

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

39

SPRAWY KARNE

Redakcja naukowa Łukasz Pohl



Wolters Kluwer

Warszawa 2019

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 Martinez 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)

REDAKCJA

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

Jerzy Nikołajew, Konrad Burdziak, Michał Jankowski, Magdalena Kowalewska-Łukuć Diagnostyka sądowo-kryminalna w orzekaniu i wykonywaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia w teorii i praktyce sądowej – raport z badania.....	7
Marcin Wielec, Monika Horna-Cieślak, Paulina Maślowska Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wprowadzonej ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego – wyniki badań aktowych.....	69
Zbigniew Jędrzejewski Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie	99
Mariusz Nawrocki O możliwych prawnokarnych konsekwencjach błędu po stronie wyrażającego zgodę na naruszenie dobra	125
Konrad Burdziak Kilka uwag na temat istoty tzw. błędu co do prawa (rozważania na tle polskiego prawa karnego)	139
Łukasz Buczek Brak możliwości przewidzenia następstwa czynu zabronionego kwalifikowanego przez to następstwo jako przyczynę do rozważań nad tym, co bezprawne.....	148
Paweł Mazur Uwagi o ustaleniu przez sąd społecznej opłacalności poświęcenia dóbr prawnych (na przykładzie instytucji stanu wyższej konieczności)	157
Małgorzata Żbikowska Metodologiczne i dogmatyczne aspekty zbiegu przesłanek procesowych w postępowaniu karnym	168

Łukasz Pohl

O możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej prezesa zarządu spółki handlowej z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa z tytułu popełnienia łapownictwa w sektorze publicznym (analiza na tle stanu prawnego wywołanego ustawą z 13.06.2019 r.).....188

Konrad Burdziak

Propozycja nowelizacji art. 151 Kodeksu karnego 196

Komentarze orzecznicze

Dominika Boniecka

Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 17.04.2018 r.,
V KK 469/17 204

Varia

Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Dorota Sobczak

Sprawozdanie z konferencji „Prawo, gospodarka i technologia
na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” 212

Contents:

Articles

Jerzy Nikołajew, Konrad Burdziak, Michał Jankowski, Magdalena Kowalewska-Łukuć Criminal Court Diagnostics in Granting Parole and Releasing on Parole in Judicial Theory and Practice. Study Report.....	7
Marcin Wielec, Monika Horna-Cieślak, Paulina Maślowska Interview with a Minor Victim after Amendments to the Code of Criminal Procedure Introduced by the Act of 13 June 2013 on Amendments to the Act – Criminal Code and the Act – Code of Criminal Procedure: Results of Case File Study	69
Zbigniew Jędrzejewski Functions and Substantive Law Grounds for the Distinction between Defences and Circumstances Excluding Guilt.....	99
Mariusz Nawrocki On the Possible Criminal Law Consequences of Mistake on the Part of Person Consenting to Violation of a Legal Interest.....	125
Konrad Burdziak Several Remarks about the Essence of the So-Called Mistake of Law (Considerations against the Background of Polish Criminal Law)	139
Łukasz Buczek Inability to Foresee the Consequence of a Prohibited Act Where Said Consequence is an Aggravating Circumstance as Contribution to Reflections on What is Illegal.....	148
Paweł Mazur Remarks about the Court Determining Public Expediency of Sacrificing Legal Interests (Using the Example of Defence of Necessity).....	157
Małgorzata Żbikowska Methodological and Dogmatic Aspects of Concurrence of Conditions of Permissibility of Criminal Proceedings	168

Łukasz Pohl

On the Possibility of Holding Criminally Liable the Chairman
of a Commercial Company Where the State Treasury Is a Minority
Shareholder for Bribery in the Public Sector (Analysis of the State
of Law Produced by the Act of 13 June 2019)188

Konrad Burdziak

Proposal for Amendment to Article 151 of the Polish Criminal Code 196

Comments on Case Law

Dominika Boniecka

Commentary on Supreme Court Decision of 17 April 2018,
V KK 469/17 204

Miscellanea

Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Dorota Sobczak

Report on conference 'Law, economy and technology for preventing
the causes of crime' 212

Jerzy Nikołajew, Konrad Burdziak, Michał Jankowski,
Magdalena Kowalewska-Łukuc*

Diagnostyka sądowo-kryminalna w orzekaniu i wykonywaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia w teorii i praktyce sądowej – raport z badania**

WSTĘP

W roku 2018 Instytut Wymiaru Sprawiedliwości zrealizował projekt badawczy *Diagnostyka sądowo-kryminalna w orzekaniu i wykonywaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia¹ w teorii i praktyce sądowej*.

Zgodnie z opisem projektu – przygotowanym przez Departament Wykonania Orzeczeń i Probacji Ministerstwa Sprawiedliwości – dotychczasowe opracowania naukowe (m.in. opracowanie IWS z 2012 r. pt. *Warunkowe przedterminowe zwolnienie – wybrane aspekty praktyki²*) oraz doświadczenia nadzorcze Departamentu Wykonania Orzeczeń i Probacji (dalej DWOiP MS), w tym dotyczące głośnych medialnie przypadków przestępstw popełnionych przez skazanych warunkowo przedterminowo zwolnionych, wskazują na niedostatki profesjonalnej i pogłębionej prognozy kryminologicznej w pracy administracji jednostek penitencjarnych oraz sądów penitencjarnych. Zdaniem DWOiP MS nie występuje element rozwiniętego szacowania ryzyka powrotności do przestępstwa jako szczególnie w probacji

* Dr hab. Jerzy Nikołajew jest profesorem Uniwersytetu Opolskiego, Polska, ORCID 0000-0003-1505-9710, e-mail: jerzy-nikolajew@wp.pl; dr Konrad Burdziak jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-0696-1174, e-mail: konrad.burdziak@usz.edu.pl; dr Michał Jankowski jest adiunktem w Sekcji Prawa i Procesu Karnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Polska, ORCID 0000-0003-1422-7540, e-mail: jankowski@iws.gov.pl; dr Magdalena Kowalewska-Łukuc jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-6663-3674, e-mail: magdalena.kowalewska-lukuc@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 3.01.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 4.02.2019 r.

¹ W niniejszej pracy dla określenia instytucji przewidzianej w art. 77 § 1 Kodeksu karnego (Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny [Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm. – dalej k.k.]) będzie stosowana nazwa „warunkowe przedterminowe zwolnienie” (dalej WPZ). Wydaje się to uzasadnione, chociażby z uwagi na tytuł Oddziału 11 Rozdziału X Kodeksu karnego wykonawczego (Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy [Dz.U. z 2018 r. poz. 652 ze zm. – dalej k.k.w.]), który jest następujący: „Warunkowe przedterminowe zwolnienie”.

² M. Jankowski, S. Momot, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie – wybrane aspekty praktyki*, „Prawo w Działaniu” 2013/16, s. 143–173.

warunek prognozy kryminologicznej, wynikający z treści art. 77 § 1 k.k. *in fine*. Ustalenia w zakresie deficytów skazanego (uzależnienia, problemy osobiste, rodzinne, środowiskowe, obszary niedostosowania społecznego i zagrożeń) są dokonywane i opisywane z reguły pobieżnie. Brak jest konkretnych wyników analizy w postaci skali ryzyka recydywy. Prognoza kryminologiczno-społeczna poprzedzająca orzeczenie sądu penitencyjnego nie zawiera z reguły propozycji zastosowania określonych środków, oddziaływań, terapii i obowiązków.

Celem projektu, w tym w szczególności przeprowadzonego w jego ramach badania empirycznego, było zweryfikowanie wskazanych wyżej twierdzeń i zaproponowanie ewentualnych zmian w przepisach dotyczących warunkowego przedterminowego zwolnienia³.

Niniejszy raport – stanowiący podsumowanie projektu – został podzielony na dwie części: I część – *Geneza instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz jej ewolucja z uwzględnieniem wybranych współczesnych europejskich systemów warunkowego przedterminowego zwolnienia* została przygotowana przez dr. hab. J. Nikolaiewa; część II natomiast – *Badanie empiryczne połączone z analizą aktualnie obowiązujących w Polsce regulacji prawnych dotyczących warunkowego przedterminowego zwolnienia* – przez dr. K. Burdziaka, dr. M. Jankowskiego oraz dr. M. Kowalewską-Łukuć.

I. GENEZA INSTYTUCJI WARUNKOWEGO PRZEDTERMINOWEGO ZWOLNIENIA ORAZ JEJ EWOLUCJA Z UWZGLĘDNIENIEM WYBRANYCH WSPÓŁCZESNYCH EUROPEJSKICH SYSTEMÓW WARUNKOWEGO PRZEDTERMINOWEGO ZWOLNIENIA

1. Geneza i ewolucja instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia

Genezę warunkowego przedterminowego zwolnienia należy łączyć z powstaniem progresywnego systemu wykonywania kary pozbawienia wolności, a nawet jeszcze wcześniejszą instytucją deportacji brytyjskich przestępców do zamorskich kolonii tego imperium. Początkowo trudno było doszukiwać się wspólnych konotacji warunkowego zwolnienia z karą deportacji, jednak wysyłanie więźniów poza Wyspy Brytyjskie, podobnie jak i późniejsza instytucja WPZ miały być lekarstwem na przeludnienie angielskich więzień i trudną sytuację gospodarczą okresu rewolucji przemysłowej w Europie. Jej postępujący rozwój na tyle sprzyjał wzrostowi przestępczości w Wielkiej Brytanii, że ta nie była w stanie zapewnić odpowiedniej liczby miejsc w zakładach karnych także w Stanach Zjednoczonych (te odmówiły przyjmowania transportów angielskich więźniów po uzyskaniu niepodległości) oraz w Australii i Nowej Zelandii.

W tym samym historycznie czasie dużą popularność w środowiskach naukowych i propagujących nowe poglądy na rolę systemu więziennego w skuteczności kar zdobyła klasyczna szkoła prawa karnego, odrzucająca społeczną odpłatę na rzecz poprawy skazanych. System punktów (kresiek) miał z założenia pomóc skazanemu

³ W ramach projektu zebrano także dane niepowiązane bezpośrednio z postawionym wyżej celem. Mogą one jednak okazać się interesujące i przydatne dla innych celów, dlatego też zdecydowano się na ich upublicznienie.

we wcześniejszym uzyskaniu wolności, skoro za punkty można było sobie pomniejszyć liczbę dni pozostałych do końca kary. Z kolei punkty były premią uzyskiwaną za pracę w więzieniu, udział w programach resocjalizacyjnych i za dobre zachowanie w celi. System wprowadzony przez Maconochiego w zakładzie w Norfolk był w istocie skonstruowany w oparciu o taką aktywność skazanego, która dawała mu szansę na wcześniejsze opuszczenie więzienia ze względu na własne zasługi, a przedtem na stopniową poprawę statusu więziennego zanim zakończy odbywanie kary pozbawienia wolności. Jednak w systemie tym kładziono głównie nacisk na wykonywanie zatrudnienia więziennego, a wcześniejsze opuszczenie zakładu mogło dotyczyć wyłącznie tych skazanych, którym gwarantowano pracę już na wolności. W ten sposób praca miała minimalizować możliwość powrotności do przestępstwa i do więzienia⁴.

Powyższe rozwiązania były jedynie namiastką tego, co uczyniono dopiero w drugiej połowie XIX w. najpierw w Anglii, a potem w innych państwach w Europie i na świecie⁵. Po raz pierwszy wzięto wówczas pod uwagę przesłankę maksymalnego okresu zwolnienia uzależnionego od długości wymierzonej kary i rodzaju przestępstwa. Jednak początki tej instytucji w Anglii nie były wolne od wad, gdyż skazani za drobne przestępstwa musieli odbywać karę w całości, podczas gdy sprawcy poważnych czynów zabronionych mogli korzystać z tego typu dobrodziejstwa. Zaletą było przyjęcie łagodniejszych wymogów w stosunku do kobiet. Jednak dopiero w 1967 r. w pełni uregulowano instytucję WPZ w angielskim porządku prawnym, wprowadzając trójetapowe i wszczynane z urzędu postępowanie, w którym ważną rolę przyznano Radzie do spraw Zwolnień. Faktycznie jednak uprawnienia decyzyjne pozostawiono ministrowi sprawiedliwości⁶.

Z kolei początki WPZ w USA wiążą się z wprowadzeniem tzw. reformatoriów amerykańskich w których także stosowano wolną progresję, uzależnioną od postępów w resocjalizacji więźniów przebywających w eksperymentalnym zakładzie w Elmirze. Końcowym etapem pobytu w więzieniu miała być możliwość zwolnienia z jednostki, ale dopiero po uzyskaniu wymaganej liczby punktów za dobre sprawowanie. Przeliczanie punktów i stawianie znaku równości pomiędzy nimi a rzeczywistą poprawą więźniów było największym mankamentem tego systemu, a dozór ze strony niewykwalifikowanych kuratorów wcale nie gwarantował skuteczności tychże działań. Takich gwarancji trudno było upatrywać także w sytuacji funkcjonowania systemu wyroków względnie oznaczonych. Należy jednak uwzględnić i to, że do połowy lat 40. XX w. udało się wprowadzić we wszystkich stanach USA własne przepisy regulujące WPZ, chociaż proces ich wprowadzania rozpoczął się już pół wieku wcześniej w stanie Nowy Jork⁷.

⁴ Zob. J. Śliwowski, *Prawo i polityka penitencjarna*, Warszawa 1982, s. 96 i n.

⁵ J. Lachowski podaje „kalendarz” wprowadzania instytucji WPZ do porządków prawnych różnych państw, z którego wynika, że poza Anglią prekursorami takiego rozwiązania byli Saksończycy (1862 r.), a w Niemczech był to 1870 r. Ta ostatnia data wydaje się być wątpliwa, chociażby ze względu na proces zjednoczenia państwa, który trwał kilka lat i zakończył się w 1871 r., a wprowadzenie jednolitego ustawodawstwa „cesarskiego” trwało jeszcze dłużej. Natomiast trudno podawać chronologię wydarzeń dotyczących możliwości korzystania z WPZ w: Meksyku (1871 r.), Danii (1873 r.), Holandii (1881 r.), Francji (1885 r.), Japonii (1886 r.), Belgii (1888 r.), Włoszech (1889 r.), Brazylii (1890 r.), Portugalii (1893 r.), Norwegii (1901 r.) i Szwecji (1906 r.). Zob. J. Lachowski, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 13.

⁶ Zob. L. Rabinowicz, *Podstawy nauki o więziennictwie*, Warszawa 1933, s. 151.

⁷ Zob. A. Krukowski, *Amerykański system penitencjarny*, Warszawa 1961, s. 23.

W Polsce zaraz po odzyskaniu niepodległości obowiązywały przepisy pozaborcze wprowadzone jeszcze przed 1918 r., ale dopiero w 1927 r. wprowadzono w życie własne unormowania dotyczące WPZ. Chodzi tu o Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 19.01.1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności *de facto* uchylające wcześniejsze ustawodawstwa i kompleksowo regulujące instytucję WPZ⁸. Na podstawie tego przepisu przyjęto zasadę, że udzielenie WPZ będzie możliwe po odbyciu 2/3 kary (jednak nie mniej niż 6 miesięcy) i według przesłanki „dobrego zachowania w czasie odbywania kary”. Nie wliczano jednak okresu pobytu w areszcie i nie stosowano WPZ wobec skazanych na karę śmierci, chyba że kara ta została zamieniona na karę pozbawienia wolności. Przed wydaniem przedmiotowej decyzji dokonywano oceny osobistych stosunków skazanego, jego poprzednich skazań, możliwości zatrudnienia po opuszczeniu więzienia, a także brano pod uwagę przesłankę „dobrego prowadzenia na wolności”. Organem uprawnionym do udzielania (odwoływania) WPZ był minister sprawiedliwości, chociaż ten mógł scedować swoje uprawnienia na rzecz prokuratorów, co wydaje się być rozwiązaniem wysoce praktycznym. Przedmiotowe postępowanie mogło być wszczynane z urzędu lub na wniosek skazanego, jego obrońcy lub pełnomocnika, małżonka skazanego, krewnych lub powinowatych w linii prostej, rodzeństwa, przedstawicieli ustawowych i wychowawców. W przypadku skazanych żołnierzy stosowano inne przepisy, czyli Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 1.01.1927 r. o zwolnieniu przedterminowym osób odbywających karę pozbawienia wolności z mocy wyroków wojskowych sądów karnych⁹. Ustalając kryteria uwzględniono sześciomiesięczny okres odbytej kary oraz zdecydowano o wliczeniu okresu pobytu w areszcie na poczet kary. Na podstawie kolejnej „wojskowej” regulacji normatywnej decyzje w sprawie udzielenia WPZ przyznano dowódcom jednostek¹⁰. Z kolei Kodeks karny z 1932 r. zastrzył minimum absolutne kary pozbawienia wolności do 8 miesięcy i pozostawił 2/3 jako ułamek niezbędny do ubiegania się o WPZ. Warunkiem koniecznym uczyniono przesłankę pozytywnej prognozy kryminologicznej, którą wtedy sprowadzono do przypuszczenia, że skazany nie popełni przestępstwa, czyli będzie „prowadził uczciwe życie na wolności”. Stosowano wówczas co najmniej roczny okres próby. Przyjęto także obligatoryjne i fakultatywne odwołanie WPZ. W pierwszym przypadku chodziło o popełnienie nowego przestępstwa z tych samych pobudek lub przestępstwa tego samego rodzaju, co poprzednie. Natomiast fakultatywność stosowano wówczas, gdy chodziło o inne przestępstwo niż to z obligatoryjnego odwołania lub gdy skazany uchylał się od dozoru albo „źle się prowadził”. Wówczas okresu pobytu na wolności nie zaliczono na poczet kary. W Kodeksie karnym wojskowym regulacje tam przyjęte były zbieżne z rozwiązaniami Kodeksu karnego z 1932 r., a zasadnicza różnica sprowadzała się głównie do kompetencji organów udzielających WPZ¹¹. W tym przypadku udzielał go minister spraw wojskowych. Takie rozwiązanie

⁸ Dz.U. Nr 7, poz. 53.

⁹ Dz.U. Nr 50, poz. 449.

¹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.03.1928 r. w sprawie Kodeksu karnego wojskowego (Dz.U. Nr 36, poz. 328).

¹¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 573).

z niewielkimi zmianami obowiązywało też na podstawie przepisów ministerialnych wprowadzonych kilka lat później¹².

Przepisy te obowiązywały również krótko po wojnie, lecz także wprowadzono nowe rozwiązania w dekreście PKWN dotyczącym osób skazanych przez sądy wojskowe¹³. Nowość polegała m.in. na obniżeniu progu minimalnego kary pozbawienia wolności w ten sposób, że ten został „ustawiony” na połowie kary, nie mniej niż 6 miesięcy. Poza tym wprowadzono też możliwość zaostrożenia maksymalnie o połowę kary pozostającej do odbycia w sytuacji odwołania WPZ. Jednocześnie decyzje o udzieleniu lub odwołaniu WPZ zostały przekazane sądom (a nie ministrowi sprawiedliwości). Jednakże wkrótce uchylono wcześniejsze, także pochodzące z okresu międzywojennego przepisy i uchwalono nową ustawę dotyczącą WPZ¹⁴. Według nowych rozwiązań poza kryterium poprawnego zachowania skazanego duży nacisk został położony na „sumienny stosunek do pracy” i to do tego stopnia, że przyjęto „przelicznik” polegający na tym, iż „każdy dzień sumiennej i wydajnej pracy liczy się do warunkowego zwolnienia za dwa dni”. Uzyskanie warunkowe zwolnienia z reszty kary umożliwiono po odbyciu co najmniej jej połowy z opcją wliczenia do tego okresu pobytu w areszcie śledczym. Ustalono też okres próby w wymiarze od jednego do pięciu lat, a kompetencje w zakresie udzielenia WPZ przyznano sądom wojewódzkim. Te same sądy mogły odwołać WPZ w przypadku osób skazanych na karę pozbawienia wolności powyżej jednego roku. Co do skazanych na karę do jednego roku pozbawienia wolności, to uprawnienia sądu wojewódzkiego przejmował sąd powiatowy. Poza tym zarządzenie o udzieleniu warunkowego zwolnienia mógł wydać także prokurator¹⁵.

W kolejnym akcie prawnym skrytykowano wcześniejsze rozwiązania dotyczące WPZ i zaproponowano nowe¹⁶. Sprowadziły się one do przyjęcia nowego kryterium decydującego w głównej mierze o możliwości jego uzyskania. Chodzi tu o przesłankę „przestrzegania zasad współżycia społecznego” (klauzula zarówno nieostra, jak i nieoczywista) oraz tego że w szczególności skazany zwalniany warunkowo nie popełni przestępstwa. Zwolnieniem z reszty kary objęto wszystkich skazanych, nawet tych na zastępczą karę pozbawienia wolności. Upływ 10 lat dotyczył też skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, chociaż zasadniczo była to połowa kary, nie mniej niż 6 miesięcy. W przypadku recydywistów stosowano 2/3 kary i co najmniej rok pobytu w zakładzie karnym. Jako zasadę przyjęto, że organem właściwym do udzielenia (odwołania) WPZ był sąd wojewódzki według właściwości miejsca pobytu skazanego (generalnie zakładu karnego w którym aktualnie przebywał). Zastosowano także możliwość sprawowania nadzoru nad osobami zwalnianymi z zakładów karnych i wydano stosowane przepisy wykonawcze do tej ustawy¹⁷.

¹² Rozporządzenie Ministra Spraw Wojskowych z 29.10.1936 r. o warunkowym zwolnieniu osób skazanych w wojskowym postępowaniu karnym (Dz.U. Nr 87, poz. 609).

¹³ Dekret PKWN z 23.09.1944 r. – Kodeks karny Wojska Polskiego (Dz.U. Nr 6, poz. 27).

¹⁴ Ustawa z 31.10.1951 r. o warunkowym przedterminowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 58, poz. 399).

¹⁵ Zob. A. Nawój-Słeszyński, *Warunkowe zwolnienie z odbycia kary skazanych odbywających karę pozbawienia wolności w różnych systemach jej wykonywania*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2015, t. XXXVI, s. 102.

¹⁶ Chodzi tu o ustawę z 29.05.1957 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 31, poz. 133).

¹⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 15.01.1958 r. w sprawie nadzoru nad osobami warunkowo zwalnianymi (Dz.U. Nr 10, poz. 34).

Te rozwiązania poddano również krytyce i zmieniono przepisy w ten sposób, że zastrzono możliwość uzyskania WPZ w ten sposób, iż podwyższono próg 2/3 dla wszystkich skazanych, a nie tylko recydywistów. Dodatkowo wprowadzono konieczność uzyskania poręczenia społecznego. Z drugiej strony zdecydowano o tym, że posiedzenia sądu powinny się odbywać w zakładzie karnym i o konieczności wysłuchania na posiedzeniu przedstawiciela administracji więziennej, i samego skazanego. Najwięcej jednak społecznym dyskusji wywołało „zablokowanie” możliwości uzyskania WPZ przez recydywistów¹⁸.

Zupełnie inaczej kwestie WPZ uregulowano w Kodeksie karnym z 1969 r. i w Kodeksie karnym wykonawczym z 1969 r.¹⁹ Ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu nowych „progów” po osiągnięciu których można się było ubiegać o WPZ. Zostały one określone na poziomie 2/3 dla ogółu skazanych, 1/2 dla sprawców młodocianych i 3/4 dla wielokrotnych recydywistów. Z kolei już po odbyciu 15 lat kary pozbawienia wolności wskaźniki te nie obowiązywały. Za podstawę udzielenia WPZ wzięto pozytywną prognozę kryminologiczną mającą zapewnić, że cele wykonania kary pozbawienia wolności zostały osiągnięte mimo braku upływu końca kary. Dobrymi prognostykami były właściwości osobowe skazanego, jego warunki osobiste, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, a zwłaszcza zachowanie w czasie odbywania kary. Okres próby nie mógł być krótszy niż 1 rok i nie dłuższy niż 5 lat. Natomiast często stosowano odmowę udzielenia WPZ ze względów ogólnoprewencyjnych, co zostało zagwarantowane w ustawie, a w praktyce nadużywane²⁰.

2. Wybrane współczesne europejskie systemy warunkowego przedterminowego zwolnienia (prezentowane w układzie alfabetycznym)²¹

W Austrii przepisy dotyczące WPZ zostały ułożone w Kodeksie karnym z 1974 r., którego pierwotna wersja została istotnie zmodyfikowana w 2004 r. Ta nowela wprowadziła system mieszany, gdzie fakultatywne zwolnienie można zastosować w przypadku orzeczenia bezwzględnej kary pozbawienia i po odbyciu przez skazanego minimalnego okresu kary. Przyjęto połowę kary, ale nie mniej niż 3 miesiące (1 miesiąc co do skazanych, którzy nie ukończyli 21. roku życia). Nie ograniczono tej instytucji co do skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, choć w tym przypadku powinni oni odbyć 15 lat kary pozbawienia wolności. Natomiast po odbyciu 2/3 kary pozbawienia wolności zwolnienie warunkowe ma charakter automatyczny, chyba że „prognoza kryminologiczna jest ponadprzeciętnie negatywna”.

Duńskie rozwiązania dotyczące WPZ mają stosunkowo długą historię sięgającą drugiej połowy XIX w. Obecnie obowiązujące przepisy uregulowały instytucję w ten sposób, że skazany może ubiegać się o warunkowe zwolnienie po odbyciu 2/3 kary, ale nie mniej niż 2 miesięcy. Skazanym na dożywotnie pozbawienie wolności WPZ

¹⁸ Ustawa z 17.12.1960 r. o zmianie ustawy z 29.05.1958 r. o warunkowym zwolnieniu osób odbywających karę pozbawienia wolności (Dz.U. Nr 11, poz. 69; Dz.U. z 1961 r. Nr 58, poz. 321).

¹⁹ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.) i ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 13, poz. 98 ze zm.).

²⁰ Zob. T. Kalisz, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności z perspektywy problemów z ustalaniem treści i kierunku prognozy kryminologicznej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, t. XXX, s. 186.

²¹ Powyższe rozważania oparto głównie na publikacji J. Lachowskiego, *Warunkowe...*

przysługuje po 12 latach. Podstawą orzekania o WPZ jest uwzględnienie przesłanki przeszłości przestępczej skazanego, możliwość stosowania dozoru kuratorskiego i poprawne funkcjonowanie w warunkach wolnościowych. Okres próby ustala się na 3 do 5 lat, a decyzje przedmiotowe powinien podejmować minister sprawiedliwości. W praktyce wykorzystuje się opcję delegowania innej osoby, którą najczęściej jest dyrektor zakładu karnego. W przypadku popełnienia nowego przestępstwa w okresie próby, sąd może orzec karę za nowe przestępstwo w połączeniu z częścią nieodbytej kary lub wymierzyć nową karę na ogólnych zasadach. Natomiast jeśli naruszono warunki zwolnienia polegające na niepopelnieniu nowego przestępstwa, wówczas minister sprawiedliwości może np. dać skazanemu jedynie ostrzeżenie.

Finlandia to przykład stosowania WPZ wobec skazanych, którzy odbyli 14 dni pozbawienia wolności po przekroczeniu połowy kary w przypadku karanych po raz pierwszy. Recydywiści muszą odbyć $\frac{2}{3}$ kary, a osoby popełniające przestępstwo przed ukończeniem 21. roku życia po $\frac{1}{3}$ kary. Przedmiotowe decyzje podejmuje dyrektor zakładu karnego. Podstawa do udzielenia WPZ bardziej przypomina przesłanki do udzielenia przerwy w karze, gdyż dotyczy np. choroby lub sytuacji rodzinnej. Cechą specyficzną dla systemu fińskiego jest to, że prawie wszystkie przypadki opuszczania zakładów karnych to więźniowie zwalniani warunkowo, a nie na koniec kary.

Francuski moduł WPZ jest nieco bardziej skomplikowany aniżeli duński, gdyż Francuzi w 2004 r. zdecydowali się na kilka zróżnicowanych sposobów redukcji kary, co może przypominać warunkowe zwolnienie, ale wymagana jest tu ścisła współpraca skazanego. W pierwszym przypadku kara pozbawienia wolności jest redukowana o każdą część dobrego zachowania skazanego w więzieniu. Niepoprawne zachowanie z kolei powoduje skrócenie okresu o który miałyby być zredukowana kara pozbawienia wolności. Dlatego też kara poniżej 1 roku miała być skracana o 7 dni w każdym miesiącu, a w przypadku skazań powyżej 1 roku o 3 miesiące w pierwszym roku jej wykonywania i o 2 miesiące w pozostałych latach. W tym sposobie redukcja kary była przeprowadzana przez pracownika zakładu karnego, ale w drugim okresie tzw. redukcji dodatkowej orzekał sędzia wykonawczy. Trzeci sposób dotyczy wyłącznie skazanych członków zorganizowanych grup przestępczych okazujących skruchę. Z drugiej strony ustawodawca francuski przyjął koncepcję fakultatywnego udzielania WPZ wobec skazanych, którzy odbyli $\frac{1}{2}$ kary lub recydywistów po $\frac{2}{3}$. Skazani na dożywotnie więzienie mogą się o WPZ ubiegać po 15 latach (dla nich okres próby to 5–10 lat). Generalnie jednak okres próby powinien odpowiadać okresowi, jaki pozostał do odbycia kary. Zwolnienie warunkowe może być też poprzedzone rocznym stosowaniem dozoru elektronicznego.

Grecja jest przykładem stosowania systemu dyskrecjonalnego WPZ i przyjęcia przez ustawodawcę dość ogólnych podstaw materialnych w tym zakresie. Przede wszystkim chodzi o dobre zachowanie skazanego i zadośćuczynienie obowiązkom nałożonym przed sąd w stosunku do pokrzywdzonego. Bierze się również pod uwagę przeszłość skazanego, jego osobisty charakter, a także uwarunkowania społeczne. Generalnie wymóg progowy to $\frac{2}{5}$ kary i roczny pobyt w zakładzie karnym. Grecki ustawodawca stosuje także ułamek w postaci $\frac{3}{5}$ i ten jest zarezerwowany dla osób „przebywających czasowo w jednostce penitencjarnej”. Poza tym wykorzystuje się przesłankę wieku skazanego, gdyż ci po ukończeniu 70. roku życia mogą ubiegać się o WPZ po odbyciu połowy kary.

Holenderskie rozwiązania można określić mianem zwolnienia obligatoryjnego bezwarunkowego. Taki model został wprowadzony dopiero w 1987 r. Wówczas ustawodawca zrezygnował ze stosownego przez stulecie systemu warunkowego na rzecz bezwarunkowego i obligatoryjnego zwalniania skazanych po odbyciu przez nich określonej części kary. Skrócenie kary z „automatu” dotyczy skazanych na karę do 1 roku po 6 miesiącach i 1/3 kary, a w przypadku pozostałych skazanych po 2/3 kary (zasada ta nie dotyczy skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, ci są dopiero brani pod uwagę po 15 latach).

W Niemczech omawiana instytucja nie jest określana jako WPZ, ale nazywana zawieszeniem reszty kary pozbawienia wolności pozostałej do wykonania i została wprowadzona do Kodeksu karnego w 1953 r. Przewiduje się dwie możliwości zawieszenia tej kary. Warunkiem formalnym obligatoryjnego zawieszenia jest odbycie 2/3 orzeczonej kary, ale dopiero po dwóch miesiącach pobytu w zakładzie karnym. W przypadku fakultatywnego zawieszenia reszty kary pozbawienia wolności bierze się pod uwagę przesłankę połowy odbytej kary (nie mniej niż 6 miesięcy). Jednak ustawa wymaga, ażeby był to skazany odbywający karę pozbawienia wolności po raz pierwszy i to w wymiarze nieprzekraczającym dwóch lat. Poza tym stawiany jest także warunek dotyczący tego, że skazany ubiegający się o WPZ musi wypełniać warunki zwolnienia obligatoryjnego. Chodzi tu głównie o ocenę całokształtu czynu sprawcy, jego osobowości oraz postępów w resocjalizacji. Również okres próby nie może wynosić mniej niż pozostały okres kary do odbycia. Co do skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności przyjęto konieczność odbycia 15 lat pozbawienia wolności i wymaga się także, aby zwolnienie takiego skazanego było uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego. Spore trudności (także interpretacyjne w doktrynie) dotyczą tych samych skazanych, jeśli weźmie się pod uwagę przesłankę winy sprawcy i jej ciężaru przekraczającego poważnie stopień winy wymagany przy wymierzaniu kary dożywotniego pozbawienia wolności. W niemieckich warunkach decyzje w przedmiocie WPZ podejmuje wydział egzekucyjny Sądu Krajowego.

W Federacji Rosyjskiej do kręgu osób ubiegających się o WPZ zaliczono niemalą grupę skazanych nie tylko na karę pozbawienia wolności, ale także skazanych na prace poprawcze, ograniczenia w służbie wojskowej i służbę w oddziale dyscyplinarnym. Zwolnienia z reszty kary udziela się wówczas kiedy sąd jest przekonany o resocjalizacji skazanego i uwzględnia stosunek skazanego do nałożonych obowiązków, nagradzanie skazanego w trakcie odbywania kary oraz stosunek do zatrudnienia w więzieniu. Ustawodawca rosyjski przyjął różne wyznaczniki związane z możliwością ubiegania się o WPZ, a te związane z długością orzeczonej kary (1/3, 1/2, 2/3, 3/4), ale w każdym przypadku nie mniej niż 6 miesięcy. Skazani na dożywotnie pozbawienie wolności o WPZ mogą ubiegać się po odbyciu 25 lat pozbawienia wolności. Sąd udzielając WPZ może nałożyć na skazanego wielorakie obowiązki, nawet pomocy materialnej swojej rodzinie i poddania leczeniu specjalistycznemu.

W przypadku Szwajcarii (podobnie jak w Grecji) zastosowano dyskrecyjny system udzielania WPZ. Skazany może się ubiegać o nie, gdy jego zachowanie podczas odbywania kary jest właściwe i można przyjąć, że „będzie się dobrze prowadził na wolności”. Należy jednak wypełnić warunek minimalnego okresu pobytu w więzieniu (3 miesiące) i jednocześnie odbyć 2/3 kary. W sytuacji skazanych

na dożywotnie pozbawienie wolności okres ten wynosi 15 lat. Okres wyznaczonej próby powinien być nie krótszy niż 1 rok i nie dłuższy niż 5 lat (ten ostatni obowiązuje skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności). W tym czasie jest wykonywany nadzór ochronny. W sytuacji osób naruszających obowiązki nałożone na okres próby, można odstąpić od umieszczenia skazanego w zakładzie karnym i zastosować instytucję formalnego upomnienia.

Szwedzkie rozwiązania to zwalnianie skazanych obligatoryjne, ale warunkowe. Wymaga się odbycia 2/3 kary, lecz nie mniej niż 1 miesiąc. Wcześniejsze zwolnienie dotyczy tylko skazanych na kary terminowe, dlatego skazanym na karę dożywotniego pozbawienia należy najpierw taką karę zamienić w drodze ulaskawienia i wówczas stosować zasady ogólne. Okres próby wyznacza się na czas do końca kary pozbawienia wolności, nie krócej jednak niż na 1 rok. Udzielając WPZ można nałożyć na skazanego szereg typowych w takim przypadku obowiązków, ale też gwarantuje się skazanemu pomoc w znalezieniu pracy i mieszkania, a także opiekę medyczną. W przypadku naruszenia warunków zwolnienia Rada Kuratorska może nałożyć dodatkowe obowiązki na skazanego, oddać pod dozór kuratorski lub zdecydować o utracie prawa do WPZ. Popęlnienie nowego przestępstwa powoduje odwołanie wcześniejszego zwolnienia, chociaż sąd może przyjąć łagodniejsze środki i np. wystosować tylko ostrzeżenie.

Z kolei w Wielkiej Brytanii zmiany z 2003 r. w *Criminal Justice Act* zlikwidowały wcześniejsze obligatoryjne zwolnienie warunkowe. Odtąd brytyjczy skazani na karę do 12 miesięcy pozbawienia wolności mogą się ubiegać o obligatoryjne zwolnienie po okresie wskazanym przez sąd, ale okres minimalny nie może być krótszy niż 2 tygodnie, a maksymalny niż 13 tygodni. Skazanym na kary powyżej 12 miesięcy podwyższono wymogi i te sprowadzono do konieczności odbycia połowy kary. W przypadku skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności stosuje się terminy określone przez sąd, jednak te zależą od przesłanki związanej z tym, czy czyn, za który nastąpiło skazanie był wprost zagrożony karą dożywotniego pozbawienia wolności czy też nie.

We Włoszech funkcjonuje model fakultatywnego warunkowego zwolnienia polegający na tym, że skazany może być warunkowo zwolniony z reszty kary, jeśli odbył 30 miesięcy kary, ale pod warunkiem iż jest to połowa kary i do końca kary pozostało mniej niż 5 lat. Ta zasada nie ma zastosowania wobec recydywistów, tu podwyższono wymagania do odbycia co najmniej 4 lat kary i przekroczeniu 3/4 kary. Jeszcze surowiej potraktowano skazanych na dożywotnie pozbawienie wolności, przewidując konieczność odbycia 26 lat kary więzienia. Kryterium oceny to zachowanie skazanego w trakcie odbywania kary, a decyzje o udzieleniu i odwołaniu WPZ są podejmowane przez sąd dozorujący.

