

PRAWO W DZIAŁANIU

43

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Łukasz Pohl



Wolters Kluwer

Warszawa 2020



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

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH

Klaudia Szawłowska-Milczarek

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

RADA PROGRAMOWA

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

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

ADRES REDAKCJI

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

Spis treści:

Artykuły

Katarzyna Laskowska, Magdalena Perkowska Przestępstwo nielegalnego przekroczenia polskiej granicy w ujęciu empirycznym.....	9
Barbara Janusz-Pohl Uwagi o doniosłości koncepcji domniemań relewantnych prawnokarnie.....	37
Mariusz Nawrocki Ustalanie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych.....	56
Małgorzata Żbikowska Organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego.....	74
Katarzyna Witkowska-Rozpara Polish penal policy – Twenty Years after Enactment of the Criminal Code Act of 6 June 1997	84
Konrad Burdziak Aspekt wolicjonalny zamiaru bezpośredniego i ewentualnego – rozważania na tle kwalifikowanych typów przestępstwa zabójstwa.....	111
Piotr Poniąkowski Ucieczka z zakładu poprawczego – przestępstwo czy tylko przewinienie dyscyplinarne?	131
Grzegorz Ociecek Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza konstrukcji procederu oraz wybrane organy antykorupcyjne (część II)	145
Helena Kisilowska, Grzegorz Zieliński Administracyjne kary pieniężne – funkcje prewencyjna i represyjna	160

Justyna Włodarczyk-Madejska
Efektywność środków izolacyjnych orzekanych wobec nieletnich172

Kacper Mincewicz
Rola prawdy w wymierzaniu kary jako elementu procesu karnego211

Krzysztof Kmąk
Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego222

Łukasz Pohl
Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego
(w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka) 230

Komentarze orzecznicze

Katarzyna Nazar
Głos do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20.11.2019 r.,
II AKa 295/19 238

Varia

Bartłomiej Oręziak, Dorota Sobczak, Klaudia Łuniewska, Joanna Repeć
Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji naukowej:
The punishment of negationism, Warszawa, 7–8 października 2019 r.249

Contents:

Articles

Katarzyna Laskowska, Magdalena Perkowska Illegal Border Crossing: Results of Empirical Research.....	9
Barbara Janusz-Pohl Remarks on the Importance of the Concept of Presumptions Relevant in Criminal Law	37
Mariusz Nawrocki Determining the Intention to Commit Intentional Crimes	56
Małgorzata Żbikowska A Procedural Authority That Can Examine a Complaint about the Act of Collecting Biological Material from a Suspect	74
Katarzyna Witkowska-Rozpara Polish penal policy – Twenty Years after Enactment of the Criminal Code Act of 6 June 1997	84
Konrad Burdziak Volitional Aspect of Direct Intent and Dolus Eventualis: Reflections about Aggravated Types of Homicide.....	111
Piotr Poniatowski Escape from a Reformatory: A Criminal Offence or Just a Disciplinary Offence?	131
Grzegorz Ocieczek Combating Corruption-Related Crime in Ukraine: Analysis of the Construction of Corrupt Practices and Selected Anti-Corruption Authorities (part II).....	145
Helena Kisilowska, Grzegorz Zieliński Administrative Financial Penalties: Preventive and Repressive Functions.....	160

Justyna Włodarczyk-Madejska	
Effectiveness of Measures Involving Isolation in Case of Juveniles.....	172

Kacper Mincewicz	
The role of truth in administering penalties as an element of the criminal trial	211

Krzysztof Kmąk	
Few Comments on the Proposed Modification to Articles 12 and 115 of the Criminal Code	222

Łukasz Pohl	
More on the Proposed Amendments Concerning Continuous Offences (response to Krzysztof Kmąk's comments)	230

Case Commentaries

Katarzyna Nazar	
Comments to the judgment of 20 November 2019 of the Court of Appeal in Wrocław (II AKa 295/19).....	238

Varia

Bartłomiej Oręziak, Dorota Sobczak, Klaudia Łuniewska, Joanna Repeć	
Report on International Academic Conference: <i>The Punishment of Negationism</i> , Warsaw, 7–8 October 2019.....	249

Katarzyna Laskowska, Magdalena Perkowska*

Przestępstwo nielegalnego przekroczenia polskiej granicy w ujęciu empirycznym**

1. WPROWADZENIE

W ostatnich latach w Europie nasiliła się migracja ludności, w tym migracja o charakterze nielegalnym. Jest ona zjawiskiem trudno poddającym się kontroli, dlatego nielegalne przekraczanie granicy staje się kluczowym problemem wielu państw. W związku z tym w każdym z nich niezbędne jest poznanie fenomenu tego przestępstwa oraz opracowanie działań zarówno uprzedzających, jak i następczych wobec niego.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie struktury przestępstw z art. 264 Kodeksu karnego¹ ujawnionych przez Straż Graniczną w latach 2014–2018, jak też ich kryminologicznej specyfiki oraz zakresu wymiaru kar orzeczanych przez sądy wobec ich sprawców. Źródła analiz stanowiły: dane statystyczne Straży Granicznej oraz Ministerstwa Sprawiedliwości, a także akta 22. spraw karnych zakończonych w latach 2014–2018 prawomocnym wyrokiem skazującym z art. 264 k.k. Zostały one pozyskane w drodze dostępu do informacji publicznej z Sądu Rejonowego w Białymstoku (20 akt) i z Sądu Okręgowego w Białymstoku (2 akta). Zgodnie z prośbą autorek otrzymano dostęp do danych ze wszystkich akt spraw karnych dotyczących skazań z art. 264 k.k. w latach 2014–2018, a badania przeprowadzono wiosną 2019 r. w Białymstoku. Analizy akt spraw dokonano z wykorzystaniem narzędzia w postaci kwestionariusza ankiety do badania akt sądowych. Składał się on z sześciu działów: oznaczenie sprawy, charakterystyka uczestnika zorganizowanej grupy przestępczej, charakterystyka czynów, struktura grupy, organizacja działalności, i funkcjonowanie zorganizowanej grupy przestępczej, przebieg postępowania sądowego, orzeczone kary i środki karne. Umiejscowienie terenu

* Prof. dr hab. Katarzyna Laskowska jest pracownikiem w Zakładzie Kryminologii, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID 0000-0001-6767-3929, e-mail: laskowska@uwb.edu.pl; dr Magdalena Perkowska jest adiunktem w Zakładzie Kryminologii, Katedra Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, Polska, ORCID 0000-0002-9495-132X, e-mail: m.perkowska@uwb.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorki: 13.02.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2020 r.

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

badan na obszarze właściwości sądów w Białymstoku (tj. położonych na terenach przygranicznych z Litwą i Białorusią) było głównym uzasadnieniem podjętych rozważań. Z kolei dobór cezury czasowej wynikał z potrzeby ciągłego prowadzenia badań dotyczących przestępstwa nielegalnego przekroczenia granicy, w których autorki tego opracowania uprzednio brały udział². Był też przejawem przekonania, że okres ostatnich pięciu lat może być wystarczającą podstawą analiz i wyprowadzania na ich podstawie wniosków w zakresie sposobu popełniania badanego przestępstwa.

2. PRZESTĘPSTWO NIELEGALNEGO PRZEKROCZENIA GRANICY W UJĘCIU STATYSTYCZNYM³

Organem uprawnionym do ochrony granicy państwowej oraz rozpoznawania, zapobiegania, a także wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz ścigania sprawców przestępstw i wykroczeń dotyczących zgodności przekraczania granicy państwowej z przepisami jest Straż Graniczna. Z tego względu w niniejszej części opracowania zostanie przeprowadzona analiza danych statystycznych zgromadzonych przez tę formację dotyczących liczby podejrzanych o czyny z art. 264 § 2 i § 3 k.k. z uwzględnieniem art. 258 k.k.

Tabela 1 Podejrzani na podstawie art. 264 § 2 k.k. w latach 2014–2018 ⁴	
2014	
Art. 264 § 2 k.k.	720
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	104
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	80
Art. 264 § 2, art. 272 art. 273 k.k.	75
Art. 264 § 2, art. 270 § 1 k.k.	32
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k., art. 270 § 1 k.k.	30
Art. 264 § 2 k.k. i pozostałe kwalifikacje prawne	126
2015	
Art. 264 § 2 k.k.	698
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	484
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k., art. 270 § 1 k.k.	118
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	89
Art. 264 § 2 art. 272, art. 273 k.k.	47
Art. 264 § 2, art. 270 § 1 k.k.	39
Art. 264 § 2 k.k. i pozostałe kwalifikacje prawne	142

² Badania tego czynu były przedmiotem projektu badawczego pt. „SIC – Modułowy wielozadaniowy System Identyfikacji Cudzoziemców wraz z modulem analizy ryzyka ofiar przestępstwa handlu ludźmi” (Decyzja Dyrektora NCBiR nr DOBR-BIO4/055/13127/2013) zrealizowanego pod kierunkiem prof. dr hab. Ireny Rzeplińskiej w latach 2014–2017. Jego pokłosiem była monografia: *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, red. W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska, Warszawa 2017, ss. 639.

³ Tę część opracowania przygotowała M. Perkowska.

⁴ Kwalifikacje prawne zostały ujęte zgodnie z materiałem źródłowym Straży Granicznej.

Tabela 1 cd. Podejrzani na podstawie art. 264 § 2 k.k. w latach 2014–2018	
2016	
Art. 264 § 2 k.k.	715
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	627
Art. 264 § 2, art. 272, art. 273 k.k.	137
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	105
Art. 264 § 2 k.k. i pozostałe kwalifikacje prawne	221
2017	
Art. 264 § 2 k.k.	517
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	343
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	51
Art. 264 § 2, art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	32
Art. 264 § 2 k.k. i pozostałe kwalifikacje prawne	153
2018	
Art. 264 § 2 k.k.	744
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	256
Art. 264 § 2 k.k. w zb. art. 274 k.k.	31
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 272 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	35
Art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 275 § 1 k.k.	30
Art. 264 § 2 k.k. i pozostałe kwalifikacje prawne	69

Źródło: Komenda Główna Straży Granicznej.

Dynamika zachowania polegającego na przekroczeniu granicy wbrew przepisom wykazywała tendencję wzrostową do roku 2016, natomiast w 2017 r. odnotowano spadek, po czym – ponowny wzrost w 2018 r. Jak wynika z tabeli 1, zachowanie sprawców często wypełnia znamiona także innych czynów zabronionych, w szczególności przeciwko wiarygodności dokumentów. Większość zachowań została jednak zakwalifikowana na podstawie art. 264 § 2 k.k., a zatem sprawcy najczęściej przekraczali granicę Rzeczypospolitej Polskiej używając wyłącznie przemocy lub groźby, podstęp lub współdziałając z innymi osobami. Z informacji Straży Granicznej wynika, że przemoc nie jest często stosowana wobec funkcjonariuszy, gdyż sprawcy zdają sobie sprawę z zakresu odpowiedzialności, tj. np. za czynną napaść na funkcjonariusza. Częściej jednak odwołują się do podstęp lub współdziałania z innymi osobami. Owo współdziałanie polega na grupowym przekroczeniu wspólnie granicy poza przejściem granicznymi przez tzw. zieloną granicę. Nie jest to jednak zjawisko masowe, szczególnie na zewnętrznej granicy ze względu na jej szczelność. Do takiego przekroczenia dochodzi najczęściej na odcinku granicy z Ukrainą i Litwą, tj. w ramach istniejącego „szlaku nadbałtyckiego”⁵.

Jak się wskazuje w literaturze, nielegalne przekroczenie granicy „we współdziałaniu z innymi osobami” może oznaczać zarówno to, że samo przekroczenie granicy nastąpiło „wspólnie z innymi osobami, które ze sobą współdziałały”, jak

⁵ Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2015 r., Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa 2016, s. 97.

i to, iż doprowadzenie do nielegalnego przekroczenia granicy przez samego sprawcę było możliwe dzięki współdziałaniu innych osób⁶. Możliwość, że odpowiedzialność za przekroczenie granicy wspólnie z innymi osobami, zachodzi także wtedy, gdy czyni to tylko jedna osoba, a pozostałe podejmują działania stwarzające ku temu warunki, w czym mieści się też np.: dostarczenie dokumentów czy udzielanie rad, została także potwierdzona w orzecznictwie⁷. Możliwy jest też układ mieszany polegający na tym, że kilka osób nielegalnie przekroczyło we współdziałaniu granicę, przy czym możliwe stało się to ze względu na współdziałanie z innymi osobami⁸.

Jak wskazuje Straż Graniczna, cudzoziemcy chcąc nielegalnie przekroczyć granicę RP, nagminnie posługują się podrobionymi i przerobionymi dokumentami. Najczęściej są to dokumenty uprawniające do przekroczenia granicy w postaci wiz, stempli kontroli granicznej, paszportów, dowodów osobistych, dokumentów pobytowych⁹ czy kart małego ruchu granicznego¹⁰. W takiej sytuacji zachowanie kwalifikowane jest także na podstawie art. 270 § 1 k.k. Było to drugie pod względem liczebności zachowanie w analizowanym okresie.

Sprawcy przerabiają także stemple kontroli granicznej w celu potwierdzenia „legalności” okresów pobytu na terytorium Unii Europejskiej oraz uzyskania kolejnej wizy. Stosowane jest to w sytuacji przekroczenia przez cudzoziemca dozwolonego czasu pobytu, co w konsekwencji może powodować niewydanie kolejnej wizy lub czasowy zakaz wjazdu na terytorium RP/UE¹¹.

Przy analizie zachowań polegających na posługiwaniu się fałszywymi dokumentami należy przypomnieć orzeczenie Sądu Najwyższego (dalej SN) wskazujące, że: „momentem przekroczenia granicy państwowej jest ukończenie przez funkcjonariusza polskiej Straży Granicznej czynności polegającej na sprawdzeniu ważności i autentyczności dokumentów uprawniających do przekroczenia polskiej granicy państwowej przy równoczesnym ustaleniu tożsamości osoby legitymującej się tymi dokumentami”¹². Do czasu ukończenia tej czynności mamy do czynienia jedynie z usiłowaniem.

Innym zachowaniem przeciwko wiarygodności dokumentów jest wyłudzenie poświadczenia nieprawcy przez podstępne wprowadzenie w błąd funkcjonariusza publicznego lub innej osoby upoważnionej do wystawienia dokumentu (art. 272 k.k.), a następnie przekraczanie granicy państwowej na podstawie tak uzyskanego dokumentu (art. 273 k.k.). Taki proceder stosują często osoby, które uzyskały zakaz wjazdu na terytorium RP¹³ lub, które ubiegając się o wizę przedstawiły dokumenty wystawione na dane nieistniejących podmiotów¹⁴.

⁶ Z. Cwiakalski, *Komentarz do art. 264 KK* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2018, s. 598–599.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Warszawie z 26.01.2016 r., II AKa 387/15, LEX nr 2025493.

⁸ Z. Cwiakalski, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. II, s. 598–599.

⁹ *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2015 r.* ..., s. 99.

¹⁰ *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 r.*, Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Warszawa 2017, s. 101.

¹¹ *Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2015 r.* ..., s. 97; T. Kling, *Falszerstwa dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej*, „Problemy Ochrony Granic” 2008/2, s. 49–50.

¹² Wyrok SN z 26.07.2001 r., V KKN 81/99, LEX nr 51670.

¹³ M. Perkowska, *Charakterystyka przestępczości granicznej cudzoziemców w Polsce na podstawie wyników badań akt spraw karnych* [w:] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, red. W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska, Warszawa 2017, s. 210; M. Szulecka, *Migracje jako źródło wybranych zagrożeń porządku prawnego i publicznego. Wnioski z badań jakościowych* [w:] *Przestępczość...*, s. 433 i n.; M. Szulecka, *Przejawy nielegalnej migracji w Polsce*, „Archiwum Kryminologii” 2016, t. XXXVIII, s. 218.

¹⁴ M. Perkowska, *Charakterystyka...* [w:] *Przestępczość...*, s. 211 i n.

Sprawcy rzadziej wykorzystują metodę na podobieństwo tzw. *look alike*, czyli posługują się oryginalnymi dokumentami należącymi do innych osób, wypełniając przez to znamiona także art. 275 k.k. Dotyczy to najczęściej wykorzystania polskich dowodów osobistych¹⁵.

Analizując problem nielegalnego przekroczenia granicy w latach 2014–2018 nie sposób nie zauważyć, że w roku 2015 w porównaniu do 2014 r. kilkakrotnie wzrosła liczba osób, które posługiwały się podrobionymi dokumentami. Mogłoby to wskazywać na wpływ kryzysu migracyjnego, który zagraża bezpieczeństwu granic Polski. Niemniej jednak bardziej szczegółowe analizy dotyczące obywatelstwa sprawców nie potwierdzają takiej hipotezy. Najwięcej podejrzanych stanowili obywatele Ukrainy, podobnie jak w latach poprzednich, jak i następnych. Obywateli „państw ryzyka migracyjnego” było niewielu (np. w 2015 r. stwierdzono jedynie 36 obywateli Syrii podejrzanych o przestępstwo z art. 264 § 2 k.k.)¹⁶.

Tabela 2	
Podejrzani na podstawie art. 264 § 3 k.k. w latach 2014–2018 ¹⁷	
2014	
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k., art. 271 § 3 k.k.	76
Art. 264 § 3 k.k.	66
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	7
Art. 264 § 3 k.k. i pozostałe kwalifikacje	9
2015	
Art. 264 § 3 k.k.	91
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	23
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	9
Art. 264 § 3 k.k. i pozostałe kwalifikacje	17
2016	
Art. 264 § 3 k.k.	41
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	30
Art. 264 § 3 art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 271 § 1 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	7
Art. 264 § 3 k.k. i pozostałe kwalifikacje	11
2017	
Art. 264 § 3 k.k.	83
Art. 264 § 3, art. 264a § 1 k.k.	16
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	15
Art. 264 § 3, art. 274 k.k.	14
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k.	13
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	8
Art. 264 § 3 k.k. i pozostałe kwalifikacje	11

¹⁵ Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2015 r. ..., s. 98.

¹⁶ Por. M. Perkowska, *Przestępczość cudzoziemców w Polsce od transformacji ustrojowej po kryzys migracyjny* [w:] *Po co nam kryminologia? Księga jubileuszowa profesor Ireny Rzeplińskiej*, red. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, P. Wiktorska, K. Buczkowski, Warszawa 2019, s. 379.

¹⁷ Kwalifikacje prawne zostały ujęte zgodnie z materiałem źródłowym Straży Granicznej.

Tabela 2 cd.

Podejrzani na podstawie art. 264 § 3 k.k. w latach 2014–2018

2018	
Art. 264 § 3 k.k.	71
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	7
Art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k.	7
Art. 264 § 3 k.k. i pozostałe kwalifikacje	7

Źródło: Komenda Główna Straży Granicznej.

Analiza dynamiki procederu organizowania innym osobom przekraczania granicy Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom (w ramach działalności zorganizowanej grupy przestępczej czy też poza nią) nie jest do końca zasadna, gdyż wykrycie organizatorów i zebranie dowodów świadczących o ich działalności wymaga żmudnej i często długotrwałej pracy operacyjno-śledczej (zob. tabela 2). Zatem czas na przedstawienia zarzutów bywa oddalony w czasie od samego procederu.

Organizowanie przekraczania granicy może być realizowane zarówno przez grupę sprawców, jak i przez pojedyncze osoby. Z popełnieniem przestępstwa będziemy mieli do czynienia w przypadku podjęcia przez sprawcę czynności mających stworzyć warunki do nielegalnego przekroczenia granicy przez co najmniej 2 osoby. Mogą tu wchodzić w grę takie czynności jak: wejście w porozumienie z inną osobą lub osobami, uzyskanie lub przysposobienie środków, zbieranie informacji lub sporządzanie plan działania¹⁸, czy też pozyskiwanie dokumentów, planów dróg, sprzętu niezbędnego do przemieszczenia migrantów, zabezpieczenie środków transportu, przekazywanie wskazówek gdzie, jak i kiedy przejść przez granicę¹⁹, czy przygotowywanie miejsc noclegu. Jak wskazał Sąd Najwyższy²⁰, organizowanie innym osobom przekraczania wbrew przepisom granicy RP nie musi sprowadzać się wyłącznie do starań o zapewnienie samego fizycznego przekroczenia tej granicy wbrew przepisom. Może bowiem polegać również na staraniach o zapewnienie miejsc przechowania dla osób nielegalnie przekraczających granice RP lub środków przewozu tychże osób do określonych miejsc. Nieodzownym elementem jest także pobieranie opłat od kandydatów do nielegalnego przedostania się na terytorium Polski²¹. W postanowieniu z 2016 r.²² SN wskazał ponadto że, zachowanie sprawcy może polegać np. na dostarczaniu tym osobom wymaganych dokumentów lub przekazaniu środków transportu.

Organizowanie procederu nieodzownie łączy się czynami przeciwko wiarygodności dokumentów oraz nierzadko wypełnia także znamiona umożliwienia lub ułatwienia pobytu na terytorium RP wbrew przepisom. Nielegalne przekraczanie granic odbywa się w głównej mierze za pomocą organizatorów, a nawet przy udziale zorganizowanych grup przestępczych. Organizują oni transport na wszystkich etapach podróży, tymczasowe schronienie w państwach tranzytowych, a także niejednokrotnie podrobione lub

¹⁸ Z. Cwiąkański, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. II, s. 596–597.

¹⁹ A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 264 KK* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 449.

²⁰ Wyrok SN z 25.01.2005 r., WK 23/04, OSNKW 2005/2, poz. 21.

²¹ Wyrok SN – Izba Karna z 6.06.2003 r., III KKN 349/01, Legalis nr 60987, zob. także A. Herzog, *Komentarz do art. 264 KK* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1659.

²² Postanowienie SN – Izba Karna z 22.11.2016 r., IV KK 362/16, Legalis nr 1560060.

przerobione dokumenty²³, które wcześniej należy zdobyć m.in. przez wyłudzenie poświadczenia nieprawdy (art. 272 k.k.) czy kradzież dokumentu (art. 275 k.k.). Sprawcy także sami wystawiają dokumenty, poświadczając w nich nieprawdę (art. 271 k.k.). Inną formę stanowi podrobienie, a częściej przerobienie oryginalnego dokumentu, czy posługiwanie się takim dokumentem (art. 270 k.k.)²⁴. Należy przy tym zauważyć, że współcześnie w Polsce organizacja procederu nielegalnego przekroczenia granicy odbywa się w sposób „cywilizowany”, a migranci przekraczają granicę na podstawie dokumentów (często fałszywych lub wyłudzonych), czy też usiłują wykorzystać polskie odcinki wewnętrznej granicy UE, na których nie odbywa się regularna kontrola ruchu granicznego²⁵.

Tabela 3Podejrzani na podstawie art. 258 w zbiegu z art. 264 § 3 k.k. w latach 2014–2018²⁶

2014	
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k.	15
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	3
Art. 258 § 1, art. 264 § 2, art. 264 § 3 k.k.	1
2015	
Art. 258 § 1 k.k. w zb. z art. 264 § 3 k.k.	18
Art. 258 § 1, art. 264 § 3, art. 86 § 3 k.k.s. w zb. z art. 63 § 6 k.k.s. w zb. z art. 54 § 2 k.k.s.	6
Art. 258 § 1, art. 263 § 2, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k., art. 270 § 1 k.k.	5
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 art. 264a § 1 k.k.	1
2016	
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k.	14
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k.	14
Art. 258 § 1 i 3 k.k., art. 264 § 3 k.k.	10
Art. 258 § 1 i 3 k.k., art. 264 § 3, art. 86 § 3 k.k.s. w zb. z art. 63 § 6 k.k.s. w zb. z art. 54 § 2 k.k.s.	8
Art. 258 § 1, art. 264 § 2, art. 264 § 3 k.k.	7
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k.	2
2017	
Art. 258 § 1 k.k. w zb. z art. 264 § 3 k.k.	37
Art. 258 § 1, art. 264 § 2 k.k. w zb. z art. 270 § 1 k.k., art. 264 § 3 art. 274, art. 275 § 2 k.k.	4
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 272 k.k. i 271 k.k.	3
Art. 258 § 1, art. 264 § 3, art. 299 § 1 k.k.	3
Art. 258 § 1, art. 264 § 2, art. 86 § 3 k.k.s. w zb. z art. 63 § 6 k.k.s. w zb. z art. 54 § 2 k.k.s.	2
Art. 258 § 1, art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k.	1
Art. 258 § 1, art. 258 § 3, art. 264 § 3 k.k.	1

²³ Raport o stanie bezpieczeństwa w Polsce w 2016 r. ..., s. 98.

²⁴ Por. T. Franczyk, *Nielegalna migracja i przemyt ludzi. Zarys problemu*, „Biuletyn Centralnego Ośrodka Straży Granicznej” 2006/3, s. 12; M. Perkowska, *Problematyka nielegalnych rynków z perspektywy tzw. przestępczości transgranicznej* [w:] *Nielegalne Rynki. Geneza, skala zjawiska i możliwości przeciwdziałania*, red. W. Pływaczewski, Olsztyn 2012, s. 51–52.

²⁵ M. Szulecka, *Przejawy...*, s. 227–228.

²⁶ Kwalifikacje prawne zostały ujęte zgodnie z materiałem źródłowym Straży Granicznej.

Tabela 3 cd. Podejrzeni na podstawie art. 258 w zbiegu z art. 264 § 3 k.k. w latach 2014–2018	
2018	
Art. 258 § 1 k.k., art. 264 § 3 k.k.	27
Art. 258 § 1 k.k., art. 264 § 3 k.k. w zb. z art. 264a § 1 k.k., art. 271 § 1 i 3 k.k. w zb. z art. 273 k.k.	5
Art. 258 § 1 k.k., art. 264 § 3 k.k., art. 54 § 2 k.k.s. w zb. z art. 65 § 3 k.k.s.	4
Art. 258, art. 264 § 3 k.k. i inne kwalifikacje prawne	9

Źródło: Komenda Główna Straży Granicznej.

Dla analizy zorganizowanych form procederu organizowania przekroczenia granicy RP wbrew przepisom z danych Straży Granicznej wybrano wszystkie przypadki, w których zachowanie podejrzanych zostało zakwalifikowane na podstawie art. 258 oraz 264 § 3 k.k. (zob. tabela 3). Jak wynika z danych zawartych w tabeli 3, liczba osób podejrzanych o udział w zorganizowanych grupach przestępczych zajmujących się organizowaniem nielegalnego przekroczenia granicy nie jest wielka. Jest to powiązane z liczbą podejrzanych o przekraczanie polskie granicy wbrew przepisom. To ostatnie zjawisko nie jest duże, szczególnie, jeśli porównamy je z innymi europejskimi odcinkami granic zewnętrznych. Podobnie, jak w przypadku zachowania wypełniającego jedynie znamiona z art. 264 § 3 k.k., sprawcy działający w ramach zorganizowanej grupy przestępczej popełniali też przestępstwa przeciwko wiarygodności dokumentów, nieodrodnice związane z organizowaniem przekroczenia granicy. Warto jednak zauważyć, że obok organizowania przekraczania granicy sporadycznie występował także przemyt towarów akcyzowanych. Z kwalifikacji prawnej czynów na podstawie przepisów Kodeksu karnego skarbowego²⁷ wynika, że były to najprawdopodobniej wyroby tytoniowe. Świadczy to zatem o multiprzestępczej działalności zorganizowanych grup w obszarze przestępczości granicznej²⁸. Bywa także, że osoby przekraczające nielegalnie granicę są zmuszane do przenoszenia ze sobą przemycanego towaru²⁹ tak, aby proceder ten przynosił organizatorom jak największe zyski. Organizatorzy wykorzystują też te same szlaki do przemytu towarów. Wśród zarzucanych czynów pojawia się także samo przekroczenie granicy wbrew przepisom (art. 264 § 2 k.k.), gdyż zdarza się, że przewodnik przeprowadzający migrantów przez granicę sam nie posiada uprawnień do jej przekraczania. Aktywność grup skupiona jest na generowaniu jak największych zysków, a za tym idzie – także potrzeba nadawania im pozorów legalnego pochodzenia³⁰. Stąd też wśród zarzucanych czynów występuje również zjawisko prania pieniędzy (art. 299 k.k.).

²⁷ Ustawa z 1.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2017 r. poz. 226 ze zm.) – dalej k.k.s.

²⁸ Por. K. Laskowska, *Obszary działalności zorganizowanych struktur przestępczych w Polsce* [w:] *Przestępczość zorganizowana*, red. E.W. Pływaczewski, Warszawa 2011, s. 92.

²⁹ K. Głabicka, *Przerzut migrantów do lub przez terytorium Polski*, „Prace migracyjne” 1999/2, s. 32.

³⁰ Por. P. Łabuz, T. Safjański, *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych zaangażowanych w przemyt ludzi zmierzające do ukrycia majątku związanego z przestępstwem* [w:] *Nielegalna imigracja w aspekcie kryminalistycznym, kryminologicznym i bezpieczeństwa państwa*, red. P. Łabuz, I. Malinowska, M. Michalski, T. Safjański, Warszawa 2018, s. 36 i n.

3. MECHANIZM PRZESTĘPSTWA NIELEGALNEGO PRZEKROCZENIA GRANICY W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKT SPRAW KARNYCH³¹

Jak wynika z analizy informacji zawartych w aktach spraw karnych na podstawie art. 264 k.k. skazano 49 osób. W związku z trybem uzyskania akt, niestety, część informacji zawartych w nich została zanonimizowana, co utrudniło identyfikację sprawców. Dlatego w wielu przypadkach nie udało się poznać ich charakterystyki społeczno-demograficznej (płci, wieku, obywatelstwa). Ustalono natomiast kwalifikacje prawne zarzucanych im czynów. Ilustrują to tabele 4–5.

Tabela 4 Kwalifikacja prawna czynów z art. 264 k.k. popełnionych przez skazanych ³²	
Kwalifikacja prawna	Liczba
art. 264 § 2 k.k.	29
art. 264 § 3 k.k.	25
Razem	54

Źródło: Analiza na podstawie akt spraw karnych.

Dane zawarte w tabeli 4 wskazują, że najwięcej osób skazano na podstawie przepisu kryminalizującego przekroczenie granicy, tj. z art. 264 § 2 k.k. (29), nieco mniej – z przepisu kryminalizującego organizowanie innym osobom przekroczenia granicy, tj. z art. 264 § 3 k.k. (25).

Tabela 5 Pozostałe kwalifikacje prawne czynów popełnionych przez skazanych	
Kwalifikacja prawna	Liczba
art. 258 § 1 k.k.	5
art. 258 § 3 k.k.	1
art. 264a § 1 k.k.	1
art. 270 § 1 k.k.	1
art. 272 k.k.	1
art. 273 k.k.	1
art. 275 § 1 k.k.	1
art. 276 § k.k.	1
Razem	12

Źródło: Analiza na podstawie akt spraw karnych.

Jak wynika z danych zawartych w tabeli 5, skazania nastąpiły też za inne przestępstwa (popełnione zarówno w zbiegu, jak i samodzielnie). Były to: udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego (5); zakładanie lub kierowanie grupą albo związkiem

³¹ Tę część opracowania przygotowała K. Laskowska.

³² Liczby nie sumują się do 100%, gdyż część skazanych odpowiadała na podstawie więcej niż jednego artykułu Kodeksu karnego.

przestępczym; umożliwienie pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej; fałszerstwo materialne dokumentu; wyłudzenie poświadczenia nieprawdy; użycie dokumentu poświadczającego nieprawdę; posługiwanie się, kradzież lub przywłaszczenie dokumentu stwierdzającego tożsamość innej osoby; niszczenie dokumentu, nie mając prawa do wyłącznego rozporządzania nim (po 1). Ów wykaz wskazuje, że część skazanych popełniła przestępstwa działając w zorganizowanych strukturach. Dokonane czyny stanowiły przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu oraz wiarygodności dokumentów. Jak wynika z powyższych informacji, dokonanie nielegalnego przekroczenia granicy wiązało się z popełnieniem innych czynów.

Następnie należało dokonać analizy sposobów dokonywania przestępstwa z art. 264 § 2 k.k. Zmierzano do ustalenia, na czym w praktyce polega posługiwanie się przemocą, groźbą, podstępem, czy też współdziałanie z innymi osobami podczas dokonania nielegalnego przekroczenia granicy.

Jak wynika z analizy akt spraw karnych w ramach art. 264 § 2 k.k. skazani najczęściej usiłowali przekroczyć granicę państwową wbrew przepisom, przy użyciu podstępu polegającego na wprowadzeniu w błąd funkcjonariuszy Straży Granicznej:

- poprzez posłużenie się jako autentycznym podrobionym włoskim dokumentem pobytowym³³, niemieckim dokumentem pobytowym³⁴, białoruskim paszportem wystawionym na inne imię i nazwisko³⁵, słowackim dowodem osobistym³⁶, rumuńskim dowodem osobistym³⁷. W przypadku wymienionym jako ostatni, na terenie Niemiec kobieta „nielegalnie nabyła od nieustalonego obywatela Czech za kwotę 2,5 tys. euro podrobiony na wzór oryginalnego rumuński dowód osobisty wystawiony na inne nazwisko, na podstawie którego kupiła bilet autobusowy na trasę M-B w realizacji z góry powziętego zamiaru uniknięcia grożącej jej sankcji podczas przekraczania granicy państwowej na podstawie wyżej wymienionych dokumentów z powodu przeterminowania pobytu na terytorium Unii Europejskiej”³⁸;
- poprzez zatajenie zmiany danych personalnych w związku z zakazem wjazdu do Polski. Zachowanie skazanego polegało na dokonaniu zmiany nazwiska, na które otrzymał paszport Republiki Białoruś³⁹;
- poprzez posłużenie się jako autentycznymi podrobionymi dwoma blankietami dokumentów opatrzonych pieczęciami Urzędu Pracy w Ł. i pracodawcy B. Skazany własnoręcznie wpisał do nich dane pracodawcy i pracowników oraz dane poświadczające rejestrację dokumentów w Powiatowym Urzędzie Pracy⁴⁰;
- poprzez okazywanie do kontroli granicznej nieważnej karty pobytu uprawniającej do przekroczenia granicy państwowej, pomimo posiadanej wiedzy o jej nieważności i obowiązku jej zwrotu organowi, który ją wydał⁴¹;

³³ XIII K 1135/18.

³⁴ III K 615/14.

³⁵ III K 778/15.

³⁶ III K 148/14.

³⁷ III K 1127/17.

³⁸ III K 1127/17.

³⁹ III K 961/14; III K 475/16; III K 401/15; III K 827/16; III K 127/15.

⁴⁰ III K 19/15.

⁴¹ III K 386/15.

- poprzez posłużenie się wyłudzoną wizą. Skazany „w konsulacie Rzeczypospolitej Polskiej wyłudził poświadczenie nieprawdy w postaci wizy D05, przez podstępne wprowadzenie w błąd urzędnika Konsulatu Rzeczypospolitej Polskiej w G. co do zamiaru podjęcia pracy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wiedząc, że tej pracy nie podejmie. Następnie przekroczył granicę Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie tej wizy”⁴².

Ponadto, w ramach art. 264 § 2 k.k. jeden ze skazanych „ułatwił pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wbrew przepisom pięciu obywatelom Wietnamu nie posiadającym dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy i pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w ten sposób, że samochodem w bliżej nieustalonym miejscu przewiózł ich przez granicę państwową z Litwy do Polski”⁴³. Inni „działając wspólnie i w porozumieniu ze sobą i innymi osobami wbrew przepisom w nieustalonym miejscu przekroczyli granicę Rzeczypospolitej Polskiej do Niemiec”⁴⁴.

Jak wynika z analiz w celu przekroczenia granicy skazani najczęściej używali podstęp. Nie stwierdzono stosowania przemocy i groźby.

Skazani najczęściej przekraczali granicę z Białorusią⁴⁵, zdecydowanie rzadziej z Litwą⁴⁶ czy Niemcami⁴⁷. Niektórzy czynili to wielokrotnie, np.: 10 razy⁴⁸, 17 razy⁴⁹, 22 razy⁵⁰. Często nielegalnie granicę przekraczali Wietnamczycy⁵¹.

W tej części opracowania należało dokonać analizy sposobów dokonywania przestępstwa z art. 264 § 3 k.k. Zmierzano do ustalenia, na czym w praktyce polega organizowanie innym osobom możliwości przekroczenia granicy. Jak ustalono, mechanizm przestępstwa był różnorodny. Mógł być prosty, jak i dosyć złożony.

Przykład niezbyt skomplikowanych działań stanowi zorganizowanie 30 obywatelom Wietnamu przekroczenia, wbrew przepisom prawa, granicy Rzeczypospolitej Polskiej z Republiką Białoruś. W ramach podejmowanych działań, jeden ze skazanych „za pośrednictwem ustalonych osób określał termin i miejsce popełnienia przestępstwa oraz koordynował jego przebieg poprzez kontakt z ustaloną osobą. Inny pełniąc rolę organizatora przedsięwzięcia odbierał obcokrajowców od organizatorów polskich, a następnie przewoził ich w dalsze miejsce”⁵². Podobnie zachowywali się „dwaj mężczyźni działając wspólnie i w porozumieniu, pozostając w telefonicznym kontakcie z trzema innymi mężczyznami oraz zapewniając im odbiór z miejsca przekroczenia granicy oraz środek transportu celem przewiezienia w głąb kraju, organizowali przekroczenie wbrew przepisom granicy Rzeczypospolitej Polskiej”⁵³. W innej sprawie skazany „w celu uzyskania korzyści majątkowej

⁴² III K 838/17.

⁴³ III K 1170/16.

⁴⁴ VII K 796/14.

⁴⁵ Np.: III K 827/16; III K 148/14; III K 401/15; III K 386/15; III K 475/16; III K 778/15; III K 961/14; III K 615/14.

⁴⁶ III K 1170/16.

⁴⁷ VII K 796/14; III K 1127/17.

⁴⁸ III K 827/16.

⁴⁹ III K 401/15; III K 127/15.

⁵⁰ III K 961/14.

⁵¹ Np.: III K 1170/16; III K 148/14.

⁵² III K 81/14.

⁵³ III K 34/14.

zorganizował przekroczenie wbrew przepisom granicy państwowej, co najmniej dwojgu obywatelom Rosji wraz z ich pięciorgiem dzieci w ten sposób, że wiedząc iż obywatele ci nie posiadają dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy, przetransportował ich z bliżej nieustalonej stacji paliw w okolicy, gdzie przekazał ich innemu człowiekowi, któremu użyczył własny samochód, a następnie zlecił przewiezienie wyżej wymienionych osób przez granicę państwową w celu dostania się w głąb kraju⁵⁴. W podobny sposób zorganizowano przekroczenie granicy wbrew przepisom w nieustalonym miejscu granicy z Litwy do Rzeczypospolitej Polskiej pięciu obywatelom Wietnamu. Odbył się to w ten sposób, że „przestępcy przewieźli samochodem wymienione osoby nie posiadające dokumentów uprawniających do przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej”⁵⁵.

Z kolei przykład złożonych działań podejmowanych w ramach dokonywania przestępstwa z art. 264 § 3 k.k. stanowi organizowanie przekraczania granicy przez dobrze do tego przygotowane struktury przestępcze. Mechanizm ich aktywności wyglądał następująco. Zwykle imigranci byli werbowani w swoim kraju, a następnie szykowali się do wyjazdu do Europy. Na jej teren najczęściej dostawali się samolotem na podstawie wiz turystycznych do Rosji, nieposiadając jednakże wiz do Polski. Na różnych lotniskach w Rosji byli przejmowani przez kolejne osoby, następnie przejeżdżali samochodem pod granicę białorusko-polską⁵⁶, przekraczali ją pieszo, a potem byli przewożeni do ustalonego miejsca⁵⁷. Bywało, że szli pieszo przez podmokły las „na spotkanie z dwoma mężczyznami z zakrytymi twarzami”. Nastąpiło ono w ustalonym wcześniej miejscu, blisko granicy państwa pomiędzy znakami granicznymi. Następnie imigranci byli przeprowadzani przez granicę za pomocą specjalnej konstrukcji w postaci drewniano-metalowej rozkładanej kładki. Przechodzili nad pasem po kładce, która została ustawiona na dwóch podstawkach – jednej na terytorium RP i drugiej – na terytorium Republiki Białoruś w poprzek pasa granicy w celu zminimalizowania śladów w rejonie granicy państwowej. W dalszej kolejności byli doprowadzani do samochodu, który zabierał ich w umówione miejsce⁵⁸. Skazani dbali o to, by proceder odbywał się w odpowiednich warunkach pogodowych, zwłaszcza, by nie było śniegu⁵⁹.

Jak ustalono w ramach realizacji poszczególnych zadań, skazani posługiwali się telefonami komórkowymi, zmieniając przy tym często aparaty telefoniczne oraz karty SIM⁶⁰. Wiedzieli, że podczas rozmów telefonicznych „czasem trzeba było mówić tak, żeby nie było wiadomo o co chodzi”⁶¹. Używali słownictwa, z którego wprost nie wynikało ich zaangażowanie w przestępczy proceder. „Nie mówili więc wprost o planowanym nielegalnym udziale w organizowaniu przekraczania granicy państwowej”⁶². Posługiwali się jednak slangiem/szyfrem. Rozmowy dotyczyły np.: „płatności za dzinsy”, „desek”. Uzgadniali, że „on mi da znać kiedy mam

⁵⁴ XIII K 116/18.

⁵⁵ III K 1090/16.

⁵⁶ III K 138/12.

⁵⁷ VII 926/15.

⁵⁸ III K 138/12.

⁵⁹ III K 138/12.

⁶⁰ III K 138/12.

⁶¹ VII 926/15.

⁶² III K 138/12.

po te dechy być u niego”, „zrobią już te deseczki, poskrobią”. Chodziło w nich albo o imigrantów, albo o przygotowanie wspomnianej kładki⁶³. W rozmowach telefonicznych imigrantów określali jako: „towar”⁶⁴, „kropki”⁶⁵, „glazurę”⁶⁶, a ich liczbę – „towaru będzie jeden i dziewięć”, „towar dwa zero”⁶⁷.

Wszystkie wymienione czynności odbywały się w ramach dobrze organizowanego procederu. Oznacza to, że „członkowie grupy przestępczej mieli ściśle określone role. Kierujący grupą, kierował nią na terenie Polski przez cały czas jej działania, w odniesieniu do polskich członków koordynował organizację nielegalnego przerzucania ludzi przez granice, ustalał dwustronnie terminy i miejsca oraz cenę do zapłaty za ten proceder, jak też nadzorował prace innych członków grupy pełniących inne funkcje: przewodników, kierowców i pilotów. Na Białorusi występował też odpowiednik, czyli kierowniczy organizator procederu, który ustalał terminy, miejsca przekraczania granicy przez nielegalnych imigrantów i ich ilość”⁶⁸.

W związku z tym, w zorganizowanej grupie przestępczej zajmującej organizowaniem nielegalnego przekraczania granicy, role i zadania poszczególnych członków kształtowały się następująco:

- kierujący grupą przestępczą „koordynował czynności poszczególnych ogniw grupy, decydował o termiach przerzutów, miejscach przekazu migrantów stronie, miał znaczący wpływ na wybór miejsc dokonywania przekroczenia granicy”⁶⁹;
- łącznik pomiędzy stroną białoruską i polską „otrzymywał informacje na temat terminów przerzutów, ustalał miejsca przerzutów, informował o sukcesie lub porażce poszczególnych przedsięwzięć. Wyjeżdżał na teren Białorusi w celu odebrania pieniędzy za poszczególne przerzuty lub też wykorzystywał do tego celu swego znajomego obywatela Białorusi. Utrzymywał kontakty z organizatorem w celu negocjacji cen za przerzut oraz ustalenia miejsc przekazania cudzoziemców na trasie”⁷⁰;
- przewodnik odbierał na granicy grupę migrantów, „przeprowadzał ich w sposób skryty przez pas graniczny m.in. przy pomocy rozkładanej kładki i doprowadzał do pojazdu kilkaset metrów dalej”⁷¹;
- kierowca transportował migrantów spod granicy Rzeczypospolitej Polskiej do wyznaczonego miejsca przekazania ich organizatorom na trasie. „Przewoził też przewodników pod granicę, następnie ich odbierał i odwoził w umówione miejsce”⁷²;
- pilot „prowadząc pojazd osobowy poprzedzał trasę pojazdu z migrantami, zapewniając system wczesnego ostrzegania przed ewentualnymi kontrolami służb”⁷³.

⁶³ III K 138/12.

⁶⁴ III K 138/12.

⁶⁵ III K 138/12.

⁶⁶ VII 926/15.

⁶⁷ VII 926/15.

⁶⁸ III K 138/12.

⁶⁹ III K 138/12.

⁷⁰ III K 138/12; VII 926/15.

⁷¹ III K 138/12.

⁷² III K 138/12.

⁷³ III K 138/12; III K 1090/16.

Jak wynika z analizy akt spraw karnych w ramach opisu zachowania sprawców z art. 264 § 3 k.k., sądy często posługiwały się formułką: „działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej oraz działając w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami ściśle ze sobą współpracującymi i wykonującymi z góry nałożone na siebie zadania (...) zorganizował (...) przekraczanie wbrew przepisom granicy Rzeczypospolitej Polskiej z (...)”⁷⁴.

Proceder był dobrze opłacany. Imigranci przekazywali białoruskim organizatorom różne kwoty, najczęściej w granicach kilku tys. dolarów, tj. 6 – 9 tys./9,5 tys.⁷⁵, a nawet 10–12 tys.⁷⁶ Część z nich trafiała do organizatorów tego procederu na terenie Polski. Bywało, że płatność za przewiezienie Wietnamczyków do Polski miała być uregulowana po dotarciu do celu⁷⁷. Owe wysokie stawki motywowały do angażowania się w nielegalne działania⁷⁸. Z akt spraw wynika, że nie zawsze sądowi udawało się ustalić wartość uzyskanych korzyści („osiągnął korzyść majątkową w nieustalonej kwocie”)⁷⁹.

Jak wynika z akt, imigranci najczęściej pochodzili z Wietnamu. Bywało, że w nielegalnym przekroczeniu granicy Rzeczypospolitej Polskiej z Republiką Białoruś uczestniczyło 19 obywateli tego kraju⁸⁰, a nawet – 30⁸¹. Zdarzało się też, że sądowi nie udawało się ustalić liczby przerzuconych osób, mimo że skazanemu udowodniono co najmniej sześciokrotne kierowanie organizowaniem przekroczenia wbrew przepisom granicy RP z Republiką Białoruś⁸².

4. SĄDOWY WYMIAR KARY WOBEC SPRAWCÓW PRZESTĘPSTWA NIELEGALNEGO PRZEKROCZENIA GRANICY W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKT SPRAW KARNYCH⁸³

Analizując kary orzeczone wobec sprawców przekroczenia granicy wbrew przepisom oraz organizatorów procederu, należy wskazać, że zachowania określone w art. 264 § 2 k.k. są zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3, natomiast zachowanie określone w art. 264 § 3 k.k. karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat. W tym miejscu należy przypomnieć, że polski ustawodawca dokonując implementacji decyzji ramowej 2002/946/WSiSW⁸⁴ oraz dyrektywy 2002/90/WE⁸⁵, podniósł ustawowe zagrożenie karą za przestępstwo określone w art. 264 § 3 k.k. (wcześniej groziła kara od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności) zgodnie z wymaganiami art. 1 ust. 3 decyzji ramowej⁸⁶.

⁷⁴ Np.: III K 81/14; III K 138/12.

⁷⁵ VII 926/15.

⁷⁶ III K 138/12.

⁷⁷ III K 1090/16.

⁷⁸ VII 926/15.

⁷⁹ III K 81/14; III K 138/12.

⁸⁰ VII K 926/15; III K 138/12.

⁸¹ III K 81/14.

⁸² III K 138/12.

⁸³ Tę część opracowania przygotowała M. Perkowska.

⁸⁴ Decyzja ramowa Rady 2002/946/WSiSW z 28.11.2002 r. w sprawie wzmocnienia systemu karnego w celu zapobiegania ułatwianiu nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu (Dz.Urz. WE L 328 z 2002 r., poz. 1).

⁸⁵ Dyrektywa Rady 2002/90/WE z 28.11.2002 r. definiująca ułatwianie nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu (Dz.Urz. WE L 328 z 2002 r., poz. 17).

⁸⁶ Szerzej na ten temat zob. M. Perkowska, E. Jurgielewicz, *Zwalczanie nielegalnej migracji w polskim prawie karnym – wybrane aspekty implementacji prawa Unii Europejskiej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2014/15, s. 75.

Wobec wszystkich sprawców skazanych na podstawie art. 264 § 2 k.k. (jako jedyna kwalifikacja prawna lub w zbiegu z innymi artykułami Kodeksu karnego) sądy orzekły kary wolnościowe. Spośród sprawców, którzy swoim zachowaniem wypełnili znamiona określone jedynie w art. 264 § 2 k.k. najłagodniej zostało potraktowanych pięciu obywateli Wietnamu, którzy wspólnie i w porozumieniu przekroczyli granicę RP nie posiadając dokumentów uprawniających do jej przekroczenia. Sąd zastosował wobec nich środek probacyjny w postaci warunkowego umorzenia postępowania na okres próby 2 lat⁸⁷.

Natomiast w przypadku kolejnych pięciu obywateli Wietnamu, którzy także wspólnie i w porozumieniu przekroczyli granicę RP nie posiadając dokumentów uprawniających do jej przekroczenia, sąd orzekł karę ośmiu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres 2 lat. Natomiast wobec szóstego ze współdziałających sprawców, który ponadto ułatwił pozostałym pobyt na terytorium RP (art. 264a § 1 k.k.) sąd orzekł karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 2 lat. Wszystkich sprawców sąd zobowiązał do wykonywania pracy zarobkowej, a dwóch sprawców oddał pod dozór kuratora⁸⁸.

W przypadku sześciu sprawców, którzy wielokrotnie przekroczyli granicę RP używając podstępów, sąd stwierdził działanie w ramach czynu ciągłego (art. 264 § 2 w zw. z art. 12 k.k.) i wymierzył im samoistne kary grzywny lub karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres próby wraz z karą grzywny. Chociaż art. 264 § 2 k.k. nie przewiduje w sankcji kary grzywny, to została ona orzeczona na podstawie art. 37a k.k., który przewiduje możliwość jej orzeczenia w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8. Orzeczone samoistne kary grzywny wyniosły 50 stawek o wartości 10 zł⁸⁹ lub 55 stawek dziennych o wartości 10 zł⁹⁰. W przypadku jednego sprawcy sąd orzekł karę 10 miesięcy z warunkowym jej zawieszeniem na okres próby wynoszący 3 lata⁹¹. Natomiast w przypadku trzech kolejnych sprawców sądy orzekały kary pobawienia wolności wraz z karą grzywny. Były to kary: 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat wraz z karą grzywny w wysokości 50 stawek dziennych o wartości 10 zł⁹² lub 150 stawek o wartości 10 zł⁹³, a także 10 miesięcy pobawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat oraz karą grzywny w wysokości 100 stawek również o wartości 10 zł⁹⁴.

Wśród spraw, w których sprawcy zostali skazani na podstawie art. 264 § 2 w zw. z art. 12 k.k. tylko jeden wyrok został uzasadniony. Sąd wskazał zarówno na okoliczności obciążające, jak i łagodzące, które miały wpływ na ostateczny wymiar kary, tj. 8 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat wraz z karą grzywny w wysokości 50 stawek dziennych o wartości 10 zł. Jako okoliczność obciążającą sąd wskazał jedynie uprzednią

⁸⁷ II IK 1061/16.

⁸⁸ III K 1170/16.

⁸⁹ III K 475/16.

⁹⁰ III K 827/16.

⁹¹ III K 401/15.

⁹² III K 127/15.

⁹³ III K 961/14.

⁹⁴ III K 386/15.

karalność sprawcy. Choć sąd nie wymienił okoliczności łagodzących, to stwierdził jednak, że: „można pod sąd postawić pozytywną prognozę kryminologiczną”, a także, iż „podziela stanowisko o konieczności stosowania bezwzględnej kary pozbawienia wolności jako *ultima ratio*” wskazując jednocześnie, że „ani rodzaj czynu ani też okoliczności jego popełnienia nie wskazują, aby istniała potrzeba bezwzględnego izolowania od społeczeństwa”. Należy także zauważyć, że sąd zdawał sobie sprawę, iż zastosowanie środka probacyjnego sprawi, że sprawca nie odczuje żadnych negatywnych konsekwencji swojego czynu, zatem orzekł karę grzywny „aby oskarżony odczuł realne konsekwencje z faktu popełnienia przestępstwa”. Wysokość kary grzywny została ustalona w kwocie „współmiernej do możliwości finansowych i rodzinnych oskarżonego, który jest kawalerem i nie ma nikogo na utrzymaniu oraz odpowiadając sumie zabezpieczenia majątkowego”⁹⁵. Orzekanie kary grzywny w wysokości odpowiadającej sumie zastosowanego zabezpieczenia majątkowego jest częstą praktyką polskiego wymiaru sprawiedliwości stosowaną wobec cudzoziemców⁹⁶.

Jednemu sprawcy, którego zachowanie wypełniło znamiona z art. 264 § 2 k.k. sąd wymierzył karę 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 2 lat⁹⁷.

W przypadku sprawcy, który został skazany za popełnienie jednego dnia dwóch odrębnych czynów, tj. jednego zakwalifikowanego na podstawie art. 264 § 2 k.k. oraz drugiego z art. 270 § 2 k.k. (który przewiduje karę grzywny w sankcji), orzeczono jedynie karę grzywny w wysokości 300 stawek o wartości 10 zł⁹⁸.

Jak wskazano powyżej, sprawcy przestępstwa przekroczenia granicy wbrew przepisom często dokonują czynu odwołując się do podstępów, polegającego na posługiwaniu się podrobionym dokumentem lub dokumentem należącym do innej osoby. W przypadku ośmiu takich skazanych, w sprawach poddanych analizie, sądy orzekły również kary wolnościowe, tj. kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (wobec trzech sprawców) ewentualnie z orzeczoną kumulatywnie karą grzywny. W żadnym z tych przypadków nie orzeczono samostnej kary grzywny. Najmniej uciążliwa karą dla sprawców była kara 10 miesięcy pozbawiania wolności z warunkowym jej zawieszeniem na okres 2⁹⁹ lub 3¹⁰⁰ lat oraz kara jednego roku pozbawienia wolności w zawieszeniu na 2 lata¹⁰¹. W ostatnim przypadku wyrok sądu został uzasadniony. W zakresie wymiaru kary sąd wskazał, że czyn oskarżonego „cechował się znacznym stopniem społecznej szkodliwości, o czym może świadczyć już samo ukształtowanie sankcji za popełnienie tego przestępstwa przez ustawodawcę”. Trudno nie zgodzić się z tą argumentacją sądu, biorąc pod uwagę fakt, że przestępstwo z art. 264 § 2 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, która jak wspomniano wyżej, została zastrzeżona przez ustawodawcę. Sąd argumentując dalej wskazał, że „przestępstwa tego typu

⁹⁵ III K 127/15.

⁹⁶ M. Perkowska, *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, Warszawa 2013, s. 118; M. Perkowska, *Charakterystyka... [w:] Przestępczość...*, s. 227.

⁹⁷ III K 796/14.

⁹⁸ III K 1127/17.

⁹⁹ III K 148/14.

¹⁰⁰ III K 148/14.

¹⁰¹ III K 1135/18.

(...) mogą nieść za sobą bardzo dotkliwe skutki dla bezpieczeństwa państwa i wiarygodności obrotu prawnego. Dlatego realizacja funkcji ochronnej prawa karnego wymaga przykładowego karania i powinno spotkać się ze zdecydowaną reakcją”. Sąd ponadto wskazał na okoliczności obciążające wskazując, że oskarżony „działał z premedytacją”, a „swoje działanie zaplanował i konsekwentnie realizował”. Odnosząc się do okoliczności łagodzących, wskazał on na dotychczasową niekaralność sprawcy, stałe zatrudnienie oraz fakt, że nie kwestionował swojej winy. Jak podkreślił sąd, „oskarżony prowadził spokojny i ustabilizowany tryb życia, a wskazane okoliczności pozwalają wskazać na jednostkowy charakter czynu”. Przytoczone powyżej argumenty doprowadziły do orzeczenia kary o charakterze nieizolacyjnym, gdyż zdaniem sądu „bezwzględna kara pozbawienia wolności, wobec uprzedniej niekaralności oskarżonego, nie spełniłaby swoich celów poprzez nadmierną surowość (...) i nie spełniłaby swoich celów wychowawczych”. Taki cel – zdaniem sądu – zostanie osiągnięty przez ryzyko wykonania kary, co skłoni oskarżonego do zmiany postępowania. W tym celu orzeczono też obowiązek informowania kuratora o przebiegu okresu próby.

W uzasadnieniu tej kary pojawia się pewna rozbieżność. Sąd z jednej strony, trafnie wskazuje na zagrożenie czynu sprawcy dla bezpieczeństwa państwa i wiarygodności obrotu prawnego, za czym idzie ukształtowana przez ustawodawcę sankcja w postaci wyłącznie kary pozbawienia wolności. Z drugiej zaś strony, orzeka karę nieizolacyjną w postaci pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, nie wskazując przy tym, czy w konkretnym przypadku nastąpiło w ogóle zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub wiarygodności obrotu prawnego. Wskazane przez sąd argumenty dotyczące złagodzenia odpowiedzialności są klarowne i nie budzą wątpliwości. Te ostatnie powstają jednak na gruncie samego ustawowego zagrożenia za czyn z art. 264 § 2 k.k., tj. czy rzeczywiście w polskich warunkach czyn ten powinien być zagrożony karą pozbawienia wolności aż do lat 8.

W przypadku 4 sprawców, którzy przekroczyli nielegalnie granicę, posługując się przerobionymi lub podrobionymi dokumentami sądy orzekły karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania kumulatywnie z karą grzywny. Wszystkim skazanym wymierzono kary pozbawienia wolności nieprzekraczające jednego roku. Najniższa kara wynosiła 5 miesięcy¹⁰², a najwyższa – 10 miesięcy¹⁰³ pozbawienia wolności. Natomiast najniższa kara grzywny wyniosła 40 stawek dziennych po 10 zł¹⁰⁴, a najwyższa – 150 stawek po 10 zł¹⁰⁵. Ponadto, wobec jednego ze sprawców, sąd zawieszając warunkowo karę pozbawienia wolności na trzyletni okres próby, oddał sprawcę pod dozór kuratora.

Sprawcy, którzy dopuścili się organizowania innym osobom możliwości przekraczania wbrew przepisom granicy RP zostali skazani na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, ewentualnie kumulatywnie z karą grzywny, a także na bezwzględne kary pozbawienia wolności. Najłagodniejszą karę stanowiła kara sześciu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem

¹⁰² III K 778/15.

¹⁰³ III K 148/14.

¹⁰⁴ III K 778/15.

¹⁰⁵ III K 148/14.

jej wykonania na okres 2 lat¹⁰⁶, natomiast najsurowszą z kar wolnościowych była kara pobawienia wolności jednego roku i trzech miesięcy z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, skumulowana z karą grzywny w wysokości 200 stawek o wartości 50 zł¹⁰⁷. Orzekając najłagodniejszą karę, sąd wziął pod uwagę „incydentalność zachowania sprawcy oraz marginalny (na tle innych skazanych) charakter roli w czynie”¹⁰⁸. Ponadto uprzednią niekaralność, wypełnianie ról społecznych i zawodowych, a także fakt, że nie przebywał on w izbie wytrzeźwień¹⁰⁹.

Dwóch współdziałających ze sobą sprawców, którzy dopuścili się czynu z art. 264 § 3 k.k. sąd skazał na kary 10 miesięcy oraz jednego roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania na okres 2 lat¹¹⁰. Dwóm kolejnym sprawcom wymierzono także karę 10 miesięcy z warunkowym zawieszeniem ich wykonania na okres 2 lat kumulatywnie z karą grzywny w wysokości 100 stawek po 10 zł oraz 50 stawek po 10 zł¹¹¹. Sąd przyjął w tym przypadku, że: „kara musi stanowić realną, odczuwalną, negatywną konsekwencję wynikającą z faktu popełnienia przestępstwa (...), a celem zwiększenia odczuwalności sankcji”, orzekł wobec oskarżonych także kary grzywny, uwzględniając ich sytuację materialną i osobistą, a mające stanowić o „nieopłacalności podobnych zachowań w przyszłości”¹¹².

W jednej z poddanych analizie spraw wobec dwóch z trzech sprawców orzeczono bezwzględne kary pobawienia wolności jednego roku i trzech miesięcy kumulatywnie z karą grzywny w wysokości 200 stawek po 50 zł. Sąd uzasadniając wymiar kary dla jednego ze sprawców, wskazał okoliczności obciążające do których należą: zachowanie po popełnieniu przestępstwa, uprzednia karalność oraz działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Sąd wskazał, że na niekorzyść oskarżonego przemawia fakt, iż „bezkrytycznie zapatrywał się na incydent (...) i żadnej skruchy nie wyraził”. Natomiast jako „jaskrawą okoliczność obciążającą” sąd wskazał fakt, że oskarżony był już karany sądownie za przestępstwo z art. 264 § 3 k.k. i jawi się jako osoba „nie tylko cyklicznie zajmująca się organizowaniem przekraczania granicy cudzoziemcom, ale również nie potrafiąca należycie ocenić charakteru tego typu zachowań”. Należy podkreślić, że oskarżony został 16.06.2016 r. skazany za przestępstwo z art. 264 § 3 k.k. na karę 1 roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat, natomiast 26.07.2016 r. dopuścił się kolejnego czynu z art. 264 § 3 k.k., tj. w czasie obowiązywania okresu próby. Sąd zaznaczył też, że uprzednio orzeczona kara wolnościowa „nie zmotywowała oskarżonego do przestrzegania porządku prawnego”¹¹³. Analizując ten przypadek, należy mieć na uwadze, że wobec skazanego zostanie zarządzone wykonanie uprzednio zawieszonych kar, a także kolejnej kary pozbawienia wolności, tzn. łącznie wynosi ona 2 lata i 3 miesiące. Trzeba się jednak zastanowić, czy orzeczona (w sytuacji recydywy kryminologicznej) w drugiej sprawie kara pozbawienia wolności, nie jest

¹⁰⁶ VII K 926/15.

¹⁰⁷ III K 1090/16

¹⁰⁸ Sprawca przewoził jedynie pieniądze z Białorusi do Polski będące rozliczeniami między osobami organizującymi przekroczenie granicy wbrew przepisom.

¹⁰⁹ VII K 926/15.

¹¹⁰ XIII K 116/18.

¹¹¹ III K 34/14.

¹¹² III K 34/14.

¹¹³ III K 34/14.

zbyt niska. Ustawodawca przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności aż do 8 lat, a sąd wobec sprawcy, który bez skrupułów powraca do przestępczego procederu, podejmując działania jeszcze w trakcie trwania pierwszego postępowania karnego, wymierza karę zaledwie o 3 miesiące dłuższą od poprzednio orzeczonej, jednak tym razem bez zastosowania środka probacyjnego. Sąd nie korzysta z możliwości, jaką daje ustawodawca, wymierzenia kilku lat pozbawienia wolności w stosunku do sprawcy, co do którego można przypuszczać, że czyni sobie z procederu organizowania nielegalnej migracji stałe źródło dochodu. W tym miejscu pojawia się pytanie: jakie zachowanie zasługuje na wymiar kary przekraczającej chociaż połowę ustawowego zagrożenia? Z drugiej jednak strony, w przypadkach karania organizatorów nielegalnej migracji pojawia się pytanie o sens karania na gruncie prawa karnego na rzecz środków administracyjnych, ograniczających możliwość działalności przestępczej.

Dwie sprawy poddane poniższej analizie dotyczyły organizowania przekroczenia granicy RP wbrew przepisom w ramach działalności zorganizowanej grupy przestępczej. W jednej sprawie sąd skazał sprawcę na bezwzględną karę 2 lat pozbawienia wolności¹¹⁴. W drugiej natomiast sprawie¹¹⁵ oskarżonych o organizowanie przekraczania granicy RP wbrew przepisom w ramach zorganizowanej grupy przestępczej zostało 5 osób, w tym jedna o kierowanie grupą, natomiast 7 kolejnych jedynie o organizowanie nielegalnego przekroczenia granicy¹¹⁶. Oskarżonego o kierowanie grupą zajmującą się organizowaniem procederu sąd skazał na bezwzględną karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz karę grzywny w wysokości 450 stawek o wartości 100 zł. Pozostałych oskarżonych biorących udział w zorganizowanej grupie sąd skazał odpowiednio na 3 lata pozbawienia wolności oraz grzywnę 400 stawek o wartości 100 zł, 2 lata i 6 miesięcy pozbawienia oraz grzywnę 400 stawek o wartości 100 zł oraz 1 rok i 10 miesięcy pozbawienia wolności. Przy czym, wykonanie kar 2 lat oraz 1 roku i 10 miesięcy pozbawienia wolności zostało warunkowo zawieszone na 5-letni okres próby.

Wobec 6 sprawców, którzy nie działali w ramach zorganizowanej grupy, sąd orzekł karę jednego roku lub dziesięciu miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz karę grzywny wobec każdego z nich w wysokości 150 stawek po 80 zł.

Uzasadniając wysokość kar dla członków zorganizowanej grupy przestępczej, sąd wskazał na wysoki stopień szkodliwości popełnionych przez nich przestępstw, a w szczególności działanie zorganizowane, przemyślane i nakierowane na popełnianie przestępstw, rozbudowaną strukturę przekraczającą granicę RP, podział ról oraz długi okres działalności przerwany dopiero działaniem organów ścigania. Sąd wskazał także na wysoki stopień szkodliwości społecznej procederu organizowania przekraczania granicy wbrew przepisom ze względu na szeroką skalę (duża grupa nielegalnych migrantów), co stanowi zagrożenie dla „bytu i bezpieczeństwa Państwa dobra – jakim jest integralność i nienaruszalność granic RP”. Za dodatkową okoliczność obciążającą w przypadku kierującego grupą, sąd uznał koordynację

¹¹⁴ III K 81/14.

¹¹⁵ III K 138/12.

¹¹⁶ III K 138/12.

„czynności poszczególnych ogniw grupy i decydowanie o terminach przerzutów”. Sąd nie znalazł w przypadku kierującego grupą ani 2 członków pełniących ważne role żadnych okoliczności łagodzących. Ponadto, uprzednia karalność świadczy „o wcześniejszym już lekceważeniu (...) porządku prawnego”. Wymierzając wysokie kary grzywny sięgające nawet 45 000 zł, sąd uznał, że biorąc pod uwagę liczbę zorganizowanych zdarzeń, w których uczestniczyli oskarżeni, byli w stanie zajmować się procederem i osiągać z niego korzyści finansowe. Mimo że w sprawie nie ustalono dokładnych korzyści, jakie osiągnęli sprawcy „przypisana oskarżonym działalność przestępcza wykonywana była (...) właśnie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (...) i z tej racji osiągalni zapłatę ze strony białoruskich organizatorów”¹¹⁷.

Odnosząc się do okoliczności łagodzących, sąd przyjął za taką uprzednią niekaralność części sprawców oraz uprzednią karalność, ale za przestępstwa innego rodzaju, w okresie dość odległym czasowo. Pozwoliło to sądowi na postawienie pozytywnej prognozy kryminologicznej i możliwość zastosowania probacji w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, przy czym zastosowano dłuższy okres próby wobec tych sprawców, którzy działali w ramach zorganizowanej grupy przestępczej.

Analizując ostatnią sprawę dotyczącą organizowania przekroczenia granicy wbrew przepisom w ramach zorganizowanej grupy przestępczej, należy stwierdzić, że sąd orzekł wobec organizatora i najbardziej zaangażowanych członków bezwzględne kary pozbawienia wolności. Jednak ich wysokość nie sięgnęła nawet połowy ustawowego zagrożenia karą z art. 264 § 3 k.k. Trzeba również zauważyć, że górna granica kary grożącej za kierowanie zorganizowaną grupą przestępczą wynosi 10 lat pozbawienia wolności (art. 258 § 3 k.k.), zatem karę 3 lat i 6 miesięcy należy uznać za niską.

Istotne są wysokości orzeczonych kar grzywny wahające się od 12 000 zł do 45 000 zł; są to wysokie kary jak na tendencję ich orzekania w Polsce (zob. tabela 7). Zostały one orzeczone ze względu na działanie sprawców w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, ale mają one także za zadanie pozbawienie sprawców korzyści osiągniętych z tego procederu.

W analizowanych sprawach w siedmiu przypadkach sąd orzekł obok kar również środki karne. W przypadku wszystkich sprawców, którzy dopuścili się czynu posługiwania się przerobionym lub podrobionym dokumentem, sądy orzekły przepadek owych przedmiotów w stosunku do pięciu sprawców¹¹⁸. Były to przerobiony włoski dowód osobisty¹¹⁹, podrobiony dowód osobisty Republiki Słowackiej¹²⁰ oraz podrobiony niemiecki dokument pobytowy¹²¹.

W sprawie, w której sąd skazał dwie osoby za organizowanie nielegalnego przekroczenia granicy obok kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem i kary grzywny orzeczono środek karny w postaci przepadku. Sąd tym razem orzekł przepadek przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa,

¹¹⁷ III K 138/12.

¹¹⁸ III K 1127/17, III K 148/14, III K 615/14.

¹¹⁹ III K 1127/17.

¹²⁰ III K 148/14.

¹²¹ III K 615/14.

tj. tabletu, nawigacji satelitarnej, dwóch telefonów komórkowych i kart SIM¹²². Sąd uznał te przedmioty jako służące lub przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, tj. do komunikowania się między sprawcami oraz między sprawcami a oczekującymi na przemieszczenie przez granicę cudzoziemcami, a także do wytyczania dróg przejazdu. Takie postępowanie sądu należy uznać za słuszne, szczególnie wobec sprawców, których sytuacja materialna nie była dobra, a zatem pozbawienie wskazanych przedmiotów przynajmniej na jakiś czas uniemożliwił im powrót do wykonywanego procederu.

Należy zwrócić uwagę, że w przypadku jednego sprawcy, który odwołując się do podstępu wyludził więź w polskim urzędzie konsularnym i na jej podstawie przekroczył granicę RP, sąd orzekł środek karny w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości na stronie internetowej Straży Granicznej przez okres 7 dni¹²³. Autorka od dłuższego czasu prowadzi badania nad przestępczością graniczną cudzoziemców¹²⁴ i pierwszy raz spotkała się z orzeczeniem takiego środka karnego. Jego orzeczenie należy uznać za słuszne i mające na celu, obok prewencji indywidualnej, także prewencję ogólną, szczególnie w jej odstraszałym wymiarze.

W kolejnej sprawie sąd orzekł wobec jednego z trzech współdziałających sprawców, którzy organizowali grupom obywateli Wietnamu nielegalne przekroczenie granicy świadczenie pieniężne 1000 zł na rzecz funduszu pomocy pokrzywdzonym oraz pomocy postpenitencjarnej¹²⁵.

Dokonując analizy kar orzeczonych w sprawach poddanych analizie, warto zweryfikować, jak się kształtował w Polsce wymiar kar za czyny z art. 264 § 2 i § 3 k.k. na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości w latach 2014–2018, tj. w okresie poddanym analizie na podstawie akt spraw karnych (zob. tabela 6).

W latach 2014–2018 za czyn z art. 264 § 2 k.k. sądy orzekły w stosunku do 77% skazanych karę pozbawienia wolności, w stosunku do 22% skazanych samoistną karę grzywny, natomiast zaledwie 1% skazano na karę ograniczenia wolności, przy czym wobec 98% wszystkich skazanych na karę pozbawienia wolności warunkowo zawieszono jej wykonanie. Można zatem stwierdzić, że w przypadku 99% sprawców w rzeczywistości orzeczono kary wolnościowe. Mimo że kara grzywny nie występuje w sankcji art. 264 § 2 k.k., to jej orzeczenie możliwe jest na podstawie art. 37a k.k. Ponadto należy pamiętać, że liczby skazanych podawane przez Ministerstwo Sprawiedliwości uwzględniają jedynie kwalifikację prawną czynu głównego. W procedurze, jakim jest przekroczenie granicy wbrew przepisom, sprawcy posługują się np. podrobionymi lub przerobionymi dokumentami¹²⁶, zatem przy uwzględnieniu pełnej kwalifikacji prawnej czynu, która jest podstawą orzeczonej kary, możliwe jest jej orzeczeniu np. na podstawie art. 270 § 1 czy art. 275 § 1 k.k., gdzie grzywna występuje w sankcji.

¹²² III K 34/14.

¹²³ III K 838/17.

¹²⁴ M. Perkowska, *Przestępczość...*, s. 232; M. Perkowska, *Charakterystyka...* [w:] *Przestępczość...*, s. 197–239; M. Perkowska, *Polityka karna wobec cudzoziemców – sprawców przestępstw granicznych w Polsce* [w:] *Przestępczość...*, s. 178–196.

¹²⁵ III K 1090/16.

¹²⁶ Por. sprawy: XIII 1135/18, III K 838/17, III K 778/15, III K 19/15, III K 615/14, III K 148/14.

Tabela 6

Podstawowe kary rzone wobec sprawców przestępstw z art. 264 § 2 i § 3 k.k. w latach 2014–2017

Rok	2014	2015	2016	2017		2014	2015	2016	2017		
Rodzaj przestępstwa	Art. 264 § 2 k.k.	264 § 2 k.k.	264 § 2 k.k.	264 § 2 k.k.	Razem 264 § 2 k.k.	264 § 3 k.k.	264 § 3 k.k.	264 § 3 k.k.	264 § 3 k.k.	Razem art. 264 § 3 k.k.	Razem
Skazani ogółem	610	641	681	610	2 542	77	100	113	117	407	2 949
Samoistna kara grzywny ogółem	78	97	208	179	562	1	1	11	14	27	589
Samoistna kara grzywny z zawieszeniem	7	9	5	0	21	0	1	0	0	1	22
Kara ograniczenia wolności ogółem	2	1	3	7	13	0	1	4	8	13	26
Kara pozbawienia wolności ogółem	530	543	470	424	1 967	76	98	98	95	367	2 334
Kara pozbawienia wolności bez zawieszenia	8	8	2	13	31	10	10	7	11	38	69
Kara pozbawienia wolności z zawieszeniem	522	535	468	411	1 936	66	88	91	84	329	2 265
Kara grzywny obok kary pozbawienia wolności	82	45	46	40	213	53	77	49	73	252	465
Kara grzywny obok kary pozbawienia wolności z zawieszeniem	82	44	46	40	212	51	68	46	67	232	444

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku skazanych na podstawie art. 264 § 3 k.k. Sądy orzekły w stosunku do 90% skazanych karę pozbawienia wolności, w stosunku do 7% – samoistną karę grzywny, natomiast zaledwie 3% skazano na karę ograniczenia wolności. Przy czym wobec 90% wszystkich skazanych na karę pozbawienia wolności warunkowo zawieszono jej wykonanie. Zatem, w przypadku tego czynu wobec 91% sprawców w rzeczywistości orzeczono kary wolnościowe. Możliwość orzeczenia kary grzywny wynika również z art. 37a k.k., gdyż czyn z art. 264 § 3 zagrożony jest karą pozbawienia wolności do lat 8, jak również na podstawie art. 33 § 2 k.k., jeśli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Jak wiadomo, organizowanie nielegalnego przekroczenia granicy wykonywane jest, co do zasady, za wynagrodzeniem pobieranym od uczestników.

Tabela 7

Kary orzeczone wobec sprawców przestępstw z art. 264 § 2 i § 3 k.k. w latach 2014–2017

Rok		2014	2015	2016	2017	2014	2015	2016	2017	Razem
Rodzaj przestępstwa z k.k.		264 § 2	264 § 2	264 § 2	264 § 2	264 § 3	264 § 3	264 § 3	264 § 3	
Skazani ogółem		610	641	681	610	77	100	113	117	2 949
Samoistna kara grzywny	101–300 zł	4	0	1	1	1	0	0	0	7
	301–500 zł	12	11	16	24	0	0	0	6	69
	501–800 zł	10	6	23	33	0	0	0	1	73
	801–1000 zł	10	24	49	37	0	1	1	3	125
	1001–1500 zł	9	22	57	34	0	0	0	0	122
	1501–2000 zł	23	19	32	33	0	0	1	2	110
	2001–5000 zł	10	13	28	10	0	0	8	0	69
	ponad 5000 zł	0	2	2	7	0	0	1	2	14
Kara ograniczenia wolności	1–6 miesięcy	0	0	3	0	0	1	1	4	9
	7–12 miesięcy	2	1	0	6	0	0	3	2	14
	>1 rok – 2 lata	0	0	0	1	0	0	0	2	3
Kara pozbawienia wolności	1 m-c	razem	27	15	33	34	0	0	0	109
		z zawieszeniem	27	15	33	34	0	0	0	109
	2 m-ce	razem	9	2	6	2	0	0	0	19
		z zawieszeniem	9	2	6	1	0	0	0	18
	3 m-ce	razem	70	49	72	80	0	0	2	273
		z zawieszeniem	70	48	72	77	0	0	2	269
	4–5 m-cy	razem	52	31	64	75	0	0	0	222
		z zawieszeniem	51	30	63	74	0	0	0	218
	6 m-cy	razem	173	214	203	148	3	3	6	780
		z zawieszeniem	172	209	202	146	3	3	6	770
	7–11 m-cy	razem	86	147	73	50	24	15	22	431
		z zawieszeniem	80	147	73	44	21	12	19	406
	1 rok	razem	95	77	18	33	21	37	53	366
		z zawieszeniem	95	76	18	33	18	37	53	361
	>1 roku – < 2 lata	razem	14	7	1	1	16	24	12	88
		z zawieszeniem	14	7	1	1	15	22	8	78
	2 lata	razem	4	1	0	0	8	13	3	32
		z zawieszeniem	4	1	0	0	6	10	3	27
	>2 lat – < 3 lata	razem	0	0	0	0	1	3	0	7
		z zawieszeniem	0	0	0	0	0	1	0	2
	3 lata	razem	0	0	0	1	3	2	0	6
		z zawieszeniem	0	0	0	1	3	2	0	6
	>3 lat – 5 lat	razem	0	0	0	0	0	1	0	1
		z zawieszeniem	0	0	0	0	0	1	0	1

Tabela 7 cd.

Kary orzeczone wobec sprawców przestępstw z art. 264 § 2 i § 3 k.k. w latach 2014–2017

Kara grzywny obok kary pozbawienia wolności	101 – 300 zł	razem	7	4	0	0	0	1	0	0	12
		z zawieszeniem	7	4	0	0	0	1	0	0	12
	301 – 500 zł	razem	22	12	9	14	5	4	2	23	91
		z zawieszeniem	22	12	9	14	5	3	2	23	90
	501 – 800 zł	razem	17	12	15	5	1	7	5	2	64
		z zawieszeniem	17	11	15	5	1	6	5	2	62
	801 – 1000 zł	razem	18	5	11	6	16	11	3	7	77
		z zawieszeniem	18	5	11	6	16	11	3	6	76
	1001 – 1500 zł	razem	9	8	6	7	2	2	10	0	44
		z zawieszeniem	9	8	6	7	2	2	10	0	44
	1501 – 2000 zł	razem	2	1	2	2	3	10	4	6	30
		z zawieszeniem	2	1	2	2	3	10	4	6	30
	2001 – 5000 zł	razem	7	3	2	4	10	15	16	14	71
		z zawieszeniem	7	3	2	4	8	14	14	12	64
	ponad 5000 zł	razem	0	0	1	0	16	27	9	21	74
		z zawieszeniem	0	0	1	0	16	21	8	18	64

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

Dokonując analizy wysokości poszczególnych kar orzeczonych za czyn z art. 264 § 2 k.k., należy stwierdzić, że w przypadku samoistnej kary grzywny najczęściej orzekano karę w wysokości 800–1500 zł (43% przypadków), rzadziej karę w wysokości 1501–2000 zł – było to 19% sprawców skazanych na karę grzywny (zob. tabela 7). W przypadku gdy kara grzywny była orzekana kumulatywnie z warunkowo zawieszoną karą pozbawienia wolności, wartość najczęściej orzekanej kary była niższa, gdyż wobec 50% skazanych na obie kary orzeczono karę w wysokości 301–800 zł, a wobec 30% skazanych karę w przedziale 801–1500 zł. W obu przypadkach najrzadziej były orzekane kary w przedziale 101–300 zł oraz powyżej 500 zł.

Niska wartość orzekanych kar grzywny w przypadku sprawców nielegalnego przekroczenia granicy wynika głównie z realnej oceny przez sądy możliwości jej uiszczenia. Przekraczający nielegalnie granicę sprawcy czynią to zazwyczaj w celu poprawy swojej sytuacji bytowej, a zatem ich sytuacja materialna (dochody, stosunki majątkowe czy możliwości zarobkowe) nie jest najlepsza, i bezcelowe byłoby orzekanie kary, którego wykonanie byłoby niemożliwe. Sądy w takim przypadku orzekają często karę grzywny w wysokości zabezpieczenia majątkowego ustanowionego na środkach finansowych posiadanych przez oskarżonego. Gwarantuje to realną ściągalskość tej kary¹²⁷, co jest istotne szczególnie w przypadku skazanych cudzoziemców, którzy często nie przebywają już w Polsce albo opuszczają ją po zapadnięciu wyroku skazującego.

Kara ograniczenia wolności była karą orzekaną najrzadziej wobec oskarżonych zarówno na podstawie art. 264 § 2, jak i § 3 k.k. Jej wymiar najczęściej wynosił

¹²⁷ Por. M. Perkowska, *Przestępczość...*, s. 127–128; M. Perkowska, *Charakterystyka...* [w:] *Przestępczość...*, s. 227.

od 7 do 12 miesięcy, a polegała ona we wszystkich przypadkach na obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne. Dodatkowo, wobec 92% skazanych na tę karę sądy orzekły także potrącenie wynagrodzenia za pracę na cel społeczny. W żadnym przypadku wykonanie kary ograniczenia wolności nie zostało warunkowo zawieszono.

Z analizy długości orzeczonych kar pozbawienia wolności wobec sprawców czynów z art. 264 § 2 k.k. wynika, że sądy najczęściej orzekały kary krótkoterminowe. Bowiem wobec aż 70% skazanych orzeczono karę nieprzekraczającą 6 miesięcy. Wśród kar krótkoterminowych najliczniej sądy orzekały karę sześciu miesięcy pozbawienia wolności, tj. wobec 37% skazanych na tę karę. Karę od siedmiu miesięcy do 1 roku pozbawienia wolności orzeczono wobec 29% skazanych. Najrzadziej sądy sięgały po karę przekraczającą jeden rok, chociaż jest to przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do 3 lat.

Jak wynika z tabeli 7, wobec sprawców skazanych na podstawie art. 264 § 3 k.k. samoistna kara grzywny była orzekana rzadko. Sądy orzekały częściej karę grzywny kumulatywnie z karą pozbawienia wolności. Wobec 69% procent sprawców skazanych na karę pozbawienia wolności orzeczono kumulatywnie karę grzywny, w zdecydowanej większości przypadków dotyczyło to kary pozbawienia wolności, której wykonanie zostało zawieszono. W przypadku tego przestępstwa wobec 51% skazanych orzeczono karę przekraczającą 2000 zł, a wobec 29% skazanych orzeczono karę grzywny przekraczającą 5000 zł. Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości nie pozwalają niestety na stwierdzenie, jakie były maksymalne wysokości tych kar. Analiza akt spraw karnych wykazała, że sądy orzekały kary o wartości np. 10 000 zł¹²⁸, a nawet 45 000 zł¹²⁹.

Wobec 11% sprawców sądy orzekły najniższą karę przewidzianą w sankcji art. 264 § 3 k.k., tj. sześć miesięcy pozbawienia wolności. Natomiast wobec 64% skazanych orzeczono kary od jednego roku do dwóch lat pozbawienia wolności. Mimo że czyn ten jest zagrożony karą do 8 lat pozbawienia wolności, karę przekraczającą 2 lata, a nieprzekraczającą lat 5, orzeczono ją jedynie wobec 3,5% skazanych, tj. wobec trzynastu z 367 skazanych. W latach 2004–2017 sądy nie orzekły kary pozbawienia wolności przekraczającej 5 lat za ten czyn.

5. WNIOSKI

Analiza akt spraw karnych ukazała specyfikę przestępstwa nielegalnego przekraczania granicy Rzeczypospolitej Polskiej przez jej wschodnią część, jak też organizowanie tego procederu. Rozważania przekonały o występowaniu bardzo dobrze przygotowanego, rozwiniętego, utajnionego i dochodowego procederu uprawianego często w sposób wyrafinowany. Analiza ta potwierdziła, że jego grupowy, zorganizowany charakter, wspierany nierzadko rozbudowaną strukturą osobową, gwarantował pomyślność prowadzonych nielegalnych działań. Dowiodła, że występowanie powiązań omawianego przestępstwa z innymi czynami czyni przerzut ludzi zachowaniem jeszcze bardziej kryminogennym. W związku z tym działania

¹²⁸ III K 1090/16.

¹²⁹ III K 138/12.

państwa powinny się ogniskować na skutecznej kontroli przepływu osób na przejściach granicznych, jak też na monitorowaniu terenu poza nimi, tj. w potencjalnych miejscach bezprawnego przekroczenia granicy państwowej.

Analiza polityki karnej białostockich sądów oraz danych Ministerstwa Sprawiedliwości dotycząca skazań za czyny z art. 264 § 2 i § 3 k.k. doprowadziła do wniosku, że jest to polityka liberalna. Zdecydowaną większość kar orzeczonych wobec sprawców przekroczenia granicy wbrew przepisom stanowiły kary wolnościowe. Sprawcami tego czynu byli głównie cudzoziemcy, którzy po zatrzymaniu zobowiązani byli do opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Wobec nich można było również zastosować zakaz wjazdu na terytorium RP. W przypadku skazań na podstawie art. 264 § 3 k.k. wolnościowy charakter orzeczonych kar budzi pewne wątpliwości, szczególnie że jak podkreślają sądy w uzasadnieniach do wyroków, jest to czyn o wysokiej szkodliwości społecznej, godzący w interesy RP. Ponadto, jest to czyn zagrożony karą do 8 lat pozbawienia wolności, a analiza danych Ministerstwa Sprawiedliwości pozwala na stwierdzenie, że dokonane w 2004 r. podniesienie górnej granicy zagrożenia karą w praktyce okazało się fikcją, gdyż sądy nie orzekają kary wyższej niż 5 lat pozbawienia wolności. Z drugiej jednak strony, sądy w przypadku tego czynu orzekają dość wysokie kary grzywny – przekraczające 5000 zł, co stanowi największą dolegliwość dla sprawców, gdyż pozbawia ich korzyści osiągniętych z procederu. A jeśli idzie za tym również przepadek przedmiotów, jak np. środków komunikacji czy nawigacji, to takie postępowanie należy uznać za słuszne. Pozwala to na unieszkodliwienie sprawców (przynajmniej na jakiś czas), a zawieszona kara pozbawienia wolności w przypadku powrotu do przestępstwa zostanie wykonana.

Abstract

Katarzyna Laskowska, Magdalena Perkowska, *Illegal Border Crossing: Results of Empirical Research*

This article analyses the offences described in Article 264 of the Polish Criminal Code. Those offences are: illegal border crossing (par. 2) and organization of illegal border crossing, also done by an organized criminal group (par. 3). The research was carried out using the statistical method (in relation to the data of the Border Guard and the Ministry of Justice), and the method of examining files of criminal cases. The research period was narrowed to 2014–2018, i.e. to the so-called migration crisis. The aforementioned research enables the authors to present the structure and dynamics of the analysed behaviours, as well as the modus operandi of the perpetrators. The considerations in this field confirm the existence of very well-prepared, developed, classified, and profitable activity related to illegal migration. This phenomenon is usually organized. The study also covers the judicial response to behaviour described under Article 264 of the Criminal Code by analysing the penalties imposed by courts. The penalties given to offenders were compared with the data of the Ministry of Justice, to present the penal policy in this area. The problem of imposing a penalty was also confronted with the amendment made regarding the sanction of Article 264 (3) of the Polish Criminal Code. It was a result of the implementation of European Union law into the Polish law. An analysis of the criminal policy of courts in Białystok and the data of the Ministry of Justice regarding convictions for offences defined in Article 264 (2) and (3) of the Polish Criminal Code enables the authors to state that this policy was liberal.

Keywords: *illegal border crossing, organized crime, penal policy*

Streszczenie

Katarzyna Laskowska, Magdalena Perkowska, *Przestępstwo nielegalnego przekroczenia polskiej granicy w ujęciu empirycznym*

W niniejszym artykule dokonano analizy przestępstw określonych w art. 264 § 2 Kodeksu karnego, tj. przekroczenia granicy wbrew przepisom oraz § 3, tj. organizowania innym osobom przekroczenia granicy wbrew przepisom, również w formach zorganizowanych. Przeprowadzono badania posługując się metodą statystyczną (w odniesieniu do danych Straży Granicznej oraz Ministerstwa Sprawiedliwości) oraz metodą badań akt spraw karnych. Okres badań zawężono do lat 2014–2018, tzn. do okresu tzw. kryzysu migracyjnego. Opisane badania pozwoliły na ukazanie struktury i dynamiki analizowanych zachowań, a także modus operandi działania sprawców. Rozważania podjęte w tym obszarze potwierdziły występowanie bardzo dobrze przygotowanego, rozwiniętego, utajnionego i dochodowego procederu związanego z nielegalną migracją. Zjawisko to ma najczęściej zorganizowany charakter. Badaniami objęto też reakcję wymiaru sprawiedliwości na zachowania z art. 264 k.k. poprzez analizę sądowego wymiaru kary. Sądowy wymiar kary zestawiono z danymi Ministerstwa Sprawiedliwości w celu ukazania polityki karnej w tym obszarze. Problem wymiaru kary odniesiono także do zmiany, jakiej dokonał ustawodawca w zakresie sankcji art. 264 § 3 k.k. na skutek implementacji prawa Unii Europejskiej. Analiza polityki karnej białostockich sądów oraz danych Ministerstwa Sprawiedliwości dotycząca skazań za czyny z art. 264 § 2 i § 3 k.k. pozwoliła na stwierdzenie, że polityka ta była liberalna.

Słowa kluczowe: nielegalne przekroczenie granicy, przestępczość zorganizowana, polityka kryminalna

Literatura:

1. Cwiakalski Z., *Komentarz do art. 264 KK [w:] Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 212–277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2018;
2. Franczyk T., *Nielegalna migracja i przemyt ludzi. Zarys problemu*, Biuletyn Centralnego Ośrodka Straży Granicznej 200, nr 3;
3. Głębicka K., *Przerzut migrantów do lub przez terytorium Polski*, Prace migracyjne 1999, nr 2;
4. Herzog A., *Komentarz do art. 264 KK [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
5. Klaus W., Laskowska K., Rzeplińska I. [red.] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, Warszawa 2017;
6. Kling T., *Falszerstwa dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej*, Problemy Ochrony Granic 2008, nr 2;
7. Laskowska K., *Obszary działalności zorganizowanych struktur przestępczych w Polsce [w:] Przestępczość zorganizowana*, red. E.W. Pływaczewski, Warszawa 2011;
8. Łabuz P., Safjański T., *Działania kontrwykrywcze grup przestępczych zaangażowanych w przemyt ludzi zmierzające do ukrycia majątku związanego z przestępstwem [w:] Nielegalna imigracja w aspekcie kryminalistycznym, kryminologicznym i bezpieczeństwa państwa*, red. P. Łabuz, I. Malinowska, M. Michalski, T. Safjański, Warszawa 2018;
9. Michalska-Warias A., *Komentarz do art. 264 KK [w:] Kodeks karny. Część szczególna, t. II*, M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
10. Perkowska M., *Charakterystyka przestępczości granicznej cudzoziemców w Polsce na podstawie wyników badań akt spraw karnych [w:] Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, red. W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska, Warszawa 2017;
11. Perkowska M., Jurgielewicz E., *Zwalczanie nielegalnej migracji w polskim prawie karnym – wybrane aspekty implementacji prawa Unii Europejskiej*, Białostockie Studia Prawnicze 2014, nr 15;

12. Perkowska M., *Polityka karna wobec cudzoziemców – sprawców przestępstw granicznych w Polsce* [w:] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, red. W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska, Warszawa 2017;
13. Perkowska M., *Problematyka nielegalnych rynków z perspektywy tzw. przestępczości transgranicznej* [w:] *Nielegalne Rynki. Geneza, skala zjawiska i możliwości przeciwdziałania*, red. W. Pływaczewski, Olsztyn 2012;
14. Perkowska M., *Przestępczość cudzoziemców w Polsce od transformacji ustrojowej po kryzys migracyjny* [w:] *Po co nam kryminologia? Księga jubileuszowa profesor Ireney Rzeplińskiej*, red. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, P. Wiktorska, K. Buczkowski, Warszawa 2019;
15. Perkowska M., *Przestępczość graniczna cudzoziemców*, Warszawa 2013;
16. Szulecka M., *Migracje jako źródło wybranych zagrożeń porządku prawnego i publicznego. Wnioski z badań jakościowych* [w:] *Przestępczość cudzoziemców. Aspekty prawne, kryminologiczne i praktyczne*, red. W. Klaus, K. Laskowska, I. Rzeplińska, Warszawa 2017;
17. Szulecka M., *Przejawy nielegalnej migracji w Polsce*, *Archiwum Kryminologii* 2016, t. XXXVIII.

Barbara Janusz-Pohl*

Uwagi o doniosłości koncepcji domniemań relewantnych prawnokarnie**

W szeroko pojętej doktrynie prawa karnego ogólna problematyka domniemań podejmowana jest dość rzadko i ze stosunkowo niewielką precyzją, czyniąc to zwykle na marginesie zagadnień prawa dowodowego¹. Zarówno sama formuła domniemań, które zgodnie z wyjściowym podziałem dzieli się na domniemania prawne (*preasumptiones iuris*) i domniemania faktyczne (*preasumptiones hominis*), jak i przyjęty ich wariant interpretacyjny, a zwłaszcza możliwe pola odniesień, budzą liczne kontrowersje². Przedmiotem niniejszych rozważań będą tylko te domnie-

* Dr hab. Barbara Janusz-Pohl jest profesorem w Zakładzie Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID 0000-0002-7135-4960, e-mail: barbaraj@amu.edu.pl. Publikacja powstała w ramach stażu naukowego sfinansowanego w drodze konkursu ze środków Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza.

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 7.05.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.09.2020 r.

¹ Zob. S. Pawelec, *Domniemania* [w:] *Dowody. System Prawa Karnego Procesowego*, t. VIII, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 675 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem oraz T. Rudzkis, A. Panomariovas, *Legal Presumptions in the Context of Contemporary Criminal Justice: Formulation of a Paradigm*, "Hungarian Journal of Legal Studies" 2016/4, t. 57, s. 462 i n. W literaturze zagranicznej, zwłaszcza w odniesieniu do analizy systemów *common law*, pojęciem domniemania operuje się nieco częściej (zwłaszcza w kontekście analizy procesów poszlakowych) np.: J.T. Ranney, *Presumptions in Criminal Cases: A New Look at an Old Problem*, "Montana Law Review" 1980, t. 41, s. 21 i n.; G.C. Christie, A.K. Pye, *Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: another view*, "Duke Law Journal" 1970, t. 1, s. 919 i n.; C. Nesson, *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, "Harvard Law Review" 1979, t. 92, s. 1208 i n.; C. Nesson, *Rationality, Presumptions and Judicial Comment*, "Harvard Law Review" 1981, t. 94, s. 1574 i n.; G. James, *Relevancy, Probability and the Law*, "California Law Review" 1941, t. 29, s. 689 i n.; H.A. Ashford and D.M. Risinger, *Presumptions, Assumptions and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, "Yale Law Journal" 1969/2, t. 79, s. 177 i n. Por. C.W. Collier, *The Improper Use of Presumptions in Recent Criminal Law Adjudication*, "Stanford Law Review" 1986, t. 38, s. 423 i n. W systemie kontynentalnym w odniesieniu do niektórych systemów prawnych można również odnotować wzmogłą refleksję na wskazany temat, zob. przypis 3.

² Zob. np. w najnowszych pracach: W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, "Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego" 2006/96, s. 245–254; W. Wróbel, *O dwóch aspektach konstytucyjnej zasady domniemania niewinności* [w:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, red. K. Krajewski, Warszawa–Kraków 2007, s. 323 i n.; P. Kruszyński, S. Pawelec [w:] *Zasady procesu karnego. System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 1619 i n.; A. Jezusek, *Domniemanie winy w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności*, "Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny" 2016/2, s. 175 i n.; K. Lipiński, *Zasada domniemania niewinności — próba spojrzenia materialnoprawnego*, "Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego" 2016/41, s. 55 i n.; A. Lisowska, *Domniemanie poczytalności — krytyka reguły stosowanej w polskiej procedurze karnej*, "Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica" 2017/79, s. 39 i n.; P. Kardas, M. Gutowski, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 97 i n.; J. Giezek, *Fakty oraz ich oceny jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, "Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji" 2018/3833, t. CXIV, s. 77 i n.; M. Zbikowska, *Ciążar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019, s. 347 i n.

mania, dla których przyjęto nazwę „domniemania relewantne prawnokarnie” i które ujmowane są w odniesieniu do ustalenia głównego przedmiotu procesu karnego, a więc do rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany mu czyn³. Domniemania te nazywa się również karnomaterialnymi czy materialnoprawnymi, przy czym ta ostatnia nazwa nasuwa jednak pewne wątpliwości. Nazwa „materialnoprawne domniemania w prawie karnym”, będąca nazwą złożoną, przesądza o tym, że dany typ domniemania jest domniemaniem prawnym, na co wskazuje znajdująca się w nim przydawka „materialnoprawne”. Dodajmy, że w wyrażeniu „domniemania materialnoprawne” przydawka ta pełni funkcję determinującą⁴, ogranicza przeto znaczenie nazwy „domniemania” jedynie do zbioru obejmującego pewien ich typ, tj. domniemania prawne. Tymczasem nazwa ta odnoszona jest także (a nawet przede wszystkim) do relewantnych prawnokarnie domniemań faktycznych.

Należy zauważyć, że wskazane w tytule domniemania, choć zakorzenione są w prawie materialnym, jednak w istocie funkcjonują w procesie karnym stanowiąc składnik procesu poznawczego organu rozstrzygającego (dowodzenia)⁵. Można powiedzieć, że konstrukcja domniemań jednoznacznie wskazuje na nierozzerwalność instytucji materialnoprawnych i procesowych. Przedmiotem domniemań analizowanego typu są fakty (twierdzenia o faktach) istotne w prawie karnym materialnym, lecz ich odsłona ma ściśle procesowy wymiar. Choć w karnistyce występowanie tego typu domniemań wzbudza kontrowersje – najczęściej krytykę – od kilkudziesięciu lat koncept ten jednak powraca w nowych ujęciach.

Niejako na wstępie, w celu oczyszczenia przedpola dla rozważań dogmatycznych, ustalić musimy kwestię teoretycznoprawną, a ściślej jakiego typu domniemania (ewentualnie) mogłyby mieć charakter doniosłych prawnie w kwestii tak fundamentalnej, jak

³ Na tzw. domniemania relewantne prawnokarnie zwracają uwagę także badacze innych systemów prawnych, intersując rozważania w tym kontekście prowadzone są w doktrynie portugalskiej i brazylijskiej – zob. np. N. Cordeiro, A. Carlos Alves Linhares, *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro*, „Revista Brasileira de Direitos et Garanties Fundamentais” 2017/1, t. 3, s. 1 i n.; G. Berliz de Almeida, *Os limites da presunção penal*, „Revista Liberdades” 2010, t. 3, s. 144 i n.; M. de Aragão Frazão, T. Carvalho de Oliveira Cavalcanti, *Que Presunções (não) Toleram o Direito Penal? Which presumption (does not) stand the Criminal Law?*, <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea119a40c1592979> (dostęp: kwiecień 2020); R. Kronenberg-Hartman, *Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência*, „Revista da EMERJ” 2003/21, t. 6, s. 205 i n.; A. Abraão, *A presunção “juris tantum” na responsabilidade penal*, „Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores” 1953/46, t. 11, s. 17 i n.; W. Nunes da Silva Júnior, *Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance*, „Revista constituição e garantia de direitos” 2018/6, s. 145 i n. Por. także L. Luiz Streck, *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF*, „Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná” 2015/3, s. 201 i n.

⁴ O funkcji przydawek zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, „Państwo i Prawo” 1975/4, s. 71 i n.; B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017, s. 31 i n.

⁵ Przedmiotem dowodzenia w procesie karnym są określone twierdzenia o faktach. Dowodzenie ma przy tym jednoznacznie sformalizowany i skonwencjonalizowany charakter. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy nazwy „dowodzenie” użyjemy dla oznaczenia zarówno konglomeratu zróżnicowanych czynności dowodowych w postępowaniu karnym, jak i czynności (również konwencjonalnej) obejmującej rozumowanie organu procesowego, czy też „dowodzenie” postrzegać będziemy jedynie jako skonwencjonalizowany proces intelektualny organu procesowego. W doktrynie dyskutowane jest to, czy i ewentualnie w jakim zakresie w ramach rozumowania organu procesowego w procesie karnym istotną rolę odgrywają domniemania faktyczne – zob. B. Janusz-Pohl, *Konwencjonalizm i formalizm postępowania dowodowego* [w:] *Dowody. System Prawa Karnego Procesowego*, t. VIII, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019, s. 508 i n. Por. L. Morawski, *Domniemania a dowody prawnicze*, Toruń 1981, s. 40 i n.; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 167 i n.

ustalenie sprawstwa w procesie karnym. Zgodnie z tezą, szerzej rozwiniętą w dalszej części pracy, tytułowy wariant domniemań to jednoznacznie (i co najwyżej) domniemania faktyczne, nie zaś prawne. O zakwalifikowaniu domniemania jako domniemania prawnego przesądza bowiem wprost obowiązująca w danym systemie norma prawna. Domniemania faktyczne w odróżnieniu zatem od domniemań prawnych odnoszą się wyłącznie do płaszczyzny stosowania prawa, nie zaś jego stanowienia. W doktrynie teoretycznoprawnej (pomimo istnienia zróżnicowanych koncepcji domniemań prawnych) strukturę normatywną leżącą u podstaw domniemania tego typu opisuje się bardzo szczegółowo⁶, a obowiązywanie normy prawnej (powiedzmy ogólnie, że przesądzającej o kształcie domniemania prawnego) musi być jednoznaczne i niewątpliwe. W mojej ocenie norma ta przyjmuje postać normy kompetencyjnej.

Już w tym miejscu należy nadmienić, że niektórzy przedstawiciele karnistyki w bardziej lub mniej jednoznaczny sposób starają się doszukać konotacji normatywnej domniemań relewantnych prawnokarnie, np. w odniesieniu do materialnoprawnego domniemania zawinienia w prawie karnym; stosowne ich wypowiedzi uczynimy przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego opracowania. Zanim to nastąpi, sformułować musimy założenia w zakresie sposobu interpretacji nazwy „domniemanie faktyczne”⁷. Zwykło się uważać, że twierdzenia ustalone za pomocą domniemań faktycznych mają być jedynie prawdopodobne, a całe domniemanie stanowi szczególną formułę wnioskowania z jednych faktów o drugich (a ściślej z twierdzeń dotyczących obu kategorii faktów). Podobnie jak w przypadku innych reguł wnioskowania, w postępowaniu dowodowym domniemania faktyczne oparte są na regule empirycznej (zasadach doświadczenia życiowego) lub statystycznej stano- wiąc pewne uogólnienie. Nadal aktualna jest w tym zakresie typologia opracowana przez Lecha Morawskiego, który wyróżnił kilka kategorii znaczeniowych nazwy „domniemanie faktyczne”, zastrzegając, że z pewnością nie jest to wyczerpujące. Co ważne, w tym ujęciu nazwa „domniemanie faktyczne” nie jest uznawana za polisemiczną, lecz taką, dla której wyróżnić można rodzinę znaczeń niemających cech wspólnych, a takie nazwy cechuje ewolucyjność i otwartość znaczeniowa⁸.

W zależności od przyjętego ujęcia, domniemania faktyczne ograniczają oddziały- wanie zasady swobodnej oceny dowodów, a nawet wbrew ustawie przenoszą ciężar dowodu. Te kwestie wyeksponował L. Morawski poprzez opracowaną przez siebie

⁶ Zob. np. J. Wróblewski, *Domniemania w prawie. Problematyka teoretyczna*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1973/3, s. 10 i n.; L. Morawski, *Domniemania...*, s. 40 i n.; J. Nowacki, *Domniemania prawne*, Katowice 1976, s. 20 i n.; W. Patryas, *Próba wyjaśniania domniemań prawnych*, Poznań 2011, s. 19 i n. oraz 114 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Spór o domniemania prawne*, „Państwo i Prawo” 1977/11, s. 68 i n.

⁷ Na marginesie można zauważyć, że już przed laty Jerzy Wróblewski postulował wyeliminowanie z doktryny prawa konstrukcji domniemań faktycznych (J. Wróblewski, *Domniemania...*, s. 31 i n.). Z pewnością postulat ten wydaje się zasadny w odniesieniu do pewnej ich formuły. W doktrynie uważa się jednak, że nie jest on uzasadniony co do wszystkich ujęć domniemań faktycznych; te są bowiem niebawem zróżnicowane. Zob. L. Morawski, *Domniemania faktyczne a reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1980/1–2, s. 218; L. Morawski, *Domniemania...*, s. 65 i n.

