup>, bowiem podatek nie został określony. Oszukać w tym znaczeniu oznacza, że zachowanie polegające na działaniu lub zaniechaniu powoduje, że administracja nie ma wiedzy o podstawie opodatkowania. Jakie są zatem przesłanki, aby mówić o braku wiedzy ze strony administracji? Jeżeli tylko wymagana jest potencjalna wiedza, to za pomocą nowych technologii i możliwości wymiany danych administracja podatkowa może potencjalnie wiedzieć o wszystkim i sprawić, by przestępstwo to przeciwko Skarbowi Państwa stało się niewykonalne. Wobec umasowienia i milionów danych, które istnieją, należy wykazać, że administracja posiadała rzeczywistą wiedzę o danych podatkowych podatnika, aby wyłączyć oszustwo, na podstawie własnych działań podatnika. I tak na przykład, nie jest przestępstwem fakt niezapłacenia podatków, które znajdują się w „projekcie deklaracji” podatku od dochodu osób fizycznych, które zbiera urząd skarbowy i znajdują się one do dyspozycji podatnika<sup>26</sup>. Wyczerpuje znamiona przestępstwa oszustwa podatkowego ukrywanie przez podatnika czynności podlegających opodatkowaniu, nawet gdyby administracja była w stanie sama je sprawdzić<sup>27</sup>;

- nie jest wymagany błąd administracji, który byłby wymagany z perspektywy teorii oszustwa. W naszym systemie, którego podstawą jest samodzielne wyliczanie podatku, zarządzanie podatkami ciąży w znacznej mierze na podatniku, a zadaniem administracji jest kontrola, sprawdzenie i weryfikacja, dlatego zabronione powinno być ukrycie lub pozorowanie czynności podlegającej opodatkowaniu i jej rozmiaru, zachowanie stwarzające ryzyko spowodowania skutku, niezależnie od ewentualnego błędu ze strony pokrzywdzonego przestępstwem<sup>28</sup>.

Moim zdaniem, niewykonanie formalnego obowiązku jest zasadnicze dla treści przestępstwa i oszustwa; jeżeli deklaracja jest prawidłowa i brak jest wpłaty bez ukrycia należnych kwot, wówczas nie jest spełniona przesłanka defraudacji<sup>29</sup>.

Nie ma również oszustwa, w wypadku, gdy dane są prawidłowe oraz istnieją różnice w obliczeniach lub operacjach zrealizowanych w obliczaniu podatku, które nawet mogą być uzasadnione inną oceną prawną stosowanych przepisów podatkowych. Oczywiście, trudność zrozumienia przepisów podatkowych może prowadzić do błędu, niemniej również w tym wypadku brak jest przesłanki oszustwa. Jak trafnie twierdzi się: „[o]peracje arytmetyczne lub stosowanie przepisów nie mają tajemnic. Albo są prawidłowe albo błędne; w tym ostatnim przypadku, jeżeli są błędne, poprawiane są przez osobę uprawnioną do tego, tj. administrację podatkową, bez konieczności zwracania się o to do sędziego”<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> F. Pérez Royo, *Delito fiscal y ocultación...*, op. cit., s. 224; J.A. Choclán Montalvo, *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Ed. Bosch, Barcelona 2003, s. 187; J.A. Choclán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal...*, op. cit., s. 108; E. Mestre Delgado, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 554.

<sup>26</sup> A. Nieto Martín, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social...*, op. cit., s. 317.

<sup>27</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Madryt 1995, s. 45; I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 117.

<sup>28</sup> I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 121 i nast.

<sup>29</sup> E. Mestre Delgado, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 554.

<sup>30</sup> F. Pérez Royo, *Delito fiscal y ocultación...*, op. cit., s. 227 i nast.



Co się tyczy strony przedmiotowej, chodzi o przestępstwo, którego skutkiem jest nieoznaczenie podstawy opodatkowania, należy więc sprawdzić kryteria obiektywnego przypisania skutku<sup>31</sup>. Jak słusznie zauważa się, zasadnicze znaczenie ma cel ochrony przepisu. Innymi słowy, cel przewidziany przez art. 305 h.k.k. nie jest tożsamy z celem przestępstwa wyłudzenia. Wskazuje się, że przepis ten ma na celu, by „w konsekwencji naruszenia obowiązku podatnika, kompetentny organ administracji podatkowej czuł się obowiązany do dokonania przez siebie czynności sprawdzających i zbadania danych, których podanie przez podatnika jest przewidziane wyraźnie w ustawie, a których brak w deklaracji sprawia, że organ ten czuje się zmuszony do dokładnego obliczenia należnego podatku”<sup>32</sup>.

#### 4. SPRAWSTWO I POMOCNICTWO

Sprawcą przestępstwa podatkowego może być tylko ten, kto oszukuje Skarb Państwa, czyli ten, kto prawnie i faktycznie może tak się zachować<sup>33</sup>. Chodzi konkretnie o dłużnika podatkowego (podatnika lub jego zastępcę) oraz o pozostałych zobowiązanych podatkowo (art. 35 ust. 2 u.p.). Jest to bowiem przestępstwo indywidualne<sup>34</sup>, które może być popełnione tylko przez tego, kto posiada szczególne cechy lub warunki, w tym wypadku zobligowanego stosunku prawnopodatkowego natury materialnej<sup>35</sup>.

Tym samym, sprawcami przestępstwa mogą być tylko osoby wymienione w art. 35 i nast. u.p. Spośród nich wyróżnia się:

- podatnika, tj. podmiot, który dokonuje czynności podlegającej opodatkowaniu (art. 36 ust. 2 u.p.). Głównym zobowiązanym stosunkiem prawnopodatkowym jest osoba, na której ciążyą materialne i formalne obowiązki przewidziane w ustawodawstwie podatkowym. Podatnikiem jest osoba, na której ciążyą przewidziany, konkretny obowiązek podatkowy. Jest to ten, kto otrzymuje dochód lub korzyść w przypadku podatków bezpośrednich (podatek dochodowy od osób fizycznych – IRPF; podatek od spółek – IS; podatek od dochodu osób niebędących

---

<sup>31</sup> I. Ayala Gómez, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 110. Słusznie twierdzi, że ograniczenie zachowań zdolnych do naruszenia przedmiotu ochrony tego przestępstwa należy do strony przedmiotowej.

<sup>32</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial...*, op. cit., s. 627.

<sup>33</sup> J.C. Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 177 i nast.

<sup>34</sup> I. Berdugo Gómez de la Torre i J.C. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario...*, op. cit., s. 39; J. Bustos Ramírez, *Bien jurídico y tipificación...*, op. cit., s. 33; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial...*, op. cit., s. 636; M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 81; F. Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 21<sup>a</sup> ed., Ed. Tirant lo Blanch, Walencja 2017, s. 901; L. Morillas Cueva, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] L. Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Dykinson, Madryt 2016, s. 805; J. Boix Reig i V. Grima Lizandra, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 18.

<sup>35</sup> Istotna część doktryny uznaje, że chodzi jednak o przestępstwo powszechne: J. Boix Reig, i J. Mira Benavent, *Los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 51; J.L. Serrano González de Murillo i E. Cortés Bechiarelli, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 2002, s. 21.

rezydentami – IRNR), Sprawcą przestępstwa oszustwa podatkowego może być indywidualny podmiot.

W przypadku podatków pośrednich, a konkretnie VAT-u, problematyka ta komplikuje się. Jest to podatek, który opodatkowuje konsumpcję. Niemniej, podatnikiem tego podatku nie jest ostateczny konsument, tylko ten, kto dostarcza towary lub świadczy usługi, pomimo że kwota podatku obciąża ostatecznego konsumenta. Jak twierdzi się w doktrynie, sytuacja ta spowodowana jest mechanizmem podatku, w myśl którego podatnik nawet może być zmuszonym do wcześniejszego uiszczenia podatku VAT, zanim otrzymał jego zapłatę<sup>36</sup>. Chodzi o płatnika. Należy jednak mieć na uwadze, że pojęcie podatnika i obowiązane obowiązkami podatkowymi posiada charakter normatywny przewidziany przez ustawę podatkową ze szczególnymi uregulowaniami<sup>37</sup>;

- zastępcę podatnika, czyli osobę, która zgodnie z przepisami ustawy i zamiast podatnika jest zobowiązana do wywiązania się z głównego obowiązku podatkowego (art. 36 ust. 3 u.p.). Podatnik dokonuje czynności podlegającej opodatkowaniu i jest pierwszym obowiązany do wypełniania bezpośrednio swoich obowiązków podatkowych. Zastępca pojawia się w związku z podatkami szczególnymi, w bardziej złożonym stosunku prawnym, w którym znajdują się trzy podmioty: administracja, podatnik (który w tym wypadku jest zastąpiony) i jego zastępca. Wymagane są dwie przesłanki: po pierwsze, by podatnik rzeczywiście dokonał czynności podlegającej opodatkowaniu; po drugie, by jego zastępca był prawnie zobowiązany do bezpośredniej zapłaty Skarbowi Państwa kwoty podatku. Jego obowiązek zapłaty znosi obowiązek podatnika, o ile został wykonany. Instytucja zastępcy pozwala administracji umożliwić lub polepszyć zarządzanie określonymi podatkami, pozwalając w ten sposób na ich uzyskanie. Zastępcę należy odróżnić od płatnika, gdyż jego zobowiązanie jest autonomiczne od osoby, od której potrąca się zaliczkę na podatek i jest niezależne od głównego obowiązku podatkowego;
- sprawcami mogą być także pozostali obowiązani podatkowi (art. 35 ust. 2 u.p.). Chodzi o płatnika, którym jest podmiot obowiązany potrącać i wpłacać zaliczki do administracji podatkowej na poczet odpowiedniego podatku, który ciąży na innych obowiązanych podatkowo, np. płatnik podatku dochodowego od osób fizycznych IRPF (art. 37 ust. 1 u.p., art. 98 ustawy o podatku dochodowego od osób fizycznych itp.)<sup>38</sup>. Jego zobowiązanie jest niezależne od podatnika lub

<sup>36</sup> L.M. Alonso González, *Fraude y delito fiscal en el IVA: Fraude carrusel, truchas y otras tramas*, Madryt 2008, s. 112 i nast.

<sup>37</sup> Może zwracać uwagę fakt, że w niektórych wypadkach przepisy zmieniają podatnika, stwarzając tym samym możliwe pomyłki dotyczące tego, kto może być odpowiedzialny za przestępstwo podatkowe. Ma to miejsce na przykład w odwróceniu podatnika, który prowadzi konkretną działalność handlową, jak kupno-sprzedaż złomu, art. 84 ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT, w myśl którego normalnie podatnikiem jest sprzedawca; nie dokonuje czynności podlegającej opodatkowaniu, tylko dokonuje jej kupujący. Zob. szerszej V.A. García Moreno, *Inversión del sujeto pasivo en el IVA y delito fiscal*, „Carta Tributaria” 2017, 24, s. 94 i nast.

<sup>38</sup> Charakterystyka płatnika zaliczek jako substytutu jest przedmiotem debaty w doktrynie podatkowej, C. García Novoa, *Estudios de derecho tributario penal y sancionador*, Centro mexicano de estudios en lo penal tributario, Meksyk 2016, s. 107 i nast.



zastępcy podatnika. Sprawcami mogą być także następcy (art. 39 u.p.), beneficjenci w wypadku zwolnienia, zwrotu lub ulg podatkowych, kiedy nie są podatnikami itp.

Przedstawiciele prawni lub dobrowolni (art. 45 i 46 u.p.) mogą być sprawcami, gdyż działają w imieniu innej osoby (art. 31 h.k.k.); ta forma prawna umiejscawia ich bezpośrednio na pozycji gwaranta dobra prawnie chronionego<sup>39</sup>. Rodzice, którzy zarządzają majątkiem swoich dzieci lub małżonek, który zarządza prawnie majątkiem drugiego są bezpośrednimi sprawcami przestępstwa oszustwa podatkowego. Odpowiadają za to przestępstwo osoby na kierowniczych stanowiskach, którzy działają w imieniu firmy. Takie rozwiązanie pozwala na to by nie byli bezkarni w wypadkach, w których wykorzystuje się przedstawiciela jako „narzędzie umyślnie niewykwalifikowane”<sup>40</sup>. Inne rozwiązanie prowadziłoby do braku możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej wszystkich osób biorących udział w przestępstwie. Ze względu na to, że chodzi o przestępstwo indywidualne, art. 31 h.k.k. włącza, o ile spełnione są przesłanki, osoby co do zasady nieposiadające szczególnych cech. Nie jest to obowiązek intuitu personae, i dlatego też ciąży na przedstawicielach, o ile spełnione są przesłanki przewidziane w ogólnej ustawie podatkowej (art. 45 i 46) i w kodeksie karnym (art. 31 i 305 ust. 1).

#### 4.1. PROBLEMY SPRAWSTWA

Jak już wskazano, chodzi o przestępstwo indywidualne właściwe<sup>41</sup>, zatem sprawcami mogą być osoby związane stosunkiem prawnopodatkowym z administracją podatkową, to znaczy, te osoby, na których bezpośrednio ciąży obowiązek podatkowy. Niemniej, art. 31 h.k.k. zezwala za pomocą figury działania za innego, objąć odpowiedzialnością karną podmioty niemające cech szczególnych, o ile dokonają materialnie zabronionego zachowania. Jeżeli obowiązany podatkowo wyznacza na przedstawiciela swojego doradcę podatkowego, może on odpowiadać jako sprawca na podstawie wspomnianego art. 31 h.k.k., bowiem przekazano mu obowiązek podatkowy oraz obowiązek gwaranta. Pierwotny obowiązany może również odpowiadać jako współsprawca lub pomocnik, w zależności od jego konkretnego udziału w przebiegu zdarzeń. W doktrynie przyjmuje się, że zachodzi sprawstwo pośrednie przy przestępstwie defraudacji podatkowej, gdy osoba o szczególnych cechach posługuje się jako narzędziem inną osobą niepodlegającą odpowiedzialności<sup>42</sup>.

Podatek dochodowy od osób fizycznych pozwala na wspólne opodatkowanie z rodziną. W takim wypadku z podatkowego punktu widzenia, wszyscy członko-

<sup>39</sup> J.C. Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 209 i nast.; C. Martínez-Buján Pérez, *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, [w:] M. Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Ramón Areces, Madryt 2007, s. 73 i 77 i nast.

<sup>40</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal económico, Parte Especial...*, op. cit., s. 637 i nast.

<sup>41</sup> J. Bustos Ramírez, *Bien jurídico y tipificación...*, op. cit., s. 33 i nast.

<sup>42</sup> F. Muñoz Conde, *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?* RP 9, 2002, s. 95.

wie rodziny zostają „razem i solidarnie poddani podatkowi, bez szkody dla prawa do rozdzielenia pomiędzy nimi podatku w zależności od części dochodu każdego z nich” (art. 84 ust. 6 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych). Należy zatem rozważyć sytuację, gdy osoby podpisujące łączną deklarację dotyczącą dochodów z dwóch lub więcej źródeł stanowią jeden stosunek prawnopodatkowy i dlatego ich dochody się sumują i mogą przewyższyć 120.000 zdefraudowanych euro, których wymaga przepis karny. W piśmiennictwie, opierając się na zasadzie indywidualizacji odpowiedzialności twierdzi się, że dochody te powinny być przypisane indywidualnie każdemu z członków rodziny, aby osiągnąć wymaganą kwotę, pomimo złożenia wspólnej deklaracji, jak w wypadku złożenia deklaracji indywidualnych. Oczywiście istnieje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej pozostałych członków rodziny jako pomocników<sup>43</sup>.

W wypadku, gdy indywidualne wkłady osiągną stosowną kwotę, co pozwoli stwierdzić karalność więcej niż jednego członka rodziny, niezbędne jest stwierdzenie w stosunku do każdego z nich spełnienia wszystkich przesłanek wymaganych dla wystąpienia każdego przestępstwa (zachowanie stypizowane, bezprawne i zawinione). Innymi słowy, jeżeli jeden z członków rodziny działa w imieniu innych – w najczęstszych wypadkach to współmałżonek działa za drugiego – należy stwierdzić u każdego z nich elementy podmiotowe i przedmiotowe przestępstwa, w szczególności brak błędu co do obowiązku podatkowego.

#### 4.2. PROBLEMY UCZESTNICTWA

Cecha przestępstwa indywidualnego nie wyklucza możliwości przyjęcia innych form udziału w tym przestępstwie: podżegaczy, współsprawców koniecznych oraz pomocników, o ile dokonają umyślnie czynności prawnie niedozwolonych. Chodzi o to, by zgodnie z zasadą akcesoryjności ograniczonej, sprawca dokonał czynu stypizowanego i bezprawnego. Zgodnie z art. 305 ust. 6 h.k.k. „Sędziowie i Trybunały mogą wymierzyć obowiązanemu podatnikowi lub sprawcy przestępstwa karę niższą o jeden lub dwa stopnie (...). Powyższe stosuje się wobec innych uczestników w przestępstwie innych niż obowiązanemu podatnikowi lub sprawcy przestępstwa, jeżeli aktywnie współpracują w celu uzyskania dowodów, aby zidentyfikować lub ująć innych odpowiedzialnych, w celu kompletnego wyjaśnienia czynów przestępnych lub w celu sprawdzenia majątku obowiązanego podatnika lub innych odpowiedzialnych za przestępstwo”. Z drugiej strony, do tych wypadków ma zastosowanie art. 65 ust. 3 h.k.k., który przewiduje, że „jeżeli podżegacz lub współsprawca konieczny nie posiada warunków, kwalifikacji lub stosunków osobistych, które uzasadniają winę sprawcy, sędziowie lub trybunały mogą wymierzyć karę niższą o stopień od wskazanej w ustawie dla danego przestępstwa”.

---

<sup>43</sup> P. Chico de la Cámara, *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código Penal por LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de lege ferenda*, Navarra 2012, s. 65; F.J. Torres Gella, *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, [w:] *El delito fiscal*, Valencia 2009, s. 134 i nast.

#### 4.1. PODŻEGANIE

Podżeganie polega na bezpośrednim nakłanianiu do popełnienia przestępstwa, to znaczy, na umyślnym namówieniu do czynu innej osoby, które polega na działaniu stypizowanym, bezprawnym i umyślnym; w tym wypadku do przestępstwa defraudacji podatkowej<sup>44</sup>. Możliwe jest podżeganie do przestępstwa, którego sprawcą nie jest podżegany, gdyż chodzi o przestępstwo indywidualne. Odpowiedzialność podżegacza jest taka sama jak sprawcy (art. 28 h.k.k.).

#### 4.2. WSPÓLSPRAWSTWO KONIECZNIENIE A POMOCNICTWO

Jeżeli chodzi o współsprawców koniecznych, ich czyny powinny wpłynąć na spowodowanie skutku, bowiem mają istotny udział natury technicznej lub intelektualnej w popełnieniu czynu, ale nie mają władztwa nad czynem. Współsprawca konieczny musi zrealizować także elementy strony podmiotowej.

Pomocnikami są osoby, które mają mniej znaczący udział w popełnieniu czynu. Pomocnictwo jest możliwe, jeżeli chodzi o czynności prowadzące do skutku, ale jest mniej istotne lub determinujące zachowanie sprawcy. Granica istotności czynności jest niewyraźna pomiędzy współsprawcą koniecznym a pomocnikiem.

#### 4.3. DORADCY PRAWNI, PODATKOWI LUB KSIĘGOWI

Sytuacja doradców w prawie karnym podatkowym i przeciwko ubezpieczeniom społecznym jest szczególnie istotna<sup>45</sup>. Wykonują niezbędne czynności dla większości podatników, wykorzystują swoją szczególną wiedzę przy ustalaniu i stosowaniu najlepszych opcji opodatkowania, doradzając przy składaniu deklaracji, prowadzeniu księgowości itp. Ogólnie nie mogą być sprawcami przestępstwa defraudacji podatkowej, gdyż chodzi o przestępstwo indywidualne, które wymaga, by sprawca przestępstwa był związany stosunkiem prawnopodatkowym o charakterze materialnym. Mogą ponosić odpowiedzialność jako sprawca jedynie wówczas gdy prawnie lub dobrowolnie przyjmą reprezentowanie obowiązanego podatkowo, bowiem tylko wtedy stosuje się do nich zasadę działania w imieniu innej osoby (art. 31 h.k.k.).

Doradcy prawni, podatkowi lub księgowi mogą mieć zasadniczy wkład techniczny przyczyniający się do popełnienia czynu przestępnego. Jeżeli nie mogą być sprawcami, to można uznać ich za uczestników w przestępstwie, najczęściej jako współsprawców koniecznych. Ich działania mogą stanowić drugorzędny zamach na dobro prawnie chronione. Ustawodawca wziął pod uwagę ten drugorzędny charakter, gdyż nie są gwarantami przedmiotu ochrony, i przewidział możliwość znaczącego obniżenia kary ze względu na brak „warunków, kwalifikacji lub stosunków osobistych, które uzasadniają winę sprawcy” (art. 65 ust. 3 h.k.k.).

---

<sup>44</sup> J.C. Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 186 i nast.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 191 i nast.

## 5. ZDEFRAUDOWANA KWOTA PODATKOWA

W myśl art. 305 ust. 1 h.k.k. kwota zdefraudowana, niewpłaconych zatrzymanych kwot lub zaliczek lub zwrotów lub ulg podatkowych nienależnie otrzymanych lub wykorzystanych ma przewyższać sto dwadzieścia tysięcy euro.

Konieczne jest zatem wyjaśnienie pojęcia „kwota”. Wyróżnia się różne pojęcia kwoty. W art. 56 u.p. wyróżnia się kwotę całkowitą, która wynika z zastosowania odpowiedniej stawki podatku wobec kwoty podlegającej opodatkowaniu oraz kwotę do zapłacenia stanowiącą „wynik po zastosowaniu do kwoty całkowitej odliczeń, ulg, dodatków lub współczynników przewidzianych w ustawie o każdym podatku”. Z kolei art. 58 u.p. przewiduje pojęcie długu podatkowego, który „składa się z kwoty podlegającej wpłacie wynikającej z głównego obowiązku podatkowego lub z obowiązku dokonania zapłaty na poczet. (...) Ponadto, dług podatkowy składa się, w danym wypadku, z: a) odsetek za zwłokę, b) opłat dodatkowych z tytułu niezłożenia deklaracji w terminie, c) opłat dodatkowych w okresie egzekucji, d) opłat dodatkowych wymagalnych prawnie od podstawy lub kwoty na rzecz Skarbu Państwa lub innych podmiotów publicznych”.

W art. 305 ust. 1 h.k.k., chodzi o kwotę podatkową w znaczeniu ścisłym (art. 56 u.p.)<sup>46</sup>. Większość opłat dodatkowych przewidzianych w art. 58 ust. 2 u.p. nie może składać się na zdefraudowaną kwotę ze względu na ich charakter odszkodowawczy. Przedmiotem sporu są opłaty przewidziane w art. 58 ust. 2 lit. d) u.p., tj. „opłaty dodatkowe wymagalne prawnie od podstawy opodatkowania albo kwoty na rzecz Skarbu Państwa lub innych podmiotów publicznych”. Część autorów mówi o „kwocie złożonego powstania” do której wlicza się opłatę dodatkową, jeżeli jest przewidziana na rzecz tego samego Skarbu Państwa, który otrzymuje kwotę<sup>47</sup>. Moim zdaniem rację mają ci przedstawiciele doktryny, którzy przyjmują, że w celu określenia tej kwoty należy brać pod uwagę kwotę podatkową w ścisłym znaczeniu, bez innych opłat dodatkowych i składników przewidzianych w art. 58 ust. 2 u.p.<sup>48</sup>. Przepis ten rozróżnia podatki okresowe czy deklaracje okresowe od podatków podlegających natychmiastowej deklaracji. Z jednej strony znajdują się podatki okresowe w znaczeniu ścisłym, do których zalicza się podatek dochodowy od osób fizycznych, podatek od spółek i podatek od nieruchomości. Podatki te naliczane są przeważnie rocznie. Do podatków okresowych należą podatki naliczane natychmiastowo, ale deklarowane okresowo, jak VAT, są zaliczane do kwot, o których mowa w art. 305 ust. 2 lit. a) h.k.k.

Podatkami natychmiastowymi lub o natychmiastowej deklaracji są podatek od czynności cywilnoprawnych lub podatek od spadków i darowizn i są one przewidziane w art. 305 ust. 2 lit. b) h.k.k. W tym wypadku każdy czyn jest niezależny

<sup>46</sup> J.M Martín Queral i in., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 25<sup>a</sup> ed., Madryt 2014, s. 602.

<sup>47</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial...*, op. cit., s. 634.

<sup>48</sup> P. Chico de la Cámara, *El delito de defraudación...*, op. cit., s. 62; I.J. Méndez Cortegano, *La cuantía defraudada*, [w:] *El delito fiscal*, Valencia 2009, s. 127; F. Morales Prats, *De los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 1053; J. Boix Reig i V. Grima Lizandra, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 23.

i indywidualnie powinien przewyższać kwotę zdefraudowanych 120.000 euro przewidzianą w art. 305 ust. 1 h.k.k. W wypadku kilku defraudacji, które indywidualnie przekraczają wspomnianą kwotę, popełnionych w tym samym roku podatkowym, dochodzi do rzeczywistego zbiegu przestępstw przeciwko Skarbowi Państwa.

### 5.1. ADMINISTRACYJNE WYLICZENIE KWOTY I JEJ OKREŚLENIE SADOWE

Administracyjne wyliczenie nie stanowi przesłanki do wszczęcia postępowania za przestępstwo defraudacji podatkowej, chociaż wyliczenie to może być dokonane przez inspekcję zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Trybunały wymiaru sprawiedliwości karnej powinny określić zdefraudowaną kwotę, decydując, czy przekroczyła ona wysokość przewidzianą w ustawie<sup>49</sup>. Zdefraudowana kwota ustalana jest zgodnie z ustawodawstwem podatkowym, ale zawsze na podstawie zasad oceny dowodu właściwych dla procesu karnego.

Oznacza to, że można korzystać z pomocy inspektorów lub techników administracji podatkowej jako biegłych, jednak są to biegli jednej ze strony (oskarżyciela) a nie oficjalni biegli. Nie można aprobeować poglądu, że stosuje się tylko kryteria wykładni i techniki przewidziane w przedmiocie podatków<sup>50</sup>. Gdyby tak było, wobec oszusta należałoby bezpośrednio stosować zasady pośredniego ustalania podatku, które w prawie karnym mogą być jedną z wielu innych poszlak. Ogólna ustawa podatkowa przewiduje w art. 49–53 różne metody ustalania podstaw opodatkowania, od których obliczany jest podatek (ustalenie bezpośrednie, ustalenia obiektywne i ustalenie pośrednie). Jak trafnie twierdzi się w literaturze, przepisy podatkowe posiadają charakter dowodowy, a nie rzeczowy i dlatego nie wiążą sędziego karnego, który powinien kierować się kryteriami dowodowymi w postępowaniu karnym<sup>51</sup>.

Zgodnie z ustawą regulującą każdy podatek, przeważa ustalenie bezpośrednie lub ustalenie obiektywne, które są podstawowe także dla celów postępowań karnych. Metoda wyliczenia pośredniego (art. 53 u.p.) posiada charakter subsydiarny i stosuje się „kiedy administracja podatkowa nie może dysponować niezbędnymi danymi do całkowitego ustalenia podstawy opodatkowania w wyniku: a) braku złożenia deklaracji albo złożenia deklaracji niekompletnych lub niedokładnych; b) oporu, obstrukcji, wymówki lub odmowy na działania inspekcji; c) istotnego niewywiązania się z obowiązków księgowych lub rejestrowych; d) zniknięcia lub zniszczenia, nawet z przyczyn siły wyższej, ksiąg i rejestrów księgowych lub dokumentów potwierdzających operacje w nich odnotowane”. W tych wypadkach, stosując kryteria prawa podatkowego i wobec braku współpracy obowiązanej

---

<sup>49</sup> E. Sola Reche, *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] C.M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M.Á. Boldova Pasamar (coordinadores), *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Comares, Grenada 2016, s. 475; J.M. Martín Queralt i inni, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, *op. cit.*, s. 601.

<sup>50</sup> J. Zornoza Pérez, *Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria*, [w:] *Derecho penal de la empresa*, Pampeluna 2002, s. 224.

<sup>51</sup> J. Boix Reig i V. Grima Lizandra, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 25.

podatkowo, ustala się należną kwotę zgodnie z kryteriami lub domniemaniami brnymi pod uwagę w stosunku do podmiotów znajdujących się w podobnej sytuacji. Wskazówkami ustalania kwoty wynikającymi z art. 53 ust. 2 u.p. są: „Podstawa lub dochody ustalane są poprzez zastosowanie jakiegokolwiek z następujących środków lub kilku z nich jednocześnie: a) zastosowanie danych i dostępnej ich historii; b) wykorzystanie tych elementów, które pośrednio uwiarygodniają istnienie mienia i dochodów, jak i wpływów, sprzedaży, kosztów i wydajności, które są normalne dla danego sektora gospodarki, z dostosowaniem do rozmiarów jednostki produkcyjnej lub rodziny, które powinny być porównane dla celów podatkowych; c) ocena rozmiarów, wskaźników, modułów lub danych, które zachodzą w stosownych zobowiązaniach podatkowych, zgodnie z danymi lub historią posiadaną w podobnych lub odpowiednich przypadkach”. Zgodnie z tymi zasadami ustala się kwotę, z której domniemywa się ukrycie podatku przez Skarbem Państwa.

Zastosowanie tych kryteriów w zakresie przestępstwa defraudacji podatkowej powinno być przeprowadzone z maksymalnymi środkami ostrożności i zgodnie z zasadami dowodowymi procesu karnego<sup>52</sup>. Pośrednie ustalenie może być brane pod uwagę przez sądzącego w kontekście systemu procesowego, który opiera się na poszlakach, to znaczy jako dowód pośredni; wnioski, do których dochodzi administracja podatkowa mogą być podważone przez strony w procesie karnym<sup>53</sup>.

Poszlaki te nie mogą być pojedyncze, tylko wielorakie. Podstawowy stan faktyczny powinien być całkowicie uwiarygodniony za pomocą dowodów bezpośrednich i nie można łamać zasad logiki, innych nauk i ogólnego doświadczenia.

Dla wystąpienia przestępstwa z art. 305 ust. 1 h.k.k. istotna jest zdefraudowana kwota, która składa się z kwoty podatku (art. 56 i 58 ust. 1 u.p.), a nie zawiera odsetek za zwłokę ani opłat dodatkowych (art. 58 u.p.), ani żadnego innego dodatku jak grzywny lub odpowiedzialności cywilnej<sup>54</sup>. Art. 305 ust. 2 h.k.k. wyróżnia podatki okresowe, deklarowane okresowo oraz podatki nieokresowe. Podatkami okresowymi są te, które dzielą się na części w okresach podatkowych, np. podatek dochodowy od osób fizycznych. Podatkami deklarowanymi okresowo są te, które naliczane są natychmiast, to znaczy nie posiadają okresów podatkowych, ale stają się okresowe za pośrednictwem deklaracji okresowych, np. podatek VAT. W zakresie podatków, chodzi o defraudację w każdym okresie podatkowym lub okresie deklaracji. Jeżeli te okresy są krótsze niż 12 miesięcy, zdefraudowana kwota dotyczy roku kalendarzowego. W takim wypadku dochodzi do kumulacji podatku okresowego lub okresowej deklaracji (VAT, podatku dochodowego od osób fizycznych itp.), którego

<sup>52</sup> I. Berdugo Gómez de la Torre i J.C. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude...*, op. cit., s. 103 i nast. Jak wskazuje Pérez Royo, „materialne kryteria ustalania pośredniego przewidziane w ogólnej ustawie podatkowej i przepisach ją rozwijających, nie są kompatybilne z wymogami procesu karnego”; F. Pérez Royo, *El delito fiscal tras veinte años de su implantación*, „Civitas Revista española de Derecho Financiero” 1998, nr 100, s. 585. Na temat tej problematyki także J.M. Martín Queralt i in., *Curso de Derecho Financiero y Tributario...*, op. cit., s. 604 i nast.

<sup>53</sup> I. Berdugo Gómez de la Torre i J.C. Ferré Olivé, *Estimación indirecta y delito fiscal*, ADPCP 1990, s. 793 i nast.; A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas...*, op. cit., s. 128; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte Especial...*, op. cit., s. 636.

<sup>54</sup> Nie jest zatem prawidłowe włączenie tych ostatnich kwot, jak twierdzą M. Acale Sánchez i G. González Agudelo, *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social...*, op. cit., s. 203.



defraudacja liczona jest w ciągu roku. W takich wypadkach art. 305 ust. 2 h.k.k. uniemożliwia kumulację kwot i tym samym, nie można kumulować: 1) różnych podatków w tym samym okresie podatkowym; 2) tego samego podatku w różnych okresach podatkowych; 3) różnych podatków w różnych okresach podatkowych.

Są też podatki, które nie są okresowe ani deklarowane okresowo to znaczy są naliczane od razu; czynność podlegająca opodatkowaniu kończy się wraz z jej dokonaniem, np. w wypadku podatku od przekazania mienia lub podatku od spadków<sup>55</sup>. W takich wypadkach „kwota dotyczy każdego z tytułów, który odnośnie do czynności podlegającej opodatkowaniu nalicza podatek”. Tak jak ma to miejsce z podatkami okresowymi lub okresowo deklarowanymi, nie mogą one być kumulowane z innymi zdefraudowanymi sumami dotyczącymi innych podstaw opodatkowania<sup>56</sup>.

## 5.2. NIEUZASADNIONY WZROST MAJĄTKU

Poważne problemy dowodowe rodzi zaliczanie przychodów, które nie zostały zgłoszone w deklaracji. Często inspekcja znajduje majątek, który nie odpowiada mieniu zgłoszonemu w deklaracjach podatkowych, to znaczy są widoczne oznaki bogactwa, które nie jest dostosowane do poziomu zadeklarowanego dochodu. Może on być wynikiem nielegalnych transakcji, które wygenerowały zyski, tzw. „pieniądze na czarno”<sup>57</sup>. Wśród takich wypadków można wyróżnić mienie wygenerowane w okresach podatkowych przedawnionych lub w okresach podatkowych, gdzie jeszcze istnieje odpowiedzialność administracyjna lub karna. W tym ostatnim wypadku co do podatków okresowych wynika problem w sposobie przypisania wzrostu majątku do każdego okresu podatkowego. Jeżeli rozdzielią się w czasie, może być tak, że nie osiągną wymaganej kwoty do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej z art. 2305 ust. 1 h.k.k., a jeżeli zaliczone będą do konkretnego okresu jest bardziej prawdopodobne, że przekroczą wymagana kwotę. Zestawienie wzrostu majątku z okresami podatkowymi jest zadaniem bardzo uciążliwym i trudnym do rozwiązania. Pojęcie nieuzasadnionego wzrostu majątku zostało skonstruowane po wojnie domowej, wraz z pojawieniem się wielkich bogactw pochodzących z transakcji i działalności zakazanej, takiej jak czarny rynek oraz wielkie fortuny powstałe z budownictwa. Pojęcie to definiowane jest jako „domniemanie ukrytych dochodów z pewnych wydatków lub elementów majątku i jego poddanie systemowi podatkowemu quasi-sankcjonującemu”<sup>58</sup>.

W razie wyraźnego wzrostu majątku, który powiększa dług podatkowy do osiągnięcia odpowiedzialności karnej, należy przeanalizować uważnie mechanizm określony art. 39 ust. 1 ustawy o podatku od dochodu. Według tego przepisu przypisuje tym wzrostom okres podatkowy, w którym zostały wykryte, chyba że zostanie przedstawiony dowód przeciwny. W piśmiennictwie zauważa się, że system

<sup>55</sup> F. Pérez Royo, *Los delitos y las infracciones...*, op. cit., s. 137.

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 140 i nast.

<sup>57</sup> F. Pérez Royo, *El delito fiscal tras veinte años de su implantación...*, op. cit., s. 578.

<sup>58</sup> P. Herrera Molina i P. Chico de la Cámara, *Los incrementos no justificados de patrimonio: componente imponible presunto del Impuesto sobre la Renta*, „Civitas Revista española de Derecho financiero” 1994, nr 81, s. 16 i nast.

ten opiera się na domniemaniach: a) domniemywa się, że istnieje ukryty dochód po ujawnieniu mienia niezadeklarowanego lub które nie odpowiada deklarowanemu dochodowi; b) przypisuje ten dochód okresowi, w którym został ujawniony.

W literaturze występują dwa kierunki wykładni co do włączenia tych dochodów do pojęcia zdefraudowanej kwoty<sup>59</sup>.

Według pierwszego, dochody nieuzasadnione wchodzą do kwoty zdefraudowanej z mocy prawa. W ten sposób, że pojęcie dochodu jest tak znormatywizowane, że jego zarzucalność na zasadach zdefiniowanych w ustawie podatkowej jest nie do odparcia. Zwolennicy tego poglądu uznają, że nie jest to niekompatybilne z domniemaniem niewinności i nie chodzi o domniemanie ani o fikcję prawną: chodzi o „konkretne określenie pojęcia prawnego dochodu zdefiniowanego w ustawie o podatku”<sup>60</sup>.

Według drugiego zachodzi domniemanie iuris tantum, które powinno mieć zasadnicze znaczenie na etapie dowodowym. To względne domniemanie zwalnia administrację podatkową od poszukiwania dalszych dowodów i odwraca ciężar dowodu. Chodzi o podwójne domniemanie, gdyż po skutecznym udowodnieniu, że istnieją dochody niezadeklarowane lub nieuzasadnione, np. odkrycie utajnionych dochodów (czyn podstawowy) – domniemywa się, że te utajnione dochody podlegają opodatkowaniu (czyn konsekwencja) oraz przypisuje te dochody do roku podatkowego, w którym zostały ujawnione (domniemanie czasowe)<sup>61</sup>. W związku z domniemaniem czasowym, jeżeli miałby zastosowanie do przestępstwa defraudacji podatkowej art. 39 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, to wszystkie te dochody przypisane byłyby do okresu podatkowego, w którym zostały ujawnione, „chyba że podatnik udowodni w sposób wystarczający, że jest właścicielem mienia lub praw od daty wcześniejszej niż data z okresu przedawnienia”. Odwrócenie ciężaru dowodu nie pozwala na przypisanie każdego ujawnionego dochodu do każdego okresu podatkowego nieprzedawnionego. Wyróżnia się dwie sytuacje:

- to, co wykazano jako przynależne do okresów przedawnionych nie może być przypisane dochodowi podmiotu na potrzeby podatku od dochodu od osób fizycznych lub podatku od spółek, może zaś zachodzić oszustwo z tytułu podatku od majątku;
- globalne przypisanie nieprzedawnionych kwot do okresu, w którym mienie wyszło na jaw, nawet gdy dochód był uzyskany w różnych okresach nieprzedawnionych; przypisane są one łącznie do okresu podatkowego, w którym zostały ujawnione.

Ustawodawstwo podatkowe stworzyło domniemania wzruszalne, np. dla dochodów przedawnionych oraz niewzruszalne, np. ujednoczenie okresu podatkowego przypisania dochodów. Uważam, że w procesie karnym żadne z powyższych domniemań nie może być uznane automatycznie, gdyż nie mają zastosowania domniema-

<sup>59</sup> S. Bacigalupo Saggese, *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Madryt 2002, s. 44 i nast.

<sup>60</sup> V. Hernández Martín, *Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública*, CT 1989, nr 60, s. 103; D. Marín-Barnuevo Fabo i J. Zornoza Pérez, *Los incrementos no justificados de patrimonio y el régimen sancionador tributario*, CT 1994, 71, s. 85 i nast.

<sup>61</sup> C. García Novoa, *Consecuencias penales...*, *op. cit.*, s. 350; S. Bacigalupo Saggese, *Ganancias ilícitas...*, *op. cit.*, s. 53 i nast.



nia prawne przeciwko oskarżonemu. Nie mogą być ekstrapolowane, gdyż wyraźnie godziłyby w konstytucyjną gwarancję domniemania niewinności<sup>62</sup>. W szczególności przypisanie wszystkich dochodów do tego samego okresu jest kluczowe dla znamion przestępstwa defraudacji podatkowej. Jak zasadnie twierdzi się w literaturze, „[p]rzypisanie lub skoncentrowanie całej wartości nieuzasadnionej w jednym okresie, które wpływa na wysokość kwoty zdefraudowanej w określonym okresie, następuje z mocy prawa w wyniku zastosowanie konstrukcji, której inaczej nie można nazwać jak domniemaniem prawnym, które jest niedopuszczalne w procesie karnym”. Nieuzasadniony wzrost majątku jest zwykłym uproszczeniem dowodowym przyznanym przez ustawodawcę administracji, który nie może być wykorzystany w żadnym postępowaniu sankcjonującym<sup>63</sup>. Moim zdaniem, nieuzasadniony wzrost majątku mógłby zostać potraktowany jako poszlaka wśród innych, ale to do oskarżyciela należy udowodnienie, jakie dochody i jaki wzrost dotyczy każdego okresu podatkowego.

Problematyka ta była też przedmiotem rozważań przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku 87/2001 z dnia 2 kwietnia, który uznał, że zastosowanie tych domniemań podatkowych nie oznacza odwrócenia ciężaru dowodu ani nie ma wpływu na domniemanie niewinności. W krytycznej analizie tego wyroku podkreśla się „dwuznaczność jego argumentacji” i zasadnie twierdzi, że „[b]łąd tkwi w uznaniu za bez znaczenia natury prawnej nieuzasadnionego wzrostu majątku. Jeżeli dopuszcza się, że stanowi on domniemanie prawne uzyskania dochodu i przepis karny odsyła do ustawy podatkowej w celu określenia zdefraudowanej kwoty, oczywiste jest, że dochodzi do odwrócenia ciężaru dowodu: to podatnik ma udowodnić źródła finansowania elementów majątku oraz moment, w którym do tego doszło, aby nie podlegały opodatkowaniu jako dochód o nieznanym pochodzeniu przypisany do okresu, w którym został ujawniony”<sup>64</sup>. Przyjmuje się, że należy wykazać istnienie wzrostu majątku i jego nieuzasadniony charakter podatkowy, ale określenie kwoty dochodu i okresu, do którego należy go zaliczyć należy do norm podatkowych; nie ma zastosowania zasada domniemania niewinności<sup>65</sup>.

Uznaje, że w procesie karnym wobec braku innych dowodów, nie można przypisać wszystkich pieniędzy do okresu podatkowego, w którym zostały ujawnione na podstawie braku współpracy sprawcy.

W ostatnim czasie uwidacznia się tendencja do obiektywizacji odpowiedzialności wszelkiego rodzaju (cywilnej, handlowej, administracyjnej, podatkowej, a nawet karnej), w celu unikania trudnego dowiedzenia elementów podmiotowych. W procesie istnieją domniemania, które nigdy nie powinny być stosowane w zakresie odpowiedzialności karnej<sup>66</sup>. W dziedzinie podatkowej, aby określić należną kwotę, ucieka się do pośredniego ustalenia podstawy opodatkowania i domniemywań mających zastosowanie wobec nieuzasadnionego wzrostu majątku. Niemniej przeniesienie tych kryteriów automatycznie do postępowania karnego oznacza naruszenie zasady domniemania

---

<sup>62</sup> F. Morales Prats, *De los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 1059.

<sup>63</sup> F. Pérez Royo, *El delito fiscal tras veinte años de su implantación...*, op. cit., s. 582 i nast.

<sup>64</sup> P. Herrera Molina, *STC 87/2001, de 2 de abril: incrementos patrimoniales no justificados y delito fiscal*, „Crónica Tributaria” 2002, 105, s. 168.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> F. Morales Prats, *De los delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., s. 1061.

niewinności i odwrócenie ciężaru dowodu. Dochodzi do podwójnego domniemania, które zamienia się w podwójnie nietolerowane z punktu widzenia procesu karnego. Można uznać, że kapitał ujawniony jest dochodem, od którego nie odprowadzono podatku, ale włączenie tego dochodu do roku podatkowego, w którym został ujawniony jest w mojej ocenie całkowicie niedopuszczalne. Kryterium to powinno być zastąpione zasadami wynikającymi z kodeksu karnego i ustawy o postępowaniu karnym, aby zdecydować, w którym okresie podatkowym powinny być zaliczone kwoty, które w pewnym momencie zostały ujawnione<sup>67</sup>. Ustawa karna ustala swoje własne kryteria co do umiejscowienia zdefraudowanej kwoty (art. 305 ust. 2 h.k.k.). W doktrynie myli się pojęcie ustawy karnej in blanco z pewnego rodzaju „czekiem in blanco”, aby ustawodawstwo podatkowe dowolnie uzupełniło typ karny. Wykładnia takiej natury dynamizuje dowody, jednak jest ze wszelkich perspektyw nadużyciem dla interesów obywateli, jeżeli posiada konsekwencje karne. Mamy do czynienia z udaremnianiem gwarancji karnych właściwych dla państwa prawa wobec pasywności niektórych instancji sądowniczych, co powinno być przedmiotem istotniej refleksji krytycznej.

Ostatecznie, domniemania zawarte w przepisach podatkowych mają wartość odpowiadającą dowodowi poszlakowemu i powinny być oceniane tak jak tego rodzaju dowody<sup>68</sup>. Niedopuszczalne jest przyjęcie bez zachowania zasad ostrożności reguły zawartej w art. 39 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, która przypisuje dochód do okresu, w którym został on ujawniony, nawet jeżeli jest to domniemanie niewzruszalne. Słusznie twierdzi się w doktrynie, że na podstawie domniemania niewinności i zasady skargowości należy wymagać od administracji „nie tylko uwiarygodnienia mienia, ale i udowodnienia źródła pochodzenia dochodów i ich umiejscowienia w określonym roku podatkowym, poświadczania, że dochody te podlegają opodatkowaniu i że istnieje zamiar defraudacji, o ile można dojść do takiego wniosku przy zbiegu poszlak”<sup>69</sup>. Zasadnie też uznaje się, że ten mechanizm w zakresie domniemania prawnego „nie posiada bezpośredniej skuteczności wśród sędziów i trybunałów karnych ze względu na zasady domniemania niewinności i swobodnej oceny dowodów”. Sędzia lub Trybunał powinien stosować zwykle przesłanki wymagane do skazania na podstawie dowodów poszlakowych<sup>70</sup>.

W doktrynie ostrzega się, że to domniemanie podatkowe może działać na korzyść oskarżonego, bo jeżeli kwoty przekroczą granicę w każdym roku, zarzuca się mu jedną defraudację zamiast trzech czy czterech, które mogły mu być przypisane<sup>71</sup>.

Uważam, że te zasady dowodowe natury podatkowej nie mają zastosowania w prawie karnym, niezależnie czy działają na korzyść czy niekorzyść oskarżonego, gdyż są ustanowione w kontekście normatywy podatkowej i nie posiadają natury materialnej tylko czysto procesową.

<sup>67</sup> I. Berdugo Gómez de la Torre i J.C. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude...*, op. cit., s. 89 i nast.

<sup>68</sup> M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit.

<sup>69</sup> C. García Novoa, *„Estudios de Derecho tributario...”*, op. cit., s. 129.

<sup>70</sup> P. Herrera Molina i P. Chico de la Cámara, *Los incrementos no justificados de patrimonio...*, op. cit., s. 46.

<sup>71</sup> A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas...*, op. cit., s. 129.

### 5.3. NIELEGALNE DOCHODY: MIENIE POCHODZĄCE Z CZYNU PRZESTĘPNEGO

Działalność przestępcza w wielu wypadkach przybiera formę rzeczywistej działalności gospodarczej i z tego też względu generuje przychody. Następuje wzrost majątku, który może być uznany za dochód, to znaczy może być pojmowany w kategorii czynności podlegających opodatkowaniu. Na przykład, kupno – sprzedaż narkotyków. Można nawet się zastanowić, czy taka działalność nie powinna być opodatkowana podatkiem VAT. Można także ujawnić brudne pieniądze pochodzące z korupcji funkcjonariuszy lub z przestępstwa prania pieniędzy, które mogą osiągnąć sumy znacznie przekraczające granicę ustanowioną dla defraudacji podatkowej. We wszystkich tych przypadkach rodzi się pytanie, czy dochody uzyskane nielegalnie pochodzące z przestępstwa powinny podlegać opodatkowaniu. W razie udzielenia na nie odpowiedzi twierdzącej, trzeba wyjaśnić, czy mogą stanowić przestępstwo defraudacji podatkowej<sup>72</sup>.

W wypadku pośredniego opodatkowania, zachowania przestępne nie podlegają VAT-owi ani cłu, tak jak jest to ustalone wobec każdego państwa członkowskiego UE, bowiem chodzi o działalność zabronioną, z której nie odprowadza się podatków<sup>73</sup>. Problem pojawia się w przy bezpośrednim opodatkowaniu, konkretnie przy podatkach, które dotyczą dochodu osób fizycznych lub spółek (podatek od spółek, podatek dochodowy od osób fizycznych, podatek od dochodu osób niebędących rezydentami). Podatki te są ustalone po to, by przyczyniać się do utrzymywania wydatków publicznych i w żadnym razie nie mogą być wykorzystywane w celu sankcjonującym. Uważa się, że „[u]życie podatku w celu sankcjonującym może wynikać z sankcji ukrytej. Sankcja ukryta to rodzaj sankcji atypowej, która z kolei zalicza się do rodzaju sankcji anormalnych”<sup>74</sup>.

#### 5.3.1. ARGUMENTY ZA OPODATKOWANIEM I ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ KARNA

W literaturze przyjmuje się, że, że istnieje odpowiedzialność podatkowa, a niespełnienie obowiązków może być ścigane przez prawo podatkowe, bo nic nie znosi obowiązku płacenia podatków i stosowania ustaw podatkowych<sup>75</sup>. Jeżeli spełnione są przesłanki materialne i ilościowe, również można mówić o odpowiedzialności karnej. Brak odpowiedzi ze strony prawa karnego naruszałoby wiele zasad, nawet tych konstytucyjnych, głównie zasadę równości i zdolności podatkowej.

Twierdzi się, że pozostawienie jako bezkarnych tych oszustw jest sprzeczne z zasadą równości. Zasada ta zostałaby naruszona, gdyż w gorszej sytuacji jest

<sup>72</sup> C. García Novoa, *Estudios de Derecho tributario...*, op. cit., s. 309.

<sup>73</sup> P. Chico de la Cámara, *El delito de defraudación...*, op. cit., s. 98; M.T. Soler Roch, *La tributación de actividades ilícitas*, „Civitas Revista española de Derecho financiero” 1995, 85, s. 13.

<sup>74</sup> C. García Novoa, *Estudios de Derecho tributario...*, op. cit., s. 310.

<sup>75</sup> C. Galarza, *La tributación de los actos ilícitos*, [w:] *Derecho penal tributario*, Tomo I, Ed. Marcial Pons., Madryt–Buenos Aires 2008, s. 260.

podmiot, który wywiązuje się z podatków w sposób uczciwy niż oszust<sup>76</sup>. W doktrynie podatkowej przyjmuje się, że ustawa hiszpańska nie poddaje tych dochodów opodatkowaniu w sposób wyraźny, jednak na podstawie zasady neutralności, którą ustanawia nasz system, to opodatkowanie nie może być wykluczone. Gdyby tak było, uzyskiwałyby nieuzasadnione przywileje osoby, które nie działają legalnie, co stoi w sprzeczności z zasadą równości<sup>77</sup>. W tym duchu także Sąd Najwyższy uznał, że fakt, że zyski pochodzą z przestępstwa nie może oznaczać zalety lub korzyści, którą jest wyłączenie z opodatkowania lub nietykalność. Ponadto łamałoby się też zasadę zdolności podatkowej, ponieważ sprawca przestępstwa skutecznie powiększa swoje bogactwo i łamie obowiązek płacenia podatków z tytułu tego bogactwa<sup>78</sup>.

Należy ocenić inne argumenty za kryminalizacją takich zachowań. Poddanie ich kryminalizacji może naruszać prawo do niesamooskarżania się (art. 24 ust. 2 Konstytucji Hiszpanii), lecz w doktrynie uważa się, że „imperatyw konstytucyjny przyczyniania się do utrzymywania wydatków publicznych zgodnie ze zdolnością ekonomiczną przemawia za korzystną teorią opodatkowania działalności nielegalnych, jednak dowód czynności podlegającej opodatkowaniu powinien być uzyskany innymi metodami niż wyjaśnienia lub informacja od sprawcy”<sup>79</sup>.

Opowiadający się za tym punktem widzenia dodają inne argumenty na korzyść obowiązkowego opodatkowania i odpowiedzialności karnej w przypadku oszustwa. Uznaje się, że w tych wypadkach nie narusza się zasady non bis in idem, gdyż chodzi o różne czyny i różne przedmioty ochrony. Broni się tego poglądu twierdząc, że istnieje międzynarodowa tendencja potwierdzona w regulacjach prawa porównawczego, gdyż niektóre państwa wyraźnie przewidują opodatkowanie dochodów uzyskanych nielegalnie, z większymi lub mniejszymi ograniczeniami, co czyni ewidentną symultaniczną odpowiedzialność podatkową i karną na ich terenie. W każdym razie, nawet w tych państwach nie jest to temat wolny od istotnych polemik<sup>80</sup>. W niektórych systemach opodatkowanie nielegalnych dochodów uwarunkowane jest tym, by produkt oryginalnego przestępstwa nie został utracony lub nie uległ przepadkowi w pierwszym procesie. Stąd wynika w danym wypadku odpowiedzialność karna<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> C. García Novoa, *Estudios de Derecho tributario...*, op. cit., s. 317 i nast. Jest to argument używany w Stanach Zjednoczonych: M.T. Soler Roch, *La tributación de actividades ilícitas...*, op. cit., s. 10.

<sup>77</sup> C. Galarza, *La tributación de los actos ilícitos...*, op. cit., s. 261 i nast. Przeciwny pogląd został wyrażony przez część doktryny karnej, jak A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas...*, op. cit., s. 134. Przeciwnie także, aczkolwiek uznając to za atrakcyjny argument A. Manjón Cabeza-Olmeda, *Ganancias criminales y ganancias no declaradas*, [w:] *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, ed. Tirant lo Blanch, Walencja 2013, s. 687.

<sup>78</sup> C. Galarza, *La tributación de los actos ilícitos...*, op. cit., s. 261 i nast.; M.T. Soler Roch, *La tributación de actividades ilícitas...*, op. cit., s. 19.

<sup>79</sup> M.T. Soler Roch, *La tributación...*, op. cit., s. 31.

<sup>80</sup> Tak jest na przykład w Niemczech i Włoszech: M.T. Soler Roch, *La tributación...*, op. cit., s. 11 i nast.

<sup>81</sup> Odnośnie sytuacji w Stanach Zjednoczonych, Niemczech i Włoszech: S. Bacigalupo Saggese, *Ganancias ilícitas...*, op. cit., s. 8 i nast.

## 5.3.2. ARGUMENTY PRZECIWKO UZNANIU KARALNOŚCI

Przyjmuje się istnienie wyłączenia obowiązku deklarowania nielegalnych dochodów, jako że podstawowe prawo do niesamooskarżania się stanowiłby przyczynę usprawiedliwienia niewykonania prawa w zakresie z zobowiązań podatkowych i uniknięcia tym samym odpowiedzialności karnej. W doktrynie uznaje się, że obowiązek deklarowania nielegalnych dochodów jest równoznaczny z obowiązkiem ujawnienia przestępstwa podstawowego. Z związku z tym korzystanie z danych uzyskanych w wyniku kontroli podatkowej nie może być przywołane później w celach sankcjonujących lub karnych, bowiem naruszyłoby to prawo do nieznanawania (art. 24 ust. 2 Konstytucji Hiszpanii)<sup>82</sup>.

Z innych argumentów podnosi się kwestie etyczne, gdyż pobieranie podatku oznaczałoby zachowanie państwa jako współnika i byłoby niemoralne. Uważa się, że państwo nie może przyjmować w formie podatków korzyści lub zysków z przestępstwa, bo zmienia się w pasera, uczestnika lub nawet w piorącego pieniądze pochodzące z czynu przestępczego<sup>83</sup>. Jeżeli bogactwo pochodzące z nielegalnego źródła podlegałoby opodatkowaniu, kwota po odliczeniu podatku stałaby się kwotą legalną w rękach przestępcy<sup>84</sup>. Ponadto brak jest tytułu prawnego. Wiąże się to bezpośrednio z kryterium jedności porządku prawnego, w którym nie ma miejsca na sprzeczności i w którym czyny nielegalne nie generują innych skutków prawnych jak sankcja – w tym wypadku karna – dla ich sprawców<sup>85</sup>. Z tej perspektywy sprawca nie ma prawa do dysponowania mieniem uzyskanym nielegalnie, gdyż korzyść ta nie wchodzi w skład majątku przestępcy, bo nie jest to legalny sposób nabycia posiadania<sup>86</sup>. W konsekwencji, nie istnieje obowiązek opodatkowania za czyn, który nie może być przedmiotem umowy.

Wskazuje się, że jest ewidentnie brak stosunku prawnopodatkowego, bowiem ten stosunek powstaje wyłącznie na podstawie legalnej działalności<sup>87</sup>. Twierdzi się także, że brak jest korzyści ekonomicznych. Jeżeli istnieje jakiś środek w postaci przepadku lub naprawienia szkody, to wyłączone jest podporządkowanie podatkowe korzyści majątkowej z zachowania bezprawnego i nie ma mowy o odpowiedzialności karnej za przestępstwo defraudacji podatkowej. Jeżeli zaś istnieją korzyści ekonomiczne i nie jest naprawiona szkoda ekonomiczna administracji, to wówczas dochodzi do defraudacji<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> *Ibidem*, s. 25.

<sup>83</sup> *Ibidem*, s. 22; M. Bajo Fernández i S. Bacigalupo Saggese, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, s. 68 i nast.

<sup>84</sup> R. Acquaroli, *La fiscalidad de los sobornos*, [w:] L.A. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Cuenca 2006, s. 345.

<sup>85</sup> M.T. Soler Roch, *La tributación...*, *op. cit.*, s. 17.

<sup>86</sup> A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas...*, *op. cit.*, s. 137 i nast.; A. Manjón-Cabeza Olmeda, *Ganancias criminales y ganancias no declaradas...*, *op. cit.*, s. 684.

<sup>87</sup> S. Bacigalupo Saggese, *Ganancias ilícitas...*, *op. cit.*, s. 29.

<sup>88</sup> Jeżeli chodzi o zachowania bezprawne ale nie przestępne lub nielegalne, jak zyski pochodzące z prostytucji, są należności podatkowe i można mówić o oszustwie podatkowym. P. Chico de la Cámara, *El delito de defraudación...*, *op. cit.*, s. 99; J.A. Choclán Montalvo, *La aplicación práctica del delito fiscal...*, *op. cit.*, s. 314.

## 5.3.3. WŁASNE STANOWISKO

Chodzi o problem bardzo istotny, z konotacjami technicznymi i praktycznymi o wielkim znaczeniu. Prima vista wydaje się wyolbrzymionym wymóg i nadmierną karą, by handlarz narkotykami lub jakikolwiek inny przestępstwa płacił podatki za zyski lub dochody uzyskane ze swojego przestępnego zachowania. Wobec pozornie tak jasnego rozwiązania, pojawiają się inne przykłady, który budzą wiele wątpliwości. Wyobraźmy sobie oszustwo nieruchomościowe na wielką skalę, które przynosi ogromne korzyści ekonomiczne. Czy może uniknąć podatków firma, która czyni to ze względu na nielegalną naturę mienia? Należy także rozważyć operacje tylko częściowo przestępne, w których działa się zgodnie z legalnością w większej części. W tym wypadku, jeżeli część zgodna z prawem transakcji oszukańczych nie przewyższa kwoty ustanowionej w art. 305 h.k.k., nie ma przestępstwa przeciwko Skarbowi Państwa. Ale jeżeli zsumujemy to, co zgodne z prawem i bezprawne, to okaże się, że przekracza tą kwotę. Przesłanką tego przestępstwa przeciwko Skarbowi Państwa jest stosunek prawnopodatkowy, z którego wynikają obowiązki podatkowe materialne i formalne. Powinny istnieć korzyści, które nadają kształt podstawie opodatkowania, od której wylicza się kwotę należnego podatku. Ten, kto przyjmuje łapówki lub dokonuje jakiegokolwiek przestępstwa majątkowego – kradzieży, kradzieży z włamaniem, oszustwa – spełnia przesłanki czy też podstawowe elementy stosunku prawnopodatkowego? Czy to mienie nielegalne może być przedmiotem opodatkowania? Odpowiedź byłaby twierdząca, jeżeli w naszym prawie istniałby przepis, który wyraźnie przewidywałby opodatkowanie nielegalnych dochodów, ale to nie jest ten wypadek.

Uważam, że ostatecznie należy odrzucić przestępstwo defraudacji podatkowej, jeżeli dochody pochodzą z czynu przestępnego<sup>89</sup>. Odmienne rozwiązanie wpływałoby na podstawowe prawa, a konkretnie na prawo do nieoskarżania się<sup>90</sup>. Przyjmuje, że karę przewidzianą za przestępstwo uprzednie ponosi ten, kto popełnił to przestępstwo i sam wykorzystuje uzyskane korzyści. W konsekwencji, ustawodawca połączył wystarczającą karę i konsekwencje dodatkowe dla każdego z przestępstw z uszczerbkiem właściciela interesu majątkowego oraz ewentualnie pokrzywdzonego Skarbu Państwa. I tak, więzienie, grzywna, odpowiedzialność cywilna i przepadek za pierwotne przestępstwo są rozwiązaniami prawnymi, które wystarczają<sup>91</sup>. Nic więcej nie należy wymagać niż stosowanie konsekwencji prawnych, które dotyczą popełnienia uprzedniego przestępstwa, uznając, że te sytuacje nie wpisują się w konfigurację zobowiązań podatkowych.

Niemniej, uważam, że jest możliwe przestępstwo defraudacji podatkowej w przypadku działalności nielegalnej niestanowiącej przestępstwa, jak na przykład zysk otrzymywany z nieprzymuszanej prostytucji osób pełnoletnich, który powinien podlegać opodatkowaniu.

---

<sup>89</sup> Przeciwnie uważa, że ma miejsce to przestępstwo kiedy ukrywa się mienie pochodzące z przestępstwa F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial...*, op. cit., s. 902.

<sup>90</sup> A. Manjón-Cabeza Olmeda, *Ganancias criminales y ganancias no declaradas...*, op. cit., s. 687.

<sup>91</sup> Por. S. Bacigalupo Saggese, *Ganancias ilícitas...*, op. cit., s. 23.



## 6. WNIOSKI

Przestępstwa gospodarcze ogólnie, a w szczególności te na szkodę Skarbu Państwa służą dostosowaniu pojęć pochodzących z teorii przestępstwa do nowoczesnych form przestępczości gospodarczej i podatkowej. Badając każdą przesłankę przestępstwa defraudacji podatkowej dostrzega się ich złożoność i brak jednolitej wykładni. Z dyskusji naukowej i orzeczniczej wynikają istotne wnioski i postęp, który wywiera wpływ na konstrukcję lepszego prawa karnego. Zagadnienia omawiane w tym artykule (pojęcie oszustwa, sprawstwo i uczestnictwo oraz element ilościowy) to najmniejsza część istniejących problemów, jednak trafnie syntezują dwuznaczność pojęciową, która wymaga dużego wysiłku wykładni, by być pokonana.

## BIBLIOGRAFIA

- Acale Sánchez M. i González Agudelo G., *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] J.M. Terradillos Basoco (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo IV, 2ª ed., Madryt 2016.
- Alonso González L.M., *Fraude y delito fiscal en el IVA: Fraude carrusel, truchas y otras tramas*, Ed. Marcial Pons, Madryt 2008.
- Acquaroli R., *La fiscalidad de los sobornos*, [w:] L.A. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín (coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, Cuenca 2006.
- Ayala Gómez I., *Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios: el llamado delito fiscal del art. 305 del Código Penal*, [w:] E. Octavio de Toledo (dir.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009.
- Bacigalupo Saggese S., *Ganancias ilícitas y Derecho penal*, Madryt 2002.
- Bajo Fernández M., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Madryt 1987.
- Bajo Fernández M. i Bacigalupo Saggese S., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 2000.
- Barnuevo Fabo D. i Zornoza Pérez J., *Los incrementos no justificados de patrimonio y el régimen sancionador tributario*, „Crónica Tributaria” 1994, 71.
- Berdugo Gómez de la Torre I. i Ferré Olivé J.C., *Estimación indirecta y delito fiscal*, „Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales” 1990.
- Berdugo Gómez de la Torre I. i Ferré Olivé J., *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona 1994.
- Boix Reig J. i Mira Benavent J., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.
- Boix Reig J. i Grima Lizandra V., *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] J. Boix Reig (dir.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. III, Ed. Iustel., Madryt 2012.
- Bustos Ramírez J., *Bien jurídico y tipificación de la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública*, [w:] J. Boix Reig, J. Bustos Ramírez, *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 1987.
- Bustos Rubio M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Castro Moreno A., *Elusiones fiscales atípicas*, Barcelona 2008.
- Chico de la Cámara P., *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código Penal por LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas de lege ferenda*, Prólogo Pedro M. Herrera, Ed. Aranzadi, Navarra 2012.
- Choclán Montalvo J.A., *Responsabilidad de auditores de cuentas y asesores fiscales*, Ed. Bosch, Barcelona 2003.

- Choclán Montalvo J.A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, Ed. Bosch, Barcelona 2011.
- Ferré Olivé J.C., *La protección penal de la Hacienda Pública: Delito fiscal, fraude de subvenciones y delito contable*, „Crónica Tributaria” 1989, nr 60.
- Ferré Olivé J.C., *El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*, „Revista Penal” 2014, 33.
- Ferré Olivé J.C., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018. Jest wydanie meksykańskie: Ed. Tirant lo Blanch y Centro Mexicano de Estudios en lo penal tributario. Ciudad de México 2018.
- Galarza C., *La tributación de los actos ilícitos*, [w:] *Derecho penal tributario*, Tomo I, Ed. Marcial Pons., Madryt–Buenos Aires 2008.
- García Moreno V.A., *Inversión del sujeto pasivo en el IVA y delito fiscal*, „Carta Tributaria” 2017, 24.
- García Novoa C., *Consecuencias penales de los incrementos no justificados de patrimonio*, [w:] *Derecho Penal Tributario*, T. 1, Buenos Aires 2008.
- García Novoa C., *Estudios de derecho tributario penal y sancionador. Centro mexicano de estudios en lo penal tributario*, México 2016.
- Gimbernat Ordeig E., *Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual*, Rev. Poder Judicial, nr especial IX 1989.
- Gracia Martín L., *La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español: crítica de la regulación vigente y propuestas de reforma*, „Civitas Revista Española de Derecho financiero” 1988, nr 58.
- Hernández Martín V., *Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública*, „Crónica Tributaria” 1989, nr 60.
- Herrera Molina P. i Chico de la Cámara P., *Los incrementos no justificados de patrimonio: componente imponible presunto del Impuesto sobre la Renta*, „Civitas Revista española de Derecho financiero” 1994, n° 81.
- Herrera Molina P., *STC 87/2001, de 2 de abril: incrementos patrimoniales no justificados y delito fiscal*, „Crónica Tributaria” 2002, 105.
- Lamarca C., *Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*, „Revista de Derecho financiero y Hacienda Pública” 1985.
- Manjón Cabeza-Olmeda A., *Ganancias criminales y ganancias no declaradas AAVV*, „Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- Martín Queralt J.M. i in., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 25ª ed. Madryt, 2014,
- Martínez-Buján Pérez C., *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos. Madryt 1995.
- Martínez-Buján Pérez C., *Autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, [w:] M. Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Ramón Areces, Madryt 2007.
- Martínez Buján-Pérez C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Parte Especial, 5º ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- Méndez Cortegano I.J., *La cuantía defraudada*, [w:] *El delito fiscal*, Valencia 2009.
- Mestre Delgado E., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] C. Lamarca (coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Madryt 2016.
- Morales Prats F., *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra 2016.
- Morillas Cueva L., *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, [w:] L. Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Dykinson, Madryt 2016.
- Muñoz Conde F., *El error en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989.