3. Rekomendacje Rady Europy dotyczące warunkowego przedterminowego zwolnienia

Wspólne dla państw członkowskich Rady Europy (dalej też RE) zasady dotyczące wykonywania kary pozbawienia wolności, a zwłaszcza te związane z warunkowym zwolnieniem skazanych zostały opracowane w Rekomendacji z 2003 r.²² We wstępie

²² Rekomendacja Rec (2003) 22 Komitetu Rady Ministrów dla państw członkowskich o warunkowym zwolnieniu przyjęta przez Komitet Ministrów 24.09.2003 r. podczas 853. spotkania zastępców ministrów.

do Rekomendacji Rada Europy uznała, że warunkowe zwolnienie jest „jednym z najskuteczniejszych i najbardziej konstruktywnych środków zapobiegania przestępczości i promowania powrotu do życia w społeczeństwie w ramach planowej, wspomaganej i nadzorowanej integracji więźniów ze społeczeństwem”. Jednocześnie Rada Europy swoje wsparcie dla propagowania idei warunkowego zwolnienia tłumaczyła tym, że kara pozbawienia wolności negatywnie wpływa na skazanego i uniemożliwia proces resocjalizacji, a poza tym obciąża społeczeństwo kosztami materialnymi. Takich skutków w przypadku warunkowego zwolnienia nie ma, a korzystanie z tego instrumentu pozostaje w zgodzie z zasadami sprawiedliwości i uczciwości. Rezolucja traktuje warunkowe zwolnienie jako element demokratycznego państwa prawnego wyznaczonymi kryteriami Konwencji z 1950 r.²³ i utrwalonej orzecznictwem Trybunału strasburskiego. Równocześnie podkreślono znaczenie wzrostu świadomości społecznej dla realizacji idei warunkowego zwolnienia, a nie jest to możliwe bez „wsparcia liderów politycznych, urzędników administracji, sędziów, prokuratorów, adwokatów i opinii publicznej, którym to osobom i grupom należy przedstawić szczegółowe wyjaśnienie przyczyn zmian zasad odbywania kary pozbawienia wolności”.

W załączniku do Rekomendacji umieszczono wyjaśnienie terminu „warunkowe zwolnienie”, które należy rozumieć jako „zwolnienie skazanego więźnia na indywidualnie określonych warunkach. Niniejsza definicja nie obejmuje amnestii i ułaskawień”. Tym samym zaliczono warunkowe zwolnienie do nieizolacyjnych środków karnych. Generalnie celem tej instytucji powinno być wsparcie więźniów w przygotowaniu ich do życia na wolności i formę nadzoru nad ich zachowaniem. *In fine* warunkowe zwolnienie ma się przyczynić do zwiększenia bezpieczeństwa publicznego i obniżenia poziomu przestępczości w społeczeństwie, i nie powinno się wykluczać żadnego ze skazanych, także osób skazanych na karę dożywotniego pozbawienia wolności. W sytuacji niemożności zastosowania warunkowego zwolnienia, np. z uwagi na niski wymiar kary pozbawienia wolności, proponuje się „szukanie” innych sposobów realizacji tych celów. Rekomendacja nakazuje państwu członkowskiemu RE takie postępowanie z osobami pozbawionymi wolności, aby te już na początku odbywania kary były zapoznawane z terminem i warunkami ubiegania się o WPZ. Jednocześnie sugeruje się ustalanie indywidualnych warunków zwolnienia w taki sposób, żeby zmniejszyć ryzyko powrotu do przestępstwa. W tym miejscu proponuje się nałożenie konkretnych obowiązków (np. zapłata odszkodowania, naprawienie szkody, podjęcia leczenia lub terapii, podjęcie nauki, szkolenia lub innej aktywności zawodowej, udziału w programach rozwoju zawodowego, zakaz zamieszkania lub przebywania w określonych miejscach). Zasadniczo zaleca się też konieczność wprowadzenia indywidualnego dozoru z warunkami i koniecznymi środkami proporcjonalnymi do nieodbytej części kary.

Rezolucja oczekuje, że państwa członkowskie podejmą odpowiednie działania na rzecz przygotowania skazanych do warunkowego zwolnienia. Chodzi tu o współpracę pracowników więziennictwa z osobami sprawującymi dozór i to w terminie umożliwiającym zakończenie tych przygotowań przed upływem minimalnego lub

²³ 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.).

ustalonego okresu odbywania kary. Sugeruje się tu realizację odpowiednich programów motywujących do uczestnictwa w kursach i szkoleniach, a także modyfikacje wykonywania kary w kierunku powrotu do życia na wolności. W tym celu nie powinno się marginalizować relacji rodzinnych, a także kontaktów z podmiotami pozawięziennymi i należy umożliwiać nawiązywanie lub odbudowę tych relacji też w formie przerw w karze. Służby penitencjarne powinny również wcześniej zapoznać zainteresowane osoby z warunkami pobytu na wolności oraz środkami dozoru, a także informować o potencjalnych zagrożeniach oraz skutkach naruszenia warunków zwolnienia przed terminem.

Z rezolucji wynika także, że to państwa członkowskie RE posiadają legitymację do ustalenia minimalnego okresu kary, po którym więźniowie mogą się ubiegać o WPZ. Jednak obowiązkiem właściwych organów państwowych jest wszczęcie odpowiedniej procedury niezwłocznie po odbyciu tego minimum. Poza tym kryteria uzyskania prawa do WPZ powinny być jasne i wyraźne, a także „realistyczne”. Pod tym ostatnim pojęciem kryje się „uwzględnienie cech osobowości więźnia oraz uwarunkowania społeczne i ekonomiczne a także dostępność programów powrotu do życia w społeczeństwie”. Rada Europy zaleca również ostrożność i rozagę organów podejmujących decyzje w sprawie WPZ w zakresie uwzględnienia kryterium znalezienia zatrudnienia podczas warunkowego zwolnienia. Chodzi o to, że „brak możliwości znalezienia pracy podczas warunkowego zwolnienia nie powinien stanowić podstawy do odmowy lub opóźnienia jego przyznania”. Takie zastrzeżenie dotyczy także braku stałego miejsca zamieszkania, w takiej sytuacji należy zapewnić miejsce tymczasowe. Generalnie sugeruje się taki *modus operandi*, żeby zapewnić warunkowe zwolnienie wszystkim więźniom spełniającym minimalne kryteria gwarantujące ich powrót do społeczeństwa, i to „w charakterze porządných obywateli”. Jednocześnie w rezolucji postanowiono, że to na organach władzy spoczywa obowiązek wykazania, że więzień nie spełnia tych kryteriów. Poza tym wymaga się od państw członkowskich wyznaczania terminu ponownego rozpoznania wniosku o WPZ w decyzji odmawiającej warunkowego zwolnienia. Przewiduje się także możliwość ponownego wnioskowania o WPZ w sytuacji pojawienia się okoliczności istotnych i korzystnych dla wnioskodawców. Rezolucja stawia też oczekiwania co do bezwzględnego określania w prawie państwowym okresów odbywania kary, po którym można się ubiegać o warunkowe zwolnienie. Również przesunięcie terminu WPZ powinno być określone w przepisach i dotyczyć tylko nadzwyczajnych okoliczności, a „decyzja o przesunięciu terminu zwolnienia powinna uwzględniać nowy termin zwolnienia”.

Wymaga się też, aby organ ustalający warunki zwolnienia lub podejmujący decyzje w sprawie ustanowienia dozoru posiadał dostateczną wiedzę na temat osobistej sytuacji więźnia (np. pisemne sprawozdania, ustne oświadczenia pracowników zakładu karnego). Tego typu informacje powinny być także udostępniane osobom sprawującym dozór nad zwolnionym warunkowo więźniem. Ważne jest też dobre uświadomienie zwalnianego warunkowo więźnia co do istoty nałożonych na niego obowiązków (warunków), a także faktu konieczności poddania się kontroli, konsekwencji naruszeń warunków zwolnienia, ale także możliwości uzyskania pomocy ze strony odpowiednich organów w trakcie warunkowego zwolnienia.

W przypadku „drobnych” naruszeń wyznaczonych warunków, organ stojący zobowiązany jest do zawiadomienia osoby warunkowo zwolnionej oraz

do ostrzeżenia jej o skutkach z tym związanych. Natomiast, jeśli naruszenie nosi cechy „istotności”, wówczas rezolucja zaleca bardziej zdecydowane działanie, czyli zgłoszenie tego faktu uprawnionemu organowi. Jednak sugerowane jest wyważone działanie dostosowane do indywidualnego przypadku, a nie generalizowanie.

Ta sama rezolucja nakazuje państwom członkowskim RE stosowanie gwarancji proceduralnych związanych z podejmowaniem decyzji o przyznaniu, opóźnieniu lub odwołaniu WPZ, a także wyznaczaniu lub zmianie warunków i środków dotyczących WPZ. Chodzi o możliwość osoby skazanej osobistego wysłuchania i uzyskania pomocy oraz prawo dostępu do stosownej dokumentacji. Organ podejmujący decyzję powinien szczegółowo uwzględniać wszelkie okoliczności popierające wniosek dotyczący skazanego, a decyzja ta powinna zawierać uzasadnienie i być przekazywana w formie pisemnej. Przewiduje się także prawo zaskarżenia decyzji ze względu na ewentualne uchybienia zarówno materialnoprawne, jak i proceduralne, a przepisy dotyczące sposobu oraz terminów zaskarżenia powinny być znane skarżącym.

Poza tym proponuje się usprawnianie procesu decyzyjnego dotyczącego udzielania WPZ, poprzez np. organizację sesji informacyjnych i programów przeznaczonych dla organów podejmujących przedmiotowe decyzje. Jednocześnie zobowiązuje się organy państwowe do wsparcia działań na rzecz popularyzowania idei WPZ oraz prowadzenia konsultacji społecznych dotyczących nowych rozwiązań w tym zakresie. Rada Europy zaleca aktywność wszystkich środowisk, też akademickich i medialnych, w kierunku zwrócenia społecznej uwagi na cele i pozytywne skutki stosowania warunkowych zwolnień. Takie działania powinny być wsparte prowadzonymi badaniami i poparte danymi statystycznymi, uwzględniającymi szeroko rozumiane aspekty stosowanych zwolnień warunkowych. Należy tu zwrócić uwagę na opłacalność stosowania WPZ, skuteczność WPZ (mierzonej poprzez spadek powrotności do przestępstwa), zakres przystosowania się do wolności warunkowo zwolnionych, wpływ programów warunkowych zwolnień na orzekanie kar i środków karnych, a także charakter programów przygotowujących skazanych do WPZ. W zakresie statystyk Rezolucja zaleca uwzględnienie takich danych, jak liczba więźniów którym przyznano WPZ w odniesieniu do liczby więźniów mogących się o nie ubiegać, wymiar kary i rodzaj popełnionych przestępstw, część kary odbytej przed uzyskaniem WPZ, liczba odwołań WPZ, wskaźnik recydywy oraz karalność, a także „historia społeczno-demograficzna warunkowo zwalnianych więźniów”.

II. BADANIE EMPIRYCZNE POŁĄCZONE Z ANALIZĄ OBOWIĄZUJĄCYCH AKTUALNIE W POLSCE REGULACJI PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH WARUNKOWEGO PRZEDTERMINOWEGO ZWOLNIENIA

1. Próba badawcza

W ramach badania empirycznego przeprowadzono analizę akt spraw związanych bezpośrednio z problematyką warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Do badania wybrano sprawy, w których w drugim kwartale 2013 r. pozytywnie rozpatrzono wnioski o udzielenie skazanym warunkowego przedterminowego

zwolnienia z odbycia reszty kary. Wybór właśnie tego okresu był podyktowany dwiema okolicznościami: po pierwsze – badający chcieli mieć pewność, że przed rozpoczęciem badania doszło do zakończenia okresu próby (oraz sześciomiesięcznego okresu, w którym możliwe jest odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia; zob. art. 82 k.k.), ewentualnie – do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, po drugie zaś – badający chcieli uzyskać karty karne sprawców, których sprawy zostały przeanalizowane w ramach projektu badawczego w celu sprawdzenia, czy w czasie po upływie okresu próby weszli oni (bądź nie) w konflikt z prawem; konieczne było zatem dokonanie doboru spraw w taki sposób, by został jeszcze zapewniony odpowiedni okres katamnezy²⁴.

Drugi kwartał 2013 r. miał według przewidywań spełniać (i spełnił ostatecznie) te dwa warunki, z uwagi na ustalony²⁵ średni wymiar prawomocnie orzeczonych kar pozbawienia wolności (bez kary dożywotniego pozbawienia wolności i kary 25 lat pozbawienia wolności) wykonywanych w roku 2012 (32,52 miesiąca; zob. tabela 1) oraz w roku 2013 (32,97 miesiąca; zob. tabela 1) oraz z uwagi na długości okresów próby przewidziane w art. 80 k.k., zgodnie z którym: „§ 1. W razie warunkowego zwolnienia czas pozostały do odbycia kary stanowi okres próby, który jednak nie może być krótszy niż 2 lata ani dłuższy niż 5 lat. § 2. Jeżeli skazanym jest osoba określona w art. 64 § 2, okres próby nie może być krótszy niż 3 lata”, a także z uwagi na przesłanki formalne warunkowego przedterminowego zwolnienia przewidziane w art. 78 k.k., zgodnie z którym: „§ 1. Skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej połowy kary. § 2. Skazanego określonego w art. 64 § 1 można warunkowo zwolnić po odbyciu dwóch trzecich kary, natomiast określonego w art. 64 § 2 po odbyciu trzech czwartych kary”.

Wskazane wyżej dane pozwalały bowiem przypuszczać, że średnia długość okresu próby będzie wynosiła 2–3 lata.

W oparciu o dane Biura Penitencjarnego Centralnego Zarządu Służby Więziennej (dalej CZSW)²⁶ ustalono, że w całym roku 2013 pozytywnie rozpatrzo- no 19830 wniosków o udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia; natomiast w drugim kwartale 2013 r. pozytywnie rozpatrzo- no 5100 wniosków (zob. tabela 2).

²⁴ Stworzyć to miało warunki do zbadania efektywności warunkowego przedterminowego zwolnienia i ustalenia zależności pomiędzy nią a sposobem dokonywania prognoz kryminologicznych przez sądy (z tego też względu do badania wybrano wyłącznie sprawy, w których udzielono ostatecznie warunkowego przedterminowego zwolnienia). Oczywiście – autorzy są w pełni świadomi tego, że: „Badanie efektywności warunkowego przedterminowego zwolnienia jako środka probacyjnego jest utrudnione z powodu niemożności ścisłego określenia czynów zabronionych, którymi sprawca powraca do przestępstwa (przestępstwa nieujawnione). Nie jest też możliwe ścisłe określenie sytuacji, które – poza obligatoryjnymi – powinny takie odwołanie powodować, mimo że to następstwo nie jest konieczne. Dlatego efektywność warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary można, w celach badawczych, wyrazić precyzyjnie tylko jako odsetek osób nieskazanych w okresie próby (i po nim – dop. autorów) wśród osób warunkowo zwolnionych albo odsetek tych, którym warunkowego zwolnienia nie odwołano, ani z uwagi na czyn, ani zachowanie (podlegające jednak ocenie, z natury rzeczy niejednoznacznej) z tego okresu” (M. Jankowski, S. Momot, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie – wybrane aspekty praktyki*, Warszawa 2012, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Jankowski-M.-Momot-St._WPZ.pdf, s. 1 (dostęp: 3.12.2018 r.)). Niestety, jeżeli chodzi o karty karne skazanych, to ostatecznie nie udało się ich uzyskać.

²⁵ https://www.sw.gov.pl/uploads/5846c007_9380_4602_b12e_213cc0a80015_rok_2013.pdf, s. 12 (dostęp: 3.12.2018 r.).

²⁶ https://www.sw.gov.pl/uploads/5846c007_9380_4602_b12e_213cc0a80015_rok_2013.pdf, s. 18 (dostęp: 3.12.2018 r.).

Tabela 1

Średni wymiar kary

Wyszczególnienie	Aktualnie wykonywane orzeczenia			
	Średni wymiar (w miesiącach)		Mediana (w miesiącach)	
	2012	2013	2012	2013
prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności (bez kary dożywotniego pozbawienia wolności)	38,43	39,27	24,00	24,00
prawomocnie orzeczonej kary pozbawienia wolności (bez kary dożywotniego pozbawienia wolności i kary 25 lat pozbawienia wolności)	32,52	32,97	24,00	24,00
zastępczej kary pozbawienia wolności	3,45	3,62		
innych środków izolacyjnych	0,55	0,64		

Źródło: Biuro Informacji i Statystyki CZSW.

Tabela 2

Warunkowe zwolnienia – wnioski rozpatrzone pozytywnie

Wyszczególnienie	Ogółem		Okres			
	2012	2013	I kwartał	II kwartał	III kwartał	IV kwartał
Ogółem	21 803	19 830	4 905	5 100	4 768	5 057
Wniosek dyrektora zakładu karnego	13030	11 731	2 902	3 061	2 784	2 984
– grupa M	180	165	41	41	40	43
– grupa P	9167	8 141	2 036	2 083	1 955	2 067
– grupa R	3683	3 425	825	937	789	874
– grupa W	0	0	0	0	0	0
Wniosek prokuratora lub sądu, sądowego kuratora zawodowego, skazanego, obrońcy lub pełnomocnika	8767	8 097	2 003	2 039	1 983	2 072
– grupa M	131	144	41	35	26	42
– grupa P	4730	4 176	1 034	1 062	1 051	1 029
– grupa R	3906	3 777	928	942	906	1 001
– grupa W	0	0	0	0	0	0
Warunkowo przedterminowo zwolnieni przez sąd z urzędu	6	2	0	0	1	1
– grupa M	0	0	0	0	0	0
– grupa P	3	0	0	0	0	0
– grupa R	3	2	0	0	1	1
– grupa W	0	0	0	0	0	0

Źródło: Dane Biura Penitencjarnego CZSW.

Ustalono przy tym, że w drugim kwartale 2013 r. skazani odbywający karę po raz pierwszy (3145 przypadków) stanowili ok. 62% osób, którym udzielono wówczas warunkowego przedterminowego zwolnienia, recydywiści penitencjarni (1879 przypadków) stanowili ok. 37% osób, którym udzielono wówczas warunkowego przedterminowego zwolnienia, a nieletni (76 przypadków) – ok. 1% osób, którym udzielono wówczas warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Zdecydowawszy, że badaniem zostanie objętych ok. 10% wszystkich spraw z drugiego kwartału 2013 r., i że warto zachować względną proporcję badanych

spraw, przynajmniej jeśli chodzi o skazanych odbywających karę po raz pierwszy oraz recydywistów penitencjarnych, zwrócono się do wszystkich sądów okręgowych (45) z prośbą o nadesłanie: 1) akt pierwszych 3 spraw (według kolejności orzeczeń), w których w drugim kwartale 2013 r. orzeczono warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary w stosunku do recydywistów penitencjarnych; 2) akt pierwszych 7 spraw (według kolejności orzeczeń), w których w drugim kwartale 2013 r. orzeczono takie zwolnienie w stosunku do odbywających karę po raz pierwszy; 3) akt wszystkich spraw, w których w drugim kwartale 2013 r. orzeczono takie zwolnienie w stosunku do młodocianych²⁷.

Ostatecznie uzyskano 555 spraw, z czego 540 było zdalnych do wykorzystania w badaniu.

2. Metoda badawcza

Badanie empiryczne przeprowadzono w oparciu o ankietę, która miała ujednolicić sposób analizy poszczególnych spraw przez poszczególnych badających. Ankietę zamieszczono na końcu raportu.

W kontekście ankiety może się pojawić (w szczególności) pytanie, dlaczego uwzględniono w niej takie, a nie inne grupy czynników oraz szczegółowe czynniki mogące mieć wpływ na podjęcie decyzji w sprawie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Konkretniej zaś – dlaczego w pytaniach nr 16, 20 i 39 pojawiły się następujące grupy czynników: 1) okoliczności popełnienia przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu; 2) sposób życia przed popełnieniem przestępstwa; 3) uprzednia karalność i stosowane uprzednio środki probacyjne; 4) zachowanie w zakładzie karnym (wewnątrz); 5) zachowanie w zakładzie karnym (na zewnątrz, np. przepustki, praca poza ZK²⁸); 6) warunki osobiste; 7) właściwości osobiste; 8) stan zdrowia fizycznego i psychicznego; 9) uzależnienie od alkoholu, narkotyków etc.; 10) postawa; a w pytaniach 17, 21 i 40 następujące pojedyncze czynniki: 1) płeć; 2) wiek; 3) stan zdrowia; 4) uzależnienie; 5) dotychczasowy sposób życia (przed ZK); 6) przynależność społeczna; 7) zawód wyuczony/wykonywany na wolności (przed ZK); 8) zawód wyuczony/wykonywany w zakładzie karnym; 9) miejsce pracy na wolności (przed ZK); 10) wykształcenie uzyskane na wolności (przed ZK); 11) wykształcenie uzyskane w zakładzie karnym; 12) miejsce zamieszkania w chwili popełnienia przestępstwa; 13) stan rodzinny w chwili popełnienia przestępstwa; 14) warunki materialne i zarobki w chwili popełnienia przestępstwa; 15) ogólna ocena zachowania w zakładzie karnym; 16) stosunek do pracy w zakładzie karnym; 17) stosunek do nauki w zakładzie karnym; 18) stopień wykonywania zadań określonych w indywidualnym programie oddziaływania lub indywidualnym programie terapeutycznym; 19) cechy osobowości; 20) postawa życiowa; 21) postawa wobec popełnionego przestępstwa i osoby pokrzywdzonej; 22) perspektywy po warunkowym zwolnieniu; 23) stosunek do przełożonych; 24) stosunek do współosadzonych; 25) udział w podkulturze przestępczej (w ZK);

²⁷ W przypadku młodocianych zwrócono się o wszystkie sprawy, a wynikało to z faktu, że spraw tych było bardzo mało.

²⁸ Zakład karny – dalej też ZK.

26) stosunek do regulaminu; 27) nagrody/kary w zakładzie karnym; 28) wykonywanie poleceń; 29) opis zachowań szczegółowych; 30) sposób wykorzystywania wolnego czasu; 31) zachowanie na wolności w czasie przerw w odbywaniu kary; 32) rodzaj popełnionego przestępstwa; 33) okoliczności popełnienia przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu; 34) historia skazań (z wyłączeniem obecnego); 35) historia wcześniejszych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie; 36) zachowanie w czasie poprzednich pobytów w zakładach karnych.

I tak – jeżeli chodzi o grupy czynników przewidziane w pytaniach nr 16, 20 i 39, to są to – przynajmniej w części – odpowiedniki grup czynników przewidzianych w art. 77 § 1 k.k., zgodnie z którym: „Skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa”. We wskazanych wyżej pytaniach w sposób wyraźny wyróżniono wszakże: 1) okoliczności popełnienia przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu; 2) zachowanie w zakładzie karnym (wewnątrz) i zachowanie w zakładzie karnym (na zewnątrz, np. przepustki, praca poza ZK), jako odpowiednik „zachowania w czasie odbywania kary”; 3) warunki osobiste, oraz 4) właściwości osobiste; przy czym z tej ostatniej grupy wyodrębniono w osobne kategorie stan zdrowia fizycznego i psychicznego skazanego oraz jego uzależnienie od alkoholu, narkotyków itd.

Sposób życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa oraz (wyodrębniona z tej grupy w osobną kategorię) uprzednia karalność skazanego i stosowane wobec niego uprzednio środki probacyjne stanowią natomiast odpowiednik okoliczności „sposób życia przed popełnieniem przestępstwa” przewidzianej w poprzedniej wersji art. 77 § 1 k.k. Czynniki te zostały wyróżnione w pytaniach nr 16, 20 i 39 z trzech względów: 1) badający chcieli sprawdzić, czy pomimo zmian w przepisach są one wciąż brane pod uwagę przez sądy; 2) badający uznają je za ważne z perspektywy dokonania adekwatnej prognozy kryminologicznej²⁹; 3) badający uznają, że wciąż powinny być one uwzględniane przez sądy przy decydowaniu o udzieleniu (bądź nie) warunkowego przedterminowego zwolnienia.

To ostatnie stwierdzenie może, rzecz jasna, budzić pewne wątpliwości. Skoro bowiem zmieniono – jak już wyżej wskazano – pierwotne brzmienie art. 77 § 1 k.k.³⁰, które było następujące: „Skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, okoliczności

²⁹ Zob. A. Jaworska-Wieloch, *Odwolanie warunkowego zwolnienia*, Warszawa 2016, s. 224. Badający przyznają przy tym – oczywiście – rację S. Lelentalowi, że: „Ocena wartości prognostycznej tej przesłanki musi uwzględniać fakt, iż w skrajnych sytuacjach jest ona dokonywana po upływie zaledwie kilku miesięcy od daty wyroku skazującego albo co najmniej 25 lat w wypadku skazanych na karę pozbawienia wolności. W odniesieniu do konkretnych skazanych skala wartości prognostycznej sposobu ich życia musi być niesłychanie zróżnicowana, a wartość ta może być znaczna albo nie mieć żadnego znaczenia” (S. Lelental, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie [w:] Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, t. 6, red. M. Melezini, Warszawa 2016, s. 1179).

³⁰ Brzmienie to zmieniono w interesującym nas zakresie ustawą z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 240, poz. 1431).

jego popełnienia oraz zachowanie po popełnieniu przestępstwa i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, iż skazany po zwolnieniu będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa”, a zatem usunięto z analizowanego przepisu interesującą nas okoliczność sposobu życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa, to można by uznać, że uwzględnianie czynników takich, jak sposób życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa oraz jego uprzednia karalność i stosowane wobec niego uprzednio środki probacyjne, jest postępowaniem *contra legem*.

Podkreślenia wymaga jednak, że sprawa ta nie jest taka oczywista. Jak wskazuje S. Lelental: „W aktualnym stanie prawnym «sposób życia przed popełnieniem przestępstwa» nie jest wprawdzie samoistną i odrębną przesłanką, na podstawie której – zgodnie z treścią art. 77 § 1 KK powinna być formułowana wobec skazanego prognoza kryminologiczno-społeczna, to jednak musi być uwzględniona «(...) w ramach ogólnie określonej przesłanki «warunków i właściwości osobistych», o których mowa w tym przepisie, na którą składa się również aktualna jego postawa i efekty resocjalizacyjne w czasie odbywania kary pozbawienia wolności»”³¹. Co więcej – sposób życia skazanego przed popełnieniem przestępstwa może stanowić jeden z elementów służących ustaleniu postawy skazanego, o której aktualnie mowa w art. 77 § 1 k.k.; jak bowiem wskazuje W. Rodakiewicz: „Postawę skazanego jako okoliczność najbardziej ogólną należy postrzegać przez pryzmat jego zachowań poprzedzających popełnienie przestępstwa, jak też po jego popełnieniu. Z punktu widzenia prognozy kryminologicznej ocena postawy skazanego dotyczyć powinna tylko tego zachowania i postępowania, które nie wiąże się bezpośrednio z popełnionym przez niego czynem. Podstawa oceny tego elementu opierać się może przede wszystkim na wywiadzie środowiskowym, na przykład przez określenia: życzliwy stosunek do ludzi, gotowość do przychodzenia innym z pomocą, niekonfliktowe stosunku międzysąsiedzkie i dobre relacje społeczne”³².

Podkreślenia wymaga wreszcie, że ziszczenie się wszystkich ustawowych elementów pozwalających na zastosowanie warunkowego przedterminowego zwolnienia nie przesądza o konieczności skorzystania przez sąd z instytucji przewidzianej w art. 77 § 1 k.k. Instytucja ta ma charakter fakultatywny, wszak ustawodawca wyraźnie wskazuje, że pomimo spełnienia wszystkich ustawowych warunków (warunków można by rzec – minimalnych) sąd „tylko” może, a więc nie musi zadecydować o jej zastosowaniu³³. Należy się zatem zgodzić z A. Zollm, że: „Zbyt kateryczne jest stanowisko, że prognoza może być stawiana tylko w oparciu o wymienione przesłanki. W art. 77 § 1 wymienione zostały przesłanki prognostyczne, które muszą być uwzględnione, co nie oznacza, że inne nie mogą być brane pod uwagę”³⁴.

³¹ S. Lelental, *Warunkowe...* [w:] *Kary...*, t. 6, s. 1179.

³² W. Rodakiewicz, *Warunkowe zwolnienie młodocianych z reszty kary pozbawienia wolności*, Kolonia 2005, s. 150. Zob. też A. Jaworska-Wieloch, *Odwolanie...*, s. 95.

³³ Sformułowanie „sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy” oznacza, że sąd może orzec warunkowe przedterminowe zwolnienie wtedy tylko, gdy okoliczności wskazane w art. 77 § 1 k.k. za tym przemawiają. Fakt, że pomimo to, iż okoliczności wskazane w art. 77 § 1 k.k. przemawiają za warunkowym przedterminowym zwolnieniem, sąd nie musi, lecz „tylko” może orzec warunkowe przedterminowe zwolnienie, wyraźnie wskazuje przy tym, że wymogi przewidziane w art. 77 § 1 k.k. to wymogi minimalne, które muszą zostać spełnione w danej konkretnej sprawie, ale jednocześnie – nie wymogi jedyne.

³⁴ A. Zoll, *Komentarz do art. 77 k.k.* [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*. Tom I, Część II; *Komentarz do art. 53–116*, red. A. Zoll, wyd. V [online], Warszawa, 25.10.2018 r. (dostęp: 8.12.2018 r.). Dostępny

W konsekwencji – należy uznać, że również inne okoliczności (inne niż te wymienione w art. 77 § 1 k.k.), istotne z perspektywy dokonania adekwatnej prognozy kryminologicznej, mogą, a niektóre wręcz muszą być brane przez sąd pod uwagę przy decydowaniu o skorzystaniu (bądź nie) z instytucji przewidzianej w art. 77 § 1 k.k.

Szczegółowe czynniki mogące mieć wpływ na podjęcie decyzji w sprawie warunkowego przedterminowego zwolnienia, które pojawiły się w pytaniach nr 17, 21 i 40 zostały natomiast wyróżnione w oparciu o ustalenia zaprezentowane w tym zakresie w literaturze przedmiotu, w szczególności zaś w pracy A. Tobisa³⁵. Wszystkie te czynniki – według badających – mogą zostać wzięte pod uwagę przez sąd przy orzekaniu w sprawie możliwości skorzystania przez skazanego z instytucji przewidzianej w art. 77 § 1 k.k.³⁶

na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587712971/510411>, teza 9. Odmienne: G. Goniewicz, *Pozytywna prognoza kryminologiczna jako przesłanka stosowania środków probacyjnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017/4, s. 116–117; T. Kalisz, *Warunkowe...*, s. 180–181; J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 207; S. Lelental, *Warunkowe...* [w:] *Kary...*, t. 6, s. 1190. W kontekście sposobu życia przed popełnieniem przestępstwa G. Goniewicz twierdzi wręcz, że: „Badanie przez sąd dotychczasowego sposobu życia sprawcy jest uzasadnione w kontekście orzekania warunkowego umorzenia oraz warunkowego zawieszenia. Środki te stanowią bowiem bezpośrednią reakcję na przestępstwo. Tymczasem orzekanie o warunkowym zwolnieniu odbywa się już po odbyciu odpowiedniego *quantum* kary, co niejednokrotnie ma miejsce wiele lat po orzekaniu w przedmiocie odpowiedzialności karnej. Podobnie jak w przypadku celów kary – badanie pozytywnej prognozy kryminologicznej skazanego przez pryzmat jego życia przed popełnieniem przestępstwa mogłoby prowadzić do nadmiernej surowości przy rozpatrywaniu wniosków o udzielenie warunkowego zwolnienia. Co więcej, mogłoby to zniechęcić skazanych do podejmowania próby resocjalizacji, skoro niezależnie od poczynionych w tym zakresie postępów sąd penitencjarny miałby prawo odmówić im udzielenia warunkowego zwolnienia ze względu na negatywną ocenę jego wcześniejszego sposobu życia” (G. Goniewicz, *Pozytywna...*, s. 130).

³⁵ A. Tobis, *Podstawy faktyczne orzeczeń o warunkowych zwolnieniach (według opinii więziennych i akt procesu karnego)*, Poznań 1968, s. 190.

³⁶ Zob. w tym zakresie również § 37 ust. 2 (już nieobowiązującego) Zarządzenia Nr 2/04 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z 24.02.2004 r. w sprawie szczegółowych zasad prowadzenia i organizacji pracy penitencjarnej oraz zakresów czynności funkcjonariuszy i pracowników działów penitencjarnych i terapeutycznych (Dz.Urz.CZSW.2004.1.2), zgodnie z którym: „2. Czynniki rokującymi pozytywnie, które zwiększają prawdopodobieństwo, że skazany powróci do zakładu karnego w wyznaczonym terminie, będzie przestrzegał porządku prawnego w czasie pobytu poza zakładem oraz zrealizuje cele, dla których udzielono mu zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu, są w szczególności: 1) posiadanie przez skazanego stałego miejsca zamieszkania oraz wskazanie miejsca pobytu poza zakładem do którego zamierza się udać; 2) stwierdzenie istnienia w rodzinie skazanego lub u osoby bliskiej, u której będzie przebywał, warunków finansowych zapewniających skazanemu właściwy pobyt w ramach udzielonego zezwolenia; 3) posiadanie przez skazanego rodziny lub innej osoby bliskiej lub godnej zaufania oraz istnienie pomiędzy skazanym, a tymi osobami więzi emocjonalnej udokumentowanej i potwierdzonej przez stałe i serdeczne kontakty wzajemne; 4) brak konfliktów między skazanym a jego rodziną, o ile będzie u niej przebywał w czasie pobytu poza zakładem lub będzie ją odwiedzał; 5) brak w rodzinie skazanego, u której zamierza spędzić czas poza zakładem lub w bezpośrednim otoczeniu społecznym, przejawów patologii, takich jak: alkoholizm, uzależnienie od środków odurzających lub substancji psychotropowych, przestępczość; 6) stwierdzenie u skazanego brak uzależnień; 7) stwierdzenie brak zaburzeń osobowości u skazanego lub stwierdzone panowanie przez niego nad wcześniej wyrobionymi negatywnymi reakcjami nawykowymi na sytuację trudną; 8) w wypadku stwierdzenia u skazanego uzależnienia od alkoholu lub środków odurzających – przebyte leczenie odwykowe oraz stwierdzona motywacja do zachowania abstinencji; 9) pozytywna ocena wykonywania przez skazanego zadań wynikających z indywidualnego programu oddziaływań, o ile odbywa on karę w systemie programowanego oddziaływania; 10) brak przynależności do grup przestępczych; 11) brak związków ze środowiskiem przestępczym na wolności; 12) brak stwierdzonej systematyczności dokonywania przez skazanego przestępstw; 13) pozytywnie zakończony okres próby w trakcie korzystania przez skazanego z warunkowego przedterminowego zwolnienia podczas uprzednio odbywanych kar; 14) brak przypadku niepowrotu lub nieuzasadnionego spóźnienia skazanego w trakcie udzielanych mu zezwoleń na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub przerw w odbywaniu kary pozbawienia wolności. 3. Czynniki rokującymi negatywnie, które zwiększają prawdopodobieństwo niepowrotu skazanego do zakładu karnego lub nieterminowego powrotu albo też dokonania przez skazanego przestępstwa w trakcie pobytu poza zakładem, są w szczególności: 1) brak stałego miejsca zamieszkania; 2) niemożność wskazania przez skazanego miejsca, w którym będzie przebywał w trakcie pobytu poza zakładem; 3) nieposiadanie przez skazanego rodziny lub innej osoby bliskiej, u której mógłby spędzić czas w trakcie pobytu poza zakładem; 4) posiadanie rodziny, z którą skazany

Na koniec tej części pracy, należy jeszcze wskazać, że analizy poszczególnych regulacji prawnych dotyczących warunkowego przedterminowego zwolnienia (a także analizy czynników przewidzianych w art. 77 § 1 k.k., którą przeprowadzono powyżej) dokonano w oparciu o derywacyjną koncepcję wykładni prawa. Oczywiście nie jest to jedyna koncepcja wykładni tekstu prawnego wypracowana w polskiej nauce prawa (zob. chociażby tradycyjną koncepcję wykładni autorstwa E. Waśkowskiego; konstrukcyjną koncepcję wykładni autorstwa S. Frydmana; semantyczną intencjonalną koncepcję wykładni autorstwa J. Wróblewskiego; semantyczną ekstensjonalną koncepcję wykładni autorstwa J. Hertricha-Woleńskiego; prawniczą koncepcję interpretacji humanistycznej autorstwa L. Nowaka; komputacyjną koncepcję wykładni autorstwa F. Studnickiego; poziomową koncepcję wykładni autorstwa R. Sarkowicza czy argumentacyjną koncepcję wykładni L. Morawskiego). Niemniej to właśnie derywacyjna koncepcja wykładni – w przekonaniu autorów niniejszej pracy – najpełniej i zarazem najprecyzyjnie opisuje przebieg wykładni tekstu prawnego, a przy tym – jest koncepcją zintegrowaną z innymi koncepcjami wykładni, co również stanowiło istotny argument na rzecz jej wykorzystania³⁷.