⁸ L. Morawski, *Domniemania...*, s. 218–219. Ewolucyjność i otwartość nazwy wyraża się w tym, że pewne jej znaczenie może się zdezaktualizować lub zostać dodane nowe, nieznane/nieopisane wcześniej (wszystkie podkr. – autorki). Na złożoność ujęć domniemań faktycznych zwraca się uwagę stosunkowo często, zob. np. C.W. Collier, *The Improper...*, s. 425 i n.; D.M. Godden, D. Walton, *A Theory of Presumption for Everyday Argumentation*, „Pragmatics & Cognition” 2007/15 (2), s. 333 i n.; N. Rescher, *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge 2006, s. 3 i n. Zob. także prace Charlesa Nesson’a wskazane w przypisie 1.

typologię⁹, na gruncie której wyróżniono koncepcje zasadzające się na: a) utożsamieniu domniemań faktycznych z regułami dowodu poszlakowego, b) uznaniu ich za konstrukty podobne do domniemań prawnych materialnych, c) postrzeganiu domniemań faktycznych jako swego rodzaju ułatwień dowodowych, polegających na tym, że wniosek domniemania jest sprawdzany jedynie pośrednio lub fragmentarycznie, tu także domniemań faktycznych postrzeganych jako tzw. domniemania wiarygodności zupełnie i niezupełne¹⁰, d) uznaniu za analogony dla domniemań faktycznych tzw. domniemań prawnych formalnych (prawd tymczasowych), e) modelowaniu domniemań faktycznych w tzw. konstrukcję mieszaną zawierającą pewne elementy wcześniej opisane w punktach: a), b), c) i d).

Ze względu na przedmiot analizy badań objętych niniejszym artykułem, zakładającej ograniczenie się wyłącznie do domniemań faktycznych relewantnych w prawie karnym, tj. ujmowanych z punktu widzenia kwestii ustalenia sprawstwa w procesie karnym, należy uznać, że znaczenie mają koncepcje domniemań faktycznych ujmowane na wzór reguł dowodu poszlakowego oraz te, które modelowane są jako konstrukcje zbliżone do domniemań prawnych materialnych albo też domniemań prawnych formalnych, czy też koncepcji mieszanej. Pomimo tego, że najbardziej rozpowszechniona w karnistyce jest koncepcja utożsamiania domniemań faktycznych relewantnych prawnokarnie z regułami dowodu poszlakowego, to jednak właśnie tę koncepcję w doktrynie poddano już gruntownej krytyce¹¹. Podzielając tę krytykę w pełni, w niniejszym szkicu poprzestaniemy na konkluzji, że dowód poszlakowy jest koncepcją niezależną i odrębną od domniemań faktycznych. Jednocześnie schemat wnioskowania przy domniemaniach faktycznych i dowodzie poszlakowym jest podobny, z tym jednak zastrzeżeniem, że domniemania faktycznie niewątpliwie są rozumowaniami znacznie bardziej uproszczonymi, a uzyskane na ich podstawie twierdzenia nie prowadzą wprost do dokonania ustaleń relewantnych prawnokarnie (ma to bowiem miejsce przy uwzględnieniu całego materiału dowodowego z pełnym uwzględnieniem zasady swobodnej ceny dowodów).

W koncepcji, w której wskazuje się, że domniemania faktyczne są zbliżone do domniemań materialnych, a różni je jedynie to, iż u ich podstaw nie można wskazać adekwatnej podstawy normatywnej (normy prawnej), uznaje się, że oba

⁹ Już w tym miejscu zaznaczmy, że powołany autor, choć dość ogólnie, to jednak wypowiedział się co do możliwości wykorzystania którejs z koncepcji domniemań faktycznych w karnistyce, ostatecznie negatywnie ustosunkowując się do takiej możliwości – L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 237.

¹⁰ Ten aspekt został rozwinięty w pracy L. Morawskiego, *Domniemania...*, s. 65 i n. Jest ona bardzo interesująca, jednak nie może być zastosowana w odniesieniu do materii analizowanej w niniejszym szkicu. Zob. także S.I. Friedland, *On Common Sense and the Evaluation of Witness Credibility*, "Case Western Reserve Law Review" 1989, t. 40, s. 165 i n.

¹¹ Choć zarówno dowód poszlakowy, jak i domniemanie faktyczne ujmuje się jako subkategorie dowodu pośredniego, to jednak w doktrynie wysuwanych jest wiele argumentów optujących za pełną niezależnością obu kategorii – zob. np. J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 84 i n.; L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 221 i n. W najnowszej literaturze M. Zbikowska, *Ciężar dowodu...*, s. 353 i n. wraz z cytowanymi tam piśmiennictwem. Zdaje się, że kluczowe są stwierdzenia, iż ustalenia będące przedmiotem dowodu poszlakowego muszą spełnić warunek dodatkowego i niezależnego potwierdzenia tezy dowodowej z perspektywy całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (co w istocie wyklucza dowód z wyizolowanej poszlaki, zaś poszczególne poszlaki muszą potwierdzać tezę dowodu poszlakowego w sposób niezależny od siebie) oraz warunek eliminacji hipotez wobec niej konkurencyjnych, czyli zgodności wszystkich poszlak. Można także dodać, że w referowanym ujęciu nie następuje żadne ograniczenie zasady swobodnej oceny dowodu czy przesunięcia ciężaru dowodu, a zatem podmiot kontestujący wniosek domniemania może je jedynie podać w wątpliwość (*non liquet*) nie musząc dowodzić tezy opozycyjnej.

typy domniemań polegają na upraszczaniu procesu dowodzenia¹². Udowodnieniu podlega podstawa domniemania, wniosek zaś wyprowadzany jest z niej na mocy reguły empirycznej i nie wymaga ani dodatkowego sprawdzania, ani wykluczenia hipotez konkurencyjnych. W każdym razie zabiegi takie nie są składnikiem owego domniemania. Domniemania faktyczne w tej formule jednak przesuwają ciężar dowodu wbrew ustawie i ograniczają domniemanie niewinności. W procesie karnym oznaczałoby to, że wniosek domniemania musiałby zostać obalony (zaprzeczony, a nie jedynie podany w wątpliwość) przez podmiot prowadzący dowód przeciwnieństwa¹³, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z fundamentalnym założeniem, iż ciężar udowodnienia tezy głównej z mocy ustawy nie spoczywa na oskarżonym. Na gruncie analizowanego ujęcia domniemań faktycznych w istocie dochodziłoby zatem do przeniesienia wbrew ustawie ciężaru dowodu na oskarżonego, a w efekcie także do naruszenia reguły *in dubio pro reo*. Nie rozważając pozostałych zarzutów w odniesieniu do referowanego konstruktów, już choćby z tego powodu należy go odrzucić, bo jest nieoperatywny dla analizy domniemań relewantnych prawnokarnie w zakresie ustalenia elementów struktury przestępstwa (choć takie ujęcie domniemań faktycznych mogłoby mieć pewne znaczenie dla ustaleń faktycznych rozstrzygnięć incydentalnych).

Kolejna istotna dla rozważań karnistycznych koncepcja domniemań faktycznych wskazuje na ich analogię z domniemaniem prawnym formalnym, czyli tzw. prawdami tymczasowymi. O domniemaniach tych mówi się niekiedy, że nie mają one wyraźnego poprzednika, nakazując zatem przyjąć twierdzenia zawarte we wniosku domniemania za ustalone. Słusznie zauważył L. Morawski, że w istocie poprzednikiem domniemań formalnych jest pewne twierdzenie przyjęte bez dowodu (np. opisujące jakąś prawidłowość statystyczną, choć nie zawsze)¹⁴. Co istotne, domniemania tego typu nie naruszają zasady swobodnej oceny dowodu i nie przenoszą ciężaru dowodu, wystarczy zatem podać w wątpliwość twierdzenie zawarte we wniosku takiego domniemania (*non liquet*) bez formułowania dowodu przeciwnieństwa. Niektórzy autorzy w tę formułę wpisują tzw. domniemanie niewinności (art. 5 Kodeksu postępowania karnego¹⁵). To właśnie w odniesieniu do niej wysuwane są najczęściej karnistyczne koncepcje dotyczące domniemań okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną oskarżonego¹⁶. Dodajmy, że niektórzy przedstawiciele nauki

¹² Tak L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 225.

¹³ W doktrynie wyróżnia się pojęcie dowodu przeciwnego i dowodu przeciwnieństwa, pierwsze zakłada podanie w wątpliwość określonego twierdzenia (tezy dowodowej), drugie zaś musi prowadzić do zaprzeczenia określonego twierdzenia (tezy dowodowej) – zob. L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 226; M. Zbikowska, *Przeciwdowód [w:] Między stabilnością a zmiennością prawa*, red. W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2017, *passim*.

¹⁴ L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 228.

¹⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.) – dalej k.p.k.

¹⁶ Podobną diagnozę sformułował L. Morawski już w 1980 r., nie odnosił on zatem swej wypowiedzi do publikacji, które będą przedmiotem dalszej analizy w niniejszym szkicu (por. J. Nelken, *Dowód...*, s. 150 i n.; J. Nelken, *Domniemania w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1970/11, s. 1603 i n.). L. Morawski krytycznie odniósł się do konceptu karnistów, wskazując: „[...] sąd nie w każdym przypadku bada, czy występują okoliczności wyłączające odpowiedzialność oskarżonego, lecz zajmuje się nimi jedynie wówczas, gdy istnieją racjonalne hipotezy mogące świadczyć o tym np., że oskarżony jest niepoczytalny itp. Gdy zaś takie hipotezy nie istnieją, a zatem gdy ze względu na zebrany materiał dowody poczytalność oskarżonego jest niewątpliwa, to stwierdzenie, że domniemywa się poczytalność oskarżonego jest tylko pewną metaforą równoważną stwierdzeniu, że sąd w ogóle problemu nie bada. W sytuacji, gdy takie hipotezy istnieją, trzeba je z kolei poddać normalnemu sprawdzaniu i nie wolno niczego domniemywać.” – L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 229.

(o czym dalej) twierdzą nawet, że tzw. materialnoprawne domniemanie winy jest domniemaniem prawnym, nie zaś faktycznym.

Najbardziej adekwatną do dalszego zastosowania zdaje się być jednak koncepcja mieszana, która bazuje na wybranych elementach innych istniejących ujęć, można powiedzieć, że do pewnego stopnia korygując ich niedostatki. Zakłada ona, że analizowany typ domniemania: a) upraszcza dowodzenie (i w tym sensie minimalnie ogranicza zasadę swobodnej oceny dowodów) przez pełne udowodnienie jedynie podstawy domniemania lub ograniczenie sprawdzania wniosku domniemania, a ponadto b) nie przenosi ciężaru dowodu wbrew ustawie. Oznacza to, że dla obalenia domniemania wystarczające jest podanie w wątpliwość jego wniosku (wywołanie stanu *non liquet*), nie jest zatem konieczne przeprowadzenie dowodu przeciwnieństwa¹⁷. L. Morawski precyzuje także, że dzięki temu, iż nie ma potrzeby obalenia wniosku domniemania jedynie w minimalnym stopniu ograniczona zostaje zasada swobodnej oceny dowodów. Jeśli bowiem wniosek domniemania okaże się wątpliwy (*dubio*)¹⁸, czyli będą istnieć racjonalne podstawy do tego, aby badać hipotezy konkurencyjne względem twierdzenia wyrażonego we wniosku, wówczas należy wniosek ten potwierdzić przeprowadzając dodatkowe czynności dowodowe, a hipotezy konkurencyjne wykluczyć albo wniosek domniemania odrzucić. A zatem wnioski wyprowadzane z domniemań można przyjąć tylko i wyłącznie jeśli są one niewątpliwe ze względu na całokształt zebranego materiału dowodowego¹⁹. W dalszej części niniejszego szkicu punktem odniesienia będzie takie właśnie ujęcie domniemań faktycznych. Analizie poddane zostaną wybrane doktrynalne ujęcia domniemań rozważanych na płaszczyźnie rozumowania organu rozstrzygającego o głównym przedmiocie procesu karnego.

Rozważania, które mają nas doprowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy w odniesieniu do ustalania w procesie karnym elementów struktury przestępstwa (ujmowanych jako twierdzenia o faktach pozytywnych i negatywnych) mamy do czynienia z domniemaniami faktycznymi, rozpoczniemy więc od zwięzłego odniesienia się do koncepcji, które upatrują dla wskazanego wariantu domniemań ich zakorzenienia w prawie, tym samym ujmując je jako *presumptiones iuris tantum*, czyli jako domniemania prawne wzruszalne.

Przykładem tego rodzaju zapatrywań jest koncepcja tzw. domniemania winy (zawinienia) w prawie karnym materialnym jako formuła domniemania prawnego,

¹⁷ L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 234 i n. Jednocześnie podkreślając, że dzięki temu, iż nie ma potrzeby obalenia wniosku domniemania, jedynie w minimalnym stopniu ograniczona zostaje zasada swobodnej oceny dowodów. Jeśli bowiem wniosek domniemania okaże się wątpliwy (*dubio*), czyli będą istnieć racjonalne podstawy do tego, aby badać hipotezy konkurencyjne względem twierdzenia wyrażonego we wniosku, wówczas należy wniosek potwierdzić, przeprowadzając dodatkowe czynności dowodowe, a hipotezy konkurencyjne wykluczyć albo wniosek domniemania odrzucić – L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 235. Zob. także C.W. Collier, *The Improper...*, s. 425 i n.

¹⁸ Składnikiem referowanej koncepcji jest też projektująca definicja twierdzenia wątpliwego w następującej postaci: „Nazwiemy przeto twierdzeniem wątpliwym nie to, które budzi wątpliwości w świetle czyichś na ogół niesprawdzalnych przekonań i intuicji, lecz to, które nie legitymuje się wymaganym uzasadnieniem ze względu na zebrany materiał dowodowy, lub to, wobec którego istnieją niewykluczone, racjonalne hipotezy tłumaczące inaczej przebieg zdarzeń. Twierdzenie wątpliwe to zatem to samo co twierdzenie nieudowodnione” – L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 236.

¹⁹ L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 235.

która czerpie swe źródło z negatywnego ujęcia § 3 art. 1 Kodeksu karnego²⁰, a więc przepisu, w którym warunek zawinienia ujmuje się w sposób negatywny²¹. Źródłem normatywnym dla wskazanego domniemania jest zatem norma prawna wyrażona w art. 1 § 3 k.k. Na gruncie wskazanego ujęcia podstawą analizowanego domniemania byłoby twierdzenie o zawinieniu w sytuacji ustalenia „sprawstwa czynu zabronionego”, lecz bez weryfikowanej samoistnie przesłanki zawinienia. Wniosek takiego domniemania, jako domniemania wzruszalnego, upadałby wobec podania go w wątpliwość a – zdaniem niektórych – nawet dopiero w przypadku udowodnienia okoliczności wyłączającej winę. Norma prawna leżąca u podstaw takiego domniemania adresowana byłaby do organów postępowania dowodowego i miałyby postać normy nakazującej. Sąd karny musiałby bowiem wobec udowodnienia oskarżonemu sprawstwa czynu zabronionego i nieprzeprowadzenia dowodu na okoliczność wyłączającą winę zachować się tak, jak gdyby składnikiem jego wiedzy było zdanie stwierdzające zachodzenie przesłanek zawinienia²². W sytuacji wyrokowania oznacza to, przy zastrzeżeniu spełnienia innych przesłanek odpowiedzialności karnej, że aktualizowałby się obowiązek stwierdzenia winy oskarżonego, tj. wydania wyroku skazującego, ewentualnie warunkowego umorzenia postępowania.

W doktrynie wskazane stanowisko spotkało się z krytyką. Zwrócono uwagę na to, że treść ewentualnej normy leżącej u podstaw opisanej hipotetycznej formuły materialnoprawnego domniemania winy pozostaje w kolizji z normą wyrażoną w art. 5 § 1 i 2 k.p.k., gdy w postępowaniu nie przeprowadzono dowodu ani na karnomaterialną winę, ani na okoliczność wyłączającą tę winę, a zachodzą pozostałe przesłanki odpowiedzialności karnej. Zaprezentowana koncepcja zbliżona byłaby do ujęcia domniemań materialnych, a zatem ograniczałaby zasadę swobodnej oceny dowodów, a ponadto prowadziła do zmiany ciężaru dowodu wbrew ustawie, bowiem w istocie prowadziłaby do przeniesienia na oskarżonego ciężaru dowodu w kwestii zachodzenia okoliczności wyłączających winę, tym samym czyniąc wyłom od zasady domniemania niewinności i reguły *in dubio pro reo*. Wobec nieusuwalnej kolizji tak postrzeganego materialnoprawnego domniemania winy i zasady niewinności większość doktryny zdecydowanie je odrzuca²³.

Uzupełniając w tym miejscu jedynie argumentację krytyczną, można podnieść wątpliwość co do rzeczywistego źródła normy prawnej statuującej (czy leżącej u podstaw)²⁴ tzw. karnomaterialnego domniemania winy (zawinienia). W zreferowanej koncepcji źródłem tym miałby być bowiem § 3 art. 1 k.k. Przypomnijmy, że zgodnie z tym przepisem nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeśli nie można przypisać mu winy w czasie czynu. W analizowanej jednostce redakcyjnej

²⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

²¹ Zob. W. Wróbel, *O domniemaniach...*, s. 245 i n.; W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i nieumyślnej* [w:] *Przestępstwo kara polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 678 i n. Zob. także T. Kaczmarek, *Spory wokół pojęcia winy* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 189 i n.

²² Zob. W. Wróbel, *O domniemaniach...*, s. 245 i n.

²³ Zob. np. Nelken, *Domniemania...*, s. 1603 i n.; A. Jezusek, *Domniemanie winy...*, s. 77 i n.; J. Giezek, *Fakty...*, s. 77 i n.; M. Zbikowska, *Ciężar dowodu...*, s. 432 i n.

²⁴ Zob. np. T. Gizbert-Studnicki, *Spór o domniemanie...*, s. 68 i n.

nie użyto wyrażenia wskazującego na to, że jest ona źródłem samoistnej normy nakazującej²⁵. Jednoznacznie nie można uznać jej za przepis zrębowy dla odtworzenia normy nakazującej adresowanej do organów postępowania dowodowego. Przepis ten może być jedynie rozważany na gruncie zakresu zastosowania normy sankcjonującej sprzężonej z właściwą normą sankcjonowaną²⁶, oraz jako element poprzednika stosunkowo ogólnej normy kompetencyjnej skierowanej do sądu karnego i aktualizującej się w sytuacji wyrokowania (wydania orzeczenia konkluzyjnego). Ze względu również na ten argument ewentualnego karnomaterialnego domniemania winy nie można postrzegać jako domniemania prawnego (nie można sprowadzić go do postaci normy prawnej ani też wyodrębnić u jego podstaw takiej normy prawnej).

Karnomaterialne domniemanie winy częściej rozważa się jednak jako formułę domniemania faktycznego, w ramach odmiennego nieco ujęcia i jednocześnie szerszej kategorii domniemania braku okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną²⁷. Wówczas najczęściej przyjmuje ono postać zbliżoną do domniemania formalnego²⁸ albo też postrzegane jest na wzór reguł dowodu poszlakowego²⁹.

Domniemanie braku okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną (w tym wyłączających winę) jako domniemanie faktyczne, dla którego analogonem są domniemania formalne nie prowadzi do przesunięcia wbrew ustawie reguł ciężaru dowodu³⁰. Domniemanie to nie opiera się na regule prawnej, jak w przypadku *presumptiones iuris*, lecz na regule prakseologicznej opisującej związku przyczynowe zachodzące w rzeczywistości opartej na zasadach doświadczenia życiowego. Takie domniemanie jest uproszczeniem dowodowym, jego podstawa zostaje przyjęta bez dowodu. Na gruncie referowanej koncepcji domniemanie zawinienia przyjmowałoby następującą postać: ze względu na przyjęcie zasady doświadczenia życiowego³¹, zgodnie z którą człowiek, który osiągnął określony wiek (art. 10 k.k.), będący sprawcą czynu zabronionego (przesłanka domniemania) byłby (co do zasady, a więc w sytuacji typowej niebędącej anormalną motywacyjnie) zdolny do sensownej autodeterminacji swojego zachowania się, a więc byłby zdolny kierować swoim zachowaniem, a tym samym mógłby dać posłuch normie sankcjonowanej (wniosek domniemania). Przyjęcie wniosku domniemania w tej oto postaci przesądza uznanie, że nie zachodzi jakakolwiek okoliczność, która by ją wyłączała. Autorzy optujący za takim ujęciem twierdzą, że w procesie karnym – co do zasady – nie prowadzi się dowodu na powyższe okoliczności. U podstaw takiego rozumowania – jak się wydaje – leży błędne postrzeganie formuły dowodzenia w odniesieniu do elementów struktury przestępstwa, pomija się bowiem to, że elementy te muszą

²⁵ W zakresie rozczłonkowania syntaktycznego norm zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 101 i n.

²⁶ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 55 i n.

²⁷ Zob. J. Nelken, *Domniemanie...*, s. 1591 i n.; J. Nelken, *Dowód poszlakowy...*, 150 i n. Zob. także S. Pawelec, *Domniemanie...*, s. 675 i n.

²⁸ Zob. M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym* [w:] *Dzieła Wybrane*, t. I, M. Cieślak, Kraków 2011, s. 52 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem; J. Nelken, *Domniemanie...*, s. 1605 i n.

²⁹ W najnowszym piśmiennictwie tak A. Jezusek, *Domniemanie winy...*, s. 184 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem.

³⁰ Ten element jest także składnikiem mieszanej koncepcji domniemań faktycznych L. Morawskiego.

³¹ Skądinąd słusznie uznaje się, że: „[...] doświadczenie życiowe pozwala łączyć możliwość sensownej autodeterminacji zachowania nie tyle ze sprawstwem czynu zabronionego, lecz z cechami przypisywanymi jego sprawcy” – tak A. Jezusek, *Domniemanie winy...*, s. 183.

być ustalone w oparciu o dowody ścisłe³². Niezależnie bowiem od tego, że okoliczności takie nie zawsze (a w zasadzie dość rzadko) ustalane są w oparciu na **samoistnych środkach dowodowych**, to jednak organ procesowy musi ustalić np. wiek sprawcy, właśnie dowodowo, np. korzystając z dowodu z dokumentu. Ponadto, musi dowodowo ustalić brak wystąpienia okoliczności wyłączających winę, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie czyni tego wprost; ponadto wskażmy, że braku tych okoliczności nie musi wykluczyć definitywnie samoistnymi środkami dowodowymi, np. powołując w każdym przypadku biegłych psychiatrów w celu ustalenia poczytalności sprawcy³³. Brak tych okoliczności może być ustalony w oparciu na **całym zespole środków dowodowych**, które poddane ocenie nie prowadzą do powstania (uzasadnionych) wątpliwości organu (*non liquet*). Jednocześnie powstanie takich wątpliwości, które nie zostałyby rozstrzygnięte wskutek dokonania samoistnych czynności dowodowych dedykowanych ustaleniu braku tych okoliczności, bez wyjątku aktualizuje regułę określoną w art. 5 § 2 k.p.k., a więc z przepisu, z którego dekodujemy normę nakazującą organowi orzekającemu, by rozstrzygnął te wątpliwości jedynie na korzyść oskarżonego. Ten stan rzeczy przesądza o niedopuszczalności legitymizacji domniemania faktycznego w powyżej opisanym kształcie. Wnioskowania na niekorzyść oskarżonego zostały bowiem *a limine* wykluczone przez ustawodawcę. Zauważmy także, że powyższe nie oznacza, iż organ procesowy jest zobligowany każdorazowo do ustalania istnienia okoliczności wyłączających karnomaterialną winę (zawinienie) czy też innych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną – tzw. faktów negatywnych (kwestia ta zostanie jeszcze rozwinięta w dalszej części opracowania). Wynika to z tego, że przedmiot poznania organu rozstrzygającego determinuje ustalenie okoliczności przesadzających sprawstwo. Przedmiot poznania zakreślony jest pozytywnie, nie zaś negatywnie. Jeżeli więc organ procesowy ustali w oparciu o całokształt zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego sprawstwo i winę (zawinienie), a tylko wówczas może pociągnąć określoną osobę do odpowiedzialności karnej (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.), to tym samym zbyteczne staje się weryfikowanie tez przeciwnych w zakresie istnienia okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną.

Domniemania faktyczne co do braku okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną postrzegane jest także na wzór reguł dowodu poszlakowego lub wręcz jako konstrukt konkurujący z dowodem poszlakowym³⁴. Punktem wyjścia dla tego ujęcia jest powszechnie akceptowane w karnistyce twierdzenie o innej konotacji

³² Zob. B. Janusz-Pohl, *Konwencjonalizm...*, s. 508 i n. oraz 528 i n. O koncepcji dowodu ścisłego w wyjściowym ujęciu zob. R. Kmiecik, *Dowód ścisły w postępowaniu karnym*, Lublin 1983, s. 9 i n.

³³ Anna Lisowska, mając w polu widzenia zróżnicowaną naturę zaburzeń psychicznych, zakwestionowała słuszność przyjętego na gruncie obowiązujących przepisów prawa karnego rozwiązania zakładającego domniemanie poczytalności sprawcy czynu zabronionego.. Uzasadnieniem dla operowania tzw. domniemaniem poczytalności – powiązaniem z tzw. karnomaterialnym domniemaniem winy, u podstaw którego leży założenie o primacie zasady zdolności człowieka do sensownej autodeterminacji. A. Lisowska uznała, że jest faktem, iż ustalenie co do poczytalności sprawcy czynu zabronionego dokonuje się bez dowodu specyficznego w postaci stosownej opinii biegłych, bowiem opinia o stanie zdrowia psychicznego sprawcy czynu zabronionego uzyskiwana jest w razie zaistnienia uzasadnionych wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. Dopiero więc powołanie przez organ postępowania (w postępowaniu przygotowawczym – prokuratora, a w postępowaniu sądowym – sądu) uzasadnionej wątpliwości co do poczytalności oskarżonego determinuje wydanie postanowienia o powołaniu biegłych kompetentnych w zakresie ustalenia stanu psychicznego sprawcy. Zob. A. Lisowska, *Domniemanie poczytalności...*, s. 39 i n.

³⁴ A. Jezusek, *Domniemanie winy...*, s. 179.

nazwy „wina” w prawie materialnym niż w prawie procesowym³⁵. W prawie procesowym nazwa „wina” oznacza spełnienie wszystkich przesłanek odpowiedzialności karnej determinujących przypisanie sprawstwa przestępstwa w postępowaniu karnym. Nadmienimy, że próbą wyeliminowania takiego dualizmu znaczeniowego było wprowadzenie terminu „zawinienie” dla oznaczenia winy w znaczeniu materialnoprawnym. W konsekwencji na gruncie prawa karnego materialnego mielibyśmy zatem do czynienia z tzw. domniemaniem zawinienia (domniemaniem braku okoliczności wyłączających winę), które nie pozostawałoby w kolizji z procesowym domniemaniem niewinności. Na gruncie analizowanych koncepcji daje to asumpt do stwierdzenia, że zarówno w prawie procesowym, jak i w prawie karnym materialnym nieodmiennie obowiązuje domniemanie zawinienia czynu przez sprawcę, które nie pozostaje w kolizji z zasadą domniemania niewinności, bowiem karnomaterialną winę przypisać można oskarżonemu dopiero po ustaleniu jego sprawstwa³⁶. Ustalenie sprawstwa następuje w oparciu na przeprowadzonych środkach dowodowych wobec braku uzasadnionych wątpliwości co do zachodzenia okoliczności wyłączających winę. Jednocześnie sąd może stwierdzić winę oskarżonego (w rozumieniu prawa procesowego), gdy nie budzi ona wątpliwości. Oznacza to przede wszystkim konieczność udowodnienia, że oskarżony jest sprawcą czynu zabronionego, tj. iż zachowanie oskarżonego wyczerpało jego przedmiotowe i podmiotowe znamiona. Sąd będzie więc obowiązany zbadać świadomość sprawcy w chwili czynu i jego nastawienie wolicjonalne. Łatwo zauważyć, że jeżeli zachodzą okoliczności wyłączające winę, to organ powinien zaobserwować fakty uprawdopodobniające ich wystąpienie³⁷. Przy takim ujęciu w przeciwieństwie do konceptu domniemania formalnego (podbudowanego uznaniem wyższości reguły nad wyjątkiem) nie mamy tu do czynienia z założoną *a priori* zdolnością oskarżonego do pokierowania swoim zachowaniem przyjętą w oparciu na bardzo ogólnych założeniach antropologicznych. Wniosek takiego domniemania uzyskiwany jest w ramach postępowania dowodowego, a domniemanie to służy upraszczaniu postępowania dowodowego, a jego podstawa zostaje udowodniona i oparta na poczynionych w tym postępowaniu ustaleniach co do okoliczności czynu, właściwości czynu i sprawy. Zgodnie z tym ujęciem na gruncie sądowego stosowania prawa udowodnienie faktów wskazujących na realizację znamion przestępstwa stanowi wystarczającą podstawę kategorię przypuszczenia (niewymagającego żadnej dodatkowej weryfikacji), że wystąpiły również wszystkie pozostałe elementy jego dogmatycznej struktury. Zauważmy tymczasem, że w procesie karnym organy postępowania już w momencie jego wszczęcia przyjmują pewną hipotezę. Co bardzo ważne, hipoteza ta obejmuje twierdzenie, że zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. W treści art. 303 k.p.k. ustawodawca intencjonalnie użył nazwy „przestępstwo” nie zaś „czyn zabroniony”, bowiem w ten właśnie sposób wskazał na kierunek realizacji czynności dowodowych organów postępowania oraz rozumowań prowadzonych przez organ w celu dokonania stosownych ustaleń faktycznych, na podstawie których możliwe będzie rozstrzygnięcie

³⁵ Tak choćby D. Świecki, *Wina w prawie karnym materialnym i procesowym*, „Prokuratura i Prawo” 2009/11–12, s. 6. Jak wiadomo również w prawie karnym materialnym wina może być ujmowana w różny sposób.

³⁶ Zob. A. Jezusek, *Domniemanie winy*..., s. 179 wraz z cytowanym tam piśmiennictwem.

³⁷ A. Jezusek, *Domniemanie winy*..., s. 184–185.

konkluzywne (formalne lub merytoryczne). Choć jest to założenie idealizujące, organ postępowania przyjmując określoną hipotezę przestępstwa musi poddać ją weryfikacji. **Kierunek działania organu jest więc jednoznacznie pozytywny (obliczony na ustalenie faktów pozytywnych) względem przyjętej hipotezy³⁸**, a działania jego skupiają się na potwierdzenie wystąpienia elementów struktury przestępstwa. Dopiero w przypadku pojawiających się w tym obszarze działań (obejmujących nie tylko czynności dowodowe, lecz także określone wnioskowania) wątpliwości podejmowane są dodatkowe czynności w celu ich weryfikacji. W konsekwencji zatem organ weryfikuje okoliczności wyłączające bezprawność lub winę tylko wtedy, gdy pojawią się wątpliwości sugerujące na możliwość ich zaistnienia, a nie czyni tego w każdym przypadku³⁹. Podobnie jest w odniesieniu do społecznej szkodliwości czynu, organ bada jej stopień, konsekwencją czego może być stwierdzenie braku karygodności⁴⁰. A zatem, choć analizowana formuła domniemania faktycznego relewantnego prawnokarnie respektuje zasadę swobodnej oceny dowodów (może nawet zwiększa luz decyzyjny organu rozstrzygającego), nie przesuwając wbrew ustawie ciężaru dowodu⁴¹. Jak wskazano wcześniej, ujmując ona relewantne prawnokarnie domniemanie faktyczne na wzór dowodu poszlakowego, nie spełniając jednak pełnej jego formuły, co w doktrynie poddane zostało trafnej i wieloaspektowej krytyce⁴².

³⁸ Słusznie konstatuje się, że: „w procesie karnym powinniśmy się koncentrować na udowadnianiu faktów pozytywnych, gdybyśmy bowiem mieli poszukiwać dowodów wskazujących na fakty negatywne, to w istocie narażalibyśmy się na – być może nawet groteskową – konieczność ustalania zarówno tego, co się zdarzyło, jak i tego, co się nie zdarzyło, choć teoretycznie zdarzyć się mogło [...] Nieco uogólniając, moglibyśmy również powiedzieć, że jeśli na podstawie przeprowadzonych w sprawie dowodów sąd uznał wypowiedź o wystąpieniu stanu rzeczy X za udowodnioną, to nie musi przecież przeprowadzać dowodów wskazujących na to, że nie wystąpiła jednocześnie okoliczność będąca zaprzeczeniem stanu rzeczy X” – zob. J. Giezek, *Fakty..., s. 86 i n.* Odnosnie do wyróżniania faktów pozytywnych i negatywnych zob. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie..., s. 182 n.*

³⁹ Można nadmienić, że w doktrynie (A. Lisowska, *Domniemanie poczytalności..., s. 39 i n.*) w odniesieniu do materialnoprawnego domniemania winy, uznając za jego podstawę twierdzenie, że dorosły człowiek jest zdolny do sensownej autodeterminacji, a zatem jest w stanie rozpoznać znaczenie swojego czynu i kierować swoim postępowaniem ze względu na regułę, iż teza ta jest statystycznie znacznie bardziej prawdopodobna niż teza przeciwna, przyjmuje się wniosek, że sprawca czynu zabronionego w konkretnym postępowaniu jest poczytalny, kwestionuje się leżącą u podstaw tego domniemania regułę empiryczną. Dogmatyczną konsekwencją takiego stanowiska jest postulat zwiększenia obligatoryjnego badania psychologiczno-psychiatrycznego sprawcy czynu zabronionego, tak by w każdym postępowaniu wykluczyć ewentualne wystąpienie okoliczności wyłączającej winę. Uzupełniając można dodać, że wskazany pogląd nie przesądza o konieczności powoływania w każdym postępowaniu dwóch biegłych psychiatrów w celu ustalenia poczytalności oskarżonego, lecz jedynie wprowadzenia obligatoryjnego badania wstępnego w celu wykluczenia bądź potwierdzenia wątpliwości, tym samym opinia taka nie musiałaby spełniać wymogów wskazanych w art. 202 k.p.k., który aktualizowałby się dopiero wówczas, gdyby opinia wstępna wątpliwości te potwierdziła. Ustalenia poczynione w niniejszej pracy przeczą takiej konstatacji (postulatowi). Można dodać, że jego wprowadzenie ograniczałoby zasadę swobodnej oceny dowodów, do której dyskrejonalnie uprawniony jest organ rozstrzygający, ograniczałoby bowiem sąd w zakresie wyboru środków dowodowych w zakresie ustalania faktów relewantnych prawnokarnie.

⁴⁰ Ostatecznie podobnie J. Giezek stwierdza: „Nie ma wszak wątpliwości, że – przypisując popełnienie przestępstwa – sąd ocenia zachowanie sprawcy jako odpowiadające normatywnym kryteriom czynu jako społecznie szkodliwe (w stopniu wyższym niż znikomy) i wreszcie jako bezprawne oraz zawinione. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, że w odniesieniu do któregośkolwiek z tych elementów możemy mieć do czynienia z jakimś opierającym się na domniemaniu założeniem, że o jego wystąpieniu – zarówno w sensie jakościowym, jak i ilościowym – zadecydowała realizacja znamion” – J. Giezek, *Fakty..., s. 83.*

⁴¹ W odniesieniu do analizowanego „[...] domniemania faktycznego zachodzenia przesłanki zawinienia konstruowanego na wzór dowodu poszlakowego zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów (art. 7 k.p.k.). Jeżeli wymogi statuowane przez zasadę swobodnej oceny dowodów zostaną spełnione, tak rozumiane domniemanie powoduje przełamanie domniemania niewinności [...] Domniemanie zawinienia w powyższym ujęciu jest instytucją prawa procesowego, a nie materialnego” – J. Giezek, *Fakty..., s. 186.*

⁴² Zob. J. Nelken, *Dowód poszlakowy..., s. 84 i n.*; L. Morawski, *Domniemanie faktyczne..., s. 221 i n.* W najnowszej literaturze por. M. Zbikowska, *Ciężar dowodu..., s. 353 i n.* wraz z cytowanymi tam piśmiennictwem.

W ostatnim czasie interesujący pogląd krytyczny wobec operowania konstrukcją materialnoprawnego domniemania winy i innych domniemań faktycznych dotyczących braku występowania okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną wyraził Jacek Giezek. I choć konkluzja przedstawiona przez tego autora zbieżna jest z konkluzją niniejszej pracy, przedstawiona na jej rzecz argumentacja wzbudza zastrzeżenia. Centralnym jej punktem jest z pozoru niekontrolowane założenie, że w ramach sądowego stosowania prawa podstawą decyzji są określone fakty, które podlegają ocenie prawnej, co pozwala wyraźnie wyróżnić dwa niezależnie obszary: z jednej strony rekonstruowaną rzeczywistość, która w procesie karnym sprowadza się zdaniem autora do wyselekcjonowanego fragmentu zachowania podmiotu (czynu), z drugiej zaś – ocenę prawną tej rzeczywistości, dokonaną według wypracowanych na płaszczyźnie jurydycznej kryteriów⁴³.

Tradycyjnie w karnistyce uznaje się, że przedmiotem relewantnego prawnokarnie wartościowania jest zachowanie się człowieka (fragment tego zachowania – zarówno w aspekcie zewnętrznym, jak i wewnętrznym). W ramach takiej optyki płaszczyzna ontyczna związana z obiektywną rzeczywistością jednoznacznie odróżnia się od sfery ocen prawnych. Takie subsumcyjne pojmowanie procesu decyzyjnego nie przesądza jednak o usytuowaniu domniemań relewantnych prawnokarnie, choć zdaje się, że hipotetycznie mogłyby one operować jedynie w obszarze nazywanym „ustalenia faktyczne” (bynajmniej kwestia ta nie jest jednoznaczna). Trafnie ekspozuje się, że z pewnością przedmiotem domniemania mogą być fakty (twierdzenia o faktach), lecz „[...] trudno wyobrazić sobie sytuację, w której rekonstruujący rzeczywistość podmiot czyniłby przedmiotem domniemania, a więc jedynie «domyślał się», że jej elementy wartościuje”. Odnosząc tę hipotezę do domniemań relewantnych prawnokarnie, zdaniem cytowanego autora: „Musiałoby to wszak oznaczać, że – dokonawszy rekonstrukcji obrazu rzeczywistości, a więc stwierdziwszy, że zaszło zachowanie oznaczające realizację znamion czynu zabronionego – sąd musi posłużyć się jakimś domniemaniem, aby ocenić, czy realizacja tychże znamion była społecznie szkodliwa, bezprawna oraz zawiniona”⁴⁴. Pogląd taki nasuwa wątpliwości. Zdaje się bowiem, że w przypadku domniemań będących specyficznym rodzajem wnioskowań niededukcyjnych, choć rzeczywiście w typowym układzie przedmiotem tego wnioskowania są **twierdzenia o faktach istniejących w obiektywnej rzeczywistości**, czasami jednak twierdzenia o faktach (ma to miejsce zwłaszcza w przypadku domniemań prawnych) dotyczą faktów konwencjonalnych⁴⁵. O ile podstawa domniemania najczęściej dotyczy twierdzenia o fakcie występującym w obiektywnej rzeczywistości, o tyle wniosek zwykle ma zabarwienie konwencjonalizujące. Analizując pogląd J. Giezka możemy zauważyć, że ów autor uznając ustalenia w przedmiocie społecznej szkodliwości czynu, bezprawności czy zawińienia za oceny prawne przyjmuje założenie, iż są to kategorie określonych ocen wyraźnie przeciwstawianych ustaleniom faktycznym dokonywanym przez organ

⁴³ J. Giezek, *Fakty...*, s. 78.

⁴⁴ J. Giezek, *Fakty...*, s. 77.

⁴⁵ Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 23 i n.; B. Janusz-Pohl, *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceedings. Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, „Adam Mickiewicz University Law Books” Poznań 2017/4, s. 11 i n. wraz z cytowanym tam piśmiennictwem.

rozstrzygający⁴⁶. Tymczasem taki subsumpcyjnie podbudowany punkt widzenia może być kwestionowany ze względu na to, że wskazane kategorie normatywne – jako przesłanki odpowiedzialności karnej – muszą podlegać ustaleniu i w tym sensie stanowią **fakty konwencjonalne w prawie** (wyraźnie odróżnić należy zatem oceny – kryteria normatywne od formułowanych na ich podstawach twierdzeń⁴⁷). Fakty konwencjonalne w prawie różnią się od faktów mających swoje referencje w obiektywnej rzeczywistości⁴⁸, bowiem ujmując rzecz w uproszczeniu, ich status ontyczny wyznaczają właściwe reguły konstytutywne⁴⁹ – reguły prawne (czasem mieszane: prawno-kulturowe⁵⁰). Pojęcie „ocen prawnych” na gruncie subsumpcyjnego pojmowania aktu stosowania prawa ma **wielostopniowy charakter**. Pewien ich obszar odnosi się właśnie do faktów konwencjonalnych w prawie karnym (których rozpoznanie jest możliwe jedynie w oparciu na kryteriach normatywnych) determinujących ustalenie, czy czyn zabroniony jest przestępstwem, tj. czynem zabronionym wypełniającym znamiona określonym w ustawie karnej, bezprawnym, zawinionym i karygodnym). Natomiast dalsze oceny karnoprawne pozwalają wskazać na konsekwencje przekroczenia normy sankcjonowanej. Aktualizuje się wówczas prawnokarna norma sankcjonująca, na podstawie której wymierzana jest kara lub inny środek penalny. Nadmienmy także, że w ramach sądowego stosowania prawa *in concreto* płaszczyzna ustaleń faktycznych nie odcina się tak jednoznacznie od płaszczyzny ocen prawnych – rozumianej jako ustalenia kreujące fakty konwencjonalne w prawie⁵¹.

Kluczowym argumentem wskazywanym przez J. Giezka dla poparcia swego stanowiska jest wskazanie, że: „O ile zatem prawidłowość rekonstrukcji rzeczywistości nadaje się do weryfikacji w kategoriach logicznych (prawda – fałsz), o tyle kryteriów

⁴⁶ J. Giezek, *Fakty...*, s. 78. Autor ten jednocześnie zauważa, że nie można bagatelizować **determinujących stosowanie prawa wartościowań**: „Nie sposób wszak stwierdzić, że podlegające prawnokarnemu wartościowaniu zachowanie jest czynem, że fragment zachowania, któremu status czynu nadajemy, jest społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy, a jednocześnie formalnie bezprawny, oraz że jego sprawcy można postawić zarzut, uznając tym samym oceniane zachowanie jako zawinione, jeśli nie podda się takiego zachowania wieloaspektowej ocenie w każdej ze wskazanych tutaj perspektyw, mając oczywiście przed oczami odpowiednio zrekonstruowane fakty. Co więcej – w odniesieniu do wielu typów przestępstw również stwierdzenie realizacji składających się na ich typizację znamion bez oceny wszystkich mogących o niej świadczyć faktów obejmć się nie może, bo – jak wiadomo – nie wszystkie znamiona ustawodawca ujmuje w sposób czysto deskryptywny. Nietrudno również zauważyć, że oceny odgrywają różną rolę, a – tym bardziej – różne są kryteria ich dokonywania w zależności od tego, który element dogmatycznej struktury przestępstwa mieć będziemy na myśli. Chyba najbardziej koncentrujemy się na ocenach, gdy analizujemy kwestię bezprawności oraz winy, chociaż i tutaj – także w kontekście podstaw ich wyłączenia – warstwa faktograficzna wyraźnie dochodzi do głosu.” – J. Giezek, *Fakty...*, s. 82.

⁴⁷ Zob. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 3 i n.

⁴⁸ Uzupełniająco można dodać, że i fakty mające swoje referencje w obiektywnej rzeczywistości mogą mieć charakter skonwencjonalizowany kulturowo, np. na gruncie reguł danego języka – zob. L. Nowak, S. Wrótkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia Prawnicze” 1973/33, *passim*.

⁴⁹ Zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 116 i n.; B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 38 i n. Zob. także J. Jaśkiewicz, *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, s. 45 i n.

⁵⁰ Tak w przypadku cywilnoprawnego domniemania ojcostwa – ma konotację normatywną i kulturową.

⁵¹ Zresztą podobne spostrzeżenie czyni J. Giezek, *Fakty...*, s. 86, uznając że: „Gdyby zatem zaakceptować twierdzenie, że ocen negujących karygodność, bezprawność lub winę – skoro mają one dotyczyć konkretnego zdarzenia, jakie jest przedmiotem osądu – nie da się „oderwać” od rekonstruowanych elementów kompleksowo ujmowanego stanu faktycznego, to pojawia się od razu pytanie, czy stwierdzenie wystąpienia albo braku jakiegokolwiek z podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej (na przykład jednej z okoliczności kontratypowych) można oprzeć na faktach, które stanowiłyby przedmiot domniemania”.

normatywnych nie da się poddać weryfikacji jako prawdziwych lub fałszywych, można natomiast co najwyżej ocenić je jako racjonalne, użyteczne, rozsądnie dobrane, zapewniające stosowanie właściwej polityki karnej.⁵² Odnosząc się do tej wypowiedzi, po pierwsze nasuwa się spostrzeżenie, że bynajmniej kryteria normatywne to nie ustalenia dokonane w ich oparciu. Ustalenia dokonane w oparciu na kryteriach normatywnych to fakty konwencjonalne doniosłe prawnie. Relacja pomiędzy kryteriami normatywnymi a faktami konwencjonalnymi doniosłymi prawnie jest taka, że te pierwsze stanowią dla drugich reguły konstytutywne – reguły sensu nadające im określone konwencjonalne znaczenie. Przekroczenie reguły konstytutywnej kreującej fakt konwencjonalny odnoszący się do elementów struktury przestępstwa powoduje, że dany element kreujący przestępstwo (zawinienie, bezprawność, społeczna szkodliwość określonego stopnia) zostanie zanegowany, co w rezultacie skutkuje *in concreto* brakiem możliwości przypisania sprawstwa. Fakty konwencjonalne doniosłe prawnie ustalane na podstawie kryteriów normatywnych (a w rzeczywistości twierdzenia o faktach konwencjonalnych doniosłych prawnie) stanowią zdania w sensie logicznym, którym przypisuje się wartość prawdy albo fałszu⁵³.

Taką interpretację potwierdza także brzmienie art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k., zgodnie z którym celem postępowania karnego jest, aby **sprawca przestępstwa** został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej, a osoba niewinna uniknęła tej odpowiedzialności. W doktrynie sformułowano pogląd, że wyrażona we wskazanej jednostce redakcyjnej dyrektywa trafnej reakcji karnej wespół z art. 2 § 2 k.p.k. głoszącym, iż organy postępowania karnego zobligowane są do dokonywania **ustaleń faktycznych** zgodnych z prawdą stanowią zasadę prawdy materialnej⁵⁴. Podkreśla się, że to właśnie kształt dyrektywy trafnej reakcji karnej przesądza o formule prawdy przyjętej na gruncie aktualnego modelu proceduralnego. Artykuł 2 § 1 pkt 1 k.p.k. operuje bowiem pojęciem „sprawca przestępstwa”, jest to kategoria w pełni materialna, nie zaś formalna („oskarżony” czy „osoba, której nie udowodniono winy”). Wyrażenie „sprawca przestępstwa” ma taką samą konotację jak „rzeczywisty sprawca przestępstwa”. Przydawka rzeczywisty funkcjonuje w typowym formacie przydawki konfirmującej, nie zmienia bowiem znaczenia (treści językowej) nazwy, którą dookreśla⁵⁵. Ustalenia faktyczne organów rozstrzygających w postępowaniu karnym obejmują zatem wszystkie te okoliczności, które determinują odpowiedź na pytanie, czy mamy do czynienia z (rzeczywistym) sprawcą przestępstwa. Ustalenia faktyczne zatem objąć muszą nie tylko fakty (twierdzenia o faktach) istniejące w obiektywnej rzeczywistości (fragment zachowania się sprawcy – zarówno w znaczeniu wewnętrznym, jak i zewnętrznym), ale także wszystkie elementy struktury przestępstwa (twierdzenia o wszystkich elementach), a więc fakty konwencjonalne.

⁵² J. Giezek, *Fakty...*, s. 78. Autor ten w konsekwencji skonstatował, że: „Uprawnione jest zatem stwierdzenie, że „domniemywam, iż wystąpił fakt X, skoro mam dowód na to, że wystąpił również poprzedzający go fakt Y”, nie ma natomiast sensu stwierdzenie, że „domniemywam, iż oceniam fakt X.” – J. Giezek, *Fakty...*, s. 81. Można tu wspomnieć, że w tym zakresie pogląd ten poparła także M. Zbikowska w: *Ciężar dowodu...*, s. 432 i n.

⁵³ Zob. Z. Ziemiński, *Logiczne podstawy prawnoznawstwa*, Warszawa 1966, s. 121 i n.

⁵⁴ Tak B. Janusz-Pohl, *Teoretycznoprawne aspekty relacji pomiędzy zasadami legalizmu i kontrydiktoryjności w polskim procesie karnym* [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym*, B. Dudzik, J. Kosowski, I. Nowikowski, Lublin 2015, s. 171 i n.

⁵⁵ Nt. determinującej funkcji przydawki zob. T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach...*, s. 71 i n.; B. Janusz-Pohl, *Formalizacja...*, s. 31 i n.

Z dotychczasowych ustaleń wynika zatem, że operowanie konstrukcją domniemań prawnych lub faktycznych w zakresie ustaleń co do poszczególnych pozytywnie ujętych elementów struktury przestępstwa jest niedopuszczalne, podobnie jest w przypadku domniemań co do braku okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. W uproszczeniu można powiedzieć, że takiemu kierunkowemu ograniczeniu dokonywania ustaleń niekorzystnych dla oskarżonego stoi na przeszkodzie zasada domniemania niewinności wraz z regułą *in dubio pro reo*. Pozostaje jeszcze rozważyć, czy identyczna konstatacja odnosi się do kierunku ustaleń wektorowo przeciwnych, tj. korzystnych dla oskarżonego. Czy domniemania faktyczne mogłyby oddziaływać w zakresie ustaleń co do okoliczności uchylających odpowiedzialność karną? Czy wobec ujawnionych wątpliwości co do poczytalności, wieku sprawcy, błędu co do prawa, wystąpienia obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności albo działania w ramach uprawnień i obowiązków – w przypadku przeprowadzenia ukierunkowanych na ich ustalenie czynności dowodowych możliwe byłoby operowanie konstrukcją *presumptio hominis*? Od razu pojawia się pytanie, jak w odniesieniu do wymienionych elementów oddziałuje reguła *in dubio pro reo*? Niedające rozstrzygnąć się wątpliwości muszą być przez organy procesu karnego rozstrzygane na korzyść oskarżonego, czy wątpliwości te dotyczyć mogą ustalenia któregoś ze stanów uniemożliwiających przypisanie sprawstwa? Wszystkie kategorie normatywne rozważane jako okoliczności wyłączające bezprawność lub winę tworzą fakty konwencjonalne. Co więcej, w ich przypadku ustawodawca wykreował ściśle sprecyzowane reguły konstytutywne dla tych faktów. Dla przyjęcia obrony koniecznej, niepoczytalności sprawcy, błędu co do prawa, stanu wyższej konieczności i innych konieczne jest dokonanie pozytywnych ustaleń faktycznych, co do ich zaistnienia. Zdaje się jednak, że i one muszą zostać ustalone w sposób niewątpliwy.

W odniesieniu do wszystkich ustaleń zawartych w niniejszym szkicu nasuwa się jednak pewna obserwacja praktyki stosowania prawa, że rozumowania sądu rozstrzygającego co do istoty procesu nie zawsze znajdują należyte uzewnętrznienie w treści orzeczenia czy też jego uzasadnienia, co najpewniej skłania doktrynę prawniczą do operowania pojęciem domniemań faktycznych⁵⁶. Brak należytego uzasadnienia rozstrzygnięcia w przedmiocie przypisania sprawstwa, rozstrzygnięcia przełamującego domniemanie niewinności – w mojej ocenie – każdorazowo stanowi naruszenia prawa procesowego, które *in concreto* wywarło wpływ na wydane rozstrzygnięcie, pozostając w kolizji z regułą *in dubio pro reo* oraz dyrektywą trafnej reakcji karnej. W skrajnych przypadkach może być postrzegane także jako naruszenie prawa materialnego w zakresie ogólnych podstaw odpowiedzialności karnej – art. 1 k.k.⁵⁷

Konkludując zatem niniejsze ustalenia, można wskazać, że w pracy przyjęto określony sposób rozumienia domniemań faktycznych ujmując je jako postać wnioskowania opartego na określonych powiązaniach kauzalnych (regule statystycznej, nie zaś

⁵⁶ Por. P. Kardas, M. Gutowski, *Wykładnia...*, s. 97 i n.

⁵⁷ Mniej restrykcyjny pogląd w tej materii zdaje się mieć J. Giezek, uznając, że: „Nawet jeśli ocen tych – także w sporządzonym na piśmie uzasadnieniu – sąd nie komunikuje adresatom zapadłego rozstrzygnięcia *expressis verbis*, to przecież nie ma chyba wątpliwości, że jednak ich dokonuje, gdyż w przeciwnym razie zostałby naruszony konstytucyjny standard rzetelnego procesu karnego.” – J. Giezek, *Fakty...*, s. 84.

normatywnej), w formule tej na podstawie twierdzenia o ustalonym fakcie, bez dowodu, lecz w oparciu na regule danego wnioskowania (regule pozanormatywnej) przyjęty zostaje jego wniosek w postaci twierdzenia o innym fakcie. Uznano także, że twierdzenie zawarte we wniosku domniemania może dotyczyć zarówno faktu mającego referencję w obiektywnej rzeczywistości (faktu realnego, w tym np. faktu konwencjonalnego kulturowo na mocy określonych reguł języka), jak i faktu konwencjonalnego w prawie. Z tym ostatnim ustaleniem wiąże się kolejna hipoteza dotycząca sposobu rozumienia wyrażenia „ustalenia faktyczne” w procesie karnym i przeciwstawienia go wyrażeniu „oceny prawne”. Zgodnie z dokonanymi ustaleniami wyrażenie „ustalenia faktyczne” organu rozstrzygającego w procesie karnym obejmuje nie tylko kwestię realizacji fragmentu zachowania się sprawcy czynu zabronionego – wypełnienie znamion czynu zabronionego, a więc twierdzeń o faktach mających referencję w obiektywnej rzeczywistości, lecz także ustalenie faktów konwencjonalnych, za które uznano twierdzenia co do pozostałych elementów struktury przestępstwa. Pogląd ten oparto na odróżnieniu samych „ocen prawnych” (kategorii normatywnych) od „twierdzeń zawierających ustalenia co do ocen prawnych jako kryteriów normatywnych” (faktów konwencjonalnych w prawie). W niniejszym opracowaniu stwierdzono zatem, że wyrażenie „ustalenia faktyczne” w odniesieniu do podstawy rozstrzygnięcia organu w procesie karnym dotyczy zarówno twierdzeń co do faktów mających referencję w obiektywnej rzeczywistości, jak i co do faktów konwencjonalnych w prawie. Spostrzeżono, że konstrukcja nazywana w doktrynie „materialnoprawne domniemania w prawie karnym” może być myląca ze względu na użycie określenia „materialnoprawne”, a więc przydawki w funkcji determinującej sugerującej, iż chodzi o domniemania prawne (podczas gdy termin ten używany jest także dla określenia domniemań faktycznych). Postulowano zatem, by operować raczej nazwą „domniemania relewantne prawnokarnie”, ewentualnie „karnomaterialne domniemanie”. Rezultatem rozważań przeprowadzonych w niniejszym szkicu był jednak wniosek, że nazwa ta jest nazwą pustą, nie można bowiem wyodrębnić domniemań relewantnych w prawie karnym materialnym. Podkreśliśmy jednak raz jeszcze, że zanegowanie dopuszczalności zastosowania konstrukcji domniemania faktycznego w zakresie dokonywania konkluzyjnych i relewantnych prawnokarnie ustaleń co do odpowiedzialności karnej oskarżonego nie przesądza wcale o konieczności odrzucenia innych, wskazanych wcześniej ujęć domniemań faktycznych dla rozważań karnistycznych. Domniemania faktyczne mogą mieć pewne znaczenie na gruncie procesualistyki karnej w ramach dowodzenia swobodnego, to jednak zupełnie inna kwestia, a także będąc ujmowanymi jako domniemania wiarygodności.

Abstract

Barbara Janusz-Pohl, *Remarks on the Importance of the Concept of Presumptions Relevant in Criminal Law*

This paper deals with the question of presumptions relevant in criminal law, including the so-called substantive law presumption of guilt. Any normative connotations of this presumption are definitively excluded. The considerations are based on one of the theoretical

concepts of factual presumptions (preasumptiones hominis), the so-called mixed concept, whereby presumptions are perceived as evidentiary simplifications, a particular form of non-deductive inferences which neither restrict the principle of free appraisal of evidence nor shift the burden of proof against the law. A critical analysis is made of selected doctrinal conceptions, especially those that favour distinguishing presumptions that are relevant in criminal law. Attention is also devoted to the notion of findings of fact, especially in the context of their relation to the category of legal assessments of criminal agencies during the trial. A hypothesis is formulated that findings of fact can relate to assertions about facts referring to objective reality, as well as about conventional facts in law, for which facts the constitutive rules determine the elements of the structure of an offence viewed from the dogmatic perspective.

Keywords: *presumptions in law, factual presumptions, legal presumptions, presumption of innocence, legal facts, conventional facts, constitutive rules, non-deductive inference, evidentiary simplifications*

Streszczenie

Barbara Janusz-Pohl, Uwagi o doniosłości koncepcji domniemań relewantnych prawnokarnie

W niniejszym artykule podjęto się analizy problematyki domniemań relewantnych prawnokarnie, w tym tzw. materialnoprawnego domniemania winy. Definitywnie wykluczono normatywne konotacje tego domniemania. Rozważania oparto na jednej z teoretyczno-prawnych koncepcji domniemań faktycznych, tzw. koncepcji mieszanej, na gruncie której *preasumptiones hominis* postrzegane są jako uproszczenia dowodowe przyjmujące postać wnioskowań niededukcyjnych. Domniemania te ani nie ograniczają zasady swobodnej oceny dowodów, ani nie przenoszą wbrew ustawie ciężaru dowodu. Krytycznej refleksji poddano wybrane ujęcia doktrynalne, w tym przede wszystkim te optujące za wyróżnieniem domniemań relewantnych prawnokarnie. Uwagę poświęcono także pojęciu ustaleń faktycznych, zwłaszcza w kontekście ich relacji do kategorii ocen prawnych. W artykule sformułowano ponadto hipotezę, zgodnie z którą ustalenia faktyczne mogą dotyczyć twierdzeń o faktach mających referencję zarówno w obiektywnej rzeczywistości, jak i faktów konwencjonalnych w prawie, dla których reguły konstytucyjne wyznaczają elementy dogmatycznie ujmowanej struktury przestępstwa.

Słowa kluczowe: *domniemania w prawie, domniemania faktyczne, domniemania prawne, domniemanie niewinności, fakty prawne, fakty konwencjonalne, reguły konstytucyjne, wnioskowanie niededukcyjne, uproszczenia dowodowe*

Literatura:

1. Abraão A., *A presunção "juris tantum" na responsabilidade penal*, Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores 1953, t. 11, nr 46;
2. Ashford H.A., Risinger D.M., *Presumptions, Assumptions and Due Process in Criminal Cases: A Theoretical Overview*, Yale Law Journal 1969, t. 79, nr 2;
3. Berliz de Almeida G., *Os limites da presunção penal*, Revista Liberdades 2010, t. 3;
4. Christie G.C., Pye A.K., *Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: another view*, Duke Law Journal 1970, t. 1;
5. Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym* [w:] *Dzieła Wybrane*, t. I, M. Cieślak, Kraków 2011;

6. Collier C.W., *The Improper Use of Presumptions in Recent Criminal Law Adjudication*, Stanford Law Review 1986, t. 38;
7. Cordeiro N., Carlos Alves Linhares A., *Prisões cautelares e presunção de culpa: notas históricas sobre esta dialética no direito processual penal brasileiro*, Revista brasileira de direitos et garantias fundamentais 2017, t. 3, nr 1;
8. Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996;
9. de Aragão Frazão M., Carvalho de Oliveira Cavalcanti T., *Que presunções (não) tolera o direito penal? Which presumption (does not) stand the Criminal Law?*, <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ea119a40c1592979>;
10. Friedland S.I., *On Common Sense and the Evaluation of Witness Credibility*, Case Western Reserve Law Review 1989, t. 40;
11. Giezek J., *Fakty oraz ich oceny jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2018, t. CXIV;
12. Gizbert-Studnicki T., *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, Państwo i Prawo 1975, z. 4;
13. Gizbert-Studnicki T., *Spór o domniemania prawne*, Państwo i Prawo 1977, z. 11;
14. Godden M.D., Walton D., *A Theory of Presumption for Everyday Argumentation*, Pragmatics & Cognition 2007, nr 15(2);
15. James G., *Relevancy, Probability and the Law*, California Law Review 1941, t. 29;
16. Janusz-Pohl B., *Definitions and Typologies of Acts in Criminal Proceedings. Perspective of Conventionalisation and Formalisation*, Adam Mickiewicz University Law Books 2017, nr 4;
17. Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017;
18. Janusz-Pohl B., *Konwencjonalizm i formalizm postępowania dowodowego* [w:] *Dowody. System Prawa Karnego Procesowego*, t. VIII, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019;
19. Janusz-Pohl B., *Teoretycznoprawne aspekty relacji pomiędzy zasadami legalizmu i kontradyktoryjności w polskim procesie karnym* [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym*, B. Dudzik, J. Kosowski, I. Nowikowski, Lublin 2015;
20. Jaśkiewicz J., *Poznanie faktów w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013;
21. Jezusek A., *Domniemanie winy w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności*, Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 2016, z. 2;
22. Kaczmarek T., *Spory wokół pojęcia winy* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005;
23. Kardas P., Gutowski M., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017;
24. Kmiecik R., *Dowód ścisły w postępowaniu karnym*, Lublin 1983;
25. Kronenberg-Hartman R., *Responsabilidade Penal Objetiva E A Presunção De Violência*, Revista da EMERJ 2003, t. 6, nr 21;
26. Kruszyński P., Pawelec S. [w:] *Zasady procesu karnego. System Prawa Karnego Procesowego*, t. III, cz. 2, red. P. Wiliński, Warszawa 2014;
27. Lipiński K., *Zasada domniemania niewinności – próba spojrzenia materialnoprawnego*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2016, nr 41;
28. Lisowska A., *Domniemanie poczytalności – krytyka reguły stosowanej w polskiej procedurze karnej*, Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica 2017, nr 79;
29. Luiz Streck L., *A presunção da inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF*, Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná 2015, nr 3;
30. Morawski L., *Domniemania a dowody prawnicze*, Toruń 1981;
31. Morawski L., *Domniemania faktyczne a reguły dowodu prima facie*, Studia Prawnicze 1980, z. 1–2;
32. Nelken J., *Domniemania w procesie karnym*, Nowe Prawo 1970, nr 11;
33. Nelken J., *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970;

34. Nesson C., *Reasonable Doubt and Permissive Inferences: The Value of Complexity*, Harvard Law Review 1979, t. 92;
35. Nesson C., *Rationality, Presumptions and Judicial Comment*, Harvard Law Review 1981, t. 94;
36. Nowacki J., *Domniemania prawne*, Katowice 1976;
37. Nowak L., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Czynności konwencjonalne w prawie*, Studia Prawnicze 1973, z. 33;
38. Nunes da Silva Júnior W., *Princípios da presunção de inocência e da não culpabilidade: distinção, aplicação e alcance*, Revista constituição e garantia de direitos 2018, nr 6;
39. Patryas W., *Próba wyjaśniania domniemań prawnych*, Poznań 2011;
40. Pawelec S., *Domniemania [w:] Dowody. System Prawa Karnego Procesowego*, t. VIII, cz. 1, red. J. Skorupka, Warszawa 2019;
41. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019;
42. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007;
43. Ranney J.T., *Presumptions in Criminal Cases: A New Look at an Old Problem*, Montana Law Review 1980, t. 41;
44. Rescher N., *Presumption and the Practices of Tentative Cognition*, Cambridge 2006;
45. Rudzkiś T., Panomariovas A., *Legal Presumptions in the Context of Contemporary Criminal Justice: Formulation of a Paradigm*, Hungarian Journal of Legal Studies 2016, t. 57, nr 4;
46. Świecki D., *Wina w prawie karnym materialnym i procesowym*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 11–12;
47. Wróbel W., *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego 2006, nr 96;
48. Wróbel W., *O dwóch aspektach konstytucyjnej zasady domniemania niewinności [w:] Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gabele*, red. K. Krajewski, Warszawa–Kraków 2007;
49. Wróbel W., *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i nieumyślnej [w:] Przestępstwo kara polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006;
50. Wróblewski J., *Domniemania w prawie. Problematyka teoretyczna*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1973, nr 3;
51. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988;
52. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017;
53. Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988;
54. Ziemiński Z., *Logiczne podstawy prawoznawstwa*, Warszawa 1966;
55. Żbikowska M., *Ciężar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019;
56. Żbikowska M., *Przeciwdowód [w:] Między stabilnością a zmiennością prawa*, red. W. Cieślak, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2017.

Mariusz Nawrocki*

Ustalanie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych**

1. WPROWADZENIE

Ustalenie zamiaru popełnienia przestępstwa, a szerzej – ustalenie strony podmiotowej popełnionego przez sprawcę czynu, należy do najtrudniejszych elementów procesu karnego. Rzecz bowiem w tym, że przypisanie odpowiedzialności karnej może zachodzić tylko wtedy, gdy wszystkie znamiona popełnionego przez sprawcę przestępstwa, nie wyłączając znamion odpowiedzialnych za określenie strony podmiotowej, zostaną mu udowodnione. Z procesowego punktu widzenia może się wydawać, że wszystkie znamiona są postrzegane jednakowo jako elementy, które należy sprawcy udowodnić. Niemniej z perspektywy materialnego prawa karnego dostrzegalna jest wyraźna różnica między znamionami strony podmiotowej a pozostałymi znamionami czynu zabronionego. Te pierwsze związane są z przeżyciami psychicznymi i charakteryzują się subiektywizmem. Te drugie natomiast tej cechy nie spełniają, będąc w istocie elementem obiektywnym w konstrukcji przestępstwa. Dostrzegalna jest również różnica pośród znamion odpowiedzialnych za określenie strony podmiotowej, tj. znamion określających element intelektualny oraz element wolicjonalny. W kontekście tytułowej problematyki pojawia się pytanie, czy i – ewentualnie – jak element wolicjonalny znamion strony podmiotowej wpływa na sposób ustalania zrealizowania tychże znamion.

Nie powinno budzić niczych wątpliwości, że udowodnienie elementów psychicznych różni się znacznie od udowodnienia elementów przedmiotowych. „Stwierdzenie bowiem *ex post* cudzych przeżyć psychicznych w dużym zwykle przedziale czasowym, przeżyć, których ani zaobserwować ani zarejestrować (...) nie jesteśmy w stanie, jest rzeczą znacznie trudniejszą”¹. Jak dodaje w tym względzie Tomasz Kaczmarek, „Ścisłe ustalenie relacji umyślności do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego natrafia na osobiwe trudności. Ich ogólniejsza przyczyna leży m.in. w tym, że zakres znaczeniowy «przeżyć psychicznych» sprawcy, na podstawie których chcemy określić jego stosunek podmiotowy do popełnionego czynu, nie został jak

* Dr hab. Mariusz Nawrocki jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0001-9339-4050, e-mail: Mariusz.Nawrocki@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.04.2020 r.

¹ S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 139.

dotąd w psychologii w pełni ustalony, podobnie jak nie do końca rozpoznany jest ich mechanizm oddziaływania na przebieg samego zachowania. W przeciwieństwie do strony obiektywnej czynu, zewnętrze postrzegalnej, dostępnej bezpośredniej zmysłowej obserwacji, subiektywna strona czynu realizuje się w psychice sprawcy, która stanowi najbardziej trudną do zbadania sferę ludzkiego życia”².

Zgadzając się w pełni z powyższymi konkluzjami, należy podkreślić, że jeszcze trudniejsze jest badanie i ustalenie zamiaru sprawcy przestępstwa kierunkowego. Wszak przestępstwa kierunkowe od strony konstrukcyjnej wymagają nie tylko umyślnego zachowania się sprawcy, ale również elementu dodatkowego – elementu wskazującego na wyznaczony przez sprawcę przedmiot jego dążeń, który najczęściej bywa określany jako cel jego działania³. Zatem udowodnienie zamiaru popełnienia przestępstwa kierunkowego musi obejmować wykazanie umyślności po stronie sprawcy oraz tego, że podjął on swoje zachowanie ze względu na określony cel.

2. DOWODZENIE ZAMIARU

Mówiąc o dowodzeniu, należy zdawać sobie sprawę z tego, że proces sądowy, będący odtworzeniem czynu sprawcy i mający na celu ustalenie prawdziwego, tj. rzeczywistego przebiegu tego zajścia, nie może sobie nawet rościć pretensji do tego, by osiągnąć pewność matematyczną czy metafizyczną⁴. Jak podkreśla Zdzisław Papierkowski w procesie sądowym, podobnie jak w innych badaniach nad zdarzeniami, które miały miejsce w przeszłości, a które były owocem działania ludzkiego, chodzi o zdobycie prawdy materialnej w tym sensie, że sędzia ma obowiązek zdobycia takiej pewności, która ma wytworzyć w nim przekonanie o winie lub niewinności oskarżonego. W procesie karnym nie uzyskujemy pewności matematycznej czy metafizycznej, ale pewność moralną, względną czy historyczną. Skoro zaś tylko o tego rodzaju pewności może być mowa w procesie karnym, to nie wolno nam postponować stanu prawdopodobieństwa jako stanu rzekomo niezdolnego do wytworzenia odpowiedniego stopnia przekonania sędziowskiego⁵. Na gruncie procesu karnego, nie mogąc osiągnąć pewności matematycznej, musimy operować pojęciem prawdopodobieństwa, które ma różne stopnie. Przekonanie sędziego o pewnym stanie rzeczy jest wprost zależne od większego lub mniejszego stopnia prawdopodobieństwa. Kiedy prawdopodobieństwo osiągnie taki stopień, że sędzia nie będzie miał już żadnych wątpliwości, czyli iż wyrobi się u niego głębokie przekonanie o tym, że oskarżony popełnił zarzucony mu czyn, wówczas możemy powiedzieć, że sędzia osiągnął pewność, która bez żadnych zastrzeżeń może stanowić podstawę do wydania wyroku skazującego⁶.

I choć mogłoby się wydawać, że ustalenie strony podmiotowej przestępstw umyślnych, w tym zwłaszcza przestępstw kierunkowych, ze względu na trudności

² T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności* [w:] *Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011, s. 30.

³ M. Nawrocki, *Strona podmiotowa przestępstw kierunkowych*, „Ius Novum” 2017/3, s. 165, 174.

⁴ Z. Papierkowski, *Dowód poszlakowy w postępowaniu karnym. Studium procesowo-prawne*, Lublin 1933, s. 95.

⁵ Z. Papierkowski, *Dowód...*, s. 95–96.

⁶ Z. Papierkowski, *Dowód...*, s. 97. Zob. również A. Jezusek, „Domniemanie winy” w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016/2, s. 182.

w odkryciu rzeczywistych przeżyć psychicznych sprawcy jest tak dalece utrudnione, iż wręcz w praktyce niemożliwe, to w judykaturze i doktrynie prawa karnego już od pewnego czasu zwraca się uwagę, że są sposoby na określenie stosunku intelektualno-wolicjonalnego sprawcy do popełnianego przezeń czynu. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że znamiona podmiotowe czynu będące w istocie przeżyciami wewnętrznymi sprawcy, jego stanami psychicznymi, nie są bezpośrednio dostępne dla innych osób, a tym samym nie poddają się bezpośredniemu badaniu i weryfikacji. O istnieniu i charakterze tych przeżyć (w tym o postaci zamiaru sprawcy) można wnioskować jedynie pośrednio, na podstawie ich zewnętrznej emanacji w postaci konkretnych zachowań. Zamiaru popełnienia przestępstwa nie wolno jednak ani domniemywać, ani się go domyślać, lecz musi być on ustalony w sposób pewny wykluczający jakąkolwiek wątpliwość, w szczególności w przypadku, gdy oskarżony nie przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu czynu. Wówczas to ustalenie niezbędnego dla skazania za przestępstwo umyślne zamiaru sprawcy powinno się odbywać w oparciu o zewnętrzne przejawy jego zachowania i całokształt przedmiotowych i podmiotowych okoliczności zdarzenia. Dopiero bowiem na podstawie wszystkich okoliczności dotyczących danego przypadku i osoby sprawcy możliwe jest odtworzenie rzeczywistych przeżyć sprawcy i ustalenie, do czego zmierzał, czego chciał, względnie – postępując w określony sposób – co przewidywał i na co się godził. Możliwe jest wprowadzić ustalenie zamiaru sprawcy na podstawie samych tylko przedmiotowych okoliczności, związanych z konkretnym zdarzeniem, na podstawie samego sposobu działania pod warunkiem jednakże, że działanie to jest tego rodzaju, iż podjęcie go przez sprawcę wskazuje jednoznacznie, bez żadnych w tym zakresie wątpliwości na cel do jakiego on zmierza. Jednoznaczność ta nie może oznaczać niczego innego jak nieodzowność określonego skutku, gdyż tylko wtedy możliwe jest prawidłowe ustalenie, że sprawca chciał takiego, a nie innego skutku swojego działania⁷. Innymi słowy, stronę podmiotową poznajemy pośrednio, na podstawie faktów zewnętrznych wskazujących na stosunek psychiczny sprawcy do czynu. Do tych faktów zewnętrznych należą okoliczności i sposób działania sprawcy, podłoże zdarzenia, sytuacja motywacyjna sprawcy (z której wnioskujemy o pobudkach, celach, które sprawcy ewentualnie przyświecały) oraz dane charakteryzujące osobowość sprawcy⁸.

Z kolei w piśmiennictwie karnistycznym zwraca się uwagę na okoliczność, że choć z postanowień Kodeksu karnego⁹, tj. przede wszystkim z art. 8 i 9 wynika, iż wymogi w sferze strony podmiotowej są spełnione tylko w przypadku, gdy w stosunku do wszystkich znamion strony przedmiotowej wystąpi umyślność lub nieumyślność¹⁰, to coraz częściej i śmiej podnosi się, że nie wszystkie znamiona objęte świadomością sprawcy muszą być również objęte jego wolą¹¹. Jak bowiem

⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 12.05.1976 r., V KR 20/76, Legalis nr 19423; postanowienie SN z 23.08.2017 r., III KK 327/17, Legalis nr 1682602; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Poznaniu z 15.02.2018 r., II AKA 224/17, Legalis nr 1834696.

⁸ I. Andrejew, *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968, s. 145–146.

⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

¹⁰ C. Bliźniak, *Specyfika regulacji mens rea w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich*, „Prokuratura i Prawo” 2018/10, s. 151.

¹¹ J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 208–209. Podobnego zdania jest T. Kaczmarek, który podnosi, że stan świadomości poszczególnych znamion może być różny – zob. T. Kaczmarek, *Sporne problemy...*, s. 34.

wskazuje Jacek Giezek, zamiar nie obejmuje wszystkiego, co w związku z realizacją znamion przestępstwa sprawca sobie uświadamia, lecz powstaje jedynie na tle tego, co zostaje przez niego uświadomione. Stąd też pole świadomości obejmuje znacznie obszerniejszy zakres okoliczności niż te, których wystąpienia sprawca chce albo się na nie godzi¹². W konsekwencji zamiaru nie relacjonujemy do kompletu znamion strony przedmiotowej, a tym bardziej do każdego z nich z osobna, lecz do pewnego stanu rzeczy, który wyłania się z ustawowego opisu wskazującego na to, co stanowi istotę popełnianego czynu. Mówiąc zaś o istocie czynu – jak podkreśla J. Giezek – w przypadku przestępstw materialnych należy mieć na uwadze realizację znamienia charakteryzującego skutek zachowania sprawcy, zaś w przypadku przestępstw formalnych – realizację znamienia opisującego to zachowanie za pomocą tzw. czynności czasownikowej¹³. Podobnego zdania jest Andrzej Zoll, według którego przedmiotem chęci musi być realizacja zachowania odpowiadającego znamionom typu czynu zabronionego ujmowana jako całość. Chęć, jako postać zamiaru, nie odnosi się więc do poszczególnych znamion, lecz do całości zachowania określonego znamionami typu czynu zabronionego¹⁴. Przed laty w podobnym tonie wypowiedział się również Igor Andrejew, podnosząc, że świadomość zdarzenia przestępnego u sprawcy można potraktować jako układ spoisty postrzegany w całości, przy czym układ ten obejmuje przedmiot wykonawczy, miejsce i czas czynu, sposób jego wykonania itd. Spostrzegając układ w całości, sprawca rozpoznaje jego znaczenie także bez zastanowienia się nad poszczególnymi jego elementami i również bez aktualizacji treści semantycznej dotyczącej poszczególnych elementów i ich właściwości¹⁵. W tym względzie warto odnotować także głos Magdaleny Budyn-Kulik, zdaniem której dla możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej wystarczająca jest świadomość istoty czynu, czyli znamion strony przedmiotowej przede wszystkim znamienia czynnościowego, skutku (przy przestępstwach materialnych) oraz w niektórych przypadkach podmiotu (przy przestępstwach indywidualnych). Jej zdaniem zasadne byłoby przyjąć, że też element wolicjonalny powinien się odnosić do istoty czynu. Dla przypisania sprawcy umyślności *de lege lata* wystarcza stwierdzenie, że sprawca chciał lub godził się na realizację znamienia czynnościowego (ewentualnie dookreślonego przez inne znamię przedmiotowe stanowiące o naturze czynu). Na przykład dla czynu zabronionego kradzieży istotne jest to, że sprawca zabiera rzecz, którą jest w stanie fizycznie przemieścić i co do której wie, że jest cudza. Nie ma tu znaczenia, czy wie on, że np. portfel, który zabiera jest rzeczą ruchomą ani czy wie, że rzecz jest czyjąś własnością. Zabranie rzeczy właścicielowi bez jego zgody (a takie jest podstawowe językowe znaczenie czasownika zabierać jako pozbawić kogoś czegoś) ma w sobie wpisany cel postępowania z rzeczą jak właściciel. W przypadku istniejących typów czynów zabronionych znamiennej celem, konsekwencją przyjęcia założenia, że sprawca ma obejmować zamiarem

¹² J. Giezek, *Świadomość...*, s. 209–211.

¹³ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 211.

¹⁴ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szweczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2012, s. 145.

¹⁵ I. Andrejew, *Rozpoznanie...*, s. 122–123. Unaoczniając swoją wypowiedź, I. Andrejew posługuje się przykładem sprawcy, który w tramwaju sięga do koszyka stojącej obok kobiety i wyciąga portmonetkę. Zdaniem I. Andrejewa, ważna jest świadomość całego zdarzenia, w której jako współuświadamiona występuje właściwość torebki: że jest „cudza”.

znamię czynnościowe, powinno być uznanie, iż nie musi on chcieć zrealizowania wszystkich znamion danego typu czynu zabronionego. Wystarczy, że istotę czynu (znamię czynnościowe i cel z nim związany) obejmuje zamiarem bezpośrednim, pozostałe zaś zamiarem ewentualnym¹⁶.

Z powyższego zestawienia poglądów judykatury i doktryny wynika, że nie jesteśmy w stanie bezpośrednio wykazać strony podmiotowej czynu zabronionego, gdyż nie są dla nas dostępne przeżycia psychiczne sprawcy. Nie powoduje to jednak, że przeżycia psychiczne pozostają poza sferą ustaleń faktycznych. Dopuszczalne jest bowiem ustalanie tychże znamion na podstawie zewnętrznie postrzegalnych przejawów zachowania się sprawcy, choć w orzecznictwie zarazem wyraźnie podkreśla się, że zamiaru nie wolno domniemywać czy się go domyślać¹⁷.

3. UPROSZCZONE FORMY DOWODZENIA

Uwzględniając powyższe, wiemy już, że nie jesteśmy w stanie udowodnić znamion strony podmiotowej tak jak znamion odpowiedzialnych za określenie strony przedmiotowej. Wiemy również, że brak wykazania znamion strony podmiotowej musiałby prowadzić do uniewinnienia sprawcy z uwagi na niemożność przypisania mu wszystkich znamion popełnionego czynu. Wiemy jednocześnie, że na to zgody być nie może (choćby z uwagi na zasadę sprawiedliwości) we wszystkich tych sytuacjach, kiedy mamy pewność, iż sprawca czynu się dopuścił, a jedynie pojawiają się trudności natury dowodowej w zakresie wykazania jego przeżyć psychicznych. Stajemy zatem przed nieuniknionym pytaniem. Jak – w zgodzie z prawidłami procedury karnej, a zarazem z poszanowaniem zasady sprawiedliwości – przeprowadzić postępowanie karne, aby było możliwe przypisanie odpowiedzialności sprawcy przestępstwa umyślnego, a w szczególności – kierunkowego?

Powyższe prowokuje do postawienia jeszcze innego pytania, czy nie jest tak, że karniści, zwłaszcza na polu sądowego przypisania odpowiedzialności, stawiają nazbyt rygorystyczne wymogi w zakresie wykazania strony podmiotowej czynu zabronionego, z jaką sprawca podejmował swoje zachowanie? Skoro na gruncie prawa karnego nie ma dostatecznych narzędzi do katerycznego stwierdzenia, co sprawca przewidywał lub mógł przewidzieć, jak również, czy działał z określonym zamiarem czy bez niego, to może należałoby poszukiwać rozwiązania urealnianego możliwości dowodowe w tym zakresie?

Potencjalnie jednym z takich rozwiązań może być konstrukcja tzw. domniemania faktycznego. W nauce prawa istota tego rodzaju domniemania jest pojmowana jako uproszczenie procesu dowodzenia z minimalnym ograniczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, przy jednoczesnym zakazie przenoszenia ciężaru dowodu na przeciwnika. Ze względów gwarancyjnych część autorów proponuje rezygnację z tej konstrukcji na gruncie procesu karnego¹⁸. Nie sposób jednak zaprzeczyć, że praktyka

¹⁶ M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 653. Zob. również T. Tyburcy, *Cel przywłaszczenia jako subiektywny element bezprawia przestępstwa kradzieży*, „Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis” 2017, t. 6(1), s. 83–84.

¹⁷ Po analizie orzecznictwa SN pogląd taki prezentuje także Michał Laskowski – zob. M. Laskowski, *Ustalanie umyślności w praktyce orzeczniczej* [w:] *Umyślność...*, s. 53, 63.

¹⁸ L. Morawski, *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1980/1–2, s. 234–235, 237.

orzecznicza, zgodnie z którą sądy czynią ustalenia w zakresie strony podmiotowej w oparciu o zewnętrzne przejawy zachowania się sprawcy i okoliczności zdarzenia są formą uproszczonego dowodzenia, zbliżoną (jeśli nie identyczną) do konstrukcji domniemania faktycznego, procesu poszlakowego czy też wnioskowania¹⁹. Wszak sąd nie czyni ustaleń na podstawie okoliczności odpowiedzialnych za (niepostrzegalne, choć niewątpliwie istniejące) przeżycia psychiczne sprawcy, ale na podstawie (postrzegalnych) okoliczności im towarzyszących. Stąd nierzadko ustalenia sądów przyjmują postać rozumowania, że skoro sprawca zrealizował przedmiotowe znamiona przestępstwa umyślnego, to działał umyślnie; względnie sądy stosują wnioskowanie redukcyjne jako wnioskowanie ze szczegółu o szczególe (tzw. wnioskowanie przez analogię), przyjmując, że skoro inni sprawcy zaboru mienia działali umyślnie, to pod sądny, popełniając swoje przestępstwo kradzieży, też działał umyślnie²⁰. Należy zatem w pełni podzielić stanowisko J. Giezka, że: „obserwacja oraz analiza praktyki wymiaru sprawiedliwości skłania do refleksji, że przy rekonstruowaniu stanu świadomości sprawcy czynu zabronionego sądy dość chętnie i często korzystają z uproszczonych procedur wnioskowania, które w skrajnych przypadkach odpowiadają schematowi: «skoro sprawca zachował się w określony sposób, to przecież miał (musiał mieć) świadomość tego co robi oraz wynikających stąd konsekwencji». Trudno oprzeć się wrażeniu, że mamy w takiej sytuacji do czynienia z jakimś swoistym domniemywaniem tego, jak ukształtowana była strona podmiotowa popełnionego czynu”²¹. Przed laty Stanisław Frankowski zwrócił jeszcze uwagę na dość osobliwą praktykę, zgodnie z którą udowodnienie strony podmiotowej odbywało się niejako na zasadzie „zaprzeczania”. Autor ten wskazywał bowiem, że do stwierdzenia celu przywłaszczenia sędzia nie dochodzi wprost, ale pośrednio przez stwierdzenie braku pewnych okoliczności przedmiotowych wskazujących na inny cel działania²². Zwracał uwagę, że akcent w procesie dowodzenia spoczywa na udowodnieniu strony przedmiotowej, tj. zaboru cudzego mienia ruchomego. Natomiast element podmiotowy – cel przywłaszczenia – zostaje udowodniony na podstawie oceny pewnych okoliczności przedmiotowych, z których część zresztą posłużyła do udowodnienia samego faktu zaboru. Przy braku zaś okoliczności tego rodzaju sędzia uznaje cel przywłaszczenia za udowodniony wobec braku „kontrookoliczności”, tj. takich okoliczności, które świadczyłyby o celu zaboru innym niż przywłaszczenie²³.

Diagnozę powyższego przedstawia Jarosław Majewski, zdaniem którego umyślność jako znamień nie jest traktowane na równi z pozostałymi znamionami,

¹⁹ Jeszcze bardziej kategoryczny pogląd sformułował Tomasz Tyburcy, zdaniem którego: „(...) przypisanie zamiaru sprawcy kradzieży często opiera się na fikcji. Podkreśla się, że trudno dowieść, że sprawca zabierający, w celu przywłaszczenia, cudzy portfel, miał w istocie zamiar kradzieży rzeczy o wartości nieprzekraczającej 1/4 minimalnego wynagrodzenia”. Zob. T. Tyburcy, *Świadomość znamienia kwotowego przepołowionego typu czynu zabronionego*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017/7, s. 77.

²⁰ Badania empiryczne pokazują, że tak właśnie w bardzo dużym stopniu wygląda praktyka sądowa. Zob. w szczególności analizę badań aktowych przedstawioną przez: I. Andrejewa (I. Andrejew, *Rozpoznanie...*, s. 137–144), S. Frankowskiego (S. Frankowski, *Przestępstwa...*, s. 138–181) oraz M. Budyn-Kulik (M. Budyn-Kulik, *Umyślność...*, s. 582–650), jak również w kontekście dostrzegania różnic między zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością – M. Jankowski, Ł. Pohl, *Zabójstwo a pobicie i bójka z następstwem śmierci (opis fragmentu praktyki sądowej oraz jej ocena z perspektywy ustaleń teorii prawa karnego – przyczynek do rozważań nad różnicą między zamiarem ewentualnym a nieumyślnością)*, „Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 7–41.

²¹ J. Giezek, *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2018/114, s. 89.

²² S. Frankowski, *Przestępstwa...*, s. 149.

²³ S. Frankowski, *Przestępstwa...*, s. 154.

w szczególności przedmiotowymi. Jest ona bowiem przyjmowana, podczas gdy pozostałe znamiona są wykazywane. Zdaniem J. Majewskiego jest to związane z ciągłym obowiązywaniem w świadomości niektórych karnistów psychologicznej koncepcji winy, zgodnie z którą umyślność nie jest elementem charakterystyki zachowania się sprawcy i jako taka nie jest znamieniem czynu zabronionego, a w konsekwencji – nie podlega dowiedzeniu²⁴.

4. WNIOSKOWANIE PROBABILISTYCZNE

Wychodząc tym wszystkim trudnościom naprzeciw, może należałoby rozważyć zmianę modelu ustalania i wykazywania strony podmiotowej popełnionego przez sprawcę przestępstwa, przechodząc od „klasycznej” formuły udowadniania znamion na rzecz formuły „uproszczonej”. Należałoby się zastanowić nad usankcjonowaniem konstrukcji, która już niejednokrotnie pojawiała się w praktyce stosowania prawa. Chodzi rzecz jasna o konstrukcję, która była w przeszłości określana jako tzw. domniemanie faktyczne. Wydaje się bowiem, że istnieje do tego pewien grunt. W orzecznictwie sądowym dostrzegalny jest bowiem pogląd, zgodnie z którym udowodnienie jakiegoś faktu nie musi oznaczać, że dane ustalenie musi zawsze wynikać bezpośrednio z konkretnych dowodów. Może ono wypływać także z nieodpartej logiki sytuacji stwierdzonej konkretnymi dowodami, jeśli stanowi ona oczywistą przesłankę, na podstawie której doświadczenie życiowe nasuwa jednoznaczny wniosek, że dana okoliczność faktyczna istotnie wystąpiła²⁵.

Przed przejściem do dalszych rozważań niezbędne jest zasygnalizowanie rozbieżności, jakie panują na gruncie problematyki szeroko rozumianej konstrukcji tzw. domniemania faktycznego²⁶. Wskazuje się, że domniemanie tego rodzaju nie jest pojmowane jednolicie – jest bowiem interpretowane jako odpowiednik: reguł dowodu poszlakowego, domniemań prawnych materialnych, domniemań wiarygodności (zupełnych, niezupełnych), domniemań prawnych formalnych, względnie jako konstrukcja mieszana²⁷.

W najnowszej literaturze z zakresu procesu karnego pojawiło się również stanowisko, zgodnie z którym „(...) domniemanie faktyczne jest opartym na regule empirycznej, odwołującej się do zasad doświadczenia życiowego opartych na wiedzy o związkach przyczynowych, niewynikającym z normy prawnej, typem uproszczonego rozumowania probabilistycznego, w którym od przesłanki tego wnioskowania będącej twierdzeniem o fakcie bądź agregacie faktów, przechodzi się – właściwie biorąc pod uwagę owe zasady doświadczenia życiowego – do wniosku takiego rozumowania będącym twierdzeniem o fakcie. (...) taki typ wnioskowania prawniczego – określony

²⁴ J. Majewski, *O pozaustawowym domniemaniu umyślności oraz jego szkodliwości* [w:] *Umyślność...*, s. 24–25.

²⁵ Zob. wyroki SN: z 4.10.1973 r., III KR 243/73, OSNKW 1974/2, poz. 33; z 2.12.2008 r., III KK 221/08, Legalis nr 303263; z 16.07.2013 r., WA 15/13, Legalis nr 704589; z 27.11.2015 r., II KK 198/15, Legalis nr 1370961; postanowienie SN z 25.05.2016 r., IV KK 156/16, Legalis nr 1483334; wyrok SN z 24.04.2018 r., V KK 379/17, Legalis nr 1773009; postanowienie SN z 23.05.2018 r., IV KK 189/18, Legalis nr 1798303.

²⁶ W tym względzie zob. M. Żbikowska, *Ciężar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019, s. 347–447 oraz przywołaną tam literaturę zarówno z zakresu postępowania karnego, jak i teorii prawa. Zob. również M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 95–103.

²⁷ M. Żbikowska, *Ciężar dowodu...*, s. 350–382.

jako domniemanie faktyczne – zasadniczo nie różni się od «klasycznego» wnioskowania probabilistycznego, z tym wyjątkiem, że z uwagi na oparcie tego wnioskowania na zasadach doświadczenia życiowego ma ono charakter uproszczony²⁸. W przypadku wnioskowania probabilistycznego przyjmuje (rozumuje) się na podstawie zasad doświadczenia życiowego, wskazań wiedzy oraz logiki, że z jakiegoś twierdzenia o fakcie (i to zazwyczaj fakcie jednostkowym) wynika inne²⁹. Szczególnie warto podkreślić, że przyjęcie wniosku takiego wnioskowania nie jest obligatoryjne, co oznacza, iż owo rozumowanie przebiega swobodnie, a więc nie jest ono związane z żadnymi formalnymi regułami. Przyjmując ten typ rozumowania na płaszczyźnie prawa dowodowego, powiedzielibyśmy, że owe reguły rozumowania wiążą się bezpośrednio z wyrażoną w art. 7 Kodeksu postępowania karnego³⁰ zasadą swobodnej oceny dowodów³¹. W tym miejscu należy dodać, że opisywany typ wnioskowania właściwie nie powinien być określany mianem „domniemanie faktyczne”³², albowiem – jak słusznie podkreśla Jerzy Wróblewski – powoduje to zacieranie różnicy między takim sposobem wnioskowania, opartym przecież na wiedzy oraz doświadczeniu życiowym a domniemaniami prawnymi, zaliczając je w istocie do jednej kategorii. Autor ten podkreśla, że rola prawa w opisywanym typie dowodzenia sprowadza się do tego, iż prawo dopuszcza w ramach tzw. swobodnej teorii dowodów właśnie taki tryb dowodzenia faktów³³.

Chcąc wykorzystać taki rodzaj rozumowania (wnioskowania) probabilistycznego na gruncie procesu karnego, należy pamiętać, że każda podjęta przez sąd decyzja wymaga uwzględnienia tego co stanowi rzetelnie ustaloną podstawę faktyczną (rekonstruowaną w ramach procesu karnego rzeczywistość, na którą składa się właściwie wyselekcjonowany fragment zachowania podmiotu) oraz prawidłowo zinterpretowaną podstawę prawną (ocenę rzeczywistości dokonaną według określonych kryteriów)³⁴. Odróżniając owe płaszczyzny, należy w rezultacie postawić pytanie, na której z nich wchodzić miałyby w rachubę swoiste uproszczenia zwalniające z konieczności gromadzenia materiału dowodowego oraz dokonywania jego szczegółowych analiz? Przyjmując, że istotą wnioskowania probabilistycznego jest rozumowanie o jakimś fakcie na podstawie innego faktu konsekwentnie należałoby przyjąć, iż przedmiotem takiego wnioskowania może być tylko twierdzenie o rzeczywistości (o faktach)³⁵.

²⁸ M. Żbikowska, *Ciążar dowodu...*, s. 382. Na podkreślenie zasługuje okoliczność, że w nauce prawa można się spotkać z poglądem bodaj większościowym, iż przesłanką i wnioskiem domniemanie faktyczne jest fakt, a nie twierdzenie o fakcie. Niemniej, obserwując praktykę stosowania prawa, wydaje się, że bardziej uprawniona jest jednak formuła domniemanie faktyczne oparte na twierdzeniu o faktach. Wszak sędzia, dokonując ustaleń w zakresie realizacji znamion, zwłaszcza strony podmiotowej czynu zabronionego, nie styka się bezpośrednio z faktami, tj. przeżyciami psychicznymi sprawcy, ale jedynie z pewnymi twierdzeniami o tych faktach (przeżyciach), które w toku procesu karnego odtwarza na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego (rzadko opierając się tylko na wyjaśnieniach sprawcy). W niniejszym opracowaniu zagadnienie to nie będzie jednak przedmiotem szerszych rozważań.

²⁹ M. Żbikowska, *Ciążar dowodu...*, s. 383.

³⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.) – dalej k.p.k.

³¹ M. Żbikowska, *Ciążar dowodu...*, s. 384.

³² Stąd we wcześniejszych fragmentach opracowania używano określenia „tzw. domniemanie faktyczne”.

³³ J. Wróblewski, *Domniemanie w prawie – problematyka teoretyczna*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1973, t. X, s. 31–32.

³⁴ J. Giezek, *Fakty...*, s. 78.

³⁵ J. Giezek, *Fakty...*, s. 79–80. Z wypowiedzi tej wynika, że J. Giezek przyjmuje, iż przesłanka domniemanie faktyczne w postaci faktu (faktów) prowadzi do wniosku tego domniemanie w postaci twierdzenia o fakcie (faktach). Z przywołanych wcześniej słów Małgorzaty Żbikowskiej wynika natomiast, że domniemanie faktyczne można „zbudować” lokując pośród przesłanek, jak i wniosków tylko twierdzenia o faktach. Innymi słowy, w ujęciu M. Żbikowskiej przesłanką i wnioskiem domniemanie faktyczne jest twierdzenie o fakcie, a nie fakt.

Powyższe prowokuje do stwierdzenia, że różnorodne wnioskowania (jako przejawy uproszczonego dowodzenia) zdają się nieodzowne w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Jak bowiem wskazuje Włodzimierz Wróbel, w prawie karnym materialnym obowiązuje od lat domniemanie winy, ale też i domniemanie spełnienia przez oceniane zachowanie kryteriów czynu³⁶. Autor ten podnosi, że z zebranego materiału dowodowego nie można od strony pozytywnej wyprowadzać wniosku o niewątpliwą poczytalność oskarżonego. Ową poczytalność można co najwyżej wnioskować z faktu, że ów materiał nie dostarcza dowodów przemawiających za niepoczytalnością sprawcy. Jest to więc wnioskowanie oparte na braku możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwnego, co stanowi klasyczny przykład domniemania określonego stanu rzeczy³⁷.

Skoro od wnioskowań probabilistycznych – rozumianych jako uproszczone formy dowodzenia uzasadnione doświadczeniem życiowym, zasadami logiki oraz wiedzą (przez niektórych autorów określane nadal jako domniemania) – nie sposób się zupełnie odżegnać w prawie karnym, a ponadto mają się one odnosić tylko do sfery odtwarzania rzeczywistości, to trzeba jeszcze odpowiedzieć na pytanie, jakich faktów mają dotyczyć owe wnioskowania?

W procesie karnym wyróżnia się fakt główny oraz fakty uboczne (zwane także dowodowymi). Na fakt główny składają się wszystkie elementy przestępstwa objęte zarzutem postawionym oskarżonemu, zaś fakty uboczne (dowodowe) to okoliczności niestanowiące elementów przestępstwa, ale pozwalające poprzez rozumowanie wyprowadzić wnioski co do faktu głównego³⁸.

Charakteryzując dowód poszlakowy Jan Nelken wskazał wyraźnie, że tzw. domniemaniem faktycznym (używając zaś nowszej nomenklatury powiedzielibyśmy „wnioskowaniem probabilistycznym” – przyp. autora) nie może być objęty fakt główny w sprawie karnej, gdyż byłoby to sprzeczne z ustawowym założeniem niewinności oskarżonego³⁹. Z poglądem tym można się zgodzić o tyle, o ile – po pierwsze – wnioskowanie tego rodzaju pojmowano by jako wnioskowanie o pewnym fakcie bez wykorzystania do tego środków dowodowych⁴⁰, oraz – po drugie – wnioskowanie tak rozumiane obejmowałoby wszystkie elementy decydujące o bycie przestępstwa.

Rozwijając powyższe, trzeba wskazać, że opisywane w niniejszym opracowaniu wnioskowanie probabilistyczne oparte jest na doświadczeniu życiowym, zasadach logiki oraz wiedzy, a zatem pozostaje pod ochroną zasady swobodnej oceny dowodów. W istocie rację ma przywołany już J. Wróblewski, jak też wtórująca mu M. Żbikowska, że w konstrukcji tej niewiele jest z domniemania, skoro wniosek nie jest przyjmowany *a priori*, lecz wynika z rozumowania opartego na doświadczeniu kauzalnym, prawidłach logiki oraz zasobach wiedzy. Nie sposób odmówić racji także Z. Papierkowskiemu, który przekonująco wskazuje, że w procesie karnym

³⁶ W. Wróbel, *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, „Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ” 2006/96, s. 247.

³⁷ W. Wróbel, *O domniemaniach...*, s. 253.

³⁸ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 29; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 351.

³⁹ J. Nelken, *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970, s. 150.

⁴⁰ Tak domniemania faktyczne pojmował J. Nelken, który różnicował je względem reguł dowodu poszlakowego – zob. J. Nelken, *Dowód poszlakowy...*, s. 150–151.

nie chodzi o osiągnięcie pewności matematycznej, ale o taki stopień przekonania sędziego, który jest wypadkową prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez sprawcę oraz wątpliwości jakie wiążą się z przypisaniem odpowiedzialności za to przestępstwo. W konsekwencji, we współczesnym procesie karnym nie chodzi o zastępowanie pewności co do faktu popełnienia przestępstwa przez określoną osobę domniemaniem tej okoliczności, ale o osiągnięcie takiego stopnia przekonania, które pozwala na stwierdzenie, że dana osoba jest sprawcą tego co zostało jej zarzucone. Przekonanie takie można uzyskać w procesie wnioskowania o faktach na podstawie innych faktów, co powinno być oparte na rozpoznawaniu zależności kauzalnych między tymi faktami, logicznym myśleniu oraz wykorzystaniu aktualnej wiedzy.

Współczesne spojrzenie na przestępstwo i możliwości jego wykazania (udowodnienia) różni się od zapatrywania sprzed półwiecza, kiedy pogląd swój zaprezentował J. Nelken. Wskazywano już w niniejszym opracowaniu na rozwój nauki prawa karnego w zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego. Zwrócono uwagę na zróżnicowanie aspektu intelektualnego i wolicjonalnego ze szczególnym uwzględnieniem relacji zamiaru do świadomości, a mianowicie, iż zamiar nie obejmuje wszystkiego, co sprawca sobie uświadamia oraz że zamiaru nie odnosimy do poszczególnych znamion strony przedmiotowej, lecz do pewnego stanu rzeczy, który wyłania się z ustawowego opisu jako całość. Nie można zatem wykluczyć, że w procesie karnym część znamion, tj. przede wszystkim znamiona o charakterze przedmiotowym, będzie wykazywana w klasyczny sposób, a część – znamiona odpowiedzialne za określenie strony podmiotowej przy wykorzystaniu formuły uproszczonej, tj. wnioskowania probabilistycznego o faktach (przeżyciach psychicznych sprawcy) na podstawie innych faktów (okoliczności przedmiotowych towarzyszących tym przeżyciom). Negowanie takiego rozwiązania musi prowadzić do trwania przy dotychczasowej alternatywie jaką jest złudne przekonanie, że jesteśmy w stanie w „matematyczny” sposób udowodnić znamiona strony podmiotowej przestępstwa.

W rezultacie wnioskujemy o popełnieniu przez sprawcę przestępstwa w sposób umyślny, albowiem – w świetle doświadczenia życiowego, zasad logiki oraz wiedzy – zdecydowanie bardziej prawdopodobne jest, że sprawca ten działał z określonym zamiarem aniżeli to, iż działał nieumyślnie czy wręcz przypadkowo. Dotyczy to również przestępstw kierunkowych. Wszak spoglądając na liczbę popełnianych kradzieży należy postawić pytanie, jaka jest realnie szansa na to, aby zabór mienia nie był powodowany chęcią jego przywłaszczenia?

Powyższe pozwala na określenie (wynioskowanie) stosunku wolicjonalnego sprawcy do zachowania (czynności wykonawczej), jakie zamierza podjąć. Rację ma w tym względzie T. Tyburcy, podnosząc że w przypadku kradzieży rzeczy ruchomej w rozumieniu art. 278 § 1 k.k. sprawa jest prosta, gdyż nie musi być ona aż tak skonkretyzowana w świadomości sprawcy, który z reguły chce zabrać wszystko co da się spieniężyć lub użyć⁴¹. Nie daje to jednak odpowiedzi na pytanie, jaki jest

⁴¹ T. Tyburcy, *Cel przywłaszczenia...*, s. 84. Autor ten zarazem wskazuje, że: „Sprawa komplikuje się, jeżeli z przedmiotem czynu z art. 278 § 1 k.k. zabierze on także np. przedmiot wykonawczy typu z art. 275 § 1 (np. dokument tożsamości) lub 278 § 5 k.k. (kartę uprawniającą do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego). Użycie lub sprzedaż tych przedmiotów jest znacznie utrudniona i obwarowana ryzykiem. Leżą one jakby na innej płaszczyźnie niż przedmiot wykonawczy czynu z art. 278 § 1 k.k. W szczególności jest to widoczne w przedmiocie wykonawczym art. 275 § 1 k.k. (...) W praktyce czyny te automatycznie

stosunek sprawcy do realizacji pozostałych znamion. Wszak nietrudno wyobrazić sobie całkiem realny stan faktyczny, w którym sprawca chce dokonać zaboru portfela wraz z jego zawartością w postaci pieniędzy, ale zarazem sprawca ten nie zna dokładnej kwoty pieniężnej (co wydaje się, że jest typowe w zdecydowanej większości tego rodzaju przypadków) znajdującej się w portfelu. Ma to szczególne znaczenie na gruncie zmodyfikowanych typów kradzieży – typu kwalifikowanego z uwagi na wartość mienia (art. 278 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k.), czy też typu przepołowionego w postaci wykroczenia (art. 119 § 1 Kodeksu wykroczeń⁴²),⁴³ albowiem wpływa na przyjęcie odpowiedniej (kwalifikującej lub uprzywilejowującej) kwalifikacji prawnej. Sprawca, kradnąc portfel, z pewnością dopuszcza możliwość, że znajdują się w nim pieniądze, albowiem bez tego najpewniej w ogóle nie dopuściłby się tego czynu. Czy jednak działa w celu przywłaszczenia określonej kwoty? Pytanie, choć na pierwszy rzut oka może wydawać się nonsensowne, ma jednak swoje głębokie znaczenie. Wszak można zaobserwować dobrze rozpoznaną praktykę dopuszczania się przez sprawców drobnych kradzieży, które każdorazowo nie przekraczają wartości granicznej między przestępstwem a wykroczeniem. Intencjonalność sprawców w zakresie kwoty zaboru jest tu nakierowana na uniknięcie odpowiedzialności karnej na rzecz ewentualnej (na wypadek wykrycia sprawstwa) odpowiedzialności wykroczeniowej⁴⁴. Niemniej nie można wykluczyć, że sprawca będzie przejawiał inny stosunek do wartości zabieranego mienia, np. będzie chciał dokonać zaboru, ale godzi się na uzyskanie w ten sposób każdej kwoty, jaką uda mu się zabrać. Koresponduje to z wypowiedzią W. Wróbla, zgodnie z którą: „Formuła, że umyślność w takim samym stopniu obejmuje wszystkie znamiona, musi być zdemistyfikowana. Doskonale wyobrazić sobie można oszustwo, gdzie działanie «w celu» dotyczy tylko korzyści majątkowej, a reszta znamion jest objęta zamiarem ewentualnym”⁴⁵. Oczywiście nie stoi to w sprzeczności z przywołanym i akceptowanym w niniejszym opracowaniu stwierdzeniem, że zamiaru nie odnosiśmy do poszczególnych znamion strony przedmiotowej, lecz do pewnego stanu rzeczy, który wyłania się z ustawowego opisu jako całość. Wszak sprawca kradzieży swoją chęć popełnienia tego czynu odnosi do znamienia czynnościowego jakim jest zabór, który traktuje właśnie jako istotę tego przestępstwa. Pozostałe znamiona kradzieży, choć mają znaczenie dla dogmatyków i praktyków, to dla sprawcy pozostają niejako na uboczu. Dobrze oddają to słowa J. Giezka, zdaniem którego sprawca, spostrzegając w całości popełniane przestępstwo, rozpoznaje jego znaczenie, choć niekoniecznie zastanawia się nad poszczególnymi jego elementami oraz niekoniecznie aktualizuje oznaczenia semantyczne poszczególnych elementów i ich

kwalifikuje się na zasadzie art. 11 § 2 k.k., choć w wielu przypadkach stanowi to obrazę prawa materialnego (brak celowości działania w stosunku do dokumentu tożsamości osoby kradnącej portfel). Sprawca, kradnąc portfel lub torebkę, na pewno dopuszcza możliwość, że znajduje się w niej karta bankomatowa lub dowód osobisty. Czy jednak działa w celu ich przywłaszczenia? Kwestia ta w wielu wypadkach wydaje się wątpliwa”.