- Muñoz Conde F., *Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?*, „Revista Penal” 2002, 9.
- Muñoz Conde F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 21ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- Nieto Martín A., *Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Delitos de contrabando*, [w:] *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madryt 2015.
- Pérez Royo F., *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madryt 1986.
- Pérez Royo F., *El delito fiscal tras veinte años de su implantación*, „Civitas Revista española de Derecho Financiero” 1998, nr 100.
- Pérez Royo F., *Delito fiscal y ocultación*, [w:] M. Bajo Fernández (dir.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Ramón Areces, Madryt 2007.
- Rodríguez Mourullo G., *El nuevo delito fiscal*, [w:] *Comentarios al Código Penal*, Madryt 1983.
- Serrano González de Murillo J.L. i Cortés Bechiarelli E., *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madryt 2002.
- Silva Sánchez J., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Ed. Edisofer, Madryt 2013.
- Sola Reche E., *Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, [w:] C.M. Romeo Casabona, E. Sola Reche, M.Á. Boldova Pasamar (coord.), *Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Comares, Grenada 2016.
- Soler Roch M.T., *La tributación de actividades ilícitas*, „Civitas Revista española de Derecho financiero” 1995, 85.
- Torres Gella F.J., *Autoría y otras formas de participación en el delito fiscal*, [w:] *El delito fiscal*, Valencia 2009.
- Virgolini J. i Silvestroni M., *Derecho penal tributario*, Buenos Aires 2014.
- Zornoza Pérez J., *Levantamiento del velo y determinación de la cuota en el delito de defraudación tributaria*, [w:] *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pampeluna 2002.

## PODSTAWOWE ELEMENTY PRZESTĘPSTWA DEFRAUDACJI PODATKOWEJ W HISZPANII

### Streszczenie

W artykule została przeprowadzona analiza znamion przestępstwa defraudacji podatkowej sypionowanego w art. 305 hiszpańskiego kodeksu karnego. Defraudacja polega na uchylaniu się m.in. od zapłaty podatków lub nieuprawnionym korzystaniu z ulg podatkowych. Istotną przesłanką odpowiedzialności za to przestępstwo jest pozostawanie sprawcy w stosunku prawnopodatkowym z administracją podatkową. Zdaniem autora dla wystąpienia tego przestępstwa nie jest konieczne wprowadzenie w bład administracji podatkowej, a wystarczające jest naruszenie obowiązku formalnego, który materializuje się w ukryciu lub defiguracji podstawy opodatkowania, co uniemożliwia określenie kwoty podatku. Przedmiotem analizy w zakresie tego przestępstwa są także sprawstwo, współsprawstwo, współsprawstwo konieczne, podżeganie, pomocnictwo, zdefraudowana kwota podatkowa, administracyjne wyliczenie kwoty i jej określenie sądowe, nieuzasadniony wzrost majątku w kontekście odpowiedzialności za defraudację podatkową, nielegalne dochody, a także odpowiedzialność doradców prawnych, podatkowych lub księgowych.

Słowa kluczowe: doradcy podatkowi, oszustwo podatkowe, prawo karne podatkowe, sprawstwo i pomocnictwo

## THE CRIME OF TAX FRAUD IN SPAIN

## Summary

The paper analyses essential features of the crime of tax fraud laid down in Article 305 of the Spanish Criminal Code. The fraud consists in tax evasion or use of undue tax exemptions. The important element of liability for this crime is the legal-tax relation between the perpetrator and the tax administration. The author emphasizes that it is not necessary to deceive the tax administration; it is sufficient not to fulfil the formal duty, which materialises in hiding or disfiguring the tax base, making the determination of tax impossible. The analysis covers also perpetration, co-perpetration, necessary co-perpetration, aiding and abetting, defrauded tax amount, administrative calculation of the due amount and its judicial determination, illegal increment in property in the context of liability for tax fraud, illegal income, as well as the liability of legal counsels, tax advisors or accountants.

Keywords: tax advisors, tax fraud, fiscal penal law, perpetration and aiding

**Cytuj jako:**

Ferré Olivé J.C., *Podstawowe elementy przestępstwa defraudacji podatkowej w Hiszpanii*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 7–33. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.32/j.c.ferre.olive

**Cite as:**

Ferré Olivé, J.C. (2018) 'The crime of tax fraud in Spain'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 7–33. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.32/j.c.ferre.olive

# THE UNATTAINABLE NEUTRAL STATE

CARMEN GARCIMARTÍN\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.33/c.garcimartin

## 1. A DEPICTION OF STATE NEUTRALITY

The definition of State neutrality is, at first glance, quite simple. A neutral State is one that deals impartially with its citizens and does not take sides on the issue of what sort of lives they should lead.<sup>1</sup> Applied to religion, neutrality prevents public powers from interfering in religious affairs, leaving citizens and communities free to act on that field, of course, within the legal framework.

Neutrality may be considered an independent principle of State action, or a characteristic of the State that conveys two other principles: equality and incompetence of the State on the issue at stake.<sup>2</sup> One way or another, the neutrality of the State entails, on the one hand, that under identical conditions, the State cannot grant a better or worse treatment to anybody because of his religious beliefs, or to religious communities because of their religious ethos. Then, religion cannot be considered a standard to decide in competitive situations. On the other hand, the State cannot get involved in internal issues of the religious communities.<sup>3</sup> It has no power to assess the pronouncements of these communities nor to appraise the religious doctrines, either individually or comparing them.

Neutrality, however, is not a goal in itself. It aims to protect religious freedom, which is a fundamental right. In Europe, this right is guaranteed both at the national and European level, in the latter case mainly through the European Convention on Human Rights (ECHR).<sup>4</sup> Neutrality does not enjoy such protection, as it is not

---

\* PhD, Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law of the University of A Coruña, Spain; e-mail: carmen.garcimartin@udc.es

<sup>1</sup> Cf. P. Jones, *The Ideal of the Neutral State*, [in:] R. Goodin, A. Reeve (eds.), *Liberal Neutrality*, Routledge, London 1989, p. 9.

<sup>2</sup> Cf. J. Martínez-Torrón, *Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa*, *Ius Canonicum* No. 54, 2014, p. 114 ff.

<sup>3</sup> Cf. M. Barbier, *Esquisse d'une théorie de la laïcité*, *Le Debat* No. 77, November–December 1993, pp. 78–81.

<sup>4</sup> Article 9: "1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community

a human right but a means to better protect one of those rights.<sup>5</sup> It is not an essential characteristic of those states committed to fully protect human rights. The European Court of Human Rights (ECtHR) has repeatedly emphasized that no system of relations between State and religion can be excluded a priori if religious freedom is guaranteed. Those systems fall within the margin of appreciation: the states may decide which kind of relationship they will have with religions.<sup>6</sup>

Despite this statement, a neutral position of the State seems to be more appropriate to fully protect religious freedom.<sup>7</sup> Where individuals are free to choose, the State should not evaluate the options nor line up with any of them, because the result would be an imbalance among the choices. If citizens can choose, the State cannot.<sup>8</sup> In other words, religious freedom would be better safeguarded if the State does not opt in matters of religion.<sup>9</sup>

The European standards to label a State as neutral are far different than those from other parts of the world, namely the United States of America.<sup>10</sup> Some commitments of the European states aimed to support religion in general, or a specific religious denomination, would be regarded as a breach of the Establishment Clause of the First Amendment of the US Constitution (“Congress shall make no law respecting an establishment of religion”).<sup>11</sup> That is the case of the special mention of the

---

with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. 2. Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

<sup>5</sup> Cf. J. Martínez-Torrón, *Símbolos religiosos institucionales...*, p. 117.

<sup>6</sup> See *Lautsi and Others v. Italy*, [GC] Application no. 30814/06, ECtHR 2011, §60: “States have responsibility for ensuring, neutrally and impartially, the exercise of various religions, faiths and beliefs. Their role is to help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups. That concerns both relations between believers and non-believers and relations between the adherents of various religions, faiths and beliefs”. *Leyla Şahin v. Turkey*, [GC], Application no. 44774/98, ECtHR 2005-XI, §107: “The Court has frequently emphasized the State’s role as the neutral and impartial organizer of the exercise of various religions, faiths and beliefs, and stated that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society. It also considers that the State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed”. See, as well, *Manoussakis and Others v. Greece*, judgement of 26 September 1996, *Reports* 1996-IV, p. 1365, §47; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], Application no. 30985/96, §78, ECtHR 2000XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, §91, ECtHR 2003-II.

<sup>7</sup> Some authors go as far as considering neutrality “the defining feature of liberalism: a liberal state is a state which imposes no conception of the good upon its citizens but which allows individuals to pursue their own good in their own way” (P. Jones, *The Ideal of the Neutral State...*, p. 11). See also, J. Madeley, *European liberal democracy and the principle of state religious neutrality*, *West European Politics* Vol. 26, No. 1, 2003, p. 6.

<sup>8</sup> Cf. L. Zucca, *A Secular Manifesto for Europe*, 5 March 2015, available at <http://ssrn.com/abstract=2574165>, p. 12.

<sup>9</sup> See, among others, S. Ferrari, S. Pastorelli (eds.), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Ashgate, Surrey 2012.

<sup>10</sup> J. Madeley, *European liberal democracy...*, p. 15.

<sup>11</sup> See a brief introduction to this clause at <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/first-amendment-and-religion>.

Catholic Church in the Spanish Constitution, the funding of religious denominations in Belgium, or the funding of religious schools in Ireland, all of them countries that are self-defined as systems with a certain level of neutrality. As Justice Scalia from the US Supreme Court put it, “while Americans tend to believe strongly that religious values undergird government, and should be acknowledged to do so, they simultaneously believe that the government should play no role in controlling religion, either at the individual or institutional level. Europeans tend to invert these two positions, believing that politicians should keep their religious beliefs to themselves while (paradoxically) turning a blind eye to state/church institutional entanglement – hence, the Church of England and the Concordat between the Vatican and Italy favouring the Catholic Church”.<sup>12</sup>

The principle of neutrality has a double edge. Public powers can neither benefit nor burden religion as a whole or any particular religion.<sup>13</sup> According to the first approach, religion should be treated like any other element that contributes to the common good, without privileges, but without disregard, either. Certainly, different political projects give varying importance to the elements that shape the society; some of them foster the cultural heritage extensively, others pursue the advancement of a specific social issue, or grant special weight to sports or any other purpose.<sup>14</sup> These preferences will have an impact on the distribution of public funds; after all, governments aim to build up a particular model of society, and governing entails choices, as resources are scarce and must be allocated in one or another place. This is the essence of political diversity: proposing different ways to find a balance among the elements that contribute to the common good. This balance, however, has limits in neutral states: an element cannot be obliterated, as it would imply a negative appraisal of its contribution to the society.

Regarding the second perspective, neutrality requires that the State do not favour nor harm a specific religious denomination or community. Lawmakers, as any other public power, cannot enact laws or regulations that target a religious group. Nonetheless, neutral laws or government actions are bound to have non-neutral consequences at times, causing a harm on a certain religious group, insofar as free competition for adherents will almost always lead to some ways of life prevailing over others.<sup>15</sup> In this case, reconciling neutrality with religious freedom – that, as all fundamental rights, should be construed as broadly as possible – would require that the State prove that the regulation has been needed in a democratic society and the restriction has been proportionated to the aim of the regulation.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> A. Scalia, *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, The Crown Publishing Group, 2018, pp. 31–32.

<sup>13</sup> Cf. L. Zucca, *A Secular Manifesto for Europe...*, p. 13; J. Madeley, *European liberal democracy...*, p. 8. The ECtHR declared that the State neutrality “concerns both relations between believers and non-believers and relations between the adherents of various religions, faiths and beliefs”. See above, *Lautsi and Others v. Italy*, note 6.

<sup>14</sup> As an example, see A. Fornerod (ed.), *Funding Religious Heritage*, Ahsgate, Surrey 2015; it deals with the different approaches from European States to one of the elements of the common good, the heritage.

<sup>15</sup> J. Madeley, *European liberal democracy...*, p. 7.

<sup>16</sup> Cf. J. Martínez-Torrón, *Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la Jurisprudencia de Estrasburgo*, [in:] J. Martínez-Torrón, S. Meseguer Velasco,

## 2. SOME MISCONCEPTIONS ABOUT STATE NEUTRALITY

The implementation of the principle of neutrality depends on various factors, among others, the ideology of the political party in power. Certainly, there are some limits that cannot be trespassed, under risk of withdrawing this principle. But within those limits, there is a margin of discretion of the State to set up this principle.

Nevertheless, neutrality has been occasionally misunderstood, both in its scope or regarding its requirements and consequences. These mistakes bring about wrong approaches to this principle. I will deal two of them.<sup>17</sup>

### 2.1. IDENTIFYING NEUTRAL STATE AND NEUTRAL SOCIETY

The first misconception that needs to be clarified is that a neutral State neither presupposes nor pursues a neutral society. At times, these two realities – the neutral State and neutral society – appear tightly linked, or even identified as the same political goal. However, this identification is not accurate and relies on an imprecise conception of the public space.

The public realm, as opposite to the private one, is the space open to everybody. We can still differentiate two spheres within the public realm: the public institutional and the public social ones. Both terms are conventional and admit diverse denominations (like political domain versus civil society, for example), but the distinction is essential because the neutrality has different consequences in each one.<sup>18</sup> The public institutional sphere comprises the State powers (the Parliament, Courts of Justice, City Councils, etc.) and the public administration at its different levels (national, regional, local). Religion should be out of that sphere in the neutral State. The interdiction of using religious reasoning and arguments in rulings and debates, the absence of religious symbols and the ban of expressions of faith in general manifest the non-commitment of the State to any religious beliefs. The public social sphere, on the contrary, is open to the participation of everybody. It is the sphere of the free development of ideas of any kind, including religious ones. It is also the specific field for the growth and spread of political parties, labour unions, associations, and so on. Nobody should be excluded from that sphere as far as they accept the constitutional limits of public order, and no one may impose their will

---

R. Palomino Lozano, *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI*, Vol. 1, Iustel, Madrid 2013, p. 283.

<sup>17</sup> This paper adopts mainly the perspective of the Southern European countries, that is those from a Catholic tradition. The Anglo-Saxon and Nordic perspectives are not considered here. There is a vast literature that copes with that viewpoint. Beside several books quoted in this paper, see the articles published within the *Religare* Project ([https://cordis.europa.eu/project/rcn/94078\\_en.html](https://cordis.europa.eu/project/rcn/94078_en.html)).

<sup>18</sup> Cf. V. Bader, *The 'Public-Private' Divide on Drift: What, if any, is its Importance for Analyzing Limits of Associational Religious Freedoms?*, [in:] S. Ferrari, S. Pastorelli (eds.), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Ashgate, London 2012, p. 55 ff. This author recognises many internally diverse public arenas; see chart on page 56 of the aforementioned contribution. To our aim, this highly detailed distinction is not necessary.

by force to others. The public authorities must assure a fair play but should not interfere in that development. Using a visual comparison, in the public social field social agents are free to play like players in a football game. The State acts on that field like a referee: he must be sure that the rules of the game are respected; he himself must be neutral but players are not: each one, or each team, will seek their own interest, that do not coincide with that of the others'.<sup>19</sup>

Therefore, religion should not be pushed back to the private sphere in the neutral State. It must be out of the public institutional, but it can be present in the public social field. The neutral State must not suppress the different options on religion in the society. It must only guarantee that they are developed according to the rules of the game: within the legal framework of each country.<sup>20</sup>

The intent of expelling religion not only from the public institutional sphere, but also from the society, has been a target of political regimes of different sign. However, the impossibility of wiping out religion from the social sphere has been repeatedly demonstrated. Therefore, an attitude of tolerance, understood as coming to terms with a harm that cannot be kept away, is currently more frequent than a real will of erasing religion in European societies. Nonetheless, this approach is not neutral, either.

The consequence of the attitude of mere tolerance of religion is that atheistic convictions enjoy a more advantageous position than the religious beliefs.<sup>21</sup> The State would not be neutral in this case because that position implies a certain stance – a negative one – on religion, to the extent that religion is simply accepted as something unavoidable. This idea has been articulated rewording a famous expression: religion is not deemed the opium of the people anymore, and therefore it is not persecuted; instead, it is considered the *tobacco of the people*, and is treated as that: you have to avoid it as much as possible because it is harmful, use it without bothering anybody, and of course, out of any public space.<sup>22</sup> The religious factor, then, would lose all prominence in public life. From the juridical point of view, the regulation of the religious element, when necessary, would be redirected to other sectors of the law – the cultural sphere, social services, non-governmental organisations, etc. – without any recognition of its own specificity.

---

<sup>19</sup> Cf. R. Palomino, *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2014, p. 162.

<sup>20</sup> According to the European Court of Human Rights, the State neutrality “cannot be conceived as being likely to diminish the role of a faith or a Church with which the population of a specific country has historically and culturally been associated” (ECtHR/Council of Europe, Guide to Article 9, published in 2015, no. 170; available at <http://www.echr.coe.int> (Case-law – Case-law analysis – Case-law guide).

<sup>21</sup> Cf. J. Martínez-Torrón, *Símbolos religiosos institucionales...*, p. 120. See similarly, J. Madeley: “Arrangements based on Enlightenment liberal assumptions actually offend against the principle of governmental religious neutrality because they privilege secular beliefs over religious ones and consign religion to the margins of social life. This means that in areas such as the provision of education, health care and other social services, where churches have traditionally maintained a strong interest, they receive little or no encouragement from the state, which instead provides secular alternatives out of the public purse”. J. Madeley, *European liberal democracy...*, p. 8.

<sup>22</sup> The idea comes from A. Ollero, *La engañosa neutralidad del laicismo*, [in:] J. Prades, M. Oriol (eds.), *Los retos del multiculturalismo*, Encuentro, Madrid 2009, p. 2.



In accordance with this attitude of tolerance of religion, the advancement towards a neutral society is usually accomplished not directly, but through indirect means. Social neutrality is not presented as a goal in itself, but as an outcome of other compelling actions. For example, the absence of religious elements in the public space is occasionally rendered as a necessary guarantee of the social peace. Religion is depicted as a potential element of conflict; the difficulties in solving issues that involve religion are emphasized. As a consequence, the message sent by the public powers is that only by eliminating that source of controversy, can a peaceful development of society be achieved.<sup>23</sup> The ECtHR has often underlined that public authorities cannot guarantee the social peace removing the religious element from the public square. “The role of the authorities in such circumstances – affirms the Court – is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other”.<sup>24</sup> The State must promote respect and getting along among citizens; expelling religion from society to avoid social strain is an excessive and disproportionate measure.<sup>25</sup>

Another way to strive for a neutral society is searching for a consensus on moral issues depriving them of any religious connotation, at the same time that they are incorporated into the content of fundamental rights that everybody must respect. It happened in the United States with the substantive due process and the marital privacy or in Spain with the fundamental right to the free development of personality, protected by Article 10 of the Constitution.<sup>26</sup> This way, public powers impose a moral common to all citizens, stripped of any religious element, giving way to a kind of secular establishment in which only those secular beliefs would be acceptable. Furthermore, this attitude implies that the civil powers become arbiters of what is and what is not religious, thus undermining the bases of state neutrality.<sup>27</sup>

The imposition of this secular moral to everybody, however, is not acceptable in liberal democratic states. Public powers cannot attempt to achieve a consensus on values other than those stated in the Constitution. This consensus must not be pursued as it entails a denial of personal freedom to choose one’s religious and moral set of values. Besides, that pretension would contravene the equality, because

---

<sup>23</sup> Cf. B.L. Berger, R. Moon, *Introduction*, [in:] *Religion and the Exercise of Public Authority*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2016, pp. 4–5.

<sup>24</sup> *Leyla Şahin v. Turkey*, §107. See also, *Serif v. Greece*, Application no. 38178/97, §53, ECHR 1999IX.

<sup>25</sup> See J. Martínez-Torrón, *Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa...*, p. 299.

<sup>26</sup> In the United States, the right to *marital privacy* was recognised in *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965). Since then, the Supreme Court widened the scope of this right through the doctrine of the substantive due process, including a number of rights with moral content in its aim: adults’ right to use contraceptives (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972), and minors’ right as well (*Carey v. Population Services Intl.*, 431 U.S. 678, 1977); women’s right to abortion (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973), the right to homosexual relationships without punishment (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003). On this Supreme Court application of substantive due process, see H.M. Alvaré, *Putting Children’s Interests First in U.S. Family Law and Policy*, Cambridge University Press 2018, p. 18 ff.

<sup>27</sup> Cf. B.L. Berger, R. Moon, *Introduction*, [in:] *Religion and the Exercise of Public Authority...*, p. 5.



while religious people must be tolerant of some behaviour they find hard to accept, secularists would refuse to display the same tolerance when it comes to religious behaviour which does not comply with that civic moral.<sup>28</sup>

Consensus in the religious or moral sphere cannot be claimed by the State, the same way that no consensus is sought in political or ideological matters. The opposite would be a manifestation of totalitarianism. The consensus should be pursued in those cases in which the individuals are not free to choose, for example, if it is a matter of sanctioning some behaviour or imposing a civic obligation. On the contrary, in areas where citizens are free to choose, the State must guarantee the conditions to achieve the maximum freedom to make the choice, not the greater uniformity in decisions. And it cannot shrink the scope of that area of freedom, either.

The game, as it is currently conceived, is diversity and coexistence in dissent, or, as is more commonly said, pluralism.<sup>29</sup> The rules of the game are established by the constitutional principles and the standards stipulated in the bills of rights, and these rules are broad enough and yet specific enough to include everybody without requiring any agreement on other background values.<sup>30</sup> In other words, the State neutrality is inclusive, not exclusive. It must not seek the exclusion of religion from public life, but the inclusion of all religious groups, without any preference, but also without reluctance or prejudice regarding religious or denominational values.<sup>31</sup>

## 2.2. RELIGIOUS INFLUENCE AND BALANCED SOCIETY

Another wrong way to understand neutrality is considering that the neutral State must avoid any kind of religious influence in law and politics. The neutrality does not accept the direct influence that comes from an entanglement between Church and State. However, there is also another influence that comes out as a consequence of the existence of a religious majority in a country. That majority may have an impact in the juridical or political field. The wrong approach to neutrality would consist on the conviction that if a religious denomination is prevalent in the society, the public powers should try to “neutralise” its potential influence. To this aim, they foster religious plurality, that is regarded as the only possible background of a true neutrality.

This kind of State intervention, however, is not neutral itself. Religious denominations and communities enjoy collective religious liberty that must be free

---

<sup>28</sup> See P. Berger, G. Davie, E. Fokas, *Religious America, Secular Europe? A Theme and Variations*, Burlington, VT. 2008, pp. 103–104.

<sup>29</sup> On this issue, see S. Ferrari, *Introduction to European Church and State Discourses*, [in:] L. Christoffersen, K.Å. Modér, S. Andersen (eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century: Nordic Perspectives*, Djøf Publishing, Copenhagen 2010, p. 23 ff.

<sup>30</sup> See generally, L. Zucca, *The crisis of the secular state – A reply to Professor Sajó*, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 7, 2009, Section Two, pp. 494, 498.

<sup>31</sup> I develop this reasoning related to the educational field in Spain in *Education in the secular state: Whose right is it?*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* Vol. 2, 2011, pp. 77–106.

from any State interference; their development, that is, their growth or decline, their success or failure, will be determined by the individuals' free choices. The more plural or more homogeneous configuration of a society will depend on multiple factors, but it must not be achieved through a political intervention. Public powers cannot neutralise or lessen a religious denomination (or several ones), promoting an artificial balance among them in order to counterweight their influence in the society and getting a zero-sum game.

Undoubtedly, a religious community with more members or a wider capacity for action will have a greater sway in the society. However, that cannot be understood as a negative result that must be repressed; it is an inescapable consequence of freedom. It would be a contradiction recognising the freedom of expression and religion, and at the same time considering the influence of religion in society illegitimate, as the Stasi Report did years ago.<sup>32</sup> "How is it possible, wonders a former president of the Italian Senate, to regard *free expression* of religious beliefs as legitimate, but their *influence* as illegitimate? Is it not precisely the goal of free expression to influence public debate and political decisions? By what (secular) miracle is it possible for religious expression to be free yet have no influence?" And the author himself answers the question: "Only one, the miracle by which secularism has been transmuted into a religion".<sup>33</sup>

Religious groups can spread their ideas and try to gain followers or to influence society as long as they do so while respecting the law. The legitimacy of this action, known with the reviled term of proselytism – which often evokes in an equivocal way a coercion or violation of religious or thought freedom – has been affirmed by the European Court of Human Rights.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> See, among others, M. Akan, *Laïcité and multiculturalism: the Stasi Report in context*, The British Journal of Sociology Vol. 60, issue 2, 2009, p. 237. The author considers Will Kymlicka, the strongest defender of multiculturalism, as a liberal democratic project. His argument is that cultural context is one of the primary definers of the content of one's choice without which the idea of choice becomes meaningless. See p. 251.

<sup>33</sup> Cf. M. Pera, *Why we Should Call Ourselves Christians: The Religious Roots of Free Societies*, Encounter Books, New York 2008, p. 32.

<sup>34</sup> Cf. *Kokkinakis v. Greece*, Application no. 14307/88, A/260-A May 25, 1993, §31: "As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, *inter alia*, freedom to 'manifest [one's] religion'. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions. According to Article 9 (art. 9), freedom to manifest one's religion is not only exercisable in community with others, 'in public' and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted 'alone' and 'in private'; furthermore, it includes in principle the right to try to convince one's neighbour, for example through 'teaching', failing which, moreover, 'freedom to change [one's] religion or belief', enshrined in Article 9 (art. 9), would be likely to remain a dead letter". Obviously, the ECtHR does not protect any kind of improper proselytism, such as the offering of material or social advantage or the application of improper pressure with a view to gaining new members for a Church; see *Larissis and Others v. Greece*, Applications nos. 140/1996/759/958–960, ECtHR, 24 February 1998, §45.

The possibility that religious beliefs may influence political decisions – like secular ideological ones may, too – does not diminish the neutrality of the State. It does not affect the separation of Church and State, either, although it may have an impact on a greater or lesser secularisation of society. For example, when a large number of citizens profess a faith that opposes the death penalty or the consumption of alcohol, they might get to influence the law or the political decisions in this direction, if they manage to change them through the majority principle that applies in democratic systems. Surely, their defenders will have to use secular reasonings to this aim, without relying on religious reasons, which must remain in the internal sphere of the individual. In the aforementioned examples, they could claim the defence of human dignity or public health reasons.<sup>35</sup> Actually, if the number of members of a religious group is big enough to achieve a change in the legal system, that religious group will have a real influence in society,<sup>36</sup> but the State would not be confessional, not even in a covert manner. It would be confessional if the reasons for the legal change were, expressly or tacitly, to adjust its laws and statutes to the tenets of a religious denomination, but not if it is the result of a process of citizen participation.<sup>37</sup> And we can assert it even when a religious element is at the origin of the citizens' decision. Nobody can demand or expect that citizens make their choices in a neutral way from the religious, ideological or any other point of view. Neutrality refers to the political or the juridical systems, not to the process of forming people's ideas.

In the search of the counterbalance among religious denominations, some states implement measures of positive discrimination. In the field of religion, the positive discrimination, or affirmative action, as it is better known in some juridical systems, entails a favourable treatment of one or several minority religious groups to

---

<sup>35</sup> Cf. S. Ferrari, *Diritto e religione nello Stato laico: islam e laicità*, [in:] G.E. Rusconi (ed.), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna 2008, p. 318.

<sup>36</sup> This is a theoretical approach, in the sense that it would be very difficult to measure the actual influence of certain religious beliefs on a political decision based on fully secular arguments. On the one hand, because the different factors that determine the decision of a citizen cannot be divided, he will often adopt a certain position based not only on his religious convictions, but also on other ideological or political preferences. On the other hand, individuals who have forged their opinion on the basis of religious convictions come together in the processes of citizen participation with other people who have not taken into account any beliefs to make a decision and with whom they can agree supporting a specific legislative or political measure. It is almost impossible to determine, within the group of citizens who support a law or other political action, the percentage of those who have taken into account a religious doctrine to make a decision.

<sup>37</sup> J. Ratzinger refers to this issue from the perspective of politicians who profess religious beliefs. "The Catholic does not want, and cannot, passing through the legislation, impose hierarchies of values that only in faith can be recognised and realised. He can claim only what belongs to the bases of humanity accessible to the reason and that is essential for the construction of a good legal system". M. Pera, J. Ratzinger, *Sin Raíces. Europa, Relativismo, Cristianismo, Islam*, Península Ediciones, Barcelona 2006, p. 124. However, he recognises the difficulties that stem when trying to find a common background both for believers and non-believers on certain issues: "Here arises this question spontaneously: what is the moral minimum accessible to reason common to all men? Is it what all men understand? Would it then be possible to draw statistically these common rational bases of an authentic right? Here we are faced squarely with the dilemma of the human conscience. If rationality should be equated with the average conscience, in the end there would be little reason".

compensate for a historical situation of inequality. This special protection is acceptable if it is referred to the point of departure, that is, whenever it aims at procuring that all religious groups enjoy a legal status that allows their development in society. It does not apply, however, to the point of arrival, that is to say, to the situation resulting from that development. All religious groups must have identical opportunities, but the fact that minority groups effectively achieve a degree of acceptance or success equal or similar to that of other groups operating in the same territory cannot be a target of the public authorities; it depends exclusively on each group. The State must ensure that the necessary conditions are met – correcting past errors in the legal regulation, if necessary – so that all groups can perform their functions in the society, but it cannot impose a result; it must leave the religious groups to act in full freedom, whatever the consequences of such actions.<sup>38</sup> In other words, pluralism cannot prevent the success of any religious group.<sup>39</sup> Fostering the advance of the less developed religious denominations is a means to achieve a greater pluralism, but it would constitute an entanglement between State and religion incompliant with the required State neutrality. The European Court of Human Rights has frequently underlined the State's role as the neutral and impartial organiser of the exercise of various religions, faiths and beliefs, emphasizing that this role is conducive to public order, religious harmony and tolerance in a democratic society.<sup>40</sup>

Positive discrimination, therefore, is contrary to neutrality because the State does not act impartially with respect to religious groups. Besides, this attitude exceeds the competences attributed to the State: in order to adopt measures that involve positive discrimination, it is necessary to make a prior value judgement to determine which is the ideal achievable situation; that is, stating the degree of implementation each of the religious groups should have to consider that an adequate social composition has been accomplished.<sup>41</sup> When the State cooperates with religious denominations, it must protect and foster the development of the religious freedom, both individual and collective, not the particular development of certain religious denominations to fulfill a goal of a wider pluralism in society or a balance of faiths.<sup>42</sup> As some authors put it, the neutral State is not legitimated to intervene in the free market of ideas and beliefs.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Cf. M. Barbier, *Esquisse d'une théorie de la laïcité...*, p. 81.

<sup>39</sup> Cf. I.C. Ibán, L. Prieto, A. Motilla, *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid 2004, p. 38.

<sup>40</sup> ECtHR/Council of Europe, Guide to Article 9, published in 2015, no. 169, available at <http://www.echr.coe.int> (Case-law – Case-law analysis – Case-law guide).

<sup>41</sup> J. Martínez-Torrón, *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las confesiones religiosas*, Comares, Granada 1994, pp. 52–53.

<sup>42</sup> This misconception of neutrality is more likely to occur in societies, such as the Spanish one, that have a religious majority. I dealt with this issue in *The Ministerial Exception. European Balancing in the Spanish Context*, Oxford Journal of Law and Religion Vol. 4, issue 2, 2015, pp. 260–277.

<sup>43</sup> See R. Palomino, Á. López-Sidro, *¿Cabe la discriminación positiva en relación con el factor religioso?*, [in:] J. Martínez-Torrón, S. Meseguer Velasco, R. Palomino Lozano (eds.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI, Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. 1, Justel, Madrid 2013, pp. 580–581.

### 3. CHALLENGES TO STATE NEUTRALITY

What has been said so far does not prevent recognising that the principle of State neutrality finds a main obstacle. From a theoretical point of view, the effort of defining neutrality, stating its demands and consequences, can offer accomplished results. Besides, this principle can generate adhesion from different political and ideological spectrums. Neutrality, understood as the position of the State which does not impose a specific conception of good or evil, but allows citizens to pursue their own good in the way they want, is undoubtedly broad enough to be endorsed by many different ideologies.<sup>44</sup> However, it poses a fundamental difficulty: want it or not, the State must make value judgements; it has to decide what is good and what is not to repress such behaviour and impose a penalty,<sup>45</sup> or to select the activities or social factors that will be promoted by the public authorities.<sup>46</sup> In other words, establishing the limits of neutrality is not a neutral issue.<sup>47</sup> Since there is such an assessment, there is no longer absolute neutrality. This statement is particularly true with regard to some fields that do not admit a neutral approach, for example, education. An education system deprived of any moral content is an option itself, a relativistic one; and therefore, non-neutral.

Where is the limit of freedom of choice? If the State decides that something is better – a certain healthy life style – and decides to promote it, it is not neutral with regard to that issue. Nonetheless, it does not appear to be better to remain neutral in an issue that may enhance the citizens' life. Should it extend the possibilities of choice, or should it be non-neutral on some issues? Which ones?

Hence, doubt remains about the principle of neutrality, as necessary as complex: are we facing a myth or a challenge? Can the State really fulfill its mission as an arbitrator in religious matters, or is it inescapable that in certain situations it also intervenes in the game? There may not be a single answer, but rather each state must take into account its circumstances and the legal instruments available to achieve a neutral action by all the State powers.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> See R. McCrea, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford 2010, p. 36.

<sup>45</sup> "It is undeniable that the state is not ethically neutral from the moment that, for example, it establishes a criminal code"; R. Palomino, *Religion and neutrality: Myth, principle and meaning*, *BYU Law Review* Issue 3, 2011, p. 669.

<sup>46</sup> "A State which is truly neutral between different religious-ethical systems is a practical impossibility. The existence of political community is predicated upon the widespread acceptance of *political* values which determine where the line is to be drawn between matters of public concern and matters of private concern and how disagreements about matters of public concern are to be resolved"; D. Jensen, *Classifying church-state arrangements. Beyond religious versus secular*, [in:] N. Hosen, R. Mohr (eds.), *Law and Religion in Public Life. The Contemporary Debate*, Routledge, London–New York 2011, p. 19.

<sup>47</sup> See F. Requejo, *Religions and liberal democracies*, [in:] F. Requejo, C. Ungureanu (eds.), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe: Secularism and Post-Secularism*, Routledge, London–New York 2014, p. 211.

<sup>48</sup> On this issue, see the chapter *Las dificultades prácticas de la neutralidad*, [in:] R. Palomino, *Neutralidad del Estado y espacio público...*, p. 172 ff.

## BIBLIOGRAPHY

- Akan M., *Laïcité and multiculturalism: the Stasi Report in context*, *The British Journal of Sociology* Vol. 60, issue 2, 2009.
- Alvaré H.M., *Putting Children's Interests First in U.S. Family Law and Policy*, Cambridge University Press, 2018.
- Bader V., *The "Public-Private" Divide on Drift: What, if any, is its Importance for Analyzing Limits of Associational Religious Freedoms?*, [in:] S. Ferrari, S. Pastorelli (eds.), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Ashgate, London 2012.
- Barbier M., *Esquisse d'une théorie de la laïcité*, *Le Debat* No. 77, November–December 1993.
- Berger B.L., Moon R., *Introduction*, [in:] *Religion and the Exercise of Public Authority*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2016.
- Berger P., Davie G., Fokas E., *Religious America, Secular Europe? A Theme and Variations*, Burlington, VT 2008.
- Ferrari S., *Diritto e religione nello Stato laico: islam e laicità*, [in:] G.E. Rusconi (ed.), *Lo Stato secolarizzato nell'età post-secolare*, il Mulino, Bologna 2008.
- Ferrari S., *Introduction to European Church and State Discourses*, [in:] L. Christoffersen, K.Å. Modéer, S. Andersen (eds.), *Law & Religion in the 21<sup>st</sup> Century: Nordic Perspectives*, Djøf Publishing, Copenhagen 2010.
- Ferrari S., Pastorelli S. (eds.), *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, Ashgate, Surrey 2012.
- Fornerod A. (ed.), *Funding Religious Heritage*, Ashgate, Surrey 2015.
- Garcimartín C., *Education in the secular state: Whose right is it?*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family* Vol. 2, 2011.
- Garcimartín C., *The Ministerial Exception. European Balancing in the Spanish Context*, *Oxford Journal of Law and Religion* Vol. 4, issue 2, 2015.
- Ibán I.C., Prieto L., Motilla A., *Manual de Derecho Eclesiástico*, Trotta, Madrid 2004.
- Jensen D., *Classifying church-state arrangements. Beyond religious versus secular*, [in:] N. Hosen, R. Mohr (eds.), *Law and Religion in Public Life. The Contemporary Debate*, Routledge, London–New York 2011.
- Jones P., *The Ideal of the Neutral State*, [in:] R. Goodin, A. Reeve (eds.), *Liberal Neutrality*, Routledge, London 1989.
- Madeley J., *European liberal democracy and the principle of state religious neutrality*, *West European Politics* Vol. 26, No. 1, 2003.
- Martínez-Torrón J., *Separatismo y cooperación en los acuerdos del Estado con las confesiones religiosas*, Comares, Granada 1994.
- Martínez-Torrón J., *Universalidad, diversidad y neutralidad en la protección de la libertad religiosa por la Jurisprudencia de Estrasburgo*, [in:] J. Martínez-Torrón, S. Meseguer Velasco, R. Palomino Lozano, *Religión, Matrimonio y Derecho ante el siglo XXI*, Vol. 1, Iustel, Madrid 2013.
- Martínez-Torrón J., *Símbolos religiosos institucionales, neutralidad del Estado y protección de las minorías en Europa*, *Ius Canonicum* No. 54, 2014.
- McCrea R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford 2010.
- Ollero A., *La engañosa neutralidad del laicismo*, [in:] J. Prades, M. Oriol (eds.), *Los retos del multiculturalismo*, Encuentro, Madrid 2009.
- Palomino R., *Religion and neutrality: Myth, principle and meaning*, *BYU Law Review* issue 3, 2011.
- Palomino R., *Neutralidad del Estado y espacio público*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra 2014.



- Palomino R., López-Sidro Á., *¿Cabe la discriminación positiva en relación con el factor religioso?*, [in:] J. Martínez-Torrón, S. Meseguer Velasco, R. Palomino Lozano (eds.), *Religión, Matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI, Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Vol. 1, Iustel, Madrid 2013.
- Pera M., Ratzinger J., *Sin Raíces. Europa, Relativismo, Cristianismo, Islam*, Península Ediciones, Barcelona 2006.
- Pera M., *Why we Should Call Ourselves Christians: The Religious Roots of Free Societies*, Encounter Books, New York 2008.
- Requejo F., *Religions and liberal democracies*, [in:] F. Requejo, C. Ungureanu (eds.), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe*, Routledge, London–New York 2014.
- Scalia A., *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, The Crown Publishing Group 2018.
- Zucca L., *The crisis of the secular state – A reply to Professor Sajó*, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 2009.
- Zucca L., *A Secular Manifesto for Europe*, 5 March 2015, available at <http://ssrn.com/abstract=2574165>.

#### Websites

- ECtHR/Council of Europe, Guide to Article 9, published in 2015, available at <http://www.echr.coe.int> (Case-law – Case-law analysis – Case-law guide).
- <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/first-amendment-and-religion>.
- Religare Project, [https://cordis.europa.eu/project/rcn/94078\\_en.html](https://cordis.europa.eu/project/rcn/94078_en.html).

#### European Court of Human Rights case law

- Kokkinakis v. Greece*, Application no. 14307/88, A/260-A, judgement of 25 May 1993.
- Manoussakis and Others v. Greece*, Application no. 18748/91, judgement of 26 September 1996, Reports 1996-IV.
- Larissis and Others v. Greece*, Applications nos. 140/1996/759/958–960, judgement of 24 February 1998.
- Serif v. Greece*, Application no. 38178/97, judgement of 1999IX.
- Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], Application no. 30985/96, judgement of 2000XI.
- Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], Applications nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, judgement of 2003-II.
- Leyla Şahin v. Turkey* [GC], Application no. 44774/98, judgement of 2005-XI.
- Lautsi and Others v. Italy* [GC], Application no. 30814/06, judgement of 18 March 2011.

#### US Supreme Court case law

- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965.
- Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972.
- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.
- Carey v. Population Services Intl.*, 431 U.S. 678, 1977.
- Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003.



## NIEOSIĄGALNY MODEL NEUTRALNOŚCI ŚWIATOPOGŁĄDOWEJ PAŃSTWA

## Streszczenie

Neutralność państwa w stosunku do religii jest podstawą systemu prawnego i działań politycznych, mających na celu wolność religijną. Wyraża ona dwa główne elementy: równość i niekompetencję państwa w kwestiach religijnych. Neutralność religijna jest ustanowiona w wielu Konstytucjach europejskich, chociaż jej zakres różni się w zależności od kraju. Niekiedy neutralność była źle rozumiana. Artykuł dotyczy dwóch niewłaściwych podejść do tej zasady, które nie są rzadkością we współczesnym społeczeństwie.

Słowa kluczowe: prawo i religia, laickość, neutralność

## THE UNATTAINABLE NEUTRAL STATE

## Summary

State neutrality in relation to religion is a principle of the juridical system and the political activity that aim to protect religious freedom. It conveys two main elements: equality and incompetence of the State in religious matters. Religious neutrality is entailed in a number of European Constitutions, although its scope varies from one country to another. At times, neutrality has been misunderstood. The article deals with two of the wrong approaches to this principle that are not uncommon in the contemporary society.

Keywords: law and religion, secularity, neutrality

**Cytuj jako:**

Garcimartín C., *The unattainable neutral State* [Niesosiągalny model neutralności światopoglądowej państwa], „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 34–47. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.33/c.garcimartin

**Cite as:**

Garcimartín, C. (2018) 'The unattainable neutral State'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 34–47. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.33/c.garcimartin

## PROBLEMATYKA SPRAWCÓW „NIEBEZPIECZNYCH” W BADANIACH I ORZECZNICTWIE SĄDOWYM. PRÓBA IDENTYFIKACJI ZJAWISKA

MARIA ROGACKA-RZEWNICKA \*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.34/m.rogacka-rzewnicka

Zagadnienie jednostek niebezpiecznych dla społeczeństwa jest nadzwyczaj złożone przez wielowymiarowość jego kontekstów oraz zróżnicowanie tematycznego otoczenia. Nie zawsze tak je postrzegano, co pokazuje historia tzw. domów poprawy („*maisons de correction*”), która w Europie ma swój początek w XVI w.<sup>1</sup>. Wówczas zjawisko „niebezpieczności” zachowań było pojmowane prosto i bez rozeznania niuansów, co wyrażało się między innymi jednakowym traktowaniem osób przekraczających swym postępowaniem obowiązujące normy społeczne, bez względu na typ dysfunkcji i rodzaj przewinień. Jednocześnie traktowano jednostki prowadzące włóczęgowski tryb życia, osoby chore psychicznie, szaleńców, dewiantów i sprawców przestępstw. Każdą z tych grup kwalifikowano jako naruszającą porządek społeczny i internowano w tych samych *maisons*, poddając je wspólnym środkom „terapeutycznym”. Dosadnym przykładem tej historycznej asocjacji jest sposób traktowania nieletnich sprawców wykroczeń<sup>2</sup>. Otwarty w Paryżu w 1836 r. pierwszy we Francji dom poprawczy (*Petite Roquette*), podobnie jak powstające pierwsze w okresie Monarchii Lipcowej *les colonies agricoles*, były bardziej więzieniami dla nieletnich, niż ośrodkami wychowawczymi i edukacyjnymi, z reżimem identycznym, jak w przypadku dorosłych sprawców przestępstw<sup>3</sup>. System postępowania z nieletnimi

---

\* dr hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego, Zakład Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji, e-mail: mrzewnicka@poczta.onet.pl

<sup>1</sup> C. Montandou, *La dangerosité. Revue de la littérature anglo-saxonne*, „*Déviance et Société*” 1979, vol. 3, nr 1, s. 92.

<sup>2</sup> We Francji ustawa z 1791 r. do tej kategorii zaliczała osoby poniżej 16. roku życia; podobnie przyjmował kodeks karny z 1810 r.

<sup>3</sup> Jedną z bardziej znanych kolonii była usytuowana w Mettray koło Tours. Jej fundatorem był urzędnik-filantrop Frédéric-August Demetz. Jej głównym przeznaczeniem były dzieci

nie zmienił się znacząco w ciągu XIX i na początku XX w., mimo podejmowanych prób jego reformowania. Ustawa z 5 sierpnia 1850 r. *sur l'éducation de la patronage des jeunes détenus* przewidywała zwiększenie liczby kolonii penitencjarnych dla nieletnich oraz promocję systemu filantropii społecznej w organizowaniu tego typu przedsięwzięć. Stanowiła ona podstawę powołania najsłynniejszej we Francji tego typu instytucji w Belle-Île-en Mer (1880 r.). W licznych opisach tej placówki dominują obrazy niepozostawiające wątpliwości, że była ona mrocznym więzieniem, skrupulatnie okratowanym i ogrodzonym potężnym murem, z ekstremalnie surową dyscypliną<sup>4</sup>. Sprawa tego i innych więzień dla nieletnich była też szeroko poruszana we francuskiej prasie<sup>5</sup>. W każdej publikacji na ten temat podkreślano okrucieństwo takich miejsc<sup>6</sup>, a w zakończeniu książki pt. „*Les enfants de Cain*”<sup>7</sup> jej autor, słynny dziennikarz L. Roubaud napisał: „Należy zrównać z ziemią mury tych wszystkich instytucji, to jedyna odpowiedź” („*Il faut raser les murs de toutes ces institutions, c'est la seule réponse*”). Pod wpływem tych opinii podejmowano działania ustawodawcze, lecz do końca lat 30. XX w. nie przynosiły one odczuwalnej poprawy<sup>8</sup>. W pierwszej połowie XIX w. w całej Europie powstawały domy podobne do francuskich *maisons de correction*. W przypadku państw kolonialnych alternatywnym sposobem postępowania z jednostkami społecznie niepożądanymi był wywóz ich poza metropolię. Oba systemy wychodziły z najprostszych założeń postrzegania osób naruszających obowiązujące standardy, identyfikując „niebezpieczeństwo” jednostek z wszelką (jakąkolwiek) odmiennością i przyjmując dla niej wspólne metody postępowania.

Powyższy wstęp służy pokazaniu tego, że zarysowana historyczna konotacja „niebezpieczności” pewnych jednostek wpłynęła na kierunki identyfikacji tego zjawiska, równolegle zorientowane w różne sfery badawcze: socjologiczną, psychiatryczno-psychologiczną i prawną. Ta wielokontekstowość wyraża się m.in. tym, że zjawisko to ma w językach zachodnich semantyczne równoważniki w określeniach: *dangerosité* (francuski) i *dangerousness* (angielski), podkreślające jego znaczeniową autonomię. W języku polskim brak jest natomiast rzeczownikowego odpowiednika tego terminu.

---

prowadzące włóczęgowski tryb życia. Takie zachowanie było we Francji do 1935 r. uznawane za przestępstwo.

<sup>4</sup> G. Tomel, H. Rollet, *Les enfants en prison*, Paris 1892, s. 41–42.

<sup>5</sup> *Le Petit Journal* z 23 sierpnia 1908 r.

<sup>6</sup> J. Bourguin, *Une maison de correction*, „*Revue d'histoire de l'enfance 'irrégulière'*”, Hors-série 2007, s. 259–265.

<sup>7</sup> L. Roubaud, *Les enfants de Cain*, Paris 1925, s. 214.

<sup>8</sup> M.in. Décret du 31 décembre 1927 *sur maisons d'éducation surveillée*, którym dawne *colonies pénitentiaires et correctionnelles* zastąpiono „domami nadzorowanego wychowania” („*maisons d'éducation surveillée*”). Następnie dekretem z 31 października 1935 r. zdepenalizowano włóczęgostwo nieletnich, oddając tę sferę pod regulację cywilną. W latach 1936 i 1937 przyjęto reformy domów wychowawczych odpowiednio w: Saint-Maurice i w Saint-Hilaire. Ukoronowaniem działań legislacyjnych w sprawach nieletnich było przyjęcie obowiązującego do dziś ordonansu z 2 lutego 1945 r., którego najważniejszym postanowieniem była proklamacja środków wychowawczych i edukacyjnych, w miejsce dotychczasowego systemu detencji i internacji nieletnich.

Początki profesjonalnego zainteresowania prawników sprawcami niebezpiecznymi (niepoprawnymi) przypadają na wiek XIX i mają związek z procesem kształtowania się szkół prawa karnego: klasycznej, antropologicznej i socjologicznej<sup>9</sup>, lecz intensywny i kompleksowy rozwój badań nad problematyką „niebezpieczności” niektórych jednostek datuje się na okres po II wojnie światowej. Dominują w nich Stany Zjednoczone, lecz wartościowe badania naukowe były prowadzone także w wielu krajach Europy Zachodniej. Pokazują one całą złożoność tego zjawiska. Koncentracja na zadaniu zdefiniowania pojęcia „niebezpieczności” doprowadziła do powstania szeregu koncepcji, w większości w ramach nauk społecznych<sup>10</sup>. Powstającym teoriom towarzyszyła krytyka, której głównym argumentem była nadmierna relatywizacja definicji „niebezpieczności”, wynikająca z uzależnienia jej treści od systemu prawnego i panującej struktury społecznej. Na tej zasadzie pewne jednostki, jak np. osoby chore psychicznie lub posiadające inne zaburzenia albo dysfunkcje mentalne są uważane za niebezpieczne, podczas gdy osoby lub grupy przedstawiające obiektywnie również poważne zagrożenie dla społeczeństwa są klasyfikowane liberalniej, np. pijani kierowcy<sup>11</sup>. Pytanie o nierównomierny sposób traktowania jednostek z perspektywy zagrożeń społecznych, które wywołuje ich postępowanie może obejmować wiele różnych zestawień, lecz w każdym przypadku odpowiedź na nie wynika z uwarunkowań kulturowo-prawnych i społecznych. Jak dowodził wybitny badacz tej problematyki S.A. Shah, społeczeństwa zachodnie akty niebezpieczne identyfikują bardziej ze stanem indywidualnego niż zbiorowego zagrożenia<sup>12</sup>.

W badaniu zjawiska „niebezpieczności” wykorzystywano także metodę psychologiczną, skoncentrowaną na osobie tak kwalifikowanej i poszukiwaniu w jej charakterze i osobowości takich cech, które pozwalałyby na uznanie jej za niebezpieczną<sup>13</sup>. Jeszcze inną teorię zaprezentował P.D. Scott, akcentując praktyczny wymiar problemu zagrożeń ze strony niektórych osób, skupiający się na szkodach fizycznych, z pominięciem natomiast szkód psychicznych, pozostających w zainteresowaniu metod: psychologicznej i psychosocjologicznej<sup>14</sup>. Warto też przytoczyć stanowisko Sądu Najwyższego New Jersey, stwierdzające, że zachowanie niebezpieczne nie jest równoznaczne z zachowaniem kryminalnym, to znaczy wynika nie tylko z naruszenia norm społecznych narzuconych przez sankcje karne, lecz również z niekwalifikowanych penalnie szkód fizycznych i psychicznych jednostek<sup>15</sup>. Prowadzone na szeroką skalę w latach 70. XX w. badania zjawiska „niebezpieczności” były odpo-

<sup>9</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1999, s. 19 i nast. wraz z podaną literaturą.

<sup>10</sup> C. Montandou, *La dangerousité...*, s. 89–90.

<sup>11</sup> S.A. Shah, *Dangerousness and civil commitment of the mentally ill: some public policy considerations*, „American Journal of Psychiatry”, 1975, CXXXII, nr 5, s. 501–505.

<sup>12</sup> S.A. Shah, *Dangerousness: a paradigm for exploring some issues in law and psychology*, „American Psychologist”, 1978, XXXIII, nr 3, s. 224–238.

<sup>13</sup> W. Mischel, *Personality and assessment*, John Wiley, New York 1968; C. Debuyst, *Le concept de dangerousité et un de ses éléments constitutifs: la personnalité (criminelle)*, „Déviance et Société” 1977, I, nr 4, s. 363–387.

<sup>14</sup> P.D. Scott, *Assessing dangerousness in criminals*, „British Journal of Psychiatry” 1977, CXXXI, s. 127–142.

<sup>15</sup> Cyt. za C. Montandou, *La dangerousité...*, s. 91.

wiedzią na apel Światowej Organizacji Zdrowia o prowadzenie poszukiwań międzynarodowych wokół tej problematyki<sup>16</sup>. Dominowało wówczas przekonanie, że szczególnie predestynowani do tej pracy są lekarze psychiatrzy, ale badanie relacji między takimi kategoriami pojęciowymi, jak: „niebezpieczność”, przestępczość, choroba psychiczna i inne dysfunkcje psychiczne absorbowano aktywnością wielu specjalistów<sup>17</sup>. Z prawniczego punktu widzenia najciekawsza asocjacja obejmuje chorobę psychiczną i inne podobne zaburzenia oraz wskaźniki przestępstw popełnianych w tych stanach mentalnych. W okresie powojennym na szeroką skalę i w wielu krajach były prowadzone takie badania. Bibliografia prac na ten temat w samym okresie 1942–1962 obejmuje ok. 1500 pozycji<sup>18</sup>. Ich wspólną konkluzją jest teza, że osoby chore psychicznie nie stanowią najbardziej niebezpiecznej grupy społecznej. Mimo popularnej wiary w istnienie ścisłej zależności między chorobą psychiczną a przestępczością zgromadzone wówczas dane nie potwierdzają zwiększonego wpływu choroby psychicznej na statystyki przestępczości<sup>19</sup>. W latach 70. ubiegłego wieku równoległe badania te prowadzono w Wielkiej Brytanii (Gunn), w Niemczech (Göppinger i Böker), we Włoszech (Traverso) i w Stanach Zjednoczonych (Guze). Mimo upływu czasu brak jest nadal jednoznacznej definicji „niebezpieczności” pewnych jednostek, ani choćby względnie uzgodnionego stanowiska. Jednoznacznych lub ostatecznych rozstrzygnięć nie przynosi żadna z testowanych metod badania tego zjawiska. Komponenty „niebezpieczności” są inne w medycynie i inne w prawie, niemniej na gruncie obu dyscyplin podkreśla się wielowymiarowość tego zjawiska, obrazowaną w pierwszym przypadku stwierdzeniem, że jest ono czymś niż daltonizm czy głuchota<sup>20</sup>, zaś w drugim – argumentem, iż najwięcej zależy od postawionych akcentów w definiowaniu sprawców niebezpiecznych. Wszystko to zaś w warunkach narastania znaczenia i rozmiarów tego zjawiska, a jednocześnie w otoczeniu humanistycznej wiary w możliwość resocjalizacji przestępców.

Nieliczne są przykłady państw, gdzie kategoria „niebezpieczności” sprawców przestępstw została określona normatywnie. Należą do nich Anglia i Walia, za sprawą regulacji rozdziału 5 obowiązującego *Criminal Justice Act* 2003 (art. 224–236). Zgodnie z art. 224 i 225 tego aktu, do przestępstw niebezpiecznych (*dangerous offender*) należą określone czyny popełnione z użyciem przemocy oraz określone przestępstwa seksualne<sup>21</sup>, za które osoba powyżej 18 roku życia może być skazana na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub na co najmniej 10 lat pozbawienia wolności<sup>22</sup>, gdy w ocenie sądu istnieje poważne ryzyko ponownego popełnienia

<sup>16</sup> T. W. Harding, *Assessment of Dangerousness in Forensic and administrative Psychiatry*, Project 01/02/02, WHO Geneva 1977.

<sup>17</sup> C. Montandou, *La dangerousité...*, s. 91.

<sup>18</sup> F. Ferracuti i in. [w:] *Bibliografia sui delinquenti anormali psichici*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Roma 1967.

<sup>19</sup> C. Montandou, *La dangerousité...*, s. 93.

<sup>20</sup> *Ibidem*, s. 91.

<sup>21</sup> W prawie angielskim występują cztery podstawowe typy czynów o charakterze seksualnym: zgwałcenie (*rape*); czynność seksualna penetracji (*assault by penetration*); czynność seksualna (*sexual assault*) oraz doprowadzenie innej osoby do poddania się czynności seksualnej bez jej zgody.

<sup>22</sup> Art. 224 – *Meaning of “specified offence” etc.* (1) *An offence is a “specified offence” for the purposes of this Chapter if it is a specified violent offence or a specified sexual offence.* (2) *An offence is*

przez sprawcę wymienionych przestępstw. Art. 225 *Criminal Justice Act* 2003 odwołuje się bezpośrednio do prewencyjnego celu tych rozwiązań, wskazując na potrzebę ochrony społeczeństwa przed sprawcami takich przestępstw. W stosunku do sprawców niebezpiecznych skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności mają zastosowanie przepisy *Crime (Sentences) Act* 1997 (*Part II, chapter II*). Zgodnie z nimi, takie osoby mogą być warunkowo przedterminowo zwolnione po odbyciu oznaczonej części kary. Kryterium dla określenia tej części kary stanowi połowa kary pozbawienia wolności na czas określony, na którą sprawca mógłby zostać hipotetycznie skazany za popełniony czyn. Przepisy o warunkowym zwolnieniu mają charakter fakultatywny, co oznacza, że niebezpieczny przestępca – zgodnie z angielskim prawem – może w zakładzie karnym pozostać do końca życia.

Należy uzupełnić, że również w Kanadzie przyjęto legalną definicję przestępcy niebezpiecznego, zaliczając do tej kategorii sprawców przestępstw przemocy oraz seksualnych (art. 271–273 k.k.), przedstawiających zagrożenie dla życia lub bezpieczeństwa innych (kodeks karny – rozdział XXIV; art. 752 i nast.)<sup>23</sup>. Wobec tak sklasyfikowanego sprawcy istnieje możliwość detencji w zakładzie penitencjarnym na czas nieokreślony. Kanada może wykazać się dłuższą niż inne państwa tradycją prawodawczą w zakresie dotyczącym sprawców niebezpiecznych. Sięga ona końca XIX w.<sup>24</sup>. Kolejny akt prawny z 1947 r., odnoszący się do przestępców tzw. podwyższonego ryzyka zmienił kodeks karny, przyznając sądom prawo do nadania sprawcy uznanemu za winnego popełnienia określonych trzech lub więcej czynów statusu recydywisty, pozwalającego z kolei na skazanie go na karę pozbawienia wolności więzienia bez określenia czasu jej trwania. W 1948 r. pojawiła się w kodeksie karnym kategoria „niebezpiecznych przestępców seksualnych”, których można było pozbawić wolności na czas nieoznaczony. W 1977 r. Parlament uchylił przepisy o recydywie oraz o niebezpiecznych sprawcach seksualnych, zastępując je regulacją rozdziału XXIV kodeksu karnego, poświęconego sprawcom niebezpiecznym. W 1997 r. wprowadzono do kodeksu karnego nową kategorię tzw. przestępców podlegających nadzorowi („*délinquant à contrôler*”, DC), rozszerzając w ten sposób kategorię „niebezpiecznych sprawców” (DD). Ważne zmiany przyniosła ustawa z 2 lipca 2008 r. Wprowadziła ona zasadę, że osoba uznana po raz trzeci za winnego przestępstwa seksualnego, skutkującego karą co najmniej dwóch lat pozbawienia

---

a “serious offence” for the purposes of this Chapter if and only if—(a ) it is a specified offence, and (b) it is, apart from section 225, punishable in the case of a person aged 18 or over by—(i) imprisonment for life, or (ii) imprisonment for a determinate period of ten years or more; (3) In this Chapter — “serious harm” means death or serious personal injury, whether physical or psychological; “specified violent offence” means an offence specified in Part 1 of Schedule 15; “specified sexual offence” means an offence specified in Part 2 of that Schedule.

<sup>23</sup> Informacje pochodzą ze strony <http://www.asrsq.ca/fr/pdf/dossiers-thematiques/delinquants-dangereux.pdf>

<sup>24</sup> W 1892 r. wydano ordonans dobrego zachowania („*ordonnances de bonne conduite*”) oraz zobowiązanie do zachowania pokoju („*engagements de garder la paix*”). W latach 90. XX w. pojawiły się trzy nowe uzupełniające ordonanse. Na ich podstawie organy ścigania mogą zwrócić się do sądu z wnioskiem o narzucenie warunków, którym musiałby podporządkować się sprawca. To prawo obejmuje przestępców działających w grupach przestępczych, popełniających czyny terrorystyczne, seksualne, przeciwko osobie poniżej 16. roku życia lub polegających na grubiańskim obchodzeniu się z osobą.



wolności, jest uznawana za niebezpiecznego, jeśli dwa poprzednie skazania obejmowały karę co najmniej dwóch lat pozbawienia wolności. W przypadku innych określonych przestępstw oskarżonemu może być nadany taki status na mocy decyzji sądu, podjętej na wniosek prokuratora. Kryteria niebezpieczności sprawców przestępstw reguluje art. 753 kodeksu karnego. Status niebezpiecznego przestępcy oznacza możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności na czas nieoznaczony, bez prawa do warunkowego zwolnienia przed upływem 7 lat, ewentualnie kary pozbawienia wolności wraz z zarządzeniem długotrwałego nadzoru, mogącego trwać do 10 lat po odbyciu orzeczonej kary. Niestosowanie się do warunków nadzoru może pociągać za sobą konsekwencję w postaci więzienia na czas nieoznaczony<sup>25</sup>.

We Francji ostatnią regulację sprawców niebezpiecznych zawiera ustawa z 27 marca 2012 r. *de programmation relative à l'exécution des peines*<sup>26</sup>. Rozszerza ona pojęcie sprawców niebezpiecznych przyjęte w ustawie z 2008 r., gdzie do tej kategorii pierwotnie zaliczono sprawców przestępstw seksualnych oraz recydywistów, zaś następnie przestępców dopuszczających się czynów przeciwko małoletnim, wreszcie – według Ch. Lazerges (Président du Club Droit, Justice et Sécurité (DJS))<sup>27</sup> – wszystkich pozostałych sprawców przestępstw. Jej uchwaleniu towarzyszyła krytyka środowisk prawniczych, której głównym punktem była pozorność celów ustawy, jej demagogia i deklaracyjny charakter. Wśród krytycznych argumentów pod adresem tego aktu na czoło wysuwano zarzut nieprecyzyjnych kryteriów ewaluacji „niebezpieczności” sprawców przestępstw i zbyt rozbudowany zakres tej kategorii oraz wytworzony przez nią, niezgodny ze standardami, stan „kary po karze” (*„peine après la peine”*).

W Niemczech zaś instytucja tzw. zatrzymania zabezpieczającego, stosowanego wobec niebezpiecznych przestępców została wprowadzona w 1933 r., a obecnie, zdaniem Ch. Lazerges, rozwija się tam szkoła tzw. „prawa karnego wroga” (*„le droit pénal de l'ennemi”*), uznająca istnienie dwóch rodzajów podmiotów prawa karnego, tj. sprawców mniej niebezpiecznych, których prawa procesowe muszą być bezwzględnie respektowane oraz tych niebezpiecznych, będących wrogami, np. terrorystów, czy przestępców seksualnych, którym odmawia się podobnych uprawnień<sup>28</sup>.

W większości państw europejskich zasadniczo brak jest legalnych definicji pojęcia „sprawcy niebezpiecznego” albo są one niedostatecznie precyzyjne. We Włoszech tym mianem zwyczajowo określa się przestępców z kręgów mafijnych oraz terrorystycznych. W Belgii, począwszy od słynnej sprawy M. Dutroux, do tej kategorii zalicza się sprawców przestępstw seksualnych.

W Polsce nie występuje legalna definicja sprawcy „niebezpiecznego”, choć nasz system prawny zawiera obecnie wyraźne wskazania dla przyjęcia pewnych zało-

---

<sup>25</sup> Status sprawcy niebezpiecznego jest w Kanadzie nadawany stosunkowo rzadko. Od 1978 r. miało go 579 osób, z czego ok. 75% stanowią przestępcy seksualni. Z kolei pod aktywnym nadzorem w 2012 r. było 486 osób.

<sup>26</sup> *Journal Officiel* z 28 marca 2012 r.

<sup>27</sup> [http://www.liberation.fr/politiques/2012/02/20/avec-cette-loi-tout-condamne-devient-un-homme-dangereux\\_797352](http://www.liberation.fr/politiques/2012/02/20/avec-cette-loi-tout-condamne-devient-un-homme-dangereux_797352)

<sup>28</sup> [http://www.liberation.fr/politiques/2012/02/20/avec-cette-loi-tout-condamne-devient-un-homme-dangereux\\_797352](http://www.liberation.fr/politiques/2012/02/20/avec-cette-loi-tout-condamne-devient-un-homme-dangereux_797352)



żeń. W celu realizacji tytułowego zadania konieczne jest zdekodowanie znaczenia terminu „niebezpieczny” sprawca w naszym prawie karnym, a dotychczasowy wywód celowo ma służyć wskazaniu na generalne prawidłowości. Wynika z niego, że pojęcie „niebezpieczności” pewnych jednostek w prawie karnym jest identyfikowane przede wszystkim ze sprawcami przestępstw z użyciem przemocy oraz przestępstw seksualnych. Tak, jak historia przestępczości jest stara jak świat<sup>29</sup>, tak w odpowiedniej proporcji stwierdzenie to dotyczy populacji sprawców przedstawiających szczególne zagrożenie dla społeczności. Obrazuje to choćby bogactwo języka używanego w przeszłości na oznaczenie osób tak klasyfikowanych: łobuz, bandzior, indywiduum nędzne, gangster, hultaj, degenerat, apasz, opryszek itd. Historyczna rekonstrukcja tego zjawiska przekracza temat niniejszej publikacji, niemniej doczekał się już on częściowego opracowania<sup>30</sup>.