3. Wyniki badania

W próbie znalazło się 507 (tj. ok. 93,8% wszystkich badanych) skazanych odbywających kary w zakładach karnych, 30 (tj. ok. 5,6% wszystkich badanych)

jest w konflikcie, a mimo to jest to jedyne możliwe miejsce jego pobytu poza zakładem; 5) posługiwanie się przez skazanego przemocą wobec członków rodziny; 6) występowanie w rodzinie skazanego, u osoby mu bliskiej, albo u samego skazanego alkoholizmu lub narkomanii, albo przestępczości; 7) brak zapewnienia skazanemu środków materialnych na czas pobytu poza zakładem; 8) stwierdzenie u skazanego braku motywacji do leczenia uzależnienia z powodu negacji potrzeby leczenia; 9) stwierdzenie u skazanego zaburzeń osobowości utrudniających wchodzenie przez niego w role społeczne pełnione w środowisku otwartym; 10) uprzednie przebywanie przez skazanego w zakładzie poprawczym; 11) uprzednia wielokrotna karalność; 12) silne związki skazanego ze środowiskiem przestępczym na wolności; 13) negatywna ocena wykonywania przez skazanego zadań określonych dla niego w indywidualnym programie oddziaływania, o ile odbywa on karę w systemie programowanego oddziaływania; 14) brak motywacji skazanego do odbywania kary w systemie programowanego oddziaływania; 15) fakt popełnienia przestępstwa w trakcie obecnie lub uprzednio odbywanej kary; 16) nieuzasadnione spóźnienie z otrzymanym zezwoleniem na czasowe opuszczenie zakładu karnego albo z otrzymanej przerwy w wykonywaniu kary pozbawienia wolności; 17) uprzednie odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia; 18) prowadzenie przez sąd postępowania przeciwko skazanemu w innej sprawie; 19) niedawne wystąpienie zmiany w sytuacji prawnej skazanego takie jak orzeczenie kolejnego wyroku przedłużającego pobyt skazanego w zakładzie; 20) fakt otrzymania bezpośrednio przed przewidywanym terminem wykorzystania przez skazanego zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego, odmownego postanowienia sądu *penitencjarnego* w przedmiocie udzielana skazanemu warunkowego zwolnienia lub przerwy w odbywaniu kary". Zgodnie natomiast z § 26 (obowiązującego) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 14.08.2003 r. w sprawie sposobów prowadzenia oddziaływań penitencjarnych w zakładach karnych i aresztach śledczych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1067): „Prognoza kryminologiczno-społeczna powinna zawierać w szczególności analizę czynników charakteryzujących: 1) środowisko rodzinne; 2) cechy osobowości wraz z uwzględnieniem stopnia samodyscypliny oraz skłonności do używania przemocy; 3) problem alkoholowy skazanego albo uzależnienie od środków odurzających lub substancji psychotropowych; 4) przebyte leczenie odwykowe, a także motywację do zachowania abstynencji; 5) drogę wykoślenia społecznego wraz z określeniem stopnia demoralizacji; 6) rodzaj przestępstwa, za które skazany odbywa karę; 7) zachowanie podczas uprzednio odbywanych kar, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu wykorzystywania zezwoleń na opuszczenia zakładu; 8) środowisko, w którym przebywać będzie skazany w trakcie korzystania z przepustki”. Zob. również G.B. Szczygiel, *Udział administracji zakładu karnego w postępowaniu w sprawach o warunkowe przedterminowe zwolnienie* [w:] *Skuteczność oddziaływań penitencjarnych*, red. M. Kuć, Lublin 2009, s. 264–265.

³⁷ Więcej na ten temat zob. w: M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 67 i n.; M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/3, s. 93 i n.; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 63–69. Zob. również K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawokarna*, Poznań 2018, s. 35.

odbywających je w systemie dozoru elektronicznego oraz 3 (tj. ok. 0,6% wszystkich badanych) tymczasowo aresztowanych przez taki czas, że natychmiast po skazaniu oraz zaliczeniu okresu aresztowania na poczet kary uzyskali oni prawo do ubiegania się o warunkowe przedterminowe zwolnienie.

Rodzaj zakładu karnego

Podział skazanych odbywających kary w zakładach karnych według rodzaju zakładu karnego³⁸ przedstawiono w tabeli 3.

Tabela 3 Podział skazanych według rodzaju zakładu karnego		
Rodzaj zakładu karnego, zakład dla:	Liczba przypadków	Procent
młodocianych	62	12,2
odbywających karę po raz pierwszy	321	63,3
recydywistów penitencjarnych	124	24,5
Ogółem	507	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – zdecydowana większość skazanych, wyrażnie ponad 60%, odbywała karę w zakładach dla odbywających ją po raz pierwszy, niemal jedna czwarta – w zakładach dla recydywistów penitencjarnych, a ponad 12% – w zakładach dla młodocianych. Wśród warunkowo przedterminowo zwolnionych przeważali więc skazani odbywający karę po raz pierwszy.

Typ zakładu karnego

Podział skazanych odbywających kary w zakładach karnych według typu zakładu karnego³⁹ ilustruje tabela 4.

Tabela 4 Podział skazanych według typu zakładu karnego		
Typ zakładu karnego, zakład typu:	Liczba przypadków	Procent
zamkniętego	75	14,8
półotwartego	292	57,6
otwartego	140	27,6
Ogółem	507	100

Źródło: opracowanie własne.

³⁸ Zgodnie z art. 69 k.k.w.: „Karę pozbawienia wolności wykonuje się, z zastrzeżeniem art. 87 § 4, w następujących rodzajach zakładów karnych: 1) zakładach karnych dla młodocianych; 2) zakładach karnych dla odbywających karę po raz pierwszy; 3) zakładach karnych dla recydywistów penitencjarnych; 4) zakładach karnych dla odbywających karę aresztu wojskowego”.

³⁹ Zgodnie z art. 70 § 1 k.k.w.: „Zakłady karne wymienione w art. 69 mogą być organizowane jako: 1) zakłady karne typu zamkniętego; 2) zakłady karne typu półotwartego; 3) zakłady karne typu otwartego”.

Najwięcej skazanych, bo ponad 57%, odbywało karę w zakładach typu półotwartego, wyraźnie ponad jedna czwarta – w zakładach karnych typu otwartego, a niecałe 15% – w zakładach karnych typu zamkniętego. Wśród warunkowo przedterminowo zwolnionych przeważali więc zdecydowanie skazani odbywający karę w zakładach typu półotwartego i otwartego (razem ok. 85%).

System wykonywania kary

Podział skazanych odbywających kary w zakładach karnych według systemu wykonywania kary⁴⁰ przedstawiono w tabeli 5.

Tabela 5 Podział skazanych według systemu wykonywania kary		
System wykonywania kary:	Liczba przypadków	Procent
programowego oddziaływania	434	85,6
terapeutyczny	6	1,2
zwykły	67	13,2
Ogółem	507	100

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej skazanych, bo ponad 85%, odbywało karę w systemie programowego oddziaływania, nieco ponad 13% – w systemie zwykłym, a tylko nieco ponad 1% – w systemie terapeutycznym. Wśród warunkowo przedterminowo zwolnionych przeważali więc zdecydowanie skazani odbywający karę w systemie programowego oddziaływania.

Trzy poprzednie elementy razem

Połączenie tych trzech elementów, tj. rodzaju i typu zakładu karnego oraz systemu wykonywania kary, przedstawiono w tabeli 6 – dla liczebności powyżej 10, w kolejności malejącej.

Tabela 6 Podział skazanych według rodzaju i typu zakładu karnego oraz systemu wykonywania kary		
Rodzaj i typ ZK, system wykonywania kary	Liczba przypadków	Procent
Po raz 1, półotwarty i programowe oddziaływanie	132	26,0
Po raz 1, otwarty i programowe oddziaływanie	123	24,3
Recydywa, półotwarty i programowe oddziaływanie	75	14,8
Młodociani, półotwarty i programowe oddziaływanie	41	8,1
Po raz 1, półotwarty i zwykły	27	5,3
Po raz 1, zamknięty i programowe oddziaływanie	20	3,9

⁴⁰ Zgodnie z art. 81 k.k.w.: „Karę pozbawienia wolności wykonuje się w systemie: 1) programowanego oddziaływania; 2) terapeutycznym; 3) zwykłym”.

Tabela 6 cd.

Podział skazanych według rodzaju i typu zakładu karnego oraz systemu wykonywania kary

Rodzaj i typ ZK, system wykonywania kary	Liczba przypadków	Procent
Recydywa, zamknięty i programowe oddziaływanie	18	3,6
Po raz 1, zamknięty i zwykły	16	3,2
Recydywa, półotwarty i zwykły	15	2,9
Młodociani, zamknięty i programowe oddziaływanie	11	2,2
Inne (liczebności poniżej 10)	29	5,7
Ogółem	507	100

Źródło: opracowanie własne.

Najwięcej warunkowo przedterminowo zwolnionych zaliczało się do dwóch pierwszych kategorii: byli to skazani odbywający kary w zakładach dla odbywających je po raz pierwszy, półotwartych bądź otwartych, w systemie programowego oddziaływania. Osoby te stanowiły razem ponad połowę odbywających kary w zakładach karnych.

Dwie kolejne kategorie to recydywiści w zakładach półotwartych poddani programowemu oddziaływaniu (niemal 15%) oraz młodociani – również w zakładach półotwartych, i też poddani programowemu oddziaływaniu (ponad 8%).

Płeć skazanych

W próbie znalazło się 494 mężczyzn (91%) i 46 kobiet (9%).

Wiek skazanych ilustruje tabela 7.

Tabela 7

Wiek skazanych (w chwili orzekania o WPZ)

Wiek skazanych w latach	Liczba przypadków	Procent
18–20	35	6,5
21–30	227	42,0
31–40	126	23,3
41–50	84	15,6
51–60	50	9,2
61–70	16	3,0
73	1	0,2
brak danych	1	0,2
Ogółem	540	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tej tabeli – najwięcej skazanych było w wieku do trzydziestu lat (48,5%). Kolejna grupa to osoby w wieku od 31 do 40 lat – niemal jedna czwarta. Następnie zaś udziały grup wiekowych malały wraz z wiekiem. Należy jednak pamiętać (por. „dobór próby”), że zdecydowano się przeanalizować sprawy wszystkich skazanych młodocianych, a w konsekwencji – przeanalizowano więcej dotyczących ich spraw niż to byłoby niezbędne.

Uprzednia karalność skazanych

Uprzednią karalność warunkowo przedterminowo zwolnionych (bez skazania albo skazań, z których odbywali kary, z których zostali następnie warunkowo przedterminowo zwolnieni) stwierdzono w odniesieniu do 288 osób (w 86 sprawach brakowało danych). Uprzednią karalność zaprezentowano w tabeli 8.

Tabela 8 Uprzednia karalność skazanych		
Uprzednia karalność	Liczba przypadków	Procent
niekarani	166	36,6
karani jednokrotnie	94	20,7
karani 2–3-krotnie	91	20,0
karani więcej niż trzykrotnie	60	13,2
recydywa – art. 64 § 1	40	8,8
recydywa – art. 64 § 2*	3	0,7
Ogółem	454	100

* Kategorie są rozłączne. Jeśli np. osoba karana dwa do trzykrotnie była recydywistą, uwzględniono ją tylko w kategorii „recydywa”.

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – osoby niekarane stanowiły mniej niż 40% „wszystkich” skazanych⁴¹. Zdecydowanie przeważali skazani uprzednio ukarani (raz albo więcej razy), do których nie miały zastosowania przepisy art. 64 k.k. – razem stanowili niemal 54%. Recydywiści, zwłaszcza z art. 64 § 1 k.k., stanowili poniżej jednej dziesiątej wszystkich skazanych.

Kara, w kontekście której orzeczono WPZ

Odnotowano długości kary albo kar pozbawienia wolności odbywanych przez osoby, które zostały z nich następnie warunkowo przedterminowo zwolnione. Zostało to przedstawione w tabeli 9⁴².

Tabela 9 Kara albo kary odbywane przez warunkowo zwolnionych		
Długość kary	Liczba przypadków	Procent
do 6 miesięcy	73	13,7
pow. 6 miesięcy do 1 roku	107	20,0
pow. 1 roku do 2 lat	162	30,2
pow. 2 do 3 lat	75	14,1

⁴¹ Chodzi – rzecz jasna – wyłącznie o tych skazanych, co do których ustalono ich uprzednią karalność/brak uprzedniej karalności.

⁴² W sześciu przypadkach brakowało danych.

Tabela 9 cd.

Kara albo kary odbywane przez warunkowo zwolnionych

Długość kary	Liczba przypadków	Procent
pow. 3 do 4 lat	50	9,4
pow. 4 do 5 lat	22	4,1
pow. 5 do 6 lat	14	2,6
pow. 6 do 7 lat	10	1,9
pow. 7 do 8 lat	3	0,5
pow. 8 do 9 lat	6	1,2
pow. 9 do 10 lat	5	0,9
pow. 10 do 11 lat	2	0,4
pow. 11 do 12 lat	1	0,2
pow. 12 do 13 lat	1	0,2
15 lat	2	0,4
18 lat	1	0,2
Ogółem	534	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – zdecydowanie najczęściej skazanych uzyskało warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kar do 2 lat pozbawienia wolności – niemal 64%. Następną grupą, to osoby, które miały odbyć kary od powyżej dwóch do 5 lat – niemal 28%. Ogólnie, liczebności skazanych wraz ze wzrostem długości kary albo kar do odbycia gwałtownie malały.

Skazanie, w kontekście którego orzeczono WPZ

Tabela 10

Czyn zabroniony, którego dopuścił się sprawca, wobec którego orzeczono później WPZ

Artykuł (k.k.)	Liczba przypadków	Procent
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	75	13,9
280 § 1 (rozbój)	72	13,3
278 § 1 (kradzież)	46	8,5
209 § 1 (niealimentacja)	34	6,3
244 (niewykonanie orzeczonego środka)	31	5,7
286 § 1 (oszustwo)	31	5,7
178a § 1 (prow. poj. w stanie nietrz.)	29	5,4
178a § 4 (jw. recydywa)	22	4,1
207 § 1 (znęcanie się)	22	4,1
178a § 2 (prow. poj. – rower)	18	3,3
288 § 1 (niszczenie lub uszkodzenie mienia)	15	2,8
158 § 1 (udział w bójce lub pobiciu)	11	2,0
Inne	134	24,9
Ogółem	540	100

Źródło: opracowanie własne.

Odnotowano jeden „główny” przepis Kodeksu karnego albo innej ustawy karnej, który stanowił podstawę skazania sprawcy, wobec którego orzeczono później warunkowo przedterminowe zwolnienie. Wyniki, dla liczebności powyżej 10, przedstawiono w kolejności malejącej w tabeli 10.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – stosunkowo najliczniej byli reprezentowani sprawcy kradzieży, kradzieży z włamaniem i rozboju – razem 35,7%. Dość częsta była też niealimentacja, niewykonanie orzeczonego środka karnego i oszustwo. Znaczący jest udział prowadzących pojazd w stanie nietrzeźwości – nieomal 13%, zwłaszcza że można do tego dodać powyżej 5%, tj. tych, którzy nie wykonywali orzeczonego środka karnego, ponieważ chodziło na ogół o zakaz prowadzenia pojazdów.

Inne czyny zabronione były nieliczne: najczęściej było ich tylko 1–2. Pewnym wyjątkiem jest kwalifikowana postać rozboju – 9 przypadków (1,7%); spowodowanie „średniego” uszczerbku na zdrowiu – 6 przypadków (1,1%); oraz czyny określone w art. 294 § 1 (przestępstwa przeciwko mieniu znacznej wartości lub dobru o szczególnym znaczeniu dla kultury) – 5 przypadków (0,9%).

Wcześniejsze warunkowe zawieszenie wykonania kary

Odnotowano też, czy osoby warunkowo przedterminowo zwolnione zostały wcześniej skazane na kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania oraz czy zarządzono następnie wykonanie tych kar. Jest to ważne, gdyż wynik takiego poddania sprawcy próbie powinien być brany pod uwagę m.in. przy stosowaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Uwzględniono do pięciu takich kar, w kolejności od orzeczonej najpóźniej.

Wyniki zaprezentowano w tabeli 11. W tabeli nie uwzględniono przypadków braku informacji (128) oraz przypadków, w których nie orzeczono wcześniej kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (również 128) – razem jest to 47% wszystkich spraw. Przedstawione dane dotyczą zatem 53% wszystkich spraw.

Tabela 11 Wcześniejsze warunkowe zawieszenie wykonania kary					
Wcześniejsze WZWK	(a) najnowsze	(b)	(c)	(d)	(e) najstarsze
było – sukces	21	10	7	3	1
było – brak sukcesu	263	103	45	13	4
Ogółem	284	113	52	16	5
Współczynnik*	0,038	0,09	0,15	0,23	0,25

* Sukces/brak sukcesu⁴³.

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli, współczynnik – sprawy, w których nie doszło do zarządzania wykonania kary do tych, w których doszło

⁴³ Sukces – nie zarządzono wykonania kary; brak sukcesu – zarządzono wykonanie kary.

do zarządzenia jej wykonania – jest zawsze bardzo niski. Co ciekawsze, maleje on wraz z upływem czasu, tj. im skazanie późniejsze, tym współczynnik niższy.

Jak z tego wynika, osoby warunkowo przedterminowo zwolnione, jeśli były wcześniej poddawane próbie w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary, właściwie tylko wyjątkowo próbę tę przechodziły zwycięsko.

Wcześniejsze warunkowe przedterminowe zwolnienie

Sprawdzono, czy osoby warunkowo przedterminowo zwolnione, w sprawach będących przedmiotem niniejszego badania, były już wcześniej w taki sposób zwalniane i czy takie zwolnienia odwoływano. Okoliczność ta jest ważna, gdyż rezultaty takich zwolnień powinny być brane pod uwagę przy zwolnieniu późniejszym, objętym badaniem. Także tu uwzględniono do pięciu takich zwolnień, w kolejności od najpóźniejszego.

Wyniki ilustruje tabela 12. W tabeli nie uwzględniono przypadków braku informacji (132) oraz przypadków, w których nie orzeczono uprzednio warunkowego przedterminowego zwolnienia (333) – razem jest to nieco ponad 86% wszystkich przypadków. Przedstawione dane dotyczą zatem tylko ok. 14% wszystkich spraw.

Tabela 12 Wcześniejsze warunkowe przedterminowe zwolnienie					
Wcześniejsze WPZ	(a) najnowsze	(b)	(c)	(d)	(e) najstarsze
było – sukces	40	17	8	6	2
było – brak sukcesu	34	13	5	4	2
Ogółem	74	30	13	10	4
Współczynnik*	1,18	1,30	1,60	1,50	1,00

* Sukces/brak sukcesu⁴⁴.

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli, współczynnik – sprawy, w których nie odwołano WPZ do spraw, w których takie zwolnienie odwołano – jest niemal zawsze większy niż 1 (w jednym przypadku równy 1). Ten wskaźnik „przejścia próby” jest więc tu zdecydowanie korzystniejszy – chociaż niewielkie liczebności nakazują ostrożność w interpretacji takiego wyniku. Niemniej, należy stwierdzić, że wcześniejsze warunkowe przedterminowe zwolnienia kończyły się częściej sukcesem niż porażką.

Wcześniejszy nieskuteczny wniosek o WPZ

Przypadki, w których skazany złożył już (przed zwolnieniem objętym badaniem), co najmniej jeden raz, wniosek o warunkowe przedterminowe zwolnienie i zwolnienia tego nie uzyskał, są względnie nieliczne. Jednokrotnie taki wniosek złożyło

⁴⁴ Sukces – nie odwołano warunkowego przedterminowego zwolnienia; brak sukcesu – odwołano warunkowe przedterminowe zwolnienie.

59 skazanych, tj. niemal 11% wszystkich skazanych, więcej niż raz – 36 skazanych, tj. 6,7% wszystkich skazanych. Razem stanowi to 96 przypadków, tj. 17,6% wszystkich. Należy dodać, że nie jest pewne, czy informacje o takich wcześniejszych wnioskach zamieszczano w aktach sprawy zawsze. Być może więc wniosków takich było w rzeczywistości dużo więcej.

Wcześniejsze odwołanie WPZ

Sprawdzono, czy podczas odbywania objętej badaniem kary/kar skazany uzyskał już uprzednio warunkowe przedterminowe zwolnienie i czy zostało ono następnie odwołane. Było tak – jednokrotnie – w 8 sprawach (1,5% wszystkich), a więcej niż jednokrotnie – w dwóch sprawach (0,4% wszystkich).

Autor wniosku o WPZ

Odnotowano, kto złożył objęte badaniem wnioski. Zostało to przedstawione, w kolejności malejącej, w tabeli 13.

Tabela 13 Osoby składające wnioski o warunkowe przedterminowe zwolnienie		
Wniosek złożył:	Liczba przypadków	Procent
dyrektor zakładu karnego	286	53,0
skazany	228	42,2
obrońca skazanego	19	3,5
zarówno dyrektor ZK, jak i skazany	5	0,9
kurator	2	0,4
Ogółem	540	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – najczęściej wniosek składał dyrektor zakładu karnego: niemal 54% wszystkich przypadków (w tym wraz ze skazanym). Można to wytłumaczyć faktem zbadania tylko tych spraw, które zakończyły się udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia. Wniosek dyrektora musiał mieć, w opinii sądów, większe znaczenie niż wniosek samego skazanego, który udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia był zawsze – w oczywisty sposób – osobiście zainteresowany.

Drugą – pod względem udziału – grupą wniosków były wnioski skazanych – ponad 43% (w tym wraz z dyrektorem). Jest to naturalne, gdyż to przede wszystkim skazani są zainteresowani składaniem takich wniosków. Wnioski obrońców były nieliczne, co – oczywiście – wynika z niewielkich w praktyce możliwości skorzystania przez skazanych z usług adwokatów.

Kuratorzy złożyli wnioski w odniesieniu do skazanych odbywających kary w systemie dozoru elektronicznego.

W kontekście złożonych wniosków o WPZ odnotowano grupy okoliczności przemawiających – zdaniem autora wniosku – za bądź przeciw udzieleniu warunkowego

przedterminowego zwolnienia, jak również uwzględnionych we wniosku, lecz potraktowanych jako obojętne lub przemawiające pod pewnymi względami za, pod innymi zaś przeciw udzieleniu zwolnienia, i uczyniono to zarówno dla wniosków skazanych oraz ich obrońców, jak i dla wniosków/opinii dyrektorów zakładów karnych. W taki sam sposób potraktowano także uzasadnienia postanowień sądów o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Oczywiście – dla każdej sprawy zaznaczano kilka grup okoliczności, stosownie do treści wniosku, opinii lub uzasadnienia.

Uzasadnienia wniosków skazanych i ich obrońców

Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, uwzględnione we wnioskach skazanych i ich obrońców, zaprezentowano w tabeli 14.

Tabela 14 Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem WPZ – wnioski skazanych i ich obrońców		
Grupa okoliczności	Liczba przypadków	Procent
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	7	1,3
Sposób życia przed ZK	22	4,1
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	6	1,1
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	146	27,3
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	33	6,2
Warunki osobiste	87	16,3
Właściwości osobiste	11	2,0
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	20	3,7
Alkohol, narkotyki	25	4,7
Postawa	178	33,3
Ogółem	535	100

Źródło: opracowanie własne.

Najczęściej (równo jedna trzecia wszystkich przypadków) powoływano się na ogólne nastawienie skazanego, chęć ułożenia sobie życia (postawa), co można interpretować jako twierdzenie, że kara odniosła swój skutek, skazany zaś uległ poprawie.

Kolejna okoliczność, to zachowanie w zakładzie karnym – ponad 27% wszystkich przypadków.

Znaczące jest również dość częste wskazywanie perspektyw funkcjonowania skazanego po ewentualnym zwolnieniu (praca, miejsce zamieszkania, pomoc rodziny; warunki osobiste) – ponad 16% wszystkich przypadków.

Charakterystyczne jest rzadkie przywoływanie historii uprzednich skazań oraz zastosowanych uprzednio środków związanych z poddaniem sprawcy próbie – zaledwie nieco ponad 1% wszystkich przypadków. Może to wynikać z faktu, że okoliczności te nieczęsto przemawiały za skazanymi (por. tabele 8, 11 i 12).

Grupy okoliczności przemawiających przeciwko udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz okoliczności obojętnych, uwzględnione we wnioskach skazanych i ich obrońców, przedstawiono w tabeli 15.

Tabela 15 Grupy okoliczności przemawiających przeciw udzieleniu WPZ oraz okoliczności obojętnych – wnioski skazanych i ich obrońców		
Grupa okoliczności	przeciw WPZ (liczba)	obojętnych (liczba)
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	1	2
Sposób życia przed ZK	3	1
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	0	1
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	0	1
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	0	0
Warunki osobiste	0	1
Właściwości osobiste	0	0
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	1	0
Alkohol, narkotyki	0	1
Postawa	0	0
Ogółem	5	7

Źródło: opracowanie własne.

Jak z tego wynika, we wnioskach o udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia autorstwa osób zainteresowanych, tj. skazanych i ich obrońców, wskazywano bardzo rzadko okoliczności przemawiające przeciwko zwolnieniu albo pod tym względem obojętne (odpowiednio zaledwie 5 i 7 przypadków). Zazwyczaj czyniono to w formie: wprowadzie (okoliczność nieprzemawiająca za wnioskiem), to jednak (okoliczność przemawiająca za wnioskiem). Jest to dość oczywiste, jednak dane zostały przytoczone z uwagi na założenie jednolitego prezentowania wszystkich wniosków, opinii i postanowień.

Liczba zaznaczonych kategorii

Liczbę szczegółowych czynników uwzględnionych we wnioskach skazanych i ich obrońców przedstawiono w zestawieniu 1.

Zestawienie 1

Liczba szczegółowych czynników uwzględnionych we wnioskach skazanych i ich obrońców

Zero	17
od 1 do 5	186
od 6 do 8	35
od 9 do 13	9
Ogółem	247

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z zestawienia – we wnioskach skazanych i ich obrońców zdecydowanie najczęściej uwzględniano małe liczby czynników (np. od 1 do 5 czynników

uwzględniono w ponad trzech czwartych przypadków), w tym nawet zerową liczbę czynników (brak uzasadnienia wniosku). Liczba uwzględnionych elementów w żadnym przypadku nie przekroczyła 13.

Kierunek opinii dyrektora ZK

Dyrektorzy zakładów karnych najczęściej – w 322 przypadkach (63% wszystkich) – opowiadali się w swoich opiniach/wnioskach za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, natomiast w 163 przypadkach (32% wszystkich) byli przeciwko. W 25 przypadkach (ok. 5% wszystkich) nie zajęli stanowiska, wskazując, że pewne okoliczności przemawiają za uwzględnieniem wniosku, inne zaś nie.

Uzasadnienia wniosków/opinii dyrektorów ZK

Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, uwzględnione we wnioskach/opiniach dyrektorów zakładów karnych ilustruje tabela 16.

Tabela 16 Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem WPZ – wnioski dyrektorów zakładów karnych		
Grupa okoliczności	Liczba przypadków	Procent
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	16	1,0
Sposób życia przed ZK	112	7,1
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	22	1,4
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	409	26,0
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	205	13,0
Warunki osobiste	273	17,4
Właściwości osobiste	115	7,3
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	12	0,8
Alkohol, narkotyki	125	8,0
Postawa	283	18,0
Ogółem	1572	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak z tego wynika, zdecydowanie najczęściej dyrektorzy ZK uwzględniali zachowanie skazanego w zakładzie karnym – ponad jedna czwarta wszystkich przypadków; w następnej kolejności postawę skazanego – 18% wszystkich przypadków oraz jego warunki osobiste – ponad 17% wszystkich przypadków, jak również zachowanie skazanego podczas pobytów poza zakładem karnym (przerwy w odbywaniu kary, przepustki, praca na zewnątrz) – 13% wszystkich przypadków. Należy zauważyć, że to ostatnie było ograniczone tym, że przecież nie zawsze skazani przebywali poza zakładami karnymi – jeśli zaś tak było, to było to uwzględniane. Można zatem stwierdzić, że podstawową kategorią oceny skazanego było jego zachowanie, czy to w zakładzie czy poza nim, zaś następną w kolejności – ogólna ocena jego nastawienia, jak również jego możliwości i perspektywy po ewentualnym zwolnieniu.

Dość liczne kategorie to także kwestia używania alkoholu i środków odurzających – 8%, właściwości osobiste skazanego – ponad 7%, oraz zachowanie przed osadzeniem w zakładzie karnym – też ponad 7%.

Najbardziej znaczącym brakiem jest historia wcześniejszych skazań i wcześniejszego stosowania wobec skazanego środków probacyjnych, a przecież ma ona istotne znaczenie, jeśli chodzi o kwalifikowanie się osoby do warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Grupy okoliczności przemawiających przeciw udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz okoliczności obojętnych, uwzględnione we wnioskach dyrektorów zakładów karnych przedstawiono w tabeli 17.

Tabela 17 Grupy okoliczności przemawiających przeciw udzieleniu WPZ oraz okoliczności obojętnych – wnioski dyrektorów zakładów karnych		
Grupa okoliczności	przeciw WPZ (liczba)	obojętnych (liczba)
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	104	11
Sposób życia przed ZK	81	174
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	130	24
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	7	75
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	11	38
Warunki osobiste	19	40
Właściwości osobiste	22	21
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	6	50
Alkohol, narkotyki	71	126
Postawa	16	31
Ogółem	467	590

Źródło: opracowanie własne.

Wśród czynników przemawiających – zdaniem dyrektorów ZK – przeciwko udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia dominują wcześniejsze skazania i zakończone niepowodzeniem środki probacyjne – niemal 28% wszystkich przypadków oraz okoliczności przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu – ponad 22% wszystkich przypadków. Inne znaczące kategorie to zachowanie przed osadzeniem w zakładzie karnym – ponad 17% wszystkich przypadków; oraz kwestia używania alkoholu i środków odurzających – ponad 15% wszystkich przypadków.

Liczba zaznaczonych kategorii

Liczbę szczegółowych czynników uwzględnionych we wnioskach/opiniach dyrektorów zakładów karnych przedstawiono w zestawieniu 2.

Zestawienie 2

Liczba szczegółowych czynników uwzględnionych we wnioskach dyrektorów zakładów karnych

od 1 do 8	40
od 9 do 20	447
od 21 do 27	23
Ogółem	510

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z tego zestawienia, we wnioskach/opiniach dyrektorów zakładów karnych zdecydowanie najczęściej uwzględniano od 9 do 20 szczegółowych czynników. Rzadkie więc były przypadki brania pod uwagę niewielkiej liczby czynników, do 7–8% wniosków/opinii, jak również większej ich liczby, pow. 20 do 27 – zaledwie 4,5% wniosków/opinii.

Opinia dyrektora ZK: wyraźna ocena czynników

Badający oceniali, czy w opiniach dyrektorów zakładów karnych w sposób wyraźny wskazywano, które okoliczności przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, a które nie. Według tej oceny w 421 (ponad 83% tak ocenionych) sprawach uznano, że tak, natomiast w 89 (niemal 17%), że nie.

Opinia dyrektora: wyraźne wskazanie i uzasadnienie pozytywnej/negatywnej prognozy

Podobnie badający oceniali, czy w opiniach dyrektorów zakładów karnych w sposób jednoznaczny wskazano, dlaczego należy ostatecznie przyjąć pozytywną/negatywną prognozę kryminologiczną. Według tej oceny w 394 (ponad 77% tak ocenionych) sprawach tak uczyniono, natomiast w 116 (niemal 23%) – tak nie uczyniono.

Propozycja dozoru/obowiązków

Odnotowano, czy dyrektor zakładu karnego, w swojej opinii/wniosku, proponował, na wypadek udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia, zastosowanie dozoru kuratora lub nałożenie na zwolnionego obowiązków. Zostało to zilustrowane w tabeli 18.

Tabela 18 Propozycje dyrektora zakładu karnego		
Dyrektor zaproponował:	Liczba przypadków	Procent
dozór kuratora	8	1,6
dozór innego podmiotu	0	0,0
obowiązki – art. 72 § 1 k.k.	118	23,1
obowiązki – art. 72 § 2 k.k.	3	0,6
dozór kuratora oraz art. 72 § 1 k.k.	162	31,8
obowiązki – art. 72 § 1 i 2	2	0,4
dozór kuratora oraz art. 72 § 1 i 2 k.k.	2	0,4
brak takiej propozycji	215	42,1
Ogółem	510	100

Źródło: opracowanie własne.

Zdecydowanie najczęściej dyrektorzy zakładów proponowali więc zastosowanie dozoru kuratora wraz z nałożeniem obowiązków określonych w art. 72 § 1 k.k. – niemal w jednej trzeciej przypadków. Same takie obowiązki zalecono w ponad 23% spraw. Najczęściej jednak – w ponad 42% przypadków – nie proponowano niczego.

Akta spraw karnych

W zaledwie 122 sprawach, tj. w ok. 22,6% wszystkich spraw, sąd, orzekając w kwestii warunkowego przedterminowego zwolnienia, korzystał z akt spraw karnych skazanego, a przynajmniej tylko w takiej liczbie spraw wprost wynikało to z analizowanych akt.

Wysłuchano/wzięto pod uwagę

Odnotowano, kto (poza skazanym) uczestniczył (i został wysłuchany) w posiedzeniu sądu w sprawie warunkowego przedterminowego zwolnienia. Mogli to być: przedstawiciel zakładu karnego, kurator, prokurator i biegły. Wynik zaprezentowano w tabeli 19.

Tabela 19 Udział przedstawicieli ZK, kuratorów, prokuratorów i biegłych w posiedzeniach w sprawach o WPZ		
W posiedzeniu uczestniczył:	Liczba przypadków	Procent
Tylko przedstawiciel zakładu karnego	2	0,4
Tylko prokurator	27	5,0
przedstawiciel zakładu karnego i prokurator	498	92,1
przedstawiciel zakładu karnego i biegły	1	0,2
Kurator i prokurator	7	1,3
Prokurator i biegły	1	0,2
przedstawiciel zakładu karnego, prokurator i biegły	4	0,8
Ogółem	540	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli – regułą jest udział w posiedzeniu przedstawiciela zakładu karnego i prokuratora – było tak w ponad 92% spraw.

Opinia przedstawiciela ZK

Przedstawiciel zakładu karnego opowiedział się za udzieleniem zwolnienia w 376 sprawach (tj. w trzech czwartych spraw, w których się wypowiedział), przeciwko – w 105 sprawach (ponad jedna piąta takich spraw), natomiast w 21 sprawach (ponad 4%) pozostawił tę kwestię do uznania sądu.

Opinia kuratora

Kurator sądowy opowiedział się za udzieleniem zwolnienia w 7 sprawach (tj. we wszystkich, w których uczestniczył).

Opinia prokuratora

Prokurator opowiedział się za udzieleniem zwolnienia w 437 sprawach, tj. w ponad 81% wszystkich spraw, w których się wypowiedział, przeciwko – w 31 sprawach, tj. w niemal 6% spraw, natomiast w 69 sprawach, tj. w ponad 12% spraw, pozostawił tę kwestię do uznania sądu.

Prokuratorzy popierali więc (albo „nie sprzeciwiali się”) orzeczeniu warunkowego przedterminowego zwolnienia częściej niż przedstawiciele zakładów karnych – ponad 81% wobec 75% przedstawicieli ZK.

Opinia biegłego

Żaden biegły (było ich sześciu, w tym psychiatra i dwóch psychologów) nie opowiedział się ani za, ani przeciw udzieleniu zwolnienia.

Wywiad środowiskowy

Do akt 323 spraw, tj. ok. 60% spraw, włączono wywiady środowiskowe. Wśród nich było 109, tj. 33,7% wszystkich pozytywnych, 54, tj. 16,7% wszystkich negatywnych oraz 160, tj. niemal połowa wszystkich neutralnych.

Okres próby

W postanowieniach o warunkowym przedterminowym zwolnieniu sądy wyznaczały okresy próby bądź dwuletni – 507 przypadków, tj. niemal 94% wszystkich, bądź trzyletni – 24 przypadki, tj. 4,4% wszystkich. W pozostałych 9 sprawach zastosowano różne okresy próby w różnych wymiarach.

Dozór kuratora

Dozór kuratora sądowego zastosowano w 523 postanowieniach, tj. w niemal 97% wszystkich.

Dozór innego podmiotu

Dozór innego podmiotu zastosowano w 7 postanowieniach, tj. w 1,3% wszystkich.

Regułą jest zatem stosowanie dozoru kuratora sądowego, wyjątkiem zaś innego podmiotu.

Dozoru nie zastosowano w ogóle w 10 sprawach (tj. w 1,7% wszystkich).

Obowiązki

W aż 504 postanowieniach, tj. w 93,3% wszystkich, nałożono obowiązki określone w art. 72 § 1 k.k., natomiast w 14, tj. w 2,6% wszystkich, obowiązki określone zarówno w § 1, jak i w § 2 tego artykułu.

W pozostałych sprawach żadnych obowiązków nie nałożono.

Uzasadnienia postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu

Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, uwzględnione w uzasadnieniach postanowień sądów, przedstawiono w tabeli 20.

Tabela 20

Grupy okoliczności przemawiających za udzieleniem WPZ – uzasadnienia postanowień o WPZ

Grupa okoliczności	Liczba przypadków	Procent
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	11	0,8
Sposób życia przed ZK	60	4,4
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	22	1,6
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	483	35,5
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	165	12,1
Warunki osobiste	186	13,6
Właściwości osobiste	58	4,2
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	7	0,5
Alkohol, narkotyki	78	5,7
Postawa	295	21,6
Ogółem	1365	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z przedstawionych powyżej danych, zdecydowanie najczęściej sądy, podobnie jak dyrektorzy zakładów karnych, a nawet nieco częściej uwzględniali zachowanie skazanego w zakładzie karnym (wewnątrz) – 35,5% wszystkich przypadków (wobec ok. 26% w przypadku wniosków/opinii dyrektorów ZK); w następnej kolejności, także podobnie do dyrektorów zakładów karnych, postawę skazanego – 21,6% wszystkich przypadków (wobec 18% w przypadku wniosków/opinii dyrektorów ZK) oraz jego warunki osobiste – poniżej 14% wszystkich przypadków (wobec ponad 17% w przypadku wniosków/opinii dyrektorów ZK), jak również zachowanie podczas pobytów poza zakładem karnym (przerwy w odbywaniu kary, przepustki, praca na zewnątrz) – ponad 12% wszystkich przypadków (wobec 13% w przypadku wniosków/opinii dyrektorów ZK). Należy tu również zauważyć, że to ostatnie było ograniczone tym, iż przecież nie zawsze skazani przebywali poza zakładami karnymi – jeśli zaś tak było, to było to uwzględniane. Można zatem stwierdzić, że jeśli chodzi o sądy, to – podobnie jak w przypadku dyrektorów zakładów karnych – podstawową kategorią oceny skazanego było jego zachowanie, czy to w zakładzie czy poza nim, zaś następną w kolejności – jego postawa, jak również jego warunki osobiste. Dość liczne kategorie to także kwestia używania alkoholu i środków odurzających – 5,7% (dyrektorzy ZK – 8%); sposób życia przed osadzeniem w zakładzie karnym – 4,4% (dyrektorzy ZK – ponad 7%) oraz właściwości osobiste skazanego – 4,2% (dyrektorzy ZK ponad 7%).