⁴² Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.).

⁴³ Zob. T. Tyburcy, *Świadomość...*, s. 71–87.

⁴⁴ Odpowiedzią na taką praktykę może być rozwiązanie przyjęte w art. 12 § 2 k.k. Uwagi odnośnie do nowego kształtu art. 12 k.k. sformułowali J. Giezek i Piotr Kardas – zob. J. Giezek, P. Kardas, *Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia* (art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.u.), „Palestra” 2019/1–2, s. 36–55.

⁴⁵ W. Wróbel, *Określenie strony podmiotowej czynu zabronionego z perspektywy funkcji gwarancyjnej [w:] Umyślność...*, s. 13.

właściwości⁴⁶. Sprawca, choć realizuje znamiona danego typu czynu zabronionego, to nie myśli słowami ustawy, która dany typ penalizuje⁴⁷.

5. SPOSÓB USTALENIA ZAMIARU SPRAWCY

Powracając do pytania postawionego we wstępie niniejszej publikacji, należy się zastanowić nad „technicznym” sposobem ustalania realizacji elementu wolicjonalnego strony podmiotowej. Wydawałoby się, że najprostszym sposobem byłoby zapytać sprawcę w czasie jego wysłuchania i utrwalić to procesowo w ramach protokołu zawierającego jego wyjaśnienia. Niemniej w orzecznictwie sądowym daje się zaobserwować tendencję do zachowania dość daleko posuniętej ostrożności w czynieniu ustaleń na takiej podstawie. I tak przed laty Sąd Apelacyjny w Krakowie wskazał, że: „Zamiar pozbawienia życia ustalić można nie tylko z wyjaśnień sprawcy, przyznającego się do tego, ale dowodzeniem pośrednim ze sposobu działania sprawcy, rodzaju zadawanych urazów, ich liczby, intensywności, lokalizacji, narzędzi, wypowiedzi sprawcy przed popełnieniem przestępstwa i po nim oraz tym podobne okoliczności. Byłoby wynaturzeniem sprawiedliwości, gdyby jej wymiar miał zależeć od tego, do czego sprawca zechce się przyznać”⁴⁸. Nieco łagodniej sąd ten wypowiedział się w ostatnim czasie, podnosząc że: „Ustalenia faktyczne dotyczące znamion podmiotowych powinny odwoływać się do całokształtu materiału dowodowego sprawy. Zamiar sprawcy, choć istnieje tylko w jego świadomości, to jest faktem psychologicznym, zatem podlega dowodzeniu na tych samych zasadach, co fakty z zakresu strony przedmiotowej czynu. Istotnym dowodem są tu wyjaśnienia oskarżonego, w których ocenie oczywiście należy zachować krytycyzm”⁴⁹. Interesujący pogląd przedstawił z kolei Sąd Apelacyjny w Szczecinie, który wskazał, że: „Nawet wyartykułowanie zamiaru zabójstwa nie zawsze wskazuje na rzeczywiste intencje osoby, która wypowiada takie słowa. Uzewnętrznione przejawy zachowania sprawcy nie zawsze determinują określenie zamiaru jego działania i stąd konieczne jest także rozważenie innych przesłanek podmiotowych oraz przedmiotowych”⁵⁰.

Wydaje się zatem – przynajmniej w świetle poglądów judykatury – że faktycznie jest tak, iż zamiar popełnienia czynu zabronionego należałoby ustalać na podstawie całokształtu przedmiotowych, jak i podmiotowych okoliczności sprawy, nie ograniczając się wyłącznie do wyjaśnień sprawcy. Wyjaśnienia te – zależne przecież tylko od samego sprawcy i niejednokrotnie motywowane nie zawsze szlachetnymi pobudkami – nie mogą stanowić jedynej, a nawet głównej podstawy czynionych ustaleń. Dowodzenie powinno zatem następować w oparciu na różnego rodzaju wnioskowaniach, które zasadzają się na wszelkich okolicznościach, na podstawie których dają się wyprowadzić dorzeczne wnioski.

W kontekście powyższego, pojawia się zatem nie pozbawione sensu pytanie, czy rozwiązaniem wskazanych problemów może być konstrukcja zamiaru

⁴⁶ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 74–75.

⁴⁷ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 129.

⁴⁸ Wyrok SA w Krakowie z 5.09.1996 r., II AKa 193/96, LEX nr 26365.

⁴⁹ Wyrok SA w Krakowie z 5.02.2019 r., II AKa 286/18, LEX nr 2707537.

⁵⁰ Wyrok SA w Szczecinie z 12.12.2019 r., II AKa 151/19, LEX nr 2891718.

niby-ewentualnego. Za twórcę zamiaru tego rodzaju uważa się I. Andrejewa⁵¹. Zamiar ten – według zamysłów jego autora – to konstrukcja dość oryginalna, bo sprowadzająca się do „chęci” w stosunku do znamienia czasownikowego przy jednoczesnym braku w świadomości sprawcy odbicia rzeczywistości w postaci w pełni odpowiadającej znamionom strony przedmiotowej, a co za tym idzie – wystąpienia „godzenia się” na możliwość, że rzeczywistość zawiera tego rodzaju znamiona⁵². Zdaniem I. Andrejewa „godzenie się” może dotyczyć znamion wyrażających przedmiot wykonawczy – czas, miejsce lub okoliczności czynu zabronionego⁵³. Zatem ten zamiar niby-ewentualny przejawia dość nietypową cechę, tzn. znamię czasownikowe czynu zabronionego objęte jest „chęcią” sprawcy, zaś pozostałe znamiona strony przedmiotowej są wyrażane poprzez „godzenie się” na ich wypełnienie⁵⁴. Przykładem zastosowania w praktyce konstrukcji zamiaru niby-ewentualnego jest – opisana przez I. Andrejewa – sytuacja, w której znajduje się sprawca, który nie ma pewności co do tego, że osoba, z którą odbywa („chciany”) stosunek płciowy ukończyła 15 lat, ale dopuszcza możliwość, iż tego wieku nie osiągnęła, jednocześnie godząc się na taki stan rzeczy⁵⁵.

Konstrukcja zamiaru niby-ewentualnego zdaje się zatem odpowiadać żywionym już od pewnego czasu intuicjom, że w przypadku sprawcy popełniającego umyślny czyn zabroniony płaszczyzna intelektualna nie pokrywa się w pełni z płaszczyzną wolicjonalną. Innymi słowy, sprawca uświadamia sobie więcej niż chce, a w rezultacie nie wszystkie znamiona objęte świadomością sprawcy muszą być również objęte jego wolą⁵⁶. Należy bowiem zdawać sobie sprawę z tego, że nasze codzienne decyzje, nawet jeśli o karnoprawnej proveniencji, są uwikłane różnorodnie, tj. w pewne mieszaniny procesów intelektualno-wolicjonalnych z jakąś większą lub mniejszą przewagą danej postaci woli, które w zależności od nasilenia określonego czynnika kategoryzujemy – w świetle art. 9 § 1 k.k. – jako zamiar bezpośredni albo ewentualny. Zresztą zróżnicowanie strony podmiotowej w odniesieniu do jednego czynu zabronionego nie jest żadną nowością w polskim prawie karnym, o czym przekonuje przepis art. 9 § 3 k.k., który statuuje podstawę dla surowszej odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa o tzw. mieszanej stronie podmiotowej, tj. przestępstwa umyślnie-nieumyślnego (umyślnego w odniesieniu do zachowania, zaś nieumyślnego w odniesieniu do skutku).

Niemniej istotna jest okoliczność, że przepis art. 9 § 1 k.k. wprowadza jedynie techniczne (normatywne) właściwe tylko dla prawa karnego określenie umyślności, które niekoniecznie pokrywa się z potocznym rozumieniem tego pojęcia. Wprowadzenie do definicji umyślnie popełnianego czynu zabronionego zamiaru

⁵¹ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa...*, s. 132–136.

⁵² I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 205.

⁵³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, s. 205.

⁵⁴ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa...*, s. 134.

⁵⁵ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, s. 205. Choć sama koncepcja zamiaru niby-ewentualnego była negowana, to na gruncie przestępstwa opisanego w art. 200 § 1 k.k. w wariantcie przedstawionym przez I. Andrejewa zamiar ten jest akceptowany – zob. M. Filar [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, J. Bojarski, M. Bojarski, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Warszawa 2012, s. 1008; N. Kłaczyńska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, Warszawa 2014, s. 541.

⁵⁶ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 208–209.

wynikowego jest w istocie rozszerzeniem znaczenia umyślności jedynie na potrzeby karnistyki⁵⁷. Co warto podkreślić, przy wyznaczaniu granicy między zamiarem bezpośrednim i ewentualnym nie jesteśmy związani zastanym obrazem rzeczywistości, lecz zachowujemy swobodę umożliwiającą taki dobór kryteriów, dzięki którym prawnokarna reakcja na zachowanie zmierzające do naruszenia dobra prawem chronionego może zostać odpowiednio zracjonalizowana⁵⁸. Wydaje się zatem, że nie istnieje żadna dostateczna przeszkoda, aby zamiar niby-ewentualny ulokować np. w ramach art. 9 § 1 k.k.

Uwzględniając powyższe, a zwłaszcza doktrynalne uwagi co do zakresu spostrzeżeń sprawcy w chwili popełnienia czynu (sprawca spostrzega całe popełniane przestępstwo właściwie tylko przez pryzmat czynności sprawczej oraz skutku), można zaryzykować twierdzenie, że właściwie nie ma przeszkód dla (normatywnego, technicznego) wyodrębnienia zamiaru niby-ewentualnego i wykorzystania go na polu ustaleń strony podmiotowej. W takiej sytuacji zamiarem bezpośrednim należałoby obejmować zachowanie (i skutek – na gruncie przestępstw materialnych), podczas gdy pozostałe znamiona mogłyby być realizowane z zamiarem wynikowym. Co znamienne, takie podejście zdaje się znajdować potwierdzenie w przykładach z judykatury. Otóż w orzecznictwie Sądu Najwyższego na gruncie przestępstwa zagarnięcia mienia dopuszczano konstrukcję, która zakładała, że zamiar bezpośredni sprawcy odnosi się do samego zagarnięcia mienia, natomiast znaczna wartość tego mienia może być objęta już tylko zamiarem ewentualnym sprawcy⁵⁹.

6. WNIOSKOWANIE PROBABILISTYCZNE A PRAWO DO OBRONY

W kontekście powyższych rozważań należałoby postawić jeszcze jedno pytanie, a mianowicie, czy wnioskowanie probabilistyczne, choć oparte na doświadczeniu życiowym, zasadach logiki oraz wiedzy, będące jednak w istocie pewną uproszczoną formą dowodzenia nie narusza konstytucyjnego prawa sprawcy do obrony? Za odpowiedzią negatywną na tak postawione pytanie zdaje się przemawiać kilka argumentów.

W pierwszej kolejności należy mieć na uwadze fakt, że wnioskowanie probabilistyczne nie godzi w prawa oskarżonego, gdyż mieści się w ramach zasady swobodnej oceny dowodów i związanymi z nią tzw. luzami dowodowymi. Już przed laty J. Wróblewski wskazywał, że luzy te mają szczególny wydźwięk na gruncie dyrektyw tworzących tzw. swobodną teorię dowodów, gdzie uznanie faktu za udowodniony oparte jest na przekonaniu sędziowskim. Istota tak pojętego luzu decyzyjnego polega przede wszystkim na braku legalnych dyrektyw dowodowych, które krępowałyby swobodne i wewnętrzne przekonanie organu orzekającego. Należy jednak pamiętać, że chronione przez prawo przekonanie sędziego musi spełniać

⁵⁷ A. Zoll, *Strona podmiotowa i wina w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji* [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 411.

⁵⁸ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 222.

⁵⁹ Tak w wyrokach SN: z 10.10.1974 r., III KR 95/74, OSNKW 1975/1, poz. 7; z 19.03.1984 r., II KR 49/84, OSNKW 1984/11–12, poz. 118 oraz z 14.10.1988 r., IV KR 186/88, OSNKW 1989/1, poz. 7. Reminiscencje tego poglądu można spotkać również współcześnie – zob. wyrok SA w Gdańsku z 29.10.2014 r., II AKa 358/14, LEX nr 1713034.

pewne warunki, a mianowicie wyrażony w art. 7 k.p.k. obowiązek uwzględnienia zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego. Jeśli warunki te nie są spełnione, wówczas powołanie się na przekonanie nie jest wystarczającym uzasadnieniem decyzji dowodowej⁶⁰.

Nie można tracić z pola widzenia i tej okoliczności, że wnioskowanie probabilistyczne, o jakim mowa w niniejszej publikacji, ma być aplikowane na stosunkowo wąskim odcinku postępowania dowodowego, a mianowicie jedynie w odniesieniu do ustaleń czynionych w zakresie strony podmiotowej. W pozostałym zakresie ustalenia faktów muszą się odbywać przy wykorzystaniu „klasycznych” sposobów dowodzenia.

Dla oceny konstytucyjności omawianej konstrukcji istotne znaczenie ma również to, że dotychczasowa praktyka w zakresie ustalania strony podmiotowej jest nie mniej dyskusyjna. Wszak – jak już podkreślono we wstępie – subiektywna strona czynu realizuje się w psychice sprawcy, a ta nie jest dostępna dla podmiotów zewnętrznych, a nierzadko też dla samego sprawcy. Innymi słowy, dotychczasowe sposoby ustalenia tego, co sprawca przeżywa w czasie popełnienia czynu zabronionego są oparte na nie mniej dyskusyjnych rozwiązaniach, jak te, które aktualnie zaproponowano. Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że również z tej perspektywy standard konstytucyjny nie zostaje naruszony.

Warto także zaznaczyć, że wnioskowanie probabilistyczne nie jest żadnym *novum* w procesie karnym, bo – jak już wskazano – można je ułożyć w ramach zasady swobodnej oceny dowodów z art. 7 k.p.k.⁶¹, czy też jest wykorzystywane na gruncie stosowania środków zapobiegawczych.

Wreszcie, dla oceny konstytucyjności proponowanego rozwiązania niebagatelne znaczenie ma okoliczność, że ciężar przeprowadzenia wnioskowania – tak jak klasycznie pojmowane dowodzenie winy – nadal spoczywa na organie procesowym.

7. ZAKOŃCZENIE

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy zwrócić uwagę na niewątpliwy rozwój nauki prawa karnego w zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego. Dotyczy to w szczególności odświeżonego spojrzenia na świadomość sprawcy czynu zabronionego oraz problematykę zamiaru, który powinien być odnoszony raczej do czynu jako całości, a nie do jego poszczególnych elementów w separacji. Na tym tle interesująco wygląda „renesans” zamiaru niby-ewentualnego, który może być rozwiązaniem dla trudności dowodowych, jakie przysparza wykazanie sprawcy znamion odpowiedzialnych za określenie strony podmiotowej (zwłaszcza na gruncie przestępstw kierunkowych). Jakkolwiek konstrukcja ta została zarzucona, to wydaje się, że było to posunięcie przedwczesne, a już z pewnością nie w pełni uzasadnione.

⁶⁰ Zob. J. Wróblewski, *Kontrola decyzji sądowej – wybrane zagadnienia teoretyczne*, „Państwo i Prawo” 1976/8–9, s. 20–26, a także M. Zbikowska, *Ciężar dowodu...*, s. 497–498.

⁶¹ Znamienne w tym kontekście jest stanowisko wyrażone w ostatnim czasie przez Sąd Apelacyjny w Lublinie, który wyraźnie wskazał, że dla rekonstrukcji strony podmiotowej niezbędne jest wnioskowanie sądu opierające się na analizie nie tylko przedmiotowych okoliczności samego czynu, ale także wszelkich innych ujawnionych faktów dotyczących osoby sprawcy, osoby pokrzywdzonego, zachodzących między nimi relacji, tła rozważanego czynu, poprzedzających go zdarzeń i ich logicznego ciągu – zob. wyrok SA w Lublinie z 28.02.2019 r., II AKa 5/19, LEX nr 2669326.

Warto mieć również na uwadze, że w świetle tytułowych rozważań narzędziem pomocnym w zakresie czynienia ustaleń odnośnie do rzeczywistego zamiaru, jaki żywi sprawca przestępstwa umyślnego, może być „uproszczony” sposób dowodzenia jakim jest wnioskowanie probabilistyczne oparte na zasadach doświadczenia życiowego, logiki oraz wiedzy. Jak próbowano wykazać na gruncie niniejszej publikacji, wnioskowanie probabilistyczne – jako uproszczona forma dowodzenia – pozbawione jest wad klasycznie pojmowanego postępowania dowodowego, których nie sposób wyeliminować na gruncie ustaleń sfery psychicznej człowieka. Wnioskowanie tego rodzaju nie jest też formułą opartą na domniemaniu, a zatem nie istnieje ryzyko naruszenia podstawowych praw oskarżonego.

Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że dla aplikacji wnioskowania probabilistycznego do postępowania karnego nie jest wymagane podejście rewolucyjne. Wydaje się, że wystarczające będzie zaprzestanie udawania, iż prawnicy są w stanie dokładnie ustalić przebieg procesów psychicznych w umyśle człowieka. W konsekwencji, na gruncie procedury karnej pewnej korektury wymaga formuła czynienia ustaleń faktycznych w zakresie strony podmiotowej przestępstwa na rzecz podejścia lekko zmodyfikowanego, tj. podejścia uwzględniającego brak rzeczywistej możliwości uchwycenia zjawisk natury psychicznej i zastąpieniu w tym zakresie pewności prognozą o wysokim (bo opartym na doświadczeniu życiowym, logice i wiedzy) stopniu prawdopodobieństwa. Należy zatem raz jeszcze podkreślić, że we współczesnym procesie karnym nie chodzi o zastępowanie pewności co do faktu popełnienia przestępstwa domniemaniem tej okoliczności, ale o osiągnięcie takiego stopnia przekonania, które pozwala na stwierdzenie, że dana osoba jest sprawcą tego, co jej zostało zarzucone. Przekonanie takie można uzyskać w procesie wnioskowania o faktach na podstawie innych faktów, co powinno być oparte na rozpoznawaniu zależności kauzalnych między tymi faktami, logicznym myśleniu oraz wykorzystaniu aktualnej wiedzy.

Abstract

Mariusz Nawrocki, *Determining the Intention to Commit Intentional Crimes*

Determining the intention to commit a crime is one of the most difficult elements of the criminal trial. This is due to the need to make findings in the sphere of psychological experiences of the perpetrator. The essence of this publication is to draw attention to the different characters of features responsible for the description of the mens rea of the prohibited act and other indications included in the characteristics of the offence. The article points to the possible procedural solutions, with particular emphasis on simplified probabilistic conclusions based on the principles of life experience, principles of logic, and knowledge.

Keywords: *intention, presumption, inference, mens rea, evidence*

Streszczenie

Mariusz Nawrocki, *Ustalanie zamiaru popełnienia przestępstw umyślnych*

Ustalenie zamiaru popełnienia przestępstwa należy do najtrudniejszych elementów procesu karnego. Jest to związane z koniecznością czynienia ustaleń w sferze przeżyć psychicznych sprawcy. Istotą niniejszej publikacji jest zwrócenie uwagi na różnorodny charakter

znamion odpowiedzialnych za opis strony podmiotowej czynu zabronionego oraz pozostałych znamion składających się na charakterystykę przestępstwa. W artykule wskazano na możliwe rozwiązania procesowe, ze szczególnym uwzględnieniem uproszczonych wnioskowań probabilistycznych opartych na zasadach doświadczenia życiowego, logiki oraz wiedzy.

Słowa kluczowe: zamiar, domniemanie, wnioskowanie, strona podmiotowa, dowód

Literatura:

1. Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959;
2. Andrejew I., *Rozpoznanie znamion przestępstwa*, Warszawa 1968;
3. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978;
4. Bliźniak C., *Specyfika regulacji mens rea w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 10;
5. Bogdan G., Cwiakalski Z., Kardas P., Majewski J., Raglewski J., Szewczyk M., Wróbel W., Zoll A. [red.] *Kodeks karny. Część ogólna, t. I, Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2012;
6. Bojarski J., Bojarski M., Filar M. [red.], Filipkowski W., Górniok O., Guzik-Makaruk E., Hoc S., Hofmański P., Kalitowski M., Kulik M., Paprzycki L.K., Plywaczewski E., Radecki W., Sienkiewicz Z., Siwik Z., Stefański R.A., Tyszkiewicz L., Wąsek A., Wilk L., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012;
7. Budyn-Kulik M., *Umysłność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015;
8. Frankowski S., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970;
9. Gaberle A., *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010;
10. Giezek J. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, Warszawa 2014;
11. Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013;
12. Giezek J., *Fakty oraz ich ocena jako przedmiot materialnoprawnych domniemań w procesie karnym*, Przegląd Prawa i Administracji 2018, nr 114;
13. Giezek J., Kardas P., *Nowe uregulowania ciągłości popełnienia przestępstwa i wykroczenia (art. 12 § 2 k.k. i art. 10a k.w.)*, Palestra 2019, nr 1–2;
14. Gutowski M., Kardas P., *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017;
15. Jankowski M., Pohl Ł., *Zabójstwo a pobicie i bójka z następstwem śmierci (opis fragmentu praktyki sądowej oraz jej ocena z perspektywy ustaleń teorii prawa karnego – przyczynek do rozważań nad różnicą między zamiarem ewentualnym a nieumyślnością)*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
16. Jezusek A., *„Domniemanie winy” w prawie karnym materialnym a procesowe domniemanie niewinności*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2016, nr 2;
17. Kaczmarek T., *Sporne problemy umyślności [w:] Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
18. Laskowski M., *Ustalanie umyślności w praktyce orzeczniczej [w:] Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
19. Majewski J., *O pozaustawowym domniemaniu umyślności oraz jego szkodliwości [w:] Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
20. Morawski L., *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, *Studia Prawnicze* 1980, nr 1–2;
21. Nawrocki M., *Strona podmiotowa przestępstw kierunkowych*, *Ius Novum* 2017, nr 3;
22. Nelken J., *Dowód poszlakowy w procesie karnym*, Warszawa 1970;
23. Papierkowski Z., *Dowód poszlakowy w postępowaniu karnym. Studium procesowo-prawne*, Lublin 1933;

24. Tyburcy T., *Cel przywłaszczenia jako subiektywny element bezprawia przestępstwa kradzieży*, Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis 2017, t. 6(1);
25. Tyburcy T., *Świadomość znamienia kwotowego przepołowionego typu czynu zabronionego*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017, nr 7;
26. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016;
27. Wróbel W., *O domniemaniach w zakresie przesłanek odpowiedzialności karnej*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ 2006, nr 96;
28. Wróbel W., *Określenie strony podmiotowej czynu zabronionego z perspektywy funkcji gwarancyjnej* [w:] *Umysłność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
29. Wróblewski J., *Domniemania w prawie – problematyka teoretyczna*, Studia Prawno-Ekonomiczne 1973, t. X;
30. Wróblewski J., *Kontrola decyzji sądowej – wybrane zagadnienia teoretyczne*, Państwo i Prawo 1976, nr 8–9;
31. Zoll A., *Strona podmiotowa i вина w kodeksie karnym z 1997 r. i w projektach jego nowelizacji* [w:] *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003;
32. Zbikowska M., *Ciężar dowodu w polskim procesie karnym*, Warszawa 2019.

Małgorzata Żbikowska*

Organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego**

1. Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* przepisy Kodeksu postępowania karnego¹ w zakresie, w jakim wskazują organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania od podejrzanego materiału biologicznego, a ściślej wymazu ze śluzówki policzków, są ukształtowane prawidłowo, zarówno z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności, jak i z punktu widzenia unormowań konstytucyjnych. Słowem, przedmiotem analizy będzie kwestia zaskarżalności czynności, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., a ściślej – organu uprawnionego do rozpoznania takiego zażalenia. Niniejszy artykuł składa się z czterech części. Po pierwsze, wskazano na normatywną zawartość art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Po drugie, zwrócono uwagę na aktualne regulacje prawne dotyczące organu uprawnionego do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego, a także postawiono pytanie o zasadność takich regulacji. W dalszej części scharakteryzowano specyfikę czynności, o której stanowi art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., a także jej znaczenia dla procesu karnego, by następnie poddać pod rozagę to, czy aktualne regulacje prawne stanowiące o organie uprawnionym do rozpoznania takiego zażalenia są – z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności oraz z punktu widzenia norm konstytucyjnych – prawidłowe.

2. Artykuł 74 § 2 pkt 3 k.p.k. został wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego nowelizacją z 1.02.2005 r.², co miało stanowić remedium na ożywioną w tamtym czasie dyskusję naukową związaną z problematyką dopuszczalności uzyskiwania od oskarżonego materiału biologicznego do badań DNA i następce

* Dr Małgorzata Żbikowska jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-4792-4812, e-mail: malgorzata.zbikowska@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 14.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.04.2020 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.) – dalej k.p.k.

² Dz.U. z 2005 r. Nr 10, poz. 70.

możliwości wykorzystania opinii biegłego (tzw. dowód z badań DNA) w procesie karnym³. Zgodnie ze wskazanym przepisem oskarżony jest obowiązany poddać się „pobraniu przez funkcjonariusza Policji wymazu ze śluzówki policzków, jeżeli jest to nieodzowne i nie zachodzi obawa, że zagrażałoby to zdrowiu oskarżonego lub innych osób”. Wcześniej, tj. przed rzeczoną zmianą z 2005 r., dopuszczalność pobierania dla celów dowodowych materiału biologicznego od oskarżonego *sensu largo* wywodzono z treści (niemal identycznego z aktualnym brzmieniem) art. 74 § 2 pkt 2 *in fine* k.p.k., zgodnie z którym „w szczególności oskarżony jest obowiązany przy zachowaniu tych warunków poddać się pobraniu krwi, włosów lub wydzielin organizmu”. Marian Filar jeszcze przed nowelizacją z 2005 r. podkreślał, że: „Artykuł 74 § 2 i 3 k.p.k. dopuszcza pobieranie dla celów dowodowych materiału biologicznego od oskarżonego i podejrzanego, a także krwi i wydzielin od osoby podejrzanego za jej zgodą, a więc nie stwarza tu substancjalnych przeszkód prawnych do pobrania materiału nadającego się do badania profili DNA”⁴. Ponieważ jednak kwestia ta nadal budziła ożywioną dyskusję w doktrynie (a także z uwagi na inny sposób pobierania wymazu ze śluzówki policzków oraz pobierania innych wydzielin organizmu) ustawodawca w 2005 r. wyluszczył czynność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków oraz możliwość przeprowadzenia takiej czynności przewidział w pkt 3 art. 74 § 2 k.p.k. Jednocześnie przewidziano też możliwość pobrania wymazu ze śluzówki policzków od osoby podejrzanego, czemu ustawodawca dał wyraz poprzez zmianę art. 74 § 3 k.p.k. Sposób przeprowadzenia czynności, polegającej na pobraniu wymazu ze śluzówki policzków przez funkcjonariusza policji charakteryzuje § 13 wydanego na podstawie art. 74 § 4 k.p.k. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2005 r. w sprawie poddawania badaniom lub wykonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanego⁵. Do kwestii sposobu przeprowadzania takiej czynności przyjdzie jeszcze powrócić, tymczasem zwróćmy tu uwagę na normatywną zawartość art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k.

3. Wskazany przepis prawny przewiduje – dla ważności dokonania czynności w nim przewidzianej – konieczność zaistnienia przesłanki pozytywnej oraz niedopuszczalność zaistnienia przesłanki negatywnej. Ową przesłanką pozytywną jest nieodzowność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków. Zwrot „nieodzowny” ma charakter niedookreślony, zaś kwestia nieodzowności dokonania czynności pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze śluzówki policzków przeprowadzana jest *in concreto*, a więc indywidualnie i niezależnie w każdej sprawie karnej. Choć ustawodawca związany jest postulatem precyzji tekstów aktów prawnych⁶, to jednak posługiwanie się przez ustawodawcę zwrotami

³ Zob. np. P. Wolańska-Nowak, W. Branicki, *Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości*, „Prokuratura i Prawo” 2000/5, s. 87–98; T. Tomaszewski, *Siła dowodu z najnowszych badań naukowych w postępowaniu sądowym* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA Warszawa 2002*, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003, s. 27–43; P. Kowalczyk, *Badania DNA w orzecznictwie sądowym w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2011/3, s. 12–22.

⁴ M. Filar, *Wykład inauguracyjny: Dowód z DNA – nowa epoka prawa dowodowego czy zawiedzione nadzieje* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA Warszawa 2002*, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003, s. 17.

⁵ Dz.U. z 2005 r. Nr 33, poz. 299 – dalej rozporządzenie.

⁶ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 13 i n.

niedookreślonymi nie jest błędem. Zabieg taki jest dopuszczalny, jeśli towarzyszy mu określona intencja⁷. W odniesieniu do art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. ustawodawca niewątpliwie taką intencję posiadał, spektrum możliwych sytuacji wymagających pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie da się bowiem sprowadzić do jakiegoś zamkniętego katalogu. Zasadniczo możliwość pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego istnieje w razie konieczności identyfikacji tego podmiotu na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 3a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji⁸. Pobranie materiału biologicznego do badań DNA może być związane z koniecznością porównania próbki materiału biologicznego pobranego od podejrzanego z materiałem biologicznym pozostawionym na miejscu popełnienia czynu zabronionego. Kwestia posłużenia się przez ustawodawcę pojęciem „nieodzowności” przeprowadzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków była już badana przez Trybunał Konstytucyjny (dalej TK), który uznał w 2016 r.⁹, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest zgodny z art. 41 ust. 1 (prawo do nietykalności cielesnej), art. 47 (prawo do prywatności) i art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 (zasada proporcjonalności) Konstytucji RP¹⁰. W ocenie TK nie ma konieczności precyzyjniejszego określenia aniżeli „nieodzowność” przeprowadzenia takiej czynności, nie ma także konieczności katalogowania sytuacji, które precyzowałyby, kiedy pobranie wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego byłoby dopuszczalne. Zdaniem Trybunału z wykładni językowej art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., w połączeniu z wykładnią systemową i funkcjonalną, wynika, że nieodzowność pobrania wymazu ze śluzówki policzków zachodzi wówczas, gdy czynność ta jest warunkiem koniecznym wykrycia lub identyfikacji sprawcy i pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej lub uniknięcia pociągnięcia do tej odpowiedzialności osoby niewinnej, zaś bez takiego pobrania materiału biologicznego nie można się obyć w toku postępowania¹¹. Warto też zwrócić uwagę, że kwestia nieodzowności pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie jest ograniczona do konkretnych typów czynów zabronionych, co oznacza, że możliwość pobrania materiału biologicznego do analizy DNA może zaistnieć w przypadku każdego przestępstwa (będzie to zależało od charakteru sprawy, a nie od kwalifikacji prawnej czynu).

Przesłanką negatywną, której wystąpienie uniemożliwia pobranie wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego jest obawa, że czynność ta zagrażałaby zdrowiu oskarżonego lub innych osób. W literaturze wskazuje się, że z taką obawą możemy mieć do czynienia np. w przypadku zagrożenia epidemiologicznego. Wskazuje się jednak, że zaistnienie przesłanki negatywnej nie stoi na przeszkodzie dokonaniu pobrania wymazu ze śluzówki policzków w ogóle, ale tylko dokonaniu tej czynności przez funkcjonariusza policji, zaś pobranie materiału biologicznego może dokonać uprawniony do tego pracownik służby zdrowia, co powinno zdezaktualizować obawy, że przeprowadzenie tej czynności zagrażałoby zdrowiu oskarżonego lub innych osób¹².

⁷ M. Żbikowska, *Zuroty niedookreślone charakteryzujące stan zdrowia psychicznego oskarżonego a możliwość zastosowania obrony obligatoryjnej*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 277–278.

⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2067 ze zm.

⁹ Wyrok TK z 11.10.2016 r., SK 28/15, OTK-A 2016, poz. 79.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

¹¹ Z uzasadnienia wyroku TK z 11.10.2016 r., SK 28/15.

¹² P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 508.

4. Fakt posłużenia się przez ustawodawcę w treści przepisu art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. niedookreślonym zwrotem – nieodzowności dokonania czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego nie oznacza, że z taką nieodzownością będziemy mieć do czynienia zawsze. Jak to wskazano powyżej, nieodzowność dokonania takiej czynności zawsze powinna być analizowana *in concreto*. Ponieważ czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków powinna być przeprowadzona tylko wówczas, gdy jest to nieodzowne dla danego postępowania, ale także powinna zostać przeprowadzona w sposób prawidłowy (o sposobie przeprowadzenia tej czynności będzie mowa dalej), to dopuszczalne jest wniesienie zażalenia na wskazaną czynność przeprowadzaną przez funkcjonariusza policji. Zgodnie z art. 302 § 2 k.p.k. stronom oraz osobom niebędącymi stronami służy zażalenie na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa. Przeprowadzenie czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków nie wymaga uprzedniego wydania postanowienia lub zarządzenia, a więc nie wymaga wydania formalnej decyzji procesowej. Zgodnie bowiem z § 2 wspomnianego już rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.02.2005 r. pobranie wymazu ze śluzówki policzków następuje na pisemne polecenie organu prowadzącego postępowanie karne (ust. 1). Polecenie powinno w szczególności zawierać dane niezbędne do identyfikacji osoby, wskazywać przedmiot i zakres badania lub dokonania czynności (ust. 2). Polecenie powinno zawierać pytania do przeprowadzającego badanie lub wykonującego czynności pobrania oraz wskazanie czynu zarzuconego oskarżonemu lub okoliczności popełnienia tego czynu (ust. 3). W przypadku niecierpiącym zwłoki badanie przeprowadza się oraz wykonuje czynności na ustne polecenie funkcjonariusza organu postępowania, który obowiązany jest okazać legitymację służbową. Polecenie powinno zostać potwierdzone na piśmie niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia jego wydania (ust. 4). Przepisów tych nie stosuje się, gdy czynności wykonuje funkcjonariusz prowadzący postępowanie przygotowawcze (ust. 5)¹³. Skoro pobranie wymazu ze śluzówki policzków nie wymaga wydania zarządzenia lub postanowienia przez organ procesowy, a jedynie następuje na polecenie organu prowadzącego postępowanie, to czynność tę można byłoby uznać za taką, która ma charakter faktyczny (jednak o charakterze tej czynności będzie mowa dalej). Przyjmując takie założenie w tym przypadku będziemy mieć do czynienia z zażaleniem, o którym stanowi art. 465 § 3 w zw. z art. 467 § 1 k.p.k. W myśl tych przepisów, zażalenie na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków od oskarżonego przysługiwałoby do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem. Na tle kwestii zaskarżalności wskazanej czynności pojawia się jednak istotne pytanie o zasadność – z punktu widzenia gwarancji procesowych podejrzanego, a także unormowań konstytucyjnych – takiego ukształtowania sytuacji prawnej tego podmiotu, która przewiduje, że zażalenie na czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków wnoszone jest do prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem (a nie do sądu). Czy charakter tej czynności nie uzasadniałby jednak wprowadzenia możliwości wniesienia zażalenia do organu niezależnego i niezawisłego jakim jest sąd? Problem podmiotu uprawnionego do rozpoznania

¹³ Więcej w tym przedmiocie zob. w: H. Dąbrowska, *Techniczne aspekty pobierania, zabezpieczania i analizy materiału genetycznego a wykorzystanie dowodu w procesie* [w:] *Dowód z DNA...*, s. 53–58.

zażalenia na czynność pobrania przez funkcjonariusza policji wymazu ze służówki policzków od podejrzanego był podnoszony przez Marszałka Sejmu w opinii z 20.04.2016 r.¹⁴ W piśmie tym wskazano, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., w zakresie w jakim nie przewiduje sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze służówki policzków przez funkcjonariuszy policji, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Podkreślano ponadto, że analizowany przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. zawiera przesłankę, która została wskazana w sposób niedookreślony („nieodzowność” dokonania czynności) i otwiera duże możliwości interpretacyjne, a w związku z tym powinna podlegać weryfikacji przez sąd, tak aby doprowadzić do ujednolicenia sposobu rozumienia tej przesłanki oraz przeciwdziałać podejmowaniu różnych decyzji w sprawach indywidualnych. Wyluszczone też, że art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. jest wyjątkiem od wynikającej z art. 74 § 1 k.p.k. zasady *nemo se ipsum accusare tenetur* („Oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”), zaś posługiwanie się wyjątkami od zasad chroniących prawa człowieka powinno być restrykcyjne i objęte sądową kontrolą odwoławczą¹⁵. Zgola odmiennie wypowiadał się Prokurator Generalny w opinii z 5.10.2016 r.¹⁶, wskazując na brak konieczności sądowej kontroli w przypadku wniesienia zażalenia na czynność pobrania wymazu ze służówki policzków u podejrzanego, argumentując, że wystarczająca jest kontrola prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem. Prokurator Generalny podkreślał, że czynność pobrania wymazu ze służówki policzków „służy, jak sama jej nazwa wskazuje, jedynie pobraniu próbki materiału genetycznego dla potrzeb dowodowych w konkretnym postępowaniu karnym. Stworzenie z pobranego materiału genetycznego profilu DNA, a więc już ścisłej (indywidualnej) informacji genetycznej o «dawcy» tego materiału, może natomiast nastąpić tylko wówczas, gdy w tym celu zostanie powołany odpowiedni biegły. W tym bowiem przypadku stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymagać będzie wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 193 § 1 k.p.k.”¹⁷. Następnie stwierdzono, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na mocy niezaskarżalnego postanowienia (art. 459 § 1 i 2 k.p.k.) niewymagającego uzasadnienia (art. 98 § 3 k.p.k.), które doręcza się stronom „ma umożliwić im, między innymi wystąpienie z żądaniem zadania dodatkowych pytań, czy też udział w planowanym (ewentualnie) przez organ procesowy przesłuchaniu biegłych. Jeżeli zatem w postępowaniu przygotowawczym biegły powołany nie zostanie, to zawarte w próbce materiału genetycznego informacje dotyczące osoby, od której materiał genetyczny został pobrany, nigdy nie zostaną «wytworzone» (profil DNA nie powstanie). W tej sytuacji nie ma potrzeby, aby prawidłowość przeprowadzenia czynności technicznej, jaką w istocie jest pobranie próbki materiału genetycznego, kontrolował sąd. Wszak próbka taka *per se* żadnej informacji o osobie, od której ją pobrano, nie zawiera. Być może kontrola taka byłaby uzasadniona na etapie powoływania biegłego celem stworzenia profilu DNA i przeprowadzenia, w dalszej kolejności, badań porównawczych, jednak jest to tylko kwestia do ewentualnego rozważenia

¹⁴ SK 28/15. BAS-WTPK-1527/15.

¹⁵ Z opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

¹⁶ Opinia Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r., PK VIII TK 15.2016, SK 28/15.

¹⁷ Z uzasadnienia opinii Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r.

przez ustawodawcę”¹⁸. Warto się zatem zastanowić, która z argumentacji jest poprawna, oraz czy dotychczasowe rozwiązania ustawowe w tym zakresie można uznać za zadowalające. W pierwszej kolejności zwróćmy zatem uwagę na charakter czynności, jaką jest pobranie wymazu ze śluzówki policzków. Czy faktycznie można zgodzić się z założeniem, że czynność ta ma charakter wyłącznie techniczny, a więc tak mało istotny, by pomyśleć o wprowadzeniu sądowej kontroli prawidłowości przeprowadzenia takiej czynności?

5. W literaturze wskazuje się, że: „Badanie zmierzające do wykazania, czy dany ślad biologiczny pochodzi, czy też nie, z określonego źródła, najbardziej poprawnie opisuje wyrażenie indywidualizacja, ale w praktyce częściej spotyka się termin identyfikacja. Jeżeli mówimy o indywidualizacji, identyfikacji, czy ustalaniu identity, odnosimy to do problemu identity źródła, czyli do odpowiedzi na pytanie, czy dwa nie różniące się między sobą profile DNA mają to samo źródło pochodzenia. Poprzez źródło pochodzenia śladu należy rozumieć konkretną osobę, której materiał biologiczny podlegał analizie”¹⁹. Kwestia prawidłowego pobrania materiału biologicznego od podejrzanego jest warunkiem koniecznym powołania biegłego w celu wydania opinii w przedmiocie ustalenia zgodności profilu DNA podejrzanego z zabezpieczonym śladem biologicznym. Jeżeli chodzi o sposób przeprowadzenia takiej czynności, to należy zwrócić uwagę, że przed przystąpieniem do jej wykonania, organ procesowy informuje podejrzanego o celu i zakresie czynności oraz poucza go o obowiązku poddania się poleceniom umożliwiającym wykonanie czynności z jego udziałem (zob. § 4 ww. rozporządzenia). Ponadto, wymaz ze śluzówki policzków od osób pobiera się przy użyciu przeznaczonych specjalnie do tych celów pakietów kryminalistycznych oznakowanych indywidualnym kodem kreskowym. Wymaz pobrany ze śluzówki policzków umieszcza się w pojemniku oznaczonym tym samym kodem kreskowym jakim został oznaczony pakiet kryminalistyczny. Czynności te dokonują funkcjonariusze policji przeszkoleni w tym zakresie, a w szczególnie uzasadnionych przypadkach uprawnieni pracownicy służby zdrowia albo instytucji naukowej lub specjalistycznej powołanej do przeprowadzenia badań genetycznych (zob. § 13 ww. rozporządzenia)²⁰. Czynność pobrania wymazu ze śluzówki policzków jest czynnością, której podejrzanemu obowiązuje się poddać, jeśli oczywiście zajądą przesłanki, o których mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. Jest to zatem obowiązek podejrzanego, stanowiący wyjątek od zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*²¹. O ile można się zgodzić z tym, że samo pobranie wymazu ze śluzówki policzków jest w swej podstawie czynnością techniczną, o tyle jednak z uwagi na to, iż istnieją określone reguły jej dokonania, w tym przesłanki jej przeprowadzenia, organ uprawniony do jej przeprowadzenia oraz jej ściśle określony cel, w przesądzeniu charakteru tej

¹⁸ Z uzasadnienia opinii Prokuratora Generalnego z 5.10.2016 r.

¹⁹ P. Wolańska-Nowak, W. Branicki, *Interpretacja wyników badania DNA w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2003/, s. 48.

²⁰ Więcej w tym zakresie zob. M. Lewandowska, *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – kodeks postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2006/6, s. 114–122; W. Grzeszczyk, *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2005/4, s. 42–49.

²¹ Zob. także A. Lach, *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010.

czynności nie można poprzestać na prostym stwierdzeniu o jej technicznym charakterze. Wprost przeciwnie. Z uwagi na owe reguły jej dokonanie należy uznać za czynność mającą charakter konwencyonalny. Dodatkowo jest to czynność mocno ingerująca w konstytucyjnie chronione prawa każdego podmiotu. Faktem jest, że pobrany od podejrzanego materiał biologiczny z chwilą jego pobrania nie stanowi jeszcze dowodu w sprawie (istnieje bowiem konieczność powołania biegłego, sporządzenia przez niego opinii i dopuszczenia takiego dowodu w sprawie), ale rozpatrując kwestię ewentualnej zaskarżalności takiej czynności do sądu, interesuje nas kwestia doniosłości przeprowadzenia tej właśnie czynności. A czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego ma charakter doniosły, ponieważ godzi w prawo takiego podmiotu do nietykalności cielesnej, prawo do prywatności oraz w prawo do autonomii informacyjnej²². Wskazywano już, że naruszenie takich praw danego podmiotu (ingerencja w takie prawa) powinno implikować każdorazową możliwość ich sądowej ochrony²³. Podstawowym wzorcem konstytucyjnym w tym zakresie jest art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którym ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Podkreślano już, że „Wyrażony w art. 77 ust 2 Konstytucji zakaz zamykania ustawą drogi sądowej do dochodzenia gwarantowanych konstytucyjnie wolności lub praw ma charakter bezwzględny. Dyspozycja tego przepisu znajduje zastosowanie oczywiście nie tylko w wypadkach, gdy ustawa wyłącza wprost prawo do zainicjowania postępowania przed sądem, lecz również – i w praktyce głównie – wtedy, gdy mimo braku wyraźnego wyłączenia, przepisy ustawy prowadzą do identycznego rezultatu”²⁴. Kodeks postępowania karnego nie stanowi *expressis verbis* o możliwości zaskarżenia takiej czynności do sądu, w związku z tym – w świetle art. 459 k.p.k. – zaskarżenie takiej czynności do sądu nie jest dopuszczalne. Natomiast kwestia ingerowania w prawo do nietykalności cielesnej oraz w prawo do prywatności poprzez przeprowadzenie czynności pobrania wymazu ze służówki policzków nie budzi wątpliwości. Z tych względów należy uznać, że standard konstytucyjny wynikający z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP nie jest w tym wypadku realizowany, zamknięta została bowiem droga do ochrony sądowej praw podejrzanego, w które zaangażowano. Pozbawia się więc podejrzanego możliwości rozpoznania jego sprawy przez niezależny, niezawisły i bezstronny sąd. Narusza się

²² Jedynie marginalnie nadmienimy, że zgodnie ze standardami europejskimi dane genetyczne (informacje uzyskane z materiału genetycznego) są danymi osobowymi. Zastosowanie w tym względzie mają: rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/697 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych; Konwencja nr 108 Rady Europy z 28.01.1981 r. o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych; rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R (87)15 z 17.09.1987 r. regulująca wykorzystanie danych osobowych w sektorze Policji; rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy R (92)1 z 10.02.1992 r. w sprawie wykorzystywania analizy kwasu deoksyrybonukleinowego (DNA) w postępowaniu karnym; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych.

²³ Zob. argumentację Sławomira Szolucha, który pisząc o poziomej kontroli decyzji procesowych wydawanych w postępowaniu przygotowawczym (chodziło o kontrolę dokonywaną przez prokuratora bezpośrednio przełożonego), wskazywał, że nie mieści się ona w standardach konstytucyjnych i konwencyjnych, a także rodzi obawy co do gwarancji procesowych podmiotów korzystających z takiej kontroli. Ponadto, autor argumentował, że w przypadku naruszenia praw jednostki istnieje wynikająca z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP konieczność wprowadzenia możliwości dochodzenia naruszonych wolności i praw jednostki na drodze sądowej. Tak S. Szolucha, *Uwagi o tzw. horyzontalnej kontroli odwoławczej w postępowaniu przygotowawczym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2010, t. 82, s. 270.

²⁴ Z uzasadnienia opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

w związku z tym również standard wynikający z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. W orzecznictwie podkreślano, że pojęcie „sprawy” obejmuje również rozstrzyganie o prawach danego podmiotu²⁵. Będzie tu zatem chodziło o wszelkie prawa danego podmiotu, w tym, a w zasadzie zwłaszcza, o prawo do nietykalności cielesnej oraz prawo do prywatności. Wszystko to skłania do uznania, że aktualne regulacje prawne, które nie przewidują sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, nie są zgodne ze wskazanymi powyżej wzorcami konstytucyjnymi. Argumentacja, że sama próba materiału biologicznego pobrana od podejrzanego *per se* nie zawiera informacji genetycznej (informacji o osobie) nie przekonuje, ponieważ nie chodzi w tym wypadku o kwestię wydobycia informacji genetycznej o osobie, ale o pierwotną kwestię dopuszczalności i prawidłowości przeprowadzenia czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, ingerującej w konstytucyjnie chronione prawa podejrzanego. Natomiast wyjątki, które przewidują możliwą ingerencję w prawa chronione konstytucyjnie i konwencyjnie powinny mieć charakter restrykcyjny, a także powinny zostać objęte sądową kontrolą odwoławczą.

Dodatkowo, istotne jest to, że jeżeli podejrzany odmówi poddania się czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków, to zgodnie z treścią art. 74 § 3a k.p.k. można go zatrzymać i przymusowo doprowadzić, a także stosować wobec niego siłę fizyczną lub środki techniczne służące obezwładnieniu, w zakresie niezbędnym do wykonania takiej czynności. Zatem biorąc pod uwagę to, że opisywana tu czynność jest wyjątkiem od zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, godzi w podstawowe prawa do nietykalności cielesnej oraz do prywatności, a także, że wyegzekwowanie tej czynności może nastąpić przy użyciu środków przymusu bezpośredniego, nie może ona zostać uznana za zwykłą czynność techniczną. Jest to bowiem istotna czynność doniosła prawnie ingerująca w podstawowe i konstytucyjnie wyrażone prawa jednostki. Z tych względów należy uznać, że *de lege lata* przepis art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości wniesienia zażalenia do sądu, jest niezgodny z art. 77 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, dlatego zasadne wydaje się wprowadzenie sądowej kontroli dopuszczalności i prawidłowości przeprowadzenia takiej czynności.

W tym miejscu zatem proponuje się wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego art. 74a, któremu można by nadać następujące brzmienie:

- § 1: Na czynność, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., przysługuje zażalenie do sądu.
- § 2: Zażalenie przekazuje się niezwłocznie sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy, który niezwłocznie je rozpoznaje.
- § 3: W razie uznania bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości pobrania wymazu ze śluzówki policzków, sąd zarządza natychmiastowe zniszczenie zabezpieczonych próbek materiału genetycznego.
- § 4: W przypadku stwierdzenia bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków sąd zawiadamia o tym prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem i organ przełożony, nad organem, który dokonał czynności.

²⁵ Zob. na orzecznictwo powoływane w opinii Marszałka Sejmu z 20.04.2016 r.

Można byłoby wprowadzić inną propozycję, a mianowicie propozycję podwójnej kontroli czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego – najpierw kontroli dokonywanej przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem, a dopiero w dalszej kolejności – jeżeli prokurator nie uwzględniłby zażalenia – kontroli dokonywanej przez sąd. Wówczas proponowany art. 74a k.p.k. mógłby brzmieć następująco:

- § 1: Na czynność, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k., przysługuje zażalenie do sądu za pośrednictwem prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem.
- § 2: W razie nieuwzględnienia zażalenia przez prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem, zażalenie przekazuje się niezwłocznie sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy, który niezwłocznie je rozpoznaje.
- § 3: W razie uznania bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości pobrania wymazu ze śluzówki policzków, sąd zarządza natychmiastowe zniszczenie zabezpieczonych próbek materiału genetycznego.
- § 4: W przypadku stwierdzenia bezzasadności, nielegalności lub nieprawidłowości czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków sąd zawiadamia o tym prokuratora sprawującego nadzór nad postępowaniem i organ przełożony nad organem, który dokonał czynności.

Wprowadzenie zaskarżalności czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego mogłoby nastąpić poprzez dokonanie innego zabiegu legislacyjnego, a mianowicie poprzez wprowadzenie art. 74a k.p.k., w którym wprowadzilibyśmy odesłanie (odpowiednie stosowanie) do art. 246 i art. 192a zd. 2 k.p.k.

Niezależnie od wyboru jednej ze wskazanych propozycji bądź wprowadzenia innej – zbliżonej – konieczna wydaje się zmiana normatywna poprzez wprowadzenie sądowej kontroli czynności pobrania wymazu ze śluzówki policzków od podejrzanego. Tylko wówczas będzie można mówić o wypełnieniu standardu konstytucyjnego wynikającego z art. 77 ust. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Abstract

Małgorzata Żbikowska, *A Procedural Authority That Can Examine a Complaint about the Act of Collecting Biological Material from a Suspect*

The article asks the question whether the existing provisions of the Code of Criminal Procedure indicating the procedural authority that can examine a complaint about the act of collecting biological material from the suspect are formulated correctly from the point of view of the suspect's procedural guarantees and constitutional provisions. The author concludes that due to the importance of the act of collecting biological material from the suspect, a complaint about such an action should be examined by an independent body, which is a court, and not the prosecutor supervising the proceedings. As a consequence, she proposes an amendment to the Code of Criminal Procedure by introducing a clause providing for judicial review of such acts.

Keywords: *evidence from DNA tests, taking biological material from the suspect, taking a buccal swab, complaint about the act of taking a buccal swab, judicial review of the act of collecting biological material from the suspect*

Streszczenie

Małgorzata Żbikowska, Organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania materiału biologicznego od podejrzanego

Przedmiotem artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* przepisy Kodeksu postępowania karnego w zakresie, w jakim wskazują organ uprawniony do rozpoznania zażalenia na czynność pobrania od podejrzanego materiału biologicznego, a ściślej wymazu ze służówki policzków, są ukształtowane prawidłowo, zarówno z punktu widzenia gwarancji procesowych podmiotu poddanego takiej czynności, jak i unormowań konstytucyjnych. Autorka analizuje kwestię zaskarżalności czynności, o której mowa w art. 74 § 2 pkt 3 k.p.k. z punktu widzenia organu uprawnionego do rozpoznania takiego zażalenia. W konkluzji dochodzi do wniosku, że z uwagi na wagę czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego, zażalenie na taką czynność powinien rozpoznawać organ niezależny i niezawisły jakim jest sąd, nie zaś prokurator sprawujący nadzór nad postępowaniem. W konsekwencji proponuje zmianę przepisów Kodeksu postępowania karnego poprzez wprowadzenie zapisu przewidującego sądową kontrolę takiej czynności.

Słowa kluczowe: dowód z badań DNA, pobranie materiału biologicznego od podejrzanego, pobranie wymazu ze służówki policzków, zażalenie na czynność pobrania wymazu ze służówki policzków, sądowa kontrola czynności pobrania materiału biologicznego od podejrzanego

Literatura

1. Dąbrowska H., *Techniczne aspekty pobierania, zabezpieczania i analizy materiału genetycznego a wykorzystanie dowodu w procesie* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
2. Filar M., *Wykład inauguracyjny: Dowód z DNA – nowa epoka prawa dowodowego czy zawiedzione nadzieje* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
3. Grzeszczyk W., *Problematyka wykorzystania analizy DNA w postępowaniu karnym w świetle przepisów ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r.*, Prokuratura i Prawo 2005, nr 4;
4. Hofmański P., Sadzik E., Zgryzek K., *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011;
5. Kowalczyk P., *Badania DNA w orzecznictwie sądowym w sprawach karnych*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 3;
6. Lach A., *Granice badań oskarżonego w celach dowodowych. Studium w świetle reguły nemo se ipsum accusare tenetur i prawa do prywatności*, Toruń 2010;
7. Lewandowska M., *Analiza DNA w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy o Policji oraz ustawy – kodeks postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 6;
8. Sipowicz K. [red.] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, Warszawa 2003;
9. Szolucha S., *Uwagi o tzw. horyzontalnej kontroli odwoławczej w postępowaniu przygotowawczym*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2010, t. 82;
10. Tomaszewski T., *Siła dowodu z najnowszych badań naukowych w postępowaniu sądowym* [w:] *Dowód z DNA w postępowaniu procesowym. Materiały z Konferencji Instytutu Badań DNA*, Warszawa 2002, red. K. Sipowicz, Warszawa 2003;
11. Wolańska-Nowak P., Branicki W., *Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 5;
12. Wolańska-Nowak P., Branicki W., *Interpretacja wyników badania DNA w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 11;
13. Wronkowska S., Zieliński M., *Zasady techniki prawodawczej. Komentarz*, Warszawa 1997;
14. Żbikowska M., *Zuroty niedookreślone charakteryzujące stan zdrowia psychicznego oskarżonego a możliwość zastosowania obrony obligatoryjnej*, Acta Iuris Stetinensis 2018, nr 1.

Katarzyna Witkowska-Rozpara*

Polish penal policy – Twenty Years after Enactment of the Criminal Code Act of 6 June 1997**¹

1. INTRODUCTION

The focus of this study concentrates on a review of statistical picture of the Polish penal policy existing under the regime of the 1997 Criminal Code twenty years from its implementation. For purposes of this paper, the review encompasses statistical data for the period 1999–2018 concerning the number of confirmed offences and the number of adults validly sentenced (for the main offence). The figures have been taken from registers of police and court statistics. In addition, for purposes of the analysis, the Author refers to and assesses the most important amendments of the Criminal Code which, in Author's opinion, have had a considerable impact both on the structure and dynamics of crime in Poland and on the structure of sentences imposed by courts in the concerned period. The Author draws attention to revealed discrepancies between the postulated (at the moment of enacting the new criminal code) model of the penal policy and the actual implementation of the assumptions. In particular, the discrepancies result in the disturbed structure of all penalties adjudicated in Poland, which has become predominated by suspended sentences, usually imposed without supervision of the offender and without any probation obligations imposed upon the offender.

2. PREFATORY REMARKS

On 6 June 2017, 20 years passed from enactment of the Polish Criminal Code being now in force. The purpose of the 1997 Act was to reform penal policy² in

* Katarzyna Witkowska-Rozpara PhD is an associate professor at the Department of Criminology and Criminal Policy Warsaw University, Poland, ORCID 0000-0002-4729-4697, e-mail: kwitkowska-rozpara@uw.edu.pl

** The manuscript was submitted by the author on: 17 February 2020; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 21 August 2020.

¹ Statistical data used herein have been derived from the statistical statement titled "Prawomocne skazani dorośli z oskarżenia publicznego według rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny w latach 2008–2018" published on Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości at: <https://www.isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,40.html> [accessed on: 6 February 2020]; statistical data concerning the previous period (from 1999) have been prepared and made available by the Ministry of Justice at the author's request.

² In accordance with *Encyklopedia PWN*, penal policy is defined as a science subsidiary to criminal law, focused on analysis of 'actions taken by the state, local communities and society with the purpose of

order to mitigate several negative phenomena which became commonplace under the regime of the 1969 Criminal Code. At that time, criminal (including penal) policy was based on polarization of penal liability, in accordance with which concept severe penalties were imposed for serious crimes of significant social harm and, on the other hand, another kind of, mainly non-custodial, penalties and measures were offered for minor offences³. This assumption, however, was only partially reflected in courts' practice because, as it turned out, repressive penal policy was applied also to those who committed minor (or medium) offences, which was possible due to a number of solutions adopted according to the 1969 Criminal Code, including but not limited to those applicable to liability for acts of hooliganism or imposing more severe penalties in case of acts committed⁴. It is emphasized in literature that penal policy governed by the 1969 Criminal Code was characterized by a significant level of punitiveness, which was manifested, among others, in striving for long prison sentences, excessive use of cumulative fines, and a very high incarceration rate⁵. On the other hand, Mirosława Melezini indicates that, '[t]he justice system became oriented towards high repressiveness as a consequence of a trend to impose harsh penalties, promoted top-down', which was expressed among others in directives passed by selected institutions of justice (e.g. the Ministry of Justice)⁶.

Even though that repressive nature of criminal policy had been gradually mitigated since 1989⁷, the need for a comprehensive reform of criminal law and criminal policy implemented on its basis became more and more apparent. There were no

preventing and combating crime', see the entry 'Polityka kryminalna', *Encyklopedia PWN* [on-line; accessed on: 6 February 2020], available at: <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/polityka-kryminalna;3927913.html>; in scientific terms, criminal policy is a discipline defining appropriate methods of combating crime, which involves a wide range of aspects being in the field of its interest (punishing, classifying features of a prohibited act the commitment of which leads to criminal liability, detection and elimination of criminal factors); see: S. Pławski, *Prawo penitencjarne*, Warszawa 1968, p. 23, literature divides the policy into criminal policy, penal policy, and penitentiary policy, with a clear indication that the terms are not synonymous; Andrzej Marek pointed that criminal policy means 'rall activities taken by the country and the society with the purpose to prevent and combat crime', while penal policy, including combating crime through sentencing penalties and criminal law measures, is a segment of criminal policy; see: A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2009, p. 37; from the criminological point of view, criminal policy is a dynamic process composed of several elements and for this reason debates on criminal policy cannot be reduced to one specific simplified formula – Heike Jung, *Criminal Justice – A European Perspective*, "Criminal Law Review" 1993/04, pp. 238–239, quoted after: A. Rutherford, *Transforming Criminal Policy: Spheres of Influence in the USA, The Netherlands and England and Wales During the 1980s*, Winchester 1996, p. 12.

³ M. Melezini, *System kar i innych środków reakcji prawnokarnej w Kodeksie karnym z 1969 r.* [in:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej. System Prawa Karnego*, Vol. 6, M. Melezini (ed.), 2nd ed., Warszawa 2016, p. 43.

⁴ M. Melezini, *System...* [in:] *Kary...*, p. 43.

⁵ M. Melezini, *Punitowność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003, p. 555.

⁶ M. Melezini, *Punitowność...*, p. 556.

⁷ M. Melezini, *Punitowność...*, p. 560; at this point it should be noted that Krzysztof Krajewski made an interesting observation: in his opinion, in said period, the punitiveness of penal policy was not reduced as a consequence of normative changes but as a consequence of changes in the method of adjudication as such and application of penalties by judges, which was possible among others due to independent and sovereign judiciary and enforced autonomy of prosecutors. For more, see: K. Krajewski, *Nowa kodyfikacja karna a polityka karna w Polsce w latach 1990–2005*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008/1, p. 8 and the literature referred to therein.

doubts that a normative system based on a modern axiology had to be enacted. This belief was formulated even in the justification for the governmental draft of a new criminal code, which underlined that criminal law should be an instrument for protecting main values of the democratic system in a country based on rule of law and that it could not be a political tool used by those who held power at a given time⁸.

Following the principle *ultima ratio* of criminal law, the 1997 Criminal Code introduced a diversified system of responses to offenders, offering penalties, penal measures, probation measures, and security (preventive) measures. The catalogue of penalties under Article 32 opens with the sanction perceived to be the least onerous (fine) and closes with life imprisonment. The latter, as the heaviest penalty, was given the role as 'securing the society against the most dangerous criminals' in place of the death penalty, which was abandoned because 'the sanction cannot be reconciled with the principle of human dignity and contemporary system of values' and 'is not able to effectively deter from committing crimes'⁹. The Code also adopted the principle of *ultima ratio* of imprisonment without conditional suspension of its execution (Article 58 (1) of the Criminal Code in its original wording) and the principle of *ultima ratio* of short-term imprisonment (Article 59 of the Criminal Code in its original wording), the argument being among others that 'freedom is one the most precious goods of a human being ... [and] its value must be estimated as exceptionally high in a democratic country based on the rule of law'¹⁰. The role of the main response to minor offences was assigned to fines; it was indicated that, following the solutions existing in numerous normative systems of other countries, fines should become the basic form of response to minor to medium offenders¹¹. At the same time, the day-fine system was introduced (in place of the previous quota system), based on the argument that this solution had been tried and tested in legal systems of other European countries¹². As M. Melezini rightly noted, certainly 'not without significance was the negative assessment of the traditional model of adjudicating fines and of the attempts at eliminating the defects of previous regulations'¹³.

For assessing the criminal policy in the light of the existing Criminal Code, amendments to this legal instrument having been made throughout the period of nearly twenty years are also important. This issue sparks vigorous debates among theoreticians and practitioners of criminal law. It is underlined in literature that

⁸ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1998, p. 116.

⁹ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy...*, p. 137.

¹⁰ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy...*, pp. 141–142.

¹¹ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy...*, p. 137; fines are used as the main form of response to offenders in numerous European countries; European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics show that fines are very often applied in such countries as Denmark (in 2010 – 83.9%), Finland (in 2010 – 87.9%), Germany (in 2010 – 70%), Portugal (in 2010 – 67.5%), and in the United Kingdom (in 2010: England and Wales – 65.3%, Northern Ireland – 63%); for more see: M.F. Aebi and others, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics 2014*, 5th ed., Helsinki 2014, p. 196 [online; accessed on: 6 February 2020], available at: http://www.heuni.fi/material/attachments/heuni/reports/qrmWoCVTF/HEUNI_report_80_European_Sourcebook.pdf.

¹² I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy...*, p. 137.

¹³ M. Melezini [in:] *System...*, p. 117.

many from among several dozen amendments were made ‘at random’ and their introduction affected the consistency of existing regulations. Amendments were often made without any thorough criminal policy justification for their implementation. Some of them had to be later ruled on by the Constitutional Tribunal¹⁴. This relatively disturbing legislative activity is well summarized by Andrzej Sakowicz, who stated in one of his works published in 2011 that: ‘If we treat the Sejm (Parliament) as a production plant and apply certain economic criteria to it, we can undoubtedly say that we have a perfect situation. In the meantime, such comparison is not possible. The Sejm is not a plant and the law is not a thing or an object, even though it is often used instrumentally to solve different problems of the state, whenever there are any legal measures available or whenever it is necessary to improve the functioning of law enforcement authorities or judicial authorities’¹⁵.

3. CONFIRMED CRIMINALITY IN POLAND IN 1999–2018 (BASED ON POLICE STATISTICAL DATA)

A statistical presentation of the penal policy implemented according to the 1997 Criminal Code should be preceded by a brief analysis of status and structure of criminality in Poland, since these figures are important from the point of view of the number of adults convicted by final judgments, the structure of penalties adjudicated in Poland, and the prison population.

The statistical data presented in the table 1 seem to suggest several conclusions. First of all, as rightly noted by Andrzej Siemaszko, ‘the last decade of the 20th century and four first years of the new millennium were characterized by systematic growth in the crime rate. The magic number of 1 million of confirmed crimes was reached in 1998. The overall figure continued to rapidly grow in the following years and the new record: 1.4 million was reached in 2002’¹⁶. The trend of decrease in the number of confirmed offences began in 2005¹⁷ and, save for minor fluctuations (e.g. in 2009), continued until 2016. In 2017 and 2018, the number of confirmed crimes grew slightly. It should be noted, however, that legislative activity in the field of implementing depenalization and neo-criminological solutions has become a significant factor having an impact on the number of confirmed crimes recorded by the police.

¹⁴ See e.g.: A. Sakowicz, *Kilka uwag na temat nowelizacji Kodeksu karnego przez Sejm VI kadencji*, paper presented during the conference titled ‘Polityczność przestępstwa. Prawo karne jako instrument marketingu politycznego’ held in Warszawa on 12 May 2011, pp. 33 et seq. [online; accessed on: 6 February 2020], available at: [http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/242E3A65AD5B256FC12578E-100424BFF/\\$file/politycznosc_przestepstwa.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/242E3A65AD5B256FC12578E-100424BFF/$file/politycznosc_przestepstwa.pdf); M. Filar, *Rola mediów w kreowaniu zagrożeń i sprzyjaniu populizmowi* [in:] Z. Sienkiewicz, R. Kokot (eds.), *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, Wrocław 2009, pp. 53 et seq.; K. Buczkowski, *Stan przestępczości w Polsce od roku 1918 do współczesności* [in:] K. Buczkowski, B. Czarnecka-Działuk, W. Klaus, A. Kossowska, I. Rzeplińska, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, D. Wójcik, *Společno-politické kontexty współczesnej przestępczości w Polsce*, Warszawa 2013, pp. 58, 64–65.

¹⁵ A. Sakowicz, *Kilka uwag...*, p. 33.

¹⁶ A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość i polityka kryminalna w III Rzeczypospolitej: osiemnaście burzliwych lat* [in:] *Atlas przestępczości w Polsce 4*, A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, Warszawa 2009, p. 313.

¹⁷ A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość...*, p. 313.

Table 1

Confirmed offences, adults validly sentenced, and prison population in 1999–2018¹⁸

Year	Total confirmed offences ¹⁹	Adults validly sentenced (for the main offence)	Prison population (on 31 December)
1999	1,121,545	207,607	56,765
2000	1,266,910	222,815	70,544
2001	1,390,089	315,013	79,634
2002	1,404,229	365,326	80,467
2003	1,466,643	415,933	79,281
2004	1,461,217	513,410	80,368
2005	1,379,962	504,281	87,776
2006	1,287,918	462,937	88,647
2007	1,152,993	426,377	87,776
2008	1,082,057	420,729	83,152
2009	1,129,577	415,272	84,003
2010	1,138,523	432,891	80,728
2011	1,159,554	423,464	81,382
2012	1,119,803	408,107	84,156
2013	1,075,358	353,208	78,994
2014	881,400	295,353	77,371
2015	809,929	260,034	70,836
2016	757,374	289,512	71,528
2017	764,530	241,436	73,822
2018	778,127	275,768	72,204

Source: own study.

¹⁸ Data presented in the table have been derived from the following sources: offences ascertained in 1999–2012: the Police statistical report titled „Przestępstwa ogółem według jednostek podziału administracyjnego kraju – przestępstwa stwierdzone, przestępstwa wykryte, % wykrycia” available at: <http://statystyka.policja.pl/download/20/184797/przestepstwa-ogolem.pdf>; offences ascertained in 2013–2018: Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2015, available at: https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/2/10/1/publ_oz_rocznik_statystyczny_rp.pdf; Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2016, available at: https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/2/16/1/rocznik_statystyczny_rzeczypospolitej_polskiej_2016.pdf; Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2017, available at: https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/2/17/1/rocznik_statystyczny_rzeczypospolitej_polskiej_2017.pdf; Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2018, available at: https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/2/18/1/rocznik_statystyczny_rzeczypospolitej_polskiej_2018_.pdf; number of adults validly sentenced (for the main offence) – statistical data presented in footnote 1; status of prison population: in 2001–2018 – Annual statistics published by the Prison Service, reports for individual years are available at: <http://www.sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna> (2001–2018); in 1999–2000: statistical data published in Mały Rocznik Statystyczny 2000 and in Mały Rocznik Statystyczny 2001; yearbooks available at: http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/maly_rocznik_statystyczny_2000.zip and http://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/maly_rocznik_statystyczny_2001.zip.

¹⁹ Given the changes in registration of data, it is worth noting that, from 1999 to 2012 the figures concerning proceedings were not broken down by proceedings instituted for BSW KGP (Internal Affairs Bureau of the Police Headquarters) and those instituted for CBS KGP (Central Bureau of Investigation of the Police Headquarters) – the numbers were allocated to garrisons in which individual organizational units operated. On the other hand, in 2013–2016 crimes confirmed in

Chart 1Confirmed offences, adults validly sentenced, and prison population in 1999–2018²⁰

Source: own study.

Therefore, to assess the growth in the number of confirmed crimes in 2001–2005, by no means can we disregard the fact that the growth must have been materially linked to amendments to the Criminal Code which were made in 2000²¹; since the amendments introduced a new type of prohibited act into Article 178a of the Criminal Code, i.e. operating a vehicle while under the influence of alcohol or other intoxicants²². It is worth noting that already in the first year in which the amendment was in force (2001), the number of confirmed offences rose statistically significantly

preparatory proceedings conducted by BSW KGP and CBŚP (previously: CBŚ KGP) used to be assigned to relevant units of the administrative division of Poland at the voivodship level – see more on the Police website [online; accessed on: 6 February 2020], available at: <http://statystyka.policja.pl/st/przestepstwa-ogolem/121940,Przestepstwa-ogolem.html>. It should be also emphasized that, as a consequence of changes in gathering data (the previous system TEMIDA was replaced by the new system KSIP), only information concerning crimes confirmed in proceedings conducted by the Police has been published since 2013 (therefore, figures published by the Police do not contain data concerning crimes confirmed in proceedings conducted by prosecutor's office). Given the foregoing, data concerning crimes confirmed since 2013 are based on information presented in different editions of *Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej* as available on the website of Główny Urząd Statystyczny – Statistics Poland, which takes into consideration crimes confirmed both by the Police and by prosecutors. Publication references are detailed in footnote 16. As regards the method of registering data, it is worth mentioning that rules for registering acts committed by minors were modified in 2013, for more see: B. Gruszczyńska, *Rozdział I. Przestępstwa stwierdzone* [in:] *Atlas przestępczości w Polsce 5*, A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, Warszawa 2015, p. 10.

²⁰ Own study based on statistical data described in footnotes 18 and 19.

²¹ See: Act of 14 April 2000 Amending the Criminal Code Act (Journal of Laws No. 48, item 548).

²² J. Błachut, *Wpływ wprowadzenia art. 178a k.k. na obraz zjawiska przestępczości i prawnokarnej reakcji na nią* [in:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, K. Krajewski (ed.), Warszawa 2007, p. 390.

(by 9.8%), with the number of confirmed offences defined in Article 178a of the Criminal Code reaching 120,162, which figure represented 8.6% of the overall number of offences confirmed in the concerned year. It should be noted that the share of the prohibited acts defined in Article 178a of the Code in the overall number of (confirmed) offences kept systematically growing also in the following years (by 10.3% in 2002; 10.9% in 2004; 12.9% in 2005)²³. Janina Błachut is right to find that if we eliminate the act defined in Article 178a of the Code from the overall number of confirmed offences, the rate of offences confirmed in Poland since 2000 remained relatively constant or even dropped (by 8%) since 2005 (as compared to 2004)²⁴.

Similarly, the reasons for change in the number of confirmed offences included the amendment to the Act of 29 April 1997 on Counteracting Drug Addiction²⁵ made in 2000²⁶, and as well as the legislative decision to introduce a new legal act in order to regulate the matter (Act of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction, Journal of Laws of 2005, No. 179, item 1485, as amended)²⁷. According to Konrad Buczkowski, the changes statistically significantly increased the number of confirmed offence of breaking the regulations laid down in the Act (from 7,915 in 1997 to 35,169 in 2003). K. Buczkowski underlines that a comparison of the numbers of crimes under the Act on Counteracting Drug Addiction confirmed in 2003 and in 2010 leads to interesting observations: it turns out that 74,535 acts were recorded in 2010, which reflects an increase by over 100% on the 2003 figure²⁸.

It is also worth noting that normative solutions that may increase the number of confirmed offences do not need to apply to the features of a prohibited act or introduce a new type of offence, which usually is identified with widening the scope of criminalization. Decisions which modify the mode of prosecuting a prohibited act or which develop a range of entities authorized to submit the motion for prosecution (in case of offences that can be prosecuted in this manner) are also important. The latter took place e.g. in 2007 when the legislator, using the solutions enacted in the Act of 7 September 2007 on Assistance to the Persons Entitled to Alimony²⁹ widened the group of entities authorized to submit a motion for prosecuting the act defined in Article 209 of the Criminal Code. As Paweł Ostaszewski points out, the growth in the number of offences under Article 209 of the Criminal Code in 2009 (from 11,133 in 2008 to 18,718 in 2009, i.e. by 68%) could have been a consequence of said amendment³⁰. It is also worth mentioning

²³ J. Błachut, *Wpływ wprowadzenia...*, pp. 390, 394.

²⁴ J. Błachut, *Wpływ wprowadzenia...*, p. 391.

²⁵ Act of 29 April 1997 on Counteracting Drug Addiction (Journal of Laws of 2005, No. 75, item 468, as amended).

²⁶ Act of 26 October 2000 Amending the Act on Counteracting Drug Addiction (Journal of Laws of 2000, No. 103, item 1097).

²⁷ K. Buczkowski, *Stan przestępczości...*, p. 64.

²⁸ K. Buczkowski, *Stan przestępczości...*, p. 64.

²⁹ Act of 7 September 2007 on Assistance to the Persons Entitled to Alimony (Journal of Laws of 2007, No. 192, item 1378, as amended).

³⁰ P. Ostaszewski, *The statistical picture of the offence of evading the alimony or maintenance obligation (Article 209 of the Criminal Code)*, a paper prepared by the Institute of Justice on Ombudsman's request of 7 March 2019 for providing information concerning preliminary analysis of efficiency of changes implemented to the regulations in 2018 [online; accessed on: 6 February 2020], available at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/kary-za-nieplacenie-alimentow-dane-statystyczne>.

that the change ‘left a mark’ on the overall number of confirmed offences which, as stated above, grew in 2009.

Another important decision which had an impact on the number of confirmed offences in the said period concerned enactment on 27 September 2013 of the Act Amending the Act on Criminal Procedure Code and Certain Other Acts³¹, whereby the second paragraph of Article 178a of the Criminal Code was repealed and the offence defined thereunder was reclassified as a petty offence (through including paragraph 1a in Article 87 of the Code of Petty Offences in order to impose a penalty for operating a vehicle other than a motor vehicle while under the influence of alcohol or other intoxicants on a public road, in an accommodation area or in a traffic area)³². Based on the solutions offered in the Act of 27 September 2013, the method of setting the value of a stolen or misappropriated property was also changed so that it became possible to determine whether an act could be deemed a crime or a petty offence; as a consequence, a large part of acts previously classified as crimes were reclassified as petty offences³³.

What undoubtedly draws attention in the statistical picture of confirmed offences is the growth of the commented figure recorded in 2017–2018, as mentioned. However, also in this case we should note the normative changes that could have led to the increase. One of them is extremely important: it relates to enactment on 23 March 2017 of the Act Amending the Criminal Code Act and the Act on Assistance to the Persons Entitled to Alimony³⁴. This legal act to a large extent modified the wording of Article 209 of the Criminal Code (the offence of evading alimony or maintenance obligations). Indeed, literature emphasizes that the change was radical or even revolutionary, in particular given the significant redefinition of attributes of the offences characterized in Article 209 of the Code³⁵. Adrian Duda and Dorota Sokołowska point out that, ‘upon enactment of the commented amendments, Article 209 of the Code was stratified and the criminalization of failure to pay alimony or maintenance was shifted into the “outskirts” (“foreground”) of threat to legal interest.’³⁶. It seems that one should speak of the range of criminalization being broadened³⁷, which was caused among others by introducing a new objective criterion

³¹ The Act of 27 September 2013 Amending the Act on Criminal Procedure Code and Certain Other Acts (Journal of Laws of 2013, item 1247).

³² B. Gruszczyńska, *Rozdział I...*, p. 11.

³³ B. Gruszczyńska, *Rozdział I...*, p. 11; see also: Article 2 (4) – (7) of the Act of 27 September 2013 Amending the Act on Criminal Procedure Code and Certain Other Acts (Journal of Laws of 2013, item 1247).

³⁴ The Act of 23 March 2017 Amending the Criminal Code Act and the Act on Assistance to the Persons Entitled to Alimony (Journal of Laws of 2017, item 952).

³⁵ J. Jodłowski, *Komentarz do art. 209 k.k.* [in:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211 a*, W. Wróbel, A. Zoll (eds.), Warszawa 2017 [online; accessed on: 6 February 2020], available at: sip.lex.pl.

³⁶ A. Duda, D. Sokołowska, *Nowe granice kryminalizacji przestępstwa niealimentacji oraz mechanizmy redukcji karania według znowelizowanego brzmienia art. 209 k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017/4, p. 28.

³⁷ Such conclusion seems justified even though literature points out that re-writing attributes of the offence under Article 209 of the Criminal Code made certain types of behaviour excluded from the scope of criminalization, see: M. Borodziuk, *Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji pod nowelizacji z 2017 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2018/4, pp. 34–35; A. Duda, D. Sokołowska, *Nowe granice...*, pp. 30–31.

being the amount of outstanding payments in place of the ‘persistent non-payment’ criterion, by modifying the nature of the offence (basic type: formal offence), and by adding a new aggravated offence (Article 209 (2) of the Criminal Code)³⁸.

The commented amendment became effective on 31 May 2017. Importantly, the number of confirmed offences defined in Article 209 of the Criminal Code increased in 2018 (as compared to 2017) by 317% and reached 70,412 (for comparison: 16,885 in 2017 and 9,398 in 2016)³⁹. As we can see, the commented amendment might have had an impact on the increased overall number of offences confirmed in 2017–2018.

It is worth noting that, in addition to legislator’s activity in the field of introducing solutions aimed at increasing or reducing the scope of penalization, there also other factors which influence the number of confirmed offences. The reduced crime rate recorded in 2005 (and in following years) should be considered in light of three variables: demographic transformation, emigration, and greater efficiency of police operations⁴⁰. As regards the first factor, the age is a significant category. A. Siemaszko underlines that, ‘from the beginning of the 21st century, as persons born in years with low childbirth rates were coming of age, we observed a decline in the group of special criminal risk; that group includes people aged 16–24 (...) who are responsible for as many as 1/4 of all offences’⁴¹. The other variable, i.e. emigration, is also partially linked to age; since it appears that many people who chose to leave Poland were those who, given their age, would be classified as the special risk group⁴². The last factor, i.e. improved efficiency of police operations, is in a way (at least partially) a consequence of the two previous variables. Since, as it can be easily seen, the reduced population from the criminal risk group generates less criminal events and therefore reduces the number of cases to be handled by enforcement authorities (the police), the police can work with greater reliability and care⁴³. Obviously, the drop of the crime rate as such cannot be deemed an element which automatically improves police operations. It is clear that each year brings new forms of criminal behaviours, whose detection is often difficult and time-consuming.

Moreover, the structure of confirmed offences has changed over the recent years. In the first place, the number of offences against property dropped noticeably: in 2000 they represented nearly 3/4 of all offences committed in Poland, while in 2018 they represented less than half of all confirmed offences. What draws a particular attention is the growing number of offences committed under the Act on Counteracting Drug Addiction and in the number of offences against family and custody – although we should remember that the aforementioned legislative changes had an impact on these figures. A special role in changing the structure of offences in 2018 was played by normative solutions relating to Article 209 of the Criminal Code, discussed above.

³⁸ M. Borodziuk, *Zakres kryminalizacji...*, pp. 40–45.

³⁹ Statistical data concerning the number of confirmed offences under Article 209 of the Criminal Code, provided by the Police Headquarters upon request of the Institute of Justice (as a part of the report described in footnote 30).

⁴⁰ A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość...* [in:] *Atlas przestępczości w Polsce 4...*, p. 319.

⁴¹ A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość...*, p. 319.

⁴² A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość...*, p. 319.

⁴³ A. Siemaszko, *Podsumowanie. Przestępczość...*, p. 320.

Table 2

Structure of (confirmed) offences in Poland in selected years⁴⁴

Type of offence	2000		2005		2009		2015		2018	
	cases	%	cases	%	cases	%	cases	%	cases	%
Offences against public safety and safety in transport (without Art. 178a CC)	23,317	1.8%	20,289	1.5%	17,712	1.6%	19,147	2.4%	22,245	2.9%
Operating a (motor) vehicle while under the influence of alcohol or intoxicant – Art. 178a CC	0	0.0%	178,571	12.9%	151,762	13.4%	64,487	8.0%	51,583	6.6%
Offences against life and health	35,424	2.8%	31,736	2.3%	31,708	2.8%	18,593	2.3%	19,357	2.5%
Offences against freedom, freedom of conscience and religion	40,025	3.2%	41,092	3.0%	37,523	3.3%	24,346	3.0%	26,392	3.4%
Offences against sexual freedom and morality	4,469	0.4%	4,798	0.3%	5,851	0.5%	3,824	0.5%	7,239	0.9%
Offences against family and guardianship	53,709	4.2%	34,636	2.5%	39,766	3.5%	28,062	3.5%	86,147	11.1%
Offences against the reliability of documents	70,591	5.6%	71,501	5.2%	48,227	4.3%	45,766	5.7%	53,364	6.9%
Offences against property	925,433	73.0%	811,971	58.8%	591,261	52.3%	441,117	54.5%	349,765	44.9%
Offences against Counteracting Drug Addiction Law of 29 July 2005	19,649	1.6%	67,560	4.9%	68,288	6.0%	46,819	5.8%	51,185	6.6%
Other offences	9,4293	7.4%	117,808	8.5%	137,479	12.2%	117,768	14.5%	110,850	14.2%
Total	1,266,910	100.0%	1,379,962	100.0%	1,129,577	100.0%	809,929	100.0%	778,127	100.0%

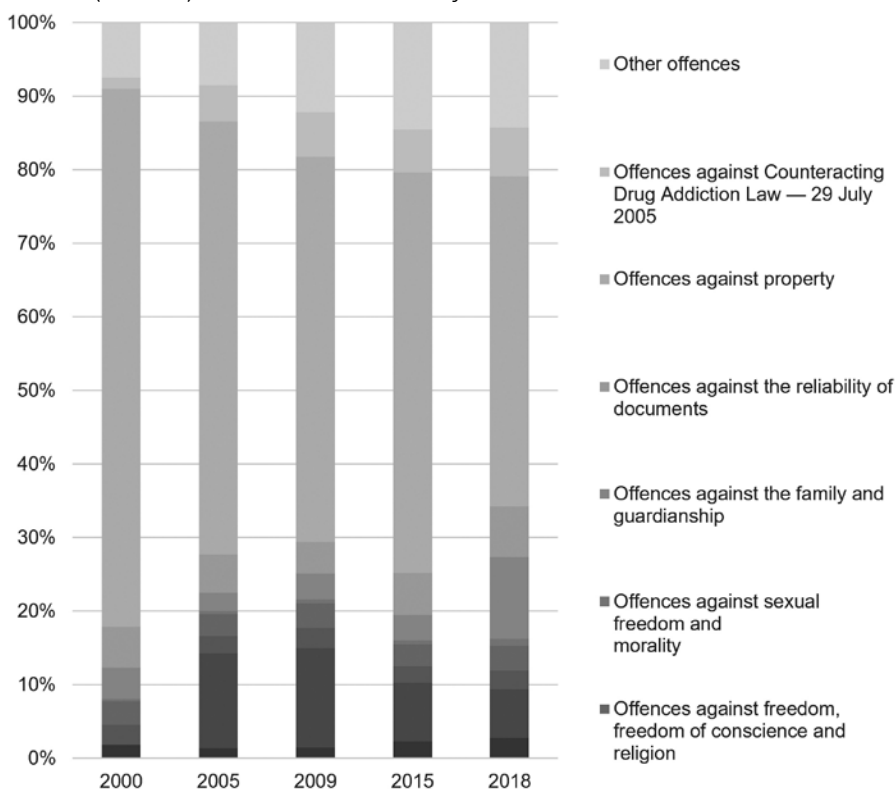
Source: Author's calculations based of Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej.

⁴⁴ Author's calculations based on statistical data concerning the number of confirmed offences published in Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2011, available at: https://stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/rs_rocznik_statystyczny_rp_2011.pdf and Rocznik Statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2018, available at: https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/2/18/1/rocznik_statystyczny_rzeczypospolitej_polskiej_2018_.pdf [accessed on: 6 February 2020].

The prohibited act classified under Article 178a of the Criminal Code (operating a motor vehicle while under the influence of alcohol) has a special place in the structure of all offences committed in Poland, although we have recently observed a downward trend also for this offence (we should bear in mind, however, the aforementioned legislative changes implemented in 2013). An important place in the structure of offences in Poland is occupied by crimes against reliability of documents. It is worth noting that, comparing to the situation in early 1990s, the share of this group in the overall number of offences has significantly grown – from 0.7% in 1990⁴⁵ to 6.9% in 2018.

Chart 2

Structure of (confirmed) offences in Poland in selected years⁴⁶



Source: own study.

4. ADULTS VALIDLY SENTENCED IN POLAND IN 1999–2018 (BASED ON COURT STATISTICAL DATA)

Changes in the structure of offences are important also because they have an impact on the diversification of individual penalties in the structure of all penalties

⁴⁵ Statistical data for 1990 derived from: A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 4*, p. 18.

⁴⁶ Own study based on statistical data described in footnote 44.

adjudicated in Poland. As mentioned above, the 1997 Criminal Code was enacted with an intent to considerably increase the share of non-custodial penalties in all penalties, with particular consideration given to fines as the main penalty for perpetrators of minor (and sometimes medium) offences. A review of the structure of penalties adjudicated in Poland draws attention to significant changes noted after 2015. Taking into consideration the period 1999–2015 only, we could venture a statement that the assumption of authors of the 1997 Criminal Code regarding the increased share of fines and other non-custodial penalties (restriction of freedom) in the structure of penalties was not accomplished. Luckily, a review of statistical data concerning adults validly sentenced, in particular for the last three years (2016, 2017, 2018) leads to more optimistic findings.

Table 3

Adults validly sentenced to the penalty of fine (for the main offence) compared to the total number of sentences for offenders in 1999–2018⁴⁷

Year	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Adults validly sentenced (total)	207,607	222,815	315,013	365,326	415,933	513,410	504,281	462,937	426,377	420,729
Adults validly sentenced to fine (incl. sentences conditionally suspended until 1 July 2015)	38,209	33,699	64,475	75,698	93,274	111,491	100,968	88,407	82,988	89,011
%	18.4%	15.10%	20.5%	20.72%	22.4%	21.7%	20.0%	19.1%	19.5%	21.2%

Year	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adults validly sentenced (total)	415,272	432,891	423,464	408,107	353,208	295,353	260,034	289,512	241,436	275,768
Adults validly sentenced to fine (incl. sentences conditionally suspended until 1 July 2015)	88,236	92,329	93,571	91,296	76,759	63,078	61,461	98,776	84,721	90,491
%	21.2%	21.3%	22.1%	22.4%	21.7%	21.4%	23.6%	34.0%	35.10%	32.80%

Source: own study.

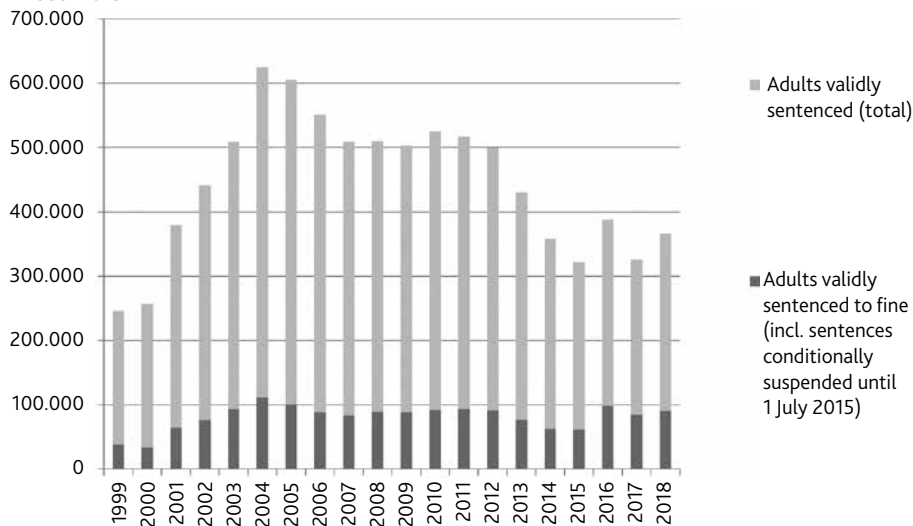
Fines as the sole penalty until 2015 (including that year) represented less than 1/4 of all penalties adjudicated in Poland. A statistically significant growth in the share of fines in the structure of all penalties was not recorded until 2016; the growth was possibly a consequence of repeal of Article 58 (2) of the Criminal Code ('No fine shall be imposed when the income of the offender, his/her situation or

⁴⁷ Based on statistical data described in footnote 1.

potential to earn provide reasonable grounds for the supposition that the offender would not pay the fine and that enforcing the same by execution would not be possible.’). Certainly, the change was not crucial. As Jarosław Majewski rightly notes the probable reasons for the low share of fines in the structure of all penalties adjudicated should be seen first and foremost in ‘habits formed under the regime of the 1969 Criminal Code, including routine application of the penalty of deprivation of freedom with conditional suspension of its execution [for minor or medium offences]; the habits have become so ingrained and have grown so strongly into the way of thinking about the penalty that they have shaped a channel for themselves also under regime of the current code’⁴⁸. Similarly, the relatively liberal definition of prerequisites for conditional suspension of the execution of the penalty of imprisonment (in particular in the context of the broad scope of its application) and the relatively superficial examination, in the course of proceeding, of the financial situation of the offender against whom the fine was considered, might have had an impact on the low share of fines in the structure of all penalties adjudicated⁴⁹.

Chart 3

Adults validly sentenced to the penalty of fine (for the main offence) compared to sentences for all offenders in 1999–2018⁵⁰



Source: own study.

The growing share of fines in the structure of adjudicated penalties since 2016 (2016 – 34%, 2017 – 35.1%, 2018 – 32.8%) gives grounds for a certain optimism. Probably, this is a consequence of the solutions introduced into the Criminal Code

⁴⁸ J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015 [online; accessed on: 6 February 2020], available at: sip.lex.pl.

⁴⁹ J. Majewski, *Kodeks karny...*

⁵⁰ Own study based on statistical data described in footnote 1.

by the Act of 20 February 2015⁵¹, such as the solutions referred to in Article 37a and Article 58 (1) of the Criminal Code. With the first solution, it is possible to adjudicate a non-custodial penalty (a fine or restriction of freedom through imposing an obligation to perform work or through making deductions from salaries) in a situation when ‘law provides for the penalty of imprisonment not exceeding 8 years’ for a given prohibited act⁵². The other solution⁵³, being a directive as to the penalty, underlines ‘priority of a fine and restriction of freedom both over the penalty of absolute imprisonment and over a suspended prison sentence’⁵⁴. The stricter conditions for applying the suspended sentences introduced by said amendment are also significant.

A review of adjudicated fines, taking into account the type of act for which the penalty has been imposed, leads to interesting conclusions. It appears that over 50% of all offenders who were given such penalty in 2008–2017 had committed one of two types of offences: against safety in traffic (with the highest number of acts defined in Article 178a of the Criminal Code) and against property. In 2018, these groups of offenders represented nearly half of all offenders sentenced to a fine. Persons sentenced to a fine for the aforementioned offences represented: in 2008 – 65.1%; in 2009 – 67.5%; in 2010 – 66.7%; in 2011 – 69%; in 2012 – 68.5%; in 2013 – 63.3%; in 2014 – 54.7%; in 2015 – 52.6%; in 2016 – 54.6%; in 2017 – 52.3%; and in 2018 – 49.5% of all fined offenders respectively⁵⁵.

As regards fines for offences against safety in traffic, the penalty was and is imposed mainly on offenders who committed the act described in Article 178a of the Criminal Code. In selected years, the convictions represented almost 100% of all fines adjudicated for offences against safety in traffic (in 2008 – 96.7%; in 2009 – 97.1%; in 2010 – 97.2%; in 2011 – 97.7%; in 2012 – 97.9%; in 2013 – 97.4%; in 2014 – 96.4%). A decreasing trend was only noted in 2015, when the offenders sentenced to a fine for operating a motor vehicle while under the influence of alcohol represented 90.9% of all offenders who were given this penalty for offences against safety in traffic. Another drop (to 74.5%) was noted in 2016. In the last two years being examined, the share of fines in the structure of all penalties adjudicated against offenders who committed under Article 178a of the Criminal Code rose again: offenders sentenced to a fine for the act in question represented 76.2% in 2017 and 78.3% in 2018 of all persons sentenced for offences against safety in traffic. At this point, however, it should be remembered that there was a drop in the number of all offences in the whole territory of Poland, including both types of offences that are important in terms of imposing fines, i.e. offences against property and against safety in traffic (including the prohibited act classified under Article 178a of the Criminal Code). Interestingly, significant changes in the

⁵¹ The Act of 20 February 2015 Amending the Criminal Code Act and Certain Other Acts (Journal of Laws of 2015, item 396).

⁵² See: Article 37a of the Criminal Code in the original wording.

⁵³ Pursuant to Article 58 (1) of the Criminal Code: ‘If a statute provides for various types of penalties for a crime and a crime is subject to the penalty of deprivation of liberty not exceeding 5 years, the court shall impose the penalty of deprivation of liberty only if no other penalty or penal measure can meet the aims of the punishment’.

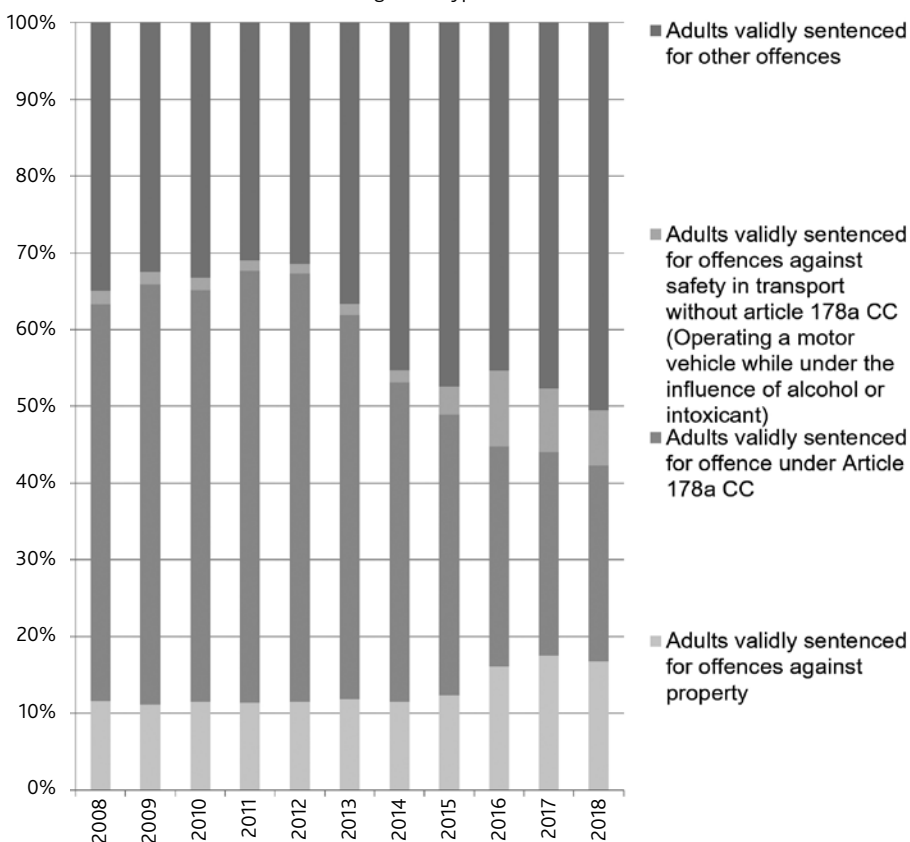
⁵⁴ M. Melezini, *System...* [in:] *Kary...*, p. 121.

⁵⁵ Author’s calculations based on statistical data described in footnote 1.

structure of offences against safety in traffic have occurred recently; it turns out that although the total number of crimes from this category has dropped, the drop is attributed mainly to the act classified under Article 178a of the Code. As compared to 2010, 2015, 2017, and 2018, confirmed offences under Article 178a of the Code amounted to 142,144, 64,487, 55,273, and 51,583 respectively. In the meantime, the remaining offences against safety in traffic in said years amounted to 15,488, 19,147, 23,526, and 22,245 respectively. We obviously are seeing a 'shift' in the structure of offences against safety in traffic, due to which the other types of prohibited acts from the group are becoming more 'visible'. This may lead to changes to the structure of convictions of perpetrators of offences against safety in traffic.

Chart 4

Convictions to fines in 2008–2018 – according to the type of offences⁵⁶



Source: own study.

In the context of analysing the structure of penalties adjudicated in Poland, particular attention should be paid to assessment of the share taken by the penalty of restriction of freedom.

⁵⁶ Own study based on statistical data described in footnote 1.

Table 4Adults validly sentenced to the penalty of restriction of freedom (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁵⁷

Year	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Adults validly sentenced (total)	207,607	222,815	315,013	365,326	415,933	513,410	504,281	462,937	426,377	420,729
Adults validly sentenced to restriction of freedom (incl. convictions conditionally suspended until 1 July 2015)	15,648	14,796	28,507	39,156	52,763	71,887	67,254	57,918	47,091	40,643
%	7.50%	6.60%	9.0%	10.7%	12.7%	14.0%	13.3%	12.5%	11.0%	9.7%

Year	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adults validly sentenced (total)	415,272	432,891	423,464	408,107	353,208	295,353	260,034	289,512	241,436	275,768
Adults validly sentenced to restriction of freedom (incl. convictions conditionally suspended until 1 July 2015)	43,524	49,692	49,611	50,730	41,287	33,009	31,096	61,720	53,854	78,172
%	10.5%	11.5%	11.7%	12.4%	11.7%	11.2%	12.0%	21.30%	22.30%	28.30%

Source: own study.

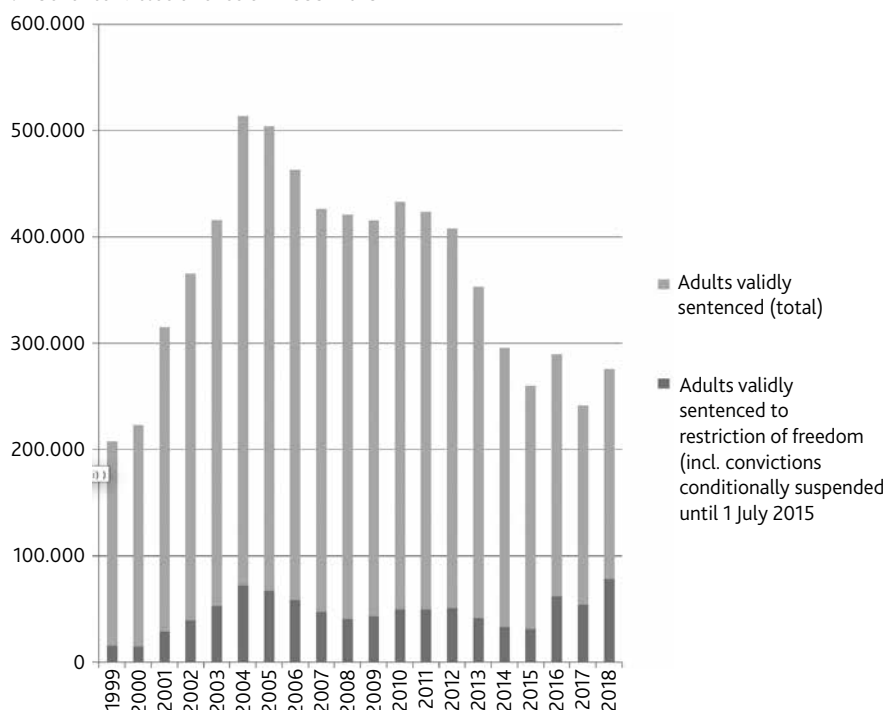
The authors of the Criminal Code in force intended to make the penalty of restriction of freedom support the implementation of reasonable penal policy through being a non-custodial alternative to a fine that is applied in certain situations, e.g. in particular when an offender for certain reasons is unable to pay the fine or if it is pointless to impose a financial penalty upon him/her, and at the same time applying a short-term penalty to isolate the offender from the society is unjustified⁵⁸. In the meantime, the share of the penalty of restriction of freedom in all penalties adjudicated in Poland (for the main offence) in 1999–2015 ranged from a few percent (6.6% as the lowest value reported in 2000) to over ten percent (14% as the highest value seen in 2004). Such a low share of the penalty in question in the structure of all penalties adjudicated in Poland has become a subject matter of many analyses and papers⁵⁹. Their authors agree that reason for the low adjudication rate as regards the penalty of restriction of freedom should be seen in

⁵⁷ Based on statistical data described in footnote 1.⁵⁸ I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (eds.), *Nowe kodeksy...*, pp. 139–140.⁵⁹ See e.g.: T. Szymanowski, *Kuratorzy sądowi i zadania przez nich wykonywane po dokonanej reformie*, „Archiwum Kryminologii” 2003–2004, Vol. XXVII; A. Ornowska, *Kara ograniczenia wolności*, Warszawa 2013.

problems in organizing its execution through providing community service⁶⁰, which formed an obligatory element of each sentence to that penalty until 30 June 2015. It seems however that the significant growth in the share of the penalty of restriction of freedom in the structure of all penalties adjudicated in 2016–2018 (21.3% in 2016; 22.3% in 2017; 28.3% in 2018) was not a consequence of the legislator's decision to change the nature of the obligation to perform supervised unpaid community work from mandatory to optional. It is worth noting that the main form of the penalty of restriction of freedom in 2016, 2017, and 2018 continued to be unpaid community work⁶¹. This shows that most judges, even given the option to abandon this form of penalty (and chose deduction from salary for work instead), rejected this solution.

Chart 5

Adults validly sentenced to the penalty of restriction of freedom (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁶²



Source: own study.

⁶⁰ M. Melezini, *Polityka karna sądów powszechnych w okresie obowiązywania nowej kodyfikacji karnej*, [in:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielaczna, P. Wiktorska (eds.), Warszawa 2013, p. 347.