Zapewne jest tak, że każda epoka ma swoich Hannibali Lecterów, opisanych w słynnych powieściach Thomasa Harrisa i sugestywnie pokazanych w filmowych ekranizacjach. W szeregu państw istnieją negatywni bohaterowie o odrażającej biografii kryminalnej, którzy zmuszają prawodawców do podejmowania drastycznych działań albo eksperymentalnych rozwiązań prawnych w celu ochrony społeczeństwa. Historia rozwiązań prawnych na ziemiach polskich w początkach XIX w. pokazuje, że groźnych przestępców w czasach Królestwa Polskiego specjalnie klasyfikowano i w ślad za tym surowiej traktowano, niż zwykłych sprawców. W kodeksie karnym z 1932 r. ekwiwalentem sprawcy „niebezpiecznego” był sprawca zatwardziały („z nawyknięcia”, wielokrotny recydywista, nałogowy, zawodowy), wobec którego było możliwe stosowanie środków izolacyjno-nieleczniczych (art. 84 k.k.). Kodeks karny z 1969 r. nie przewidywał wprawdzie kategorii podobnie nazywanej, ale dopuszczał w istocie środek postpenalny w postaci umieszczenia sprawcy-recydywisty w ośrodku przystosowania społecznego. Tę możliwość uchylili ustawą z 23 lutego 1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1990 r. Nr 14, poz. 84).

Aktualnie stosowanie środków zabezpieczających w ważnym zakresie jest skoncentrowane na niebezpiecznych przestępcach, których wskazanie z jednej strony zawiera art. 93c pkt 4) k.k., w brzmieniu nowelizacji dokonanej ustawą z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 396), zaś z drugiej – ustawa z 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stanowiących zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2014 r., poz. 24). Kodeksowa kwalifikacja sprawców niebezpiecznych obejmuje osoby skazane na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub

---

<sup>29</sup> B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1999, s. 9.

<sup>30</sup> J.K. Gierowski, K. Krajewski [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego, Tom 7, Środki zabezpieczające*, Warszawa 2012, s. 23 i nast.; P. Góralski, *Środki zabezpieczające w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015.

groźbą jej użycia<sup>31</sup>. Motywacja ustawy z 22 listopada 2013 r. jednoznacznie obejmuje najgroźniejszych (w tym seryjnych) przestępców, którzy skorzystali z moratorium na wykonywanie, a następnie orzekanie kary śmierci w okresie poprzedzającym wprowadzenie do kodeksu karnego kary dożywotniego pozbawienia wolności, na podstawie ustawy z 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz.U. z 1995 r. Nr 95, poz. 475).

Można uznać, że wraz z wejściem w życie ostatnich zmian kodeksu karnego oraz ustawy z 22 listopada 2013 r. nastąpiła konkretyzacja w naszym prawie pojęcia sprawcy niebezpiecznego. Normatywna standaryzacja tej klasy przestępców zamyka okres niepewności prawnej, której skrajnymi symbolami były: art. 8 pkt 1 dekretu z dnia 21 grudnia 1955 r. o organizacji i zakresie działania Milicji Obywatelskiej (Dz.U. z 1955. Nr 46, poz. 311)<sup>32</sup> oraz § 2 pkt 7) i 8) rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 21 grudnia 1955 r. w sprawie określenia przypadków, w których dopuszczalne jest użycie broni przez Milicję Obywatelską oraz trybu postępowania przy użyciu broni (Dz.U. z 1955 r., Nr 46, poz. 313)<sup>33</sup>, które to akty sprawę uznania sprawcy za niebezpiecznego i zastosowania wobec niego środków prawnych, w tym użycia broni palnej, w zasadzie uzależniały od swobodnej oceny funkcjonariusza MO.

W okresie poprzedzającym wejście w życie ustaw: z 22 listopada 2013 r. i z 20 lutego 2015 r. główne otoczenie normatywne zjawiska niebezpieczności pewnych jednostek dopuszczających się przestępstw stanowiły przepisy prawa karnego wykonawczego. Aspekty egzekucyjne były także niemal wyłącznym kontekstem badań doktrynalnych tego zagadnienia<sup>34</sup>. Pojęcie „niebezpieczny” sprawca oznaczało przede wszystkim „niebezpiecznego” skazanego, choć prawo powinno odróżniać oba te terminy<sup>35</sup>. Zgodnie z terminologią kodeksu karnego wykonawczego

---

<sup>31</sup> J. Długosz, *Obligatoryjna potspenalna izolacja sprawcy przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2013, Nr 7–8, s. 237; M. Królikowski, A. Sakowicz, *Granice legalności postpenalnej detencji sprawców niebezpiecznych*, Forum Prawnicze 2013, s. 17.

<sup>32</sup> Zgodnie z tym przepisem, Milicja Obywatelska miała prawo użycia broni jako środka ostatecznego, dopuszczalnego tylko wówczas gdy inne środki przymusu nie są wystarczające i jedynie w określonych przypadkach w celu uniemożliwienia popełnienia niebezpiecznego przestępstwa albo w celu obezwładnienia niebezpiecznego przestępcy lub udaremnienia jego ucieczki.

<sup>33</sup> Zgodnie § 2 rozporządzenia, Funkcjonariusz uprawniony jest do użycia broni tylko w następujących przypadkach: (...) 7) w czasie pościgu za niebezpiecznym przestępcą, terrorystą, szpiegiem, dywersantem, zabójcą, podpalaczem, sprawcą napadu rabunkowego; 8) w razie, gdy konwojowany niebezpieczny przestępca podjął nie budzącą wątpliwości próbę ucieczki.

<sup>34</sup> M.in. S. Przybyliński, *Więźniowie „niebezpieczni”. Ukryty świat penitencjarny*, Oficyna Wydawnicza Impuls 2012; A. Kwieciński (red.), *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym. Aspekty prawne*, Warszawa 2013; D. Gajdus, B. Gronowska, *Europejskie standardy traktowania więźniów*, Toruń 1998; B. Gronowska, *Więźniowie niebezpieczni w polskich zakładach karnych*, „Prokuratura i Prawo”, 2013, nr 7–8, s. 7; Z. Lasocik, *Funkcjonowanie oddziałów dla tzw. „więźniów niebezpiecznych” w Polsce*, „Archiwum Kryminologii”, 2009, t. XXXI, s. 299; T. Bulenda, R. Musidłowski, *O więźniach niebezpiecznych w kontekście ochrony praw człowieka*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, 2008, nr 60, s. 27; M. Płatek, *Europejskie Reguły Więziennicze*, „Państwo i Prawo”, 2008, z. 2, s. 3.

<sup>35</sup> S. Przybyliński, *Więźniowie „niebezpieczni”...*, s. 17 i nast.

więźniowie niebezpieczni to więźniowie stwarzający poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu karnego (art. 88 § 3)<sup>36</sup>, zaś bliższy opis tych stanów zawiera art. 88a § 2 k.k.w. Zgodnie z tym przepisem, regulacja statusu osoby niebezpiecznej ma zastosowanie do skazanego, którego właściwości, warunki osobiste, motywacje, sposób zachowania się przy popełnieniu przestępstwa, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, sposób zachowania się w trakcie pobytu w zakładzie karnym lub stopień demoralizacji stwarzają poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu i który:

- 1) popełnił przestępstwo, w szczególności:
  - a) zamachu na:
    - niepodległość lub integralność Rzeczypospolitej Polskiej,
    - konstytucyjny ustroj państwa lub konstytucyjne organy Rzeczypospolitej Polskiej,
    - życie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej,
    - jednostkę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej,
  - b) ze szczególnym okrucieństwem,
  - c) wzięcia lub przetrzymania zakładnika albo w związku z wzięciem zakładnika,
  - d) uprowadzenia statku wodnego lub powietrznego,
  - e) z użyciem broni palnej, materiałów wybuchowych albo łatwo palnych,
- 2) podczas uprzedniego lub obecnego pozbawienia wolności stwarzał zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu karnego lub aresztu śledczego w ten sposób, że:
  - a) był organizatorem lub aktywnym uczestnikiem zbiorowego wystąpienia w zakładzie karnym lub areszcie śledczym,
  - b) dopuścił się czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego lub inną osobę zatrudnioną w zakładzie karnym lub areszcie śledczym,
  - c) był sprawcą zgwałcenia, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo znęcał się nad skazanym, ukaranym lub tymczasowo aresztowanym,
  - d) uwolnił się lub usiłował uwolnić się z zakładu karnego typu zamkniętego lub aresztu śledczego albo podczas konwojowania poza terenem takiego zakładu lub aresztu.

Zagadnienie „niebezpiecznych” skazanych ma obszerną i wartościową literaturę oraz dokumentację w postaci badań empirycznych, stąd zostanie pominięte w tej publikacji. Zostało też gruntownie zbadane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>37</sup>. Warto jedynie zwrócić uwagę na wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 12 września 2013 r. (sygn. akt II Ca 545/13), oddalający powództwo skazanego przeciwko Skarbowi Państwa – Zakładowi Karnemu w K. o zapłatę, tytułem zadośćuczynienia, za brak zezwolenia przez dyrektora Zakładu Karnego na posiadanie przez skazanego w celi gitary akustycznej. Odmowa była podyktowana m.in. tym, że osadzony był więźniem, o którym mowa w art. 88 § 3 k.k.w. Zgod-

<sup>36</sup> T. Bulenda, R. Musidłowski, *O więźniach niebezpiecznych...*, s. 27.

<sup>37</sup> Zob. przypis 31.

nie z uzasadnieniem orzeczenia, taka osoba powinna być osadzona w warunkach zapewniających wzmożoną ochronę i bezpieczeństwo zakładu karnego.

Z kolei zagadnienie przestępców „niebezpiecznych” zyskuje obecnie pozycję samodzielnego zagadnienia badawczego. Obszerność ustawowych kryteriów tego terminu przemawia za powstaniem opracowania znacznie poważniejszego, niż jest to możliwe w ramach tej publikacji. Jednocześnie kontekst tematyczny konferencji naukowej, zorganizowanej przez Katedrę Kryminologii i Polityki Kryminalnej IPSiR wraz z Komisją Badań i Rozwoju przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie usprawiedliwia ograniczenie tej problematyki do szczególnego rodzaju sprawstwa, jakim jest pedofilia, a ściślej mówiąc przestępstwo seksualnego wykorzystania małoletniego (art. 200 k.k.). Czyn, o którym mowa (obok przestępstwa z art. 197 k.k.) – niezależnie od kwalifikacji kodeksowej (art. 93c § 4 k.k.) – definiuje niewątpliwie rzeczywisty poziom zagrożenia dla wolności seksualnej człowieka<sup>38</sup>. W myśl art. 200 § 1 k.k. „Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 12 lat”. Zgodnie z tytułem publikacji analizie zostanie poddane orzecznictwo sądowe powstałe na tle tego unormowania. Ma ono kluczową rolę w dekodowaniu treści tego przestępstwa wobec nieprecyzyjnego semantycznego znaczenia niektórych użytych określeń. Dzięki judykaturze względnie jednolitą treść uzyskały takie pojęcia, jak: „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Nie trzeba specjalnie podkreślać znaczenia jednolitości orzecznictwa sądowego. Z pewnością jest ona nieodzownym warunkiem pewności prawa i kardynalnym komponentem praworządności, przede wszystkim ze względu na zasadę równości obywateli wobec prawa. W sprawach przestępstw naruszających autonomię seksualną człowieka dominuje kazuistyczne (detaliczne) orzecznictwo, dzięki czemu wiele kwestii znalazło bardzo szczegółowe wyjaśnienie. Ten sposób wykładni przedstawia dużą użyteczność w definiowaniu znamion czynu, ale może być także pomocny w generalnym badaniu problematyki „niebezpiecznych sprawców”. Wymaga też zauważenia, że dorobek orzecznicy wypracowany na gruncie typologii przestępstw seksualnych przeciwko małoletnim w kodeksie karnym z 1969 r. w części jest nadal aktualny. W zasadzie orzecznictwo wokół terminu „obcowanie płciowe” zostało ukształtowane przed wejściem w życie obowiązującego kodeksu karnego i znajduje odzwierciedlenie w nowszych judykatach. Przykładowo, w wyroku z 30 lipca 1986 r. (sygn. akt Rw 530/86) Sąd Najwyższy – Izba Wojskowa wyraził pogląd, iż pojęcie „obcowanie płciowe” (...) nie oznacza jedynie takiego stosunku płciowego, którego nieodzownym elementem jest *immissio penis*. (...) Z tego względu sprowadzenie pojęcia „obcowanie płciowego” tylko do normalnego i udanego w pełni stosunku płciowego byłoby niczym nieuzasadnione”. To stanowisko było wielokrotnie powtarzane w późniejszych orzeczeniach<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 46.

<sup>39</sup> M.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt II AK 328/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 5, poz. 64.

W uchwale z dnia 19 maja 1999 r. (sygn. akt I KZP 17/99)<sup>40</sup>, „obcowanie płciowe” powiązано z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegającym na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary, co znalazło odzwierciedlenie także w późniejszym orzecznictwie [m.in. w postanowieniu SN z 21 maja 2008 r. (sygn. akt V KK 139/08)].

Pierwsze obszernie wyjaśnienie wyrażenia „inna czynność seksualna” zawierała wspomniana uchwała Sądu Najwyższego z 19 maja 1999 r. Zgodnie z jej kluczową tezą, „inną czynnością seksualną jest takie zachowanie, które nie mieści się w pojęciu obcowania płciowego i związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, a polega na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary”. Jednocześnie stwierdzono, że poza zakresem „innej czynności seksualnej” mieści się w szczególności obnażanie lub onanizowanie w obecności innej osoby, co znalazło potwierdzenie w szeregu orzeczeniach<sup>41</sup>. W postanowieniu z 21 maja 2008 r. (sygn. akt V KK 139/08) SN powtórzył główną myśl uchwały 17/99, stwierdzając ponadto, że „inna czynność seksualna”, w rozumieniu art. 200 § 1 k.k. (a także w rozumieniu art. 197 § 2 k.k. oraz art. 198 i 199 k.k.), to takie zachowanie, niemieszczące się w pojęciu „obcowania płciowego”, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary, co obejmuje te sytuacje, w których sprawca, zmierzając do pobudzenia lub zaspokojenia swojego popędu, nie tylko dotyka narządów płciowych pokrzywdzonego (choćby przez bieliznę lub odzież), lecz podejmuje również inne czynności w zetknięciu z jego ciałem (np. pieszczoty, pocałunki). Bez wątpienia w tym zakresie znaczeniowym mieści się także dotykanie piersi ofiary”.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 października 2007 r. (sygn. akt III K 116/07). wskazał iż, jeżeli wykorzystanie małoletniego nie ma na celu zaspokojenia seksualnego, lecz odbywa się dla żartu, zemsty bądź osiągnięcia korzyści majątkowej wówczas sprawca mimo wszystko wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

W wyroku z dnia 19 lutego 2009 r. Sąd Najwyższy (sygn. akt V KK 409/08) stwierdza: (...) „W drugiej grupie przestępstw, w tym przestępstwie z art. 200 § 1 k.k., ową chwilą w której rozpoczyna się usiłowanie, jest moment zastosowania środków wpływających na proces decyzyjny osoby pokrzywdzonej. W ramach tzw. „pochodu przestępstwa” jest to bowiem ostatnia czynność sprawcy dzieląca go od dokonania”. Tytułem tezy 3 stwierdzono: „W odróżnieniu od uregulowań obowiązujących w przypadku innych przestępstw przeciwko wolności seksualnej, znamiona przestępstwa z art. 200 § 1 KK nie opisują sposobów działania, których zastosowanie powoduje penalizację zachowania sprawcy, co upoważnia do wniosku, że każde zachowanie bezpośrednio prowadzące do wyczerpania znamion jest już karalne”.

<sup>40</sup> OSNKW 1999, nr 7–8, poz. 37 z aprobowaną glosą J. Warylewskiego, OSP 1999, nr 12, poz. 224.

<sup>41</sup> M.in. wyrok SN z 5 kwietnia 2005 r. (sygn. akt III K 187/04).

Przytoczenia także wymaga postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2007 r. (sygn. V KK 387/2006)<sup>42</sup>, którego teza brzmi następująco: „[d]la wyznaczenia prawidłowej granicy między niekaralnym przygotowaniem do przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. w postaci doprowadzenia małoletniego poniżej 15 lat do poddania się czynnościom seksualnym lub do ich wykonania, a usiłowaniem dokonania takiego przestępstwa istotne znaczenie będą miały występujące łącznie takie elementy zachowania sprawcy jak: nawiązanie bezpośredniego kontaktu z małoletnim, sprecyzowanie celu działania określającego seksualny charakter czynności, którym ma się poddać małoletni, i zastosowanie środków, które mają oddziaływać na sferę wolicjonalną małoletniego. Sumaryczne wystąpienie wymienionych okoliczności pozwala zarówno na prawidłowe rozpoznanie zamiaru, z jakim podjęte zostało analizowane zachowanie, jak i ocenę, czy zrealizowane czynności sprawcy są ostatnimi czynnościami poprzedzającymi dokonanie przestępstwa”.

W orzeczeniu z dnia 9 marca 2006 r. (sygn. akt V KK 271/05) Sąd Najwyższy przyjął, że nawet kilkumiesięczne przedziały czasowe pomiędzy kolejnymi zachowaniami sprawcy czynu ciągłego, mogą być w określonych okolicznościach traktowane jako „krótkie odstępy czasu” w rozumieniu art. 12 k.k.

Na tle m.in. przepisu art. 200 § 1 k.k. w wyroku SN z 29 września 2009 r. (sygn. akt 105/09) uznano, że „[c]zasem popełnienia czynu ciągłego jest okres od pierwszego zachowania składającego się na ten czyn do zakończenia ostatniego z nich. Jeżeli jednak sprawca czynu zabronionego niewymienionego w art. 10 § 2 k.k. część zachowań składających się na czyn ciągły zrealizował jako nieletni, a pozostałe zachowania po ukończeniu 17 lat, to ponosi odpowiedzialność karną tylko za te zachowania, których dopuścił się po osiągnięciu tego wieku”.

Przykładowo przytoczone judykaty, będące interpretacją przepisu art. 200 § 1 k.k. mogą być argumentem w badaniu zagadnienia „niebezpieczności” tego przestępstwa. Szczegółowość opisu zachowań składających się na ten typ czynu, jak również nie spełniających kryteriów takiej kwalifikacji pozwala skuteczniej badać samo zjawisko przez pryzmat jego cząstkowych elementów. Jest ono jednak tylko fragmentem złożonej – w świetle przepisu art. 93c pkt 4 k.k. oraz ustawy z 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stanowiących zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób – problematyki „niebezpiecznych” przestępców, w badaniu której orzecznictwo może okazać się nadzwyczaj przydatne. Wcześniej to zagadnienie nie było szerzej eksponowane, co można tłumaczyć dotychczasową formalną nieobecnością w prawie karnym tej kategorii pojęciowej. Dziś jest więcej argumentów prawnych do podjęcia takich badań, w celu wypełnienia luki w zakresie materialnoprawnych aspektów „niebezpieczności” sprawców niektórych przestępstw. Wymaga zauważenia, że kategoria ta nie jest przedmiotowo jednorodna, ani też wąsko zakreślona w przepisach. Przyjęta w naszym prawie typologia przestępstw „niebezpiecznych” obejmuje zróżnicowane, pod względem przedmiotowym, czyny karalne, wspólnie jednak sklasyfikowane jako niebezpieczne (rozdziały: XIX, XXIII, XXV, XXVI k.k.). Ten argument stanowi iunctim w analizie omawianego zagadnienia i uzasadnienie

---

<sup>42</sup> „Biuletyn Prawa Karnego” 2007, nr 2.



dla wypracowania w doktrynie koncepcji przestępstwa „niebezpiecznego”, a na tej podstawie również koncepcji „niebezpiecznego” przestępcy.

Prowadzone na gruncie penitencjarnym analizy tego zjawiska bazują na innych właściwościach sprawców przestępstw i odmiennych przedmiotach odniesień, co nie jest wystarczające dla ukazania go w pełni i wyczerpująco. W nauce kryminologii dominuje spojrzenie przez pryzmat osobowości skazanych, ich właściwości personalnych i zachowań w systemie izolacji, stosownie do penitencjarnych kryteriów kategoryzacji skazanych stwarzających poważne zagrożenie społeczne albo poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa zakładu (art. 88 § 3 oraz 88a § 2 k.k.w.). W nauce prawa karnego aktualnie powstają warunki do badania zjawiska „niebezpieczności”, jako osobnej kategorii jurydycznej, co może być twórczym i ciekawym wyzwaniem naukowym.

## BIBLIOGRAFIA

- Bourguin J., *Une maison de correction*, „Revue d’histoire de l’enfance ‘irrégulière’”, Hors-série 2007.
- Bulenda T., Musidłowski R., *O więźniach niebezpiecznych w kontekście ochrony praw człowieka*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2008, nr 60.
- Debuyst C., *Le concept de dangerousité et un de ses elements constitutive: la personnalité (criminelle)*, „Déviance et Société” 1977, I, nr 4.
- Długosz J., *Obligatoryjna potspenalna izolacja sprawcy przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2013, Nr 7–8.
- Ferracuti F. i in. [w:] *Bibliografia sui delinquenti anormali psichici*, Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Roma 1967.
- Gajdus D., Gronowska B., *Europejskie standardy traktowania więźniów*, Toruń 1998.
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 1999.
- Gierowski J.K., Krajewski K. [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego*, Tom 7, *Środki zabezpieczające*, Warszawa 2012.
- Góralski P., *Środki zabezpieczające w polskim prawie karnym*, Warszawa 2015.
- Gronowska B., *Więźniowie niebezpieczni w polskich zakładach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7–8.
- Harding T.W., *Assessment of Dangerousness in Forensic and administrative Psychiatry*, Project 01/02/02, WHO Geneva 1977.
- Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 1999.
- Królikowski M., Sakowicz A., *Granice legalności postpenalnej detencji sprawców*, Forum Prawnicze 2013.
- Kwieciński A. (red. nauk.), *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym. Aspekty prawne*, Warszawa 2013.
- Lasocik Z., *Funkcjonowanie oddziałów dla tzw. „więźniów niebezpiecznych” w Polsce*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. XXXI.
- Mierzwińska-Lorencka J., *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012.
- Mischel W., *Personality and assessment*, John Wiley, New York 1968.
- Montandou C., *La dangerousité. Revue de la littérature anglo-saxonne*, „Déviance et Société” 1979, vol. 3, nr 1.
- Płatek M., *Europejskie Reguły Więzienne*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 2.



- Przybyliński S., *Więżniowie „niebezpieczni”. Ukryty świat penitencyjny*, Oficyna Wydawnicza Impuls, 2012.
- Roubaud L., *Les enfants de Cain*, Paris 1925.
- Scott P.D., *Assessing dangerousness in criminals*, „British Journal of Psychiatry” 1977, CXXXI.
- Shah, S.A., *Dangerousness and civil commitment of the mentally ill: some public policy considerations*, „American Journal of Psychiatry” 1975, CXXXII, nr 5.
- Shah S.A., *Dangerousness: a paradigm for exploring some issues in law and psychology*, „American Psychologist” 1978, XXXIII, nr 3.
- Tomel G., Rollet H., *Les enfants en prison: études anecdotiques sur l'enfance criminelle*, Paris 1891.

## PROBLEMATYKA SPRAWCÓW „NIEBEZPIECZNYCH” W BADANIACH I ORZECZNICTWIE SĄDOWYM. PRÓBA IDENTYFIKACJI ZJAWISKA

### Streszczenie

Artykuł podejmuje problematykę sprawców niebezpiecznych z perspektywy opisu zjawiska w ujęciu historycznym i współczesnym. Punktem odniesienia dla rozważań współczesnych jest ustawodawstwo prawne w ujęciu komparatystycznym oraz orzecznictwo sądowe. Problem niebezpieczności sprawców został ukazany przede wszystkim w kontekście sprawców przestępstw seksualnych na przykładzie wybranych judykatów. Konkluzja tekstu zakłada, że w nauce prawa karnego aktualnie powstają warunki do badania zjawiska „niebezpieczności”, jako osobnej kategorii jurydycznej.

Słowa kluczowe: sprawca niebezpieczny, przestępstwo seksualne, kryteria niebezpieczności, „niebezpieczność” w orzecznictwie sądowym, „niebezpieczność” w doktrynie

## ISSUE OF “DANGEROUS” PERPETRATORS IN RESEARCH AND CASE LAW

### Summary

The article discusses the issue of dangerous offenders from the point of view of the past and present description of the phenomenon. The comparative approach to legislation and case law constitutes a benchmark for the contemporary analysis. The issue of dangerousness of offenders is mainly presented in the context of perpetrators of sexual offences and exemplified by selected judicial decisions. The conclusion contains an assumption that conditions are created in criminal law doctrine to conduct research into the phenomenon of “dangerousness” as a separate juridical category.

Keywords: dangerous offender, sexual offence, dangerousness criteria, “dangerousness” in case law, “dangerousness” in the doctrine

**Cytuj jako:**

Rogacka-Rzewnicka M., *Problematyka sprawców „niebezpiecznych” w badaniach i orzecznictwie sądowym. Próba identyfikacji zjawiska*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 48–62. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.34/m.rogacka-rzewnicka

**Cite as:**

Rogacka-Rzewnicka, M. (2018) ‘Issue of “dangerous” perpetrators in research and case law’. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 48–62. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.34/m.rogacka-rzewnicka

# DOPUSZCZENIE DO PRZEBYWANIA MAŁOLETNIEGO W OKOLICZNOŚCIACH NIEBEZPIECZNYCH DLA ZDROWIA (ART. 106 K.W.)

JULIA KOSONOGA-ZYGMUNT\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.35/j.kosonoga-zygmunt

## 1. UWAGI WSTĘPNE

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza stypizowanego w art. 106 k.w.<sup>1</sup> wykroczenia dopuszczenia do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka osoby małoletniej do lat 7 albo innej osoby niezdolnej rozpoznać lub obronić się przed takim niebezpieczeństwem. Powołane unormowanie wzmacnia prawnokarną ochronę małoletnich, a także innych osób nieporadnych przed zachowaniami osób zobowiązanych do opieki lub nadzoru nad nimi.

Tytułowa problematyka jest rzadko podejmowana w literaturze przedmiotu. Stawowi ona głównie przedmiot wypowiedzi komentatorów Kodeksu wykroczeń, jak również poruszana jest sporadycznie na marginesie innych, głównych rozważań<sup>2</sup>. Do podjęcia tego zagadnienia inspirowała go teoretyczna złożoność, w tym chociażby niejednolice ujmowany w doktrynie przedmiot ochrony omawianego wykroczenia.

---

\* dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie; e-mail: j.zygmunt@uksw.edu.pl

<sup>1</sup> Omawiane wykroczenie nie było znane prawu o wykroczeniach z 1932 r. (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach, Dz.U. Nr 60, poz. 572). Wprowadzono je dopiero ustawą z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 1971 r. Nr 12, poz. 114). Stosownie do art. 106 k.w. „Kto, mając obowiązek opieki lub nadzoru nad małoletnim do lat 7 albo nad inną osobą niezdolną rozpoznać lub obronić się przed niebezpieczeństwem, dopuszcza do jej przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka, podlega karze grzywny albo karze nagany”.

<sup>2</sup> Zob. np. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999; O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004; A. Kilińska-Pękacz, *Ochrona dzieci w kodeksie wykroczeń*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji, Zarządzania UKW” 2012, t. 1, s. 205–218.

Zastanawia także powszechnie akceptowany pogląd o jego formalnym charakterze, jak również zaliczanie go do typów abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo.

Dla pełnej charakterystyki omawianego typu wykroczenia przyjęto klasyczny układ oparty na tradycyjnym podziale ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Ponadto, odniesiono się do takich zagadnień jak zagrożenie karne oraz zbieg przepisów.

## 2. PRZEDMIOT OCHRONY

W literaturze wymienia się kilka dóbr stanowiących przedmiot ochrony art. 106 k.w. Wskazuje się przede wszystkim na: bezpieczeństwo dziecka<sup>3</sup>, zdrowie osób niezdolnych do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem grożącym ich zdrowiu<sup>4</sup>, zdrowie i rozwój małoletnich do lat 7 oraz innych osób bezradnych<sup>5</sup>, czy ogólnie ich dobro (interes), które może zostać zagrożone w razie dopuszczenia do przebywania w niebezpiecznych okolicznościach<sup>6</sup>. Wyrażono także zapatrywanie, że przedmiotem ochrony jest przestrzeganie obowiązku troszczenia się, opieki oraz nadzoru polegającego na zapewnieniu podopiecznemu bezpieczeństwa osobistego, chronieniu go przed fizycznymi i psychicznymi następstwami sytuacji dla niego niebezpiecznych. Z kolei uboczny przedmiot ochrony stanowiąc ma bezpieczeństwo i zdrowie małoletnich lub osób nieporadnych przed niebezpieczeństwem mogącym im grozić w razie braku opieki lub nadzoru ze strony osób do tego zobowiązanych<sup>7</sup>.

Ze względu na umiejscowienie art. 106 k.w. w rozdziale grupującym wykroczenia przeciwko osobie, za główny przedmiot ochrony należy przyjąć dobro dzieci do lat 7, jak również innych osób niezdolnych do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem. Artykuł 106 k.w. penalizuje dopuszczenie do przebywania wymienionych kategorii osób „w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka”. Uznać zatem należy, że przepis ten chroni przede wszystkim dobro w postaci zdrowia człowieka przed niebezpieczeństwem w razie braku należytej realizacji obowiązku opieki lub nadzoru nad nim. Wydaje się, że za uboczny przedmiot ochrony można uznać dobro w postaci prawidłowości sprawowania opieki i nadzoru nad małoletnimi oraz innymi osobami bezradnymi. Dopuszczenie do ich przebywania w niebezpieczeństwie jest w oczywisty sposób sprzeczne z podstawowymi funkcjami obowiązków sprawcy, o których mowa w art. 106 k.w.

<sup>3</sup> R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 379.

<sup>4</sup> P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 1 do art. 106 k.w.

<sup>5</sup> Tak M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, WK 2015, teza 2 do art. 106 k.w.

<sup>6</sup> Tak B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LexisNexis 2008, teza 2 do art. 106 k.w., teza 2; zob. także M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2009, teza 1 art. 106 k.w.

<sup>7</sup> M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzycy (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2013, teza 1 do art. 106 k.w. Także zdaniem M. Dudzika ubocznym przedmiotem ochrony w art. 106 k.w. jest życie i zdrowie osób wymienionych w tym unormowaniu, zob. M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia życia i zdrowia ludzkiego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2014, s. 215.

Regulacja przewidziana w art. 106 k.w. ma służyć zapewnieniu prawnokarnej ochrony zdrowia małoletnich do lat 7 oraz innych osób niezdolnych do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem. Słusznie przy tym spostrzega się w literaturze, że z redakcji art. 106 k.w. wynika, iż małoletni do lat 7 nie stanowią podmiotu odrębnego od osób niezdolnych do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem. Wyraźne wyeksponowanie wśród osób bezradnych małoletniego do lat 7 ma jednak istotne znaczenie w odniesieniu do przypisywania obwinionemu wykroczenia z art. 106 k.w. O ile w przypadku innych osób konieczne jest wykazanie, że nie były one zdolne do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem, o tyle w wypadku małoletnich do lat 7 owa niezdolność jest przesądzona przez samego ustawodawcę i nie podlega dowodzeniu<sup>8</sup>.

Określenie „małoletni” nie budzi wątpliwości. Małoletniość jest pojęciem przede wszystkim prawa cywilnego. W świetle art. 10 k.c. małoletnim jest ten, kto nie ukończył 18 lat (zob. art. 10 § 1 k.c.) i nie uzyskał wcześniej pełnoletniości przez zawarcie małżeństwa (art. 10 § 2). Na gruncie art. 106 k.w. zawężono grupę małoletnich, wprowadzając górną granicę wiekową w postaci lat 7. Chodzi zatem o małoletniego, który w chwili czynu sprawcy nie ukończył 7. roku życia. Podobne ograniczenie występuje w art. 89 k.w., który typizuje dopuszczenie do przebywania na drodze publicznej lub na torach pojazdu szynowego wbrew obowiązkowi opieki lub nadzoru nad takim małoletnim. Dla porównania w przypadku przestępstwa porzucenia (art. 210 k.k.), pomijając w tym miejscu jego istotę i charakter, przedmiotem czynności wykonawczej jest małoletni, który nie ukończył lat 15. Ograniczenie wiekowe do 7 lat przewidziane w art. 106 k.w. należy ocenić krytycznie, gdyż prowadzi do osłabienia prawnokarnej ochrony małoletnich. Dobro osoby małoletniej, która ukończyła 7 lat chronione jest na gruncie omawianego uregulowania jedynie w razie wykazania, że nie była ona *in concreto* zdolna do rozpoznania lub obronienia się przed niebezpieczeństwem. W związku z tym, godny rozważenia jest postulat podniesienia granicy wieku, o której mowa w art. 106 k.w. np. do 10 lat<sup>9</sup> i zapewnienia w tym zakresie ochrony starszym dzieciom niezależnie od ich indywidualnych zdolności do rozpoznania lub obrony przed grożącym niebezpieczeństwem.

Więcej wątpliwości interpretacyjnych wywołuje pojęcie innej osoby niezdolnej do rozpoznania lub obrony przed niebezpieczeństwem. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jest to osoba inna niż małoletni do lat 7, która z jakiegokolwiek powodu (fizycznego lub psychicznego, wewnętrznego lub zewnętrznego) jest pozbawiona, w sposób trwały lub przejściowy, zdolności identyfikacji niebezpieczeństwa lub odparcia niebezpieczeństwa czy też uratowania się przed nim<sup>10</sup>. Podkreśla się także, że osoba niezdolna obronić się przed niebezpieczeństwem to osoba, która z powodu swoich ułomności fizycznych (np. paraliż, ślepotą, głuchota) nie jest w stanie przeciwdziałać zagrożeniu. Niezdolność do obrony może również wynikać ze stanu (np. skrepowania, związania) bądź sytuacji, w jakiej znalazła się

---

<sup>8</sup> P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 2 do art. 106 k.w.

<sup>9</sup> Tak trafnie O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym...*, s. 92.

<sup>10</sup> P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 2 do art. 106 k.w.

dana osoba (np. zamknięcia w pokoju)<sup>11</sup>. Na gruncie art. 106 k.k. może zatem chodzić w szczególności o osoby: chore umysłowo, upośledzone umysłowo, dotknięte innymi zaburzeniami czynności psychicznych, sprawne psychicznie, ale złożone ciężką chorobą, niepełnosprawne fizycznie, odurzone alkoholem lub narkotykami, zdrowe psychicznie i fizycznie bezradne wskutek skrepowania<sup>12</sup>.

Trafnie wskazuje się w doktrynie, że połączenie niezdolności rozpoznania i niezdolności obronienia się przed niebezpieczeństwem spójnikiem alternatywy zwykłej „lub” oznacza, że w omawianym pojęciu mieści się: osoba niezdolna zarówno do rozpoznania niebezpieczeństwa, jak i do obronienia się przed nim; osoba zdolna do rozpoznania niebezpieczeństwa, ale nieumiejąca obronić się przed nim; osoba niezdolna do rozpoznania niebezpieczeństwa, ale umiejąca poradzić sobie z nim w razie jego zaistnienia<sup>13</sup>.

### 3. PODMIOT WYKROCZENIA

Sprawcą stypizowanego w art. 106 k.w. wykroczenia może być wyłącznie osoba, na której spoczywa obowiązek opieki lub nadzoru nad małoletnim do lat 7 albo nad inną osobą niezdolną rozpoznać lub obronić się przed niebezpieczeństwem. Jest to zatem wykroczenie indywidualne właściwe. Ustawodawca nie sprecyzował jednak charakteru i źródeł tych obowiązków.

W systemie prawa karnego ustawodawca niejednokrotnie posługuje się znamieniem „obowiązek opieki lub nadzoru” lub określeniami do niego zbliżonymi. Poza art. 106 k.w. występują one w innych przepisach typizujących zawartych w kodeksie wykroczeń np. w art. 89 k.w. („obowiązek opieki lub nadzoru”), art. 70 § 1 k.w. („obowiązek nadzoru”), jak i w kodeksie karnym np. w art. 160 § 2 k.k. („obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo”), art. 211 k.k. („osoba powołana do opieki lub nadzoru”), czy w art. 210 § 1 k.k. („obowiązek troszczenia się o małoletniego poniżej lat 15 albo o osobę nieporadną”). Znamienne jest, iż na gruncie art. 106 k.w. oprócz pojęcia „opieki” pojawia się także pojęcie „nadzoru”. Podobnie nadzór (w kontekście osoby powołanej do nadzoru) pojawia się obok opieki w art. 211 k.k., ale już nie w art. 160 § 2 k.k. Brak konsekwencji ustawodawcy w posługiwaniu się w kodeksie karnym i kodeksie wykroczeń określeniami typu obowiązek opieki, obowiązek troszczenia się, obowiązek opieki i nadzoru, rodzi uzasadnione wątpliwości co do tego, czy jest to wynik niedopatrzienia ustawodawcy, czy może efekt zamierzony<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LexisNexis 2013, teza 5 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, WK 2015, teza 3 do art. 106 k.w.

<sup>12</sup> Zob. m.in. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 2 do art. 106 k.w.; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Lex 2008, teza 3 do art. 106 k.w.

<sup>13</sup> Tak P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 2 do art. 106 k.w.

<sup>14</sup> Trafnie zwraca na to uwagę O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka...*, s. 91. Zdaniem Autorki różnorodność podobnych określeń w kodeksie karnym i w kodeksie wykroczeń jest bardziej wynikiem niedopatrzienia ustawodawcy i należy je wyeliminować.

W prawie cywilnym przez pojęcie opieki rozumie się dbałość o osobę potrzebującą pomocy, w tym o małoletniego. W ramach tak szeroko rozumianej opieki wyróżnia się: opiekę społeczną, opiekę faktyczną oraz opiekę prawną. Opieka społeczna obejmuje system urządzeń socjalnych mających służyć osobom, które nie mogą zaspokoić swoich potrzeb. Z kolei opieka faktyczna polega na faktycznym (rzeczywistym) zajmowaniu się sprawami osoby, która sama tego czynić nie może, a udzielanie jej pomocy następuje mimo braku tytułu prawnego, który by osobę świadczącą pomoc do tego zobowiązywał. Wreszcie przez opiekę prawną rozumie się roztozczenie pieczy nad osobą nieporadną zgodnie z tytułem prawnym<sup>15</sup>. W literaturze wskazuje się, że termin „opieka” jest najszerzej i w sposób najmniej sformalizowany traktowany na gruncie prawa karnego<sup>16</sup>. Wydaje się, że także w odniesieniu do art. 106 k.w. należy przyjąć, iż obowiązek opieki ma szerokie znaczenie. Nie chodzi tutaj tylko o instytucję opieki przewidzianą przepisami prawa rodzinnego, ale o wszystkie sytuacje, z których bezpośrednio lub pośrednio wynika taki obowiązek. Obowiązek opieki polega zatem na konieczności podejmowania starań, troszczenia się o różne kategorie dóbr i interesy osób, które z uwagi na wiek, ułomność fizyczną lub psychiczną albo ze względu na znajdowanie się w szczególnej sytuacji faktycznej nie mogą zadbać o siebie samodzielnie<sup>17</sup>.

Z kolei treścią obowiązku troszczenia się jest dbałość o drugą osobę, która powinna przejawiać się we wszystkich obszarach, w jakich zaangażowany jest interes osoby uprawnionej do troszczenia się o nią<sup>18</sup>. Istotą tego obowiązku jest przedsięwzięcie starań o bezpieczeństwo, zdrowie i prawidłowy rozwój osoby, która ze względu na wiek albo nieomaganie nie może rozwinać należytej staranności o swoje żywotne sprawy<sup>19</sup>. W doktrynie niejednocie ujmowana jest relacja w jakiej pozostają pojęcia „obowiązek opieki” i „obowiązek troszczenia się”. Wyrażono m.in. zapatrywanie, iż obowiązek troszczenia się o daną osobę może być obowiązkiem wyizolowanym, bądź to jednym z obowiązków mieszczących się w szerszym obowiązku opieki wobec danej osoby<sup>20</sup>. Zdaniem niektórych Autorów „pojęciu opieki przyznać należy bardziej sformalizowany charakter, ujęty w pewne ramy prawne”<sup>21</sup>. Wedle poglądu odmiennego określenia „obowiązek troszczenia się”

---

<sup>15</sup> I. Ignatowicz, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 324–325; zob. także T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 268 i nast.

<sup>16</sup> A. Ratajczak [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 254.

<sup>17</sup> V. Konarska-Wrzosek, *Uwagi o przestępstwie pozostawienia człowieka w położeniu groźącym niebezpieczeństwem*, PiP 1997, z 3, s. 80; podobnie O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004, s. 78.

<sup>18</sup> V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka...*, s. 127.

<sup>19</sup> J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 414.

<sup>20</sup> Tak trafnie V. Konarska-Wrzosek [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2012, s. 976.

<sup>21</sup> Wyrażono przy tym przekonanie, iż posłużenie się na gruncie art. 210 k.k. określeniem „troszczenie się” (a nie jak w kodeksie karnym z 1932 r. określeniem „obowiązek opieki lub nadzoru”) przemawia za tym, że ustawodawca zamierzał objąć nim większą grupę przypadków, zapewniając tym samym szerszą ochronę wymienionych w nim osób, zob. J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, teza 5a do art. 210 k.k.



i „obowiązek opieki” są znaczeniowo synonimiczne<sup>22</sup>. Na poparcie tego stanowiska podnosi się, że także w języku potocznym pojęcia te oznaczają to samo<sup>23</sup>. Za powyższym przemawiać ma również słownikowe rozumienie opieki, zgodnie z którym oznacza ona „troszczenie się, dbanie o kogoś, dogłądanie, pilnowanie kogoś, czegoś; strzeżenie, dozór”<sup>24</sup>.

W art. 106 k.w. mowa jest także o obowiązku nadzoru. W doktrynie wskazuje się, że pojęcia opieki i nadzoru nie są jednoznaczne. Zdaniem A. Ratajczaka różnią się intensywnością swej funkcji. Opieką jest bowiem nie tylko czuwanie i kontrola, lecz także bezpośrednie wykonywanie szeregu czynności. Z kolei nadzór ogranicza się do kontroli w sensie dozwolania lub niedozwalania na określone zachowania podopiecznego<sup>25</sup>.

Granice pojęć „opieka” oraz „nadzór” są wyznaczane przez źródła powstania tych obowiązków<sup>26</sup>. W literaturze sporo miejsca poświęcono wykładni określenia „cięży obowiązek opieki” występującego na gruncie art. 160 § 2 k.k., statuującego kwalifikowany typ przestępstwa narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zdaniem przeważającej części autorów, specyficzny stosunek zachodzący pomiędzy sprawcą i pokrzywdzonym, wyrażający się w obowiązku opieki, należy rozumieć w znaczeniu, o którym jest mowa w art. 2 k.k. Podmiotem typu czynu zabronionego określonego w art. 160 § 2 k.k. może być zatem jedynie osoba, która ma prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia powstaniu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pokrzywdzonego<sup>27</sup>. Jednocześnie w literaturze przedmiotu wskazuje się na rozmaite źródła obowiązku opieki. Do niebudzących wątpliwości kategorii źródeł należy zaliczyć: przepisy prawa, orzeczenia sądu, umowy (niekiedy Autorzy operują kategorią dobrowolnego zobowiązania)<sup>28</sup>. Dodatkowo wymienia się następujące źródła: zajmowane przez sprawcę stanowisko lub pełniona funkcja<sup>29</sup>, przyjęcie określonej służby<sup>30</sup>, zwyczaj stosowany w określonych sytuacjach<sup>31</sup>, zaist-

<sup>22</sup> Tak R. Kokot [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2018, teza 35 do art. 160 k.k.; zob. także B. Michalski [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. I, *Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2010, s. 460; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 392–393.

<sup>23</sup> Tak również B. Michalski [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 407.

<sup>24</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979, s. 526.

<sup>25</sup> A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie...*, s. 225.

<sup>26</sup> Por. O. Sitarz, *Ochrona prawa dziecka w polskim prawie karnym...*, s. 78.

<sup>27</sup> A. Zoll [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006, s. 378; podobnie R. Kokot [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 982; zob. także M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 314; V. Konarska-Wrzosek [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2016, teza 3 do art. 160 k.k.

<sup>28</sup> Zob. m.in.: A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 335; R. Kokot [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 982; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu...*, s. 393; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 37–38.

<sup>29</sup> B. Michalski [w:] A. Wąsek, *Kodeks karny. Część szczególna...*, 2006, s. 407.

<sup>30</sup> W. Gutekunst [w:] O. Gubiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1980, s. 181.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

niała sytuacja faktyczna<sup>32</sup>, jak również sytuacja wynikła z uprzedniego działania sprawcy<sup>33</sup>. Wymienione niekiedy źródła nakładają się na siebie. Przykładowo podstawa obowiązku opieki w postaci sytuacji faktycznej jest niejednolicie rozumiana w doktrynie. Zdaniem jednych, w przypadkach doraźnej opieki nad cudzym dzieckiem (np. wzięcie cudzego dziecka na spacer i przejęcie tym samym opieki nad nim w drodze tej czynności faktycznej, czy zabranie z własnej inicjatywy cudzego dziecka na wycieczkę) źródłem szczególnego i prawnego obowiązku opieki jest zaistniała sytuacja faktyczna<sup>34</sup>, a według innych dobrowolne zobowiązanie<sup>35</sup>.

Akceptacja stanowiska, iż podmiotem przestępstwa z art. 160 § 2 k.k., zarówno w przypadku działania, jak i zaniechania, jest jedynie gwarant, rzutuje na ustalenie źródeł obowiązku opieki, o którym mowa w tym przepisie. Konsekwentnie należałoby stosować w tym zakresie reguły z art. 2 k.k., zgodnie z którym obowiązek gwaranta nienastąpienia skutku ma mieć charakter szczególny i prawny. Większość przedstawicieli doktryny ujmuje je jednak dużo szerzej. Problematyka źródeł obowiązku gwaranta zdecydowanie wykracza poza zakres niniejszego opracowania. Ponadto zagadnieniu temu poświęcono sporo miejsca w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie sądowym. Z powyższych względów ograniczono się do kilku uwag o charakterze szczegółowym, istotnych z punktu widzenia analizowanej problematyki.

Przede wszystkim prawny charakter obowiązku gwaranta oznacza, że ma mieć on źródło w akcie, który ma znaczenie prawne<sup>36</sup>. Może to być norma o charakterze generalnym i abstrakcyjnym<sup>37</sup>, nakładająca na jej adresatów obowiązek działania

<sup>32</sup> R. Kokot [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 982; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 335; O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, 1999, s. 107–108; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 277.

<sup>33</sup> B. Michalski [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 407.

<sup>34</sup> Tak R. Kokot [w:] w: R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 982; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 335.

<sup>35</sup> Tak V. Konarska-Wrzošek [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, teza 3 do art. 160 k.k. Zdaniem Autorki, źródłem obowiązku opieki, o jakim mowa w art. 160 § 2 k.k., może być przepis prawa, orzeczenie sądu, np. kształtujące stosunek przysposobienia oraz umowa, a ściślej rzecz ujmując – dobrowolne zobowiązanie, w wyniku którego poszczególne osoby przyjmują na siebie obowiązek pieczy nad innymi osobami.

<sup>36</sup> W uzasadnieniu projektu obowiązującego Kodeksu karnego wskazano, że „nowy kodeks nie określa bliżej źródeł prawnego szczególnego obowiązku. Z projektowanego przepisu wynika jednak, że obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z normy prawnej, bądź z aktu mającego znaczenie prawne (umowy, nominacji). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób”, zob. I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak i in. (red.), *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 119.

<sup>37</sup> W doktrynie wątpliwości wywołuje m.in. kwestia tego, czy źródłem prawnego szczególnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi może być także akt podustawowy. W doktrynie prawa karnego spotkać można skrajne poglądy, od tych, które bezwarunkowo dopuszczają taką możliwość, po kategoryczną negację nałożenia obowiązku do działania aktem o randze niższej niż ustawa. Najbardziej przekonujące stanowisko opiera się na założeniu, że zgodnie z zasadą wyłączności ustawowej, samo nałożenie prawnego, szczególnego obowiązku musi nastąpić w ustawie. Natomiast jego sprecyzowanie może mieć miejsce już w akcie prawnym podustawowym (tak trafnie A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 94). Ujęcie obowiązku gwaranta w regulacji

lub inny akt mający znaczenie prawne jako źródło normy prawnej o charakterze indywidualnym i konkretnym (umowa, akt mianowania, powołanie do służby)<sup>38</sup>. W tym kontekście nie wydaje się przekonujący pogląd przyjmujący, iż obowiązek opieki może wynikać także z zaistniałej sytuacji faktycznej lub z sytuacji wynikłej z uprzedniego działania sprawcy. Za źródło obowiązku gwarancyjnego o jakim mowa w art. 160 k.k. nie można uznać wystąpienia określonego układu sytuacyjnego. Obowiązek gwarancyjny musi opierać się bowiem na określonych normach prawnych, a za takie nie można uznać określonego układu zdarzeń, chyba że jest to zdarzenie wywołujące skutki prawne<sup>39</sup>. Zakwestionować należy także zasadność uznawania za źródło obowiązku gwaranta „uprzedniego zachowania sprawcy stwarzającego zagrożenie dla dobra prawnego”, wywodzonego w szczególności z art. 439 k.c., zasad ostrożności, czy ogólnych zasad prawa<sup>40</sup>.

Wątpliwości wywołuje zasadność utożsamiania obowiązku opieki, o którym mowa w art. 160 § 2 k.k. z obowiązkiem do działania, który może być podstawą odpowiedzialności tzw. gwaranta za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie (art. 2 k.k.)<sup>41</sup>. Wątpliwości te potęguje dodatkowo fakt, iż przestępstwo typu kwalifikowanego z art. 160 § 2 k.k. może być popełnione zarówno z działania, jak i z zaniechania. Akceptując tezę o skutkowym charakterze przestępstwa narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, należy uznać, że gdy realizacja znamion ma postać zaniechania, jego sprawcą może być jedynie gwarant, o którym mowa w art. 2 k.k. Należy jednak uznać, że nawet wówczas zakres pojęcia „obowiązek opieki” jest węższy od pojęcia „obowiązek gwaranta nienastąpienia skutku”, co jest także istotne dla ustalenia katalogu źródeł tego obowiązku (opieki). Z kolei w odniesieniu do przestępstwa z art. 160 § 2 k.k. w formie działania brak jest wskazania na charakter prawny tego obowiązku i źródła jego powstania.

Odnosząc powyższe ustalenia do obowiązku opieki, o jakim mowa w art. 160 § 2 k.k. należy uznać, iż przepis ten nie dookreśla rodzaju opieki. Wydaje się więc, że chodzi o wszelkie postaci opieki, a zatem o opiekę w szerokim znaczeniu. Określenie to należy w tym sensie traktować jako synonimiczne do pojęcia „obowią-

---

ustawowej nie może być jednak zbyt lapidarne. Ze względów gwarancyjnych należy oczekiwać od ustawodawcy dostatecznej określoności w tym zakresie.

<sup>38</sup> A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016, s. 95.

<sup>39</sup> Zob. T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 164.

<sup>40</sup> Uznanie, że powołany przepis stanowi źródło obowiązku gwaranta, usuwa praktyczną potrzebę wyodrębniania sprowadzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego jako osobnego źródła. Obowiązek taki miałyby wówczas bez wątpienia charakter prawny, jako wynikający z ustawy. Prezentowany jest także pogląd, że powoływanie art. 439 k.c. stanowi jawne nadwężenie konstrukcji prawa cywilnego na rzecz prawa karnego (tak A. Wąsek [w:] O. Górniok i in., *Kodeks Karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003, s. 43). Nie bez znaczenia jest także argument, iż ten sam czyn nie może być jednocześnie kryminalizowany jako działanie i zaniechanie. W sytuacji, gdy źródłem niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, prowadzącym do wystąpienia określonego skutku, jest działanie sprawcy, nie jest możliwe analizowanie jego zachowania z punktu widzenia obowiązku ratowania dobra prawnego (zob. tak T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie...*, s. 154 oraz powołana tam literatura).

<sup>41</sup> Por. V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim...*, s. 42.

zek troszczenia się” z art. 210 k.k.<sup>42</sup>. Dla porównania w art. 211 k.k. posłużono się zwrotem „wbrew woli osoby powołanej do opieki lub nadzoru”<sup>43</sup>. Ze względu na redakcję art. 211 k.k., w którym mowa o „osobie powołanej do opieki lub nadzoru”, uprawnienie do opieki lub nadzoru musi mieć charakter legalny i nie może wynikać jedynie z zaistniałej sytuacji<sup>44</sup>. Z istoty chronionego za pomocą art. 211 k.k. dobra

---

<sup>42</sup> Z wyizolowanym obowiązkiem troszczenia się o daną osobę mamy do czynienia na gruncie art. 210 k.k. typizującym przestępstwo porzucenia. Jego sprawcą może być jedynie osoba, na której spoczywa obowiązek troszczenia się o osobę poniżej 15. roku życia albo o osobę nieporadną ze względu na jej stan psychiczny lub fizyczny. Jeżeli chodzi o wskazanie źródeł obowiązku troszczenia się, w doktrynie spotkać można dwa zasadnicze sposoby ujęcia tej kwestii. Zdaniem części przedstawicieli doktryny obowiązek ten może wynikać jedynie z ustawy, decyzji sądu bądź z umowy (tak M. Szewczyk [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 631), ewentualnie także z przyjętego na siebie zobowiązania (A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 407; V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim...*, s. 37–38, 127). Inni Autorzy opowiadają się za szerszym określeniem źródeł obowiązku troszczenia się, wymieniając dodatkowo zasady współżycia społecznego (R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)*, Prok. i Pr. 1997, nr 5, s. 49–53; tak również J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1328), czy okoliczności faktyczne O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III (art. 117–363), Gdańsk 1999, s. 203; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997, s. 373; J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, teza 5a do art. 210 k.k.; Z. Siwik [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2016, teza 7 do art. 210 k.k.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2015, teza 5 do art. 210 k.k.; A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980, s. 213–214). W tym ostatnim przypadku obowiązek troszczenia się ma swoje źródło w stanie faktycznym, prowadzącym się do podjęcia opieki *per facta*, a nie na podstawie tytułu prawnego np. zabranie do lasu cudzych dzieci bawiących się na ławce i przejęcie przez to na siebie obowiązku samoistnie, bez wiedzy osoby sprawującej nad nimi opiekę lub nadzór (A. Wąsek [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 1113–1114). W doktrynie podkreśla się, że może chodzić o doraźną pieczę nad wymienionymi w przepisie typizującym osobami, przyjętą dobrowolnie lub nawet narzuconą (np. czuwanie nad osobą, która uległa wypadkowi do czasu przybycia innej osoby, odprowadzanie zagubionego dziecka) (O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz...*, t. III, s. 203). Za przyjęciem szerokiego ujęcia źródeł obowiązku troszczenia się, o którym mowa w art. 210 k.k. przemawia brak wyraźnego zastrzeżenia ustawowego, iż ma to być szczególny prawny obowiązek tak jak ma to miejsce w treści art. 2 k.k. (tak również A. Wąsek [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 1114; A. Muszyńska [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX/el. 2014, teza 7 do art. 210 k.k.). Szeroka koncepcja ujęcia źródeł obowiązku troszczenia się jest także bez wątpliwa korzystniejsza z punktu widzenia ochrony interesów małoletniego.

<sup>43</sup> W literaturze widoczna jest wyraźna polaryzacja poglądów co do tego, czy źródło opieki lub nadzoru w rozumieniu art. 211 k.k. może stanowić stan faktyczny (*per facta*). Zdaniem części przedstawicieli doktryny powołanie do sprawowania opieki lub nadzoru może wynikać z ustawy, orzeczenia sądu lub innego organu państwowego, umowy, na mocy której określona osoba podejmuje się sprawowania opieki nad osobą do lat 15 lub nieporadną, ale także z zaistniałej sytuacji (zob. S. Hyps [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 1065; idem [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*. Tom I. *Komentarz do artykułów 117–221*, Leglis 2017, komentarz do art. 211 k.k., nb 23). Zwolennicy tej szerokiej koncepcji argumentują przy tym, iż sprowadzenie powołania do opieki lub nadzoru tylko do odpowiedniego tytułu prawnego zbyt ograniczałoby odpowiedzialność sprawcy, w szczególności gdy należałoby podjąć szybką decyzję o ściganiu za takie przestępstwo.

<sup>44</sup> Tak również A. Wąsek [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 1129; R.A. Stefański, *Przestępstwo uprowadzenia małoletniego (art. 211 k.k.)*, Prok. i Pr. 1999, nr 9, s. 62.

prawnego, tj. instytucji opieki lub nadzoru<sup>45</sup>, wynika bowiem, że obejmuje ono jedynie te przypadki, gdy źródłem opieki lub nadzoru są normy prawa publicznego lub prywatnego; co więcej, gdy źródło to ma charakter legalny. Tylko bowiem w takim przypadku znajduje uzasadnienie założenie (domniemanie) dotyczące prawidłowości wykonywanej opieki, stanowiące podstawę dla objęcia ochroną instytucji opieki i nadzoru<sup>46</sup>. W pełni należy podzielić w związku z tym zapatrywanie, iż poza zakresem art. 211 k.k. pozostaje opieka faktyczna, skoro przepis ten stanowi o osobie powołanej do opieki lub nadzoru. W konsekwencji musi być coś, co stanowi źródło powołania do sprawowania opieki lub nadzoru, jak i musi funkcjonować organ i procedura odpowiedzialne za powoływanie do wykonywania tych funkcji. Wyklucza to możliwość objęcia opieki lub nadzoru tylko na podstawie określonego stosunku faktycznego<sup>47</sup>.

W przeciwieństwie do art. 211 k.k. zakresem art. 160 § 2 k.k. należy obejmować nie tylko opiekę prawną, ale także faktyczną. W związku z szerokim ujęciem obowiązku opieki należy uznać, iż może on wynikać z: przepisu prawa (np. art. 95 k.r.o. określający obowiązki rodziców wobec małoletnich dzieci); orzeczenia sądu (np. kształtujące stosunek przysposobienia, ustanawiające opiekę danej osoby nad małoletnim, ustanawiające opiekę nad ubezwłasnowolnionym całkowicie); umowy (np. umowa o pracę, kontrakt lekarza z daną placówką służby zdrowia, nauczyciela ze szkołą lub przedszkolem, opiekunką do dziecka a jego rodzicami), jak i sytuacji faktycznej. Może być to obowiązek trwały, rozciągnięty w czasie lub jedynie tymczasowy (doraźny) i przemijający. Wydaje się natomiast, że nie zachodzi potrzeba wyodrębniania takich źródeł obowiązków jak wykonywany zawód, prowadzona działalność czy pełniona funkcja, gdyż dają się one sprowadzić do któregoś z wymienionych źródeł<sup>48</sup>.

Powyższe ustalenia dotyczące charakteru oraz szerokiego ujęcia źródeł obowiązków opieki i nadzoru należy odnieść także do art. 106 k.w. Analizowane unormowanie swoim zakresem obejmuje wszelkie sytuacje, z których bezpośrednio lub pośrednio wynika obowiązek opieki lub nadzoru. Redakcja omawianego przepisu, a w szczególności posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „mając obowiązek opieki lub nadzoru”, nie pozwala w związku z tym na wyłączenie z kręgu jego podmiotów tych osób, które podjęły się opieki lub nadzoru na podstawie stanu faktycznego, a nie tytułu prawnego. W rozumieniu przepisu art. 106 k.w. osobą mającą

---

<sup>45</sup> W doktrynie dominuje pogląd, iż przedmiotem ochrony w przypadku art. 211 k.k. jest instytucja opieki i nadzoru, tak: R.A. Stefański, *Przestępstwo uprowadzenia...*, s. 58–59; A. Wąsek [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 1124; A. Dobrzyński, *Przestępstwa przeciwko rodzinie*, Warszawa 1974, s. 71; A. Ratajczak, *Przestępstwa...*, s. 223–224; M. Szewczyk [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 636; M. Mozgawa [w:] Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2015, teza 1 do art. 211 k.k. Także zdaniem SN przedmiotem ochrony karnoprawnej z art. 211 „[n]ie jest wolność osoby uprowadzonej czy zatrzymanej, jak również nie jest przedmiotem tej ochrony treść orzeczeń sądowych dotyczących sprawowania opieki lub nadzoru nad tą osobą, lecz instytucja samej opieki i nadzoru” (post. SN z 18 grudnia 1992 r., I KZP 40/92, Legalis nr 27920).

<sup>46</sup> J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, teza 10f do art. 211 k.k.

<sup>47</sup> M. Nawrocki, *Kidnapping*, Prok. i Pr. 2016, nr 10, s. 98.

<sup>48</sup> Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka...*, s. 39.



obowiązek opieki lub nadzoru jest zatem również osoba, która faktycznie (choćby chwilowo) sprawuje opiekę lub nadzór, a nie jedynie osoba prawnie umocowana do realizacji tego obowiązku. Za taką interpretacją przemawia także uznanie za główny przedmiot ochrony omawianej regulacji zdrowia małoletnich oraz innych osób bezradnych. Brak jest uzasadnienia dla ograniczenia ochrony realizowanej za pomocą art. 106 k.w. jedynie do sytuacji, w których obowiązek opieki lub nadzoru ma charakter prawny.

W związku z tym należy konsekwentnie przyjąć, iż opieka lub nadzór mogą wynikać: 1) ze stosunków rodzinnych i opiekuńczych (np. obowiązek rodziców względem dzieci – art. 95 k.r.o.); 2) z przepisu prawa lub wydanego na podstawie takiego przepisu orzeczenia (np. obowiązek nadzoru po stronie personelu w zamkniętym zakładzie leczenia; orzeczenie o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej); 3) z umowy (np. obowiązki pielęgniarki, nauczyciela, wychowawcy na obozie lub koloniach, wychowawcy w internacie); 4) ze stosunku faktycznego (np. obowiązek osoby, która zabrała cudze dziecko na spacer; powierzenie opieki nad dzieckiem znajomej na czas przebywania jego matki w sklepie)<sup>49</sup>.

### 3. STRONA PRZEDMIOTOWA

#### 3.1. CZYNNOŚĆ SPRAWCZA

Niedopełnienie obowiązku opieki lub nadzoru nad małoletnim albo nad inną osobą niezdolną rozpoznać lub obronić się przed niebezpieczeństwem następuje przez dopuszczenie do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka (np. nad wodą, na placu budowy itp.). Czynność sprawcza polega zatem na „dopuszczeniu do przebywania”. W znaczeniu słownikowym „dopuszczyć” oznacza „przystać na coś, nie przeszkodzić czemuś, pozwolić, zezwolić”<sup>50</sup>.

Za nietrafny należy uznać przeważający w doktrynie pogląd, iż czyn sprawcy może przybrać wyłącznie postać zaniechania<sup>51</sup>. Słusznie podnosi P. Daniluk, iż dopuszczenie do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka może przybrać postać nie tylko zaniechania, ale i działania<sup>52</sup>. Z językowego punktu widzenia dopuszczeniem jest nie tylko nieprzeciwdziałanie (nie-

<sup>49</sup> Tak M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń...*, teza 3 do art. 106 k.w.; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń*, teza 4 do art. 106 k.w....; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 6 do art. 106 k.w.; por. M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 4 do art. 106 k.w. Odmiennie P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; na gruncie art. 89 k.k. M. Leciak [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 6; R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe...*, s. 383.

<sup>50</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1978, s. 431.

<sup>51</sup> Pogląd ten prezentują m.in.: M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń...*, teza 3 do art. 106 k.w.; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń...*, teza 6 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 3 do art. 106 k.w.; T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 189.

<sup>52</sup> P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 4 komentarz do art. 106 k.w.

przeszkodzenie) pobytowi wymienionych w art. 106 k.w. osób w niebezpiecznych dla zdrowia warunkach, ale także wydanie zezwolenia, czy zgody na przebywanie w takich warunkach. Wydaje się, że ograniczenie odpowiedzialności na podstawie art. 106 k.w. jedynie do zaniechania pozostawałoby w sprzeczności z celem tego przepisu. Należy zatem przyjąć, iż zaniechanie może przejawiać się przykładowo w powstrzymywaniu się od zabrania osoby bezradnej z niebezpiecznego miejsca, ustalenia jego miejsca pobytu, zweryfikowania czy nie grozi mu niebezpieczeństwo. Z kolei działanie polegać może na wydaniu zezwolenia, czy wyraźnej zgodzie na przebywanie w niebezpiecznych okolicznościach. Nie jest też wykluczone, aby zachowanie się sprawcy wyrażało się w zachęcaniu lub nakłanianiu do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka np. skłonienie małoletniego do lat 7 do nocnej kąpeli w rzece<sup>53</sup>.

Ponadto, między konkretnym zachowaniem się sprawcy (działaniem lub zaniechaniem) a przebywaniem małoletniego lub innej osoby bezradnej w okolicznościach niebezpiecznych dla ich zdrowia musi zachodzić związek przyczynowy. Zachowanie takie ma bowiem doprowadzić do przebywania (znalezienia się lub dalszego pozostawania) w takich okolicznościach osób wskazanych w art. 106 k.w.<sup>54</sup>.

### 3.2. OKOLICZNOŚCI NIEBEZPIECZNE DLA ZDROWIA CZŁOWIEKA

W rozumieniu art. 106 k.w. „okolicznościami niebezpiecznymi” są takie, które są zdolne wywołać niebezpieczeństwo uszczerbku w dobrze prawnym w postaci zdrowia człowieka. W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, iż przebywanie w „okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia” oznacza pobyt w takich miejscach lub warunkach, które stwarzają realną groźbę uszczerbku na zdrowiu<sup>55</sup> (np. na mrozie, bez należytego ubioru, w pobliżu głębokiego wykopu, na rusztowaniach)<sup>56</sup>. Nie chodzi zatem jedynie o zagrożenie hipotetyczne, które – być może – wystąpi w przyszłości<sup>57</sup>.

Na gruncie art. 106 k.w. niebezpieczeństwo wystąpienia ujemnych następstw nie musi być jednak bezpośrednie<sup>58</sup>. Za nieuzasadnione należy zatem uznać supozycje niektórych Autorów, iż chodzi o takie okoliczności, które stanowią bezpośrednio

<sup>53</sup> Tak P. Daniluk, w: *ibidem*.

<sup>54</sup> Tak też R.A. Stefański w odniesieniu do znamienia „dopuszcza do przebywania” na drodze publicznej lub na torach pojazdu szynowego, zob. R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 380.

<sup>55</sup> Zob. W. Radecki, *Wykroczenia narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo, „Zagadnienia Wykroczeń”* 1976, nr 1, s. 45; V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka...*, s. 44.

<sup>56</sup> A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2004, s. 131–132.

<sup>57</sup> Tak trafnie M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 8 do art. 106 k.w.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 5 do art. 106 k.w.; G. Kasicki, A. Wiśniewski, *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 297.