Również w przypadku sądów, najbardziej znaczącym brakiem jest historia wcześniejszych skazań i wcześniejszego stosowania wobec skazanego środków probacyjnych, a przecież, jak już wspomniano, ma ona istotne znaczenie, jeśli chodzi o kwalifikowanie się osoby do warunkowego przedterminowego zwolnienia.

Grupy okoliczności przemawiających przeciwko udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz okoliczności obojętne, uwzględnione w uzasadnieniach postanowień, zaprezentowano w tabeli 21.

Tabela 21

Grupy okoliczności przemawiających przeciw udzieleniu WPZ oraz okoliczności obojętnych – uzasadnienia postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu

Grupa okoliczności	przeciw WPZ (liczba)	obojętnych (liczba)
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	12	11
Sposób życia przed ZK	13	5
Upřednia karalność i upřednio stos. śr. probacyjne	22	8
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	0	14
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	0	0
Warunki osobiste	0	0
Właściwości osobiste	0	3
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	1	7
Alkohol, narkotyki	6	51
Postawa	1	4
Ogółem	55	103

Źródło: opracowanie własne.

Jak z tego wynika, sądy rzadko powoływały się na okoliczności przemawiające przeciwko warunkowemu przedterminowemu zwolnieniu. Jest to – w pewnym sensie – naturalne w postanowieniach o udzieleniu WPZ. Brak jednak – co najmniej – wzmianki na temat tego, że pewne okoliczności wprawdzie przemawiają przeciwko zwolnieniu (albo są obojętne), jednak tracą na znaczeniu w obliczu innych okoliczności. Świadczy to o lakoniczności uzasadnień.

Liczba zaznaczonych kategorii

Liczbę szczegółowych czynników przemawiających za udzieleniem WPZ bądź przeciwko udzieleniu WPZ, uwzględnionych w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu, przedstawiono w zestawieniu 3.

Zestawienie 3

Liczba szczegółowych czynników uwzględnionych w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu

od 0 do 6	255
od 7 do 12	256
od 13 do 24	26
braki danych	3
Ogółem	540

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z tego zestawienia, w uzasadnieniach postanowień zdecydowanie najczęściej uwzględniano małe lub bardzo małe liczby czynników – czynniki w liczbie od 0 do 6 pojawiły się 255 razy (ok. 47% spraw), a czynniki w liczbie od 7 do 12 – 256 razy (również ok. 47% spraw). Więcej czynników uwzględniono tylko w niecałych 8% przypadków. Także to świadczy o lakoniczności uzasadnień postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu.

Sąd: wyraźna ocena czynników

Badający oceniali, czy w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu wskazano wyraźnie, które okoliczności przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, a które nie. Według tej oceny, w 342 sprawach (powyżej 63% tak ocenionych) uznano, że tak, natomiast w 195 (powyżej 36%), że nie⁴⁵.

Sąd: wyraźne wskazanie i uzasadnienie, dlaczego należy udzielić WPZ

Podobnie, badający oceniali, czy w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu w sposób jednoznaczny wskazano, dlaczego należy ostatecznie udzielić WPZ. Według tej oceny, w 371 sprawach (niemal 69% tak ocenionych) uznano, że tak, natomiast w 166 (niemal 31%), że nie⁴⁶.

Zażalenie

Zażalenie na postanowienie o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia złożono w 10 sprawach, tj. w 1,85% wszystkich. W jednej sprawie zażalenie na odmowę WPZ wniósł skazany, który w rezultacie został warunkowo zwolniony.

Odwołanie WPZ

Warunkowe przedterminowe zwolnienie odwołano w okresie próby (lub w ciągu następujących 6 miesięcy) w 129 przypadkach, tj. w 23,9% wszystkich.

Należy jednak dodać, że w 75 sprawach brakowało danych (są to w zasadzie sprawy, do których nie dołączono teczek dozoru kuratora – 92, liczba ta zaś jest mniejsza o te, w których pomimo to znalazły się stosowne informacje – 17). Jeśli odnieść owe 129 przypadków odwołania WPZ do liczby spraw, w których były dane, tj. 465, wówczas otrzymujemy 27,7%. W tym ujęciu odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia miało zatem miejsce w znacznie ponad jednej czwartej przypadków.

Wszczęcie postępowania w przedmiocie odwołania WPZ

W 14 sprawach, tj. w 2,6% wszystkich spraw, wszczęto postępowanie w przedmiocie odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia, jednak do odwołania nie doszło.

Wniosek o odwołanie

W przeważającej większości spraw – w 113, tj. w niemal 87,6% tych, w których WPZ odwołano, orzeczenie takie zapadło na wniosek kuratora sądowego; w 15 sprawach zaś, tj. w niemal 11,6% spraw, z urzędu⁴⁷.

⁴⁵ W trzech przypadkach brakowało danych.

⁴⁶ W trzech przypadkach brakowało danych.

⁴⁷ W jednym przypadku brakowało danych.

Moment odwołania WPZ

W przeważającej większości spraw, w których WPZ odwołano, orzeczenie takie zapadło w okresie próby, a tylko w 7 przypadkach, tj. w 5,5% wszystkich, w ciągu sześciu następnych miesięcy.

Dodajmy przy tym, że w jednej sprawie warunkowo przedterminowo zwolniony w okresie próby dopuścił się przestępstwa z ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Nie zdążono jednak w okresie próby i 6 miesięcy po nim odwołać WPZ. Za późno dotarła informacja o skazaniu (2 dni po terminie).

Odwołanie WPZ z uwagi na nowe przestępstwo

W 78 sprawach, tj. w ponad 60% tych, w których warunkowo przedterminowe zwolnienie odwołano, orzeczenie takie zapadło w następstwie popełnienia przez skazanego nowego przestępstwa. Odnotowano, jakie to były przestępstwa, co zostało przedstawione w tabeli 22 – w której uwzględniono liczebności większe niż 1, w kolejności malejącej.

Tabela 22 Przestępstwa, wskutek popełnienia których odwoływano WPZ		
Przestępstwo, art. k.k.:	Liczba przypadków	Procent
278 § 1 (kradzież)	9	11,5
178a § 1 (prow. pojazdu w stanie nietrzeźwości/odurzenia)	6	7,7
244 (niewykonanie orzeczonego środka)	6	7,7
178a § 4 (prow. pojazdu w stanie nietrzeźwości/odurzenia)	5	6,4
279 § 1 (kradzież z włamaniem)	4	5,1
280 § 1 (rozbój)	4	5,1
209 § 1 (niealimentacja)	3	3,8
158 § 1 (udział w bójce/pobicie)	2	2,6
190 § 1 (groźba karalna)	2	2,6
286 § 1 (oszustwo)	2	2,6
inne	35	44,9
Ogółem	78	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli, najwięcej jest czynów przeciwko mieniu (z rozbojem) – 19 przypadków, tj. 24,3% wszystkich. Następne pod względem liczebności są czyny związane z prowadzeniem pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego – razem 17 przypadków, tj. niemal 22% wszystkich.

Liczba późniejszych skazań

Odnotowano liczby skazań, które zapadły po skazaniu/skazaniach na kary pozbawienia wolności, z których nastąpiły warunkowe przedterminowe zwolnienia objęte

niniejszym badaniem, a przed wydaniem postanowienia o takim zwolnieniu. W taki sposób zostało skazanych 69 następnie warunkowo przedterminowo zwolnionych, tj. niemal 13% wszystkich. Zostało to zaprezentowane w tabeli 23.

Tabela 23 Liczba późniejszych skazań przed wydaniem postanowienia o WPZ		
Liczba późniejszych skazań	Liczba skazanych	Procent
1	46	66,8
2	17	24,6
3	3	4,3
4	3	4,3
Ogółem	69	100

Źródło: opracowanie własne.

4. Dyskusja i wnioski

Zgodnie z art. 77 § 1 k.k.: „Skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa”⁴⁸.

Obok wymogu w postaci odbycia przez skazanego odpowiedniej części kary (zob. art. 78 k.k., co do zasady, skazanego można warunkowo zwolnić po odbyciu co najmniej połowy kary) konieczne jest zatem – dla możliwości skorzystania przezeń z WPZ – spełnienie jeszcze innego, wymienionego w art. 77 § 1 warunku⁴⁹. Konkretnie zaś – konieczne jest, by za warunkowym przedterminowym zwolnieniem skazanego z odbycia reszty kary przemawiały wymienione we wzmiankowanym przepisie czynniki; czynniki – dodajmy – które muszą przemawiać za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, przynajmniej na pierwszy rzut oka, kumulatywnie (ustawodawca posługuje się spójnikami „i” i „oraz”, które sugerują koniunkcję), a co za tym idzie – każdy z nich z osobna, a jednocześnie – wszystkie one razem muszą przemawiać za umożliwieniem skazanemu wcześniejszego opuszczenia zakładu karnego⁵⁰. Oczywiście rygorystyczne realizowanie tego warunku

⁴⁸ Warunkiem skorzystania z instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia jest zatem pozytywna prognoza kryminologiczna. Zasadnie wskazuje G. Goniewicz, że: „Badanie prognozy kryminologicznej sprawcy czynu zabronionego opiera się na założeniu, że zachowaniem ludzi rządzą określone prawidłowości, co oznacza, że osoby o zbliżonych cechach w podobnych okolicznościach zachowują się w zbliżony sposób. Ta prognoza ma przy tym charakter indywidualny, a jej przesłankami są okoliczności związane z konkretnym sprawcą (a w przypadku warunkowego umorzenia – również z konkretnym czynem, którego się dopuścił)” (G. Goniewicz, *Pozytywna...*, s. 112).

⁴⁹ Ślusnie wskazuje przy tym S. Meler, że: „Drugi katalog przesłanek opisanych w art. 77 § 1 kodeksu karnego (przesłanki materialne) cechuje subiektywizm i uznaniowość ich oceny” (S. Meler, *Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia – między uprawnieniem a społecznym poczuciem sprawiedliwości skazanego* [w:] *Skuteczność...*, s. 247).

⁵⁰ Jak wskazuje Sąd Apelacyjny (dalej SA) w Lublinie: „Warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary jest zawsze fakultatywne, a zatem nawet zaistnienie wszystkich przesłanek wymienionych w tym

musiałoby prowadzić, przynajmniej w niektórych przypadkach, do pozbawienia skazanych rzeczywistej szansy na warunkowe przedterminowe zwolnienie⁵¹. Dlatego też – warto być może przyjąć jednak miękkie stanowisko, analogiczne do tego prezentowanego przez V. Konarską-Wrzošek, zgodnie z którym: „Na podstawie analizy tych wszystkich czynników, bez możliwości pominięcia któregośkolwiek z nich, sąd musi dojść do przekonania (przeświadczenia o dużym prawdopodobieństwie, że tak właśnie będzie), że skazany po zwolnieniu będzie się zachowywał w sposób ustawowo od niego oczekiwany”⁵².

Niezależnie od powyższego, od sądu należałoby wymagać, by w uzasadnieniu orzeczenia o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia wymienił wszystkie czynniki, o których mowa w art. 77 § 1 k.k. (odnosząc się, rzecz jasna, w tym zakresie do konkretnej, analizowanej w danym momencie sprawy), dokonał wyraźnej (znajdującej odzwierciedlenie w treści uzasadnienia) oceny każdego z nich z osobna, wyraźnie wskazując, który czynnik – według niego – przemawia na korzyść skazanego, a który na jego niekorzyść, i dokonał w sposób – raz jeszcze podkreślmy – wyraźny ich całościowej oceny⁵³, i dopiero w oparciu o tak przeprowadzoną analizę – w pierwszej kolejności myślową, ale znajdującą również odzwierciedlenie na piśmie – podjął decyzję, czy należy udzielić warunkowego przedterminowego zwolnienia czy też nie, a następnie decyzję tę w sposób wyraźny uzasadnił. Szczególnie istotny jest zwłaszcza ten ostatni element, wszak zasadnie wskazuje G. Łabuda, że: „Ziszczenie się wszystkich ustawowych elementów pozwalających na zastosowanie warunkowego zwolnienia nie przesądza o konieczności zastosowania

przepisie, jak i w art. 78 § 1 k.k. nie obliguje sądu do udzielenia tego zwolnienia. Ponadto udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia jest możliwe dopiero po stwierdzeniu zaistnienia kumulatywnie wszystkich powołanych przesłanek, a nie tylko niektórych wymienionych w przepisie art. 77 § 1 k.k. Sąd penitencjarny rozpoznając wniosek o udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia zobowiązany jest więc ocenić go przez pryzmat wszystkich ustawowych przesłanek i ustalać prognozę kryminologiczno-społeczną wskazać, które z tych przesłanek sprzeciwiają się postawieniu pozytywnej prognozy, co prowadzi do nieuwzględnienia wniosku skazanego w przedmiocie warunkowego przedterminowego zwolnienia” (Postanowienie SA w Lublinie z 26.10.2005 r., II AKz 622/05, LEX nr 166020).

⁵¹ Byłoby to – rzecz jasna – rozwiązanie niezasadne, mając na względzie sposób oddziaływania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia na skazanych. Jak słusznie wskazuje M. Ryba: „Warunkowe zwolnienie, stwarzając perspektywę wcześniejszego odzyskania wolności, stanowi istotny bodziec dla więźnia, aby stał się ponownie pożytecznym członkiem społeczeństwa. Jest to nie tylko ważny instrument sprzyjający osiągnięciu wychowawczych celów i zadań, jakie ma do spełnienia kara (...), ale także sprawdzian trafności i skuteczności stosowanego przymusu” (M. Ryba, *Warunkowe zwolnienie w polskim prawie karnym*, Warszawa 1966, s. 8), i dalej: „Perspektywa wcześniejszego odzyskania wolności przeciwdziała depresji psychicznej więźnia, zachęca go do dobrego zachowania się w czasie odbywania kary, do nauki, pracy, zdobywania zawodu, słowem przygotowuje więźnia do pełnej readaptacji jeszcze przed upływem terminu orzeczonej kary. Ułatwia to też utrzymanie właściwej dyscypliny w więzieniu. Każde takie zwolnienie – o ile jest ono przemyślane i słuszne – może być zachęcającym przykładem dla innych” (M. Ryba, *Warunkowe...*, s. 84). Zob. również J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 139–156; K. Linowski, *Warunkowe zwolnienie w teorii i praktyce penitencjarnej*, Ostrowiec Świętokrzyski 2005, s. 24–38; W. Rodakiewicz, *Warunkowe...*, s. 118; P. Wiktorska, *Czekając na wokandę. Warunkowe przedterminowe zwolnienie młodocianych*, Warszawa 2010, s. 18–24.

⁵² V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 77 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, wyd. II [online], Warszawa, 25.10.2018 r. (dostęp: 21.11.2018 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587715702/570962>, teza 3. Zob. również G. Goniewicz, *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji Kodeksu karnego*, „Palestra” 2015/7–8, s. 77; J. Lachowski, *Warunkowe...*, s. 267; S. Lelental, *Warunkowe...* [w:] *Kary...*, t. 6, s. 1175. Warto też wspomnieć, że istnieje wątpliwość co do kwestii równoważności czynników wymienionych w art. 77 § 1 k.k. Zob. w tym zakresie przykładowo – A. Nowosad, *Praktyka stosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia w ocenie funkcjonariuszy służby więziennej* [w:] *Skuteczność...*, s. 279. Zob. również A. Jaworska-Wieloch, *Odwolanie...*, s. 107–108.

⁵³ Por. S. Lelental, *Warunkowe...* [w:] *Kary...*, t. 6, s. 1175.

przez sąd tej instytucji. Ma ona charakter fakultatywny («sąd może»)⁵⁴. A zatem sąd, pomimo spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek, powinien w sposób jednoznaczny wyjaśnić, dlaczego – według niego – właśnie w tym konkretnym przypadku warunkowe przedterminowe zwolnienie jest rozwiązaniem pożądanym.

Powyższe byłoby zasadne także z tego względu, że zgodnie z treścią art. 162 § 2 k.k.w.: „Na postanowienie w przedmiocie warunkowego zwolnienia przysługuje zażalenie. Podlega ono rozpoznaniu w terminie 14 dni. Przepis art. 154 § 1 stosuje się odpowiednio”. O ile więc w przypadku odmowy udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia postanowienie sądu (a w zasadzie jego uzasadnienie) powinno być przekonywające dla skazanego, o tyle w przypadku wyrażenia zgody na udzielenie skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia powinno ono (uzasadnienie postanowienia sądu) być przekonujące dla innych podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia, a przynajmniej powinno ono (uzasadnienie postanowienia sądu) dawać możliwość dokonania oceny jego zasadności; także, a być może – przede wszystkim, sądowi odwoławczemu⁵⁵.

Jak wskazuje E. Samborski: „Uzasadnienie postanowienia, podobnie jak uzasadnienie wyroku, jest dokumentem sprawozdawczym. Powinno przedstawić tok rozumowania organu orzekającego i dochodzenie do rozstrzygnięcia. Powinno być przede wszystkim dokumentem wyjaśniającym stronom stanowisko organu orzekającego, ale także umożliwiającym ewentualnie organowi odwoławczemu kontrolę takiego stanowiska”⁵⁶.

Warto też przytoczyć pogląd S. Leleń, w myśl którego: „Sąd orzekający w sprawie o warunkowe zwolnienie powinien (...) w uzasadnieniu wydanego postanowienia wyjaśnić, jakie konkretne przejawy zachowania się skazanego uznał za przemawiające na rzecz pozytywnej lub negatywnej prognozy społecznej skazanego i na jakich oparł się dowodach (...). Przekonanie sądu I instancji co do prognozy przyszłego zachowania skazanego jest chronione, podobnie jak swobodnie dokonana ocena wiarygodności dowodów. Jeśli to przekonanie jest racjonalnie uzasadnione, a tylko wtedy korzysta z owej ochrony, może być kwestionowane poprzez wykazanie wad rozumowania sądu, a nie w drodze przedstawienia polemicznej wersji innego przekonania, żywionego przez któregoś z uczestników postępowania. W orzecznictwie zwrócono też uwagę na to, że uzasadnienie postanowienia w sprawie o warunkowe zwolnienie powinno

⁵⁴ G. Łabuda, *Komentarz do art. 77 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, wyd. II [online], Warszawa, 25.10.2018 r. (dostęp: 21.11.2018 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587230701/125589>, teza 2.

⁵⁵ Zasadnie wskazuje G. Goniiewicz, że: „Wydaje się (...), że o ile ustalenie, iż wobec sprawcy nie zachodzi pozytywna prognoza kryminologiczna, nie może naruszać prawa materialnego, o tyle tego rodzaju zarzut może być skuteczny, jeżeli sąd pominie analizę któregoś z czynników wpływających na ocenę tej prognozy, określonych odpowiednio w art. 66 § 1, art. 69 § 1 lub art. 77 § 1 k.k.” (G. Goniiewicz, *Pozytywna...*, s. 116–117). Trudno zaś ustalić, czy sąd uwzględnił wszystkie niezbędne czynniki czy też którykolwiek z nich pominął w sytuacji, w której swego procesu myślowego nie przełożył na papier. W razie nieuwzględnienia wprost któregośkolwiek z czynników w uzasadnieniu postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu należałoby przyjąć, jak się wydaje, że czynnik ten uwzględniony nie został. Innej możliwości (chyba) nie ma.

⁵⁶ E. Samborski, *Forma postanowienia [w:] Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, E. Samborski [online], Warszawa, 24.10.2018 r. (dostęp: 2.12.2018 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369307120/238550>. Zob. również P. Hofmański, S. Zabłocki, *Treść i forma uzasadnień pisemnych postanowień i zarządzeń, ze szczególnym uwzględnieniem treści postanowień o charakterze dowodowym oraz postanowień w przedmiocie stosowania środków zapobiegawczych [w:] Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, P. Hofmański, S. Zabłocki [online], Warszawa, 24.10.2018 r. (dostęp: 2.12.2018 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369226932/259375>.

– jak uzasadnienie wyroku – spełniać choćby minimalnie funkcję perswazyjną, to jest wyluszczać powody podjęcia decyzji, by strony mogły przekonać się o jej słuszności, i funkcję kontrolną, to jest przedstawić instancji odwoławczej podstawy do sprawdzenia jej słuszności. Wymagań tych nie spełniają dominujące w praktyce postanowienia, których uzasadnienia opracowano niestarannie, «(...) czy to przez ich nadmierną lakoniczność, wręcz zdawkowość, czy brak uporządkowania argumentacji»⁵⁷.

Niestety sugerowana wyżej metodyka postępowania nie znajduje odzwierciedlenia w praktyce. Zwłaszcza w zakresie, w jakim oczekuje się od sądu przedstawienia procesu myślowego, który doprowadził do wniosku o zasadności udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia na papierze (w treści uzasadnienia).

Wskazmy/przypomnijmy bowiem, że zgodnie z ustaleniami wynikającymi z przeprowadzonego badania empirycznego: 1) w 342 sprawach (powyżej 63% tak ocenionych) w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu wskazano wyraźnie, które okoliczności przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, a które nie, natomiast w 195 (powyżej 36%) tego nie uczyniono⁵⁸; 2) w 371 sprawach (niemal 69% tak ocenionych) w uzasadnieniu postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu w sposób jednoznaczny wskazano, dlaczego należy ostatecznie udzielić warunkowego przedterminowego zwolnienia, natomiast w 166 (niemal 31%) tego nie uczyniono⁵⁹; 3) w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu zdecydowanie najczęściej nie uwzględniano wszystkich czynników wymienionych w art. 77 § 1 k.k.⁶⁰; 4) w uzasadnieniach postanowień zdecydowanie najczęściej uwzględniano małe lub bardzo małe liczby czynników mogących mieć wpływ na decyzję o udzieleniu (bądź nie) warunkowego przedterminowego zwolnienia.

⁵⁷ S. Lelental, *Warunkowe...* [w:] *Kary...*, t. 6, s. 1183. Warto także przytoczyć słowa J. Koreckiego, który – odnosząc się do postanowień odmawiających udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia – wskazuje, że: „Należałoby postawić pytanie o to, czy pisemne uzasadnienia postanowień oddają rzeczywistą motywację leżącą u podstawy rozstrzygnięć o warunkowym zwolnieniu. Wiadomo dość powszechnie o znacznym obciążeniu sędziów penitencjarnych orzekających m.in. w sprawach warunkowych zwolnień i sprawujących nadzór penitencjarny. Znana jest też okoliczność, iż sądy w czasie jednego posiedzenia w zakładzie karnym rozpoznają wiele spraw oraz że w związku z tym w sporządzają uzasadnienia tych postanowień w dniach następnych w sądzie. Tylko, że skazani otrzymują kopie kolejnych postanowień z uzasadnieniami i mają prawo wnosić, iż to właśnie argumenty wskazane w tych uzasadnieniach były rzeczywistym powodem odmowy udzielenia im warunkowego zwolnienia. Uzasadnienia kolejnych odmów powinny więc układać się w pewien ciąg logiczny, wskazujący skazanym drogę pracy nad sobą i przygotowywanie się do wolności” (J. Korecki, *Postanowienia sądów penitencjarnych w sprawach o warunkowe zwolnienie sprawców zabójstw odbywających karę 25 lat pozbawienia wolności* [w:] *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, red. T. Gardocka, Warszawa 2006, s. 330) oraz słowa M. Ryby, zgodnie z którymi: „Decyzjom w przedmiocie warunkowego zwolnienia musi (...) towarzyszyć wnikliwość, dojrzałość i powaga we wszystkich stadiach postępowania. Warunkowym zwolnieniem można zdziałać wiele dobrego, ale także wyrządzić poważne szkody. Chybione udzielenie warunkowego zwolnienia może doprowadzić do mniemania o niestałości kary, osłabić zapobiegawcze znaczenie stosowanych kar. Na szkodliwość stwarzania pozorów, że odbycie orzeczonej przez sąd kary nie jest nieuchronnym skutkiem skazującego wyroku sądowego, zwracali uwagę już Beccaria i Niemcewicz. Mówili oni, że to po pierwsze «krzepi» w ludziach nadzieję na pobłażliwość, a po wtóre – skoro darowanie kary staje się regułą – to nieskorzystanie z tego wywołuje poczucie krzywdy” (M. Ryba, *Warunkowe...*, s. 11–12). Zob. również T. Kalisz, *Warunkowe...*, s. 183–184.

⁵⁸ Jest to wynik zdecydowanie gorszy niż w przypadku opinii dyrektorów zakładów karnych. Przypomnijmy, że badający oceniali, czy w opiniach dyrektorów zakładów karnych w sposób wyraźny wskazano, które okoliczności przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, a które nie. Według tej oceny, w 421 (ponad 83% tak ocenionych) sprawach uznano, że tak, natomiast w 89 (niemal 17%), że nie.

⁵⁹ Jest to wynik gorszy niż w przypadku opinii dyrektorów zakładów karnych. Przypomnijmy, że badający oceniali, czy w opiniach dyrektorów zakładów karnych wskazano w sposób jednoznaczny, dlaczego należy ostatecznie przyjąć pozytywną/negatywną prognozę kryminologiczną. Według tej oceny w 394 (ponad 77% tak ocenionych) sprawach tak uczyniono, natomiast w 116 (niemal 23%) – tak nie uczyniono.

⁶⁰ Por. A. Nowosad, *Praktyka...* [w:] *Skuteczność...*, s. 284–285.

Oczywiście – można by stwierdzić, że skoro w ponad 63% przypadków w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu wskazano wyraźnie, które okoliczności przemawiają za jego udzieleniem, a które nie, a w niemal 69% przypadków w sposób jednoznaczny wskazano, dlaczego należy ostatecznie udzielić warunkowego przedterminowego zwolnienia, to sytuacja nie przedstawia się najgorzej⁶¹.

Podkreślenia wymaga jednak to, że ustalenia sądów w zdecydowanej większości przypadków opierały się na niewielkiej liczbie czynników mogących mieć wpływ na decyzję w zakresie udzielenia warunkowego przedterminowego zwolnienia (zob. tabela 24). Czynniki te, w liczbie od 0 do 6 pojawiły się 255 razy (ok. 47% spraw), a w liczbie od 7 do 12 – 256 razy (również ok. 47% spraw). Więcej czynników uwzględniono tylko w niecałych 8% przypadków⁶².

Tabela 24			
Liczba czynników wziętych pod uwagę przez sądy			
Liczba czynników		Częstość	Procent
Ważne	0	1	,2
	1	27	5,0
	2	34	6,3
	3	32	5,9
	4	33	6,1
	5	47	8,7
	6	81	15,0
	7	86	15,9
	8	72	13,3
	9	40	7,4
	10	22	4,1
	11	24	4,4
	12	12	2,2
	13	5	,9
	14	7	1,3
	15	5	,9
	16	1	,2
	17	1	,2
	18	1	,2
	19	3	,6
	23	2	,4
	24	1	,2
	Ogółem	537	99,4
Braki danych	Brak danych	3	,6

Źródło: opracowanie własne.

⁶¹ W przekonaniu autorów niniejszego raportu nie byłoby to stwierdzenie zasadne. Wszak aż w 1/3 spraw wymogi związane z wyraźnym wskazaniem w uzasadnieniu postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu, które okoliczności przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia, a które nie, oraz z wyraźnym wskazaniem, dlaczego należy ostatecznie udzielić WPZ, nie zostały spełnione.

⁶² Jest to wynik zdecydowanie gorszy niż w przypadku opinii dyrektorów zakładów karnych. Przypomnijmy, że w opiniach dyrektorów ZK zdecydowanie najczęściej uwzględniano od 9 do 20 szczegółowych czynników. Rzadkie były przypadki brania pod uwagę niewielkiej liczby czynników (do 7–8% wniosków/opinii).

Co więcej – opis czynników wykorzystanych w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu w zdecydowanej większości przypadków był lakoniczny, pobieżny⁶³ i powielał li tylko niektóre informacje zawarte w opinii dyrektora zakładu karnego. W zasadzie – był to nie tyle opis, ile wypis czynników uwzględnionych przez sąd w danym, konkretnym przypadku.

W uzasadnieniach postanowień sądów ani nie podejmowano prób dokonania adekwatnej wykładni czynników przewidzianych w art. 77 § 1 k.k., ani oceny ich wartości prognostycznej, czy to z perspektywy *in abstracto* czy *in concreto*⁶⁴, choć sama treść przepisu przywoływana była stosunkowo często, niekiedy wraz z ogólnym stwierdzeniem, że wszystkie czynniki przewidziane w tym przepisie zostały uwzględnione i przemawiają za udzieleniem warunkowego przedterminowego zwolnienia.

W uzasadnieniach brak było orzeczeń sądów rzeczywistej i pogłębionej analizy zachowania się i osobowości skazanego, a ponadto – pomijano częstokroć niewygodne dla niego okoliczności. Jak już wcześniej wskazano, najbardziej znaczącym brakiem była historia wcześniejszych skazań i wcześniejszego stosowania wobec skazanego środków probacyjnych – tę kwestię uwzględniono w zaledwie 52 sprawach (9,6% wszystkich), a przecież ma ona istotne znaczenie, jeśli chodzi o kwalifikowanie się skazanego do warunkowego przedterminowego zwolnienia. Podobnie zresztą przedstawia się kwestia kolejnych skazań (oraz toczących się innych postępowań), które zapadły po skazaniu/skazaniach na kary pozbawienia wolności, z których nastąpiły warunkowe przedterminowe zwolnienia, a przed wydaniem postanowienia o takim zwolnieniu. Chociaż, oczywiście, w kontekście skazań nieprawomocnych zasadnie wskazuje Sąd Apelacyjny w Lublinie, że: „(...) fakt, iż przeciwko skazanemu toczą się postępowania karne w innych sprawach, nie może przemawiać na jego niekorzyść i być brany przy formułowaniu prognozy kryminologicznej, do czasu jego prawomocnego skazania. Przypomnieć bowiem

⁶³ Taki charakter uzasadnień postanowień sądów potwierdzają także inne badania. Już M. Ryba wskazywał, że: „Jak wskazują wyniki badania konkretnych spraw, praktyczne wykonanie przez sądy wojskowe założeń ustawowych (...) musi budzić dość istotne zastrzeżenia. W przeważającej większości spraw orzeczenia są niesłychanie lakoniczne, formalistyczne. Przeważnie w uzasadnieniu postanowienia powtarzane są słowa ustawy bez włożenia w nie konkretnej treści. Sądy zdają się zapominać, że oprócz przesłanek formalnych, zezwalających na podjęcie kwestii warunkowego zwolnienia, są jeszcze przesłanki materialne, od istnienia których zależy treść podejmowanych w tym zakresie decyzji” (M. Ryba, *Warunkowe...*, s. 108), i słusznie konstatawał, że: „Upraszczenie decyzji w przedmiocie warunkowego zwolnienia i pomijanie tak istotnych elementów jak uprzednia karalność, charakter popełnionego przestępstwa, wybitne niedyscyplinowanie, nadużywanie alkoholu stanowi naruszenie zasad określonych w art. 1 § 1. Przy takiej praktyce trzeba się godzić na duże prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa, nie mówiąc już o możliwości naruszenia zasad współżycia społecznego” (M. Ryba, *Warunkowe...*, s. 109). Zob. również J. Korecki, *Postanowienia...* [w:] *Kary...*, s. 336; P. Wiktorska, *Czekając na...*, s. 253.

⁶⁴ Należy się zgodzić z S. Lelentalem, że: „Zapewnienie chociażby minimalnych standardów orzecznictwa w sprawach o warunkowe zwolnienie wymaga ustalenia treści każdej z przesłanek określonych w art. 77 § 1 KK oraz oceny ich wartości prognostycznej w konkretnej sprawie. Jest to warunek sine qua non zgodnego z prawem stosowania omawianej instytucji. Warunek ten (...) jest zarówno teoretycznie, jak i praktycznie niewykonalny. W piśmiennictwie występują istotne różnice w interpretacji poszczególnych przesłanek, a wartość prognostyczna niektórych z nich jest kwestionowana. W orzecznictwie sądów penitencjarnych i sądów apelacyjnych poza okolicznościami popełnienia przestępstwa i zachowaniem się skazanego w czasie odbywania kary pozostałe przesłanki materialne są nierozpoznawalne. Brak jest chociażby jednostkowych przykładów potwierdzających podejmowanie prób wyjaśnienia pojęć «postawa» czy «właściwości osobiste skazanego». Typowe są natomiast orzeczenia, w których powtarza się treść przepisu art. 77 § 1 KK, gdy chodzi o wymienione w nim przesłanki intencjonalnie sformułowanymi ocenami, które nie dają się pogodzić z istotą prognozy jako podstawy orzekania o warunkowym zwolnieniu” (S. Lelental, *Warunkowe...*, s. 1188).

trzeba, że oskarżonego chroni wyrażona w art. 5 § 1 Kodeksu postępowania karnego⁶⁵ (także w art. 42 ust. 3 Konstytucji RP⁶⁶) zasada domniemania niewinności”⁶⁷.

Zdarzały się także sprawy, w których argumentacja sądów była, co najmniej, wątpliwa. Przykładowo – w jednej ze spraw w sposób wyraźny wskazano, że skazany jest członkiem podkultury przestępczej i wyznaje jej wartości, jednak biorąc pod uwagę fakt, iż należycie zachowywał się w zakładzie karnym należy dać mu szansę⁶⁸.

Samo należyte zachowanie w zakładzie karnym było zresztą przez sądy brane najczęściej pod uwagę i najczęściej stanowiło dla sądów czynnik decydujący (a przynajmniej jeden z decydujących) o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia (zob. tabela 25). Ponadto – dodajmy – było też najdokładniej opisywane.

Tabela 25 Okoliczności uwzględniane przez sądy		
Grupa okoliczności	Liczba przypadków	Procent
Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu	44	2,9
Sposób życia przed ZK	78	5,1
Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne	52	3,4
Zachowanie w ZK (wewnątrz)	497	32,4
Zachowanie w ZK (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK, etc.)	165	10,8
Warunki osobiste	186	12,1
Właściwości osobiste	61	3,9
Stan zdrowia fizycznego i psychicznego	15	1
Alkohol, narkotyki	135	8,8
Postawa	300	19,6
Ogółem	1533	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak widać – zachowanie skazanego w zakładzie karnym stanowiło ponad 42% wszystkich przywoływanych okoliczności, a zatem – było przez sądy przywoływane najczęściej (i to niemal zawsze na korzyść skazanego). Często, ale dużo rzadziej niż zachowanie skazanego w zakładzie karnym, były przywoływane: 1) postawa skazanego (19,6% wszystkich przywoływanych okoliczności); 2) jego warunki osobiste (12,1% wszystkich przywoływanych okoliczności), oraz 3) uzależnienia (8,8% wszystkich przywoływanych okoliczności).

Fakt odwoływania się przede wszystkim do należytego zachowania skazanego w zakładzie karnym jest przy tym o tyle zaskakujący, że jak słusznie wskazuje

⁶⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.) – dalej k.p.k.

⁶⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁶⁷ Postanowienie SA w Lublinie z 15.04.2009 r., II AKzW 285/09, LEX nr 508303.

⁶⁸ Oczywiście – fakt (albo wyłącznie deklaracja, niekoniecznie znajdująca odzwierciedlenie w rzeczywistości) przynależności do podkultury przestępczej i wyznawania jej wartości nie jest okolicznością przesądzającą o niezasadności udzielenia skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia, niemniej – w sytuacji stwierdzenia takiej okoliczności należałoby oczekiwać od sądu pogłębionej analizy osobowości skazanego, a nie tylko ogólnego stwierdzenia, że okoliczność taka wystąpiła, ale z uwagi na takie, a nie inne zachowanie skazanego w zakładzie karnym nie ma ona w zasadzie znaczenia. Tym bardziej że – jak będzie o tym mowa poniżej – zachowanie skazanego w zakładzie karnym nie powinno być czynnikiem przesądzającym o zasadności udzielenia skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Por. S. Meler, *Instytucja...*, s. 250; P. Wiktorska, *Czekając na...*, s. 71.

V. Konarska-Wrzošek: „Zachowanie skazanego w czasie odbywania kary to ostatni element (spośród wymienionych w art. 77 § 1 k.k. – dop. autorów) oceny mający znaczenie dla wyrobienia przez sąd przekonania co do pożądanego zachowania po zwolnieniu z zakładu karnego. Trafnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, że poprawne zachowanie skazanego w trakcie pobytu w zakładzie karnym i przestrzeganie przez niego regulaminu, ustalonego porządku oraz poleceń osób uprawnionych do ich wydawania są podstawowymi obowiązками każdego skazanego (zob. art. 116 § 1 k.k.w.), dlatego też nie mogą być dostatecznymi podstawami jakiegś szczególnie pozytywnej oceny jego zachowania i budowania określonego przekonania o pożądanym zachowaniu po wyjściu na wolność. Nawet nie upoważnia do tego fakt otrzymania nagrody lub nagród w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności. Dla stwierdzenia pozytywnej prognozy co do danego skazanego potrzebne jest takie jego postępowanie w zakładzie karnym, które wykracza poza normę biernego podporządkowania się regulaminowi pobytu i odznacza się czynnym uczestnictwem w procesie resocjalizacji, aktywnością na rzecz poprawy swojego funkcjonowania w społeczeństwie po wyjściu na wolność”⁶⁹.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że sądy bardzo rzadko brały pod uwagę okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie skazanego po jego popełnieniu (mimo że jest to wymóg ustawowy). Okoliczności te uwzględniono na korzyść skazanego w 11 przypadkach, na niekorzyść – w 12, a jako obojętne dla sytuacji skazanego potraktowano je jedenastokrotnie⁷⁰. Okoliczności te uwzględniono zatem wyłącznie w ok. 6% spraw.