⁶¹ In accordance with statistical data published by the Ministry of Justice described in footnote 1, in 2016 the obligation to perform unpaid work for a specified purpose was imposed on 63 939 convicted persons (for the main offence); in 2017 – on 56 566 convicted persons; and in 2018 – on 80 541 convicted persons. It must be noted however that, on 1 July 2015, the legislator admitted an option to impose obligations jointly (or even sequentially); as a consequence, it is possible e.g. to impose the obligation to perform supervised unpaid work for specified goals on a convicted person within a specified period of time, and then the obligation may be replaced e.g. by deductions from his wage or salary for work.

⁶² Own study based on statistical data described in footnote 1.

It seems that the growing share of the penalty of restriction of freedom in the structure of all penalties adjudicated in Poland was a consequence of the new solutions having been in force since 1 July 2015 ‘encouraging’ judges to apply non-custodial penalties (as described in the paragraph concerning the share of fines imposed as the only penalty in the structure of all penalties adjudicated in Poland). Possibly, a significant factor was the aforementioned stricter conditions for applying suspended sentences, which made judges ‘escape’ to another form of non-custodial solutions in relation to offenders who no longer met the conditions for suspended sentences (among others due to an offence committed during the probation period) and, in the opinion of the judge, did not deserve to be sentenced a penalty that would isolate them from the society.

An analysis of statistical data showing the share of defined-term imprisonment (i.e. from 1 month to 15 years) in the structure of all adjudicated penalties leads to very interesting observations, in particular in context of last three years covered by the analysis. As mentioned earlier, in the 1997 Criminal Code the legislator expressed the principle of *ultima ratio* of imprisonment without conditional suspension (Article 58 (1) of the Criminal Code in the original wording) and the principle of *ultima ratio* of short-term imprisonment (Article 59 of the Criminal Code in the original wording). The adoption of these principles reflected a strong aspiration to remodel the structure of penalties that emerged under the 1969 Criminal Code, which was characterized by, among others, excessive application of the penalty of imprisonment. The share of the penalty of defined-term imprisonment in the structure of all penalties adjudicated in 1999–2018, i.e. under the norms laid down in the new Criminal Code, is illustrated by the statistical data contained in Table 5 and in the following chart.

Table 5 Adults validly sentenced to imprisonment from 1 month to 15 years (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018 ⁶³										
Year	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Adults validly sentenced (total)	207,607	222,815	315,013	365,326	415,933	513,410	504,281	462,937	426,377	420,729
Adults validly sentenced to imprisonment (from 1 month to 15 years)	153,533	174,184	221,762	250,275	269,643	327,331	334,378	315,074	294,826	289,269
Incl. suspended prison sentences	127,437	143,497	184,819	214,485	233,055	278,338	291,409	272,653	257,141	250,774
Incl. suspended prison sentences (%)	83.0%	82.4%	83.3%	85.7%	86.4%	85.0%	87.1%	86.5%	87.2%	86.7%
Percentage of suspended prison sentences in all convictions	61.4%	64.4%	59.0%	59.0%	56.0%	54.0%	58.0%	59.0%	60.0%	60.0%

⁶³ Author’s calculations based on statistical data described in footnote 1.

Table 5

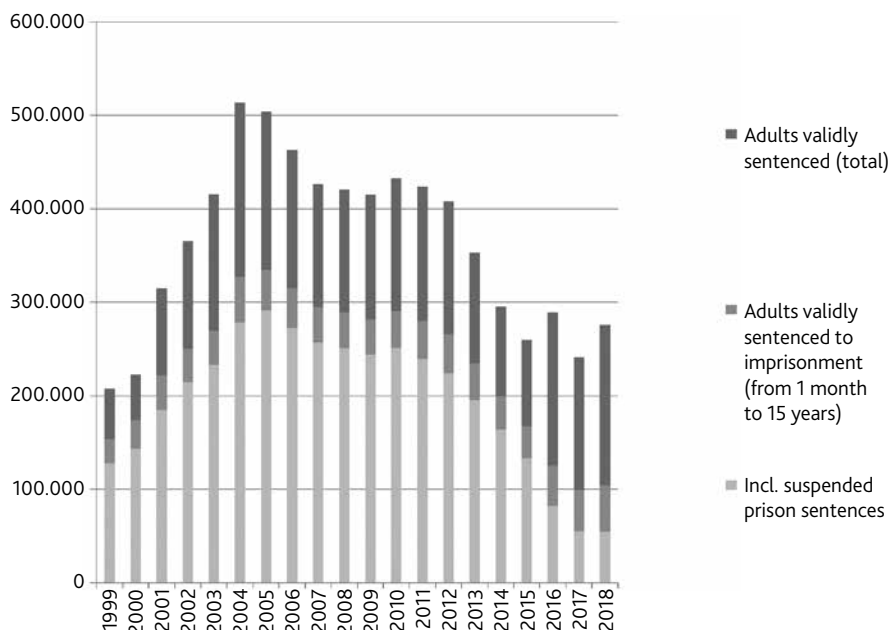
Adults validly sentenced to imprisonment from 1 month to 15 years (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁶⁴

Year	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adults validly sentenced (total)	415,272	432,891	423,464	408,107	353,208	295,353	260,034	289,512	241,436	275,768
Adults validly sentenced to imprisonment (from 1 month to 15 years)	281,887	290,669	280,023	265,876	235,032	199,167	167,028	125,368	99,346	103,814
Incl. suspended prison sentences	243,974	251,087	239,076	224,185	195,348	163,534	133,076	81,673	54,819	54,302
Incl. suspended prison sentences (%)	86.6%	86.4%	85.4%	84.3%	83.1%	82.1%	79.7%	65.0%	55.20%	52.30%
Percentage of suspended prison sentences in all convictions	59.0%	58.0%	56.0%	55.0%	55.0%	55.0%	51.0%	28.0%	22.70%	19.70%

Source: own study.

Chart 6

Adults validly sentenced to imprisonment from 1 month to 15 years (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁶⁵



Source: own study.

⁶⁴ Author's calculations based on statistical data described in footnote 1.

⁶⁵ Own study based on statistical data described in footnote 1.

It can be stated, based on an analysis of the statistical data presented in Table 5, that – considering all the penalties adjudicated in Poland (for the main offence) – the predominant form of response to a prohibited act in 1999–2015 was a conditionally suspended prison sentence. In said period, this form of sanction represented over half (or even 60% in some years) of all convictions. Reasons for the situation have already been broadly commented in the literature⁶⁶; therefore, I am not going to discuss them at this point in detail. However, it is worth mentioning that there is the problem with repeated suspended sentences. As per the statistical data published by the Ministry of Justice, a typical practice of the Polish courts until 2015 was giving the same offenders twice or thrice conditionally suspended prison sentences. It was not uncommon for offenders to be sentenced this way eight times and more, the record being over 20 suspended sentences⁶⁷. Moreover, in 1999–2015 the predominant form was a suspended sentence without supervision of the offender and without any probation obligations imposed upon the offender⁶⁸. In addition, the conditional suspension of execution of penalty was, in point of fact, the main sanction applied to offenders in the so-called consensual mode, being ‘a kind of non- substantive-penal-law form of penal-law response, provided only for ... [this kind of] mode’, thus losing the features of a probation measure⁶⁹. Similarly, the high rate of orders to serve an originally suspended penalty, which in some years exceeded even 20%, became a problem⁷⁰. All these elements had an impact on the particular structure of penalties awarded in Poland, in which the penalty of imprisonment with conditional suspension played a leading role for over a dozen years.

In the context of the above conclusions, particular attention should be paid to the significant, or even revolutionary, drop in the percentage share of the

⁶⁶ See: A. Nawój-Śleszyński, *Rola środków penalnych związanych z poddaniem sprawcy próbie w kształtowaniu rozmiarów populacji więziennej*, „Probacja” 2014/2, pp. 19 et seq., and the literature quoted by the Author.

⁶⁷ Statistical data presented in the justification for the Bill Amending the Criminal Code Act and Certain Other Acts Together With Draft Implementing Acts – the Sejm paper No. 2393 [online; accessed on: 7 February 2020]; the bill together with the justification are available at: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%24File/2393%20cz%201.pdf>, p. 3; see also: T. Darkowski, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary – próba oceny potencjalnego wpływu nowelizacji na politykę karną* [in:] *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, A. Adamski, M. Berent, M. Leciak (eds.), Warszawa 2016, p. 52.

⁶⁸ See: K. Witkowska-Rozpara, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary – uwagi na tle obowiązującej regulacji, praktyki orzeczniczej sądów polskich oraz nowelizacji Kodeksu karnego (z mocą obowiązującą od 1.07.2015 r.)*, „Probacja” 2015/2, pp. 19–21; K. Witkowska-Rozpara, *Idea wolności kontrolowanej skazanego na karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.* [in:] *Warunkowe zawieszenie...*, pp. 133–135, 142–143.

⁶⁹ R. Zawłocki, *Reforma karmy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z perspektywy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego* [in:] *Warunkowe zawieszenie...*, pp. 24–26.

⁷⁰ See: A. Nawój-Śleszyński, *Rola środków...*, pp. 18 et seq.; see also: Statistical data presented in the justification of the Bill Amending the Criminal Code Act and Certain Other Acts Together With Draft Implementing Acts – the Sejm paper No. 2393 [online; accessed on: 7 February 2020]; the bill together with the justification are available at: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/39FD209B7AC6C45AC1257CDE0042D631/%24File/2393%20cz%201.pdf>, pp. 127–128.

conditionally suspended prison sentences in the structure of all penalties adjudicated in Poland, which has been noted since 2016. Although back in 2015, the number of suspended prison sentences represented 51% of the overall number of convictions, in 2016, 2017, and 2018 the figure was 28%, 22.7%, and only 19.7% respectively. The drop is undoubtedly statistically significant and seems to be a consequence of the aforementioned reform of the prerequisites for applying the conditional suspension of the execution of the penalty, in particular modification of Article 69 of the Criminal Code, although the simultaneous change of the rule defined in Article 58 (1) of the Criminal Code on 1 July 2015 certainly contributed to the drop as well. The first of the amendments reworded the prerequisites defined in Article 69 (1) of the Criminal Code ('A court may conditionally suspend the execution of the penalty of deprivation of freedom of up to one year if the perpetrator, while committing a crime, was not convicted to the penalty of deprivation of freedom [author's emphasis] and it is regarded as sufficient to meet the aims of the punishment with regard to the perpetrator, and particularly to prevent him/her from relapsing into crime.') and therefore significantly reduced the range of options where the measure could be applied. In accordance with the preliminary Ministry of Justice estimates, 'the negative prerequisite will apply to ca. 20% of existing population of persons with suspended prison sentences'⁷¹. Considering the aforementioned statistical data for the period 2016–2018, we could even venture a statement that modification of the prerequisites for applying said measure significantly reduced the share of the penalty of suspend prison sentence, although such drop could have been also a consequence of other amendments to the Code, i.e. the solution included in Article 37a and the directive presented in Article 58 (1) of the Criminal Code, both of which have been already discussed⁷².

The significant reduction of the share of conditionally suspension prison sentences in the structure of all penalties adjudicated in Poland 'forced' shifts in the area in question. As mentioned earlier, over the last three years analysed in this paper, the percentage of non-custodial penalties, i.e. fines and the penalty of restriction of freedom, significantly grew (in aggregate, the share of both penalties in the structure of all penalties adjudicated in Poland represented 55.3% in 2016, 57.4% in 2017, and 61.1% in 2018). In addition, one more effect should be noted. Recently, we have observed gradual growth in the share of the penalty of absolute imprisonment in the structure of all the penalties. The trend is reflected by the data presented in Table 6. While the share did not exceed 10% in the period 2002–2011 and it ranged from 10% to 12% in 2012–2014, it has been significantly growing since 2015: it reached 13.1% in 2015, 15.1% in 2016, 18.4% in 2017, and 18% in 2018. It seems that a significant role in this respect is played by the changes relating to the conditional suspension of the execution of a penalty, in particular restriction of applicability of this solution to penalties of up to one year.

⁷¹ T. Darkowski, *Warunkowe zawieszenie...*, p. 58.

⁷² T. Darkowski, *Warunkowe zawieszenie...*, p. 58.

Table 6

Adults validly sentenced to absolute imprisonment (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁷³
AI – Absolute Imprisonment

Year	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Adults validly sentenced	207,607	222,815	315,013	365,326	415,933	513,410	504,281	462,937	426,377	420,729
Adults validly sentenced to imprisonment (from 1 month to 15 years)	153,533	174,184	221,762	250,275	269,643	327,331	334,378	315,074	294,826	289,269
Incl. AI	26,096	30,687	36,943	35,790	36,588	48,993	42,969	42,421	37,685	38,495
Incl. AI (%)	17.0%	17.6%	16.7%	14.3%	13.6%	15.0%	12.9%	13.5%	12.8%	13.3%
Percentage share of convictions to AI in all convictions	12.6%	13.8%	11.7%	9.8%	8.8%	9.5%	8.5%	9.2%	8.8%	9.1%

Year	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Adults validly sentenced	415,272	432,891	423,464	408,107	353,208	295,353	260,034	289,512	241,436	275,768
Adults validly sentenced to imprisonment (from 1 month to 15 years)	281,887	290,669	280,023	265,876	235,032	199,167	167,028	125,368	99,346	103,814
Incl. AI	37,913	39,582	40,947	41,691	39,684	35,633	33,952	43,695	44,527	49,512
Incl. AI (in percentage)	13.4%	13.6%	14.6%	15.7%	16.9%	17.9%	20.3%	34.9%	44.8%	47.7%
Percentage share of convictions to AI in all convictions	9.1%	9.1%	9.7%	10.2%	11.2%	12.1%	13.1%	15.1%	18.4%	18.0%

Source: own study.

Finally, the share of extremely long-term penalties in the structure of all penalties adjudicated in Poland under the regime of the 1997 Criminal Code is noteworthy.

The statistical data presented in Table 7 show that the percentage of extremely long-term penalties in the structure of all penalties in Poland is marginal. Obviously, the situation is a consequence of the fact that, the vast majority of penalties of 25 years imprisonment and life imprisonment penalties were given to murderers (killers) while the share of (confirmed) murders in the structure of all confirmed crimes is marginal, too. These penalties were given to offenders who committed other crimes only in some years and in individual cases. For instance in 2008, the perpetrator of rape (Article 197 (1) of the Criminal Code) was sentenced to life imprisonment, while in 2010 and 2012 perpetrators of aggravated robbery were

⁷³ Author's calculations based on statistical data described in footnote 1.

Table 7

Adults validly sentenced to 25 years imprisonment and to life imprisonment (for the main offence) compared to the total number of convicted offenders in 1999–2018⁷⁴

Year	Adults validly sentenced	25 years imprisonment	Life imprisonment
1999	207,607	67	8
2001	222,815	49	12
2001	315,013	113	20
2002	365,326	89	19
2003	415,933	92	18
2004	513,410	109	27
2005	504,281	133	34
2006	462,937	98	30
2007	426,377	70	9
2008	420,729	109	11
2009	415,272	93	24
2010	432,891	97	27
2011	423,464	102	26
2012	408,107	100	24
2013	353,208	77	25
2014	295,353	66	23
2015	260,034	64	6
2016	289,512	68	20
2017	241,436	50	12
2018	275,768	41	24

Source: own study.

sentenced to 25 years imprisonment (Article 280 (2) of the Criminal Code)⁷⁵. In 2013–2018, all sentences of 25 years imprisonment or life imprisonment were given in cases of murder⁷⁶. As we can see, the application of extremely long-term sentences seems to respect the standards that have been developing in court decisions for several decades already, in accordance with which standards the penalties in question – given their largely eliminating nature – should be adjudicated only as the last resort, i.e. when no other sanction can attain the objectives of the penalty and the remaining prerequisites such as, among others, the high level of demoralization

⁷⁴ Based on statistical data described in footnote 1.

⁷⁵ Author's calculations based on statistical data described in footnote 1.

⁷⁶ In 2016, 25 years imprisonment sentences were given 68 times, of which 48 times for the offence under Article 148 (1) of the Criminal Code and 20 – for the offence under Article 148 (2) or (3) CC; in 2007, 25 years imprisonment sentences were given 40 times, of which 36 times for the offence under Article 148 (1) CC and 4 – for the offence under Article 148 (2) CC; in 2018, 25 years imprisonment sentences were given 41 times, of which 28 times for the offence under Article 148 (1) CC and 13 – for the offence under Article 148 (2) CC. As regards life imprisonment: in 2016, life sentence was given 20 times, of which 10 times for the offence under Article 148 (1) CC and 10 – for the offence under Article 148 (2) or (3) CC; in 2017, life sentence was given 12 times, of which 3 times for the offence under Article 148 (1) CC and 9 – for the offence under Article 148 (2) or (3) CC; in 2018, life sentence was given 24 times, of which 9 times for the offence under Article 148 § 1 CC and 15 – for the offence under Article 148 (2) or (3) CC (author's calculations based on statistical data described in note 1).

and guilt of the offender, lack of mitigating circumstances, and significant social harm of the offence, suggest applying an extremely long-term penalty⁷⁷.

5. CONCLUSIONS

In summary, this brief overview (due to very strict publication frameworks) of the statistical picture of the Polish penal policy allows to form several conclusions.

Firstly, the enactment of the new Criminal Code in 1997 was intended to open a new chapter of the Polish penal policy that would be based on the modern axiology and democratic standards. However, in spite of the conditions guaranteed by the legislator, the Polish penal policy has very slowly evaluated toward the direction set by the authors of the 1997 Criminal Code for several subsequent years following the date on which the legal act became effective. The postulated growth in the share of non-custodial penalties in the structure of all penalties adjudicated in Poland has turned out to be very difficult to attain. The low rate of awarding non-isolation penalties, in particular fines, have been impacted by, among others, adjudicating habits which developed at times when the previous code was in force.

Secondly, the Polish penal policy in 1999–2015 was characterized by excessive judicial application of conditionally suspended prison sentences, which was the reason for the radical growth in the share of this penalty in all adjudicated penalties, which at its peak was over 60%. Repeated suspended sentences for the same persons as well as application of conditional suspension mainly in the basic form, i.e. without supervision or/and imposing any obligation upon the offender, became a serious problem. Similarly, conditional suspension of penalties was excessively applied in the so-called consensual mode, which in practice eliminated any elements on whose basis it could be determined whether the conditional suspension could be classified as a measure subjecting a perpetrator to probation or not.

And finally, it seems that the reform of the Criminal Code carried out in 2015, in particular as regards modification of the prerequisites for applying conditional suspension of prison sentences and aforementioned solutions broadening the options for applying non-isolation penalties, was important from the point of view of the penal policy implemented in Poland. The new structure of penalties analysed here seems to be a result of that reform. Undoubtedly, it is not a coincidence that a significant change in the field in question occurred in 2016, i.e. in the first full year in which the new regulations were in force. It is hard to ignore the increase in the share of fines in the penalties structure from 20% to nearly 1/3, but the growth in the share of the penalty of restriction of freedom from a few/more than ten percent to almost 30% is indeed impressive. Obviously, the appreciation of the penalty of restriction of freedom and its expansion in the structure of penalties adjudicated in Poland is most welcome, but there is a question that will be answered in the following years: How will the penalty be enforced? There is no doubt that the drop in the percentage share of the penalty of conditionally suspended imprisonment in

⁷⁷ See: e.g.: judgment of the Court of Appeal in Warsaw dated 7 December 2015, II AKa 333/15, LEX No. 1992934; judgment of the Court of Appeal in Lublin dated 7 March 2017, II AKa 14/17, LEX No. 2279552.

all penalties adjudicated in Poland, which seems revolutionary, is also a noteworthy phenomenon. However, there are some questions that must be asked: How will the penalty be applied in practice in a longer timeframe? In particular, what ‘substance’ will it be given in practice? Will the probation obligation be imposed upon offenders? The legislative amendments eliminated the option to adjudicate conditional suspension without imposing any probative obligation upon the offender⁷⁸, but, in accordance with data made available by the Ministry of Justice⁷⁹, there were significant changes in the structure of adjudicated probation obligations in the first full year in which the new regulations were in force. In 1999–2015, courts mainly imposed the obligation to redress the damage (50% in some years); least often the obligation to notify the court or probation officer of the course of the probation period, to apologize to the victim, and to commence paid work, education or vocational preparation. On the other hand, 2016 saw rapid growth in the share of the least popular obligation, i.e. obligation to notify the court or probation officer of the course of the probation period, in the structure of all obligations imposed – from 1–3% in 1999–2015 to as much as 23% in 2016. Similarly, the share of the obligation to apologize to the victim significantly increased: from 3% in 2014 and before to 5% in 2015, followed by 10% in 2016. Both obligations are obviously easy to discharge. Therefore, it is worthwhile to observe how court decisions in the commented period will develop in practice. Will the amended regulations consolidate the probative nature of the conditional suspension of the prison sentence in practice or not? Undoubtedly, attention should be paid to another trend which has been recently observed. As mentioned above, the growing share of the penalty of absolute imprisonment in the structure of all penalties adjudicated in Poland has become visible. The growth may be partially linked to reduced options for applying suspended prison sentences, which excluded some offenders from its application and, on the other hand, the term of sentence that can be suspended has been reduced. It is worth to follow the trend of applying isolation penalties in the following years, in particular given that the current wording of the Criminal Code relies on the principle of *ultima ratio* of imprisonment, as referred to in Article 58 (1) of the Code.

Abstract

Katarzyna Witkowska-Rozpara, *Polish penal policy – Twenty Years after Enactment of the Criminal Code Act of 6 June 1997*

On 6 June 2017, 20 years passed from enactment of the Polish Criminal Code which is now in force. The purpose of the 1997 Code was to reform penal policy in order to mitigate several adverse phenomena which spread under the regime of the 1969 Criminal Code. This article is an analysis of the statistical picture of the Polish penal policy, based mainly on statistical data concerning adults convicted (for the main offence) and confirmed offences in 1999–2018. The author presents and evaluates the structure of penalties adjudicated in Poland taking into consideration the intent of the authors of the 1997 Criminal Code

⁷⁸ The principle does not apply in case the court awards a penal measure; in this case, the obligation is imposed optionally – see: Article 72 (1) of the Criminal Code.

⁷⁹ Data made available by the Ministry of Justice on author’s request.

to noticeably increase the share of non-custodial penalties in the number of all penalties, with particular consideration given to fines as the main form of response to perpetrators of minor (and sometimes medium) offences and the penalty of restriction of freedom – as an element supporting the implementation of a reasonable penal policy as a non-custodial alternative to a fine in certain situations.

Keywords: *penal policy, Criminal Code, validly convicted adults, confirmed offence, structure of adjudicated penalties, fine, penalty of restriction of freedom*

Streszczenie

**Katarzyna Witkowska-Rozpara, Polityka karna w Polsce
– 20 lat po uchwaleniu ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny**

Dnia 6.06.2017 r. minęło 20 lat od uchwalenia obowiązującego w Polsce Kodeksu karnego. Przyjęta w czerwcu 1997 r. ustawa zakładała reformę polityki kryminalnej, ukierunkowaną na zniwelowanie wielu negatywnych zjawisk, które rozpowyszechniły się pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. Niniejszy artykuł zawiera analizę statystycznego obrazu polskiej polityki karnej, bazującego przede wszystkim na danych statystycznych dotyczących prawomocnie skazanych osób dorosłych (czyn główny) oraz przestępstw stwierdzonych w latach 1999–2018. Autorka prezentuje i ocenia strukturę orzekanych w Polsce kar, biorąc pod uwagę postulat wyrażony przez twórców Kodeksu karnego z 1997 r. dotyczący zwiększenia udziału kar nieizolacyjnych w strukturze ogółem orzekanych w Polsce kar, ze szczególnym uwzględnieniem roli kary grzywny jako podstawowej formy reakcji wobec sprawców drobnych (a czasami i średnich) przestępstw oraz kary ograniczenia wolności jako elementu wspomagającego realizację racjonalnej polityki karnej stanowiącego wolnościową alternatywę wobec kary grzywny stosowaną w określonych sytuacjach.

Słowa kluczowe: *polityka karna, Kodeks karny, prawomocnie skazani dorośli, przestępstwa stwierdzone, struktura orzekanych kar, grzywna, kara ograniczenia wolności*

References:

1. Aebi M.F. and others, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* 2014, 5th ed., Helsinki 2014;
2. Blachut J., Wpływ wprowadzenia art. 178a k.k. na obraz zjawiska przestępczości i prawnokarnej reakcji na nią [in:] *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, K. Krajewski (ed.), Warszawa 2007;
3. Borodziuk M., *Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji pod nowelizacji z 2017 r.*, Prokuratura i Prawo 2018, No. 4;
4. Buczkowski K., *Stan przestępczości w Polsce od roku 1918 do współczesności* [in:] *Spoleczno-polityczne konteksty współczesnej przestępczości w Polsce*, K. Buczkowski, B. Czarnecka-Działuk, W. Klaus, A. Kossowska, I. Rzeplińska, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, D. Wójcik, Warszawa 2013;
5. Darkowski T., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary – próba oceny potencjalnego wpływu nowelizacji na politykę karną* [in:] *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, A. Adamski, M. Berent, M. Leciak (eds.), Warszawa 2016;
6. Duda A., Sokołowska D., *Nowe granice kryminalizacji przestępstwa niealimentacji oraz mechanizmy redukcji karania według znowelizowanego brzmienia art. 209 k.k.*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2017, No. 4;

7. Filar M., *Rola mediów w kreowaniu zagrożeń i sprzyjaniu populizmowi*, [in:] *Populizm penalny i jego przejawy w Polsce*, Z. Sienkiewicz, R. Kokot (eds.), Wrocław 2009;
8. Fredrich-Michalska I., Stachurska-Marcińczak B. (eds.), *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1998;
9. Gruszczyńska B. [in:] *Atlas przestępczości w Polsce 5*, A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, Warszawa 2015;
10. Jodłowski J., *Komentarz do art. 209 k.k.* [in:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, W. Wróbel, A. Zoll (eds.), Warszawa 2017;
11. Krajewski K., *Nowa kodyfikacja karna a polityka karna w Polsce w latach 1990–2005*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2008, No. 1;
12. Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015;
13. Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2009;
14. Melezini M. [in:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej. System Prawa Karnego*, Vol. 6, M. Melezini (ed.), 2nd ed., Warszawa 2016;
15. Melezini M., *Polityka karna sądów powszechnych w okresie obowiązywania nowej kodyfikacji karnej* [in:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Nielacna, P. Wiktorska (eds.), Warszawa 2013;
16. Melezini M., *Punitowność wymiaru sprawiedliwości karnej w Polsce w XX wieku*, Białystok 2003;
17. Nawój-Sleszyński A., *Rola środków penalnych związanych z poddaniem sprawcy próbie w kształtowaniu rozmiarów populacji więziennej*, *Probacja* 2014, No. 2;
18. Ornowska A., *Kara ograniczenia wolności*, Warszawa 2013;
19. Ostaszewski P., *The statistical picture of the offence of evading the alimony or maintenance obligation (Article 209 of the Criminal Code)*, paper by the Institute of Justice at the Ombudsman's request of 7 March 2019 for providing information concerning preliminary analysis of the efficiency of changes implemented to the regulations in 2018;
20. Pławski S., *Prawo penitencjarne*, Warszawa 1968;
21. Rutherford A., *Transforming Criminal Policy: Spheres of Influence in the USA, The Netherlands and England and Wales During the 1980s*, Winchester 1996;
22. Sakowicz A., *Kilka uwag na temat nowelizacji Kodeksu karnego przez Sejm VI kadencji*, paper presented during conference 'Polityczność przestępstwa. Prawo karne jako instrument marketingu politycznego' held in Warszawa on 12 May 2011;
23. Siemaszko A. [in:] *Atlas przestępczości w Polsce 4*, A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, Warszawa 2009;
24. Szymanowski T., *Kuratorzy sądowi i zadania przez nich wykonywane po dokonanej reformie*, *Archiwum Kryminologii* 2003–2004, Vol. XXVII;
25. Witkowska-Rozpara K., *Idea wolności kontrolowanej skazanego na karę z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z dnia 20 lutego 2015 r.* [in:] *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, A. Adamski, M. Berent, M. Leciak (eds.), Warszawa 2016;
26. Witkowska-Rozpara K., *Warunkowe zawieszenie wykonania kary – uwagi na tle obowiązującej regulacji, praktyki orzeczniczej sądów polskich oraz nowelizacji Kodeksu karnego (z mocą obowiązującą od 1.07.2015 r.)*, *Probacja* 2015, No. 2;
27. Zawłocki R., *Reforma karny pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania z perspektywy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego* [in:] *Warunkowe zawieszenie wykonania kary w założeniach nowej polityki karnej*, A. Adamski, M. Berent, M. Leciak (eds.), Warszawa 2016.

Konrad Burdziak*

Aspekt wolicjonalny zamiaru bezpośredniego i ewentualnego – rozważania na tle kwalifikowanych typów przestępstwa zabójstwa**

1. WSTĘP

Celem niniejszej pracy jest analiza sposobu dokonywania przez polskie sądy okręgowe ustaleń w zakresie strony podmiotowej czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 148 § 2 i 3 Kodeksu karnego¹.

Poczynione w artykule ustalenia zostały oparte na wynikach badania aktowego przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w ramach projektu badawczego „Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących”².

W ramach projektu przeanalizowano 98 spraw, w których w latach 2013, 2014 i 2015 nastąpiło prawomocne skazanie za jeden z czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 148 § 2 lub § 3 k.k. Z tego, w ramach pracy, kolejnej analizie poddano 85 orzeczeń.

Podkreślenia wymaga przy tym, że wzmiankowana analiza empiryczna została uzupełniona za pomocą analizy problematyki strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary z perspektywy teoretycznej.

2. ASPEKT WOLICJONALNY ZAMIARU BEZPOŚREDNIEGO I EWENTUALNEGO

Zgodnie z art. 9 § 1 k.k. czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi³. Warunkiem koniecznym uznania, że czyn zabroniony

* Dr Konrad Burdziak jest adiunktem w Instytucie Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-0696-1174, e-mail: konrad.burdziak@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 1.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 14.04.2020 r.

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

² Zob. Ł. Pohl [red.] *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. Naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, Warszawa 2018, ss. 226.

³ Na temat adekwatności definicji zawartych w art. 9 k.k. zob. więcej w: Ł. Pohl, *W sprawie proponowanych zmian w kodeksie karnym (zagadnienia wybrane)*, „Państwo i Prawo” 2013/8, s. 110–111; Ł. Pohl, *Przyczynę do rozważań o strukturze nieumyślności i sposobie jej opisania w kodeksie karnym [w:]* *Obiektywne oraz*

został popełniony umyślnie jest zatem ustalenie, iż sprawca miał zamiar jego popełnienia; zamiar – dodajmy – powzięty przed realizacją znamion przedmiotowych czynu zabronionego pod groźbą kary i towarzyszący ich realizacji⁴, a mogący mieć postać albo zamiaru bezpośredniego (*dolus directus*), albo zamiaru ewentualnego (*dolus eventualis*). Przy czym, w pierwszym przypadku sprawca chce popełnienia czynu zabronionego, w drugim zaś – przewiduje możliwość jego popełnienia i na to się godzi⁵.

Zaprezentowana wyżej charakterystyka zamiaru bezpośredniego i ewentualnego jest, co oczywiste, niewystarczająca; zwłaszcza, gdy chodzi o zamiar bezpośredni. Słusznie wskazuje się bowiem w literaturze, że zamiar ten, siłą konieczności ontologicznej, nie może wyczerpywać się w akcentowanym *expressis verbis* w art. 9 § 1 k.k. aspekcie wolicjonalnym (chcenie), lecz musi zostać uzupełniony o aspekt intelektualny w postaci przewidywania możliwości zrealizowania danym zachowaniem się znamion przedmiotowych danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary⁶ (świadomość możliwości popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary⁷). Syntetycznie kwestię tę ujmuje Łukasz Pohl, twierdząc że: „chęć popełnienia (...) czynu może powstawać u człowieka jedynie wówczas, gdy ten uprzednio wyobrazi sobie możliwość jego popełnienia; w razie braku owego wyobrażenia o chęci popełnienia czynu zabronionego mówić bowiem nie sposób”⁸.

Wątpliwości budzi wszakże nie tylko aspekt intelektualny zamiaru bezpośredniego, ale również, a być może – przede wszystkim – jego aspekt wolicjonalny sprowadzający się, przypomnijmy, do chęci popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary. Brak bowiem, po pierwsze, zgodności w doktrynie i w judykaturze

subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej [online], red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 11.01.2017 r. (dostęp: 6.02.2017 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/monografia/369390148/56>; B. Janusz-Pohl, Ł. Pohl, *O okolicznościach niepozwalających na przypisanie winy policjantowi popełniającemu przewinienie dyscyplinarne (wybrane zagadnienia materialno prawne i procesowe)* [w:] *Wina w prawie dyscyplinarnym służb mundurowych*. V seminarium prawnicze z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych”, red. P. Józwiak, W. Koziół, K. Opaliński, Piła 2015, s. 27.

⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 135; J. Lachowski [w:] *System Prawa karnego*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 531.

⁵ Podział na zamiar bezpośredni i ewentualny (oraz na świadomą i nieświadomą nieumyślność) nie jest, rzecz jasna, jedynym możliwym do wyobrażenia podziałem procesów wolicjonalnych sprawcy czynu zabronionego pod groźbą kary. Zob. więcej na ten temat w: J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 182. Słusznie wskazuje przy tym Jacek Giezek, że: „Gdy nieco bliżej przyjrzymy się utrwalonemu w polskiej dogmatyce prawa karnego podziałowi płaszczyzny wolicjonalnej na rozmaite postacie zamiaru i nieumyślności, to – pomijawszy podłoże ontologiczne, jakim zdaje się być stan świadomości sprawcy czynu zabronionego – zauważyć musimy konwencjonalność tego podziału oraz jego normatywny w istocie charakter” (J. Giezek, *Świadomość...*, s. 183). Podkreślenia wymaga wszakże, że pojawiają się również poglądy, w myśl których linii demarkacyjnej pomiędzy poszczególnymi postaciami zamiaru nie możemy ustalać w sposób dowolny; wręcz przeciwnie – musimy odszukać ową – naturalną wówczas – granicę tam, gdzie rzeczywiście się ona znajduje. Zob. w tym zakresie Z. Jędrzejewski, *Ustytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa* [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 97 i n.

⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo...* [w:] *System...*, t. 3, s. 135.

⁷ Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że istnieje zasadnicza różnica pomiędzy świadomością a wiedzą. Zob. w tym zakresie M. Kowalewska-Lukuć, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015, s. 84; W. Mąciór, *Błąd jako nieświadomość lub urojenie czy jako nieświadomość lub niewiedza* [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*, red. M. Cieślak, Warszawa 1959, s. 108 i n.; J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 530; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 21–22, 52, 104–107.

⁸ Ł. Pohl, *Prawo...* [w:] *System...*, t. 3, s. 135.

co do stosunku, jaki zachodzi między zakresem pojęcia „chce” a zakresem pojęcia „pragnie”. Niekiedy bowiem oba te pojęcia utożsamia się, niekiedy twierdzi się, że pierwsze z nich („chcenie”) dzieli się na zawierające pragnienie i niezawierające pragnienia, niekiedy natomiast – że zakresy obu tych pojęć krzyżują się. Po drugie zaś – jako niejednoznaczna jawi się kwestia przyjmowania chęci popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary w sytuacji, gdy sprawca liczy się z nieuchronnością (koniecznością) jego popełnienia danym zachowaniem się⁹.

Zdefiniowanie aspektu wolicjonalnego jawi się jednak jako niezwykle problematyczne nie tylko w kontekście zamiaru bezpośredniego, ale również w kontekście zamiaru ewentualnego, w przypadku którego – przypomnijmy – aspekt ów przybiera postać godzenia się¹⁰. W literaturze prawa karnego podejmowano w tym zakresie wiele prób. Żadna z nich nie zakończyła się jednak sukcesem, tzn. utworzeniem definicji powszechnie akceptowanej zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie.

Do najpopularniejszych koncepcji należy zaliczyć: 1) koncepcję motywacyjną; 2) koncepcję obojętności woli; 3) koncepcję zgody; 4) koncepcję prawdopodobieństwa i ryzyka; 5) koncepcję godzenia się jako *mit in Kauf nehmen*; 6) koncepcję tzw. trzeciej winy; 7) propozycję Małgorzaty Król-Bogomilskiej; 8) propozycję Tomasza Przesławskiego oraz 9) koncepcję obiektywnej manifestacji¹¹. Największe

⁹ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 110 i n.; M. Budyn-Kulik, *Umysłowość w prawie karnym i w psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 257 i n.; J. Giezek, *Świadomość...*, s. 211 i n.; J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 535–536. Na temat poszczególnych odmian zamiaru bezpośredniego i powstających na ich gruncie problemów zob. więcej w: J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 536 i n.; K. Daszkiewicz, *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982; K. Daszkiewicz, *Przestępstwo z premedytacją*, Warszawa 1968; A. Gubiński, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, Warszawa 1961; S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970.

¹⁰ W kontekście zamiaru ewentualnego jako niezwykle problematyczne jawi się ponadto odróżnienie tej postaci zamiaru od tzw. świadomej nieumyślności. Zob. więcej na ten temat w: M. Budyn-Kulik, *Umysłowość...*, s. 268; M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 114 i n.; J. Giezek, *Świadomość...*, s. 187 i n. I tak, ograniczając się wyłącznie do najnowszej literatury, należy wskazać, że według Magdaleny Kowalewskiej-Łukuć w przypadku świadomej nieumyślności większe jest – w porównaniu do zamiaru ewentualnego – natężenie negatywnej reakcji emocjonalnej względem popełnienia czynu zabronionego, a ponadto – bardziej ujemny jest wówczas ładunek walencji nadawanej popełnieniu czynu zabronionego oraz jego wartościowanie. Stąd też postawę wolicjonalną sprawcy dopuszczającego się czynu zabronionego w świadomej nieumyślności należałoby określić mianem chęci niepopelnienia tego czynu. Jeżeli zaś chodzi o aspekt intelektualny świadomej nieumyślności, to – według wskazanej autorki – charakteryzuje się on uświadamianiem sobie przez sprawcę możliwości popełnienia czynu zabronionego, przy jednoczesnym założeniu, że popełnienia tego czynu uniknie; założeniu – dodajmy – które w przypadku zamiaru ewentualnego oczywiście nie występuje (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 116, 118). Zob. też Ł. Pohl, *Przyczynek... [w:] Obiektywne...* J. Giezek proponuje natomiast, by uznać, że: „1) przy relatywnie wysokim prawdopodobieństwie wystąpienia negatywnego skutku: – zamiar ewentualny to godzenie się na popełnienie czynu zabronionego, wiążące się z brakiem zamiaru jego uniknięcia; – świadoma nieumyślność to brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego wiążący się z zamiarem jego uniknięcia; 2) przy relatywnie niskim prawdopodobieństwie wystąpienia negatywnego skutku: – zamiar ewentualny to godzenie się na popełnienie czynu zabronionego, niewymagające stwierdzenia braku zamiaru jego uniknięcia, lecz opierające się na ustaleniu, że objęty nim rezultat, czyli stan rzeczy przez sprawcę prognozowany – niezależnie od tego, że nie pokrywa się z celem jego zachowania – oceniany jest jako dla sprawcy korzystny; – świadoma nieumyślność to brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego, niewymagający stwierdzenia zamiaru jego uniknięcia, lecz opierający się na ustaleniu, że objęty nim rezultat, czyli stan rzeczy przez sprawcę prognozowany – niezależnie od tego, że nie pokrywa się z celem jego zachowania – oceniany jest jako dla sprawcy obojętny, a nawet szkodliwy” (J. Giezek, *Świadomość...*, s. 206–207). Niezwykle ciekawe jest również zagadnienie tzw. zamiaru quasi-ewentualnego. Zob. więcej na ten temat w: I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 205 i n.; M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 151 i n.; Ł. Pohl, *O umiejscowieniu zamiaru niby – ewentualnego w kodeksowych konstrukcjach umyślności* [w:] *Wokół Konstytucji i zdrowego rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam. Prace dedykowane Profesorowi Tadeuszowi Smolińskiemu*, red. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 130 i n.

¹¹ Zob. więcej w: M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 50 i n.; J. Giezek, *Świadomość...*, s. 197 i n.

zasługi należy jednak przypisać, jak się wydaje, dwóm spośród nich, konkretniej zaś – koncepcji obojętności woli (Władysława Woltera) oraz koncepcji prawdopodobieństwa (Kazimierza Buchały), w myśl których: 1) w przypadku zamiaru ewentualnego: „Sprawca w swym działaniu nie kieruje się możliwością nastąpienia skutku ani w tym sensie, by ten skutek wyobrażony determinował go do czynu, ani też w tym kierunku, by ten wyobrażony skutek powstrzymywał go od działania. Innymi słowy sprawca ani chce by skutek nastąpił, ani chce by skutek nie nastąpił, czyli wyobrażenie możliwego skutku było dla jego aktu determinacji obojętne, nie odegrało żadnej roli w procesie motywacji” (koncepcja obojętności woli)¹²; 2) zamiar ewentualny zachodzi wówczas, gdy: „cel, do którego sprawca dąży, może być osiągnięty tylko przy równoczesnym sprowadzeniu poważnego prawdopodobieństwa nastąpienia skutku ubocznego, które sprawca sobie uświadamia. (...) Stopień prawdopodobieństwa nastąpienia tego ubocznego skutku jest na tyle poważny, że sprawca, rozsądnie oceniając sytuację, nie sądzi, że tego skutku uniknie, nie jest bowiem w stanie zapewnić jego nienastąpienia według swego przekonania” (koncepcja prawdopodobieństwa)¹³.

W kontekście powyższego, jako niezwykle kontrowersyjna musi się jawić również kwestia wyznaczenia granicy pomiędzy zamiarem bezpośrednim a ewentualnym. Otóż zasadnie twierdzi się, że rozstrzygnięcie, kiedy przypisany ma zostać zamiar bezpośredni, a kiedy (tylko) ewentualny, powinno być – w pierwszej kolejności – podyktowane względami kryminalnopolitycznymi, zaś w drugiej kolejności – oparte na zrekonstruowanym stanie świadomości sprawcy¹⁴. Jest to twierdzenie o tyle zasadne, że – jak słusznie wskazuje J. Giezek – „«wykrojone» ze stanu świadomości sprawcy obszary, które prawnicy etykietują jako «zamiar bezpośredni» lub «zamiar ewentualny», są wynikającymi z przyjętej w dogmatyce prawa karnego konwencji normatywnymi kryteriami przypisywania umyślności. Ich ontologicznej podstawy w postaci określonego stanu świadomości sprawcy nie powinno się oczywiście lekceważyć, lecz trzeba jednocześnie zdawać sobie sprawę, że przy wyznaczaniu ich granic nie jesteśmy związani zastanym obrazem rzeczywistości, lecz zachowujemy swobodę umożliwiającą taki dobór kryteriów, dzięki którym prawnokarna reakcja na zachowanie zmierzające do naruszenia dobra prawem chronionego może zostać odpowiednio zrjonalizowana”¹⁵.

Należy wszakże postawić pytanie, gdzie wzmiankowaną wyżej granicę pomiędzy zamiarem bezpośrednim a ewentualnym należy usytuować. I tak, ograniczając się wyłącznie do najnowszej literatury, należy wskazać, że według J. Giezka z zamiarem bezpośrednim mamy do czynienia w trzech sytuacjach: 1) gdy pokrywa się on z celem zachowania sprawcy (jeśli prawdopodobieństwo jego osiągnięcia nie jest zbyt niskie); 2) gdy jest w przekonaniu sprawcy nieuchronnym produktem ubocznym; 3) gdy jest produktem ubocznym tak wysoce prawdopodobnym, że liczenie na to, że on nie wystąpi, jest zdawaniem się na „łut szczęścia”. W sytuacjach zaś mieszczących się poniżej wskazanego progu, powinniśmy uznawać istnienie – co najwyżej

¹² W. Wolter, *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*, „Nowe Prawo” 1957/5, s. 53. Zob. też W. Wolter, *Nauka...*, s. 127.

¹³ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 343.

¹⁴ Zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 212.

¹⁵ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 222.

– zamiaru ewentualnego¹⁶. Według M. Kowalewskiej-Łukuć natomiast, zamiar bezpośredni występuje w sytuacji, gdy sprawca chce popełnienia czynu zabronionego, tzn. wartościuje go pozytywnie i zmierza właśnie bezpośrednio do realizacji jego znamion (w tym kierunku zwrócona jest jego motywacja), a także w sytuacji gdy uświadamia sobie konieczność jego popełnienia, niezależnie od tego, czy obejmuje go chęcią. Zamiar ewentualny z kolei występuje wówczas, gdy sprawca wartościuje czyn zabroniony negatywnie, a jego motywacja ukierunkowana jest na zrealizowanie innego stanu rzeczy, w drodze do którego godzi się jednak na popełnienie czynu zabronionego; zgoda w tym ujęciu to przewyższenie powstałej w człowieku niezgodności w sposób pozwalający na podjęcie zachowania się realizującego znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary (swoista akceptacja możliwości popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary)¹⁷.

Jak więc widać, problematyka definicji i granic poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary nie została w polskiej doktrynie prawa karnego rozstrzygnięta w sposób jednoznaczny. Warto się więc zastanowić, jak zamiar bezpośredni i zamiar ewentualny, a w konsekwencji również sformułowania „chcieć” i „godzić się” definiowane są w orzeczeniach (a w zasadzie w uzasadnieniach orzeczeń) sądów powszechnych.

Tabela 1 Definiowanie zamiaru bezpośredniego/ewentualnego przez sądy okręgowe			
Lp.	Rodzaj spraw	Liczba spraw	Procent wszystkich spraw
1	sprawy, w których podjęto próbę zdefiniowania którejkolwiek z postaci zamiaru	22	25,88
2	sprawy, w których podjęto próbę zdefiniowania zamiaru bezpośredniego	5	5,88
3	sprawy, w których podjęto próbę zdefiniowania zamiaru ewentualnego	12	14,12
4	sprawy, w których podjęto próbę zdefiniowania obu postaci zamiaru	5	5,88
5	sprawy, w których nie podjęto ani próby zdefiniowania zamiaru bezpośredniego, ani próby zdefiniowania zamiaru ewentualnego	63	74,12

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać (zob. tabela 1), problematyka strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, konkretniej zaś – definiowanie i ustalanie granic poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, nie stanowi zazwyczaj przedmiotu rozważań sądów okręgowych. W większości spośród przeanalizowanych w ramach projektu badawczego orzeczeń (a w zasadzie – uzasadnień do tych orzeczeń) sądy okręgowe – przy analizie strony podmiotowej popełnionych przez sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary – ograniczyły się wyłącznie

¹⁶ Zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 221–222.

¹⁷ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 105, 109, 114, 131. Zob. też ciekawe rozważania w tym zakresie w: M. Budyn-Kulik, *Umysłność...*, s. 262.

do przywołania treści art. 9 § 1 k.k., zgodnie z którym, przypomnijmy, czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. Wyłącznie w 25,88% spraw charakterystyka zamiaru bezpośredniego i ewentualnego była bardziej rozwinięta.

Powyższy fakt może wynikać z przekonania, że problematyka strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary jest wystarczająco jasna, a w konsekwencji – nie wymaga szerszego wyjaśniania albo – wręcz przeciwnie – nazbyt skomplikowana, a w konsekwencji – zajmowanie się nią w uzasadnieniu wyroku mija się z celem. Może być jednak również i tak – i wynika to (jak się wydaje) z przeanalizowanych w ramach projektu badawczego spraw – że sądy wtedy (przede wszystkim) uznają zasadność szerszego definiowania (i ustalania granic) poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, gdy chodzi o zamiar ewentualny lub sprawca nie przyznaje się do popełnienia zarzuconego mu czynu zabronionego bądź wykazuje w tym zakresie postawę labilną. Postawa taka wydaje się zresztą o tyle uzasadniona, o ile zwłaszcza w tych sytuacjach potrzeba należytego uzasadnienia wyroku jawi się jako konieczność. Wszak zamiar ewentualny – w przeciwieństwie do zamiaru bezpośredniego – jawi się jako wyjątkowo niezrozumiały (w głównej mierze z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę w art. 9 k.k. niejednoznacznym sformułowaniem „godzić się”); konieczność zaś należytego uzasadniania orzeczeń w przypadkach, gdy sprawca nie przyznaje się do popełnienia zarzuconego mu czynu bądź wykazuje w tym zakresie postawę labilną, nie wymaga chyba szerszego argumentowania.

Tabela 2 Zależność pomiędzy przyjętą postacią strony podmiotowej i postawą sprawcy a podjęciem przez sąd okręgowy próby zdefiniowania zamiaru bezpośredniego/ewentualnego				
Lp.	Kryterium	Liczba spraw ¹⁸	Procent spraw ¹⁹	Procent wszystkich spraw
1	skazanie za zabójstwo w zamiarze bezpośrednim	8	14,29	9,41
2	skazanie za zabójstwo w zamiarze ewentualnym	14	48,28	16,47
3	przyznanie się przez sprawcę	4	14,29	4,71
4	nieprzyznanie się przez sprawcę	18	31,58	21,18
5	przyznanie się przez sprawcę do dokonania zabójstwa w zamiarze bezpośrednim	4	16,67	4,71
6	przyznanie się przez sprawcę do dokonania zabójstwa w zamiarze ewentualnym	0	0	0
7	nieprzyznanie się przez sprawcę do dokonania zabójstwa w zamiarze bezpośrednim	4	12,5	4,71
8	nieprzyznanie się przez sprawcę do dokonania zabójstwa w zamiarze ewentualnym	14	56	16,47

Źródło: opracowanie własne.

¹⁸ Liczba spraw, w których przyjęto dane kryterium, a ponadto podjęto próbę zdefiniowania zamiaru bezpośredniego/ewentualnego.

¹⁹ Procent wszystkich spraw, w których przyjęto dane kryterium.

Niezależnie od powyższego, należy uznać, że brak jest w przeanalizowanych w ramach projektu badawczego uzasadnieniach orzeczeń sądów okręgowych rzeczywistej, pogłębionej refleksji na temat definicji i granic poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary. Jeżeli zaś pewne kwestie, takie jak np. znaczenie sformułowań „chcieć” czy „godzić się” w uzasadnieniach orzeczeń tych sądów są wyjaśniane, to przede wszystkim w sposób polegający na przywoływaniu twierdzeń zawartych w pojedynczych orzeczeniach innych sądów, w szczególności zaś (co oczywiste) w orzeczeniach sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego (dalej SN).

Należy przy tym uznać, że istnieje pewien trend w definiowaniu wykorzystanych w art. 9 § 1 k.k. sformułowań „chcieć” i „godzić się”, a w zasadzie lepiej powiedzieć – w definiowaniu i ustalaniu granic określonego w art. 9 § 1 k.k. zamiaru bezpośredniego i ewentualnego (wszak termin „chcieć” w zasadzie w ogóle nie jest definiowany²⁰). I tak, jeżeli chodzi o zamiar bezpośredni, to przyjmuje się, że obejmuje on – w uproszczeniu – dwie grupy sytuacji: 1) sytuacje, w których sprawca chce spowodować skutek w postaci śmierci człowieka, uświadamiając sobie ten skutek jako wyłącznie możliwy; 2) sytuacje, w których sprawca uświadamia sobie konieczność nastąpienia skutku w postaci śmierci człowieka. Jeżeli zaś chodzi o zamiar ewentualny, to nieomal powszechnie przyjmuje się wolterowską koncepcję obojętności woli, tzn. przyjmuje się, że godzi się na spowodowanie śmierci człowieka ten, kto nie chce, aby śmierć pokrzywdzonego nastąpiła, ale zarazem nie chce, żeby nie nastąpiła, a więc wykazuje całkowitą obojętność wobec uświadomionej sobie możliwości śmierci pokrzywdzonego²¹.

Słusznie jednocześnie wskazuje się, że z zamiarem ewentualnym mamy do czynienia wówczas, gdy sprawca zmierza do celu (przestępnego bądź nieprzestępnego) innego niż popełnienie danego czynu zabronionego pod groźbą kary²² – tak chociażby: Sąd Okręgowy w Poznaniu (XVI 228/12), zdaniem którego: „Działaniu w zamiarze ewentualnym towarzyszy zawsze określony zamiar bezpośredni, ukierunkowany na osiągnięcie jakiegoś celu, który może mieć charakter przestępny, bądź też być całkowicie prawnie irrelevantny”.

Należy również zauważyć, że sądy, choć częstokroć nie wskazują tego wyraźnie, to jednak ustalając, z którą z postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary mają do czynienia, biorą niejednokrotnie pod uwagę: 1) okoliczność, czy sprawca zmanifestował (bądź nie) swoim zachowaniem się chęć uniknięcia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, 2) oznaki akceptacji (bądź nie) przez sprawcę rozwoju wypadków mogących prowadzić do popełnienia przezeń czynu zabronionego, a także 3) stopień prawdopodobieństwa zrealizowania przez sprawcę znamion czynu zabronionego pod groźbą kary danym zachowaniem się. W konsekwencji zaś – odwołują się (być może niezamierzenie) do – wspomnianych

²⁰ Wyjątkiem jest tu Sąd Okręgowy (dalej SO) we Wrocławiu (III 238/12; III 432/13), zdaniem którego: „Zamiar bezpośredni polega na tym, że sprawca chce popełnić dany czyn. To «chcenie» oznacza w każdym razie świadome skierowanie przez sprawcę swego zachowania na urzeczywistnienie danego czynu. Istotna jest tutaj decyzja sprawcy świadomie kierująca jego zachowanie na realizację danego czynu, niezależnie od tego czy poprzedziła ona bezpośrednio wykonanie czynu, czy też była wcześniej powzięta”.

²¹ Zob. np. wyrok SO w Płocku, II 104/12; wyrok SO w Białymstoku, III 212/13; wyrok SO w Gdańsku, IV 137/13; wyrok SO w Warszawie, V 64/13.

²² Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 102–103.

już wcześniej – koncepcji obiektywnej manifestacji²³: 1) koncepcji godzenia się jako *mit in Kauf nehmen* 2) oraz koncepcji prawdopodobieństwa 3) zgodnie z którymi: ad 1) nie można mówić o zamiarze ewentualnym, jeżeli sprawca wykazał swoim zachowaniem chęć uniknięcia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary; ad 2) o zamiarze ewentualnym można mówić wówczas, gdy sprawca akceptuje skutki dalej idące niż skutek pożądaný; ad 3) w przypadku zamiaru ewentualnego stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego jest na tyle wysoki, że sprawca nie przypuszcza, by mógł uniknąć realizacji jego znamion²⁴.

Sąd Okręgowy w Katowicach (XVI 97/14) – przykładowo – wprost przyjmuje koncepcje pierwszą i drugą, wskazując, że: „Zamiar ewentualny występuje zawsze w związku z jakimś zachowaniem się celowym i oznacza akceptację możliwości, iż to zachowanie może zrealizować znamiona czynu zabronionego albo wywołać skutek objęty takimi znamionami. Nie budzi wątpliwości, że zamiar ewentualny jest przy tym godzeniem się z możliwością, a nie nieuchronnością popełnienia przestępstwa. Godzenie się sprawcy może dotyczyć zarówno samej możliwości zrealizowania znamion czynu zabronionego, jak i ujemnych następstw realizowanego przez siebie czynu. Pozostawienie ciężko pobitej ofiary bez najmniejszej próby udzielenia jej pomocy może być również elementem godzenia się na śmierć pokrzywdzonego”. Sąd Okręgowy w Warszawie (XII 193/12) wprost zaś odwołuje się do założeń koncepcji 3), wskazując, że: „Świadomość wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego jest istotnym elementem, który może świadczyć o tym, że sprawca godził się na popełnienie tego czynu”.

Kończąc tę część publikacji, warto jeszcze zwrócić uwagę na pewną znamionną zależność. Otóż okazuje się, że w sprawach, w których zarzuca się sprawcy dokonanie zabójstwa z zamiarem bezpośrednim, sprawca stosunkowo często przyznaje się do popełnienia zarzuconego mu czynu. W sprawach zaś, w których zarzuca się sprawcy dokonanie zabójstwa z zamiarem ewentualnym, najczęściej nie przyznaje się on do popełnienia zarzuconego mu czynu lub wykazuje w tym zakresie postawę labilną.

Tabela 3

Zależność pomiędzy przyjętą postacią strony podmiotowej a postawą sprawcy

Lp.	Postać strony podmiotowej	Przyznał się	Nie przyznał się ²⁵
1	zamiar bezpośredni	42,86%	57,14%
2	zamiar ewentualny	13,79%	86,21%

Źródło: opracowanie własne.

Powyższa okoliczność może sugerować, że zamiar ewentualny przyjmuje się przede wszystkim w tych sprawach, w których obejmowanie przez sprawcę swoim zamiarem skutku w postaci śmierci człowieka budzi stosunkowo duże wątpliwości, a przynajmniej – dużo większe wątpliwości niż to ma miejsce w sprawach, charakteryzujących się przyjęciem przez sąd popełnienia przez sprawcę zabójstwa w zamiarze bezpośrednim.

²³ Która to koncepcja – dodajmy – jest, jak się wydaje, wyłącznie rozwinięciem koncepcji obojętności woli (zob. Ł. Pohl, *Prawo...* [w:] *System...*, t. 3, s. 140).

²⁴ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 55, 60, 67.

²⁵ Sformułowaniem tym objęto również sytuację, w których sprawca wykazywał labilną postawę w zakresie przyznania się do popełnienia zarzuconego mu czynu.

3. OKOLICZNOŚCI PRZESĄDZAJĄCE O PRZYPISANIU SPRAWCY CHĘCI BĄDŹ GODZENIA SIĘ NA POPEŁNIENIE CZYNU ZABRONIONEGO POD GROŹBĄ KARY²⁶

Oczywiste jest, że dla przypisania sprawcy popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary konieczne jest uprzednie ustalenie jego stosunku intelektualno-psychicznego do popełnionego przezeń przedmiotowo pojmowanego zachowania się przewidzianego w przepisie określającym znamiona tego czynu²⁷. Co więcej, ustalenie powyższe musi znaleźć odzwierciedlenie w treści wyroku, wszak zgodnie z art. 413 § 2 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego²⁸: „Wyrok skazujący powinien (...) zawierać: 1) dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikację prawną” (nie wystarczy przy tym samo stwierdzenie umyślności/nieumyślności; w przypadku tej pierwszej konieczne jest jeszcze określenie postaci zamiaru, jaki towarzyszył sprawcy)²⁹.

Niestety, wskazane zadanie jawi się (bo jawić się musi) jako wysoce skomplikowane. Nie bez powodu Czesław Znamierowski pisał, że: „Ustalić rzeczywistą intencję czynu rzecz z reguły niełatwa, w wielu zaś przypadkach niepomniernie trudna. Wedrzeć się przemocą do cudzej duszy nie podobna”³⁰, zaś Igor Andrejew twierdził, że: „Nie darmo w literaturze karnoprocesowej mówi się o dowodzeniu świadomości i woli sprawcy w chwili czynu, jako o pięcie Achillesowej prawa dowodowego”³¹. Należy się jednak zgodzić z W. Wolterem, że: „byłoby tchórzostwem cofnąć się przed ciężkim zadaniem wszechstronnego uwzględnienia psychiki przestępcy, a wszelkie ustawianie w dochodzeniu i chwytnie się presumpcyj, tam gdzie jeszcze dalszy dowód jest możliwy do przeprowadzenia, byłoby oszustwem wobec świata, któremu głosi się piękne zasady, by ich w praktyce nie stosować”³².

Ustalenie stosunku intelektualno-psychicznego sprawcy do popełnionego przezeń przedmiotowo pojmowanego zachowania przewidzianego w przepisie określającym znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary,

²⁶ Rozważania teoretyczne zawarte w niniejszym punkcie opierają się częściowo na ustaleniach zaprezentowanych uprzednio w: K. Burdziak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II KK 90/17*, „Prawo w Działaniu” 2017/30, s. 178–183.

²⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo...* [w:] *System...*, t. 3, s. 133.

²⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.) – dalej k.p.k.

²⁹ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 188. Słusznie wskazuje Jerzy Lachowski, że: „Postać zamiaru należy w każdym przypadku udowodnić sprawcy. Zatem treść świadomości oraz woli musi być zrekonstruowana i przez sąd wykazana. W doktrynie prawa karnego trafnie podkreśla się, że nie jest dopuszczalne w tym zakresie jakiegokolwiek domniemanie, w szczególności wywodzenie zamiaru jedynie z faktu zrealizowania przez sprawcę znamion przedmiotowych czynu zabronionego. W zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego sądowi nie wolno czynić ustaleń alternatywnych (...) oraz przyjmować, że sprawca działał co najmniej w zamiarze ewentualnym. Zamiar musi być w sposób jednoznaczny wykazany w części dyspozytywnej wyroku, nie można zadowalać się tym, że można go zrekonstruować na podstawie treści uzasadnienia” (por. J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 534. Zob. też J. Majewski, *O pozaustawowym domniemaniu umyślności oraz jego szkodliwości* [w:] *Umyślność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011, s. 17 i n.; M. Laskowski, *Ustalanie umyślności w praktyce orzeczniczej* [w:] *Umyślność...*, s. 53 i n.). Dodajmy od razu, że z uwagi na treść art. 424 § 1 k.p.k. („Uzasadnienie powinno zawierać zwięzłe: 1) wskazanie, jakie fakty sąd uznał za udowodnione lub nieudowodnione, na jakich w tej mierze oparł się dowodach i dlaczego nie uznał dowodów przeciwnych; 2) wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku”) sąd w uzasadnieniu wyroku powinien wskazać, jakie elementy zadecydowały o przypisaniu sprawcy chęci/godzenia się na popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 188).

³⁰ C. Znamierowski, *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957, s. 107.

³¹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970, s. 124.

³² W. Wolter, *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Kraków 1924, s. 50. Zob. więcej w: M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 182–183.

należy więc uznać za konieczność. Ustalenia tego nie można jednak opierać wyłącznie na wyjaśnieniach samego oskarżonego, mimo że tylko on tak naprawdę ma bezpośredni dostęp do swoich procesów psychicznych; tylko on wie (a przynajmniej może wiedzieć), jaki był jego cel, czego chciał, co przewidywał, na co się godził, a co pozostawało poza zakresem jego woli i świadomości. Słusznie wskazuje się w literaturze, że oskarżony może nie mówić prawdy, może świadomie i celowo manipulować treścią wyjaśnień, jak też – nieświadomie zniekształcać przebieg popełnionego czynu³³. Wyjaśnienia oskarżonego należy więc porównywać z innymi dostępnymi środkami dowodowymi oraz wynikającymi z nich okolicznościami³⁴, i dopiero na tej podstawie należy wyciągać stosowne wnioski³⁵.

Mając powyższe na względzie, należy postawić pytanie, jakie okoliczności trzeba wziąć pod uwagę, ustalając stronę podmiotową czynu zabronionego pod groźbą kary i jakimi środkami dowodowymi należy się posłużyć w tym zakresie?

Otóż, nieomal powszechnie wskazuje się w literaturze, że dowodzenie³⁶ zamiaru zarówno bezpośredniego, jak i ewentualnego powinno się opierać na dokładnej analizie całokształtu okoliczności podmiotowych i przedmiotowych stanu faktycznego, uwzględniającej wszystkie okoliczności danego, konkretnego zdarzenia, w tym też okoliczności o charakterze atypowym. W oparciu o wszystkie te elementy należy przy tym ustalić nie tylko to, że sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, ale także to, że tego chciał bądź godził się na to, biorąc jednocześnie pod uwagę wyrażoną w art. 5 § 2 k.p.k. zasadę, w myśl której: „Niedające się usunąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść oskarżonego” (*in dubio pro reo*)³⁷.

Ustalając więc postać strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, należy wziąć pod uwagę m.in.: 1) przyczyny i tło zajścia; 2) pobudki i motywy działania sprawcy; 3) stan wiedzy sprawcy; 4) przewidywania sprawcy; 5) możliwości intelektualne sprawcy; 6) doświadczenie sprawcy; 7) osobowość sprawcy; 8) środowisko sprawcy; 9) dotychczasowy sposób życia sprawcy; 10) zachowanie się sprawcy przed popełnieniem czynu zabronionego; 11) zachowanie się sprawcy w czasie popełniania czynu zabronionego; 12) zachowanie się sprawcy

³³ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 184–185; M. Laskowski, *Ustalenie... [w:] Umyślność...*, s. 51–52.

³⁴ Na gruncie niniejszej publikacji przyjęto definicję środków dowodowych zaproponowaną w: S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 342.

³⁵ Jako słuszne jawi się w tym zakresie – nieco trywialne już dzisiaj – stwierdzenie Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie, że: „Zamiar pozbawienia życia ustalić można nie tylko z wyjaśnień sprawcy, przynającego się do tego, ale dowodzeniem pośrednim ze sposobu działania sprawcy, rodzaju zadawanych urazów, ich liczby, intensywności, lokalizacji, narzędzi, wypowiedzi sprawcy przed popełnieniem przestępstwa i po nim oraz tp. okoliczności. Byłoby wynaturzeniem sprawiedliwości, gdyby jej wymiar miał zależeć od tego, do czego sprawca zechce się przyznać” (por. wyrok SA w Krakowie z 5.09.1996 r., II Aka 193/96, LEX nr 26365).

³⁶ Warto podkreślić, że sformułowanie „dowodzenie” nie zostało użyte bez powodu. Stosunek intelektualno-psychiczny sprawcy do popełnionego przezeń przedmiotowo pojmowanego zachowania się przewidzianego w przepisie określającym znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary musi zostać bowiem udowodniony, a nie tylko „przyjęty”, „założony” czy „domniemany” (zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 183). Zasadnie wskazuje Sąd Apelacyjny w Lublinie, że: „Wielokrotnie w orzecznictwie prezentowane były poglądy, że zamiaru ewentualnego nie wolno domniemywać, ani się domyślać, lecz musi być on ustalony w sposób pewny, wykluczający jakąkolwiek wątpliwość, w szczególności w wypadku, gdy oskarżony nie przyznaje się do popełnienia zarzucanego mu czynu” (por. wyrok SA w Lublinie z 23.09.2009 r., II Aka 64/09, LEX nr 550472).

³⁷ Zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 191.

po popełnieniu czynu zabronionego; 13) stosunek sprawcy do pokrzywdzonego; 14) zachowanie się pokrzywdzonego; 15) rodzaj użytego przez sprawcę narzędzia; 16) liczbę zadanych przez sprawcę ciosów; 17) umiejscowienie zadanych przez sprawcę ciosów; 18) rodzaj i rozmiar spowodowanych przez sprawcę uszkodzeń ciała; 19) głębokość i kierunek spowodowanych przez sprawcę ran, a także 20) stopień spowodowanego przez sprawcę zagrożenia dla życia ludzkiego³⁸.

Analogiczne podejście dominuje również w orzecznictwie³⁹, w którym wskazuje się, co prawda, że: „strona podmiotowa danego czynu praktycznie prawie zawsze ustalana jest za pomocą okoliczności przedmiotowych. Tak też o fakcie istnienia zamiaru zabójstwa należy wnioskować w oparciu o sposób działania oskarżonego, a pośrednio także w oparciu o jego zachowanie przypadające przed i po czynie”⁴⁰, ale dodaje się również, że: „Dla wykazania wypełnienia podmiotowej strony zbrodni zabójstwa tak w postaci zamiaru bezpośredniego jak i ewentualnego nie jest wystarczające wskazanie na sposób działania, w tym takie jego elementy jak rodzaj użytego narzędzia, siła ciosu czy skierowanie agresywnych działań przeciwko ośrodkom ważnym dla życia pokrzywdzonego. Są to niewątpliwie bardzo istotne elementy, które jednakże nie mogą automatycznie przesądzić zarówno o spełnieniu strony podmiotowej zbrodni zabójstwa, jak i zdecydować o przypisanej sprawcy postaci zamiaru. Zazwyczaj niezbędna jest nadto analiza motywacji sprawcy, stosunków pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym w czasie poprzedzającym agresywne działania sprawcy, tła zajścia itp.”⁴¹.

Do kluczowych środków dowodowych, pozwalających na ustalenie postaci strony podmiotowej czynu zabronionego sprawcy, należy więc zaliczyć także, obok tych typowo wymienianych (pozwalających na możliwie dokładne ustalenie przebiegu zdarzenia, a więc np. wyjaśnień oskarżonego, zeznań świadków, oględzin itp.): 1) wyjaśnienia oskarżonego (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące jego stanu wiedzy, przewidywań, celów i motywów); 2) zeznania świadków (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące osobowości sprawcy, cech jego charakteru, jego środowiska, wcześniejszego życia, relacji z pokrzywdzonym); 3) wywiad środowiskowy (w zakresie uzyskanych w ten sposób informacji dotyczących sposobu życia sprawcy, jego osobowości, cech charakteru, relacji z pokrzywdzonym), a także 4) opinię biegłego psychologa (w zakresie analizy postawy wolicjonalnej sprawcy i jego świadomości na poziomie podstawowych procesów psychicznych)⁴².

Jak jednak rzeczywiście wygląda praktyka orzecznicza w sprawach dotyczących zabójstw kwalifikowanych? Jakie okoliczności brane są pod uwagę przy przypisywaniu sprawcy chęci/godzenia się na spowodowanie śmierci innego człowieka i w oparciu o jakie środki dowodowe są one ustalane?

³⁸ Zob. m.in. J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 534–535. Okoliczności 2)–9) i 13) jako odnoszące się bezpośrednio do osoby sprawcy, będą określane w niniejszej pracy jako okoliczności podmiotowe (*sensu largo*). Pozostałe okoliczności będą zaś określane mianem okoliczności przedmiotowych.

³⁹ Zob. J. Lachowski [w:] *System...*, t. 3, s. 534–535 i przywołane tam orzecznictwo.

⁴⁰ Postanowienie SN z 17.09.2014 r., V KK 127/14, LEX nr 1537570.

⁴¹ Wyrok SN z 4.01.2006 r., III KK 123/05, LEX nr 172208. Więcej na temat orzecznictwa zob. w: B. Michalski, *Nowa kodyfikacja karna, Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, z. 28, s. 45 i n.; M. Laskowski, *Ustalenie...* [w:] *System...*, t. 3, s. 54 i n.

⁴² Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar...*, s. 184 i n.

Tabela 4 Okoliczności przesądzające o przypisaniu sprawcy chęci/godzenia się na popełnienie zabójstwa kwalifikowanego ⁴³			
Lp.	Rodzaj okoliczności, na podstawie których ustalono stronę podmiotową	Liczba spraw	Procent wszystkich spraw
1	okoliczności podmiotowe (przede wszystkim)	1	1,18
2	okoliczności przedmiotowe (przede wszystkim)	36	42,35
3	zarówno okoliczności przedmiotowe, jak i okoliczności podmiotowe	46	54,12
4	brak uzasadnienia	2	2,35

Źródło: opracowanie własne.

Mając na względzie treść tabeli 4, należy uznać, że strona podmiotowa czynu zabronionego pod groźbą kary ustalana jest przez sądy przede wszystkim w oparciu o okoliczności przedmiotowe (konkretniej zaś – w oparciu na takich okolicznościach jak: zachowanie się sprawcy przed i po popełnieniu czynu zabronionego, rodzaj użytego przez sprawcę narzędzia, liczba zadanych przez sprawcę ciosów, umiejscowienie zadanych przez sprawcę ciosów czy stopień sprowadzonego przez sprawcę zagrożenia dla życia ludzkiego). Dużo rzadziej brane są natomiast pod uwagę okoliczności podmiotowe, tzn. pobudki i motywy działania sprawcy, stan wiedzy sprawcy, możliwości intelektualne sprawcy, doświadczenie sprawcy itp., a nawet wówczas, gdy okoliczności te są uwzględniane przez sądy, to – niestety – w wielu przypadkach wyłącznie w marginalny sposób wpływają na rozważania nad postacią strony podmiotowej popełnionego przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary. Idealnym przykładem jest w tym zakresie wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy (III 81/12), w którym sąd, wśród okoliczności świadczących o wystąpieniu u sprawców zamiaru ewentualnego spowodowania śmierci pokrzywdzonego, zasadnie wymienił m.in.: okoliczności zajścia, pobudki i motywy działania, wielość, rozległość i charakter ran, sposób zadawania obrażeń, użyte narzędzie, właściwości osobiste i dotychczasowy tryb życia sprawców, bezpośrednie zagrożenie życia pokrzywdzonego, po czym stwierdził, iż: „Wniosek, że w tej sprawie mamy do czynienia z zamiarem ewentualnym wynika też z powszechnego doświadczenia: wielokrotne kopanie – w tym obutą nogą po całym ciele (...), pozostawienie pobitego, zakrwawionego pokrzywdzonego w domu bez zasygnalizowania chociażby konieczności udzielenia mu pomocy dowodzi wystarczająco zamiaru ewentualnego pozbawienia życia M.S.”, a dalej że: „Powiązanie skutku w postaci śmierci człowieka ze sposobem działania sprawcy w sposób «bezpośrednio zagrażający życiu» implikuje konieczność przypisania zabójstwa w zamiarze ewentualnym”. Sąd ten dodał ponadto, że: „Uznanie, iż oskarżeni nie obejmowali swoim zamiarem (świadomością) pozbawienia życia pokrzywdzonego, nie mieli świadomości nieuchronności śmierci, wywołania nastąpienia tego skutku (...) pozostawałoby w niezgodzie z ustalonymi przez Sąd okolicznościami, byłoby niesłuszne wręcz niesprawiedliwe. Oskarżeni działali w sposób bezpośrednio zagrażający życiu człowieka i nie jest możliwe, by przy takim działaniu, w takiej skali i natężeniu śmierci M.S. nie przewidywali i nie godzili się na nią”.

⁴³ Uwzględniono wyłącznie te okoliczności, które sądy wyraźnie powołały w uzasadnieniach swoich orzeczeń.

Podkreślenia wymaga wszakże, że sądy świadome są konieczności ustalania stosunku intelektualno-psychicznego sprawcy do popełnionego przezeń przedmiotowo pojmowanego zachowania się, przewidzianego w przepisie określającym znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, w oparciu na kompleksowej analizie wszelkich jego (czynu) okoliczności, a więc zarówno okoliczności przedmiotowych, jak i podmiotowych. Niejednokrotnie, a zaryzykować można wręcz stwierdzenie, że niemal zawsze, sądy powołują się bowiem w uzasadnieniach swoich orzeczeń na wyroki sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego, które na potrzebę tego rodzaju postępowania zwracają uwagę. Co jest zatem przyczyną częstego pomijania niejako okoliczności podmiotowych? Wydaje się, że wysoki stopień ich ocenności, a w konsekwencji – również słabość argumentacyjna. Jest to widoczne zwłaszcza w kontekście takich elementów jak: stan wiedzy sprawcy, możliwości intelektualne sprawcy, doświadczenie sprawcy, osobowość sprawcy, środowisko sprawcy czy dotychczasowy sposób życia sprawcy.

Nie sposób wskazać przy tym żadnego kryterium, które samo w sobie mogłoby świadczyć, według sądów, o tym, że sprawca chciał/godził się na popełnienie czynu zabronionego (miał zamiar popełnienia czynu zabronionego). W kontekście zabójstw kwalifikowanych nie stanowi go ani użyte narzędzie, ani liczba zadanych ciosów, ani też ich umiejscowienie. Nie stanowią takiego kryterium nawet – wyjawione przez sprawcę – pobudki i motywy jego działania. Ponadto brak okoliczności, które mogłyby pozwolić na stwierdzenie w sposób jednoznaczny, czy w danym, konkretnym przypadku sprawcy towarzyszył zamiar bezpośredni czy ewentualny.

Znamienny jest ponadto fakt, że sądy starają się, poprzez przeprowadzenie wszelkich możliwych czynności ujawniających dowody, w szczególności zaś – przez przeprowadzenie przesłuchań, oględzin czy eksperymentów procesowych, ustalić, a następnie powołać wszelkie możliwe okoliczności, które mogą przemawiać za przyjęciem takiej, a nie innej postaci strony podmiotowej konkretnego popełnionego przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary, tak, by swoje (końcowe) stanowisko uargumentować jak najlepiej i nie stwarzać w tym zakresie nadmiernych wątpliwości. Inną sprawą jest fakt, że częstokroć pomijają – wzmiankowane już wyżej – wyjaśnienia oskarżonego (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące jego stanu wiedzy, przewidywań, celów i motywów), zeznania świadków (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące osobowości sprawcy, jego środowiska, wcześniejszego życia, relacji z pokrzywdzonym itp.), wyniki wywiadu środowiskowego (w zakresie uzyskanych w ten sposób informacji dotyczących sposobu życia sprawcy, jego osobowości, cech charakteru, relacji z pokrzywdzonym) i opinie biegłych psychologów (w zakresie analizy postawy wolicjonalnej sprawcy i jego świadomości na poziomie podstawowych procesów psychicznych), mimo że niejednokrotnie potwierdzałyby one tylko poczynione przez sąd ustalenia oparte na innych środkach dowodowych i wynikających z nich okolicznościach, i trudno określić, dlaczego tak się dzieje.

4. KONIECZNOŚĆ OBEJMOWANIA CHĘCIĄ/GODZENIEM SIĘ ZNAMION Kwalifikujących, PRZESĄDZAJĄCYCH O WYRÓŻNIANIU POSZCZEGÓLNYCH TYPÓW ZABÓJSTW Kwalifikowanych

Omawiając aspekt wolicjonalny zamiaru bezpośredniego oraz zamiaru ewentualnego, poszczególni autorzy wskazują częstokroć, że charakterystyczna dla zamiaru

bezpośredniego chęć popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, a dla zamiaru ewentualnego – zgoda (godzenie się) na popełnienie czynu zabronionego pod groźbą kary musi się odnosić do kompletu znamion strony przedmiotowej tego czynu⁴⁴, co może prowadzić do wniosku, że – przykładowo – zabójstwa, o którym mowa w art. 148 § 2 pkt 2 k.k., można się dopuścić w zamiarze bezpośrednim wyłącznie wtedy, gdy sprawca chce nie tylko zabić drugiego człowieka, ale także tego, by zabijanie to pozostawało w związku z wzięciem zakładnika, zgwałceniem albo rozbojem.

Błądność tego rodzaju poglądu wykazał J. Giezek, wskazując, że: „zamiaru – niezależnie od tego, czy określimy go jako bezpośredni czy ewentualny – nie relacjonujemy do kompletu znamion strony przedmiotowej, a tym bardziej do każdego z nich z osobna, lecz do pewnego stanu rzeczy (...), który wyłania się z ustawowego opisu, wskazującego na to, co stanowi istotę popełnianego czynu. Precyzując tę wypowiedź można by stan rzeczy x zdefiniować jako tego rodzaju stan, który oznacza realizację znamienia charakteryzującego skutek zachowania sprawcy (w przypadku przestępstw materialnych) lub znamienia opisującego to zachowanie za pomocą tzw. czynności czasownikowej (w przypadku przestępstw formalnych)”⁴⁵. Innymi słowy – płaszczyzna intelektualna nie pokrywa się w pełni z płaszczyzną wolicjonalną, a jeszcze inaczej – sprawca więcej obejmuje swoją świadomością niż swoją wolą⁴⁶. Zwrócił na to uwagę już wcześniej I. Andrejew, wskazując, że: „Przesłanką «chcenia» jest świadomość albo, inaczej mówiąc, odbicie strony przedmiotowej w psychice sprawcy. Samo «chcenie» bezpośrednio wiąże się jedynie ze znamieniem czasownikowym. Na tymże najprostszym przykładzie art. 148 § 1 «chcenie» relacjonuje się do znamienia «zabija», przy czym sprawca jest świadom (wie), że przedmiotem czynności wykonawczej jest «człowiek». (...) Chyba tylko wśród kanibali można domniemywać procesu psychicznego polegającego na «chceniu» zabicia właśnie człowieka”⁴⁷, oraz W. Wolter, zdaniem którego: „Trzeba (...) pamiętać, o tym, że o stosunku woli sprawcy można mówić jedynie w odniesieniu do całości czynu, ale nigdy w odniesieniu do poszczególnego znamienia. I tak można i należy mówić, że sprawca chciał lub godził się zabić człowieka. Natomiast nie można woli relacjonować do każdego poszczególnego znamienia czynu; w odniesieniu do poszczególnego znamienia może być mowa jedynie o świadomości sprawcy. A więc nie można powiedzieć, że sprawca chce lub godzi się na to, aby danym przedmiotem bezpośredniego działania był człowiek, bo to naturalnie nie zależy od woli sprawcy”⁴⁸.

⁴⁴ Tak chociażby Andrzej Wąsek, zdaniem którego: „Można ogólnie powiedzieć, że zamiar w art. 9 § 1 k.k. oznacza świadomość i wolę urzeczywistnienia swoim zachowaniem (działaniem lub zaniechaniem) znamion czynu zabronionego – jego strony przedmiotowej, przedmiotu i podmiotu (tego ostatniego przy przestępstwach indywidualnych). Sam zamiar należy do strony podmiotowej czynu zabronionego” (por. A. Wąsek [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, O. Górniok i in., Gdańsk 2005, s. 105), oraz Sąd Okręgowy w Kaliszu (III 40/15), zdaniem którego: „Zamiar nie jest jednak ani pojęciem z dziedziny ocen ani też pojęciem z dziedziny wartości. To zaś powoduje, że procesy psychiczne oznaczone jako chcenie lub godzenie się, muszą zachodzić w czasie zewnętrznego zachowania się, wypełniającego obiektywne znamiona czynu zabronionego, z tym że zamiar bezwzględnie musi obejmować wszystkie znamiona strony przedmiotowej”.

⁴⁵ J. Giezek, *Świadomość...*, s. 211.

⁴⁶ Zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 208–209.

⁴⁷ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona...*, s. 201.

⁴⁸ W. Wolter, *Uwagi o podmiotowej stronie czynu przestępnego w ujęciu projektu kodeksu karnego PRL*, „Państwo i Prawo” 1956/8–9, s. 303.

Powyższy pogląd, jak się wydaje, należy uznać za ze wszech miar uzasadniony. Zauważmy bowiem, że nie sposób np. wymagać od złodzieja, by chciał on nie tylko objąć daną rzecz we władanie, ale ponadto – by rzecz ta była cudza i by była rzeczą ruchomą. Wniosek tego rodzaju jawiłby się wręcz jako absurdalny. Słusznie wskazuje J. Giezek, że stawianie sprawcy tego rodzaju oczekiwań doprowadziłoby w zasadzie do sytuacji, w której kradzieży prawie nigdy nie udałoby się sprawcy przypisać⁴⁹.

Analogicznie sytuacja przedstawia się w kontekście zabójstw kwalifikowanych. Zauważmy bowiem, że – przykładowo – sprawcy zabójstwa w zamiarze bezpośrednim zależy przede wszystkim na tym, by dana osoba, ofiara poniosła śmierć. Jest mu zaś zazwyczaj całkowicie obojętne (i to w najlepszym razie), czy jego zachowanie się, mogące spowodować śmierć człowieka, będzie zabijaniem w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, zabijaniem w związku z rozbojem, zabijaniem funkcjonariusza publicznego popełnionym podczas lub w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych związanych z ochroną bezpieczeństwa ludzi lub ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego itp., czy też nie. Wyjątkiem jest w tym zakresie, jak się wydaje, wyłącznie zabójstwo jednym czynem więcej niż jednej osoby (z oczywistych względów), zabójstwo z użyciem materiałów wybuchowych (z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „z użyciem”, które oznacza, że materiały wybuchowe stanowić mają dla sprawcy środek, narzędzie spowodowania śmierci innego człowieka) oraz zabójstwo ze szczególnym okrucieństwem (z uwagi na fakt, że w znamieniu „ze szczególnym okrucieństwem” nie chodzi tylko o szczególnie naganny sposób zachowania się sprawcy, lecz także o jego specyficzne nastawienie, charakteryzujące się brakiem litości, bezwzględnością wobec zabijanej osoby). Konieczność objęcia zamiarem charakterystycznych dla tych typów czynów zabronionych – pod groźbą kary – znamion kwalifikujących nie powinna budzić – jak się wydaje – żadnych, nawet najmniejszych wątpliwości.

Analiza orzeczeń objętych projektem badawczym zdaje się potwierdzać zaprezentowany wyżej pogląd. W większości spośród przeanalizowanych orzeczeń (a w zasadzie w większości spośród przeanalizowanych uzasadnień orzeczeń) nie zastanawiano się wszakże nad tym, czy sprawca musi chcieć/godzić się na wystąpienie znamienia kwalifikującego. Wskazuje się wyłącznie, że sprawca musi chcieć /godzić się na spowodowanie śmierci człowieka (jednego lub więcej niż jednego, jak to ma miejsce w przypadku art. 148 § 3 k.k.), zaś pozostałe elementy ustala się w sposób całkowicie autonomiczny. Innymi słowy – ustala się np., czy istniał związek zabójstwa ze zgwałceniem czy też nie; nie ustala się natomiast, czy sprawca chciał /godził się na to, że zabija człowieka właśnie w związku ze zgwałceniem; ustala się, czy motywacja sprawcy zasługuje na szczególne potępienie, czy też nie; nie ustala się natomiast, czy sprawca chciał/godził się na to, że zabija właśnie w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie.

Wyjątkiem nie jest w tym zakresie nawet szczególne okrucieństwo. Co prawda, wskazuje się częstokroć, że w tym ostatnim przypadku sprawca musi charakteryzować się szczególnym nastawieniem, polegającym na – mówiąc w uproszczeniu – braku litości wobec pokrzywdzonego, oraz iż musi chcieć/godzić się na zabijanie właśnie ze szczególnym okrucieństwem, lecz w rzeczywistości nie zwraca się

⁴⁹ Zob. J. Giezek, *Świadomość...*, s. 210–211.

najczęściej uwagi ani na to, czy sprawca charakteryzował się takim nastawieniem, ani na to – czy chciał/godził się na zabicie pokrzywdzonego właśnie ze szczególnym okrucieństwem⁵⁰.

5. PODSUMOWANIE

Podsumowując krótko powyższe rozważania, należy stwierdzić, że:

- problematyka strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, konkretniej zaś – definiowanie i ustalanie granic poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary nie stanowi zazwyczaj przedmiotu rozważań sądów okręgowych. W większości spośród przeanalizowanych w ramach projektu badawczego orzeczeń (a w zasadzie – uzasadnień tych orzeczeń) sądy okręgowe – przy analizie strony podmiotowej popełnionych przez sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary – ograniczyły się wyłącznie do przywołania treści art. 9 § 1 k.k., zgodnie z którym czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi;
- strona podmiotowa czynu zabronionego pod groźbą kary ustalana jest przez sądy przede wszystkim w oparciu na okolicznościach przedmiotowych (konkretniej zaś – w oparciu na takich okolicznościach jak: zachowanie się sprawcy przed i po popełnieniu czynu zabronionego, rodzaj użytego przez sprawcę narzędzia, liczba zadanych przez sprawcę ciosów, umiejscowienie zadanych przez sprawcę ciosów czy stopień spowodowanego przez sprawcę zagrożenia dla życia ludzkiego). Dużo rzadziej brane są natomiast pod uwagę okoliczności podmiotowe, tzn. pobudki i motywy działania sprawcy, stan wiedzy sprawcy, możliwości intelektualne sprawcy, doświadczenie sprawcy itp., a nawet wówczas, gdy okoliczności te są uwzględniane przez sądy, to – niestety – w wielu przypadkach wyłącznie w marginalny sposób wpływają na rozważania nad postacią strony podmiotowej popełnionego przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary;
- w większości spośród przeanalizowanych orzeczeń (a w zasadzie w większości spośród przeanalizowanych uzasadnień orzeczeń) nie zastanawiano się nad tym, czy sprawca musi chcieć/godzić się na wystąpienie znamienia kwalifikującego. Wskazuje się wyłącznie, że sprawca musi chcieć /godzić się na spowodowanie śmierci człowieka (jednego lub więcej niż jednego, jak to ma miejsce w przypadku art. 148 § 3 k.k.), zaś pozostałe elementy ustala się w sposób całkowicie autonomiczny.

Mając na względzie fakt, że precyzyjne, a przede wszystkim – adekwatne określenie strony podmiotowej jest zadaniem niezwykle istotnym (wszak ustalenie stanu psychiki sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary jest jednym z najważniejszych czynników decydujących o możliwości przyjęcia,

⁵⁰ Por. wyroki SO w: Jeleniej Górze, III 133/13; Warszawie, XII 193/12 oraz Sieradzu, II 4/14.

że sprawca zrealizował znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, a ponadto wpływających na ustalenie stopnia społecznej szkodliwości *in concreto* tego czynu i wpływających na sądowy wymiar kary za ten czyn) należy postulować zmianę metodyki sądów w zakresie ustalania strony podmiotowej. Konkretniej zaś – należy postulować, aby:

- 1) sądy rzetelnie ustalały stronę podmiotową danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary, wskazywały poczynione w tym zakresie ustalenia w sposób wyraźny oraz uzasadniały je w sposób możliwie jednoznaczny i precyzyjny (pożądana jest w tym zakresie także pogłębiona refleksja na temat definicji i granic poszczególnych postaci strony podmiotowej typu czynu zabronionego pod groźbą kary);
- 2) w przypadku kwalifikowanych typów zabójstwa (acz nie tylko) sądy ustalały, czy sprawca musi chcieć/godzić się na wystąpienie znamienia kwalifikującego, wskazywały poczynione w tym zakresie ustalenia wprost w treści uzasadnienia i uzasadniały je w sposób możliwie jednoznaczny i precyzyjny;
- 3) ustalenia sądów w zakresie stanu psychiki sprawcy w czasie popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary były możliwie precyzyjne, należy unikać w szczególności stwierdzeń typu „sprawca działał co najmniej w zamiarze ewentualnym”. Należy wyraźnie wskazać, czy sprawca działał w zamiarze bezpośrednim czy ewentualnym i wyraźnie uzasadnić przyjęte w tym zakresie ustalenie w treści uzasadnienia (należy wyraźnie wskazać i uzasadnić także to, że sprawca nie działał w stanie świadomej nieumyślności, a w szczególności to, iż w kontekście śmierci człowieka nie liczył na to, że do niej nie dojdzie)⁵¹. Należy unikać pokusy przyjmowania „bezpieczniejszego” pod pewnymi względami, zamiaru ewentualnego w tych sprawach, w których obejmowanie przez sprawcę swoim zamiarem skutku w postaci śmierci człowieka budzi stosunkowo duże wątpliwości;
- 4) sądy dowodziły zamiaru, zarówno bezpośredniego, jak i ewentualnego, w oparciu na dokładnej analizie (analizie – dodajmy – znajdującej odzwierciedlenie bezpośrednio w treści uzasadnienia) całokształtu okoliczności podmiotowych i przedmiotowych stanu faktycznego, uwzględniającej wszystkie okoliczności danego, konkretnego zdarzenia, w tym również okoliczności o charakterze atypowym. W oparciu na wszystkich tych elementach sądy powinny ustalać nie tylko to, że sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, ale także to, że tego chciał bądź godził się na to;
- 5) sądy ustalały, a następnie powoływały w treści uzasadnienia wszelkie możliwe okoliczności, które mogą przemawiać za przyjęciem takiej, a nie innej postaci strony podmiotowej konkretnego popełnionego przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary tak, by swoje (końcowe)

⁵¹ Powyższe jest kluczowe dla odróżnienia zabójstwa od nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.), czy od spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z następstwem w postaci śmierci człowieka (art. 156 § 3 k.k.).

stanowisko uargumentować jak najlepiej i nie stwarzać w tym zakresie nadmiernych wątpliwości. Nie należy w szczególności pomijać wyjaśnień oskarżonego (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące jego stanu wiedzy, przewidywań, celów i motywów), zeznań świadków (w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące osobowości sprawcy, jego środowiska, wcześniejszego życia, relacji z pokrzywdzonym itp.), wyników wywiadu środowiskowego (w zakresie uzyskanych w ten sposób informacji dotyczących sposobu życia sprawcy, jego osobowości, cech charakteru, relacji z pokrzywdzonym) i opinii biegłych psychologów (w zakresie analizy postawy wolicjonalnej sprawcy i jego świadomości na poziomie podstawowych procesów psychicznych).

Abstract

Konrad Burdziak, *Volitional Aspect of Direct Intent and Dolus Eventualis: Reflections about Aggravated Types of Homicide*

The aim of this work is to provide an analysis of how Polish regional courts determine forms of mens rea of acts punishable under the law specified in Article 148 (2) and (3) of the Polish Criminal Code [CC]. Determinations made in this work are based on results of a case file study conducted in the Institute of Justice as part of research project "Aggravated homicides under the Polish Criminal Code from 1997 – academic and judicial interpretation of aggravating features". However, the empirical analysis is supplemented with an analysis of the issue of forms of mens rea of an act punishable under law from a theoretical perspective. The conducted analysis shows, inter alia, that the question of forms of mens rea of an act punishable under law – more specifically the question of defining and setting forms of mens rea of an act punishable under law – is not usually a subject of consideration for regional courts. In most analysed judgements, specifically in statements of reasons for those judgements, regional courts – analysing forms of mens rea of an act punishable under the law – only invoked the contents of Article 9 (1) CC, according to which a prohibited act is committed with intent when the offender wants to commit it, namely where there is a desire to commit it or an acceptance of the foreseen possibility of committing the act.

Keywords: Article 148 of the Polish Criminal Code, homicide, mens rea, direct intent, dolus eventualis

Streszczenie

Konrad Burdziak, *Aspekt wolicjonalny zamiaru bezpośredniego i ewentualnego – rozważania na tle kwalifikowanych typów przestępstwa zabójstwa*

Celem niniejszej pracy jest analiza sposobu dokonywania przez polskie sądy okręgowe ustaleń w zakresie strony podmiotowej czynów zabronionych pod groźbą kary określonych w art. 148 § 2 i 3 Kodeksu karnego. Poczynione w pracy ustalenia zostały oparte na wynikach badania aktowego przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w ramach projektu badawczego pt. „Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących”. Analiza empiryczna została jednak uzupełniona za pomocą analizy problematyki strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary z perspektywy teoretycznej. W wyniku przeprowadzonych

analiz ustalono m.in., że problematyka strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary, konkretniej zaś – definiowanie i ustalanie granic poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego pod groźbą kary – nie stanowi zazwyczaj przedmiotu rozważań sądów okręgowych. W większości spośród przeanalizowanych orzeczeń (a w zasadzie – uzasadnień tych orzeczeń) sądy okręgowe – przy analizie strony podmiotowej popełnionych przez sprawców czynów zabronionych pod groźbą kary – ograniczyły się wyłącznie do przywołania treści art. 9 § 1 k.k., zgodnie z którym czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, tj. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia na to się godzi.

Słowa kluczowe: art. 148 k.k., zabójstwo, strona podmiotowa, zamiar bezpośredni, zamiar ewentualny

Literatura:

1. Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1970;
2. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978;
3. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980;
4. Budyn-Kulik M., *Umysłność w prawie karnym i w psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015;
5. Burdziak K., *Glosa do postanowienia SN z dnia 20 kwietnia 2017 r., II KK 90/17, Prawo w Działaniu 2017*, nr 30;
6. Daszkiewicz K., *Przestępstwa z afektu w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982;
7. Daszkiewicz K., *Przestępstwa z premedytacją*, Warszawa 1968;
8. Frankowski S., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970;
9. Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013;
10. Gubiński A., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzruszenia*, Warszawa 1961;
11. Janusz-Pohl B., Pohl Ł., *O okolicznościach niepozwalających na przypisanie winy policjantowi popełniającemu przewinienie dyscyplinarne (wybrane zagadnienia materialno prawne i procesowe)* [w:] *Wina w prawie dyscyplinarnym służb mundurowych. V seminarium prawnicze z cyklu „Odpowiedzialność dyscyplinarna w służbach mundurowych”*, red. P. Józwiak, W. Kozielewicz, K. Opaliński, Piła 2015;
12. Jędrzejewski Z., *Usytuowanie zamiaru ewentualnego w strukturze przestępstwa* [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010;
13. Kowalewska-Łukuć M., *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015;
14. Lachowski J. [w:] *System Prawa Karnego*, t. 3, red. R. Dębski, Warszawa 2013;
15. Laskowski M., *Ustalanie umyślności w praktyce orzeczniczej* [w:] *Umysłność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
16. Mąciór W., *Błąd jako nieświadomość lub urojenie czy jako nieświadomość lub niewiedza* [w:] *Zagadnienia prawa karnego i teorii prawa. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Woltera*, red. M. Cieślak, Warszawa 1959;
17. Majewski J., *O pozaustawowym domniemaniu umyślności oraz jego szkodliwości* [w:] *Umysłność i jej formy*, red. J. Majewski, Toruń 2011;
18. Michalski B., *Nowa kodyfikacja karna. Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, z. 28;
19. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013;
20. Pohl Ł., *O umiejscowieniu zamiaru niby – ewentualnego w kodeksowych konstrukcjach umyślności* [w:] *Wokół Konstytucji i zdrowego rozsądku. Circum constitutionem rationemque sanam. Prace dedykowane Profesorowi Tadeuszowi Smolińskiemu*, red. J. Ciapała, A. Rost, Szczecin–Jarocin 2011;

21. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
22. Pohl Ł., *Przyczynek do rozważań o strukturze nieumyślności i sposobie jej opisania w kodeksie karnym* [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej* [online], red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa, 11.01.2017 r.;
23. Pohl Ł., *W sprawie proponowanych zmian w kodeksie karnym (zagadnienia wybrane)*, Państwo i Prawo 2013, z. 8;
24. Pohl Ł. [red.] *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. Naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, Warszawa 2018;
25. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013;
26. Wąsek A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, O. Górniok i in., Gdańsk 2005;
27. Wolter W., *Czynnik psychiczny w istocie przestępstwa*, Kraków 1924;
28. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973;
29. Wolter W., *Uwagi o podmiotowej stronie czynu przestępnego w ujęciu projektu kodeksu karnego PRL*, Państwo i Prawo 1956, z. 8–9;
30. Wolter W., *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*, Nowe Prawo 1957, nr 5;
31. Znamierowski C., *Wina i odpowiedzialność*, Warszawa 1957.

Piotr Poniatowski*

Ucieczka z zakładu poprawczego – przestępstwo czy tylko przewinienie dyscyplinarne? **

1. UWAGI OGÓLNE

Umieszczenie w zakładzie poprawczym jest najsurowszym środkiem przewidzianym w ustawie z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich¹. Sąd rodzinny może orzec ten środek wobec nieletniego, który dopuścił się czynu karalnego, o którym mowa w art. 1 § 2 pkt 2 lit. a tej ustawy (a więc czynu zabronionego przez ustawę jako przestępstwo albo przestępstwo skarbowe), jeżeli przemawiają za tym wysoki stopień demoralizacji nieletniego oraz okoliczności i charakter czynu, zwłaszcza gdy inne środki wychowawcze okazały się nieskuteczne lub nie rokują resocjalizacji nieletniego (art. 10 u.p.n.). Nieletni umieszczony w zakładzie poprawczym przebywa w izolacji, która ma na celu niedopuszczenie do popełniania przez niego kolejnych czynów zabronionych o wysokim stopniu społecznej szkodliwości, a także (a właściwie przede wszystkim) zapobieganie dalszej jego demoralizacji i doprowadzenie do resocjalizacji takiego nieletniego. Chociaż stosowanie wskazanego środka poprawczego ma na względzie dobro nieletniego², to nie można pominąć istotnego faktu, że osobie takiej odbiera się wolność, a więc jedną z najważniejszych wartości w życiu człowieka. Nie może w związku z tym dziwić, że część wychowanków decyduje się na ucieczkę z zakładu poprawczego³. Należy

* Dr Piotr Poniatowski jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID 0000-0001-9712-0663, e-mail: piotr.poniatowski@umcs.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 8.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 16.07.2020 r.

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 969 – dalej u.p.n.

² W myśl art. 3 § 1 u.p.n. w sprawie nieletniego należy kierować się przede wszystkim jego dobrem, dążąc do osiągnięcia korzystnych zmian w osobowości i zachowaniu się nieletniego oraz zmierzając w miarę potrzeby do prawidłowego spełniania przez rodziców lub opiekuna ich obowiązków wobec nieletniego, uwzględniając przy tym interes społeczny.

³ W latach 2006–2009 policja odnotowała 3081 ucieczek osób małoletnich (nie mylić z nieletnimi w rozumieniu u.p.n.) ze schronisk dla nieletnich i zakładów poprawczych (<http://statystyka.policja.pl/st/informacje/56278,Ucieczki-maloletnich.html>, dostęp: 7.08.2020 r.). O przypadkach takich ucieczek możemy dowiedzieć się z mediów – zob. *Ucieczka z poprawczaka w Konstantynowie Łódzkim. Policja ściga zbiegów* (internetowe wydanie „Dziennika Łódzkiego” z 9.08.2017 r., <https://dzienniklodzki.pl/ucieczka-z-poprawczaka-w-konstantynowie-lodzki-policja-sci-ga-zbiegow/ar/12348647>, dostęp: 7.08.2020 r.); *Uciekl z poprawczaka i okradł cztery domy* (internetowe wydanie „Gazety Wrocławskiej” z 16.01.2018 r. (<https://gazetawroclawska.pl/uciekl-z-poprawczaka-i-okradl-cztery-domy/ar/12853178>, dostęp: 7.08.2020 r.); *Ucieczka z poprawczaka, fałszywe dane i kradzież* (strona internetowa Komendy Stołecznej Policji, 17.11.2016 r., <http://www.policja.waw.pl/pl/dzialania-policji/aktualnosci/40644,Ucieczka-z-poprawczaka-falszywe-dane-i-kradziez.html>, dostęp: 7.08.2020 r.); *Dwóch nastolatków zbiegło z grodziskiego Zakładu Poprawczego* (Wiadomości

pamiętać, że w zakładzie poprawczym może być również osadzony sprawca, który popełnił występki, przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe po ukończeniu lat 17, lecz przed ukończeniem lat 18, jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają (art. 10 § 4 Kodeksu karnego⁴ i art. 5 § 2 Kodeksu karnego skarbowego⁵).

W niniejszym artykule spróbuję udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie konsekwencje dla zbiega ma ucieczka z zakładu poprawczego⁶. Czy ograniczą się one tylko do zastosowania środka dyscyplinarnego, czy powinny być rozpatrywane również z punktu widzenia prawa karnego?

2. ASPEKT DYSCYPLINARNY

Ucieczka z zakładu poprawczego stanowi przewinienie, za które dyrektor zakładu może zastosować wobec nieletniego środek dyscyplinarny (art. 95ce § 1 w zw. z art. 95ca § 1 u.p.n.). Przy stosowaniu środka dyscyplinarnego uwzględnia się w szczególności rodzaj i okoliczności zachowania nieletniego, jego stosunek do tego zachowania, dotychczasową postawę, cechy osobowości i stan zdrowia; środek taki stosuje się niezwłocznie (art. 95ce § 3 i 4 u.p.n.). Katalog środków dyscyplinarnych znajduje się w art. 95cf u.p.n. Są nimi m.in.: upomnienie, nagana czy cofnięcie zgody albo nieudzielanie zgody na wyjście poza teren schroniska, albo zakładu na okres do 3 miesięcy. W przypadku nieletniego umieszczonego w zakładzie poprawczym środkiem dyscyplinarnym jest również nieudzielanie przepustki lub urlopu przez okres nie dłuższy niż 5 miesięcy w razie ucieczki z zakładu lub nieusprawiedliwionego niepowrótca z udzielonego urlopu lub przepustki z zakładu. Należy też dodać, że specyficzną konsekwencją – działającą *ex lege* – przewidziano w art. 90c § 1 u.p.n. Wobec nieletniego, który uciekł z zakładu poprawczego lub samowolnie przedłużył urlop lub przepustkę, przepisów art. 90 lub art. 90a u.p.n. nie stosuje się w okresie 6 miesięcy od dnia ponownego umieszczenia nieletniego w zakładzie. Chodzi o wyłączenie możliwości umieszczenia nieletniego we wskazanym okresie poza zakładem poprawczym na czas określony (nawet jeżeli przemawiają za tym szczególne względy, np. szkoleniowo-wychowawcze albo rodzinne) oraz w hostelu na czas określony (nawet jeżeli byłoby to uzasadnione prowadzonym procesem usamodzielniania się wychowanka lub przygotowaniem do zwolnienia go z zakładu).

3. ASPEKT PRAWNOKARNY

Ucieczka wychowanka z zakładu poprawczego może być też rozpatrywana w kontekście przestępstwa stypizowanego w art. 242 § 1 k.k. Zgodnie z tym przepisem

Grodzisk Wielkopolski/naszemiasto.pl, 7.02.2012 r., <https://grodzisk.naszemiasto.pl/dwoch-nastolatkow-zbieglo-z-grodziskiego-zakladu/ar/c1-1270223>, dostęp: 7.08.2020 r.); *Nastolatek uciekł z poprawczaka, chciał ukrąść karton wódki* (Wiadomości Łęborg/naszemiasto.pl, 2.09.2011 r., <https://lebork.naszemiasto.pl/lebork-nastolatek-uciekł-z-poprawczaka-chciał-ukrąść-karton/ar/c8-1062407>, dostęp: 7.08.2020 r.); *Ucieczka z poprawczaka w Łaskowcu* (Fakty w Interia.pl, 8.10.2007 r., <https://fakty.interia.pl/podlaskie/news-ucieczka-z-poprawczaka-w-laskowcu,nId,1314177>, dostęp: 7.08.2020 r.).

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

⁵ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 19 ze zm.) – dalej k.k.s.