<sup>58</sup> A. Marek, *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 1981, s. 177; V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka...*, s. 44; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 5 komentarz do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 8 do art. 106 k.w.



zagrożenie dla zdrowia poszczególnych osób<sup>59</sup>. Jednocześnie natomiast przyjmuje się, iż okoliczności niebezpieczne dla zdrowia człowieka należy oceniać według kryteriów obiektywnych<sup>60</sup>.

Dla bytu omawianego typu wykroczenia nie ma znaczenia źródło niebezpieczeństwa<sup>61</sup>. W szczególności może nim być zachowanie się człowieka, zachowanie się zwierząt, czy też działanie sił przyrody<sup>62</sup>. Ponadto, z uwagi na brak dookreślenia w art. 106 k.w. zakresu szkód grożących zdrowiu człowieka należy uznać, iż nie chodzi wyłącznie o niebezpieczeństwo powstania wyjątkowo poważnych i rozległych skutków<sup>63</sup>, a spowodowania jakichkolwiek negatywnych skutków dla zdrowia. Co więcej mogą one dotyczyć różnych aspektów zdrowia człowieka, tj. nie tylko fizycznych, ale również psychicznych<sup>64</sup>.

### 3.3. WYKROCZENIE Z NARAŻENIA NA NIEBEZPIECZEŃSTWO

W literaturze zgodnie zalicza się omawiany typ wykroczenia do wykroczeń narażenia na niebezpieczeństwo. Brak jest natomiast jednolitości poglądów co do tego, czy chodzi o wykroczenie abstrakcyjne<sup>65</sup>, czy może konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo<sup>66</sup>. Duża część komentatorów nie wypowiada się wprost co do zaklasyfikowania omawianego typu wykroczenia do wymienionych kategorii, ale jednocześnie przyjmuje, że do wystąpienia odpowiedzialności sprawcy wystarczające jest stwierdzenie stanu realnego zagrożenia dla małoletniego do lat 7 albo osoby nieporadnej<sup>67</sup>, co zdaje się przesądzać konkretny charakter zagrożenia. Zwolennicy pierwszego poglądu nie uzasadniają go szerzej. Z kolei na poparcie stanowiska opozycyjnego podnosi się, że omawiane wykroczenie stanowi typ konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, jako że penalizowane w nim jest zachowanie

---

<sup>59</sup> Zob. B. Kurzepa, *Kodeks wykroczeń...*, teza 5 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 3 do art. 106 k.w.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 5 do art. 106 k.w.

<sup>60</sup> Zob. M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 5 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 3 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 8 do art. 106 k.w.; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 5 komentarz do art. 106 k.w.

<sup>61</sup> Tak trafnie M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 5 do art. 106 k.w.; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 5 komentarz do art. 106 k.w.

<sup>62</sup> Tak trafnie P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 5 komentarz do art. 106 k.w.

<sup>63</sup> V. Konarska-Wrzošek, *Ochrona dziecka ...*, s. 44.

<sup>64</sup> Tak trafnie P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 5 komentarz do art. 106 k.w.

<sup>65</sup> Tak np. O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym...*, s. 89; W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 609.

<sup>66</sup> Tak jednoznacznie W. Radecki, *Wykroczenia narażenia...*, s. 45 i nast.; M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia życia i zdrowia...*, s. 216.

<sup>67</sup> Zob. M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 3 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 8 do art. 106 k.w.

się w sytuacji niebezpiecznej<sup>68</sup>, przez co zjawisko to należy do znamion czynu zabronionego<sup>69</sup>. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Dla zaistnienia analizowanego wykroczenia małoletni lub inna osoba bezradna musi znaleźć się w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka. Do przypisania odpowiedzialności z art. 106 k.w. konieczne jest ustalenie, że w danym stanie faktycznym istniały okoliczności stwarzające realne niebezpieczeństwo uszczerbku na zdrowiu. Niebezpieczeństwo dla zdrowia człowieka nie musi być natomiast bezpośrednie.

### 3.4. MATERIALNY CHARAKTER WYKROCZENIA

W literaturze przedmiotu wskazuje się na formalny (bezsukutowy) charakter omawianego wykroczenia<sup>70</sup>. Pogląd ten nie wydaje się słuszny. Należy zgodzić się co do tego, że dla bytu wykroczenia z art. 106 k.w. bez znaczenia pozostaje to, czy skutek w postaci uszczerbku na zdrowiu faktycznie zaistniał<sup>71</sup>. Nie jest także konieczne wystąpienie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia człowieka<sup>72</sup>. Pomimo tego wydaje się, że to wykroczenie ma charakter materialny, a skutkiem jest zaistnienie okoliczności, w których zachodzi realna możliwość wystąpienia ujemnych następstw dla zdrowia małoletniego lub innej osoby bezradnej. Nie chodzi tu jednak o spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia, ale o sytuację nieco wcześniejszą, cechującą się mniejszym stopniem intensywności.

## 4. STRONA PODMIOTOWA

Z uwagi na regułę z art. 5 k.w. omawiane wykroczenie można popełnić umyślnie, jak i nieumyślnie. Stanowisko takie zdecydowanie przeważa w literaturze<sup>73</sup>. Za odosobniony i dostatecznie nieuzasadniony należy uznać pogląd przyjmujący ograniczenie strony podmiotowej wykroczenia z art. 106 k.w. jedynie do umyślności<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> W. Radecki, *Wykroczenia narażenia...*, s. 46.

<sup>69</sup> M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia życia i zdrowia...*, s. 216.

<sup>70</sup> Zob. B. Kurzepa, *Kodeks wykroczeń...*, teza 6 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 3 do art. 106 k.w.; T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys...*, s. 189; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.

<sup>71</sup> Tak również M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 479; M. Bojarski, *Prawo o wykroczeniach*, [w:] Z. Siwik (red.), *Prawo o wykroczeniach*, Wrocław 1980, s. 166.

<sup>72</sup> Tak trafnie P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 6 komentarz do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; A. Marek, *Prawo wykroczeń...*, s. 132.

<sup>73</sup> M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 9 do art. 106 k.w.; B. Kurzepa, *Kodeks wykroczeń...*, teza 6 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 5 do art. 106 k.w.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016, nb 8 komentarz do art. 106 k.w.; Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń...*, s. 480.

<sup>74</sup> Tak jednak T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń...*, s. 189.

## 5. ZAGROŻENIE KARA

Omawiane wykroczenie zagrożone jest alternatywnie karą grzywny albo karą nagany. Grzywnę wymierza się w granicach od 20 do 5000 zł (art. 24 § 1 k.w.). Z kolei karę nagany można orzec wtedy, gdy ze względu na charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy należy przypuszczać, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego (art. 36 § 1 k.w.). Orzeczenie kary nagany nie jest możliwe w przypadku przypisania sprawcy popełnienia wykroczenia o charakterze chuli-gańskim (art. 36 § 2 k.w.), którego przesłanki zostały określone w art. 47 § 5 k.w.

Na marginesie należy zauważyć, że zgodnie z art. 33 § 4 pkt 8 k.w. do okoliczności obciążających przy wymiarze kary zaliczono „popełnienie wykroczenia na szkodę osoby bezradnej lub osoby, której sprawca powinien okazać szczególne względy”. Trafnie przy tym wskazuje się w literaturze, że okoliczność działania na szkodę takich osób należy do istoty wykroczenia z art. 106 k.w., a skoro tak to nie może jednocześnie zostać potraktowana na etapie wymiaru kary za to wykroczenie jako okoliczność obciążająca<sup>75</sup>. Wspomniana okoliczność może być potraktowana jako obciążająca tylko wtedy, gdy nie stanowi ustawowego znamienia danego typu czynu zabronionego.

## 6. ZBIEG PRZEPISÓW USTAWY

W doktrynie niejednocilnie rozstrzygana jest kwestia tego, czy przepis art. 106 k.w. może pozostawać w zbiegu właściwym z art. 89 k.w. Część Autorów uznaje, iż dopuszczenie małoletniego do lat 7 do przebywania na drodze publicznej lub na torach pojazdu szynowego stanowi wykroczenie szczególne opisane w art. 89 k.w., który jako *lex specialis* wyłącza zastosowanie przepisu art. 106 k.w., zgodnie z regułą *lex specialis derogat legi generali*<sup>76</sup>. Według poglądu opozycyjnego między tymi przepisami możliwy jest rzeczywisty właściwy zbieg wówczas, gdy sytuacja na drodze jest tego rodzaju, że zagraża zdrowiu małoletniego. Ze względu na to, że oba przepisy zagrożone są taką samą karą, należy stosować ten, który w konkretnej sytuacji lepiej oddaje istotę czynu sprawcy<sup>77</sup>.

Drugi z przytoczonych poglądów zasługuje na aprobatę. Bez wątpienia wymienione typy wykroczeń stanowią odrębne, samodzielne wykroczenia<sup>78</sup>, nie pozo-

<sup>75</sup> Zob. P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 12 do art. 106 k.w.

<sup>76</sup> Tak M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń...*, s. 480; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 9 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 11 do art. 106 k.w.; I. Śmietanka [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980, s. 249; także R.A. Stefański przyjmuje, iż między tymi przepisami zachodzi pozorny zbieg, zob. R.A. Stefański, *Wykroczenia drogowe...*, s. 384.

<sup>77</sup> M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Lex 2009, teza 10 do art. 89 k.w.; M. Leciak [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 14 do art. 89 k.w.

<sup>78</sup> Szerzej na temat tego czy wykroczenie z art. 86 k.w. stanowi typ kwalifikowany wykroczenia z art. 106 k.w. zob. A. Gubiński, *Niektóre zagadnienia typizacji wykroczeń*, „Studia Iuridica” 1982, nr 10, s. 35–36.

stają one jednak w stosunku specjalności. Nie należy również wykluczać *a priori* zbiegu właściwego między przepisami art. 89 k.w. oraz art. 106 k.w. Trafnie podnosi M. Budyn-Kulik, iż przebywanie małoletniego w miejscach wymienionych w art. 89 k.w. nie musi *ex definitione* wiązać się z sytuacją zagrożenia dla jego zdrowia. Gdyby przyjąć, że jest to cecha immanentna przebywania małoletniego w tych miejscach, przepis art. 89 k.w. zawsze zostałby pochłonięty przez art. 106 k.w.<sup>79</sup> Dla odpowiedzialności sprawcy na podstawie art. 89 k.w. wystarczające jest natomiast pozostawienie małoletniego do lat 7 bez opieki lub nadzoru na drodze publicznej lub torach pojazdu szynowego. Dla dokonania tego wykroczenia nie jest konieczne narażenie zdrowia lub życia małoletniego, ani też realne zagrożenie dla bezpieczeństwa ruchu lub możliwość jego wystąpienia<sup>80</sup>. Należy zatem przyjąć, że w przypadku, gdy miejsce, o którym mowa w art. 89 k.w. jest dodatkowo znamienne realnym niebezpieczeństwem dla zdrowia małoletniego zachodzi właściwy zbieg przepisów, który winien być rozstrzygany zgodnie z art. 9 § 1 k.w.

Mniej problematyczna wydaje się kwestia relacji w jakiej pozostają art. 106 k.w. oraz art. 160 § 2 k.k. Możliwy jest zbieg powołanych przepisów, w przypadku gdy osoba bezradna zostanie pozostawiona (przez osobę, na której ciąży obowiązek opieki nad nią) w sytuacji, w której grozi jej bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Trafnie spostrzega się w literaturze, że jeśli niebezpieczeństwo osiągnęło stopień intensywności właściwy pojęciu bezpośredniości i grozi ono poważniejszymi skutkami, tj. śmiercią albo ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu, to zachowanie takie realizuje także znamiona z art. 160 § 2 k.k.<sup>81</sup> Będzie to jednak zbieg niewłaściwy (pomijalny). Zrealizowanie znamion opisanych w art. 160 § 2 k.k. konsumuje (pochłania) realizację znamion z art. 106 k.w.<sup>82</sup>

Interesująco przedstawia się także zagadnienie obszaru stycznego wykroczenia z art. 106 k.w. oraz występku z art. 210 k.k.<sup>83</sup> Czynność sprawcza przestępstwa z art. 210 k.k. polega na porzuceniu. Porzucenie najczęściej rozumie się jako formę pozostawienia (opuszczenia) małoletniego lub osoby nieporadnej (najczęściej przez fizyczne oddalenie się od tej osoby) swojemu losowi, tzn. bez zapewnienia tym osobom opieki<sup>84</sup>. Dla bytu tego przestępstwa nie jest natomiast istotne, czy osoba porzucona doznała jakiegoś uszczerbku albo znalazła się w stanie bezpośred-

---

<sup>79</sup> M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Lex 2009, teza 10 do art. 89 k.w.; M. Leciak [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, 2016, nb 14 do art. 89 k.w.

<sup>80</sup> Tak M. Leciak [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 10 do art. 89 k.w.

<sup>81</sup> Zob. M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia...*, s. 220. W literaturze jednolicie wskazuje się, iż czyn taki stanowi przestępstwo kwalifikowane wyłącznie z art. 160 § 2 k.k. (zob. np.: P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 10 do art. 106 k.w.; M. Szwarczyk [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 7 do art. 106 k.w.; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 6 do art. 106 k.w.; M. Zbrojewska [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń*, teza 12 do art. 106 k.w.).

<sup>82</sup> Do reguły konsumpcji odwołuje się m.in. M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia...*, s. 220; P. Daniluk [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, nb 10 do art. 106 k.w.

<sup>83</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia...*, s. 214–220.

<sup>84</sup> J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, teza 5b do art. 210 k.k.; zob. także J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 1326 i nast. oraz powołana tam literatura.

niego zagrożenia dla życia lub zdrowia<sup>85</sup>. W judykaturze zasadnie wskazuje się, że w pojęciu „porzucenia”, inaczej niż przy „pozostawieniu”, występuje również czynnik podmiotowy, wyrażający się brakiem zainteresowania się o los owej osoby, pozostawionej bez opieki<sup>86</sup>. Porzucenie może także nastąpić w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia. Należy zgodzić się także co do tego, że w przypadku, gdy zachowanie wyczerpujące znamiona porzucenia wiązać się będzie również z bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, znajdzie zastosowanie kumulatywna kwalifikacja z art. 210 § 1 i art. 160 § 2 lub 3 k.k.<sup>87</sup> Z kolei odnosząc się do relacji w jakiej pozostaje art. 210 k.k. oraz 106 k.w., w doktrynie wyrażono zapatrywanie, iż art. 106 k.w. obejmuje przypadki, gdy podopieczny nie zostaje całkowicie pozbawiony opieki. Twierdzi się, że przepis typizujący omawiane wykroczenie powinien znaleźć zastosowanie wtedy, gdy opieka jest nie tyle niewykonywana, co nienależycie sprawowana, przez co podopieczny znajduje się w okolicznościach niebezpiecznych dla jego zdrowia<sup>88</sup>. Wydaje się, że nie można jednak wykluczyć rzeczywistego właściwego zbiegu analizowanych przepisów w sytuacji, gdy zachowanie wyczerpujące znamiona porzucenia wiązać się będzie z pozostawieniem podopiecznego w okolicznościach niebezpiecznych dla jego zdrowia, przy czym zagrożenie nie osiągnęło stopnia bezpośredniości. Wówczas zastosowanie znajdzie art. 10 § 1 k.w.

## BIBLIOGRAFIA

- Bojarski M. [w:] Z. Siwik (ed.), *Prawo o wykroczeniach*, Wrocław 1980.
- Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003.
- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Budyn-Kulik M. [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006.
- Daniluk P. [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000.
- Dobrzyński A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie*, Warszawa 1974.
- Dudzik M., *Prawo karne wobec narażenia życia i zdrowia ludzkiego na niebezpieczeństwo*, Warszawa 2014.
- Fredrich-Michalska I., Stachurska-Marcińczak B. i in. (red.), *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997.

---

<sup>85</sup> Zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 408; R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)...*, s. 47–49.

<sup>86</sup> Wyr. SN z 4.6.2001 r., V KKN 94/99, Prok. i Pr. 2001, Nr 11, poz. 3.

<sup>87</sup> Tak m.in. V. Konarska-Wrzošek [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, Warszawa 2012, s. 983; J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, teza 26b do art. 210 k.k.; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 408. W literaturze prezentowany jest także pogląd odmienny, zgodnie z którym w takiej sytuacji sprawca porzucenia odpowiada tylko na podstawie art. 160 § 2 k.k. (tak m.in. O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 204; Z. Siwik [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2016, teza 5 do art. 210 k.k.).

<sup>88</sup> M. Dudzik, *Prawo karne wobec narażenia...*, s. 220.

- Górniok O. [w:] O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, tom 3 (art. 117–363), 1999.
- Gubiński A., *Niektóre zagadnienia typizacji wykroczeń*, „*Studia Iuridica*” nr 10, 1982.
- Gutekunst W. [w:] O. Gubiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1980.
- Hypś S. [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Ignatowicz I., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1998.
- Jodłowski J., Szewczyk M. [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, tom 2, część 1, Komentarz do art. 117–211a*, WKP 2017.
- Kasicki G., Wiśniewski A., *Kodeks wykroczeń z komentarzem*, Warszawa 2002.
- Kilińska-Pekacz A., *Ochrona dzieci w kodeksie wykroczeń*, „*Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy*” 2012, Vol. 1.
- Kokot R. [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2018.
- Konarska-Wrzosek V., *Uwagi o przestępstwie pozostawienia człowieka w położeniu grożącym niebezpieczeństwem*, „*Państwo i Prawo*” 1997, nr 3.
- Konarska-Wrzosek V., *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999.
- Konarska-Wrzosek V. [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, tom 10, Warszawa 2012.
- Konarska-Wrzosek V. [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2016.
- Kosonoga J. [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, tom 1: Komentarz do art. 117–221*, Legalis 2017.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LexisNexis 2008.
- Marek A., *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 1981.
- Marek A., *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2004.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Michalski B. [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, tom 1: Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M. [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2009.
- Mozgawa M. [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2015.
- Muszyńska A. [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX/el. 2014.
- Nawrocki M., *Kidnapping*, „*Prokuratura i Prawo*” 2016, No. 10.
- Radecki W., *Wykroczenia narażenia życia i zdrowia człowieka na niebezpieczeństwo*, „*Zagadnienia Wykroczeń*” 1976, nr 1.
- Ratajczak A., *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego*, Warszawa 1980.
- Ratajczak A. [w:] I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, tom 4, część 2, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989.
- Sitarz O., *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004.
- Siwik Z. [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WK 2016.
- Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003.
- Sroka T., *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013.
- Stefański R.A., *Przestępstwo porzucenia (art. 187 k.k.)*, „*Prokuratura i Prawo*” 1997, nr 5.
- Stefański R.A., *Przestępstwo uprowadzenia małoletniego (art. 211 k.k.)*, „*Prokuratura i Prawo*” 1999, nr 9.
- Stefański R.A., *Wykroczenia drogowe. Komentarz*, Warszawa 2011.



- Szewczyk M. [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 1999.
- Szwarczyk M. [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, WK 2015.
- Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego*, tom 1, Warszawa 1978 i tom 2, 1979.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1979.
- Śmietanka I. [w:] J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1980.
- Wąsek A. [w:] O. Górniok i in., *Kodeks Karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003.
- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997.
- Zbrojewska M. [w:] T. Grzegorzczak (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2013.
- Zoll A. [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, tom 2: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2006.
- Zoll A. [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, tom 1: *Komentarz do art. 1–52*, Warszawa 2016.

## DOPUSZCZENIE DO PRZEBYWANIA MAŁOLETNIEGO W OKOLICZNOŚCIACH NIEBEZPIECZNYCH DLA ZDROWIA (ART. 106 K.W.)

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problematyka stypizowanego w art. 106 k.w. wykroczenia dopuszczenia do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka osoby małoletniej do lat siedmiu albo innej osoby niezdolnej rozpoznać lub obronić się przed takim niebezpieczeństwem. Dla pełnej charakterystyki omawianego typu wykroczenia przyjęto klasyczny układ oparty na tradycyjnym podziale ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Odniesiono się do takich zagadnień, jak zagrożenie karne oraz zbieg przepisów. W opracowaniu zwrócono szczególną uwagę na kwestie wywołujące rozbieżności doktrynalne, w tym m.in.: ujęcie przedmiotu ochrony, skutkowy charakter omawianego typu wykroczenia, zakres i źródła obowiązku opieki lub nadzoru czy zagadnienie obszaru stycznego wykroczenia z art. 106 k.w. z wybranymi typami wykroczeń oraz przestępstw.

Słowa kluczowe: dopuszczenie do przebywania w niebezpieczeństwie, obowiązek opieki, obowiązek nadzoru, małoletni do lat siedmiu, inna osoba niezdolna rozpoznać lub obronić się przed niebezpieczeństwem, okoliczności niebezpieczne dla zdrowia człowieka

## ALLOWING A MINOR TO STAY IN CIRCUMSTANCES DANGEROUS FOR HEALTH (ARTICLE 106 MC)

### Summary

The article presents the issue of a misdemeanour of allowing a minor under the age of seven or another person incapable of recognising or defending him/herself against danger to stay in circumstances dangerous for human health classified in Article 106 MC. In order to provide full characteristics of the discussed type of misdemeanour, a classical pattern based on the traditional division of statutory features of the type of prohibited act has been adopted. The



author discusses such issues as statutory penalties for this misdemeanour and concurrence of provisions. The article also draws special attention to issues raising doctrinal controversies, including inter alia: approach to the object of protection, the consequential nature of this misdemeanour type, the scope and sources of the obligation to take care and supervise or the issue of the area in which the misdemeanour under Article 106 MC is concurrent with selected types of misdemeanours and offences.

Keywords: allowing to stay in dangerous circumstances, obligation to take care, obligation to supervise, minor under the age of seven, another person unable to recognise or defend against a danger, circumstances dangerous for human health

**Cytuj jako:**

Kosonoga-Zygmunt J., *Dopuszczenie do przebywania małoletniego w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia (art. 106 k.w.)*, „*Ius Novum*” 2018 (12) nr 4, s. 63–82. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.35/j.kosonoga-zygmunt

**Cite as:**

Kosonoga-Zygmunt, J. (2018) 'Allowing a minor to stay in circumstances dangerous for health (Article 106 MC)'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 63–82. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.35/j.kosonoga-zygmunt

**PRAWO OSKARŻONEGO  
DO ODMOWY ZŁOŻENIA ZEZNAŃ  
W CHARAKTERZE ŚWIADKA W POSTĘPOWANIU  
CYWILNYM I ADMINISTRACYJNYM  
– SPOSTRZEŻENIA NA TLE ART. 182 § 3 K.P.K.**

---

ŁUKASZ CHOJNIAK\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.36/l.chojniak

Poruszane zagadnienie prawa świadka do odmowy składania zeznań na podstawie art. 182 § 3 k.p.k. wyłoniło się na tle konkretnej sprawy rozpoznawanej przez Komisję do spraw reprivatyzacji nieruchomości warszawskich (dalej zwanej „Komisją”)<sup>1</sup> Zaistniały przypadek nie doczekał się do tej pory rozstrzygnięcia w orzecznictwie sądów administracyjnych<sup>2</sup>. Opisany poniżej, pokrótce, stan faktyczny, stanowiący wyjście do dalszej analizy, jest jednocześnie dość interesujący pod kątem jego teoretycznych uwarunkowań. Chodzi bowiem o nierzadką sytuację, gdy świadek, któremu przedstawiono zarzut w postępowaniu karnym, staje przed koniecznością złożenia zeznań w postępowaniu cywilnym albo administracyjnym na okoliczności istotne z perspektywy jego możliwej odpowiedzialności karnej. Zakres gwarancji procesowych przysługujących takiemu świadkowi na gruncie tych dwóch procedur jest zaś mniejszy aniżeli ma to miejsce w postępowaniu karnym. Omawiany

---

\* dr, adiunkt w Instytucie Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji na Wydziale Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: lukasz.chojniak@chw.com.pl

<sup>1</sup> Komisja została utworzona na mocy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 9 marca 2017 r. o szczególnych zasadach usuwania skutków prawnych decyzji reprivatyzacyjnych dotyczących nieruchomości warszawskich, wydanych z naruszeniem prawa (Dz.U. 2017 r. poz. 718), a jej nazwę ostatecznie ukształtowała nowelizacja tejże ustawy, która weszła w życie 14 marca 2018 r. (Dz.U. 2018 r., poz. 431).

<sup>2</sup> Nie istnieją także żadne odpowiednie orzeczenia sądów cywilnych, które z uwagi na zbieżność w zakresie przesłanek prawa do odmowy składania zeznań przez świadka mogłyby tu być pomocne.

problem ma więc, poza aspektem teoretycznym, także silne związanie z codzienną praktyką stosowania prawa.

Podejrzana w postępowaniu karnym została wezwana przez Komisję w celu złożenia zeznań w sprawie, której zakres przedmiotowy, w ocenie podejrzanej, był tożsamy, a przynajmniej bardzo zbliżony, do przedmiotu postępowania karnego prowadzonego przeciwko podejrzanej. Informacje, które chciała od podejrzanej uzyskać Komisja były istotne dla czynienia ustaleń w przedmiocie odpowiedzialności karnej podejrzanej w postępowaniu karnym<sup>3</sup>.

Podejrzana stawiała się przed Komisją oraz nie opuszczała rozprawy przed jej zakończeniem. Na rozprawie podejrzana, występująca przed Komisją w charakterze świadka, przedstawiła stanowisko, w którym wskazała, że ogłoszono jej zarzut w postępowaniu karnym, charakter zaś przedstawionego jej zarzutu oraz przedmiot postępowania karnego wykluczają, w jej ocenie, złożenie przez nią zeznań przed Komisją, jako że jej zeznania mogą wprost oznaczać udzielenie informacji związanych z przedmiotem postępowania karnego, w którym, jako podejrzana, korzysta z prawa do odmowy składania wyjaśnień. Jakkolwiek zatem świadek w postępowaniu, w którym miała złożyć zeznania, nie mogła obawiać się przedstawienia zarzutów (co oczywiście wynika z charakteru tego postępowania), to jednak, co wymaga podkreślenia, była już objęta zarzutem, który zasadał się na stanie faktycznym, w jej ocenie, tożsamym albo zasadniczo pokrywającym się ze stanem faktycznym sprawy zawisłej przed Komisją. Nie było tu więc mowy o obawie przed przedstawieniem w przyszłości zarzutu a realizacją prawa do obrony przed zarzutem już przedstawionym.

Zróżnicowanie tych dwóch sytuacji dostrzegł także Trybunał Konstytucyjny. Uznał bowiem, iż prawo do odmowy odpowiedzi na konkretne pytania przysługuje świadkowi, a zatem osobie, w stosunku do której nie postawiono zarzutu popełnienia przestępstwa. Trybunał podkreślił także, iż przytoczona regulacja procesowa nie oznacza, iż osobie składającej oświadczenia procesowe w charakterze świadka przysługuje taki sam zakres uprawnień znajdujących swoje zakorzenienie w konstytucyjnym prawie do obrony, jaki przysługuje podejrzanemu, przy czym nie wszystkie uprawnienia przyznane podejrzanemu ze względu na przysługujące mu prawo do obrony powinny na tych samych zasadach przysługiwać osobie, składającej oświadczenie procesowe w charakterze świadka, która wprawdzie dopuściła się jakiegoś przestępstwa, ale nieobjętego zakresem toczącego się postępowania<sup>4</sup>.

Trzeba zwrócić uwagę, że teza przedstawiona przez Trybunał jest trafna, o ile właściwie zaakcentuje się sprawę w niej kluczową – innych zakresów postępowań w sprawach, w których świadek zeznaje i w których, jako podejrzany, ma przedstawione zarzuty. W sprawie, która stanowi podstawę dalszych rozważań, w ocenie podejrzanej, ustalenia faktyczne czynione przed organem w postępowaniu administracyjnym miały kluczowe i zasadnicze znaczenie dla jej odpowiedzialności karnej ocenianej w postępowaniu, gdzie jako podejrzana korzysta z prawa do milczenia. Zakres przedmiotowy obu postępowań, wyznaczany czynionymi ustaleniami faktycznymi, był zatem zbieżny. Nie ma tu przy tym znaczenia, czy poczynione ustale-

<sup>3</sup> Sprawa R 1/17 prowadzona przez Komisję.

<sup>4</sup> Postanowienie TK z 21 grudnia 2007 r., Ts 62/07, Z.U. 2008/2B/69.

nia faktyczne są następnie podstawą do rozważenia różnego rodzaju konsekwencji prawnych, nie tylko karnych. Złożenie zeznań przez świadka w takiej sytuacji, dałoby organowi procesowemu prowadzącemu przeciwko niemu postępowanie karne faktyczną wiedzę o jego udziale w sprawie badanej w postępowaniu karnym. Nie ma też znaczenia, że protokoły zeznań nie mogły stanowić dowodu w postępowaniu karnym, skoro z ich treścią organ w postępowaniu karnym mógłby się łatwo zapoznać i w ten sposób zdobyć informacje konieczne do dalszego prowadzenia postępowanie przeciwko podejrzaney, które byłyby już weryfikowane za pomocą innych dowodów w sprawie.

W konsekwencji zaistniałej sytuacji świadek oświadczyła, że korzysta z prawa przysługującego jej z mocy art. 182 § 3 k.p.k. i odmawia składania zeznań przed Komisją.

Wskazany przepis przyznaje świadkowi prawo odmowy zeznań, jeśli w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem. Rzecz jasna, wskazany przepis funkcjonuje wyłącznie w ramach procedury karnej i próżno by szukać jego odpowiednika w postępowaniu cywilnym czy też administracyjnym. Także ustawa o Komisji w art. 38 ust. 1 w sprawach nieuregulowanych ustawą odsyła do odpowiedniego stosowania Kodeksu postępowania administracyjnego. Dla porządku trzeba uzupełnić, iż Kodeks postępowania administracyjnego w art. 83 § 1 przewiduje, że nikt nie ma prawa odmówić zeznań w charakterze świadka, z wyjątkiem małżonka strony, wstępnych, zstępnych i rodzeństwa strony oraz jej powinowatych pierwszego stopnia, jak również osób pozostających ze stroną w stosunku przysposobienia, opieki lub kurateli. Prawo odmowy zeznań trwa także po ustaniu małżeństwa, przysposobienia, opieki lub kurateli. Nie jest to zatem żadną miarą odpowiednik art. 182 § 3 k.p.k. a art. 182 § 1 k.p.k., który pozwala odmówić w postępowaniu karnym zeznań osobie najbliższej dla oskarżonego, którą jest, zgodnie z art. 115 § 11 k.k. małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu<sup>5</sup>.

Z kolei art. 83 § 2 k.p.a. pozwalający świadkowi na odmowę odpowiedzi na pytania, gdy odpowiedź mogłaby narazić jego lub jego bliskich wymienionych na odpowiedzialność karną, hańbę lub bezpośrednią szkodę majątkową albo spowodować naruszenie obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej jest odpowiednikiem zarówno art. 183 § 1 k.p.k. jak i, w zakresie obowiązku zachowania chronionej tajemnicy zawodowej, art. 180 k.p.k. Oczywiście, zestawione ze sobą normy nie są identyczne co do treści, ale ich zbliżony charakter i przyjęte rozwiązania pozwalają je ze sobą zestawzić. Nie ma natomiast w procedurze administracyjnej (ani też cywilnej) odpowiednika art. 182 § 3 k.p.k.

Uprawnienia przysługujące świadkowi w postępowaniu karnym z mocy art. 183 § 1 k.p.k. i 182 § 3 k.p.k. są od siebie zasadniczo różne i nie przypadkiem ustawodawca tak umieścił je w dwóch odrębnych jednostkach redakcyjnych nadając im

---

<sup>5</sup> Uchwałą z 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, SN doprecyzował katalog podmiotowy osób zaliczanych do kręgu osób najbliższych na mocy art. 115 § 11 k.k.

inną zupełnie treść. Nie są to w każdym razie uprawnienia zbliżone a dalej idące i bardziej korzystne dla oskarżonego uprawnienie z art. 182 § 3 k.p.k. nie może być skutecznie zastępowane uprawnieniem przysługującym z art. 183 § 1 k.p.k.

Wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego art. 182 § 3 k.p.k. przyznaje świadkowi, znajdującemu się w szczególnej sytuacji procesowej, daleko idące uprawnienie o charakterze gwarancyjnym i zapewniającym realizację rzeczywistego prawa do obrony. Prawo odmowy zeznań przysługuje zatem także świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem.

W doktrynie i orzecznictwie komentowana norma nie doczekała się rozwiniętej wykładni, aczkolwiek wyrażone do tej pory poglądy powinny stanowić istotną wskazówkę w zakresie wykładni art. 182 § 3 k.p.k.

W. Kręcisz zwraca uwagę, że ustawodawca zmierzał do objęcia zakresem normowania także sytuacji tożsamyh z tą uregulowaną w art. 182 § 3 k.p.k. a mogących zaistnieć na gruncie innych regulacji należących do systemu prawa karnego, w których wprost, czy też odpowiednio stosuje się Kodeks postępowania karnego. Autor podnosi dalej trafnie, że przepis art. 182 § 3 k.p.k. pełni szczególnego rodzaju funkcję gwarancyjną, która zmierza, jako przejaw konstytucyjnego prawa do obrony, do jasnego wyartykułowania braku jakiegokolwiek obowiązku jednostki do dostarczania dowodów przeciwko sobie. Dlatego, jak wskazuje W. Kręcisz, nie jest zasadne ani możliwe ograniczanie wykładni art. 182 § 3 k.p.k. tylko do wykładni językowej nie uwzględniając ani też poszukując innego kontekstu – systemowego, funkcjonalnego – interpretowanej normy prawnej, podczas gdy ustalenia tego kontekstu należałoby oczekiwać, tym bardziej, że byłoby to zgodne przecież z zasadami wykładni prawa. Nie jest przecież sporne, iż współcześnie zasada niezawisłości sędziowskiej nie może sądów (sędziów) sprowadzać do roli „ust ustawy”, co w dużym uproszczeniu w procesie stosowania prawa ograniczałaby je (ich) do dokonywania ustaleń dotyczących jedynie językowego kontekstu interpretowanej normy prawnej<sup>6</sup>.

W doktrynie powołuje się także trafny pogląd, że art. 182 § 3 k.p.k. należy rozpatrywać nie tylko w kontekście językowym, lecz również systemowym i funkcjonalnym. Skoro zaś tak, to prawo do odmowy zeznań powinno przysługiwać również świadkowi, który z punktu widzenia Kodeksu postępowania karnego nie jest co prawda *sensu stricto* oskarżonym, lecz z racji swojego młodego wieku występuje w sprawie prowadzonej przed sądem rodzinnym w trybie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Za zróżnicowaniem sytuacji procesowej współsprawców jednego czynu zeznających w procesie nie przemawiają żadne racjonalne racje. Gdyby się ograniczyć do literalnego brzmienia przepisu, to nieletni współsprawca, składając zeznania przed sądem karnym, byłby pozbawiony prawa odmowy zeznań, podczas gdy jego dorosły współnik, zeznając przed sądem rodzinnym, zostałby o nim pouczony w trybie art. 191 § 2 k.p.k. w zw. z art. 20 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> W. Kręcisz, *O wykładni ustaw w sposób zgodny z Konstytucją na tle stosowania art. 182 § 3 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 4, s. 7–27.

<sup>7</sup> Tak: P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 75 oraz powołane tam poglądy.

Z kolei K. Łojewski zaliczył prawo do odmowy składania zeznań przysługujące świadkowi do instytucji zakazów dowodowych obejmujących wszystkie karnoprosesowe normy zabraniające przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność lub przy pomocy określonych środków dowodowych. Zakazy dowodowe jednak nie reprezentują dóbr sprzecznych z interesem wymiaru sprawiedliwości, lecz jedynie dobra, których ochrona wywiera ujemny wpływ na zasadę dążenia do osiągnięcia prawdy obiektywnej w procesie karnym. Zakazy faktycznie utrudniają albo uniemożliwiają poznanie prawdy, ale takie ich działanie, co podkreśla trafnie autor, jest całkowicie zgodne z intencjami wymiaru sprawiedliwości. Interes wymiaru sprawiedliwości i zasady prawdy obiektywnej nie są pojeciami jednoznacznymi i ochrona jednego niekoniecznie oznacza ochronę drugiego<sup>8</sup>.

W orzecznictwie, jakkolwiek jednostkowym, zaprezentowany został pogląd, że na gruncie art. 182 § 3 k.p.k., którego istotą jest zapobieżenie sytuacji, w której oskarżony na skutek zmiany swojej sytuacji procesowej byłby w istocie zmuszony zeznawać przeciwko sobie (i to pod groźbą odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywych zeznań) ustawowe pojęcie współdziałania w przestępstwie powinno być rozumiane szerzej i obejmować – poza współsprawstwem, pomocnictwem i podżeganiem – także przypadki do nich zbliżone, gdy faktyczny związek pomiędzy analizowanymi czynami jest również silny i gdy ich sprawcom – w razie jego ujawnienia – grożą analogiczne konsekwencje prawnokarne<sup>9</sup>.

Powołane orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach spotkało się z krytyczną glosą, w której zarzucono przedstawionemu poglądowi ten oto błąd w rozumowaniu, iż skoro art. 182 § 3 k.p.k. jest wyjątkiem od wynikającego z art. 177 § 1 k.p.k. obowiązku zeznawania, to nie można nadawać mu wykładni rozszerzającej, zatem przez współdziałanie w przestępstwie należy na potrzeby omawianego przepisu rozumieć wyłącznie formy współdziałania przestępczego określone w art. 18 § 1–3 k.k.<sup>10</sup>

Powołany pogląd M. Siwka jest odosobniony, zarówno w doktrynie jak i nie znajduje oparcia w orzecznictwie sądowym. Oparty jest na pewnym nieporozumieniu, albowiem autor zdaje się przeciwstawiać zakaz wykładni rozszerzającej art. 182 § 3 k.p.k. funkcji gwarancyjnej tego przepisu, podczas gdy obie te wartości są ze sobą możliwe do pogodzenia i z pewnością nie pozostają we wzajemnym stosunku wykluczania.

Celem regulacji art. 182 § 3 k.p.k. jest bez wątpienia zagwarantowanie prawa do rzetelnego postępowania dla podejrzanego w danym postępowaniu karnym. Skoro polskie prawo przyznaje takiej osobie uprawnienie do milczenia i odmowy składania wyjaśnień, to konieczne jest zapewnienie efektywnego przestrzegania tego uprawnienia przez organy procesowe. Chodzi więc o uniemożliwienie takiego wyłączenia spraw tożsamych przedmiotowo czy też wszczynania takich postępowań obok już toczących się, gdzie podejrzan, jako świadek, byłby zmuszony do złożenia zeznań i nawet w sytuacji, gdyby broniąc się zeznawał nieprawdę, groziłaby mu odpowiedzialność karna zagrożona karą pozbawienia wolności do lat 5

<sup>8</sup> K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 14–15.

<sup>9</sup> Wyr. SA w Katowicach z dnia 28 listopada 2002 r., II AKa 398/02.

<sup>10</sup> M. Siwek, *Glosa do wyroku SA w Katowicach z 28.11.2002 r., II AKa 398/02, „Palestra” 2005, nr 11–12, s. 280.*

(art. 233 § 1a k.k.). Właśnie w świetle nowej regulacji art. 233 § 1a k.k. znaczenia nabiera progwarancyjna wykładnia art. 182 § 3 k.p.k. Co ciekawe, w uzasadnieniu projektu ustawy przewidującej odpowiedzialność karną dla świadka, który w obawie przed grożącą mu odpowiedzialnością karną zeznaje nieprawdę podkreślono, iż polska procedura karna przewiduje wystarczające gwarancje prawa do obrony przewidzianego w art. 6 EKPCZ i art. 42 ust. 2 Konstytucji. W szczególności, jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy, realizacji gwarancji należy upatrywać m.in. właśnie w prawie do odmowy zeznań i prawie do odmowy odpowiedzi na pytanie, o którym mowa w art. 182 i art. 183 k.p.k.<sup>11</sup> Zatem nie ulega wątpliwości doniosła, bo gwarancyjna, istota prawa określonego w art. 182 § 3 k.p.k.

Wykładnia funkcjonalna i progwarancyjna art. 182 § 3 k.p.k., a nie tylko literalna, nie prowadzi wcale do rozszerzenia zakresu podmiotowo–przedmiotowego art. 182 § 3 k.p.k. Nie jest bowiem kwestionowane, że prawo do odmowy złożenia zeznań, na gruncie art. 182 § 3 k.p.k., służy tylko świadkowi „oskarżonemu o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem”. Rzecz jednak w tym, że dekodując zakres przedmiotowy terminu „przestępstwo” nie można ograniczać się, do zawężenia możliwości skorzystania z uprawnienia z art. 182 § 3 k.p.k. tylko do takich sytuacji, gdzie w postępowaniu, w którym świadek ma składać zeznania, układ podmiotowo przedmiotowy jest wręcz symetrycznym odzwierciedleniem okoliczności faktycznych z postępowania, w którym świadkowi przedstawiono zarzuty a jedyne odstępstwa od takiego idealnego podobieństwa wyznaczane są przez art. 18 § 1–3 k.k. Fundamentalne znaczenie ma więc zakres przedmiotowy postępowania, w którym świadek ma złożyć zeznania. Jeśli jest on zasadniczo zbieżny z postępowaniem, w którym świadkowi przedstawiono zarzuty, to świadek ma prawo odmówić zeznań.

Podkreślenia wymaga, że za taką wykładnią art. 182 § 3 k.p.k. przemawia wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.11.2003 r., IV KK 14/03, gdzie wyraźnie podkreślono konieczność badania, w zakresie prawa do skorzystania z uprawnienia płynącego z art. 182 § 3 k.p.k., istoty samego czynu, który jest objęty danym postępowaniem. Sąd Najwyższy przyjął bowiem, że przepis art. 182 § 3 k.p.k. ustanawia wyjątek od obowiązku zeznawania w sprawie. Uprawnienie to przysługuje świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem, a sąd ma obowiązek pouczyć tego świadka o przysługującym mu uprawnieniu do odmowy składania zeznań. Porównanie, na gruncie tego samego systemu prawa, pojęcia „oskarżonego” i „nieletniego” prowadzi do wniosku, że dotyczą one osób, wobec których jest wszczęte i prowadzone postępowanie w celu ustalenia odpowiedzialności prawnej za dokonany czyn.

Zgodnie z art. 189 pkt. 3 k.p.k., nie odbiera się przyrzeczenia, gdy świadek jest osobą podejrzaną o popełnienie przestępstwa będącego przedmiotem postępowania lub pozostającego w ścisłym związku z czynem stanowiącym przedmiot postępowania albo gdy za to przestępstwo został skazany. Ustawodawca posługuje

---

<sup>11</sup> Uzasadnienie do druku sejmowego nr 207, s. 19 – Sejm VIII kadencji. Jakkolwiek trafnie wskazano na charakter i cel regulacji zawartej w przepisie art. 182 § 3 k.p.k., to wprowadzony do Kodeksu karnego art. 233 § 1a k.k. pozostaje jednak w sprzeczności z funkcją art. 182 § 3 k.p.k.



się tu zatem innym opisem płaszczyzny relacyjnej pomiędzy treścią zeznań świadka a przedmiotem postępowania karnego, w którym pozostaje on oskarżony. Mowa tu bowiem o „ścisłym związku” a nie o „współdziale” jak w art. 182 § 3 k.p.k. Odwołanie się jednak do treści art. 189 pkt. 3 k.p.k., zresztą również nie jest rozwiązaniem problemu. Świadek wskazany w art. 189 pkt 3 k.p.k. może być wyłącznie osobą podejrzaną, a zatem jeszcze niemającą przedstawionych zarzutów popełnienia przestępstwa, przy czym o objęciu świadka zakresem pojęcia „osoba podejrzana” decyduje samodzielnie sąd na podstawie posiadanego w sprawie materiału dowodowego<sup>12</sup>. Zatem art. 182 § 3 k.p.k. i 189 pkt 3 k.p.k. dotyczą innych podmiotów, więc ich wzajemne zestawianie jest o tyle nietrafne, że świadek, który jest jednocześnie „podejrzanym” a nie jedynie „osobą podejrzaną” jest zmuszony do odpięcia przedstawionych mu już zarzutów karnych, przez co jego oskarżenie jest realne a nie tylko hipotetyczne. Tym samym, to właśnie do art. 182 § 3 k.p.k. zastosowanie ma progwarancyjna i funkcjonalna wykładnia tego przepisu.

Możliwe, choć nietrafne byłoby odwołanie się do prawa przysługującego każdemu świadkowi z art. 183 § 1 k.p.k., a więc przysługującego nawet świadkowi, któremu nie przedstawiono żadnych zarzutów karnych. Nie ulega wątpliwości, że zakres gwarancyjny art. 183 § 1 k.p.k. jest o wiele mniejszy niż ten statutowany w art. 182 § 3 k.p.k. Jak już wskazano, czym innym jest bowiem prawo do milczenia, gwarantowane w art. 182 § 3 k.p.k. a czym innym konieczność wskazania przesłuchującemu, gdzie świadek upatruje możliwości narażenia siebie na odpowiedzialność karną (art. 183 § 1 k.p.k.), co samo w sobie jest już istotną informacją dla organu prowadzącego postępowanie i nijak nie przystaje do gwarantowanego podejrzanemu prawa do milczenia. Skoro nie z wyboru świadka, po przedstawieniu mu zarzutów karnych, jest on przesłuchiwany w innym postępowaniu jako świadek, lecz na okoliczności tożsame z okolicznościami objętymi przedstawionym mu zarzutem karnym, to obowiązkiem organów procesowych jest lojalne względem takiego świadka zachowanie i respektowanie przysługującego mu prawa do milczenia. M. Cieślak trafnie więc przyjmował, że powołanie się świadka na prawo odmowy odpowiedzi na pytania jest swoistym przyznaniem się świadka do winy. Stąd też wymaga z jego strony sporej dozy odwagi cywilnej, i chyba nie tylko, w ocenie autora, cywilnej<sup>13</sup>.

Przechodząc natomiast do możliwości odmowy złożenia przez świadka znajdującego się w warunkach art. 182 § 3 k.p.k., lecz zeznającego w postępowaniu innym niż karne (nie prowadzonym na podstawie Kodeksu postępowania karnego) to uznać należy, że zakwestionowanie takiego uprawnienia naruszać może standard wyznaczony w art. 42 ust. 2 zdanie pierwsze Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Każdy bowiem, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Trafne są poglądy, iż Konstytucja gwarantuje prawo do obrony w sensie m.in. materialnym, co oznacza możliwość korzystania z wszelkich środków nakierowanych na obronę dopuszczalnych praw-

<sup>12</sup> Zob. D. Gruszecka, komentarz do art. 189 k.p.k. pod red. J. Skorupki, *Legalis*, 2017 oraz D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 616.

<sup>13</sup> M. Cieślak, *Przesłuchanie osoby podejrzanego o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 5–6, s. 865.

nie w postępowaniu karnym. Obejmuje ono prawo do kształtowania i wpływania na prowadzone postępowanie dowodowe i dokonywane podczas tego postępowania czynności procesowe poprzez m.in. składanie wyjaśnień (lub ich odmowę), wgląd w akta, składanie wniosków dowodowych. Tak rozumiane prawo do obrony implikuje nałożenie na organy procesowe obowiązków stworzenia warunków pozwalających na urzeczywistnienie uprawnień, które ono obejmuje<sup>14</sup>. Z kolei inni autorzy uznają, że immanentną częścią treści prawa do obrony, w ujęciu konstytucyjnym, jest prawo do swobody wypowiedzi, w którym można wyróżnić jego szczególny element, jakim jest prawo do składania wyjaśnień i ewentualnej odmowy ich składania (prawo do milczenia). Dodatkowo z faktu skorzystania przez jednostkę z tzw. prawa do milczenia, nie można wyciągać negatywnych konsekwencji. Powyższe wynika, jak się podkreśla, z obowiązującego w polskim porządku prawnym zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*<sup>15</sup>.

Niezwykle złożoną natomiast kwestią, czego mam pełną świadomość, jest możliwość powołania się na prawo do odmowy złożenia zeznań w okolicznościach sprawy takich, jak wskazane w art. 182 § 3 k.p.k. mimo braku pozytywnej normy ustawowej w danej procedurze (cywilnej, administracyjnej) konstruującej takie uprawnienie.

Ostatnio dość szeroko i, co trzeba przyznać, trafnie, analizowany jest problem tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjnej. Wskazuje się bowiem w doktrynie, iż jednostce przysługuje roszczenie do słuszności prawa, które ma swoje konstytucyjne zakorzenienie. Sądy powszechne są zatem uprawnione do badania konstytucyjności prawa w różnorodnych sprawach, odmiennych okolicznościach faktycznych, co znacznie poszerza zakres konstytucyjności. Mieszany model kontroli konstytucyjności prawa akcentuje rolę i funkcję sądów, których podstawowym zadaniem jest wydawanie sprawiedliwych, słusznych i realizujących aksjologię oraz wartości konstytucyjne rozstrzygnięć w jednostkowych sprawach. Sąd ma możliwość odmowy zastosowania w konkretnej sprawie przepisu sprzecznego w sposób oczywisty z Konstytucją, lecz sąd jednocześnie ma uprawnienie do stosowania Konstytucji tylko w tym zakresie. Odmowa zastosowania niezgodnego z Konstytucją przepisu w konkretnej sprawie nie zwalnia sądu od wyszukania innej podstawy orzeczenia. W pewnych wypadkach, taka podstawa może mieć umocowanie wprost w przepisach Konstytucji, stosowanych bezpośrednio i samoistnie. W indywidualnych aktach stosowania prawa sądy mogą traktować Konstytucję jako podstawę ochrony praw i wolności jednostki – nie zaś jako podstawę do ich ograniczeń<sup>16</sup>.

Przedstawione powyżej rozwiązanie rozproszonej kontroli konstytucyjnej przepisów prawa jest tylko połowicznym rozwiązaniem problemu braku normatywnej podstawy na poziomie ustawy zwykłej do skorzystania przez świadka z prawa odmowy zeznań w procedurze innej niż karna przy zaistnieniu okoliczności opisanych w art. 182 § 3 k.p.k.

<sup>14</sup> B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 278 i powołane tam odniesienia.

<sup>15</sup> M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.

<sup>16</sup> P. Kardas, M. Gutowski, *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2017, 4, s. 11–29.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że doktryna odnosi ten model do możliwości odmowy zastosowania danego przepisu ustawy czy też poszukiwania jego właściwej, prokonstytucyjnej wykładni a nie do sytuacji, gdy danego przepisu brak w porządku prawnym. Nie ma zatem wątpliwości, że problem konstytucyjności przepisu może być badany przez sąd powszechny orzekający w danej sprawie, niemniej pozostaje otwarte pytanie, czy tenże sąd, w tym samym zakresie, może również poszukiwać właściwej podstawy prawnej danego rozstrzygnięcia w sytuacji, w której mamy do czynienia bardziej z zaniechaniem prawodawczym.

Zdaniem M. Grzybowskiego zaniechanie prawodawcze oznacza stan, w którym wbrew obowiązującemu nakazowi – powinności normatywnej – prawodawca nie ukształtował wymaganych regulacji bądź też dokonał regulacji niepełnej, niewystarczającej. W pierwszej z opisanych sytuacji występuje tzw. zaniechanie właściwe (absolutne, bezwzględne), w drugim – zaniechanie względne (częściowe). Rozwijając tą myśl, M. Grzybowski powołał się na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego 3 grudnia 1996 r., w którego uzasadnieniu Trybunał stwierdził, że nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na braku wydania aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować<sup>17</sup>.

Odpowiadając zatem na pytanie, czy sąd może również poszukiwać właściwej podstawy prawnej danego rozstrzygnięcia w sytuacji, w której mamy do czynienia bardziej z zaniechaniem prawodawczym, możliwe jest udzielenie częściowo pozytywnej odpowiedzi, która opiera się na dwóch kluczowych, moim zdaniem, założeniach. Po pierwsze, sąd lub organ, nie działający w oparciu o procedurę karną, może uznać prawo świadka do odmowy składania zeznań, tak jak ma to miejsce w sytuacji opisanej w art. 182 § 3 k.p.k., o ile uzna, iż są racjonalne podstawy, by przyjąć, że ustawodawca mógł i powinien dane rozwiązanie wprowadzić w procedurze cywilnej lub administracyjnej a tego nie zrobił. Brak wskazania wprost w przepisach proceduralnych przepisu statuującego odpowiednie uprawnienie podmiotu nie oznacza, że jest on tego uprawnienia pozbawiony, o ile w drodze wykładni, najczęściej także systemowej, możliwe jest jego wywiedzenie z obowiązujących już przepisów, choć nie zawartych w ustawie procesowej, na której opiera się dany organ. Taka wykładnia nie może jednak prowadzić do tworzenia rozwiązań całkowicie nowych, nieznanymi polskiemu porządkowi prawnemu, gdyż miałyby ona wówczas charakter prawotwórczy.

---

<sup>17</sup> M. Grzybowski, *Zaniechanie prawodawcze w praktyce polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, opublikowane na [http://www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Poland\\_po.pdf](http://www.confconstco.org/reports/rep-xiv/report_Poland_po.pdf) – dostęp w dniu 8.7.2018 i powołany tam wyrok TK z 3 grudnia 1996 r., K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52.

Dalej, możliwość odwołania się, w drodze wykładni, do stosowania art. 182 § 3 k.p.k. w innych postępowaniach niż karne jest możliwe, o ile przyjmujemy, że brak wypełnienia takiego „pominięcia prawodawczego” przez sąd albo organ doprowadzi do stosowania prawa prowadzącego w następstwie do niekonstytucyjnych skutków w stosunku do jednostki. Takim sprzecznym z treścią ustawy zasadniczej skutkiem mogłoby być wymuszenie złożenia zeznań mimo gwarantowanego konstytucyjnie prawa do milczenia jako elementu składowego prawa do obrony.

Z kolei na gruncie art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.<sup>18</sup> W. Jasiński zauważa, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, poza terminem prawo do nieobciążania się (*right not to in-criminate oneself*), funkcjonuje również termin prawo do milczenia (*right to silence*). Nie można oczywiście stawiać znaku równości, jak przekonuje trafnie autor, między prawem do nieobciążania się a prawem do milczenia. Ich zakresy znaczeniowe krzyżują się. Z jednej strony, jak wskazuje autor, prawo do milczenia stanowi element prawa do nieobciążania się. To ostatnie obejmuje bowiem nie tylko niedostarczanie oświadczeń, które mają charakter obciążający, ale także niedostarczanie inkryminujących dowodów rzeczowych. Z drugiej natomiast strony prawo do milczenia obejmuje swoim zakresem nie tylko oświadczenia, które mają charakter obciążający<sup>19</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że efektywne prawo do milczenia, przynajmniej od momentu przedstawienia zarzutów podejrzanemu, jest wpisane w konwencyjne prawo do rzetelnego procesu.

W zakresie prawa do milczenia orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest dość bogate, ale jego daleko idąca analiza nie byłaby możliwa na łamach tego artykułu. Reprezentatywnym przykładem, wartym przytoczenia, jest jednak wyrok Wielkiej Izby w sprawie Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu<sup>20</sup>. Rozważania Trybunału w interesującym nas zakresie wskazują na trudność z jednoznacznym określeniem granic prawa do milczenia.

Trybunał wskazuje, że prawo do nieobciążania się koncentruje się głównie wokół poszanowania woli oskarżonego do zachowania milczenia oraz zakłada z góry, że prokuratura w sprawie karnej stara się udowodnić swoją rację bez uciekania się do dowodów uzyskanych metodami przymusu lub opresji, wbrew oskarżonemu. Prawo do zachowania milczenia w trakcie przesłuchania policyjnego i przywilej przeciwko samooskarżeniu są powszechnie uznanymi standardami międzynarodowymi, leżącymi u podstaw pojęcia rzetelnej procedury na mocy art. 6 Konwencji. W ocenie Trybunału, ich zasadność tkwi także w ochronie oskarżonego przeciwko niewłaściwym zastosowaniu przymusu przez władze, co przyczynia się do unikania występowania pomyłek sądowych i do zrealizowania celów art. 6 Konwencji.

Należy zauważyć, że uznanie przywileju przeciwko samooskarżeniu nie chroni przeciwko składaniu obciążającego oświadczenia *per se*, ale przeciwko uzyskiwaniu

<sup>18</sup> Dz.U. 1993 r., nr 61, poz. 284.

<sup>19</sup> W. Jasiński, *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, Prok. i Prawo 2015, nr 7–8, s. 11

<sup>20</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie Ibrahim i in. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 13 września 2016 r., skargi nr 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09 i powołane tam liczne orzecznictwo rozwijające uwagi przedstawione przez Trybunał – §§ 266–269.

dowodów w drodze przymusu lub nacisku. Istnienie przymusu wzbudza obawy czy przywilej przeciwko samooskarżeniu został poszanowany. Z tych powodów, Trybunał musi zawsze najpierw rozważyć charakter i stopień przymusu zastosowanego w celu uzyskania dowodów. Trybunał, jak wskazuje, zidentyfikował w swoim orzecznictwie co najmniej trzy rodzaje sytuacji, które wzbudzają obawy co do niewłaściwego zastosowania przymusu z naruszeniem art. 6 Konwencji.

Pierwsza występuje, jeżeli podejrzany jest zobowiązany do zeznawania pod groźbą sankcji i w związku z tym decyduje się zeznawać lub ponosi konsekwencje za odmowę złożenia zeznań.

Druąga dotyczy presji fizycznej lub psychologicznej, przyjmującej często formę traktowania naruszającego art. 3 Konwencji, stosowanej w celu uzyskania rzeczywistego dowodu lub oświadczenia.

Trzecia zaś dotyczy sytuacji, w której władze stosują podstęp, by wydobyć informacje, których nie byli w stanie uzyskać w trakcie przesłuchania.

Zeznanie uzyskane pod przymusem, które wydaje się nie mieć natury obciążającej, takie jak odciążające uwagi lub wyłącznie informacje stanowiące odpowiedzi na pytania o fakty, mogą zostać wykorzystane w postępowaniach karnych na poparcie linii oskarżenia, na przykład by zaprzeczyć lub oddalić inne zeznania oskarżonego lub dowód dostarczony przez niego w trakcie procesu, lub w inny sposób podważyć jego wiarygodność. Przywilej przeciwko samooskarżeniu nie może w związku z tym zasadnie zostać ograniczony do bezpośrednio obciążających oświadczeń.

Jednakże, prawo do wolności od samooskarżenia nie jest absolutne. W ocenie Trybunału stopień zastosowanego przymusu nie będzie możliwy do pogodzenia z art. 6 Konwencji, jeżeli niweczy sens przywileju przeciwko samooskarżeniu. Nie każda forma przymusu bezpośredniego zniweczy sens przywileju przeciwko samooskarżeniu i poprzez to prowadzi do naruszenia art. 6 i standardu konwencyjnego. Zdaniem Trybunału, istotne w tym kontekście jest wykorzystanie dowodów uzyskanych pod przymusem w trakcie procesu karnego.

Przenosząc powyższe uwagi na rozważania dotyczące możliwości odmowy przez świadka złożenia zeznań w sprawie cywilnej czy też administracyjnej, jeśli w postępowaniu karnym został mu przedstawiony zarzut a ustalany stan faktyczny jest tożsamy lub zasadniczo zbieżny ze stanem faktycznym istotnym z perspektywy postępowania karnego, to zmuszenie świadka do złożenia zeznań pod groźbą odpowiedzialności karnej przy towarzyszącej świadkowi obawie przed możliwością jego skazania za zeznanie nieprawdy, mogłoby prowadzić do uznania, iż doszło do naruszenia art. 6 Konwencji.

Wydaje mi się, że podobnie rzecz ma się z postawieniem świadka w sytuacji możliwości skorzystania z prawa do odmowy odpowiedzi na pytanie – wszak wskazanie za każdym razem, że świadek odmawia takiej odpowiedzi, bo obawia się grożącej mu odpowiedzialności karnej, jest formą zmuszenia go do samooskarżenia. Jest to swoisty podstęp, albowiem choć świadek nie pozostaje pod groźbą odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, to zmuszony do skorzystania z prawa do odmowy odpowiedzi na poszczególne, prowadzące do obciążenia go, pytania, może efektywnie i wbrew własnej woli wskazać na te zagadnienia faktyczne, które mogą doprowadzić do jego odpowiedzialności karnej. Nie przy-

padkiem oskarżony ma prawo przecież złożyć wyjaśnienia, ale także odmówić ich składania bez podania przyczyny, czego ustawodawca nie utożsamia wszak z możliwością odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania.

Z drugiej strony, Trybunał w swoim orzecznictwie kładzie akcent na faktyczne wykorzystanie dowodów uzyskanych pod przymusem w postępowaniu karnym. Nie ulega wątpliwości, że dowód z zeznań złożonych przez podejrzanego w innym postępowaniu w charakterze świadka nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych w sprawie – co ciekawe, także na korzyść podejrzanego. W tym znaczeniu, efektywne wykorzystanie tak uzyskanego dowodu jest ograniczone. Nie można jednak tracić z pola widzenia treści zawartej w protokole przesłuchania świadka, która może być pomocna dla oskarżyciela przy poszukiwaniu dalszych dowodów przeciwko podejrzanemu. Przy tak zakreślonej perspektywie, zwiększa się zakres faktycznego wykorzystania takiego dowodu. Zwraca na to uwagę M. Kurowski, pisząc, że w art. 182 § 3 k.p.k. chodzi o ewentualne wykorzystanie informacji płynącej z ze złożonych zeznań, gdyż same zeznania nie mogą być wykorzystywane wprost przeciwko oskarżonemu<sup>21</sup>.

Skoro zasada *nemo se ipsum accusare tenetur* znajduje zastosowanie nie tylko do podejrzanego i oskarżonego, ale także do „osoby podejrzanej” i „potencjalnie podejrzanej”<sup>22</sup>, to wydaje się, że świadek, który broni się w postępowaniu karnym przeciwko przedstawionym mu zarzutom, nie powinien być zmuszany do składania zeznań w innym postępowaniu niż karne, których treść mogłaby okazać się dla niego obciążająca. Podkreśla się nieraz, że z prawa do obrony wynika możliwość wyboru jej strategii, w szczególności oskarżony może zdecydować się na czynną obronę bądź też na realizowanie jej w sposób bierny. Jednym zaś z aspektów zasady prawa do obrony w postępowaniu karnym jest prawo do obrony biernej, wyrażane we wspomnianej zasadzie procesowej *nemo tenetur se ipsum accusare*, zakazująca zmuszania do samooskarżenia i dostarczania przeciw sobie dowodu.

Istota omawianej zasady sprowadza się do pozostawienia oskarżonemu swobody decyzji co do czynnego uczestniczenia w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu. Ochrona przed samooskarżeniem odnosi się w pierwszej kolejności do oskarżonego w postępowaniu karnym, ale zakresu zakazu wynikającego z zasady *nemo tenetur se ipsum accusare* nie limitują granice postępowania karnego, wyznaczone przedstawieniem zarzutu z jednej, a uprawomocnieniem się orzeczenia z drugiej strony. W szczególności, z czym należy się w pełni zgodzić, jej zakres ochronny pozwala w pewnych sytuacjach na odmowę złożenia zeznań przez świadka, jak również na odmowę wykonania obowiązku procesowego przez osobę zobowiązaną do dostarczenia informacji w postępowaniu<sup>23</sup>. Finalnie, biorąc pod uwagę całość dotychczasowych rozważań, wydaje się zasadne stwierdzenie, iż istota prawa do obrony, określonego zarówno na poziomie ustawy zasadniczej

---

<sup>21</sup> M. Kurowski [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2013, s. 592.

<sup>22</sup> Cz. Kłak, „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4, s. 74.

<sup>23</sup> P. Nowak, *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 4, s. 70.



jak i w ustawie karnoprocesowej, nie może doznawać uszczerbku w postępowaniu cywilnym albo administracyjnym, jeśli przedmiot takich postępowań jest istotny z perspektywy rozważanej odpowiedzialności karnej osoby, której w postępowaniu karnym przedstawiono zarzut i która co do tych istotnych okoliczności miałaby obecnie złożyć zeznania jako świadek w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym. Oczywiście, rozwiązaniem postulowanym w pewnej perspektywie czasowej byłaby nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego oraz Kodeksu postępowania cywilnego poprzez wprowadzenie rozwiązań odpowiadających rozwiązaniu przyjętemu w art. 182 § 3 k.p.k., przy czym chodziłoby tu o prawo odmowy zeznań przysługujące świadkowi, który w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o przestępstwo, którego istotne okoliczności faktyczne objęte są postępowaniem cywilnym lub administracyjnym i co do których to okoliczności świadek ten miałby zostać przesłuchany.

## BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Cieślak M., *Przesłuchanie osoby podejrzanej o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 5–6.
- Dudka K. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Gruszecka D., komentarz do art. 189 k.p.k. pod red. J. Skorupki, Legalis, 2017.
- Grzybowski M., *Zaniechanie prawodawcze w praktyce polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, opublikowane na [http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report\\_Poland\\_po.pdf](http://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Poland_po.pdf) (dostęp: 8.07.2018).
- Jasiński W., *Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich*, Prok. i Prawo 2015, nr 7–8.
- Kardas P., Gutowski M., *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2017, 4.
- Kłak Cz., „Osoba podejrzana” oraz „potencjalnie podejrzana” w polskim procesie karnym a zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, „Ius Novum” 2012, nr 4.
- Koper R., *Badanie świadka w aspekcie jego ochrony w procesie karnym*, Warszawa 2015.
- Kręcis W., *O wykładni ustaw w sposób zgodny z Konstytucją na tle stosowania art. 182 § 3 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 4.
- Kurowski M. [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2013.
- Łojewski K., *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970.
- Nowak P., *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, z. 4.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Siwek M., *Glosa do wyroku SA w Katowicach z 28.11.2002 r., II AKA 398/02*, „Palestra” 2005, nr 11–12.
- Sowiński P.K., *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.



PRAWO OSKARŻONEGO DO ODMOWY ZŁOŻENIA ZEZNAŃ  
W CHARAKTERZE ŚWIADKA W POSTĘPOWANIU CYWILNYM  
I ADMINISTRACYJNYM – SPOSTRZEŻENIA NA TLE ART. 182 § 3 K.P.K.

Streszczenie

Artykuł porusza problematykę związaną z prawem świadka w postępowaniu cywilnym lub administracyjnym do odmowy złożenia zeznań w sytuacji, gdy temu świadkowi zostały przedstawione zarzuty w postępowaniu karnym. W postępowaniu karnym nie ulega wątpliwości, że świadek może w całości odmówić złożenia zeznań, o ile w innej toczącej się sprawie jest oskarżony o współudział w przestępstwie objętym postępowaniem. Niezależnie od rozumienia treści art. 182 § 3 k.p.k., analogiczne uprawnienie gwarancyjne nie zostało sformułowane w postępowaniu cywilnym i administracyjnym, mimo że świadek może być przesłuchiwany w tych postępowaniach na okoliczności istotne dla jego odpowiedzialności karnej. W praktyce może to prowadzić do sytuacji naruszającej prawo oskarżonego, a zarazem świadka w innym postępowaniu, do jego obrony. Nie wydaje się, aby wystarczającą gwarancją dla takiego świadka było wyłącznie prawo do odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania zadawane mu w toku przesłuchania.