Rzadko też brano pod uwagę właściwości osobiste skazanego (mimo że również jest to wymóg ustawowy) oraz jego stan zdrowia i uzależnienia. Okoliczności te uwzględniono w 61 przypadkach – jeżeli chodzi o właściwości osobiste, to w 15 – jeżeli chodzi o stan zdrowia oraz w 135 – jeżeli chodzi o uzależnienia. Okoliczności te uwzględniono zatem wyłącznie w ok. 11% spraw – jeżeli chodzi o właściwości osobiste, w ok. 3% – jeżeli chodzi o stan zdrowia oraz w 25% – jeżeli chodzi o uzależnienia.

Podobnie sytuacja przedstawia się, gdy chodzi o warunki osobiste skazanego. Okoliczność tę uwzględniono na korzyść skazanego w 186 przypadkach; w żadnej zaś sprawie nie uwzględniono jej na niekorzyść skazanego. Ani razu też nie uznano tej okoliczności za obojętną dla sytuacji skazanego. Okoliczność tę uwzględniono zatem wyłącznie w ok. 35% spraw.

⁶⁹ V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz... [w:] Kodeks...,* teza 4. Podobnego zdania jest J. Lachowski, zdaniem którego: „O tym, czy zachodzi przypuszczenie, iż skazany będzie przestrzegał porządku prawnego na wolności, nie można (...) trafnie wnioskować przede wszystkim na podstawie tego, jak skazany zachowuje się w nienaturalnych w końcu dla człowieka warunkach panujących w zakładzie karnym, w czasie odbywania kary pozbawienia wolności. Dobre zachowanie skazanego w tych warunkach może bowiem wynikać jedynie z dobrego przystosowania do warunków panujących w izolacji więziennej oraz z biernego podporządkowania się reżimowi kary pozbawienia wolności. Nawet wyróżniające się zachowanie w warunkach zakładu karnego nie musi prowadzić do wniosku, że na wolności skazany będzie postępował podobnie. Wydaje się zatem, że prognozę co do zachowania się skazanego w warunkach wolności powinno się kształtować przede wszystkim w oparciu o to, jak skazany zachowuje się na wolności” (J. Lachowski, *Przesłanka materialna warunkowego przedterminowego zwolnienia na gruncie kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2008/11, s. 52–53).

⁷⁰ Powyższe nie powinno dziwić – jak już wcześniej wskazano, w zaledwie 122 sprawach, tj. w ok. 22,6% wszystkich, sąd, orzekając w kwestii warunkowego przedterminowego zwolnienia, korzystał z akt spraw karnych skazanego, a przynajmniej tylko w takiej liczbie spraw wprost wynikało to z analizowanych akt.

Nie zawsze brano pod uwagę także postawę skazanego (mimo że – podobnie jak w przypadku wcześniej wymienionych okoliczności – jest to wymóg ustawowy). Okoliczność tę uwzględniono na korzyść skazanego w 295 przypadkach, na niekorzyść skazanego – w jednym przypadku, a jako obojętną dla sytuacji skazanego potraktowano ją czterokrotnie. Okoliczność tę uwzględniono zatem wyłącznie w ok. 56% spraw⁷¹.

Wszystkie powyższe okoliczności w sposób wyraźny wskazują, że sposób uzasadniania przez sądy postanowień o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia (odzwierciedlający również, jak się wydaje, proces dochodzenia przez sąd do wniosku o zasadności udzielenia WPZ) nie jest należyty (zwłaszcza w świetle wymogów przewidzianych w art. 77 § 1 k.k.) i dotyczy to dużej liczby postanowień. Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób wykazać jakiegokolwiek zależności pomiędzy wskazanymi wyżej wadami postanowień sądów (a w zasadzie ich uzasadnień) a częstotścią odwoływania warunkowego przedterminowego zwolnienia. Skoro bowiem większość uzasadnień postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu sporządzanych jest nie-należycie, to w przypadkach, w których doszło do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia również musiało dojść do nieprawidłowości.

Dla porządku wskażmy jednak, że uzasadnienia postanowień o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia w sprawach, w których następnie zwolnienie to odwołano, charakteryzowały się następującymi właściwościami:

Tabela 26 Liczba szczegółowych czynników uwzględnionych w uzasadnieniach postanowień o warunkowym przedterminowym zwolnieniu		
Liczba szczegółowych czynników	Liczba przypadków	Procent
1	3	2,3
2	9	7
3	8	6,2
4	8	6,2
5	9	6,9
6	27	20,9
7	17	13,2
8	24	18,6
9	12	9,3
10	4	3,1
11	4	3,1
12	0	0
13	1	0,8
14	1	0,8
15	1	0,8
brak danych	1	0,8
Ogółem	129	100

Źródło: opracowanie własne.

⁷¹ Lepiej przedstawia się sytuacja, gdy chodzi o wnioski/opinie dyrektorów zakładów karnych. Zob. analiza odpowiedzi na pytanie nr 20.

Tabela 27

Przypadki dokonania wyraźnej oceny, które czynniki przemawiają na korzyść/na niekorzyść skazanego

Wyraźna ocena czynników	Liczba przypadków	Procent
tak	77	59,7
nie	51	39,5
brak danych	1	0,8
Ogółem	129	100

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 28

Przypadki wskazania w sposób wyraźny, dlaczego należy ostatecznie udzielić WPZ

Wyraźne uzasadnienie, dlaczego należy udzielić WPZ	Liczba przypadków	Procent
tak	81	62,8
nie	47	36,4
brak danych	1	0,8
Ogółem	129	100

Źródło: opracowanie własne.

Mając powyższe na względzie, można zapytać (co najwyżej), czy w przypadku szerszej analizy sytuacji skazanego nie doszłoby przypadkiem w analizowanych wyżej sprawach do odmowy udzielenia mu warunkowego przedterminowego zwolnienia. Niestety jednak pytanie to musi pozostać bez odpowiedzi.

5. Postulaty *de lege ferenda*

Sposobem na usunięcie zaprezentowanych wyżej mankamentów istniejących obecnie w praktyce orzekania o WPZ mogłoby być (być może) zastosowanie pewnych wystandardyzowanych narzędzi diagnostyczno-pomiarowych, które ułatwiłyby ocenę, czy w przypadku konkretnego skazanego zachodzi pozytywna prognoza społeczno-kryminologiczna. Teoretyczną podstawę takiego narzędzia może stanowić opracowany w latach 90. XX w. przez D. Andrews, J. Bonta i R. Hoge model szacowania ryzyka ponownej przestępczości i resocjalizacji przestępców (RNR, tj. *risk-need-responsivity model*)⁷². Trzy podstawowe zasady tego modelu to zasada ryzyka (*risk principle*), zasada potrzeb (*need principle*) i zasada reaktywności (*responsivity principle*)⁷³.

Pierwsza ze wskazanych zasad dotyczy oszacowania ryzyka ponownej przestępczości. Druga związana jest z koniecznością identyfikacji potrzeb danego skazanego i odróżnienia tzw. potrzeb kryminogennych i niekryminogennych⁷⁴ (pierwsze z nich, co oczywiste, wiążą się silnie z wysokim ryzykiem powrotu do przestępstwa). Zasada reaktywności dotyczy zaś dostosowania możliwych środków stosowanych wobec

⁷² Zob. D. Wójcik, *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*, Warszawa 2012, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Wójcik-D_Ocena-ryzyka-ponownej-przest-1.pdf, s. 10 (dostęp: 15.09.2019 r.).

⁷³ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 10.

⁷⁴ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 12.

skazanego do jego indywidualnych możliwości i właściwości, chociażby takich jak wiek, płeć, rodzaj popełnionego czynu, osobowość czy czynniki bio-społeczne⁷⁵.

Analizując regulację art. 77 § 1 k.k. w zakresie wskazanych tam przesłanek materialnych pozwalających na sformułowanie pozytywnej prognozy społeczno-kryminologicznej dla skazanego, trzeba zwrócić uwagę, że przesłanki te zdają się odpowiadać wskazanym zasadom modelu RNR. Zgodnie z treścią art. 77 § 1 k.k. – przypomnijmy – skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa. Miarą zasadności zastosowania wobec skazanego instytucji WPZ ma być przekonanie, że nie popełni on ponownie przestępstwo (zasada ryzyka). Przekonanie to ma wypływać z postawy, właściwości i warunków osobistych sprawcy (zasada potrzeb i zasada reaktywności) oraz z okoliczności popełnienia czynu i zachowania po jego popełnieniu oraz w trakcie odbywania kary (zasada reaktywności).

Wydaje się więc, że w oparciu o wyżej określone założenia modelu RNR i jego zasady, możliwe jest skonstruowanie narzędzia, np. w postaci kwestionariusza, które pozwoliłoby skutecznie aplikować wskazane na gruncie art. 77 § 1 k.k. przesłanki pozytywnej prognozy społeczno-kryminologicznej na grunt podejmowania przez sąd decyzji o udzieleniu lub odmowie udzielenia WPZ. Przykładem takiego narzędzia może być skala LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*) opracowana przez kanadyjskich psychologów i pracowników probacji, stosowana obecnie również w USA, Anglii oraz niektórych innych krajach europejskich⁷⁶. Narzędzie to jest używane przede wszystkim do identyfikowania celu ewentualnych środków stosowanych wobec skazanego oraz monitorowania poziomu ryzyka jego powrotu do przestępstwa podczas stosowania ewentualnej probacji. Pytania ze skali LSI-R uporządkowane są w ramy 10 kategorii obejmujących dane dotyczące:

- 1) historii skazań;
- 2) wykształcenia i zatrudnienia;
- 3) sytuacji finansowej;
- 4) rodziny/stanu cywilnego;
- 5) warunków mieszkaniowych;
- 6) czasu wolnego;
- 7) relacji towarzyskich;
- 8) uzależnień;
- 9) problemów emocjonalnych;
- 10) postawy i poglądów⁷⁷.

Oczywiście nie chodzi tu o prosty transfer LSI-R na grunt stosowania WPZ w Polsce, ale zasadne wydaje się rozważenie implementacji modelu RNR tak, aby

⁷⁵ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 17.

⁷⁶ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 31.

⁷⁷ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 31.

odpowiadał on wymogom stawianym w art. 77 § 1 k.k. i jednocześnie umożliwił przewyciężenie fikcji jego rzeczywistego stosowania przez sądy. Kanadyjska skala LSI-R może stanowić pod tym względem pewną inspirację. Skonstruowanie takiego narzędzia wymagałoby oczywiście uwzględnienia specyfiki samej instytucji WPZ, które jest tylko jednym z możliwych środków probacyjnych, a sam stopień ryzyka powrotności do przestępstwa nie może być jedynym czynnikiem decyzji o jego zastosowaniu. Ponadto, aktualne przy próbie konstrukcji narzędzia dla określania prognozy kryminologicznej na gruncie WPZ pozostają wątpliwości i pytania związane ze stosowaniem skali RNR w ogóle⁷⁸. W szczególności rozważania wymagałaby kwestia stosowania różnych skal do różnych typów przestępstw oraz wieku i płci sprawcy. Niemniej wydaje się, że w świetle obecnej praktyki orzekania o WPZ, której negatywne aspekty uwidoczniły również wyniki badań zaprezentowane w niniejszym raporcie, warto rozważyć skonstruowanie jednolitego modelu oceny zachodzenia przesłanek wskazanych w art. 77 § 1 k.k.

Skutecznym rozwiązaniem mogłoby się okazać też wprowadzenie – w kontekście warunkowego przedterminowego zwolnienia – przepisu analogicznego do aktualnego przepisu art. 413 k.p.k., zgodnie z którym: „§ 1. Każdy wyrok powinien zawierać: 1) oznaczenie sądu, który go wydał, oraz sędziów, ławników, oskarżycieli i protokolanta; 2) datę oraz miejsce rozpoznania sprawy i wydania wyroku; 3) imię, nazwisko oraz inne dane określające tożsamość oskarżonego; 4) przytoczenie opisu i kwalifikacji prawnej czynu, którego popełnienie oskarżyciel zarzucił oskarżonemu; 5) rozstrzygnięcie sądu; 6) wskazanie zastosowanych przepisów ustawy karnej. § 2. Wyrok skazujący powinien ponadto zawierać: 1) dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikację prawną; 2) rozstrzygnięcia co do kary i środków karnych, środków kompensacyjnych i przepadku, a w razie potrzeby – co do zaliczenia na ich poczet okresów wskazanych w art. 63 Kodeksu karnego”. Oczywiście – w przypadku postanowienia o warunkowym przedterminowym zwolnieniu niezbędne byłoby wskazanie w ewentualnym nowym przepisie tych elementów, które powinny być charakterystyczne dla tego rodzaju postanowienia. Niemniej wydaje się, że byłoby to mnożenie bytów ponad konieczność. Wystarczające byłyby, jak się wydaje, działania pozaprawne, w tym – przykładowo – ewentualne szkolenia dla sędziów czy stworzenie kwestionariusza, o którym była powyżej mowa.

Niezależnie od powyższego, warto rozważyć wszakże zmianę przepisu art. 77 § 1 k.k. i nadanie mu – przykładowo – następującego kształtu: „Skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i nie popełni ponownie przestępstwa”. Jak bowiem słusznie wskazuje J. Lachowski: „zdecydowanie łatwiej przewidzieć, czy skazany nie popełni przestępstwa w przyszłości, choć trzeba być świadomym tego, że również i w tym wypadku niezwykle trudno cokolwiek prognozować, skoro popełnienie przestępstwa może być zdeterminowane wieloma czynnikami. Wydaje się zatem, że decyzja o warunkowym zwolnieniu powinna zależeć przede wszystkim od oceny prawdopodobieństwa powrotu na drogę przestępstwa, a nie od naruszenia norm innych gałęzi prawa, wszak jest

⁷⁸ Zob. D. Wójcik, *Stosowanie...*, s. 54–55.

to jeden z instrumentów polityki kryminalnej i penitencjarnej. Przepis art. 77 § 1 k.k. w obecnym kształcie nie eksponuje tego dostatecznie (brak choćby zastrzeżenia, iż chodzi zwłaszcza o niepopelnienie przestępstwa). Jego literalna wykładnia prowadzi do wniosku, że przypuszczenie co do nie popelnienia przestępstwa w przyszłości stawiane jest na równi z przypuszczeniem, że skazany nie naruszy również innych gałęzi prawa⁷⁹.

W toku analizy wyników przeprowadzonych badań rozważano jeszcze zasadność sformułowania jednej zmiany normatywnej w obrębie art. 77 § 1 k.k. Asumptem do tych rozważań było zaobserwowanie w badanych sprawach dość licznych przypadków, w których – mimo negatywnej opinii dyrektora zakładu karnego – sądy decydowały się na udzielenie skazanym warunkowego przedterminowego zwolnienia, opatrząc orzeczenia w tym zakresie bardzo zdawkowymi uzasadnieniami. W związku z tym rozważenia wymagał postulat *de lege ferenda*, by w nakreślonym przypadku, tj. w sytuacji negatywnej opinii dyrektora zakładu karnego, nałożyć na sądy ustawowy obowiązek szczególnie wnikliwego zbadania zachodzenia przesłanek wskazanych w art. 77 § 1 k.k. Od sformułowania takiego postulatu ostatecznie jednak odstąpiono z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze, należy zauważyć, że wyniki przeprowadzonych badań wskazują, iż również opinie dyrektorów zakładów karnych nie były szczególnie wnikliwie uzasadniane. W opiniach tych najczęściej uwzględniano od 9 do 20 szczegółowych czynników. Uzasadnienia blisko jednej czwartej opinii dyrektorów zakładów karnych nie wskazywały jednoznacznie, dlaczego należy ostatecznie przyjąć pozytywną/negatywną prognozę kryminologiczną. Trzeba też zwrócić uwagę na wcale nierzadkie przypadki, w których okres próby ustanowiony dla skazanych, którym udzielono warunkowego przedterminowego zwolnienia, pomimo negatywnej opinii dyrektora zakładu karnego, zakończył się pomyślnie.

Po drugie, ze sformułowania wspomnianego postulatu *de lege ferenda* zrezygnowano również dlatego, że ustawowo zadekretowany obowiązek szczególnie wnikliwego zbadania przez sądy, czy zachodzą przesłanki wskazane w art. 77 § 1 k.k. w sytuacji negatywnej opinii dyrektora zakładu karnego, mógłby sugerować, iż w sytuacji przeciwnej, tj. w przypadku gdy opinia ta jest pozytywna, dogłębne zbadanie tych przesłanek nie jest szczególnie istotne.

Należy jednak postulować, by w sytuacji negatywnej opinii dyrektora zakładu karnego sądy w sposób szczególnie wnikliwy (jeszcze bardziej wnikliwy niż w przypadku opinii pozytywnej) rozważały zasadność udzielenia skazanemu warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary.

6. Ankieta

WARUNKOWE PRZEDTERMINOWE ZWOLNIENIE 2018

Sąd	Sygnatura		
[01] Rodzaj ZK (zaznaczyć kod)	M – 1	P – 2	R – 3
[02] Typ ZK	1	2	3

⁷⁹ J. Lachowski, *Przesłanka...*, s. 44.

[03] System wyk. kary (zaznaczyć kod) P – 1 T – 2 Z – 3

[04] Całość klasyfikacji (*tylko kody, 3 cyfry bez przecinków, np. 111*).....

[05] Płeć skazanego M – 1 K – 2

[06] Rok urodzenia skazanego.....

[07] Uprzednia karalność skazanego (*zaznaczyć tylko jedną odpowiedź*):

- | | | |
|------------------------|--------------------|----------------|
| 1. niekarany | 3. karany 2–3 razy | 5. art. 64 § 1 |
| 2. jednokrotnie karany | 4. karany > 3 razy | 6. art. 64 § 2 |

[08] Kara, z której WPZ (*liczba miesięcy, „całość”*).....

[09] Skazanie, z którego WPZ (*kod art. „głównego”*).....

(poniżej: *w pyt. [10], [11] i [12] numeracja od najnowszego*)

[10] Wcześniejsze warunkowe umorzenie postępowania (*wpisać „X”*)

WUP	[10a] 1	[10b] 2	[10c] 3	[10d] 4	[10e] 5
1. brak inf.					
2. nie					
3. tak (+)					
4. tak (–)					

[11] Wcześniejsze warunkowe zawieszenie wykonania kary (*wpisać „X”*)

WZWK	[11a]	[11b]	[11c]	[11d]	[11e]
1. brak inf.					
2. nie					
3. tak (+)					
4. tak (–)					

[12] Wcześniejsze warunkowe przedterminowe zwolnienie (*wpisać „X”*)

WPZ	[12a]	[12b]	[12c]	[12d]	[12e]
1. brak inf.					
2. nie					
3. tak (+)					
4. tak (–)					

[13] Czy („obecna” kara) składany był wcześniej (nieskutecznie) wniosek o WPZ?

1. tak 1x 2. tak > 1x 3. nie 4. brak inf.

[14] Czy („obecna” kara) doszło wcześniej do odwołania WPZ?

1. tak 1x 2. tak > 1x 3. nie 4. brak inf.

[15] Kto złożył „obecny” wniosek? (można zaznaczyć >1 odpowiedź)

1. skazany 2. obrońca 3. dyrektor ZK 4. kurator 5. prokurator

[16] Okoliczności wskazane w uzasadnienie wniosku (jeśli było) (poza kwestiami formalnymi; można zaznaczyć > 1 odpowiedź) (NIE wypełniać, jeśli wniosek dyrektora ZK)

	Grupa okoliczności	1	2	3
		za WPZ	przeciw	obojętne, za/przeciw
[16a]	Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu			
[16b]	Sposób życia przed ZK			
[16c]	Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne			
[16d]	Zachowanie w ZK (wewnątrz)			
[16e]	Zachowanie w ZK (na zewnątrz)			
[16f]	Warunki osobiste			
[16g]	Właściwości osobiste			
[16h]	Stan zdrowia fizycznego i psychicznego			
[16i]	Alkohol, narkotyki			
[16j]	Postawa			

[17] Jak wyżej, Z ZAŁĄCZNIKA:

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
31	32	33	34	35	36				

[18] Wpisać liczbę zaznaczonych kategorii.....

[19] Kierunek opinii dyrektora ZK (a tym samym prognozy):

1. udzielić 2. nie udzielić 3. trochę za, trochę przeciw

[20] Okoliczności wskazane w uzasadnieniu opinii dyrektora ZK (*można zaznaczyć > 1 odpowiedź*)

	Grupa okoliczności	1	2	3
		za WPZ	przeciw	obojętne, za/przeciw
[20a]	Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu			
[20b]	Sposób życia przed ZK			
[20c]	Uprzednia karalność i uprzednio stos. śr. probacyjne			
[20d]	Zachowanie w ZK (wewnątrz)			
[20e]	Zachowanie w ZK (na zewnątrz)			
[20f]	Warunki osobiste			
[20g]	Właściwości osobiste			
[20h]	Stan zdrowia fizycznego i psychicznego			
[20i]	Alkohol, narkotyki			
[20j]	Postawa			

[21] Jak wyżej, Z ZAŁĄCZNIKA:

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
31	32	33	34	35	36				

[22] Wpisać liczbę zaznaczonych kategorii.....

[23] Czy w opinii dyrektora ZK w sposób wyraźny wskazano, które okoliczności przemawiają na korzyść skazanego, a które na jego niekorzyść?

1. tak 2. nie

[24] Czy w opinii dyrektora ZK w sposób wyraźny wskazano, dlaczego należy ostatecznie przyjąć pozytywną/negatywną prognozę kryminologiczną?

1. tak 2. nie

[25] Czy w opinii dyrektora ZK w sposób wyraźny zaproponowano dozór albo obowiązki?

1. tak (dozór kuratora) 2. tak (dozór innego podmiotu) 3. tak (obowiązki z art. 72 § 1 k.k.)

4. tak – obowiązki z art. 72 § 2 k.k. 5. nie

[26] Posiedzenie sądu: czy korzystano z akt spraw karnych?

1. tak 2. nie 3. brak danych

[27] Posiedzenie sądu: wysłuchano lub wzięto pod uwagę zdanie:

1. przedstawiciela ZK 2. kuratora zawodowego 3. prokuratora 4. biegłego

[28] Przedstawiciel ZK poparł WPZ: 1. tak 2. nie 3. t/n

[29] Kurator zawodowy poparł WPZ: 1. tak 2. nie 3. t/n

[30] Prokurator poparł WPZ: 1. tak 2. nie 3. t/n

[31] Biegły poparł WPZ: 1. tak 2. nie 3. t/n

[32] Jaki biegły/biegli, wpisać.....

[33] Wywiad środowiskowy:

1. tak, pozytywny 2. tak, negatywny 3. t/n 4. nie było

W postanowieniu sądu:

[34] Okres próby (*w miesiącach*).....

[34a] Daty początku i końca okresu próby.....

[35] Dozór kuratora zawodowego 1. tak 2. nie

[36] Dozór kuratora społecznego 1. tak 2. nie

[37] Dozór innego podmiotu 1. tak 2. nie

[38] Obowiązki 1. 72 § 1 2. 72 § 2 3. nie

[39] Okoliczności wskazane w uzasadnieniu postanowienia sądu (*można zaznaczyć > 1 odpowiedź*)

	Grupa okoliczności	1	2	3
		za WPZ	przeciw	obojętne, za/przeciw
[39a]	Okoliczności przestępstwa i zach. po jego popełnieniu			
[39b]	Sposób życia przed ZK			

[48] Jeśli WPZ odwołano, to na podstawie art. 160 k.k.w. § 1 2 3 4

[49] Jeśli WPZ odwołano, to w jakim okresie:

1. w okresie próby

2. w ciągu 6 miesięcy po okresie próby

[50] Jeśli WPZ odwołano (*także m. in.*) z uwagi na nowe przestępstwo, kwalifikacja „główna” tego nowego (kod):.....

(...)

UWAGI (*tylko szczególnie interesujące kwestie*)

[52] Uwagi są: 1. tak

2. nie

[53] Treść uwag:

Załącznik do ankiety:

1) okoliczności popełnienia przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu, 2) sposób życia przed popełnieniem przestępstwa, 3) uprzednia karalność i stosowane uprzednio środki probacyjne, 4) zachowanie w zakładzie karnym (wewnątrz), 5) zachowanie w zakładzie karnym (na zewnątrz, tj. przepustki, SDE, praca poza ZK etc.), 6) warunki osobiste, 7) właściwości osobiste, 8) stan zdrowia fizycznego i psychicznego, 9) uzależnienie od alkoholu, narkotyków etc., 10) postawa; a w pytaniach 17, 21 i 40 następujące pojedyncze czynniki: 1) płeć; 2) wiek; 3) stan zdrowia; 4) uzależnienie; 5) dotychczasowy sposób życia (przed ZK); 6) przynależność społeczna; 7) zawód wyuczony/wykonywany na wolności (przed ZK); 8) zawód wyuczony/wykonywany w zakładzie karnym; 9) miejsce pracy na wolności (przed ZK); 10) wykształcenie uzyskane na wolności (przed ZK); 11) wykształcenie uzyskane w zakładzie karnym; 12) miejsce zamieszkania w chwili popełnienia przestępstwa; 13) stan rodzinny w chwili popełnienia przestępstwa; 14) warunki materialne i zarobki w chwili popełnienia przestępstwa; 15) ogólna ocena zachowania w zakładzie karnym; 16) stosunek do pracy w zakładzie karnym; 17) stosunek do nauki w zakładzie karnym; 18) stopień wykonywania zadań określonych w indywidualnym programie oddziaływania lub indywidualnym programie terapeutycznym; 19) cechy osobowości; 20) postawa życiowa; 21) postawa wobec popełnionego przestępstwa i osoby pokrzywdzonej; 22) perspektywy po warunkowym zwolnieniu; 23) stosunek do przełożonych; 24) stosunek do współosadzonych; 25) udział w podkulturze przestępczej (w ZK); 26) stosunek do regulaminu; 27) nagrody/kary w zakładzie karnym; 28) wykonywanie poleceń; 29) opis zachowań szczegółowych; 30) sposób wykorzystywania wolnego czasu; 31) zachowanie na wolności w czasie przerw w odbywaniu kary; 32) rodzaj popełnionego przestępstwa; 33) okoliczności popełnienia przestępstwa i zachowanie po jego popełnieniu; 34) historia skazań (z wyłączeniem obecnego); 35) historia wcześniejszych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie; 36) zachowanie w czasie poprzednich pobyków w zakładach karnych.

Abstract

**Jerzy Nikołajew, Konrad Burdziak, Michał Jankowski,
Magdalena Kowalewska-Łukuć, *Criminal Court Diagnostics in Granting
Parole and Releasing on Parole in Judicial Theory and Practice.*
Study Report**

This paper summarises the research project titled 'Criminal court diagnostics in granting parole and releasing on parole in judicial theory and practice' implemented by the Institute of Justice. The aim of the project, including in particular the empirical study it comprised, was (among others) to validate the statement that the work of administrative staff of penitentiary establishments and penitentiary courts is lacking in terms of professional and in-depth criminological prognosis. The empirical study involved an analysis of 540 cases from the second quarter of 2013, in which cases inmates' applications for parole were granted. One of the findings from the study was that the courts' statements of reasons for decisions to grant parole (which seem to reflect the process whereby the court reaches the conclusion that it is justified to grant the given person parole) were inadequate (especially in the light of requirements provided for in Article 77(1) of the Criminal Code). This observation holds true for a large number of decisions.

Keywords: Article 77(1) of the Criminal Code, release on parole (conditional release), criminological prognosis

Streszczenie

**Jerzy Nikołajew, Konrad Burdziak, Michał Jankowski,
Magdalena Kowalewska-Łukuć, *Diagnostyka sądowo-kryminalna
w orzekaniu i wykonywaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia
w teorii i praktyce sądowej – raport z badania***

Niniejsza praca stanowi podsumowanie projektu badawczego Diagnostyka sądowo-kryminalna w orzekaniu i wykonywaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia w teorii i praktyce sądowej, zrealizowanego przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Celem projektu, w tym w szczególności przeprowadzonego w jego ramach badania empirycznego, było (m.in.) zweryfikowanie twierdzenia, w myśl którego w pracy administracji jednostek penitencjarnych oraz sądów penitencjarnych występują niedostatki profesjonalnej i pogłębionej prognozy kryminologicznej. W ramach badania empirycznego przeprowadzono analizę 540 spraw, w których w drugim kwartale 2013 r. pozytywnie rozpatrzono wnioski o udzielenie skazanym warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary. W następstwie badania ustalono (m.in.), że sposób uzasadniania przez sądy postanowień o udzieleniu warunkowego przedterminowego zwolnienia (odzwierciedlający również, jak się wydaje, proces dochodzenia przez sąd do wniosku o zasadności udzielenia WPZ) nie jest należyty (zwłaszcza w świetle wymogów przewidzianych w art. 77 § 1 Kodeksu karnego) i dotyczy to dużej liczby postanowień.

Słowa kluczowe: art. 77 § 1 k.k., warunkowe przedterminowe zwolnienie, prognoza kryminologiczna

Literatura:

1. Burdziak K., *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018;
2. Goniewicz G., *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji Kodeksu karnego*, Palestra 2015, nr 7–8;

3. Goniewicz G., *Pozytywna prognoza kryminologiczna jako przesłanka stosowania środków probacyjnych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2017, nr 4;
4. Hofmański P., Zabłocki S., *Treść i forma uzasadnień pisemnych postanowień i zarządzeń, ze szczególnym uwzględnieniem treści postanowień o charakterze dowodowym oraz postanowień w przedmiocie stosowania środków zapobiegawczych* [w:] *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, P. Hofmański, S. Zabłocki [online], Warszawa, 24.10.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369226932/259375>;
5. Jankowski M., Momot S., *Warunkowe przedterminowe zwolnienie – wybrane aspekty praktyki*, Warszawa 2012, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Jankowski-M.-Momot-St.-WPZ.pdf;
6. Jaworska-Wieloch A., *Odwołanie warunkowego zwolnienia*, Warszawa 2016;
7. Kalisz T., *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności z perspektywy problemów z ustalaniem treści i kierunku prognozy kryminologicznej*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2013, t. XXX;
8. Konarska-Wrzošek V., *Komentarz do art. 77 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, wyd. II [online], Warszawa, 25.10.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587715702/570962>;
9. Korecki J., *Postanowienia sądów penitencjarnych w sprawach o warunkowe zwolnienie sprawców zabójstw odbywających karę 25 lat pozbawienia wolności* [w:] *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, red. T. Gardocka, Warszawa 2006;
10. Krukowski A., *Amerykański system penitencjarny*, Warszawa 1961;
11. Lachowski J., *Przesłanka materialna warunkowego przedterminowego zwolnienia na gruncie kodeksu karnego*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 11;
12. Lachowski J., *Warunkowe przedterminowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010;
13. Lelental S., *Warunkowe przedterminowe zwolnienie* [w:] *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, t. 6, red. M. Melezini, Warszawa 2016;
14. Linowski K., *Warunkowe zwolnienie w teorii i praktyce penitencjarnej*, Ostrowiec Świętokrzyski 2005;
15. Łabuda G., *Komentarz do art. 77 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, wyd. II [online], Warszawa, 25.10.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587230701/125589>;
16. Meler S., *Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia – między uprawnieniem a społecznym poczuciem sprawiedliwości skazanego* [w:] *Skuteczność oddziaływań penitencjarnych*, red. M. Kuć, Lublin 2009;
17. Nawój-Słeszyński A., *Warunkowe zwolnienie z odbycia kary skazanych odbywających karę pozbawienia wolności w różnych systemach jej wykonywania*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2015, t. XXXVI;
18. Nowosad A., *Praktyka stosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia w ocenie funkcjonariuszy służby więziennej* [w:] *Skuteczność oddziaływań penitencjarnych*, red. M. Kuć, Lublin 2009;
19. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
20. Rabinowicz L., *Podstawy nauki o więziennictwie*, Warszawa 1933;
21. Rodakiewicz W., *Warunkowe zwolnienie młodocianych z reszty kary pozbawienia wolności*, Kolonia 2005;
22. Ryba M., *Warunkowe zwolnienie w polskim prawie karnym*, Warszawa 1966;
23. Samborski E., *Forma postanowienia* [w:] *Zarys metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, E. Samborski [online], Warszawa, 24.10.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/monograph/369307120/238550>;
24. Szczygieł G.B., *Udział administracji zakładu karnego w postępowaniu w sprawach o warunkowe przedterminowe zwolnienie* [w:] *Skuteczność oddziaływań penitencjarnych*, red. M. Kuć, Lublin 2009;
25. Śliwowski J., *Prawo i polityka penitencjarna*, Warszawa 1982;
26. Tobis A., *Podstawy faktyczne orzeczeń o warunkowych zwolnieniach (według opinii więziennych i akt procesu karnego)*, Poznań 1968;

27. Wiktorska P., *Czekając na wokandę. Warunkowe przedterminowe zwolnienie młodocianych*, Warszawa 2010;
28. Wójcik D., *Stosowanie w postępowaniu karnym narzędzi diagnostyczno-prognostycznych służących oszacowaniu ryzyka powrotności do przestępstwa*, Warszawa 2012, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Wójcik-D_Ocena-ryzyka-ponownej-przest-1.pdf;
29. Zieliński M., *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2006, nr 3;
30. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012;
31. Zoll A., *Komentarz do art. 77 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna, t. I, część II, Komentarz do art. 53–116*, red. A. Zoll, wyd. V [online], Warszawa, 25.10.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587712971/510411>.

Marcin Wielec, Monika Horna-Cieślak, Paulina Masłowska*

Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego wprowadzonej ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego – wyniki badań aktowych**

1. WPROWADZENIE

13 czerwca 2013 r. Sejm przyjął ustawę o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego¹, której z jednych z celów była „ochrona małoletniego pokrzywdzonego przed wtórną wiktymizacją, utrwalaniem się w jego psychice traumatycznych przeżyć wywołanych popełnionym czynem zabronionym”². Wskazane założenie zostało zrealizowane poprzez modyfikację tzw. ochronnego trybu przesłuchania małoletniej osoby pokrzywdzonej przestępstwem (zmiana brzmienia art. 185a Kodeksu postępowania karnego³ oraz dodanie art. 147 § 2a i art. 185d k.p.k.), a także wydanie przez Ministra Sprawiedliwości na podstawie art. 185d § 2 k.p.k. rozporządzenia z 18.12.2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a–185c k.p.k.⁴. W konsekwencji przyjętych zmian wzmocniono prawnie chronioną pozycję najmłodszych osób uczestniczących w czynności przesłuchania poprzez wprowadzenie:

* Dr Marcin Wielec jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz adwokatem; Polska, ORCID 0000–0001–6716–3224, e-mail: m.wielec@uksw.edu.pl; mgr Monika Horna-Cieślak jest adwokatem, Polska, ORCID 0000–0001–6684–604X, e-mail: monika.horna-cieslak@adwokatura.pl; mgr Paulina Masłowska jest aplikantką radcowską, Polska, ORCID 0000–0003–2722–6168, e-mail: paulina.maslowska@poczta.onet.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 24.03.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 28.08.2019 r.

¹ Dz.U. z 2013 r. poz. 849 – dalej ustawa z 13.06.2013 r.

² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk sejmowy nr 998), s. 15, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=998> (dostęp: 1.03.2019 r.).

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.) – dalej k.p.k.

⁴ Dz.U. z 2013 r. poz. 1642 – dalej rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości.

- zasady ogólnej⁵, zgodnie z którą małoletniego przesłuchuje się tylko wtedy, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 185a § 1 k.p.k.);
- możliwości udziału w przesłuchaniu pełnoletniej osoby wskazanej przez małoletniego, jeśli jej obecność nie ograniczy swobody wypowiedzi składającego zeznania (art. 185a § 2 zd. 2 k.p.k.);
- zasady posiadania przez oskarżonego (podejrzanego) obrońcy w czasie przesłuchania małoletniego (jeżeli sprawca przestępstwa nie posiada obrońcy – sąd zobowiązany jest wyznaczyć mu obrońcę z urzędu) (art. 185a § 2 zd. 3 k.p.k.);
- bezwzględnie obligatoryjnego obowiązku utrwała się za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk przebiegu przesłuchania (art. 147 § 2a k.p.k.);
- bezwzględnie obligatoryjnego obowiązku polegającego na przeprowadzaniu przesłuchania w odpowiednio przystosowanym do tego celu pomieszczeniu w siedzibie sądu lub poza nią (art. 185d k.p.k. oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości)⁶;
- zasad dotyczących sposobu przygotowania przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego (rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości);
- obowiązku przesłuchiwania małoletniego w tzw. ochronnym trybie także w sprawach, w których został on pokrzywdzony przestępstwem popełnionym z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określonym w rozdziałach XXIII Kodeksu karnego⁷;
- obowiązku przesłuchiwania w ochronnym trybie także małoletniego, który w chwili składania zeznań ukończył 15 lat w sytuacji gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na jego stan psychiczny (art. 185a § 4 k.p.k., ustawodawca nie zastosował automatycznej możliwości składania przez małoletniego zeznań w ochronnym trybie i tym samym nadal może on zostać przesłuchany w tzw. zwykłym trybie określonym w art. 177 i n. k.p.k.).

Wprowadzenie nowych regulacji prawnych skłoniło zespół badawczy w składzie: adw. dr Marcin Wielec, adw. Monika Horna-Cieślak, mgr Paulina Masłowska oraz mgr Karolina Mosakowska do przeprowadzenia analizy empirycznej, której celem było poznanie praktyki przesłuchiwania małoletnich osób pokrzywdzonych przestępstwem w zmienionej rzeczywistości prawnej obowiązującej od 27.07.2015 r.⁸ Niniejszy artykuł stanowi prezentację uzyskanych wyników badań aktowych.

⁵ J. Mierzwińska-Lorencek, Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia, „Ius Novum” 2016/3, s. 256.

⁶ W artykule miejsce przystosowane do przesłuchania małoletnich będzie przywoływane jako Przyjazny Pokój Przesłuchań.

⁷ Ustawa z 6.06.19997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

⁸ Ustawa zmieniająca zasady przesłuchiwania małoletnich osób pokrzywdzonych przestępstwem weszła w życie z dniem 27.01.2014 r. Jednak regulacje odnoszące się do obligatoryjnego rejestrowania przesłuchania dziecka zaczęły obowiązywać od 27.01.2015 r., a odnoszące się do obligatoryjnego przeprowadzania tej czynności procesowej w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań od 27.07.2015 r. Tym samym nowe zasady dotyczące przesłuchiwania osób małoletnich pokrzywdzonych przestępstwem, w pełnym zakresie, weszły w życie z dniem 27.07.2015 r.