⁶ Przedmiotem opracowania jest kwestia ucieczki (uwolnienia się) z zakładu poprawczego. Poza zakresem rozważań pozostawiam niepowrótca do takiego zakładu w wyznaczonym terminie z zezwolenia na czasowego jego opuszczenie.

karze podlega ten, kto uwalnia się sam będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy. Oczywiście w grę weszłoby uwolnienie się nieletniego w rozumieniu art. 1 § 2 pkt 1 w zw. z § 1 pkt 3 u.p.n. (osoba, względem której wykonywany jest środek poprawczy do czasu ukończenia przez nią 21 lat), pod warunkiem że miał on ukończone 17 lat w czasie czynu (art. 10 § 1 k.k.)⁷. Przestępstwo samouwolnienia, bo tak nazywa się je w doktrynie i orzecznictwie, polega na odzyskaniu przez sprawcę wolności, której jest on zgodnie z prawem pozbawiony. Sprawca tego czynu zabronionego musi być faktycznie (rzeczywiście, fizycznie) pozbawiony wolności, a więc znajdować się w sytuacji, w której nie może zmieniać miejsca swojego przebywania stosownie do powziętej woli⁸.

Należy zauważyć, że co do uznania umieszczenia w zakładzie poprawczym za pozbawienie wolności w rozumieniu przepisu penalizującego samouwolnienie istniał i istnieje spór w orzecznictwie oraz doktrynie. Na tle Kodeksu karnego z 1932 r.⁹, który regulował postępowanie w sprawach nieletnich do czasu wejścia u.p.n., Sąd Najwyższy (dalej SN) przyjął, że: „Uwzględniając (...) charakter skazania na umieszczenie w zakładzie poprawczym, należy uznać, że łącząca się z nim faktyczna izolacja skazanego stanowi pozbawienie wolności w myśl art. 256 § 1 k.k.”¹⁰ Użyte bowiem w art. 256 § 1 k.k. sformułowanie: «Kto uwalnia się sam, będąc pozbawiony wolności (...)» wskazuje, że chodzi tu nie tylko o karę pozbawienia wolności lub tymczasowe aresztowanie, lecz o każde, zarządzone przez sąd lub uprawniony do tego organ procesowy, faktyczne pozbawienie wolności, a więc także o umieszczenie skazanego w zakładzie poprawczym¹¹. Stanowisko SN zostało poddane krytyce przez Alicję Grześkowiak i Mariana Filara, którzy uznali, że umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym jest „przepojone i podporządkowane celom wychowawczo-resocjalizacyjnym”, natomiast istotą kary pozbawienia wolności jest odpłata i dominują w niej cele represyjno-izolacyjne, dlatego też nie można przeprowadzać analogii między tymi dwoma środkami. Autorzy ci stwierdzili, że wykładnia art. 256 k.k. z 1969 r. nie może być prowadzona w oderwaniu od przedmiotu ochrony tego przepisu, którym jest – ich zdaniem

⁷ Uwaga ta siłą rzeczy nie ma znaczenia w przypadku ucieczki osoby, wobec której orzeczono umieszczenie w zakładzie poprawczym na podstawie art. 10 § 4 k.k. albo art. 5 § 2 k.k.s.

⁸ Zob. szerzej P. Poniatowski, *Przestępstwa uwolnienia osoby prawnie pozbawionej wolności* (art. 242 i 243 k.k.), Warszawa 2019, s. 73–78 oraz powołaną tam literaturę.

⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. Nr 60, poz. 571) – dalej k.k. z 1932 r.

¹⁰ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94) – dalej k.k. z 1969 r. Art. 242 § 1 obowiązującego k.k. jest odpowiednikiem art. 256 § 1 k.k. z 1969 r.

¹¹ Uchwała z 26.08.1977 r., VI KZP 30/77, OSNKW 1977/9, poz. 94; glosa krytyczna: A. Grześkowiak, M. Filar, *Glosa do uchwały SN z dnia 26 sierpnia 1977 r.*, VII KZP 30/77, „Państwo i Prawo” 1978/12, s. 179 i n.; notka G. Rejman, A. Spotowski, J. Kochanowski w: *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za II półrocze 1977 r. i za rok 1978*, „Nowe Prawo” 1979/6, s. 102. SN stwierdził, że: „Umieszczenie w zakładzie poprawczym w myśl przepisów obowiązującego ustawodawstwa nie jest wprawdzie karą, stanowi jednak środek izolacyjny połączony z pozbawieniem wolności. Ustawa bowiem wyraźnie określa, że sąd skazuje nieletniego na umieszczenie w zakładzie poprawczym (art. 70 k.k. z 1932 r.), co w powiązaniu z możliwością zawieszenia tego umieszczenia (art. 73 § 1 k.k. z 1932 r.) i warunkowego zwolnienia (art. 75 § 1 k.k. z 1932 r.), a także odwołania decyzji w ostatnich dwóch wypadkach (art. 73 § 3 i art. 75 § 3 k.k. z 1932 r.), wskazuje na izolacyjny charakter omawianego środka łączącego się z faktycznym pozbawieniem wolności. W tym zatem zakresie wykazuje on istotne podobieństwo do kary pozbawienia wolności”. Sąd skupił się w swojej argumentacji nie tylko na podobieństwie umieszczenia w zakładzie poprawczym do kary pozbawienia wolności, ale też zwrócił uwagę na literalne brzmienie przepisu, który nie ogranicza podstaw pozbawienia wolności do wykonywania kary albo tymczasowego aresztowania.

– „ta postać wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, która polega na realizacji państwowego prawa karania”. W związku z tym, że umieszczenie w zakładzie poprawczym nie stanowi aktu wymiaru sprawiedliwości w powyższym rozumieniu uwolnienie się z takiego zakładu nie stanowi przestępstwa samouwolnienia¹². Słusznie przyjęli wspomniani autorzy, że wykładnia art. 256 k.k. z 1969 r. (to samo można odnieść do art. 242 obecnego k.k.) wymaga sięgnięcia do indywidualnego przedmiotu ochrony. Przedmiot ten powinien być jednak rozumiany dużo szerzej niż ochrona państwowego prawa karania (*ius puniendi*). Indywidualnym (bezpośrednim) przedmiotem ochrony przestępstwa samouwolnienia jest bowiem prawidłowe funkcjonowanie szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości w tym jego aspekcie, który przejawia się w pozbawianiu człowieka wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy w celu doprowadzenia do rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy lub wykonania decyzji (wyroku, postanowienia) zapadłej w takiej sprawie¹³. W związku z tym koronny, jak się wydaje, argument A. Grześkowiak i M. Filara za zanegowaniem tezy, że umieszczenie w zakładzie poprawczym stanowi pozbawienie wolności w rozumieniu przepisu przewidującego karalność samouwolnienia traci obecnie znaczenie.

W uchwale z 18.06.1985 r., wydanej już na gruncie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, Sąd Najwyższy przyjął, że: „Lektura cytowanej ustawy wskazuje na to, że rezygnuje ona z represji jako środka stosowanego wobec nieletnich. Głównym celem tej ustawy – jak to zresztą wprost wynika z jej art. 3 § 1 – jest dobro nieletniego, rozumiane jako osiągnięcie korzystnych zmian w jego osobowości

¹² A. Grześkowiak, M. Filar, *Glosa do uchwały SN...*, s. 180–181. Należy zauważyć, że o ile argumentacja A. Grześkowiak i M. Filara negująca quasi-karny charakter umieszczenia w zakładzie poprawczym byłaby do obrony, gdyby odnosiła się do obecnego stanu prawnego (choćby byłoby to zadanie trudne), o tyle na gruncie k.k. z 1932 r. nie była adekwatna do jednoznacznej treści przepisów. Zgodnie bowiem z art. 69 k.k. z 1932 r. nieletni, który po ukończeniu 13 lat, a przed ukończeniem 17 lat, popełnił czyn zabroniony bez rozeznania nie ulegał karze, a stosowane były wobec niego środki wychowawcze. Natomiast, jeśli taki nieletni dopuścił się czynu zabronionego z rozeznaniem, sąd *skazywał go* na umieszczenie w zakładzie poprawczym (art. 70 k.k. z 1932 r.) (podkr. – autora). W uzasadnieniu do projektu części ogólnej k.k. z 1932 r. wskazano, że: „względem nieletnich, działających z rozeznaniem, Projekt uznaje odpowiedzialność karną, ale poddaje ich karze swoistej – umieszczeniu w zakładzie poprawczym (...). Kara swoista (...) z jednej strony ma charakter kary, mniej więcej dostosowanej do wielkości winy sprawcy, z drugiej jednak strony odpowiada głównemu celowi ustawy – dążeniu do poprawienia nieletniego i zwrócenia go na drogę uczciwego życia” (*Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. V, z. 3, Warszawa 1930, s. 78–79). Co do charakteru prawnego umieszczenia w zakładzie poprawczym na gruncie k.k. z 1932 r. zob. szerzej B. Stańdo-Kawecka, „Zamiana” umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym na karę. Uwagi na tle uchwały Sądu Najwyższego z 24 maja 2005 r., „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006/1, s. 220–221 oraz B. Stańdo-Kawecka, *Charakter prawny zakładu poprawczego w kodeksie karnym z 1932 r.*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 1993/4–5, s. 6–14, a także B. Stańdo-Kawecka, *Zakład poprawczy w polskim prawie karnym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997/1, s. 65–91.

¹³ Zarówno art. 242 § 1 k.k., jak i art. 256 § 1 k.k. z 1969 r. zostały umieszczone w rozdziałach zatytułowanych „Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”. Wymiarem sprawiedliwości *sensu largo* jest wiążące rozstrzyganie spraw w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP (z 2.04.1997 r. [Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.]) przez Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe (wymiar sprawiedliwości *sensu stricto*, w znaczeniu konstytucyjnym – przedmiotowo-podmiotowym), a także przez wszelkie inne organy (pozasądowe), którym na podstawie ustaw lub ratyfikowanych umów międzynarodowych przekazano władztwo publiczne w zakresie rozstrzygania tych spraw (np. organy administracji publicznej czy sądy dyscyplinarne). Trybunał Konstytucyjny wskazał w wyroku z 27.05.2008 r., SK 57/06, OTK-A 2008/4, poz. 63, że: „«sprawa» w rozumieniu powoływanego przepisu konstytucyjnego to określone zadanie sądu polegające na prawnej kwalifikacji konkretnego stanu faktycznego, celem wydania indywidualnej normy rozstrzygającej o prawach lub obowiązkach określonego podmiotu (adresata). Bez znaczenia dla konstytucyjnego rozumienia pojęcia «sprawy» i jej «rozpatrzenia» jest to, jaki charakter ma «sprawa» podlegająca kwalifikacji prawnej sądu, co wiąże się z naturą stanu faktycznego; jego elementami mogą być działania ludzkie, zdarzenia przyrodnicze, ale także np. rozstrzygnięcia indywidualne i konkretne uprawnione (kompetentnego) organu”. Zob. szerzej P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 52–54, 70.

i zachowaniu się. Zmiany te powinny umożliwić nieletniemu prawidłowy jego rozwój oraz właściwe funkcjonowanie zarówno w życiu osobistym, jak i społecznym. W tej sytuacji utrzymany w ustawie środek poprawczy – umieszczenie w zakładzie poprawczym utracił swój dawny charakter quasi-kary i stał się w istocie swoistym, wyjątkowym środkiem o zadaniach wychowawczych. Uwzględniając te unormowania, należy stwierdzić, że na ich tle brak wystarczających podstaw do twierdzenia, iż umieszczenie w zakładzie poprawczym wykazuje istotniejsze podobieństwo do kary pozbawienia wolności. Wypływa z tego wniosek, że obowiązujące przepisy nie dają podstaw do uznania, iż umieszczenie w zakładzie poprawczym stanowi pozbawienie wolności w rozumieniu art. 256 § 1 k.k. Uzupełniając argumenty wynikające z przepisów cytowanej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich i rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, należy dodatkowo wskazać na spostrzeżenia wynikające z rozważań nawiązujących do przedmiotu ochrony art. 256 § 1 k.k. Wymieniony przepis umieszczony został w rozdziale XXXIII kodeksu karnego, zatytułowanym: «Przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości». Rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów zgrupowanych w tym rozdziale jest wymiar sprawiedliwości. W wypadku art. 256 § 1 k.k. zaś chodzi o tę postać wymiaru sprawiedliwości, która polega na realizacji państwowego prawa karania. Wykładnia uwzględniająca tak określony przedmiot ochrony art. 256 § 1 k.k. prowadzi do wniosku, że «pozbawienie wolności», o którym mowa w tym przepisie, musi być aktem wymiaru sprawiedliwości we wskazanym wyżej znaczeniu, tj. realizacji państwowego prawa karania. W świetle wcześniejszych uwag, dotyczących charakteru umieszczenia w zakładzie poprawczym, nie może budzić wątpliwości, że orzeczenie wymienionego środka, nie będącego karą, nie stanowi realizacji owego prawa karania¹⁴. Sąd Najwyższy popełnił w swoim rozumowaniu dwa błędy. Po pierwsze, umieszczenie w zakładzie poprawczym na gruncie u.p.n., pomimo częściowo odmiennego sposobu uregulowania tego środka w stosunku do Kodeksu karnego z 1932 r., nie utraciło swojego quasi-karnego charakteru. Jest to bowiem środek reakcji na popełniony przez nieletniego czyn karalny, który – co prawda – karą nie jest, lecz spełnia podobne funkcje jak kara kryminalna, z naciskiem wszelako na dbanie o dobro nieletniego, które przejawia się w dążeniu do osiągnięcia korzystnych zmian w jego osobowości i zachowaniu się¹⁵. Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że omawiany środek „stał się

¹⁴ VI KZP 8/85, OSNKW 1985/11–12, poz. 86; glosy aprobuje: Z. Lorek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r.*, VI KZP 8/85, „Państwo i Prawo” 1986/5, s. 140 i n.; P. Piszczek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r.*, VI KZP 8/85, „Palestra” 1987/1 oraz A. Krukowski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r.*, VI KZP 8/85, „Nowe Prawo” 1987/1, s. 111 i n.; glosa krytyczna: K. Zgryzek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r.*, VI KZP 8/85, „Problemy Praworządności” 1986/5, s. 69 i n. Stanowisko to zostało, jak się wydaje, zaakceptowane przez K. Grześkowiaka w: *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. A. Krukowski, Warszawa 1991, s. 63–64. Tak też wyrok SN z 3.06.1987 r., V KRN 138/87, OSNPG 1988/8, poz. 83 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Białymstoku z 11.04.1991 r., II AKr 12/91, LEX nr 21061.

¹⁵ Jako uzasadnienie dla takiego stanowiska można wskazać następujące przepisy u.p.n.: 1) art. 5, który odróżnia środki wychowawcze od środka poprawczego; 2) art. 10, który przewiduje możliwość orzeczenia umieszczenia w zakładzie poprawczym nieletniego, który dopuścił się czynu karalnego tylko jeżeli przemawiają za tym wysoki stopień demoralizacji nieletniego oraz okoliczności i charakter czynu, zwłaszcza gdy inne środki wychowawcze okazały się nieskuteczne lub nie rokują resocjalizacji nieletniego; 3) art. 11 przewidujący możliwość warunkowego zawieszenia umieszczenia w zakładzie poprawczym; 4) art. 14, zgodnie z którym w sprawach nieletnich, którzy dopuścili się czynu karalnego, sąd rodzinny stosuje odpowiednio przepisy części ogólnej Kodeksu karnego, Kodeksu karnego skarbowego lub Kodeksu wykroczeń (ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń [Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.]), jeżeli nie są sprzeczne z ustawą; 5) art. 86 i 87, które przewidują możliwość warunkowego zwolnienia nieletniego z zakładu poprawczego;

w istocie swoistym, wyjątkowym środkiem o zadaniach wychowawczych”. Nie zauważył chyba przy tym, że w myśl art. 51 k.k. z 1969 r. wymierzając karę młodocianemu sąd miał się kierować przede wszystkim tym, aby skazanego wychować, nauczyć zawodu i wdrożyć do przestrzegania porządku prawnego¹⁶. Obecnie art. 54 § 1 k.k. stanowi podobnie, a mianowicie, że wymierzając karę nieletniemu albo młodocianemu sąd kieruje się przede wszystkim tym, aby sprawcę wychować¹⁷. Skoro kara wymierzona nieletniemu lub młodocianemu ma za zadanie sprawcę takiego wychować, to nie można twierdzić, że głównie wychowawczy charakter umieszczenia w zakładzie poprawczym powoduje, iż środek ten nie ma charakteru quasi-kary. Po drugie, SN nieprawidłowo określił przedmiot ochrony omawianego przestępstwa, nie jest nim bowiem – jak już powiedziano wcześniej – jedynie realizacja *ius puniendi*.

Trzeba zauważyć, że ani Sąd Najwyższy w uchwale z 18.06.1985 r., ani A. Grześkowiak i M. Filar w krytycznej glosie do uchwały z 26.08.1977 r. nie negują wyraźnie, iż umieszczenie w zakładzie poprawczym jest formą faktycznego pozbawienia wolności nieletniego (SN wspomina jednak o zakładach poprawczych dla nieletnich zdemoralizowanych w mniejszym stopniu, które prowadzą pracę wychowawczą z wychowanymi w środowisku otwartym). Ciężar argumentacji spoczywa na charakterze prawnym tego środka, który ma rzekomo nie odpowiadać indywidualnemu przedmiotowi ochrony art. 256 k.k. z 1969 r. Umieszczenie w zakładzie poprawczym za pozbawienie wolności w rozumieniu art. 256 § 1 k.k. z 1969 r. (już na tle ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich) traktowali Kazimierz Zgryzek¹⁸ i Wojciech Dadak¹⁹. Na gruncie k.k. z 1997 r. przeciwko uznaniu umieszczenia w zakładzie poprawczym jako pozbawienie wolności w rozumieniu art. 242 § 1 opowiedzieli się: Barbara Kunicka-Michalska²⁰, Aleksander Herzog²¹, Krzysztof Wiak²², Marek Mozgawa²³, Tomasz Razowski²⁴, Maria Szewczyk²⁵, Adam Wojtaszczyk, Włodzimierz Wróbel, Witold Zontek²⁶, Janusz Wojciechowski²⁷, Ryszard A. Stefański²⁸, Andrzej Marek²⁹,

6) art. 94, zgodnie z którym jeżeli nieletni, wobec którego orzeczono umieszczenie w zakładzie poprawczym, ukończył lat 18 przed rozpoczęciem wykonania orzeczenia, to sąd rodzinny decyduje, czy wykonać orzeczony środek, czy od jego wykonania odstąpić i wymierzyć sprawcy karę.

¹⁶ Zgodnie z art. 120 § 4 k.k. z 1969 r. młodocianym jest sprawca, który w chwili orzekania nie ukończył 21 lat.

¹⁷ Nie można również zapominać o regulacjach ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 523 ze zm.) – dalej k.k.w. Skazani młodociani (a więc osoby, które nie ukończyły 21. roku życia – art. 84 § 1 k.k.w.) odbywają karę pozbawienia wolności w systemie programowanego oddziaływania (art. 95 § 1 k.k.w.). System ten nastawiony jest w dużej mierze na oddziaływanie wychowawcze.

¹⁸ K. Zgryzek, *Glosa do uchwały...*, s. 72.

¹⁹ W. Dadak, *Pozbawienie wolności jako znamień przestępstwa samouwolnienia (Uwagi na tle kryminalizacji samouwolnień)*, „Państwo i Prawo” 1995/10–11, s. 94.

²⁰ B. Kunicka-Michalska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, t. II, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 339.

²¹ A. Herzog [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1598–1599.

²² K. Wiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018, s. 1195.

²³ M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s. 749.

²⁴ T. Razowski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 825.

²⁵ M. Szewczyk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013, s. 1286.

²⁶ A. Wojtaszczyk, W. Wróbel, W. Zontek [w:] *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, red. L. Gardocki, Warszawa 2018, s. 738.

²⁷ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 465–466.

²⁸ R.A. Stefański, *Przestępstwo uwolnienia osoby pozbawionej wolności (art. 243 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2003/2, s. 36–37.

²⁹ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 606. Autor podkreśla, że taki pogląd jest uzasadniony *de lege lata*, stwierdza jednak, że trudno aprobować bezkarność ucieczek z zakładów poprawczych, zwłaszcza sprawców pełnoletnich, którzy stanowią poważne zagrożenie dla porządku prawnego.

Violetta Konarska-Wrzosek³⁰, Krystyna Gromek³¹, Tadeusz Bojarski³² i Dariusz Cieślík³³. Pogląd taki został również wyrażony w wyroku SN z 22.10.2013 r.³⁴

Ustalenie, czy uwolnienie się osoby umieszczonej w zakładzie poprawczym wyzerpuje znamiona czynu zabronionego, stypizowanego w art. 242 § 1 k.k., wymaga odpowiedzi na dwa pytania:

- 1) czy osoba umieszczona w zakładzie poprawczym jest faktycznie pozbawiona wolności, oraz
- 2) czy orzeczenie umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym jest przejawem wymiaru sprawiedliwości, o którym mowa w rozdziale XXX Kodeksu karnego.

Ad 1) Rodzaje zakładów poprawczych, ich organizacja, szczegółowe zasady kierowania, przyjmowania, przenoszenia, zwalniania i pobytu nieletnich w tych zakładach, sposób wykonywania nadzoru nad zakładami poprawczymi, sposób wykonywania nadzoru pedagogicznego w zakładach poprawczych, a także sposoby zapewnienia bezpieczeństwa w zakładach poprawczych są uregulowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 17.10.2001 r. w sprawie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich³⁵. Zgodnie z § 3 r.z.p. zakłady poprawcze dzielą się na: 1) resocjalizacyjne: a) otwarte – młodzieżowe ośrodki adaptacji społecznej, b) półotwarte, c) zamknięte, d) o wzmożonym nadzorze wychowawczym; 2) resocjalizacyjno-rewalidacyjne; 3) resocjalizacyjno-terapeutyczne. W zakładach resocjalizacyjnych otwartych: 1) kształcenie ogólne i zawodowe oraz zatrudnianie prowadzi się na terenie zakładu lub poza zakładem, z uwzględnieniem postaw, potrzeb, uzdolnień i zainteresowań wychowanków; 2) praktyczna nauka zawodu wychowanków może odbywać się poza zakładem; 3) zajęcia o charakterze kulturalnym, oświatowym, sportowym i rekreacyjnym, w czasie wolnym od nauki i pracy, prowadzi się na terenie zakładu lub poza zakładem (§ 4 ust. 3 r.z.p.). W zakładach resocjalizacyjnych półotwartych: 1) kształcenie ogólne i zawodowe oraz zatrudnianie wychowanków prowadzi się na terenie zakładu; 2) zajęcia w czasie wolnym od pracy prowadzi się

³⁰ V. Konarska-Wrzosek [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2019, komentarz do art. 10, teza 8. Autorka stwierdza, że w świetle u.p.n. i przepisów wykonawczych umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym jest odmianą środka wychowawczego i jego celem nie jest zadawanie nieletniemu żadnej planowej dolegliwości, co jest charakterystyczne dla orzekania kar. Jej zdaniem wychowanek zakładu poprawczego nie jest osobą pozbawioną wolności, a więc nie może wypełnić znamion przestępstwa z art. 242 § 1 k.k.

³¹ K. Gromek, *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Warszawa 2004, komentarz do art. 10, teza 4.

³² T. Bojarski [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, Warszawa 2016, komentarz do art. 10, teza 7. Autor zauważa, że umieszczenie w zakładzie poprawczym – mimo nasycenia programów oddziaływania na nieletniego treściami wybitnie wychowawczo-resocjalizacyjnymi – jest faktycznie formą pozbawienia wolności; mimo zasadniczo odmiennych celów środek ten jest zbliżony do kary pozbawienia wolności i nie jest bezzasadne twierdzenie, iż jest to swoisty środek karny o charakterze wychowawczo-poprawczym. Jednocześnie autor ten stwierdza, że w art. 242 § 2, 3 i 4 k.k. akcent został wyraźnie położony na karę pozbawienia wolności, w związku z czym należy zaaprobować stanowisko, iż ucieczka z zakładu poprawczego nie stanowi przestępstwa z art. 242 § 1 k.k.

³³ D. Cieślík, *Nowe regulacje poświęcone zakładom poprawczym i schroniskom dla nieletnich*, „Probacja” 2010/1, s. 131.

³⁴ V KK 299/13, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2014/1, poz. 9, LEX nr 1381079. SN podzielił stanowisko wyrażone w uchwale z 18.06.1985 r., VI KZP 8/85 oraz w wyroku z 3.06.1987 r., V KRN 138/87. Sąd stwierdził w uzasadnieniu, że: „w przypadku ucieczki z zakładu poprawczego wobec nieletniego mogą być stosowane środki dyscyplinarne lub te przewidziane w regulaminie zakładu poprawczego (art. 90c § 1 i 2 u.p.n.), a zachowanie takie nie wyzerpuje również znamion przestępstwa z art. 242 § 1 k.k.”.

³⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 487 – dalej r.z.p.

na terenie zakładu lub poza zakładem pod bezpośrednim nadzorem pracowników zakładu. W uzasadnionych przypadkach można wyrazić zgodę na kształcenie ogólne i zawodowe oraz zatrudnienie poza zakładem (§ 5 ust. 3 i 4 r.z.p.). W zakładach resocjalizacyjnych zamkniętych i o wzmożonym nadzorze wychowawczym kształcenie ogólne i zawodowe, zatrudnianie oraz zajęcia w czasie wolnym od nauki i pracy prowadzi się na terenie zakładu (§ 6 ust. 2 oraz § 7 ust. 4 r.z.p.). W zakładach resocjalizacyjno-rewalidacyjnych pracę resocjalizacyjną prowadzi się na terenie zakładu lub poza zakładem, z zastosowaniem środków, form, metod wychowania i nauczania przewidzianych dla młodzieży z niepełnosprawnością intelektualną (§ 8 ust. 2 r.z.p.). Natomiast w zakładach resocjalizacyjno-terapeutycznych kształcenie ogólne oraz zawodowe prowadzi się na terenie zakładu, a zajęcia w czasie wolnym od nauki i pracy mogą odbywać się na terenie zakładu lub poza zakładem (§ 9 ust. 3 r.z.p.). Zgodnie z § 105¹ ust. 1 i 2 r.z.p. w celu zapewnienia bezpieczeństwa w zakładzie poprawczym tworzy się system ochrony, który różnicuje się w zależności od typu zakładu. Zróżnicowanie uzyskuje się przez zakres stosowanych zabezpieczeń techniczno-ochronnych, a także środków sygnalizacji i łączności oraz rodzaje i liczbę posterunków. W zależności od typu zakładu lub schroniska stosuje się pełny, ograniczony lub uproszczony system ochrony. Pełny system ochrony stosuje się w resocjalizacyjnych zakładach zamkniętych oraz resocjalizacyjnych zakładach o wzmożonym nadzorze wychowawczym. Na pełny system ochrony składają się w szczególności następujące elementy: 1) w ochronie zewnętrznej³⁶ zakładu jest wyznaczony co najmniej jeden posterunek; 2) ogrodzenie ochronne o wysokości co najmniej 3 metrów, wykonane z materiału pełnego, zwieńczone odkosami z drutu ostrzowego lub kolczastego; 3) okna budynków i budowli, w których stale lub czasowo przebywają nieletni, wyposażone od zewnątrz w kraty lub inne zabezpieczenia techniczno-ochronne spełniające ich funkcje; 4) drzwi wejściowe do budynków i innych budowli na terenie zakładu lub schroniska są otwierane tylko na czas niezbędny (§ 105² ust. 1 i 2 r.z.p.). Ograniczony system ochrony stosuje się w otwartych i półotwartych resocjalizacyjnych zakładach poprawczych oraz w specjalnych terapeutycznych i rewalidacyjnych zakładach poprawczych. Na system ten składają się następujące elementy: 1) w ochronie zewnętrznej wyznacza się co najmniej jeden posterunek; 2) ogrodzenie ochronne wykonane z materiału pełnego lub siatki o wysokości co najmniej 1,5 metra, które może zostać zwieńczone odkosami wykonanymi z siatki; 3) okna budynków lub budowli mogą być wyposażone w kraty lub inne zabezpieczenia techniczno-ochronne spełniające ich funkcje; 4) drzwi wejściowe do budynków i innych budowli na terenie zakładu lub schroniska mogą być otwarte; dyrektor zakładu lub schroniska może określić czas ich otwarcia w ciągu doby oraz sytuacje, w których dostęp do nich będzie ograniczony (§ 105³ ust. 1 r.z.p.). Dyrektor zakładu określa, w drodze instrukcji ochronnej, które okna budynków lub budowli powinny być wyposażone w kraty lub inne zabezpieczenia techniczno-ochronne ze względu na konieczność zapewnienia bezpieczeństwa nieletnich i pracowników oraz wyeliminowanie przypadków

³⁶ Ochrona zewnętrzna to realizacja systemu ochrony wzdłuż zewnętrznej linii ogrodzenia ochronnego lub innego oznaczenia granic terenu zakładu lub schroniska – w celu niedopuszczenia do wydarzenia nadzwyczajnego, w szczególności ucieczki nieletniego lub napadu na zakład lub schronisko (§ 2 pkt 10 r.z.p.).

ucieczek nieletnich (§ 105³ ust. 2 r.z.p.). Uproszczony system ochrony stosuje się w hostelach³⁷. Na system ten składają się w szczególności następujące elementy: 1) w ochronie zewnętrznej można nie wyznaczać posterunku; 2) teren hostelu może być ograniczony linią zewnętrzną ogrodzenia ochronnego lub oznaczony w inny sposób; 3) okna budynków mogą być wyposażone w zabezpieczenia techniczno-ochronne; 4) budynki i budowle oraz pomieszczenia w nich się znajdujące mogą pozostawać otwarte przez całą dobę (§ 105⁴ ust. 1 r.z.p.). W pełnym i ograniczonym systemie ochrony jest stosowany stały monitoring pomieszczeń, w których stale lub czasowo przebywają nieletni. W uproszczonym systemie ochrony może być stosowany stały monitoring pomieszczeń, w których stale lub czasowo przebywają nieletni (§ 105⁵ ust. 1 i 2 r.z.p.). Dyrektor zakładu poprawczego tworzy plan ochrony zakładu (§ 105⁷ ust. 1 r.z.p.). Ponadto określa on, w drodze instrukcji, zasady i sposób doprowadzania nieletnich na zabiegi medyczne i do lekarzy, uwzględniając konieczność zapewnienia bezpieczeństwa zakładu oraz uniemożliwienia ryzyka ucieczki przez nieletniego doprowadzanego (§ 105³⁵ r.z.p.). Pracownicy, realizując plan ochrony zakładu, obowiązani są w szczególności do: 1) stosowania zabezpieczeń techniczno-ochronnych; 2) kontrolowania ruchu nieletnich w zakładzie lub schronisku; 3) przeprowadzania kontroli w celu odnalezienia przedmiotów niebezpiecznych i niedozwolonych oraz udaremniania ucieczki albo w innych uzasadnionych przypadkach (§ 105⁹ ust. 1 r.z.p.). Ochrona zakładu poprawczego realizowana jest przez ochronę wewnętrzną i ochronę zewnętrzną (§ 105⁶ ust. 1 r.z.p.). W przypadku ucieczki lub usiłowania ucieczki nieletniego z zakładu pracownik w zewnętrznej ochronie zakładu ma obowiązek: 1) podjąć niezbędne działania w celu uniemożliwienia ucieczki; 2) poinformować przełożonych o usiłowaniu ucieczki lub jej dokonaniu przez nieletniego oraz zawiadomić o tym fakcie pracowników na posterunkach w wewnętrznym i zewnętrznym systemie ochrony; 3) jeżeli zatrzymanie nieletniego nie jest możliwe, prowadzić obserwację kierunku ucieczki, w miarę możliwości zabezpieczyć ślady i przekazać swoje obserwacje dyrektorowi zakładu (§ 105²² r.z.p.). W przypadku ucieczki lub usiłowania ucieczki nieletniego z zakładu pracownik w wewnętrznej ochronie zakładu ma obowiązek: 1) podjąć niezbędne działania w celu uniemożliwienia ucieczki; 2) poinformować przełożonych o usiłowaniu ucieczki lub jej dokonaniu przez nieletniego oraz zawiadomić o tym fakcie pracowników na posterunkach w wewnętrznym i zewnętrznym systemie ochrony; 3) zabezpieczyć nieletnich przebywających w zakładzie; 4) jeżeli zatrzymanie nieletniego nie jest możliwe, prowadzić obserwację kierunku ucieczki, w miarę możliwości zabezpieczyć ślady i przekazać swoje obserwacje dyrektorowi zakładu (§ 105²³ r.z.p.).

Wskazane regulacje rozporządzenia w sprawie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich wskazują jednoznacznie, że osoba umieszczona w zakładzie poprawczym (jakiegokolwiek rodzaju) jest pozbawiona wolności, tj. nie może zmieniać miejsca przebywania stosownie do powziętej woli³⁸. Przepisy te wymagają

³⁷ Zgodnie z § 2 pkt 4 r.z.p. hostel to dział zakładu poprawczego, czynny przez całą dobę, zapewniający opiekę wychowawczą i dający nieletniemu czasowo możliwość zamieszkania przed usamodzielnieniem się, w przypadku gdy jego powrót do środowiska jest niewskazany.

³⁸ Należy zauważyć, że również w orzecznictwie traktuje się umieszczenie w zakładzie poprawczym jako pozbawienie wolności, skoro dopuszcza się możliwość zaliczenia pobytu w tym zakładzie na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności – zob. wyrok SN z 21.02.1974 r., II KRn 4/74, OSNKW 1974/6, poz. 114 oraz uchwałę SN z 23.01.1980 r., VI KZP 19/79, OSNKW 1980/1–2, poz. 16.

takiej organizacji zakładów poprawczych, aby uniemożliwić osadzonemu ucieczkę. Oczywiście należy uznać, że osoba taka może wyczerpać znamiona przestępstwa z art. 242 § 1 k.k., jeśli pozostaje w miejscu zamkniętym lub jest dozorowana przez strażnika (strażników) w innym miejscu, a więc jest kontrolowana i nie może samowolnie opuszczać miejsca izolacji. Wychowanek zakładu, który korzysta z przepustki lub urlopu albo bierze udział w imprezach, zajęciach oświatowych i sportowych oraz szkoleniach poza zakładem (udzielonych jako nagroda na podstawie art. 95cc u.p.n.), względnie został umieszczony przez dyrektora zakładu poza zakładem (art. 90 § 1 u.p.n.) lub przebywa poza terenem zakładu poprawczego w związku z udzieleniem zgody na zatrudnienie poza terenem zakładu (art. 95d § 3 u.p.n.), nie pozostaje ani w zamknięciu, ani pod strażą (przepisy nie przewidują dozoru/konwojowania takiej osoby), a więc w razie niepowrócenia do zakładu nie poniesie odpowiedzialności z art. 242 § 1 k.k. (ani też z art. 242 § 2 i 3 k.k., w tych przepisach mówi się bowiem o korzystaniu z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru albo zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia, a także o korzystaniu z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności). To samo dotyczy każdej innej sytuacji, w której wychowanek przebywa legalnie poza terenem zakładu i nie jest bezpośrednio nadzorowany przez pracownika tego zakładu. Trzeba jednak dodać, że w przypadku osoby przebywającej w hostelu stwierdzenie, czy jest ona pozbawiona wolności w rozumieniu art. 242 § 1 k.k. wymaga analizy sposobu zorganizowania systemu ochrony konkretnego miejsca. Paragraf 105⁴ r.z.p. daje bowiem możliwość elastycznego określania stopnia ochrony hostelu.

Argument za uznaniem umieszczenia w zakładzie poprawczym za faktyczne pozbawienie wolności można wysnuć też z art. 18 § 3 u.p.n. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wobec nieletniego orzeczono karę pozbawienia wolności, okres pobytu w schronisku dla nieletnich zalicza się na poczet tej kary na zasadach stosowanych przy zaliczaniu skazanym okresu tymczasowego aresztowania na poczet kary. Umieszczenie w schronisku dla nieletnich stanowi *sui generis* środek zapobiegawczy³⁹. Warunki zabezpieczenia schronisk dla nieletnich są takie, jak w przypadku zakładów poprawczych (zob. przywołane wyżej przepisy rozdziału 9a r.z.p. – „Środki zapewnienia bezpieczeństwa w zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich”). Skoro ustawodawca wprost traktuje pobyt w schronisku dla nieletnich jako faktyczną izolację, której okres powinien być zaliczony na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności, a warunki w takim schronisku są analogiczne jak w zakładzie poprawczym, to znaczy, że pobyt w zakładzie również stanowi pozbawienie wolności.

Ad 2) Sąd rodzinny orzeka umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym w formie postanowienia (art. 32r u.p.n.). Jeżeli wskazany środek poprawczy jest

³⁹ Nieletniego można umieścić w schronisku dla nieletnich, jeżeli zostaną ujawnione okoliczności przemawiające za umieszczeniem go w zakładzie poprawczym, a zachodzi uzasadniona obawa ukrycia się nieletniego lub zatarcia śladów czynu karalnego, albo jeżeli nie można ustalić tożsamości nieletniego (art. 27 § 1 u.p.n.). Umieszczenie nieletniego w schronisku dla nieletnich może nastąpić wyjątkowo także wtedy, gdy zostaną ujawnione okoliczności przemawiające za umieszczeniem go w zakładzie poprawczym, a nieletniemu zarzucano popełnienie czynu karalnego określonego w art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 189, art. 189a, art. 197 § 3 lub 4, art. 198, art. 200, art. 202 § 3, 4, 4a, 4b lub 4c, art. 204 § 3, art. 252 § 1 lub 2 i w art. 280 k.k. (art. 18 § 2 u.p.n.).

orzekany na podstawie art. 10 § 4 k.k. lub art. 5 § 2 k.k.s., to decyzja ta zapada w formie wyroku sądu karnego. Sąd karny rozstrzyga sprawę wyrokiem także wtedy, gdy rozpatrywał sprawę z uwagi na to, że zachodziły podstawy do orzeczenia wobec nieletniego kary na podstawie art. 10 § 2 k.k., a postępowanie wszczęto przed ukończeniem przez nieletniego lat 18, jednak sąd ten uznał, że wobec nieletniego należy zastosować środek poprawczy (art. 18 § 1 pkt 1 w zw. z § 2 pkt 1 lit. f u.p.n.) albo z uwagi na to, iż przeciwko nieletniemu, który dopuścił się czynu karalnego, o którym mowa w art. 1 § 2 pkt 2 lit. a u.p.n., wszczęto postępowanie po ukończeniu przez niego 18 lat (art. 18 § 1 pkt 2 u.p.n.). Mamy więc do czynienia z „orzeczeniem sądu”, o którym mowa w art. 242 § 1 k.k. W przepisie tym nie chodzi o każde zgodne z prawem pozbawienie wolności, ale tylko o takie, które ma związek z wymiarem sprawiedliwości, tj. z wiążącym rozstrzygnięciem indywidualnej sprawy określonego podmiotu. Orzeczenie umieszczenia w zakładzie poprawczym jest konsekwencją dopuszczenia się przez nieletniego czynu zabronionego przez ustawę jako przestępstwo albo przestępstwo skarbowe (art. 10 w zw. z art. 1 § 2 pkt 2 lit. a u.p.n.), względnie dopuszczenia się przez sprawcę dorosłego występku (art. 10 § 4 k.k.) bądź przestępstwa skarbowego albo wykroczenia skarbowego (art. 5 § 2 k.k.s.), stanowi więc ono akt wymiaru sprawiedliwości. Charakter tego środka, tzn. czy jest on karą, quasi-karą czy wyłącznie środkiem o celach wychowawczych, nie ma przy tym żadnego znaczenia. Jedynie uznanie (błędne), że art. 242 § 1 k.k. chroni „wycinek” wymiaru sprawiedliwości, który wiąże się z państwowym prawem karania czyni aktualnym problem ustalenia charakteru umieszczenia w zakładzie poprawczym.

Podsumowując, należy stwierdzić, że: 1) skoro osoba umieszczona w zakładzie poprawczym jest faktycznie pozbawiona wolności, 2) owo pozbawienie wolności następuje na podstawie orzeczenia sądu, który rozstrzyga indywidualną sprawę nieletniego (bądź dorosłego, jeśli ma zastosowanie art. 10 § 4 k.k. albo art. 5 § 2 k.k.s.), a więc dokonuje aktu wymiaru sprawiedliwości, to uwolnienie się osadzonego z takiego zakładu wyczerpuje znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 242 § 1 k.k. Należy zauważyć, że pogląd taki pozostaje obecnie w mniejszości. Opowiadają się za nim Wojciech Zalewski⁴⁰, Paweł Daniluk⁴¹, Leon Tyszkiewicz⁴², Marcin Jachimowicz⁴³ i Andrzej Gaberle⁴⁴.

⁴⁰ W. Zalewski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz. Art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 245. Autor zauważa, że zakład poprawczy ma nie tylko charakter wychowawczy, ale też *de facto* izolacyjny i represyjny. Ponadto umieszczenie w tym zakładzie orzekane jest w sytuacji, gdy nieletni dopuścił się czynu karalnego, który w warstwie przedmiotowej w większości przypadków stanowi czyn zabroniony, który nie jest uznawany za przestępstwo jedynie z uwagi na wiek sprawcy.

⁴¹ P. Daniluk, *O przestępstwach samouwolnienia się osoby pozbawionej wolności (art. 242 § 1 i 4 k.k.) oraz niepowrotu osoby pozbawionej wolności do zakładu karnego lub aresztu śledczego (art. 242 § 2 i 3 k.k.)* [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełaczna, P. Wiktorska, Warszawa 2013, s. 48–49.

⁴² L. Tyszkiewicz [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1415. Autor powołuje się na literalne brzmienie art. 242 § 1 k.k.

⁴³ M. Jachimowicz, *Pozbawienie wolności w rozumieniu art. 242 § 1 kk*, „Jurysta” 2009/5–6, s. 32. Autor zauważa, że umieszczenie w zakładzie poprawczym łączy w sobie prawny i faktyczny element pozbawienia wolności; ponadto, omawiany środek, chociaż nie jest karą, można uznać za quasi-karę.

⁴⁴ A. Gaberle [w:] *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, red. A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, Gdańsk 2002, s. 77.

4. WNIOSKI

Przeprowadzone wyżej rozważania miały na celu udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie konsekwencje dla osoby umieszczonej w zakładzie poprawczym niesie jej ucieczka z tego zakładu. Pewną oczywistością, o której jednak należało wspomnieć, było stwierdzenie, że tego typu zachowanie może pociągać odpowiedzialność dyscyplinarną. Przepisy są w tym względzie jednoznaczne. Wątpliwości mogło budzić jedynie zakwalifikowanie ucieczki jako przestępstwa samouwolnienia z art. 242 § 1 k.k. Ta druga kwestia jest jednak łatwiejsza do rozstrzygnięcia niż się może wydawać. Sprawę niepotrzebnie komplikuje uwzględnianie przy kwalifikacji ucieczki z zakładu poprawczego charakteru prawnego umieszczenia w takim zakładzie (czy środek ten jest karą, quasi-karą czy ma on cele wyłącznie wychowawcze), a także błędne pojmowanie indywidualnego przedmiotu ochrony z art. 242 § 1 k.k. (przyjmowanie, że chodzi tu o ochronę prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w aspekcie wykonywania przez państwo *ius puniendi*). W świetle przedstawionych w niniejszym artykule uwag, nie można moim zdaniem znaleźć przekonujących argumentów za uznaniem, że art. 242 § 1 k.k. nie obejmuje swoim zakresem ucieczek (samouwolnień) z zakładów poprawczych. Tego rodzaju zachowania są społecznie szkodliwe (jak bardzo, to zależy od okoliczności konkretnego przypadku), a więc powinny się spotkać z reakcją ze strony państwa, które jest do tego legitymowane w związku z wyczerpaniem przez uciekiniera znamion typu czynu zabronionego.

Warto moim zdaniem – dla uniknięcia wątpliwości – przeformułować treść art. 242 § 1 k.k. W innym miejscu⁴⁵ zgłosiłem postulat, aby przepis miał następujące brzmienie: „Kto uwalnia się sam, będąc pozbawionym wolności na podstawie orzeczenia sądu lub prawnego nakazu wydanego przez inny organ państwowy w związku z popełnionym przez niego czynem zabronionym wypełniającym znamiona przestępstwa lub przestępstwa skarbowego albo w związku z umieszczeniem w zakładzie poprawczym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Pozostaje mi mieć nadzieję, że ustawodawca pochyli się nad tą kwestią.

Abstract

Piotr Poniatowski, *Escape from a Reformatory: A Criminal Offence or Just a Disciplinary Offence?*

The article is devoted to the problem of legal qualification of escape from a reformatory. The author considers the problem from the point of view of disciplinary and criminal liability. He points out that while disciplinary liability in such a case raises no doubts, opinions vary on the possibility of qualifying an escape from a reformatory as a criminal offence of self-liberation under Article 242 (1) of the Criminal Code [CC]. The author accepts the minority view that placing a person in a reformatory constitutes 'deprivation of liberty' as referred to in Article 242 (1) CC, therefore a person who liberates him- or herself (escapes) from such a facility commits a prohibited act (criminal offence).

Keywords: *crime of self-liberation, escape from a reformatory, juveniles*

⁴⁵ P. Poniatowski, *Przestępstwa...*, s. 370–371.

Streszczenie

Piotr Poniatowski, *Ucieczka z zakładu poprawczego – przestępstwo czy tylko przewinienie dyscyplinarne?*

Przedmiotem artykułu jest kwestia kwalifikacji prawnej ucieczki z zakładu poprawczego. Autor rozpatruje problem z punktu widzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej. Wskazuje, że o ile odpowiedzialność dyscyplinarna nie budzi w takim przypadku żadnych wątpliwości, o tyle zdania odnośnie do możliwości zakwalifikowania ucieczki z zakładu poprawczego jako przestępstwa samouwolnienia z art. 242 § 1 Kodeksu karnego są podzielone. Autor przyjmuje mniejszościowy pogląd, że umieszczenie w zakładzie poprawczym stanowi „pozbawienie wolności”, o którym mowa w art. 242 § 1 k.k., w związku z czym osoba, która uwalnia się (ucieka) z takiego zakładu dopuszcza się czynu zabronionego.

Słowa kluczowe: przestępstwo samouwolnienia, ucieczka z zakładu poprawczego, nieletni

Literatura:

1. Bojarski T. [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, Warszawa 2016;
2. Cieślak D., *Nowe regulacje poświęcone zakładom poprawczym i schroniskom dla nieletnich*, Probacja 2010, nr 1;
3. Dadak W., *Pozbawienie wolności jako znamię przestępstwa samouwolnienia (Uwagi na tle kryminalizacji samouwolnień)*, Państwo i Prawo 1995, z. 10–11;
4. Daniluk P., *O przestępstwach samouwolnienia się osoby pozbawionej wolności (art. 242 § 1 i 4 k.k.) oraz niepowrotu osoby pozbawionej wolności do zakładu karnego lub aresztu śledczego (art. 242 § 2 i 3 k.k.)* [w:] *Pozbawienie wolności – funkcje i koszty. Księga jubileuszowa Profesora Teodora Szymanowskiego*, red. A. Rzepliński, I. Rzeplińska, M. Niełacna, P. Wiktorska, Warszawa 2013;
5. Gaberle A. [w:] *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, A. Gaberle, M. Korcyl-Wolska, Gdańsk 2002;
6. Gromek K., *Komentarz do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich*, Warszawa 2004;
7. Grześkowiak A., Filar M., *Glosa do uchwały SN z dnia 26 sierpnia 1977 r., VII KZP 30/77*, Państwo i Prawo 1978, z. 12;
8. Grześkowiak K., *Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. A. Krukowski, Warszawa 1991;
9. Herzog A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
10. Jachimowicz M., *Pozbawienie wolności w rozumieniu art. 242 § 1 k.k.*, Jurysta 2009, nr 5–6;
11. *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej. Sekcja prawa karnego*, t. V, z. 3, Warszawa 1930;
12. Konarska-Wrzošek V. [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2019;
13. Krukowski A., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r., VI KZP 8/85*, Nowe Prawo 1987, nr 1;
14. Kunicka-Michalska B. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, t. II, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010;
15. Lorek Z., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r., VI KZP 8/85*, Państwo i Prawo 1986, z. 5;
16. Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2011;
17. Mozgawa M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017;
18. Piszczek P., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r., VI KZP 8/85*, Palestra 1987, nr 1;

19. Poniatowski P., *Przestępstwa uwolnienia osoby prawnie pozbawionej wolności (art. 242 i 243 k.k.)*, Warszawa 2019;
20. Razowski T. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014;
21. Rejman G., Spotowski A., Kochanowski J., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za II półrocze 1977 r. i za rok 1978*, Nowe Prawo 1979, nr 6;
22. Stańdo-Kawecka B., *Charakter prawny zakładu poprawczego w kodeksie karnym z 1932 r.*, Przegląd Więziennictwa Polskiego 1993, nr 4–5;
23. Stańdo-Kawecka B., *Zakład poprawczy w polskim prawie karnym*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 1997, z. 1;
24. Stańdo-Kawecka B., „Zamiana” umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym na karę. Uwagi na tle uchwały Sądu Najwyższego z 24 maja 2005 r., Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2006, z. 1;
25. Stefański R.A., *Przestępstwo uwolnienia osoby pozbawionej wolności (art. 243 k.k.)*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 2;
26. Szewczyk M. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2013;
27. Tyszkiewicz L. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016;
28. Wiak K. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018;
29. Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002;
30. Wojtaszczyk A., Wróbel W., Zontek W. [w:] *System prawa karnego, t. 8, Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, red. L. Gardocki, Warszawa 2018;
31. Zalewski W. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz. Art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
32. Zgryzek K., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 1985 r., VI KZP 8/85*, Problemy Praworządności 1986, nr 5.

Grzegorz Ociecek*

Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza konstrukcji procederu oraz wybrane organy antykorupcyjne (część II)**

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

Niniejszy artykuł jest drugą częścią prezentacji kwestii związanej ze zwalczaniem przestępczości, a w szczególności przestępczości o charakterze korupcyjnym na terenie Ukrainy. Pierwszy z serii artykułów był poświęcony Narodowemu Antykorupcyjnemu Biuru Ukrainy (NABU), które to Biuro powołane zostało w 2014 r. Przez Radę Najwyższą Ukrainy¹. Obecnie zostaną zaprezentowane kolejne organy ścigania, które stanowią swoistą konkurencję w zakresie zwalczania przestępczości o charakterze korupcyjnym na terenie Ukrainy. Wśród opisanych organów znalazły się m.in.: Państwowe Biuro Śledcze Ukrainy (DBR), Narodowa Agencja do spraw Zapobiegania Korupcji (NAZK) oraz Służba Bezpieczeństwa Ukrainy (SBU).

2. PAŃSTWOWE BIURO ŚLEDTCZE UKRAINY

Dnia 1.03.2016 r. weszła w życie ustawa z 12.11.2015 r. o Państwowym Biurze Śledczym Ukrainy (ang. *State Bureau of Investigation* – SBI). Niniejsza ustawa została podpisana przez prezydenta P. Poroszenkę 14.01.2016 r.²

Faktycznie DBR rozpoczęło swoją działalność dopiero 27.11.2018 r. ze względu na przedłużający się proces rekrutacji funkcjonariuszy (674 wakaty na stanowiska)³.

* Dr Grzegorz Ociecek jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000-0002-2785-4677, e-mail: g.ociecek@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 18.08.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 21.09.2020 r.

¹ G. Ociecek, *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza organów ochrony oraz wybrane case study* (część I), „Prawo w Działaniu” 2020/41, s. 209–228.

² <http://dbr.gov.ua> (dostęp: 11.11.2019 r.).

³ Ukraine: EU Advisory Mission to support State Bureau of Investigation to meet current and future challenges, n-east/stay-informed/newsukraine (dostęp: 6.11.2019 r.).

Utworzenie DBR było kolejną odpowiedzią prezydenta i rządu Ukrainy na falę korupcji w tym kraju oraz wzrost przestępczości głównie o charakterze międzynarodowym⁴.

Powstanie DBR była jednym z warunków koniecznych do przyjęcia Ukrainy do Rady Europy. Dodatkowo, Ukraina zobowiązała się na reformę prokuratury, w tym przekazanie prowadzenia tzw. dochodzeń przedprocesowych innym organom⁵.

DBR jest służbą upoważnioną do prowadzenia śledztw w zakresie przestępstw popełnionych przez:

- wysoko postawionych urzędników i pełniących kierownicze i szczególnie odpowiedzialne stanowiska państwowe;
- przedstawicieli organów ścigania, w tym m.in. funkcjonariuszy NABU;
- sędziów;
- prokuratorów Specjalnej Prokuratury Antykorupcyjnej (SAPO);
- osób, które popełniły przestępstwa wojenne.

Ważną kwestią jest fakt, że właściwość rzeczowa DBR ograniczona jest okolicznością związaną z tym, iż jeżeli zgodnie z ustawą NABU do właściwości tej służby należy ściganie ww. urzędników, to ma ona pierwszeństwo w prowadzeniu postępowania, natomiast funkcjonariusze DBR są zobowiązani przekazać stosowne materiały. NABU jest więc służbą, która wiezie prym w ściganiu przestępczości korupcyjnej wśród urzędników państwowych na terenie Ukrainy.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że art. 9 ustawy o służbie cywilnej Ukrainy enumeratywnie wymienia katalog kierowniczych i szczególnie odpowiedzialnych stanowisk państwowych. Do stanowisk tych zalicza:

- prezydenta Ukrainy;
- premiera Ukrainy;
- ministrów i wiceministrów;
- członków Narodowej Rady ds. Radiofonii i Telewizji;
- przewodniczącego Państwowej Komisji ds. Telewizji i Radiofonii;
- członków Narodowej Komisji ds. Regulacji Rynku Finansowego;
- członków Narodowej Komisji ds. Papierów Wartościowych i Rynku Kapitałowego;
- członków Komisji Antymonopolistycznej;
- prezesa i wiceprezesa Funduszu Mienia Państwowego (odpowiednik ministra Skarbu Państwa);
- członków Centralnej Komisji Wyborczej;
- Prokuratora Generalnego oraz jego zastępcę;
- dyrektora NABU oraz jego zastępców;
- prezesa Narodowego Banku Ukrainy i jego zastępcę;

⁴ Ukraine may lose key new investigative institution to obsession with anticorruption agenda, <http://euro-maidanpress.com/2018/10/29/ukraine-may-lose> (dostęp: 6.11.2019 r.).

⁵ Konkluzja nr 190 (1995 r.) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy; Ukrainian State Bureau of Investigation visit the Council of Europe, <http://www.coe.int/en/web/national-implementation/-/ukrainian> (dostęp: 6.11.2019 r.); Inside Ukraine. State Bureau of Investigations: will it possible to create an independent and transparent authority?, <https://ukraine-office.eu/en/inside-ukraine-state-bureau> (dostęp: 7.11.2019 r.).

- sekretarza Rady Bezpieczeństwa Narodowego i jego zastępcę;
- przedstawiciela głowy państwa ds. autonomii Krymu i jego zastępcę;
- doradców i współpracowników prezydenta;
- premiera i przewodniczącego Parlamentu;
- sędziów;
- funkcjonariuszy służb aparatu bezpieczeństwa państwa⁶.

Obecnie DBR kierowane jest przez dyrektora oraz 2 zastępców⁷.

DBR składa się z jednostek śledczych oraz jednostek operacyjnych.

W skład jednostek śledczych wchodzi:

- Departament ds. Dochodzeń w Sprawie Przestępstw w Obszarze Służby Publicznej i Korupcji;
- Departament ds. Dochodzeń w Sprawie Przestępstw Popołnionych przez funkcjonariuszy Organów Śledczych w Obszarze Sprawiedliwości;
- Departament ds. Dochodzeń w Sprawie Przestępstw Wojennych.

Z kolei jednostki operacyjne to:

- Departament Wsparcia Operacyjnego Dochodzeń Przedprocesowych;
- Departament Tajnych Dochodzeń;
- Departament Informacji i Wywiadu Analitycznego;
- Departament Wsparcia Operacyjnego oraz Operacyjnych Środków Technicznych;
- Departament Sił Specjalnych;
- Departament Kontroli Wewnętrznej.

Dodatkowo, ustawa o DBR przewiduje 7 departamentów regionalnych, tj.:

- Kijowski Departament Regionalny (obejmujący: Kijów oraz obwody: kijowski, czerkaski i czernihowski);
- Kramatorski Departament Regionalny (obejmujący obwody: doniecki i Ługański);
- Lwowski Departament Regionalny (obejmujący obwody: wołyński, zakański, iwanofrankowski oraz tarnopolski);
- Melitopolski Departament Regionalny (obejmujący: Autonomiczną Republikę Krymu oraz regiony: zaporoski, chersoński, a także miasto Sewastopol);
- Mikołajewski Departament Regionalny (obejmujący obwody: kirowohradzki, mikołajewski, odeski);

⁶ Art. 9 ustawy o służbie cywilnej Ukrainy, <http://mvs.gov.ua> (dostęp: 12.11.2019 r.).

⁷ Pierwszy dyrektor biura – Roman Truba, lat 44. Przez 18 lat pracował na różnych stanowiskach w Prokuraturze, począwszy od śledczego w Głównym Departamencie Śledczym Prokuratury Generalnej Ukrainy. Został powołany do Prokuratury Generalnej po tzw. rewolucji godności w celu zbadania zbrodni popełnionych przez współpracowników b. prezydenta W. Janukowycza. Obecnie Biurem kieruje Iryna Wenediktowa, lat 42, absolwentka zarządzania na Charkowskim Uniwersytecie Spraw Wewnętrznych, dr hab. nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Cywilnego Uniwersytetu w Charkowie.

– Pierwszy zastępca dyrektora Olga Varchenko, lat 38. Przez 17 lat pracowała w prokuraturze, głównie na kierowniczych stanowiskach.

– Zastępca dyrektora Oleksandr Buriak, 43 lata. 21 lat doświadczenia w pracy w prokuraturze. Był zastępcą szefa regionalnej prokuratury.

- Połtawski Departament Regionalny (obejmujący obwody: dniprope-trowski, połtawski, sumski i charkowski);
- Chmielnicki Departament Regionalny (obejmujący obwody: winnicki, żytomierski, rówieński, chmielnicki i czerniowiecki).

Średnia liczba pracowników w każdym z obwodów waha się w granicach 60 osób, w tym 20 funkcjonariuszy śledczych.

Jeżeli chodzi o prowadzone postępowania karne, to na dzień 1.09.2019 r. całkowita liczba postępowań wynosiła 24 335. Wobec 854 osób został skierowany akt oskarżenia, przy czym do 1.09.2019 r. uzyskano 411 wyroków skazujących.

Poniższa tabela prezentuje dane z dwóch Departamentów Regionalnych.

Tabela 1	
Dane statystyczne dotyczące liczby prowadzonych postępowań w Departamentach Lwowskim i Chmielnickim	
Regionalny Departament we Lwowie	
Całkowita liczba postępowań	2349
Liczba spraw skierowanych do sądu z aktem oskarżenia	591
Ilość oskarżonych	326
Liczba wyroków skazujących	62
Regionalny Departament w obwodzie Chmielnickim	
Całkowita liczba postępowań	1947
Liczba spraw skierowanych do sądu z aktem oskarżenia	511
Ilość oskarżonych	309
Liczba wyroków skazujących	60

Źródło: dane własne DBR.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami DBR ma uprawnienia do prowadzenia spraw operacyjnych, analityczno-informacyjnych oraz procesowych. Dodatkowo, biuro może dokonywać konfiskaty mienia zarówno na terenie Ukrainy, jak i za granicą. Poza tym funkcjonariusze mogą także korzystać z jawnych, tajnych, etatowych oraz pozaetatowych współpracowników przy zachowaniu reguły całkowitej dobrowolności oraz tajności współpracy. Przy wykonywaniu swoich uprawnień funkcjonariusze DBR mogą korzystać z niektórych systemów informatycznych prowadzonych przez organy administracji publicznej. Dostęp do wybranych systemów możliwy jest na podstawie postanowienia Gabinetu Ministrów Ukrainy. W przypadku gdy funkcjonariusze DBR nie mają dostępu do konkretnego systemu zawierającego niezbędne informacje do przeprowadzenia postępowania, mogą oni żądać od konkretnej instytucji państwowej lub samorządowej niezbędnych informacji, które powinny być przez tę instytucję udzielone w terminie 10 dni od jej zażądania⁸.

Poniżej zostały zaprezentowane przykłady postępowań prowadzonych przez funkcjonariuszy DBR, które są powiązane z działalnością przestępczą obywateli Ukrainy.

⁸ Ustawa o DBR, <http://dbr.gov.ua> (dostęp: 11.11.2019 r.).

Tabela 2

Przykłady postępowań prowadzonych przez DBR, które są związane z działalnością przestępczą obywateli RP

Postępowanie karne	Uczestnicy	Status
Niezgodne z prawem udzielenie przyzwolenia na przekroczenie granicy z terytorium RP na terytorium Ukrainy samochodowi z towarami przekraczającymi wartość 3 mln UAH	Funkcjonariusze hruszewskiego urzędu celnego we Lwowie Państwowej Służby Fiskalnej	Śledztwo w toku
Niezgodne z prawem udzielenie przyzwolenia na przewóz przez granicę 275 kg bursztynu.	Funkcjonariusze urzędu celnego we Lwowie Państwowej Służby Fiskalnej	Śledztwo w toku
Niezgodne z prawem udzielenie pozwolenia na przewóz przez granicę 500 kg bursztynu pod przykrywką węgla. Zatrzymano przez polskich celników w punkcie kontroli celnej Jagodzin-Dorohusk.	W deklaracji zapisano, że nadawca jest osobą prawną z siedzibą na Ukrainie; adresat jest mieszkańcem Polski	Śledztwo w toku
Nielegalna produkcja i dalsza sprzedaż wyrobów tytoniowych w państwach członkowskich UE, w tym możliwość na terytorium RP	Pracownicy ukraińskiej Służby Celnej oraz Państwowej Służby Fiskalnej Ukrainy	Schemat przestępstwa został odkryty przy współpracy polskich służb specjalnych oraz Służby Celnej i Podatkowej Wielkiej Brytanii
Odprawa celna pojazdów bez certyfikatu zgodności, który potwierdza normy środowiskowe	Pracownicy chmielnickiego oddziału Państwowej Służby Fiskalnej	Śledztwo w toku Obecnie sprawdzane są kanały nielegalnego odbioru pojazdów z terytorium RP
Import towarów z terytorium RP o wartości ok. 15,6 mln UAH po obniżonych kosztach z częściową odprawą celną lub bez odprawy celnej	Pracownicy lwowskiego oraz chmielnickiego oddziału Państwowej Służby Fiskalnej	Śledztwo w toku

Źródło: dane własne DBR.

Dnia 27.12.2019 r. weszła w życie zmiana ustawy o DBR. Zgodnie z najnowszą nowelizacją poszerzono m.in. katalog przesłanek mogących skutkować odwołaniem dyrektora DBR. Wśród jednej z takich przyczyn znalazło się niezadowolające roczne sprawozdanie z wyników prac służby. Wówczas prezydent będzie mógł odwołać dyrektora DBR na wniosek Rady Najwyższej Ukrainy. Dodatkowo, zmiana ustawy wymusza konieczność utworzenia w ramach DBR specjalnego zarządu śledczego do spraw przestępstw, do których dochodziło w czasie burzliwych przekształceń politycznych na przełomie lat 2013/2014 (tzw. sprawa Majdanu). Obecnie osobą, która ma stanąć na czele ww. zarządu śledczego jest Ołeksandr Buriak dotychczasowy zastępca dyrektora DBR⁹.

3. NARODOWA AGENCJA DO SPRAW ZAPOBIEGANIA KORUPCJI

Narodowa Agencja do Spraw Zapobiegania Korupcji została powołana na podstawie ustawy o zapobieganiu korupcji z 14.10.2014 r.¹⁰ W przeciwieństwie do DBR

⁹ Ukraina. Przegląd Informacyjny, 2020/1, s. 1–6.

¹⁰ <http://nazk.gov.ua/uk/> (dostęp: 13.11.2019 r.). Dnia 16.12.2019 r. komisja konkursowa ogłosiła, że nowym przewodniczącym NAZK został prokurator Ołeksandr Nowikow, który objął stanowisko od stycznia 2020 r. O. Nowikow zajmował się m.in. zwalczaniem cyberprzestępczości oraz prania brudnych pieniędzy. W przeszłości ubiegał się o stanowisko szefa Specjalnej Prokuratury Antykorupcyjnej.

oraz NABU, NAZK nie została powołana jako organ ścigania. Pełni ona głównie funkcję prewencyjną i zajmuje się m.in. opracowywaniem przepisów związanych z zapobieganiem korupcji na Ukrainie, jak również zapewnienia ich przestrzeganie. Podobnie jak wyżej opisane służby, NAZK została powołana z uwagi na próbę ograniczenia korupcji na Ukrainie. Bezpośredni nadzór nad agencją, będącą organem centralnym, jest sprawowany przez Radę Najwyższą Ukrainy oraz rząd. System podejmowania decyzji w NAZK jest systemem kolegiальnym w którym decyzje podejmowane są większością głosów¹¹.

Według danych opublikowanych przez NAZK 94% Ukraińców uważa, że korupcja stanowi istotny problem, przy czym 65% obywateli osobiście zetknęło się z korupcją raz w roku. Dodatkowo, czterech na pięciu obywateli uważa, że rząd źle realizuje politykę antykorupcyjną, a dwa na pięć gospodarstw domowych przyznaje, iż niesłusznie korzystało z usług (dotacji) publicznych¹².

Ukraina zobowiązała się do podjęcia aktywnej działalności związanej z przeciwdziałaniem korupcji poprzez wyrażenie woli przystąpienia do głównych międzynarodowych instrumentów zwalczających korupcję, tj.: Konwencji ONZ przeciwko zwalczaniu korupcji, Konwencji antykorupcyjnej Rady Europy, jak również podała się międzynarodowym mechanizmom monitorującym poziom korupcji, tj.: GRECO, OECD. Kluczowym celem komunikacji NAZK jest podniesienie świadomości społeczeństwa i przedsiębiorstw, m.in. w zakresie ich osobistej odpowiedzialności za korupcję oraz sposobów ujawniania praktyk korupcyjnych

NAZK swoją rolę wypełnia poprzez realizację art. 5 Konwencji ONZ przeciwko korupcji. Zgodnie z ww. artykułem: „każde Państwo-Strona, zgodnie z podstawowymi zasadami swojego systemu prawnego, wypracowuje i wprowadzi w życie skuteczną skoordynowaną politykę antykorupcyjną, która będzie popierała udział społeczeństwa oraz odzwierciedla podstawowe zasady rządów prawa, właściwe zarządzanie sprawami publicznymi i mieniem publicznym, uczciwość, przejrzystość i odpowiedzialność.

Zgodnie z pkt 2 art. 5 Konwencji: każde Państwo-Strona podejmie działania w celu ustanowienia i wspierania skutecznych praktyk zapobiegania korupcji”.

Dodatkowo, zobowiązuje się Państwa-Strony do współpracy z właściwymi międzynarodowymi oraz regionalnymi organizacjami w celu popierania i rozwoju polityki antykorupcyjnej¹³.

Agencja NAZK zajmuje się kilkoma kluczowymi obszarami z zakresu polityki antykorupcyjnej.

Swoją działalność koncentruje na:

- opracowywaniu i wdrażaniu strategii antykorupcyjnej;
- przeprowadzaniu badań dotyczących obecnego stanu korupcji;
- przeprowadzaniu kampanii informacyjnych w celu wzmocnienia walki z korupcją w ramach całego społeczeństwa;
- przeprowadzaniu szkoleń głównie mających charakter antykorupcyjny.

¹¹ Model kolegiального zarządzania w NAZK zmusza Agencję do poszukiwania konsensusu. Struktura zarządzania w NAZK polega na tym, że na 5 decydentów w celu podjęcia decyzji są konieczne 3 głosy.

¹² Badania przeprowadzone na ponad 10 000 respondentów na terytorium Ukrainy, finansowane przez USAID w ramach projektu UNITER (źródło: dane własne NAZK).

¹³ Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 84, poz. 563).

W zakresie swojej działalności dotyczącej zapobiegania korupcji oraz współpracy z tzw. sygnalistami (osobami zgłaszającymi przypadki korupcji), NAZK:

- podejmuje współpracę z sygnalistami;
- uczestniczy w programach antykorupcyjnych agencji rządowych oraz programach antykorupcyjnych osób prawnych;
- przeprowadza analizę ryzyku korupcji;
- monitoruje instytucje rządowe w zakresie ich działań odnośnie do zapobiegania korupcji;
- informuje społeczeństwo o podjętych środkach w zakresie zapobiegania korupcji;
- kształtuje świadomość obywateli w zakresie negatywnych skutków korupcji;
- uczestniczy w czynnym podejmowaniu kroków w celu aktywnego zaangażowania społeczeństwa w formułowanie, wdrażanie oraz monitorowanie polityki antykorupcyjnej.

W 2018 r. 97% wszystkich organów publicznych ustanowiło komitety ds. oceny ryzyka korupcji przy aktywnym udziale społeczeństwa i ekspertów, przy czym NAZK otrzymała 129 programów antykorupcyjnych, z których 115 zostało zatwierdzonych.

Należy zaznaczyć, że wszystkie programy antykorupcyjne są umieszczane na stronie internetowej NAZK. Dodatkowo, NAZK opracowała projekt ustawy o ochronie sygnalistów w celu poprawy mechanizmu ochrony osób zgłaszających przypadki naruszenia.

Jeżeli chodzi o strukturę organizacyjną, to agencja NAZK składa się z następujących departamentów i jednostek:

- 1) Departamentu Zapobiegania i Wykrywania Korupcji;
- 2) Departamentu Administracyjnego;
- 3) Departamentu Organizacyjnego i Personelu;
- 4) Departamentu Bezpieczeństwa;
- 5) Działu Prawnego;
- 6) Działu Księgowości, Rachunkowości i Sprawozdawczości;
- 7) Audytu Wewnętrznego;
- 8) Sektora Regulacyjnego;
- 9) Sektora zapobiegania i wykrywania korupcji w NAZK¹⁴.

Pierwszy z wymienionych departamentów pełni kluczową rolę w NAZK. Do głównych celów tego departamentu należą:

- koordynowanie i zapewnianie pomocy metodologicznej w wykrywaniu ryzyka korupcji przez organy państwowe, władze Autonomicznej Republiki Krymu, organy samorządu, oraz przygotowanie i wdrażanie programów antykorupcyjnych;
- zbieranie, analizowanie, podsumowywanie informacji o zagrożeniach związanych z korupcją, opracowywanie zaleceń i typologii w celu ich zapobiegania i eliminowania;

¹⁴ <http://nazk.gov.ua/uk/> (dostęp: 13.11.2019 r.).

- organizacja środków kontroli przygotowania i wdrażania programów antykorupcyjnych w organach państwowych, organach Autonomicznej Republiki Krymu, organach samorządu lokalnego, zapewnienie koordynacji takich programów, opracowanie typowego programu antykorupcyjnego dla osób prawnych;
- zapewnienie współpracy z sektorem prywatnym w zakresie wdrażania programów antykorupcyjnych;
- rozpatrywanie kwestii związanych z udzieleniem zgody na zwolnienie osoby odpowiedzialnej za wdrożenie programu antykorupcyjnego osób prawnych, w przypadkach określonych w ustawie Ukrainy „O zapobieganiu korupcji”;
- prowadzenie kontroli organizacji pracy nad zapobieganiem i wykrywaniem korupcji w organach państwowych, organach Autonomicznej Republiki Krymu, organach samorządu lokalnego;
- podejmowanie działań w celu koordynacji w ramach kompetencji, wsparcia metodologicznego i analizy skuteczności działań upoważnionych jednostek (osób upoważnionych) w zakresie zapobiegania i wykrywania korupcji;
- wdrożenie środków mających na celu ustanowienie i prowadzenie jednolitego rejestru osób, które brały udział w procederze korupcyjnym;
- zapewnianie współpracy z osobami zgłaszającymi potencjalne fakty związane z korupcją (sygnaliści) lub przestępstwami związanymi z korupcją, innymi naruszeniami ukraińskiej ustawy o zapobieganiu korupcji;
- podejmowanie działań w celu ochrony prawnej sygnalistów;
- prowadzenie ciągłego monitorowania zgodności z przepisami w zakresie ochrony sygnalistów oraz przygotowywanie propozycji usprawnienia polityki państwa w tym zakresie;
- podejmowanie działań w celu promowania polityki dotyczącej ujawniania informacji o korupcji, a także w celu ochrony pracodawców przed negatywnymi działaniami ze strony pracodawców;
- sporządzanie, przyjmowanie, analizowanie i przekazywanie raportów o korupcji otrzymywanych m.in. specjalnymi kanałami komunikacyjnymi¹⁵.

Jeżeli chodzi o kwestię deklaracji majątkowych, to agencja NAZK posiada następujące uprawnienia w tym zakresie:

- sprawdzanie elektronicznych oświadczeń majątkowych w celu zapewnienia kontroli finansowej nad statusem majątkowym urzędników publicznych oraz w celu ustanowienia działania jednolitego rejestru deklaracji elektronicznych, a także zapewnienie jego funkcjonowania;
- zapewnienie otwartego dostępu do danych rejestrów mienia;
- sporządzanie protokołów o administracyjnych naruszeniach wymogów kontroli finansowej.

Według danych agencji pod koniec 2018 r. zarejestrowano w systemie elektronicznym deklaracji majątkowych ponad 1,256 mln użytkowników, złożono ponad

¹⁵ Zob. przypis 14.

2,885 mln dokumentów elektronicznych, w tym ponad 2,457 mln elektronicznych deklaracji, ok. 313 000 zmodyfikowanych elektronicznych deklaracji i prawie 115 000 raportów o istotnych zmianach w aktywach zgłaszającego¹⁶.

Na początku 2018 r. NAZK liczył 213 pracowników, co stanowiło 68,5% pełnej obsady kadrowej¹⁷.

Obecnie cele NAZK zostały określone w krajowej strategii dotyczącej zapobiegania korupcji na lata 2017–2020. W strategii tej zaprezentowano plany działania agencji o charakterze długo- i krótkoterminowym.

Wizja długoterminowa obejmuje ilościowe i jakościowe obniżenie poziomu korupcji oraz rozpowszechnianie na terenie kraju praktyk antykorupcyjnych. Wśród zasadniczych celów agencja wymienia:

- wdrożenie skutecznych przepisów prawnych, mechanizmów i praktyk oraz ich wykorzystanie w celu zapobiegania korupcji zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym;
- potrzebę osiągnięcia spadku poziomu postrzegania i doświadczania korupcji wśród obywateli;
- wdrożenie środków mających na celu zmniejszenie tolerancji społeczeństwa na korupcję;
- zwiększenie roli NAZK wśród organów zajmujących się zapobieganiem i zwalczaniem korupcji;
- wypracowanie wysokiego poziomu zaufania społeczeństwa obywateli do pracowników NAZK.

Z kolei do celów krótkoterminowych według strategii rozwoju NAZK zalicza się m.in.:

- zarządzanie tzw. integralnością wewnętrzną;
- poprawę strategii komunikacyjnej przez wypracowanie licznych kampanii;
- opracowanie infrastruktury IT mającej na celu wsparcie w wykonywaniu kluczowych zadań;
- zapobieganie korupcji politycznej poprzez przeprowadzanie licznych spotkań i seminariów;
- zwiększenie kontroli funkcjonariuszy publicznych w odniesieniu do nielegalnego wzbogacenia i konfliktu interesów m.in. poprzez wykorzystanie elektronicznego rejestru deklaracji;
- systematyczny przegląd krajowych polityk antykorupcyjnych, a w następstwie wypracowanie nowej ulepszonej strategii antykorupcyjnej;
- stałe monitorowanie i natychmiastowe reagowanie na przejawy konfliktu interesów. W tym celu agencja zobowiązuje się do opublikowania zaleceń metodologicznych i projektów regulacji prawnych¹⁸.

Do chwili obecnej zgodnie ze strategią antykorupcyjną NAZK zrealizowała szereg wydarzeń mających na celu podniesienie świadomości, skierowanych do różnych odbiorców. Przykładem aktywnej polityki NAZK może być:

¹⁶ Dane własne NAZK, <http://nazk.gov.ua> (dostęp: 11.11.2019 r.).

¹⁷ <http://nazk.gov.ua/uk/wp-content/uploads/2019/04/2-strategia> (dostęp: 11.11.2019 r.).

¹⁸ Zob. przypis 17.

- 1) przeprowadzenie kursu umiejętności antykorupcyjnych dla mediów centralnych i regionalnych;
- 2) przeprowadzenie kursu pt. „Konflikt interesów – to trzeba wiedzieć!” dla przedstawicieli organizacji pozarządowych zajmujących się przeciwdziałaniem korupcji;
- 3) przeprowadzenie kampanii informacyjnej dla studentów w formie otwartych wykładów wyjaśniających przepisy antykorupcyjne;
- 4) przeprowadzenie prelekcji dla starszych uczniów kijowskich szkół średnich nt. „Co robi NAZK i co mogą zrobić dzieci, aby zapobiec korupcji” w ramach Dnia Drzwi Otwartych.

Dodatkowo, w 2018 r. przeprowadzono szereg warsztatów z zakresu uczciwości i zgodności dla firm publicznych i prywatnych, szkoleń antykorupcyjnych dla żołnierzy i funkcjonariuszy organów ścigania w rejonach Ukrainy objętych wojną oraz dla szefów okręgowych administracji państwowych. W Kijowie zorganizowano 24 sesje szkoleniowe dla upoważnionych jednostek (oficerów) odpowiedzialnych za zapobieganie i wykrywanie praktyk korupcyjnych, szkolenia dla biur prawnych i agencji rządowych ds. zasobów ludzkich, poruszając m.in. takie tematy jak: „Prawne aspekty działań antykorupcyjnych” i „Deklaracje elektroniczne”.

4. SŁUŻBA BEZPIECZEŃSTWA UKRAINY

Służba Bezpieczeństwa Ukrainy rozpoczęła swoją działalność 25.03.1992 r. po przyjęciu ustawy o Służbie Bezpieczeństwa Ukrainy. Wcześniej, 20.08.1991 r. Parlament Ukrainy przyjął rezolucję „W sprawie utworzenia Służby Bezpieczeństwa Narodowego Ukrainy”¹⁹. Jeszcze pod rządami ZSRR 16.07.1990 r. Ukraina ogłosiła tzw. Deklarację Suwerenności, zaś całkowicie niepodległym krajem stała się w grudniu 1991 r. Po odzyskaniu niepodległości, 1.01.1995 r., Ukraina stała się członkiem Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE), a następnie członkiem Rady Europy. W zmieniającej się rzeczywistości polityczno-ekonomicznej należało zreformować także służby specjalne.

Bezpośrednim poprzednikiem SBU było radzieckie KGB. Część obywateli uważa, że SBU odziedziczyła nie tylko personel, lecz także sposoby działania KGB²⁰.

SBU składa się z Departamentów Centralnych oraz Biur Regionalnych.

Do zadań Departamentów Centralnych należą:

- ochrona kontrwywiadowcza;
- ściganie korupcji i przestępczości zorganizowanej;
- zwalczanie terroryzmu;
- ochrona tajemnic państwowych;
- prowadzenie tzw. dochodzeń przedprocesowych;

¹⁹ <http://ssu.gov.ua/en/> (dostęp: 10.11.2019 r.).

²⁰ *Ukraińskie tajne służby oplatają kraj korupcyjną siecią – Wołodymyr Zeleniśki ma szansę to zmienić*, „Politico”, 27.07.2019 r., wiadomości.onet.pl (dostęp: 11.11.2019 r.).

- możliwość prowadzenia pracy operacyjnej;
- działalność analityczna i informacyjna;
- zwalczanie cyberprzestępczości;
- zwalczanie przestępczości skierowanej przeciwko gospodarce narodowej;
- zapobieganie przestępstwom przeciwko bezpieczeństwu państwa;
- przeciwdziałanie specjalnym nielegalnym operacjom informacyjnym i wpływom ze strony zagranicznych tajnych służb.

W celu zapewnienia skutecznej walki z przestępczością, w tym m.in. o charakterze korupcyjnym SBU posiada także biura regionalne. Obecnie działają na terenie Ukrainy 24 takie biura.

SBU kieruje szef, który ponosi osobistą odpowiedzialność za działalność służby. Jest on mianowany przez Radę Najwyższą Ukrainy na wniosek prezydenta. Corocznie składa on raport z działalności służby prezydentowi oraz Radzie Najwyższej Ukrainy. Dodatkową kontrolę nad działalnością SBU sprawuje Prezes Sądu Najwyższego oraz Prokurator Generalny Ukrainy.

W chwili obecnej SBU liczy ok. 30 tys. funkcjonariuszy²¹. Liczba funkcjonariuszy SBU przekracza więc 7-krotnie liczbę angielskiej służby MI5 i 4-krotnie liczbę funkcjonariuszy Mosadu.

Prezydent Ukrainy zapowiedział głęboką reformę SBU, łącznie z ograniczeniem o połowę liczby jej funkcjonariuszy²².

Pomimo że funkcjonariusze SBU szczył się działaniami na rzecz bezpieczeństwa państwa, to niestety dociera coraz więcej słów krytyki skierowanej przeciwko nim samym. W mediach i na portalach społecznościowych coraz częściej opisywane są liczne afery z udziałem funkcjonariuszy SBU²³. Część ukraińskich polityków stoi na stanowisku, że kluczowym przedmiotem działalności SBU powinien być kontrwywiad, nie zaś kwestie związane ze sferą gospodarczą i korupcją²⁴.

Biorąc pod uwagę sygnalizowane przez obywateli, a przede wszystkim dziennikarzy, patologie w szeregach SBU, a przede wszystkim głęboką infiltrację służb rosyjskich²⁵ wydaje się całkowicie zasadne przeprowadzenie głębokich reform mających na celu poprawienie wizerunku tej służby.

Na zakończenie warto zaprezentować tabelę ilustrującą kompetencje poszczególnych służb ukraińskich zajmujących się m.in. ściganiem przestępczości o charakterze korupcyjnej. Należy zauważyć, że wszystkie wymienione służby mają kompetencje do ścigania przestępczości o charakterze korupcyjnym, jednakże wiodącą z nich jest ukraińska służba NABU.

²¹ <http://ssu.gov.ua/en/> (dostęp: 10.11.2019 r.).

²² *Zeleniński reformuje SBU? Zarząd K symbolem patologii, o służbach*, 26.08.2019 r., <http://sbu-ukraina-reforma-služby/> (dostęp: 10.11.2019 r.).

²³ M. Kacewicz, *Ukraińskie tajne więzienia*, neeweek.pl/swiat/ukraińskie-tajne-wiezienia (dostęp: 11.11.2019 r.); M. Łuniwski, *Wszystkie grzechy ukraińskiej bezpieki, „Rzeczpospolita”*, 12.10.2019 r.

²⁴ *Ukraina: Sekretarz Rady Bezpieczeństwa zapowiada reformę SBU*, 29.07.2019 r., forsal.pl (dostęp: 11.11.2019 r.).

²⁵ Z. Parafianowicz, *Kosztowna wojna służb na Ukrainie. Stan zawieszenia może trwać latami*, *dziennik.pl* 7.12.2017 r. (dostęp: 11.11.2019 r.); A. Rybczyński, *Misza na blaszanym dachu, zemsta na „ukraińskim CBA”*, *TVP Info*, 7.12.2019 r. (dostęp: 11.11.2019 r.).

Tabela 3 Podział kompetencji organów ścigania Ukrainy			
Organ ścigania	Kompetencje	Osoby, które mogą być ścigane	Rodzaj przestępstw
Państwowe Biuro Śledcze	Dochodzenia przedprocesowe i działania operacyjne	– wysoko postawieni urzędnicy oraz urzędnicy; – sędziowie; – funkcjonariusze organów ścigania; – pracownicy NABU, SAPO; – osoby, które popełniły przestępstwa wojenne;	Przestępstwa przewidziane w Kodeksie karnym, z wyjątkiem 12 artykułów, które należą do wyłącznej kompetencji NABU
Narodowe Biuro Antykorupcyjne Ukrainy	Dochodzenia przedprocesowe i działania operacyjne	– wysoko postawieni urzędnicy; – sędziowie; – kierownictwo organów ścigania na poziomie lokalnym oraz krajowym – inni urzędnicy, jeżeli przestępstwo spowodowało straty na szkodę państwa przekraczające sumę nieopodatkowanych minimalnych dochodów obywatela 500 razy	12 artykułów Kodeksu karnego o przestępstwach korupcyjnych
Służba Bezpieczeństwa Ukrainy	Dochodzenia przedprocesowe i działania operacyjne	Obywatele Ukrainy, obcokrajowcy, bezpaństwowcy	Zbrodnie przeciwko podstawom bezpieczeństwa narodowego oraz zbrodnie przeciwko pokojowi, bezpieczeństwu ludzkości i ładowi międzynarodowemu
Państwowa Służba Fiskalna Ukrainy	Dochodzenia przedprocesowe i działania operacyjne	Obywatele Ukrainy, obcokrajowcy, bezpaństwowcy	8 przestępstw z obszaru działalności gospodarczej (np. unikanie płacenia podatków, fałszywa działalność gospodarcza)
Policja Krajowa	Dochodzenia przedprocesowe i działania operacyjne	Obywatele Ukrainy, obcokrajowcy, bezpaństwowcy	Przestępstwa przewidziane w Kodeksie karnym Ukrainy, które nie podlegają Państwowemu Biuru Śledczemu, Narodowemu Biuru Antykorupcyjnemu Ukrainy, Służbie Bezpieczeństwa Ukrainy oraz Państwowej Służbie Fiskalnej Ukrainy
Organy Prokuratury	Dochodzenia przedprocesowe	Od 20.11.2017 r. Prokuratura jest pozbawiona prawa do wszczęcia dochodzenia w sprawie nowego postępowania karnego. W ciągu dwóch lat musi zakończyć dochodzenia w sprawie postępowań karnych wszczętych przed tą datą	
	Wytoczne proceduralne (nadzór na etapie dochodzenia przedprocesowego) oraz ściganie przestępstw	Nadzorowanie wszystkich postępowań karnych będących przedmiotem dochodzenia w wyżej wymienionych służbach, a następnie oskarżanie sprawców w sądzie	

Źródło: dane własne DBR.

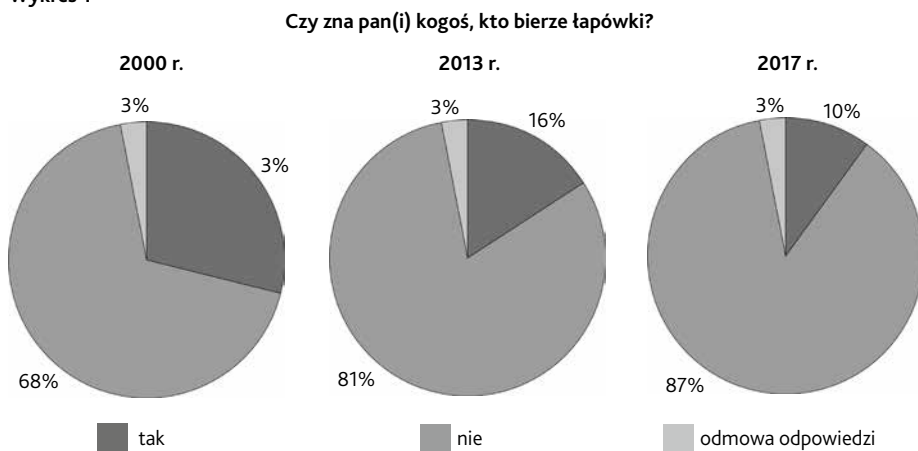
5. PRÓBA PODSUMOWANIA

Podobnie jak w Polsce, również na terytorium Ukrainy istnieją wyspecjalizowane organy ścigania zajmujące się zwalczaniem korupcji. W Polsce służbą taką jest Centralne Biuro Antykorupcyjne, które rozpoczęło swoją działalność na podstawie ustawy z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym²⁶. Oprócz Centralnego Biura Antykorupcyjnego uprawnienia do prowadzenia postępowań związanych z szeroko rozumianą przestępczością korupcyjną, podobnie jak na Ukrainie, posiadają również inne służby. W Polsce takimi służbami są: policja z wyspecjalizowaną jednostką jaką jest Centralne Biuro Śledcze Policji, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straż Graniczna, Żandarmeria Wojskowa oraz w zakresie działań operacyjnych Służba Kontrwywiadu Wojskowego. Należy wspomnieć, że podobnie jak na Ukrainie w okresie przemian społeczno-gospodarczych nasz kraj borykał się z ogromną przestępczością, w tym przestępczością korupcyjną, czego obecnie doświadczają obywatele Ukrainy.

W tym miejscu celowe wydaje się zaprezentowanie części danych dotyczących korupcji w naszym kraju na przełomie lat 90. XX w. i 2000 r.

Poniższy wykres obrazuje odpowiedzi respondentów na pytanie związane z przyjmowaniem łapówek w ciągu lat 2000–2017.

Wykres 1



Źródło: CBOS, badanie przeprowadzone w dniach 5–14.05.2017 r., N=1034

Jak widać, sytuacja związana z otrzymywaniem korzyści majątkowej na przestrzeni ostatnich 17 lat uległa diametralnej poprawie. Wyłącznie 10% respondentów w 2017 r. przyznało, że zna osobę, która bierze łapówki. W latach poprzednich osób takich było prawie trzykrotnie więcej.

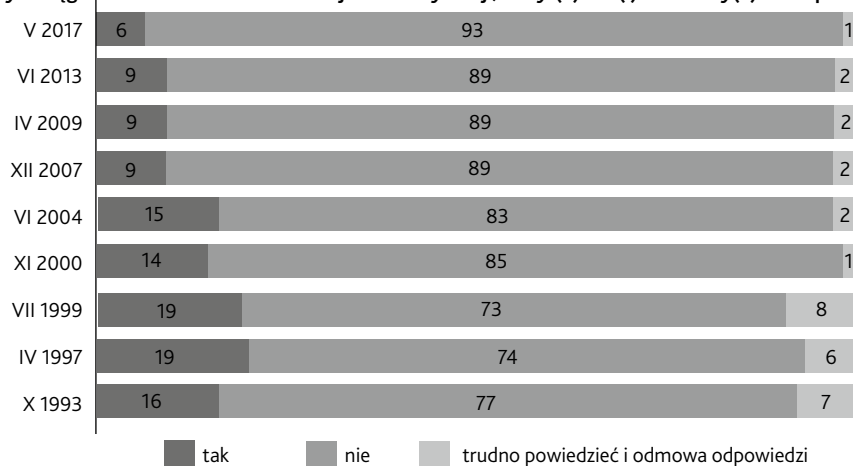
Diametralnie poprawiła się także sytuacja związana z wręczaniem korzyści majątkowych.

Poniższy wykres ilustruje kwestie związane z koniecznością wręczenia korzyści majątkowej przez obywateli.

²⁶ Dz.U. z 2006 r. Nr 104, poz. 708.

Wykres 2

Czy w ciągu ostatnich 3–4 lat miała miejsce taka sytuacja, że był(a) Pan(i) zmuszony(a) dać łapówkę?



Źródło: CBOS, badanie przeprowadzone w dniach 5–14.05.2017 r., N=1034

Jak widać z badań przeprowadzonych przez CBOS, sytuacja w Polsce uległa znacznej poprawie. W 1993 r., tuż po okresie burzliwych przemian społeczno-gospodarczych, aż 16% respondentów, a w 1997 r. – 20% przyznało, że w ciągu ostatnich 3–4 lat znalazło się w sytuacji, w której zmuszeni zostali wręczyć komuś korzyść majątkową. W porównaniu z rokiem 2017 liczba ta spadła do 6%.

Poza tym poprawie uległa tzw. percepcja korupcji wśród obywateli naszego kraju. Zgodnie z corocznymi badaniami przeprowadzanymi przez Transparency Internationale Polska znajduje się w ostatnich latach średnio na 32. miejscu w ogólnosiwiatowym rankingu percepcji korupcji. Do tej pory najwyższe miejsce zajęliśmy w 2016 r. i było to 29. miejsce²⁷.

Powyższe dane świadczą o tym, że Polska poczyniła ogromny wysiłek w celu ograniczenia korupcji. Uzyskano to zarówno dzięki powołaniu do życia wyspecjalizowanej służby specjalnej zajmującej się zwalczaniem korupcji, jak i dzięki poprawie świadomości obywateli poprzez wdrażanie szeregu programów społecznych. Przykładowo, w 2017 r. funkcjonariusze CBA uczestniczyli w 91 szkoleniach, na których przeszkolili ponad 4 000 urzędników w zakresie systemu antykorupcyjnego.

Według istniejących danych do najważniejszych sektorów zagrożonych korupcją nie tylko w Polsce, lecz także w państwach członkowskich UE należą takie sektory jak:

- infrastruktura;
- informatyzacja administracji publicznej;
- wykorzystanie środków unijnych;
- sektor obronny;
- ochrona zdrowia;
- energetyka;
- ochrona środowiska;
- korupcja urzędnicza.

²⁷ Dane Transparency Internationale, www.transparecy.org (dostęp: 19.09.2020 r.).

Polska, podobnie jak obecnie Ukraina, znajdowała się na przełomie lat 90. ub. w. w ogromnej zapaści zarówno gospodarczej, jak i dotknięta była wyjątkowo wysokim poziomem przestępczości o charakterze zorganizowanym, w tym przestępczości korupcyjnej. Dzięki podjętym działaniom udało się znacznie ograniczyć poziom korupcji w naszym kraju.

Jak już wspomniano, wcześniejsze stworzenie wyspecjalizowanych służb zajmujących się zwalczaniem przestępstw o charakterze korupcyjnym w znacznej mierze ograniczyło rozmiary tego jakże nieporządanego zjawiska. Wydaje się, że wysiłki takie czyni także rząd Ukrainy przy czynnym wsparciu zarówno państw UE, jak i Stanów Zjednoczonych. Dlatego wyjątkowo ważne jest wsparcie ze strony Polski, a w szczególności przedstawicieli poszczególnych służb organów ścigania i organów o charakterze administracyjnym zajmujących się zwalczaniem korupcji na terenie Ukrainy.

Abstract

Grzegorz Ociecek, *Combating Corruption-Related Crime in Ukraine: Analysis of the Construction of Corrupt Practices and Selected Anti-Corruption Authorities (part II)*

This paper aims to present more state authorities that were appointed to fight corruption in Ukraine. It also describes the powers and position of the individual services responsible for investigating corruption. Special attention is devoted to the Ukrainian NABU service, which is one of the few services to be provided with effective instruments and extensive structure to fight corrupt practices, mainly at the highest levels of power in Ukraine.

Keywords: corruption, Ukrainian State Bureau of Investigations

Streszczenie

Grzegorz Ociecek, *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza konstrukcji procederu oraz wybrane organy antykorupcyjne (część II)*

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie kolejnych służb państwowych, które powołane zostały do zwalczania korupcji na terenie Ukrainy. Jednocześnie zostały opisane kompetencje i pozycja poszczególnych służb zajmujących się ściganiem korupcji. Szczególną uwagę poświęcono służbie ukraińskiej NABU, która jako jedna z nielicznych służb posiada efektywne narzędzia i rozbudowaną strukturę do zwalczania procederu korupcyjnego głównie na najwyższych szczeblach władzy Ukrainy.

Słowa kluczowe: korupcja, Państwowe Biuro Śledcze Ukrainy

Literatura:

1. Kacewicz M., *Ukraińskie tajne więzienia*, neewsweek.pl/swiat/ukraińskie-tajne-wiezienia;
2. Łuniwski M., *Wszystkie grzechy ukraińskiej bezpieki*, Rzeczpospolita, 12.10.2019 r.;
3. Ociecek G., *Zwalczanie przestępczości korupcyjnej na Ukrainie – analiza organów ochrony oraz wybrane case study (część I)*, Prawo w Działaniu 2020, nr 41;
4. Parafianowicz Z., *Kosztowna wojna służb na Ukrainie. Stan zawieszenia może trwać latami*, dziennik.pl, 7.12.2017 r.;
5. Rybczyński A., *Misza na blaszanym dachu, zemsta na „ukraińskim CBA”*, TVP Info, 7.12.2019 r.

Helena Kisilowska, Grzegorz Zieliński*

Administracyjne kary pieniężne – funkcja prewencyjna i represyjna**

1. UWAGI WSTĘPNE

Niezakłócony, prawidłowy obrót gospodarczy jest istotnym dobrem wspólnym, które należy chronić w demokratycznym państwie prawnym. Podstawowa funkcja w tym zakresie przypada prawu karnemu i dotyczy zapobiegania i ścigania przestępstw gospodarczych. Coraz częściej jednak przepisy prawa, nie tylko polskiego, ale i innych państw, jako następstwo nieprzestrzegania przepisów prawa administracyjnego w sferze gospodarczej obok podstawowej sankcji bezskuteczności prawnej przewidują kary administracyjne nakładane w formie decyzji administracyjnej. Nie są to kary orzekane przez sądy, ale nakładane przez uprawnione organy administracji publicznej. W doktrynie podkreślany jest dwoisty charakter administracyjnej kary pieniężnej: jako sprawiedliwej odpłaty za czyn (odwet moralny) oraz jako formy powstrzymania od popełnienia podobnych czynów w przyszłości (prewencja)¹. Równocześnie warto zwrócić uwagę, że w przypadku administracyjnej kary pieniężnej mamy do czynienia z odpowiedzialnością za skutek, którego przesłanki zostały określone w normach prawnych w formie nakazów i zakazów, i nie ma szerszych możliwości, charakterystycznych dla postępowania przed sądami, uwzględnienia winy, jej stopnia, kwestii umyślności, czy nieumyślności, a także miarkowania czy uwolnienia od kary. W tej sytuacji mogą powstać wątpliwości co do wysokości nałożonej kary pieniężnej w konkretnym przypadku, a także mogą być nakładane kary w różnej wysokości za podobne niezgodne z prawem działania. Jako tezę w prezentowanym artykule przyjęto, że administracyjne kary pieniężne powinny stanowić przede wszystkim instrument prewencji ogólnej oraz zabezpieczać równe traktowanie administrowanych podlegających ukaraniu. Ustalając granice stosowania administracyjnych kar pieniężnych,

* Dr hab. Helena Kisilowska jest profesorem, kierownikiem Katedry Prawa Publicznego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Polska, ORCID 0000-0003-3671-5457, e-mail: helena@kisilowsky.waw.pl; dr Grzegorz Zieliński jest adiunktem w Katedrze Teorii i Historii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Technologiczno-Humanistycznego im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu, Polska, ORCID 0000-0001-7517-920X, e-mail: g.zielinski@uthrad.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 11.05.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 31.08.2020 r.

¹ Szerzej na ten temat: M. Błachucki [red.] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa* Warszawa 2015, monografia dostępna na stronie internetowej Rzecznika Praw Obywatelskich oraz H. Kisilowska, G. Zieliński, *Administracyjne kary pieniężne po nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2018, t. XVI, nr 1 (1), s. 75–85.

ustawodawca musi brać pod uwagę, że nie powinny one przybierać charakteru sankcji karnych, a sądowa weryfikacja prawidłowości decyzji administracyjnej nakładającej karę powinna odpowiadać wymogom obowiązującym w prawie karnym. Formułując wnioski dotyczące rozwiązań prawnych *de lege ferenda* wykorzystano doświadczenia ustawodawstwa włoskiego i Unii Europejskiej.

Coraz szerszy zakres regulacji administracyjnej, rozwój instytucji o charakterze sankcyjnym w zakresie szeroko stosowanych kar administracyjnych zmienia stosunek organów administracji publicznej do obywateli umacniając podział na rządzących i rządzonych, co z kolei rzutuje na stosunek obywateli do państwa. Nowelizację Kodeksu postępowania administracyjnego² należy uznać za istotny sygnał wskazujący na konieczność bardziej wnikliwej oceny istniejącego stanu prawnego, zwłaszcza w kontekście demokratycznego państwa prawnego i dobra wspólnego, a także konstytucyjnej zasady proporcjonalności i sprawiedliwości proceduralnej.

2. ADMINISTRACYJNE KARY PIENIĘŻNE W PRAWIE POLSKIM

Na mocy ustawy z 7.04.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw³, która weszła w życie z dniem 1.06.2017 r., został dodany Dział IVa, który zawiera przepisy określające zasady nakładania bądź wymierzania administracyjnej kary pieniężnej. Określa też sposób udzielania ulg w jej wykonaniu. Przepisy zawierają definicję legalną administracyjnej kary pieniężnej⁴, a także określają sposób stosowania ustawy względniejszej dla strony (art. 189c), szczegółowo określają zasady wymierzania administracyjnej kary pieniężnej (art. 189d–189e), warunkują przesłanki odstąpienia od nałożenia kary (art. 189f), precyzują przedawnienia nałożenia i egzekucji administracyjnej kary pieniężnej (art. 189g–189j) oraz udzielania ulg w wykonaniu kary (art. 189k).

Przepisy Działu IVa bez wątpienia należą do dziedziny prawa administracyjnego materialnego. Są one stosowane przez organy administracji publicznej w ogólnym postępowaniu administracyjnym, w którym sprawy są załatwiane w drodze decyzji administracyjnych, które mogą być zaskarżane do sądu administracyjnego. W interpretacji i stosowaniu przepisów Działu IVa stosuje się ogólne zasady postępowania administracyjnego uregulowane w Dziale II.

Przepisy Działu IVa nie precyzują trybu postępowania w sprawach administracyjnych kar pieniężnych. Mają one charakter przepisów prawa materialnego i są charakterystyczne dla części ogólnej prawa administracyjnego. Przepisy regulujące zasady nakładania i wymierzania kar administracyjnych można zaliczyć do prawa administracyjno-karnego, które można określić jako „ogół regulacji prawnych obejmujących ustanowienie i dochodzenie odpowiedzialności z tytułu naruszenia

² Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 256) – dalej k.p.a. Zob. P. Przybysz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017, <https://sip.lex.pl/komentarz/587737508/komentarz-do-art-189-b-definicja-administracyjnej-kary-pienieznej> (dostęp: 10.05.2020 r.); uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z 16.05.2016 r., II GPS 1/16, LEX nr 2039440.

³ Dz.U. z 2017 r. poz. 935.

⁴ Przez administracyjną karę pieniężną rozumie się określoną w ustawie sankcję o charakterze pieniężnym, nakładaną przez organ administracji publicznej, w drodze decyzji, w następstwie naruszenia prawa polegającego na niedopełnieniu obowiązku albo naruszeniu zakazu ciążącego na osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej (art. 189b k.p.a.).

norm prawa administracyjnego, obwarowanych sankcją w postaci kary pieniężnej, opłaty sankcyjnej, opłaty podwyższonej lub podobnej finansowej sankcji realizowanej w administracyjnym postępowaniu i przed administracyjnym organem”⁵.

Dział IVa dostosowuje reguły nakładania i wymierzania administracyjnych kar pieniężnych do wymagań Konstytucji RP⁶ interpretowanych przez Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) oraz do wymagań europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁷ interpretowanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W zakresie, w jakim przepisy te i odnośne orzecznictwo odnoszą się do zasad i trybu nakładania i wymierzania administracyjnych kar pieniężnych określonych w Dziale IVa i przepisach ustaw szczególnych, powinny być one uwzględniane przez organy administracji publicznej w procesie interpretacji i stosowania przepisów tego działu⁸.

W przypadku gdy zasady nakładania i wymierzania administracyjnych kar pieniężnych są ustanawiane w przepisach prawa polskiego wdrażających prawo Unii Europejskiej lub określane w bezpośrednio skutecznych przepisach prawa UE albo służą zapewnieniu efektywności prawa unijnego, przepisy Działu IVa należy stosować i interpretować zgodnie z odnośnymi przepisami i zasadami prawa Unii Europejskiej, mając na uwadze orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TS). W wyroku TS z 9.06.2016 r. w sprawie *Eurospeed Ltd. przeciwko Szegedi Törvényszék*⁹ postanowiono, że administracyjne kary pieniężne, zgodnie z art. 19 ust. 1 i 2 rozporządzenia nr 561/2006, należy tak interpretować:

„Państwa członkowskie ustanawiają przepisy dotyczące nakładania kar w przypadku naruszeń niniejszego rozporządzenia i rozporządzenia [nr 3821/85] oraz podejmują wszelkie środki niezbędne do zapewnienia ich stosowania. Kary te muszą być skuteczne, proporcjonalne, odstrasżające oraz niedyskryminujące. Jakikolwiek naruszenie niniejszego rozporządzenia i rozporządzenia [nr 3821/85] nie może powodować nałożenia więcej niż jednej kary lub prowadzenia więcej niż jednego postępowania. Państwa członkowskie powiadamiają Komisję o przyjętych środkach oraz przepisach dotyczących kar w terminie określonym w art. 29 akapit drugi. Komisja informuje o nich państwa członkowskie”.

Przepisy Działu IVa nie zawierają systemowego odesłania do stosowania norm Kodeksu karnego¹⁰ lub Kodeksu postępowania karnego¹¹. Ustawodawca określając cel, funkcje oraz treść przepisów Działu IVa założył, że administracyjne kary pieniężne są instytucją prawa administracyjnego do której stosuje się administracyjnoprawne zasady prawnej odpowiedzialności, administracyjnoprawną konstrukcję sankcji prawnej i administracyjnoprawną instytucję kary pieniężnej. Stąd też nałożenie i wymierzenie administracyjnej kary pieniężnej dokonuje się w trybie postępowania administracyjnego przez właściwy organ administracji publicznej w formie decyzji administracyjnej.

⁵ D. Szumilo-Kulczycka, *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004, s. 29.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁸ A. Wróbel, *Dział IV (a) [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. VIII, Warszawa 2018.