Słowa kluczowe: świadek, podejrzany, zeznania, odmowa, milczenie, pytanie, zarzuty

DEFENDANT'S RIGHT TO REFUSE TO TESTIFY AS A WITNESS  
IN CIVIL AND ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS:  
OBSERVATIONS IN VIEW OF ARTICLE 182 §3 CPC

Summary

The article addresses issues related to the right of a witness in civil or administrative proceedings to refuse to testify in a situation where the witness has been charged in criminal proceedings. In criminal proceedings, it is beyond doubt that a witness may refuse to testify altogether if he or she is accused of complicity in a crime dealt with in the proceedings pending in another case. Regardless of the construction of the contents of Article 182 §3 CPC, a corresponding right has not been formulated with respect to civil or administrative proceedings, even though a witness may be required to testify in such proceedings with regard to facts of relevance to his or her criminal liability. In practice, this may generate a situation which is in breach of the right to defence of the accused and, at the same time, a witness in other pending proceedings. It does not seem a sufficient guarantee for such a witness would consist only of the right to refuse to answer specific questions asked of him or her during the hearing.

Keywords: witness, suspect, testimony, refusal, silence, question, charges

**Cytuj jako:**

Chojniak Ł., *Prawo oskarżonego do odmowy złożenia zeznań w charakterze świadka w postępowaniu cywilnym i administracyjnym – spostrzeżenia na tle art. 182 § 3 k.p.k.*, „*Ius Novum*” 2018 (12) nr 4, s. 83–97. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.36/l.chojniak

**Cite as:**

Chojniak, Ł. (2018) 'Defendant's right to refuse to testify as a witness in civil and administrative proceedings: observations in view of Article 182 §3 CPC'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 83–97. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.36/l.chojniak

# “HOW COME I CANNOT FLY A DRONE ABOVE THE PRIME MINISTER’S OFFICE?” – CRIMINAL AND CIVIL LIABILITY OF A DRONE OPERATOR IN POLAND

---

ANNA KONERT\*  
MATEUSZ KOTLIŃSKI\*\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.37/a.konert/m.kotlinski

## 1. INTRODUCTION<sup>1</sup>

Opening of the European market for drones/remotely piloted aircraft systems (RPAS) – or the civilian use of drones – is an important step towards the aviation market of the future.<sup>2</sup>

By 2050, a number of different aircraft categories are expected to be operating, diverse in size, performance and type, with some still having a pilot on board, but many remotely piloted or fully automated.<sup>3</sup>

As part of the “Żwirko i Wigura” programme implemented by the Polish Development Fund (PFR), part of the sky over Poland will be opened for testing new drone applications. The plan assumes the launch of what is called a sandbox, i.e. a separated part of the airspace, in which the current quite restrictive UAV

---

\* dr hab., profesor Uczelni Łazarskiego, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie; e-mail: a.konert@lazarski.edu.pl

\*\* magister prawa, specjalista ds. bezzałogowych statków powietrznych w Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej; e-mail: mateuszkotlinski@gmail.com

<sup>1</sup> The foregoing paper is a result of the research project “Remotely Piloted Aircraft Systems. A new era in aviation law” no. 2017/27/B/HS5/00008 funded by the National Science Centre under the OPUS 14 call for proposals.

<sup>2</sup> See more in: European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A new era for aviation. Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner*, Brussels, 8 April 2014, COM/2014/0207 final.

<sup>3</sup> European Commission, *Flightpath 2050: Europe’s Vision for Aviation*, Report of the High Level Group on Aviation Research, Brussels 2011, p. 28.

(unmanned aerial vehicle) regulations would not allow such an operation, and the sandbox would make it possible to operate drones in natural conditions.<sup>4</sup>

In Poland, the Central European Drone Demonstrator (CEDD) has also been established. An agreement for the creation of a development and testing zone for drones in the Metropolitan Association of Upper Silesia and Dąbrowa Basin (Górnośląsko-Zagłębiowska Metropolia, GZM) was signed on 26 September in Katowice, southern Poland. The signatories of the document are the local GZM authorities, the Civil Aviation Authority (ULC) and the Polish Air Navigation Services Agency (PAŻP).<sup>5</sup> The undertaking involves a testing centre on a defined geographical area for all drone systems and applications by different technological entities.

The Polish drone sector in 2015 was valued at about PLN 165 million and today it is worth over PLN 250 million.

A new EU regulation on RPAS will enter into force in the coming months. The legislative process aimed at the extension of the EU competence to include safety regulations in this area is ongoing. On 11 September 2018, the revised Basic Regulation<sup>6</sup> entered into force. This might facilitate the traffic of drone operators within the EU.<sup>7</sup> These regulations will define the principles of flight, training, certification, registration, etc.<sup>8</sup> However, the question of liability still remains beyond its scope. Therefore, the national regulations would be applicable.

The goal of the article is to show the importance of the knowledge on regulations concerning drones since those systems are available to anyone nowadays. A drone bought in a supermarket can fly in the range of 5–7 kilometres and at the altitude of a few hundred metres. The operator of such a drone needs to know the operational rules, especially when using it in a city or close to an airport. By causing damage, the operator can be held liable under both criminal and civil law.

Unfortunately, there are more and more incidents in Poland with drones, both intentional and unintentional. For example, on 20 July 2015 a Lufthansa Embraer

---

<sup>4</sup> See more at: <https://www.pfr.pl/pl/aktualnosci/pfr-o-programie-zwirko-i-wigura> [accessed on 05/10/2018].

<sup>5</sup> [http://www.pansa.pl/?lang=\\_pl&opis=wiecej&id\\_wyslance=1337](http://www.pansa.pl/?lang=_pl&opis=wiecej&id_wyslance=1337).

<sup>6</sup> Regulation (EU) 2018/1139 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2018 on common rules in the field of civil aviation and establishing a European Union Aviation Safety Agency, and amending Regulations (EC) No 2111/2005, (EC) No 1008/2008, (EU) No 996/2010, (EU) No 376/2014 and Directives 2014/30/EU and 2014/53/EU of the European Parliament and of the Council, and repealing Regulations (EC) No 552/2004 and (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council and Council Regulation (EEC) No 3922/91, OJ L 212 of 22.8.2018.

<sup>7</sup> See more at: <http://www.ulc.gov.pl/pl/publikacje/wiadomosci/4443-informacja-na-temat-nowych-unijnych-przepisow-dotyczacych-bezzałogowych-statkow-powietrznych> [accessed on 27/09/2018].

<sup>8</sup> For the comparison of the national regulations on drones in the EU and other countries, see B.I. Scott (ed.), *The Law of Unmanned Aircraft Systems. An Introduction to the Current and Future Regulation under National, Regional and International Law*, Kluwer Law International BV, the Netherlands 2016. See also T.T. Takahashi, *Drones in the national airspace*, *Journal of Air Law and Commerce* Vol. 77, No. 3, 2012; and B. Kapnik, *Unmanned but accelerating: Navigating the regulatory and privacy challenges of introducing unmanned aircraft into the national airspace system*, *Journal of Air Law and Commerce* Vol. 77, No. 2, 2012.

ERJ-195 performing flight LH-1614 from Munich to Warsaw with 108 passengers and five members of crew, was on its final approach to Warsaw's runway when the crew reported in a quite aggravated and shocked tone that they had just had a near collision with a drone. The drone passed in about a 20- to 40-metre distance.

The goal of this paper is to identify regulations in place concerning criminal and civil liability in the discussed area. The article will also present an overview of the operational regulations in Poland before introducing the unified EU law.

## 2. POLISH AVIATION LAW

Polish air transportation has a long tradition that goes back to the early 1920s. In 1922, the world's first regular air routes: Warsaw–Lwów<sup>9</sup> and Warsaw–Gdańsk were launched by the Polish airlines. An even earlier, ad hoc service, connecting Warsaw with Paris, via Prague and Strasbourg, “testifying to cordial Franco-Polish relations”, was of a rather symbolic nature, due to the problem of flying over the German territory.<sup>10</sup> In 1929, LOT Polish Airlines was established which is now considered a leader among the Central and Eastern European airlines. LOT started to fly over the Atlantic in 1938 and projected launching of a regular transatlantic service scheduled to start in 1940.<sup>11</sup>

In 1928, President of Poland enacted the Ordinance on Air Law which was one of the first in the world. Taking into consideration technical developments of the air industry and the socio-economic changes which took place in Poland, in 1962 the Parliament adopted a new Act on Air Law, and in 2002 a new Act: Aviation Law, which is now in force.

## 3. POLISH REGULATIONS CONCERNING DRONES

The Act of 3 July 2002: Aviation Law<sup>12</sup> in its Article 126 para. 1 states that unmanned aerial vehicles may be operated in the Polish airspace. According to Article 126 para. 2, unmanned aerial vehicles must be equipped with the same flight, navigation and communication facilities as either a manned aircraft performing a flight in line with visual flight rules (VFR) or instrument flight rules (IFR) within a defined class of airspace. The derogations applicable to manned aircraft in this respect apply uniformly to UAVs. Under the regulations, unmanned flights are allowed, provided that certain requirements for the equipment and the qualifications of flight crew

---

<sup>9</sup> Until 1939, the city of Lwów was a part of Poland. Since then, the spelling of its name has changed to Lvov, currently Lviv.

<sup>10</sup> R. Stefanowski, 50<sup>th</sup> Anniversary of LOT Polish Airlines, 1979-1-18, RAD Background Report/11.

<sup>11</sup> A. Konert, *Air carrier liability under Polish Air Law*, Indian Journal of International Law Vol. 50, No. 2, 2010.

<sup>12</sup> Journal of Laws [Dz.U.] of 2002, No. 130, item 1112, as amended; hereinafter: Aviation Law.

are met. Pursuant to the Act, the detailed conditions and rules for the operation of unmanned flights have been specified in the relevant regulations.

The Regulation of the Minister of Transport, Construction and Maritime Economy of 26 March 2013 on the exclusion of certain provisions of the Aviation Law as non-applicable to certain types of aircraft and defining conditions and requirements for the use of these aircraft<sup>13</sup> was the very first attempt to introduce general requirements for unmanned aircraft operations and it was one of the first such regulations in Europe.

This Regulation stipulates detailed flight rules, the operator’s responsibility, etc., but it does not provide for the liability.

It is worth mentioning that currently in Poland the visual line of sight (VLOS) operations could be conducted in non-segregated airspace. Beyond visual line of sight (BVLOS), operations require segregated airspace. Due to the large number of segregated areas in FIR EPWW, it might be inconvenient to create more, because each additional zone may limit access to the desirable uncontrolled airspace for general aviation.<sup>14</sup>

In order to address that issue, the Civil Aviation Authority of the Republic of Poland has published the draft amending the above-mentioned Regulation for public consultation.

The purpose of the amendment is to introduce changes to the regulations governing the BVLOS operations. The dynamically developing market and unmanned aviation industry have revealed significant limitations, which result in the need to separate airspace for BVLOS operations. The amendment will significantly simplify the procedure by establishing special categories of BVLOS operations based on risk analysis and up to 120 metres AGL<sup>15</sup>.

#### 4. OPERATOR’S RESPONSIBILITIES

According to the 2016 Regulation, an unmanned aircraft (it is an aircraft with a take-off mass of not more than 150 kg, used only in operations within the visual line of sight for non-recreational or sport purposes) flight shall be performed only with the assurance that in each flight phase a safe horizontal distance from persons, property, vehicles, construction works or other airspace users not available or under the operator’s control is maintained in the event of a failure or loss of control of the unmanned aircraft. On the other hand, model aircraft (it is an aircraft with a take-off mass of not more than 150 kg, used only in operations within the visual line of sight for recreation or sport purposes) operations shall be performed only while maintaining a horizontal distance of not less

---

<sup>13</sup> Amended by the Regulation of the Minister of Infrastructure and Construction of 8 August 2016 amending the regulation on the exclusion of certain provisions of the Aviation Law as non-applicable to certain types of aircraft and defining conditions and requirements for the use of these aircraft, Journal of Laws [Dz.U.] of 2016, item 1317; hereinafter: 2016 Regulation.

<sup>14</sup> M. Włodarczyk, *Drony – najmłodsi użytkownicy przestrzeni powietrznej*, SMS Biuletyn Bezpieczeństwa PAŻP No. 2, 2017, p. 13.

<sup>15</sup> Above ground level.

than 100 metres from the boundaries of buildings, towns, settlements or gatherings of people in the open air and maintaining a horizontal distance of not less than 30 metres from persons, vehicles, construction objects not available or under the operator's control. However, the rules concerning the distance from people and buildings do not apply to the model aircraft with weight of less than 0.6 kg.

The model aircraft operator and the unmanned aircraft operator must operate:

- taking into account the meteorological conditions, structure and classification of airspace and information on restrictions in air traffic;
- in the CTR zone on terms specified by the air traffic service provider;<sup>16</sup>
- in the ATZ zone with the consent of the manager of the zone and on the terms specified by him;
- in the dangerous zone, MCTR<sup>17</sup> or MATZ<sup>18</sup> zone with the consent of the manager of a given zone and on conditions defined by him;
- in the restricted zone covering National Parks only with the consent of the manager of a given National Park and under conditions specified by him;
- in the prohibited zone only with the consent of the manager of a facility covered by the zone and under the conditions defined by him;
- in the ADIZ<sup>19</sup> zone after informing the air traffic service (ATS) unit responsible for the space in which the flight is to be performed, or AMC Poland, about the location and time of flights;
- in the case of flights in construction works, with the consent of the facility's manager and in accordance with safety rules agreed with him.

The obligation to report the flights to the ATS<sup>20</sup> provider in the CTR and ATZ zones does not apply to flights operated by unmanned aircraft / model aircraft with take-off mass not exceeding 25 kg at a distance of more than 6 kilometres from the airport boundary and up to a height of 100 metres above the ground. For flights in the CTR zone that do not meet the above requirements the notification to the air traffic services provider (Polish Air Navigation Services Agency) is necessary.<sup>21</sup>

The operator of the model aircraft must:

- 1) exercise due caution,<sup>22</sup> avoid any act or omission that could:
  - a. create a safety risk, including the threat to air traffic safety,
  - b. obstruct air traffic,
  - c. disrupt peace or public order, and
  - d. expose anyone to damage.

---

<sup>16</sup> The detailed flight rules to be met in order to fly in CTRs are described at the Polish Air Navigation Services Agency website: [http://www.pansa.pl/index.php?menu\\_lewe=ops&lang=\\_pl&opis=OPS/ops\\_rpa](http://www.pansa.pl/index.php?menu_lewe=ops&lang=_pl&opis=OPS/ops_rpa) [accessed on 27/09/2018].

<sup>17</sup> Military Control Zone.

<sup>18</sup> Military Aerodrome Traffic Zone.

<sup>19</sup> Air Defence Identification Zone.

<sup>20</sup> Air Traffic Services.

<sup>21</sup> See the detailed rules at: [http://www.pansa.pl/index.php?menu\\_lewe=ops&lang=\\_pl&opis=OPS/ops\\_rpa](http://www.pansa.pl/index.php?menu_lewe=ops&lang=_pl&opis=OPS/ops_rpa).

<sup>22</sup> According to Article 2 para. 14, due caution means caution consisting in increased attention, adjusting the operator's behaviour or securing and adapting the take-off and landing site of the model aircraft or terrain over which the flight takes place to the conditions and situations that change during the flight as necessary to enable a safe flight.



The operator must also:

- 2) control the flying model so that it avoids collision with other aircraft;
- 3) ensure that the flying model he operates gives priority to manned aircraft;
- 4) be responsible for the decision to perform the flight and its correctness, and the appointment and participation of the observer in the performance of flights does not release him from the responsibility for the safety of performed operations;
- 5) use the flying model and control devices in accordance with the manufacturer's recommendations and restrictions, if published;
- 6) check the technical condition of the model aircraft before the flight;
- 7) perform flights only with a model aircraft that is technically efficient.

## 5. CRIMINAL LIABILITY

There are no special regulations on drones regarding criminal liability. However, one can find criminal provisions in the Aviation Law and the Criminal Code which could apply to a drone operator as well. First of all, a drone user can violate the air traffic regulations. In such a case, Articles 211 and 212 Aviation Law apply.

Article 211 provides for several offences related to performing flights with aircraft in violation of the provisions of the Act, and among others stipulates that: anyone who operates a flight using an aircraft incompliant with the required airworthiness or with the restrictions specified in the airworthiness certificate, anyone who performs a flight against the obligations regarding the conditions of use of the aircraft in the Republic of Poland or anyone who, despite the ban on the emission of a laser beam or light from other sources in the airspace areas, emits or causes the laser beam or light from other sources to be emitted in the direction of the aircraft in a way that may cause glare and consequently create a safety hazard to the aircraft or the health of the crew and passengers on board, is subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year. The same punishment is imposed on a person who, not fulfilling his duty, allows such acts to be committed.<sup>23</sup> An example of the infringement of this Article is a situation when a person with a VLOS flight licence performs a BVLOS flight or when a person with outdated aeromedical examinations flies a drone, a person operating a drone is under the influence of alcohol or drugs, a person performs acrobatics with a drone over a residential area or a group of people, etc.

Article 212 provides for several offences violating the provisions of the Act in the field of air traffic and, among others, states that: anyone who, when performing a flight with an aircraft, violates air traffic regulations in force in the area in which the flight takes place or crosses the state border without the required permit or in violation of the permit conditions, or anyone who, contrary to the provisions of the Act, uses signs and signals in traffic that are unrelated to this movement or in a way that could be misleading to air traffic service units or aircraft crew, is punishable

---

<sup>23</sup> See the commentary on Article 211 in M. Żylicz (ed.), *Prawo lotnicze. Komentarz*, Warsaw 2016.

by imprisonment of up to five years. The same punishment is imposed on a person who, not fulfilling his duty, allows such acts to be committed. If the perpetrator acts unintentionally, he is subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year.<sup>24</sup> An example of the infringement of this Article is a situation when a person flies a drone in the CTR zone (for accuracy at a distance of, e.g. 2 km from the airport) and has not informed the relevant services (ASM 1 and TWR) about the intention to perform the operation, and has not obtained proper flight conditions approval. Another example is when a person uses a drone to smuggle goods across the state border or a person uses a drone in the restricted area above a National Park without the consent of its authorities.

There are also provisions in the Criminal Code (henceforth: CC) that could apply to a drone user. First of all, responsibility for causing a disaster in air traffic could be involved. Pursuant to Article 173 CC, anyone who causes a disaster on land or water or to air traffic, and thereby endangers the life or health of many people, or property to a significant degree is liable to imprisonment for between one and ten years. If this act results in the a person's death or in grievous bodily harm to many people, the offender is liable to imprisonment for between two and twelve years. If the offender acts unintentionally, he is liable to imprisonment for between three months and five years. If this unintentional act results in the death of a person or in grievous bodily harm to many people, the offender is liable to imprisonment for between six months and eight years. According to Article 174 CC, anyone who causes an immediate danger of a disaster on land or water or to air traffic is liable to imprisonment for between six months and eight years. If the offender acts unintentionally, he is liable to imprisonment for up to three years.

Moreover, anyone who causes grievous bodily harm in the form that: deprives a person of his or her sight, hearing, speech or the ability to procreate, or inflicts on another person a serious crippling injury, an incurable or prolonged illness, a potentially fatal illness, a permanent mental illness, a permanent total or significant incapacity to perform a profession, or a permanent serious bodily disfigurement or deformation, is liable to imprisonment for between one and ten years. If the offender acts unintentionally, he is liable to imprisonment for up to three years. If this act results in a person's death, the offender is liable to imprisonment for between two and twelve years (Article 156 CC). Anyone who causes a bodily injury or an impairment to health other than those specified in Article 156 §1 is liable to imprisonment for between three months and five years. Anyone who causes a bodily injury or an impairment to health lasting up to seven days is liable to a fine, the restriction of liberty or imprisonment for up to two years. If the offender acts unintentionally, he or she is liable to a fine, the restriction of liberty or imprisonment for up to one year (Article 157 CC).

Furthermore, anyone who, through the persistent harassment of another person or another person's next of kin, creates a justified sense of danger or significantly violates the person's privacy, is subject to imprisonment for up to three years. Anyone who pretends to be another person and uses his or her image or other

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, see the commentary on Article 212.

personal data in order to cause property or personal damage is liable to the same penalty (Article 190a CC).

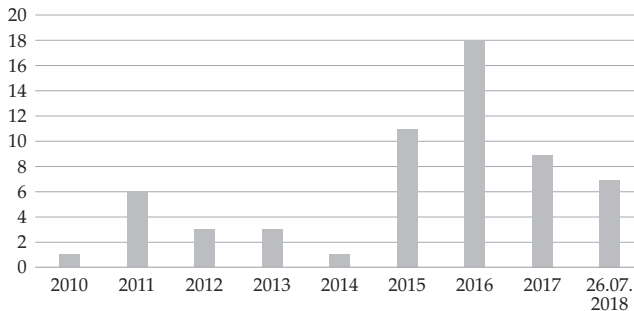
Finally, there is a risk for a domestic trespass. Anyone who forces his or her way into another person's house, apartment, premises, quarters, or a fenced plot of land, or does not leave such a place, despite the demand from an authorised person, is liable to a fine, the restriction of liberty or imprisonment for up to one year (Article 193 CC).<sup>25</sup>

In order to promote safety and to inform about legal consequences of reckless use of drones, the Civil Aviation Authority of the Republic of Poland and the Polish Air Navigation Services Agency have prepared several safety information campaigns, among others, the "Fly Wisely, Be Safe" campaign<sup>26</sup>.

Unfortunately, neither information campaigns nor the most perfect regulations will protect against threats that may be caused by the presence of a drone in a place not intended for it. The appearance of unreported unmanned aircraft in the controlled space is the issue identified worldwide affecting aviation safety. From time to time, the media comment on events related to filming a large passenger aircraft from a close distance, and the interruption of an approach to the international airport due to the identification of a drone. Those incidents often disturb air traffic and cause the closure of the airport for some time. Poland is not an exception, and every year there are drone-related occurrences reported as part of the PAŻP's safety management system. Although the events involving the presence of drones have not led to an accident and caused some necessary actions by the air traffic controllers and flight crew, it should be remembered that the unreported drone can potentially affect air traffic and safety of passengers and flight crew.

The number of occurrences related to UAVs is illustrated in the chart below.<sup>27</sup>

**Number of reported air occurrences concerning drones in FIR EPWW**



Source: 2018 Bi-Annual Safety Report for Flight Information Region EPWW

<sup>25</sup> For more, see M. Żylicz (ed.), *Prawo lotnicze...*

<sup>26</sup> <http://latajzglowa.pl> or <http://www.ulc.gov.pl/pl/publikacje/wiadomosci/4289-lataj-bezpiecznie-lataj-z-glowa-rusza-spot-edukacyjny-o-dronach> [accessed on 27/09/2018].

<sup>27</sup> See: 2018 Bi-Annual Safety Report for Flight Information Region EPWW.

After a near-collision between Lufthansa's plane and a drone in 2015, the Police immediately responded and dispatched a helicopter as well as ground forces to search for the drone operator, but was unsuccessful at first in locating him or the drone. Continued investigation resulted in identification of the operator: a 39-year-old resident of Piaseczno, located underneath the approach path runway 33 spanning from about 3 to 6.5 NM from the threshold runway 33. The drone user admitted to having flown his drone in the area on 20 July 20 and faced charges of endangering aviation safety that could send him to prison for up to eight years.

On 26 September 2016, a Russian citizen operated a drone over the Prime Minister's Office, Belvedere (Residence of the President of the Republic of Poland) and the Ministry of National Defence in Warsaw. According to information provided by the media, the man was handed over to the Warsaw Police. The District Prosecutor's Office in Warsaw passed the investigation to the Internal Security Agency. Investigators were at that point trying to determine the purpose of the flight and what information was collected by the drone.<sup>28</sup> The Russian drone operator was arrested. The Prosecutor's Office presented him with allegations of violation of aviation law, and the Internal Security Agency applied to the Border Guard for expulsion from Poland. Apparently, he was surprised to hear that he could not fly a drone over the government buildings, the Belvedere and other important headquarters of national institutions.

The most important governmental institutions are situated in the specific part of Warsaw where the Flight Restricted Area (ROL48) has been designated. An operator flying illegally in this area can face the charges of five-year imprisonment<sup>29</sup> or, if he acts unintentionally, is subject to a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year.<sup>30</sup>

One could state that the penalty for such an act might be too severe and law seems strict in this respect. However, it is possible to fly legally in this Area.

To operate a flight in the ROL48 Flight Restricted Area, the approval of the State Security Office (former Government Protection Bureau) is needed. The Office is a Polish equivalent of the United States Secret Service, providing antiterrorism services and VIP security services for the Polish government. To obtain formal approval from the Office to conduct an RPA flight in ROL48, the operator should send the application form at least five days prior to the flight. The Office then can remove restrictions for a specific flight or refuse to do so due to national

---

<sup>28</sup> <https://www.defence24.pl/dron-nad-kancelaria-premiera-zatrzymano-operatora-obywatela-rosji> [accessed on 08/10/2018].

<sup>29</sup> Article 212 para. 1(1) Aviation Law:

Who, performing a flight using an aircraft:

- a) violates the air traffic regulations in force in area in which the flight is taking place,
- b) crosses the state border without the required permit, or in violation of the terms of the permit,
- c) violates, issued on the basis of Art. 119 para. 2 of the Act, prohibitions or flight restrictions in the Polish airspace introduced due to the military necessity or public safety, (...) is subject to imprisonment of up to five years.

<sup>30</sup> Article 212 para. 3 Aviation Law.

security reasons. The approval of such a flight can be obtained only by the licensed Unmanned Aerial Vehicle Operator.<sup>31</sup>

On 17 July 2017, a CCTV operator noticed a drone flying over the Royal Castle in Warsaw and Sigismund's Column. He informed the Police about the incident. Officers detained a 29-year-old tourist from China in the area of the Castle Square. The charges were pressed on the basis of Article 212 para. 1(1) Aviation Law. As the operator claimed that he had no knowledge about the Restricted Area, the event resulted in less severe charges of a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to one year.<sup>32</sup>

Reckless drone operators include not only tourists. The owner of a drone in Gniezno, a city in the Wielkopolskie Voivodship, who on 14 June was flying his drone near the Gniezno cathedral could be a subject of the criminal liability. The man did not have the permit required for the flight from the Military Air Traffic Control Tower in Powidz as the whole city is covered by the Military CTR. He could be liable for the offence under Article 212 para. 1(1) Aviation Law as well.<sup>33</sup> Such repercussions could have been avoided by contacting the air traffic controller of the Powidz Air Traffic Control and obtaining the approval of the flight. Similar events have taken place also in other parts of Poland, and new cases are constantly broadcasted by the media. Many of those are ongoing, yet there is one well-known instance that ended up with a court judgement. The defendant was accused that on 4 December 2017 he operated an unmanned aerial vehicle above the Belvedere and Royal Łazienki Gardens which are in the Flight Restricted Area (ROL48) and EPWA CTR (Control Zone) of the Warsaw Chopin Airport. The flight was operated without consent from the Polish Air Navigation Services Agency and the State Security Office. The court found the operator guilty of the offence he was accused of under Article 212 para. 1(1a) Aviation Law, and on this basis the court sentenced him and punished with a six-month imprisonment. Under Article 69 §1 and 2 CC and Article 70 §1 CC, the imprisonment sentence was conditionally suspended for a trial period of two years. The operator was also obliged not to fly unmanned aircraft on the territory of the Republic of Poland and to pay a fee to the State Treasury in the amount of PLN 1,000 to cover court costs. As the number of illegal flights is rising, such incidents may result in similar court judgements.

One of the interesting cases are illegal flights in the National Parks. Due to their nature and necessity to protect the environment, the Restricted Areas are established in such places. Flights in those areas are possible only upon the approval from the manager of the Restricted Area. In case of the National Parks, it is usually the Park director. The Park management is often free to impose restrictions and requirements to be met in order to obtain the approval to conduct a flight. Some Parks decide to prohibit all drone activities. In case of the Tatrzanski National Park, the operator

---

<sup>31</sup> <https://sop.gov.pl/pl/o-sluzbie/loty-w-rol48/zgoda-na-loty-rol48/231,Loty-w-ROL48.html> [accessed on 06/10/2018].

<sup>32</sup> <http://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,22105043,latal-dronem-nad-zamkiem-krolewskim-teraz-poniesie-kare.html> [accessed on 07/10/2018].

<sup>33</sup> <http://moje-gniezno.pl/artykuly/czytaj/19916/latal-dronem-w-poblizu-katedry-grozi-mu-nawet-rok-wiezienia.html>.

must file an application form, including the details on the operator and flight. What is worth pointing out, Park managers can charge fees for drone flights. In case of the Tatrzański National Park, they range between PLN 300 (EUR 70) and PLN 15,000 (EUR 3,500), depending on the flight purpose. The fees in case of flights for educational purposes are significantly lower than for commercial reasons.<sup>34</sup> There are known cases when the restrictions are not observed, and the Park management can impose the penalty on the operator caught by the Park Security Officer or bring a lawsuit.<sup>35</sup>

## 6. CIVIL LIABILITY

There are no special regulations for drones regarding civil liability. Therefore, the general provisions on civil liability apply. For damages caused to third parties, the general regulations for the liability of an operator of manned aircraft are applicable. Aviation Law of 2002 stipulates in Article 206 that the liability for damage caused by the aircraft operation is regulated by civil law with respect to liability for damage caused by the use of mechanical means of transport operable by the forces of nature. Thus, this Article refers to the Civil Code, and particularly to Articles 435 and 436. Article 435 §1 Civil Code establishes the rule of strict liability for injuries caused by enterprises or establishments which are set in motion by natural forces, like steam, gas, electricity, fuel. The enumeration is not exclusive and atomic energy should be included. The same liability is imposed by Article 435 §2 Civil Code on establishments manufacturing or using high explosives, for instance, mines. A person running the enterprise on his own account is liable for injury caused by the accident, unless he proves that the damage has been the result of force majeure or incurred through the exclusive fault of the person injured or of a third party. Article 436 Civil Code refers to traffic accidents caused by motor vehicles. According to this Article, the liability depends on the possession of the vehicle and not on its ownership. The result is that in the case of theft, the owner of a car ceases to be liable. There are two important exceptions to this rule. Principles of liability based on fault are applicable when persons are transported gratuitously and in the case of a collision (see Article 436 §2 Civil Code). A gratuitous guest must prove the fault of the possessor (or his servant). In the case of a collision, general principles decide how much the fault of each driver has contributed to the damage.<sup>36</sup>

The liability of the operator is, therefore, strict and he cannot escape it, unless he proves that the damage has been the result of force majeure or incurred through the exclusive fault of the person injured or of a third party.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> <http://tpn.pl/kontakt/zalatw-sprawe/filmowanie>.

<sup>35</sup> [http://podhale24.pl/aktualnosci/artukul/52544/Turysci\\_lamia\\_zakaz\\_lotow\\_dronami\\_nad\\_Tatrami.html](http://podhale24.pl/aktualnosci/artukul/52544/Turysci_lamia_zakaz_lotow_dronami_nad_Tatrami.html) [accessed on 08/10/2018].

<sup>36</sup> For more, see A. Szpunar, *The law of tort in the Polish Civil Code, The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 16, No. 1, January 1967, pp. 86–102.

<sup>37</sup> For more, see A. Konert, *Odpowiedzialność za szkodę na ziemi wyrządzoną ruchem statku powietrznego*, Warsaw 2014.

There is also a risk of infringement of personal rights when using a drone. Pursuant to Article 23 Civil Code, the personal interests, in particular health, freedom, dignity, freedom of conscience, name or pseudonym, image, privacy of correspondence, inviolability of home, and scientific, artistic, inventive or improvement-related achievements are protected by civil law, independently of protection under other regulations. According to Article 24 Civil Code, any person whose personal interests are threatened by another person's actions may demand that the actions be ceased, unless they are not unlawful. In the case of infringement, he may also demand that the person committing the infringement perform the actions necessary to remove its effects, in particular that the person make a declaration of the appropriate form and substance. On the terms provided for in the Civil Code, he may also demand a pecuniary compensation or that an appropriate amount of money be paid for a specific public cause.

The use of drones can also trigger the liability for unlawful dissemination of the image. Pursuant to Article 81 of the Act on copyright and related rights, dissemination of an image requires the permission of a person depicted on it. In the absence of explicit reservation, no authorisation is required if the person has received the agreed payment for posing. The dissemination of the image does not require the permission in case of: a well-known person, if the image has been made in connection with performing public functions, in particular political, social and professional ones; a person who is only presented as a detail of a whole, such as a gathering, landscape, public event.

## 7. INSURANCE AND PUBLIC SAFETY

Regarding the insurance, Appendix 7 of the Regulation of the Minister of Transport, Construction and Maritime Economy of 26 March 2013 on the exclusion of certain provisions of the Aviation Law as non-applicable to certain types of aircraft and defining conditions and requirements for the use of these aircraft specifies the requirements for third-party liability insurance of people using: hang gliders, paragliders with foot take-off, parachutes and unmanned aircraft with a take-off mass of up to 20 kg. The insurance covers damage caused by the person operating the aircraft in connection with the operation of these aircraft.<sup>38</sup>

The third-party liability insurance of the person operating the aircraft covers damage consisting of:

- 1) bodily injury, health disorder or death of a third party;
- 2) damage to the property of a third party on the surface of the earth, water or airborne.

---

<sup>38</sup> Section 1.1 of the Regulation of the Minister of Transport, Construction and Maritime Economy of 26 March 2013 on the exclusion of certain provisions of the Aviation Law as non-applicable to certain types of aircraft and defining conditions and requirements for the use of these aircraft.



The obligation of the third-party liability insurance for a person operating aircraft arises on the day of the beginning of a flight or a jump, performed in the whole or in part of the Polish airspace.

The minimum limit of liability for third-party liability insurance of persons operating unmanned aircraft with a take-off mass from 5 to 20 kg, to the extent of damage caused to third parties in relation to one event, the effects of which are covered by the third-party liability insurance contract, is the equivalent in PLN to 3,000 SDRs.

An unmanned aerial vehicle, including a flying model, may be destroyed, immobilised or taken control over if:

- 1) the course of the flight or the operation of unmanned aircraft:
  - a. threatens the life or health of a person,
  - b. poses threat to protected objects, devices or areas,
  - c. disrupts the mass event or threatens the safety of its participants,
  - d. raises a reasonable suspicion that it can be used as a means of a terrorist attack;
- 2) unmanned aircraft performs flight in the airspace in the part in which flight restrictions have been introduced or located over the territory of the Republic of Poland, in which the flight of the aircraft is prohibited from ground level up to a specified altitude.

The above actions are authorised by the Police officers and other authorities.

## 8. CONCLUSIONS

It is crucial for a drone user to be aware of the existing regulations. For one flight, a drone operator can be liable based on both criminal and civil law: in terms of criminal punishment, for example for a domestic trespass, and in civil terms, for instance for violation of personal rights. The drone operator should, therefore, take all necessary measures to ensure flight safety. There are different sources from which the operator can obtain the information on flight restrictions in the area where he intends to fly a drone. It could be the website of the ANSP (air navigation service provider), in Poland: PAŻP,<sup>39</sup> or a dedicated application such as a drone radar.<sup>40</sup> Nevertheless, whatever source of information or tools the operator would use, he is solely responsible for the flight and its outcome. That is why, the proper preparation before the drone flight is crucial and mandatory in today's complex aviation and legal environment.

Unfortunately, the possibility of occurrences related to UAVs are still a fact. Although it is true that most of the incidents have not led to an accident, it should be remembered that an unreported drone can potentially affect the air traffic and safety of passengers and a flight crew. The main problem is a difficulty in identifying a drone operator. The time between the incident and the ATC notification to the

---

<sup>39</sup> [http://www.pansa.pl/index.php?menu\\_lewe=ops&lang=\\_pl&opis=OPS/ops\\_rpa](http://www.pansa.pl/index.php?menu_lewe=ops&lang=_pl&opis=OPS/ops_rpa).

<sup>40</sup> <https://droneradar.eu>.

Police is usually so long that it makes it impossible to find and identify the operator. In the view of the authors of this article, it is necessary to introduce a registration of all drone operators, which would allow automatic identification of a drone user.

Some of the countries or manufacturers try to find a solution on their own. For example, DJI company's drones simply will not take off in a place where the flight is forbidden (e.g. airports or military bases) thanks to GPS communications. However, software limitations are not sufficient, because they do not prevent flights over people. Another example is Japan where airports and other sensitive points are equipped with their own drones, which are connected to a sensitive radar system. If an alien flying object appeared in the sky, then the drone-guardian will immediately fly to it, hover over and shoot it down.<sup>41</sup>

Another issue is technology development pace which is faster than the lawmakers introducing new regulations. Three years ago, no one could imagine a plug-and-play consumer drone with a take-off mass less than 600 grams that could register 4K videos and fly long distances. Now such drones are available on the market in every bigger store offering electronics. The Polish regulations treat more liberally drones with the MTOM<sup>42</sup> of less than 600 grams.

This allows the flight to be conducted more than 1 km from the airport boundary (fencing) in the CTR zone and with the use of an unmanned aircraft and model aircraft with a take-off mass of not more than 0.6 kg and up to the altitude of 30 metres or up to the highest obstacle, including trees or buildings and other objects, within a radius of up to 100 metres from the operator. Heavier drones require the coordination with the ANSP (they are also allowed to fly higher than obstacles in line with the flight principles issued by PAŻP and in later cooperation with the ATC).

While this approach helps the market to develop and operators to operate lighter drones which will not interfere with manned aviation, the legislation is and will always be lagging behind the technological development.

The reasoning behind introducing the weight specification by the regulator might be at the time being the will to distinguish between the toy-drones and professional-use ones or to reduce harmful effects of potential incident involving drones. The first objective has already been challenged by the market, which offers smaller, lighter drones with better and better capabilities, moving the boundary between toys and professionally-used UAVs. However, the other reason may still be valid as an attempt to reduce the regulatory impact on restrictions on devices which potentially create less severe outcome of an incident due to their smaller size.

The European Commission has published the draft Commission Implementing Regulation on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft. The Opinion of the EASA No 01/2018: Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the "open" and "specific" categories<sup>43</sup> stated the intentions to implement an operation-centric, proportionate, risk- and

---

<sup>41</sup> See: <https://www.spidersweb.pl/2015/12/dron-w-siatce.html> [accessed on 05/10/2018].

<sup>42</sup> Maximum Take-Off Mass.

<sup>43</sup> <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Opinion%20No%2001-2018.pdf> [accessed on 08/11/2018].

performance-based regulatory framework for all UAS operations conducted in the “open” and “specific” categories.

The draft regulation defines different classes of UAVs based not only on MTOM but also introduces the kinetic energy as the reference point. The lightest subclass is C0 which includes drones weighing less than 250 grams, and the second subclass consists of drones between 250 grams and 900 grams or with kinetic energy of less than 80J.<sup>44</sup> There are three more classes with different MTOM and characteristics and functionalities of the UAVs themselves. It all shows the tendency to find the “golden ratio” of drone operations among the regulators. However, it is important to point out that the approach of the states which prepared the regulations years ahead before drafting the legal solutions by the European Union deserves an approval and should be assessed as positive. Thanks to the existing rules, the market is regulated safely and it keeps the number of operators in check in the same time allowing them to fly without imposing unnecessary restrictions.

In the meantime, the pursuit of lawmakers, the technology and the imagination of drone operators will continue to develop. The finish line of this race is the full integration of unmanned and manned aviation in a safe manner. Time will show how and when the industry will achieve this goal.

## BIBLIOGRAPHY

- 2018 Bi-Annual Safety Report for Flight Information Region EPWW.
- European Commission, *Flightpath 2050: Europe's Vision for Aviation*, Report of the High Level Group on Aviation Research, Brussels 2011.
- European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: *A new era for aviation. Opening the aviation market to the civil use of remotely piloted aircraft systems in a safe and sustainable manner*, Brussels, 8 April 2014, COM/2014/0207 final.
- European Aviation Safety Agency Opinion No 01/2018: Introduction of a regulatory framework for the operation of unmanned aircraft systems in the “open” and “specific” categories, <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Opinion%20No%2001-2018.pdf> [accessed on 08/11/2018].
- Kapnik B., *Unmanned but accelerating: Navigating the regulatory and privacy challenges of introducing unmanned aircraft into the national airspace system*, *Journal of Air Law and Commerce* Vol. 77, No. 2, 2012.
- Kasprzyk P., Konert A., *Bezzałogowe statki powietrzne. Nowa era w dziejach lotnictwa. Nowa era w prawie lotniczym?*, [in:] B. Hołyst (ed.), *Przyszłość prawa: Księga pamiątkowa XX-lecia Wydziału Prawa i Administracji, Uczelnia Łazarskiego*, Warsaw 2017.
- Konert A., *Air carrier liability under Polish Air Law*, *Indian Journal of International Law* Vol. 50, No. 2, 2010.
- Konert A., *Odpowiedzialność za szkodę na ziemi wyrządzoną ruchem statku powietrznego*, Warsaw 2014.

---

<sup>44</sup> Different kinetic energy levels are envisaged for specific categories of operations in Draft Annex to the Commission Implementing Regulation on the rules and procedures for the operation of unmanned aircraft.

- Peterson M., *The UAV and the current and future regulatory construct for integration into the national airspace system*, Journal of Air Law and Commerce Vol. 71, No. 3, 2006.
- Roma A., *Remotely piloted aircraft systems: Privacy and data protection implications*, The Aviation & Space Journal Vol. 13, No. 1, 2014.
- Scott B.I. (ed.), *The Law of Unmanned Aircraft Systems. An Introduction to the Current and Future Regulation under National, Regional and International Law*, Kluwer Law International BV, the Netherlands 2016.
- Stefanowski R., 50<sup>th</sup> Anniversary of LOT Polish Airlines, 1979-1-18, RAD Background Report/11.
- Szpunar A., *The law of tort in the Polish Civil Code*, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 16, No. 1, January 1967.
- Takahashi T.T., *Drones in the national airspace*, Journal of Air Law and Commerce Vol. 77, No. 3, 2012.
- Włodarczyk M., *Drony – najmłodszy użytkownicy przestrzeni powietrznej*, SMS Biuletyn Bezpieczeństwa PAŻP, No. 2, 2017.
- Zieliński T., *Funkcjonowanie bezzałogowych systemów powietrznych w sferze cywilnej*, Poznań 2014.
- Żylicz M., *Prawo lotnicze międzynarodowe, europejskie i krajowe*, Warsaw 2011.
- Żylicz M. (ed.), *Prawo lotnicze. Komentarz*, Warsaw, 2016.

#### Websites

- <http://latajzglowa.pl> [accessed on 27/09/2018].
- <http://moje-gniezno.pl/artykuly/czytaj/19916/latal-dronem-w-poblizu-katedry-grozi-mu-nawet-rok-wiezienia.html>.
- [http://podhale24.pl/aktualnosci/artykul/52544/Turysci\\_lamia\\_zakaz\\_lotow\\_dronami\\_nad\\_Tatrami.html](http://podhale24.pl/aktualnosci/artykul/52544/Turysci_lamia_zakaz_lotow_dronami_nad_Tatrami.html) [accessed on 08/10/2018].
- <http://tpn.pl/kontakt/zalaw-sprawe/filmowanie>.
- <http://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,22105043,latal-dronem-nad-zamkiem-krolewskim-teraz-poniesie-kare.html> [accessed on 07/10/2018].
- [http://www.pansa.pl/?lang=\\_pl&opis=wiecej&id\\_wyslane=1337](http://www.pansa.pl/?lang=_pl&opis=wiecej&id_wyslane=1337).
- [http://www.pansa.pl/index.php?menu\\_lewe=ops&lang=\\_pl&opis=OPS/ops\\_rpa](http://www.pansa.pl/index.php?menu_lewe=ops&lang=_pl&opis=OPS/ops_rpa) [accessed on 27/09/2018].
- <http://www.ulc.gov.pl/pl/publikacje/wiadomosci/4289-lataj-bezpiecznie-lataj-z-glowa-rusza-spot-edykacyjny-o-dronach> [accessed on 27/09/2018].
- <https://droneradar.eu>.
- <https://sop.gov.pl/pl/o-sluzbie/loty-w-rol48/zgoda-na-loty-rol48/231,Loty-w-ROL48.html> [accessed on 06/10/2018].
- <https://www.defence24.pl/dron-nad-kancelaria-premiera-zatrzymano-operatora-obywatela-rosji> [accessed on 08/10/2018].
- <https://www.pfr.pl/pl/aktualnosci/pfr-o-programie-zwirko-i-wigura> [accessed on 05/10/2018].
- <https://www.spidersweb.pl/2015/12/dron-w-siatce.html> [accessed on 05/10/2018].

„CZEMU NIE MOŻNA LATAĆ DRONEM NAD KANCELARIĄ PREMIERA?”  
– ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA I CYWILNA OPERATORA DRONA W POLSCE

Streszczenie

Rozwijająca się gałąź lotnictwa bezzałogowego niewątpliwie otwiera nowe możliwości dla przemysłu, nie tylko lotniczego. Wizja wzrostu gospodarczego, dostępność technologii, liberalne regulacje i malejące koszty bezzałogowych statków powietrznych tworzą coraz większą liczbę operatorów w Europie i na całym świecie. Tendencja ta jest bardzo widoczna w Polsce, gdzie liczba licencjonowanych operatorów dronów w trzecim kwartale 2018 roku przekroczyła 8 500. Liczba nielicencjonowanych, tak zwanych rekreacyjnych i sportowych użytkowników dronów, może być kilka, a nawet kilkadziesiąt razy wyższa. Licencjonowani operatorzy najprawdopodobniej są świadomi swoich obowiązków i potencjalnych zagrożeń, jakie mogą stwarzać operacje BSP. Użytkownicy rekreacyjni natomiast są mniej poinformowani o potencjalnej odpowiedzialności za swoje działania. Ta nowa gałąź dojrzałego sektora lotniczego może wymagać wzmocnionych wysiłków ustawodawcy, jednak przepisy dotyczące odpowiedzialności cywilnej i karnej w odniesieniu do załogowego lotnictwa mogą z powodzeniem zostać zastosowane do bezzałogowych statków powietrznych. Autorzy niniejszego opracowania przedstawiają przegląd tych regulacji na przykładzie polskich przypadków, aby potwierdzić, że świadome korzystanie z nowej technologii jest najważniejszą częścią jej dalszego rozwoju.

Słowa kluczowe: lotnictwo, prawo lotnicze, drony, operator drona

“HOW COME I CANNOT FLY A DRONE  
ABOVE THE PRIME MINISTER’S OFFICE?”  
– CRIMINAL AND CIVIL LIABILITY OF A DRONE OPERATOR IN POLAND

Summary

The developing branch of unmanned aviation is undoubtedly opening the new possibilities to aviation applications. The prospect of economic growth, technology availability, liberal regulations and decreasing costs of unmanned aerial vehicles reduce the entry threshold for more and more operators in Europe and worldwide. This trend is largely visible in Poland where the number of licensed drone operators in the third quarter of 2018 exceeded 8,500. The number of unlicensed, so-called recreational and sport users of drones, might be a few or even dozens times higher. While trained and licensed operators are most probably aware of their responsibilities and potential hazards the drone operations might create, recreational users tend to be more reluctant to fly by the book and less informed on potential liability of their actions. The new branch of long-time developed and matured aviation sector might require increased efforts of lawmakers, however, criminal and civil liability regulations concerning manned aviation can be successfully applied to unmanned aerial vehicles. The authors of this study present an overview of these regulations on the example of Polish provisions in order to confirm that the conscious use of the new technology is crucial for its further development and sustaining the liberal approach of lawmakers and other aviation users.

Keywords: aviation, aviation law, drones, drone operator

**Cytuj jako:**

Konert A., Kotliński M., "How come I cannot fly a drone above the Prime Minister's Office?" – criminal and civil liability of a drone operator in Poland [„Czemu nie można latać dronem nad Kancelarią Premiera?" – odpowiedzialność karna i cywilna operatora drona w Polsce], „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 98–115. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.37/a.konert/m.kotlinski

**Cite as:**

Konert, A., Kotliński, M. (2018) "How come I cannot fly a drone above the Prime Minister's Office?" – criminal and civil liability of a drone operator in Poland'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 98–115. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.37/a.konert/m.kotlinski

# INSPEKTOR OCHRONY DANYCH W ŚWIETLE PRZEPISÓW OGÓLNEGO ROZPORZĄDZENIA O OCHRONIE DANYCH (RODO)

---

RYSZARD SZAŁOWSKI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.38/r.szalowski

Istotną rolę w zapewnieniu przestrzegania przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych<sup>1</sup> odgrywa administrator bezpieczeństwa informacji, którego podstawowym zadaniem jest zapewnianie przestrzegania przepisów tej ustawy, w szczególności przez:

- sprawdzanie zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami,
- nadzorowanie opracowania i aktualizowania dokumentacji opisującej sposób przetwarzania danych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ich ochronę, a także przestrzegania zasad określonych w tej dokumentacji, jak również,
- zapewnianie zapoznania osób upoważnionych do przetwarzania danych osobowych z przepisami o ich ochronie<sup>2</sup>.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)<sup>3</sup> weszło w życie 25 maja 2016 r., a ma zastosowanie od dnia 25 maja 2018 r. Przedmiot regulacji przepisów rozdziału IV sekcji 4 tego aktu (art. 37–39) stanowią wyznaczenie, status i zadania inspektora ochrony danych (dalej jako IOD). Podmiot ten stanowi odpo-

---

\* dr hab., profesor Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Długosza w Częstochowie, Wydział Filologiczno-Historyczny; e-mail: e-mail: r.szalowski@ujd.edu.pl

<sup>1</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2016, poz. 922.

<sup>2</sup> Na temat powoływania, zadań i statusu administratora bezpieczeństwa informacji zob.: R. Szalowski, *Administrator bezpieczeństwa informacji*, „Ius Novum” 2016, nr 4, s. 208–224 i powołane tam piśmiennictwo.

<sup>3</sup> Dz. Urz. UE L 119, dalej powoływane jako RODO.



wiednik administratora bezpieczeństwa informacji, funkcjonującego dotychczas na podstawie przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Celem niniejszego artykułu jest prezentacja, analiza i ocena nowych regulacji prawa europejskiego w zakresie wyznaczania, zadań i statusu IOD.

## 1. WYZNACZENIE INSPEKTORA OCHRONY DANYCH

Wyznaczenie IOD jest przedmiotem regulacji w art. 37 RODO. Powierzenie konkretnej osobie obowiązków IOD prawodawca unijny nazywa wyznaczeniem, co nie wydaje się określeniem trafnym na gruncie języka prawnego, chodzi bowiem o zatrudnienie, co zdaje się potwierdzać konkretyzacja zawarta w treści ust. 6 art. 37, z której wynika, że IOD może być członkiem personelu lub wykonywać zadania na podstawie umowy o świadczenie usług.

Wyznaczenie IOD może następować w ramach realizacji obowiązku określonego przepisami RODO, bądź stanowić konsekwencję skorzystania ze stosownego uprawnienia. IOD wyznaczają administrator<sup>4</sup> lub podmiot przetwarzający<sup>5</sup>.

Kwestia zakresu obowiązku wyznaczenia IOD jest przedmiotem regulacji ust. 1 art. 37 RODO. Administrator i podmiot przetwarzający wyznaczają IOD zawsze, gdy zostanie spełniona chociaż jedna z trzech przesłanek wskazanych w tym przepisie. Wyznaczenie IOD stanowi obowiązek mogący ciążyć niezależnie na administratorze lub podmiocie przetwarzającym, co oznacza, że „obowiązek ten może realizować tylko administrator albo tylko podmiot przetwarzający, bądź oba te podmioty jednocześnie”<sup>6</sup>. Redagując treść powołanego przepisu prawodawca unijny abstrahuje od tego, że w zakresie uprawnień podmiotu zobowiązanego w świetle przepisów RODO – tj. administratora lub podmiotu przetwarzającego, może nie mieścić się, uwzględniając przepisy prawa krajowego, możliwość zatrudniania osób. Zatem używając terminologii RODO – wyznaczyć, czyli zatrudnić IOD będzie mógł administrator lub podmiot przetwarzający, jeżeli jednocześnie będzie pełnił funkcję kierownika jednostki lub będzie osobą posiadającą stosowne uprawnienia kadrowe w ramach danej organizacji.

Pierwszą z przesłanek omawianego obowiązku stanowi dokonywanie przetwarzania przez organ lub podmiot publiczny, z wyjątkiem sądów w zakresie sprawowania przez nie wymiaru sprawiedliwości. Chodzi więc nie tylko o organy władzy publicznej, ale także inne podmioty np. jednostki organizacyjne, czy zakłady admi-

---

<sup>4</sup> Według art. 4 pkt 7) RODO „administrator” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych.

<sup>5</sup> Zgodnie z art. 4 pkt 8) RODO „podmiot przetwarzający” oznacza osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora.

<sup>6</sup> E. Bielak-Jomaa [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 770. Podobnie P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki [w:] P. Litwiński (red.), P. Barta, M. Kawecki, *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 556.

nistracyjne<sup>7</sup>. W piśmiennictwie przedstawiono stanowisko, według którego obowiązek wyznaczenia IOD ciąży również na podmiotach niepublicznych realizujących zadania publiczne<sup>8</sup>. Nie podzielam takiego stanowiska. Nie daje się ono pogodzić z gramatyczną wykładnią przepisu art. 37 ust. 1 RODO. Ponieważ stanowi on podstawę rozstrzygnięcia o obowiązkach, zatem każdy podmiot zobligowany powinien zostać wprost wskazany w treści przepisu, albowiem ciężący na podmiocie obowiązek nie może być przedmiotem domniemania, ani stosowania wykładni rozszerzającej.

Wbrew dosłownemu brzmieniu powołanego przepisu sądy nie zostały potraktowane przez prawodawcę jako wyjątek. Jeżeli zwolnienie sądu z obowiązku wyznaczenia IOD ma nie obejmować zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości, to znaczy, że na sądzie ciąży jednak obowiązek wyznaczenia IOD, ale zakres jego kompetencji (uprawnień – obowiązków) nie będzie obejmował kwestii odnoszących się do sprawowania wymiaru sprawiedliwości<sup>9</sup>. Zatem inspektor powinien być przez sądy wyznaczony, przy czym „spod zakresu jego zadań będzie wyłączone monitorowanie przestrzegania przepisów co do danych przetwarzanych w ramach czynności orzeczniczych sądu, np. danych zawartych w aktach sądowych lub bazach danych służących do wspomaganie czynności orzeczniczych”<sup>10</sup>.

Jak stanowi art. 37 ust. 3 RODO, jeżeli administrator lub podmiot przetwarzający są organem lub podmiotem publicznym, dla kilku takich organów lub podmiotów można wyznaczyć – z uwzględnieniem ich struktury organizacyjnej i wielkości – jednego IOD. Jak podkreślono w piśmiennictwie „celem takiej regulacji jest, aby wspólnego inspektora nie wyznaczało kilka bardzo dużych organów publicznych (lub przetwarzających bardzo wiele danych), oraz aby wspólny inspektor był wyznaczany przez organy, których zadania są ze sobą powiązane. Powołany przepis nie wskazuje, który z uprawnionych podmiotów miałby dokonywać wyznaczenia IOD, ani „czy i pod jakimi warunkami mogą odstąpić od podjętej wcześniej decyzji o wyznaczeniu wspólnego IOD”<sup>11</sup>. Jak podkreśla M. Zadrożny, „należy ostrożnie podchodzić do wyznaczenia jednego inspektora ochrony danych dla kilku podmiotów publicznych, gdyż może to powodować fikcyjny nadzór nad systemem ochrony danych w tych podmiotach”<sup>12</sup>.

Pozostałe przesłanki kreacji obowiązku wyznaczenia IOD dotyczą wyłącznie podmiotów niepublicznych, chociaż w treści art. 37 ust. 1 RODO zabrakło takiego zastrzeżenia. Wynika to *a contrario* z generalnego brzmienia treści przepisu ust. 1 pkt a) ustanawiającego wspomniany obowiązek dla organów lub podmiotów publicznych, a zatem każdy organ publiczny i taki podmiot wyznacza IOD niezależ-

<sup>7</sup> Na temat zakresu pojęć organ i podmiot publiczny zob.: P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 557–559 oraz E. Bielak-Jomaa, *op. cit.*, s. 772–773.

<sup>8</sup> P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 559.

<sup>9</sup> Podobnie E. Bielak-Jomaa, *op. cit.*, s. 775.

<sup>10</sup> K. Syska, *Administrator bezpieczeństwa informacji a inspektor ochrony danych – porównanie przesłanek powołania, statusu i zadań*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek), s. 76.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> M. Zadrożny, *Inspektor ochrony danych (IOD) jako następca ABI*, [w:] A. Dmochowska, M. Zadrożny (red.), *Unijna reforma ochrony danych osobowych. Analiza zmian*, Warszawa 2016, legalis.

nie od jakichkolwiek okoliczności o charakterze przedmiotowym. Jeśli prawodawca wskazuje w treści ust. 1 pkt b) oraz pkt c) na przesłanki o charakterze przedmiotowym, to należy uznać, że odnoszą się one wyłącznie do podmiotów niepublicznych.

Obowiązek wyznaczenia IOD ciąży na niepublicznym administratorze lub podmiocie przetwarzającym, jeżeli jego główna działalność<sup>13</sup> polega na przetwarzaniu danych na dużą skalę:

- a charakter, zakres lub cele takich operacji wymagają regularnego i systematycznego monitorowania osób, których dane dotyczą, bądź
- przetwarzaniu podlegają dane osobowe szczególnych kategorii, o których mowa w art. 9 ust. 1<sup>14</sup>, oraz dane osobowe dotyczące wyroków skazujących i naruszeń prawa, o czym mowa w art. 10<sup>15</sup>.

Na wstępie trzeba stwierdzić, że o ile obowiązek powołania IOD przez organy i podmioty publiczne ma charakter bezwzględny i nie podlega ograniczeniom o charakterze przedmiotowym, to ten sam obowiązek adresowany do podmiotów niepublicznych został zrehabilitowany względnie liberalnie. Budzi to poważne wątpliwości, albowiem instytucja IOD powinna służyć zapewnieniu skuteczności ochrony danych osobowych niezależnie od tego, czy przetwarza je podmiot publiczny czy niepubliczny.

Liberalizm podejścia prawodawcy do wyznaczenia IOD przez podmiot niepubliczny wyraża się w ograniczeniu takiego obowiązku do administratorów i podmiotów przetwarzających dane na dużą skalę, w ramach głównej działalności i tylko wówczas, gdy charakter, zakres lub cele operacji przetwarzania wymagają regularnego i systematycznego monitorowania osób, których dane dotyczą, bądź jeżeli na dużą skalę, w ramach głównej działalności przetwarzane są szczególne kategorie danych osobowych lub dane osobowe dotyczące wyroków skazujących i naruszeń prawa. Zatem, monitorowanie osób, nawet regularne i systematyczne nie kreuje omawianego obowiązku, jeśli nie jest realizowane na dużą skalę, bądź jeżeli skala monitorowania jest nawet duża, to odbywa się ono poza sferą głównej działalności. Podobnie nie rodzi obowiązku wyznaczenia IOD przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych lub danych osobowych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa, jeżeli to nie główna działalność administratora lub podmiotu przetwarzającego kreuje potrzebę przetwarzania takich danych na dużą

---

<sup>13</sup> Zgodnie z jedną z tez motywu 97 RODO w sektorze prywatnym przetwarzanie danych osobowych jest główną działalnością administratora, jeżeli oznacza jego zasadnicze, a nie poboczne czynności.

<sup>14</sup> Zgodnie z brzmieniem tego przepisu do takich danych osobowych zaliczono dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz dane genetyczne, dane biometryczne w celu jednoznacznego zidentyfikowania osoby fizycznej lub dane dotyczące zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby.

<sup>15</sup> Według treści tego przepisu przetwarzania danych osobowych dotyczących wyroków skazujących oraz naruszeń prawa lub powiązanych środków bezpieczeństwa na podstawie art. 6 ust. 1 wolno dokonywać wyłącznie pod nadzorem władz publicznych lub jeżeli przetwarzanie jest dozwolone prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego przewidującymi odpowiednie zabezpieczenia praw i wolności osób, których dane dotyczą. Wszelkie kompletne rejestry wyroków skazujących są prowadzone wyłącznie pod nadzorem władz publicznych.

skalę lub jeżeli podmiot potencjalnie zobowiązany przetwarza takie dane w ramach głównej działalności, ale skali przetwarzania nie można uznać za dużą.

Przesłanki obowiązku wyznaczenia IOD przez podmiot niepubliczny zostały zredagowane w dużej mierze przy użyciu pojęć niedookreślonych<sup>16</sup>, (np. duża skala przetwarzania, regularne i systematyczne monitorowanie) co budzi poważne wątpliwości. Konkretny administrator, czy podmiot przetwarzający, dla ustalenia czy ciąży na nim taki obowiązek wynikający bezpośrednio z przepisów RODO, zmuszony jest dokonać ich wykładni, której rezultat nie musi być zbieżny z interpretacją dokonaną przez organ nadzorczy. Niewyznaczenie IOD wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisów RODO podlega administracyjnej karze pieniężnej określonej w art. 83 ust. 4 tego aktu. Dodać należy, że zgodnie z ogólną regułą interpretacyjną przesłanki zredagowanego w akcie normatywnym obowiązku powinny podlegać wykładni zawężającej.

Jak stanowi przepis art. 37 ust. 2 RODO grupa przedsiębiorstw<sup>17</sup> może wyznaczyć jednego inspektora ochrony danych, o ile można będzie łatwo nawiązać z nim kontakt z każdej jednostki organizacyjnej. Występujące w treści ust. 2 *in fine* zastrzeżenie warunkujące wyznaczenie jednego inspektora możliwością nawiązania z nim kontaktu z każdej jednostki organizacyjnej wydaje się nie mieć praktycznego znaczenia wobec współczesnego rozwoju technik łączności telekomunikacyjnej oraz internetowej.

W piśmiennictwie trafnie podniesiono, że skoro przepisy RODO nie zakazują pełnienia funkcji IOD jednocześnie na rzecz kilku administratorów, czy podmiotów przetwarzających, to także „będzie istniała (...) możliwość wyznaczania przez niepowiązane ze sobą podmioty tej samej osoby do pełnienia funkcji inspektora ochrony danych”<sup>18</sup>. Dodać należy, że brak również przeszkód formalnych, aby ta sama osoba została zatrudniona jako IOD przez organ lub podmiot publiczny i przedsiębiorcę.

Zgodnie z dyspozycją ust. 4 art. 37 administrator, podmiot przetwarzający, zrzeszenia lub inne podmioty reprezentujące określone kategorie administratorów lub podmiotów przetwarzających wyznaczają IOD także wówczas, gdy wymaga tego prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego. Dyspozycja ta odnosi się wyłącznie do podmiotów niepublicznych, albowiem wszystkie organy i podmioty publiczne są objęte takim obowiązkiem na podstawie przepisów RODO.

Ten sam przepis RODO przyznaje podmiotom niepublicznym uprawnienie do wyznaczenia IOD, jeżeli nie ciąży na nich taki obowiązek. Uprawnienie takie ma charakter generalny i nie jest limitowane żadnymi okolicznościami, a więc „decyzja o wyznaczeniu bądź niewyznaczeniu inspektora pozostaje uznaniową decyzją administratora lub podmiotu przetwarzającego”<sup>19</sup>. K. Witkowska podkreśla, że

<sup>16</sup> Wykładnia tych pojęć jest przedmiotem zainteresowania piśmiennictwa, zob. E. Bielał-Jomaa, *op. cit.*, s. 778–783 oraz P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 560–566.

<sup>17</sup> Według definicji przyjętej w art. 4 pkt 19) RODO „grupa przedsiębiorstw” oznacza przedsiębiorstwo sprawujące kontrolę oraz przedsiębiorstwa przez nie kontrolowane.

<sup>18</sup> P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 568.

<sup>19</sup> D. Lubasz, *Europejska reforma ochrony danych osobowych – nowe obowiązki administratora w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, [w:] E. Bielał-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016, s. 84.

w razie wykonywania przez administratora lub podmiot przetwarzający dane działalności objętej tajemnicą zawodową powołanie IOD „będzie dla nich dobrym rozwiązaniem i sposobem zagwarantowania bardziej skutecznej i bardziej efektywnej ochrony danych (...)”<sup>20</sup>.

Przepis art. 37 ust. 5 RODO stanowi, że IOD jest wyznaczany na podstawie kwalifikacji zawodowych, a w szczególności wiedzy fachowej na temat prawa i praktyk w dziedzinie ochrony danych oraz umiejętności wypełnienia zadań. Jak podkreślono w motywie 97 RODO niezbędny poziom wiedzy fachowej należy ustalić w szczególności w świetle prowadzonych operacji przetwarzania danych oraz ochrony, której wymagają dane osobowe przetwarzane przez administratora lub podmiot przetwarzający. Rozwiązanie takie jest oceniane jako „wyraźna tendencja do tworzenia zawodowego charakteru funkcji IOD”<sup>21</sup>. Jeżeli chodzi o umiejętność wykonywania zadań to może tu chodzić m.in. o przekazywanie wiedzy, przeprowadzanie szkoleń, czy zdolność efektywnej komunikacji<sup>22</sup>.

W przepisach RODO brak wskazania na przesłanki odwołania IOD, „należy więc uznać, że kwestia ta pozostawiona została do uregulowania w przepisach krajowych”<sup>23</sup>.

## 2. ZADANIA INSPEKTORA OCHRONY DANYCH

Zadania IOD zostały wymienione w art. 39 RODO w formie katalogu zamkniętego. W piśmiennictwie trafnie podnosi się, że według brzmienia angielskiej wersji aktu wykaz ten ma charakter otwarty<sup>24</sup>. Zatem, należy zgodzić się ze stanowiskiem, iż zadania IOD wymienione w RODO „to zadania określone jako minimum niezamykające drogi wszystkim czynnościom i działaniom na rzecz ochrony danych osobowych”<sup>25</sup>.

Pierwszym z zadań IOD, zredagowanym w treści pkt a) ust. 1 jest informowanie administratora, podmiotu przetwarzającego oraz pracowników, którzy przetwarzają dane osobowe, o obowiązkach spoczywających na nich na mocy niniejszego rozporządzenia oraz innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych i doradzanie im w tej sprawie. Realizacja tego zadania może polegać na prowadzeniu wykładów, warsztatów, szkoleń, czy opracowaniu materiałów infor-

---

<sup>20</sup> K. Witkowska, *Dataprotection officer, czyli inspektor ochrony danych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma...*, s. 242.

<sup>21</sup> M. Chodorowski, *Nowe prawa i obowiązki administratora bezpieczeństwa informacji (inspektora ochrony danych) w świetle najnowszych opinii wydanych przez Grupę Roboczą Art. 29*, [w:] M. Kawecki, T. Osiej (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych*, Warszawa 2017, s. 157.

<sup>22</sup> K. Syska, *op. cit.*, s. 77.

<sup>23</sup> M. Piech, *„Deregulacyjna” nowelizacja i unijna reforma zasad ochrony danych osobowych z perspektywy administratora danych osobowych*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma...*, s. 47.