2. CHARAKTERYSTYKA PROWADZONYCH BADAŃ AKTOWYCH

W drugiej połowie 2018 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości były prowadzone badania aktowe, których celem było dokonanie analizy empirycznej w przedmiocie instytucji kuratora procesowego wykonującego prawa małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym.

Wyżej wymienionym badaniem zostały objęte m.in.⁹ akta spraw karnych z art. 207 k.k., zakończonych prawomocnie na etapie postępowania sądowego, jako ostatnie (w roku 2018, ewentualnie w latach poprzednich), w których to osobą pokrzywdzoną była osoba małoletnia reprezentowana przez kuratora procesowego, a postępowanie karne zostało wszczęte po 30.09.2015 r. Analizą objęto 151 spraw z 35 sądów rejonowych¹⁰ z 11 apelacji wraz z 151 aktami prokuratorskimi¹¹. W 101 z tych spraw karnych¹² doszło do co najmniej jednego przesłuchania małoletniej osoby pokrzywdzonego przestępstwem.

Kierownictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości podjęło decyzję o utworzeniu nowego zespołu badawczego i wykorzystaniu tak zebranego materiału badawczego do przeprowadzenia kolejnej analizy akt, której celem, jak już wskazano, było poznanie praktyki przesłuchiwanie małoletnich osób pokrzywdzonych przestępstwem w nowej rzeczywistości prawnej.

Prowadzone badania ukierunkowano na kwestię m.in.: trybu przesłuchania małoletnich, liczby ich przesłuchań, miejsca przesłuchania, sposobu utrwalania przesłuchania, przebiegu czynności przesłuchania. Tym samym badania nie skupiały się jedynie na analizie funkcjonowania przepisów prawnych wprowadzonych ustawą

⁹ Analizie zostały poddane również akta spraw opiekuńczych z art. 99 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy [Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.]), na podstawie których w ww. sprawach karnych został ustanowiony kurator procesowy (symbol 209).

¹⁰ SR dla Warszawy Woli, SR dla Warszawy Pragi-Południe, SR dla Warszawy Pragi-Północ, SR w Zambrowie, SR w Łomży, SR w Piszku, SR w Ostrołęce, SR w Nakle nad Notecią, SR w Malborku, SR w Chełmnie, SR w Toruniu, SR w Rudzie Śląskiej, SR w Tarnowskich Górach, SR w Będzinie, SR we Włoszczowie, SR w Oświęcimiu, SR w Limanowej, SR w Tarnowie, SR w Puławach, SR w Radzynie Podlaskim, SR w Mińsku Mazowieckim, SR w Brzezinach, SR w Krotoszynie, SR w Świebodzinie, SR w Zaganiu, SR w Leżajsku, SR w Rzeszowie, SR w Stalowej Woli, SR w Gorzowie Wielkopolski, SR w Międzyrzeczu, SR w Sulęcinie, SR dla Szczecina-Centrum, SR w Jeleniej Górze, SR w Nysie, SR w Oławie.

¹¹ Próba badawcza została przeprowadzona w drodze losowania akt spraw karnych z art. 207 § 1 k.k., w wyniku którego wybrano 44 sądy rejonowe z 11 apelacji dla próby 250 spraw. Do ww. sądów zwrócono się o nadesłanie wskazanej liczby akt spraw, z art. 207 k.k., zakończonych prawomocnie (niezależnie od tego, czy uprawomocniły się w I czy w II instancji) jako ostatnie (w roku 2018, ewentualnie w latach poprzednich, jeśli takich spraw byłoby w tym roku mniej), w których to osobą pokrzywdzoną była osoba małoletnia. Przesłane akta karne zostały poddane weryfikacji pod kątem spełnienia założeń badawczych (prawomocnie zakończona sprawa z art. 207 k.k., w której osobą pokrzywdzoną jest osoba małoletnia reprezentowana przez kuratora procesowego). Z powodu niespełnienia założeń badawczych (np. osobą pokrzywdzoną była osoba dorosła, małoletni nie był reprezentowany przez kuratora procesowego, czyn zabroniony nie dotyczył art. 207 k.k.) do badania zakwalifikowano 151 spraw z art. 207 k.k. z 35 sądów rejonowych z 11 apelacji wraz z 151 aktami prokuratorskimi.

¹² Do co najmniej jednego przesłuchania osoby małoletniej doszło ww. 101 spraw karnych z 32 sądów rejonowych z 11 apelacji prowadzonych w SR dla Warszawy-Woli (2 sprawy), SR dla Warszawy Pragi-Południe (1 sprawa), SR dla Warszawy Pragi-Północ (1 sprawa), SR w Łomży (5 spraw), SR w Piszku (2 sprawy), SR w Ostrołęce (4 sprawy), SR w Nakle nad Notecią (2 sprawy), SR w Malborku (3 sprawy), SR w Chełmnie (2 sprawy), SR w Toruniu (6 spraw), SR w Rudzie Śląskiej (1 sprawa), SR w Tarnowskich Górach (2 sprawy), SR w Będzinie (4 sprawy), SR we Włoszczowie (2 sprawy), SR w Oświęcimiu (6 spraw), SR w Limanowej (3 sprawy), SR w Tarnowie (10 spraw), SR w Puławach (5 spraw), SR w Radzynie Podlaskim (3 sprawy), SR w Mińsku Mazowieckim (6 spraw), SR w Brzezinach (4 sprawy), SR w Krotoszynie (2 sprawy), SR w Świebodzinie (3 sprawy), SR w Zaganiu (3 sprawy), SR w Leżajsku (3 sprawy), SR w Rzeszowie (4 sprawy), SR w Stalowej Woli (2 sprawy), SR w Gorzowie Wielkopolskim (3 sprawy), SR w Sulęcinie (2 sprawy), SR dla Szczecina-Centrum (1 sprawa), SR w Jeleniej Górze (2 sprawy), SR w Oławie (2 sprawy).

z 13.06.2013 r. oraz rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości, a na całokształcie obecnie obowiązujących zasad i trybów składania zeznań przez małoletnie osoby pokrzywdzone przestępstwem. Analizy były prowadzone z wykorzystaniem narzędzia badawczego w postaci kwestionariusza badań aktowych, który składał się z kilkudziesięciu pytań dostosowanych do badanej problematyki.

3. PODSTAWOWE REGULACJE PRAWNE DOTYCZĄCE PRZESŁUCHIWANIA MAŁOLETNIICH OSÓB POKRZYWDZONYCH PRZESTĘPSTWEM W NOWEJ RZECZYWISTOŚCI PRAWNEJ

Małoletni pokrzywdzeni w sprawach o przestępstwo stypizowane w art. 207 k.k. mogą być przesłuchiwani na podstawie trzech regulacji prawnych, których wybór jest determinowany przez wiek małoletniego pokrzywdzonego oraz jego stan psychiczny.

Małoletni pokrzywdzeni, którzy w chwili przesłuchania nie ukończyli 15. roku życia, składają zeznania w tzw. trybie ochronnym określonym w art. 185a § 1–3 k.p.k. Udział w czynności przesłuchania małoletnich, którzy w chwili przesłuchania ukończyli 15 lat reguluje art. 185a § 4 k.p.k. Wskazuje on, że dzieci powinny składać zeznania w ochronnym trybie gdy zachodzi uzasadniona obawa, iż przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wywrzeć negatywny wpływ na ich stan psychiczny. Natomiast małoletni pokrzywdzeni, którzy w chwili składania zeznań ukończyli 15 lat i nie zostali objęci dyspozycją art. 185a § 4 k.p.k. przesłuchiwani są w tzw. trybie zwykłym określonym przez art. 177 k.p.k. i n.

W literaturze przedmiotu¹³ wskazuje się, że istotą ochronnego trybu jest:

- co do zasady – jednorazowość przesłuchania;
- przeprowadzanie przesłuchania przez sąd na posiedzeniu;
- bezwzględnie obligatoryjny udział biegłego psychologa w przesłuchaniu;
- zamknięty katalog osób uczestniczących w przesłuchaniu;
- bezwzględnie obligatoryjne utrwalanie przebiegu przesłuchania za pomocą urządzania rejestrującego obraz i dźwięk (art. 147 § 2a k.p.k.);
- bezwzględnie obligatoryjne dokonanie przesłuchania w odpowiednio przystosowanym do tego celu pomieszczeniu w siedzibie sądu lub poza nią (art. 185d k.p.k. oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości).

Zgodnie z zasadą jednokrotnego składania zeznań – małoletniego przesłuchuje się tylko raz, chyba że wyjdą na jaw nowe okoliczności lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w trakcie pierwszej czynności procesowej. Konieczność ponownego odebrania zeznań od dziecka zachodzi najczęściej w przypadku spełnienia przesłanki braku obrońcy¹⁴. Należy zauważyć, że w sytuacji gdy do czynności procesowej dochodzi w fazie *in personam*, a sprawca przestępstwa nie ma ustanowionego obrońcy z wyboru, to występuje obligatoryjna przesłanka do ustanowienia obrońcy z urzędu na podstawie art. 185a § 2 k.p.k. Warto wskazać, że zgodnie

¹³ M. Horna, *Nowelizacja kodeksu postępowania karnego a ochrona małoletniego podczas przesłuchania*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2014/2, s. 14.

¹⁴ M. Kierski, *Jednokrotne przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. – zasada czy wyjątek?*, „Prokuratura i Prawo” 2018/11, s. 89.

z obecnie obowiązującą linią orzecniczą Sądu Najwyższego (dalej SN)¹⁵ złożenie wniosku o ponowne przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego jest oceniane jak każdy inny wniosek dowodowy, przez pryzmat przesłanek oddalenia wniosku wskazanych w art. 170 § 1 k.p.k.

Małoletniego przesłuchuje się wyłącznie wtedy, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Oznacza to, że organ procesowy powinien przeprowadzać tę czynność dowodową w ostateczności – gdy zachodzi konieczność uzyskania informacji wymaganych do ustalenia istoty czynu. Nie należy przeprowadzać przesłuchania małoletniego wyłącznie dla potwierdzenia niebudzącej wątpliwości wersji zdarzenia, wynikającej z zeznań innych świadków, oględzin, badania biegłych¹⁶.

Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego prowadzone jest przez sąd na posiedzeniu, niezależnie od tego, czy czynność odbywa się na etapie postępowania przygotowawczego czy jurysdykcyjnego. Na etapie postępowania przygotowawczego właściwość sądu ustalana jest zgodnie z normą z art. 329 § 1 k.p.k. Natomiast skład sądu na etapie jurysdykcyjnym określa art. 30 § 1 k.p.k.¹⁷

Dzieci pokrzywdzone przestępstwem składają zeznania w ochronnym trybie, z udziałem biegłego psychologa, którego rola powinna być aktywna¹⁸. Biegły powinien nawiązać kontakt z małoletnim przed przesłuchaniem, dbać o kondycję psychiczną małoletniego w trakcie prowadzenia czynności oraz udzielać sędziemu pomocy w formułowaniu pytań i pouczeń¹⁹. W postanowieniu o powołaniu biegłego organ procesowy określa ramy jego pracy poprzez wskazanie pytań, na które powinien odpowiedzieć²⁰. W orzecnictwie²¹ podkreśla się, że biegły powinien wypowiedzieć się na temat rozwoju psychicznego małoletniego, relacji emocjonalnych, które mu towarzyszą, zdolności w zakresie spostrzegania i odtwarzania spostrzeżeń. W literaturze przedmiotu²² wskazuje się także, że udział biegłego psychologa w czynności przesłuchania i analiza akt sprawy nie są wystarczające do psychologicznej oceny treści i formy zeznań dziecka. Konieczne jest również przeprowadzenie stosownych uzupełniających badań psychologicznych opiniowanego (po uzyskaniu od niego zgody) z wykorzystaniem obserwacji, wywiadu, standardowych technik psychometrycznych i projekcyjnych, a także przeprowadzenie wywiad z bezpośrednim opiekunem małoletniego.

¹⁵ Postanowienia SN: z 27.09.2016 r., V KK 246/16, Legalis nr 1533193; z 7.05.2013 r., III KK 380/12, OSNKW 2013/9, poz. 74; z 15.03.2012 r. III KK 244/11, OSNKW 2012/6, poz. 68; wyrok SN z 5.10.2010 r., IV KK 61/10, LEX nr 606313.

¹⁶ D. Gruszecka, *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis 2019.

¹⁷ A. Sakowicz, *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Legalis 2018.

¹⁸ R. Kosior, *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, „Prokuratura i Prawo” 2010/4, s.47.

¹⁹ A. Budzyńska, *Rola i zadania biegłego psychologa w przesłuchaniu małoletniego świadka* [w:] *Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym. Poradnik dla profesjonalistów*, „Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę” 2018, s. 45.

²⁰ T. Jaśkiewicz-Obydzińska, E. Wach, *Ekspertyza psychologiczna – obszary kontrowersji*, „Na wokandzie” 2014/23, <https://nawokandzie.ms.gov.pl> (dostęp: 13.03.2019 r.).

²¹ Wyrok SN z 1.12.2008 r., V KK 231/07, OSNKW 2008/4, poz. 27.

²² A. Budzyńska, *Jak przesłuchiwać dziecko. Poradnik dla profesjonalistów uczestniczących w przesłuchaniu dziecka*, „Fundacja Dzieci Niczyje” 2007, s. 2–21; J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010, s. 266; K. Eichstaedt, *Przesłuchanie pokrzywdzonego oraz świadka poniżej lat 15 w obecności biegłego psychologa* [w:] *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, red. K. Eichstaedt, P. Garlicki, A. Depko, Warszawa 2017, s. 159.

Obok sędziego i biegłego psychologa w przesłuchaniu małoletniego mogą wziąć udział: prokurator²³, obrońca oskarżonego (podejrzanego)²⁴, pełnomocnik pokrzywdzonego²⁵, tłumacz²⁶, protokolant²⁷. Osobami obecnymi mogą być także osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k.²⁸ oraz osoba pełnoletnia wskazana przez małoletniego, pod warunkiem że ich udział nie spowoduje ograniczenia swobody wypowiedzi dziecka. Tym samym w czynności procesowej nie może brać udział oskarżony (podejrzany). W pokoju z małoletnim przebywa sędzia, biegły psychologa, a także w razie potrzeby tłumacz²⁹, a za zgodą sędziego także osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k. oraz osoba pełnoletnia wskazana przez małoletniego³⁰.

Artykuł 147 § 2a k.p.k. nakłada obowiązek utrwalania za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego. Wprowadzenie tej regulacji prawnej było podyktowane koniecznością realizacji zasady bezpośredniości i prawa do obrony. Oskarżony, który nie może bezpośrednio uczestniczyć w przesłuchaniu dziecka, ma możliwość dokładnego prześledzenia przebiegu tej czynności dowodowej³¹.

Z przesłuchania dziecka sporządzany jest także protokół, który na podstawie art. 147 § 3 k.p.k. może mieć tzw. formę skróconą – ograniczoną do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących w niej udział. Czynność dowodowa jest przeprowadzana na posiedzeniu i tym samym, zgodnie z art. 149 § 1 k.p.k., protokół zaś powinien zostać podpisany tylko i wyłącznie przez sędziego oraz protokolanta.

Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół z tej czynności procesowej³².

Zgodnie z art. 185d k.p.k. małoletni składają zeznania w specjalnie przystosowanych do tego celu pomieszczeniach, których warunki zostały określone w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości. Przyjazny Pokój Przesłuchań może być usytuowany w siedzibie sądu, policji, prokuratury, instytucji państwowej lub samorządowej, a także organizacji pozarządowej zajmującej się udzielaniem pomocy małoletnim. Składa się on³³ z pokoju przesłuchań oraz pokoju technicznego. Dodatkowo, w sąsiedztwie pokoju przesłuchań powinna się znajdować poczekalnia i toaleta³⁴.

W związku z obowiązkiem rejestracji przesłuchania w trybie audio-wideo, pokój przesłuchań jest wyposażony w środki techniczne, umożliwiające utrwalanie obrazu i dźwięku z prowadzonej czynności, obserwowanie i słuchanie przebiegu czynności przez osoby przebywające w pokoju technicznym. Wystrój pokoju przesłuchań powinien być stonowany, zapewniać poczucie bezpieczeństwa oraz ułatwiać koncentrację uwagi. Miejsce przesłuchania powinno być wyposażone w meble dostosowane na potrzeby

²³ Art. 185a § 2 k.p.k.

²⁴ Art. 185a § 2 k.p.k.

²⁵ Art. 185a § 2 k.p.k.

²⁶ § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

²⁷ § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

²⁸ Tj. przedstawiciel ustawowy małoletniego – w zależności od okoliczności będą to: rodzice/rodzic, opiekun prawny, kurator procesowy albo osoba, pod której stałą pieczę dziecko pozostaje.

²⁹ § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

³⁰ § 5 ust. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

³¹ J. Mierzińska-Lorencka, *Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia*, „IUSNOVUM” 2016/3, s. 261.

³² Art. 185a § 3 k.p.k.

³³ § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

³⁴ § 7 ust. 1 pkt 2–3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości.

dzieci oraz dorosłych. Należy unikać umieszczania w nim zabawek, tj. elementów, które nadmiernie rozpraszają uwagę. Natomiast pokój techniczny powinien spełniać potrzeby wymiaru sprawiedliwości i być miejscem przestronnym. Osoby przebywające w tym pomieszczeniu muszą mieć zapewnioną możliwość obserwacji przesłuchania dzięki np. ekranowi, na który jest transmitowany obraz z kamery oraz dźwięk.

Jak zostało wskazane, małoletni pokrzywdzeni, którzy w chwili przesłuchania ukończyli 15 lat mogą być przesłuchiwać w warunkach ochronnych gdy zachodzi uzasadniona obawa, że składanie przez nich zeznania w innym trybie wywrze negatywny wpływ na ich stan psychiczny.

W literaturze przedmiotu³⁵ podnosi się, że przesłanka „uzasadnionej obawy” jest definiowana jako wysokie prawdopodobieństwo spowodowania trwałych lub przemijających zakłóceń czynności psychicznych. Przed przystąpieniem do przesłuchania organ powinien poczynić należyte ustalenia w tym zakresie i dostosować tryb przesłuchania na potrzeby małoletniego. Zdarza się, że z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, w jakim stanie psychicznym znajduje się małoletni np. z zebranej dokumentacji medycznej, zeznań świadków. Organ powinien również wziąć pod uwagę okoliczności popełnienia czynu. W sytuacji gdy organ nie dysponuje informacjami na temat stanu psychicznego małoletniego, powinien poczynić w tym zakresie ustalenia np. skontaktować się z rodzicem/opiekunem dziecka i ustalić w jakim stanie znajduje się małoletni, czy korzysta ze wsparcia psychologicznego. Organ może również zasięgnąć opinii biegłego na okoliczność stanu psychicznego dziecka³⁶.

Reasumując powyższe, małoletni pokrzywdzeni, którzy ukończyli 15 lat są przesłuchiwać w warunkach art. 185a § 1–3 k.p.k., gdy z materiału dowodowego wynika, że przesłuchanie na zasadach ogólnych może spowodować pogorszeniem ich stanu zdrowia psychicznego, a pokrzywdzeni poniżej 15. roku życia korzystają z ochronnego trybu obligatoryjnie³⁷.

Małoletni pokrzywdzeni, którzy w chwili składania zeznań ukończyli 15 lat i nie stwierdzono, aby udział w czynności dowodowej mógł wywrzeć negatywny wpływ na ich stan psychiczny, są przesłuchiwać w trybie zwykłym. Skorzystanie przez organ procesowy z trybu zwykłego w stosunku do małoletnich pokrzywdzonych w wieku 15–18 lat oznacza, że zostają oni pozbawieni środków ochronnych wynikających z art. 185a § 1–3 k.p.k.

Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w trybie zwykłym (art. 177 k.p.k. i n.) przeprowadza organ prowadzący dany etap postępowania karnego, tj. policja/prokuratura bądź sąd. Na etapie postępowania sądowego małoletni będą składać zeznania na sali sądowej, gdyż ich przesłuchanie odbywa się podczas rozprawy sądowej. Na etapie postępowania przygotowawczego przesłuchanie odbędzie się w siedzibie prokuratury bądź policji³⁸ – przepisy nie regulują kwestii pomieszczenia, w którym odbyć się ma czynność dowodowa i tym samym przesłuchanie może

³⁵ J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015.

³⁶ R. Stefański, S. Zabłocki, *Komentarz do art. 185 a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II, *Komentarz do art. 167–296*, red. R. Stefański, S. Zabłocki, LEX 2019.

³⁷ T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Artykuły 1–467. Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, LEX 2014.

³⁸ Np. § 176 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz.U. z 2017 r. poz. 1206 ze zm.).

mieć miejsce w znajdującym się na komisariacie policji bądź siedzibie prokuratury Przyjaznym Pokoju Przesłuchań.

Przepisy nie określają ścisłego kręgu osób uprawnionych do udziału w czynności przesłuchania osoby małoletniej i tym samym zastosowanie będą miały ogólne przepisy dotyczące przesłuchania świadków. W czynności procesowej nie będzie musiał bezwzględnie obligatoryjnie uczestniczyć biegły psycholog jednak, na mocy art. 192 § 2 k.p.k., organ prowadzący postępowanie może wezwać do udziału w przesłuchaniu psychologa, gdy zachodzą wątpliwości co do stanu psychicznego świadka, jego rozwoju umysłowego lub co do zdolności postrzegania i odtwarzania faktów³⁹. W przesłuchaniu może także uczestniczyć oskarżony/podejrzany, jednak na etapie postępowania sądowego; przewodniczący na podstawie art. 390 § 2 k.p.k. może zarządzić, aby na czas składania zeznań przez małoletniego oskarżony mógł opuścić salę sądową w przypadku gdy należy się obawiać, że obecność oskarżonego mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania małoletniego.

Czynność przesłuchania małoletniego jest zawsze protokolowana (art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k.). Małoletni nie podpisuje protokołu z zeznań składanych na etapie postępowania sądowego, gdyż zgodnie z art. 149 § 1 k.p.k. protokół taki podpisują wyłącznie przewodniczący składu orzekającego i protokolant. Natomiast protokół z czynności przesłuchania małoletniego na etapie postępowania przygotowawczego jest podpisywany przez wszystkie osoby biorące udział w czynności oraz podlega on uprzednio odczytaniu (art. 150 § 1 k.p.k.).

Z czynności przesłuchania nie sporządza się bezwzględnie obligatoryjnie nagrania obrazu i dźwięku, jednak możliwość taka nie jest wykluczona, gdyż, na mocy art. 147 § 1 k.p.k., przebieg czynności protokolowanych może być dodatkowo utrwalany za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk. Podkreślenia wymaga, że sporządzone w tym trybie nagranie nie gwarantuje zachowania zasady jednokrotnego przesłuchania⁴⁰.

W związku z realizacją zasady bezpośredniości postępowania karnego małoletni będzie przesłuchiwany co najmniej dwa razy – na etapie postępowania przygotowawczego oraz na etapie postępowania jurysdykcyjnego⁴¹. Liczba przesłuchań małoletniego nie jest w żaden sposób ograniczona, organ może prowadzić przesłuchanie wielokrotnie, za każdym razem gdy pojawią się nowe okoliczności, które mogą zostać wyjaśnione w drodze przesłuchania⁴². Przesłuchanie małoletniego nie jest także uzależnione od tego, czy jego zeznania mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

4. INFORMACJE WSTĘPNE O WARUNKACH PRZESŁUCHIWANIA MAŁOLETNIICH POKRZYWDZONYCH W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKTOWYCH

W poddanych analizie 151 postępowań karnych występowało 266 małoletnich pokrzywdzonych. Natomiast kontakt z organami postępowania karnego miało 146 dzieci

³⁹ M. Kurowski, *Komentarz do art. 192 [w:] Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX 2019.

⁴⁰ Z. Pachowicz, *Komentarz do art. 147 [w:] Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–166*, red. J. Skorupka, Legalis 2019.

⁴¹ T. Grzegorzczak, *Komentarz do art. 410 [w:] Kodeks...*, t. I...

⁴² O. Trocha, *Praktyka przesłuchiwania dzieci w Polsce. Raport z badań aktowych*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2011, s. 6.

uczestniczących w 164 przesłuchaniach. Tym samym 120 dzieci (45,2%) nie brało osobistego udziału w procedurach karnych.

W trakcie prowadzonych analiz ustalono, że odstępowano od przesłuchania małoletnich poniżej 4. roku życia, a także małoletnich, którzy nie byli jedynymi osobami pokrzywdzonymi w sprawie. Na liczbę przesłuchań dzieci miał także wpływ sposób zakończenia postępowania karnego (zastosowanie form konsensualizmu procesowego powodowało ograniczenie prowadzenia postępowania dowodowego). Zaobserwowano, że w takich sytuacjach zeznania składali wyłącznie pokrzywdzone osoby dorosłe bądź najstarsze dziecko z pokrzywdzonego rodzeństwa.

Małoletni najczęściej byli przesłuchiwi w trybie art. 185a § 1 k.p.k. (96 przesłuchań – 58,6%) bądź w trybie zwykłym (66 przesłuchania – 40,2%). Jedynie w 2 przypadkach (1,2%) małoletni uczestniczyli w procedurach prawnych w trybie art. 185a § 4 k.p.k.

Tabela 1 Tryb przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych		
Tryb przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego	L. bezwzgl.	Procenty
art. 185a § 1 k.p.k.	96	58,6
Tryb zwykły	66	40,2
art. 185a § 4 k.p.k.	2	1,2
Ogółem	164	100

Źródło: opracowanie własne.

Tryb przesłuchania dzieci powyżej 15. roku życia, jak już wspomniano, jest uzależniony od stanu psychicznego pokrzywdzonego. Należy więc wspomnieć, że akta sprawy zawierały materiały świadczące o stosowaniu drastycznych form przemocy wobec małoletnich (bicie po głowie, brzuchu, rękach, uderzanie pięścią w twarz, rzucanie/popychanie o ścianę, grożenie zabiciem lub uszkodzeniem ciała [słownie, ale także przystawianie noża do ciała dziecka], wyzywanie, obrażanie, wyrzucanie z domu, grożenie popełnieniem samobójstwa, utrudnianie egzystencji w domu (np. wyłączanie prądu, odcinanie wody, niszczenie wyposażenia domu).

5. PRZESŁUCHANIE MAŁOLETNIICH POKRZYWDZONYCH W TRYBIE ART. 185A § 1 K.P.K. W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKTOWYCH

W trybie art. 185a § 1 k.p.k. odbyło się 96 przesłuchań, w których udział wzięło 95 małoletnich. Wszystkie dzieci składały zeznania jeden raz w toku całego postępowania karnego.

Kontakt z organami postępowania karnego najczęściej posiadały dzieci w przedziale wiekowym 7–9 lat (31 dzieci – 32,7%), a najrzadziej w przedziale wiekowym 4–6 lat (10 dzieci – 10,5%). Małoletni w przedziale wiekowym 10–12 lat oraz 13–14 lat stanowiły każdorazowo grupę 27 dzieci (28,4%). Średnio małoletni pokrzywdzeni w chwili składania zeznań mieli 10,2 lat.

Tabela 2

Wiek małoletnich pokrzywdzonych w chwili składania zeznań w trybie art. 185a § 1 k.p.k.

Wiek małoletnich pokrzywdzonych	L. bezwzgl.	Procenty
4–6 lat	10	10,5
7–9 lat	31	32,7
10–12	27	28,4
13–14	27	28,4
Ogółem	95	100

Źródło: opracowanie własne.

Przesłuchanie małoletnich w 95 przypadkach (98,9%) odbyło się z inicjatywy organu postępowania karnego, w tym 91 przesłuchań (94,8%) na wniosek prokuratury, a 4 przesłuchania (4,2%) z inicjatywy sądu. W pierwszym przypadku małoletni relacjonował okoliczności popełnienia przestępstwa (1,1%) na skutek złożenia wniosku w tym przedmiocie przez matkę dziecka (tzw. rodzic niekrzywdzący⁴³).

Tabela 3

Inicjatywa przeprowadzenia przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.

Podmiot	L. bezwzgl.	Procenty
Prokuratura	91	94,8
Sąd	4	4,2
Matka dziecka	1	1
Ogółem	96	100

Źródło: opracowanie własne.

Dzieci najczęściej składały zeznania na etapie postępowania przygotowawczego (91 przesłuchań – 94,8%), a jedynie incydentalnie na etapie postępowanie sądowe (5 przesłuchań – 5,2%). W 49 przypadkach (51%) przesłuchanie małoletnich w trybie art. 185a § 1 k.p.k. odbyło się po przedstawieniu sprawcom zarzutów, a w 47 przypadkach (49%) opowiadali oni o okolicznościach popełnienia przestępstwa w fazie *in rem* postępowania karnego.

Tabela 4

Etap postępowania karnego a składanie zeznań przez małoletnich pokrzywdzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.

Etap składania zeznań	L. bezwzgl.	Procenty
Postępowanie przygotowawcze	91	94,8
Postępowanie sądowe	5	5,2
Ogółem	96	100

Źródło: opracowanie własne.

⁴³ Pojęcie „rodzic niekrzywdzący” stosowane jest na określenie rodzica niebędącego sprawcą przestępstwa i sprawującego bieżącą pieczę nad małoletnim.

Od podjęcia pierwszej czynności w sprawie⁴⁴ do złożenia zeznań przez osoby małoletnie miało najczęściej 68 dni, a średnio 98,2 dni. Najkrócej na kontakt z organami postępowania karnego dziecko czekało 8 dni, a najdłużej – 354 dni⁴⁵. W ciągu 1 miesiąca od podjęcia pierwszej czynności w sprawie odbyło się jedynie 9 przesłuchań (9,4%) osób małoletnich. Najwięcej przesłuchań dzieci odbyło się po 2 miesiącach od podjęcia pierwszej czynności w sprawie (71 czynności – 74%).

Tabela 5

Ile czasu minęło od 1 czynności w sprawie do złożenia zeznań przez małoletnich pokrzywdzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.?

Czas od pierwszej czynności w sprawie do złożenia zeznań przez małoletnich (w dniach)	L. bezwzgl.	Procenty
0	0	0
1–3	0	0
4–7	0	0
8–14	2	2,1
15–21	0	0
22–30	7	7,3
31–45	8	8,3
46–60	8	8,3
61–75	16	16,7
76–90	12	12,5
91–105	5	5,2
106–120	14	14,6
121–150	6	6,3
151–200	15	15,6
201–300	1	1
301–400	2	2,1
401–414	0	0
Ogółem	96	100

Źródło: opracowanie własne.

Przesłuchanie dzieci trwało najczęściej 10 minut, a średnio 24,2 minuty. W zdecydowanej większości spraw małoletni nie relacjonowali okoliczności popełnienia przestępstwa dłużej niż 30 minut (71 przesłuchań – 73,9%). Jedynie incydentalnie dzieci składały zeznania dłużej niż 1 godzinę (4 przesłuchania – 4,2%).

Dzieci we wszystkich przypadkach składały zeznania w obecności sędziego. W jednym przypadku (1,1%) dziecko składało zeznania bez udziału biegłego psychologa. W 92 czynnościach procesowych (95,8%) brali udział także prokuratorzy, w tym w 80 przypadkach (83,3%) prowadzący postępowania przygotowawcze. Każde przesłuchanie odbyło się w obecności protokolanta.

⁴⁴ Np. złożenie pisemnego/ustnego zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa

⁴⁵ 354 dnia odbyły się dwa przesłuchania osób małoletnich (rodzeństwo: 8-letni chłopiec oraz 4-letnia dziewczynki). Przesłuchania odbyły się na etapie postępowania sądowego. Małoletni brali udział w czynności procesowej z inicjatywy sądu. Było to pierwsze przesłuchanie dzieci w sprawie (nie składali oni zeznań na wcześniejszym etapie postępowania karnego).

Tabela 5a

Czas trwania przesłuchania prowadzonego w trybie art. 185a § 1 k.p.k.

Czas trwania przesłuchania małoletnich (w minutach)	L. bezwzgl.	Procenty
1–10	29	30,2
11–20	24	25
21–30	18	18,7
31–40	9	9,4
41–50	9	9,4
51–60	3	3,1
61–90	4	4,2
Ogółem	96	100

Źródło: opracowanie własne.

W 55 przypadkach (57,3%) dzieci składały zeznania w obecności kuratora procesowego, a w 4 przypadkach (4,2%) uczestniczył w jego zastępstwie aplikant/adwokat. W 8 przesłuchaniach (8,3%) kurator procesowy w ogóle nie brał udziału, a w odniesieniu do 5 czynności procesowych (5,2%) nie udało się ustalić tej informacji z materiału znajdującego się w aktach sprawy. W 24 przypadkach (25%) przesłuchanie odbyło się przed ustanowieniem kuratora procesowego w sprawie. Co szczególnie istotne i niepokojące, w 5 czynnościach procesowych (5,2%) brał udział sprawca przestępstwa na szkodę dziecka.

Na etapie prowadzenia czynności z udziałem dzieci było ustanowionych 34 obrońców, z czego 31 z nich (92%) wzięło udział w przesłuchaniach (nieobecnych było 3 obrońców ustanowionych z urzędu na podstawie art. 78–80 k.p.k.). Dzieci składały zeznania w obecności: 20 obrońców ustanowionych z urzędu na podstawie art. 78–80 k.p.k., 4 obrońców ustanowionych z wyboru, 7 obrońców ustanowionych na podstawie znowelizowanego art. 185a § 2 k.p.k. W żadnej z analizowanych spraw nie zaobserwowano, aby sprawca przestępstwa nie posiadał ustanowionego obrońcy podczas przesłuchania dziecka w sytuacji gdy postępowanie karne toczyło się w fazie *in personam*. Małoletni nie byli reprezentowani przez pełnomocników i tym samym nie brali oni udziału w czynnościach z udziałem dzieci.

Analiza protokołów oraz nagrań z przesłuchań pozwoliła stwierdzić, że uczestnikami czynności procesowych z udziałem dzieci byli także: w 25 przypadkach (26%) przedstawiciele ustawowi małoletnich (tzw. rodzic niekrywdzący), w 2 przypadkach rodzeństwo (2,1%), a w jednym przypadku (1%) opiekun faktyczny (członek rodziny zastępczej). Z akt nie wynikało, aby małoletni korzystali z prawa wskazania, by w ich przesłuchaniu uczestniczyła osoba pełnoletnia.

W trakcie prowadzonych badań próbowano także ustalić, kto przebywał w pokój przesłuchań z dzieckiem. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie okazało się jednak bardzo trudne, ponieważ protokoły nie zawierały informacji na temat miejsca przebywania uczestników tej czynności procesowej. Dodatkowo, w zdecydowanej większości spraw, przesłuchanie było nagrywane w taki sposób, że nie był widoczny cały pokój przesłuchań. Zebrany materiał pozwolił na ustalenie, że w pokoju z osobą małoletnią przebywał sędzia (74 przesłuchania – 77%), biegły psycholog (73 przesłuchania – 76%),

protokolant (13 przesłuchań – 13,5%), prokurator (11 przesłuchań – 11,4%), rodzic niekrzywdzący (4 przesłuchania – 4,2%), kurator procesowy (3 przesłuchania – 3,1%).

Tabela 6

Osoby uczestniczące w przesłuchaniu małoletnich pokrzywdzonych prowadzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.¹

Osoba uczestnicząca w przesłuchaniu	L. bezwzgl.	Procenty (96)
Sędzia	96	100
Protokolant	96	100
Biegły psycholog	95	98,9
Prokurator	92	95,8
Kurator procesowy	55	57,3
Obrońca	31	32,3
Rodzic niekrzywdzący	25	26
Sprawca przestępstwa	5	5,2
Aplikant w zastępstwie kuratora procesowego	4	4,2
Rodzeństwo	2	2,1
Opiekun faktyczny	1	1

¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 7

Osoby przebywające razem z małoletnimi pokrzywdzonymi w pokoju przesłuchań podczas składania przez nich zeznań w trybie art. 185a § 1 k.p.k.¹

Osoba przebywająca w pokoju przesłuchań	L. bezwzgl.	Procenty (96)
Sędzia	74	77
Biegły psycholog	73	76
Protokolant	13	13,5
Prokurator	11	11,4
Rodzic niekrzywdzący	4	4,2
Kurator procesowy	3	3,1

¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru.

Źródło: opracowanie własne.

Zauważono, że przesłuchania małoletnich jedynie w 7 przypadkach (7,3%) nie były nagrywane, a w jednym przypadku (1%) nie wynikało z akt, czy czynność procesowa była rejestrowana.

Z każdego przesłuchania osoby małoletniej w aktach sprawy odnaleziono protokół z przeprowadzenia tej czynności procesowej. W 2 przypadkach nie był to oryginał protokołu, lecz jedynie jego niekompletne kopie

W 62 przypadkach (64,6%) protokół ten posiadał formę pełną, a w pozostałych 34 przypadkach (35,4%) formę skróconą.

Protokół z przesłuchania dzieci podpisali: sędzia (87 przypadków – 90,6%), protokolant (87 przypadków – 90,6%), biegły psycholog (39 przypadków – 40,6%), prokurator (36 przypadków – 37,5%), składający zeznania małoletni (32 przypadki

– 33,3%), kurator procesowy (22 przypadki – 22,9%), rodzic niekrzywdzący (5 przypadków – 5,2%), obrońca (5 przypadków – 5,2%). W 2 przypadkach (2,1%) w aktach nie odnaleziono oryginałów protokołów, a jedynie ich niekompletne kopie. Na kopiach protokołów zapisano „właściwe podpisy na protokole” i tym samym nie wynikało z akt, kto złożył podpisy.