⁹ Wyrok TS z 9.06.2016 r., C-287/14, *Eurospeed Ltd. przeciwko Szegedi Törvényszék*, EU:C:2016:420.

¹⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444).

¹¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30).

Przepisy Działu IVa nie regulują wzajemnych stosunków przepisów o administracyjnych karach pieniężnych do przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Administracyjne kary pieniężne nie są środkami egzekucji należności (niepieniężnych) w rozumieniu ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹². Mimo tej ogólnej zasady, przypisuje się niektórym z tych kar funkcję przymuszenia osoby obowiązanej do wykonania ciążącego na niej obowiązku prawnego, co stanowi istotę grzywny w celu przymuszenia, o której mowa w art. 119 u.p.e.a.¹³

Niniejsze stanowisko znajduje zastosowanie w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Warszawie z 9.02.2017¹⁴. Przedmiotem kontroli Sądu było nałożenie – w trybie art. 119 u.p.e.a. – grzywny w wysokości 500 zł w celu przymuszenia do poddania dziecka obowiązkowym szczepieniom ochronnym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zauważa, że stosownie do art. 119 u.p.e.a. grzywnę w celu przymuszenia nakłada się, gdy egzekucja dotyczy spełnienia przez zobowiązanego obowiązku znoszenia lub zaniechania albo obowiązku wykonania czynności, a w szczególności czynności, której z powodu jej charakteru nie może spełnić za zobowiązanego inna osoba. Grzywnę nakłada się również, jeżeli nie jest celowe zastosowanie innego środka egzekucji obowiązków o charakterze niepieniężnym. Wysokość grzywny w celu przymuszenia, w zależności od charakteru egzekwowanego obowiązku, reguluje art. 121 u.p.e.a. Zgodnie zaś z art. 122 cytowanej ustawy grzywnę w celu przymuszenia nakłada organ egzekucyjny, który doręcza zobowiązanemu odpis tytułu wykonawczego oraz postanowienie o nałożeniu grzywny, które powinno zawierać: 1) wezwanie do uiszczenia nałożonej grzywny w oznaczonym terminie z pouczeniem, że w przypadku nieuiszczenia grzywny w terminie zostanie ona ściągnięta w trybie egzekucji administracyjnej należności pieniężnych; 2) wezwanie do wykonania obowiązku określonego w tytule wykonawczym w terminie wskazanym w postanowieniu, z zagrożeniem, że w razie niewykonania obowiązku w terminie będą nakładane dalsze grzywny w tej samej lub w wyższej kwocie, a w przypadku obowiązku wynikającego z przepisów prawa budowlanego lub z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy będzie orzeczone wykonanie zastępcze. Zobowiązanemu służy prawo zgłoszenia zarzutów i wniesienia zażalenia w sprawie prowadzenia postępowania egzekucyjnego – art. 33 i 34 u.p.e.a. Ponadto, zobowiązanemu służy prawo wniesienia zażalenia na postanowienie o nałożeniu grzywny – art. 122 § 3 u.p.e.a., z którego to prawa skarżąca w niniejszym postępowaniu skorzystała. Sąd uznał w niniejszej sprawie, że zaistniały przesłanki do wydania postanowienia o nałożeniu grzywny wraz z opłatą za czynności egzekucyjne, zaś grzywna została nałożona w wysokości zgodnej z art. 121 § 1 u.p.e.a. (po raz drugi w zwiększonej wysokości).

Administracyjne kary pieniężne spełniają różnego rodzaju funkcje. Ich charakter, zakres, natężenie i hierarchia zależą od odnośnych przepisów ustaw szczególnych.

¹² Ustawa z 17.06.1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1438 ze zm.) – dalej u.p.e.a.

¹³ L. Klat-Wertelecka, *Sankcja egzekucyjna w administracji a kara administracyjna* [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 65 i n.

¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 9.02.2017 r., VII SA/Wa 819/16, LEX nr 2252052.

Kary te nie stanowią jednolitej kategorii, lecz różnią się między sobą przedmiotowo, podmiotowo, a także funkcjonalnie.

Administracyjne kary pieniężne pełnią funkcję określaną w doktrynie i orzecznictwie jako represyjna. Wskazuje już na to sama ich nazwa „kara”. Ponadto, stanowią odpłatę za naruszenie obowiązku prawnego, nierzadko dotkliwszą dla osoby naruszającej prawo niż kryminalne kary pieniężne (grzywny)¹⁵.

Na straży jasnego rozumienia dyspozycji wymierzania administracyjnych kar pieniężnych stoi wyrok TK z 31.03.2008 r., stanowiący, że: „Kara pieniężna statutowana w art. 92 ust. 1 pkt 2 u.t.d. nie stanowi odpłaty za popełniony czyn, lecz ma charakter środka przymusu służącego zapewnieniu realizacji wykonawczo-zarządzających zadań administracji agregowanych przez pojęcie interesu publicznego”¹⁶. W doktrynie istnieje różnica poglądów w niniejszym stanowisku. Według Henryka Nowickiego¹⁷ funkcja represyjna jest funkcją podstawową sankcji administracyjnych. Innego zdania jest Iwona Niżnik-Dobosz¹⁸, która uważa, że funkcja represyjna nie jest funkcją pierwszoplanową sankcji administracyjnych.

„Administracyjne kary pieniężne, nakładane w określonej wysokości w razie obiektywnego naruszenia obowiązków ustawowych, mogą jednocześnie być środkiem represji i odpłaty za niewykonanie określonych obowiązków najczęściej typu administracyjnego. Stają się wówczas instrumentem szerszej pojętej polityki karania, zaś sama instytucja kary pieniężnej stanowi zagadnienie interdyscyplinarne, wspólne prawu karnemu i administracyjnemu. Interdyscyplinarność mechanizmu karania oznacza, że represyjne sankcje administracyjne należą do szerszej kategorii prawa represyjnego, odpowiadającego autonomicznemu konstytucyjnemu pojęciu «postępowania karnego» występującemu w art. 42 Konstytucji” – wyrok TK z 15.10.2013 r., P 26/11, OTK-A 2013/7, poz. 99, pkt 5.3. W wyroku tym (pkt 5.2) Trybunał zastrzegł jednakże, że „nie sam represyjny charakter administracyjnej kary pieniężnej, lecz nadmiernie lub drastycznie represyjny charakter tej kary może jej nadać w istocie naturę sankcji karnej sensu stricto. Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że niektórych sankcji administracyjnych nie można z powodu represyjności automatycznie zaliczyć do kar lub grzywn karnych, w szczególności nie można administracyjnych kar pieniężnych utożsamiać z grzywną (karą), a więc z instytucjami prawa karnego (por. wyrok TK z 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 30). Dopuszczalność stosowania administracyjnych kar pieniężnych o funkcji represyjnej, jako reakcji na naruszenie obowiązków ustawowych, nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Kary pieniężne, pełniąc między innymi lub niemal wyłącznie funkcję represyjną, mogą być konsekwencją wydanej decyzji administracyjnej (por. wyrok TK z 15 stycznia 2007 r., sygn. P 19/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 2)”¹⁹.

Można uznać także, że administracyjne kary pieniężne pełnią funkcję prewencyjną, gdyż wymierzanie takich sankcji administracyjnych prowadzi do ochrony wartości określonych przez normy prawa administracyjnego. Skoro wpływ z nich

¹⁵ D. Szumiło-Kulczycka, *Prawo...*, s. 28.

¹⁶ SK 75/06, OTK-A 2008/2, poz. 30.

¹⁷ H. Nowicki, *Sankcje administracyjne* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 7, *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 42–46.

¹⁸ I. Niżnik-Dobosz, *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym* [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011, s. 136.

¹⁹ Za: A. Wróbel, *Dział IV (a)* [w:] *Kodeks...*

zasilają różne budżety, a nawet fundusze administracyjne, kary pieniężne mogą też pełnić funkcję redystrybucyjną.

Możliwa do nałożenia, stosunkowo wysoka kara pieniężna ma przede wszystkim „odstraszyć” (prewencja) podmioty od działań sprzecznych z przepisami prawa i chronić bezpieczeństwo ludzi oraz mienia. Pełnią one również funkcje represyjne – kary za działanie niezgodne z prawem. Trzeba jednak zaznaczyć, że ustawodawca często nie określa dolnej granicy kary, stwarzając daleko posuniętą uznaniowość w działaniu organów administracji publicznej. Ponieważ w przypadku kary pieniężnej (administracyjnej) mamy do czynienia z odpowiedzialnością za skutek, którego przesłanki zostały określone w normach prawnych ustaw w formie nakazów i zakazów, wobec czego nie ma możliwości uwzględnienia winy i jej stopnia. W tej sytuacji mogą powstać wątpliwości co do wysokości nałożonej kary pieniężnej w konkretnym przypadku, a także mogą być w różnych województwach nakładane różne kary za podobne, niezgodne z prawem działania.

Administracyjne kary pieniężne mają często bardzo dużą rozpiętość, a także różne wyroki w podobnych sprawach. W państwie prawa, jak podkreśla Krzysztof Gruszecki, podstawowym warunkiem prawidłowości określonych rozwiązań jest precyzyjne ustalenie warunków decydujących o wysokości kary²⁰.

Kary pieniężne różnią się tym od kar za przestępstwa i wykroczenia, że są wymierzone przez organy administracji publicznej niezależnie od winy odpowiedzialnego, a nawet od zaistnienia szkody lub zagrożenia nią. Dlatego też tak ważne jest ustalenie okoliczności, które organ administracji publicznej powinien uwzględniać przy określeniu wysokości kary²¹.

Biorąc pod uwagę wysokość kar, może jednak budzić niepokój bardzo ogólnikowe sformułowanie zasad ich wymierzania. Przykładowo, wiele praktycznych wątpliwości powoduje możliwość uwzględniania współpracy z właściwymi organami prowadzącymi postępowanie „w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania”.

Dotychczasowe stosowanie kar pieniężnych, np. w dziedzinie ochrony środowiska, powoduje, że ich wymierzanie często oznaczają, po wyczerpaniu drogi administracyjnej, drogę sądową i różne stanowiska sądów administracyjnych. Można tu przytoczyć wyrok WSA w Poznaniu z 2.04.2014 r., II SA/Po 806/13, dotyczący charakteru kary pieniężnej za usunięcie drzewa²², wyrok NSA z 5.03.2013 r., II GSK 2301/11, dotyczący roli protokołu z kontroli jako dowodu w sprawach nałożenia kary²³, czy też wyrok WSA w Poznaniu z 12.03.2014 r., I SA/Po 807/13, dotyczący warunków wymierzania kary pieniężnej²⁴.

Kara pieniężna może być nałożona na osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, ale posiadające zdolność prawną.

²⁰ K. Gruszecki, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2019, s. 911 i n.

²¹ J. Ciechanowicz-McLean [w:] *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Z. Bukowski, J. Ciechanowicz-McLean, B. Rakoczy, komentarz do art. 298, Warszawa 2008 r. Autorka podkreśla, że w ustawie z 27.04.2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1219 r.) bardzo ogólnie ustalono szeroki zakres kar administracyjnych.

²² LEX nr 521565014.

²³ LEX nr 1296043.

²⁴ LEX nr 1446845.

Specyficzna sytuacja prawna występuje w przypadku podmiotów prowadzących działalność w formie powszechnej w Polsce i Europie spółki cywilnej. Zgodnie z ustawą – Prawo przedsiębiorców²⁵ przedsiębiorcą jest wspólnik spółki cywilnej. W wyroku z 4.07.2013 r. WSA w Poznaniu stwierdził, że w sytuacji, gdy naruszenie prawa można przypisać wspólnikom spółki cywilnej, w sprawie powinna być wydana jedna decyzja administracyjna skierowana łącznie do wszystkich wspólników, nakładająca jedną karę. Kara określona w takiej decyzji powinna mieścić się w granicach określonych w przepisie prawnym, a za jej uiszczenie są odpowiedzialni solidarnie wszyscy wspólnicy spółki cywilnej²⁶.

3. WŁOSKA ADMINISTRACYJNA KARA PIENIĘŻNA

Włoska Izba Deputowanych i Senat Republiki Włoskiej zatwierdziły prawo „LEGGE 24 novembre 1981, n. 689”, które określa zasady nakładania bądź wymierzania administracyjnej kary pieniężnej. Zgodnie z zasadą legalności (art. 1 ustawy nr 689 z 1981 r.) nikt nie może podlegać sankcjom administracyjnym, chyba że na mocy ustawy, która weszła w życie przed popełnieniem naruszenia. Przepisy przewidujące sankcje administracyjne obowiązują tylko w sprecyzowanych przypadkach i w określonych czasach.

Oficjalne wprowadzenie „przestępstwa administracyjnego” we Włoszech należy wiązać z wejściem w życie omawianej ustawy nr 689 z 24.11.1981 r., chociaż pewne rozwiązania prawne istniały już w sposób cząstkowy we wcześniejszych ustawach. Obowiązująca aktualnie ustawa wprowadziła kompleksowy system sankcji administracyjnych, przewidujący ogólne zasady, wyjątki, zastosowanie i kompetencje. Zaletą niniejszej ustawy jest wprowadzenie systemu para-karnego, wzorowanego na systemie karnym. Wraz z wejściem w życie tejże ustawy włoski prawodawca podjął się czynności poważnej dekryminalizacji kary i dokonał przekształcenia przestępstw w przestępstwa administracyjne. Ponadto, powierzył organom włoskiej administracji publicznej ustalenie przestępstwa administracyjnego i nałożenie odnośnej sankcji²⁷. Organy administracyjne prowadzą czynności z natury policyjne, ogólnie regulowane przez ustawę, a w kilku przypadkach według przepisów sektorowych, których uprawnienia mogą się różnić. Dotyczy to np. państwowych inspektorów pracy, organów podatkowych w urzędach skarbowych, które podlegają odrębnym zasadom, a także miejskich funkcjonariuszy policji lub policji stojącej na straży przestrzegania przepisów Kodeksu drogowego.

Włoskie prawo określa wyraźnie stosunek między minimalnymi i maksymalnymi limitami administracyjnej kary pieniężnej. Polega ona na zapłacie kwoty pieniężnej. Jasne jest zatem, że sankcje administracyjne mają na ogół charakter pieniężny, tj. wymagają zapłaty kwoty pieniężnej. W prawie włoskim są stałe lub ustalone między określonym minimum i maksimum. Pieniężne sankcje administracyjne, przewidziane w omawianym art. 10 ustawy nr 689 z 1981 r., mogą być dwójakiego rodzaju:

- stałego, który polega na wpłacie kwoty nie mniejszej niż 10 euro i nie większej niż 15 000 euro;

²⁵ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 1292 ze zm.).

²⁶ III SA/Po 2002/13, LEX nr 1362123.

²⁷ G. Bausilio, *Sistema sanzionario tributario*, Vicalvi 2016, s. 64.

- proporcjonalne, orzekane w zależności od dochodu ukaranego podmiotu, które nie mają limitu maksymalnego.

Omawiana proporcja między dochodem a sankcją została wprowadzana w 2009 r. z powodu nieskuteczności kary pieniężnej ze względu na warunki ekonomiczne sprawcy²⁸. Ustawa stanowi również, że z wyjątkiem spraw podatkowych wyraźnie ustanowionych ustawą, maksymalny limit pieniężnej kary pieniężnej nie może przekroczyć dziesięciokrotnego minimum za każde naruszenie.

Generalnie w celu zastosowania administracyjnej kary pieniężnej włoski prawodawca zezwala na zapłatę obniżonej kwoty nawet o połowę. Płatność musi być dokonana w ciągu 60 dni od natychmiastowego rozstrzygnięcia sporu lub od powiadomienia o szczegółach naruszenia. W przypadku braku zapłaty nakaz wydaje się wraz ze wzrostem sankcji²⁹.

Włoski ustawodawca ustanowił wyraźne kryteria stosowania administracyjnych kar pieniężnych. Zasada ogólna podaje, że przy wymierzaniu administracyjnej kary pieniężnej ustanowionej przez prawo między minimalnym limitem a maksymalnym limitem oraz w zastosowaniu opcjonalnych sankcji dodatkowych, należy mieć na uwadze wagę naruszenia, wysiłek poczyniony w celu eliminacji lub złagodzenia skutków naruszenia, a także osobowość i warunki ekonomiczne tego, kto popełnia administracyjne naruszenia³⁰.

Artykuł 11 ustawy nr 689 z 1981 r. stanowi zatem, że przy ustalaniu wysokości pieniężnej sankcji administracyjnej ustanowionej przez włoskie prawo pomiędzy minimalnym a maksymalnym limitem oraz w stosowaniu opcjonalnych dodatkowych sankcji, należy brać pod uwagę następujące kryteria:

- wagę naruszenia;
- działania podjęte przez podmiot w celu wyeliminowania lub złagodzenia skutków naruszenia;
- osobowość samego sprawcy;
- jego warunki ekonomiczne.

W zakresie zastosowania włoskiej administracyjnej kary pieniężnej ustalono, że postanowienia niniejszej zasady ogólnej należy przestrzegać, jeśli mają one zastosowanie i jeśli nie określono inaczej w odniesieniu do tych naruszeń, za które przewidziano odrębną administracyjną karę pieniężną. Nie stosuje się jednak tej zasady w przypadku naruszeń dyscyplinarnych³¹.

Również kolejne ustawy, takie jak dekret legislacyjny nr 758 z 19.12.1994 r. dotyczący pracy oraz dekret z mocą ustawy z 30.12.1999 r. nr 507 dotyczący drobnych wykroczeń, rozszerzyły zasadę dekryminalizacji kary administracyjnej³².

W każdym zakresie stosowania tej kary, sankcja administracyjna ma charakter naprawczy wobec podmiotu dokonującego naruszenia prawa lub – w każdym przypadku – sprawcy. Stwarza to bezpośrednią relację między podmiotem naruszającym

²⁸ Art. 44, comma 4 della legge 27 febbraio 2009, n. 14.

²⁹ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Turyn 2016, s. 129–130.

³⁰ Art. 11 LEGGE 24 novembre 1981, n. 689.

³¹ Art. 12 LEGGE 24 novembre 1981, n. 689.

³² G. Napolitano, *Manuale dell'illecito amministrativo*, Dogana 2013, s. 46–47.

a sankcją, w tym sensie, że sankcja dotyka go w bezpośredni sposób, a zatem ma niezwykle dotkliwą naturę i funkcję, a przede wszystkim wpływa na antyprawne zachowanie podmiotu³³.

Znaczące jest, że omawiana ustawa nr 689 z 1981 r. – podstawowe prawo w zakresie sankcji administracyjnych – przypomina retrybutywizm. Jest to bowiem instytucja zaczerpnięta z prawodawstwa karnego, które broni idei sprawiedliwego odwetu, zgodnie z którym istotą kary jest sprawiedliwa odpłata za wyrządzone zło, proporcjonalna do czynu i winy sprawcy. Karny charakter kary pieniężnej przewiduje art. 7 ustawy nr 689 z 1981 r.³⁴

Od ogólnej regulacji prawnej administracyjnej kary pieniężnej we Włoszech przewidziane są pewne wyjątki. Na przykład włoski Kodeks drogowy przewiduje dla zredukowanej płatności minimalną karę pieniężną. Jej niezapłacenie w terminie 60 dni oznacza automatycznie podwyższenie kary poprzez podwojenie minimalnej wysokości sankcji finansowej. Natomiast płatność w ciągu pięciu dni od daty wymierzenia kary pieniężnej wiąże się z redukcją o 30% kwoty (za wyjątkiem niektórych naruszeń)³⁵.

Podkreśla się, że słabością tej instytucji prawnej w prawie włoskim jest skuteczność administracyjnej kary pieniężnej i możliwości egzekucji teżej kary wobec nierzeczydów i obywateli spoza Unii Europejskiej.

4. PODSUMOWANIE

Uwzględniając stale wzrastający zasięg i wysokość administracyjnych kar pieniężnych, istotne wydaje się wprowadzenie rozwiązań zapewniających oskarżonym o popełnienie deliktu administracyjnego gwarancji wymienionych w Konstytucji RP i prawie Unii Europejskiej. Sądowa kontrola decyzji nakładających kary pieniężne powinna mieć charakter pełny i obejmować zarówno wady prawne rozstrzygnięcia, jak i ustalenia faktyczne stanowiące jego podstawę³⁶.

Problem ten dostrzegła także wcześniej ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów³⁷, zgodnie z którą od decyzji prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów również w zakresie kar pieniężnych wymierzanych przez organ administracji publicznej, zgodnie z art. 81 ust. 1 u.o.k.k., przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu ochrony konkurencji i konsumentów.

Można tu też sięgnąć do doświadczeń UE w zakresie kar pieniężnych, a także ograniczenia wysokości administracyjnych kar pieniężnych we Włoszech.

Szczególnie warto zwrócić uwagę na to, że włoski ustawodawca jasno i wyraźnie określił kryteria stosowania administracyjnych kar pieniężnych, a także ustanowił, iż przy wymierzaniu administracyjnej kary pieniężnej należy uwzględniać wagę naruszenia, działania podmiotu w celu eliminacji lub złagodzenia skutków naruszenia oraz warunki ekonomiczne tego, kto popełnia naruszenia administracyjne.

³³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Mediolan 2017, s. 362.

³⁴ E. Casetta, *Manuale...*, s. 362–363.

³⁵ D. Cirioli, A. Chiraluce, P. Zarattini, S. Liali, *Busta paga*, <https://www.bookrepublic.it/book/9788821746987-busta-paga-2014>, s. 396 (dostęp: 20.11.2017 r.).

³⁶ D. Szumiło-Kulczycka, P. Czarnecki, P. Balcer, A. Leszczyńska, *Analiza obrazu normatywnego deliktów administracyjnych*, Warszawa 2016, s. 161.

³⁷ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1076) – dalej u.o.k.k.

Nowelizację Kodeksu postępowania administracyjnego – dodanie Działu IVa – Administracyjne kary pieniężne na pewno należy uznać za krok w pozytywnym kierunku, nie jest to jednak rozwiązanie prawne, które można uznać za rozstrzygające wszystkie wątpliwości dotyczące kar pieniężnych wynikających ze stosunków administracyjnego prawa materialnego, jak również przesądzających o zakresie ich stosowania w prawie administracyjnym. Celowe wydaje się zatem podjęcie prac nad projektem całościowej ustawy dotyczącej administracyjnych kar pieniężnych, a także nad ograniczeniem wyjątków i odsyłañ stosowanych w ustawach prawa materialnego, zwłaszcza że obecny kasatoryjny system kontroli sądowej rozstrzygnąć organów administracji publicznej nie gwarantuje w wystarczającym stopniu konstytucyjnego prawa do sądu dla sprawcy deliktu administracyjnego, a prawo do sądu jest – jak podkreślał Trybunał Konstytucyjny – składową zasadą demokratycznego państwa prawnego³⁸.

Pozorna łatwość karania wyrokiem administracyjnym karami pieniężnymi i chęć zmuszenia podmiotów do postępowania zgodnego z prawem może w efekcie prowadzić do zdecydowanej przewagi represji nad prewencją, a nawet okazać się niesprawiedliwa i korupcyjogenna, a zatem niekorzystna dla organów administracji publicznej, które nie będą mogły w aktualnym stanie prawnym prowadzić postępowań w sposób budzący zaufanie jego uczestników do władzy publicznej.

Nie można zapominać, że rolą administracji publicznej, również w sferze zapobiegania naruszeniom prawa i szerzej przestępczości w sferze gospodarczej, nie powinien być wymiar sprawiedliwości, ale przede wszystkim pomoc, służenie obywatelom, wskazywanie prawidłowych wzorców zachowania i wdrażanie mechanizmów, które mają za cel powstrzymanie przed działaniami niezgodnymi z prawem. Stosowane przez administrację środki prewencji i przymusu muszą być transparentne, czytelne i jednoznaczne tak aby ich stosowanie nie naruszało zaufania do organów administracji publicznej i państwa.

Abstract

Helena Kisilowska, Grzegorz Zieliński, *Administrative Financial Penalties: Preventive and Repressive Functions*

Correct economic practice a common good that is protected by a properly constructed legal system. One of the consequences of non-compliance with administrative law provisions, in addition to the basic sanction of legal ineffectiveness, as provided for by laws, is administrative penalties imposed in the form by means of administrative decisions. These penalties are not imposed by courts, but by authorized public administration bodies. The article presents the dual nature of administrative fines: as a fair retribution for an act (moral retaliation) and as a form of suppressing the commission of similar acts in the future (prevention). It is pointed out that in the case of an administrative financial penalty, we are dealing with responsibility for the result, the conditions of which responsibility are specified in legal norms in the form of orders and prohibitions, and it is rather difficult – unlike in proceedings before courts – to take into account guilt, the degree of guilt, and the issue of intention or lack of intention, nor to alleviate the punishment or refrain from imposing it. As a thesis, the paper accepts that a financial penalty should primarily be an instrument of

³⁸ Postanowienie TK z 14.04.2004 r., SK 32/01, OTK-A 2004/4, poz. 35.

general prevention. The experience of Italian legislation is also used to formulate conclusions as to what legal solutions should be provided for.

The amendments to the Code of Administrative Procedure and the increasing presence in laws of financial penalties call for a more thorough assessment of the state of law, in particular in the context of the democratic rule-of-law state and the common good, trust in the state and its authorities, and the constitutional principles of proportionality and procedural justice.

Keywords: administrative financial penalties (fines), prevention

Streszczenie

Helena Kisilowska, Grzegorz Zieliński, Administracyjne kary pieniężne – funkcja prewencyjna i represyjna

Prawidłowy obrót gospodarczy jest dobrem wspólnym, które chroni prawidłowo skonstruowany system prawa. Przepisy prawa jako następstwo nieprzestrzegania prawa administracyjnego obok podstawowej sankcji bezskuteczności prawnej przewidują kary administracyjne nakładane w formie decyzji administracyjnej. Nie są to kary orzekane przez sądy, ale nakładane przez uprawnione organy administracji publicznej. W artykule przedstawiono dwoisty charakter administracyjnej kary pieniężnej: jako sprawiedliwej odpłaty za czyn (odwet moralny) oraz jako formy powstrzymania od popełnienia podobnych czynów w przyszłości (prewencja). Zwrócono uwagę, że w przypadku administracyjnej kary pieniężnej mamy do czynienia z odpowiedzialnością za skutek, którego przesłanki zostały określone w normach prawnych w formie nakazów i zakazów, i nie ma szerszych możliwości, charakterystycznych dla postępowania przed sądami, uwzględnienia winy, jej stopnia, kwestii umyślności czy nieumyślności, a także miarkowania czy uwolnienia od kary. Jako tezę przyjęto, że kara pieniężna powinna stanowić przede wszystkim instrument prewencji ogólnej. Formułując wnioski dotyczące rozwiązań prawnych de lege ferenda wykorzystano też doświadczenia ustawodawstwa włoskiego.

Nowelizacja Kodeksu postępowania administracyjnego i coraz szersza obecność w ustawach kar pieniężnych stwarza konieczność bardziej unikliwej oceny istniejącego stanu prawnego, zwłaszcza w kontekście demokratycznego państwa prawa i dobra wspólnego, zaufania do państwa oraz jego organów, a także konstytucyjnej zasady proporcjonalności i sprawiedliwości proceduralnej.

Słowa kluczowe: administracyjne kary pieniężne, prewencja

Literatura:

1. Bausilio G., *Sistema sanzionario tributario*, Vicalvi 2016;
2. Błachucki M. [red.] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, Warszawa 2015;
3. Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Mediolan 2017;
4. Ciechanowicz-McLean J. [w:] *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Z. Bukowski, J. Ciechanowicz-McLean, B. Rakoczy, Warszawa 2008;
5. Cirioli D., Chiraluce A., Zarattini P., Liali S., *Busta paga*, <https://www.bookrepublic.it/book/9788821746987-busta-paga-2014>;
6. Gruszecki K., *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2019;
7. Kisilowska H., Zieliński G., *Administracyjne kary pieniężne po nowelizacji Kodeksu postępowania administracyjnego*, Opolskie Studia Administracyjno-Prawne 2018, t. XVI, nr 1 (1);

8. Klat-Wertelecka L., *Sankcja egzekucyjna w administracji a kara administracyjna* [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011;
9. Napolitano G., *Manuale dell'illecito amministrativo*, Dogana 2013;
10. Niżnik-Dobosz I., *Aksjologia sankcji w prawie administracyjnym* [w:] *Sankcje administracyjne. Blaski i cienie*, red. M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki, Warszawa 2011;
11. Nowicki D.K., Peszkowski S., *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych* [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. M. Błachucki, Warszawa 2015;
12. Nowicki H., *Sankcje administracyjne* [w:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 7, *Prawo administracyjne materialne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012;
13. Przybysz P., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2017;
14. Szumiło-Kulczycka D., *Prawo administracyjno-karne*, Kraków 2004;
15. Szumiło-Kulczycka D., Czarnecki P., Balcer P., Leszczyńska A., *Analiza obrazu normatywnego deliktów administracyjnych*, Warszawa 2016;
16. Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Turyn 2016;
17. Wróbel A., *Dział IV (a)* [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. VIII, Warszawa 2018.

Justyna Włodarczyk-Madejska*

Efektywność środków izolacyjnych orzekanych wobec nieletnich**

1. WPROWADZENIE

Mierzenie efektów polityki kryminalnej ma znaczenie dla opisu zjawiska przestępczości, w tym przestępczości nieletnich. Niemniej, jak słusznie zauważa J. Błachut, wynik pomiaru może być różny zależnie od zastosowanej metody pomiaru i narzędzia¹. Analiza dostępnej literatury przekonuje, że nie istnieje jedna metoda i jedno narzędzie mierzenia efektywności oddziaływań prowadzonych wobec nieletnich, choć przedstawiciele różnych dyscyplin naukowych zwykle chętniej sięgają tylko po wybrane. Wśród prawników i kryminologów dominuje sposób pomiaru powrotności do przestępczości, u pedagogów z kolei podejście wychowawcze analizowane w kontekście zmian, jakie zaszły w zachowaniu, postawach i osobowości nieletnich.

Efektywność analizowana jest również na różnych poziomach: wewnętrznym i zewnętrznym lub mikro i makro. Do każdej z nich są wykorzystywane inne wskaźniki pomiaru. Efektywność wewnętrzna odnosi się do zmian, jakie nastąpiły w zachowaniu nieletniego podczas pobytu w placówce. Wskaźnikiem pomiaru może być tu m.in. liczba ucieczek. Efektywność zewnętrzna z kolei dotyczy zachowania nieletniego zarówno w trakcie udzielonych urlopów i przepustek, jak i po opuszczeniu placówki. Dla efektywności zewnętrznej trudno wskazać prosty wskaźnik pomiaru, bowiem jej zbadanie jest trudniejsze i „wymaga zaangażowania wielu instytucji o zasięgu ogólnopolskim”². Wydaje się, że jednym ze wskaźników mogłoby tu być przestrzeganie warunków udzielonego urlopu lub przepustki czy niepopelnienie przestępstwa już po opuszczeniu placówki.

W skali mikro efektywność sprowadza się do stosowanych metod i technik – ich adekwatności, ale i umiejętności osób odpowiedzialnych za dany proces. Uwagę zwraca się tu też na środki finansowe umożliwiające realizację założonego celu³.

* Dr Justyna Włodarczyk-Madejska jest adiunktem w Zakładzie Kryminologii w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Polska, ORCID 0000-0003-0734-6293, e-mail: wlodarczyk.madejska@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 7.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2020 r.

¹ J. Błachut, *Kryminologia a polityka kryminalna* [w:] *Po co nam kryminologia? Księga Jubileuszowa Profesora Ireny Rzeplińskiej*, red. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, P. Wiktorska, K. Buczkowski, Warszawa 2019, s. 57.

² J. Siemionow, *Niedostosowanie społeczne nieletnich: działania, zmiana, efektywność*, Warszawa 2011, s. 189.

³ A. Skuza, *Klimat społeczny polskiego zakładu poprawczego*, „Resocjalizacja Polska” 2012/3, s. 361.

W tym rozumieniu w badaniu efektywności przede wszystkim powinny zostać uwzględnione osoby odpowiedzialne za pracę z nieletnim. Skala makro z kolei odnosi się do polityki kryminalnej państwa, do stosunku społeczeństwa do przestępstwa, przestępcy, kary, ale i do funkcjonowania organów państwowych⁴. Efektywność w tym znaczeniu miałaby zdecydowanie szerszy kontekst, kreowany zarówno przez państwo, jak i społeczeństwo.

O efektywności pracy wychowawczej podejmowanej wobec nieletnich mówi się również w dwóch aspektach – pozytywnym i negatywnym. Aspekt pozytywny odnosi się do pracy podjętej w placówce mającej wpływ na wychowanie nieletniego, jego wykształcenie, zachowanie, postawy, motywacje, plany życiowe, czy jak mówi ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich: wszechstronny rozwój osobowości, uzdolnień nieletniego oraz kształtowanie i utrwalanie w nim społecznie pożądanej postawy i poczucia odpowiedzialności, tak by był on odpowiednio przygotowany do społecznie użytecznej pracy⁵. Aspekt negatywny z kolei oznacza brak popełnienia kolejnych przestępstw już po opuszczeniu placówki⁶.

Mając powyższe na względzie, należy podkreślić, że efektywność w niniejszym artykule analizuję⁷ jedynie w aspekcie negatywnym. Taki sposób pomiaru jest ważny przede wszystkim z zarządczego punktu widzenia. Nie uwzględnia natomiast większości istotnych kwestii, o których wspomniałam. Chcąc niejako uzupełnić ten brak w swoich analizach dotyczących powrotności do przestępstwa sięgam do charakterystyki nieletnich trafiających do placówek izolacyjnych, a zatem do młodzieżowych ośrodków wychowawczych lub do zakładów poprawczych⁸, środowisk, w jakich się wychowywali oraz popełnianych przez nich czynów. Charakterystyka ta pokazuje, z jaką młodzieżą pracują osoby zatrudnione w tych placówkach, jakimi zasobami – mieszkaniowymi, finansowymi, wychowawczymi – dysponowali badani i ich rodziny. Zaprezentowanie wyników poprzedzam z kolei krótką analizą danych statystycznych dotyczących środków orzekanych wobec nieletnich, opisem metodologii badania, jak i nieco bardziej szczegółowym omówieniem trudności związanych z pomiarem efektywności pracy podejmowanej w placówkach izolacyjnych dla nieletnich. Omówione w niniejszym artykule badanie jest klasycznym badaniem katamnesticznym wpisującym się w nurt badań longitudinalnych, inaczej podłużnych, obecnych w kryminologii od dawna, a wykorzystywanych do analizy ścieżek życiowych pewnej grupy osób przez długi czas – zwykle od kilku do kilkudziesięciu lat⁹.

⁴ A. Skuza, *Klimat...*

⁵ Art. 65 ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 969) – dalej u.p.n.

⁶ K. Drapała, R. Kulma, *Powrotność do przestępstwa nieletnich opuszczających zakłady poprawcze (raport z badań)*, „Prawo w Działaniu” 2014/19, s. 227.

⁷ Samodzielnie przeprowadziłam badania w 2015 i 2019 r. oraz przeanalizowałam uzyskane wyniki. Świadomie zatem w niniejszym artykule posługuję się pierwszą osobą liczby pojedynczej.

⁸ Pojęcie „środka izolacyjnego” zdefiniowałam m.in. na podstawie analizy europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 [Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.]) oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – por. J. Włodarczyk-Madejska, *Skazani na wychowanie. Stosowanie środków izolacyjnych wobec nieletnich*, Warszawa 2019, s. 10–13.

⁹ D. Woźniakowska-Fajst, *Nieletnie dziewczęta 10 lat później – badania katamnesticzne*, „Archiwum Kryminologii” 2011, t. XXXIII, s. 164.

2. ŚRODKI ORZEKANE WOBEC NIELETNICH NA PODSTAWIE DANYCH STATYSTYCZNYCH

O ile dostępne są dane ogólnopolskie dla powrotności nieletnich opuszczających zakłady poprawcze, o tyle nie ma podobnych danych w odniesieniu do wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych. W 2017 r. Najwyższa Izba Kontroli (dalej NIK) dokonała tego typu obliczeń, jednak tylko dla wybranych placówek¹⁰.

Sprawdzenie efektywności podejmowanych oddziaływań jest istotne pod kątem zmieniającej się od kilkunastu lat polityki orzeczniczej sądów, tj. spadku udziału orzekanego środka poprawczego przy jednoczesnym wzroście udziału stosowanych umieszczeń w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych. W 2017 r. do zakładów poprawczych zostało skierowanych 120 nieletnich, co stanowiło 0,5% wszystkich nieletnich, wobec których sąd orzekł stosowanie środków wychowawczych lub środka poprawczego, podczas gdy w 2010 r. liczba nieletnich z orzeczoną umieszczeniem w zakładzie poprawczym wynosiła 365 i stanowiła 0,9% ogółu orzeczeń. W przypadku młodzieżowych ośrodków wychowawczych (w tym również orzeczonych wraz z warunkowym zawieszeniem umieszczenia w zakładzie poprawczym) widoczny jest z kolei niemal systematyczny wzrost udziału z 3,5% w 2010 r. do 5,1% w roku 2017. Gdy jednak popatrzymy na wartości bezwzględne, to zobaczymy, że liczba nieletnich skierowanych do tego rodzaju placówki także się zmniejszyła z 1342 do 997 w analizowanym okresie. Trzeba jednak mieć na uwadze, że w latach 2010–2017 spadła również, i to aż o ponad 40% (z 38 876 do 23 028), liczba nieletnich prawomocnie osądzonych przez sąd. W kontekście omawianych zmian widoczna jest jeszcze jedna tendencja. Środek poprawczy jest coraz częściej orzekany w formie bezwzględnej, rzadziej w zawieszanej – w 2017 r. stosunek 56,6% do 43,4%, podczas gdy w 2010 r. proporcje te miały niemal dokładnie odwrotne wartości: 41,4% i 58,6%. Zmiana ta nie pozostaje bez znaczenia także dla stanu wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Spadek liczby orzekanego środka poprawczego w zawieszeniu oznacza jednocześnie zmniejszenie się liczby nieletnich, wobec których sąd zawieszając umieszczenie w zakładzie poprawczym orzekał o ich skierowaniu do młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Z danych statystycznych wynika bowiem, że młodzieżowy ośrodek wychowawczy orzekany jest w ok. 20–30% przypadków orzeczenia środka poprawczego z warunkowym zawieszeniem jego wykonania¹¹.

Analiza danych statystycznych pozwala przypuszczać, że najprawdopodobniej przyczyną zmniejszania się liczby wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych i zakładów poprawczych, jak i liczby wszystkich nieletnich trafiających przed sąd, jest niż demograficzny. O ile jeszcze w 2000 r. osoby do 18. roku życia stanowiły 25% liczby mieszkańców Polski, o tyle w 2017 r. odsetek ten wyniósł 18%¹².

¹⁰ W analizie uwzględniono 14 młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Badano powrotność do przestępstwa nieletnich, którzy opuścili ośrodki w latach 2002–2016 – por. *Działalność resocjalizacyjna młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Informacja o wynikach kontroli*, Najwyższa Izba Kontroli 2017, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,15816,vp,18331.pdf> (dostęp: 30.12.2019 r.).

¹¹ Opracowanie własne na podstawie danych statystycznych Krajowego Rejestru Karnego.

¹² Por. *Rocznik Demograficzny*, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa 2019, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/roczniki-statystyczne/roczniki-statystyczne/rocznik-demograficzny-2019,3,13.html> (dostęp: 14.11.2019 r.).

Sytuacja ta ma znaczenie dla funkcjonowania każdej z placówek przeznaczonych dla dzieci naruszających normy społeczne i prawne, w tym również i tych o charakterze izolacyjnym będących przedmiotem opracowania. W 2005 r. w Polsce było 27 zakładów poprawczych i 46 młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Obecnie liczby te wynoszą odpowiednio: 26 i 95. Oznacza to, że w ciągu kilkunastu lat liczba młodzieżowych ośrodków wychowawczych podwoiła się. Podwoiła się też liczba przebywających w nich wychowanków. Z kolei stan wychowanków zakładów poprawczych zmniejszył się o ponad 40%¹³. W konsekwencji jeden z zakładów został zamknięty. Inne z kolei obawiają się zamknięcia. Dla spadku orzekanego środka poprawczego znaczenie ma również struktura przesłanek inicjujących postępowanie wobec nieletniego. Przesłanką tą coraz częściej jest demoralizacja (w 2000 r. – 25%, 2010 r. – 41%, 2017 r. – 58%), a nie czyny karalne. Zmniejsza się zatem potencjalna grupa nieletnich mogących trafić do zakładu poprawczego. Jedną z obligatoryjnych przesłanek zastosowania tego środka jest bowiem popełnienie czynu karalnego określonego w art. 10 u.p.n. Nie należy również zapominać o nowych, negatywnych zachowaniach podejmowanych przez dzieci i młodzież za pośrednictwem internetu, jak choćby cyberbullying czy patostreaming. Z jednej strony są one trudniej wykrywalne, z drugiej zaś strony – wykryte mogą być najczęściej kwalifikowane jako przejawy demoralizacji, a nie czyny karalne, co bez wątpienia ma wpływ na obraz statystyczny zjawiska przestępczości nieletnich, definiowanej zarówno jako popełnianie czynów karalnych, jak i wykazywanie przejawów demoralizacji.

Trzeba także wspomnieć, że projekt nowej ustawy o nieletnich¹⁴ mającej docelowo zastąpić ustawę o postępowaniu w sprawach nieletnich z 1982 r., przewiduje utworzenie nowego rodzaju placówki – ośrodków wychowawczo-adaptacyjnych. Ośrodki te mają powstać wskutek przekształcenia niektórych zakładów poprawczych, co umożliwi zagospodarowanie dostępnej infrastruktury, ale również odpowiednie wykorzystanie pracującej tam kadry, przygotowanej do pracy z młodzieżą sprawiającą problemy.

W kontekście tych zmian istotne wydaje się pokazanie, na ile efektywne są działania podejmowane przez młodzieżowe ośrodki wychowawcze i zakłady poprawcze.

3. METODOLOGIA BADANIA

Metodą wykorzystaną do badania była analiza danych zastanych – informacji zamieszczonych w kartotece karnej i kartotece nieletnich Krajowego Rejestru Karnego (dalej KRK). Informacje te dotyczyły 397 nieletnich, wobec których w 2014 r. sąd orzekł prawomocnie o umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym lub w zakładzie poprawczym. Sprawy tych nieletnich zbadałam w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości (dalej IWS) w 2015 r. Była to próba reprezentatywna wylosowana na podstawie sygnatur spraw uzyskanych z KRK – wszystkich 232 zakończonych orzeczeniem środka poprawczego (w formie bezwzględnej, jak i z warunkowym zawieszeniem wykonania), oraz dobranych losowo 200 spraw z orzeczonym umieszczeniem

¹³ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Ministerstwa Edukacji Narodowej.

¹⁴ Strona Rządowego Centrum Legislacji, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/12321373/12577437/12577438/dokument385846.pdf> (dostęp: 13.11.2019 r.).

w młodzieżowym ośrodku wychowawczym. Taki dobór był podyktowany znaczną dysproporcją orzeczeń każdego z tych środków. Łącznie do IWS wpłynęło 371 z 432 wylosowanych spraw. Zbadałam 370¹⁵ z nich. Stąd też dysponuję obszernym materiałem badawczym dostarczającym wiedzy o nieletnich, ich funkcjonowaniu w środowisku, ich rodzicach i warunkach w jakich się wychowywali, popełnionych czynach lub wykazywanych przejawach demoralizacji, które stanowiły podstawę umieszczenia w placówce izolacyjnej. Po 5 latach od wydanych orzeczeń sprawdziłam, czy nieletni ci figurują w rejestrach KRK. W tym celu, na podstawie posiadanych danych, przygotowałam indywidualne zapytania o karalność dla wszystkich 397 przypadków, które w dalszej kolejności zostały przekazane do weryfikacji. Po otrzymaniu informacji zwrotnej, przygotowałam klucz do kodowania zapytań o karalność, składający się z czterech grup pytań. W pierwszej gromadziłam podstawowe informacje o osobie, ale i dane ogólne o tym, czy nieletni figuruje w KRK, a jeśli tak, to w której kartotece – kartotece karnej, kartotece nieletnich po osądzeniu z 2014 r., w każdej z nich czy też w żadnej. Było to pytanie filtrujące do następnych bloków pytań. Kolejny bowiem dotyczył tylko tych nieletnich, którzy pojawili się w kartotece nieletnich. W tej grupie znalazły się pytania o liczbę orzeczeń, daty wydania pierwszego i ostatniego orzeczenia, liczbę popełnionych czynów, rodzaj popełnionych czynów oraz rodzaj zastosowanych środków. Trzecia grupa pytań dotyczyła skazań w okresie dorosłości, w tym: liczby skazań, daty pierwszego oraz ostatniego skazania, liczby popełnionych czynów, recydywy, rodzaju czynów popełnionych w dorosłości oraz rodzaju stosowanych kar. W tej grupie pytań szczególną uwagę zwróciłam na orzekane bezwzględne kary pozbawienia wolności, wykonane kary pozbawienia wolności w zawieszeniu, jak i orzeczone zastępcze kary pozbawienia wolności. W podsumowaniu tej grupy gromadziłam krótkie informacje na temat przestępczej historii nieletniego, próbując zakwalifikować go do grupy osób trudniących się przestępstwem i takich, których skazania można uznać za jednorazowe. Ostatni blok pytań dotyczył skazań przez sądy zagraniczne – liczby skazań, państwa skazującego oraz rodzaju popełnionych czynów.

Informacje zgromadzone w ramach analizy kart karnych zakodowałam do bazy danych, którą utworzyłam w 2015 r. na podstawie materiału z badania aktowego. Finalnie otrzymałam historie życia 397 osób. Nie sposób w tym miejscu opisać każdą z nich. Dlatego też opisuję je zbiorczo, skupiając się jedynie na wybranych zagadnieniach: danych ogólnych dotyczących powrotności do przestępstwa, opisie nieletnich powracających do przestępstwa, środowisk w jakich funkcjonowali, przestępczości w okresie nieletniości i dorosłości, rodzaju stosowanych kar. Poprzedzam je jednak krótkim przedstawieniem problemów związanych z pomiarem efektywności analizowanych środków, zasygnalizowanym już we wprowadzeniu.

4. PROBLEMY ZWIĄZANE Z POMIAREM EFEKTYWNOŚCI

Z pomiarem efektywności wiąże się kilka kluczowych kwestii. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że praca wychowawcza (czy resocjalizacyjna) podejmowana w placówkach izolacyjnych jest trudna. W literaturze bywa określana również jako

¹⁵ Jedna nie spełniała kryterium założeń próby i została odrzucona. W sprawie tej sąd orzekł wobec nieletniego środek nieizolacyjny.

żmudna, długotrwała, wielowymiarowa, stąd problemy sprawia także zdefiniowanie kryteriów pomiaru jej efektywności¹⁶. Informacje z Krajowego Rejestru Karnego, choć stanowią jedno z najprostszych wskaźników pomiaru efektywności, nie pozwalają na pełną analizę tego zagadnienia. Nie są to dane kompletne. Niefigurowanie w tym rejestrze nie musi wcale oznaczać funkcjonowania zgodnego z obowiązującymi normami, a jedynie skuteczne ukrywanie się lub nieskuteczne działanie organów ścigania¹⁷. Trzeba również zaznaczyć, że sukcesem po opuszczeniu placówki nie jest sam fakt niefigurowania w kartotece karnej, a umiejętność prowadzenia samodzielnego życia, osiągnięcie pewnego poziomu funkcjonowania i rozwoju¹⁸. Jak słusznie piszą Marcin Wolny i Piotr Kładoczny o osobie, która po opuszczeniu placówki zamieszkuje stale w schronisku dla osób bezdomnych nie możemy powiedzieć, że odniosła sukces, mimo że nie figuruje ona w KRK¹⁹. W kategorii sukcesu nie można też postrzegać losów wychowanka, który po opuszczeniu placówki założył rodzinę i stosuje wobec niej przemoc, a jego brak figurowania w KRK wynika jedynie z obaw żony przed zawiadomieniem organów ścigania o popełnieniu przestępstwa. Takich sytuacji można wymieniać bez liku. Z pewnością mają miejsce i odwrotne – osób, które figuruje w KRK, ale co do których można powiedzieć, że odniosły sukces. M. Wolny i P. Kładoczny podają jako przykład osobę, która założyła rodzinę i znalazła pracę, a skazanie w KRK dotyczy posiadania nieznacznej ilości środków odurzających. Jeszcze bardziej wyraźnym przykładem może być spowodowanie przez byłego wychowanka – męża i ojca, pracownika dużej firmy – nieumyślnie wypadku w ruchu drogowym. Sukcesu byłych wychowanków zakładów poprawczych i młodzieżowych ośrodków wychowawczych nie można zatem mierzyć prostą miarą powrotności do przestępczości. Jest to z pewnością informacja o ich życiu i funkcjonowaniu. Trzeba jednak pamiętać, że sam fakt figurowania bądź nie w KRK nie oznacza sukcesu lub jego braku²⁰. Dlatego raz jeszcze warto przypomnieć, że efektywność w niniejszym artykule postrzegana jest jedynie przez pryzmat komponentu negatywnego – braku powrotności do przestępczości.

Taki sposób pomiaru efektywności, choć – jak już wspomniałam – najbardziej popularny wśród prawników i kryminologów, nieraz spotkał się z krytyką środowiska naukowego. Jako zarzuty podnoszono brak uwzględnienia przyczyn ponownego popełnienia przestępstwa czy warunków środowiskowych oraz ciężaru gatunkowego samego przestępstwa²¹. Krytykuje się również pominięcie zmiennej stopniowości

¹⁶ R. Opora, *Ekspertyza „systemy resocjalizacji nieletnich w wybranych krajach Europy i Stanach Zjednoczonych”*, załącznik do raportu *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 75; Z. Bartkiewicz, *Efektywność resocjalizowania nieletnich w zakładzie poprawczym i wychowawczym*, Lublin 1987, s. 5.

¹⁷ Z. Ostrowska, *Prognoza recydywy nieletnich* [w:] *Prognozowanie kryminologiczne*, red. A. Krukowski, Warszawa 1975, s. 131.

¹⁸ R. Opora, *Ekspertyza...*, s. 75.

¹⁹ M. Wolny, P. Kładoczny, *Reintegracja wychowanków placówek resocjalizacyjnych. Uwagi o charakterze systemowym*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2018, s. 13, <http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/12/raport-reintegracja.pdf> (dostęp: 30.12.2019 r.).

²⁰ Por. także S. Batawia, H. Kołakowska, A. Strzembosz, S. Szelhaus, *Wyniki badań dalszych losów nieletnich i młodocianych recydywistów (Katamnezy w 443 przypadkach)*, „Państwo i Prawo” 1965/4, s. 562. Autorzy ci piszą, że: „mimo braku danych o dokonywaniu przez nich [badanych] przestępstw” tryb życia niektórych z nich, ich stosunek do pracy nie pozwala na zaliczenie ich do grupy osób poprawionych.

²¹ Wypowiedź prof. dra hab. Marka Konopczyńskiego. Notatka z paneli ekspertów zorganizowanych przez NIK 19.11.2008 r. (omówienie najważniejszych problemów funkcjonowania zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich oraz założeń do programu kontroli) i 17.07.2009 r. (omówienie wstępnych wyników kontroli) – załącznik nr 5.5. do raportu „Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania zakładów poprawczych

efektów resocjalizacji. Pomiaru tej zmiennej, zdaniem Zdzisława Bartkowicza, można dokonać jedynie przy użyciu mierników psychopedagogicznych, a to wymaga diagnozy nieletniego pod kątem jego demoralizacji (tudzież wykoślenia). Do diagnozy tej niezbędne jest wykorzystanie wystandaryzowanych i znormalizowanych narzędzi psychologicznych oraz pedagogicznych. Ten sposób badania efektywności jest wykorzystywany dość rzadko²², jest bowiem bardziej praco- i czasochłonny²³. Do alternatywnych miar efektywności resocjalizacji nieletnich trzeba też zaliczyć te wymieniane przez Lesława Pytkę, w tym: „poziom społecznego funkcjonowania w środowisku otwartym, np. założenie rodziny, zachowanie ciągłości pracy i nauki, rzeczywista zmiana stylu życia byłego przestępcy” oraz „korzystna ewolucja psychiczna jednostki, mierzona testami osobowości (np. zmniejszenie poziomu agresywności, eliminacja zachowań patologicznych, obronnych itp.)”²⁴. Mierniki te mają ze sobą wiele wspólnego, bowiem pozytywne zmiany osobowościowe mają znaczenie dla poprawnego funkcjonowania człowieka²⁵. Podkreśla się również, że wskaźnik powrotności do przestępstwa, choć z pewnością jest ważny dla organizacji i zarządzania systemem wymiaru sprawiedliwości dla nieletnich, to niewiele mówi o skuteczności wychowania w placówce. Odnosi się bowiem tylko do jednego zadania prewencyjnego – mianowicie odstraszenia od ponownego popełnienia przestępstwa²⁶. Takiej metodzie pomiaru sprzeciwiają się również sami wychowawcy placówek izolacyjnych. Już w badaniu L. Pytki z 1986 r. wychowawcy zakładu poprawczego mówili, że sukcesu resocjalizacyjnego nie można mierzyć tylko kryterium powrotności do przestępstwa. Wychowawcy bowiem nie są w stanie kontrolować m.in. jednego czynnika mającego wpływ na taki pomiar efektywności, mianowicie środowiska do jakiego nieletni wraca. Stąd obok tej miary konieczne jest uwzględnienie trzech innych podejść: psychologiczno-etycznego (poziomu usamodzielnienia, odpowiedzialności życiowej), behawioralno-pedagogicznego (realizacji obowiązku szkolnego, wykonywania poleceń), społeczno-kulturalnego (podjęcia pracy zawodowej, przestrzegania obowiązujących norm)²⁷. Wnioski te znajdują swoje miejsce także w badaniach przeprowadzonych ponad 30 lat później wśród pracowników placówek izolacyjnych dla nieletnich²⁸.

Należy również zauważyć, że analizy przeprowadzone na potrzeby niniejszego artykułu dostarczają nieco więcej informacji, aniżeli po prostu odpowiedzi na pytanie, czy nieletni widnieją w rejestrach KRK, a jeśli tak, to jaki jest odsetek figurujących wśród ogółu badanych. Zgromadzony materiał z badania aktowego, ale także bardzo szczegółowa analiza kart karnych 397 przypadków dostarcza dużo więcej wiedzy w tym zakresie.

i schronisk dla nieletnich”, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2009. Podobne stanowisko zajął R. Sadowski – były dyrektor Schroniska dla Nieletnich i Zakładu Poprawczego w Warszawie-Falenicy zlikwidowanego w 2019 r.

²² Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 5–6. Badania takie w latach 70. XX w. przeprowadzili m.in. K. Pospiszyl i J. Szałański – por. K. Pospiszyl, *Psychologiczna analiza wadliwych postaw społecznych młodzieży*, Warszawa 1973; J. Szałański, *Resocjalizacja w zakładzie poprawczym*, Warszawa 1978.

²³ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 5–6.

²⁴ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 47.

²⁵ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 47.

²⁶ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 52, 60.

²⁷ L. Pytka, *Sukces i porażka w resocjalizacji nieletnich (Analiza pedagogiczna wypowiedzi wychowawców)*, „Szkoła Specjalna” 1986/1(132), t. XLVII, s. 16–24.

²⁸ J. Włodarczyk-Madejska, *Wykonywanie środków izolacyjnych orzeczonych wobec nieletnich*, „Archiwum Kryminologii” 2020/2, t. XLII.

Z pewnością warto zwrócić uwagę na środowisko do jakiego nieletni wraca. I choć KRK nie zawiera takich informacji, to w pewnym zakresie wiedzę tę uzupełnia badanie aktowe przeprowadzone w IWS w 2015 r. Można powiedzieć, że w ciągu pięciu lat od analizy akt (spraw zakończonych w 2014 r.) środowiska rodzinne nieletnich mogły ulec zmianie. Można również przypuszczać, że wychowankowie opuszczają placówkę po uzyskaniu pełnoletniości (jeśli chodzi o młodzieżowe ośrodki wychowawcze), a nawet po ukończeniu 21. roku życia (w przypadku zakładów poprawczych), a to oznacza, że każdy z nich mógł rozpocząć samodzielne życie w środowisku innym, niż środowisko wychowania. Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości pokazują jednak, że w 2018 r. tylko 17% nieletnich zostało skreślonych z listy wychowanków zakładów poprawczych z uwagi na ukończony wiek 21 lat²⁹. Podobna przesłanka, a zatem ukończenie 18. roku życia w przypadku wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych, ma miejsce w 34% przypadków³⁰. Oznacza to, że tylko co piąty wychowanek zakładu poprawczego³¹ i co trzeci – młodzieżowego ośrodka wychowawczego mógłby rozpocząć samodzielne życie. Pozostali powinni wrócić z placówki pod opiekę osoby pełnoletniej – rodzica lub opiekuna prawnego. Z badania ankietowego przeprowadzonego przez Najwyższą Izbę Kontroli wśród wychowanków zakładów poprawczych wynika z kolei, że 85% z opuszczających zakłady poprawcze powróciło do wcześniejszego środowiska i zamieszkało w domu rodziców (opiekunów prawnych), 15% z kolei zamieszkało u dalszej rodziny, w hotelu robotniczym bądź internacie szkolnym. Tylko pojedynczy wychowankowie zamieszkałi u chłopaka lub dziewczyny. Jeszcze rzadziej, bo w jednym przypadku, miejscem zamieszkania było samodzielne mieszkanie. Można zatem uznać, że analiza środowiska wychowania będzie stanowiła w miarę rzetelne źródło wiedzy o środowisku do którego nieletni wraca.

W kontekście niniejszego artykułu ważne jest również zagadnienie pomocy udzielanej wychowankom opuszczającym placówki, jak i ich aktywność po wyjściu z placówki. Danych takich dostarczają m.in. raporty NIK. Wynika z nich, że 76% wychowanków opuszczając zakłady poprawcze miało ustanowionego tzw. opiekuna usamodzielnienia, przy czym najczęściej, bo w 83%, był to członek najbliższej rodziny. Dla 15% wychowanków opiekunem był pracownik Powiatowego Centrum Pomocy Rodzinie, z kolei dla 2% – pracownik opuszczanego zakładu. Można przypuszczać, że 24% wychowanków niemających opiekuna usamodzielnienia, to najprawdopodobniej osoby, które opuściły zakład przed uzyskaniem pełnoletniości. Programy usamodzielnienia kierowane są bowiem tylko do wychowanków mających ukończony 18 rok życia, którzy w placówce resocjalizacyjnej przebywali co najmniej jeden rok³². Jeśli chodzi o aktywność byłych wychowanków zakładów poprawczych, to 50% podjęło pracę zawodową bezpośrednio po opuszczeniu

²⁹ Sprawozdanie Ministerstwa Sprawiedliwości MS-ZN26p z ewidencji wychowanków w zakładzie poprawczym za 2018 r.

³⁰ M. Wolny, P. Kładoczny, *Reintegracja...*, s. 11. Dane dotyczą lat 2012–2016. Zgodnie z ustaleniami NIK w tym czasie młodzieżowe ośrodki wychowawcze opuściło 4227 wychowanków. Według raportu NIK z 2018 r. odsetek ten wyniósł dokładnie 33,5% (s. 13 raportu). Por. także badanie J. Siemionow, *Niedostosowanie...*, s. 124 – na 33 wychowanków skreślonych, w 5 przypadkach powodem było ukończenie 18. roku życia w czasie trwania roku szkolnego i przerwanie nauki.

³¹ Dane statystyczne nie pozwalają na wyróżnienie innych kategorii wiekowych, stąd nie wiemy, ilu nieletnich opuszcza zakłady poprawcze po uzyskaniu pełnoletniości.

³² Por. art. 88 ustawy z 12.03.2014 r. o pomocy społecznej (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1507 ze zm.).

zakładu, 11% kontynuowało naukę i pracowało, 2% z kolei podjęło pracę dorywczą. W znalezieniu pierwszej pracy wychowankowie w więcej niż co drugim przypadku byli zdani sami na siebie. Pomoc w tym zakresie ze strony zakładu poprawczego otrzymało tylko 4% z nich. W blisko co trzecim przypadku pomocna okazała się rodzina. Warto jednak wspomnieć, że problemem w znalezieniu pracy, aż w 30% przypadków, było ujawnienie faktu bycia w przeszłości wychowankiem zakładu poprawczego. Respondenci zostali również poproszeni o ocenę pobytu w zakładzie dla ich startu w dorosłe i samodzielne życie. Co drugi badany pobyt ten ocenił pozytywnie, twierdząc, że w zakładzie nauczył się szacunku do pracy, ale i brania odpowiedzialności za swoje postępowanie. Łatwiej było mu zrozumieć niewłaściwość swojego zachowania przed trafieniem do placówki, ale i dostrzec potrzeby innych ludzi. W grupie osób, które oceniły pobyt negatywnie 6% uznało, że pobyt w zakładzie nie nauczył ich niczego nowego, a wręcz przeciwnie – zdemoralizował jeszcze bardziej i spowodował eskalację nienawiści do innych³³. Można przypuszczać, że te 50% wychowanków zakładów poprawczych oceniających dobrze pobyt w placówce, to w większości właśnie ci, którzy po wyjściu znaleźli pracę lub kontynuowali naukę. Zaabsorbowanie, jak i zaangażowanie w inne działania, zgodnie z teorią więzi społecznych Trávisa Hirschiego, być może stało się powodem, dla którego nie uwikłali się oni ponownie w konflikt z prawem³⁴. Podobne, choć nieco bardziej zadowalające wyniki dotyczą wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Spośród 418, którzy w latach 2012–2016 opuścili ośrodek 48,1% podjęło pracę, 35,9% kontynuowało naukę, 17,5% z kolei zarówno uczyło się, jak i pracowało. Wobec 33,3% badanych nie zanotowano żadnej ze sprawdzanych aktywności. Z raportu NIK wynika, że wśród nieletnich, którzy podejmowali pracę lub naukę więcej było osób, które zostały skreślone z listy wychowanków ośrodka w wyniku osiągnięcia pełnoletniości. Tę obserwację dość łatwo wytłumaczyć m.in. programem usamodzielniania wychowanka i warunkami związanymi z otrzymywaniem świadczenia pieniężnego, w tym np. obowiązkiem kontynuowania nauki³⁵. Program ten został opracowany dla 91% (196) wychowanków badanych przez NIK, którzy spełniali przesłanki formalne, a zatem m.in. ukończyli 18 rok życia. W raporcie NIK czytamy: „właściwie opracowany program usamodzielniania, systematyczny nadzór nad jego realizacją, a także wprowadzenie w nim w miarę potrzeby korekt, mogą zadecydować o sukcesie, czy też porażce prowadzonego w ośrodkach procesie resocjalizacji”³⁶. Opiekunem usamodzielniania były również często osoby z najbliższego otoczenia, w tym też pracownik socjalny (52%), jak i pracownicy ośrodków (48%). Okazuje się jednak, że na 94 pracowników ośrodka 93 z nich zobowiązało się do pełnienia funkcji opiekuna jedynie do momentu opuszczenia przez nieletniego ośrodka. Oznacza to, że co drugi nieletni, wobec którego program został opracowany, faktycznie – w chwili opuszczenia ośrodka – pozostawał bez pomocy opiekuna i był zdany sam na siebie. Więcej niż co drugi

³³ Badanie przeprowadzono wśród 117 wychowanków, tj. 19% wszystkich (632), którzy w latach 2007–2008 opuścili kontrolowane placówki (załącznik nr 5.3. do raportu NIK *Informacja o wynikach...*). Warto mieć również na uwadze, że byli wychowankowie zakładów poprawczych i młodzieżowych ośrodków wychowawczych należą do grupy wiekowej popełniającej najwięcej przestępstw.

³⁴ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 128–129.

³⁵ *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 13.

³⁶ *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 36.

badany po wyjściu z placówki (129, tj. 60%) zgłosił się do ośrodka pomocy rodzinie³⁷, przy czym w stosunku do 34 osób z tej grupy realizacja programu została wstrzymana z uwagi na brak kontaktu badanego z ośrodkiem pomocy rodzinie. Najczęściej realizacja programu polegała na udzieleniu pomocy pieniężnej w związku z kontynuacją nauki czy zagospodarowaniem.

W ocenie efektywności stosowanych środków należałoby również uwzględnić zachowanie i postawę nieletniego w trakcie wykonywania środka, ale i rodzaj oraz częstość popełniania kolejnych czynów. Dane w kartach karnych pozwalają tylko na częściową analizę zachowania nieletniego w trakcie realizacji orzeczonego środka. W niektórych przypadkach bowiem pojawiły się informacje co do wykonania orzeczonych w nieletniości środków, w tym m.in. zmiany zastosowanego środka (na łagodniejszy lub surowszy), warunkowego przedterminowego zwolnienia z zakładu poprawczego lub zarządzenia wykonania warunkowo zawieszonego środka poprawczego. Te informacje dają pewien pogląd na zachowanie nieletniego od wydania w 2014 r. prawomocnego orzeczenia o umieszczeniu w placówce izolacyjnej. Dzięki nim możliwe było stwierdzenie u niektórych z nich progresu (10 osób) lub regresji (7 osób). Za zmianę pozytywną uznałam zamianę umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym na nadzór kuratora oraz warunkowe przedterminowe zwolnienie z zakładu poprawczego. Zmianą negatywną było z kolei zarządzenie wykonania warunkowo zawieszonego środka poprawczego. Karty karne zawierają dużo więcej informacji, mówiąc ogólnie, o przestępczości badanych – a zatem o rodzajach popełnianych przestępstw, datach wydania i uprawnomocnienia się wyroków oraz orzekanych karach i środkach karnych, w przypadku sprawców widniejących w kartotece nieletnich natomiast – popełnianych czynach karalnych (lub wykazywanych przejawach demoralizacji), datach wydanych i uprawnomocnionych orzeczeń oraz rodzajach zastosowanych środków – wychowawczych lub środka poprawczego. Wszystkie te zmienne zostały uwzględnione w badaniu.

Prawdą natomiast jest, że przeprowadzone badanie nie dostarcza wiedzy o przyczynach popełniania przestępstw. Przyczyn tych nie sposób zidentyfikować choćby badaniem kolejnych spraw karnych. Jedynym sposobem na pozyskanie takich danych wydaje się badanie jakościowe – indywidualne wywiady pogłębione. Z uwagi na ochronę danych osobowych takie badanie byłoby jednak niemożliwe do zrealizowania. Możliwe byłoby dotarcie do osób odbywających karę pozbawienia wolności, ale grupa ta – jak pokazują wyniki badania – nie jest dość liczna. Wobec 62 osób (tj. 35% figurujących w KRK) sądy przynajmniej raz orzekły bezwzględną karę pozbawienia wolności, z kolei w stosunku do kolejnych 29 została wykonana kara pozbawienia wolności w zawieszeniu lub orzeczono wobec nich zastępczą karę pozbawienia wolności albo karę aresztu. Oznacza to, że 91 ze 177 (tj. 51%) badanych najprawdopodobniej przynajmniej raz znalazło się w zakładzie karnym. W trakcie analizy kart karnych – na podstawie daty uprawnomocnienia się orzeczenia oraz wymiaru orzeczonej kary – uznałam, że 49 osób na moment weryfikacji w Krajowym Rejestrze Karnym odbywało karę pozbawienia wolności, a to już

³⁷ W raporcie NIK ośrodek pomocy rodzinie rozumiany jest jako jedna z następujących instytucji: powiatowe centrum pomocy rodzinie (PCPR), miejski ośrodek pomocy rodzinie (MOPR) lub miejski ośrodek pomocy społecznej (MOPS).

tylko niespełna 28% ogółu będących w kręgu mojego zainteresowania. Okazuje się zatem, że również i ten sposób nie umożliwiał wiarygodnego poznania przyczyn uwikłania się ponownie w konflikt z prawem całej badanej próby³⁸.

5. WYNIKI PRZEPROWADZONYCH ANALIZ

5.1. Dane ogólne

Po pięciu latach od orzeczenia w nieletniości prawomocnego środka izolacyjnego, blisko 45% badanych nieletnich figurowało w Krajowym Rejestrze Karnym. Oznacza to, że niemal co drugi powrócił do przestępstwa. Należy jednak zaznaczyć, że powrotność ta mierzona była zarówno popełnieniem przestępstwa w dorosłości, jak i kolejnym prawomocnym osądzeniem – po 2014 r. – w okresie nieletniości. Dlatego też poddałam weryfikacji zarówno karty karne, jak i kartotekę nieletnich. Wynika z nich, że zdecydowana większość, bo 167 osób pojawiło się tylko w kartotece karnej. Czterech badanych oprócz skazania w dorosłości miało też ponowny konflikt z prawem w okresie nieletniości. Sześciu z kolei figurowało tylko w kartotece nieletnich.

Tabela 1 Figurowanie w KRK a rodzaj środka zastosowanego w nieletniości (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		
			Tak	Nie	Ogółem
Rodzaj zastosowanego środka	Młodzieżowy ośrodek wychowawczy	N	70	111	181
		%	38,7%	61,3%	100,0%
	Zakład poprawczy z zawieszeniem	N	16	25	41
		%	39,0%	61,0%	100,0%
	Zakład poprawczy bez zawieszenia	N	91	84	175
		%	52,0%	48,0%	100,0%
Ogółem		N	177	220	397
		%	44,6%	55,4%	100,0%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Rodzaj stosowanych w nieletniości środków różnicuje wartość podanego odsetka. Największą powrotność, bo sięgającą 52% zanotowałam w grupie nieletnich, co do których sąd orzekł umieszczenie w zakładzie poprawczym w formie bezwzględnej. Najmniejsza powrotność – niemal na takim samym poziomie 39% – charakteryzuje osoby, wobec których w nieletniości sąd zastosował izolacyjny środek wychowawczy lub zawiesił wykonanie środka poprawczego. Wyniki te są zbieżne z ustaleniami Ministerstwa Sprawiedliwości i Najwyższej Izby Kontroli

³⁸ Co nie oznacza, że takie badania nie były robione. Przykładowo, Maciej Muskała zbadał 17 osób, które odstąpiły od przestępczości po wyjściu z zakładu karnego. Część respondentów została wskazana przez kuratorów, pozostali – metodą kuli śniegowej – przez poprzednich rozmówców (Maciej Muskała, „Odstąpienie od przestępczości” w *teorii i praktyce resocjalizacyjnej*, Poznań 2016, s. 227–228).

(o czym bardziej szczegółowo w dalszej części niniejszego opracowania), co dodatkowo potwierdza reprezentatywność badanej grupy. Poprzestając tylko na takich danych, można by jednoznacznie stwierdzić, że najmniej efektywnym środkiem jest umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym, a najbardziej efektywnym zastosowanie dwóch pozostałych środków wymienionych w tabeli 1. Stwierdzenia o nieefektywności środków izolacyjnych, czy większej efektywności środków wolnościowych można z łatwością odnaleźć w literaturze³⁹. W mojej opinii, są one zbyt uproszczone i z pewnością nie uwzględniają praktyki stosowanych środków, jak i charakterystyki nieletnich trafiających do każdej z tych placówek. Stosowanie środków charakteryzuje bowiem gradacja. W pierwszej kolejności sądy, co do zasady, stosują środki nieizolacyjne jak upomnienie, zobowiązanie do określonego zachowania czy orzeczenie nadzoru kuratora. Środki izolacyjne, co również potwierdzają dane statystyczne omówione we wprowadzeniu, stosowane są rzadko i raczej jako kolejne, zgodnie z katalogiem środków wymienionych w art. 6 u.p.n. Praktyka stosowania środków pokazuje jednocześnie skalę i nasilenie problemów, z jakimi mają do czynienia sądy na etapie orzekania, oraz inne instytucje – na etapie wykonywania orzeczonego środka. Dla efektywności zatem ma znaczenie podmiot, wobec którego są prowadzone oddziaływania. Im bardziej izolacyjny środek jest stosowany, tym większa skala problemów stwarzanych przez nieletnich⁴⁰. Oznacza to, że w placówkach izolacyjnych mamy do czynienia z najtrudniejszą młodzieżą, przy czym do zakładów poprawczych trafia młodzież najtrudniejsza z najtrudniejszej, co ma oczywiście znaczenie dla podejmowanej pracy i jej efektywności. Potwierdzają to wyniki badania aktowego. Nietelni skierowani w 2014 r. do zakładów poprawczych (środek orzeczony w formie bezwzględnej lub z warunkowym zawieszeniem jego wykonania) stwarzali bowiem więcej problemów aniżeli młodzież skierowana do młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Szczegółowy opis badanej próby znajduje się w raporcie pt. „Stosowanie środka wychowawczego w postaci umieszczenia w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych oraz środka poprawczego przez sądy rodzinne i nieletnich w świetle danych statystycznych i badań aktowych”⁴¹. W tym miejscu natomiast warto raz jeszcze wskazać na główne różnice między grupą nieletnich z zastosowanym umieszczeniem w młodzieżowym ośrodku wychowawczym a grupą z orzeczonym środkiem poprawczym. Nietelni skierowani do zakładów poprawczych częściej powtarzali klasy (o blisko 13 punktów procentowych [dalej p.p.] więcej) i zachowywali się agresywnie zarówno na terenie szkoły – wobec nauczycieli i rówieśników, jak i w domu – wobec rodziny. Zdecydowanie częściej korzystali z wszelkiego rodzaju używek: alkoholu (różnica 13,1 p.p.), narkotyków (różnica 25,8 p.p.), dopalaczy (różnica 8 p.p.). Niemal dwukrotnie częściej popełniali czyny karalne. Doświadczenie wcześniejszego kontaktu z sądem

³⁹ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 51; J. Siemionow, *Niedostosowanie...*, s. 97–99 (jak pisze Justyna Siemionow pod koniec lat 70. ub. w. zarówno Władysław Czajka, jak i Stanisław Jedlewski wskazywali, że oddziaływania w warunkach zakładu poprawczego nie przynoszą oczekiwanych efektów); L. Pytka, *Sukces...*, s. 14.

⁴⁰ O większej skuteczności stosowanych środków nieizolacyjnych por. m.in. L. Tyszkiewicz, E. Januszewska, M.J. Lubelski, P. Stępiak, *Skuteczność środków penalnych stosowanych wobec młodzieży*, Warszawa 1992, s. 173–199. Por. też Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 51.

⁴¹ https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/W%C5%82odarczyk-Madejska-J_Stosowanie-%C5%9Brodka-wychowawczego.pdf (dostęp: 30.12.2019 r.).

dla nieletnich w tej grupie było większe. W przypadku spraw o demoralizację różnica wynosiła ok. 10 p.p., ale w odniesieniu do czynów karalnych było to już 27,4 p.p. Ten wcześniejszy kontakt z sądem przekładał się z pewnością na rodzaj i liczbę stosowanych uprzednio środków wychowawczych. Stąd też wobec nieletnich skierowanych do zakładów poprawczych sądy częściej stosowały: upomnienie (różnica ok. 5,6 p.p.), zobowiązanie do określonego postępowania (różnica 10,3 p.p.), nadzór kuratora (21,5%), ale przede wszystkim umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym. Okazuje się bowiem, że blisko połowa nieletnich z orzecznym w 2014 r. środkiem poprawczym, to najprawdopodobniej byli wychowankowie młodzieżowych ośrodków wychowawczych – pewna wątpliwość wynika z faktu, że owszem wiemy, że sąd orzekł wobec nich tego rodzaju środek, brakuje nam z kolei informacji co do tego, czy środek ten został wykonany. Wątpliwość tę potwierdza choćby fakt, że tylko co drugi nieletni skierowany do młodzieżowego ośrodka wychowanego faktycznie zostaje do niego doprowadzony⁴². Ta krótka charakterystyka pozwala stwierdzić, że skala problemów stwarzanych przez grupę nieletnich z orzecznym środkiem poprawczym była na tyle duża, iż niewystarczające okazały się oddziaływania podejmowane przez inne osoby czy instytucje.

Poza tym dane przedstawione w tabeli 1 przekonują niejako, że skuteczniejsze od samego umieszczenia w zakładzie poprawczym jest pogróżenie zastosowaniem tego środka, czyli orzeczenie jego zawieszanej formy. I znów skuteczność, czy też tytułowa efektywność nie zależy tak bardzo od stosowanego środka, ile od młodzieży, w stosunku do której środek ten jest wykonywany. Zakład poprawczy w zawieszeniu jest z pewnością łagodniejszy niż orzekany bezwzględnie, a to znów oznacza, że nieletni, wobec których sąd stosuje tego rodzaju środek, nie byli na tyle zdemoralizowani, by skierować ich bezpośrednio do placówki poprawczej. Warto jednak wspomnieć, że na etapie wykonywania środka poprawczego w zawieszeniu, sąd zweryfikował swoje poprzednie orzeczenie i w 11 przypadkach (na 41) zarządził wykonanie warunkowo zawieszonego środka poprawczego. I tak 4 z tych 11 osób figuruje w rejestrze KRK.

Odsetki te, jak już wspomniałam, są dość mocno zbieżne z ustaleniami Najwyższej Izby Kontroli, z których wynika, że 58% nieletnich, którzy w latach 2001–2008 opuścili 16 wybranych zakładów poprawczych powróciło do przestępczości⁴³. Z kolei powrotność nieletnich opuszczających wybrane młodzieżowe ośrodki wychowawcze w latach 2012–2016 wyniosła 32%⁴⁴. Trzeba jednak pamiętać, że są to wartości średnie. Przykładowo, różnice w odsetku byłych wychowanków zakładów poprawczych popadających po raz kolejny w konflikt z prawem sięgały od 14,4% do 87,5%. Najniższe wartości dotyczyły zakładów poprawczych dla dziewcząt, najwyższe – zakładów resocjalizacyjnych zamkniętych i o wzmożonym nadzorze wychowawczym. Oznacza to, że wychowanków zakładów poprawczych otwartych i półotwartych cechowała mniejsza powrotność do przestępstwa. Podobne ustalenia płyną z badań zagranicznych. A.P. Sealy i Ch. Bankst po analizie

⁴² *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 32.

⁴³ Załącznik nr 5.4. do raportu NIK *Informacja o wynikach...*

⁴⁴ *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 10.

200 nieletnich opuszczających londyńskie zakłady poprawcze stwierdzili, że niższe wskaźniki recydywy dotyczą nieletnich z zakładów otwartych⁴⁵.

Sama analiza danych statystycznych pokazuje, że kobiety rzadziej popełniają przestępstwa⁴⁶, co potwierdza choćby zdecydowanie mniejsza liczba zakładów karnych dla kobiet czy zakładów poprawczych dla dziewcząt. Ścieżki życiowe dziewcząt po opuszczeniu placówek izolacyjnych dla nieletnich, jak wynika z opinii wychowawców tychże placówek, są niekiedy wręcz podobne – wiele z nich zakłada rodzinę, co wiąże się dla nich z możliwością uzyskania wsparcia finansowego⁴⁷, ale również daje poczucie zakotwiczenia i szansę niewkraczania ponownie na drogę przestępstwa⁴⁸. Niższą powrotność do przestępczości wśród dziewcząt potwierdzają też ustalenia innych autorów. Przykładowo, z badania Ireny Rzeplińskiej wynika, że na 771 nieletnich, którzy trafili przed sąd dla nieletnich w wieku 13–16 lat (w 2000 r.), 16,5% dziewcząt i 46,2% chłopców po pięciu latach od badanej sprawy (w 2005 r.) figurowali w KRK za ponowne popełnienie przestępstwa⁴⁹. W badaniach byłych wychowanków zakładów poprawczych – Katarzyny Drapały i Romana Kulmy – okazało się, że po opuszczeniu placówki poprawczej do przestępczości powróciło 81% chłopców i 29% dziewcząt⁵⁰. Podobne wnioski płyną z badania przestępczości dziewcząt przeprowadzonego przez Dagmarę Woźniakowską-Fajst. Dziewczęta skazane w okresie dorosłości stanowiły 17,6% badanej próby⁵¹.

Odnosząc się natomiast do rodzaju zakładu poprawczego, trzeba pamiętać, że zakłady poprawcze o charakterze zamkniętym czy o wzmószonym nadzorze przeznaczone są dla wychowanków szczególnie trudnych, których postawa i zachowanie w innym zakładzie, w tym co najmniej dwukrotne ucieczki, uzasadniały potrzebę przeniesienia do innego zakładu (zakłady resocjalizacyjne zamknięte) lub u których stwierdzono zaburzenia lub dysfunkcje wymagające wzmózonej pracy wychowawczej i terapeutycznej (zakłady o wzmószonym nadzorze wychowawczym)⁵².

Bez wątpienia w tego rodzaju analizach powinno się również uwzględniać zarówno czas pobytu w placówce, jak i okres po opuszczeniu placówki. Przykładowo, za optymalny czas pobytu w zakładzie poprawczym uznaje się okres do 2 lat⁵³.

⁴⁵ A.P. Sealy, Ch. Bankst, *Social maturity, training, experience and recidivism among British Borstal boys*, "British Journal of Criminology" 1971/11(3), s. 245–264 za: A. Bartkiewicz, *Efektywność...*, s. 55.

⁴⁶ Por. m.in. statystyki KRK. W 2017 r. kobiety stanowiły 12% wśród ogółu osób skazanych. O przestępczości kobiet i dziewcząt w wybranych teoriach kryminologicznych por. także D. Woźniakowska-Fajst, *Przestępczość kobiet i dziewcząt – wybrane teorie kryminologiczne*, "Archiwum Kryminologii" 2008, t. XXIX–XXX, s. 239–252. O zjawisku *gender gap in crime* por. również M. Grzyb, E. Habzda-Siwek, *Płeć a przestępczość. O problemie dysproporcji płci wśród sprawców przestępstw z użyciem przemocy*, "Archiwum Kryminologii" 2013, t. XXXV, s. 95–135.

⁴⁷ J. Włodarczyk-Madejska, *Wykonywanie...*

⁴⁸ J. Włodarczyk-Madejska, *Wykonywanie...*

⁴⁹ I. Rzeplińska, *Sylwetki społeczne nieletnich – późniejszych dorosłych sprawców przestępstw*, "Archiwum Kryminologii" 2008, t. XXIX–XXX, s. 409–415.

⁵⁰ K. Drapała, R. Kulma, *Powrotność do przestępczości nieletnich opuszczających zakłady poprawcze (raport z badań)*, "Prawo w Działaniu" 2014/19, s. 237–238.

⁵¹ D. Woźniakowska-Fajst, *Powrotność przestępczości nieletnich dziewcząt a rodziny wieloproblemowe* [w:] *Zmiana i kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości*, K. Buczkowski, W. Klaus, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, Warszawa 2017, s. 133.

⁵² § 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 17.10.2001 r. w sprawie zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 487).

⁵³ Zdaniem Zdzisława Bartkiewicza przebywanie w placówce powyżej 3 lat sprzyja powrotności do przestępczości (Z. Bartkiewicz, *Efektywność...*, s. 51). Z badania tego autora wynika z kolei, że po roku pobytu nie udało się zaobserwować znaczących zmian w osobowości, zachowaniu, postawach wychowanków zakładu poprawczego i ośrodka szkolno-wychowawczego.

Okres ten, zdaniem K. Drapały i R. Kulmy, pozwala „skutecznie wpływać na postawy wychowanka”. Autorzy ci jednocześnie uznali, że przy dłuższych pobytach wychowankowie już nic nie przyswajają w placówkach⁵⁴. Z raportu NIK wynika natomiast, że istnieje zależność między czasem jaki upłynął od opuszczenia placówki a wskaźnikiem powrotności do przestępstwa. Widoczna jest tu tendencja wzrostowa. Im dłużej wychowankowie byli poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym, tym większy odsetek z nich dopuszczał się przestępstw. Mimo że dla grupy opuszczającej młodzieżowe ośrodki wychowawcze w latach 2012–2013 odsetek powrotności wyniósł 32%, to wśród osób, które placówkę opuściły najwcześniej – czyli w 2012 r. – odsetek ten wyniósł 60%⁵⁵.

5.2. Charakterystyka badanej próby

Badani, którzy powrócili do przestępczości to głównie chłopcy (94,4%), którzy w chwili popełnienia czynów karalnych, będących podstawą orzeczenia w nieletniości środka izolacyjnego, mieli 16 lat (42%); w co trzecim przypadku uzależnieni od alkoholu lub innych środków odurzających (31,7%), zamieszkujący w miastach małych i średnich do 100 000 mieszkańców (50,8%). Analizując zdecydowanie wyższy odsetek udziału mężczyzn w grupie figurującej w KRK, trzeba mieć na uwadze, że stanowili oni 80,4% próby badanej w 2015 r. Stąd też warto zobaczyć, ile w ogóle dziewcząt i chłopców popełniło przestępstwa w okresie dorosłości. Z danych zamieszczonych w tabeli 2 wynika, że na 78 badanych w nieletniości dziewcząt 11 figurowało w KRK, tj. 14,1%. W przypadku chłopców wygląda to następująco: na 319 badanych 166, tj. 52% uwickało się w konflikt z prawem po raz kolejny.

W literaturze podkreśla się związek między wiekiem w chwili popełnienia pierwszego czynu karalnego w nieletniości a powrotnością do przestępstwa. Im inicjacja ta nastąpiła wcześniej, tym odsetek powracających jest wyższy. Potwierdzają to choćby badania Ewy Żabczyńskiej. Z grupy 10- do 11-letnich osób mających sprawy w sądzie dla nieletnich o kradzież, po 10 latach 84% figurowała w rejestrach KRK⁵⁶. Podobne ustalenia płyną z publikacji Stefana Lelenta – najwyższa powrotność została zanotowana w najmłodszych grupach badanych⁵⁷.

Przeprowadzone przeze mnie badania nie pozwalają na dokonanie podobnej analizy. Zbierałam bowiem dane o wieku w chwili popełnienia czynu będącego podstawą zastosowania środka izolacyjnego. Dla większości badanych nie był to pierwszy kontakt z sądem, jednak materiał zgromadzony w aktach badanych spraw nie pozwolił na identyfikację wieku w chwili pierwszego czynu. Niemniej jednak analiza wieku w chwili czynu zakończonego zastosowaniem środka izolacyjnego w kontekście powrotności do przestępczości pokazuje, że najwyższa powrotność dotyczy osób, które w chwili czynu miały 16 lat (60%) i starszych. Wśród 64 badanych poniżej 15. roku życia do przestępstwa powrócił co czwarty badany.

⁵⁴ K. Drapała, R. Kulma, *Powrotność...*, s. 215.

⁵⁵ *Działalność resocjalizacyjna...*, s. 10.

⁵⁶ E. Żabczyńska, *Przestępczość dzieci: etiologia i rozwój*, Warszawa 1983.

⁵⁷ S. Lelental, *Efektywność umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego w świetle wyników badań*, Łódź 1987, s. 23.

Wiek w chwili czynu miał najprawdopodobniej znaczenie dla długości pobytu w placówce. Można przypuszczać, że osoby najmłodsze przebywały w placówce najdłużej, stąd ich możliwości popełnienia przestępstw po opuszczeniu placówki były mniejsze niż choćby sprawców 16-letnich.

Tabela 2 Dane ogólne (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Płeć	Kobieta	N	11	67	78
		%	6,2%	30,5%	19,6%
	Mężczyzna	N	166	153	319
		%	93,8%	69,5%	80,4%
Wiek w chwili popełnienia czynu w nieletniości	Poniżej 15 lat	N	16	48	64
		%	10,2%	29,1%	19,9%
	15 lat	N	40	49	89
		%	25,5%	29,7%	27,6%
	16 lat	N	66	44	110
		%	42,0%	26,7%	34,2%
	17 lat ⁵⁸	N	35	24	59
		%	22,3%	14,5%	18,3%
Czy jest uzależniony?	Tak	N	20	11	31
		%	31,7%	15,5%	23,1%
	Nie	N	43	60	103
		%	68,3%	84,5%	76,9%
Miejsce zamieszkania	Wieś	N	33	45	78
		%	18,6%	20,5%	19,6%
	Miasto do 100 000 mieszkańców	N	90	106	196
		%	50,8%	48,2%	49,4%
	Miasto powyżej 100 000 mieszkańców	N	54	69	123
		%	30,5%	31,4%	31,0%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Jeśli porównamy problemy stwarzane przez badanych w szkole, to okazuje się, że między grupą figurującą a niefigurującą w KRK w zasadzie nie ma znaczących różnic. Ci, którzy mieli ponowny konflikt z prawem trochę częściej powtarzali klasy (różnica 7,2 p.p.) i zachowywali się agresywnie wobec nauczycieli i rówieśników (różnice odpowiednio: 4,1 oraz 6,5 p.p.). Z kolei wśród niefigurujących widzimy wyższe odsetki w dwóch kategoriach: wagarowania i uzyskiwania słabych wyników w nauce (różnice: 3,6 i 8,9 p.p.).

⁵⁸ Kategoria uwzględnia również czyny zabronione zakwalifikowane jako demoralizacja.

Tabela 3

Problemy w szkole (N=397)

			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Powtarzanie klas	Nie	N	50	78	128
		%	28,7%	35,9%	32,7%
	Tak	N	124	139	263
		%	71,3%	64,1%	67,3%
Wagarowanie	Nie	N	40	42	82
		%	23,0%	19,4%	21,0%
	Tak	N	134	175	309
		%	77,0%	80,6%	79,0%
Słabe wyniki w nauce	Nie	N	70	68	138
		%	40,2%	31,3%	35,3%
	Tak	N	104	149	253
		%	59,8%	68,7%	64,7%
Agresja wobec nauczycieli	Nie	N	106	141	247
		%	60,9%	65,0%	63,2%
	Tak	N	68	76	144
		%	39,1%	35,0%	36,8%
Agresja wobec rówieśników	Nie	N	89	125	214
		%	51,1%	57,6%	54,7%
	Tak	N	85	92	177
		%	48,9%	42,4%	45,3%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Nieco bardziej widoczne różnice wynikają z analizy zachowania w nieletniości, ale poza terenem szkoły. Można powiedzieć, że ci, którzy powrócili do przestępczości, częściej korzystali ze wszelkiego rodzaju używek i popełniali czyny karalne. Trzeba mieć jednak świadomość, że różnice w obu grupach nie są znaczne. W przypadku spożywania alkoholu i dopalaczy wynoszą one po 3,9 p.p. Jeśli zaś chodzi o używanie narkotyków i popełnianie czynów karalnych, to różnice między grupą figurujących i niefigurujących przekraczają 10 p.p. Gdy przyjrzymy się uważnie danym zawartym w tabeli 4, to zauważymy, że w grupie osób niepowracających do przestępczości uzyskaliśmy wyższe odsetki dla pewnych zachowań w okresie nieletniości jak: stwarzanie problemów wychowawczych (różnica 5,9 p.p.), ucieczki z domu lub placówki (12,9 p.p.), agresywne zachowanie (1,2 p.p.). Z prostej analizy wynikałoby, że zachowania te tworzą pewien zespół czynników ochronnych. Tymczasem trzeba uznać, że wszystkie negatywne zachowania w okresie nieletniości mogą być czynnikami ryzyka dla przestępczości w dorosłości. Ich uaktywnienie się zależy jednak od warunków w jakich one występują – rodzinnych i środowiskowych,

ale także osobistych i finansowych. Właściwe wydaje się również przypuszczenie, że w grupie osób powracających do przestępczości (część z nich to wychowankowie zakładów poprawczych) skala problemów była na tyle poważna – narkotyki i czyny karalne, że sąd dla nieletnich nie skupiał się na tych bardziej ogólnych i być może mających mniejsze znaczenie dla orzekanego w nieletniości środka izolacyjnego, jak właśnie stwarzanie problemów wychowawczych.

Tabela 4 Problemy nieletnich poza szkołą (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Problemy wychowawcze	Nie	N	70	74	144
		%	39,5%	33,6%	36,3%
	Tak	N	107	146	253
		%	60,5%	66,4%	63,7%
Ucieczki z domu	Nie	N	102	99	201
		%	57,6%	45,0%	50,6%
	Tak	N	75	121	196
		%	42,4%	55,0%	49,4%
Alkohol	Nie	N	56	78	134
		%	31,6%	35,5%	33,8%
	Tak	N	121	142	263
		%	68,4%	64,5%	66,2%
Narkotyki	Nie	N	88	137	225
		%	49,7%	62,3%	56,7%
	Tak	N	89	83	172
		%	50,3%	37,7%	43,3%
Dopalacze	Nie	N	146	190	336
		%	82,5%	86,4%	84,6%
	Tak	N	31	30	61
		%	17,5%	13,6%	15,4%
Popęłnianie czynów karalnych	Nie	N	77	126	203
		%	43,5%	57,3%	51,1%
	Tak	N	100	94	194
		%	56,5%	42,7%	48,9%
Zachowania agresywne	Nie	N	86	104	190
		%	48,6%	47,3%	47,9%
	Tak	N	91	116	207
		%	51,4%	52,7%	52,1%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Tabela 5 Przestępczość w nieletniości (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Popelniony czyn	Przeciwno życiu i zdrowiu	N	33	34	67
		%	20,9%	20,4%	20,6%
	Przeciwno mieniu	N	100	84	184
		%	63,3%	50,3%	56,6%
	Przeciwno wolności	N	6	15	21
		%	3,8%	9,0%	6,5%
	Inne	N	19	34	53
		%	12,0%	20,4%	16,3%
Liczba popelnionych czynów	1	N	54	60	114
		%	34,4%	35,9%	35,2%
	2	N	24	32	56
		%	15,3%	19,2%	17,3%
	3	N	15	16	31
		%	9,6%	9,6%	9,6%
	4 i więcej	N	64	59	123
		%	40,8%	35,3%	38,0%
Motyw popelnionego czynu	Chuligański	N	21	23	44
		%	11,9%	10,5%	11,1%
	Chuligański/materialny	N	31	25	56
		%	17,5%	11,4%	14,1%
	Materialny	N	57	58	115
		%	32,2%	26,4%	29,0%
	Seksualny	N	3	4	7
		%	1,7%	1,8%	1,8%
	Zabawa	N	0	1	1
		%	0,0%	0,5%	0,3%
	Zemsta	N	0	2	2
		%	0,0%	0,9%	0,5%
Nieletni w chwili czynu	Trzeźwy	N	45	52	97
		%	25,4%	23,6%	24,4%
	Nietrzeźwy	N	7	10	17
		%	19,4%	25,6%	22,7%
		N	29	29	58
		%	80,6%	74,4%	77,3%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Przestępczość w okresie nieletniości była podobna w obu grupach. Udział w niej czynów przeciwko życiu i zdrowiu był niemal taki sam (różnica 0,5 p.p.). W grupie powracających do przestępczości, czyny skierowane przeciwko mieniu stanowiły znacznie wyższy odsetek ogółu (różnica 13 p.p.), podczas gdy czyny przeciwko wolności częściej pojawiały się w grupie osób niefigurujących w KRK. Liczba popełnionych w nieletniości czynów, będących podstawą zastosowania środka izolacyjnego, także nie różnicuje badanych grup. Najwyższy odsetek powracających stanowili ci, którzy dopuścili się co najmniej czterech czynów karalnych, ale różnica między figurującymi a niefigurującymi z taką liczbą czynów jest niewielka (52% do 48%). Można także powiedzieć, że grupy te nie różni motyw popełnianych czynów. W obu grupach najczęściej miał on charakter chuligański i materialny, na co z pewnością ma wpływ rodzaj przestępczości dominujący wśród badanych – przeciwko mieniu (w tym również i rozbój). W literaturze podkreśla się, że istotnym czynnikiem jest alkohol – nie tylko jego spożywanie, ale i popełnianie przestępstw pod jego wpływem⁵⁹. W 75 przypadkach, na podstawie analizy akt spraw, udało się ustalić, czy nieletni w chwili popełnianego czynu był trzeźwy. I choć analiza samych wartości procentowych pozwala zauważyć, że w grupie figurujących w KRK czyny w nieletniości częściej były popełniane w stanie nietrzeźwości (różnica: 6,2 p.p.), to wartości bezwzględne pokazują, iż różnice te tak naprawdę są minimalne. Wśród 36 figurujących stan nietrzeźwości w czasie czynu odnotowałam w 29 przypadkach, w grupie niefigurujących sytuacja ta dotyczyła też 29 na 39 analizowanych.

Badani, którzy nie figurują w KRK, to częściej osoby o znikomym doświadczeniu z sądem rodzinnym – w okresie nieletniości mieli tylko jedną sprawę zakończoną właśnie w 2014 r. orzeczeniem środka izolacyjnego (różnica 2,1 p.p.) lub też mimo prowadzonych spraw sąd nie stosował wobec nich wcześniej żadnych środków (różnica 3 p.p.). Powód spraw w okresie nieletniości jest w zasadzie podobny dla obu grup. Na podstawie danych w tabeli 6 można jedynie zauważyć, że wśród osób, które powróciły do przestępczości, nieco częściej były takie, dla których powodem kontaktu z sądem dla nieletnich przed rokiem 2014 były popełniane czyny karalne, rzadziej natomiast demoralizacja (różnice odpowiednio: 1,0 i 2,5 p.p.).

Jeśli porównamy częstość stosowanych w nieletniości środków wychowawczych, to okazuje się, że jest ona wyższa dla grupy figurującej w KRK (z wyjątkiem nadzoru odpowiedzialnego rodziców). O ile dla środków takich jak upomnienie czy zobowiązanie do określonego postępowania różnice między grupami są niewielkie (0,9 i 1,3 p.p.), o tyle dość wyraźnie plasują się one dla dwóch kolejnych – nadzoru kuratora oraz umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym (różnice: 16,7 i 14,3 p.p.). Wyniki te w pewnym stopniu wyjaśnia już omówiony wcześniej wyższy odsetek powrotności do przestępstwa wychowanków zakładów poprawczych. Rzadko kiedy środek ten jest stosowany jako pierwszy w życiu nieletniego. Zwykle jest to jedno z ostatnich orzeczeń sądu dla nieletnich, poprzedzone wcześniejszym stosowaniem innych środków, w tym właśnie nadzoru kuratora czy też umieszczenia w izolacyjnej placówce wychowawczej.

⁵⁹ H. Kolakowska-Przełomiec, *Nieletni sprawcy zbrodni (początki kariery przestępczej)*, Warszawa 1990, s. 84.

Tabela 6 Wcześniejszy kontakt z sądem (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Nieletni nie miał wcześniej spraw w sądzie rodzinnym	Nie	N	159	191	350
		%	91,4%	89,3%	90,2%
	Tak	N	15	23	38
		%	8,6%	10,7%	9,8%
Nieletni miał wcześniej sprawę o demoralizację	Nie	N	110	130	240
		%	63,2%	60,7%	61,9%
	Tak	N	64	84	148
		%	36,8%	39,3%	38,1%
Nieletni miał wcześniej sprawy o czyny karalne	Nie	N	130	162	292
		%	74,7%	75,7%	75,3%
	Tak	N	44	52	96
		%	25,3%	24,3%	24,7%
Wcześniejszy środek – upomnienie	Nie	N	150	185	335
		%	84,7%	85,6%	85,2%
	Tak	N	27	31	58
		%	15,3%	14,4%	14,8%
Wcześniejszy środek – zobowiązanie do określonego postępowania	Nie	N	141	175	316
		%	79,7%	81,0%	80,4%
	Tak	N	36	41	77
		%	20,3%	19,0%	19,6%
Wcześniejszy środek – nadzór odpowiedzialny rodziców	Nie	N	169	206	375
		%	95,5%	95,4%	95,4%
	Tak	N	8	10	18
		%	4,5%	4,6%	4,6%
Wcześniejszy środek – nadzór kuratora	Nie	N	59	108	167
		%	33,3%	50,0%	42,5%
	Tak	N	118	108	226
		%	66,7%	50,0%	57,5%
Wcześniejszy środek – umieszczenie w MOW	Nie	N	123	181	304
		%	69,5%	83,8%	77,4%
	Tak	N	54	35	89
		%	30,5%	16,2%	22,6%
Wobec nieletniego nie stosowano żadnych środków	Nie	N	161	190	351
		%	91,0%	88,0%	89,3%
	Tak	N	16	26	42
		%	9,0%	12,0%	10,7%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Tabela 7 Środowisko wychowawcze (N=397)					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Rodzina nieletniego	Pełna	N	101	122	223
		%	57,4%	55,7%	56,5%
	Inne osoby, instytucje	N	27	45	72
		%	15,3%	20,5%	18,2%
	Samotne wychowanie	N	48	52	100
		%	27,3%	23,7%	25,3%
Środki opiekuńcze w rodzinie	Nie	N	121	134	255
		%	68,4%	62,0%	64,9%
	Tak	N	56	82	138
		%	31,6%	38,0%	35,1%
Warunki mieszkaniowe	Dobre/bardzo dobre	N	25	41	66
		%	20,8%	27,7%	24,6%
	Przeciętne: stary dom/ mieszkanie wyposażone w podstawowe sprzęty	N	75	89	164
		%	62,5%	60,1%	61,2%
	Złe/bardzo złe	N	20	18	38
		%	16,7%	12,2%	14,2%
Dochody rodziny	Poniżej minimalnego wynagrodzenia	N	14	16	30
		%	16,5%	15,2%	15,8%
	Od 1287 zł do 2700 zł (średnia krajowa 2014 r.)	N	42	60	102
		%	49,4%	57,1%	53,7%
	Powyżej 2700 zł	N	29	29	58
		%	34,1%	27,6%	30,5%
Ojciec nieletniego	Pracuje	N	70	81	151
		%	49,6%	50,9%	50,3%
	Nie pracuje	N	36	49	85
		%	25,5%	30,8%	28,3%
	Nie żyje	N	35	29	64
		%	24,8%	18,2%	21,3%
Wyszktałcenie ojca	Niepełne podstawowe	N	2	0	2
		%	1,8%	0,0%	0,8%
	Podstawowe	N	35	40	75
		%	31,3%	31,5%	31,4%
	Średnie	N	7	15	22
		%	6,3%	11,8%	9,2%
	Zawodowe	N	66	67	133
		%	58,9%	52,8%	55,6%
	Wyższe	N	1	4	5
		%	0,9%	3,1%	2,1%
	Inne	N	1	1	2
		%	0,9%	0,8%	0,8%

Tabela 7 cd.

Środowisko wychowawcze (N=397)

			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Matka nieletniego	Pracuje	N	67	85	152
		%	41,4%	43,8%	42,7%
	Nie pracuje	N	90	99	189
		%	55,6%	51,0%	53,1%
	Nie żyje	N	5	10	15
		%	3,1%	5,2%	4,2%
Wykształcenie matki	Podstawowe	N	65	73	138
		%	43,6%	42,7%	43,1%
	Średnie	N	20	34	54
		%	13,4%	19,9%	16,9%
	Zawodowe	N	58	56	114
		%	38,9%	32,7%	35,6%
	Wyższe	N	6	8	14
		%	4,0%	4,7%	4,4%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Struktura rodziny była podobna w obu grupach. Wyniki analizy przekonują jednak, że wychowywanie przez inne osoby czy instytucje wcale nie musi być samodzielnym czynnikiem ryzyka uwikłania się w dorosłości ponownie w konflikt z prawem. W grupie niefigurujących w KRK osoby mające takie doświadczenie stanowiły 20,5% ogółu, podczas gdy w grupie figurujących było to 15,3%. Wśród powracających widoczny jest z kolei wyższy udział dzieci wychowujących się w rodzinie pełnej lub wychowywanych tylko przez jednego rodzica. Dość zaskakujący jest również czynnik w postaci stosowanych w rodzinie środków opiekuńczych. Odsetek rodzin, w których środki te były stosowane jest wyższy dla grupy, która nie pojawiła się w rejestrach KRK – różnica 6,4 p.p. Wynik ten można interpretować w dwojaki sposób. Po pierwsze, rodziny te mogły być bardziej problemowe, stąd konieczność częstszej ingerencji innych osób i instytucji, które – jak można przypuszczać – przynosiły rezultaty. Po drugie, rodziny te lub ich otoczenie mogły być na tyle świadome braków i doświadczanych problemów, że częściej sięgały po taką pomoc. Badane grupy w pewien sposób różnicują też warunki mieszkaniowe. W każdej z grup były one przede wszystkim przeciętne (ponad 60%), ale w grupie niefigurującej w KRK w dzieciństwie badani mieszkali częściej w warunkach bardzo dobrych i dobrych (różnica 6,9 p.p.), zaś w grupie figurującej – w bardzo złych i złych (różnica 4,5 p.p.). Różnice w dochodach rodziny trudno wytłumaczyć. W większości były to dochody powyżej pensji minimalnej⁶⁰, ale jednocześnie nieprzekraczające progu wynagrodzenia średniego. Jednak w grupie powracającej do przestępczości częściej pojawiały się osoby wychowujące się w rodzinach biedniejszych – poniżej minimalnego wynagrodzenia, ale i w rodzinach bogatszych – powyżej wynagrodzenia

⁶⁰ Szacunki dla 2014 r., tj. na moment rozpoznawania badanych spraw przed sądem dla nieletnich.

średniego. Aktywność zawodowa ojca była na podobnym poziomie w każdej z grup. Co istotne, co czwarta osoba, która powróciła do przestępczości, w nieletniości wychowywała się bez ojca – ojciec nie żył. W grupie niepowracających odsetek ten wyniósł 18,2%. Nieco ponad 60% ojców żyjących w każdej grupie pracowało zawodowo. Wykształcenie ojca nie różnicowało badanych grup. W każdej z nich ojcowie mieli przede wszystkim wykształcenie zawodowe (ok. 60%) i podstawowe (ok. 30%). Aktywność zawodowa matek badanych była podobna, choć nieco wyższy odsetek pracujących zanotowała w grupie badanych niefigurujących w KRK. Podobnie jak ojcowie, także i matki nieletnich miały głównie wykształcenie podstawowe (ok. 40%) i zawodowe (30–40%). Matki osób niepowracających do przestępczości to nieco częściej osoby o wykształceniu średnim, rzadziej natomiast – posiadające wykształcenie zawodowe (różnice: 6,5 i 6,2 p.p.).