<sup>24</sup> Zob. P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 592 oraz E. Bielak-Jomaa, *op. cit.*, s. 808.

<sup>25</sup> A. Lewiński, *Administrator bezpieczeństwa informacji – zagadnienia konstrukcyjne*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma...*, s. 155.

macyjnych<sup>26</sup>. Jednak podstawowe źródło przekazywanych informacji powinny stanowić materiały opracowywane pod egidą organu nadzorczego. Stanowiłoby podstawę jednolitej praktyki stosowania przepisów o ochronie danych osobowych, kształtowanej w ramach realizacji przez ten organ zadania (wynikającego z treści art. 57 ust. 1 pkt d) RODO) polegającego na upowszechnianiu wśród administratorów i podmiotów przetwarzających wiedzy o obowiązkach spoczywających na nich na mocy tego rozporządzenia. Jeżeli chodzi natomiast o doradzanie administratorowi, podmiotowi przetwarzającemu oraz pracownikom w kwestii ich obowiązków, to zadania IOD ograniczają się, w moim przekonaniu, do sugerowania sposobu wykonywania zadań w zakresie, w jakim nie wymaga to dokonywania wykładni przepisów prawa, albowiem takie kwestie powinny pozostawać w zakresie kompetencji podmiotu realizującego obsługę prawną w organizacji.

Po drugie, co wynika z treści pkt b) ust. 1 art. 39 do zadań IOD zaliczono monitorowanie przestrzegania niniejszego rozporządzenia, innych przepisów Unii lub państw członkowskich o ochronie danych oraz polityk administratora lub podmiotu przetwarzającego w dziedzinie ochrony danych osobowych<sup>27</sup>. Monitorowanie oznacza tyle co obserwowanie, czy sprawdzanie, zatem z realizacją tego zadania nie są związane żadne uprawnienia o charakterze władczym, które mogłyby być pochodną funkcji kontrolno-nadzorczej (np. możliwość żądania wyjaśnień). Wykładnia celowościowa pozwala na przyjęcie, że ustalenia dokonywane podczas monitorowania powinny być przekazywane administratorowi wraz z sugestiami sposobu usunięcia nieprawidłowości, jeżeli takie zostały stwierdzone, przy czym przedstawione sugestie nie są dla adresata wiążące.

Trzecie z zadań IOD (pkt c ust. 1) polega na udzielaniu na żądanie zaleceń co do oceny skutków dla ochrony danych oraz monitorowanie jej wykonania zgodnie z art. 35. Wskazane zadanie IOD jest konsekwencją nałożonego na administratora na podstawie art. 35 ust. 1 RODO obowiązku dokonania, jeszcze przed rozpoczęciem przetwarzania danych, oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych, jeżeli dany rodzaj przetwarzania – w szczególności z użyciem nowych technologii – ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych<sup>28</sup>.

Dokonując oceny skutków dla ochrony danych, administrator konsultuje się z IOD, jeżeli został on wyznaczony, a zatem zadaniem IOD jest w opisanej sytuacji przedstawienie stosownej opinii. Prawodawca w treści art. 39 ust. 1 pkt c) określa zadanie IOD jako udzielanie na żądanie zaleceń co do oceny skutków dla ochrony danych oraz monitorowanie jej wykonania zgodnie z art. 35. Czynność administratora nazwana w art. 35 ust. 2 konsultowaniem się z IOD, w art. 39 ust. 1 pkt c

---

<sup>26</sup> E. Bielak-Jomaa, *op. cit.*, s. 810.

<sup>27</sup> W tym, monitorowaniu ma podlegać podział obowiązków, działania zwiększające świadomość, szkolenia personelu uczestniczącego w operacjach przetwarzania oraz powiązane z tym audyty.

<sup>28</sup> Szerzej na temat oceny skutków zob. N. Kalinowska, P. Litwiński, *Ocena skutków dla ochrony danych i uprzednie konsultacje – nowe obowiązki podmiotów przetwarzających dane osobowe*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 13, s. 695–701.



określona została jako żądanie, a potencjalna reakcja IOD jako udzielenie zaleceń, których jednak nie można traktować jako zobowiązujących. Z treści motywu (77) RODO wynika, że IOD jest uprawniony do redagowania wskazówek zawierających w swej treści sugestie jak wdrożyć odpowiednie środki oraz wykazać przestrzeganie prawa przez administratora lub podmiot przetwarzający dane – w szczególności jeżeli chodzi o identyfikowanie ryzyka związanego z przetwarzaniem, o jego ocenę pod kątem źródła, charakteru, prawdopodobieństwa i wagi zagrożenia oraz o najlepsze praktyki pozwalające zminimalizować to ryzyko. Jednak „to organizacja, a nie IOD jest zobowiązana zapewnić zgodność z prawem ochrony danych osobowych (...)”<sup>29</sup>.

Zawarta w treści ust. 2. art. 39 RODO dyspozycja, aby IOD wypełniał swoje zadania z należytym uwzględnieniem ryzyka związanego z operacjami przetwarzania, mając na uwadze charakter, zakres, kontekst i cele przetwarzania wydaje się mieć znaczenie wyłącznie w odniesieniu do realizacji omawianego zadania.

Po czwarte, zadaniem IOD jest współpraca z organem nadzorczym oraz pełnienie funkcji punktu kontaktowego dla tego organu w kwestiach związanych z przetwarzaniem, w tym z uprzednimi konsultacjami, o których mowa w art. 36, oraz w stosownych przypadkach prowadzenie konsultacji we wszelkich innych sprawach (art. 39 ust. 1 pkt d i e RODO). Na podstawie art. 37 ust. 7 RODO administrator lub podmiot przetwarzający zawiadamiają organ nadzorczy o danych kontaktowych IOD. W piśmiennictwie wskazano, że do takich danych należy zaliczyć „imię i nazwisko oraz adres korespondencyjny, a także ewentualnie adres e-mail lub telefon kontaktowy”<sup>30</sup>. Jednak prawodawca w przepisach art. 13 i 14 RODO, redagując obowiązki administratora danych i podmiotu przetwarzającego wobec podmiotu danych nakazuje przekazanie informacji o swojej tożsamości oraz danych kontaktowych. W przepisie art. 37 ust. 7 nie wskazano jednak na tożsamość IOD jako konieczny element treści zawiadomienia kierowanego przez administratora lub podmiot przetwarzający do organu nadzorczego. Czyżby zatem wolą prawodawcy europejskiego było zagwarantowanie IOD anonimowości w ramach współpracy z organem nadzorczym?

Przepisy RODO „nie definiują ściśle kompetencji organu nadzorczego wobec IOD”<sup>31</sup>. Jak podkreśla E. Bielak-Jomaa, „ogólnie określony obowiązek współpracy z organem nadzorczym z pewnością wykracza poza działania o charakterze konsultacyjno-doradczym”<sup>32</sup>. Pojęcie współpracy z organem nadzorczym powinno być rozumiane jako upoważnienie i zobowiązanie do wspólnej pracy, wspomaganie organu nadzorczego przez IOD oraz tego podmiotu przez organ nadzorczy, co zgodnie z dyspozycją art. 57 ust. 3 RODO ma następować bezpłatnie. Pełnienie funkcji punktu kontaktowego oznacza wskazanie IOD jako podmiotu stanowiącego potencjalne źródło informacji dla organu nadzorczego w kwestiach związa-

<sup>29</sup> M. Chodorowski, *op. cit.*, s. 151. Podobnie E. Bielak-Jomaa, *op. cit.*, s. 810.

<sup>30</sup> K. Syska, *op. cit.*, s. 77.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> E. Bielak-Jomaa, *Wyzwania przed administratorami bezpieczeństwa informacji (inspektorami ochrony danych) w związku z wejściem w życie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek), s. 5.



nych z przetwarzaniem danych<sup>33</sup>. W doktrynie podkreśla się, że chodzić tu może o „umożliwienie organowi nadzorczemu dostępu do dokumentów i informacji w celu realizacji zadań, o których mowa w art. 57, jak również wykonywania uprawnień w zakresie prowadzonych postępowań, uprawnień naprawczych, uprawnień w zakresie wydawania zezwoleń oraz uprawnień doradczych, zgodnie z art. 58”<sup>34</sup>. Takie stanowisko nasuwa jednak wątpliwości, albowiem z treści wskazanych przepisów RODO (art. 57 i 58) nie wynika, że prawodawca przewidział w tym zakresie jakąkolwiek rolę dla IOD. Jego udział np. w prowadzonym postępowaniu musiałby zostać uprzednio dookreślony w wymiarze prawnym. Z kolei adresatami obowiązku dostarczenia organowi nadzorczemu wszelkich informacji niezbędnych do realizacji jego zadań są administrator, podmiot przetwarzający, a w stosownym przypadku przedstawiciel tych podmiotów, a nie IOD, co wynika wprost z treści art. 58 ust. 1 pkt a) RODO.

Piąte z zadań IOD wynika pośrednio z treści art. 38 ust. 4 RODO. Zgodnie z tym przepisem osoby, których dane dotyczą, mogą kontaktować się z IOD we wszystkich sprawach związanych z przetwarzaniem ich danych osobowych oraz z wykonywaniem praw przysługujących im na mocy niniejszego rozporządzenia. Według art. 13 i 14 RODO, niezależnie od sposobu pozyskania danych przez administratora czy podmiot przetwarzający, osoby te powinny przekazać osobie, której dane dotyczą dane kontaktowe IOD. Redagując zakres tego obowiązku prawodawca pominął tożsamość IOD, co oznacza że IOD pozostaje dla podmiotu danych postacią anonimową, co trudno akceptować. „W pewnych sytuacjach poznanie tożsamości IOD może okazać się pożądane z punktu widzenia nawiązania prawidłowego stosunku między osobą, której dane dotyczą oraz IOD”<sup>35</sup>.

We wskazanej sytuacji należy uznać, że zadaniem IOD, a ściślej mówiąc jego obowiązkiem, jest udzielanie podmiotom danych informacji we wszystkich sprawach związanych z przetwarzaniem ich danych osobowych oraz z wykonywaniem praw przysługujących im na mocy RODO. „Podmioty danych mogą zwracać się bezpośrednio do IOD oraz oczekiwać od niego odpowiedzi na zadane pytania”<sup>36</sup>. E. Bielak-Jomaa podnosi, że ponieważ adresatem obowiązku (np. wynikającego z art. 15 RODO) jest administrator to „rola inspektora sprowadzać się będzie formalnie do przygotowywania projektów odpowiedzi dla osób, których dane dotyczą”<sup>37</sup>. Biorąc pod uwagę odpowiedzialność administratora danych za nieprzestrzeganie przepisów RODO należy zadać pytanie, czy ocena stanowiska administratora w sprawie nie powinna raczej podlegać opiniowaniu przez osobę realizującą obsługę prawną w organizacji.

---

<sup>33</sup> M. Chodorowski, *op. cit.*, s. 154.

<sup>34</sup> E. Bielak-Jomaa [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie...*, *op. cit.*, s. 813.

<sup>35</sup> G. Sibiga, K. Syska, *Działania organizacyjne i informacyjne związane z wyznaczeniem i wykonywaniem funkcji inspektora ochrony danych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20 (dodatek), s. 26.

<sup>36</sup> M. Chodorowski, *op. cit.*, s. 155.

<sup>37</sup> E. Bielak-Jomaa [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie...*, *op. cit.*, s. 805.

Jeżeli chodzi o kontaktowanie się z IOD w sprawach wykonywania praw przysługujących podmiotowi danych, to procedura taka budzi wątpliwości, albowiem np. z przepisów art. 15 (prawo dostępu), art. 16 (prawo do sprostowania danych), art. 17 (prawo do usunięcia danych), art. 18 (prawo do ograniczenia przetwarzania) wynika, że ich realizacja następuje na drodze złożenia stosownego żądania do administratora. Można mieć wątpliwości, czy skoro osoba, której dane dotyczą dysponuje wiedzą o tożsamości administratora oraz jego danymi kontaktowymi, to czy kierowanie żądania do IOD wywołuje skutki prawne.

### 3. STATUS INSPEKTORA OCHRONY DANYCH

Gwarancje skutecznej realizacji zadań przez IOD mają stanowić wyznaczenie na podstawie kwalifikacji zawodowych, a w szczególności wiedzy fachowej na temat prawa i praktyk w dziedzinie ochrony danych oraz umiejętności wypełnienia zadań, a także status tego podmiotu będący przedmiotem regulacji w art. 38 RODO.

Na wstępie należy wskazać, że prawodawca zobowiązuje administratora oraz podmiot przetwarzający do zapewnienia, aby IOD był właściwie i niezwłocznie włączany we wszystkie sprawy dotyczące ochrony danych osobowych oraz zagwarantowania dostępu do danych osobowych i operacji przetwarzania. Realizacja zadań przez IOD wymaga dysponowania aktualną i pełną wiedzą o przetwarzaniu i ochronie danych osobowych w organizacji. Zasadnicze wątpliwości budzi natomiast ogólnikowa dyspozycja odnosząca się do obowiązku zagwarantowania IOD dostępu do danych osobowych, mogąca sugerować, że ma on być stały i nieograniczony. Kwestia ta wymaga doprecyzowania, albowiem dostęp IOD do danych osobowych może być potrzebny tylko do wykonywania niektórych zadań, a jeżeli dane te stanowią informacje prawnie chronione na podstawie innych przepisów, to ogólnikowa dyspozycja RODO nie może ignorować ograniczeń w dostępie do takich informacji wynikających z prawa krajowego.

„Gwarancje niezależności inspektora ochrony danych są niezbędne, jeśli inspektor ochrony ma być weryfikatorem przestrzegania zasad i procedur w sferze przetwarzania danych osobowych, stać na straży praw i wolności jednostki”<sup>38</sup> Administrator oraz podmiot przetwarzający mają nadto zapewnić, by IOD nie otrzymywał instrukcji dotyczących wykonywania zadań. IOD bezpośrednio podlega najwyższemu kierownictwu administratora lub podmiotu przetwarzającego. Oznacza to, że prawodawca starał się zapewnić IOD pozycję niezależną, czemu dał wyraz wprost w motywie 97 RODO, zgodnie z brzmieniem którego inspektorzy ochrony danych – bez względu na to, czy są pracownikami administratora – powinni być w stanie wykonywać swoje obowiązki i zadania w sposób niezależny.

Instrukcje, o których mowa, miałyby odnosić się do wykonywania zadań, czyli sposobu ich realizacji. „W zakresie wykonywania swoich obowiązków IOD ma

---

<sup>38</sup> E. Bielał-Jomaa, *Wyzwania przed administratorami...*, s. 6.

pełną swobodę decyzyjną<sup>39</sup>. To IOD dysponując stosowną wiedzą oraz umiejętnościami wykonywania zadań powinien samodzielnie, w granicach prawa, decydować o procedurach ich realizacji.

Wprowadzone przez prawodawcę ograniczenie nie dotyczy natomiast możliwości zlecania zadań. Z pewnością jest do tego upoważnione najwyższe kierownictwo, któremu IOD bezpośrednio podlega, a administrator oraz podmiot przetwarzający mogliby zlecać zadania IOD w sytuacji uzyskania stosownego upoważnienia od tegoż kierownictwa. Ograniczanie zlecania zadań IOD przez administratora nie dotyczy sytuacji, kiedy najwyższe kierownictwo pełni jednocześnie funkcję administratora. Sądzę, że nie należy przeceniać znaczenia przepisu wyłączającego możliwość udzielania IOD omawianych instrukcji albowiem podmiot ten nie posiada kompetencji stanowiących.

Oczywisty charakter mają zawarte w omawianym przepisie dyspozycje adresowane do administratora danych i podmiotu przetwarzającego odnoszące się do zapewnienia IOD zasobów niezbędnych do wykonania tych zadań oraz do utrzymania jego wiedzy fachowej.

Zawarta w treści art. 38 ust. 3 RODO konstatacja, że IOD nie jest odwoływany ani karany przez administratora ani podmiot przetwarzający za wypełnianie swoich zadań nie może być odczytywana jako przyznanie IOD swoistego „immunitetu”. Po pierwsze, ograniczenie możliwości odwołania czy karania odnosić ma się tylko do wypełniania zadań. Zatem ukaranie bądź zwolnienie jest możliwe, jeżeli IOD zadań nie wykonuje. Po drugie, przedmiotowe ograniczenie dotyczy tylko administratora oraz podmiotu przetwarzającego, nie obejmuje wobec tego ewentualnych uprawnień podmiotu określanego przez prawodawcę unijnego jako najwyższe kierownictwo. Jeżeli kierownik jednostki jest jednocześnie administratorem może podjąć czynności wobec IOD z racji pełnienia funkcji kierowniczej. Po trzecie, omawiany przepis nie może być traktowany jako mechanizm zapewnienia braku odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej czy cywilnej. W piśmiennictwie podkreśla się, że ochrona IOD przed odpowiedzialnością dotyczy tylko „sposobu oraz treści jego działań związanych z wykonywaniem przez niego obowiązków, o ile będą one zgodne z RODO”<sup>40</sup>.

Art. 38 ust. 5 RODO stanowi, że IOD jest zobowiązany do zachowania tajemnicy lub poufności co do wykonywania swoich zadań – zgodnie z prawem Unii lub prawem państwa członkowskiego. E. Bielak-Jomaa podkreśla, że „nie jest jasne czy komentowany przepis samoistnie statuuje tajemnicę inspektora danych”<sup>41</sup>, ostatecznie konstatując, że omawiany przepis „określa bezpośrednio podmiotowy i przedmiotowy zakres odrębnej tajemnicy inspektora ochrony danych osobowych”<sup>42</sup>. Sądzę, że taka konstatacja nie jest uprawniona, albowiem w działalności IOD brak treści, które wymagałyby prawnej ochrony z tytułu pełnionej funkcji, natomiast taka ochrona jest niezbędna w odniesieniu do informacji udostępnianych IOD. Prawo-

---

<sup>39</sup> E. Bielak-Jomaa [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie...*, s. 802.

<sup>40</sup> M. Chodorowski, *op. cit.*, s. 148.

<sup>41</sup> E. Bielak-Jomaa, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie...*, s. 805.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 806.

dawca unijny odsyła w tym zakresie do innych przepisów UE lub prawa państwa członkowskiego, o ile normy takie przewidują obowiązek zachowania w tajemnicy informacji, do których dostęp ma IOD. Zatem wspomniane zobowiązanie nie stanowi odrębnej, nowej wartości. Zakaz udostępnienia nieuprawnionym podmiotom informacji co do wykonywania zadań jest więc aktualny, jeżeli znajduje potwierdzenie w treści innych aktów, które mogą odnosić się do statusu informacji, jakimi dysponuje IOD. W opisanej sytuacji nie jest uprawniony pogląd, zgodnie z którym IOD będzie „z tajemnicy zwolniony w przypadku podjęcia takiej decyzji przez jej dysponenta, czyli administratora danych lub podmiotu przetwarzającego<sup>43</sup>. Procedura zwolnienia IOD z obowiązku zachowania tajemnicy informacji podlegających prawnej ochronie powinna być każdorazowo rozpatrywana, w zależności od jej rodzaju, w kontekście treści przepisów ją statuujących.

IOD może także wykonywać inne zadania i obowiązki. Jak podkreślono w piśmiennictwie „z uwagi na ogrom obowiązków nałożonych na inspektora nowymi przepisami, wydaje się mocno utrudnione pełnienie wskazanej funkcji przez pracownika, który wykonuje również inne zadania w związku z innym stanowiskiem pracy<sup>44</sup>. Administrator lub podmiot przetwarzający zapewniają, by takie zadania i obowiązki nie powodowały konfliktu interesów. Podmioty te mogą zadośćuczynić stanowisku prawodawcy tylko w sytuacji, gdy będą mogły być utożsamione z najwyższym kierownictwem, któremu IOD bezpośrednio podlega. Unikanie konfliktu interesów powinno, w moim przekonaniu, oznaczać niepowierzanie IOD zadań, których realizacja wymagałaby przetwarzania danych osobowych w okolicznościach niezwiązanych z wykonywaniem funkcji IOD oraz takich czynności, które byłyby związane bezpośrednio z zapewnieniem bezpieczeństwa danych. Wobec powyższego nie podzielam zaprezentowanego w piśmiennictwie poglądu, zgodnie z którym administrator może powierzyć IOD „prowadzenie rejestru czynności przetwarzania danych osobowych (art. 30 RODO)”<sup>45</sup>.

#### 4. UWAGI KOŃCOWE

Zawarta w przepisach art. 37–39 RODO regulacja pozycji ustrojowej oraz kompetencji IOD ma charakter ogólny, wręcz ogólnikowy.

Status IOD jest niedookreślony. Nie wprowadzono wymogu spełnienia przez osobę pełniącą tę funkcję wymogu posiadania wykształcenia prawniczego, a powierzono jej zadania wymagające umiejętności stosowania przepisów prawa. IOD ma szkolić wskazane w RODO podmioty, ale zadania takie powierzono również organowi nadzorcemu. IOD monitoruje przetwarzanie danych osobowych w organizacji, ale jego uprawnienia w tej materii nie zostały dookreślone. Jeżeli adresatem uwag

---

<sup>43</sup> P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 586–587.

<sup>44</sup> M. Zadrożny, *op. cit.*

<sup>45</sup> P. Litwiński, P. Barta, M. Kawecki, *op. cit.*, s. 593. Zob. na ten temat także: E. Bielak-Jomaa, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *RODO ogólne rozporządzenie...*, s. 809, K. Syska, *op. cit.*, s. 78, P. Fajgielski, *Rejestry czynności przetwarzania danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20, (dodatek), s. 37.

o nieprawidłowościach ujawnionych w toku monitorowania będzie administrator danych lub podmiot przetwarzający, to chociaż są oni odpowiedzialni za przetwarzanie danych zgodnie z przepisami prawa, to nie są zobowiązani do uwzględniania uwag IOD, który z kolei nie jest upoważniony do informowania organu nadzorczego o stwierdzonych nieprawidłowościach. Przepisy RODO przesadzają jedynie co do zasady o współpracy IOD z organem nadzorczym, nie konkretyzują jej form. Nie zostały precyzyjnie określone kompetencje IOD jako punktu kontaktowego dla podmiotu danych. W szczególności wątpliwości dotyczą sytuacji, gdy podmiot ten, korzystając z przyznanego mu uprawnienia, przedstawia żądania pod adresem IOD, w okolicznościach gdy przepisy RODO wskazują, że ich adresatem ma być administrator danych bądź, gdy ma to zastosowanie, podmiot przetwarzający.

Grupa Robocza Art. 29 do spraw ochrony danych opracowała wytyczne dotyczące inspektorów ochrony danych („DPO”) przyjęte w dniu 13 grudnia 2016 r., ostatnio zmienione i przyjęte w dniu 5 kwietnia 2017 r.<sup>46</sup> Interpretacja zawarta w „Wytycznych” nie została uwzględniona w niniejszym artykule. Grupa Robocza Art. 29 traci legitymację do działania z dniem rozpoczęcia stosowania RODO, czyli od 25 maja 2018 r. Zgodnie z motywem 139 RODO Grupę Roboczą ds. Ochrony Osób Fizycznych w zakresie Przetwarzania Danych Osobowych, powołaną na mocy dyrektywy 95/46/WE, powinna zastąpić Europejska Rada Ochrony Danych. Według treści art. 70 ust. 1 pkt e) rozporządzenia EROD zapewnia spójne stosowanie niniejszego rozporządzenia i z własnej inicjatywy lub na wniosek jednego ze swoich członków lub Komisji bada wszelkie kwestie dotyczące stosowania niniejszego rozporządzenia i wydaje wytyczne, zalecenia oraz określa najlepsze praktyki, by zachęcić do spójnego stosowania tego aktu. W doktrynie wyrażono przekonanie, że „silna pozycja EROD ma zapewnić ujednolicone stosowanie i interpretowanie przepisów przez organy ochrony danych UE, co wpłynie na wzmocnienie roli tego ciała na etapie koordynacji stanowisk organów ochrony danych oraz zapewni spójniejsze stosowanie na szczeblu krajowym”<sup>47</sup>. Jednak ewentualnie wydane w przyszłości przez EROD zalecenia, wytyczne i praktyki nie będą miały mocy wiążącej w świetle postanowień art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>48</sup>. Zatem akty wydane w przyszłości przez EROD, niezależnie od poziomu gotowości do ich stosowania przez podmioty działające na podstawie RODO, nie powinny przesłaniać refleksji naukowej nad treścią przepisów RODO odnoszących się do IOD.

Wobec ogólnego brzmienia przepisów RODO dotyczących IOD w doktrynie przedstawiono stanowisko zgodnie z którym, „aby bardziej szczegółowo dookreślić zasady funkcjonowania inspektora, w tym jego kompetencje, konieczne jest opracowanie i wdrożenie wewnętrznego aktu organizacyjnego, np. regulaminu

---

<sup>46</sup> 16/EN, WP 243 – polska wersja językowa (tłumaczenie nieoficjalne) – [www.giodo.gov.pl/pl/1520259/10066](http://www.giodo.gov.pl/pl/1520259/10066) (dostęp 27.02.2018). Grupa robocza ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych jest podmiotem o charakterze doradczym utworzonym na podstawie art. 29 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych *Dz. Urz. WE* L 281/31.

<sup>47</sup> G. Sibiga, *Wdrażanie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20, s. 13.

<sup>48</sup> *Dz. Urz. UE* z 2016 r. C 202/01.

lub zbioru zasad dotyczącego wykonywania funkcji IOD<sup>49</sup>. Nie podzielałam takiego zapatrywania, albowiem w takich regulaminach, co wydaje się naturalne, przyjęto by odmiennie interpretacje, a zatem status IOD oraz zasady wykonywania jego funkcji byłyby zróżnicowane w poszczególnych organizacjach.

Według innego stanowiska jedynie w zakresie dozwolonym w RODO „przepisy krajowe mogą regulować materię objętą rozporządzeniem”<sup>50</sup>. W treści tego aktu brak jednak postanowień, które mogłyby stanowić zobowiązanie, czy upoważnienie dla prawodawcy krajowego odnosić się do IOD.

W piśmiennictwie podkreśla się wprost, że uregulowanie statusu oraz zadań IOD w sposób ogólny może utrudniać w praktyce ich faktyczną realizację<sup>51</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- Bielak-Jomaa E., Lubasz D. (red.), *RODO ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Bielak-Jomaa E., *Wyzwania przed administratorami bezpieczeństwa informacji (inspektorami ochrony danych) w związku z wejściem w życie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek).
- Chodorowski M., *Nowe prawa i obowiązki administratora bezpieczeństwa3a informacji (inspektora ochrony danych) w świetle najnowszych opinii wydanych przez Grupę Roboczą Art. 29*, [w:] M. Kawecki, T. Osiej (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych*, Warszawa 2017.
- Fajgielski P., *Rejestry czynności przetwarzania danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20 (dodatek).
- Kalinowska N., Litwiński P., *Ocena skutków dla ochrony danych i uprzednie konsultacje – nowe obowiązki podmiotów przetwarzających dane osobowe*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 13.
- Lewiński A., *Administrator bezpieczeństwa informacji – zagadnienia konstrukcyjne*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Litwiński P. (red.), Barta P., Kawecki M., *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Lubasz D., *Europejska reforma ochrony danych osobowych – nowe obowiązki administratora w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Piech M., *„Deregulacyjna” nowelizacja i unijna reforma zasad ochrony danych osobowych z perspektywy administratora danych osobowych*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Bielak-Jomaa E., Lubasz D. (red.), *RODO ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, Warszawa 2018.

---

<sup>49</sup> G. Sibiga, K. Syska, *op. cit.*, s. 23.

<sup>50</sup> G. Sibiga, *Dopuszczalny zakres polskich przepisów o ochronie danych osobowych po rozpoczęciu obowiązywania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych – wybrane zagadnienia*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek), s. 18.

<sup>51</sup> M. Chodorowski, *op. cit.*, s. 157.



- Sibiga G., *Dopuszczalny zakres polskich przepisów o ochronie danych osobowych po rozpoczęciu obowiązywania ogólnego rozporządzenia o ochronie danych – wybrane zagadnienia*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek).
- Sibiga G., *Wdrażanie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych. Aktualne problemy prawnej ochrony danych osobowych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20 (dodatek).
- Sibiga G., Syska K., *Działania organizacyjne i informacyjne związane z wyznaczeniem i wykonywaniem funkcji inspektora ochrony danych*, „Monitor Prawniczy” 2017, nr 20 (dodatek).
- Syska K., *Administrator bezpieczeństwa informacji a inspektor ochrony danych – porównanie przesłanek powołania, statusu i zadań*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 20 (dodatek).
- Szałowski R., *Administrator bezpieczeństwa informacji*, „Ius Novum” 2016, nr 4.
- Witkowska K., *Data protection officer, czyli inspektor ochrony danych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych*, [w:] E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.), *Polska i europejska reforma ochrony danych osobowych*, Warszawa 2016.
- Zadrożny M., *Inspektor ochrony danych (IOD) jako następcą ABI*, [w:] A. Dmochowska, M. Zadrożny (red.), *Unijna reforma ochrony danych osobowych. Analiza zmian*, Warszawa 2016, legalis.

## INSPEKTOR OCHRONY DANYCH W ŚWIETLE PRZEPISÓW OGÓLNEGO ROZPORZĄDZENIA O OCHRONIE DANYCH (RODO)

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest prezentacja, analiza i ocena podstaw prawnych wyznaczania, zadań oraz statusu inspektora ochrony danych w świetle przepisów art. 37–39 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych). Obowiązek powołania IOD ciąży bez ograniczeń na organach i podmiotach publicznych, natomiast w odniesieniu do podmiotów niepublicznych został znacznie zawężony. Status IOD jest niedookreślony. Nie wprowadzono warunku spełnienia przez IOD wymogu posiadania wykształcenia prawniczego, a powierzono mu zadania wymagające umiejętności stosowania przepisów prawa. IOD monitoruje przetwarzanie danych osobowych w organizacji, ale jego uprawnienia w tej materii nie zostały dookreślone. Jeżeli adresatem uwag o nieprawidłowościach ujawnionych w toku monitorowania będzie administrator danych lub podmiot przetwarzający, to chociaż są oni odpowiedzialni za przetwarzanie danych zgodnie z przepisami prawa, nie są zobowiązani do uwzględniania uwag IOD, który z kolei nie jest upoważniony do informowania organu nadzorczego o stwierdzonych nieprawidłowościach. Przepisy RODO przesadzają jedynie, co do zasady, o współpracy IOD z organem nadzorczym, lecz nie konkretyzują jej form. Nie zostały precyzyjnie określone kompetencje IOD jako punktu kontaktowego dla podmiotu danych. W szczególności wątpliwości dotyczy sytuacji, gdy podmiot ten, korzystając z przyznanego mu uprawnienia, przedstawia żądania pod adresem IOD, w sytuacji gdy przepisy RODO wskazują, że ich adresatem ma być administrator danych bądź, gdy ma to zastosowanie, podmiot przetwarzający. Ogólnikowa regulacja statusu oraz zadań IOD może w praktyce utrudniać ich realizację.

Słowa kluczowe: dane osobowe, ochrona danych osobowych, inspektor ochrony danych, RODO



## DATA PROTECTION OFFICER IN THE LIGHT OF THE PROVISIONS OF THE GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)

### Summary

The article aims to present, analyse and assess the legal grounds for the designation, tasks and status of the data protection officer in the light of the provisions of Articles 37 to 39 Regulation 2016/679 (EU) of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

The obligation to designate a DPO is imposed on public authorities and bodies with no limitations. On the other hand, in case of non-public entities, it has been considerably narrowed. The DPO's status is not sufficiently determined. There is no requirement for the DPO to have professional legal qualifications and he has been assigned tasks requiring the knowledge on the application of law. The DPO must monitor personal data processing in an organisation but his powers with regard to this area have not been sufficiently determined. If the controller or the processor is the addressee of comments on irregularities revealed in the course of monitoring, although they are responsible for data processing in compliance with the law, they are not obliged to take into consideration the DPO's comments, and the DPO is not authorised to inform the supervisory authority about the revealed irregularities. The GDPR provisions only stipulate, as a rule, the cooperation between the DPO and the supervisory authority but do not lay down its form. The DPO's competences as a contact point for a data subject have not been precisely determined, either. Doubts are raised especially in connection with a situation when data subjects, exercising their rights, file their claims to the DPO. The GDPR provisions indicate that they should be addressed to the controller or, if applicable, the processor. The general regulation of the DPO's status and tasks may hamper their implementation in practice.

Keywords: personal data, personal data protection, data protection officer, GDPR

#### Cytuj jako:

Szałowski R., *Inspektor ochrony danych w świetle przepisów ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO)*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 116–131. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.38/r.szalowski

#### Cite as:

Szałowski, R. (2018) 'Data protection officer in the light of the provisions of the General Data Protection Regulation (GDPR)'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 116–131. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.38/r.szalowski

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA BEZPRAWNE PUBLICZNE UDOSTĘPNIANIE UTWORÓW ORAZ ZA PUBLICZNE UDOSTĘPNIANIE HYPERLINKÓW DO TAKICH UTWORÓW W SERWISACH SPOŁECZNOŚCIOWYCH

---

PIOTR F. PIESIEWICZ\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.39/p.f.piesiewicz

W ciągu ostatnich lat nastąpił gwałtowny rozwój sieci społecznościowych, którego następstwem jest korzystanie z serwisów społecznościowych przez coraz większą grupę osób. Serwisy społecznościowe to szczególny rodzaj serwisu internetowego, w ramach którego możliwa jest budowa sieci społecznościowych. Sieci społecznościowe służą użytkownikom np. do kontaktowania się w ramach wspólnych zainteresowań. Użytkownicy mają możliwość nie tylko udostępniania określonych materiałów, lecz także dzielenia się nimi z innymi użytkownikami. Wypada zwrócić uwagę, że korzystający z tych serwisów tworzą własne profile (konta), którymi zarządzają, zaś w zależności od tego, z jakiego rodzaju serwisu korzystają udostępnia się im także różne funkcje. W ramach takich serwisów możliwe jest np.: tworzenie grup o określonych zainteresowaniach, przesyłanie sobie materiałów oraz komunikowanie się bądź za pośrednictwem forum internetowego, bądź bezpośrednio (np. za pomocą aplikacji udostępnionych w ramach określonego portalu). Celem niniejszego artykułu nie jest skupienie się na wszystkich funkcjonalnościach portali społecznościowych, a jedynie na tej, z której korzystanie może potencjalnie spowodować naruszenie prawa autorskiego. Problem jest o tyle istotny, że w przekonaniu użytkowników portali społecznościowych sama funkcjonalność polegająca na możliwości udostępniania i dalszego udostępniania przez kolejnych użytkowników

---

\* dr nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego, w Katedrze Prawa Ochrony Własności Intelektualnej, adwokat; email: ppiesiewicz@swps.edu.pl

powoduje to, że nie będą oni ponosić odpowiedzialności, nawet jeśli materiały, które zostały udostępnione zostały tam umieszczone bezprawnie.

Funkcjonalność portali społecznościowych polega nie tylko na udostępnianiu określonego materiału na swoim profilu i w ramach swojego konta, którego następstwem jest sposobność zapoznania się z nim przez innych użytkowników, lecz również na możliwości jego dalszego udostępnienia przez kolejnych użytkowników za pośrednictwem ich kont. Funkcjonalność dalszego udostępniania polega na tym, iż serwis społecznościowy daje użytkownikom narzędzie, które pozwala im w ramach założonego profilu korzystać i udostępniać<sup>1</sup> za jego pośrednictwem materiał, który został wprowadzony (uploadowany) przez inną osobą. Podkreślić należy, że osoba udostępniająca dalej określony materiał nie wprowadza go do serwisu społecznościowego, a jedynie korzysta z tego, co już uprzednio zostało na nim zamieszczone, poprzez umieszczenie hiperlinków do takiego materiału. Bezspornym jest, że użytkownicy zamieszczają w ramach serwisów społecznościowych coraz więcej materiałów, które mogą stanowić przedmiot ochrony prawa autorskiego. W konsekwencji niejednokrotnie, na skutek takiego umieszczenia, dochodzi do naruszenia prawa. Mając powyższe na uwadze należy zastanowić się, jakie czynności – realizowane w ramach funkcjonalności portali społecznościowych – mogą stanowić źródło naruszenia prawa autorskiego. Analizie należy poddać nie tylko umieszczenie określonego materiału objętego ochroną prawa autorskiego w tym serwisie przez pierwszego użytkownika, lecz także czynności kolejnych, polegające na dalszym udostępnianiu tego materiału (re-post). Dokonując podsumowania należy postawić tezę, iż w niektórych przypadkach odpowiedzialną za naruszenie prawa autorskiego będzie nie tylko osoba, która umieściła określony materiał na portalu, lecz także osoba, która ten materiał dalej udostępniła (tj. udostępniła hiperlink). Analizie zostanie poddana odpowiedzialność podmiotów opisana w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>2</sup>. Natomiast poza zakresem rozważań zostanie postawione zagadnienie dotyczące odpowiedzialności serwisu społecznościowego, jako podmiotu świadczącego usługi drogą elektroniczną, albowiem podmiot ten nie uczestniczy w samej czynności udostępnienia. Tak zakreślona teza wymusiła postawienie szeregu pytań badawczych. W pierwszej kolejności należało odpowiedzieć na pytanie, czy sama czynność umieszczenia określonego materiału objętego ochroną prawa autorskiego w serwisie społecznościowym może stanowić podstawę odpowiedzialności za naruszenie tego prawa. W dalszej kolejności należy zastanowić się, czy kolejne udostępnienie (re-post) może także stanowić naruszenie, a jeśli tak to, jakie są przesłanki takiej odpowiedzialności.

---

<sup>1</sup> W myśl art. 6 ust. 1 pkt 3 pr. aut. z rozpowszechnieniem utworu mamy do czynienia jedynie wówczas, gdy utwór za zezwoleniem twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie. Oznacza to, że rozpowszechnienie jest szczególnym rodzajem publicznego, zgodnego z prawem, udostępnienia utworu. W konsekwencji samo pojęcie udostępniania może obejmować zarówno udostępnienie zgodne z prawem, jak i bezprawne. Mając powyższe na uwadze oraz zdając sobie sprawę z faktu, że przepisy pr. aut. niejednokrotnie posługują się tymi pojęciami, choć niekonsekwentnie, w przypadku bezprawnego publicznego udostępniania utworu będzie posługiwał się pojęciem „udostępniania”, a nie „rozpowszechniania”.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tj. Dz.U. 2017, poz. 880 – dalej jako: pr. aut.).

Specyfika działania serwisów społecznościowych wymaga zastanowienia się, na czym może polegać naruszenie prawa autorskiego za pośrednictwem takiego portalu. Nie ulega wątpliwości, że podobnie jak w przypadku „tradycyjnych naruszeń”, naruszenie autorskich praw majątkowych za pośrednictwem portalu będzie miało miejsce wtedy, gdy określony użytkownik portalu wkroczy bez uprawnienia w zakres cudzego prawa autorskiego. Oznacza to, że czynność polegająca na umieszczeniu cudzego utworu na swoim koncie lub profilu będzie oznaczała bezpośrednie naruszenie prawa autorskiego. W konsekwencji badając, czy doszło do naruszenia autorskich praw majątkowych należy odnieść pojęcie naruszenia, o którym mowa w art. 79 ust. 1 pr. aut., do samej czynności faktycznej polegającej na wkroczeniu w cudze prawo autorskie.

Fakt naruszenia jest niezależny od przypisania określonemu podmiotowi winy, co oznacza, iż samo naruszenie może nastąpić zarówno z winy umyślnej, jak i nieumyślnej oraz w sytuacji, gdy sprawcy naruszenia nie będzie można przypisać winy<sup>3</sup>. Samo stwierdzenie naruszenia nie oznacza, iż podmiot legitymowany czynnie w sprawie zawsze będzie mógł skorzystać ze wszystkich roszczeń opisanych w art. 79 ust. 1 pr. aut. Stwierdzenie naruszenia jest pierwszą przesłanką statującą możliwość skorzystania z określonego roszczenia. Jednocześnie jest to również okoliczność, która w przypadku dochodzenia roszczenia powinna zostać wykazana. Praktyka wskazuje, że dowodem na okoliczność faktu dokonania naruszenia, którego formą jest bezprawne udostępnienie materiałów objętych prawem autorskim, mogą być wydruki ze stron internetowych poświadczone za zgodność z oryginałem bądź przez profesjonalnego pełnomocnika, bądź przez notariusza. Obie formy poświadczeń są akceptowane przez sądy jako wystarczające do wykazania, iż doszło do faktu naruszenia. Na marginesie rozważań warto zauważyć, że nie wszystkie serwisy społecznościowe mają charakter serwisów otwartych. Serwisy internetowe, co do zasady, dzielą się tzw. serwisy otwarte (publiczne), które są dostępne dla wszystkich użytkowników internetu (ang. *external social networking*) oraz tzw. serwisy zamknięte (prywatne), dostępne jedynie dla określonego grona użytkowników (np. pracowników określonej firmy)<sup>4</sup>.

Generalną zasadą funkcjonowania serwisów społecznościowych jest to, że dają one swoim użytkownikom możliwość określenia oraz dostosowania do swoich potrzeb odpowiedniego poziomu prywatności. Oznacza to, że udostępniając określony materiał użytkownik może zdecydować, w jakim zakresie nastąpi jego udostępnienie. Może taki materiał udostępnić publicznie, bądź określonej grupie osób, ewentualnie jednej osobie lub „ukryć” go przed innymi użytkownikami, w ten sposób, że nikt poza nim nie będzie miał do niego dostępu. Na tym tle rodzi się pytanie, kiedy będziemy mieli do czynienia z naruszeniem. Tak sformułowane pytanie rodzi konieczność dokonania analizy zakresu naruszenia przez pryzmat regulacji prawa autorskiego dotyczących: dozwolonego użytku. Nie ulega wątpliwości, że nie będziemy mieli

---

<sup>3</sup> Zob. P. Podrecki, *Komentarz do art. 79, [w:] D. Flisak (red.), Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Lex 2015.

<sup>4</sup> Zob. A. Szewczyk, *Popularność funkcji serwisów społecznościowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia Informatica” (obecnie „Studia Informatica Pomerania”) 2011, nr 28, s. 384.

do czynienia z naruszeniem w przypadku, gdy podmiot udostępniający publicznie utwór za pośrednictwem portalu społecznościowego będzie mógł skutecznie powołać się na dozwolony użytek publiczny, bądź prywatny. Z uwagi na fakt, że zakres możliwości korzystania z dozwolonego użytku publicznego jest znacznie ograniczony dyspozycjami przepisów pr. aut., warto przyrzeć się, czy w danym przypadku użytkownik portalu będzie mógł się powołać na dozwolony użytek prywatny.

Odnosząc się do możliwości zastosowania instytucji dozwolonego użytku prywatnego opisanego w art. 23 pr. aut. w pierwszej kolejności należy określić krąg podmiotów, w stosunku do których ta regulacja może mieć zastosowanie. Odpowiedź na to pytanie zawiera treść art. 23 ust. 2 pr. aut. wskazując, iż zakres własnego użytku osobistego obejmuje korzystanie z pojedynczych egzemplarzy utworu przez krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego. W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że własny użytek osobisty będzie odnosił się do osób fizycznych. Wskazuje na to przykładowy opis kręgu „osób pozostających w związku osobistym”. Pokrewieństwo, powinowactwo lub stosunek towarzyski może bowiem wyłącznie odnosić się do osób fizycznych. Ponadto należy zwrócić uwagę, iż nie do wszystkich osób fizycznych przepis ten będzie miał zastosowanie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Apelacyjny w Warszawie nie można przyjąć, aby powyższa regulacja miała zastosowanie do osoby prowadzącej działalność gospodarczą i osiągającej zyski z tej działalności<sup>5</sup>. W kontekście funkcjonalności serwisów społecznościowych wypada wskazać, iż niektóre z tych serwisów dają użytkownikom możliwość założenia tzw. profilu (konta) firmowego, tj. takiego, który będzie związany z prowadzeniem zawodowo określonej działalności. Trzeba jednakże zauważyć, że w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą czasami trudno jest odróżnić aktywność w serwisie zawodową od prywatnej. Nie mniej jednak należy postawić tezę, iż na dozwolony użytek prywatny nie będzie mogła się powołać osoba, która udostępniła dany utwór swojemu potencjalnemu kontrahentowi (klientowi). Charakter profilu nie może jednakże decydować o tym, czy dana osoba może skorzystać z tej instytucji. Decydujące znaczenie ma bowiem cel udostępnienia utworu oraz podmiot, na rzecz którego takie udostępnienie następuje (znajdujący się w kręgu osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego).

Niezależnie od powyższych rozważań dotyczących możliwości powołania się przez podmiot udostępniający określony utwór na użytek prywatny, określenia wymaga sprecyzowanie stanów faktycznych związanych z publicznym udostępnieniem utworów mogących świadczyć o naruszeniu. Zasadniczo, jak już wyżej wskazano, możemy wyróżnić dwa sposoby udostępniania treści za pośrednictwem serwisów społeczno-

---

<sup>5</sup> Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 lutego 2003 r., I ACa 601/02, LEX nr 1680981 „W myśl art. 23 ust. 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych zakres własnego użytku osobistego obejmuje krąg osób pozostających w związku osobistym, w szczególności pokrewieństwa, powinowactwa lub stosunku towarzyskiego. Nie można przyjąć, że powyższy przepis ma zastosowanie do pozwanej, prowadzącej działalność gospodarczą i osiągającej zyski z tej działalności”. Pogląd, iż dozwolony użytek nie odnosi się do tzw. użytku komercyjnego został wyrażony także w doktrynie – zob. W. Machała, *Dozwolony użytek prywatny w polskim prawie autorskim*, Warszawa 2003, s. 68; J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2010, s. 169–161.

ściowych. Pierwszy sposób będzie polegał na bezpośrednim zamieszczeniu w serwisie społecznościowym materiału chronionego prawem autorskim. Drugi zaś sposób będzie polegał na dalszym udostępnieniu hiperlinków do materiałów (re-post) już uprzednio tam umieszczonych. Nie ulega wątpliwości, że te oba sposoby rozpowszechniania mogą pozostawać ze sobą w związku, przez co należy rozumieć sytuację, w której użytkownik serwisu bezpośrednio zamieszcza materiał objęty ochroną prawa autorskiego dając jednocześnie innym użytkownikom możliwość jego dalszego udostępnienia. Natomiast inny użytkownik dokonuje dalszego udostępnienia poprzez zamieszczenie na swoim profilu (koncie) hiperlinku odsyłającego do źródła.

Analiza powyższej problematyki wymaga dokonania odpowiedniej wykładni przepisów prawa krajowego przez pryzmat dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym<sup>6</sup> oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał). O ile zasady odpowiedzialności osoby umieszczającej bezprawnie materiał objęty ochroną prawa autorskiego na swoim profilu w serwisie społecznościowym nie budzą wątpliwości, o tyle problematyczne pozostaje zagadnienie związane z odpowiedzialnością osoby, która dalej określony materiał udostępniła za pomocą odpowiedniego hiperlinku. W zależności od tego, czy materiał do którego link został zamieszczony był pierwotnie udostępniony publicznie zgodnie z prawem, czy też nie, odpowiedzialność osoby, która dokonuje ponownego udostępnienia (re-postu) będzie oparta na innych zasadach.

W przypadku repostowania materiału objętego ochroną prawa autorskiego, który był udostępniony publicznie zgodnie z prawem (tj. rozpowszechniony w rozumieniu przepisów prawa autorskiego), kluczowa jest wykładnia przepisów dyrektywy 2001/29/WE dokonana przez TSUE w wyroku z dnia 13 lutego 2014 r., w sprawie C-466/12<sup>7</sup>. W tej sprawie Trybunał orzekł, że „artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 należy interpretować w ten sposób, że nie stanowi czynności publicznego udostępnienia w rozumieniu tego przepisu udostępnienie na stronie internetowej linków, na które można kliknąć, odsyłających do utworów chronionych, wolnodostępnych na innej stronie internetowej”<sup>8</sup>. Odnosząc powyższą tezę do sytuacji, w której użytkownik serwisu społecznościowego umieszcza link do takich materiałów na swoim profilu (koncie) w tym serwisie, należy zwrócić uwagę, że jego zachowanie nie będzie mogło zostać zakwalifikowane jako naruszenie wówczas, gdy podmiot umieszczający taki materiał adresuje go do nieograniczonej ilości osób. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez TSUE takie zachowanie w ogóle nie może zostać uznane za publiczne udostępnianie utworów w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE.

<sup>6</sup> Dz.U.UE.L.2001.167.10 – dalej jako: dyrektywa 2001/29/WE.

<sup>7</sup> Wyrok TSUE z dnia 13 lutego 2014 r. w sprawie *Nils Svensson i inni v. Retriever Sverige AB*, C-466/12, LEX nr 1424770.

<sup>8</sup> Zgodnie z art 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29 „Państwa Członkowskie powinny zapewnić autorom wyłączne prawo do zezwalania lub zabraniać na jakiegokolwiek publiczne udostępnianie ich utworów, drogą przewodową lub bezprzewodową, włączając podawanie do publicznej wiadomości ich utworów w taki sposób, że osoby postronne mają do nich dostęp w wybranym przez siebie miejscu i czasie”.



Inną sytuacją jest ta, w której link udostępniany jest większej liczbie osób, aniżeli w pierwotnym zamiśle podmiotu umieszczającego materiał objęty ochroną prawa autorskiego. W cytowanym wyżej wyroku, Trybunał wprost zauważył, że „objęcie zakresem pojęcia ‘publicznego udostępniania’ w rozumieniu art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE wymaga jeszcze, aby udostępnienie takie, które dotyczy tych samych utworów co udostępnienie pierwotnie i nastąpiło w Internecie na podobieństwo udostępnienia pierwotnego, a więc w oparciu o tę samą technologię, było skierowane do nowej publiczności, a więc publiczności, która nie została wzięta pod uwagę przez podmioty uprawnione, gdy zezwoliły na pierwotne publiczne udostępnienie”. Wydaje się, że z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia niezwykle rzadko. Wynika to z faktu, iż większość serwisów społecznościowych daje możliwość ustawienia zakresu kręgu osób, które mogą mieć dostęp do określonych materiałów umieszczanych przez konkretnego użytkownika (ustawienia prywatności). W konsekwencji osoba umieszczająca hyperlink do tych materiałów musiałaby albo obejść w jakichś sposób zabezpieczenia serwisu dotyczące prywatności (dokonując zmiany jego funkcjonalności) albo uploadować te materiały po ich uprzednim ściągnięciu na własny komputer. W tej ostatniej sytuacji będziemy mieli niewątpliwie z publicznym udostępnieniem utworu skutkującym naruszeniem.

Osobną kwestią pozostaje zagadnienie związane z sytuacją, w której materiały objęte ochroną prawa autorskiego udostępniane są bez zgody podmiotu uprawnionego. W takiej sytuacji znaczenie ma fakt, czy osoba, która udostępnia link działała w ramach prowadzonej przez siebie działalności zarobkowej, czy też nie.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że rozważania dotyczące umieszczania linków odsyłających do treści bezprawnie umieszczonych w sieci a objętych ochroną prawa autorskiego materiałów, muszą być poprzedzone ogólnymi uwagami dotyczącymi charakteru sieci Internet oraz jego roli. Uwagi te są istotne dla zrozumienia znaczenia praw zagwarantowanych w KPP<sup>9</sup>, tj. z jednej strony prawa wynikającego z art. 11 Karty, czyli wolności wypowiedzi i informacji, z drugiej zaś strony dla praw podmiotów uprawnionych z tytułu prawa autorskiego. W wyroku z dnia 8 września 2016 r., C-160/15 TSUE wprost stwierdził, że „Internet ma szczególne znaczenie dla zagwarantowanej w art. 11 KPP wolności wypowiedzi i informacji, a także że hiperłącza przyczyniają się do prawidłowego funkcjonowania Internetu oraz do wymiany opinii i informacji w tej sieci charakteryzującej się dostępnością ogromnej ilości informacji”<sup>10</sup>. Ponadto TSUE zauważył, że „może okazać się trudne, w szczególności dla podmiotów, które zamierzają umieścić takie linki, sprawdzenie, czy witryna internetowa, do której mają odsyłać te linki, udziela dostępu do utworów chronionych, a także w danym wypadku – czy podmioty praw autorskich związanych z tymi utworami zezwoliły na ich publikację w Internecie. Takie sprawdzenie jest jeszcze trudniejsze, gdy prawa te są przedmiotem dalszych licencji. Co więcej, treść witryny internetowej, do której hiperłącze umożliwia dostęp, może zostać zmieniona po zamieszczeniu tego linku, zawierając utwory chronione, a osoba, która

---

<sup>9</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm. (dalej jako KPP lub Karta).

<sup>10</sup> Wyrok z dnia 8 września 2016 r., w sprawie *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc.*, C-160/15 LEX nr 2099013.



zamieściła wspomniany link, niekoniecznie jest tego świadoma”<sup>11</sup>. Powyższe stwierdzenia doprowadziły TSUE do wniosku, że „art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym należy interpretować w ten sposób, że aby ustalić, czy fakt umieszczenia w witrynie internetowej hiperłączy odsyłających do utworów chronionych – swobodnie dostępnych w innej witrynie internetowej bez zezwolenia podmiotu praw autorskich – stanowi ‘publiczne udostępnianie’ w rozumieniu tego przepisu, należy określić, czy te hiperłącza zostały udostępnione bez celu zarobkowego przez osobę, która nie wiedziała lub nie mogła racjonalnie wiedzieć o bezprawnym charakterze publikacji tych utworów w tej innej witrynie internetowej, czy też przeciwnie, wspomniane hiperłącza zostały udostępnione w celu zarobkowym, w której to sytuacji należy domniemywać istnienie tej wiedzy”<sup>12</sup>.

Odnosząc powyższą tezę do ustawodawstwa krajowego należy zastanowić się, czy podmiot udostępniający hyperlink do materiałów objętych ochroną prawa autorskiego, które zostały zamieszczone w serwisie społecznościowym bez uzyskania zgody podmiotu uprawnionego, będzie traktowany jako bezpośredni naruszyiciel, czy też jako pomocnik (art. 422 k.c.).

Odnosząc się do możliwości uznania osoby udostępniającej link do materiałów objętych ochroną prawa autorskiego za pomocnika, należy postawić tezę, że osoba ta nie może być w ten sposób zakwalifikowana. Wypada zwrócić uwagę, że w orzecznictwie sądowym wyrażono pogląd, iż zachowanie pomocnika powinno ułatwić sprawcy spowodowanie szkody, tj. stworzyć okoliczności do jej powstania. Nie ma przy tym znaczenia, czy pomocnik odniesie korzyści materialne z cudzego czynu niedozwolonego; natomiast podmiot występujący w tym charakterze powinien być świadomy, tj. posiadać wiedzę, że jego działanie może przyczynić się do powstania szkody<sup>13</sup>. Ponadto za pomocnika nie może zostać uznany ten, kto nie współdziałał ze sprawcą w wyrządzeniu szkody<sup>14</sup>, tzn. że osoba której działanie było poprzedzone działaniem sprawcy<sup>15</sup>, co do zasady chodzi bowiem o pomoc w wyrządzeniu szkody, co może nastąpić jedynie przed jej wyrządzeniem<sup>16</sup>.

Przywołane poglądy judykatury pozwalają przyjąć, iż osoba udostępniająca hyperlink przystępuje do realizacji czynu niezależnie od działania sprawcy, który bezpośrednio i w sposób bezprawny umieścił w internecie materiały objęte ochroną

---

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 21 maja 2015 r., I ACa 39/15, LEX nr 1953163.

<sup>14</sup> Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2014 r., I ACa 1754/13, LEX nr 1488728 „Nie może być uważany za pomocnika w rozumieniu art. 422 k.c. taki podmiot, który bez elementu współdziałania umożliwia lub ułatwia jedynie w inny sposób określone działania innych osób. Aby zatem przypisać podmiotowi pomocnictwo, trzeba wykazać, że był on świadomy, iż pomaga sprawcy głównemu w bezprawnym zachowaniu mogącym spowodować szkodę”.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2014 r., I ACa 1754/13, LEX nr 1488728.

<sup>16</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 20 września 2013 r., II CSK 657/12, Legalis. Zob. także M. Kondek, *Komentarz do art. 422, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2017, Legalis.

prawa autorskiego. Skoro osoby dalej udostępniającej hyperlinki nie można uznać za pomocnika w rozumieniu art. 422 k.c. należy zastanowić się, w jakiej sytuacji ta osoba może zostać uznana za sprawcę bezpośredniego naruszenia. Zgodnie z tezą wyrażoną z cytowanym wyżej orzeczeniu TSUE<sup>17</sup>, w określonych przypadkach, będzie uznane za naruszenie praw autorskich do utworów, tj. za publiczne ich udostępnianie bez zezwolenia podmiotu praw autorskich, umieszczanie linków do materiałów, które zostały zamieszczone uprzednio bezprawnie w internecie przez innego użytkownika<sup>18</sup>. Zgodnie z przyjętą w tym orzeczeniu interpretacją odpowiedzialność jest jednak uzależniona od tego, czy określona osoba uczyniła to w ramach prowadzonej przez siebie działalności zarobkowej, jak i rodzaju winy, którą można jej przypisać.

Należy zwrócić uwagę, że w świetle powyższej interpretacji, odpowiedzialność osób, które udostępniły hyperlink do materiału chronionego prawem autorskim i nie prowadzą działalności zarobkowej, będzie uzależniona m.in. od wykazania winy umyślnej lub winy nieumyślnej w formie niedbalstwa. Natomiast w przypadku podmiotów prowadzących działalność zarobkową, przepisy prawa autorskiego powinny być wykładane w ten sposób, iż dyrektywa nakłada na te podmioty szczególne obowiązki jako podmioty profesjonalnie działające na rynku. Ich działanie powinno zatem charakteryzować się szczególną starannością w zakresie sprawdzenia, czy hyperlinki nie odsyłają do materiałów, które zostały umieszczone w Internecie w sposób bezprawny<sup>19</sup>.

Na tle tak sformułowanych tez należy poczynić kilka uwag związanych z tym, na jakie okoliczności powinny zostać przeprowadzone dowody zarówno w sytuacji, w której podmiot uprawniony będzie dochodził naprawienia szkody na zasadach ogólnych (art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut.), jak i wówczas, gdy będzie dochodził naprawienia szkody poprzez zapłatę ryczałtowego odszkodowania opisanego w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut.

W razie dochodzenia naprawienia szkody na zasadach ogólnych niezbędne jest przeprowadzenie dowodu na następujące okoliczności, tj. iż podmiot dochodzący roszczeń jest uprawniony z tytułu majątkowego prawa autorskiego, nastąpiło bezprawne wkroczenie w autorskie prawa podmiotowe (czyn niedozwolony); wkroczenie w autorskie prawa podmiotowe jest zawinione (wina umyślna albo nieumyślna); powstała szkoda majątkowa oraz jaka jest jej wysokość. Ponadto wykazać należy ist-

---

<sup>17</sup> Wyrok z dnia 8 września 2016 r., w sprawie *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc.*, C-160/15.

<sup>18</sup> W świetle powyższego stanowiska TSUE nie można uznać za zasadną tezę, iż „w odniesieniu do prawa do publicznego udostępniania utworów niezależnie od tego, czy dopuszcza się możliwość a) ‘wiernej absorpcji’ orzeczeń TS dotyczących [...] kwestii [odsyłania za pomocą klikających linków do utworów usytuowanych w Internecie (linkowanie)] czy tylko b) częściowej ich implementacji [...] – należy przyjmować wykładnię prawa krajowego, opartą na innej konstrukcji (pośrednie naruszenie prawa autorskiego zamiast bezpośredniego) niż przyjął TS, interpretując dyrektywę 2001/29/WE z 2001 r.” Tak R. Markiewicz, *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, nr 4, s. 5 i nast. Zgodnie z wykładnią TSUE sprawca umieszczający hyperlinki do utworów bezprawnie umieszczonych w sieci dokonuje ich publicznego udostępnienia stanowiącego naruszenie prawa autorskiego. Przypisanie sprawcy czynności polegającej na publicznym udostępnieniu oznacza, że jest on sprawcą bezpośrednim a nie pośrednim.

<sup>19</sup> Zob. także T. Karaś, S. Żółtek, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, Prok. i Pr. 2006, nr 11, s. 115 i nast.

nienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wkroczeniem przez naruszcyciela w autorskie prawa majątkowe a powstałą szkodą<sup>20</sup>. Prawidłowa wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut. w zw. z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE prowadzi do wniosku, że podmiot uprawniony z tytułu prawa autorskiego, aby w sposób prawidłowy wykazać zasadność swojego roszczenia, zobowiązany jest wykazać, iż osoba która naruszyła jego prawa działała z winy umyślnej lub nieumyślnej w formie niedbalstwa.

Na marginesie rozważań należy zwrócić uwagę, że z winą umyślną będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której sprawca (naruszyciel) ma zamiar naruszenia prawa autorskiego (zamiar bezpośredni) albo przewiduje możliwość dokonania takiego naruszenia i godzi się na ten skutek (zamiar ewentualny)<sup>21</sup>. W literaturze przedmiotu wyrażony jest pogląd, iż o wiele trudniejsza jest ocena sytuacji, gdy sprawca działa z winy nieumyślnej. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez A. Olejniczaka z winą nieumyślną będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której „sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (lekkomyślność, rażące niedbalstwo). Ujemna ocena dotyczy także sytuacji, gdy sprawca jest nieświadomy tego, że jego zachowanie może być bezprawne, chociaż miał możliwość i powinność dokonania właściwej oceny sytuacji, gdyby działał z dostateczną starannością (niedbalstwo)”<sup>22</sup>. Nie ulega wątpliwości, że powyższy pogląd zaciera różnicę pomiędzy lekkomyślnością (świadomą nieumyślnością) a niedbalstwem (nieświadomą nieumyślnością), albowiem jako synonim lekkomyślności Autor wskazał „rażące niedbalstwo”. Należy z całą stanowczością podkreślić, że lekkomyślność i niedbalstwo to dwie zupełnie różne formy winy nieumyślnej. Wskazane rozróżnienie jest kluczowe dla prawidłowej wykładni art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut. w zw. z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE w kontekście cytowanego orzeczenia TSUE z dnia 8 września 2016 r.<sup>23</sup>. Odnosząc się do konstrukcji wywodzącej się z prawa karnego materialnego należy wskazać, że elementem odróżniającym winę umyślną od winy nieumyślnej jest po stronie sprawcy (naruszyciela) brak zamiaru. Formą zamiaru bezpośredniego jest chęć popełnienia deliktu, natomiast z zamiarem ewentualnym będziemy mieli do czynienia w sytuacji, w której sprawca godzi się na to, iż jego zachowanie będzie deliktem.

<sup>20</sup> P.F. Piesiewicz, *Dochodzenie odszkodowania na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3a i 3b pr. aut. ze szczególnym uwzględnieniem wykładni pojęcia „stosownego wynagrodzenia”, „Palestra” 2018, Nr 1–2, s. 71–75.*

<sup>21</sup> Jak słusznie wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi „prawo cywilne nie definiuje pojęcia winy. Korzystając w tym zakresie z dorobku prawa karnego, przyjmuje się, że pojęcie to zawiera dwa elementy składowe: obiektywny i subiektywny. Element obiektywny oznacza niezgodność zachowania się z obowiązującymi normami postępowania (bezprawność sensu largo). Element subiektywny dotyczy stosunku woli i świadomości działającego do swojego czynu. Najkrócej rzecz ujmując, winę można przypisać podmiotowi prawa tylko wtedy, kiedy istnieją podstawy do negatywnej oceny jego zachowania z punktu widzenia obu tych elementów – tzw. zarzucalność postępowania”. – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 4 lutego 2014 r., I ACa 915/13, Lex nr 1438084. Zob. także M. Serwach, *Wina jako zasada odpowiedzialności cywilnej oraz okoliczność zwalniająca z obowiązku naprawienia szkody, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2009, Nr 1, s. 84 i nast. oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.*

<sup>22</sup> A. Olejniczak, *Komentarz do art. 415, [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna, wyd. II. LEX, 2014.*

<sup>23</sup> Wyrok z dnia 8 września 2016 r., w sprawie *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc.*, C-160/15.

W konsekwencji należy przyjąć, iż istota zamiaru ewentualnego nie polega na tym, że naruszytel nie tylko nie chce, aby nastąpił skutek w postaci deliktu, lecz także nie chce, aby on nastąpił. Oznacza to, że wyobrażenie możliwego skutku było dla niego obojętne i nie odgrywało roli w procesie motywacyjnym. Z zamiarem ewentualnym mamy do czynienia w sytuacji, gdy spełnione są dwa negatywnie określone warunki. Z jednej strony u sprawcy brak jest chęci popełnienia deliktu (ta bowiem jest czynnikiem przesadzającym o zamiarze bezpośrednim), z drugiej zaś strony nie występuje u niego przekonanie, że uda mu się uniknąć popełnienia czynu przestępnego, co jest charakterystyczne dla lekkomyślności<sup>24</sup>. Zgodnie z przytoczonym poglądem judykatury „najistotniejszym elementem, przy ocenie czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z zamiarem ewentualnym czy też z lekkomyślnością, jest określenie obiektywnego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego oraz świadomości tego prawdopodobieństwa u sprawcy, którą oceniać należy według doświadczenia sprawcy i obiegowych ocen dotyczących danego zdarzenia. Jeśli stopień ten jest obiektywnie wysoki i znajduje odzwierciedlenie w świadomości sprawcy, a zarazem nie występuje u niego przekonanie, że skutek przestępny nie nastąpi, to tym samym przesadzona zostaje kwestia *dolus eventualis*”<sup>25</sup>.

Odnosząc formy winy występujące na gruncie prawa polskiego do cytowanego orzeczenia TSUE<sup>26</sup> należy zwrócić uwagę, że w sytuacji, w której hiperłącza zostały udostępnione bez celu zarobkowego odpowiedzialność tej osoby ograniczona została do winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim i ewentualnym, oraz winy nieumyślnej w formie lekkomyślności. Powyższa teza wynika z faktu, iż w swoim orzeczeniu TSUE wyraził pogląd, że nie może podlegać odpowiedzialności osoba która udostępniła hiperłącze bez celu zarobkowego i nie wiedziała lub nie mogła racjonalnie wiedzieć o bezprawnym charakterze publikacji materiału na innej witrynie internetowej (niedbalstwo lub brak winy). Istotą niedbalstwa pozostaje to, że sprawca naruszenia nie przewiduje, tj. nie wie, iż jego zachowanie może stanowić działanie naruszające czyjeś prawa autorskie, natomiast mógł to przewidzieć, gdyby dochował należytej staranności. Dla oceny winy w postaci niedbalstwa decydujące znaczenie ma miernik staranności, jaki przyjmuje się za wzór prawidłowego postępowania<sup>27</sup>. Należy poczynić uwagę, że pojęcie „wzoru prawidłowego postępowania” powinno być rozumiane inaczej w stosunku do osoby prowadzącej działalność zarobkową pozostającą w związku działalności serwisu społecznościowego, a inaczej w stosunku do osoby, która takiej działalności zarobkowej nie prowadzi. Żaden przepis pr. aut. nie nakłada na osobę umieszczającą hyperlink do materiałów objętych ochroną pr. aut. obowiązku sprawdzenia, czy określony materiał został udostępniony w sposób bezprawny. Miernik należytej staranności w stosunku do osób nieprowadzących działalności zarobkowej powinien być rozumiany w ten sposób, że osoba ta, co prawda nie posiadała wiedzy o bezprawnym umieszczeniu

---

<sup>24</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 15 stycznia 2015 r., II AKa 219/14, LEX nr 1999331.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 8 września 2016 r., w sprawie *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc.*, C-160/15.