Tabela 8

Osoby podpisujące protokół z czynności przesłuchania małoletnich prowadzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.¹

Osoba podpisująca protokół przesłuchania	L. bezwzgl.	Procenty (96)
Sędzia	87	90,6
Protokolant	87	90,6
Biegły psycholog	39	40,6
Prokurator	36	37,5
Małoletni składający zeznania	32	33,3
Kurator procesowy	22	22,9
Rodzic niekrzywdzący	5	5,2
Obrońca	5	5,2

¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru.

Źródło: opracowanie własne.

W zdecydowanej większości spraw małoletni składali zeznania w budynkach sądów (73 przesłuchania – 76%). Dzieci brały udział w czynnościach procesowych także w budynkach: Domów Dziecka (5 przesłuchań – 5,2%), komisariatów policji (2 przesłuchania – 2,1%), w siedzibach organizacji pozarządowych (2 przesłuchania – 2,1%) bądź w Opiniodawczym Zespole Sądowych Specjalistów (jedno przesłuchanie – 1%). W przypadku 13 przesłuchań (13,6%) materiał zebrany w aktach sprawy nie pozwolił na ustalenie miejsca składania zeznań przez dzieci.

Przeprowadzone badania wykazały, że 64 przesłuchania (66,7%) odbyły się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań. W 13 przypadkach (13,5%) dzieci nie składały zeznań w bezpiecznych warunkach – przesłuchania odbywały np. w sali sądowej bądź w gabinecie sędziego. W przypadku 19 przesłuchań (19,8%) nie było możliwe ustalenie, czy małoletni składali zeznania w dostosowanych do tych celów pomieszczeniach (brak informacji wynikał z niemożności odtworzenia płyty z przesłuchania dziecka, jej braku bądź niezarejestrowania tej czynności procesowej).

Tabela 9

Wykorzystanie Przyjaznego Pokoju Przesłuchań podczas przesłuchania małoletnich prowadzonych w trybie art. 185a § 1 k.p.k.

Wykorzystanie Przyjaznego Pokoju Przesłuchań	L. bezwzgl.	Procenty
Przesłuchanie odbyło się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań	64	66,7
Nie wynikało z akt	19	19,8
Przesłuchanie nie odbyło się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań	13	13,5
Ogółem	96	100

Źródło: opracowanie własne.

W aktach sprawy nie odnaleziono 15 opinii psychologicznych (15,6%), sporządzonych po przesłuchaniu dziecka. Zauważono także, że 37 opinii (45,7%) zostało wydanych tylko i wyłącznie na podstawie udziału biegłego psychologa w czynności przesłuchania dziecka oraz analizy akt sprawy. W przypadkach tych biegli psychologowie nie dokonali więc uzupełniających badań psychologicznych dziecka ani nie przeprowadzili wywiadów z małoletnimi bądź ich opiekunami.

6. PRZESŁUCHANIE MAŁOLETNIICH POKRZYWDZONYCH W TRYBIE ART. 185A § 4 K.P.K. W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKTOWYCH

W trybie art. 185a § 4 k.p.k. odbyły się 2 przesłuchania, w których udział wzięło dwóch małoletnich w wieku 15 (dziewczyna) i 16 lat (chłopiec). Dzieci jednokrotnie relacjonowały okoliczności popełnienia przestępstwa.

Materiał zebrany w aktach sprawy nie pozwolił na udzielenie odpowiedzi na pytanie – dlaczego organ prowadzący postępowanie zdecydował o przesłuchaniu małoletnich w warunkach ochronnych. Można jedynie domniemywać, że organy postępowania, mając świadomość okoliczności popełnienia przestępstwa, zdecydowały o otoczeniu małoletnich właściwą dla nich ochroną.

Oba przesłuchania odbyły się na etapie postępowania przygotowawczego, na wniosek organu prowadzącego postępowanie karne, w fazie *in personam*. Dzieci składały zeznania w 37. dniu (chłopiec) i w 55. dniu (dziewczyna) po dokonaniu pierwszej czynności w sprawie. Średnio małoletni czekali więc na przesłuchanie 46 dni. Przesłuchanie dzieci trwało 18 minut (dziewczyna) i 20 minut (chłopiec).

Dzieci we wszystkich przypadkach składały zeznania w obecności sędziego, biegłego psychologa, prokuratora, protokolanta. W przesłuchaniu dziewczyny brał udział także kurator procesowy. Natomiast kurator procesowy nie został ustanowiony przed składaniem zeznań przez chłopca. W momencie składania zeznań przez chłopca w sprawie był ustanowiony obrońca z urzędu, jednak nie stawił się on na przesłuchanie. Mimo że dziewczyna składała zeznania na okoliczność popełnienia przestępstwa przez podejrzanego, nie został wyznaczony obrońca z urzędu na podstawie art. 185a § 2 k.p.k. w zw. z art. 185a § 4 k.p.k. W pomieszczeniu z dziećmi, we wszystkich przypadkach, przebywali wyłącznie sędzia oraz biegły psycholog.

Małoletni każdorazowo składali zeznania w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań, który był zlokalizowany w budynku sądu. Przesłuchania były rejestrowane, a z czynności procesowych był sporządzany także protokół.

Protokół z przesłuchania chłopca miał wersję pełną, a z przesłuchania dziewczyny wersję skróconą. Każdy protokół został podpisany przez sędziego, biegłego psychologa, dziecko, prokuratora, zaś protokół z przesłuchania dziewczyny został podpisany także przez kuratora procesowego.

Po złożeniu zeznań przez dzieci w aktach sprawy znajdowała się opinia psychologiczna sporządzona przez biegłego. W każdym przypadku została ona wydana po obserwacji małoletnich podczas przesłuchania oraz po dokonaniu innych czynności – przeprowadzenia uzupełniających badań psychologicznych dziecka czy przeprowadzenia wywiadów z małoletnimi bądź ich opiekunami.

7. PRZESŁUCHANIE MAŁOLETNICH POKRZYWDZONYCH W TRYBIE ZWYKŁYM W ŚWIELE WYNIKÓW BADAŃ AKTOWYCH

W trybie zwykłym odbyło się 66 przesłuchań, w których udział wzięło 49 małoletnich, których stan psychiczny w żadnej z badanych spraw nie był poddawany analizie w celu ustalenia, czy mogą oni składać zeznania w trybie zwykłym.

Wskazane ustalenie jest o tyle niepokojące, bo gdy weźmie się pod uwagę okoliczności popełnienia przestępstwa na szkodę dzieci – przypomnijmy – akta sprawy zawierały materiał świadczący o stosowaniu drastycznych form przemocy wobec małoletnich (bicie po głowie, brzuchu, rękach, uderzanie pięścią w twarz, rzucanie/popychanie o ścianę, grożenie zabiciem lub uszkodzeniem ciała [słownie, ale także przystawianie noża do ciała dziecka], wyzywanie, obrażanie, wyrzucanie z domu, grożenie popełnieniem samobójstwem, utrudnianie egzystencji w domu [np. wyłączanie prądu, odcinanie wody, niszczenie wyposażenia domu]).

Należy także wskazać, że np. w zwykłym trybie odbyło się przesłuchanie dziecka będącego na przepustce podczas pobytu w szpitalu psychiatrycznym. W aktach sprawy znajdował się także materiał, z którego wynikało, że dziecko ma myśli samobójcze oraz, iż lekarze z powodu złego stanu zdrowia małoletniego nie są w stanie określić, kiedy zakończy się jego pobyt w szpitalu psychiatrycznym. Małoletni także i w tym przypadku nie został przesłuchany w ochronnych warunkach.

Kontakt z organami postępowania karnego posiadały najczęściej dzieci w przedziale wiekowym 16–17 lat (52 przypadki – 78,8%). Odbyło się także 14 przesłuchań (21,2%) małoletnich w wieku 13–15 lat. Średnio dzieci w chwili składania zeznań miały 16,2 lat. Należy także zauważyć, że nie zanotowano żadnego przypadku przesłuchania pokrzywdzonego poniżej 13. roku życia a także, że 2 małoletnich (oboje w wieku 14 lat) relacjonowało okoliczności popełnienia przestępstwa w trybie zwykłym, mimo że z dyspozycji art. 185a § 1 k.p.k. wprost wynika, iż powinni oni składać zeznania w warunkach ochronnych.

Tabela 10 Wiek małoletnich pokrzywdzonych w chwili składanie zeznań w trybie zwykłym		
Wiek małoletnich pokrzywdzonych	L. bezwzgl.	Procenty
14	2	3
15	12	18,2
16	24	36,4
17	28	42,4
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

33 dzieci (67,3%) zostało przesłuchanych tylko raz w toku prowadzonego postępowania karnego (30 razy małoletni składali zeznania na etapie postępowania przygotowawczego, a 3 razy na etapie postępowania sądowego). Natomiast 15 dzieci (30,6%) składało zeznania dwukrotnie (na etapie postępowania przygotowawczego odbyło się 6 przesłuchań, a na etapie postępowania sądowego odbyło się

9 przesłuchań). Jedno dziecko (2,1%) składało zeznania aż trzy krotnie – każde przesłuchanie odbyło się na etapie postępowania przygotowawczego.

W 54 przypadkach (81,8%) małoletni składali zeznania na etapie postępowania przygotowawczego, a w 12 przypadkach (18,1%) na etapie postępowania sądowego. 45 przesłuchań (68,2%) odbyło się na etapie *in personam*.

Tabela 11

Etap postępowania karnego a składanie zeznań przez małoletnich pokrzywdzonych w trybie zwykłym?

Etap składania zeznań	L. bezwzgl.	Procenty
Postępowanie przygotowawcze	54	81,8
Postępowanie sądowe	12	18,2
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

W 61 przypadkach (94,4%) dzieci składały zeznania z inicjatywy organu prowadzącego postępowanie karne. W 4 przypadkach (6,1%) małoletni sami zgłosili się na komisariat policji. Z akt wynikało, że dzieci te chciały uzupełnić uprzednio złożone zeznania bądź poinformować, że sprawca nie zaprzestał stosowania przemocy. W jednym przypadku (1,5%) przesłuchanie odbyło się na wniosek podejrzanego.

Tabela 12

Inicjatywa przeprowadzenia przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych w trybie zwykłym

Podmiot	L. bezwzgl.	Procenty
Organ prowadzący postępowanie karne	61	94,4
Małoletni	4	6,1
Podejrzany	1	1,5
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

W toku prowadzonych analiz ustalono, że średnio małoletni oczekiwali na złożenie zeznań 88,4 dni od podjęcia pierwszej czynności w sprawie. Najczęściej małoletni składali zeznania tego samego dnia, w którym doszło do zainteresowania sprawą organów postępowania karnego. Okoliczność ta wynikała z faktu, że większość postępowań karnych rozpoczynało się od interwencji domowej policji. 11 przesłuchań (16,7%) odbyło się w tym samym dniu, w którym odbyła się pierwsza czynność w sprawie. W ciągu 1 miesiąca od pierwszej czynności w sprawie przeprowadzono 29 przesłuchań (43,9%). Natomiast aż w 9 przypadkach (13,5%) małoletni składali zeznania po upływie 200 dni od dokonania pierwszej czynności w sprawie. Najpóźniej dziecko, w analizowanych sprawach, było przesłuchane 414 dnia⁴⁶.

⁴⁶ 414 dnia odbyło się 2 przesłuchanie małoletniego chłopca. Po raz pierwszy chłopiec składał zeznania w wieku 16 lat, w trybie zwykłym, 155 dnia od podjęcia pierwszej czynności w sprawie. Przesłuchanie odbyło się na etapie postępowania przygotowawczego z inicjatywy organu prowadzącego ten etap postępowania karnego. Po raz drugi chłopiec składał zeznania w wieku 17 lat 5 miesięcy, w trybie zwykłym, właśnie 414 dnia

Tabela 13

Ile czasu minęło od 1 czynności do złożenia zeznań przez małoletnich pokrzywdzonych w trybie zwykłym?

Czas od pierwszej czynności w sprawie do złożenia zeznań przez małoletnich (w dniach)	L. bezwzgl.	Procenty
0	11	16,7
1–3	12	18,2
4–7	1	1,5
8–14	2	3,0
15–21	1	1,5
22–30	2	3,0
31–45	5	7,6
46–60	4	6,1
61–75	3	4,5
76–90	5	7,6
91–105	3	4,5
106–120	1	1,5
121–150	2	3,0
151–200	5	7,6
201–300	3	4,5
301–400	3	4,5
401–414	3	4,5
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

Przesłuchanie dzieci trwało najczęściej 35, 45 i 60 minut (po 6 przypadków), a średnio 51,9 minut. Małoletni aż w 72,7% przypadków (48 przesłuchań) relacjonowali okoliczność popełnienia przestępstwa dłużej niż 30 minut, a w co czwartym przypadku trwało ono dłużej niż 1 godzinę (18 przesłuchań – 27,2%). Na etapie postępowania przygotowawczego przesłuchanie średnio trwało 48,8 minut, a najczęściej 35 oraz 45 minut. Na etapie postępowania sądowego małoletni składali zeznania średnio 66 minut, zaś najczęściej 60 minut.

Tabela 14

Czas trwania przesłuchania prowadzonego w trybie zwykłym

Czas trwania przesłuchania małoletnich (w minutach)	L. bezwzgl.	Procenty
1–10	6	9,1
11–20	7	10,6
21–30	5	7,6
31–40	11	16,7

od podjęcia pierwszej czynności w sprawie. Przesłuchanie odbyło się na etapie postępowania sądowego na wniosek obrońcy oskarżonego. Chłopiec składał zeznania przeciwko swojemu ojczymowi, który stosował wobec niego przemoc psychiczną oraz fizyczną. Chłopiec był jedyną osobą pokrzywdzoną w sprawie.

Tabela 14 cd.

Czas trwania przesłuchania prowadzonego w trybie zwykłym

Czas trwania przesłuchania małoletnich (w minutach)	L. bezwzgl.	Procenty
41–50	7	10,6
51–60	12	18,2
61–90	10	15,1
91–120	7	10,6
121–283	1	1,5
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 15

Czas trwania przesłuchania prowadzonego w trybie zwykłym na etapie postępowania przygotowawczego

Czas trwania przesłuchania dziecka (w minutach)	L. bezwzgl.	Procenty
1–10	4	7,4
11–20	7	13
21–30	4	7,4
31–40	10	18,5
41–50	6	11,1
51–60	7	13
61–90	10	18,5
91–120	6	11,1
121–283	0	0
Ogółem	54	100

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 16

Czas trwania przesłuchania prowadzonego w trybie zwykłym na etapie postępowania sądowego

Czas trwania przesłuchania małoletnich (w minutach)	L. bezwzgl.	Procenty
1–10	2	16,7
11–20	0	0
21–30	1	8,3
31–40	1	8,3
41–50	1	8,3
51–60	5	41,8
61–90	0	0
91–120	1	8,3
121–283	1	8,3
Ogółem	12	100

Źródło: opracowanie własne.

W przesłuchaniach małoletnich uczestniczyli: policjant (51 przypadków – 77,3%), sędzia (12 przypadków – 18,2%), protokolant (12 przypadków – 18,2%), biegły psycholog (10 przypadków – 15,2%), prokurator (8 przypadków – 12,1%). Ustalono, że w 6 przypadkach (9,1%) małoletni składali zeznania w obecności oskarżonego.

W momencie prowadzenia czynności z udziałem dzieci było ustanowionych 11 obrońców. Podczas przesłuchania było obecnych 7 obrońców (10,6%), w tym w 2 przypadkach był to obrońca z urzędu, a w 5 przypadkach obrońca z wyboru.

W chwili składania zeznań przez dzieci było ustanowionych także 23 kuratorów procesowych. W 11 przypadkach (16,7%) kurator nie brał udziału w przesłuchaniu, a w 9 przypadkach (13,6%) osobiście wziął udział w tej czynności. W odniesieniu do 3 przesłuchań (4,5%) nie udało się ustalić obecności kuratora podczas przesłuchania z akt sprawy. W pozostałych 43 przypadkach (65,2%) małoletni składali zeznania przed ustanowieniem kuratora procesowego w sprawie.

Ustalono także, że w 7 przesłuchaniach (10,6%) brała udział matka (rodzic niekrzywdzący), w 2 przesłuchaniach (3%) pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego (pełnomocnik reprezentował innego pokrzywdzonego niż małoletni), a w jednym przesłuchaniu (1,5%) oskarżyciel posiłkowy (inny pokrzywdzony niż małoletni).

Tabela 17 Osoby uczestniczące w przesłuchaniu małoletnich pokrzywdzonych prowadzonych w trybie zwykłym ¹		
Osoba uczestnicząca w przesłuchaniu	L. bezwzgl.	Procenty (66)
Policjant	51	77,3
Sędzia	12	18,2
Protokolant	12	18,2
Biegły psycholog	10	15,2
Kurator procesowy	9	13,6
Prokurator	8	12,1
Obrońca	7	10,6
Rodzic niekrzywdzący	7	10,6
Sprawca przestępstwa (oskarżony)	6	9,1
Pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego (pełnomocnik reprezentował innego pokrzywdzonego niż małoletniego)	2	3
Oskarżyciel posiłkowy (inny pokrzywdzony niż małoletni)	1	1,5

¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru.

Źródło: opracowanie własne.

W przesłuchaniu małoletnich na etapie postępowania przygotowawczego uczestniczyli: policjant (51 przypadków – 94,4%), prokurator (3 przypadki – 5,6%), biegły psycholog (9 przypadków – 16,7%), obrońca (jeden przypadek – 1,9%), kurator procesowy (3 przypadki – 5,6%), rodzic niekrzywdzący (7 przypadków – 13%),

Natomiast w czynności dowodowej na etapie postępowania sądowego uczestniczyli: sędzia (12 przypadków – 100%), prokurator (5 przypadków – 41,7%), protokolant (12 przypadków – 100%), biegły psycholog (jeden przypadek – 8,3%),

oskarżony (6 przypadków – 50%), obrońca (6 przypadków – 50%), kurator procesowy (6 przypadków – 50%), pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego (pełnomocnik reprezentował innego pokrzywdzonego niż dziecko, 2 przypadki – 16,7%), oskarżyciel posiłkowy (inny pokrzywdzony niż dziecko, jeden przypadek – 8,3%).

W toku prowadzonych badań ustalono, że 63 przesłuchania (95,5%) nie zostały zarejestrowane. Obraz i dźwięk utrwalono jedynie w 3 przypadkach (4,5%).

Każda czynność procesowa została natomiast zaprotokołowana (100%). Protokół w 64 przypadkach (97%) miał formę pełną, a w 2 przypadkach (3%) formę skróconą.

Protokół z przesłuchania dzieci podpisali: składający zeznania małoletni (53 przypadki – 80,3%), policjant (49 przypadków – 74,2%), sędzia (11 przypadków – 16,7%), protokolant (11 przypadków – 16,7%), prokurator (3 przypadki – 4,5%), biegły psycholog (9 przypadków – 13,6%), rodzic (6 przypadków – 9,1%), obrońca (jeden przypadek – 1,5%).

Protokół z przesłuchania małoletniego na etapie postępowania przygotowawczego podpisali: małoletni (53 przypadki – 98,1%), policjant (49 przypadków – 90,7%), prokurator (3 przypadki – 5,6%), biegły psycholog (9 przypadków – 16,7%), rodzic (6 przypadków – 11,1%), obrońca (jeden przypadek – 1,9%).

Protokół z przesłuchania małoletniego na etapie postępowania sądowego podpisali: sędzia (11 przypadków – 91,7%), protokolant (11 przypadków – 91,7%),

Tabela 18

Osoby podpisujące protokół z czynności przesłuchania małoletnich prowadzonych w trybie zwykłym¹

Osoba podpisująca protokół przesłuchania	L. bezwzgl.	Procenty (66)
Małoletni	53	80,3
Policjant	49	74,2
Sędzia	11	16,7
Protokolant	11	16,7
Biegły psycholog	9	13,6
Rodzic	6	9,1
Prokurator	3	4,5
Obrońca	1	1,5

¹ Pytanie miało charakter wielokrotnego wyboru.

Źródło: opracowanie własne.

Dzieci najczęściej składały zeznania w komisariacie policji (51 przypadków – 77,3%). Małoletni byli także przesłuchiwać w budynku sądu (12 przypadków – 18,2%). Materiał zebrany w aktach sprawy nie pozwolił na ustalenie miejsca przeprowadzania 3 czynności procesowych (4,5%).

Materiał zebrany w aktach sprawy w przypadku 31 przesłuchań (47%) nie pozwolił także na ustalenie, w jakim pomieszczeniu małoletni składali zeznania. Ustalono jedynie, że jedno przesłuchanie (1,5%) odbyło się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań, a w przypadku 34 przesłuchań (51,5%) nie skorzystano z możliwości wykorzystania tych przyjaznych pomieszczeń – dzieci składały więc zeznania np. na sali sądowej bądź w gabinecie prokuratora/policjanta. Trudność ustalenia

powyższych danych wynikała z braku rejestracji obrazu przesłuchania (odtworzenie nagrania pozwala odpowiedzieć na to pytanie badawcze), a także nieoznaczania w protokołach tych danych.

Tabela 19

Miejsce przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych w trybie zwykłym

Miejsce przesłuchania małoletnich	L. bezwzgl.	Procenty
Komisariat policji	51	77,3
Budynek sądu	12	18,2
Nie wynikało z akt	3	4,5
Ogółem	66	100

Źródło: opracowanie własne.

Jak zostało wskazane, biegły psycholog brał udział w 10 czynnościach procesowych (15,2%). W aktach sprawy odnaleziono 8 opinii psychologicznych. W 2 przypadkach z akt postępowania nie wynikało, czy została sporządzona opinia. Trzy z 8 opinii zostało wydanych po przeprowadzeniu także innych czynności, niż tylko obserwacja małoletniego podczas przesłuchania przez psychologa czy analiza akt sprawy.

8. ZAOBSEKOWANE DOBRE ORAZ ZŁE PRAKTYKI ZWIĄZANE Z PRZESŁUCHIWANIEM MAŁOLETNIICH OSÓB POKRZYWDZONYCH PRZESTĘPSTWEM

Przeprowadzone analizy pozwoliły także na wyszczególnienie dobrych i złych praktyk, związanych z udziałem dzieci pokrzywdzonych przestępstwem w czynności przesłuchania. Pytanie o dobre i złe praktyki miało charakter opisowy. Badacze samodzielnie decydowali o tym, jakie sytuacje/okoliczności powinny zostać wyszczególnione, a następnie przedstawione jako inspirujące bądź niedopuszczalne w kontakcie z osobami małoletnimi.

A. Dobre praktyki

- W protokole z przesłuchania dziecka przeprowadzonego w trybie art. 185a § 1 k.p.k. znalazła się adnotacja: „przewodnicząca oświadcza, że psycholog oświadczył, że odbył rozmowę wstępną z dzieckiem, wyjaśnił zasady przebiegu przesłuchania i stwierdził, że świadek jest w stanie brać udział w czynności”. Zwraca uwagę umieszczenie w protokole informacji na temat przygotowania małoletniego do przesłuchania – umieszczenie tej informacji w protokole przypomina o konieczności wypełnienia ww. obowiązków przez biegłego psychologa oraz odzwierciedla, jakie czynności były podejmowane w związku z przesłuchaniem dziecka;
- prokuratura złożyła do sądu wniosek o przesłuchanie małoletniego w trybie art. 185a § 1 k.p.k. Sąd nie uwzględnił wniosku prokuratury

o przesłuchanie dziecka, ponieważ „asesor przekazując wniosek o przesłuchanie małoletniego świadka nie dołączył do wniosku postanowienia Sądu Rejonowego, Wydział Rodzinnych i Nieletnich, odnośnie wyznaczenia dla małoletniego świadka kuratora z uwagi na wiek i sytuację rodzinną. Z tych względów dowodu nie da się przeprowadzić do czasu ustanowienia kuratora reprezentującego małoletniego. Podkreślenia wymaga, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy powinny mieć zastosowanie wywoływy Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały z dnia 30.09.2010 roku I KZP 10/10 i uzasadnienie wyroku z dnia 01.12.2010 roku III KK 315/09 LEX 686665”. Działanie sądu wskazując na właściwą i niezwykle pożądaną praktykę przesłuchiwanie małoletnich dopiero w sytuacji gdy są oni reprezentowani w sposób zgodny z prawem;

- niektórzy sędziowie prowadzili przesłuchanie w sposób dostosowany zarówno do potrzeb dziecka, jak i do potrzeb wymiaru sprawiedliwości. Sędziowie potrafili stworzyć przyjazną, bezpieczną atmosferę. Rozmawiali z dzieckiem zgodnie z zasadami przesłuchiwanie osób małoletnich⁴⁷. Pozwalali małoletnim swobodnie się wypowiedzieć, nie oceniali ich wypowiedzi. Podążali za narracją dziecka. Sędziowie potrafili rozmawiać na tematy neutralne, aby następnie przejść do wątków związanych z popełnieniem czynu zabronionego. Sędziowie wykazywali się wrażliwością na potrzeby osób małoletnich. Podczas obserwacji niektórych przesłuchań uwagę zwracał także strój sędziego – był on odpowiedni do kontaktu z osobami małoletnimi (mało formalny, lecz nie sportowy);

B. Złe praktyki

- Wiele zastrzeżeń budził sposób urządzenia Przyjaznego Pokoju Przesłuchań, który nie był zgodny z rozporządzeniem ministra sprawiedliwości. Zaobserwowano przypadki, w których:
 - w sposób niewłaściwy umieszczono w pokoju przesłuchań kamerę, np. kamera była tak ustawiona, że nie było widać twarzy małoletniego. Zarejestrowane zostały wyłącznie plecy dziecka, a także twarz sędziego oraz biegłego psychologa;
 - pokoje przesłuchań nie były urządzone w przyjazny sposób – niewłaściwy dobór mebli, koloru ścian. W pokojach przesłuchań panował bałagan, np. były porozrzucane zabawki, na regałach panował nieporządek. Miejsce przesłuchania nie budowało poczucia bezpieczeństwa;
 - niektóre pokoje przesłuchań były bardzo małe, ciasne. Osoby w nich przebywające nie miały zapewnionej przestrzeni oraz komfortu;
 - w pokojach przesłuchań instalowano monitor, aby sędzia mógł śledzić treść protokołu oraz na bieżąco go korygować. Taka praktyka zaburza relację z dzieckiem oraz dekoncentruje przesłuchiwanego;

⁴⁷ Sposób prowadzenia przesłuchania z osobą małoletnią został przedstawiony w wielu opracowaniach m.in. w: *Jak prowadzić przesłuchanie dziecka. Metodyka przesłuchania małoletniego świadka*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, www.edukacja.fdds.pl (dostęp: 20.03.2019 r.).

- w pokoju przesłuchań instalowano głośniki i tym samym małoletni słuchali pytań zadawanych z pokoju technicznego. Znamienna może być też sytuacja, gdy sędzia zarządził zakończenie czynności przesłuchania (małoletni jest roztrzęsiony i zapłakany), a prokurator krzyczy przez głośnik, że chciałaby zadać jeszcze jedno pytanie;
- w incydentalnych przypadkach nagranie zawierało także zapis pytań zadawanych przez osoby znajdujące się w pokoju technicznym;
- w pokoju przesłuchań zainstalowano telefon, który dzwonił, gdy osoby z pokoju technicznego chciały zadać pytanie;
- w jednym z sądów – pokój przesłuchań został urządzony w sali sądowej. Osoby biorące udział w czynności zajęli miejsca przypisane im na sali sądowej, a małoletni zajął miejsce na przypisane publiczności. Przesłuchanie było nagrywane przenośną kamerą;
- część sędziów nie potrafiło pouczyć dzieci o prawie do odmowy składania zeznań oraz obowiązku mówienia prawdy. Dyktowali treść przepisów bądź zwracali się do małoletnich w niezrozumiały dla nich sposób. Sędziowie potrafili także zapomnieć o tym, aby pouczyć małoletnich o ww. uprawnieniu oraz obowiązku;
- sędziowie bardzo często pozwalali, aby w pokoju przesłuchań przebywał protokolant. Prowadzili rozmowę z dzieckiem i na bieżąco dyktowali treść zeznań do protokołu. Utrudniało to przesłuchanie dziecka, a na nagraniach często wyraźniej było słyszeć stuk klawiszy niż słowa małoletniego;
- organy prowadzące postępowanie karne nie zwracały uwagi na to, aby zagwarantować małoletniemu właściwą reprezentację podczas przesłuchania. Bardzo często obserwowano przypadki, gdy kurator procesowy zostawał ustanowiony jedynie kilka dni po czynności z udziałem dziecka bądź kilka dni przed tą czynnością, ale nikt nie informował kuratora procesowego o przesłuchaniu jego podopiecznego, np. 29.08.2017 r. policja złożyła wniosek do sądu opiekuńczego o ustanowienie kuratora procesowego. Kurator zostaje ustanowiony przez sąd opiekuńczy 19.09.2017 r. Przesłuchanie dziecka zostało zaplanowane na dzień 21 września, ale organ postępowania karnego (mimo że posiada już wiedzę o osobie kuratora) nie informuje go o czynności z udziałem dziecka;
- odnotowano przypadki, w którym małoletnim odczytywano złożone uprzednio przez nich zeznania w trybie ochronnym;
- zaobserwowano przypadki, w których sędziowie od początku rozmowy z małoletnim prezentowali poirytowanie, zdenerwowanie oraz zadawali pytania powodujące wtórną wikitymizację dziecka, przykładowo:
 - „Sędzia: Czy chcesz w tej sprawie zeznawać? Dziecko: Chyba tak. Sędzia: U mnie nie ma chyba chcesz albo nie”; „Sędzia: Tutaj nie ma chyba albo zachowanie taty się pogorszyło albo się nie pogorszyło.”
 - „Sędzia⁴⁸: no jeżeli ojciec ma 14 krów to, to jest naprawdę dużo pracy fizycznej, przynajmniej 3 razy dziennie pójść do tych krów, napoić, wydoić, itd., no jeżeli ojciec wstaje rano o 6 a wraca do domu, córka do 11 leży w łóżku

⁴⁸ Opisywany przebieg przesłuchania miał miejsce w sprawie toczącej się na skutek zawiadomienia złożonego przez sąd opiekuńczy. Sprawcą przestępstwa jest ojciec, który był już prawomocnie skazany z art. 207 k.k. W rodzinie wielokrotnie była prowadzona procedura Niebieskiej Karty. Matka nie potrafiła uchronić dziecka przed przemocą. Dziecko samo szuka pomocy wśród innych osób dorosłych – np. pedagoga szkolnego.

to proszę Panią mnie też by troszkę ruszyło i powiedziałbym do córki no może nie gnoju, ale wstawaj co ty wyprawiasz, jeżeli pracujemy wszyscy to wszyscy.” (...) „Sędzia: czyli generalnie ojciec Cię krytykuje a ja jakoś odnoszę wrażenie że nic w tym gospodarstwie nie chcesz robić, przez wakacje myślaś bańki, nic więcej nie robiłaś” (...) „Dziecko: M. nie chciała iść i zanieść obiadu i wtedy wykręcił jej rękę i ściągnął z łóżka. Sędzia: To jakie to jest pobicie??? Dziecko: To jest proszę pana coś typu (sędzia przerywa) Sędzia: Proszę Pana (z przekąsem), mówię do swojego syna, synu zanieś jedzenie dziadkowi. Nie idzie. Biorę go za rękę, masz iść i koniec dyskusji (...) Ojciec boleśnie wykręcił rękę. Ale jakbyś go posłuchała, to nic by się nie stało...”

9. PODSUMOWANIE ORAZ WNIOSKI

Praktyka przesłuchiwania małoletnich osób pokrzywdzonych przestępstwem w nowej rzeczywistości prawnej wskazuje, że dzieci składają zeznania bądź w trybie zwykłym (66 przesłuchań – 40,2%), bądź w trybie ochronnym przewidzianym w art. 185a § 1 k.p.k. (96 przesłuchań – 58,6%). Organy postępowania karnego jedynie incydentalnie (2 przesłuchania – 1,2%) skorzystały z możliwości przeprowadzenia przyjaznego przesłuchania małoletniego powyżej 15. roku życia w trybie art. 185a § 4 k.p.k. Można więc uznać, że art. 185a § 4 k.p.k. nie jest praktycznie w ogóle wykorzystywany, a pokrzywdzeni powyżej 15. roku życia nadal nie są otoczeni właściwą uwagą oraz atencją.

Organy postępowania karnego ignorowały regulacje art. 185a § 4 k.p.k., bowiem jedynie w 2 przypadkach zadecydowały o jego zastosowaniu. Tak sporadyczne wykorzystanie art. 185 § 4 k.p.k. jest niepokojące, gdyż materiał zebrany w aktach sprawy świadczył o stosowaniu drastycznych form przemocy wobec zasadniczo wszystkich dzieci, zatem z przyjaznych warunków przesłuchania powinny skorzystać praktycznie wszyscy małoletni w badanych sprawach. Tym samym można sformułować wniosek, że w świadomości organów postępowania karnego jedynie małoletni poniżej 15. roku życia mogą korzystać z bezpiecznego trybu składania zeznań, a regulacja art. 185a § 4 k.p.k. nie znajduje obecnie w ogóle zastosowania. Zdaniem autorów niniejszego artykułu niezbędne jest zagwarantowanie ochronnych warunków przesłuchania wszystkim małoletnim pokrzywdzonym do 18. roku życia, którzy doświadczyli przestępstw wymienionych w art. 185a § 1 k.p.k. Dzieci powyżej 15. roku życia powinny móc z mocy prawa składać zeznania w warunkach ochronnych i nie powinno to być uzależnione od żadnych innych okoliczności.

Kontakt z organami postępowania karnego miało 54,8% wszystkich małoletnich pokrzywdzonych. Tym samym nie każde dziecko pokrzywdzone przestępstwem brało udział w czynności przesłuchania. 45,2% małoletnich nie składało zeznań najczęściej z powodu konsensualnego zakończenia postępowania karnego, posiadania wieku bądź występowania innych osób pokrzywdzonych przestępstwem, którzy złożyli zeznania i przekazali organom postępowania karnego informacje na temat okoliczności popełnienia czynu zabronionego.

Organy postępowania karnego nie przeprowadziły żadnego przesłuchania z udziałem dziecka poniżej 4. roku życia. Okoliczność tę należy ocenić bardzo

pozytywnie, gdyż w literaturze przedmiotu⁴⁹ podnosi się, że wskazani małoletni nie powinni uczestniczyć w tej czynności dowodowej. Małoletni poniżej 4. roku życia nie posiadają dostatecznych kompetencji rozwojowych oraz istnieje niebezpieczeństwo, że podczas składania zeznań zostaną im zasugerowane treści mające negatywny wpływ na ich dalszych rozwój. Dzieci takie powinny być poddawane badaniom sądowo-psychologicznym. Zdaniem autorów artykułu warto rozważenia wydaje się wprowadzenie regulacji prawnej, która określałaby, że dzieci poniżej 4. roku życia nie powinny brać udziału w czynności przesłuchania, a jedynie, w celach dowodowych, mogą być poddawane badaniom sądowo-psychologicznym.

Małoletni najczęściej składają zeznania na etapie postępowania przygotowawczego (art. 185a § 1 k.p.k. – 94,8% przesłuchań, art. 185a § 4 k.p.k. – 100% przesłuchań, tryb zwykły – 81,8% przesłuchań), a jedynie incydentalnie na etapie postępowania sądowego. Przesłuchanie jest najczęściej inicjowane przez organ prowadzący dany etap postępowania karnego (art. 185a § 1 k.p.k. – 98,9% przesłuchań, art. 185a § 4 k.p.k. – 100% przesłuchań, tryb zwykły – 94,4% przesłuchań), a jedynie incydentalnie przez innych uczestników postępowania karnego bądź samych małoletnich.

Co interesujące, małoletni przesłuchiwanie na podstawie art. 185a § 1 k.p.k. najczęściej składają zeznania po 2 miesiącach od podjęcia pierwszej czynności w sprawie (74% przesłuchań), średnio czekają na udział w czynności procesowej 98,2 dni, a pierwsze przesłuchania odbywają się w ciągu 8–14 dni od podjęcia pierwszej czynności w sprawie. Dwoje małoletnich składających zeznania na podstawie art. 185a § 4 k.p.k. byli przesłuchiwanie 37 i 55 dnia od podjęcia pierwszej czynności w sprawie. Natomiast dzieci biorące udział w czynności dowodowej w trybie zwykłym średnio oczekują na złożenie zeznań 88,4 dni. W ciągu pierwszych trzech dni wzięli udział w 34,9% przesłuchań, a w ciągu 1 miesiąca od podjęcia pierwszej czynności uczestniczyli w 43,9% przesłuchań. Powyższe wskazuje, że małoletni, niezależnie od trybu w jakim mają składać zeznania, muszą oczekiwać ok. 3 miesięcy na kontakt z organami postępowania karnego. Należy jednak zauważyć, że małoletni wcześniej złożą zeznania w trybie zwykłym niż w trybie ochronnym, co z pewnością spowodowane jest m.in. faktem, iż więcej czasu zajmuje zorganizowanie przesłuchania małoletniego w trybie ochronnym. Jednak bardzo niepokojące jest ustalenie, że dzieci składają także zeznania w ciągu ok. jednego roku od podjęcia pierwszej czynności w sprawie (art. 185a § 1 k.p.k. – 2,1% przesłuchań, tryb zwykły – 9% przesłuchań). Taka praktyka jest zdecydowanie naganna i destabilizuje funkcjonowanie małoletnich.

Małoletni składający zeznania w trybie przyjaznym są chronieni przed wielokrotnym opowiadaniem o okolicznościach popełnienia przestępstwa. Dzieci przesłuchiwanie na podstawie art. 185a § 1 oraz art. 185a § 4 k.p.k. tylko jeden raz miały kontakt z organami postępowania karnego. Natomiast z 49 małoletnich (100%) składających zeznania w trybie zwykłym aż 30,6% dzieci było przesłuchiwanie jeden raz, a 2,1% dzieci było przesłuchiwanie trzy razy. Ustalenie to stanowi kolejny argument za tym, że niezbędne jest zagwarantowanie ochronnych warunków

⁴⁹ M.in. A. Budzyńska, *Psychologiczna perspektywa przesłuchania dziecka* [w:] *Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę 2018, s. 27.

przesłuchania wszystkim małoletnim pokrzywdzonym do 18. roku życia, którzy doświadczyli przestępstw wymienionych w art. 185a § 1 k.p.k.