Tabela 8

Problemy dotyczące rodziców (N=397)

			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Alkoholizm matki	Nie	N	114	141	255
		%	71,3%	71,9%	71,6%
	Tak	N	46	55	101
		%	28,8%	28,1%	28,4%
Przestępczość matki	Nie	N	139	180	319
		%	86,9%	91,8%	89,6%
	Tak	N	21	16	37
		%	13,1%	8,2%	10,4%
Matka – brak problemów	Nie	N	119	143	262
		%	74,4%	73,0%	73,6%
	Tak	N	41	53	94
		%	25,6%	27,0%	26,4%
Alkoholizm ojca	Nie	N	66	89	155
		%	42,0%	46,1%	44,3%
	Tak	N	91	104	195
		%	58,0%	53,9%	55,7%
Przestępczość ojca	Nie	N	97	128	225
		%	61,8%	66,3%	64,3%
	Tak	N	60	65	125
		%	38,2%	33,7%	35,7%
Przemoc domowa ze strony ojca	Nie	N	96	133	229
		%	61,1%	68,9%	65,4%
	Tak	N	61	60	121
		%	38,9%	31,1%	34,6%
Ojciec – brak problemów	Nie	N	136	169	305
		%	86,6%	87,6%	87,1%
	Tak	N	21	24	45
		%	13,4%	12,4%	12,9%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Rodziny w jakich wychowywali się badani można określić jako problemowe. W co trzecim przypadku matka badanych nadużywała alkoholu lub była od niego uzależniona. Problem ten dotyczył trochę częściej matek badanych, którzy powrócili do przestępczości (różnica 0,7 p.p.). Porównywane grupy nieco wyraźniej różnicuje doświadczenie przestępcze matek lub wręcz ich pobyt w zakładzie karnym. Wyższy odsetek wystąpił w grupie matek osób figurujących w KRK (różnica 4,9 p.p.). Zdecydowanie większe różnice zarysowują się przy porównywaniu obu grup pod względem problemów występujących u ojców. Odsetek ojców, którzy nadużywali alkoholu, posiadali przestępczą historię i stosowali przemoc domową był wyższy dla grupy figurującej w KRK – odpowiednio: 4,1 p.p., 4,5 p.p., 7,8 p.p.

5.3. Przestępczość badanych

Przestępczość w niniejszym artykule rozumiem zarówno jako czyny karalne popełniane w okresie nieletniości, jak i przestępstwa popełnione w dorosłości, w tym również te będące podstawą skazania przez sądy zagraniczne. Informacje o tej przestępczości znajdują się w dwóch analizowanych źródłach danych – w kartotece nieletnich oraz kartotece karnej. Najczęściej nieletni pojawiali się w kartotece karnej, co oznacza, że popełniane przez nich przestępstwa miały miejsce po 17. roku życia⁶¹. Figurowanie w kartotece nieletnich po orzeczeniu w 2014 r. należało do rzadkości. Łącznie w kartotece tej pojawiło się 10 osób, przy czym 4 z nich to również figuranci kartoteki karnej.

Z analizy uzyskanych danych wynika, że w kartotece nieletnich pojawili się tylko ci, których w 2014 r. sąd skierował do młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Można to tłumaczyć faktem, że grupa kierowana do izolacyjnej placówki wychowawczej była młodsza od młodzieży skierowanej do zakładów poprawczych, stąd łatwiej było jej wpisać się ponownie w ramy wiekowe definicji nieletniego. Część z nich zdołała ponownie naruszyć obowiązujące normy prawne lub społeczne przed ukończeniem 17. lub 18. roku życia. Wobec osób figurujących w kartotece nieletnich sąd wydawał najczęściej tylko jedno orzeczenie (8 przypadków), sporadycznie 3 lub 6 (w pojedynczych przypadkach). Liczba popełnionych czynów odpowiada liczbie prawomocnych orzeczeń. Najczęściej powodem stosowania po raz kolejny środków z ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich były popełniane czyny karalne – kradzieże (3 przypadki), znieważenia lub groźby (3 przypadki), uszkodzenie ciała lub udział w bójce (2). Pojedynczo zdarzały się takie czyny jak: posiadanie narkotyków, czyny przeciwko wolności seksualnej, prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu. W jednym przypadku podstawą wydanego orzeczenia były wykazywane przejawy demoralizacji. Reakcja sądu na ponowną przestępczość w okresie nieletniości to przede wszystkim stosowanie środków o charakterze nieizolacyjnym – głównie upomnienia i zobowiązania do określonego postępowania, w tym m.in. do poprawy zachowania, do przeproszenia pokrzywdzonego, do zakazu wchodzenia w konflikt z prawem, do wykonania prac na rzecz pokrzywdzonego, do zaniechania używania alkoholu

⁶¹ Z analizy KRK nie wynika, by którykolwiek z badanych został skazany na podstawie art. 10 § 2 Kodeksu karnego (ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444]).

lub innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia. Zdarzyło się również – trzykrotnie – zastosowanie nadzoru kuratora, ale i orzeczenia o zastosowaniu środków izolacyjnych – umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym i w zakładzie poprawczym. Te ostatnie przypadki są szczególnie interesujące z uwagi na fakt, że sąd najprawdopodobniej zastosował wobec tej grupy niemal dokładnie te same środki w 2014 r. Szczegółowe przyjrzenie się tym przypadkom pozwala stwierdzić, że wobec osoby skierowanej do młodzieżowego ośrodka wychowawczego 1,5 roku wcześniej sąd orzekł już stosowanie takiego samego środka. Wobec dwóch osób, co do których sąd orzekł umieszczenie w zakładzie poprawczym, w jednym przypadku wcześniej było stosowane upomnienie, w drugim natomiast sąd umorzył postępowanie na podstawie art. 21 § 2 u.p.n. Umarzając postępowanie, podał jako powód prowadzone inne postępowanie w ramach którego nieletni najprawdopodobniej trafi do zakładu poprawczego. W chwili orzekania nieletni w takim zakładzie przebywał. Osądzenia w kartotece nieletnich miały miejsce średnio 2 lata po wydaniu orzeczenia w 2014 r. Trzeba jednak zauważyć, że w dwóch sprawach kolejne prawomocne osądzienia nastąpiły w odstępie niespełna jednego miesiąca i blisko pół roku. Można wnioskować, że sprawy te dotyczyły czynów popełnionych przez nieletniego jeszcze przed wydaniem orzeczenia o umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym lub w zakładzie poprawczym. Najdłuższy okres, jaki upłynął pomiędzy kolejnymi sprawami to ponad 4 lata. Ważny jest też odstęp czasowy między pierwszym i ostatnim osądzeniem widocznym w kartotece nieletnich. Wyniósł on odpowiednio blisko 20 miesięcy i nieco ponad 43 miesiące od orzeczenia o zastosowaniu środka izolacyjnego w 2014 r.

Tabela 9

Liczba popełnionych czynów (N=177)

	N	%
1 czyn	82	46,4
2 czyny	33	18,6
3–5 czynów	40	22,6
6–10 czynów	13	7,3
Powyżej 10 czynów	3	1,7
Nie dotyczy ⁶²	6	3,4
Ogółem	177	100,0

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK.

Przechodząc do analizy informacji zamieszczonych w kartotece karnej, należy zauważyć, że blisko połowa badanych w dorosłości popełniła tylko jeden czyn. Niemal co piąty dopuścił się dwóch czynów, blisko co czwarty z kolei – od 3 do 5. Z danych zamieszczonych w tabeli 9 wynika zatem, że 87,6% badanych stanowili ci, których przestępczość sprowadzała się do pięciu zdarzeń, ale więcej niż połowa

⁶² Czyny popełnione tylko w nieletniości.

w tej grupie dopuściła się tylko jednego przestępstwa. Do rzadkości należało popełnianie większej liczby przestępstw – powyżej 5 dotyczyło 13 osób, powyżej 10 zaś tylko 3. Warto również zwrócić uwagę na fakt, że maksymalna liczba czynów popełnianych przez jednego z badanych wyniosła 26. Stąd też wartość średniej to 3,5; wartość mediany natomiast 2.

Odmienne niż w kartotece nieletnich, liczba popełnionych przestępstw nie odpowiada liczbie skazań. W kartotece karnej u 65 osób (tj. 36,7%) pojawiło się tylko jedno skazanie, u 31 osób – 2 skazania (17,5%). 47 badanych (26,6%) zostało skazanych od 3 do 5 razy. Zaskakuje liczebność grupy skazywanej więcej niż 6 razy – 17 osób i więcej niż 10 razy – 11 osób. Bez wątpienia uwagę zwraca badany, u którego w kartotece karnej pojawiła się informacja o 20 skazaniach. Rozbieżności między wartościami maksimum i minimum są dość znaczne, stąd też średnia wartość jest równa 2,6; mediana natomiast 2.

Tabela 10 Wiek w chwili skazania (N=177)			
	Wiek w chwili pierwszego skazania	Wiek w chwili ostatniego skazania	Średnie odstęp między kolejnymi skazaniami (w miesiącach)
Średnia	19,03	20,22	5,6
Mediana	19,00	20,00	4,8
Minimum	17	18	0
Maksimum	22	23	19,5
Ważne	171	89	89
Braki danych	6	88	88

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK.

Pierwsze skazanie w dorosłości nastąpiło w wieku 17–22 lata. Najczęściej (o czym świadczy wartość średniej i mediany) skazywani byli 19-latkowie. Można powiedzieć, że ostatnie skazanie (drugie lub kolejne) miało miejsce w niezbyt długim odstępie czasu po pierwszym skazaniu. Potwierdza to zmienna wieku w chwili ostatniego skazania – średnio 20 lat, przy minimum wynoszącym 18 lat i maksimum 23 lata, ale i różnica między wiekiem badanych w chwili pierwszego i ostatniego skazania. Różnica ta wynosi średnio 2 lata (mediana 1,6). Należy jednak zaznaczyć, że różnica w 17 przypadkach wyniosła 0, co oznacza, że wiek w chwili pierwszego i ostatniego skazania był dokładnie taki sam. W jednym przypadku z kolei było to 6 lat. Odstępy te są jeszcze bardziej widoczne, gdy odejmiemy daty skazań skrajnych – pierwszego i ostatniego, i podzielimy je przez liczbę skazań. Pokazuje to, że średnie odstęp między kolejnymi skazaniami wynosiły 5,6 miesiąca przy medianie 4,8. W próbie znalazł się przypadek osoby skazanej jeszcze w tym samym miesiącu, jak i takiej u której skazanie nastąpiło dopiero 19,5 miesiąca później (nieco ponad 1,5 roku). W tym ostatnim przypadku długa przerwa w popełnianiu przestępstw może wynikać z trzyletniego okresu próby orzeczonego wraz z wcześniejszą karą pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania za dokonany rozbój.

Tabela 11 Rodzaj przestępczości w dorosłości (N=177)			
	N	%	ile razy? (średnia)
Kradzież	65	36,7	2,6
Kradzież z włamaniem	44	24,9	1,8
Przestępstwa rozbójnicze	40	22,6	1,4
Inne przestępstwa przeciwko mieniu	35	19,8	1,3
Zabójstwo	3	1,7	1,3
Uszkodzenie ciała lub udział w bójce	37	20,9	1,3
Inne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu	1	0,6	2,0
Znieważenie lub groźby	31	17,5	1,8
Falszowanie dokumentów lub pieniędzy	11	6,2	1,1
Przestępstwa narkotykowe (posiadanie)	18	10,2	1,1
Przestępstwa narkotykowe (obróć)	6	3,4	1,0
Przeciwko wolności seksualnej	2	1,1	1,0
Prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu	16	9,0	1,2
Przemoc w rodzinie	7	4,0	1,0
Inne	52	29,4	1,6
Odsetki nie sumują się do 100 – możliwy wybór wielokrotny.			

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK.

Przestępczość badanych w dorosłości była skierowana głównie przeciwko mieniu. Zdecydowanie najwyższy odsetek badanych dopuścił się kradzieży – 36,7%, przy czym średnio liczba czynów tego rodzaju przypadająca na jedną osobę wyniosła 2,6. W żadnej innej kategorii średnia ta nie była tak wysoka, co oznacza, że wśród badanych dominuje ten rodzaj przestępczości. Pojawiały się osoby, które dopuściły się tylko jednej kradzieży. Były też i takie, u których kradzież została zanotowana 17 razy. Kradzież z włamaniem dopuścił się co czwarty badany. Średnia zanotowana dla tego czynu jest niższa. Niemniej jednak na jej podstawie można wnioskować, że popełnienie tego rodzaju przestępstwa miało miejsce częściej niż tylko raz (1,8). Podobne obserwacje dotyczą przestępstw rozbójniczych. Również i one dotyczyły co czwartej osoby i choć pojawiały się średnio nieco rzadziej, to także więcej niż raz. Co piąty badany dopuścił się innego przestępstwa przeciwko mieniu, przy czym zwykle był to tylko jeden czyn.

Wśród danych wymienionych w tabeli 11 wyróżnia się kategoria przestępstwa uszkodzenia ciała lub udziału w bójce. Dotyczy ona 21% badanych. Inne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, w tym też zabójstwo pojawiały się sporadycznie.

Wysoki odsetek dotyczy także przestępstwa znieważenia i kierowania gróźb karalnych. To 17,5% w ogóle badanych. Ważna jest częstość popełniania tego rodzaju czynów – średnio blisko dwukrotna dla każdego przypadku. Co dziesiąty badany w dorosłości dopuścił się przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, polegającego na posiadaniu środków odurzających lub substancji psychotropowych

i niemal tyle samo prowadziło pojazd pod wpływem alkoholu. Należy jednak zauważyć, że częstość tego rodzaju czynu niemal w każdym przypadku ograniczała się do jednorazowego incydentu. Wszystkie pozostałe kategorie w tabeli 11 wystąpiły jedynie po kilka razy. Z pewnością zwraca uwagę dość liczna kategoria innych rodzajów czynów, odnotowana niemal w 30%. W tej kategorii pojawiały się najczęściej przestępstwa takie jak: naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariusza, czynna napaść na funkcjonariusza publicznego, wywieranie wpływu na czynności urzędowe, przywłaszczenie, wypadek mniejszej wagi czy niestosowanie się do orzeczonych środków karnych.

Z dotychczasowych badań wynika, że rodzaj popełnionego przestępstwa ma znaczenie dla powrotności do przestępstwa. Przykładowo, wyniki badań duńskich pokazują, że częściej recydywistami stają się sprawcy przestępczości przeciwko mieniu, rzadziej natomiast sprawcy przestępstw seksualnych czy agresywnych⁶³. W badaniach Heleny Kołakowskiej-Przełomiec najwyższy odsetek karanych stanowili sprawcy rozboju, żaden sprawca podpałen nie był natomiast ponownie karany⁶⁴. Również nowsze badania – K. Drapały i R. Kulmy – potwierdzają te ustalenia. Najwyższą powrotność na poziomie 65% zaobserwowano bowiem u sprawców przestępstw przeciwko mieniu⁶⁵.

Tabela 12					
Rodzaj przestępczości w nieletniości a powrotność do przestępstwa					
			Czy figuruje w KRK?		Ogółem
			Tak	Nie	
Kwalifikacja prawna czynu wg kategorii	Przeciwko mieniu	N	100	84	184
		%	63,3%	50,3%	56,6%
	Przeciwko życiu i zdrowiu	N	33	34	67
		%	20,9%	20,4%	20,6%
	Przeciwko wolności	N	6	15	21
		%	3,8%	9,0%	6,5%
	Inne	N	19	34	53
		%	12,0%	20,4%	16,3%
Ogółem		N	158	167	325
		%	100,0%	100,0%	100,0%

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK oraz wyników badania aktowego.

Przeprowadzone badanie potwierdza tę obserwację. Zdecydowanie najwyższy odsetek powracających do przestępczości stanowią ci, którzy w nieletniości dopuścili się czynów przeciwko mieniu – to 63,3% ogółu karanych. Kategoria ta różnicuje

⁶³ K.O. Christiansen, *Efektywność pozazakładowych form resocjalizacji przestępców – doświadczenia duńskie*, „Przegląd Penitencjarny” 1972/4, s. 59–66, za: Z. Ostrihanska, *Prognoza recydywy...* [w:] *Prognozowanie...*, s. 135.

⁶⁴ H. Kołakowska-Przełomiec, *Nieletni sprawcy...*, s. 82.

⁶⁵ K. Drapała, R. Kulma, *Powrotność...*, s. 240.

porównywane grupy. Wśród niefigurujących odsetek ten wyniósł 50,3%, tj. o 10 p.p. mniej. Należy mieć jednak świadomość, że w ponad połowie przypadków podstawą wszczęcia postępowania w okresie nieletniości był właśnie czyn karalny przeciwko mieniu. W odniesieniu do kategorii przeciwko życiu i zdrowiu nie widać większych różnic (0,5 p.p.). Grupy osób figurujących i niefigurujących różni natomiast odsetek podany w kategorii czynów przeciwko wolności – 5,2 p.p. mniej wśród osób niepowracających do przestępczości. Nie sposób w tym miejscu porównać wszystkie kwalifikacje prawne ze spraw prowadzonych w nieletniości, stąd te, które wystąpiły mniej niż 10 razy zostały zakwalifikowane do kategorii inne.

Wyniki badania w pewnym stopniu potwierdzają również ustalenia poczynione przez H. Kołakowską-Przełomiec. W próbie badanej w 2015 r. znalazło się 65 sprawców rozbój. Więcej niż połowa z nich (36 osób) była karana w dorosłości, w tym jedna kobieta. Sześciu z nich (na 8) to wychowankowie młodzieżowych ośrodków wychowawczych, 30 natomiast (na 57) to osoby z orzeczoną w nieletniości środkiem poprawczym. Porównanie zachowania w okresie nieletniości pokazuje, że grupy te zasadniczo się nie różniły, a niekiedy – na podstawie analizy materiału akt spraw – można odnieść wrażenie, że niefigurujący stwarzali więcej problemów w niektórych sprawdzanych kategoriach (jak powtarzanie klas, wagarowanie, stwarzanie problemów wychowawczych, zachowywanie się agresywnie w domu) i mieli częstszy kontakt z sądem dla nieletnich z uwagi na wykazywane przejawy demoralizacji czy popełnianie czyny karalne. Grupy te nie różnią również problemy występujące w środowisku wychowawczym. Problemy wśród matek badanych – jak alkoholizm czy przestępczość częściej pojawiały się w grupie figurujących w KRK, ale już przestępczość ojca częściej miała miejsce w grupie osób, które nie wróciły do przestępczości.

Ciekawe wydaje się również sprawdzenie, czy badani w dorosłości popełniają takie same przestępstwa, jakie popełniali w okresie nieletniości⁶⁶. O ile dysponuję kwalifikacjami prawnymi z okresu nieletniości, o tyle przy analizach informacji zawartych w kartach karnych grupowałam czyny według przyjętych kategorii: kradzież, kradzież z włamaniem, przestępstwa rozbójnicze, inne przestępstwa przeciwko mieniu, zabójstwo, udział w bójce, inne przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, znieważenia i groźby, fałszowanie pieniędzy i dokumentów, przestępstwa narkotykowe, przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu, przemoc domowa. Stąd też dokładne porównanie nie byłoby możliwe. W związku z tym pogrupowałam również czyny karalne popełnianie w nieletniości w trzy główne kategorie: przeciwko mieniu, przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko wolności. W dalszej kolejności sprawdziłam, czy kategorie czynów z nieletniości były zgodne z kategoriami z okresu dorosłości. Z analiz tych wynika, że w 68% osób, które dopuścili się kradzieży lub kradzieży z włamaniem w dorosłości, w nieletniości popełnili czyny skierowane przeciwko mieniu. Podobny odsetek dotyczy przestępstw rozbójniczych w dorosłości – w 65% sprawcy w nieletniości dopuszczali się czynów przeciwko mieniu. Wszystkie pozostałe kategorie występowały zdecydowanie rzadziej. Przykładowo, z trzech osób, które widnieją w rejestrze karnym w związku z zabójstwem jakiego usiłowali dokonać, lub jakie

⁶⁶ H. Kołakowska-Przełomiec, *Nieletni sprawcy...*, s. 83.

popelnili, jedna w nieletniości dopuściła się czynu przeciwko życiu i zdrowiu. O ile wyniki te nie pozwalają stwierdzić, że charakter przestępczości nieletnich determinuje przestępczość w dorosłości, o tyle z pewnością w dużym stopniu osoby figurujące w KRK dokonują czynów z tej samej kategorii jak w nieletniości. Jest to widoczne zwłaszcza u sprawców przestępstw przeciwko mieniu.

W trakcie prowadzonych analiz zwróciłam uwagę na dwie grupy – badanych, których przestępczość w okresie dorosłości można uznać za incydentalną oraz takich, dla których zaangażowanie w tego rodzaju proceder stało się niejako sposobem na życie. Za sprawców incydentalnych uznałam tych, którzy zostali skazani tylko raz za jeden popelniony czyn. W badanej próbie było ich 65. To dość optymistyczny wniosek. Zdecydowanie bardziej niepokojący jest ten odnoszący się do drugiej kategorii badanych, tj. tych, którzy zostali skazani w okresie dorosłości co najmniej trzy razy. Była to dość liczna grupa 56 osób.

Jeśli chodzi o przestępstwa popelniane poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, to warto wspomnieć, że 9 badanych zostało skazanych przez sądy zagraniczne, w tym jeden aż trzykrotnie. Państwami, w których skazania te miały miejsce były: Niemcy, Holandia (po 3 przypadki), Wielka Brytania (2 przypadki) i Czechy (1 przypadek). Skazania dotyczyły przede wszystkim przestępstwa kradzieży (5 razy). Inne to m.in. uszkodzenie ciała lub udział w bójce, znieważenie lub groźby, posiadanie i używanie bez zezwolenia broni palnej.

5.4. Rodzaj orzekanych kar

Najczęściej, bo w około co drugim przypadku, sądy orzekały wobec badanych karę ograniczenia wolności i karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W co trzecim przypadku była to kara grzywny. W 40% z kolei sąd stosował bezwzględną karę pozbawienia wolności, najczęściej w wymiarze powyżej jednego roku do 5 lat (łącznie 40 przypadków). Kary najkrótsze, tj. do jednego roku zostały orzeczone wobec 29 osób. Najwyższą częstotliwość orzekanych kar zanotowałam właśnie dla tego wymiaru. W jednym przypadku wymiar kary wyniósł 15 lat pozbawienia wolności. Była to kara łączna orzeczona za popelnienie pięciu przestępstw zakończonych trzema skazaniami. Pierwsze z nich – w wieku 17 lat – dotyczyło zniszczenia cudzej rzeczy. Badany został skazany na karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. W okresie próby usiłował dokonać zabójstwa wraz z rozbojem. Otrzymał wówczas wyrok łączny. Kara, którą musi odbyć to właśnie 15 lat. Analiza karty karnej pokazuje, że badany najprawdopodobniej prosto z zakładu poprawczego trafił do zakładu karnego, w którym najprawdopodobniej będzie przebywał do 35. roku życia.

W grupie osób skazanych na bezwzględną karę pozbawienia wolności znaleźli się zarówno ci, którzy zostali na nią skazani tylko jeden raz, ale i tacy, u których liczba skazań wyniosła 11. Warto zwrócić uwagę na 56-osobową grupę osób (niemal dokładnie taką samą, jak grupa skazana na karę bezwzględną), wobec której sąd zarządził wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności lub kary zastępczej. Znów rozbieżności między minimum a maksimum są znaczne – od 1 do 16. Łączny wymiar orzekanej kary pozbawienia wolności wyniósł od kilku dni (w przypadku kary zastępczej czy kary aresztu) do 180 miesięcy, średnio 29 miesięcy, czyli blisko 2,5 roku. Ostatnia orzeczona kara wyniosła średnio 16 miesięcy, a więc ponad jeden rok.

Tabela 13

Skazania na karę pozbawienia wolności (N=177)

	Ile razy była orzeczona bezwzględna kara pozbawienia wolności?	Ile razy była wykonana kara pozbawienia wolności w zawieszeniu /zastępcza kara pozbawienia wolności?	Łączny wymiar kary pozbawienia wolności* (w miesiącach)	Najdłuższa kara pozbawienia wolności* (w miesiącach)	Ostatnia kara pozbawienia wolności* (w miesiącach)
Średnia	1,95	1,95	29,01	18,16	16,39
Mediana	1,00	1,00	23,00	12,00	12,00
Minimum	1,0	1,0	0,1	0,1	0,1
Maksimum	11,0	16,0	180,0	180,0	180,0
Ważne	57	56	83	83	83
Braki danych	120	121	94	94	94

* łącznie z wykonaną karą pozbawienia wolności w zawieszeniu i zastępczą karą pozbawienia wolności.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych KRK.

5.5. Czynniki zwiększające ryzyko recydywy wychowanków placówek izolacyjnych⁶⁷

Zasadne wydaje się także sprawdzenie, czy czynniki zwiększające ryzyko recydywy wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych różnią się od czynników ryzyka wychowanków zakładów poprawczych. Do analizy wybrałam kilkanaście zmiennych odnoszących się do trzech kwestii: samego nieletniego (płci, wieku, problemów stwarzanych w szkole i poza nią), przestępczości w nieletniości (rodzaju i liczby popełnionych czynów karalnych będących podstawą zastosowania w 2014 r. środka izolacyjnego, wcześniejszego kontaktu z sądem oraz wcześniej stosowanych środków wychowawczych) oraz środowiska wychowawczego (struktury rodziny, dochodu, warunków mieszkaniowych, problemów występujących w rodzinie).

W pierwszej kolejności sprawdziłam, czy zmienne takie jak płeć i wiek w chwili popełnienia czynu w nieletniości różnicują porównywane grupy. Z racji tego, że w badanej w 2015 r. próbie znaleźli się głównie chłopcy, ich udział wśród powracających do przestępczości wychowanków obu placówek był wysoki, choć zdecydowanie wyższy u wychowanków zakładów poprawczych (dalej ZP) – różnica 8,6 p.p. Oznacza to, że wśród figurujących w KRK wychowanków młodzieżowych ośrodków wychowawczych (dalej MOW) nieco wyższy odsetek stanowiły kobiety. Ciekawa jest również analiza płci osób, które odstępowały od przestępczości⁶⁸. Okazuje się bowiem, że wśród niefigurujących w KRK wychowanków MOW zdecydowanie częściej pojawiały się kobiety (45%). Dla wychowanków ZP odsetek ten wyniósł tylko 15,6%.

⁶⁷ Szczegółowy opis wraz z tabelami znajduje się w raporcie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – J. Włodarczyk-Madejska, *Efektywność środków izolacyjnych ośrodków wychowawczych orzekanych wobec nieletnich*, Warszawa 2019.

⁶⁸ Tzn. w momencie badania nie widniały w rejestrach KRK.

Wiek w chwili popełnienia w nieletniości czynu wynosił najczęściej 16 lat. Z uwagi na fakt, że osoby skierowane do MOW były młodsze od osób, co do których sąd orzekał o zastosowaniu środka poprawczego, różnice te są widoczne także wśród osób powracających do przestępczości. Wychowankowie MOW figurujący w KRK, to częściej osoby mające 15 lat (32%) lub mniej (26%) w chwili analizowanego w toku badania aktowego czynu. Wśród wychowanków ZP bardziej widoczna jest grupa nieletnich najstarszych (31,8%). Analiza danych pozwala na postawienie dwóch wniosków. Po pierwsze, odsetek osób najmłodszych (mających w chwili czynu mniej niż 15 lat), które powróciły do przestępczości jest najniższy. To 13 z 38 wychowanków MOW i 3 z 26 wychowanków ZP. Po drugie, powrotność do przestępstwa jest najwyższa w grupie 16-latków – to 20 z 30 wychowanków MOW i 46 z 80 wychowanków ZP. Jak już pisałam, może mieć na to wpływ czas spędzony w placówce, który realnie wykluczał możliwość podejmowania aktywności przestępczej.

Porównując problemy stwarzane przez nieletnich w szkole można powiedzieć, że zdecydowanie czynnikiem zwiększającym ryzyko recydywy zarówno wychowanków MOW, jak i ZP jest powtarzanie klas. Różnice między osobami figurującymi i niefigurującymi w KRK wynoszą odpowiednio – 5,2 p.p. dla wychowanków MOW i 6,4 p.p. dla wychowanków ZP. Problem ten pojawił się u więcej niż połowy osób figurujących w KRK. Podobnie zresztą jak wagarowanie i osiąganie słabych wyników w nauce. Odnosząc się do kolejnych zachowań – agresji przejawianej na terenie szkoły wobec nauczycieli i rówieśników – można zauważyć, że pojawiały się one w ok. 40% przypadków, ale – zarówno u wychowanków MOW, jak i ZP – częściej w grupie osób figurujących w KRK.

Kategoria problemów stwarzanych poza szkołą różnicuje nieco bardziej porównywane grupy. Za wspólne czynniki podnoszące ryzyko ponownego konfliktu z prawem należy uznać: popełnianie czynów karalnych oraz spożywanie alkoholu i dopalaczy. Wśród wychowanków ZP pojawiają się dodatkowo: ucieczki z domu (różnica między figurującymi i niefigurującymi wynosi 1,9 p.p.), branie narkotyków (różnica 18,6 p.p.), oraz zachowywanie się agresywnie wobec domowników (różnica 16,0 p.p.).

Czyny popełniane przez badanych w nieletniości były skierowane głównie przeciwko mieniu, stąd też odsetek figurujących w KRK, którzy dopuścili się tego rodzaju czynu był najwyższy, wyższy niż w grupie osób niefigurujących w KRK (dla wychowanków MOW różnica wyniosła 19,6 p.p., dla wychowanków ZP – 9,5 p.p.). Wychowankowie MOW, którzy dopuścili się czynów przeciwko życiu i zdrowiu nieco częściej popełniali przestępstwa w dorosłości (różnica między figurującymi i niefigurującymi wyniosła 6,3 p.p.). Odmienny wniosek można postawić co do wychowanków ZP. Na 45 osób, które dopuściły się czynu skierowanego przeciwko życiu i zdrowiu 21 figuruje w rejestrach KRK.

Liczba popełnionych w nieletniości czynów różni porównywane grupy wychowanków obu placówek. Wśród wychowanków MOW najwyższy odsetek stanowili ci, którzy popełnili tylko jeden czyn. Z kolei u wychowanków ZP przeważała grupa osób popełniających dwa czyny. Gdy porównamy figurujących i niefigurujących w rejestrach KRK, to okaże się, że odsetek osób powracających do przestępczości dla poszczególnej liczby popełnianych czynów jest podobny do odsetka osób,

które od tej przestępczości odstąpiły⁶⁹. Pewne różnice widoczne są w przypadku wychowanków MOW. Ci, którzy dopuścili się tylko jednego czynu częściej nie popełniali przestępstw w dorosłości – różnica 8,3 p.p. Z kolei sprawcy dwóch lub trzech czynów częściej do przestępczości wracali. Podobne wnioski można postawić w odniesieniu do wychowanków ZP – wyższa powrotność towarzyszyła sprawcom co najmniej 4 czynów.

Za czynniki zwiększające ryzyko recydywy wychowanków MOW można uznać ich wcześniejsze sprawy w sądzie dla nieletnich toczące się z powodu wykazywanych przejawów demoralizacji. Wśród figurujących w KRK stanowili oni 33,8% ogółu, podczas gdy w grupie niefigurujących – 31,8%. Podobne obserwacje dotyczą wychowanków MOW, których poprzednie sprawy w sądzie dotyczyły popełnionych czynów karalnych. Stanowili oni 11,8% osób powracających i 8,4% osób niepowracających do przestępczości. Wychowankowie ZP częściej mieli sprawy w sądzie dla nieletnich. Niemniej jednak odsetek takich osób był niższy wśród osób niefigurujących w KRK, aniżeli figurujących.

Wśród powracających do przestępczości – zarówno wychowanków MOW, jak i ZP – dominują ci, co do których sąd stosował wcześniej nadzór kuratora. Różnica między figurującymi i niefigurującymi jest zdecydowanie bardziej widoczna wśród wychowanków MOW – 61,4% z orzeczoną w nieletniości środkiem figurowało w rejestrach KRK, natomiast 35,8% nie figurowało. Dla wychowanków zakładów poprawczych odsetki te wyniosły odpowiednio 70,1% oraz 64,5%. Stosowanie pozostałych środków częściej pojawiało się w grupie wychowanków MOW, którzy widnieli w rejestrach KRK. Odmienne wnioski dotyczą wychowanków ZP. Może to wynikać z faktu, że nadzór kuratora orzekany jest wówczas, gdy inne środki (jak właśnie upomnienie czy zobowiązanie) okazały się nieskuteczne. A to oznacza, że nieletni, wobec których nadzór kuratora był stosowany, stwarzali więcej problemów w nieletniości i z pewnością toczyło się wobec nich więcej postępowań w sądzie.

Struktura rodziny raczej nie ma znaczenia dla recydywy nieletnich. Wśród powracających do przestępczości – zarówno wychowanków MOW, jak i ZP – wyższy odsetek stanowiły osoby wychowywane w pełnej rodzinie lub samotnie przez jednego z rodziców. Wychowanie przez inne osoby czy instytucje, o czym już pisałam, nie jest samodzielnym czynnikiem powrotności do przestępstwa wychowanków placówek izolacyjnych.

Wydaje się natomiast, że warunki mieszkaniowe nieletnich mają znaczenie dla ich dalszych losów. Niższa powrotność (dla wychowanków MOW – 9 p.p., dla wychowanków ZP – 5,5 p.p.) dotyczyła osób, które wychowywały się w warunkach dobrych i bardzo dobrych, co też może świadczyć o tym, że dochód tych rodzin był najwyższy. Dochód rodziny, jak wynika z danych, nie jest samodzielną zmienną znaczącą dla powrotności nieletnich do przestępczości.

Problemy występujące w rodzinach badanych mogły mieć znaczenie dla popełniania przestępstw w dorosłości. Czynniki zwiększającymi ryzyko recydywy – zarówno dla wychowanków MOW, jak i ZP – były: przestępczość rodziców oraz

⁶⁹ Znów warto wyjaśnić, że odstąpienie traktowałam jako niefigurowanie w rejestrach KRK, co nie oznacza, iż osoby te przestępstw nie popełniły lub że nie zaczęły popełniać ich w kolejnych latach swojego życia.

stosowanie przez ojca przemocy domowej. Dla wychowanków ZP znaczenie miał również problem alkoholowy rodziców.

Czynniki zwiększające ryzyko uwikłania się ponownie w konflikt z prawem wychowanków placówek izolacyjnych to głównie: płeć (mężczyzna), wiek w chwili popełnienia czynu w nieletniości (16 lat), powtarzanie klas, agresja w szkole, popełnianie czynów karalnych, spożywanie alkoholu i dopalaczy, stosowane uprzednio środki wychowawcze (głównie nadzór kuratora), warunki mieszkaniowe (inne niż bardzo dobre i dobre) oraz problemy występujące w rodzinie – przede wszystkim przestępczość rodziców i przemoc domowa stosowana przez ojca. Każdy z tych czynników różnicował grupę osób figurujących i niefigurujących w KRK. W niektórych przypadkach różnice były niewielkie, w innych z kolei przekraczały 10 p.p. Okazuje się jednak, że mimo wielu wspólnych czynników ryzyka wychowanków MOW i ZP udało się dostrzec pewne różnice. Dotyczą one wielu kwestii, jak choćby zachowania nieletniego czy stosowanych poprzednio środków. Czynnikiem ryzyka zwiększającymi recydywę wychowanków ZP okazały się dodatkowo: ucieczki z domu, spożywanie narkotyków, agresywne zachowanie wobec domowników, problem alkoholowy wśród rodziców badanych. Dla wychowanków MOW były to z kolei przede wszystkim wcześniejsze sprawy w sądzie dla nieletnich, stosowane uprzednio środki wychowawcze w postaci upomnienia i zobowiązania do określonego zachowania.

6. PODSUMOWANIE

Podsumowując przeprowadzone analizy, nie sposób nie odwołać się do Z. Bartkowicza, który słusznie zauważył, że po przedstawieniu wyników badań dotyczących efektywności izolacyjnych środków stosowanych wobec nieletnich czytelnik oczekuje wniosków, a niekiedy wręcz gotowych rozwiązań co do tego, w jaki sposób pracować z wychowankami, by praca ta zaowocowała sukcesem. Wnioski te jednak trudno sformułować⁷⁰. A wynika to z kilku kwestii. Ważne jest to co mierzymy, czyli w jaki sposób rozumiemy efektywność, jakie narzędzie wykorzystujemy do jej pomiaru, jak postrzegamy sukces, jaka grupa badanych została poddana oddziaływaniom, jakim oddziaływaniom, w jakich warunkach, przez kogo i jakie są zasoby środowiskowe osób, wobec których działania te zostały podjęte. Te zasoby środowiskowe są szczególnie istotne, bowiem nieletni umieszczani w placówkach izolacyjnych to dzieci, które nie rozpoczęły jeszcze samodzielnego życia. W niniejszym artykule, jak już wielokrotnie wspomniałam, efektywność postrzegałam jedynie jako brak popełnienia przestępstwa w dorosłości. Do pomiaru tego zjawiska wykorzystywałam dane zamieszczone w rejestrach Krajowego Rejestru Karnego, które zakodowałam za pomocą samodzielnie przygotowanego klucza.

Analiza historii życia badanych osób, ale i doświadczenia innych badaczy pokazują, że sukcesem nie zawsze jest brak powrotności do przestępstwa. To z pewnością jeden z sukcesów składający się z wielu innych takich jak: nauka rozmowy z innymi ludźmi, dbania o higienę osobistą i higienę swojego otoczenia, nabycie umiejętności jedzenia nożem i widelcem, umiejętności przygotowywania posiłków, zdobycie zawodu, ukończenie szkoły, nawiązanie pozytywnych kontaktów, odkrycie własnych pasji i zainteresowań.

⁷⁰ Z. Bartkowicz, *Efektywność...*, s. 194.

A tego, bardzo często, nieletni uczy się dopiero w placówce. Pokazuje to, że osoby trafiające do placówek izolacyjnych nie tylko sprawiają problemy polegające na złamaniu prawa czy na zachowywaniu się w sposób niedostosowany do obowiązujących w społeczeństwie norm. To w dużej mierze osoby mające głębokie deficyty – szkolne czy rozwojowe i niestety w większości przypadków brak wsparcia w środowisku rodzinnym. Kwestię tę doskonale opisuje J. Siemionow, że pobyt w placówce i resocjalizacja „to szansa dla wielu nieletnich na wyprostowanie tego zakrętu życiowego, na którym się znaleźli, często przecież nie z własnej winy. Nikt z nas nie rodzi się od razu niedostosowany społecznie”⁷¹. Podobny pogląd wyrażali też wychowawcy zakładów poprawczych i młodzieżowych ośrodków wychowawczych w trakcie badań przeprowadzonych w Zakładzie Kryminologii INP PAN w 2018 r. Pobyt w placówce określany był jako szansa na podratowanie zdrowia (dla osób uzależnionych), na zachowanie życia (osób, które uwikłały się w różne porachunki w grupach przestępczych), była to szkoła, której wychowankowie nigdy nie zapomną. W placówce bowiem często dziecko odkrywa – z pomocą wychowawcy, psychologa, pedagoga – umiejętności, o których nikt nawet nie wiedział, bo nikt się tym dzieckiem nie interesował.

Uzyskany w przeprowadzonym badaniu wskaźnik powrotności oscylujący w granicach 50% można analizować dwojako. Po pierwsze, można krytykować, że aż co drugi badany nadal popełnia przestępstwa. Po drugie, można uznać, że aż co drugiemu udało się zmienić styl życia – mimo zaległości szkolnych, trudnych warunków środowiskowych, problemów w rodzinie, wszelkiego rodzaju zaburzeń, uzależnień, nawyków i wielu innych niekorzystnych czynników. Gdy ustalenia te porównamy z innymi wynikami badań kryminologicznych na temat powrotności do przestępczości, to okazuje się, że jest podobnie. A to może świadczyć o tym, że bez względu na podjętą reakcję recydywa przyjmuje podobne wartości, bo i sposób reakcji jest dostosowany do skali stwarzanych problemów.

Badanie pokazuje, że osoby, które powróciły do przestępczości w zasadzie niewiele różnią się od nieletnich, którzy od tej przestępczości odstąpili⁷² jeszcze w nieletniości. Skala problemów wśród obu tych grup była podobna. Częściej jednak problemy dotyczące nieletnich i ich środowisk wychowawczych pojawiały się w grupie osób figurujących w 2019 r. w rejestrach KRK. To tylko potwierdza dotychczasowe ustalenia, że dużą rolę w życiu nieletnich odgrywa ich środowisko i otoczenie. Nie jest to jednak samodzielna zmienna mająca znaczenie dla tego, co dalej stanie się z młodym człowiekiem. Badania kryminologiczne pokazują bowiem, że rodzina, grupa wspierająca, kobieta odgrywają dużą rolę w zmianie siebie i swojego przestępczego stylu życia. Niemniej jednak cel ten, bez samozaparcia, chęci zmiany i całkowitego odcięcia się od dotychczasowego środowiska – głównie kolegów, trudno osiągać. Dobrze ujęła to I. Rzeplińska analizując efektywność stosowanego wobec badanych nieletnich nadzoru, który nie spełnił oczekiwań. Píše, że ci, którzy zakończyli nadzór pozytywnie, zawdzięczają ten sukces nie tyle sprawowanej kontroli kuratora, co sobie⁷³.

⁷¹ J. Siemionow, *Niedostosowanie...*, s. 200. Por. także A. Mogilnicki, *Dziecko i przestępstwo*, Warszawa 1925.

⁷² W rozumieniu takim, że nie figurowały w rejestrach KRK.

⁷³ I. Rzeplińska, *Pa, pa, recydywo!!! O bezsensie regulacji w prawie karnym odpowiedzialności karnej w warunkach recydywy* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 1515–1516. Por. także B. Stańdo-Kawecka, *O znaczeniu korekcyjnego wymiaru sprawiedliwości karnej – uwagi w kontekście nowej penologii i paradygmatu ryzyka* [w:] *Po co nam...*, s. 83.

Można zatem powiedzieć, że nie ma skutecznej recepty na to, jak ułożyć sobie życie po wyjściu z placówki izolacyjnej. Trzeba jednak pamiętać, że pobyt w placówce jest tylko pewnym etapem w życiu nieletniego. Jednak efekty tego pobytu w dużej mierze zależą od niego samego. Wydaje się również, że – mimo zmian widocznych w danych statystycznych omówionych we wprowadzeniu – zarówno młodzieżowe ośrodki wychowawcze, jak i zakłady poprawcze są potrzebne. W żadnym bowiem innym miejscu nie byłaby możliwa praca z dziećmi tak zaniedbanymi wychowawczo, ale również stwarzającymi problemy niemieszczące się w przyjętych normach społecznych i prawnych.

Warto również podkreślić, że przedstawione w opracowaniu wskaźniki powrotności do przestępczości w żaden sposób nie mogą służyć dla oceny działań podejmowanych przez wychowawców placówek izolacyjnych dla nieletnich. Ocena takich działań powinna być bowiem wielopłaszczyznowa i musi uwzględniać zachowanie i sytuację nieletniego przed umieszczeniem w placówce, jego funkcjonowanie w placówce, ale i zachowanie oraz sytuację po wyjściu z placówki. Specyficzna jest praca wykonywana przez wychowawców, i specyficzne powinny być narzędzia jej pomiaru⁷⁴. Efekty tej pracy mogą być widoczne nie od razu, a dopiero po wielu latach.

Należy także mieć świadomość, że byli wychowankowie zakładów poprawczych i młodzieżowych ośrodków wychowawczych należą do grupy wiekowej generującej najwyższy odsetek sprawców przestępstw⁷⁵. Większość z nich jednak z tej przestępczości wyrośnie (*aging out*)⁷⁶ lub odstąpi od niej na dalszym etapie (*desistance from crime*)⁷⁷. Dla większości bowiem przestępczość w nieletniości jest tylko pewnym epizodem. Problemem są, bez wątpienia, jak słusznie zauważa D. Woźniakowska-Fajst nieletni dopuszczający się czynów wielokrotnie czy też ci, którzy zaczęli je popełniać w bardzo młodym wieku⁷⁸. Powrotność do przestępczości z kolei, jak pisze M. Muskała, choć może pojawić się na każdym etapie zmian, to zdecydowanie najczęściej pojawia się w fazie początkowej⁷⁹. Ścieżki kariery przestępczej mogą być zatem różne. Stąd też niezbędne jest badanie dalszych losów wychowanków placówek izolacyjnych.

Abstract

Justyna Włodarczyk-Madejska, *Effectiveness of Measures Involving Isolation in Case of Juveniles*

The article presents the results of analyses devoted to the effectiveness of measures involving isolation applied in case of juveniles: placement in a youth educational centre or in a youth correctional institution. Analyses in this area were carried out using information from two data sources. The first of them was a case file study: 370 cases relating to 397

⁷⁴ J. Siemionow, *Niedostosowanie...*, s. 152.

⁷⁵ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia...*, s. 218–220.

⁷⁶ Por. m.in. D. Woźniakowska-Fajst, *Nieletnie dziewczęta...*s. 173; J. Włodarczyk-Madejska, *Skazani...*, s. 96–97; L.G. Simons, *Families and crime* [w:] *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, red. J.M. Miller, 2009, t. 1, s. 73.

⁷⁷ M. Muskała pisze, że odstąpienie od przestępczości „podlega zdecydowana większość sprawców czynów przestępczych” (s. 222). Autor ten proces odstąpienia uważa za „złożony, subiektywny i uzależniony od konkretnego doświadczenia, jego interpretacji oraz zdolności i zasobów jednostki” (s. 259) – zob. M. Muskała, „Odstąpienie...”

⁷⁸ D. Woźniakowska-Fajst, *Powrotna przestępczość...*, s. 133.

⁷⁹ M. Muskała, „Odstąpienie...”, s. 229.

juveniles, in which the courts validly adjudicated one of the above measures in 2014. The second data source was enquiries about criminal record obtained in 2019 from the National Criminal Register. The gathered material enabled checking how many juveniles returned to crime after five years, who those juveniles were, in what environments they had been brought up, what crimes they committed, for what crimes they were sentenced in adulthood and to what punishment, and how they differed from persons who desisted from crime before reaching adulthood. The article also presents the problems related to measuring the effectiveness of measures applied in case of juveniles.

Keywords: *juveniles, effectiveness of measures involving isolation applied in case of juveniles, youth educational centre, youth correctional institution*

Streszczenie

Justyna Włodarczyk-Madejska, Efektywność środków izolacyjnych orzekanych wobec nieletnich

W artykule zostały przedstawione wyniki analiz poświęconych efektywności środków izolacyjnych orzekanych wobec nieletnich, a zatem umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym oraz skierowania do zakładu poprawczego. Analizy w tym zakresie zostały przeprowadzone przy wykorzystaniu danych uzyskanych z dwóch źródeł. Pierwszym z nich było badanie aktowe 370 spraw dotyczących 397 nieletnich, wobec których w 2014 r. sąd orzekł prawomocnie o zastosowaniu jednego ze wskazanych środków. Drugim z kolei były zapytania o karalność uzyskane w 2019 r. z Krajowego Rejestru Karnego – zarówno z kartoteki karnej, jak i kartoteki nieletnich. Zgromadzony materiał pozwolił na sprawdzenie, ilu nieletnich po pięciu latach powróciło do przestępczości, kim są ci nieletni, w jakich środowiskach się wychowali, jakie przestępstwa popełniali w nieletniości, za jakie przestępstwa zostali skazani w dorosłości i na jaką karę, a także czym różnili się od osób, które od przestępczości odstąpiły jeszcze w nieletniości. W artykule zostały również pokazane problemy związane z pomiarem efektywności środków orzekanych wobec nieletnich.

Słowa kluczowe: *nieletni, efektywność środków izolacyjnych orzekanych wobec nieletnich, młodzieżowy ośrodek wychowawczy, zakład poprawczy*

Literatura:

1. Bartkowicz Z., *Efektywność resocjalizowania nieletnich w zakładzie poprawczym i wychowawczym*, Lublin 1987;
2. Batawia S., Kolakowska H., Strzembosz A., Szelhaus S., *Wyniki badań dalszych losów nieletnich i młodocianych recydywistów (Katamnezy w 443 przypadkach)*, Państwo i Prawo 1965, z. 4;
3. Blachut J., *Kryminologia a polityka kryminalna* [w:] *Po co nam kryminologia? Księga Jubileuszowa Profesor Ireny Rzeplińskiej*, red. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, P. Wiktorska, K. Buczkowski, Warszawa 2019;
4. Blachut J., Gaberle A., Krajewski K., *Kryminologia*, Gdańsk 2004;
5. Christiansen K.O., *Efektywność pozazakładowych form resocjalizacji przestępców – doświadczenia duńskie*, Przegląd Penitencjarny 1972, nr 4;
6. Drapała K., Kulma R., *Powrotność do przestępstwa nieletnich opuszczających zakłady poprawcze (raport z badań)*, Prawo w Działaniu 2014, nr 19;
7. Grzyb M., Habzda-Siwiek E., *Plec a przestępczość. O problemie dysproporcji płci wśród sprawców przestępstw z użyciem przemocy*, Archiwum Kryminologii 2013, t. XXXV;

8. Kołakowska-Przełomiec H., *Nieletni sprawcy zbrodni (początki kariery przestępczej)*, Warszawa 1990;
9. Lelental S., *Efektywność umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego w świetle wyników badań*, Łódź 1987;
10. Mogilnicki A., *Dziecko i przestępstwo*, Warszawa 1925;
11. Muskała M., „Odstąpienie od przestępczości” w teorii i praktyce resocjalizacyjnej, Poznań 2016;
12. Opora R., Ekspertyza „systemy resocjalizacji nieletnich w wybranych krajach Europy i Stanach Zjednoczonych”, załącznik do raportu „Działalność resocjalizacyjna młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Informacja o wynikach kontroli”, Najwyższa Izba Kontroli 2017;
13. Ostrihanska Z., *Prognoza recydywy nieletnich* [w:] *Prognozowanie kryminologiczne*, red. A. Krukowski, Warszawa 1975;
14. Pytką L., *Sukces i porażka w resocjalizacji nieletnich (Analiza pedagogiczna wypowiedzi wychowawców)*, Szkoła Specjalna 1986, nr 1, t. XLVII;
15. Rzeplińska I., *Pa, pa, recydywo!!! O bezsensie regulacji w prawie karnym odpowiedzialności karnej w warunkach recydywy* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012;
16. Rzeplińska I., *Sylwetki społeczne nieletnich – późniejszych dorosłych sprawców przestępstw*, *Archiwum Kryminologii* 2008, t. XXIX–XXX;
17. Sealy A.P., Bankst Ch., *Social maturity, training, experience and recidivism among British Borstal boys*, *British Journal of Criminology* 1971, nr 11;
18. Siemionow J., *Niedostosowanie społeczne nieletnich: działania, zmiana, efektywność*, Warszawa 2011;
19. Simons L.G., *Families and crime* [w:] *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, red. J.M. Miller, 2009, t. 1;
20. Skuza A., *Klimat społeczny polskiego zakładu poprawczego*, Resocjalizacja Polska 2012, nr 3;
21. Stańdo-Kawecka B., *O znaczeniu korekcyjnego wymiaru sprawiedliwości karnej – uwagi w kontekście nowej penologii i paradygmatu ryzyka* [w:] *Po co nam kryminologia? Księga Jubileuszowa Profesor Ireny Rzeplińskiej*, red. W. Klaus, D. Woźniakowska-Fajst, P. Wiktorska, K. Buczkowski, Warszawa 2019;
22. Tyszkiewicz L., Januszewska E., Lubelski M.J., Stępiak P., *Skuteczność środków penalnych stosowanych wobec młodzieży*, Warszawa 1992;
23. Wolny M., Kładoczny P., *Reintegracja wychowanków placówek resocjalizacyjnych. Uwagi o charakterze systemowym*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2018;
24. Włodarczyk-Madejska J., *Skazani na wychowanie. Stosowanie środków izolacyjnych wobec nieletnich*, Warszawa 2019;
25. Włodarczyk-Madejska J., *Stosowanie środka wychowawczego w postaci umieszczenia w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych oraz środka poprawczego przez sądy rodzinne i nieletnich w świetle danych statystycznych i badań aktowych*, Warszawa 2016;
26. Włodarczyk-Madejska J., *Wykonywanie środków izolacyjnych orzeczonych wobec nieletnich*, *Archiwum Kryminologii* 2020, t. XLII, nr 2;
27. Woźniakowska-Fajst D., *Nieletnie dziewczęta 10 lat później – badania katamnesticzne*, *Archiwum Kryminologii* 2011, t. XXXIII;
28. Woźniakowska-Fajst D., *Powrotna przestępczość nieletnich dziewcząt a rodziny wieloproblemowe* [w:] *Zmiana i kontrola. Społeczeństwo wobec przestępczości*, K. Buczkowski, W. Klaus, P. Wiktorska, D. Woźniakowska-Fajst, Warszawa 2017;
29. Woźniakowska-Fajst D., *Przestępczość kobiet i dziewcząt – wybrane teorie kryminologiczne*, *Archiwum Kryminologii* 2008, t. XXIX–XXX;
30. Zabczyńska E., *Przestępczość dzieci: etiologia i rozwój*, Warszawa 1983.

Kacper Mincewicz*

Rola prawdy w wymierzaniu kary jako elementu procesu karnego**

1. ZAMIAST WSTĘPU, CZYLI O ROZUMIENIU PRAWDY I PRAWA

Opracowanie poświęcone jest problemowi filozoficznej koncepcji prawdy wykorzystywanej przy ustalaniu sądowego wymiaru kary. W pracy podziela się mający podstawy w filozofii analitycznej pogląd, że aby rozstrzygnąć jakąkolwiek kwestię najpierw trzeba zrozumieć, czego ona dotyczy. Dlatego w pierwszej kolejności zostaną wyjaśnione związki pojęcia prawdy i prawa, wskazujące, w jaki sposób porządek prawny konstytuowany jest opartymi o pojmowanie prawdy zachowaniami i przeżyciami ludzi. Związany z tym powszechny stosunek prawników do prawdy można określić jako ambiwalentny. Prawnicy nie próbują stworzyć własnej koncepcji prawdy adekwatnej na potrzeby prawoznawstwa, lecz adaptują dla tych celów którąś z licznych wersji ontologicznych, epistemologicznych i aksjologicznych powstałych w ramach filozofii ogólnej¹. Z uwagi na swą uniwersalność teorią aletejologiczną, która czyni zadość postulatowi łączenia różnych koncepcji, jest pełna teoria prawdy przedstawiona przez Willarda Van Ormana Quine'a² (wszystkie podkr. – autora). W jego ujęciu prawda ma dwa aspekty: korespondencyjny związany z tym, czego prawda dotyczy i koherencyjny, który wskazuje jak dochodzi się do prawdy³. Jest tak, ponieważ poczynione w postępowaniu ustalenia zależne (w pewien sposób) od spójnego systemu wiedzy rozstrzygającego o prawdzie podmiotu, mają być w jak największym stopniu zgodne z rzeczywistym przebiegiem zdarzenia, a więc z pozajęzykową rzeczywistością. Nawiązując tym samym do adekwacyjnej teorii prawdy, wskazując że celem postępowania dowodowego jest maksymalna wierność (korespondencja, zgodność) wyrażonego w określonym języku twierdzenia o faktycznym przebiegu zdarzenia⁴.

* Mgr Kacper Mincewicz jest asystentem sędziego w Sądzie Rejonowym w Szczecinie, Polska, ORCID-0000-0003-3996-4766, e-mail: kacper.mincewicz@wp.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 8.02.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 31.08.2020 r.

¹ J. Zajadło, *Prawda* [w:] *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2013, s. 294.

² W.V.O. Quine, *Na tropach prawdy*, Warszawa 1997, s. 143.

³ J. Woleński, *Epistemologia*, Warszawa 2005, s. 123.

⁴ Stanowisko uznające za podstawę tej zasady prawdę klasyczną (adekwacyjną) było obecne w polskiej kulturze prawnej do momentu zmiany brzmienia art. 2 § 1 Kodeksu postępowania karnego. Zob. B. Janusz-Pohl, *Uwagi na marginesie książki Jana Jodłowskiego „Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego”*, „Ius Novum” 2016/3, s. 154.

Stosując możliwie pełną teorię prawdy, a więc i taki model poznania⁵, należy odwołać się do ujęcia poznania sądowego, które jest podstawą wymiaru kary i traktować je jako pewną spójną całość. Jest to nic innego jak głoszony przez wspomnianego amerykańskiego filozofa program holizmu metodologicznego⁶, który służyć ma ustaleniu prawdy według możliwie pełnej jej teorii⁷.

Zgodnie z innym założeniem niniejszego opracowania, rezultat poznania rzeczywistości jest w znacznej mierze uzależniony od reguł uznawania jakichś faktów za rzeczywiste⁸. Przeprowadzone na gruncie wskazanego w tytule artykułu elementu procedury karnej rozważania mają właśnie potwierdzić założenie o możliwie pełnym sposobie pojmowania prawdy w naukach prawnych. Przez wskazanie odwołania do faktu, jako kluczowego pojęcia koncepcji prawdy adekwacyjnej i uznawania – procesu charakterystycznego dla koncepcji epistemicznych, które łączą się w pełnej teorii prawdy, wykazana zostanie konieczność holistycznego podejścia do ustalania prawdy w procesie karnym. Pojęcie prawdy zawiera bowiem pojęcie faktu, a jednocześnie jest w nim obecne, czyli pojęcia te wzajemnie się dookreślają, tzn. wyrażające sąd zdanie jest tym, co pasuje do pojęcia prawdy czy też tym, do czego pojęcie prawdy nie pasuje⁹. W konsekwencji na potrzeby metodologiczne przyjęto, że podmiot musi być zdolny do poznania, które łączy się z jego spójnym systemem wiedzy, a byt musi nadawać się do adekwatnego poznania¹⁰.

Trzeba podkreślić, że koncepcją prawa, która zdaje się w praktyce potwierdzać słuszność poglądu o możliwie pełnym pojmowaniu prawdy w prawoznawstwie, jest niepozytywistyczna koncepcja prawa (dalej NKP) autorstwa Aleksandra Peczenika. Ta propozycja filozoficznoprawna opiera się na następujących założeniach, które są wyrazem akceptacji przez jej autora głównych tez koherentystycznych:

- 1) Każda jednostka, a więc i sędzia, posiada swój własny system przekonań. Tworzy ona swój własny system tak koherentnie, jak to tylko może, przez ciągłą aktualizację i rewidowanie swoich przekonań;
- 2) Jest to jedyna droga do przybliżonej, tj. zobiektywizowanej¹¹ prawdy;
- 3) W praktycznych kontekstach prawa związanych z jego stosowaniem, zespół zaawansowanych, dokładnych, relatywnie niekontrowersyjnych i użytecznych teorii nie został jeszcze wypracowany;
- 4) Epistemologiczne zainteresowania koherencji są zatem bliższe powszechnej argumentacji prawniczej niż powszedniej nauce przyrodniczej;
- 5) Choć wątpliwe jest, czy można osiągnąć prawdę drogą takiej argumentacji, w prawie dąży się do koherencji;

⁵ M. Zieliński, *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979, s. 20.

⁶ Myśl ta podważa dyferencjację ontologii od nauki empirycznej, rozróżnienie prawd analitycznych i syntetycznych, nauk formalnych i empirycznych oraz kwestii wewnętrznych i zewnętrznych. Stanowisko holistyczne jest podobne do poglądów Koła Wiedeńskiego (Otto Neurath) i krytykuje założenia że: należy wierzyć w istnienie wyraźnej linii dzielącej prawdy analityczne, czyli niezależne od faktów opierające się wyłącznie na znaczeniu wyrażań, od prawd syntetycznych, czyli opartych na faktach oraz równoważności każdej wypowiedzi sensownej i konstrukcji logicznej złożonej z wyrażań mających bezpośrednią referencję do doświadczenia (E. Coreth, P. Eblen, G. Haefner, F. Ricken, *Filozofia XX wieku*, Warszawa 2004, s. 208).

⁷ M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 28.

⁸ Zob. M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 77–79.

⁹ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2004, s. 79.

¹⁰ R. Ziemińska, *Dwie koncepcje prawdy i dwie wizje świata*, „Roczniki Filozoficzne” 2013/3, s. 35.

¹¹ Pojęciem tym posługują się przedstawiciele poznańsko-szczecińskiej szkoły prawa (S. Czepita, S. Wrótkowska, M. Zieliński, *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 2013/2, s. 3–16).

- 6) Wynika to z faktu, że wszyscy mają preferencję w kierunku racjonalności, a więc koherencji¹².

Podkreślając rolę spójności, postulaty NKP szczególnie przydatne są przy ustalaniu sposobu pojmowania prawdy w rozstrzyganiu o wymiarze kary rozumianym jako czynność konwencjonalna¹³, która nie może być sprowadzana do kluczowych w teorii adekwacyjnej jej fizycznych substratów¹⁴. Słuszność przyjęcia elementów adekwacyjnej teorii prawdy związanej z obiektywnym jej pojmowaniem i koncepcji koherencyjnej (jako przedstawicielki koncepcji subiektywnych) potwierdzają stanowiska obecne w polskim piśmiennictwie karnistycznym od blisko stu lat. Zgodnie z nimi prawdziwość twierdzeń formułowanych w sądzie musi być zarazem obiektywna i subiektywna¹⁵.

2. PRAWDA W PRAWIE KARNYM

W ramach przewidzianych prawem działań epistemicznych, które podejmowane są w postępowaniu karnym, chodzi o adekwacyjne ustalenie rzeczywistości minioniej (faktów) za pomocą mniej więcej zbieżnych (koherentnych) typów źródeł poznania¹⁶. Powszechnie wiadomo, że w ramach poznania związanego z praktyczną stroną prawdy wyróżnia się szereg jego szczegółowych rodzajów (np. poznanie naukowe, potoczne, codzienne, ale i sądowe). Prawda, która jest przedmiotem poznania, w postępowaniu sądowym stanowi centralny i zasadniczy element procesu poznania dokonywanego przez organy wymiaru sprawiedliwości¹⁷. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania trzeba zaznaczyć, że poznanie sądowe ma charakter specyficzny zauważalny na tle pozornie zbliżonych aktywności poznawczych w dziedzinach pozaprawnych. Właściwości poznania sądowego mają przy tym bezpośredni związek z prawdą ustalaną w drodze tegoż poznania¹⁸.

¹² A. Peczenik, *Niepozytywistyczna koncepcja prawa*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2010/1, s. 32.

¹³ Same czynności konwencjonalne to zespół zachowań psychofizycznych, którym umownie (sztucznie) przypisany został sens inny niż wynikający tylko z czynności psychofizycznej. Ten konwencjonalny sens nadany jest przez swoje dyrektywy postępowania, które nazywane są regułami sensu. Za reguły sensu właśnie należy uznać w przypadku wyrokowania wskazania zawarte w art. 53 Kodeksu karnego. Zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 30–31. W przyjętej za Stanisławem Czepitą koncepcji czynności konwencjonalnej jest ona czynnością konwencjonalną danego typu, oznaczoną w danym języku nazwą N, doniosłą w każdym przypadku jej dokonania w danym systemie normatywnym, powodującą, że zachowanie określonej osoby w określonej sytuacji rozpoznawane jest ze względu na obowiązującą normę czy normy jako przekształcenie sytuacji normatywnej osoby dokonującej owej czynności lub innych osób (S. Czepita, *O pojęciu czynności konwencjonalnej i jej odmianach*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2017/1, s. 96–97).

¹⁴ Innym powodem przyjęcia NKP może być odwołanie się przy związanym z praktycznym jej wymiarem, tj. poznaniem do charakterystycznej dla koncepcji niepozytywistycznej jako „teorii trzeciej drogi” między pozytywizmem a prawem natury, instytucji zasad prawa (M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 15).

¹⁵ K. Sobolewski, A. Laniewski, *Polski Kodeks karny z 11 lipca 1932 r. z komentarzem*, Lwów 1932, s. 80. Wypada podkreślić, że odwołania do idei tej międzywojennej regulacji poszczególnych instytucji obecne jest także w najnowszym piśmiennictwie. Za przykład służyć może artykuł Łukasza Pohla pt. *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.* („Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 109). Podkreślające aktualność odwołań do myśli zawartych w tym akcie odniesienia, pojawiają się także w uzasadnieniach współczesnych rozstrzygnięć sądowych przy wyjaśnieniu zawartych tam instytucji prawnych (np. momentu początku prawno-karnej ochrony człowieka – uchwała Sądu Najwyższego (dalej SN), I KZP 18/06, OSNKW 2006/11, s. 97, korzyści majątkowej – wyrok SN V KK 363/07, LEX nr 370263; wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach, IV K 27/18, LEX nr 2529270).

¹⁶ M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 24.

¹⁷ M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 19.

¹⁸ J. Kil, *Prawda w procesie karnym*, Warszawa 2015, s. 41.

W procesie karnym pojęcie prawdy występuje jako będący konsekwencją jej normatywności¹⁹ cel postępowania, w znaczeniu rozstrzygnięcia o przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonego co do sprawstwa i winy albo niewinności²⁰. Na wszystkich etapach postępowania karnego o gwarancjach dotarcia do prawdy stanowią w szczególności przepisy dotyczące postępowania przed sądem²¹. Wynikający z zasady prawdy postulat dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych jest przy tym limitowany przepisami prawa, gdyż poszukiwanie prawdy jest dopuszczalne tylko za pomocą środków i sposobów przewidzianych w prawie procesowym oraz z poszanowaniem ustanowionych przez to prawo gwarancji procesowych²². Omawiając zagadnienie pojmowania prawdy w czynności wymierzania kary, należy przyjąć, że podstawowym źródłem obowiązywania prawa w Polsce jest Konstytucja RP²³, która reguluje pojęcia kary i polityki karnej jako sposobów zabezpieczenia realizacji praw jednostki. Podstawowymi aktami prawnymi rangi ustawowej, które jako uszczegółowienie wskazań konstytucji znajdują zastosowanie w codziennym obrocie prawnym, w kwestiach penalnych są natomiast: Kodeks karny²⁴ oraz Kodeks postępowania karnego²⁵.

Stanowiący podstawę tego opracowania art. 53 k.k., jako przepis prawa materialnego, realizowany jest w oparciu o przepisy k.p.k. dla interpretacji i stosowania których kluczowe znaczenie ma zawarta w art. 2 k.p.k. zasada prawdy. Najpełniej została ona wyrażona w art. 2 § 2 tej ustawy, zgodnie z którym podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne. Zasada prawdy opiera się na czterech filarach, tj. pojęciu prawdy, pojęciu ustaleń faktycznych, pojęciu granic poznawania rzeczywistości oraz pojęciu udowodnienia²⁶, i wyraża kierowaną do organu procesowego dyrektywę określonego sposobu prowadzenia postępowania ukierunkowanego na poczynienie ustaleń zgodnych z rzeczywistością, w oparciu o sformalizowane i niesformalizowane reguły dowodowe²⁷. Z uznaniem należy przyjąć pojawiające się w nowszym piśmiennictwie wskazanie, że analiza wzajemnego stosunku zakresowego pojęcia „prawdy” oraz „prawdy materialnej” wskazuje na ich synonimiczność znaczeniową. Odpowiadające zatem tym pojęciom zasady procesowe (tj. zasada prawdy materialnej oraz zasada prawdy) należy uznać więc za tożsame²⁸.

¹⁹ Obowiązek dochodzenia do prawdy związany z rozważeniem wszystkich okoliczności przemawiających zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego potwierdzają poglądy judykatury pojawiające się w wielu orzeczeniach SN i sądów apelacyjnych (zob. np. wyrok SN I KR 197/74, wyrok SN II KR 198/94, wyrok SN V KKN 104/98, wyrok SN SNO 75/07, a także wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Łodzi, II AKa 49/02, wyrok SA w Krakowie, AKa 50/08 oraz wyrok SA w Krakowie, AKa 82/10).

²⁰ S. Steinborn, *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym* [w:] *Znaczenie prawomocnego rozstrzygnięcia dla rozstrzygnięć w przedmiocie kar i innych środków reakcji karnej*, Warszawa 2011.

²¹ I. Niewiadomska, *Osobowościowe uwarunkowania skuteczności kary pozbawienia wolności*, Lublin 2007, s. 75.

²² J. Skorupka, *Proces karny*, Warszawa 2018, s. 190.

²³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

²⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

²⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

²⁶ A. Sakowicz, *Art. 2 Kpk. Komentarz*, Warszawa 2020, nb 24.

²⁷ Udowodnienie wymaga spełnienia dwóch warunków: obiektywnego i subiektywnego. Pierwszy wymaga, aby dowody zebrane w sprawie miały taką siłę przekonywania, iż eliminują wszelkie racjonalne wątpliwości, tak że każdy normalnie oceniający człowiek uzna fakt za udowodniony. Drugi natomiast nakazuje, aby zebrane dowody wywoływały u organu oceniającego całkowitą pewność, że żadna inna ewentualność nie zachodzi (wyrok SA w Gdańsku w sprawie II AKa 280/10).

²⁸ J. Jodłowski, *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego*, Warszawa 2015, nb 3.4.1.

Choć z ujęcia zasady prawdy jako dyrektywy systemowej wynika postulat, w myśl którego nikt nie powinien przed sądem mówić nieprawdy (gdyż zakłóca to dochodzenie do sprawiedliwości²⁹), to w obowiązującym systemie prawnym przewidziana jest taka możliwość. Wskazanie dotyczące kompetencji do składania przez oskarżonego fałszywych wyjaśnień (art. 175 § 1 k.p.k.) zdaje się nie znajdować jednak wymaganego przez system prawny uzasadnienia aksjologicznego. Powyższe stanowisko oparte jest na treści przepisu art. 2 § 1 k.p.k. Regulacja ta podkreśla i eksponuje bowiem dyrektywalną rolę prawdy w procesie rekonstruowania wszystkich norm zawartych w przepisach ustawy regulującej postępowanie karne.

Zakres przedmiotowy zasady prawdy jest bardzo szeroki i rozciąga się na wszystkie stadia procesu karnego, począwszy od przygotowawczego a kończąc na wykonawczym. Obejmuje także całą działalność wykrywczą bez względu na jej unormowanie³⁰. W ujęciu dyrektywalnym zasada prawdy sprowadza się do przyjęcia postaci normy, tj. jednoznacznego językowo wyrażenia, które kieruje interpretatora ku źródłom jej wysłowienia³¹. Organ procesowy, który związany jest wspomnianą dyrektywą kierunkową, szanując zasadę legalizmu powinien dołożyć wszelkich starań dla uzyskania prawdziwych ustaleń. Zasada prawdy jako dyrektywa kierunkowa nie żąda jednak (i żądać nie może) zagwarantowania prawdziwości ustaleń w sensie absolutnym, albowiem żądania takie wykraczałyby poza możliwości organów procesowych³². Zasada prawdy jako zasada-dyrektywa ma zatem charakter optymalizacyjny. Obowiązuje ona w polskim porządku prawnym, ale nie w zakresie absolutnym, dopuszcza bowiem wyjątki podyktowane różnymi innymi wartościami. Jest ona w mniejszym lub większym stopniu obciążona wyjątkami. Zasada-dyrektywa to wskazówka, zgodnie z którą postąpić należy „tak a tak”, ale czasem można „inaczej”³³.

W procesie wymierzania kary, jako istotnego elementu procedury karnej, prawda zajmuje więc miejsce centralne – jest tu ujmowana w postaci naczelnej zasady procesowej. Wynika to z przyjęcia, że racjonalny ustawodawca, z uwagi na cechę normatywności prawdy, tak kształtuje prawo procesowe, by w jak największym stopniu zabezpieczyć możliwość adekwatnego odtworzenia stanu faktycznego³⁴. Chodzi o stworzenie odpowiednio dobranego zespołu norm prawnych kształtujących proces poznania sądowego, który najdoskonalej uwzględni wszechstronną wiedzę dotyczącą procesów poznawczych i narzucenie tego zespołu norm organom stosującym prawo³⁵. Ujęcie prawdy w prawie karnym jako tylko przybliżonej, czyli zobiektywizowanej, potwierdza sam model procesu, w którym wynik jest efektem rywalizacji *prima facie* sprzecznych zasad związanych z pojmowaniem prawdy. Z jednej strony ustalenia podporządkowane są kojarzonej z obiektywizmem ustaleń zasadzie prawdy z art. 2 § 2 k.p.k., z drugiej zaś – wymierzona sankcja jest wynikiem z gruntu subiektywnego rozważenia przez sędziego całokształtu okoliczności rozpatrywanej sprawy w ramach zasady swobodnej oceny dowodów i uznania sędziowskiego.

²⁹ I. Zgoliński, *Komentarz do art. 53 Kodeksu karnego*, Warszawa 2018.

³⁰ P. Wiliński [red.] *System prawa karnego procesowego*, t. III, *Zasady procesu karnego*, Warszawa 2014, s. 304.

³¹ B. Janusz-Pohl, *Uwagi na marginesie...*, s. 153.

³² A. Sakowicz, *Art. 2 Kpk...*, nb 24.

³³ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 216.

³⁴ Szerzej A. Chrudzinski, *Epistemiczna normatywność. Uwagi na marginesie Ingardenowskiej koncepcji teorii Poznania*, „Kwartalnik Filozoficzny” 1999/2, s. 33–68.

³⁵ M. Zieliński, *Poznanie sądowe...*, s. 8.

3. DYREKTYWY WYMIERZANIA KARY

Z przedstawionych wyżej wskazań dotyczących pojmowania prawdy w prawie wynika, że na gruncie rozstrzygnięcia o wymiarze kary istotne są związki subiektywnego pojmowania prawdy z relatywizmem aletrycznym. Subiektywistyczna myśl tego ostatniego poglądu filozoficznego uzależnia prawdziwość sądu dotyczącego słuszności (poprawności) orzekanej w sprawie kary od podmiotu – osoby sędziego, czasu i miejsca jego stwierdzenia (trybu orzekania). Przy obiektywizmie z kolei nie liczy się poznanie związane z podmiotem i jego koherentną wiedzą, a prawdziwość sądów zależy od obiektywnego świata³⁶.

W myśl art. 53 § 1 k.k. sąd wymierza karę według swojego uznania:

- w granicach przewidzianych przez ustawę;
- bacząc, by jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy;
- uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu;
- biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze oraz potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.

Ustawodawca w art. 53 § 1 k.k. zawarł zatem cztery dyrektywy wymiaru kary, a mianowicie: dwie tzw. dyrektywy sprawiedliwościowe i dwie dyrektywy prewencyjne. Jako dyrektywy sprawiedliwościowe określa się dyrektywę stopnia winy oraz dyrektywę stopnia społecznej szkodliwości czynu. W ramach dyrektyw prewencyjnych wyróżnia się zaś dyrektywę prewencji indywidualnej oraz dyrektywę prewencji ogólnej³⁷.

Dyrektywalne ujęcie zasady prawdy w procesie karnym daje asumpt do uznania, że przyjęcie określonej koncepcji prawdy jest funkcją dyrektyw trafnej reakcji karnej wyznaczonej dyrektywami zawartymi w omawianym przepisie³⁸. Wyrażona w art. 53 § 1 k.k. zasada swobodnego uznania sądu przy wymiarze kary nie oznacza dowolności sądu, bowiem wymienione dyrektywy łączą się z zagadnieniem prawdy przez przyjęcie, że na zastosowany przez sąd w danej sprawie wymiar kary rzutują związane z normatywnością prawdy okoliczności stanu faktycznego w konkretnej sprawie³⁹. Ogólne dyrektywy wymiaru kary można określić jako uniwersalne, ustawowe wskazania, co do każdego jednostkowego, sądowego wymiaru kary będące emanacją ogólnej aksjologii prawa karnego. Przez wymiar kary należy przy tym rozumieć nie tylko jej wysokość, ale także rodzaj wymierzanej kary⁴⁰.

W § 2 omawianego artykułu wskazuje się, że wymierzając karę sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej bądź wspólnie z nieletnim. Określona w ten sposób kara ma być zadośćuczynieniem społecznemu poczuciu sprawiedliwości. W przepisie tym ustawodawca zawarł obszerny zbiór różnorodnych, a jednocześnie typowych i powtarzalnych okoliczności, które manifestują się w pełnym zestawie na gruncie wszystkich spraw karnych oraz są niezmiennie istotne z punktu widzenia wymiaru kary i pozostałych środków prawnokarnych.

³⁶ R. Ziemińska, *Spór relatywizmu z absolutyzmem na temat pojęcia prawdy*, „Roczniki Filozoficzne” 2009/1, s. 301.

³⁷ M. Kowalewska-Łukuć, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary*, „Prokuratura i Prawo” 2016/9, s. 6.

³⁸ B. Janusz-Pohl, *Uwagi na marginesie...*, s. 156.

³⁹ P. Hofmański, S. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006.

⁴⁰ M. Kowalewska-Łukuć, *Ogólne dyrektywy...*, s. 6.

Artykuł 53 § 3 k.k. wskazuje, że wymierzając karę sąd bierze pod uwagę także pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji albo ugodę osiągniętą przed sądem bądź prokuratorem. Uгода jest wynikiem dyskursu charakterystycznego dla konsensualnej teorii prawdy⁴¹, którą można widzieć jako postać czy rodzaj koherencji. Obowiązujący Kodeks karny posługuje się pojęciem kary (art. 32) oraz środków karnych (art. 39). W rozumieniu ustawy karami są: grzywna, ograniczenie wolności, pozbawienie wolności, 25 lat pozbawienia wolności i dożywotnie pozbawienie wolności. Choć w odczuciu społecznym wymierzane współcześnie kary nie są dostatecznie surowe i nie zaspokajają społecznego poczucia sprawiedliwości⁴², zgodnie przyjmuje się jednak, że nie można wymierzyć sprawiedliwej kary bez ustalenia prawdy.

Nie można także pominąć wskazywania w doktrynie, że uchybienie w treści regulacji dotyczącej dyrektyw sądowego wymiaru kary polega na tym, iż stopień winy nie został ujęty jako główny wskaźnik, a jedynie jako czynnik, który wymiar kary ogranicza⁴³. Jednak poważniejszym błędem, który w jeszcze większym stopniu wydaje się być niezgodny z ideą kary sprawiedliwej, jest przemilczenie rzeczywistego sposobu pojmowania prawdy stanowiącego podstawę wszelkich działań człowieka. O łączności tych dwu kryteriów oceny rozstrzygnięcia prawnego świadczy pogląd wskazujący, że prawdopodobność sprawcy powinna zostać uwzględniona pozytywnie przy wymiarze kary⁴⁴. Ponadto w polskim postępowaniu karnym składanie przez oskarżonego nieprawdziwych wyjaśnień może być w świetle art. 53 § 2 k.k. uznane za negatywnie ocenione zachowanie po popełnieniu przestępstwa⁴⁵.

Związane z pojmowaniem prawdy pojęcie faktu może stanowić okoliczność obciążającą bądź łagodzącą, jednak wskazanych w tym przepisie okoliczności łagodzących i obciążających nie można traktować jako domniemanego ich katalogu. Katalog okoliczności faktycznych (swoistych definicji ostensywnych rzeczywistości) ma charakter uniwersalny, gdyż został ujęty w sposób neutralny, który może świadczyć zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść sprawcy, czyli być interpretowany „tak i inaczej”⁴⁶. Powodem tego stanu rzeczy jest okoliczność, że gdy przedstawimy fakty, czasem innymi niż one są, pewne układy społeczne (konwencje – np. języka czy prawa) tracą na ważności, a inne stają się ważne. Gdy zmieniają się układy, zmienia się pojmowanie i znaczenie rozpatrywanych w nich faktów⁴⁷, które są kluczowe dla powszechnego, adekwacyjnego rozumienia prawdy⁴⁸. Zestaw wskazanych okoliczności jest przy tym przydatny zarówno dla oceny czynu,

⁴¹ P. Kardas, *Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003*, „Prokuratura i Prawo” 2004/1, s. 48–50.

⁴² Ł. Żukowski, *Zarys pojęcia kary kryminalnej oraz problematyki karnej w Polsce*, „Znaczenia” 2009/9, s. 27.

⁴³ W. Mąciór, *Kara dostosowana do stopnia winy sprawcy*, „Rzeczpospolita” 2003/5, s. 28.

⁴⁴ M. Budyn-Kulik, *Komentarz aktualizowany do art. 53 Kodeksu karnego*, Warszawa 2020, nb 23.

⁴⁵ Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym. Szkic teoretycznoprawny*, „Prokuratura i Prawo” 2006/6, s. 44–45.

⁴⁶ L. Wittgenstein, *Dociekania...*, s. 24.

⁴⁷ L. Wittgenstein, *O pewności*, Warszawa 2014, s. 20.

⁴⁸ Termin „fakt” jest wieloznaczny. Z filozoficznego punktu widzenia fakt stanowi element rzeczywistości i jako taki nie może być nieprawdziwy. Tylko opis faktu może być niezgodny z prawdą, tj. nieprawdziwy. W wypowiedziach prawniczych „fakt” używany bywa nie na określenie zdarzenia historycznego (np. czyn jako element rzeczywistości), lecz oznacza tylko opis. W ślad za tym stanowiskiem, według dominującego w piśmiennictwie procesowym ujęcia, podstawa faktyczna odpowiedzialności karnej nie wiąże się z czynem rzeczywistym, ale z procesową hipotezą tego czynu w postaci podejrzenia, zarzutu czy przypisania (W. Gontarski, *Prawda w postępowaniu karnym* [w:] *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*. Materiały Wrocławskiego Seminarium Karnoprosesowego, Wrocław 2013, s. 200).

winy i osoby sprawcy, co powoduje, że jest on użyteczny dla realizacji wszystkich czterech dyrektyw ogólnych wymiaru kary zarówno tych sprawiedliwościowych, jak i prewencyjnych⁴⁹. Uznając, że art. 53 § 1 k.k. nakłada na sąd obowiązek wymierzenia kary z zastosowaniem wskazanych w tym przepisie dyrektyw, trzeba się zastanowić, czy sąd każdorazowo będzie w stanie obowiązkowi temu sprostać. Spore problemy mogą pojawić się już przy ocenie stopnia winy sprawcy. Sąd, chcąc stopień taki określić, zobligowany jest bowiem do określenia sytuacji motywacyjnej sprawcy, jego możliwości percepcyjnych i decyzyjnych w danym momencie. Nie trzeba chyba szczególnie argumentować na rzecz tezy, że dla prawidłowości ustaleń w tym zakresie niejednokrotnie nie wystarczy samo poprawne rozumowanie oraz wskazania wiedzy i doświadczenia życiowego sądu, ale konieczne będą podstawowe informacje z innych dyscyplin naukowych, np. z zakresu psychologii⁵⁰. Wskazuje to na konieczność holistycznego podejścia do ustalania prawdy w podejmowanych w toku postępowania czynnościach⁵¹.

4. PODSUMOWANIE

Przegląd wskazanych regulacji dotyczących ogólnych zasad i dyrektyw wymiaru kary prowadzi do wniosku, że określają one cele, jakimi powinien się kierować sędzia, a ich stosowanie jest szczegółowym fragmentem zagadnienia dotyczącego stosunku tzw. prawa ustawowego do prawa sędziowskiego. Zasadnie kojarzy się to z rywalizacją na gruncie filozoficznym prawdy adekwacyjnej i epistemicznych koncepcji prawdy. Ustalenie stopnia zależności modelu sądowego wymiaru kary musi dotyczyć opisu praktyki wydawania decyzji sądowych w postaci wyroków skazujących w zakresie dotyczącym wymiaru kary. Wartościowanie zachowania sprawcy czynu zabronionego, jako proces myślowy, jest przy tym nieodłączną częścią procesu wymiaru kary⁵².

Wielopłaszczyznowość procesu sądowego stosowania prawa sprawia, że nie powinien być on widziany tylko jako odbicie wyłącznie określonego w przepisach modelu prawa w świadomości posługującego się tym modelem sędziego. Jego osobowość, tak istotna w opartej na możliwie pełnym pojmowaniu prawdy NKP, jest czynnikiem indywidualizującym wysokość wymierzonej kary. Aby lepiej to pokazać, przyjmijmy, że sędzia o zacięciu pedagogicznym będzie brał pod uwagę postulaty wychowawcze, sędzia o podejściu socjologicznym podkreśli prewencyjne oddziaływanie wymierzonej kary na grupę społeczną, a sędzia wychodzący od oceny etycznej będzie się starał dostosować karę do wagi czynu stosując zasadę sprawiedliwościową. Każdy czynnik uwzględniany w procesie sądowego wymiaru kary podlega bowiem ocenie człowieka – tu sędziego – który rozumuje w oparciu o swój spójny zespół przekonań, preferencji i sposobów rozumowania.

⁴⁹ R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, nb 40.

⁵⁰ M. Kowalewska-Lukuć, *Ogólne dyrektywy...*, s. 15–16.

⁵¹ Podobne wskazania kierowane jednak pod adresem ogólnej refleksji filozoficzno-prawnej obecne są w piśmiennictwie już od dłuższego czasu (zob. np. H. Leszczyńska, *Filozoficzne zagadnienia państwa i prawa*, „Studia Iuridica” 1996, t. XXXI, s. 69).

⁵² E. Mazur, *Problematyka relatywizacji modelu sądowego wymiaru kary w praktyce sądowej w kontekście prowadzonych badań empirycznych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006/1, s. 96.

Na podstawie przeprowadzonej analizy wskazano, że ustalenia faktyczne stanowiące podstawę rozstrzygnięcia dotyczącego wymiaru kary, podejmowanego w postępowaniu karnym poparte są dowodami stwarzającymi stan prawdopodobieństwa albo potwierdzającymi wystąpienie określonego faktu. Natomiast trafność wydawanych w postaci wyroków rozstrzygnięć uzależniona jest od wiedzy, doświadczenia oraz umiejętności prawidłowego stosowania przepisów prawnych. Wbrew powszechnemu przekonaniu o ich obiektywnym postępowaniu wyrażanemu przez przedstawicieli środowisk prawniczych, duży wpływ na podejmowane decyzje co do wymierzonej kary ma ocena dokonywana w oparciu o akceptowany przez orzekającego sędziego system wartości i sposób pojmowania przez niego prawdy⁵³.

Abstract

Kacper Mincewicz, *The role of truth in administering penalties as an element of the criminal trial*

The article suggests a solution to the problem of understanding the truth in the act of administering a penalty. The guidelines contained in Article 53 of the Criminal Code are used as normative grounds for the presented reflections. In order to explain the links between understanding the titular act and the assumed non-positivist concept of law, full theory of law was used as far as possible. The concepts mentioned in the article (i.e. non-positivist concept of law and complete theory of truth) seem to be commonly applied in the Poznań-Szczecin school of law. The article assumes that the most proper way to achieve the goal is a notion that is present in criminal law studies: the principle of substantive truth and its philosophical foundations. It cannot be arrived at without taking into account individual factors, in particular a coherent picture of the world, which is a product of a coherent personality of a given judge. This results from the particularities of learning the truth in a court trial, where the adjudicating judge's comprehensive knowledge about the cognitive processes has to be taken into consideration.

Keywords: *sentencing guidelines, coherence, non-positivist concept of law, complete theory of truth*

Streszczenie

Kacper Mincewicz, *Rola prawdy w wymierzaniu kary jako elementu procesu karnego*

W artykule zaproponowano rozwiązanie problemu pojmowania prawdy w czynności wymierzania kary. Za normatywną podstawę rozważań przyjęto dyrektywy zawarte w art. 53 Kodeksu karnego. Dla wyjaśnienia związków rozumienia tytułowej czynności z zakładaną niepozytywistyczną koncepcją prawa wykorzystano możliwie pełną teorię prawdy. Wspomniane w artykule koncepcje (tj. niepozytywistyczna koncepcja prawa i pełna teoria prawdy) zdają się mieć powszechne zastosowanie w poznańsko-szczecińskiej szkole prawa. W artykule przyjęto, że najułaściwsze dla osiągnięcia celu jest obecne w nauce prawa karnego pojęcie zasady prawdy materialnej i jej filozoficznych podstaw. Nie może ona zostać zrealizowana bez uwzględnienia czynników podmiotowych, w szczególności spójnego

⁵³ W. Świda, *Prawo karne*. Część ogólna, Warszawa 1966, s. 321.

obrazu świata, który jest pochodną koherentnej osobowości sędziego. Wynika to ze specyfiki poznania prawdy w procesie sądowym, które musi uwzględniać wszechstronną wiedzę orzekającego sędziego dotyczącą procesów poznawczych.

Słowa kluczowe: dyrektywy wymiaru kary, koherencja, niepozytywistyczna koncepcja prawa, pełna teoria prawdy

Literatura:

1. Budyn-Kulik M., *Komentarz aktualizowany do art. 53 Kodeksu karnego*, Warszawa 2020;
2. Chrudzimski A., *Epistemiczna normatywność. Uwagi na marginesie Ingardenowskiej koncepcji teorii Poznania*, Kwartalnik Filozoficzny 1999, nr 2;
2. Coreth E., Eblen P., Haehhner G., Ricken F., *Filozofia XX wieku*, Warszawa 2004;
3. Czepita S., *O pojęciu czynności konwencjonalnej i jej odmianach*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2017, nr 1;
4. Czepita S., Wronkowska S., Zieliński M., *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, Państwo i Prawo 2013, nr 2;
5. Gontarski W., *Prawda w postępowaniu karnym* [w:] *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*. Materiały Wrocławskiego Seminarium Karnoprocesowego, Wrocław 2013;
6. Hofmański P., Zabłocki S., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Kraków 2006;
7. Janusz-Pohl B., *Uwagi na marginesie książki Jana Jodłowskiego „Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji prawa karnego”*, Ius Novum 2016, nr 3;
8. Jodłowski J., *Zasada prawdy materialnej w postępowaniu karnym. Analiza w perspektywie funkcji i prawa karnego*, Warszawa 2015;
9. Kardas P., *Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2003*, Prokuratura i Prawo 2004, nr 1;
10. Kil P., *Prawda w procesie karnym*, Warszawa 2015;
11. Kowalewska-Łukuć M., *Ogólne dyrektywy wymiaru kary*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 9;
12. Leszczyna H., *Filozoficzne zagadnienia państwa i prawa*, Studia Iuridica 1996, t. XXXI;
13. Mazur E., *Problematyka relatywizacji modelu sądowego wymiaru kary w praktyce sądowej w kontekście prowadzonych badań empirycznych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2006, nr 1;
14. Mąciór W., *Kara dostosowana do stopnia winy sprawcy*, Rzeczpospolita 2003, nr 5;
15. Niewiadomska I., *Osobowościowe uwarunkowania skuteczności kary pozbawienia wolności*, Lublin 2007;
16. Peczenik A., *Niepozytywistyczna koncepcja prawa*, Roczniki Nauk Prawnych 2010, nr 1;
17. Pohl Ł., *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym. Szkic teoretycznoprawny*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 6;
18. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
19. Quine W.V.O., *Na tropach prawdy*, Warszawa 1997;
20. Sakowicz A., *Art. 2 Kpk. Komentarz*, Warszawa 2020;
21. Skorupka J., *Proces karny*, Warszawa 2018;
22. Sobolewski K., Laniewski A., *Polski Kodeks karny z 11 lipca 1932 r. z komentarzem*, Lwów 1932;
23. Stefański R., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020;
24. Steinborn S., *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym* [w:] *Znaczenie prawomocnego rozstrzygnięcia dla rozstrzygnięć w przedmiocie kar i innych środków reakcji karnej*, Warszawa 2011;

25. Świda W., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1966;
26. Waltoś S., Hofmański P., *Proces krany. Zarys systemu*, Warszawa 2018;
27. Wiliński P. [red.] *System prawa karnego procesowego*, t. III, *Zasady procesu karnego*, Warszawa 2014;
28. Wittgenstein L., *Dociekania filozoficzne*, Warszawa 2004;
29. Wittgenstein L., *O pewności*, Warszawa 2014;
30. Woleński J., *Epistemologia*, Warszawa 2005;
31. Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001;
32. Zajadło J., Zeidler K., *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, Warszawa 2013;
33. Zgoliński I., *Komentarz do art. 53 Kodeksu karnego*, Warszawa 2018;
34. Zieliński M., *Poznanie sądowe a poznanie naukowe*, Poznań 1979;
35. Ziemińska R., *Spór relatywizmu z absolutyzmem na temat pojęcia prawdy*, *Roczniki Filozoficzne* 2009, nr 1;
36. Ziemińska R., *Dwie koncepcje prawdy i dwie wizje świata*, *Roczniki Filozoficzne* 2013, nr 3;
37. Zukowski Ł., *Zarys pojęcia kary kryminalnej oraz problematyki karnej w Polsce*, *Znaczenia* 2009, nr 9.

Krzysztof Kmąk*

Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego**

Nowelizacja art. 12 i 115 Kodeksu karnego¹ zaproponowana przez Łukasza Pohla² w istocie sprowadzała się do modyfikacji brzmienia art. 12 § 1 k.k., dodaniu art. 12 § 2 k.k.³ oraz art. 115 § 25 k.k.

Obecnie występujące w art. 12 § 1 k.k. wyrażenie „w krótkich odstępach czasu” Ł. Pohl proponuje zastąpić zwrotem „w krótkim odstępie czasu”; zamiast sformułowania „uważa się za jeden czyn zabroniony” (art. 12 § 1 k.k.) Ł. Pohl umieszcza zdanie „uważa się za ciągły czyn zabroniony” (co konsekwentnie powtarza w art. 12 § 1 zd. 2 k.k.). Przepis art. 12 § 2 k.k. traktuje jako podstawę obostrzenia kary wobec sprawcy czynu ciągłego (możliwość wymierzenia kary w wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę). Jednocześnie poddał pod rozagę dodanie definicji legalnej pojęcia „krótkiego odstępu czasu” (art. 115 § 25 k.k.), którym miałby być „okres nieprzekraczający 31 dni”.

Trudno odmówić słuszności postulatowi, by ustawowo uregulować znaczenie „krótkiego odstępu czasu”, które niewątpliwie stanowi pojęcie nieostre. Przemaszają za tym podobne względy jak za wprowadzeniem definicji legalnej np. „mienia znacznej wartości” (art. 115 § 5 k.k.), „mienia wielkiej wartości” (art. 115 § 6 k.k.) czy „stanu nietrzeźwości” (art. 115 § 16 k.k.). Trzeba mieć na uwadze, że kontrowersje dotyczą dwóch aspektów. Po pierwsze, rzeczywistej długości „krótkich odstępow czasu”. Z jednej strony przyjmuje się, że krótkim odstępem czasu jest okres do kilkunastu dni⁴, ewentualnie do kilku tygodni⁵. Z drugiej strony funkcjonuje

* Mgr Krzysztof Kmąk jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i aplikantem prokuratorskim, Polska, ORCID 0000-0002-7173-1076, e-mail: krzysztofkmak@interia.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.10.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2020 r.

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

² Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 108–111.

³ Trzeba zauważyć, że od 15.11.2018 r. art. 12 k.k. podzielony jest na dwa paragrafy (na mocy art. 3 ustawy z 4.10.2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw [Dz.U. z 2018 r. poz. 2077], czego Ł. Pohl nie mógł uwzględnić). Z perspektywy uwag merytorycznych, poczynionych w niniejszym artykule, nie ma to jednak większego znaczenia.

⁴ P. Kardas, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, tezy 24–29; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 5.04.2000 r., V KKN 41/00, LEX nr 50957; postanowienie SN z 18.09.2003 r., III KK 159/02, LEX nr 81203; wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) we Wrocławiu z 26.11.2014 r., II AKA 106/14, LEX nr 1621274.

⁵ J. Lachowski, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2018, teza 7; M. Kulik, A. Wąsek, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, teza 4.

pogląd, że nie wyłącza spełnienia tej przesłanki nawet kilkumiesięczny odstęp⁶. Po drugie, dyskusyjne jest posilkowanie się art. 6 § 2 Kodeksu karnego skarbowego⁷ przy interpretacji tego pojęcia⁸. W tym ostatnim przepisie górną granicą „krótkich odstępów czasu” jest 6 miesięcy. Taka praktyka budzi jednak głębokie wątpliwości⁹, choćby z tego względu, że art. 6 § 2 k.k.s. został wprowadzony do odrębnej ustawy dotyczącej innej kategorii czynów zabronionych niż przestępstwa określone w k.k. Nie można z góry utożsamiać znaczenia tego pojęcia na gruncie obu aktów prawnych, skoro w jednym z nich stosowna definicja legalna nie została zamieszczona, natomiast ustawodawca nie daje podstaw do stosowania (choćby odpowiedniego) k.k.s. w tym zakresie.

Definicja „krótkiego odstępu czasu” autorstwa Ł. Pohla (art. 115 § 25 k.k.) zakłada, że jest to okres nieprzekraczający 31 dni, a zatem mieszczący się gdzieś pomiędzy najbardziej skrajnymi stanowiskami reprezentowanymi w doktrynie i orzecznictwie, z tym że znacznie bliżej poglądu, iż krótkie odstępy czasu nie mogą przekraczać kilkunastu dni czy kilku tygodni.

Jednocześnie Ł. Pohl zauważa, że brzmienie obecnie obowiązującego art. 12 § 1 k.k. nakazuje przyjąć, że „krótkie odstępy czasu” dotyczą przerw między kolejnymi zachowaniami objętymi czynem ciągłym, a nie pierwszym i ostatnim¹⁰, choć jest to rezultat społecznie niedorzeczny, bo prowadzi do uznania za czyn ciągły „np. kilkudziesięciu zgwałceń popełnianych przez sprawcę w krótkich odstępach czasu na krzywdę jego własnej małżonki”¹¹, a przecież za czyn ciągły grozi sprawcy jedna kara w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za dany czyn zabroniony (sprawca odpowiada jak za jednokrotną realizację tego typu)¹². Wykładnia funkcjonalna art. 12 § 1 k.k. nakazywałaby odstąpić od rezultatu wykładni językowej, co jednak byłoby sprzeczne z zakazem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Dlatego celowe byłoby przesądzenie w samym art. 12 k.k., że wszystkie zachowania objęte ciągłością powinny być popełnione „w krótkim odstępie czasu”¹³. Oznaczałoby to, że czas popełnienia czynu ciągłego w świetle proponowanych art. 12 § 1 k.k. i art. 115 § 25 k.k. mógłby obejmować okres

⁶ M. Kulik, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2019, teza 3; S. Zółtek, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, nb 30; postanowienie SN z 9.03.2006 r., V KK 271/05, OSNKW 2006/5, poz. 50.

⁷ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2020 r. poz. 19 ze zm.) – dalej k.k.s.

⁸ Taką możliwość dopuszcza A. Marek w: *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, teza 10; M. Kulik, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*2, teza 4; S. Zółtek, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, nb 30.

⁹ P. Kardas, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. 1, cz. 1, teza 29; J. Lachowski, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, teza 7; M. Kulik, A. Wąsek, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, teza 4; T. Bojarski, *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016.

¹⁰ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 109–110.

¹¹ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

¹² Od czasu opublikowania artykułu Ł. Pohla na mocy art. 38 pkt 2 ustawy z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz uproszczeniu postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1086) wszedł w życie art. 57b k.k., który w przypadku skazania za przestępstwo z art. 12 § 1 k.k. nakazuje wymierzyć karę powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia i pozwala na wymierzenie kary do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Rozwiązanie legislacyjne poszło więc dalej niż propozycja Ł. Pohla, która dotyczyła możliwości wymierzenia kary do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Przykładowo, za przestępstwo z art. 278 § 1 w zw. z art. 12 § 1 k.k. w obecnym stanie prawnym sąd może wymierzyć karę od 4 miesięcy do 10 lat pozbawienia wolności, natomiast według propozycji Ł. Pohla – od 3 miesięcy do 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności.

¹³ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

trwający maksymalnie 31 dni; *de lege lata* czas popełnienia czynu ciągłego nie jest normatywnie ograniczony.

Można wszakże zauważyć, że taki kształt regulacji nie wyklucza potencjalnie możliwych sytuacji, które można by traktować jako absurdalne z perspektywy wymiaru kary. Do wyobrażenia jest stan faktyczny, w którym wspomniany przez Ł. Pohla sprawca zgwałceń dopuszcza się tych czynów np. czterokrotnie w relevantnym 31-dniowym okresie. Na podstawie art. 197 § 1 k.k. w związku z proponowanym art. 12 § 2 k.k. groziłaby mu kara maksymalnie 18 lat pozbawienia wolności; z osobna można byłoby mu wymierzyć kary po 12 lat pozbawienia wolności. Tym samym w odczuciu społecznym mogłoby powstać wrażenie, że proponowany kształt art. 12 k.k. prowadzi do częściowej bezkarności sprawcy. Podobnie byłoby w przypadku 31-krotnego (w okresie 31 dni) sprawcy kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.), któremu groziłaby jedna kara 15 lat pozbawienia wolności zamiast trzydziestu jeden kar w maksymalnej wysokości 10 lat pozbawienia wolności. Jest to zresztą ogólny problem wymiaru kary w przypadku wielokrotnej realizacji znamion przestępstwa, który daleko wykracza poza problematykę czynu ciągłego. Trzeba wszakże zauważyć, że np. na gruncie kary łącznej absolutnym wyjątkiem jest stosowanie zasady pełnej kumulacji, polegającej na wymierzeniu kary łącznej będącej sumą kar jednostkowych, co zresztą jest zgodne z postulatami zgłaszanymi w doktrynie¹⁴ i orzecznictwie¹⁵.

Ponadto Ł. Pohl uważa, że „obecne ukształtowanie kary grożącej za popełnienie ciągłego czynu zabronionego, będącego w istocie swoistą odmianą wielości przestępstw, jest nieadekwatne, gdyż jest ono – najkrócej rzecz ujmując – nazbyt liberalne”¹⁶. Opieranie obostrzenia kary na pewnej powtarzalności zachowań czy rozciągłości czasowej przestępstwa, w świetle Kodeksu karnego, nie wydaje się właściwym kryterium. Są przecież przestępstwa cechujące się tym, że dla realizacji znamion typu czynu zabronionego nie wystarcza popełnienie jednego czynu (w znaczeniu ontologicznym). Z punktu widzenia zagrożenia karą za znęcanie się (art. 207 § 1 k.k.) nie ma znaczenia, czy trwa ono przez kilka miesięcy czy kilka lat. Dla wysokości grożącej sankcji za niealimentację (art. 209 § 1 k.k.) nieistotne jest, czy sprawca nie spełnił trzech czy trzydziestu trzech świadczeń okresowych. W odniesieniu do przestępstw trwałych, ustawodawca nie zaostrza kary w np. przypadku znacznego przekroczenia 3-dniowego terminu od wyznaczonego dnia powrotu do zakładu karnego w związku z przerwą w odbywaniu kary pozbawienia wolności (art. 242 § 3 k.k.). Pewien wyjątek stanowi w tym przypadku np. art. 189 § 2 k.k., gdzie okres utrzymywania bezprawnego stanu (pozbawienie wolności człowieka) stanowi znamię kwalifikujące (ale oczywiście nie jest to podstawa obostrzenia kary, jak w proponowanym art. 12 § 2 k.k.). Jednakże w pozostałych przypadkach powtarzalność zachowań, czy długotrwałość utrzymywania stanu bezprawnego może być uwzględniana przez sąd na gruncie sądowego wymiaru kary. Dodać wypada, że samo zaostrzenie kary opierające się na wielości zachowań sprawczych może prowadzić do sytuacji trudnych do zaakceptowania z kryminalnopolitycznego punktu

¹⁴ P. Kardas, *Komentarz do art. 86 [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, teza 40.

¹⁵ Wyrok SA w Lublinie z 27.04.2006 r., II AKa 80/06, LEX nr 183575.

¹⁶ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

widzenia. Przykładowo, sprawcy jednej kradzieży rzeczy ruchomych o wartości 200 000 zł będzie groziła kara 5 lat pozbawienia wolności (art. 278 § 1 k.k.), natomiast sprawcy dwóch czynów realizujących znamiona kradzieży rzeczy o łącznej wartości 600 zł, działającemu w warunkach nowego art. 12 § 1 k.k. – kara 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności¹⁷.

Należy zauważyć, że dyskusyjna jest sensowność wprowadzenia ustawowego ograniczenia maksymalnego czasu popełnienia czynu ciągłego, skoro np. w przypadku przestępstw wieloczynowych ustawa z góry nie przesądza, jak długo może trwać czyn zabroniony popełniony przez sprawcę. Możliwe jest zatem (i spotykane w praktyce), że sprawca popełnia jedno (wieloczynowe) przestępstwo znęcania się trwające np. 10 lat. Tym samym, nie wydaje się nieintencyjne dopuszczenie (jak jest obecnie), by czyn ciągły mógł trwać dłużej niż 31 dni.

Niezbyt jasno Ł. Pohl wyjaśnia zmianę sformułowania „jeden czyn zabroniony” (aktualny art. 12 § 1 k.k.) na „ciągły czyn zabroniony” (proponowany art. 12 § 1 k.k.). Autor propozycji stwierdza, że „ciągły czyn zabroniony to nie jeden czyn zabroniony, lecz ich wielość”¹⁸. Nasuwa się pytanie, jakie praktyczne konsekwencje ma mieć ta modyfikacja. Skoro ciągły czyn zabroniony to coś innego niż jeden czyn zabroniony, to musi to oznaczać, że jest to wiele czynów zabronionych (wprost wynika to z cytowanego fragmentu Ł. Pohla, pomimo posłużenia się tym pojęciem w liczbie pojedynczej), co by skłaniało do wniosku, iż mamy tu do czynienia również z wielością przestępstw, w przypadku której sąd wymierza jedną karę, z możliwością jej zaostrenia na podstawie proponowanego art. 12 § 2 k.k. To znacznie zbliżałoby czyn ciągły do instytucji ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k., gdzie sąd wymierza jedną karę w przypadku specyficznego realnego zbiegu przestępstw. Tu pojawia się wątpliwość, czy proponowana zmiana nie doprowadziłaby do uczynienia z czynu ciągłego instytucji przynależnej całkowicie do problematyki wymiaru kary.