<sup>27</sup> Zob. orzeczenie SN z dnia 15 grudnia 1954 r., 1 C 2122/53, PUG 1956, z. 7, s. 276.

materiału, do którego prowadziły zamieszczone przez nią hyperlinki, lecz na podstawie wszystkich towarzyszących okoliczności mogła przypuszczać o bezprawnym charakterze ich umieszczenia (niedbalstwo tzw. nieświadoma nieumyślność).

Zupełnie inaczej kształtuje się odpowiedzialność osób, które wspomniane hyperłącza udostępniły w celu zarobkowym. Omówienie kwestii odpowiedzialności tych podmiotów wymaga wyjaśnienia dwóch kwestii, tj. zagadnienia związanego z winą oraz wykładni pojęcia „celu zarobkowego”. Odnosząc się do zagadnienia winy należy zwrócić uwagę, że prawidłowa wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut. prowadzi do wniosku, że podmiot dochodzący swoich praw z tytułu naruszenia nie jest zobowiązany do wykazania winy naruszcyciela. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem TSUE art. 3 ust. 1 dyrektywy 2001/29/WE statuuje domniemanie winy umyślnej oraz nieumyślnej w formie lekkomyślności (świadoma nieumyślność). Trybunał wprost stwierdził, że jeżeli hyperłącze zostało udostępnione w celu zarobkowym należy domniemywać istnienie wiedzy o tym, iż umieszczone hyperlinki prowadzą do materiałów bezprawnie umieszczonych w sieci. Bezspornym jest, iż zarówno w przypadku zamiaru bezpośredniego (tj. chęci popełnienia deliktu), zamiaru ewentualnego (tj. godzenia się na popełnienie deliktu), jak i lekkomyślności (przewidywanie popełnienia deliktu tzw. świadoma nieumyślność), musi naruszcycielowi towarzyszyć wiedza o bezprawnym charakterze jego działania. Skutkiem przyjęcia domniemania jest to, że to na osobie umieszczającej hyperlink do materiału objętego ochroną prawa autorskiego, a bezprawnie umieszczonych w sieci, będzie ciążył obowiązek wykazania, iż nie ponosi ona winy.

Określając zakres przedmiotowy pojęcia „celu zarobkowego” wydaje się, że nie powinien on obejmować wyłącznie sytuacji, w których umieszczenie hyperlinku daje możliwość osiągnięcia bezpośredniego przychodu. Udostępnienie hyperlinku w celu zarobkowym powinno być rozumiane szerzej to jest w ten sposób, iż podmiot naruszający uzyskuje, np. korzyść poprzez przyciągnięcie uwagi innych użytkowników serwisu społecznościowego do swojego profilu (konta) a w konsekwencji zwrócenie uwagi na prowadzoną działalność zarobkową.

Zupełnie inaczej kształtuje się odpowiedzialność naruszcyciela w przypadku dochodzenia roszczeń na zasadach określonych w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. Podmiot dochodzący roszczenia z art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. nie jest zobowiązany bowiem do wykazania winy sprawcy naruszenia, natomiast musi wykazać, że jest uprawniony z tytułu majątkowego prawa autorskiego; nastąpiło bezprawne wkroczenie w autorskie prawo majątkowe (czyn niedozwolony); powstanie szkody majątkowej oraz – w odniesieniu do żądanej kwoty – podstawę przyjętą do jej wyliczenia, z uwagi na ryczałtowy charakter dochodzonego odszkodowania. Ponadto musi wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zdarzeniem wywołującym szkodę (naruszenie majątkowego prawa autorskiego) i szkodą<sup>28</sup>. Brak obowiązku wykazania winy nie ma wpływu na odpowiedzialność podmiotu, który udostępnił hiperłącza w celu zarobkowym, skoro, jak uprzednio wskazano, istnienie domniemania wiedzy o bezprawnym charakterze materiałów należy powiązać z winą umyślną oraz nieumyślną w formie lekkomyślności (świadoma nieumyślność).

---

<sup>28</sup> P.F. Piesiewicz, *Dochodzenie odszkodowania...*, op. cit., s. 71–75.

Odmienne kształtować się będzie odpowiedzialność podmiotu, który udostępnił wspomniane hyperłącza bez celu zarobkowego. W kontekście powyższego powstaje pytanie, czy skoro odpowiedzialność opisana w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. nie jest odpowiedzialnością na zasadzie winy, to czy w ogóle osoba taka może być podmiotem legitymowanym biernie. Odpowiedź na to pytanie wydaje się być twierdząca, lecz należy poczynić kilka zastrzeżeń. Nie ulega wątpliwości, że art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. jest prawem podmiotu, którego autorskie prawa majątkowe zostały naruszone do wystąpienia z opisanym tam roszczeniem. Wykładnia dokonana przez TSUE w cytowanym orzeczeniu nie może niweczyć tego prawa. Powstaje zatem kolejne pytanie, na jakich zasadach, o których mowa w tym przepisie, może ponieść odpowiedzialność naruszciciel, który udostępnił hyperlinki bez celu zarobkowego, skoro jego odpowiedzialność uwarunkowana jest zaistnieniem po stronie sprawcy winy umyślnej, albo nieumyślnej w formie lekkomyślności (świadoma nieumyślność). Konieczność wystąpienia po stronie takiego naruszciciela winy, w zakresie o którym mowa w zdaniu poprzedzającym, nie zmienia także zakresu postępowania dowodowego. Oznacza to, że na dochodzącym swoich praw nadal nie będzie ciążył obowiązek wykazania winy po stronie naruszciciela. Sformułowanie roszczenia zakreśla jednak drugiej stronie zakres obrony, co oznacza, że podmiot będący legitymowanym biernie (naruszciciel) będzie mógł podnieść zarzut uwalniający go od odpowiedzialności, tj. iż działał on w ramach winy nieumyślnej w formie niedbalstwa (nieświadoma nieumyślność); co oczywiście będzie zobowiązany tę okoliczność wykazać.

Podsumowując powyższe rozważania należy podkreślić doniosłość orzeczenia TSUE dotyczące zamieszczania hyperlinków do materiałów objętych ochroną prawa autorskiego. Ekstraordynaryjność tego orzeczenia sprowadza się do faktu, iż nie ma ono znaczenia dla generalnej interpretacji i stosowania przepisów prawa krajowego, tj. art. 79 ust. 1 pkt 3 pr. aut., lecz odnosi się wyłącznie do stanów faktycznych związanych z linkowaniem, w tym także w ramach serwisów społecznościowych. Praktyka sądów pokaże, czy właściwy sposób interpretacji orzeczenia TSUE będzie miał wpływ na modyfikację wykładni art. 79 ust. pkt 3 pr. aut. Nie ulega wątpliwości, że zagadnienie to będzie wymagało od sądów orzekających wnikliwej analizy dyrektywy 2001/29/WE oraz zasad odpowiedzialności odpisanych w przepisach pr. aut., w szczególności w zakresie winy podmiotów naruszających. Należy pamiętać, że odpowiedzialność opisana w art. 79 ust. 1 pkt 3b pr. aut. jest odpowiedzialnością niezależną od winy. Interpretacja art. 3 ust. 1 dyrektywy 2011/29/WE nie ogranicza możliwości dochodzenia swoich praw w oparciu o tę regulację, jednakże skoro odpowiedzialność naruszciciela nieprowadzącego działalności zarobkowej ograniczona jest do winy umyślnej oraz nieumyślnej w formie lekkomyślności (świadoma nieumyślność), to osoba ta może zwolnić się z odpowiedzialności formułując zarzut i wykazując co najmniej niedbalstwo po swojej stronie. Nie bez znaczenia pozostaje też kwestia domniemanie istnienia wiedzy o naruszeniu, które w konsekwencji prowadzi na gruncie ustawodawstwa krajowego do istnienia domniemania winy. Jeśli naruszający chciałby się uwolnić od odpowiedzialności, domniemanie to przerzuca na naruszającego, w razie skierowania przeciwko niemu roszczenia na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut., obowiązek dowiedzenia, iż działał bez winy. Natomiast w przypadku dochodzenia na gruncie art. 79 ust. 1 pkt 3a pr. aut. roszczenia



w stosunku do osoby, która udostępniła publicznie linki bez związku z działalnością zawodową, konieczne jest do wykazania, iż po stronie naruszcyciela była wina umyślna, lub nieumyślna w formie lekkomyślności (świadoma nieumyślność). Natomiast niedbalstwo po stronie takiego naruszcyciela (nieświadoma nieumyślność) nie może skutkować odpowiedzialnością za naruszenie autorskich praw majątkowych.

## BIBLIOGRAFIA

- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2010.
- Karaś T., Żółtek S., *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, Prok. i Pr. 2006, Nr 11.
- Kondek M., *Komentarz do art. 422*, [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2017, Legalis.
- Machała W., *Dozwolony użytek prywatny w polskim prawie autorskim*, Warszawa 2003.
- Markiewicz R., *Zdezorientowany prawnik o publicznym udostępnianiu utworów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2016, Nr 4.
- Olejniczak A., *Komentarz do art. 415*, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, wyd. II, LEX, 2014.
- Piesiewicz P.F., *Dochodzenie odszkodowania na podstawie art. 79 ust. 1 pkt 3a i 3b pr. aut. ze szczególnym uwzględnieniem wykładni pojęcia „stosownego wynagrodzenia”*, „Palestra” 2018, nr 1–2.
- Podrecki P., *Komentarz do art. 79*, [w:] Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, D. Lex 2015.
- Serwach M., *Wina jako zasada odpowiedzialności cywilnej oraz okoliczność zwalniająca z obowiązku naprawienia szkody*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2009, nr 1.
- Szewczyk A., *Popularność funkcji serwisów społecznościowych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Studia Informatica” (obecnie „Studia Informatica Pomerania”) 2011, nr 28.

## ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA BEZPRAWNE PUBLICZNE UDOSTĘPNIANIE UTWORÓW ORAZ ZA PUBLICZNE UDOSTĘPNIANIE HYPERLINKÓW DO TAKICH UTWORÓW W SERWISACH SPOŁECZNOŚCIOWYCH

### Streszczenie

Użytkownicy serwisów społecznościowych zamieszczają coraz więcej materiałów, które mogą stanowić przedmiot ochrony prawem autorskim. W konsekwencji niejednokrotnie, na skutek takiego umieszczenia, dochodzi do naruszenia prawa. Niniejszy tekst opisuje, jakie czynności – realizowane w ramach funkcjonalności portali społecznościowych – mogą stanowić źródło naruszenia prawa autorskiego. Analizie poddano nie tylko zagadnienie związane z umieszczeniem określonego materiału objętego ochroną prawa autorskiego na portalu przez użytkownika, lecz także czynności kolejne, polegające na dalszym udostępnianiu tego materiału (re-post) poprzez umieszczenie odsyłaczy (hyperlinków). Autor stawia tezę, iż w niektórych przypadkach odpowiedzialnym za naruszenie prawa autorskiego będzie nie tylko osoba, która umieściła określony materiał na portalu społecznościowym, lecz także osoba, która ten materiał dalej udostępniła poprzez zamieszczenie hyperlinku.



Słowa kluczowe: Internet, hyperlink, prawo autorskie, prawo europejskie, przedmiot ochrony prawa autorskiego, utwór, ochrona autorskich praw majątkowych, naprawienie szkody, media społecznościowe

## LIABILITY FOR UNLAWFUL MAKING PROTECTED WORKS AVAILABLE TO THE PUBLIC AND FOR PROVIDING HYPERLINKS TO SUCH WORKS ON SOCIAL NETWORKING WEBSITES

### Summary

Users of social networking sites post more and more materials that may be subject to copyright and related rights. As a result, these activities quite often constitute a breach of law. The article describes what activities – carried out as part of the functionality of social networking websites – can result in copyright infringement. The analysis covers not only the issue of posting a specific material protected by copyright on the website by its user, but also subsequent activities consisting in making the material available (re-posting) by providing reference (hyperlinks). The author puts forward a hypothesis that in some cases not only the person who places material on a social networking website but also the person who makes the material available by posting a hyperlink to it is liable for the infringement of copyright.

Keywords: Internet, hyperlink, copyright, European law, subject of copyright, work, protection of author's economic rights, redress for the inflicted damage, social media

### Cytuj jako:

Piesiewicz P.F., *Odpowiedzialność za bezprawne publiczne udostępnianie utworów oraz za publiczne udostępnianie hiperlinków do takich utworów w serwisach społecznościowych*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 132–145. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.39/p.f.piesiewicz

### Cite as:

Piesiewicz, P.F. (2018) 'Liability for unlawful making protected works available to the public and for providing hyperlinks to such works on social networking websites'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 132–145. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.39/p.f.piesiewicz

## WZNOWIENIE POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO NA PODSTAWIE ART. 540B KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

MAŁGORZATA WĄSEK-WIADEREK\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.40/m.wasek-wiaderek

Podstawa normatywna do wznowienia postępowania wyrażona w art. 540b k.p.k. została wprowadzona do prawa karnego procesowego ustawą z dnia 29 lipca 2011 r.<sup>1</sup> z mocą obowiązującą od dnia 14 listopada 2011 r. Jak wskazano w ustawie nowelizującej, celem tego przepisu było wdrożenie decyzji ramowej Rady 2009/299/WSiSW z 26 lutego 2009 r. zmieniającej decyzje ramowe 2002/584/WSiSW, 2005/214/WSiSW, 2006/783/WSiSW, 2008/909/WSiSW i tym samym wzmacniającej prawa procesowe osób oraz ułatwiającej stosowanie zasady wzajemnego uznawania do orzeczeń wydanych pod nieobecność danej osoby na rozprawie<sup>2</sup>. Z uzasadnienia projektu wynika natomiast, że nowe podstawy wznowienia służyły wzmocnieniu gwarancji procesowych oskarżonego w sytuacji, w której pomimo skutecznego zastępczego doręczenia wezwania lub zawiadomienia, do oskarżonego nie dotarła informacja o terminie i miejscu rozprawy lub posiedzenia. Zdaniem projektodawców do takiej sytuacji może dojść m.in. w przypadku nieprzekazania oskarżonemu przez domownika odebranej przesyłki lub zastępczego doręczenia za pośrednictwem poczty. Należy założyć, że ustawodawca chciał po prostu ograniczyć możliwość uznania wyroku polskiego sądu za wyrok wydany *in absentia* na gruncie art. 4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW<sup>3</sup> zmienionej decyzją ramową 2009/299/WSiSW<sup>4</sup> i tym samym zmniejszyć ryzyko odmowy przekazywania osób ściganych na podsta-

---

\* dr hab., profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, Katedra Postępowania Karnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji; Sędzia Sądu Najwyższego; e-mail: malwasek55@gmail.com

<sup>1</sup> Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

<sup>2</sup> Dz.U. L 81 z 27.3.2009 r., s. 24.

<sup>3</sup> Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190 z 18.07.2002 r., s. 1 i nast.; dalej przywoływana jako „decyzja ramowa w sprawie ENA”.

<sup>4</sup> Decyzja ramowa Rady z 26 lutego 2009 r., Dz. Urz. UE L 81 z 27.03.2009 r., s. 24 i nast.

wie „polskich” nakazów aresztowania wydawanych w celu wykonania kary orzeczonej w takich okolicznościach<sup>5</sup>. Wprowadzenie art. 540b k.p.k. potencjalnie uprawniało bowiem do wskazania w części D formularza europejskiego nakazu aresztowania, że nawet jeżeli skazany nie został zawiadomiony lub wezwany na termin rozprawy w sposób przewidziany w art. 4a decyzji ramowej oraz nie został mu następnie doręczony wyrok, jak również nie był w postępowaniu reprezentowany przez obrońcę, to i tak zachodzi sytuacja niwelująca fakultatywną przesłankę odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania, w postaci „prawa do ponownego rozpoznania sprawy” po przekazaniu skazanego w celu wykonania kary orzeczonej *in absentia*.

Słusznie jednak ustawodawca przyjął, że nowa przesłanka wznowienia postępowania karnego nie może się odnosić wyłącznie do tych postępowań, w których w celu wykonania kary orzeczonej „*in absentia*” konieczne jest pozyskanie skazanego z innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na mocy europejskiego nakazu aresztowania. Okoliczność, że ktoś zbiegł z kraju i został przekazany do Polski w celu wykonania kary nie może stawiać go w lepszej sytuacji procesowej niż skazanego, wobec którego również wydano wyrok pod jego nieobecność, natomiast przebywa on na terytorium Polski<sup>6</sup>.

Nie ma zatem wątpliwości, że art. 540b k.p.k. umiejscowiony w rozdziale 56 kodeksu postępowania karnego znajduje zastosowanie do wszystkich postępowań karnych spełniających wskazane w nim warunki, a nie jedynie do postępowań, w których pozyskano skazanego do wykonania kary za pomocą instytucji przekazania na podstawie europejskiego nakazu aresztowania.

Po kilku latach obowiązywania nowej podstawy wznowienia postępowania sądowego warto rozważyć, czy jej wprowadzenie do kodeksu postępowania karnego było potrzebne oraz czy instytucja ta spełnia swoje zadania w zakresie ułatwienia wzajemnego uznawania wyroków wydawanych *in absentia* w ramach przekazywania osób na podstawie europejskiego nakazu aresztowania. Celem tego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na powyższe pytania.

Od 2011 r. art. 540b k.p.k. był dwukrotnie nowelizowany. W pierwotnym brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. przepis ten wskazywał dwie samodzielne przesłanki wznowienia postępowania. Pierwsza dotyczyła sytuacji rozpoznania sprawy pod nieobecność oskarżonego, któremu nie doręczono zawiadomienia o terminie rozprawy lub posiedzenia albo doręczono je w inny sposób niż osobiście, przy czym w tym przypadku skazany musiał wykazać, że nie wiedział o terminie rozprawy oraz o możliwości wydania orzeczenia pod jego nieobecność. Nie ma wątpliwości, że wznowienie postępowania na tej podstawie mogło dotyczyć

---

<sup>5</sup> Por. w tej kwestii: D. Dąbrowski, *Wydanie europejskiego nakazu aresztowania w celu wykonania orzeczonej in absentia kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego na tle gwarancyjnej funkcji procesu karnego*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 596–597.

<sup>6</sup> Odmienne i zarazem krytycznie o odniesieniu nowej przesłanki wznowienia do wszystkich orzeczeń wydanych *in absentia*: A. Lach, *Orzeczenia in absentia w europejskiej współpracy w sprawach karnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 6, s. 22; Krytycznie o wprowadzeniu tego przepisu do k.p.k.: S. Steinborn [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom II, Warszawa 2013, s. 384; A. Sakowicz [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1127.

każdego postępowania sądowego zakończonego każdym prawomocnym orzeczeniem kończącym postępowanie. Druga przesłanka wznowienia była powiązana z niedoręczeniem oskarżonemu orzeczeń, o których mowa w art. 100 § 2 i 3 k.p.k. oraz art. 479 § 1 k.p.k. (czyli wyroku wydanego na posiedzeniu pod nieobecność oskarżonego; postanowienia o umorzeniu postępowania wydanego na posiedzeniu pod nieobecność oskarżonego; postanowienia o umorzeniu postępowania wydanego na posiedzeniu lub na rozprawie pod nieobecność oskarżonego, jeżeli sąd odroczył sporządzenie jego uzasadnienia, oraz wyroku zaocznego) lub doręczeniem ich w inny sposób niż osobiście, przy czym także w tym przypadku skazany musiał wykazać, że nie wiedział o treści orzeczenia oraz o przysługującym mu prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia. Niewątpliwie druga przesłanka miała węższy zakres zastosowania, skoro nie dotyczyła postępowań zakończonych wydaniem wyroku na rozprawie. Natomiast obie przesłanki wznowienia postępowania nie znajdowały zastosowania, jeżeli skazany odmówił przyjęcia korespondencji lub zaszły inne okoliczności zdefiniowane w art. 136 § 1 k.p.k., jeżeli nie podjął korespondencji wysłanej na wskazany przez niego adres (art. 139 § 1 k.p.k.), jak również wówczas, gdy w rozprawie lub posiedzeniu uczestniczył obrońca.

Z punktu widzenia realizacji obowiązku wdrożenia decyzji ramowej 2009/299/WSiSW podstawy wznowienia postępowania sądowego wyrażone w art. 540b k.p.k. były zbyt szerokie. Nie ma wątpliwości, że ustawodawca nie był w ogóle zobowiązany wprowadzać nowej podstawy normatywnej dla wzruszenia prawomocnych orzeczeń<sup>7</sup>. Dla realizacji ww. celu, jaki przyświecał nowelizacji, wystarczyło przewidzieć wznowienie postępowania karnego zakończonego prawomocnym wyrokiem skazującym oskarżonego, pozostawiając poza zakresem tego uregulowania postępowania zakończone postanowieniem o umorzeniu. Ponadto, jak słusznie podkreślano w doktrynie, chociaż ustawodawca ujął wspomniane dwie przesłanki wznowienia jako samodzielne, to nie powinny być one traktowane jako od siebie niezależne. Ziszczenie się przesłanki z art. 540b § 1 pkt 1 k.p.k. nie powinno skutkować wznowieniem postępowania, jeżeli oskarżonemu doręczono orzeczenie wydane *in absentia* i albo skorzystał on z możliwości zaskarżenia tego orzeczenia, albo zaaprobował je i nie wywiódł środka zaskarżenia<sup>8</sup>.

Przepis art. 540b k.p.k. uległ zmianie po raz pierwszy w 2015 r. na skutek nowelizacji wprowadzającej nowy, kontradyktoryjny model postępowania karnego<sup>9</sup>. Przesłanka wznowienia wymieniona w art. 540b § 1 pkt 2 k.p.k., wynikająca z niedoręczenia orzeczenia lub doręczenia go w sposób inny niż osobiście, została odniesiona do wyroków oraz postanowień, od których przysługuje środek odwoławczy, przy czym objęła także wyroki wydane na rozprawie oraz wyroki nakazowe. Art. 540b § 1 pkt 2 k.p.k. wskazywał bowiem na orzeczenia, o których mowa w art. 100 § 3 i 4 k.p.k., zatem odnosił się do wszystkich wyroków ogłoszonych pod

<sup>7</sup> Tak S. Steinborn [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks...*, s. 384–385.

<sup>8</sup> Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom III, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 407. Omawiany przepis budził także inne wątpliwości interpretacyjne, które obszernie referuje S. Steinborn [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks...*, s. 387–390.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 r., Dz.U. z 2013 r., poz. 1247 z mocą obowiązującą od dnia 1 lipca 2015 r.

nieobecność oskarżonego, bez względu na forum wydania orzeczenia. Jednocześnie z mocy zmienionego § 2 art. 540b k.p.k. wyłączono możliwość skutecznego złożenia wniosku o wznowienie także wówczas, gdy doręczenie zawiadomienia o terminie rozprawy lub posiedzenia albo doręczenie orzeczenia nastąpiło na skutek dwukrotnego awizowania korespondencji.

Obecna treść art. 540b k.p.k., ukształtowana przez nowelizację z dnia 11 marca 2016 r. z mocą obowiązującą od dnia 15 kwietnia 2016 r.<sup>10</sup>, wiąże możliwość wznowienia postępowania jedynie z niedoręczeniem oskarżonemu zawiadomienia o terminie posiedzenia lub rozprawy lub doręczeniem tej korespondencji w sposób inny niż osobiście. Wyłączono zatem możliwość wznowienia postępowania, jeżeli oskarżonemu nie doręczono orzeczenia wydanego *in absentia*. Przepis ten nadal oferuje możliwość wznowienia każdego postępowania sądowego zakończonego prawomocnym orzeczeniem kończącym postępowanie<sup>11</sup> a nie jedynie wyrokiem skazującym. Możliwość wnioskowania o wznowienie postępowania jest wyłączona, jeżeli dochodzi do uznania pisma za doręczone w warunkach określonych w art. 133 § 2 k.p.k., zatem w razie dwukrotnego awizowania zawiadomienia, w razie odmowy przyjęcia pisma lub ziszczenia się innych okoliczności wskazanych w art. 136 § 1 k.p.k., jak również w razie zmiany adresu przez oskarżonego i niedopełnienia obowiązku podania nowego adresu do doręczeń, co skutkuje niepodjęciem korespondencji skierowanej na adres dostępny dla organów procesowych. Ponadto, podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, możliwość wznowienia postępowania jest zniesiona, jeżeli w rozprawie lub posiedzeniu uczestniczył obrońca oskarżonego.

Uzasadnienie projektu nowelizacji k.p.k. z 2016 r. nie zawiera motywów zmiany art. 540b k.p.k. Wydaje się jednak, że powodem rezygnacji z drugiej przesłanki wznowienia była zmiana przepisów regulujących doręczanie wyroków. Według stanu prawnego obowiązującego od dnia 15 kwietnia 2016 r. wyrok doręczany jest oskarżonemu jedynie w dwóch przypadkach: w razie ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 422 § 2a k.p.k. oraz w razie wydania wyroku nakazowego (art. 505 k.p.k.). Ustawodawca nie przewidział obowiązku doręczenia oskarżonemu wyroku wydanego na posiedzeniu, chociaż w piśmiennictwie formułowane są postulaty, aby do wyroku wydanego na tym forum stosować *per analogiam* art. 422 § 2a k.p.k.<sup>12</sup> Zatem w razie wydania wyroku na posiedzeniu, o którym mowa w art. 341 lub 343 k.p.k., wyrok ten należałoby doręczyć oskarżonemu, który był pozbawiony wolności w dacie posiedzenia, nie posiadał obrońcy oraz, pomimo złożenia wniosku, nie został doprowadzony na posiedzenie.

Obecny zakres zastosowania art. 540b k.p.k. jest stosunkowo wąski. Po pierwsze, niewątpliwie poza zakresem tej podstawy wznowieniowej pozostaje sytuacja prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego, jeżeli jego obecność była obowiązkowa z mocy ustawy. Dotyczy to spraw o zbrodnie i jedynie tej części roz-

<sup>10</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2016 r., Dz.U. z 2016 r., poz. 437.

<sup>11</sup> Na temat rozumienia tego pojęcia w orzecznictwie: J. Kosonoga, *Prawomocne orzeczenie kończące postępowanie sądowe w rozumieniu art. 540 § 1 k.p.k.*, [w:] *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd orzecznictwa za rok 2017*, Warszawa 2018, s. 519–529.

<sup>12</sup> Tak, słusznie, M. Kurowski, *Komentarz do art. 100 Kodeksu postępowania karnego*, stan na dzień 1 lipca 2018 r., WKP 2018, teza 6.

prawy, w czasie której dokonano czynności wymienionych w art. 385 i 386 k.p.k. Ze względu na treść art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k. takie procedowanie skutkuje bezwzględna podstawą do uchylenia orzeczenia, a zatem jest również przesłanką do wznowienia postępowania karnego z urzędu (art. 542 § 3 k.p.k.) a nie na wniosek oskarżonego. Bezwzględna przyczyna odwoławcza zachodzi zarówno wtedy, gdy oskarżony nie został prawidłowo wezwany na rozprawę, jak i wówczas, gdy pomimo prawidłowego wezwania nie stawił się na tej części rozprawy, w której jego udział był obowiązkowy, a nie zachodziły okoliczności dopuszczające rozpoznanie sprawy pod nieobecność oskarżonego przewidziane w art. 376 lub 377 k.p.k.

Wydaje się, że inaczej należy potraktować przypadek, w którym obligatoryjny udział oskarżonego w rozprawie wynikał z decyzji przewodniczącego sądu orzekającego lub sądu (art. 374 § 1 zd. drugie k.p.k.). Kluczowa jest tu odpowiedź na pytanie, czy prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego, którego obecność sąd uznał wcześniej za obowiązkową, bez uprzedniego wydania postanowienia skutkującego zmianą tej decyzji, również prowadzi do zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, czy też przystąpienie do rozpoznania sprawy w takiej sytuacji stanowi dorozumianą zmianę uprzedniej decyzji o obowiązkowej obecności oskarżonego. Pytanie to należy odnieść do sytuacji nieobjętych art. 376 lub 377 k.p.k.<sup>13</sup> W praktyce chodzi głównie o skutki prowadzenia rozprawy pod nieobecność oskarżonego wówczas, gdy uprzednio przewodniczący sądu orzekającego uznał tą obecność za obowiązkową, nie zostało wydane zarządzenie przewodniczącego lub postanowienie sądu uchylające wcześniejszą decyzję i jednocześnie nie ziszcila się przesłanka z art. 377 § 3 k.p.k., czyli osobiste zawiadomienie oskarżonego o rozprawie. Trzeba bowiem pamiętać, że uznanie doręczenia zawiadomienia za skuteczne na skutek dwukrotnego awizowania stanowi prawidłowe zrealizowanie obowiązku zawiadomienia o pierwszym terminie rozprawy głównej w rozumieniu art. 132 § 4 k.p.k., jednak nie jest to zarazem doręczenie osobiste na gruncie art. 377 § 3 k.p.k. Niezmiennie i słusznie uznaje się w orzecznictwie, że pod pojęciem „doręczenia osobistego” w rozumieniu art. 377 § 3 k.p.k. należy rozumieć jedynie doręczenie zawiadomienia do rąk własnych oskarżonego albo osobiste poinformowanie go o kolejnym terminie rozprawy, np. na rozprawie podlegającej odroczeniu<sup>14</sup>. Podsumowując, prawidłowe zawiadomienie o pierwszym terminie rozprawy nie musi oznaczać „zawiadomienia osobistego” w rozumieniu art. 377 § 3 k.p.k. W omawianej sytuacji dla stwierdzenia, czy prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego skutkuje bezwzględna przyczyną odwoławczą należy zbadać, czy zarządzenie przewodniczącego sądu orzekającego lub postanowienie sądu o uznaniu obecności oskarżonego za obowiązkową zawierało ograniczenie przedmiotowe lub czasowe. Jeżeli bowiem w zarządzeniu lub postanowieniu wyraźnie wskazano, że obecność jest

<sup>13</sup> Nie ma bowiem wątpliwości, że prowadzenie rozprawy pod nieobecność oskarżonego w warunkach określonych w art. 376 lub 377 k.p.k. w sprawach o występki bez uprzedniego wydania postanowienia o prowadzeniu sprawy pod nieobecność oskarżonego nie skutkuje bezwzględna przyczyną odwoławczą. Tak, słusznie, J. Matras [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1004–1005.

<sup>14</sup> Por. m.in. wyrok SN z dnia 5 listopada 2010 r., III KK 286/10, Lex nr 653513; wyrok SN z dnia 2 lutego 2012 r., V KK 438/11, OSNKW 2012, nr 5, poz. 51; postanowienie SN z dnia 6 marca 2018 r., V KO 17/18, Lex nr 2488097. Por. także: D. Świecki, *Komentarz do art. 377 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018 r., WKP 2018, teza 17.



obowiązkowa w odniesieniu do konkretnych czynności, np. odebrania wyjaśnień czy przesłuchania konkretnych świadków, to po przeprowadzeniu tych czynności obecność oskarżonego przestaje być obowiązkowa nawet bez wydania stosownej decyzji uchylającej jej obowiązkowy charakter. Na marginesie, za słuszny należy uznać wyrażony w doktrynie postulat, aby zarządzenia przewodniczącego lub postanowienia sądu w tym zakresie zawsze były skonkretyzowane przedmiotowo<sup>15</sup>. Jak się wydaje, inaczej powinna być oceniona sytuacja, w której pomimo wcześniejszej decyzji o obowiązku obecności oskarżonego na całej rozprawie, tzn. decyzji nieograniczonej przedmiotowo ani czasowo, sąd proceduje pod jego nieobecność pomimo nieziszczenia się którejś z przesłanek z art. 367 lub 377 k.p.k. i przy jednoczesnym nieodwołaniu wcześniejszej decyzji o uznaniu obecności oskarżonego za obowiązkową. Istnieją argumenty za przyjęciem, że takie procedowanie skutkuje bezwzględna przyczyną odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.<sup>16</sup>

W świetle dotychczasowych rozważań należy uznać, że przesłanka wznowienia postępowania sądowego określona w art. 540b k.p.k. znajduje zastosowanie wyłącznie do rozpoznania sprawy oskarżonego, którego udział w rozprawie lub posiedzeniu nie był obowiązkowy<sup>17</sup>.

Dalsze zawężenie dopuszczalności wznowienia wynika z § 2 art. 540b k.p.k. Tzw. fikcja doręczenia czyli uznanie niepodjętej korespondencji za doręczoną na skutek dwukrotnego awizowania skutkuje niedopuszczalnością wznowienia. Podobny skutek wywołuje odmowa przyjęcia zawiadomienia, jak również doręczenie zawiadomienia na adres podany przez oskarżonego w sytuacji zmiany miejsca pobytu i nie poinformowania o tym organów procesowych. Zasadniczo zatem jedynie w razie tzw. doręczenia pośredniego (np. do rąk dorosłego domownika) dopuszczalne jest wznowienie postępowania, przy czym ten sposób doręczenia nie znajduje obecnie zastosowania do pierwszego terminu rozprawy głównej<sup>18</sup>. Zatem w praktyce wznowienie postępowania będzie dopuszczalne jedynie wówczas, gdy sąd przystąpi do rozpoznania sprawy pomimo niedoręczenia w ogóle zawiadomienia o rozprawie lub posiedzeniu, jak również w sytuacji, gdy zawiadomienie o pierwszym terminie rozprawy pomyłkowo zostanie wysłane pod inny adres niż wskazany przez oskarżonego lub zostanie doręczone z naruszeniem art. 132 § 4 k.p.k. do rąk dorosłego domownika lub w inny

---

<sup>15</sup> D. Świecki, *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018 r., WKP 2018, teza 6.

<sup>16</sup> Por. w tym względzie D. Świecki, *Komentarz aktualizowany do art. 439 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018 r., WKP 2018, teza 104 i 108. Możliwość zaistnienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej w razie uznania obecności oskarżonego za obowiązkową z mocy decyzji przewodniczącego lub sądu dopuszczają także K. Boratyńska i P. Czarnecki [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1105.

<sup>17</sup> Tak też słusznie J. Matras [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania...*, s. 1270.

<sup>18</sup> Słusznie wyłączono pośrednie doręczenie zawiadomienia w odniesieniu do pierwszego terminu rozprawy głównej. W sprawie C-108/16 PPU (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r., *Dworzecki*, ECLI:EU:C:2016:346) TSUE stwierdził, że zawiadomienie doręczone na adres oskarżonego do rąk dorosłego domownika, który podjął się oddać wezwanie, nie spełnia samo w sobie wymogów art. 4a ust. 1 lit. a) ppkt (i) decyzji ramowej w sprawie ENA, jeżeli na podstawie ENA nie jest możliwe ustalenie czy i – w stosownym przypadku – kiedy domownik rzeczywiście oddał to wezwanie/zawiadomienie zainteresowanemu.



sposób wskazany w art. 132 § 2 lub 3 lub w art. 133 § 3 k.p.k. Jednak w każdym z tych przypadków oskarżony będzie musiał wykazać, że nie wiedział o terminie rozprawy lub posiedzenia i możliwości wydania orzeczenia pod jego nieobecność. Pod pojęciem „termin posiedzenia lub rozprawy” użytym w art. 540b § 1 k.p.k. należy rozumieć rozprawę jako taką a nie każdy termin rozprawy przerwanej lub odroczonej. Nie jest też zasadne utożsamienie tego terminu z tzw. terminem promulgacyjnym, czyli terminem rozprawy, na której zostanie ogłoszony wyrok<sup>19</sup>. W przypadku rozprawy prowadzonej w kilku terminach wystarczy zatem, że oskarżony został prawidłowo zawiadomiony o pierwszym terminie. Przyjęcie odmiennej wykładni prowadziłoby do absurdalnego wniosku, że wznowienie postępowania sądowego jest możliwe pomimo tego, że oskarżony wiedział o jego prowadzeniu. Ewentualne niezawiadomienie oskarżonego lub zawiadomienie pośrednie (np. do rąk dorosłego domownika) o terminie rozprawy odroczonej nie może skutkować wznowieniem, bowiem przy prawidłowym zawiadomieniu o pierwszym terminie rozprawy oskarżony nie będzie w stanie wykazać, że nie wiedział o terminie posiedzenia lub rozprawy.

Wniosek o wznowienie postępowania może okazać się również skuteczny wówczas, gdy oskarżony zostanie zawiadomiony jedynie o terminie rozprawy odroczonej lub przerwanej<sup>20</sup> i zawiadomienie to zostanie mu doręczone w sposób pośredni, zdefiniowany w art. 132 § 2 lub 3 k.p.k. lub w art. 133 § 3 k.p.k. W tych okolicznościach możliwe będzie niekiedy wykazanie braku wiedzy o terminie rozprawy lub posiedzenia.<sup>21</sup> W nielicznych orzeczeniach dotyczących art. 540b k.p.k. Sąd Najwyższy lub sądy powszechne słusznie uznały, że ujawnienie przez oskarżonego wiedzy o terminie rozprawy, np. przez złożenie wniosku o zmianę tego terminu, wyklucza późniejsze wznowienie postępowania na podstawie art. 540b k.p.k.<sup>22</sup>

Należy pamiętać, że obok wykazania braku wiedzy o terminie rozprawy lub posiedzenia, drugim warunkiem wznowienia postępowania jest uprawdopodobnienie przez oskarżonego, iż nie wiedział o możliwości rozpoznania sprawy pod jego nieobecność. Oba ww. warunki muszą być spełnione kumulatywnie<sup>23</sup>, przy czym brak zawiadomienia lub nieprawidłowe doręczenie zawiadomienia o terminie rozprawy lub posiedzenia nie skutkuje jednocześnie brakiem pouczenia o możliwości rozpoznania sprawy *in absentia*. Pouczenia o treści art. 374, 376, 377 oraz 422 k.p.k. są udzielane oskarżonemu nie tylko wraz z zawiadomieniem o terminie rozprawy (art. 353 § 4 k.p.k.) ale na wcześniejszym etapie postępowania sądowego, wraz z przesłaniem mu odpisu aktu oskarżenia (art. 338 § 1a k.p.k.). Dodatkowo oskarżony jest informowany o dopuszczalności prowadzenia rozprawy przerwanej bez zawiadamiania o jej terminie (art. 353 § 4a k.p.k.). Ponowne pouczenia o treści art. 376, 377, 419 § 1 oraz art. 422 k.p.k. są udzielane ustnie, jeżeli oskarżony weźmie udział w rozprawie.

<sup>19</sup> J. Matras [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks...*, s. 1270, teza 3.

<sup>20</sup> Art. 402 § 1 k.p.k. nie nakłada obowiązku zawiadomienia oskarżonego o terminie rozprawy przerwanej, jednak nie wyklucza też możliwości doręczenia takiego zawiadomienia.

<sup>21</sup> Por., *mutatis mutandis*, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2013 r., II AKz 365/13, Lex nr 1378325.

<sup>22</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lipca 2016 r., II AKz 306/16, Lex nr 2139315; postanowienie SN z dnia 1 marca 2017 r., SDI 95/16, Lex nr 2237425.

<sup>23</sup> Por. J. Matras [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks...*, s. 1270.

Na podstawie art. 540b k.p.k. nie jest również możliwe wznowienie postępowania sądowego zakończonego wydaniem wyroku nakazowego na posiedzeniu bez udziału stron. Pomimo, że wyrokiem nakazowym nie można orzec kary pozbawienia wolności, to nie jest on irrelevantny dla procedury europejskiego nakazu aresztowania. Zarówno kara ograniczenia wolności, jak i grzywna orzeczone wyrokiem nakazowym mogą zostać zamienione na zastępczą karę pozbawienia wolności o wymiarze co najmniej 4 miesiący, zatem możliwe jest wydanie europejskiego nakazu aresztowania w celu przekazania osoby do wykonania tej kary. Skoro ustawodawca wyraźnie wyłączył obowiązek zawiadamiania oskarżonego o terminie posiedzenia na którym ma być wydany wyrok nakazowy, to do takiego postępowania nie da się zastosować przesłanki wznowienia powiązanej w sposób jednoznaczny z ustawowym obowiązkiem prawidłowego zawiadamiania o terminie rozprawy lub posiedzenia. Istotą postępowania nakazowego jest właśnie to, że oskarżony nie jest z wyprzedzeniem informowany o terminie rozstrzygnięcia jego sprawy. Trzeba przy tym zauważyć, że wyrok nakazowy powinien być doręczony oskarżonemu i to przy użyciu metod doręczenia gwarantujących dotarcie przesyłki do adresata. Ustawodawca wyłączył pośrednie doręczenie tego wyroku w sposób wskazany w art. 132 § 2 i 3 oraz w art. 133 § 3 k.p.k. Zatem jedynie w razie pomyłkowego przesłania odpisu wyroku nakazowego na adres inny niż wskazany przez oskarżonego lub w razie niepodjęcia korespondencji zawierającej odpis wyroku zaocznego z przyczyn od oskarżonego niezależnych i uznania jej za doręczoną po dwukrotnym awizowaniu, istnieje ryzyko nieotrzymania odpisu wyroku nakazowego przez zainteresowanego i ewentualnego niedochowania z tego tytułu 7-dniowego terminu do wniesienia sprzeciwu. W pierwszej z ww. sytuacji termin do wniesienia sprzeciwu od wyroku nakazowego w ogóle nie rozpoczyna swojego biegu, skoro jego początek wyznacza prawidłowe doręczenie orzeczenia oraz pouczenie o prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia. Po dowiedzeniu się o treści orzeczenia oskarżony powinien wnioskować o prawidłowe doręczenie mu wyroku nakazowego i dopiero wykonanie tego obowiązku spowoduje rozpoczęcie biegu terminu zawitego przewidzianego do wniesienia sprzeciwu. Natomiast w razie niemożności podjęcia korespondencji z przyczyn od oskarżonego niezależnych i uznania jej za prawidłowo doręczoną zgodnie z art. 133 § 2 *in fine* k.p.k., możliwe jest przywrócenie terminu do złożenia sprzeciwu<sup>24</sup>. W rezultacie w celu uzyskania ponownego rozpoznania sprawy rozstrzygniętej *in absentia* w postępowaniu nakazowym nie ma potrzeby sięgać po instytucję wznowienia postępowania sądowego.

Pewne wątpliwości może budzić kwestia dopuszczalności wznowienia postępowania sądowego wówczas, gdy w pierwszej instancji toczyło się ono w sposób wykluczający dopuszczalność wznowienia, ale przesłanki z art. 540b k.p.k. zostały spełnione w odniesieniu do postępowania odwoławczego. Przepis odnosi się bowiem do sytuacji, w której „sprawę rozpoznano pod nieobecność oskarżonego”. Nie może jednocześnie budzić wątpliwości, że rozpoznanie apelacji od wyroku sądu pierwszej instancji stanowi nadal orzekanie w „sprawie” oskarżonego. Teza ta jest szczególnie aktualna obecnie, wobec istotnie ograniczonych

---

<sup>24</sup> Por. K. Eichstaedt, *Komentarz do art. 505 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018 r., WKP 2018, teza 3.

możliwości kasatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy. Ponadto w art. 540b § 1 k.p.k. nie użyto terminu „rozprawa główna” ale „rozprawa”, tymczasem, jeżeli ustawodawca chce odnieść określone skutki proceduralne wyłącznie do rozprawy głównej, to daje temu jednoznacznie wyraz używając zwrotu „rozprawa główna” (tak np.: w art. 132 § 4 k.p.k. czy art. 80 k.p.k.). Z kolei w odniesieniu do rozprawy odwoławczej ustawodawca używa po prostu zwrotu „rozprawa” (tak w art. 450 §§ 1–3 k.p.k.). Wobec tego, *lege non distinguente*, należy uznać, że niezawiadomienie oskarżonego o terminie rozprawy odwoławczej lub zawiadomienie w sposób inny niż osobisty, z wyłączeniem jednak metod doręczeń wskazanych w art. 540b § 2 k.p.k., daje podstawy do wznowienia postępowania sądowego, o ile oskarżony wykaze, że nie widział o terminie rozprawy odwoławczej oraz o możliwości wydania orzeczenia pod jego nieobecność i jednocześnie w rozprawie odwoławczej nie uczestniczył jego obrońca. Warto odnotować, że o terminie rozprawy odwoławczej, inaczej niż w przypadku rozprawy głównej, oskarżony może być zawiadomiony również przy użyciu doręczenia pośredniego. Ponadto oskarżony nie jest poucany o treści art. 450 § 3 k.p.k., zatem zdecydowanie łatwiej będzie mu wykazać, że nie wiedział o możliwości rozpoznania sprawy pod jego nieobecność.

Za przyjęciem takiej wykładni art. 540b k.p.k. pośrednio przemawia także rozumienie pojęcia „rozprawy w wyniku której wydano orzeczenie” użytego w art. 4a ust. 1 decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania. Jak już wspomniano, wprowadzając art. 540b do k.p.k. ustawodawca miał bowiem na celu ograniczenie ryzyka odmowy wykonania nakazów wydawanych w celu przekazania osoby do wykonania kary orzeczonej *in absentia*<sup>25</sup>. Zgodnie z art. 4a ust. 1 lit. d (i) i (ii) decyzji ramowej w sprawie ENA, odmowa wykonania nakazu jest niedopuszczalna, jeżeli osoba była nieobecna na „rozprawie, w wyniku której wydano orzeczenie”, które nie zostało jej doręczone osobiście, ale po przekazaniu „zostanie wyraźnie pouczone o prawie do ponownego rozpoznania sprawy lub do złożenia odwołania, w których to procedurach dana osoba ma prawo uczestniczyć i które pozwalają na ponowne rozpoznanie sprawy pod względem merytorycznym i z uwzględnieniem nowych dowodów oraz które mogą prowadzić do uchylecia lub zmiany pierwotnego orzeczenia” oraz „zostanie poinformowana o terminie, w którym musi wystąpić o takie ponowne rozpoznanie sprawy lub złożyć odwołanie”. W wyroku w sprawie *Tupikas*<sup>26</sup> Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej<sup>27</sup> stwierdził, że „jeżeli wydające nakaz państwo członkowskie przewidziało kilkunastancyjne postępowanie karne, w ramach którego mogą zatem być wydane kolejne orzeczenia, przy czym co najmniej jedno z tych orzeczeń było zaoczne, pojęcie ‘rozprawy, w wyniku której wydano orzeczenie’, w rozumieniu art. 4a ust. 1 decyzji

<sup>25</sup> Należy tu zastosować tzw. wykładnię zgodną z celem decyzji ramowej. Oznacza to obowiązek ustalenia takiego skutku wykładni, który w miarę możliwości pozwoli na realizację celu decyzji ramowej, tak, aby osiągnąć przewidziany w niej rezultat. Por.: wyrok TS z dnia 8 listopada 2016 r., *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, pkt 59 i 66; wyrok TS z dnia 5 września 2012 r., *Lopes De Silva Jorge*, C-42/11, EU:C:2012:517, pkt 55–56; wyrok TS z dnia 28 lipca 2016 r., *JZ przeciwko Prokuraturze Rejonowej Łódź-Śródmieście*, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610, pkt 32–33.

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 10 sierpnia 2017 r., *Tupikas*, C-270/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:628. Podobnie: wyrok z dnia 10 sierpnia 2017 r., *Zdziaszek*, C-271/17 PPU, ECLI:EU:C:2017:629, pkt. 82.

<sup>27</sup> Dalej: „TSUE”.

ramowej [w sprawie ENA] należy interpretować w ten sposób, że dotyczy ono tylko tej instancji postępowania, która zakończyła się wydaniem orzeczenia prawomocnie rozstrzygającego kwestię winy zainteresowanego oraz wymierzonej mu kary, takiej jak kara pozbawienia wolności, po przeprowadzeniu ponownego badania sprawy pod względem merytorycznym zarówno co do faktów, jak i co do prawa”.

Jeżeli art. 540b k.p.k. miałby spełniać swój cel w zakresie ułatwienia wzajemnego uznawania orzeczeń, to w przypadku przeprowadzenia dwuinstancyjnego postępowania sądowego przesłanki wznowienia określone w tym przepisie powinny odnosić się do postępowania odwoławczego.

Ustawodawca przewidział miesięczny termin zawity na złożenie wniosku o wznowienie, przy czym rozpoczyna on swój bieg od dnia, w którym oskarżony dowiedział się o zapadłym wobec niego orzeczeniu. Takie uregulowanie początku biegu terminu trzeba uznać za niefortunne. Po pierwsze, jak to już odnotowano w piśmiennictwie<sup>28</sup>, oskarżony może dowiedzieć się o zapadłym wobec niego orzeczeniu na skutek doręczenia mu nieprawomocnego wyroku wydanego pod jego nieobecność. Ze względu na treść art. 422 § 2a k.p.k. ta sytuacja dotyczy głównie oskarżonego pozbawionego wolności. Wówczas od tej daty rozpoczyna swój bieg miesięczny termin na złożenie wniosku o wznowienie. Jednocześnie od tej samej daty rozpocznie się bieg terminu na złożenie wniosku o doręczenie wyroku z uzasadnieniem w celu późniejszego wniesienia apelacji. Oskarżony może więc zrezygnować z wniesienia zwyczajnego środka zaskarżenia pozwalając na uprawomocnienie się orzeczenia, wciąż nie tracąc terminu na złożenie wniosku o wznowienie postępowania sądowego. Niewątpliwie intencją ustawodawcy było, aby bieg omawianego terminu rozpoczynał się od dnia dowiedzenia się o prawomocnym orzeczeniu zapadłym wobec oskarżonego. Jednak redakcja tego przepisu nie wyklucza wyżej zarysowanej wykładni.

Po drugie, w sytuacji wydania europejskiego nakazu aresztowania w celu przekazania osoby do wykonania w Polsce kary orzeczonej *in absentia*, osoba ścigana dowie się o wydaniu wyroku w momencie zapoznania jej z nakazem przez organ sądowy państwa wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Co więcej, obowiązkiem organu sądowego państwa wykonania ENA jest tzw. informacyjne doręczenie osobie ściganej tego wyroku (art. 4a ust. 2 decyzji ramowej w sprawie ENA). Oznacza to, że zgodnie z treścią art. 540 § 1 k.p.k. jeszcze przed przekazaniem skazanego do Polski rozpocznie swój bieg termin do złożenia wniosku o wznowienie postępowania. Tymczasem samo wykonanie nakazu w razie niewyrażenia zgody na przekazanie może trwać dłużej niż miesiąc, zaś przebywanie osoby ściganej na terytorium państwa wykonania nakazu istotnie utrudnia skuteczne złożenie wniosku o wznowienie, obciążonego przecież wymogiem przymusu adwokacko-radcowskiego. Ponadto z art. 4a ust. 2 decyzji ramowej w sprawie ENA jednoznacznie wynika, że pouczenie o prawie i terminie złożenia wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy powinno nastąpić „po przekazaniu” osoby ściganej do Polski, a wspomniane informacyjne doręczenie wyroku przez organy wykonujące ENA „nie stanowi formalnego doręczenia wyroku, ani nie uruchamia biegu żadnych ter-

---

<sup>28</sup> J. Matras [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks...*, s. 1270–1271.

minów mających zastosowanie w przypadku wystąpienia o ponowne rozpoznanie sprawy lub złożenia odwołania<sup>29</sup>.

Kolejną przeszkodą dla uznania, że instytucja uregulowana w art. 540b k.p.k. spełnia swój cel w zakresie ułatwienia współpracy jest jej fakultatywny charakter. W orzecznictwie przyjmuje się, że przepis ten daje jedynie możliwość wznowienia postępowania w przypadku zaistnienia zdefiniowanych w nim przesłanek, natomiast nie obliguje do tego. Wobec tego „nawet w przypadku gdyby wystąpiły okoliczności i spełnione zostały wszystkie warunki określone w art. 540b § 1 pkt 1 k.p.k. sąd winien wznowić postępowanie dopiero, jeżeli stwierdzi, iż rozpoznanie sprawy pod nieobecność skazanego mogło mieć istotne znaczenie dla biegu postępowania sądowego, gwarancji procesowych skazanego oraz merytorycznego rozstrzygnięcia<sup>30</sup>. Wskazanie, że postępowanie jedynie „można wznowić” a nie „wznawia się”, czyli pozostawienie możliwości odmowy wznowienia pomimo spełnienia ku temu przesłanek, powoduje, że trudno uznać art. 540b k.p.k. za wyrażający „prawo osoby ściganej do ponownego rozpoznania sprawy” w rozumieniu art. 4a ust. 1 lit. d (i) decyzji ramowej. Tym samym wątpliwe jest, czy w części D formularza ENA sądy powinny zakreślać punkt 1e z powołaniem się na prawo do wznowienia postępowania wyrażone w art. 540b k.p.k.

Dotychczas pojęcie „prawo do ponownego rozpoznania sprawy” zawarte w art. 4a ust. 1 lit. d (i) decyzji ramowej w sprawie ENA nie zostało zdefiniowane przez Trybunał Sprawiedliwości. Przepis ten nie wskazuje też żadnych warunków, które mogą być przewidziane w państwie wydania ENA dla uruchomienia ponownego rozpoznania sprawy osoby przekazanej.<sup>31</sup> We wspomnianej już sprawie *Dworzecki* rząd RP argumentował, że wydanie orzeczenia pod nieobecność oskarżonego spowodowana doręczeniem mu zawiadomienia oraz odpisu wyroku w sposób pośredni nie stanowi przeszkody do wykonania ENA, bowiem oskarżonemu przysługuje prawo do wznowienia postępowania<sup>32</sup>. Trybunał jedynie odnotował w wyroku, że „wykonujący nakaz organ sądowy będzie mógł także uwzględnić przytoczoną podczas rozprawy przed Trybunałem przez rząd polski okoliczność, że prawo krajowe wydającego nakaz państwa członkowskiego przyznaje w każdym razie zainteresowanemu prawo do wznowienia postępowania, w przypadku gdy – tak jak w niniejszej sprawie – doręczenie wezwania jest uważane za dokonane poprzez przekazanie go dorosłemu domownikowi zainteresowanego<sup>33</sup>. O realnym i skutecznym prawie do wznowienia postępowania można mówić jedynie wówczas, gdy po stwierdzeniu przez sąd wypełnienia wszystkich przesłanek wznowienia, łącznie z wykazaniem przez oskarżonego, że nie wiedział o terminie rozprawy lub posiedzenia i nie był poinformowany o możliwości wydania orzeczenia pod jego nieobecność, sąd nie może odmówić wznowie-

<sup>29</sup> Por. także A. Lach, *Orzeczenia...*, s. 22.

<sup>30</sup> Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2014 r., II AKz 257/14, Lex nr 1487573; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 lipca 2016 r., II AKz 306/16, Lex nr 2139315.

<sup>31</sup> Z treści art. 4a ust. 1 lit. d (ii) decyzji ramowej w sprawie ENA wynika dość oczywista możliwość uregulowania terminu na złożenie wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy.

<sup>32</sup> Por. pkt 79 opinii rzecznika generalnego Michała Bobeka z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie C-108/16 PPU, *Dworzecki*, ECLI:EU:C:2016:333.

<sup>33</sup> Wyrok TS w sprawie *Dworzecki*, pkt 52.

nia postępowania, nie może więc pozbawić skazanego gwarancji, która dla organu sądowego wykonującego ENA była warunkiem przekazania tej osoby do Polski w celu wykonania kary orzeczonej *in absentia*.

Podsumowując, należy stwierdzić, że nie sprawdziły się pierwotnie wyrażane obawy o to, że art. 540b k.p.k. może istotnie podważyć stabilność prawomocnych orzeczeń<sup>34</sup>. Nawet pobieżny przegląd orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego prowadzi do wniosku, że ta podstawa wznowienia postępowania sądowego bardzo rzadko prowadzi do wzruszenia prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie.

Art. 4a decyzji ramowej w sprawie ENA przewiduje zasadniczo pięć okoliczności niwelujących dopuszczalność odmowy wykonania ENA wydanego w celu wykonania wyroku wydanego *in absentia*: 1) osobiste zawiadomienie oskarżonego o rozprawie; 2) zawiadomienie go w inny sposób, ale taki, który pozwala jednoznacznie stwierdzić, że wiedział o terminie rozprawy (w obu przypadkach oskarżony musi również wiedzieć o możliwości wydania orzeczenia pod jego nieobecność); 3) udzielenie przez oskarżonego pełnomocnictwa obrońcy w celu prowadzenia obrony i jego faktyczny udział w rozprawie, przy czym oskarżony powinien udzielić tego pełnomocnictwa „wiedząc o wyznaczonej rozprawie”; 4) doręczenie wyroku i umożliwienie wniesienia odwołania od orzeczenia wydanego *in absentia*, z którego to prawa osoba zrezygnowała; 5) doręczenie wyroku skazanemu po jego przekazaniu do państwa wydania ENA, w którym będzie miał prawo do ponownego rozpoznania sprawy w jego obecności.

Ze względu na niefortunne wskazanie początku biegu terminu do złożenia wniosku o wznowienie postępowania sądowego, jak również fakultatywny charakter podstawy wznowienia wyrażonej w art. 540b § 1 k.p.k., przepis ten zdaje się nie realizować celu, dla którego został wprowadzony do kodeksu postępowania karnego. Tymczasem po zmianie art. 374 k.p.k. i wprowadzeniu jako zasady fakultatywnego udziału oskarżonego w rozprawie głównej, rozprawa może być prowadzona pod nieobecność oskarżonego zdecydowanie częściej niż miało to miejsce do dnia 1 lipca 2015 r. Oskarżony nie musi być zawiadomiony o terminie rozprawy osobiście. Można mieć wątpliwość, czy doręczenie zawiadomienia przez dwukrotne awizowanie korespondencji spełnia wymogi doręczenia w taki sposób, który pozwala jednoznacznie stwierdzić, że oskarżony wiedział o terminie rozprawy (wymogi z art. 4a ust. 1 lit. a (i) decyzji ramowej w sprawie ENA). Ponadto zasada jest też niedoręczanie oskarżonemu wyroku, co powoduje, że tylko wyjątkowo możliwe będzie spełnienie wymogu z art. 4a ust. 1 lit. c decyzji ramowej). Dlatego też możliwość wskazania w części D formularza europejskiego nakazu aresztowania na prawo do wznowienia postępowania z art. 540b k.p.k. obecnie znacznie częściej niż przed dniem 1 lipca 2015 r. mogłoby gwarantować przekazanie osoby w celu wykonania wyroku wydanego *in absentia*. Jednak uczynienie z tej podstawy wznowienia postępowania instrumentu rzeczywiście ułatwiającego współpracę w ramach europejskiego nakazu aresztowania, wymaga interwencji ustawodawcy.

---

<sup>34</sup> Tak: S. Steinborn [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks...*, s. 385.



## BIBLIOGRAFIA

- Boratyńska K., Czarnecki P. [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Dąbrowski D., *Wydanie europejskiego nakazu aresztowania w celu wykonania orzeczonej in absentia kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego na tle gwarancyjnej funkcji procesu karnego*, [w:] T. Grzegorzczak, J. Izydorczyk, R. Olszewski (red.), *Z problematyki funkcji procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Eichstaedt K., *Komentarz do art. 505 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018, WKP 2018.
- Hofmański P. (red.), Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom 3, Warszawa 2011.
- Lach A., *Orzeczenia in absentia w europejskiej współpracy w sprawach karnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” nr 6, 2012.
- Kosonoga J., *Prawomocne orzeczenie kończące postępowanie sądowe w rozumieniu art. 540 § 1 k.p.k.*, [w:] *Studia i Analizy Sądu Najwyższego. Przegląd orzecznictwa za rok 2017*, Warszawa 2018.
- Kurowski M., *Komentarz do art. 100 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018, WKP 2018.
- Matras J. [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Sakowicz A. [w:] A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Steinborn S. [w:] L.K. Paprzycki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom 2, Warszawa 2013.
- Świecki D., *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018, WKP 2018.
- Świecki D., *Komentarz aktualizowany do art. 439 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018, WKP 2018.
- Świecki D., *Komentarz do art. 377 Kodeksu postępowania karnego*, stan prawny na dzień 1 lipca 2018, WKP 2018.

WZNOWIENIE POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO NA PODSTAWIE ART. 540B  
KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

## Streszczenie

Artykuł zawiera analizę podstawy wznowienia postępowania karnego wyrażonej w art. 540b kodeksu postępowania karnego. Jak wykazuje autorka, chociaż wprowadzenie tego przepisu do k.p.k. w 2011 r. miało na celu ułatwienie wykonywania europejskich nakazów aresztowania zmierzających do przekazania osoby ściganej do wykonania kary orzeczonej w Polsce *in absentia*, to jednak ze względu na wskazane w artykule wady tej regulacji cel ten nie został osiągnięty. Krytycznie oceniono uregulowanie początku biegu terminu do złożenia wniosku o wznowienie postępowania na podstawie art. 540b k.p.k., jak również fakultatywność tego wznowienia. Jednocześnie w artykule wykazano, że nie sprawdziły się formułowane w doktrynie obawy, iż omawiana podstawa wznowienia postępowania sądowego spowoduje zachwianie stabilności prawomocnych wyroków wydawanych w sprawach karnych.

Słowa kluczowe: wznowienie postępowania, europejski nakaz aresztowania, wyroki wydawane *in absentia*



## REOPENING OF COURT PROCEEDINGS BASED ON ARTICLE 540B CRIMINAL PROCEDURE CODE

### Summary

The paper analyses the grounds for reopening criminal proceedings stipulated in Article 540b of the Criminal Procedure Code. The author argues that, although the aim of the introduction of this provision to the CPC in 2011 was to facilitate the surrender under the European Arrest Warrant of persons pursued in order to execute a sentence issued in absentia in Poland, that aim has not been achieved due to the flaws in the provision indicated in the paper. The start of the time limit running for lodging a motion for a retrial under Article 540b CPC, as well as the optional nature of such retrial have been critically assessed. It has also been proved that the concerns originally expressed in the doctrine that the discussed grounds for reopening of court proceedings may undermine the stability of valid judgements issued in criminal cases did not come to fruition.

Keywords: reopening of court proceedings, European Arrest Warrant, sentences issued in absentia

#### Cytuj jako:

Wąsek-Wiaderek M., *Wznowienie postępowania sądowego na podstawie art. 540b kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 146–159. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.40/m.wasek-wiaderek

#### Cite as:

Wąsek-Wiaderek, M. (2018) 'Reopening of court proceedings based on Article 540b Criminal Procedure Code'. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 146–159. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.40/m.wasek-wiaderek

PIOTR PONIATOWSKI\*

DOI: 10.26399/iusnovum.v12.4.2018.41/p.poniatowski

**GŁOSA**

**do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 11/16<sup>1</sup>  
(na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2017 r., I KZP 3/17<sup>2</sup>)**

Teza głosowanego postanowienia brzmi:

**„(...) Zwrot normatywny »uwalnia się sam będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu«, powinien być interpretowany również jako takie działanie, które stanowi bezprawne uwolnienie się od wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, a sprawca ponosi wówczas odpowiedzialność karną na podstawie art. 242 § 1 k.k.“.**

Wskazane w tytule rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego pozostają ze sobą w ścisłym związku, dlatego też należy omówić je łącznie. Zapadły one na tle następującego stanu faktycznego. Wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 14 października 2008 r., P. P. został skazany na karę 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby. Postanowieniem tego Sądu z dnia 15 września 2011 r., zarządzono wobec niego wykonanie tej kary. W trakcie postępowania wykonawczego Sąd Okręgowy w K. postanowieniem z dnia 18 września 2014 r., udzielił skazanemu P. P. zezwolenia na wykonywanie kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. W dniu 9 listopada 2014 r. skazany oddalił się bez stosownego zezwolenia z miejsca swojego zamieszkania i nie przebywał w nim do dnia 19 listopada 2014 r. Nie skontaktował się z kuratorem, nie odbierał również od niego telefonów. W tej sytuacji, Sąd Okręgowy w K. postanowieniem z dnia 17 listopada 2014 r., uchylił zezwolenie na odbywanie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. W związku z zaistniałą sytuacją P. P. oskarżony został o to, że „w okresie od 9 listopada 2014 r.

---

\* mgr, asystent w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie; e-mail: piotr.poniatowski@poczta.umcs.lublin.pl

<sup>1</sup> Postanowienie jest na stronie [http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia\\_prawne/EditForm/I-KZP-0011-16\\_p.pdf](http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia_prawne/EditForm/I-KZP-0011-16_p.pdf).

<sup>2</sup> Wyrok dostępny jest w systemie Legalis.

do dnia 17 listopada 2014 r. samodzielnie się uwolnił będąc pozbawionym wolności na mocy wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 14 października 2008 r. w sprawie o czyn z art. 178a § 1 k.k. i odbywając przedmiotową karę w systemie dozoru elektronicznego na mocy postanowienia Sądu Okręgowego w K. z dnia 18 września 2014 r., tj. popełnienie przestępstwa określonego w art. 242 § 1 k.k.". Sąd Rejonowy w K. wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2016 r. uniewinnił P. P. od popełnienia zarzucanego czynu. Wyrok ten został zaskarżony przez obrońcę oskarżonego (w części skazującej za inne czyny, które nas nie interesują) oraz oskarżyciela. Rozpoznając te apelacje Sąd Okręgowy w K. powziął wątpliwości wymagające zasadniczej wykładni ustawy, które wyraził w następującym pytaniu: „czy oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego może być zakwalifikowane w płaszczyźnie znamion określających czynność sprawczą przestępstwa samouwolnienia się stypizowanego w przepisie art. 242 § 1 k.k.".