Najistotniejszym mankamentem propozycji Ł. Pohla jest jednakże całkowity brak odniesienia się do relacji w jakiej pozostawałyby instytucje czynu ciągłego i wspomnianego ciągu przestępstw. Przede wszystkim należałoby się zastanowić, gdzie przebiegałaby granica pomiędzy dwiema instytucjami oraz jakie znaczenie dla ciągu przestępstw miałyby definicja legalna „krótkiego odstępu czasu” umieszczona w nowym art. 115 § 25 k.k.

Nie ma wątpliwości, że znajdujący się w rozdziale XIV k.k. art. 115 § 25 k.k. stanowiłby przykład kolejnej definicji legalnej. Wprowadzenie definicji legalnej ma na celu wyeliminowanie wieloznaczności językowej i nieostrości pojęcia użytego w ustawie¹⁹ (co prowadzi do tego, że legalna definicja danego pojęcia ma pierwszeństwo przed jego znaczeniem w języku powszechnym²⁰), z czym niewątpliwie

¹⁷ A. Barczak-Oplustil, J. Duda, W. Górski, M. Iwański, M. Małecki, S. Tarapata, W. Wróbel, W. Zontek, *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 81. posiedzeniu w dniu 16 maja 2019 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*. Druk senacki nr 1184, https://www.kipk.pl/dokumenty/kipk_opinia_nowelizacji_kk_2019.pdf, s. 12 (dostęp: 27.10.2019 r.). *De lege lata* ta wątpliwość występuje na gruncie art. 57b k.k.

¹⁸ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

¹⁹ M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 199–201. Zob. też § 146 ust. 1 pkt 1 i 2 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283) – dalej z.t.p.

²⁰ M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 214–215.

mamy do czynienia na gruncie omawianego zagadnienia. Jest oczywiste, że definicja legalna zamieszczona w przepisach ogólnych tekstu prawnego wiąże w obrębie jego całości²¹, a zatem art. 115 § 25 k.k. wiąże nie tylko na gruncie art. 12 § 1 k.k., ale też art. 91 § 1 k.k., który również posługuje się pojęciem „krótkich odstępów czasu”. Nie ma większego znaczenia, że art. 12 § 1 k.k. mówiłby o „krótkim odstępie czasu” w liczbie pojedynczej, natomiast art. 91 § 1 k.k. o „krótkich odstępach czasu” w liczbie mnogiej. Pojęcie „dokumentów” użyte w art. 132 k.k. z całą pewnością odpowiadają znaczeniem terminowi „dokumentu” z art. 115 § 14 k.k.; podobnie w przypadku wyrażenia „faktury lub faktur” (art. 270a § 2 k.k.) – nie ma wątpliwości, że przy interpretowaniu obu pojęć należy się odwołać do jednej definicji z art. 115 § 14a k.k.

W obecnym stanie prawnym dyskusyjne jest, czy na gruncie art. 91 § 1 k.k. dopuszczalne jest odstąpienie od znaczenia zwrotu „krótkich odstępów czasu” ustalonego w przypadku art. 12 § 1 k.k.²² Trzeba mieć na uwadze, że odmienne rozumienie tego wyrażenia na gruncie obu regulacji ma racjonalne uzasadnienie, ale jest sprzeczne z zakazem wykładni homonimicznej²³. Należy podkreślić, że obecny spór toczy się, gdy Kodeks karny nie zawiera definicji legalnej „krótkiego odstępu czasu”. Z pewnością zakończyłby się w momencie wprowadzenia w życie definicji legalnej ww. pojęcia, co musiałoby nastąpić w świetle przedstawionych powyżej uwag o jej roli.

Co istotne, za jednolitą interpretacją „krótkich odstępów czasu” *de lege lata* zdaje się opowiadać również sam Ł. Pohl²⁴. Tym samym po wejściu w życie zaproponowanej przez niego zmiany czyn ciągle mógłby obejmować maksymalnie 31-dniowy okres, natomiast obszar czasowy przestępstw objętych ciągiem z art. 91 § 1 k.k. nie byłby z góry określony. Dla przyjęcia ciągu konieczne byłoby jednak, by zachodzący pomiędzy poszczególnymi przestępstwami odstęp nie przekraczał 31 dni. Powyższa konstatacja opiera się na tym, że w art. 91 § 1 k.k. bez zmian pozostałoby wyrażenie „w krótkich odstępach czasu”, co nadal odnosiłoby się do odstępów między kolejnymi przestępstwami, a nie między pierwszym i ostatnim.

Nasuwa się też pytanie, jak rozstrzygać przypadki zbiegu obu instytucji. Możliwe są sytuacje, gdy sprawca dopuszcza się co najmniej dwóch zachowań (będących jednocześnie z osobna przestępstwami, co do których nie zapadł jeszcze pierwszy wyrok) w krótkim odstępie czasu²⁵ w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, z wykorzystaniem tej samej sposobności, przy czym podstawą wymiaru kary wobec obu czynów jest ten sam przepis i zachodzi tożsamość pokrzywdzonego (lub nie jest wymagana w świetle art. 12 § 1 k.k.). Proponowany przepis art. 12 k.k. nakazuje w takim przypadku skazać za „ciągle czyn zabroniony” i wymierzyć jedną karę z możliwością jej zaostrzenia (proponowany art. 12 § 2 k.k.), natomiast z art. 91 § 1 k.k. wynika, że należałoby skazać sprawcę za oba przestępstwa i wymierzyć mu jedną karę, także z możliwością przekroczenia górnej granicy ustawowego

²¹ M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 212–213; zob. też § 147 ust. 1 i § 150 ust. 1 z.t.p.

²² Taką możliwość odrzuca np. J. Giezek, *Komentarz do art. 12, teza 14*; odmiennie: P. Kardas, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, t. 1, cz. 2, teza 66.

²³ Zob. też § 10 z.t.p.

²⁴ Ł. Pohl, *Komentarz do art. 91* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019, tezy 6–7.

²⁵ Oczywisty jest wniosek, że spełnienie przesłanki „krótkiego odstępu czasu” w nowym art. 12 § 1 k.k. automatycznie oznacza realizację warunku „krótkich odstępów czasu” z art. 91 § 1 k.k.

zagrożenia. Wydaje się, że pierwszeństwo w takiej sytuacji miałaby instytucja czynu ciągłego; z całą pewnością przekroczenie kryterium krótkiego odstępu czasu wykluczałoby przyjęcie czynu ciągłego i otwierałoby drogę do rozważania stosowania art. 91 § 1 k.k.

Porównywanie ze sobą proponowanego kształtu czynu ciągłego z obecną instytucją ciągu przestępstw skłania do pochylenia się nad charakterem prawnym art. 12 § 2 k.k., który według Ł. Pohla ma być podstawą kompetencji sądu do „obostrzenia kary”²⁶. Powstaje pytanie, czy jest to podstawa nadzwyczajnego obostrzenia kary w rozumieniu art. 57 § 1 i 2 k.k., co ma znaczenie z perspektywy wysokości jej górnego progu (zob. art. 37 i art. 38 § 2 k.k.). Należy uwzględnić, że ciąg nie stanowi takiej podstawy, ponieważ nie prowadzi każdorazowo do pogorszenia sytuacji sprawcy. Przykładowo, za dwa przestępstwa z art. 279 § 1 k.k. na podstawie art. 91 § 1 k.k. sprawcy grozi kara 15 lat pozbawienia wolności. Natomiast bez zastosowania art. 91 § 1 k.k. sprawcy można byłoby wymierzyć dwie kary po 10 lat pozbawienia wolności, a w konsekwencji karę łączną 20 lat pozbawienia wolności²⁷.

Poprzez zastosowanie proponowanego art. 12 k.k. do sprawcy dwóch wykroczeń z art. 119 § 1 Kodeksu wykroczeń²⁸ niewątpliwie dochodzi do pogorszenia jego pozycji z uwagi na przekwalifikowanie jego zachowań na jedno przestępstwo będące „ciągłym czynem zabronionym”, co pociąga za sobą istotną zmianę w katalogu sankcji jakie mu grożą. Nie można jednak tego powiedzieć w przypadku, gdy sprawca w ramach proponowanego art. 12 § 1 k.k. dopuścił się dwóch przestępstw kradzieży, za które łącznie groziłaby mu kara 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności (proponowany art. 12 § 2 k.k.); gdyby natomiast czyn ciągły nie miał zastosowania, to sprawca mógłby otrzymać dwie kary po 5 lat pozbawienia wolności, co otwierałoby możliwość potraktowania go surowiej niż na gruncie proponowanego art. 12 § 2 k.k. Tym samym jako słuszny jawi się wniosek, że zaproponowany przez Ł. Pohla kształt art. 12 § 2 k.k. nie ustanawiałby nowej podstawy kodeksowo rozumianego nadzwyczajnego obostrzenia kary, podobnie jak obecny art. 91 § 1 k.k. (pomimo że wprowadzenie art. 12 § 2 k.k. w proponowanym kształcie stanowiłoby zmianę na niekorzyść sprawcy czynu ciągłego)²⁹.

²⁶ Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 110.

²⁷ Zob. szerzej K. Kmak, *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, „Prokuratura i Prawo” 2018/10, s. 129–133.

²⁸ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2019 r. poz. 821 ze zm.).

²⁹ Trudniejsza jest ocena charakteru prawnego obecnego art. 57b k.k. Obowiązek wymierzenia kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia (zakaz wymierzenia kary w wysokości tej dolnej granicy) świadczyłby o tym, że mamy w tym przypadku do czynienia z nadzwyczajnym obostrzeniem kary. To jednak nie jest do końca spójne z pozostałą regulacją kodeksową. Po zastosowaniu art. 57b k.k. sprawcy dwóch zachowań realizujących znamiona art. 278 § 1 k.k. wprowadzie należy wymierzyć karę minimum 4 miesięcy pozbawienia wolności. Jednakże bez zastosowaniu tego przepisu sprawcy można byłoby wymierzyć kary po 3 miesiące pozbawienia wolności, co w przypadku spełnienia przesłanek wymiaru kary łącznej prowadziłoby, zgodnie z obecnym art. 86 § 1 k.k., również do orzeczenia przynajmniej 4 miesięcy pozbawienia wolności. Jeśli nie byłoby podstaw do wymiaru kary łącznej (art. 85 § 1 k.k.), to sprawcy do odbycia zostałyby dwie kary w łącznej wysokości 6 miesięcy pozbawienia wolności. Natomiast obostrzenie odnoszące się do górnej granicy ustawowego zagrożenia w przypadku dwóch zachowań z jednej strony nie pogarsza sytuacji sprawcy takiego przestępstwa (zarówno po zastosowaniu art. 57b k.k., jak i bez tego może mu być wymierzona kara 10 lat pozbawienia wolności), ale z drugiej, przy większej liczbie sprawczych zachowań wręcz ją polepsza, np. za 5 czynów na podstawie art. 57b k.k. można wymierzyć karę 10 lat pozbawienia wolności, a bez instytucji czynu ciągłego – 5 kar po 5 lat pozbawienia wolności, co pozwoliłoby np. wymierzyć karę łączną w wysokości do 20 lat (art. 86 § 1 k.k.). Rozstrzygnięcie tej kwestii (poczynając od ustalenia, czy podstawę nadzwyczajnego obostrzenia ma stanowić art. 57b k.k. samodzielnie czy konstrukcja czynu ciągłego jako całość) przekracza ramy niniejszego opracowania.

Abstract

Krzysztof Kmak, *Few Comments on the Proposed Modification to Articles 12 and 115 of the Criminal Code*

The article contains comments on Łukasz Pohl's proposal to modify Article 12 of the Criminal Code and to add Article 115 § 25 to the Criminal Code. The author of this text agrees with the thesis that it is expedient to define the premise of „short time-intervals” (Article 12 of the Criminal Code). This is justified by the existing differences in the case law. However, there is no justification for introducing a restriction on the duration of the entire continuous offence committed by multiple acts. The biggest disadvantage of the proposal is that it does not refer to the institution of a series of offences under Article 91 § 1 of the Criminal Code, which this amendment would also affect. Contrary to the author's intentions, the proposed Article 12 § 2 of the Criminal Code does not introduce the grounds for an extraordinary aggravation of the penalty. Treating the multi-act nature of the crime as the basis for aggravation the penalty does not seem right as well.

Keywords: criminal law, continuous offence, series of offences, extraordinary aggravation of penalty, legal definition

Streszczenie

Krzysztof Kmak, *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*

Artykuł zawiera uwagi dotyczące propozycji modyfikacji art. 12 Kodeksu karnego i dodania art. 115 § 25 k.k. autorstwa Łukasza Pohla. Autor niniejszego tekstu zgadza się z tezą, że celowe jest ustawowe zdefiniowanie przesłanki „krótkiego odstępu czasu” (art. 12 § 1 k.k.). Uzasadniają to istniejące rozbieżności orzecznicze. Brak jest natomiast uzasadnienia dla wprowadzenia ograniczenia czasu popełnienia całego czynu ciągłego. Największą wadą propozycji jest nieodniesienie się do instytucji ciągu przestępstw z art. 91 § 1 k.k., na którą nowelizacja również by wpłynęła. Proponowany art. 12 § 2 k.k. nie wprowadza natomiast, wbrew zamierzeniom twórcy, podstawy nadzwyczajnego obostrzenia kary. Niesłuszne wydaje się również traktowanie wieloczynowego charakteru przestępstwa jako podstawy zaostżenia kary.

Słowa kluczowe: prawo karne, czyn ciągły, ciąg przestępstw, nadzwyczajne obostrzenie kary, definicja legalna

Literatura:

1. Barczak-Oplustil A., Duda J., Górski W., Iwański M., Małecki M., Tarapata S., Wróbel W., Zontek W., *Opinia w sprawie uchwalonej przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 81. posiedzeniu w dniu 16 maja 2019 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*. Druk senacki nr 1184;
2. Bojarski T., *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016;
3. Kardas P., *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1 i 2, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016;
4. Kmak K., *Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 10;
5. Kulik M., Wąsek A., *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016;

6. Kulik M., *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2019;
7. Lachowski J., *Komentarz do art. 12 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzonek, Warszawa 2018;
8. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010;
9. Pohl Ł., *Komentarz do art. 91 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2019;
10. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
11. S. Żółtek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
12. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012.

Łukasz Pohl*

Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)**

W jednym z ubiegłorocznych numerów *Prawa w Działaniu* poddałem pod rozważę propozycję dokonania kilku zmian normatywnych odnoszących się do czynu ciągłego¹. Pierwsza z nich dotyczyła przepisu art. 12 § 1 Kodeksu karnego². Zgodnie z nią przepis ten miałby uzyskać następujące brzmienie: „Dwa lub więcej zachowań, podjętych w krótkim odstępie czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, uważa się za ciągły czyn zabroniony; jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, warunkiem uznania wielości zachowań za ciągły czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego”³. Druga zmiana sprowadzała się do poszerzenia przepisu art. 12 k.k. o paragraf, który statuowałby kompetencję sądu do wymierzenia sprawcy ciągłego czynu zabronionego kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Jej wyrazem miałby być przepis o następującej treści: „W wypadku określonym w § 1 sąd wymierza karę w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę”⁴. Wreszcie trzecia zmiana miała za przedmiot wprowadzenie do k.k. przepisu zawierającego definicję legalną wyrażenia „krótki odstępow czasu”, według której rzeczonym odstępem miałby być okres nieprzekraczający 31 dni⁵.

Do wskazanych zmian odniósł się Krzysztof Kmąk⁶. Okoliczność tę – co oczywiste – należy przyjąć z zadowoleniem, bowiem znakomicie wpisuje się ona w ideę poszukiwania optymalnego kształtu prawa.

Autor ten w pierwszej kolejności stwierdził, że: „Trudno odmówić słuszności postulatowi, by ustawowo uregulować znaczenie «krótkiego odstępu czasu»”⁷. Pomimo

* Prof. dr hab. Łukasz Pohl, Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0003-0530-1569, e-mail: lukasz.pohl@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 11.07.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 31.08.2020 r.

¹ Zob. Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, „Prawo w Działaniu” 2019/37, s. 108 i n.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

³ Zob. Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 108.

⁴ Zob. Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 108.

⁵ Zob. Ł. Pohl, *Propozycja...*, s. 108.

⁶ Zob. K. Kmąk, *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, „Prawo w Działaniu” 2020/43, s. 222 i n.

⁷ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 222.

tę, że przywołana wypowiedź ma charakter aprobujący względem sformułowanej przeze mnie propozycji, aby wprowadzić do Kodeksu karnego przepis definiujący wskazane wyrażenie, to nie zaszkodzi raz jeszcze zaakcentować, że poszerzenie k.k. o wskazany przepis jest ze wszech miar uzasadnione. Jest bowiem wielce niepożądanym zjawiskiem dalece niejednolita praktyka interpretacyjna sądów na polu wykładni warunku krótkiego odstępu czasu, a więc praktyka, o której – koniec końców – można wręcz twierdzić, że poprzez różną interpretację owego warunku narusza ona w sposób ewidentny konstytucyjnie umocowaną zasadę równości podmiotów wobec prawa.

Następnie Autor odniósł się do zaproponowanej przeze mnie zmiany, aby na czyn ciągły składać się mogły wyłącznie zachowania, które zrealizowano w krótkim odstępie czasu. Żeby uniknąć ewentualnych nieporozumień, ponownie sprecyzujmy, że proponowana modyfikacja ujmuje obejmowany nią problem w sposób krańcowo odmienny od obecnie obowiązującej w tym zakresie regulacji, bowiem według tej ostatniej, przynajmniej na poziomie jej językowej wykładni, jest tak, że krótkie odstępy czasu mają zachodzić jedynie pomiędzy kolejno realizowanymi zachowaniami składającymi się na czyn ciągły. Tymczasem omawianą zmianą postuluje się, aby krótki odstęp czasu miał mieć miejsce pomiędzy pierwszym zachowaniem czynu ciągłego i ostatnim z zachowań wchodzących w skład rzeczonoego czynu. Na podniesioną przeze mnie uwagę, że obecne ujęcie prowadzi do rezultatu społecznie niedorzecznego, wyrażającego się choćby tym, iż pozwala ono uznać za jeden czyn ciągły np. kilkadziesiąt zgwałceń popełnianych przez sprawcę w krótkich odstępach czasu i potraktować je w konsekwencji w ustawowym wymiarze kary jak przypadek jednego zgwałcenia⁸ (artykuł inicjujący niniejszą dyskusję pisany był bowiem w czasie, kiedy z czynem ciągłym nie była związana obecna kompetencja sądu do wymierzenia zań kary w granicach powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia⁹), Autor zareagował stwierdzeniem, że sformułowana przeze mnie propozycja zmiany przepisu art. 12 § 1 k.k.: „(...) nie wyklucza potencjalnie możliwych sytuacji, które można by traktować jako absurdalne z perspektywy wymiaru kary”¹⁰, po czym uzasadnił je następującą opinią: „Do wyobrażenia jest stan faktyczny, w którym wspomniany przez Ł. Pohla sprawca zgwałceń, dopuszcza się tych czynów np. czterokrotnie w relevantnym 31-dniowym okresie. Na podstawie art. 197 § 1 k.k. w związku z proponowanym art. 12 § 2 k.k. groziłaby mu kara maksymalnie 18 lat pozbawienia wolności; z osobna można byłoby mu wymierzyć kary po 12 lat pozbawienia

⁸ W artykule inicjującym niniejszą dyskusję wskazałem ponadto, że taki rezultat interpretacyjny upoważnia do przełamania wyniku wykładni językowej zastosowaniem wykładni funkcjonalnej. Jednocześnie zwróciłem jednak od razu uwagę na to, że odstąpienie w tym przypadku od wyniku wykładni językowej może być kontestowane sprostowaniem, iż jest ono zarazem realizacją wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. I właśnie ze względu na taką ewentualność ostatecznie doszedłem do wniosku, że zachodzi potrzeba wyraźnego wyartykułowania w tekście prawnym warunku czynu ciągłego pod postacią popełnienia wszystkich składających się nań zachowań w krótkim odstępie czasu.

⁹ Przypomnijmy, że ustawą z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 wprowadzono do Kodeksu karnego przepis art. 57b, zgodnie z którym: „Skazując za przestępstwo określone w art. 12 § 1 sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia”.

¹⁰ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224.

wolności. Tym samym w odczuciu społecznym mogłoby powstać wrażenie, że proponowany kształt art. 12 k.k. prowadzi do częściowej bezkarności sprawcy. Podobnie byłoby w przypadku 31-krotnego (w okresie 31 dni) sprawcy kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 k.k.), któremu groziłaby jedna kara 15 lat pozbawienia wolności zamiast trzydziestu jeden kar w maksymalnej wysokości 10 lat pozbawienia wolności. Jest to zresztą ogólny problem wymiaru kary w przypadku wielokrotnej realizacji znamion przestępstwa, który daleko wykracza poza problematykę czynu ciągłego. Trzeba wszakże zauważyć, że np. na gruncie kary łącznej absolutnym wyjątkiem jest stosowanie zasady pełnej kumulacji, polegającej na wymierzeniu kary łącznej będącej sumą kar jednostkowych, co zresztą jest zgodne z postulatami zgłaszanymi w doktrynie i orzecznictwie.”¹¹. Ustosunkowując się do powyższych poglądów Dyskutanta, wypada rozpocząć od stwierdzenia, że w żadnym miejscu – najpewniej wbrew zamierzeniu Autora – nie odnoszą się one do proponowanej przeze mnie zmiany, aby wszystkie zachowania miały być popełnione w krótkim odstępie czasu. Autor, formułując je, dotyka bowiem w istocie innego problemu, mianowicie ustosunkowuje się do sformułowanej przeze mnie propozycji, aby sąd w przypadku czynu ciągłego mógł wymierzyć jego sprawcy karę w zakresie do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. W tej zaś kwestii istotnie byłoby tak, że sprawcy czterech zgwałceń groziłaby na gruncie postulowanej przeze mnie zmiany kara w wymiarze do 18 lat pozbawienia wolności. Istotnie byłoby też tak, że sprawcy trzydziestu jeden kradzieży groziłaby pod rządami owej zmiany kara do 15 lat pozbawienia wolności. Jest oczywiście kwestią otwartą to, czy tak ukształtowane możliwości w zakresie wymiaru kary jawią się – używając języka Autora – jako absurdalne z perspektywy rzeczowego wymiaru. Osobiście mam co do tego wątpliwości. Nie mam ich natomiast co do tego, że wysuwane przez Dyskutanta kontrargumenty są najzupełniej nietrafne. Polemista stwierdził bowiem, że w przypadku owych czterech zgwałceń można byłoby ich sprawcy wymierzyć z osobna kary po 12 lat pozbawienia wolności (a więc sumując 48 lat), a w przypadku owych trzydziestu jeden kradzieży z włamaniem można byłoby – Jego zdaniem – ich sprawcy wymierzyć z osobna kary po 10 lat pozbawienia wolności (a więc sumując 310 lat). W podsumowaniu zaś tego wątku i tym samym na skutek powyższych spostrzeżeń skonstatował – raz jeszcze to przywołajmy – że: „Tym samym w odczuciu społecznym mogłoby powstać wrażenie, że proponowany kształt art. 12 k.k. prowadzi do częściowej bezkarności sprawcy.”¹². Odnosząc się do sformułowanych kontrargumentów i zarazem uzasadniając opinię o ich nietrafności, podnieśmy, że w przypadku wskazanych czterech zgwałceń oczywiście nie jest tak, jak suponuje Autor, że na gruncie obecnie obowiązującej regulacji można byłoby jego sprawcy wymierzyć cztery kary w wysokości 12 lat pozbawienia wolności każda. W swoim artykule – rzecz jasna – nie pisałem bowiem o jakichkolwiek zgwałceniach, lecz tylko o takich, które popełnione są przez ich sprawcę w warunkach czynu ciągłego, a więc o takich, które ich sprawca realizuje w krótkich odstępach czasu i w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, a zarazem o takich, które popełniane są przezeń na jednej i tej samej osobie; przypomnijmy bowiem,

¹¹ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224.

¹² K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224.

że w przypadku zamachu na dobro osobiste, a z nim niewątpliwie mamy do czynienia w przypadku zgwałcenia, warunkiem uznania wielości zachowań za czyn ciągły jest tożsamość pokrzywdzonego. Słowem, w razie spełnienia warunków czynu ciągłego nie ma możliwości wymierzenia sprawcy czterech kar (w wysokości po 12 lat pozbawienia wolności każda), bo w takim przypadku wymierza się sprawcy owego czynu jedną karę. Jak już zwracano na to uwagę, zakres owej kary uległ zmianie. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym był on po prostu równy zakresowi kary przewidzianemu dla zachowania wchodzącego w skład rzeczzonego czynu, zaś obecnie jest on poszerzony, bowiem – raz jeszcze przypomnijmy – sąd w obecnym stanie prawnym wymierza karę za czyn ciągły powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia do podwójnej wysokości górnej granicy tego zagrożenia. Krótko mówiąc, na gruncie regulacji obowiązującej w czasie publikowania mojego artykułu sąd mógł wymierzyć sprawcy owych zgwałceń jedynie jedną karę w granicach od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, a tym samym nie miał – wbrew temu, co twierdzi Autor – możliwości wymierzenia mu czterech kar w wysokości 12 lat pozbawienia wolności każda. Co do przykładu z kradzieżami z włamaniem, to sprawy mają się – rzecz zrozumiała – analogicznie. I w ich przypadku, a więc w razie popełnienia ich w warunkach czynu ciągłego, na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, można było ich sprawcy wymierzyć tylko jedną karę w zakresie przewidzianym dla jednej takiej kradzieży, a zatem w rozmiarze od roku do 10 lat pozbawienia wolności. Kończąc ten wątek, należy też podnieść, że u podstaw myślenia Dyskutanta leżało chyba Jego przekonanie o możliwości wymierzenia we wskazanych przypadkach kary łącznej. Sugerować to może Jego opinia, że: „ (...) np. na gruncie kary łącznej absolutnym wyjątkiem jest stosowanie zasady pełnej kumulacji, polegającej na wymierzeniu kary łącznej będącej sumą kar jednostkowych, co zresztą jest zgodne z postulatami zgłaszanymi w doktrynie i orzecznictwie.”¹³. Mając powyższe przed oczyma, nie sposób przeto twierdzić, że zaproponowana przeze mnie zmiana, wyrażająca się w przyznaniu sądowi kompetencji do wymierzenia sprawcy czynu ciągłego kary w zakresie do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, jest zmianą, która – używając języka Autora – w odczuciu społecznym mogłaby wywołać wrażenie częściowej bezkarności sprawcy, zwłaszcza w porównaniu do obecnego stanu w tym zakresie. Puentując, wywody Autora we wskazanym obszarze niezwykle trudno uznać za zasadne, gdyż opierają się na błędnym postrzeganiu stanu prawnego obowiązującego w czasie publikowania artykułu inicjującego niniejszą dyskusję. Zauważmy także – niejako na marginesie – że podnoszone przez Dyskutanta wrażenie częściowej bezkarności sprawcy może natomiast akurat powstać przy poprzednio obowiązującej regulacji. Wszak to właśnie pod jej rządami za wiele czynów zabronionych popełnionych w warunkach czynu ciągłego wymierzano sprawcy karę w granicach kary przewidzianej dla (jednego) czynu zabronionego składającego się na realizację czynu ciągłego.

Kolejną kwestią poruszoną przez Polemistę jest waga powtarzalności zachowań (oczywiście zrealizowanych w warunkach czynu ciągłego) w obszarze wymiaru kary. Jak już podniosłem, istotnym składnikiem sformułowanej przeze mnie propozycji

¹³ K. Kmąk, *Kilka uwag...*, s. 224.

zmian w przepisie art. 12 k.k. jest kompetencja sądu do wymierzenia sprawcy czynu ciągłego kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. U podstaw zaproponowanego rozwiązania leży przede wszystkim взгляд na to, że w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia z powtarzalnością nie jakichkolwiek zachowań, lecz wyłącznie z powtarzalnością zachowań będących z osobna czynami zabronionymi¹⁴. Ponadto powtarzalność, o której tu mowa, to powtarzalność także i w tym sensie kwalifikowana, bo planowana, co wynika z warunku zrealizowania zachowań będących składowymi czynu ciągłego w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Słowem, na uzasadnienie zaproponowanego przez mnie rozwiązania składała się opinia, że za wielość czynów zabronionych powinno się grozić surowszą sankcją od sankcji grożącej za popełnienie jednego czynu zabronionego, a ponadto składał się na nie pogląd, iż wielość, o której tu mówimy, to nie jakakolwiek wielość, lecz wyłącznie taka, która objęta jest odgórnym zamierzeniem sprawcy. Autor natomiast widzi te sprawy inaczej. Stwierdza w szczególności, że: „Opieranie obostrzenia kary na pewnej powtarzalności zachowań czy rozciągłości czasowej przestępstwa, w świetle kodeksu karnego, nie wydaje się właściwym kryterium. Są przecież przestępstwa cechujące się tym, że dla realizacji znamion typu czynu zabronionego nie wystarcza popełnienie jednego czynu (w znaczeniu ontologicznym). Z punktu widzenia zagrożenia karą za znęcanie się (art. 207 § 1 k.k.) nie ma znaczenia, czy trwa ono przez kilka miesięcy, czy kilka lat. Dla wysokości grożącej sankcji za niealimentację (art. 209 § 1 k.k.) nieistotne jest, czy sprawca nie spełnił trzech czy trzydziestu trzech świadczeń okresowych. W odniesieniu do przestępstw trwałych, ustawodawca nie zastrza kary w np. przypadku znacznego przekroczenia 3-dniowego terminu od wyznaczonego dnia powrotu do zakładu karnego w związku z przerwą w odbywaniu kary pozbawienia wolności (art. 242 § 3 k.k.). Pewien wyjątek stanowi w tym przypadku np. art. 189 § 2 k.k., gdzie okres utrzymywania bezprawnego stanu (pozbawienie wolności człowieka) stanowi znamię kwalifikujące (ale oczywiście nie jest to podstawa obostrzenia kary jak w proponowanym art. 12 § 2 k.k.). Jednakże w pozostałych przypadkach powtarzalność zachowań, czy długotrwałość utrzymywania stanu bezprawnego, może być uwzględniana przez sąd na gruncie sądowego wymiaru kary. Dodać wypada, że samo zaostrenie kary opierające się na wielości zachowań sprawczych może prowadzić do sytuacji trudnych do zaakceptowania z kryminalnopolitycznego punktu widzenia. Przykładowo sprawcy jednej kradzieży rzeczy ruchomych o wartości 200 000 zł będzie groziła kara 5 lat pozbawienia wolności (art. 278 § 1 k.k.), natomiast sprawcy dwóch czynów realizujących znamiona kradzieży rzeczy o łącznej wartości 600 zł, działającemu w warunkach nowego art. 12 § 1 k.k. – kara 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności”¹⁵. Ustosunkowując się do przytoczonego wyводу należy w pierwszej kolejności zauważyć, że odwołanie się do przykładów wskazanych

¹⁴ Na temat powodów takiego stanowiska zob. w szczególności Ł. Pohl, objaśnienie przepisu art. 12 k.k. w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 196. Stwierdzono tamże, że odmienny punkt widzenia, iż: „(...) na czyn ciągły w charakterze jego składowej składać się może także zachowanie prawnokarnie irrelevantne, jest trudny do utrzymania ze względu na brak kryterium, za pomocą którego można byłoby wyodrębnić i w konsekwencji liczyć tego rodzaju zachowania”. Dodajmy przy tym, że za przyjęciem owego stanowiska przemawia także sformułowanie „w wykonaniu z góry powziętego zamiaru” – na ten temat zob. Ł. Pohl, *Czy w skład czynu ciągłego wchodzić mogą zachowania niejednorodne?* – „Państwo i Prawo” (opracowanie złożone do druku).

¹⁵ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 224–225.

przestępstw znęcania się i niealimentacji jest nieadekwatne, gdyż w ich przypadku leżąca u ich podstaw norma sankcjonowana jest skonstruowana w taki sposób, iż dopuszcza się jej przekroczenie wieloma zachowaniami¹⁶, gdy tymczasem w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia nie z jednokrotnym przekroczeniem owej normy, lecz z sytuacją wielokrotnego jej przekroczenia. Słowem, w przypadku wskazanych wyżej przestępstw wielość zachowań nie jest wielością czynów zabronionych, bo właściwość leżącej u ich podstaw normy sankcjonowanej jest taka, że powoduje ona, iż w ich przypadku mamy do czynienia z pozornym zbiegiem czynów zabronionych¹⁷. Jak natomiast wskazano, przypadek czynu ciągłego jest sytuacją rzeczywistego popełnienia wielu czynów zabronionych, a zatem sytuacją, która z pewnością nie może być kwalifikowana jako pozorny ich zbieg; stąd też w pełni zasadne jest sytuowanie go pośród przypadków mieszczących się w zakresie rzeczywistego zbiegu przestępstw wyróżnianego na podstawie kryterium popełnienia wielu czynów zabronionych. Należy też odnotować, że równie nieadekwatne jest posłużenie się przez Autora przykładem przestępstwa trwałego. I ono bowiem nie polega na wielości czynów zabronionych, lecz na jednym czynie zabronionym charakteryzującym się utrzymywaniem bezprawnego stanu rzeczy. Podsumowując rozważany wątek, podane przez Dyskutanta przykłady w żadnym razie nie przekonują, bo opierają się na niezwróceniu uwagi na kardynalną różnicę pomiędzy sytuacją pozornego zbiegu czynów zabronionych a sytuacją rzeczywistego ich zbiegu. Niemniej jednak raz jeszcze należy wskazać, że w dyskusji ze sformułowaną przeze mnie propozycją w żadnym miejscu nie odniesiono się do wskazanej przeze mnie właściwości czynu ciągłego, mianowicie do tego jego składnika, który wyraża się ogólnie założonej przez sprawcę intencjonalności zrealizowania wszystkich czynów zabronionych składających się na czyn ciągły. Właściwość ta jest natomiast kluczowa i w sposób ewidentny dostarcza stosownego i najzupełniej wystarczającego uzasadnienia dla kompetencji do wymierzania kary za czyn ciągły w zakresie do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę¹⁸.

¹⁶ A co za tym idzie uwzględnia się tę okoliczność w zakresie kary grożącej za tak ukształtowane przestępstwa, czego siłą rzeczy nie uwzględnia się w zakresie kary grożącej za przestępstwo, w przypadku którego pełna realizacja jego znamion następuje w drodze jednego zachowania się sprawcy. Mówiąc krótko, w przypadku przestępstw pierwszego rodzaju wielokrotność poczyną sprawcy jest uwzględniona w zakresie kary grożącej za ich popełnienie, a w przypadku przestępstw drugiego rodzaju tak nie jest. Stąd też powyższy argument Polemisty jest z założenia chybiony, bo odnosi się on wyłącznie do przestępstw pierwszego typu, a więc przestępstw – raz jeszcze powtórzmy – przy których wielokrotność poczyną sprawcy jest już uwzględniona w zakresie kary grożącej za ich popełnienie. Sumując, nie odnosi się on – koniec końców – do poruszanej w moim artykule wielokrotności zachowań składających się na czyn ciągły.

¹⁷ Na temat sytuacji mieszczących się w pojęciu pozornego zbiegu przestępstw zob. w szczególności Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 261 i n.

¹⁸ W dyskusji nad racjonalnością obecnego zakresu kary grożącej za popełnienie czynu ciągłego nader często jego krytycy podnoszą, że jednokrotne zachowanie może wyrządzać znacznie większą szkodę od wielu zachowań, co – ich zdaniem – przesądza ma o dyskwalifikującej wadliwości owego zakresu; wszak w przypadku jednego czynu zabronionego zakres grożącej zań kary jest w chwili obecnej istotnie łagodniejszy. Opinie takie trudno jednak uznać za w pełni przekonujące, bo akcentując jedynie rozmiar szkody wyrządzonej jednym czynem zabronionym bagatelizują one tym samym niezaprzeczalne znaczenie faktu wielokrotnej i ogólnie przez sprawcę zamierzonej realizacji znamion typu czynu zabronionego na gruncie kształtowania rozmiaru sankcji. Można do tego dodać, że zastrzeżenie podnoszone przez krytyków obecnego ujęcia może być odczytywane jako konsekwencja braku zaufania dla orzekającego sądu, który – jak należy sądzić – potrafi jednak odpowiednio (i w efekcie racjonalnie) dobrać wymierzaną już sankcję do wszelkich istotnych na tym polu okoliczności rzutujących na jej rozmiar. W szczególności nie będzie on – co oczywiste – dążył do wymierzania za czyn ciągły kary w maksymalnej wysokości w sytuacji, gdy rozpatrywane łącznie jego składowe nie będą dostarczały ku temu stosownego uzasadnienia.

Z podanych wyżej względów za niezasadny należy potraktować też pogląd Autora, że: „ (...) dyskusyjna jest sensowność wprowadzenia ustawowego ograniczenia maksymalnego czasu popełnienia czynu ciągłego, skoro np. w przypadku przestępstw wieloczynowych ustawa z góry nie przesądza jak długo może trwać czyn zabroniony popełniony przez sprawcę. Możliwe jest zatem (i spotykane w praktyce), że sprawca popełnia jedno (wieloczynowe) przestępstwo znęcania się trwające np. 10 lat. Tym samym, nie wydaje się nieintucyjne dopuszczenie (jak jest obecnie), by czyn ciągły mógł trwać dłużej niż 31 dni.”¹⁹. Jest on niezasadny, bo abstrahuje od podanej wyżej różnicy pomiędzy pozornym zbiegiem czynów zabronionych a ich zbiegiem rzeczywistym.

W dalszej części swojego opracowania Dyskutant stwierdza, że nie jest dlań jasna zaproponowana przeze mnie zmiana polegająca na zastąpieniu wyrażenia „czyn zabroniony” wyrażeniem „ciągły czyn zabroniony”. Otóż należy stwierdzić, że jest ona jednak nadzwyczaj wyraźna, gdyż za jej pomocą chciano już na poziomie tekstu prawnego uwydatnić, iż w przypadku czynu ciągłego mamy do czynienia z wielością czynów zabronionych, a nie z jednym czynem zabronionym; często zresztą postrzeganym w doktrynie jako specyficzny typ czynu zabronionego, bo z wyróżniającym go znamieniem tzw. ciągłości²⁰.

Wreszcie ostatnim zastrzeżeniem sformułowanym przez Autora jest Jego opinia, że najistotniejszym mankamentem sformułowanej przeze mnie propozycji zmian w ujęciu czynu ciągłego jest: „ (...) całkowity brak odniesienia się do relacji w jakiej pozostawałyby instytucje czynu ciągłego i (...) ciągu przestępstw”²¹. Ustosunkowując się do tego zastrzeżenia, odpowiedzieć muszę, że istotnie jest tak, iż nie odniosłem się w swoim artykule do problematyki ciągu przestępstw. Nie odniosłem się do niej jednak wyłącznie z uwagi na fakt, że nie było takiej potrzeby. Ciąg przestępstw to bowiem autonomiczna względem czynu ciągłego konstrukcja prawna o własnym zakresie zastosowania. Wypada tu jedynie dodać, że zaproponowana przeze mnie definicja legalna wyrażenia „krótki odstęp czasu” wiązałaby – co oczywiste – również w przypadku wykładni warunków ciągu przestępstw, bo pośród tych warunków występuje wymóg popełnienia przestępstw w krótkich odstępach czasu. Taka jest bowiem główna funkcja definicji legalnej, że wiąże ona w obszarze aktu normatywnego, w ramach którego została sformułowana²². Wskazana funkcja definicji legalnej jest powszechnie znana, dlatego też nie było potrzeby pisania o tym, że proponowana definicja musiałaby być uwzględniana także na gruncie wykładni art. 91 k.k.

Na koniec odnieść się też muszę do stwierdzenia Polemisty, że: „Proponowany art. 12 § 2 k.k. nie wprowadza natomiast, wbrew zamierzeniom twórcy, podstawy nadzwyczajnego obostrzenia kary”²³. Otóż, w żadnym miejscu swojego artykułu nie stwierdziłem, aby proponowana przeze mnie kompetencja do wymierzenia za czyn ciągły kary w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego

¹⁹ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 225.

²⁰ Zob. przede wszystkim P. Kardas, *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 267 i n.

²¹ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 225.

²² Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010, s. 212. Wskazano wszak tamże, że: „Podstawowym zasięgiem danej definicji legalnej zawartej w ustawie jest obszar tekstu tej ustawy”.

²³ K. Kmak, *Kilka uwag...*, s. 228.

o połowę była podstawą do nadzwyczajnego obostrzenia kary w rozumieniu k.k.²⁴ Słowem, przywołane stwierdzenie Autora nie znajduje podstaw w moim artykule, a przez to jawi się ono jako polemika z poglądem niewypowiedzianym.

Abstract

Lukasz Pohl, *More on the Proposed Amendments Concerning Continuous Offences* (response to Krzysztof Kmąk's comments)

This paper is devoted to the issue of continuous act and is a response to comments by Krzysztof Kmąk.

Keywords: *continuous offence, concurrence of offences, extraordinary aggravation of penalty*

Streszczenie

Lukasz Pohl, *Jeszcze w sprawie propozycji zmian dotyczących czynu ciągłego* (w odpowiedzi na uwagi Krzysztofa Kmąka)

Niniejszy artykuł dotyczy problematyki czynu ciągłego i jest odpowiedzią na uwagi autorstwa Krzysztofa Kmąka.

Słowa kluczowe: *czyn ciągły, zbieg przestępstw, nadzwyczajne obostrzenie kary*

Literatura:

1. Kardas P., *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999;
2. Kmąk K., *Kilka uwag o propozycji nowelizacji art. 12 i 115 Kodeksu karnego*, Prawo w Działaniu 2020, nr 43;
3. Pohl Ł., *Czy w skład czynu ciągłego wchodzić mogą zachowania niejednorodne?*, Państwo i Prawo (opracowanie złożone do druku);
4. Pohl Ł., objaśnienie przepisu art. 12 k.k. w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
5. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019;
6. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 12 Kodeksu karnego i sprzężona z nią propozycja nowelizacji art. 115 k.k.*, Prawo w Działaniu 2019, nr 37;
7. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2010.

²⁴ Bo – co oczywiste – nią nie jest. Nie oznacza to jednak tego, by nie można było tu mówić o nadzwyczajnym obostrzeniu kary. Jest to jednak obostrzenie w innym znaczeniu, aniżeli w znaczeniu kodeksowym – szerzej na ten temat zob. Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 529–530.

Katarzyna Nazar*

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20.11.2019 r., II AKa 295/19**

Okoliczność, że oskarżony nie chciał zrobić krzywdy pokrzywdzonej, tzn. nie zamierzał zrealizować kierowanej do niej groźby użycia przemocy, nie wpływa na ocenę prawną czynu na płaszczyźnie art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 280 § 2 k.k. Nie może być mowy o nieudolności usiłowania w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., bo takie występuje tylko wówczas, kiedy sprawca bezpośrednio zmierza do dokonania, które jest obiektywnie niemożliwe.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny (dalej SA) odniósł się do problematyki braku zamiaru realizacji groźby użycia przemocy a kwestii usiłowania czynu z art. 280 § 2 Kodeksu karnego¹ na gruncie następującego stanu faktycznego. J.K. wyrokiem Sądu Okręgowego w L. z 30.05.2019 r. został uznany za winnego tego, że w dniu 2.10.2018 r. w L. posługując się nożem usiłował dokonać kradzieży pieniędzy w kwocie 100 zł na szkodę nieustalonej osoby w ten sposób, że przystawił jej nóż do szyi i zażądał wydania ww. kwoty, lecz zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na opór pokrzywdzonej oraz interwencję osoby trzeciej, tj. o czyn z art. 13 § 1 w zw. z art. 280 § 2 k.k., i za to na podstawie art. 14 § 1 w zw. z art. 280 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 60 § 2 pkt 2 k.k. został skazany na karę 2 lat pozbawienia wolności. Apelację od wyroku wnieśli oskarżony i prokurator. Obrończyni oskarżonego w swojej apelacji zarzuciła błąd w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, który miał istotny wpływ na treść zaskarżonego wyroku polegający na uznaniu, że działanie oskarżonego zakończyło się w fazie usiłowania udolnego, podczas gdy było to zachowanie nieudolne, gdyż z wyjaśnień oskarżonego jednoznacznie wynika, iż upozorował on napad jedynie z chęci osiągnięcia efektu w postaci zatrzymania go, albowiem potrzebował on pomocy, co powinno skutkować ustaleniem, że oskarżony nie podlega karze za usiłowanie rozboju i umorzeniem postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 Kodeksu postępowania karnego². Apelująca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i przyjęcie, że oskarżony J.K. dobrowolnie odstąpił od dokonania zarzucanego mu usiłowania

* Dr hab. Katarzyna Nazar jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego i Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie, Polska, ORCID 0000-0001-7987-0727, e-mail: katarzyna.nazar@poczta.umcs.lublin.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 18.06.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 31.08.2020 r.

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

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 30) – dalej k.p.k.

rozboju, i na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. umorzenie postępowania karnego, ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji. Prokurator zaskarżył wyrok w części rozstrzygnięcia o karze, zarzucając błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia polegający na uznaniu, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzą warunki nadzwyczajnego złagodzenia orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności na podstawie art. 60 § 2 k.k., podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego materiału dowodowego prowadzi do wniosku, że brak jest podstaw do traktowania czynu oskarżonego jako szczególnie uzasadnionego wypadku, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa. Podniósł, że oskarżony, uprzednio wielokrotnie karany³, dopuścił się przypisanej mu zbrodni o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, naruszając nietykalność osobistą pokrzywdzonej, działając przy tym przede wszystkim z chęci zysku w sposób uprzednio zaplanowany. Skarżący domagał się wyeliminowania z podstawy prawnej skazania art. 60 § 2 i art. 60 § 6 pkt 2 k.k. oraz podwyższenia orzeczonej wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności do 4 lat.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, wyrokiem z 20.11.2019 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że orzeczoną karę pozbawienia wolności obniżył do jednego roku, w pozostałej zaś części utrzymał go w mocy. W uzasadnieniu wyroku sąd apelacyjny słusznie podzielił argumenty sądu I instancji, że w realiach niniejszej sprawy nie może być mowy o nieudolności usiłowania w rozumieniu art. 13 § 2 k.k.⁴, gdyż było ono obiektywnie możliwe („pokrzywdzona na skutek groźby oskarżonego mogłaby wydać pieniądze, których się domagał”) oraz uznał, iż nie można przyjąć dobrowolnego odstąpienia od usiłowania popełnienia przestępstwa w rozumieniu art. 15 k.k. („Dokonanie zbrodni rozboju nastąpiłoby bowiem z chwilą spełnienia żądania oskarżonego wydania pieniędzy popartego groźbą użycia przemocy. Owo wydanie nie nastąpiło dlatego, że oskarżony zaniechał kontynuowania zamachu, tylko dlatego, że pokrzywdzona odmówiła wydania pieniędzy i zainteresowała pracownica ochrony”).

Na tle zaistniałego stanu faktycznego oraz sformułowanych przez sąd apelacyjny w uzasadnieniu głosowanego wyroku wniosków, nasuwa się kilka uwag w kontekście analizy ustawowych znamion przestępstwa rozboju oraz możliwości przyjęcia jego usiłowania.

Przestępstwo rozboju należy do grupy przestępstw przeciwko mieniu, których cechą jest to, że sprawca kieruje swoje działanie nie tylko na mienie, ale też na osobę, aby przy zastosowaniu określonych sposobów oddziaływania zawładnąć rzeczą. Z tego względu przestępstwo to charakteryzuje dwoistość przedmiotu ochrony:

³ W uzasadnieniu wyroku SA wskazano, że jak wynika z informacji nadesłanych z Krajowego Rejestru Karnego, oskarżony jest osobą niekaraną.

⁴ Szerzej na temat usiłowania nieudolnego, a konkretnie określenia przedmiotu nienadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego zob. uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego (dalej SN) z 19.01.2017 r., I KZP 16/16, OSNKW 2017/3, poz. 12 oraz głosy do uchwały: A. Jezusek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16*, „Prokuratura i Prawo” 2017/4, s. 151–166; K. Kmak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16*, „Prokuratura i Prawo” 2017/6, s. 156–167, a także D. Gruszecka, *Nieudolność usiłowania a dobrowolne odstąpienie lub zapobieżenie dokonaniu. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 16/16)*, „Ius Novum” 2018/1, s. 180–200 oraz Ł. Pohl, *On the inapt attempt against the resolution of the Polish Supreme Court of 19 January 2017, I KZP 16/16*, „Prawo w Działaniu” 2017/32, s. 26–33.

prawo do rzeczy – jako tzw. główny przedmiot ochrony oraz nietykalność cielesna, wolność, życie i zdrowie człowieka – jako tzw. poboczny przedmiot ochrony⁵. Zamach na osobę stanowi w tym przypadku jedynie środek prowadzący do realizacji celu, jakim jest zawładnięcie rzeczy (zabór rzeczy w celu przywłaszczenia). Aktualność zachowuje zatem pogląd wyrażony przez SA w Katowicach w wyroku z 22.02.1996 r., że: „w przypadku rozboju mamy dwa przedmioty ochrony: osobę, przeciwko której skierowana jest (gwałt) przemoc (bądź działanie uznane za równorzędne) oraz rzecz (mienie). Dokonanie rozboju nie jest możliwe, gdy powodem tego jest brak jednego z przedmiotów ochrony objętych tym przepisem. Należy uznać, że zachodzi tu też brak przedmiotu ochrony w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., bowiem przestępstwo rozboju jest przestępstwem złożonym i też złożony jest jego przedmiot ochrony, a nie ma tego złożonego przedmiotu, gdy brak jest choćby jednego z jego elementów”⁶. Oczywiście rację ma sąd apelacyjny, że w przypadku rozboju występują dwa przedmioty ochrony, jednakże wskazuje on na osobę i rzecz, a zatem nie chodzi mu raczej o przedmioty ochrony, a o przedmioty czynności wykonawczej.

Czynność wykonawczą przestępstwa rozboju stanowi złożone działanie, polegające – z jednej strony – na zaborze w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej, z drugiej zaś strony – na stosowaniu jednego z określonych w tym przepisie sposobów oddziaływania na pokrzywdzonego lub inną osobę⁷. W związku z takim złożonym ujęciem przestępstwa, skoro dokonanie rozboju nie jest możliwe, gdy nie został naruszony jeden z przedmiotów ochrony objętych tym przepisem, a zamach na osobę ma umożliwić sprawcy zabór rzeczy, należy uznać, że posiada ono dwa przedmioty czynności wykonawczej. Pierwszym jest cudza rzecz ruchoma, drugim osoba, na której nietykalność cielesną, wolność, zdrowie, a nawet życie sprawca kieruje przemoc, groźbę natychmiastowego jej użycia lub którą doprowadza do stanu nieprzytomności lub bezbronności⁸.

W celu ustalenia, czy w konkretnym przypadku miał miejsce rozbój, należy przede wszystkim udzielić odpowiedzi na pytanie, czy w ogóle możliwe jest jego popełnienie przy braku jednego z przedmiotów czynności wykonawczej (a zatem przy braku osoby, na której dokonuje się rozboju lub gdy pokrzywdzony nie miał jakiegokolwiek rzeczy, która mogłaby stać się przedmiotem zaboru). Brak osoby (pokrzywdzonego) zdaje się kategorycznie wykluczać możliwość zaistnienia rozboju. Oczywiście, można się pokusić o próbę skonstruowania teoretycznego przykładu, który jednak (jak się wydaje) raczej nie zaktualizuje się w rzeczywistości. I tak, można wskazać na przypadek usiłowania rozboju na osobie, która siedząc na ławce w parku doznała nagłego zawału serca i zmarła, a sprawca nie widząc o tym fakcie kieruje do niej groźby użycia przemocy i żąda wydania pieniędzy. W takim przypadku niewątpliwie mielibyśmy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym (wobec braku jednego z dwóch koniecznych dla bytu przestępstwa z art. 280 k.k. przedmiotów czynności wykonawczej). Niemal nieprawdopodobna jest również druga sytuacja,

⁵ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 41 i n.; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 147 i n.

⁶ Wyrok SA w Katowicach z 22.02.1996 r., II AKa 385/95, „Wokanda” 1996/1, s. 56.

⁷ Zob. wyrok SN z 10.03.1983 r., I KR 36/83, Legalis nr 23615.

⁸ Podobnie M. Gałązka [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, s. 1378; tak też K. Kmąk, *Głosa do uchwały...*, s. 162. Odmienne: I. Nowicka, *Rozbój drogowy jako przejaw zorganizowanej działalności przestępczej*, Kraków 2004, s. 49.

tnz. przypadek, gdy pokrzywdzony nie ma jakiegokolwiek rzeczy ruchomej, która mogłaby stać się przedmiotem zaboru. Jeśli sprawca żąda pieniędzy, których ofiara nie ma, wówczas często kieruje swoją uwagę na inne rzeczy będące w jej posiadaniu (np. telefon komórkowy, zegarek, ubranie, buty itd.). A zatem jedynie przykład naturysty opalającego się na plaży i nieposiadającego przy sobie absolutnie niczego mógłby obrazować sytuację, w której wystąpiłby brak drugiego z przedmiotów czynności wykonawczej (tnz. rzeczy ruchomej).

Ponadto, należy zauważyć, że istotne jest w jaki sposób i za pomocą jakiego środka sprawca działał w celu zaboru rzeczy. Jednym z tych środków (określonych w art. 280 § 1 k.k.), którym posłużył się oskarżony w przedmiotowej sprawie jest groźba natychmiastowego użycia przemocy. Należy przyjąć, że groźba w rozumieniu art. 280 § 1 k.k. ma węższy zakres od ustawowej definicji tego pojęcia określonego w art. 115 § 12 k.k. i oznacza wyłącznie zapowiedź natychmiastowego użycia przemocy wobec osoby⁹. Groźba stanowiąca ustawowe znamię przestępstwa rozboju różni się także od groźby karalnej, przewidzianej w art. 190 § 1 k.k., gdyż ta druga jest od niej szersza pod względem swego zakresu. Przy rozboju – groźba natychmiastowego użycia przemocy polega nie na zapowiedzi jakiegokolwiek przestępstwa, jak to się dzieje w przypadku groźby karalnej, lecz na zapowiedzi takiego przestępstwa, jak np. zabójstwo, uszkodzenie ciała czy pobicie¹⁰.

Forma wyrażenia groźby nie została ustawowo określona, nie musi więc być przez sprawcę wyrażnie (jednoznacznie) wypowiedziana, wystarczy, że jednoznacznie wynika z jego zachowania. W przypadku więc, gdy sprawca posługuje się np. nożem (tak jak było w przedmiotowej sprawie) wystarczy samo przyłożenie go do szyi pokrzywdzonego z niedwuznacznie wyrażoną groźbą użycia tego noża na wypadek niespełnienia żądania¹¹. Celem groźby w tym przypadku jest ukształtowanie psychiki pokrzywdzonego w pożądaną dla sprawcy sposób, przejawiający się w podjęciu w stosunku do rzeczy określonej decyzji.

Treścią groźby przy przestępstwie rozboju jest natychmiastowe użycie przemocy wobec osoby. W kontekście znamion tego typu czynu zabronionego natychmiastowość oznacza taki układ sytuacyjny, w którym spełnienie groźby możliwe jest niezwłocznie, bezpośrednio po zapowiedzeniu jej użycia przez sprawcę, a nie w jakiejś bliżej nieokreślonej przyszłości¹².

Dla bytu przestępstwa rozboju nie ma znaczenia, czy spełnienie użytej groźby było obiektywnie realne¹³ oraz to, że sprawca nie zamierzał zrealizować kierowanej do pokrzywdzonego groźby użycia przemocy. Istotne znaczenie ma samo użycie groźby wzbudzającej obawę spełnienia¹⁴. W doktrynie nie ma jednak pełnej

⁹ Zob. B. Michalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 222–316*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 975.

¹⁰ W uchwale z 25.06.1980 r. SN uznał, że: „ta forma rozboju polega na groźbie zadania dolegliwości fizycznej przez spowodowanie jakiegokolwiek uszkodzenia ciała lub poważniejszych następstw aż do śmierci pokrzywdzonego włącznie” (VII KZP 48/78, OSNKW 1980/8, poz. 65).

¹¹ Zob. wyrok SN z 26.11.1984 r., II KR 260/84, OSNKW 1985/7–8, poz. 64; postanowienie SN z 22.02.1968 r., Rw 93/68, OSNKW 1986/6, poz. 66; wyrok SA w Poznaniu z 19.12.2012 r., II Aka 273/12, Legalis nr 731042; wyrok SA w Białymstoku z 5.08.2014 r., II Aka 154/14, KZS 2014/12, poz. 77.

¹² B. Michalski [w:] *System prawa karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 176.

¹³ Zob. szerzej K. Nazar-Gutowska, *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 187 i n.

¹⁴ Zob. wyrok SA w Krakowie z 25.04.1991 r., II AkR 36/91, KZS 1991/5, poz. 13.

zgodności co do tego, czy od groźby natychmiastowego użycia przemocy należy wymagać, aby spełniała ona warunki groźby karalnej, czy też nie. Zdaniem Piotra Wiatrowskiego groźba taka powinna tylko móc wzbudzić w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona. Odmienne założenie, według tego autora, niesłusznie premiowałoby sprawców, którzy zagrozili osobom odważnym. Groźba powinna być więc na tyle poważna, żeby u pokrzywdzonego, obiektywnie rzecz biorąc, mogło się pojawić przekonanie, iż grozi mu niebezpieczeństwo w postaci zapowiadzanego zamachu¹⁵. Inny pogląd w tej materii prezentują m.in. Małgorzata Dąbrowska-Kardas i Piotr Kardas¹⁶ czy Zbigniew Czerwiński, według którego zawsze należy wymagać powstania w świadomości adresata groźby uzasadnionej obawy przed jej spełnieniem¹⁷. Należy się zgodzić ze stwierdzeniem wyrażonym w wyroku z 15.11.2002 r. przez SA w Krakowie, że: „Groźba z art. 280 § 1–2 k.k. musi mieć cechy groźby karalnej z art. 190 § 1 k.k. i zapowiadać przemoc skierowaną wyłącznie przeciw osobie, ma to więc być groźba budząca uzasadnioną obawę spełnienia. Oceny tej groźby dokonuje (obiektywnie) sąd, uwzględniając okoliczności zdarzenia i właściwości osobiste zagrożonego, z których wynikał (subiektywnie) jego lęk przed groźbą”¹⁸. Zasadne jest zatem przyjęcie, że groźba, o której mowa w art. 280 § 1 k.k., charakteryzuje się trzema cechami: 1) ma cechy groźby karalnej z art. 190 § 1 k.k.; 2) zapowiada przemoc skierowaną przeciwko osobie; 3) budzi uzasadnioną obawę jej spełnienia.

Rozbój jest przestępstwem materialnym; do jego znamion należy skutek w postaci zaboru rzeczy. Wraz z ukończeniem tej czynności sprawczej dochodzi do zakończenia zamachu na mienie w rozumieniu przepisu art. 280 k.k. Jeśli chodzi o dokonanie zamachu na osobę, to przyjmuje się, że nie należy on do znamion skutku, a jest jedynie sposobem działania sprawcy zmierzającego do zawładnięcia rzeczą. Sam zamach na osobę (przy użyciu przemocy, groźby) wywołuje określone konsekwencje, ale jeżeli sprawca nie zdołał zawładnąć rzeczą, to jest tylko usiłowaniem rozbójcu¹⁹. Podobnie jest w przypadku kwalifikowanego typu rozbójcu. Pogląd ten nie jest jednoznacznie oceniany w doktrynie prawa karnego²⁰.

W tym miejscu należy się odnieść do istotnej kwestii, a mianowicie, czy skutek w postaci wzbudzenia obawy ma znaczenie dla realizacji znamion przestępstwa, w przypadku którego groźba była sposobem działania sprawcy (a takich przestępstw w Kodeksie karnym jest wiele). Problem ten był niejednokrotnie podnoszony w orzecznictwie sądowym. W postanowieniu z 14.09.2017 r.²¹ Sąd Najwyższy uznał,

¹⁵ P. Wiatrowski, *Typ podstawowy przestępstwa rozbójcu w doktrynie i orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010/3, s. 74; podobnie M. Gałązka [w:] *Kodeks...*, s. 1380.

¹⁶ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 116–117.

¹⁷ Z. Czerwiński, *Groźba użycia przemocy jako forma popełnienia przestępstwa z art. 208 k.k.*, „Problemy Prawo-rządności” 1984/11, s. 44. Zob. też A. Wąsek [w:] *Kodeks karny*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–116*, O. Górniok i in., Gdańsk 2005, s. 843; S. Hypś [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, s. 781; J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 707.

¹⁸ Wyrok SA w Krakowie z 15.11.2002 r. II AKa 303/02, Legalis nr 58686.

¹⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks...*, t. III, s. 122.

²⁰ Zob. wyrok SN z 25.05.1987 r., I KR 135/87, OSNPG 1988/10, poz. 103. Por. L. Wilk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz*, Art. 222–316, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 665; por. B. Michalski [w:] *Kodeks...*, t. II, s. 1027.

²¹ Postanowienie SN z 14.09.2017 r., I KZP/17, OSNKW 2017/11, poz. 63. Podobnie zob. postanowie-nie SN z 27.03.2014 r., I KZP 2/14, OSNKW 2014/7, poz. 53; wyrok SA w Poznaniu z 20.04.2017 r., II AKa 54/17, LEX nr 2394869.

że: „ (...) ustawodawca «wbudował» ów element (wzbudzenie obawy spełnienia groźby) w wiele typów przestępstw znamionnych również tymi postaciami gróźb, choć nie umieścił go w zespole znamion (...). Doprowadzenie za pomocą groźby do zaistnienia skutku będącego znamieniem tych czynów np. w postaci wywarcia wpływu²² (...) zawiera już w sobie realizację elementu subiektywnego wystąpienia obawy spełnienia groźby (w efekcie, brak takiego ustalenia w opisie czynu nie będzie dekompletowało znamion przypisanego przestępstwa)”. Kontrowersje w tym przypadku nie dotyczą jedynie art. 245 k.k.²³, który stanowił podstawę sformułowanego w analizowanej sprawie pytania prawnego, ale też innych typów przestępstw, w których występuje znamię groźby bezprawnej. Ustosunkowując się do wskazanego postanowienia, należy przyjąć, że: po pierwsze, w przypadku każdej postaci groźby, wzbudzenie obawy w zagrożonym ma znaczenie dla realizacji przestępstwa, do znamion którego należy posługiwanie się groźbą oraz – po drugie, iż groźba, o której mowa w art. 190 k.k., obejmuje zarówno zachowanie sprawcy, jak i efekt/skutek w postaci wzbudzenia uzasadnionej obawy spełnienia groźby²⁴. Jednocześnie trzeba stwierdzić, że skutek ten (co do zasady) nie należy do jego znamion.

W kontekście wcześniejszych uwag (dotyczących dwoistości przedmiotu ochrony i przedmiotu czynności wykonawczej oraz przyjęcia, że groźba określona w analizowanym przepisie ma wzbudzić uzasadnioną obawę jej spełnienia), zasadne jest rozważenie przyjęcia podwójnej skutkowości przestępstwa rozboju. Ową podwójną skutkowość można dodatkowo określić jako rozłączną, gdyż zaistnienie jednego skutku (wzbudzenie obawy) nie przesądza o wystąpieniu drugiego (zabór mienia). Oczywiście dla bytu przestępstwa oba skutki musiałyby wystąpić łącznie. Rozbój jest na tyle specyficznym przestępstwem, że inaczej niż w przypadku szeregu czynów zabronionych, w których groźba jest sposobem działania sprawcy, przyjęcie podwójnej skutkowości na gruncie art. 280 k.k. uzasadnione jest jego złożonym charakterem. Poza zakresem rozważań pozostawiam inne (niż groźba natychmiastowego użycia przemocy) sposoby działania sprawcy określone w art. 280 § 1 k.k.

Celem stosowanych przez sprawcę środków wymienionych w art. 280 § 1 k.k. jest wywołanie u pokrzywdzonego stanu zagrożenia dla jego wolności w zakresie

²² Postanowienie SN zapadło po rozpoznaniu sprawy, która została mu przekazana na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w związku z zagadnieniem prawnym wymagającym zasadniczej wykładni ustawy: „Czy dla odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 245 k.k. w sytuacji, gdy sprawca w celu wywarcia wpływu na świadka używa groźby karalnej w rozumieniu art. 115 § 12 k.k. (o której mowa w art. 190 k.k.) konieczne jest ustalenie, że groźba wzbudza uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona i czy obawa spełnienia groźby u pokrzywdzonego stanowi ustawowe znamię czynu zabronionego z art. 245 k.k.?”.

²³ Można wskazać dwa stanowiska, które na pytanie, czy wzbudzenie obawy jest warunkiem odpowiedzialności na podstawie art. 245 k.k., udzielają odmiennych odpowiedzi. Pierwsze, że wzbudzenie obawy po stronie uczestnika postępowania, do którego adresowana była groźba, jest warunkiem odpowiedzialności z art. 245 k.k. Zob. wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) we Wrocławiu z 29.05.2017 r., III K 343/16, LEX nr 2306082; wyrok SA w Lublinie z 3.10.2013 r., II AKa 152/13, LEX nr 1388873; wyrok SA we Wrocławiu z 23.08.2012 r., II AKa 227/12, LEX nr 1220370; wyrok SA w Lublinie z 13.10.2008 r., II AKa 236/08, LEX nr 477863; wyrok SN z 7.12.1999 r., WA 38/99, LEX nr 39910. I drugie, że wzbudzenie obawy nie jest warunkiem odpowiedzialności z art. 245 k.k. Zob. wyrok SO w Gliwicach z 31.07.2015 r., VI Ka 358/15, LEX nr 1831043; wyrok SO Warszawa-Praga z 23.06.2015 r., VI Ka 227/15, LEX nr 1841829; wyrok SO w Lublinie z 14.05.2015 r., XI Ka 81/15, LEX nr 1933779; wyrok SA w Białymstoku z 9.10.2014 r., II AKa 202/14, LEX nr 1532570; wyrok SA w Katowicach z 24.03.2014 r., II AKa 20/14, LEX nr 1646974; postanowienie SN z 14.02.2013 r., II KK 120/12, LEX nr 1405555; wyrok SA w Lublinie z 6.09.2012 r., II AKa 189/12, LEX nr 1217723. Można też wskazać na stanowisko pośrednie zaprezentowane w postanowieniu SN z 27.03.2014 r., I KZP 2/14, LEX nr 1441244.

²⁴ Szerzej na ten temat zob. K. Nazar, *Gloss on the Supreme Court ruling of 14 September 2017, I KZP 7/17* (Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2017 r., I KZP 7/17), „Ius Novum” 2018/3, s. 194–204.

podejmowania decyzji dotyczących dysponowania swoim mieniem, zagrożenia dla jego nietykalności cielesnej albo zdrowia, a w konsekwencji tego stanu do powstrzymania się przez niego od stawiania sprawcy jakiegokolwiek rzeczywistego oporu lub zaniechania takiego oporu. Wywołany przez sprawcę u ofiary taki stan psychiczny powoduje, że zachowuje się ona biernie, nie przeciwdziałając zaborowi należącemu do niej mienia, a niekiedy w swoisty sposób „współpracuje ze sprawcą” sama je wydając²⁵. Skutkiem groźby jest więc wywołanie u ofiary takiego stanu psychicznego, w którym z obawy przed realizacją groźby podporządkuje się ona woli sprawcy, przy czym wzbudzenie obawy nie stanowi dokonania rozboju, jeśli sprawca nie zdoła zawładnąć mieniem. Owo wzbudzenie w zagrożonym obawy spełnienia groźby przy braku skutku w postaci zaboru będzie skutkować, w zależności od sytuacji, przyjęciem usiłowania nieukończonego (zagrożony przeciwstawił się zaborowi mienia) albo usiłowania zatamowanego (zagrożonemu z pomocą przyszła inna osoba). Bez względu na rodzaj usiłowania, kwalifikacja będzie obejmować art. 13 § 1 i art. 280 § 1 k.k. czy § 2 tego przepisu (chyba że w przypadku podstawowego typu rozboju w grę wejdzie art. 283 k.k. – wypadek mniejszej wagi).

Może jednak zdarzyć się tak, że zagrożony ma tak silną konstrukcję psychiczną, iż zapowiedziana groźba nie jest w stanie wzbudzić w nim obawy (choćby obiektywnie byłaby ona uzasadniona), a skutek w postaci zaboru mienia zostaje osiągnięty²⁶. Dochodzi wówczas do paradoksalnej sytuacji i powstaje problem z jej oceną. Skoro zastosowana groźba od samego początku nie jest w stanie wywołać u pokrzywdzonego stanu zagrożenia, dekompletuje to znamiona rozboju (nie dochodzi do naruszenia przedmiotu ochrony z powodu braku przedmiotu czynności wykonawczej), i – jak się wydaje – można rozważyć przeniesienie oceny prawnej takiego zachowania na grunt art. 278 § 1 k.k.

W przedmiotowej sprawie nie sposób jest dokonać całościowej oceny zaistniałego zdarzenia, gdyż nie ustalono osoby pokrzywdzonej. Nie wiadomo, czy zastosowana groźba wzbudziła obawę jej spełnienia i czy ofiara w ogóle miała żądane pieniądze. Niewątpliwie (co wynika z uzasadnienia wyroku) do zaboru mienia nie doszło z uwagi na postawę pokrzywdzonej (stawiała ona opór) oraz interwencję pracownika ochrony. Biorąc tylko to pod uwagę, można podzielić stanowiska obu sądów, że było to usiłowanie udolne, niemniej ocena ta wyglądałaby inaczej, gdyby się okazało, co zaznaczyłam wcześniej, że np. pokrzywdzona stawiała opór, choć w ogóle nie obawiała się groźby albo nie miała przy sobie pieniędzy.

Poza znamionami strony przedmiotowej, należy poddać analizie także znamiona strony podmiotowej, a w szczególności – związek między realizacją znamion przedmiotowych a celem działania sprawcy. Rozbój we wszystkich typach jest przestępstwem umyślnym, kierunkowym, który można popełnić tylko w zamiarze bezpośrednim. W świadomości sprawcy rozboju musi znaleźć odzwierciedlenie fakt zmierzania do zaboru rzeczy w celu jej przywłaszczenia oraz fakt zmierzania do tego celu przy wykorzystaniu określonych „rozbójniczych” metod działania,

²⁵ B. Michalski [w:] *System...*, t. 9, s. 186.

²⁶ Nie chodzi tu oczywiście o przypadki, gdy pokrzywdzony pod wpływem groźby użycia przemocy, która wzbudza w nim obawę, sam wydaje napastnikowi mienie, ale np. o taką sytuację, kiedy pod sklepem monopolowym „pijaczek” w razie niedania mu paru złotych grozi użyciem przemocy strongmanowi, a ten nie obawiając się tych gróźb daje mu 10 zł.

w tym także tych, które są określone w art. 280 § 2 k.k. Oba te elementy muszą być też objęte wolą sprawcy w postaci chęci uzyskania zarówno finalnego rezultatu w postaci zaboru rzeczy, jak i środków do niego prowadzących²⁷.

Aktualność zachowuje pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, że: „Dla przypisania zbrodni rozboju niezbędnym jest, niezależnie od określenia form wejścia w posiadanie mienia, charakterystycznych dla przestępstwa z art. 210 k.k. (art. 280 k.k. – przyp. autorki) również nie budzące wątpliwości ustalenie, że już w chwili realizacji tych znamion, sprawca zamierza zabrać to mienie w celu przywłaszczenia. Jeżeli natomiast stosuje on wobec ofiary środki wymienione w art. 210 k.k. (art. 280 k.k. – przyp. autorki) w innym celu, zachowanie takie należy rozważać na płaszczyźnie innego przestępstwa i to niezależnie od faktu, iż w późniejszym okresie sprawca przywłaszczył sobie część tego mienia”²⁸. Jak wskazuje Leszek Wilk, gdy sprawca stosuje przemoc (lub groźbę natychmiastowego jej użycia) w innym niż zabór rzeczy celu (np. chcąc pobić inną osobę lub zastraszyć ją), a zamiar zaboru należącej do niej rzeczy powstaje u niego dopiero po zastosowaniu przemocy (lub groźby) – zachowanie takie nie kwalifikuje się jako rozbój, lecz jako kradzież, z tym że jeżeli środki te sprawca zastosował w celu utrzymania się w posiadaniu skradzionej rzeczy, to zachodzi określona w art. 281 k.k. kwalifikowana odmiana kradzieży²⁹. Pogląd ten jest słuszny, z tym jednak, że w przypadku, kiedy sprawca działał w innym celu niż zabór rzeczy (np. zastraszania), a zamiar ten powstał u niego dopiero po zastosowaniu groźby, to dla oddania całej zawartości kryminalnej czynu należy w kumulatywnej kwalifikacji oprócz art. 278 k.k. uwzględnić także art. 190 § 1 k.k. W każdym podobnym przypadku, w zależności od zastosowanego przez sprawcę środka działania (groźba, przemoc), i tego do czego jego użycie doprowadziło, powinno to znaleźć odzwierciedlenie w opisie czynu.

W przedmiotowej sprawie przyjęto, że oskarżony nie chciał zrobić pokrzywdzonej krzywdy, tzn. nie zamierzał zrealizować kierowanej do niej groźby użycia przemocy, ale działał w celu przywłaszczenia żądanej kwoty, chociaż na rozprawie zaprzeczył swoim wyjaśnieniom złożonym w toku śledztwa, że gdyby pokrzywdzona wydała ową kwotę, to by ją przyjął. Sąd Okręgowy nie uznał tej wersji za przekonującą, jednocześnie potwierdzając, że motywem działania oskarżonego było zwrócenie na siebie uwagi i spowodowanie zatrzymania go oraz umieszczenia w areszcie, czego dowodzi wcześniejsze zawiadomienie policji o niepełnym przestępstwie, czy też jego zachowanie po tym zdarzeniu, kiedy biernie i spokojnie oczekiwał na przyjazd policji. Zdaniem sądu zachowanie to należy jednak oceniać „w kategoriach motywacji czynu, a nie braku realizacji znamion jego strony podmiotowej (zamiaru)”. Co do zasady, można się z tym zgodzić, ale ocena zamiaru oskarżonego powinna być dokonana na tle całokształtu okoliczności czynu i zachowania sprawcy³⁰, które nie były jednoznaczne. Jak wynika z apelacji, obrończyni

²⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks...*, t. III, s. 124.

²⁸ Zob. wyrok SA w Katowicach z 23.03.1995 r., II AKr 66/95, OSA 1996/4, poz. 16.

²⁹ L. Wilk [w:] *Kodeks...*, t. II, s. 664.

³⁰ W przypadku rozboju można wskazać sytuacje, w których mimo dokonania zaboru rzeczy (z użyciem np. przemocy wobec osoby), okoliczności czynu i zachowanie sprawcy potwierdzają, że sprawca nie ma zamiaru przywłaszczenia cudzej rzeczy. Jeżeli więc sprawca używa przemocy lub groźby natychmiastowego jej użycia w celu doprowadzenia do zaspokojenia lub zabezpieczenia swoich lub cudzych roszczeń (np. wymuszenie spłaty długu lub zabór cudzej rzeczy „pod zastaw” do czasu spłaty długu), to zachowanie sprawcy nie może być traktowane jako rozbój. (Por. wyrok SN z 8.12.1980 r., II KR 375/80, OSNKW 1981/6, poz. 32;

oskarżonego poza tym (o czym była już mowa), że nie miał on zamiaru zrealizować swojej groźby, znajdował się w złym stanie psychicznym po śmierci żony, miał myśli samobójcze, a swoim zachowaniem chciał tylko zwrócić na siebie uwagę jedynie po to, aby udzielono mu fachowej pomocy. Ponadto, ma ponad 70 lat i jest osobą schorowaną. Biorąc powyższe pod uwagę, poza jednoznacznym wykluczeniu działania z pozorowanym zamiarem (tj. zwrócenia na siebie uwagi w celu uzyskania pomocy), można byłoby rozważyć kwestię działania przez oskarżonego w swoistym stanie wyższej konieczności (choć w przedmiotowej sprawie nie zostałby spełniony warunek subsydiarności).

Przechodząc do wymiaru orzeczonej kary (2 lata pozbawienia wolności), sąd apelacyjny uznał, że została ona orzeczona poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, przy zastosowaniu art. 60 § 2 k.k., ale nadal razi surowością. Biorąc pod uwagę wcześniej wskazane okoliczności (dotyczące stanu psychicznego, w jakim się znajdował oskarżony, jego wiek, stan zdrowia, wcześniejszą niekaralność i zachowanie po popełnieniu czynu) sąd apelacyjny obniżył orzeczoną karę do jednego roku pozbawienia wolności, jednocześnie wskazując, że i tak jawi się ona jako surowa i dolegliwa. W takim stanie rzeczy niezrozumiałe jest, dlaczego nie zastosowano warunkowego zawieszenia wykonania kary, skoro przesłanki określone w art. 69 § 1 i 2 k.k. zostały spełnione.

Reasumując, pozytywnie oceniając tezę wyroku, należy się krytycznie odnieść do przyjętego przez sąd II instancji rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy w zakresie orzeczonej kary.

Abstract

Katarzyna Nazar, Comments to the judgment of 20 November 2019 of the Court of Appeal in Wrocław (II AKa 295/19)

This comment to the judgment refers to the absence of the intention to carry out the threat of violence in the context of an attempt of an offence under Article 280 § 2 of the Criminal Code. The author analyses the statutory premises of the crime of robbery and the possibility of an attempt to commit this crime against the background of the facts of the case and conclusions made by the Court of Appeal in the statement of reasons for its judgment. In addition to the characteristics of the offence in question, the analysis also covers the characteristics of the perpetrator, and in particular the relationship between the premises of the offence and the purpose of the perpetrator's actions. While sharing the arguments of the court of second instance that the accused's intention not to harm the victim, i.e., absence of the intention to act on the threat of violence against the victim, has no effect on the legal assessment of the act under Article 13 § 1 in conjunction with Article 280 § 2 of the Criminal Code, the author takes a critical approach to the judgement in this case with regard to the sentence imposed.

Keywords: robbery, threat of violence, attempt, inept attempt

wyrok SA w Katowicach z 25.06.1998 r., II AKa 120/98, „Wokanda” 1999/4, s. 51). Oczywiście, należy mieć na względzie, że sprawca dokonujący przy tym zaboru cudzej rzeczy, może pozorować tego rodzaju zamiar, tj. zamiar wymuszenia zwrotu własnego lub cudzego długu. W takim przypadku o ocenie zamiaru (wymuszenie zwrotu długu lub zamiar przywłaszczenia) decyduje całokształt okoliczności czynu. Zob. T. Oczkowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1724.

Streszczenie

Katarzyna Nazar, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20.11.2019 r., II AKa 295/19*

Glosa dotyczy problematyki braku zamiaru realizacji groźby użycia przemocy w kwestii usiłowania czynu zabronionego z art. 280 § 2 Kodeksu karnego. Autorka na tle zaistniałego stanu faktycznego oraz sformułowanych przez Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu głosowanego wyroku wniosków, dokonuje analizy ustawowych znamion przestępstwa rozbój oraz możliwości przyjęcia jego usiłowania. Poza znamionami strony przedmiotowej analizie poddano także znamiona strony podmiotowej, a w szczególności związek między realizacją znamion przedmiotowych a celem działania sprawcy. Podzielając argumentację sądu II instancji odnośnie do tego, że okoliczność, iż oskarżony nie chciał zrobić krzywdy pokrzywdzonej, tzn. nie zamierzał zrealizować kierowanej do niej groźby użycia przemocy, nie wpływa na ocenę prawną czynu na płaszczyźnie art. 13 § 1 w zw. z art. 280 § 2 k.k., autorka krytycznie ocenia rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy w zakresie orzeczonej kary.

Słowa kluczowe: rozbój, groźba użycia przemocy, usiłowanie, usiłowanie nieudolne

Literatura:

1. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978;
2. Czerwiński Z., *Groźba użycia przemocy jako forma popełnienia przestępstwa z art. 208 k.k.*, *Problemy Praworządności* 1984, nr 11;
3. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2016;
4. Gałązka M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019;
5. Giezek J. [red.] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012;
6. Gruszecka D., *Nieudolność usiłowania a dobrowolne odstąpienie lub zapobieżenie dokonaniu. Uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r. (I KZP 16/16)*, *Ius Novum* 2018, nr 1;
7. Grześkowiak A., Wiak K. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019;
8. Hype S. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019;
9. Jezusek A., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16*, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 4;
10. Kmak K., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16*, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 6;
11. Królikowski M., Zawłocki R. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II. Komentarz. Art. 222–316*, Warszawa 2017;
12. Michalski B. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, t. II, Komentarz do art. 222–316*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010;
13. Michalski B. [w:] *System prawa karnego, t. 9, Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011;
14. Nazar K., *Gloss on the Supreme Court ruling of 14 September 2017, I KZP 7/17 (Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2017 r., I KZP 7/17)*, *Ius Novum* 2018, nr 3;
15. Nazar-Gutowska K., *Groźba bezprawna w polskim prawie karnym*, Warszawa 2012;
16. Nowicka I., *Rozbój drogowy jako przejaw zorganizowanej działalności przestępczej*, Kraków 2004;
17. Oczkowski T. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
18. Pohl Ł., *On the inapt attempt against the resolution of the Polish Supreme Court of 19 January 2017, I KZP 16/16*, *Prawo w Działaniu* 2017, nr 32;
19. Stefański R.A. [red.] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018;
20. Wąsek A. [w:] *Kodeks karny, t. 1, Komentarz do artykułów 1–116*, O. Górniok i in., Gdańsk 2005;

21. Wiatrowski P., *Typ podstawowy przestępstwa rozboju w doktrynie i orzecznictwie*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 3;
22. Wilk L. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz. Art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
23. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973;
24. Zoll A. [red.] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, *Komentarz do art. 278–363 k.k.*, Warszawa 2016.

Bartłomiej Oręziak, Dorota Sobczak, Klaudia Łuniewska, Joanna Repeć*

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Naukowej „*The punishment of negationism*”, Warszawa, 7–8 października 2019 r.**

W dniach 7–8.10.2019 r. na Uniwersytecie Warszawskim odbyła się międzynarodowa konferencja naukowo-badawcza zatytułowana „*The punishment of negationism*”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości (IWS) w ramach projektu badawczego pt. „Polski wkład w rozwój międzynarodowego prawa karnego, w tym wkład w sądenie zbrodni międzynarodowych”, którego realizację zapewnia Centrum Analiz Strategicznych IWS.

Pierwszy dzień konferencji otworzył Dziekan Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych, dr hab. Daniel Przastek, który powitał zgromadzonych gości w imieniu całego kierownictwa Uniwersytetu Warszawskiego, życząc wszystkim udanych i owocnych obrad.

Gości w imieniu całego kierownictwa UW powitał również Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, dr Marcin Wielec. Wskazał, że należy zwrócić szczególną uwagę na znaczenie procesu poddawania pod analizę prawniczą regulacji prawnych nienależących do krajowego porządku prawnego, które mają na celu polepszenie kształtującego się ustawodawstwa i korzystanie z osiągnięć legislacyjnych innych państw. Ujęcie komparatystyczne pozwala na wymianę doświadczeń związanych z regulacjami oraz praktyką funkcjonującą w porządkach prawnych poszczególnych krajów. Doktor M. Wielec zwrócił też uwagę, że współpraca w tym zakresie oraz wzajemna analiza prawna mogą doprowadzić do wypracowania przepisów umożliwiających skuteczniejszą ochronę tych wartości oraz przeciwdziałanie przyczynom przestępczości. Na koniec Dyrektor IWS-u raz jeszcze życzył zgromadzonym gościom, aby obrady były owocne w przemyślenia oraz refleksję, a podjęte w trakcie dyskusji rozważania natchnęły ich do poszukiwania nowych rozwiązań i możliwości.

* Mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com; mgr Dorota Sobczak jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu im. Jana Pawła II w Lublinie, Polska, e-mail: dorotasobczak94@gmail.com; Klaudia Łuniewska jest studentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: klaudialuniewska97@gmail.com; Joanna Repeć jest studentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: repecj Joanna@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 8.06.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 16.06.2020 r.

Jako kolejny wystąpił mgr Bartłomiej Oręziak, który przybliżył zgromadzonym ekspertom założenia Projektu badawczego, w ramach którego została zorganizowana konferencja naukowa. Przedmiotowy projekt został poświęcony wkładowi polskich naukowców w rozwój międzynarodowego prawa karnego i polskich doświadczeń w dziedzinie sądownictwa oraz w innych formach międzynarodowego rozwiązywania przestępstw. Należy dodać, że kluczowym aspektem realizacji projektu jest upowszechnianie i promocja osiągnięć Polski w dziedzinie międzynarodowego prawa karnego. B. Oręziak wskazał także na fakt, że rozpowszechnianie wiedzy i osiągnięć w tej dziedzinie może w szerokim spektrum wpływać na zapobieganie przyczynom przestępczości oraz przyczynić się do minimalizacji i eliminacji negatywnych zjawisk, które zagrażają pokojowi w kraju, i na świecie. Osądzanie międzynarodowych zbrodni takich jak ludobójstwo lub zbrodnie przeciwko ludzkości pozostaje wciąż aktualną kwestią. Polskie instytucje takie jak sądy, prokuratura czy Instytut Pamięci Narodowej (IPN) szukają nowych rozwiązań. Niewątpliwie ważna jest analiza funkcjonowania regulacji prawnych obowiązujących w innych krajach pod kątem możliwości ich zastosowania w polskim porządku prawnym.

Na koniec głos zabrała dr hab. Patrycja Grzebyk, Koordynator Projektu, która wskazała na potrzebę zorganizowania konferencji. Po wskazaniu tematyki prelekcji zaprosiła wszystkich na I Panel konferencji.

Pierwszą prelegentką panelu była Agnieszka Bieńczyk-Missala z Uniwersytetu Warszawskiego, która wygłosiła referat pt. *Causes and Consequences of Negationism*. A. Bieńczyk-Missala wskazała, że negacjonizm jest odrzuceniem prawdy – empirycznie weryfikowalną rzeczywistością, która utrudnia pojednanie między sprawcami i ofiarami, i może się przyczynić do promowania przemocy. Przyczyny negacjonizmu są różne, można wśród nich wymienić takie motywy jak: kulturowy, polityczny, ekonomiczny i psychologiczny. Analiza negacjonizmu na poziomie indywidualnym oraz grupowym wskazuje wszystkie pragnienia uniknięcia lub zminimalizowania odpowiedzialności za przestępstwa. Może to oznaczać chęć manipulowania pamięcią i reinterpretowania historii. Może to być również wynikiem antysemityzmu oraz uprzedzeń na tle rasowym, narodowym i etnicznym lub przejawem ujawnia postawy promującej ideologię prowadzącą do przemocy.

Jako kolejna wystąpiła Sévane Garibian z Uniwersytetu w Genewie, która przedstawiła referat pt. *Some Reflections on the Perinçek v. Switzerland case before the European Court of Human Rights*. Prelegentka omówiła przede wszystkim wyrok Perinçek przeciwko Szwajcarii wydany 17.12.2013 r. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC). Sprawa dotyczyła skazania w Szwajcarii tureckiego polityka za publiczne wyrażanie poglądu, że masowe deportacje i masakry na Ormianach w Państwie Otomańskim w 1915 r. i w kolejnych latach nie stanowiły ludobójstwa. Trybunał wskazał, że nie było konieczne pociąganie skarżącego do odpowiedzialności karnej. Prelekcja S. Garibian koncentrowała się na przytoczeniu argumentów przedstawionych przez ETPC, który odrzucił szwajcarskie jurysdykcje karne. Następnie podczas wystąpienia panelistka wskazała, dlaczego ocena Trybunału jest wątpliwa zarówno z prawnego, jak i filozoficznego punktu widzenia. Zwróciła ona uwagę na nieścisłości i paradoksy.

Następnie głos zabrał Piergiuseppe Parisi z Uniwersytetu w Trento, który zaprezentował referat pt. *The Obligation to Criminalise Historical Denialism in a Multilevel Human Rights System*. Zdaniem prelegenta międzynarodowe prawo dotyczące praw człowieka nie uznaje za obowiązek penalizacji zbrodni międzynarodowych. Taki obowiązek bowiem nadmiernie ograniczyłby zakres prawa do wolności wypowiedzi, który uznaje ograniczenia tylko w szczególnych przypadkach. P. Parisi przytoczył także decyzję numer 2008/913/WSiSW wydaną przez Radę Unii Europejskiej. Jego zdaniem utworzono drogę do rosnącej już akceptacji kryminalizacji negacji, uzasadnienia lub trywializacji holokaustu oraz innych przestępstw międzynarodowych.

Drugi panel rozpoczął Alexander Tsesis z Uniwersytetu Loyola w Chicago, który wygłosił referat pt. *Genocide Denial and Genocide Negation*. Panelista odniósł się do Instytutu Pamięci Narodowej. W swoim wystąpieniu A. Tsesis wskazał, że w przeciwieństwie do przepisów dotyczących prawa pamięci w krajach takich jak Niemcy, Austria i Francja – polska ustawa o holokauście karze każdego, kto powie, że naród polski lub Rzeczpospolita Polska jest odpowiedzialna za holokaust popełniony w Polsce przeciwko Żydom. Prelekcja polegała na wskazaniu oraz rozróżnieniu między narodami przepisów przeciwko zaprzeczaniu ludobójstwu i tym, które regulują pamięć o honorze narodowym. Zdaniem prelegenta w polskim prawie występują pewne nieścisłości.

Jako kolejna wystąpiła Aleksandra Gliszczyńska-Grabias z Polskiej Akademii Nauk. Prelegentka zaprezentowała referat pt. *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Europe's Totalitarian Past – selected examples*. Zdaniem prelegentki jest tak, że kiedy historia i pamięć o przeszłości zostaną poruszane na sali sądowej, często sędziowie zmuszeni są wcielić się w rolę historyków. Tym samym sędziowie dokonują swego rodzaju „oceny historii”. Jednak sytuacja ta jest jeszcze trudniejsza, jeśli odniesiemy to do międzynarodowych sądów i trybunałów, w których zasiadają sędziowie z różnych krajów, reprezentujący także inne poglądy na wydarzenia historyczne. Dlatego też starają się oni unikać w szczególności takich sytuacji, kiedy odnosi się to bezpośrednio do tematów związanych z historią poszczególnych krajów. Panelistka przedstawiła w swoim wystąpieniu niektóre decyzje i wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w których odnoszono się do tematów związanych z dziedzictwem historycznym. Co interesujące, niektóre z nich były decydujące w uzasadnieniu i decyzji podjętej przez Trybunał, a niektóre przypadki, pomimo istnienia znaczącego uwarunkowania historycznego nie zostały uznane za wystarczająco znaczące, aby wpłynąć na ostateczne zdanie sądu. Podsumowując, linia podziału jest bardzo często usytuowana pomiędzy przeszłością faszystowską/nazistowską a stalinowską/komunistyczną.

Kolejnym prelegentem był Marcin Górski z Uniwersytetu Łódzkiego, który przedstawił referat pt. *The Art of Negationism. Balancing Freedom of Artistic Expression and the Right to Truth?* W swoim wystąpieniu wskazał on, że negacjonistyczna mowa jest przejawem aktywnego aspektu wolności słowa. Może być ona także analizowana w kontekście wolności wypowiedzi artystycznej. Nasuwa się tu kilka pytań, na które należy odpowiedzieć. Pierwsze pytanie dotyczy tego, czy mowa negacjonistyczna jest zawsze stwierdzeniem faktu lub może stanowi opinię? Jeśli mowa negacjonistyczna jest stwierdzeniem faktu – to czy społeczeństwo jest

uprawnione do wyrzucenia mówcy? Interpretacja wydarzeń historycznych to trudny i często złożony wysiłek. Jednak z drugiej strony istnieje ryzyko możliwości zniekształcenia wiedzy o historii. Drugi element analizy, który przedstawił panelista, dotyczył sytuacji członka widowni: czy jest on uprawniony do otrzymania prawdziwych informacji czy jakichkolwiek wiadomości? Pojawia się także pytanie, czy ma on prawo otrzymywać informacje negacjonistyczne? W kolejnej części wystąpienia M. Górski spróbował odpowiedzieć na pytanie, czy negacjonizm może być traktowany jako wyraz artystyczny? Na koniec przedstawiono również wpływ charakterystycznych cech wyrazu artystycznego na prawną ocenę negacjonisty.

Następnie wystąpił Mattias Fahrner z Uniwersytetu w Konstancji, który wygłosił referat pt. *Back to the Roots – The Obligation (s) to Punish Negationism in Germany*. Kryminalizacja negacjonizmu w Niemczech była wielokrotnie narażona na fale ataków. Miało to miejsce od samego początku – nie tylko przez konkretnych propagandystów politycznych, ale także przez uczonych walczących o powrót do demokracji. Ciekawym punktem wyjścia do stawianych pytań była kwestia znaczenia kary negacjonizmu w Niemczech. Poszukiwanie korzeni nie tylko prowadzi do uzasadnienia, ale także do obowiązku ukarania negacjonizmu. Z jednej strony konieczne jest zbadanie zakresu oraz realizacja zobowiązań do karania negacjonizmu na mocy prawa międzynarodowego i unijnego. Z drugiej zaś strony – powstaje pytanie, w jakim stopniu niemiecki system konstytucyjny sam zobowiązuje ustawodawców i sądownictwo do ukarania negacjonizmu.

Trzeci panel otworzyli Vassilis P. Tzevelekos z Uniwersytetu w Liverpoolu oraz Dimitrios Kagiarios Uniwersytetu w Exeterze, którzy wspólnie zaprezentowali referat pt. *The Contribution of the Greek Legal Order to the Shaping of International Standards Pertaining to the Criminalisation of Negationism*. W swoim wystąpieniu wskazali na tendencję dotyczącą praw człowieka pojawiającą się w prawie międzynarodowym i prawie europejskim. Ich zdaniem wymaga się od państw karania negacjonizmu za pomocą prawa krajowego, co dowodzi, że nie ma skryształizowanych międzynarodowych zasad negacjonizmu, które generowałyby określone standardy postępowania w celu zakazania lub kryminalizacji różnych wypowiedzi. Zdaniem prelegentów, jeśli nie ma regulacji prawnej na poziomie międzynarodowym, wówczas należy zwrócić uwagę na praktykę państwową. Przedmiotowa praktyka jest bowiem kluczowym elementem kształtującym międzynarodowe standardy. Prelekcja odnosiła się w dużej mierze do greckiego porządku prawnego i jego krytycznej analizy. W swoim wystąpieniu prelegenci odnieśli się do sprawy Richtera. W Grecji zgodnie z art. 2 ustawy 927/1979 zmieniającej ustawę 4285/2014 za przestępstwo uznawano m.in. zaprzeczanie ludobójstwu, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości jako poparcie lub trywializację takich przestępstw. Przepis ten został wykorzystany do ścigania profesora historii, Heinza Richtera za treść jednej z jego książek. Jako historyk został on oskarżony o trywializację zbrodni wojennych popełnionych przez nazistów okupujących Grecję podczas drugiej wojny światowej. Ostatecznie profesor Richter został uznany za niewinnego, a greckie prawo zostało uznane za niekonstytucyjne, natomiast jego sprawa służy jako przykład do określenia interakcji między swobodą akademicką i negatyzyzmem.

Następnie wystąpił Athanasios Chouliaras z Helleńskiego Uniwersytetu Otwartego, który wygłosił referat pt. *Criminalizing negationism in Greece: legislative choices*

and judicial application. W swoim wystąpieniu prelegent odniósł się do kwestii związanych z przestępczymi rodzajami mowy nienawiści i negacjonizmu. Panelista wskazał także warunki i granice kryminalizacji mowy nienawiści i negatyizmu w europejskim porządku publicznym. Przytoczył również orzecznictwo ETPC. W tym kontekście prawo karne, które transponowało decyzję ramową 2008/913, analizuje grecki porządek prawny, podkreślając prawodawstwo wyborów dokonanych w przypadku negacjonizmu.

Kolejną prelekcję pt. *Penalizing statements about the past in Turkey* przedstawiła Grażyna Baranowska z Polskiej Akademii Nauk. Prelegentka w swoim referacie wspomniała znanego pisarza i laureata Nagrody Nobla w dziedzinie literatury z 2006 r. Orhana Pamuka. Pisarz ten powiedział w jednym z wywiadów, że w Turcji zginęło 30 tysięcy Kurdów i milion Ormian. Po wydaniu tego oświadczenia postawiono mu zarzuty karne. Ostatecznie sprawa została wycofana, a przepis prawa karnego (art. 301), na podstawie którego został oskarżony stał się znany i uznano go za jeden z najbardziej represyjnych „praw pamięci”. Przepis ten był wykorzystywany do ścigania osób odwołujących się do historycznych wydarzeń. G. Baranowska poinformowała, że w Turcji obowiązują różne przepisy karne, które są wykorzystywane do ścigania oświadczeń o przeszłości analizy praktyki sądowej.

Jako następny głos zabrał Charis Papacharalambous z Uniwersytetu Cypryjskiego, który wygłosił referat pt. *Incrimination of Negationism: Doctrinal and Law-Philosophical Implications*. Prelegent przedstawił doktrynalne i filozoficzno-prawne implikacje kryminalizacji negacjonizmu. Wskazał także na tematy z zakresu prawa karnego, którymi należy się zająć. A są to w szczególności: rozszerzenie sankcji karnych na etapy rzeczywistej szkody, podobnie jak w przypadku przestępstw z nienawiści; charakter aktu dotyczącego jego niebezpieczeństwa, tj. dotyczącego zasadności abstrakcyjnego zagrożenia; podobieństwo i różnica „negacjonizmu”; wreszcie myśli o symbolicznym prawie karnym i charakterze dobra prawnego, którym ma być chronione oskarżenie o negacjonizm; pytanie o stosowność prawa karnego, jako narzędzia zapobiegawczo walcząc z „moralnymi potworami” jako wrogami.

Drugi dzień konferencji rozpoczął się od referatu Ireneusza Kamińskiego z Polskiej Akademii Nauk, który zaprezentował referat pt. *Debates over history and the European Convention on Human Rights*. Europejski Trybunał Praw Człowieka (i istniejąca Komisja Europejska ds. Praw Człowieka) orzekała w wielu sprawach dotyczących tematów historycznych. Przytoczono jeden wyrok, w której skarżący powołali się na art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC), który chroni wolność wypowiedzi. Trybunał w tym przypadku skorzystał również z art. 17 zawierającego tzw. klauzulę buforową. Prelegent w swoim wystąpieniu wskazał, że sprawy historyczne dotyczą kwestii interesu publicznego, co oznacza, iż zostaje zapewniony wyższy poziom ochrony i wynikający z tego margines uznania dla państw jest bardzo wąski lub wręcz nie istnieje. Wszystkie sądy zarówno krajowe, jak i sam Trybunał w Strasburgu nie powinny, zdaniem I. Kamińskiego, zostawać arbitrami rozstrzygającymi kontrowersyjne sprawy historyczne. Wszystkie perspektywy, nawet drugorzędne i ekstrawaganckie, powinny wejść na poziom publiczny, na którym sprawdzana jest ich prawdziwość.

Jako kolejny wystąpił Konrad Burdziak z Uniwersytetu Szczecińskiego, który wygłosił referat pt. *Negationism and Polish criminal law – dogmatic considerations*. W swoim wystąpieniu odniósł się on do kwestii negacjonizmu w polskim prawie karnym. Jego zdaniem jest ona ściśle związana z obecnym art. 55 ustawy z 18.12.1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹, zgodnie z którym: „Kto publicznie i wbrew faktom zaprzecza zbrodniom, o których mowa w art. 1 pkt 1, podlega grzywnie lub karze pozbawienia wolności do 3 lat. Wyrok podaje się do wiadomości publicznej”. W art. 55 ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej spotykamy się z trudną do interpretacji normą, a jej obecny kształt może stanowić podstawę do nadużyć ze strony sprawcy i organów ścigania. W referacie została poddana analizie także nowelizacja ustawy o IPN z 2018 r., a dokładniej art. 55a i 55b przedmiotowej ustawy.

Następnym prelegentem był Nedžad Smailagić z Uniwersytetu w Zagrzebiu, który przedstawił referat pt. *Denial of Atrocity Crimes Committed in the Former Yugoslavia: Criminal Law and Transitional Justice Considerations*. W referacie zbadał on, jaki wpływ ma zaprzeczanie zbrodniom okrucieństwa we wspólnotach krajów byłej Jugosławii, w których przestępstwa te zostały popełnione. Dokonał też charakterystyki sposobu, w jaki obowiązuje prawo karne oraz jak mechanizmy sprawiedliwości okresu przejściowego rozwiązują ten problem. Prelegent poddał analizie prawo międzynarodowe dotyczące walki z bezkarnością oraz dokonał analizy porównawczej ustawodawstwa, praktyki i próby kryminalizacji zbrodni okrucieństwa w Bośni i Hercegowinie, Chorwacji, Kosowie, Macedonii Północnej, Czarnogórze, Serbii oraz na Słowenii.

Potem głos zabrała Veronika Bílková z Uniwersytetu Karola w Pradze. Prelegentka wygłosiła referat pt. *Punishment of Negationism – Czech Experience*. W referacie poddała ona analizie doświadczenia Czech związane z zastosowaniem § 405 Kodeksu karnego. W wystąpieniu V. Bílková skupiła się na przytoczeniu argumentów uzasadniających wprowadzenie tego przepisu do czeskiego ustawodawstwa i scharakteryzowaniu orzecznictwa związanego z wdrożeniem omawianego przepisu.

Następnym panelistą był Tamás Hoffmann z Węgierskiej Akademii Nauk, który zaprezentował referat pt. *Punishment of Negationism in Hungarian Criminal Law – Theory and Practice*. Przedstawił w nim rozporządzenie węgierskie dotyczące „zaprzeczania ludobójstwu i innym zbrodniom przeciwko ludzkości popełnionych przez narodowego socjalistę i reżimy komunistyczne”. Ustawodawstwo kryminalizujące odmowę uznania Holokaustu zostało po raz pierwszy przyjęte na początku 2010 r. T. Hoffmann przeanalizował historię prawodawstwa z 2010 r. i późniejszych ustaw. Postarał się także dokonać oceny, w jakim stopniu ustawa może być postrzegana jako „prawo pamięci”.

Jako kolejny głos zabrał Bogusław Lackoroński z Uniwersytetu Warszawskiego, który wygłosił referat pt. *Civil Law Protection of the Reputation of the Republic of Poland and the Polish Nation in the Light of Art. 53o–53q of the Act on the Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation – selected issues*. W swoim wystąpieniu odniósł się on do nowelizacji ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko

¹ Dz.U. z 2018 r. poz. 2032 ze zm. – dalej ustawa o IPN.

Narodowi Polskiemu. Referat odnosił się do wybranych zagadnień, w tym także do art. 53o–53q tej ustawy budzących poważne wątpliwości. Zdaniem prelegenta pojawiają się problemy w trakcie interpretacji art. 53o–53q, które mają charakter proceduralny.

Następnie wystąpiła Aleksandra Mężykowska z Polskiej Akademii Nauk i Ministerstwa Spraw Zagranicznych, która przedstawiła referat pt. *History distortion cases – protection of personal rights of victims of mass violations of human rights in the jurisprudence of the ECtHR*. Zdaniem A. Mężykowskiej prawnicy poświęcają niewiele uwagi na dyskusje dotyczące ochrony praw osób, które osobiście ulegają negatywnym stwierdzeniom. Ofiary często traktują wyrażone opinie jako naruszenie ich praw osobistych takich jak godność lub dobre imię. W referacie przedstawiono kwestię ochrony ich praw z perspektywy orzecznictwa ETPC. Ponadto, poddano analizie potrzebę zagwarantowania praw ofiarom. Badanie dowiodło, że ochrona oferowana w ramach EKPC jest niezadowalająca.

Jako kolejny referat pt. *Civil responsibility in the context of Holocaust denial and memory laws in Germany and Poland* wygłosił Klaus Bachmann z SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego. Jego zdaniem, podczas gdy niemieckie ustawodawstwo zapobiegające negowaniu Holokaustu było częściowo zainicjowane przez cywilne procesy sądowe, Polska dopiero niedawno próbowała wprowadzić stosunkowo szerokie koncepcje obywatelskiej odpowiedzialności za prawo pamięci. Referat w głównej mierze polegał na porównaniu istniejącego ustawodawstwa niemieckiego do polskiej ustawy o IPN i obowiązujących w Polsce norm prawnych.

Ostatnim prelegentem był Andrii Nekoliak z Uniwersytetu w Tartu. Przedstawił on referat pt. *Regulating Historical Memory through Civil Responsibility for Negationism: the Case of (Un)empowered norms in Ukraine?* Referat zawierał przegląd ustawodawstwa ukraińskiego dotyczącego kary za mowę historyczną w kraju. Omówiono pojęcie „prawa pamięci” przed przystąpieniem do analizy ram prawnych dotyczących ściślejszego negacjonizmu. Panelista przedstawił także Prawo holodomorskie (2006 r.) i Prawo Freedom Fighters (2015 r.) dotyczące zagadnień pamięci historycznej Ukrainy.