Sąd Najwyższy w składzie zwykłym, rozpoznając przedstawione zagadnienie, postanowieniem z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt I KZP 11/16, postanowił na podstawie art. 441 § 2 k.p.k., przedstawić rozstrzygnięcie tego zagadnienia prawnego powiększonemu składowi Sądu Najwyższego<sup>3</sup>. W uzasadnieniu tego postanowienia SN wskazał, że w istocie „przedstawione przez Sąd Okręgowy pytanie dotyczy tego, czy zwrot normatywny »uwalnia się sam będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu«, powinien być interpretowany zgodnie z jego dotychczas literalnym pojmowaniem (dyrektywą języka potocznego) jako uwolnienie się z zamkniętego pomieszczenia, konwoju lub dozoru, poprzez przełamanie »więzów straży«, czy też (zgodnie z dyrektywą języka prawnego), również jako każde działanie, które stanowi bezprawne uwolnienie się z reżimu wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Ściślej rzecz ujmując podkreślenia wymaga, że decydujące znaczenie na gruncie przedmiotowej sprawy ma rozumienie określenia »pozbawiony wolności na podstawie orzeczenia sądu«. Zauważył też Sąd, że „próba określenia obecnego znaczenia przepisu art. 242 § 1 k.k. może być dokonana w oparciu o wybór właściwej dyrektywy wykładni językowej. Pozwala to na uniknięcie tego rodzaju interpretacji, która poprzez zastosowanie metody celowościowej lub systemowej stwarzać może wątpliwości odnośnie naruszenia zasady *lex certa*. Dokonywana wykładnia wykracza poza zwykłą interpretację, ponieważ jej rezultatem będzie zdefiniowanie znaczenia przepisu prawa karnego materialnego w nowym otoczeniu normatywnym [chodzi o wprowadzenie możliwości wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – przyp. P.P.], co zmusza obecnie stosującego prawo do dokonywania nowych ustaleń prawnych w zakresie przypisania odpowiedzialności karnej". Uwzględniając przy wykładni art. 242 § 1 k.k. dyrektywę języka prawnego SN stwierdził, że użyty w tym przepisie zwrot normatywny „uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu” może obejmować również uwolnienie się skazanego z obowiązków wynikających z orzeczenia sądu, stanowiących treść kary pozba-

---

<sup>3</sup> SN wskazał, że uczynił to mając na uwadze zarówno rozbieżne poglądy w tym zakresie, jak i doniosłość rozstrzyganego zagadnienia dla praktyki sądowej i skutków prawnych w zależności od sposobu wykładni omawianego problemu.

wienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd Najwyższy dodał, że pojęcie „samouwolnienie” ma szerszy zakres niż „ucieczka” i może obejmować również sytuacje, gdy sprawca nie zerwał „wieszów straży”. Za poglądem SN miałyby też przemawiać wykładnia systemowa i celowościowa. Sąd powołał się również na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zapadłe na gruncie art. 5 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>4</sup>, z którego wynika szeroka interpretacja pojęcia „pozbawienie wolności”<sup>5</sup>, wskazał jednak również judykaty prezentujące wąską wykładnię wskazanego pojęcia<sup>6</sup>. Ostatecznie SN stwierdził, że „zasadnym byłoby przyjęcie, iż zwrot normatywny »uwalnia się sam będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu«, powinien być interpretowany również jako takie działanie, które stanowi bezprawne uwolnienie się od wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, a sprawca ponosi wówczas odpowiedzialność karną na podstawie art. 242 § 1 k.k.”.

Na posiedzeniu w dniu 26 kwietnia 2017 r. Sąd Najwyższy w powiększonym składzie postanowił, na podstawie art. 441 § 5 k.p.k., przejąć do swojego rozpoznania sprawę w przedmiocie apelacji wniesionych od wyroku Sądu Rejonowego w K. z dnia 5 kwietnia 2016 r. Takie rozstrzygnięcie Sąd Najwyższy uzasadnił pojawieniem się w niniejszej sprawie problemu z zakresu prawa intertemporalnego. Wyrokiem z dnia 21 czerwca 2017 r. (I KZP 3/17) SN utrzymał w mocy wyrok Sądu Rejonowego w zakresie uniewinnienia P. P. od zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 242 § 1 k.k. uzasadniając to tym, że w czasie orzekania przez sąd I instancji system dozoru elektronicznego był formą wykonywania kary ograniczenia wolności i chociaż od 15 kwietnia 2016 r. system ten został ponownie związany z karą pozbawienia wolności, to w związku z brzmieniem art. 4 § 1 k.k., należało zastosować ustawę względniejszą dla sprawcy, a więc art. 242 § 1 k.k. w kontekście normatywnym wiążącym dozór z karą ograniczenia wolności. Sąd Najwyższy nie zajął wyraźnego stanowiska odnośnie do możliwości przypisania przestępstwa z art. 242 § 1 k.k. osobie, która „uwolniła się” spod dozoru elektronicznego. Skoro jednak uznał, że ustawą względniejszą w rozumieniu art. 4 § 1 k.k. jest w rozpatrywanej sprawie art. 242 § 1 k.k. w związku z przepisami przewidującymi dozór elektroniczny jako formę kary ograniczenia wolności, to można wywnioskować, że zajął stanowisko zbieżne z wyrażonym w postanowieniu z dnia 19 stycznia 2017 r.

\* \* \*

Odpowiedź na pytanie, jakie zadał Sąd Okręgowy, tj. czy oddalenie się skazanego z miejsca odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego może być zakwalifikowane w płaszczyźnie znamion określających czynność

<sup>4</sup> Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284; dalej: EKPC.

<sup>5</sup> Sąd stwierdził, że „rodzaj oraz intensywność ograniczeń charakterystycznych dla kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego, w swojej istocie mogą być uznane za formę »pozbawienia wolności« także w rozumieniu konwencyjnym”.

<sup>6</sup> Sprawa Trijonis przeciwko Litwie (wyrok z dnia 15 grudnia 2005 r., skarga Nr 2333/02), sprawa Raimondo przeciwko Włochom (wyrok z dnia 22 lutego 1994 r., skarga Nr 12954/87).

sprawcą przestępstwa samouwolnienia się stypizowanego w przepisie art. 242 § 1 k.k., wymaga rozważenia dwóch kwestii. Po pierwsze, określić trzeba zakres znaczeniowy pojęcia „pozbawiony wolności” na gruncie art. 242 § 1 k.k. Po drugie, konieczne jest ustalenie sytuacji prawnej i faktycznej skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego.

Pozbawienie wolności. Nie może budzić wątpliwości, że pojęcie „wolność” na gruncie art. 242 § 1 k.k. powinno być interpretowane analogicznie, jak przy przestępstwie bezprawnego pozbawienia wolności (art. 189 k.k.), w przepisie tym mówi się wszakże o „uwolnieniu się” sprawcy. Poza tym, zgodnie z jedną z podstawowych reguł wykładni prawa, nie można nadawać różnych znaczeń tym samym pojęciom funkcjonującym w jednym akcie prawnym (zakaz wykładni homonimicznej). Chodzi więc o fizyczny aspekt wolności – tzw. wolność lokomocyjną, tj. wolność zmiany miejsca przebywania człowieka stosownie do powziętej woli<sup>7</sup>. O wolności w tym znaczeniu stanowi również art. 41 ust. 1 Konstytucji RP („Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie”)<sup>8</sup>. Sytuacja, w której znajduje się sprawca przestępstwa z art. 242 § 1 k.k. rozpatrywana być musi w dwóch aspektach: faktycznym i prawnym (formalnym). Po pierwsze, sprawca musi być faktycznie pozbawiony wolności<sup>9</sup>, a więc znajdować się w sytuacji, w której nie może zmieniać miejsca przebywania stosownie do powziętej woli. Oczywiście pojęcie „miejsce przebywania” należy interpretować racjonalnie, jako pomieszczenie, zespół pomieszczeń, względnie cały budynek albo też inne miejsce nie zamknięte, którego nie można opuszczać, co jest zabezpieczone przez ustanowienie straży nad pozbawionym wolności lub zastosowanie odpo-

---

<sup>7</sup> Zob. M. Mozgawa [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 362. Tak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 15 grudnia 1994 r., II AKr 202/94, OSA 1997 nr 11, s. 109.

<sup>8</sup> W wyroku z dnia 11 października 2011 r., K 16/10 (OTK-A 2011, nr 8, poz. 80) Trybunał Konstytucyjny scharakteryzował wolność osobistą jako „możliwość podejmowania przez jednostkę decyzji zgodnie z własną wolą, dokonywania swobodnego wyboru postępowania w życiu publicznym i prywatnym, nieograniczonego przez inne osoby”. Na gruncie konstytucyjnym mówi się, że pozbawieniem wolności osobistej jest uniemożliwienie jednostce korzystania z tej wolności (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 267), natomiast ograniczenie wolności polega na zakazie korzystania z pewnych możliwości, mieszczących się w wolności osobistej *sensu stricto* (np. zakaz zmieniania miejsca pobytu, zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych) lub też narzuceniu wykonywania pewnych działań, których inaczej jednostka by nie podejmowała (np. konieczność wykonywania pewnego rodzaju pracy), przy pozostawieniu do dyspozycji jednostki wszelkich innych możliwości zawartych w „wolności osobistej” (P. Sarnecki, *Komentarz do art. 41 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 4).

<sup>9</sup> Jest to *opinio communis*, więc tylko przykładowo zob. na gruncie kodeksów karnych z 1997 r., 1969 r. i 1932 r.: B. Kunicka-Michalska [w:] A. Wąsek i R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II*, Warszawa 2010, s. 337; A. Wójciszczyk, W. Wróbel, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013, s. 668–669; M. Siewierski [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 682; W. Wolter [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 775, s. 796; O. Chybiński [w:] W. Świda (red.), *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław–Warszawa 1980, s. 483; W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937, s. 483.

wiednich środków technicznych fizycznie uniemożliwiających ucieczkę<sup>10</sup>. Również zdaniem Sądu Najwyższego „Stanem »pozbawienia wolności« jest stan, w którym określona osoba znajduje się w odpowiednim miejscu zamknięcia lub pod dozorem, samouwolnieniem zaś jest wydostanie się poza obręb miejsca zamknięcia lub spod dozoru”<sup>11</sup>. W innym judykacie wskazano, że „Możliwość popełnienia występku z art. 256 par. 1 k.k. [odpowiednik art. 242 § 1 k.k. z 1997 r. – przyp. P.P.] rozpoczyna się z chwilą, kiedy sprawca znajduje się bądź w miejscu zamknięcia, bądź »pod strażą«, a przestępstwo dokonane jest z chwilą »zerwania więzów straży«. Pogląd ten znajduje oparcie w literaturze, że dla bytu przestępstwa niezbędne jest, aby sprawca faktycznie pozbawiony był wolności na podstawie prawnej decyzji stosownego organu i nie wystarczy, by tylko wiedział o zastosowaniu wobec niego pozbawienia wolności. Podkreśla się też, iż sprawcą przestępstwa może być tylko osoba pozbawiona wolności, a nie osoba, wobec której jedynie wydano decyzję w tym względzie, ale jeszcze jej nie wykonano”<sup>12</sup>. Dopóki więc sprawca nie jest fizycznie pozbawiony wolności (zamknięty lub wzięty „pod straż”), dopóty nie może dopuścić się przestępstwa samouwolnienia. Jak już wspomniano, nie wystarczy, aby sprawca był faktycznie pozbawiony wolności, podstawą tego stanu rzeczy musi być bowiem orzeczenie sądu lub prawny nakaz wydany przez inny organ państwowy (prawny, formalny aspekt pozbawienia wolności).

Ustalenie sytuacji prawnej i faktycznej skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego wymaga przeanalizowania regulacji Kodeksu karnego wykonawczego<sup>13</sup> odnoszących się w szczególności do praw i obowiązków takiej osoby. Karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego<sup>14</sup> wykonuje się jako dozór stacjonarny (art. 43c § 1 zd. 1 k.k.w.), który polega na kontroli przebywania przez skazanego w określonych dniach tygodnia i godzinach we wskazanym przez sąd miejscu (art. 43b § 3 pkt 1 k.k.w.). Skazany, który odbywa karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, ma obowiązek: 1) nieprzerwanie nosić nadajnik; 2) dbać o powierzone mu środki techniczne, w tym zwłaszcza chronić je przed utratą, zniszczeniem, uszkodzeniem lub uczynieniem niezdatnymi do użytku, oraz zapewniać ich stałe zasilanie energią elektryczną; 3) udostępniać podmiotowi dozorującemu powierzone środki techniczne do kontroli, naprawy lub wymiany na każde żądanie tego podmiotu, w tym również umożliwiając pracownikom tego podmiotu wejście do pomieszczeń, w których skazany przebywa, lub na nieruchomości stanowiącą jego własność lub będącą w jego zarządzie; 4) udzielać prezesowi sądu lub upoważnionemu sędziemu, sądowemu

---

<sup>10</sup> Nie można mówić, że pozbawienie wolności występuje tylko wtedy, gdy ktoś nie może w ogóle się przemieszczać, wszak nawet odbywający karę pozbawienia wolności może chodzić swobodnie po swojej celi.

<sup>11</sup> Wyrok z dnia 23 września 1992 r., III KRN 129/92, OSNKW 1993, nr 1–2, poz. 6.

<sup>12</sup> Wyrok SN z dnia 9 grudnia 1997 r., V KKN 26/97, Prok. i Pr.-wkł. 1998, nr 7, poz. 7.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tj. Dz.U. z 2017 r., poz. 665 z późn. zm), dalej: k.k.w.

<sup>14</sup> Dozór elektroniczny jest to kontrola zachowania skazanego przy użyciu środków technicznych (art. 43b § 1 k.k.w.). Natomiast system dozoru elektronicznego jest to ogół metod postępowania i środków technicznych służących do wykonywania dozoru elektronicznego (art. 43b § 2 k.k.w.).



kuratorowi zawodowemu, podmiotowi dozoru i podmiotowi prowadzącemu centralę monitorowania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary i wykonywania nałożonych obowiązków oraz stawiać się na wezwania sędziego i kuratora; 5) pozostawać we wskazanym przez sąd miejscu w wyznaczonym czasie; 6) odbierać połączenia przychodzące do rejestratora stacjonarnego; 7) umożliwiać sądowemu kuratorowi zawodowemu wejście do mieszkania lub na nieruchomości, gdzie zainstalowano rejestrator; 8) udzielać osobom upoważnionym, na ich żądanie, wyjaśnień, o których mowa w pkt 4, również przy użyciu rejestratora stacjonarnego (art. 43n § 1 i 2 k.k.w.). Obowiązek, o którym mowa w pkt 5 obejmuje pozostawanie skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym wskazanym miejscu w wyznaczonym czasie (art. 43na zd. 1 k.k.w.). Należy zauważyć, że zgodnie z art. 43na zd. 2 k.k.w. obowiązkiem sądu penitencjarnego jest określenie przedziałów czasu w ciągu doby i w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo się oddalić z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca na okres nieprzekraczający 12 godzin dziennie, w szczególności w celu: 1) świadczenia pracy; 2) wykonywania praktyk religijnych lub korzystania z usług religijnych; 3) sprawowania opieki nad osobą małoletnią, osobą niedołązną lub chora; 4) kształcenia i samokształcenia oraz wykonywania twórczości własnej; 5) korzystania z urządzeń lub zajęć kulturalno-oświatowych i sportowych; 6) komunikowania się z obrońcą, pełnomocnikiem oraz wybranym przez siebie przedstawicielem, o którym mowa w art. 42 k.k.w.; 7) komunikowania się z podmiotami, o których mowa w art. 38 § 1 k.k.w.; 8) utrzymywania więzi z rodziną lub innymi bliskimi osobami; 9) korzystania z opieki medycznej lub udziału w terapii; 10) dokonania niezbędnych zakupów. Należy też dodać, że w przypadkach szczególnie ważnych dla skazanego, uzasadnionych względami zdrowotnymi, rodzinnymi lub osobistymi, sądowy kurator zawodowy może zezwolić skazanemu na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego na okres nieprzekraczający jednorazowo 7 dni, w miarę potrzeby w asyście osoby najbliższej lub osoby godnej zaufania, niezwłocznie informując o tym prezesa sądu, upoważnionego sędziego lub sędziego penitencjarnego i wprowadzając tę informację do systemu komunikacyjno-monitorującego (art. 43p § 1 k.k.w.). W związku z tym, że pojęcia „pozbawiony wolności” na gruncie art. 242 § 1 k.k. nie można utożsamiać z absolutnym odebraniem człowiekowi wolności wyboru miejsca przebywania (izolacja w celi albo nawet obezwładnienie z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego), należy wskazać, że pozbawienie wolności w rozumieniu wskazanego przepisu różni się w istocie od ograniczenia wolności: 1) intensywnością ograniczenia człowiekowi swobody wyboru miejsca przebywania, oraz 2) stopniem zabezpieczenia wykonania nałożonych na człowieka ograniczeń (intensywnością nadzoru i rodzajem zastosowanych środków technicznych). Biorąc pod uwagę wskazane regulacje k.k.w. stwierdzić trzeba, że jeśli skazany ma prawo oddalić się z miejsca stałego pobytu lub innego wskazanego miejsca na okres nieprzekraczający 12 godzin dziennie (w przedziałach czasu określonych przez sąd penitencjarny), to nie można mówić, że jest on pozbawiony wolności, tj. nie może zmieniać dowolnie miejsca swojego przebywania. Owszem, swoboda lokomocyjna jest ograniczona do wskazanych przedziałów czasu, ale faktyczne pozbawienie wolności, które łączy się z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w tradycyjny sposób, oznacza,



że skazany nie korzysta z wolności lokomocyjnej (oczywiście w pewnym zakresie, tj. nie może samowolnie wychodzić poza granice celi, zakładu karnego, czy też miejsca przebywania poza terenem zakładu karnego, np. miejsca pracy). Dozór elektroniczny jest nowoczesną formą kontroli miejsca przebywania skazanego, jednak w przeciwieństwie do umieszczenia skazanego w zamknięciu lub w innym miejscu, lecz pod dozorem określonych osób, nie utrudnia on nawet samowolnego oddalenia się dozorowanego. Osoba taka może bez żadnych przeszkód w każdej chwili zmienić miejsce swego przebywania. Jedyne co ją powstrzymuje to bariera psychiczna związana z tym, że nadużycie warunków odbywania kary w omawianym systemie naraża ją na uchylene zezwolenia przez sąd penitencjarny i umieszczenie w zakładzie karnym. Należy więc skonstatować, że odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie wiąże się z pozbawieniem wolności skazanego, a jest w istocie formą ograniczenia wolności<sup>15</sup>. Można nawet stwierdzić, że

---

<sup>15</sup> Por. też K. Mamak, *Dozór elektroniczny – rozważania na tle kary pozbawienia wolności, kary ograniczenia wolności oraz przestępstwa samouwolnienia (art. 242 § 1 k.k.)*, e-CzPKiNP 2017/3, s. 17; zob. obszernie uwagi tegoż autora dotyczące różnic między „tradycyjną” karą pozbawienia wolności a karą wykonywaną w systemie dozoru elektronicznego – *ibidem*, s. 12–21. Trafnie wskazuje on, że immanentne cechy kary pozbawienia wolności niewystępujące na gruncie dozoru elektronicznego to: izolacja, przymusowa integracja środowiskowa, specyficzna dyscyplina oraz dewastujący wpływ na życie rodzinno-społeczne (*ibidem*, s. 29). W związku z tym proponuje przyjęcie podziału na formalne i faktyczne pozbawienie wolności. Dozór elektroniczny przy takim podziale stanowiłby formalne pozbawienie wolności (*ibidem*, s. 21). Zob. też M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] W. Wróbel i A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 388; K. Postulski, *Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, Prok. i Pr. 2017, nr 1, s. 49; *idem*, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 320. Na gruncie nieobowiązującej już ustawy z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (t.j. Dz.U. z 2010 r., nr 142, poz. 960, z późn. zm.) również uważano, że kara pozbawienia wolności odbywana w formie dozoru elektronicznego nie wiąże się w istocie z pozbawieniem wolności – zob. A. Kiełtyka, A. Ważny, *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 57; M. Rusinek, *Ustawa o dozorcze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 30–31; M. Jankowski, A. Kotowski, S. Momot, A. Ważny, *Przyczyny niedostatecznego wykorzystywania ustawy o dozorcze elektronicznym*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2012, s. 34. Również R.A. Stefański wskazywał, że kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jest wykonywana w warunkach wolnościowych i zbliża się w związku z tym do kary ograniczenia wolności, a z karą pozbawienia wolności łączy ją przede wszystkim nazwa (*Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 4, s. 31). Trzeba pamiętać, że obowiązki skazanego na gruncie ustawy z 7 września 2007 r. były analogiczne do tych, które obecnie obciążają skazanego odbywającego karę w systemie dozoru elektronicznego (zob. art. 8 i 10 tego aktu prawnego). Odmiennego zdania na gruncie wspomnianej ustawy była K. Zawiślan, według której osoba odbywająca karę w systemie dozoru elektronicznego jest pozbawiona wolności, pozostaje w izolacji od społeczeństwa (*eadem*, *Dozór elektroniczny: izolacja czy iluzja?*, „Państwo i Społeczeństwo” 2014, nr 4, s. 12 i 23). Należy zauważyć, że w uzasadnieniu projektu ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego mówi się o dozorcze elektronicznym w kontekście środków o charakterze nieizolacyjnym (zob. Sejm RP V kadencji, druk nr 1237, s. 2, 37–38). W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 25 maja 2012 r. o zmianie ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego również zwrócono uwagę na wolnościowy aspekt dozoru (zob. Sejm RP VII kadencji, druk nr 179, s. 6–7). Podobnie w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy, którą przywrócono możliwość odbywania kary pozbawienia

odbywanie kary ograniczenia wolności (a przecież nikt nie będzie kwestionował, że kara ta nie wiąże się z pozbawieniem wolności skazanego) będzie czasem dla sprawcy bardziej dolegliwe niż odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Będzie tak na przykład w sytuacji, gdy sąd skaze sprawcę przestępstwa na karę ograniczenia wolności i nałoży na niego obowiązek wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne, a także jeden lub kilka obowiązków, o których mowa w art. 72 § 1 pkt 2–7a k.k. Trzeba ponadto pamiętać, że w czasie odbywania kary ograniczenia wolności skazany nie może bez zgody sądu zmieniać miejsca stałego pobytu oraz ma obowiązek udzielania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary<sup>16</sup> (art. 34 § 2 k.k.). Skazany podlega również dozorowi sądowego kuratora zawodowego (art. 55 § 2 k.k.w.)<sup>17</sup>. Należy stwierdzić, że skoro skazany, który odbywa karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie jest faktycznie pozbawiony wolności, to naruszając warunki dozoru nie popełnia on przestępstwa samouwolnienia stypizowanego w art. 242 § 1 k.k.<sup>18</sup> Podlega on jednak konsekwencjom naruszenia zasad odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego. W takiej sytuacji sąd penitencjarny uchylił zezwolenie na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego (art. 43zaa § 1 pkt 2 k.k.w.), jednak może od tego odstąpić w wyjątkowych przypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami (art. 43zaa § 2 k.k.w.). Sąd penitencjarny może uchylić zezwolenie na odbycie przez skazanego kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, jeżeli skazany korzystający z zezwolenia, o którym mowa w art. 43p, nie powrócił do określonego miejsca w wyznaczonym czasie (art. 43zab k.k.w.). W razie uchylecia zezwolenia, o którym mowa w art. 43zaa § 1 lub art. 43zab, sąd penitencjarny poleca doprowadzić skazanego do zakładu karnego, o czym należy go pouczyć (art. 43zad k.k.w.). Ponadto, w razie umyślnego dopuszczenia do zniszczenia, uszkodzenia, uczynienia niezdatnym do użytku nadajnika, rejestratora stacjonarnego lub przenośnego sąd może nałożyć na skazanego opłatę wyrównawczą na rzecz podmiotu dozoru (art. 43s § 1 k.k.w.)<sup>19</sup>.

---

wolności w systemie dozoru elektronicznego stwierdzono, że „dozór elektroniczny zapewnia wyższy stopień dolegliwości i kontroli niż dotychczas stosowane środki probacyjne, a zarazem niższy stopień negatywnych konsekwencji wykonania kary niż w przypadku izolacji skazanych” (Sejm RP VIII kadencji, druk nr 218). Należy wskazać, choć ma to walor jedynie pogładowy, a nie przekonującego argumentu, że Komitet Ministrów Rady Europy w pkt 39 swojej rekomendacji z dnia 19 lutego 2014 r. dotyczącej dozoru elektronicznego określa taki dozór jako „środek ograniczenia wolności oskarżonego lub skazanego” (*Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring*; [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c64a7](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c64a7) (dostęp: 18.12.2017)).

<sup>16</sup> Zgodnie z art. 60 k.k.w. sąd, a także sądowy kurator zawodowy mogą w każdym czasie żądać od skazanego wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary ograniczenia wolności i w tym celu wzywać skazanego do osobistego stawiennictwa.

<sup>17</sup> Tak samo, jak dzieje się przy wykonywaniu kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego – zob. art. 43d § 3 k.k.w.

<sup>18</sup> Tak też K. Mamak, *Dozór...*, s. 22 i 25; A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego*, s. 674–675; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 389 oraz L. Tyszkiewicz [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1415.

<sup>19</sup> Takie zachowanie stanowi również wykroczenie z art. 66a Kodeksu wykroczeń.

## USTOSUNKOWANIE SIĘ DO ARGUMENTÓW SADU NAJWYŻSZEGO

Zdaniem SN wyrażony przez niego pogląd popiera: 1) wykładnia językowa przepisu, która musi czasem uwzględniać nie znaczenie potoczne danego pojęcia, lecz znaczenie wynikające z kontekstu normatywnego (s. 14 i 17 uzasadnienia)<sup>20</sup>, 2) wykładnia historyczna (s. 18 uzasadnienia), 3) wykładnia systemowa (s. 18–19 uzasadnienia), 4) wykładnia celowościowa (s. 19 uzasadnienia) oraz 5) szeroka wykładnia pojęcia „pozbawienie wolności” na gruncie art. 5 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (s. 20–23 uzasadnienia).

Ad 1. W podsumowaniu rozważań odnośnie do wykładni językowej Sąd Najwyższy stwierdził, że interpretujący znamiona występkę z art. 242 § 1 k.k. „ma wręcz obowiązek uwzględnić zmiany w »otoczeniu normatywnym« tego przestępstwa, o ile nie zakłóca tym samym zasady *nullum crimen sine lege certa* – co w niniejszym wypadku nie ma miejsca”. Zgodzić się trzeba z SN, że czasem wykładnia językowa powinna uwzględniać kontekst normatywny interpretowanego przepisu. Należy jednak pamiętać o specyfice prawa karnego materialnego i jednej z podstawowych jego zasad, a mianowicie zakazie stosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy (*nullum crimen sine lege stricta*). W omawianej sprawie nie można odchodzić – jak chciałby SN – od tradycyjnego, potocznego rozumienia pojęcia „pozbawiony wolności”, gdyż godziłoby to we wspomnianą zasadę. W sytuacji, gdy chodzi o odpowiedzialność karną sprawcy czynu, niedopuszczalne jest odchodzenie od utrwalonych pojęć tylko dlatego, że ustawodawca tak czy inaczej ukształtował określoną instytucję prawną (w tym przypadku karę pozbawienia wolności). To że obecnie dozór elektroniczny jest powiązany z karą pozbawienia wolności, a nie z karą jej ograniczenia nie powinno mieć tu znaczenia. Lektura k.k.w. prowadzi bowiem do wniosku, że prawa i obowiązki skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego zasadniczo nie różnią się w stosunku do tychże z czasu, kiedy dozór elektroniczny był formą wykonywania kary ograniczenia wolności. Nagle więc „otoczenie normatywne” miałyby zmienić znaczenie stanu „pozbawienia wolności”? To, co było ograniczeniem wolności w jednej chwili stało się jej pozbawieniem, bo zmieniło się kilka słów w ustawie? Rozumowanie opierające się na rozwiązaniach legislacyjnych może być więc zawodne, a tam, gdzie chodzi o odpowiedzialność karną nie może być żadnych wątpliwości co do znaczenia przepisu, a jeśli już te wątpliwości się pojawiają, to zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege stricta* należy zinterpretować przepis ściśle<sup>21</sup>. Można odnieść wrażenie, że SN zastanawiał się w istocie nie nad tym, czy warunki odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego stanowią pozbawienie wolności, ale nad tym, czy kara pozbawienia wolności odbywana w systemie dozoru elektronicznego jest formą kary pozbawienia wol-

---

<sup>20</sup> Pozostałe metody wykładni zostały zastosowane przez SN pomocniczo, gdyż Sąd uznał wynik wykładni językowej za jasny i oczywisty.

<sup>21</sup> Należy w tym miejscu pamiętać również o (spornej co prawda) możliwości stosowania zasady *in dubio pro reo* (art. 5 § 2 k.p.k.) w odniesieniu do wątpliwości natury prawnej.

ności<sup>22</sup>. Jest to podejście oczywiście błędne, gdyż art. 242 § 1 k.k. mówi o osobie „pozbawionej wolności”, a nie „odbywającej karę pozbawienia wolności”. Błąd rozumowania Sądu Najwyższego ujawnia się także w następującym stwierdzeniu: „Nie wydaje się jednak, by poza szerszym zakresem tych pojęć [dozór elektroniczny i system dozoru elektronicznego – przyp. P.P.], nowelizacja [k.k.w. ustawą z dnia 11 marca 2016 r. – przyp. P.P.] dokonała takiej merytorycznej zmiany ich znaczenia, by wykluczało to uznanie kary pozbawienia wolności wykonywanej obecnie w systemie dozoru elektronicznego, za karę o bezwzględny jej charakterze, a tym samym za »pozbawienie wolności« w ujęciu art. 242 § 1 k.k.”. Niepotrzebnie pomieszano tu dwa aspekty kary pozbawienia wolności: jej (co do zasady) bezwzględny charakter i fizyczną izolację zwykle z tą karą związaną. Przez bezwzględną karę pozbawienia wolności rozumie się w języku prawniczym karę, której wykonanie nie zostało warunkowo zawieszona i nie sposób zaprzeczyć, że kara odbywana w systemie dozoru elektronicznego ma charakter bezwzględny we wskazanym znaczeniu. Nie oznacza to jednak, że wiąże się z pozbawieniem wolności, o którym mowa w art. 242 § 1 k.k. Na marginesie należy w tym miejscu zauważyć, że są sytuacje, gdy skazany odbywa karę pozbawienia wolności, ale jednocześnie nie jest pozbawiony wolności w sensie faktycznym. Ma to miejsce wtedy, gdy korzysta on z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego bez dozoru (por. art. 242 § 2 k.k.)<sup>23</sup>. W takich sytuacjach skazany, choć nie jest pozbawiony wolności, to ciąży na nim określone w art. 140 k.k.w. obowiązki<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Czytamy w uzasadnieniu: „Wszakże należy podkreślić, że w opozycji do powyższych poglądów [traktujących karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jako formę kary ograniczenia wolności lub środka probacyjnego – przyp. P.P.] – jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego – wyrażane jest stanowisko, iż wykładnia językowa art. 2 ust. 1 ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, zawierająca definicję legalną systemu dozoru elektronicznego, wskazuje na to, że »odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego jest rodzajem odbywania kary pozbawienia wolności« (J. Róg, *Wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego a prawo do zabezpieczenia społecznego*, „Państwo i Prawo” 2012, Nr 2, s. 85)”, oraz: „Należy zwrócić uwagę, że w wyroku z dnia 23 maja 2014 r., III KK 16/14 (Lex Nr 1469141), Sąd Najwyższy uznał, że odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie stoi na przeszkodzie uznaniu działania sprawcy w warunkach art. 64 § 1 k.k. Wydaje się, iż pogląd ten może być uznany za wyraz jednolitego rozumienia różnych tylko w formie kar pozbawienia wolności i tym samym pośrednim argumentem za interpretacją znamion występuku samouwolnienia, jakiej dokonał Sąd Najwyższy”. *Nota bene* powołana przez SN J. Róg mówi w swoim artykule o karze pozbawienia wolności odbywanej w systemie dozoru elektronicznego jako o środku nieizolacyjnym (*Wykonywanie kary w systemie dozoru elektronicznego...*, s. 87).

<sup>23</sup> Zgodnie z art. 140 § 4 k.k.w. czasu przebywania skazanego poza zakładem karnym, na podstawie zezwolenia, o których mowa w § 1 (chodzi o nagrody wymienione w art. 138 § 1 pkt 7 lub 8 albo z zezwolenia, o których mowa w art. 141a lub w art. 165 § 2), nie odlicza się od okresu odbywania kary, chyba że sędzia penitencjarny zarządzi inaczej w wypadku, gdy skazany w tym czasie nadużył zaufania.

<sup>24</sup> W razie korzystania przez skazanego z nagród wymienionych w art. 138 § 1 pkt 7 lub 8 albo z zezwolenia, o którym mowa w art. 141a lub w art. 165 § 2, ma on obowiązek bezzwłocznego zgłoszenia się do jednostki Policji, właściwej terytorialnie dla miejsca jego przebywania w okresie korzystania z zezwolenia, w celu potwierdzenia miejsca pobytu (§ 1); skazany korzystający z zezwoleń, o których mowa w § 1, w każdym przypadku zmiany miejsca pobytu ma obowiązek bezzwłocznego zgłoszenia się do jednostki Policji właściwej terytorialnie dla nowego miejsca jego przebywania (§ 2); dyrektor zakładu karnego może zobowiązać skazanego, korzystającego

Ad 2. Sąd zauważył, że „W kontekście dotychczasowych rozważań należy również zwrócić uwagę na aspekt historyczny. Kodeks karny z 1969 roku w zakresie przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości operował zarówno pojęciem »ucieczka«, jak i »samouwolnienie«<sup>25</sup> (zob. E. Hansen, *Przestępstwa więźniów w okresie izolacji penitencjarnej*, Warszawa 1982, s. 26–27). Na tle pojęcia »ucieczka«, zwrot »samouwolnienie« ma szerszą pojemność semantyczną i pozwala objąć nim również takie działania (ale już nie zaniechanie), które nie polega na »zerwaniu więzów straży«. Nie sposób nie zauważyć, że wyniki dokonanej wykładni prowadzić mogą do pytań o to, czy drobniejsze przypadki uchybień obowiązkowi wynikającym z dozoru elektronicznego jako kary pozbawienia wolności, również wypełniać będą znamiona występkę samouwolnienia”. Sąd powołał się na odróżnienie „ucieczki” od „samouwolnienia”, które zostało dokonane przez E. Hansena na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. (*nota bene* autor ten pisał o „samowolnym oddaleniu się”). Różnica między tymi pojęciami nie jest jednak taka, jak wskazuje SN. Zdaniem E. Hansena uciezka wiąże się z zamiarem uchylenia się od odbywania kary z jakiegoś powodu (ucieka się „przed czymś” lub „dla czegoś”)<sup>26</sup>. Na uciezkę składają się trzy stadia: początkowe (samowolne oddalenie się), następne (ukrywanie się) oraz końcowe (zakończenie ukrywania się)<sup>27</sup>. Samowolne oddalenie się oznacza natomiast oddalenie się osoby pozbawionej wolności bez zgody i wbrew tej zgodzie z miejsca, w którym musi ona przebywać. Zamiarem sprawcy jest opuszczenie miejsca, w którym on przebywa, bez zgody i wbrew zgodzie uprawnionego organu<sup>28</sup>. Zarówno przy ucieczce, jak i (samouwolnieniu) samowolnym oddaleniu się, określona osoba, będąc pozbawiona wolności, „zrywa więzy straży”; różnica jest tylko w zamiarze sprawcy i czasie trwania pozostawiania poza strażą.

Ad 3. Sąd wskazał, że „Mając na uwadze względy natury systemowej, należy zwrócić uwagę na treść przepisu art. 244a § 2 k.k., w którym określono przestępstwo udaremniania lub utrudniania kontrolowania w systemie dozoru elektronicznego, orzeczonego obowiązku związanego ze środkiem karnym zakazu wstępu na imprezę masową. Sankcja przewidziana w tym przepisie jest identyczna z sankcją z art. 242 § 1 k.k. Wydaje się zatem, że skoro ustawodawca zdecydował się na penalizację zachowania polegającego na uchyłaniu się od dozoru elektronicznego orzeczonego w związku ze środkiem karnym, to byłoby niezrozumiałe uznanie za nie podlegające karalności podobne zachowanie związane z uchyłaniem się od wykonania w tej formie zasadniczej kary pozbawienia wolności”. Stwierdzenie przez SN, że skoro ustawodawca spenalizował w art. 244a § 2 k.k. udaremnianie i utrudnianie kontrolowania, w systemie dozoru elektronicznego, orzeczonego wobec sprawcy orzeczonego w związku z zakazem wstępu na imprezę masową obowiązku przeby-

---

z zezwoleń, o których mowa w § 1, do określonego zachowania się, a zwłaszcza do przebywania w określonych w zezwoleniu miejscach pobytu lub częstszego zgłaszania się do jednostki Policji (§ 3).

<sup>25</sup> *Nota bene* obowiązujący k.k. również posługuje się oboma tymi pojęciami.

<sup>26</sup> E. Hansen, *Przestępstwa więźniów w okresie izolacji penitencjarnej*, Warszawa 1982, s. 27–28.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 31.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 28 i 30. Zob. też E. Hansen, *Samouwalnianie się skazanych pozbawionych wolności (Art. 256 k.k.)*, „Nowe Prawo” 1978, nr 4, s. 599.



wania w miejscu stałego pobytu lub obowiązku stawiennictwa w jednostce organizacyjnej Policji lub w miejscu określonym przez właściwego, ze względu na miejsce zamieszkania osoby skazanej albo ukaranej, komendanta powiatowego, rejonowego lub miejskiego Policji, w czasie trwania imprezy masowej, to niezrozumiałe byłoby nie objęcie kryminalizacją zachowania związanego z uchylaniem się od wykonania w tej formie zasadniczej kary pozbawienia wolności, niebezpiecznie zbliża się do niedopuszczalnego przy wykładni prawa karnego materialnego rozumowania, że skoro zakazane jest mniej, to tym bardziej zakazane jest więcej (*a minori ad maius*)<sup>29</sup>. Nie może więc być to argument za poparciem postawionej przez SN tezy.

Ad 4. Wykładnia celowościowa prowadzi SN do konstatacji, że „dobrem chronionym przez przepis art. 242 § 1 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, którego interes narusza sprawca, utrudniając wykonywanie orzeczeń w części dotyczącej pozbawienia wolności (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2000 r., II KKN 31/00, Lex Nr 50922). Innymi słowy, bezpośrednim przedmiotem ochrony jest prawidłowe wykonanie konkretnego orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy. Nie ulega wątpliwości, że tożsamy przedmiot ochrony charakteryzuje także przestępstwa z art. 243 k.k. i z art. 244a § 2 k.k. Ustalenia te odnoszą się w pełni także do ochrony wykonywania kary pozbawienia wolności wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego”. Słusznie Sąd zauważa, że przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 242 § 1 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Uciekanie się jednak do uwzględniania przy wykładni prawa karnego dobra chronionego nie może abstrahować od ustawowych znamion przestępstwa, a wskazany przepis wyraźnie mówi o osobie pozbawionej wolności. Przedmiot ochrony może mieć znaczenie tylko przy ograniczaniu zakresu pojęcia „pozbawiony wolności”<sup>30</sup>, nie może zaś wpływać na poszerzenie pola penalizacji wbrew brzmieniu przepisu.

Ad 5. Sąd Najwyższy przytoczył orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w których zinterpretowano pojęcia „pozbawienie wolności” w sposób szeroki, pod który można by „podciągnąć” karę pozbawienia wolności odbywaną w systemie dozoru elektronicznego. Należy jednak zauważyć, że między art. 5 EKPC a art. 242 § 1 k.k. zachodzi fundamentalna różnica. Ten pierwszy przepis chroni człowieka przez bezprawnym pozbawieniem wolności przez państwo, natomiast drugi przewiduje karę za uwolnienie się osoby, która została zgodnie z prawem pozbawiona wolności. O ile w pierwszym przypadku szeroka wykładnia „pozbawienia wolności” jest dopuszczalna, gdyż nie krzywdzi jednostki, a wręcz działa

---

<sup>29</sup> Zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 239.

<sup>30</sup> W związku z tym niektóre faktyczne pozbawienia wolności nie będą pozbawieniem wolności w rozumieniu art. 242 § 1 k.k., gdyż nie mają związku z wymierzaniem sprawiedliwości, np. zatrzymanie prewencyjne (porządkowe) dokonane przez policję na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o policji (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2067, z późn. zm.) albo zatrzymanie administracyjne na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 487, z późn. zm.).

na jej korzyść (wykładnia *pro homine*)<sup>31</sup>, o tyle w drugim przypadku im szersze rozumienie omawianego pojęcia się przyjmie, tym szerszy będzie zakres kryminalizacji i tym większa niekorzyść dla sprawcy. I tu znów wracamy do zasady *nullum crimen sine lege stricta*.

## ZAKOŃCZENIE

Podsumowując, należy odnieść się krytycznie do stanowiska zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu. Racje, jakie przyświecały SN zostały przez niego zdaje się wyartykułowane w tym oto zdaniu: „Chociaż nie wynika to *expressis verbis* z przepisów ustawy, to jednak taki rodzaj odbywania kary pozbawienia wolności [w systemie dozoru elektronicznego – przyp. P.P.] jest w istocie dla skazanego pewną gratyfikacją. Słusznie więc zauważa Sąd pytający, iż nie powinna ona skutkować bezkarnością uwalniającego się tylko dlatego, że taka kara pozbawienia wolności ma nieco odbiegającą od »klasycznej« formułę i to wynikającą z generalnie względniejszej oceny skazanego przez sąd”. Sąd Najwyższy próbował więc znaleźć taką interpretację art. 242 § 1 k.k., która będzie sprawiedliwa i nie będzie premiowała po raz drugi osoby, która już raz uzyskała coś korzystnego (odbywanie kary poza zakładem karnym). Takie założenie powiodło, moim zdaniem, SN do dokonania rozszerzającej wykładni wskazanego przepisu. Można się zastanawiać, czy wystarczającą sankcją dla skazanego, który uchylił się od odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego, jest cofnięcie przez sąd penitencjarny zezwolenia na odbywanie kary w tej formie, czy też zachowanie takie powinno pociągać również karę kryminalną. Sprawa jest otwarta, ale decyzja należy do ustawodawcy, który powinien wyważyć społeczną szkodliwość *in abstracto* takiego rodzaju czynów w kontekście zasady *ultima ratio* prawa karnego.

Jeszcze jedna uwaga, która przy przyjęciu mojej koncepcji nie ma znaczenia, jednak przy przyjęciu koncepcji Sądu Najwyższego ma wpływ na ustalenie odpowiedzialności karnej skazanego. Możliwość przypisania przestępstwa z art. 242 § 1 k.k. uwarunkowana jest świadomością sprawcy, że jest on pozbawiony wolności. Należy przypuszczać, że większość osób odbywających karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego uważa swój stan najwyżej za ograniczenie wolności. To przekonanie jest umacniane poprzez informacje płynące z oficjalnych źródeł. Na stronie internetowej Systemu Dozoru Elektronicznego czytamy, że dozór

---

<sup>31</sup> Jest to wykładnia na rzecz urzeczywistnienia praw człowieka – zob. C. Mik, *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony prawa człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1992, zeszyt 1, Toruń 1993, s. 19. Należy w tym kontekście przywołać wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 grudnia 2009 r., II FSK 917/08 (Legalis), w którym wskazano, że „W myśl art. 31 ust. 1 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z dnia 26 maja 1969 r. (Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439) traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Zatem odmiennie niż w porządku aktu prawa krajowego, dyrektywy wykładni umów międzynarodowych nakazują w procesie wykładni uwzględnić zawsze nie tylko wykładnię językową, ale nawet w sytuacji językowej jasności postanowień umowy, sięgnąć po wykładnię funkcjonalną (teleologiczną)”.



elektroniczny to „najnowocześniejszy nieizolacyjny [podkr. P.P.] system wykonywania kary pozbawienia wolności. Kontroluje on wykonywanie przez skazanego obowiązków nałożonych przez sąd przy pomocy urządzeń elektronicznych i umożliwia odbywanie kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym”<sup>32</sup>. Na stronach Sądu Okręgowego w Białymstoku i Sądu Okręgowego w Zielonej Górze czytamy, że „Dozór elektroniczny pozwala osobie skazanej na odbycie kary w warunkach wolnościowych [podkr. P.P.], w miejscu jej zamieszkania, przy zastosowaniu systemów elektronicznych ograniczających jej swobodę poruszania się i zmiany miejsca pobytu. (...) System dozoru elektronicznego pozwala, mimo pewnych ograniczeń, na prowadzenie w miarę normalnego życia osobistego, w szczególności na utrzymywanie więzi z rodziną, naukę i świadczenie pracy”<sup>33</sup>. I argument ostatni, ale najmocniejszy, bo pochodzący od samego prawodawcy. Załącznik do wydanego na podstawie art. 43k § 8 k.k.w.<sup>34</sup> rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 10 października 2016 r. w sprawie wzoru pisemnego pouczenia o przysługujących skazanemu prawach i ciężących na nim obowiązkach związanych z dozorem elektronicznym, jak również o konsekwencjach naruszenia tych obowiązków<sup>35</sup> w części zatytułowanej „Konsekwencje naruszenia przez skazanego obowiązków”, w odniesieniu do kwestii odpowiedzialności karnej, przytacza tylko art. 244a § 2 i art. 244b k.k. Zdaniem więc prawodawcy osoba, która uchyliła się od odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, nie wypełnia znamion przestępstwa z art. 242 § 1 k.k.

## BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Chybiński O. [w:] W. Świda (red.), *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław–Warszawa 1980.
- Hansen E., *Przemęstwa więźniów w okresie izolacji penitencjarnej*, Warszawa 1982.
- Hansen E., *Samouwalnianie się skazanych pozbawionych wolności (Art. 256 k.k.)*, „Nowe Prawo” 1978, nr 4.
- Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa 2011.
- Jankowski M., Kotowski A., Momot S., Ważny A., *Przyczyny niedostatecznego wykorzystywania ustawy o dozorcze elektronicznym*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2012.
- Kiełtyka A., Ważny A., *Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Komentarz*, Warszawa 2011.

<sup>32</sup> [www.dozorelektroniczny.gov.pl/?page\\_id=18](http://www.dozorelektroniczny.gov.pl/?page_id=18) (dostęp: 18.12.2017).

<sup>33</sup> <http://bialystok.so.gov.pl/pomoc-prawna/system-dozoru-elektronicznego.html>; <http://www.zielona-gora.so.gov.pl/?mod=188> (dostęp: 18.12.2017).

<sup>34</sup> Zgodnie z tym przepisem Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, wzór pisemnego pouczenia, o którym mowa w § 4, mając na względzie konieczność zrozumienia pouczenia także przez osoby niekorzystające z pomocy obrońcy. Art. 43k § 4 k.k.w. stanowi, że po ogłoszeniu lub przy doręczeniu postanowienia o rozpoczęciu dozoru elektronicznego albo postanowienia o udzieleniu zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego należy doręczyć skazanemu pisemne pouczenie o przysługujących mu prawach i ciężących na nim obowiązkach związanych z dozorem elektronicznym, jak również o konsekwencjach naruszenia tych obowiązków.

<sup>35</sup> Dz.U. z 2016 r., poz. 1692.

- Kunicka-Michalska B. [w:] A. Wąsek i R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316. Tom II*, Warszawa 2010.
- Makowski W., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1937.
- Mamak K., *Dozór elektroniczny – rozważania na tle kary pozbawienia wolności, kary ograniczenia wolności oraz przestępstwa samouwolnienia (art. 242 § 1 k.k.)*, e-CzPKiNP 2017/3.
- Mik C., *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony prawa człowieka*, „Toruński Rocznik Praw Człowieka i Pokoju” 1992, zeszyt 1, Toruń 1993.
- Mozgawa M. [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Postulski K., *Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, Prok. i Pr. 2017, nr 1.
- Rusinek M., *Ustawa o dozorcze elektronicznym. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 41 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003.
- Siewierski M. [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977.
- Stefański R.A., *Kara pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 4.
- Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zontek W. [w:] W. Wróbel i A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017.
- Tyszkiewicz L. [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Wojtaszczyk A., Wróbel W., Zontek W. [w:] L. Gardocki (red.), *System prawa karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013.
- Wolter W. [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- Zawiślan K., *Dozór elektroniczny: izolacja czy iluzja?*, „Państwo i Społeczeństwo” 2014, nr 4.

**Źródła internetowe** (dostęp: 18.12.2017)

<http://bialystok.so.gov.pl/pomoc-prawna/system-dozoru-elektronicznego.html>

<http://www.zielona-gora.so.gov.pl/?mod=188>

[http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia\\_prawne/EditForm/I-KZP-0011-16\\_p.pdf](http://www.sn.pl/sprawy/SiteAssets/Lists/Zagadnienia_prawne/EditForm/I-KZP-0011-16_p.pdf)

*Recommendation CM/Rec(2014)4 of the Committee of Ministers to member States on electronic monitoring* (tekst dostępny na stronie [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805c64a7](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c64a7))

[www.dozorelektroniczny.gov.pl/?page\\_id=18](http://www.dozorelektroniczny.gov.pl/?page_id=18)

GLOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO  
Z DNIA 19 STYCZNIA 2017 R., I KZP 11/16 (NA TLE WYROKU  
SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 21 CZERWCA 2017 R., I KZP 3/17)

Streszczenie

Glosa dotyczy kwestii możliwości zakwalifikowania uchylenia się skazanego od wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego jako przestępstwa samouwolnienia określonego w art. 242 § 1 k.k. Autor nie zgadza się z poglądem Sądu Najwyższego, że wskazane zachowanie wyczerpuje znamiona przestępstwa samouwolnienia.

Słowa kluczowe: przestępstwo samouwolnienia (art. 242 § 1 k.k.), system dozoru elektronicznego, kara pozbawienia wolności, legalne pozbawienie wolności

GLOSS ON THE SUPREME COURT RULING OF 19 JANUARY 2017, I KZP 11/16  
(WITH REFERENCE TO THE SUPREME COURT JUDGEMENT OF 21 JUNE 2017,  
I KZP 3/17)

Summary

The gloss discusses the question whether evading execution of the punishment of deprivation of liberty in the system of electronic monitoring by a convict can be treated as the offence of self-freeing from isolation referred to in Article 242 §1 of the Criminal Code. The author disagrees with the opinion of the Supreme Court that such conduct matches the statutory features of self-freeing.

Keywords: offence of self-freeing (Article 242 §1 CC), system of electronic monitoring, penalty of deprivation of liberty, lawful deprivation of liberty

**Cytuj jako:**

Poniatowski P., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 11/16 (na tle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2017 r., I KZP 3/17)*, „Ius Novum” 2018 (12) nr 4, s. 160–175. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.41/p.poniatowski

**Cite as:**

Poniatowski, P. (2018) ‘Gloss on the Supreme Court ruling of 19 January 2017, I KZP 11/16 (with reference to the Supreme Court judgement of 21 June 2017, I KZP 3/17)’. *Ius Novum* (Vol. 12) 4, 160–175. DOI:10.26399/iusnovum.v12.4.2018.41/p.poniatowski

## NOTY O AUTORACH

---

- Juan Carlos Ferré Olivé    profesor prawa karnego, Dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Huelvie, Hiszpania
- Carmen Garcimartín    dr, profesor Uniwersytetu w A Coruña, Katedra Prawa Prywatnego na Wydziale Prawa, Hiszpania
- Maria Rogacka-Rzewnicka    dr hab., profesor Uniwersytetu Warszawskiego, Zakład Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji
- Julia Kosonoga-Zygmunt    dr, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
- Łukasz Chojniak    dr, adiunkt w Instytucie Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji na Wydziale Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego
- Anna Konert    dr hab., profesor Uczelni Łazarskiego, Dziekan Wydziału Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
- Mateusz Kotliński    magister prawa, specjalista ds. bezzałogowych statków powietrznych w Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej
- Ryszard Szałowski    dr hab., profesor Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Długosza w Częstochowie, Wydział Filologiczno-Historyczny
- Piotr F. Piesiewicz    dr nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Ochrony Własności Intelektualnej na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie; adwokat
- Małgorzata Wąsek-Wiaderek    dr hab., profesor Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, Katedra Postępowania Karnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji; Sędzia Sądu Najwyższego
- Piotr Poniatowski    mgr, asystent w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

---

## NOTES ON THE AUTHORS

---

- Juan Carlos Ferré Olivé Professor of criminal law, Dean of the Faculty of Law of the University of Huelva, Spain
- Carmen Garcimartín PhD, Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law of the University of A Coruña, Spain
- Maria Rogacka-Rzewnicka PhD hab., Associate Professor, Department of Criminal Procedure, Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw
- Julia Kosonoga-Zygmunt PhD, Assistant Professor, Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration of Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
- Łukasz Chojniak PhD, Assistant Professor, Institute for Social Prevention and Resocialisation, Faculty of Applied Social Sciences and Resocialisation of the University of Warsaw
- Anna Konert PhD hab., Associate Professor, Dean of the Faculty of Law and Administration of the Lazarski University in Warsaw
- Mateusz Kotliński Master of Laws, Unmanned Aerial Vehicles Specialist at the Polish Air Navigation Services Agency
- Ryszard Szałowski PhD hab., Associate Professor, Faculty of Philology and History of Jan Długosz University in Częstochowa
- Piotr F. Piesiewicz PhD in legal sciences, Assistant Professor, Department of Intellectual Property Protection Law, Faculty of Law of the SWPS University of Social Sciences and Humanities in Warsaw; attorney
- Małgorzata Wąsek-Wiaderek PhD hab., Associate Professor, Department of Criminal Procedure, Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin; Supreme Court Judge
- Piotr Poniatowski MA, Assistant Lecturer, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Law and Administration of Maria Curie-Skłodowska University in Lublin

INFORMATION FOR AUTHORS

1. The quarterly publishes scientific articles devoted to issues within a broad field of law as well as reviews and reports on scholarly life in higher education institutions. Articles are subject to evaluation by two reviewers and their positive opinion is a condition for their publication.
2. Manuscripts should be submitted in one copy of a standard typescript (30 lines of 60 characters each, i.e. ca. 1,800 characters per page) together with a digital version saved on a data storage device and e-mailed to: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl).
3. Footnotes should be placed at the bottom of a page providing the initials of the author's given name(s), surname, the title (printed in italics), the name of a journal or a publisher, the place of publication (in case of books), the year of publication, and a page number. In case of books with multiple authors, the first name and surname of their editor with additional information: (ed.) shall be provided.
4. An article should be accompanied by its abstract informing about its aim, methodology, work findings and conclusions. The abstract should not exceed 20 lines of standard typescript. If the abstract contains specialist, scientific or technical terms, their English equivalents should be provided.
5. An article should not exceed 22 pages of a standard typescript and a review, scientific news or information: 12 pages.
6. The editor reserves the right to introduce changes in the manuscript submitted for publication, e.g. to shorten it, change the title and subheadings as well as correct the style.
7. Detailed guidelines for authors are available on Lazarski University Press website: <http://www.lazarski.pl/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/dla-autorow/>. Authors are obliged to provide bibliography.
8. A manuscript shall contain the author's full given name and surname, their residence address with the telephone/fax number, their e-mail address, scientific degree or title and the name of the scientific institution the author works for.



*IUS NOVUM* PUBLICATIONS REVIEW PROCEDURE

1. The thematic editors shall take preliminary decisions on accepting articles for review.
2. The Editor-in-Chief shall take the final decision to refer an article to a reviewer, having checked that an article meets all formal requirements, i.e. the author has provided all necessary information: affiliation, correspondence address, e-mail address, telephone number, co-authors' confirmation of cooperation and their input to the article, an abstract in the Polish language and key words.
3. A review should take into consideration the type of work (original, experimental, reviewing, casuistic, methodological), its scientific level, whether the work matches the subject matter suggested in its title, whether it meets the requirements of a scientific publication, whether it contains essential elements of novelty, the appropriate terminology use, reliability of findings and conclusions, layout, size, cognitive value and language, and provide recommendation to accept the article after necessary changes or decline it. The review shall be developed on a special review form.
4. Reviews shall be provided by standing reviewers and reviewers selected at random. Those shall be scientists with considerable scientific achievements in the given discipline. The list of standing reviewers is published on the quarterly website. Each issue of the quarterly publishes a list of reviewers of articles and glosses published in the issue.
5. Two independent reviewers shall review each publication.
6. Reviewers shall not be affiliated to the same scientific institution as authors.
7. Reviewers and authors shall not know their identity.
8. Reviewers appointed to review an article must not reveal the fact.
9. A review shall be developed in writing, following a special template (the review form) and provide recommendation to accept a manuscript for publication or decline it.
10. Reviewers shall submit their reviews in two formats: electronic and a hard copy with a handwritten signature. Such review is archived for two years.
11. An author is provided with a reviewer's comments and he/she is obliged to respond to them. The reviewer shall verify the text after changes introduced to it.
12. In the event of a negative assessment of an article by a reviewer, the Editor-in-Chief, after consulting a thematic editor, shall take a final decision whether to accept the article for publication or decline it.

#### DODATKOWE INFORMACJE

Redakcja uprzejmie informuje, że czasopismo „Ius Novum”:

- zostało zamieszczone w części B. wykazu czasopism naukowych Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, pod pozycją 1136, a za publikację na jego łamach przyznano **11 punktów**.

Dalsze informacje w tym zakresie: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>;

- poddane zostało procesowi ewaluacji ICI Journals Master List 2016, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **58,16 pkt**.

Dalsze informacje w tym zakresie: <https://journals.indexcopernicus.com>.

#### ADDITIONAL INFORMATION

The Editorial Board informs that the *Ius Novum* quarterly:

- has been listed in section B of the register of scientific journals kept by the Ministry of Science and Higher Education, under entry 1136, with **11 points** awarded for a publication in the quarterly.

Further particulars in this respect are available at: <http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>;

- underwent the ICI Journals Master List 2016 evaluation process, as a result of which the periodical was awarded an ICV (*Index Copernicus Value*) of **58.16 points**.

Further information on this topic can be found at: <https://journals.indexcopernicus.com>.

## LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW / REGULAR REVIEWERS

1. Prof. Zbigniew Czarnik, PhD hab., WSPIA University in Rzeszów
2. Prof. Katarzyna Dudka, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
3. Prof. Jolanta Jakubowska-Hara, PhD hab., Criminal Law Department of the Institute for Legal Studies at Polish Academy of Sciences
4. Prof. Jerzy Jaskiernia, PhD hab., Faculty of Law, Administration and Management of Jan Kochanowski University in Kielce
5. Prof. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the WSPIA University in Rzeszów
6. Dariusz Kala, PhD, Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
7. Prof. Tomasz Kalisz, PhD hab., Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław
8. Prof. Czesław Kłak, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the WSPIA University in Rzeszów
9. Prof. Violetta Konarska-Wrzosek, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
10. Prof. Zbigniew Kwiatkowski, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the University of Opole
11. Jerzy Lachowski, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
12. Maria Jeż-Ludwichowska, PhD, Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
13. Aneta Łazarska, PhD, Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
14. Prof. Mirosława Melezini, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the University of Białystok
15. Prof. Marek Mozgawa, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
16. Prof. Hanna Paluszkievicz, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the University of Zielona Góra
17. Mateusz Pilich, PhD, Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw
18. Piotr Rączka, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
19. Prof. Maciej Rogalski, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
20. Prof. Jerzy Skorupka, PhD hab., Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław
21. Prof. Jacek Sobczak, PhD hab., Faculty of Law of the SWPS University of Social Sciences and Humanities in Warsaw
22. Prof. Sławomir Steinborn, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the University of Gdańsk
23. Prof. Krzysztof Ślebzak, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University in Poznań
24. Marek Świerczyński, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw (UKSW)
25. Monika Wałachowska, PhD hab., Faculty of Law and Administration of Nicolaus Copernicus University in Toruń
26. Prof. Małgorzata Wąsek-Wiaderek, PhD hab., Faculty of Law, Canon Law and Administration of John Paul II Catholic University of Lublin
27. Sławomir Żółtek, PhD hab., Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw

RECENZENCI ZAGRANICZNI / FOREIGN REVIEWERS

1. Prof. Regina Hučková, Faculty of Law of Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Slovakia
2. Prof. Maciej Małolepszy, PhD hab., Faculty of Law of the European University Viadrina Frankfurt (Oder), Germany
3. Prof. Rodrigo Ochoa Figueroa, attorney, Department of Administrative Law of the Michoacan University of Saint Nicholas of Hidalgo, Mexico
4. Prof. Alembert Vera Rivera, Catholic University of Santiago de Guayaquil, Ecuador; attorney of the President of the Republic of Ecuador
5. Katarzyna Krzysztyniak, PhD, attorney, Czech Republic
6. Miguel Bustos Rubio, PhD, Faculty of Law of the University of Salamanca, Spain

## ETHICAL STANDARDS

*IUS NOVUM* Editorial Board strives to ensure high ethical standards. Articles submitted for publication in *IUS NOVUM* are assessed for their integrity, compliance with ethical standards and contribution to the development of scholarship. The principles listed below are based on the COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.

### STANDARDS FOR AUTHORS

Authorship should reflect individuals' contribution to the work concept, project, implementation or interpretation. All co-authors who contributed to the publication should be listed. Persons who are not authors but made substantial contributions to the article, should be listed in the acknowledgements section. The author should make sure that all co-authors have been listed, are familiar with and have accepted the final version of the article, and have given their consent for submitting the article for publication. Authors who publish the findings of their research should present the research methodology used, an objective discussion of the results and their importance for academic purposes and practice. The work should provide reference to all the sources used. Publishing false or intentionally untrue statements is unethical.

#### **Conflict of interests and its disclosure**

Authors should disclose all sources of their projects funding, contribution of research institutions, societies and other entities as well as all other conflicts of interests that might affect the findings and their interpretation.

#### **Standards for reporting**

Authors of articles based on their own research should present detail of performed work and discuss its importance. Data the work is based on should be presented in details. Statements that are not true or intentionally inaccurate will be treated as unethical and prohibited conduct.

#### **Access to data and their retention**

Authors should provide unprocessed data regarding the work submitted for reviewing or should be prepared to ensure access to such data. Authors should retain the data for at least a year's time from the publication.

#### **Multiple, unnecessary or competing publications**

In general, authors should not publish materials describing the same research in more than one journal or primary publication. Submitting the same work to more than one editor concurrently is unethical and forbidden.

#### **Confirming sources**

Authors must provide acknowledgement and references for all publications that affected the submitted work and must acknowledge each instance of using other authors' work.

### **Substantial errors in the published work**

If authors find substantial errors or inaccuracies in their work, they will be obliged to notify the Editorial Board Secretary without delay. In case the article has already been published, the author should cooperate with the Editor in order to retract the article or publish an adequate erratum.

### **Originality and plagiarism**

Authors must only submit original works. They should make sure that the names of authors cited in the work and/or cited fragments of their works are properly acknowledged or referenced.

### **Ghost/guest authorship**

Ghost authorship is when someone makes a substantial contribution to a work but he/she is not listed as an author or his/her role in the publication is not acknowledged. Guest authorship takes place when someone's contribution is very small or inexistent but his/her name is listed as an author.

Ghost and guest authorship are manifestations of a lack of scientific integrity and all such cases will be disclosed, involving a notification of component entities (institutions employing the authors, scientific societies, associations of editors, etc.). The Editorial Board will document every instance of scientific dishonesty, especially the violation of the ethical principles binding in science.

In order to prevent ghost or guest authorship, authors are requested to provide declarations of authorship.

## STANDARDS FOR REVIEWERS

### **Editorial decisions**

Reviewers should support the Editor-in-Chief in decision-making and authors in correcting errors.

### **Feedback**

Reviewers who cannot review a work or know they will not be able to submit a review within an agreed time limit should inform the Editorial Board Secretary about that.

### **Confidentiality**

All reviewed works should be treated as confidential documents. They cannot be shown to or discussed with third parties who are not authorised members of the Editorial Board.

### **Anonymity**

All reviews are made anonymously and the Editor does not reveal information on authors to reviewers.

**Objectivity standards**

Reviews should be objective. Derogatory personal remarks are inappropriate. Reviewers should clearly express their opinions and provide adequate arguments. All doubts as well as critical and polemical comments should be included in the review.

**Conflict of interests and its disclosure**

Confidential information and ideas arising as a result of a review must be kept secret and cannot be used for personal benefits. Reviewers should not review works of authors if there is a conflict of interests resulting from their close relationship.

**Confirmation of sources**

Reviewers should enumerate publications that an author has not referred to. Whatever statements are made about observations, sources or arguments that have previously been discussed should be supported by an adequate citation. Reviewers should also inform the Editorial Board Secretary about any substantial similarities or partial overlaps noticed.



**Lazarski University Press**  
offers the following publications:

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 21<sup>st</sup> 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 – cesjonalizm?*, 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, 3/2017, 4/2017, 1/2018, 2/2018, 3/2018.
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.  
Anna Konert (red.), *Internacjonalizacja i europeizacja prawa lotniczego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Marka Żylicza*, Warszawa 2015.
29. Łukasz Konopielko, Michał Wołoszyn, Jacek Wytrębowski, *Handel elektroniczny. Ewolucja i perspektywy*, Warszawa 2016
30. Dariusz A. Kosior, Marek Postuła, Marek Rosiak (red.), *Doustne leki przeciwkrzepliwe. Od badań klinicznych do praktyki*, Warszawa 2013.
31. Dariusz A. Kosior, Marek Rosiak, Marek Postuła (red.), *Doustne leki przeciwplytkowe w leczeniu chorób układu sercowo-naczyniowego. Okiem kardiologa i farmakologa*, Warszawa 2014.
32. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
33. Stanisław Koziej, *Rozmowy o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wywiadach i komentarzach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
34. Stanisław Koziej, *Rozważania o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wystąpieniach i referatach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
35. Stanisław Koziej, *Studia o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym i międzynarodowym w latach 2010–2015 w publikacjach i analizach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2017.
36. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
37. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
38. Rafał Krawczyk, *Zachód jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2016.
39. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
40. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
41. Michał Kuź, *Alexis de Tocqueville's Theory of Democracy and Revolutions*, Warsaw 2016.
42. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
43. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.

44. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
45. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
46. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
47. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. naczej.), 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, 3(58)2017, 4(59)2017, 1(60)2018, 2(61)2018, 3(62)2018.
48. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
49. Marcin Olszówka, *Konstytucja PRL a system źródeł prawa wyznaniowego do roku 1989*, Warszawa 2016.
50. Marcin Olszówka, *Wpływ Konstytucji RP z 1997 roku na system źródeł prawa wyznaniowego*, Warszawa 2016.
51. Bartłomiej Opaliński, *Rola Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w procesie stanowienia ustaw na tle praktyki ustrojowej Konstytucji III RP*, Warszawa 2014.
52. Bartłomiej Opaliński (red. nauk.), *Prawo administracyjne w ujęciu interdyscyplinarnym*, Warszawa 2014.
53. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski (red. nauk.), *Kontrola korespondencji. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2018.
54. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski, Przemysław Szustakiewicz, *Służby specjalne w systemie administracyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016.
55. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013.
56. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz (red. nauk.), *Funkcjonowanie służb mundurowych i żołnierzy zawodowych w polskim systemie prawnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2015.
57. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
58. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
59. Leokadia Oręziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
60. Maciej Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji*, Warszawa 2015.
61. Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2014.
62. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
63. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
64. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Gołat, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
65. Jacek Szymanderski, *Schyłek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.

66. 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.
67. 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.
68. Karol Sławik, *Zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego w Polsce. Aspekty prawno-kryminologiczne i medyczne*, Warszawa 2015.
69. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres* (tłum. z jęz. łac.), Warszawa 2009.
70. Janusz Żarnowski, *Współczesne systemy polityczne. Zarys problematyki*, Warszawa 2012.

Lazarski University Press  
02-662 Warsaw, ul. Świeradowska 43  
tel.: +48 (22) 54 35 450  
fax: +48 (22) 54 35 392  
e-mail: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)