Każde przesłuchanie w trybie ochronnym (art. 185a § 1 oraz art. 185a § 4 k.p.k.) przeprowadził sąd, a tylko w jednym przypadku nie brał udziału w tej czynności także biegły psycholog. Tym samym w praktyce przestrzegana jest zasada, że przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Zaobserwowano, że kolejną osobą wykazującą najczęstszą obecność podczas przesłuchania jest protokolant (100% przesłuchań w trybie ochronnym). W 83,7% przesłuchań wziął udział także prokurator. Zauważono, że rzadziej biorą udział w tej czynności dowodowej kuratorzy procesowi (62,5% przesłuchań w trybie ochronnym), obrońca (31,6% przesłuchań w trybie ochronnym), rodzice „niekrzywdzący” (25,5% przesłuchań w trybie ochronnym), a także inne osoby takie jak opiekun faktyczny czy rodzeństwo (3,1% przesłuchań w trybie ochronnym). Co niepokojące i karygodne to to, że w 5 przesłuchaniach (5%) wziął udział sprawca przestępstwa.

Zaobserwowano także, że zastosowanie znajdował art. 185a § 2 k.p.k. obligujący do ustanowienia obrońcy na czas przesłuchania małoletniego (przeprowadzono jedynie jedną czynność dowodową na etapie *in personam*, mimo braku uprzedniego ustanowienia obrońcy). Nie zauważono, aby w czynności procesowej uczestniczyła osoba pełnoletnia wskazana przez dziecko – wydaje się, że osoba przesłuchiwaną nie posiada w ogóle wiedzy na temat tego uprawnienia, gdyż kierowane wobec małoletnich wezwanie do udziału w czynności przesłuchania ma charakter formalny i nie jest w ogóle dostosowany do wieku oraz potrzeb dzieci. Tym samym niezbędne wydaje się, aby każda osoba małoletnia otrzymywała wraz z formalnym wezwaniem na przesłuchanie np. ulotkę⁵⁰ adresowaną *stricte* do osób najmłodszych zawierającą informacje nt. tej czynności dowodowej.

Ustalenia wskazujące na to, kto przebywa razem z dzieckiem w pokoju przesłuchań były bardzo niepokojące. Zgodnie z regulacjami rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości małoletni relacjonuje okoliczności popełnienia przestępstwa – co do zasady – w bezpośredniej rozmowie z sędzią oraz biegłym psychologiem, ew. z udziałem bądź osoby wymienionej w art. 51 § 2 k.p.k., bądź osoby pełnoletniej wskazanej przez dziecko. Badania wykazały natomiast, że w pokoju przebywali także: protokolant (13,3% przesłuchań w trybie ochronnym), prokurator (11,2% przesłuchań w trybie ochronnym). Powyższe praktyki należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ wpływają negatywnie na komfort oraz bezpieczeństwo małoletniego. Niedopuszczalne jest także prowadzenie czynności przesłuchania z jednoczesnym dyktowaniem przez sędziego treści protokołu, gdyż zaburza to komunikację z osobą przesłuchiwaną. W pokoju z dzieckiem powinny przebywać wyłącznie osoby wskazane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości.

Równie niepokojące było ustalenie wskazujące, że protokół z 35% przesłuchań prowadzonych w trybie ochronnym został podpisany przez osobę małoletnią. Powyższa praktyka jest niezgodna z treścią art. 149 § 1 k.p.k. oraz prowadzi do wtórnej wiktyimizacji dziecka. Skala zjawiska prowadzi do wniosku, że wymagana mogłaby być nowelizacja art. 185a bądź art. 149 k.p.k. wprost wskazująca, iż

⁵⁰ Taka ulotka została opracowana przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę ze środków Funduszu Sprawiedliwości, <https://www.edukacja.fdds.pl/?link=16118> (dostęp: 21.03.2019 r.).

protokołu z czynności nie podpisuje osoba małoletnia oraz że nie jest jej uprzednio odczytywana treść zeznań.

W praktyce stosowana jest zasada, że z kontaktu małoletniego z organami procesowymi musi zostać bezwzględnie sporządzony zapis obrazu oraz dźwięku wyrażona w art. 147 § 2a k.p.k. Jedynie 7,1% przesłuchań prowadzonych w trybie ochronnym nie było nagrywanych. Tym samym można uznać, że zapisy z art. 147 § 2a k.p.k. są w zdecydowanej większości przypadków przestrzegane.

Materiał zebrany w aktach sprawy pozwolił na ustalenie, że 67,3% przesłuchań w trybie ochronnym odbywało się w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań, a podczas 13,2% przesłuchań małoletni nie składali zeznań w bezpiecznych warunkach. Powyższe ustalenia należy także uzupełnić o stwierdzenie, że standard wyposażenia oraz urządzenia Przyjaznych Pokojów Przesłuchań nie był zadowalający i tym samym powinno się wprowadzić rozwiązania monitorujące i kontrolujące sposób organizowania tych miejsc. Ministerstwo Sprawiedliwości powinno także nadzorować to, czy czynności z udziałem małoletnich faktycznie odbywają się w dostosowanych do tego celu pomieszczeniach.

Niezwykle niepokojącym ustaleniem było także zaobserwowanie, że aż 37,7% opinii sądowo-psychologicznych zostało wydanych wyłącznie na podstawie obserwacji małoletniego podczas przesłuchania przeprowadzonego w ochronnych warunkach oraz analizy akt sprawy. Brak przeprowadzenia badań uzupełniających, wywiadu z opiekunem dziecka stanowi naruszenie sztuki opiniowania w tego typu postępowaniach, na co zwraca uwagę wielu przedstawicieli nauki⁵¹.

Natomiast wyniki badań dotyczące przesłuchania małoletnich w trybie zwykłym wskazują, że organy postępowania karnego bardzo rzadko zgadzają się na przeprowadzenie tej czynności z udziałem biegłego psychologa (brał on udział jedynie w 15,2% przesłuchań w trybie zwykłym) oraz bardzo rzadko rejestrują obraz i dźwięk z przebiegu tej czynności procesowej (4,5% przesłuchań w trybie zwykłym). W zdecydowanej większości spraw czynność z udziałem dzieci przeprowadza policjant (77,3% przesłuchań w trybie zwykłym).

Niezwykle ważnym celem ustawodawcy powinno być dążenie do tego, aby przesłuchania z udziałem dzieci i to w każdym trybie były przeprowadzane wyłącznie przez osoby uprzednio przeszkolone w tym zakresie. Kontakt z małoletnią osobą pokrzywdzoną przestępstwem jest szczególnym rodzajem rozmowy, którą powinny prowadzić osoby posiadające odpowiednie cechy oraz kompetencje. Osoby odbierające zeznania od małoletnich powinny znać i potrafić zastosować techniki oraz metody kontaktu z osobą małoletnią. Niedopuszczalne powinny być sytuacje, w których dzieci są przesłuchiwane przez osoby do tego nieprzygotowane.

Ustawodawca powinien także znowelizować art. 185a k.p.k. w taki sposób, aby osoby uprawnione do reprezentacji dziecka (osoby wymienione w art. 51 § 2 k.p.k.) mogły aktywnie uczestniczyć w tej czynności procesowej. Obecne regulacje prawne umożliwiają reprezentantom małoletniego wyłącznie na obecność podczas przesłuchania, i tym samym pozbawieni są oni np. prawa zadawania pytań własnemu

⁵¹ A. Budzyńska, *Jak przesłuchiwać dziecko. Poradnik dla profesjonalistów uczestniczących w przesłuchaniu dziecka*, „Fundacja Dzieci Niczyje” 2007, s. 2–21; J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, M. Najda, *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010, s. 266; K. Eichstaedt, *Przesłuchanie...* [w:] *Metodyka...*, s. 159.

podopiecznemu. Osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k. może być jedynie biernym obserwatorem składania zeznań przez dziecko. Powyższe stoi w całkowitej sprzeczności z art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. – tj. nie zapewnia ochrony interesów małoletniego podczas przesłuchania.

Abstract

**Marcin Wielec, Monika Horna-Cieślak, Paulina Masłowska,
*Interview with a Minor Victim after Amendments to the Code of Criminal
Procedure Introduced by the Act of 13 June 2013 on Amendments to the Act
– Criminal Code and the Act – Code of Criminal Procedure:
Results of Case File Study***

This article presents the results of the examination of practice in the field of interviews with minor victims of offences, conducted in the legal reality after legislative amendments, that is, after the entry into force of amendments to the Code of Criminal Procedure of 13 June 2013 (Dz.U. 2013, item 849). The analysis covered 151 criminal cases.

During the performed case file studies it has been determined e.g. that the possibility to conduct a friendly hearing of minors which are over 15 years old in accordance with article 185a § 4 of Code of Criminal Procedure is, as a rule, not used in practice by authorities which are conducting criminal proceedings. It has also been observed that minors participating in hearings in Friendly Hearing Room are not testifying in presence of judge and expert psychologist only, but that such activity is sometimes undertaken with parallel dictation of minutes by the judge. Many concerns were also made in reference to the manner in which friendly places of hearings were arranged and due to failure to ensure that the child is properly represented during hearing.

Keywords: minor, victim, interview, criminal law, criminal procedure law

Streszczenie

**Marcin Wielec, Monika Horna-Cieślak, Paulina Masłowska,
*Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego po nowelizacji Kodeksu
postępowania karnego wprowadzonej ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r.
o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania
karnego – wyniki badań aktowych***

Artykuł stanowi prezentację wyników badania praktyki przesłuchiwania małoletnich osób pokrzywdzonych przestępstwem, zrealizowanego po wejściu w życie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 13.06.2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 849). Analizą objęto 151 spraw karnych. W toku przeprowadzonych badań aktowych ustalono m.in., że możliwość przeprowadzenia przyjaznego przesłuchania małoletniego powyżej 15. roku życia w trybie art. 185a § 4 k.p.k. w zasadzie nie jest wykorzystywana przez organy postępowania karnego. Zaobserwowano także, że małoletni przesłuchiwani w Przyjaznym Pokoju Przesłuchań nie składają zeznań wyłącznie w obecności sędziego oraz biegłego psychologa, a czynność ta bywa prowadzona z jednoczesnym dyktowaniem treści protokołu przez sędziego. Wiele zastrzeżeń budził także sposób urządzenia przyjaznych miejsc przesłuchań dzieci oraz niezapewnienie dziecku prawo do właściwej reprezentacji podczas składania zeznań.

Słowa kluczowe: małoletni, pokrzywdzony, przesłuchanie, prawo karne, postępowanie karne

Literatura:

1. Budzyńska A., *Jak przesłuchiwać dziecko. Poradnik dla profesjonalistów uczestniczących w przesłuchaniu dziecka*, Fundacja Dzieci Niczyje 2007;
2. Budzyńska A., *Psychologiczna perspektywa przesłuchania dziecka* [w:] *Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę 2018;
3. Budzyńska A., *Rola i zadania biegłego psychologa w przesłuchaniu małoletniego świadka* [w:] *Przesłuchanie małoletniego świadka w postępowaniu karnym. Poradnik dla profesjonalistów*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę 2018;
4. K. Eichstaedt, *Przesłuchanie pokrzywdzonego oraz świadka poniżej lat 15 w obecności biegłego psychologa*, [w:] *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, red. K. Eichstaedt, P. Galecki, A. Depko, Warszawa 2017;
5. Gierowski J.K., Jaśkiewicz-Obydzińska T., Najda M., *Psychologia w postępowaniu karnym*, Warszawa 2010;
6. Grajewski J., Paprzycki L.K., Steinborn S., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015;
7. Gruszecka D., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis 2019;
8. Grzegorzczak T., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, Artykuły 1–467. *Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, LEX 2014;
9. Grzegorzczak T., *Komentarz do art. 410* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, Artykuły 1–467. *Komentarz*, red. T. Grzegorzczak, LEX 2014;
10. Horna M., *Nowelizacja kodeksu postępowania karnego a ochrona małoletniego podczas przesłuchania. Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka* 2014, nr 2;
11. *Jak prowadzić przesłuchanie dziecka. Metodyka przesłuchania małoletniego świadka*, Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, www.edukacja.fdds.pl;
12. Jaśkiewicz-Obydzińska T., Wach E., *Ekspertyza psychologiczna – obszary kontrowersji*, Na wokandzie 2014, nr 23, <https://nawokandzie.ms.gov.pl>;
13. Kierski M., *Jednokrotne przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. – zasada czy wyjątek?*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 11;
14. Kosior R., *Udział biegłego psychologa w przesłuchaniu dziecka*, Prokuratura i Prawo 2010, nr 4;
15. Kurowski M., *Komentarz do art. 192* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX 2019;
16. Mierzwińska-Lorencka J., *Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia*, Ius Novum 2016, nr 3;
17. Pachowicz Z., *Komentarz do art. 147* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I, *Komentarz do art. 1–166*, red. J. Skorupka, Legalis 2019;
18. Sakowicz A., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Legalis 2018;
19. Stefański R., Zabłocki S., *Komentarz do art. 185a k.p.k.* [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. II, *Komentarz do art. 167–296*, red. R. Stefański, S. Zabłocki, LEX 2019;
20. Trocha O., *Praktyka przesłuchiwania dzieci w Polsce. Raport z badań aktowych*, Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka 2011, nr 2.

Zbigniew Jędrzejewski*

Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie**

Rozróżnienie między okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami) a okolicznościami wyłączającymi (znoszącymi) zawinienie stanowi oczywistą konsekwencję przyjętego w tzw. analitycznej strukturze przestępstwa rozdzielenia płaszczyzn oceny przestępczości czynu: bezprawności i winy¹. W literaturze niemieckojęzycznej do niedawna konieczność rozróżniania tych płaszczyzn traktowano jako stwierdzenie niedopuszczające przeciwdowodu (niemal aksjomat), bardzo często podkreślano, że jest to jedno z największych osiągnięć nauki w ostatnim stuleciu². Znalazło ono również wyraz w niemieckim Kodeksie karnym (*Strafgesetzbuch*, StGB). Tymczasem w nauce i ustawodawstwach karnych państw niepozostających pod wpływem nauki niemieckiej, np. we Włoszech i na obszarze oddziaływania francuskiego prawa karnego, a w szczególności w państwach z tradycją *common law*, rozróżnienie to jest ledwie zauważalne (na ogół w nauce prawa), niekiedy nawet całkowicie ignorowane³. Ze względu na ramy artykułu muszę ograniczyć prezentację tego zagadnienia do kilku wątków, odsyłając jednocześnie do kilku

* Prof. dr hab. Zbigniew Jędrzejewski jest pracownikiem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz sędzią Trybunału Konstytucyjnego, Polska, ORCID: 0000-0001-6635-8150, e-mail: z.jedrzejewski@wpia.uw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 330. Pomijam tu zagadnienie samego czynu oraz relacji między istotą czynu (niem. *Tatbestand*) a bezprawnością (kontratypami).

² Zob. np. H. Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung 1966, s. 421: „Ich sehe in der Zerlegung des Verbrechens in die drei Elemente *Tatbestandsmäßigkeit*, *Rechtswidrigkeit*, *Schuld* den wichtigsten dogmatischen Fortschritt der letzten zwei bis drei Menschenalter.“; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, 5 wyd., s. 425: „Sie (...) muß als Angelpunkt der Verbrechenslehre bezeichnet werden“; B. Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft* [w:] *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (herausgegeben von B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi), Berlin–Nowy Jork 2001, s. 9 i n.; J. de Figueiredo Dias, *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995, s. 362: „Diese Unterscheidung in Frage zu stellen – oder, schlimmer noch, sie ganz aufzugeben –, würde meiner Ansicht nach einen Rückfall um mehr als ein Jahrhundert in der wissenschaftlichen Entwicklung unserer Fachrichtung bedeuten.“; zob. także W. Frisch, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)* [w:] *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (herausgegeben von A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt), Monachium 2000, s. 165–173.

³ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 330, 338 i n.

moich wcześniejszych publikacji⁴. Materia jest bowiem nie tylko bardzo obszerna. Mogę co najwyżej skonstatować ogromne różnicowanie stanowisk w literaturze niemieckojęzycznej. Wynika to nie tylko z różnicy zapatrywań co do „zestawu” koniecznych elementów decydujących o przyjęciu bezprawności czynu bądź jego zawinienia (np. funkcja zamiaru w czynie umyślnym) w ramach podobnych ogólnych systematyk przestępstwa, ale również z rozmaitych ujęć tejże struktury przestępstwa, od ujęć ontologiczno-naturalistycznych, np. klasyczno-naturalistycznych czy finalizmu, w których rozróżnienie bezprawia i winy się przeprowadza, do systematyk normatywizujących, w tym poddającym określenie winy prewencyjnym celom kary (np. ujęcia C. Roxina, a w szczególności G. Jakobsa) lub ją „socjologizujących”, w efekcie czego powstać mogą dosyć pojemne konstrukcje jakiejś „odpowiedzialności” (*Verantwortlichkeit*, *Verantwortung*) lub „społecznej odpowiedzialności”, w których kategorie bezprawia i winy są już ledwie rysowane. Wreszcie pomijając przy tym wątpliwe „osiągnięcia” syntetycznego ujęcia przestępstwa tzw. szkoły kilońskiej (G. Dahm, F. Schafstein)⁵, w piśmiennictwie niemieckojęzycznym znacznie powiększyła się grupa przeciwników rozdzielania płaszczyzn bezprawności i winy, również tych, którzy odrzucają konstrukcję „niezawinionego bezprawia”, co w pewnym stopniu stanowi nawiązanie do stanowiska dziewiętnastowiecznej teorii imperatywów (*Imperativentheorie* – często A. Merkela⁶) i dyskusji na temat problemu adresatów norm bądź inspirowane jest wpływami heglizmu⁷ lub czystej nauki prawa H. Kelsena⁸.

Oczywiście najpierw musi się nasuwać pytanie, jakie są konsekwencje rozróżnienia tych płaszczyzn. Czy jest ono w ogóle do czegoś przydatne, czy pełni jakieś funkcje, czy wiąże się z różnymi skutkami także w zakresie odpowiedzialności karnej. Przeciwnicy zawsze mogą podać przykład anglosaskiego prawa karnego, które przecież bez takiego rozróżnienia się obywa, w każdym razie jego brak nie wpływa

⁴ Zob. Z. Jędrzejewski, *Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman, B.T. Bienkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008, s. 141–168; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 329–512; Z. Jędrzejewski [w:] *System Prawa Karnego*, t. IV, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Rozdział 1. Okoliczności wyłączające bezprawność. § 1. Zagadnienia ogólne, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 97–149.

⁵ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, część I. „Ius Novum” 2011/2, s. 7–21; część II. „Ius Novum” 2011/3, s. 11–27.

⁶ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 65 i n.; zob. również F. Loos, *Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht* [w:] *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (herausgegeben von R. Bloy, M. Böse, Th. Hillenkamp, C. Momsen, P. Rackow), Berlin 2010, s. 471.

⁷ Zob. np. G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Monachium 1992, s. 44; G. Jakobs, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem” Prinzipiendenken*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 107, 1995, s. 864; H.H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, Kolonia-Berlin-Bonn-Monachium 1999, s. 1 i n., 198, 210, 224; G. Jakobs, *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, „Juristische Arbeitsblätter” 2002, s. 602 i n.; M. Pawlik, „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschennalter”? *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht* [w:] *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (herausgegeben von G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen), Kolonia-Berlin-Monachium 2007, s. 133 i n.; M. Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tybinga 2012, s. 257 i n., 276 i n.

⁸ Zob. np. H. Koriath, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1994, s. 254 i n., 328 i n.; A. Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin 1997, s. 82–88, 100 i n. Za likwidacją tych dwóch płaszczyzn oceny również np. H. von der Linde, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, Frankfurt n. Menem-Berno–Nowy Jork–Paryż 1988, s. 137 i n.; T. Walter, *Der Kern des Strafrechts*, Tybinga 2006, s. 81 i n. (krytycznie zob. L. Kuhlen, *Buchbesprechungen: Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, t. 120, 2008, s. 141 i n.). Na temat pojęcia przestępstwa H. Kelsena i jego zwolenników zob. Z. Jędrzejewski, *Hans Kelsen i nauka o przestępstwie* [w:] *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, red. A. Bosiacki, Warszawa 2017, s. 264–298.

istotnie na jego funkcjonowanie. Twierdzi się, że rozróżnienie takie nie istniałoby nawet w teoretyczno-prawnokarnym systemie, gdyby rozgraniczeniu poszczególnych elementów nie przypisywano wewnątrz tego systemu żadnej funkcji, gdy nie dałoby się odnaleźć skutków prawnych, których wystąpienie – inaczej niż przy wymiarzeniu kary – wymagałoby istnienia jedynie bezprawia czynu (nawet bez winy)⁹.

Najwcześniej zwrócono uwagę na funkcję tego rozgraniczenia w obszarze prawa obrony koniecznej (*Notwehrfunktion*)¹⁰. Tak więc jest ona niedopuszczalna, gdy zamach jest legalny, np. przypadki wykonywania w granicach prawa rozmaitych czynności urzędniczych lub zamach podjęty w sytuacji kontratypowego (*Rechtfertigungsgrund*) stanu konieczności określonego w § 34 niemieckiego StGB¹¹ (art. 26 § 1 polskiego Kodeksu karnego¹²)¹³. Nie jest możliwa konstrukcja obrony koniecznej do obrony koniecznej. Natomiast uprawnienie takie istnieje w przypadku zamachu bezprawnego podjętego w warunkach sytuacji wyłączającej lub znoszącej zawinienie zamachowca lub gdy zachodzi inna, nie dotycząca bezprawności czynu zamachowca okoliczność wyłączająca karalność. Wśród okoliczności wyłączających winę (*Ausschließungsgründe*), które nie wykluczają prawa do obrony koniecznej, wymieniano np. zamach osoby niepo czytanej lub pozostającej w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności czy zamach podjęty w usprawiedliwionym błędzie co do znamienia kontratypu (przyjmując że taki błąd wyłącza jedynie winę¹⁴) Podobnie rzecz przedstawia się z tzw. sytuacjami znoszącymi zawinienie (*Entschuldigungsgründe*¹⁵), np. gdy zamachowiec podjął czyn w stanie wyższej konieczności

⁹ Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995, s. 183–184.

¹⁰ Szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 407 i n., 416 i n., 422 i n. Tak już F. v. Liszt. Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 184.

¹¹ § 34 „Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.“

¹² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

¹³ Art. 26 k.k.: „§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionego prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego. § 2. Nie popełnia przestępstwa także ten, kto ratując dobro chronione prawem w warunkach określonych w § 1, poświęca dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. § 3. W razie przekroczenia granic stanu wyższej konieczności, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymiarzenia. § 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli sprawca poświęca dobro, które ma szczególnie obowiązek chronić nawet z narażeniem na niebezpieczeństwo osobiste. § 5. Przepisy § 1–3 stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony.“ Regulacji art. 26 § 1 k.k. przypisuje się powszechnie funkcję kontratypu, a art. 26 § 2 funkcję wyłączania winy. Jednak granica między legalizacją a wyłączeniem – winy nie jest wyznaczana jedynie przez utylitarystyczne kryterium proporcjonalności dobra ratowanego i poświęcanego. Na temat zob. niżej.

¹⁴ Przy takim ujęciu błąd ten nie różni się jakościowo od bezpośredniego lub pośredniego błędu co do bezprawności (nieświadomość bezprawności czynu wynikająca z nieznanomości istnienia zakazu generalnego normy albo też z błędnego przyjęcia, że dana sytuacja ma charakter kontratypowy). Zdecydowana większość doktryny niemieckiej przy urojeniu znamienia kontratypu przyjmuje albo wyłączenie bezprawia umyślności albo wyłączenie winy umyślności z pozostawieniem umyślności jako znamienia bezprawia czynu. W każdym razie możliwe jest jedynie pociągnięcie do odpowiedzialności za popełnienie czynu nieumyślnego, o ile błąd był do uniknięcia i ustawa przewiduje karalność typu nieumyślnego.

¹⁵ Szerzej na temat tej kategorii zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utylitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością)* [w:] *Państwo. Konstytucja. Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi Ciochowi*, Warszawa 2018, s. 174 i n.

określonym w § 35 niemieckiego StGB¹⁶ (art. 26 § 2 polskiego k.k.). Nauka prawa karnego zalicza do tej grupy również sytuację przekroczenia granic obrony koniecznej w warunkach § 33 niemieckiego StGB, chociaż niemiecka ustawa karna używa zwrotu „*wird er [tj. Täter, sprawca – dop. Z.J.] nicht bestraft*”¹⁷ (podobnie art. 25 § 3 k.k.¹⁸)¹⁹.

Warto przy tym podkreślić założenie takiego ujęcia: bezprawność zamachu rozumiana jest identycznie jak bezprawność czynu będąca elementem struktury przestępstwa²⁰. Koresponduje ono na ogół z akceptacją zasady jedności porządku prawnego, która oparta jest przede wszystkim na obiektywistycznym, skutkowym (*Erfolgsumwert*, z perspektywy dobra zagrożonego, a nie z perspektywy ujemności aktu zachowania zamachowca – *Handlungsumwert*) ujęciu bezprawności. Czyn oceniany jest z punktu widzenia całego porządku prawnego, tak więc bezprawność (bezprawie) czynu w całym porządku prawnym powinna być materialnie oparta na jednorodnych (tu: elementach obiektywnych) kryteriach. O przekroczeniu normy (sankcjonowanej) decydują wyłącznie elementy przedmiotowe, w tym przede wszystkim skutek (naruszenie dobra). Bezprawność jako element struktury przestępstwa nie jest przy tym prawnokarnym „produktem”, nie istnieje więc specyficzna bezprawność karna. Pozostające wobec siebie w relacji agresywnego przeciwieństwa zachowania (zamach i obrona) nie mogą być jednocześnie legalne²¹. Przyznanie prawa do ingerencji w cudze dobra (*Eingriffsrecht*) prowadzi do obowiązku znoszenia tej ingerencji (*Duldungspflicht*). Obiektywistyczne zorientowanie bezprawności zamachu na ujemność zagrożenia dobra prawnego stanowi najlepszą podstawę dla rozróżniania bezprawności i winy, kontratypów i okoliczności wyłączających winę. Ta ostatnia kategoria może być z kolei orientowana na ocenę sprawcy, niezależnie od tego, czy przyjmiemy teorię psychologiczną czy też ewentualnie normatywną

¹⁶ § 35 StGB: „(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte. (2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.”

¹⁷ § 33 niem. StGB: „Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, wird er nicht bestraft”.

¹⁸ Art. 25 § 3 k.k.: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu”.

¹⁹ Natura przypadków „niepodlegania” karze jest często wieloaspektowa i złożona. Z punktu widzenia systematyki przestępstwa nie dotyczą one ocen bezprawności i winy. Materialna podstawa może być w tym sensie złożona, że niektóre z nich charakteryzują się wprowadzie zmniejszonym stopniem bezprawia i winy, jednak nie wystarczy to, by kwalifikować je na płaszczyźnie wyłączenia bezprawności bądź wyłączenia winy. Dochodzi tu najczęściej aspekt braku potrzeby prewencyjnego oddziaływania kary. W wielu innych sytuacjach „niepodlegania karze” dominującym aspektem jest właśnie brak potrzeby reakcji karnej wobec sprawcy (np. tzw. czynny żal – uchylenie niebezpieczeństwa przy typach z narażenia, naprawienie szkody po dokonaniu przestępstwa). Jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. W. Wolter (*Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 250–252) niektóre przypadki „niepodlegania karze” (art. 247 § 3, art. 250 § 2, art. 254 § 2 k.k. z 1969 r.) traktował jako sytuacje znoszące zawinienie. Wynikało to oczywiście z przyjętej przez niego normatywnej teorii winy.

²⁰ Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185.

²¹ Zob. W. Hassemer, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)* (herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher), Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br. (herausgegeben von A. Eser), Freiburg i. Br. 1987, t. I, s. 195.

(zarzut stawiany sprawcy). Dla ustalenia bezprawności zamachu zasadniczo nie miały więc znaczenia personalne właściwości zamachowca i broniącego się. Obronę konieczną dopuszczano nawet wobec osób zachowujących się zgodnie z zasadami ostrożności, ponieważ na ogół, szczególnie w starszym piśmiennictwie, przekroczenie granic obowiązku ostrożności lokowano na płaszczyźnie winy (tak przeważająco jeszcze w nauce prawa cywilnego i orzecznictwie w sprawach cywilnych)²². W ten sposób uzyskiwano zresztą materialne podstawy jednolitości (obiektywnego) bezprawia w całym porządku prawnym. W dawniejszej literaturze podkreślano często znaczenie tzw. próby obrony koniecznej (*Notwehrprobe*)²³. Obrona konieczna miała być probierzem, który decydowałby, czy jakiś zamach przeciwko innym dobrom (względnie ingerencja w prawną sferę innej osoby) jest niezgodny lub zgodny z prawem w zależności od tego, czy przeciwko zamachowi należałoby zagrożonemu przyznać lub nie przyznać takie uprawnienie obronne²⁴. Właściwie trzeba dokonać oceny, czy zagrożony z jakiś powodów nie powinien lub powinien naruszenie takie znosić. Ta niejasna formuła czerpała ze źródeł „poczucia” sprawiedliwości, które pozwalałyby na ewentualną korektę wyniku stosowania utylitarystycznej koncepcji rozważenia kolidujących interesów i wyboru interesu „przeważającego”. W taki sposób stosowanie próby obrony koniecznej postulował Th. Lenckner przy odgraniczaniu stanów konieczności, wyłączających bezprawność jako środek kontroli (tymczasowego) rezultatu rozważenia kolidujących interesów (przed ostateczną decyzją o legalności bądź bezprawności czynu)²⁵. Miało to chronić sędziego przed pochopnym wnioskowaniem o legalności czynu²⁶. W czasie, gdy ukazała się monografia Th. Lencknera (1965 r.), nie obowiązywał jeszcze § 34 niemieckiego StGB. Zawiera on bowiem meta-normę, tzw. klauzulę odpowiedności (*Angemessenheitsklausel*: „*Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.*“), w ramach której uwzględnić można wartości wyższego stopnia, które mogą zmienić pierwotną ocenę, wydaną na podstawie § 34 StGB zd. 1²⁷.

Całkowicie obiektywistyczne ujęcie bezprawia i bezprawności w prawie karnym odeszło jednak już do przeszłości. Klasyczna trójelementowa definicja przestępstwa, z ostrym podziałem wedle pozornie jasnego kryterium: elementy obiektywne czynu – bezprawie oraz elementy podmiotowe – wina, dosyć szybko zostały nadwątlone przez rozwijającą się naukę o subiektywnych elementach bezprawia (bezprawności). Finalizm H. Welzla, który – osiągnął apogeum wpływów w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych ubiegłego wieku, elementy ujemności aktu człowieka (ujemność

²² Nawet niemiecka nauka prawa cywilnego i orzecznictwo przyjmują co najwyżej „kontraktypowość” zachowania zgodnego z zasadami ostrożności. Współcześnie w nauce prawa karnego zdecydowanie dominuje pogląd, że czyn taki jest „pierwotnie” legalny.

²³ Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185 i n. Na temat próby obrony koniecznej zob. Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tybinga 1965, s. 151 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 408 i n.; krytycznie: R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, Monachium 1979, s. 1 i n.

²⁴ Tak już cywilista H.A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Monachium 1911, s. 201. Zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 185–186; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 408, przypis 1839.

²⁵ Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, s. 150 i n. Zob. aprobujące uwagi w: M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 186, przypis 13.

²⁶ Th. Lenckner, *Der rechtfertigende...*, s. 151: „*Daher empfiehlt es sich, das Resultat der Interessenabwägung vor der endgültigen Entscheidung in jedem Fall noch einmal unter dem Gesichtspunkt zu überprüfen, ob dem Betroffenen die Notwehrbefugnis abgesprochen werden kann*”.

²⁷ Na temat tej klauzuli zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 29 i n., 314 i n.

czynu sprawcy – *Handlungsunwert*) ulokował w bezprawiu jako podstawowy jego element (*Handlungunrecht*) zarówno w czynie umyślnym (zamiar), jak i w czynie nieumyślnym (przekroczenie norm ostrożności czy staranności)²⁸. – Subiektywistyczne bezprawie²⁹, wbrew nawet powojennemu stanowisku samego H. Welzla, podważało jednolite dla całego systemu prawa podstawy materialne bezprawności (koncepcji jednolitej bezprawności)³⁰. Chcąc utrzymać zasadę tożsamości pojęcia bezprawności jako kategorii struktury przestępstwa i pojęcia bezprawności zamachu jako znamienia instytucji obrony koniecznej, trzeba było zgodzić się albo na to, by zamiar stanowił element tego bezprawia zamachu³¹, albo przynajmniej na to, by elementem współdecydującym było przekroczenie zasad ostrożności³². Tak, czy owak położenie akcentu przy ustalaniu bezprawności na ocenę ujemności zachowania sprawcy, a nie na to, czy takie zachowania zaatakowany musi znosić bądź nie, prowadzi do sprzeczności ze względu na często podkreślane szczególne *ratio* obrony koniecznej (obrona dobra zagrożonego). Nic dziwnego więc, że próba ich uniknięcia kończyła się niekiedy przyjęciem dwóch ujęć bezprawności: pierwszej jako kategorii systematyki przestępstwa, drugiej, – odmiennie określanej bezprawności jako cechy zamachu uprawniającego do obrony koniecznej. Charakterystyczne jest tu nie tylko stanowisko dawnego „kilończyka”, a po wojnie zwolennika finalizmu, F. Schaffsteina, który akceptując personalne (subiektywistyczne) bezprawie jako kategorię struktury przestępstwa, początkowo postulował inne, obiektywne określenie bezprawności zamachu³³. Sam twórca finalizmu H. Welzel stwierdzał wprawdzie, że pierwotnie miarodajne jest nie tyle to, co zaatakowany musi znosić, lecz to, co zamachowiec może czynić³⁴, jednak oświadczył jednocześnie, że w niektórych przypadkach, np. § 859 (obrona posiadania) i § 1004 (roszczenie windykacyjne i negatoryjne) niemieckiego BGB: „*braucht der Angriff noch nicht einmal auf einen Willensakt zurückzugehen*”³⁵. Bezprawność zamachu twórca finalizmu ujmował więc skrajnie przedmiotowo! Trudno jest oczywiście ustalić powody tych często sprzecznych wewnętrznie stanowisk. Moim zdaniem wynikało to z błędnego założenia większości finalistów o tzw. jednolitej bezprawności³⁶. W zakresie systematyki przestępstwa postulowali bezprawność zorientowaną podmiotowo, co, z powodu

²⁸ Na temat finalizmu zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Rozdział I, § 7, *Przestępstwo i jego struktura. Bezprawność*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, 2 wyd., s. 322 i n.

²⁹ Jak się wydaje, sam H. Welzel nie negował znaczenia również ujemności skutku w bezprawiu czynu (*Erfolgsunwert*), zwłaszcza przy czynach umyślnych. Natomiast jego stanowisko co do znaczenia tego elementu ujemności w bezprawiu czynu nieumyślnego było chwiejne i często niejasne. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 324 i n.

³⁰ Nie udało się żadne próby – zastosowania finalizmu do pojęcia bezprawia cywilnego.

³¹ Tak np. F. Schaffstein, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, „*Monatsschrift für Deutsches Recht*” 1952, s. 132 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 435.

³² Tak np. H. J. Hirsch, *Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs* [w:] *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin–Nowy Jork 1977, s. 224–225; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 435.

³³ F. Schaffstein, *Putative Rechtfertigungsgründe und die finale Handlungslehre*, „*Monatsschrift für Deutsches Recht*” 1951, s. 199 i n. Później zmienił zdanie. Zob. powyżej przypis 31; szerzej Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 409–410, 435.

³⁴ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969, 11 wyd., s. 85–86.

³⁵ H. Welzel, *Das Deutsche...*, s. 85; na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 420.

³⁶ Przed II wojną światową H. Welzel (*Studien zum System des Strafrechts*, „*Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*” 1938, t. 58, s. 508, 523, 525, 535) często podkreślał, że nie istnieje żadna jednolita i jednorodząowa bezprawność. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 524 i n.

różnicy funkcji, w żadnym razie nie da się pogodzić z rozumieniem bezprawności i zasadami odpowiedzialności np. za spowodowanie szkody (zasadniczo obiektywny charakter bezprawia oparty na ujemności szkody)³⁷. Najwyraźniej dopuszczano także przekonanie, że o charakterze bezprawności zamachu decyduje cel przepisu o obronie koniecznej. Pozostawano przy tym stale w przeświadczeniu, że obrona konieczna jest instytucją związaną z porządkiem prawnym pojmowanym jako całość: obrona konieczna wyłącza bezprawność w każdej gałęzi prawa. Przyjęcie bezprawności karnej prowadzi z kolei nieuchronnie do tezy, że obrona konieczna określona w ustawie karnej jest specyficzną instytucją prawa karnego, kontratypem, który wyłącza bezprawie karne, a kto nie chce jeszcze posługiwać terminem „beprawie karne“, może twierdzić, że wyłączana jest jedynie przestępność czynu lub jego karalność. Natomiast jeżeli zaakceptuje się różne funkcjonalnie zorientowane bezprawności, np. w prawie karnym i cywilnym, wtedy oczywista staje się konstatacja, że zakresy prawnokarnej obrony koniecznej (art. 25 k.k.) i obrony koniecznej określonej w art. 423 Kodeksu cywilnego³⁸, wbrew rozpowszechnionemu pogładowi wcale się nie pokrywają (np. różnie rozumiana bezprawność zamachu – w przypadku 423 k.c. całkowicie obiektywistyczna; wymóg znamienia podmiotowego obrony w przypadku art. 25 k.k.). Być może trafny jest więc pogląd, że funkcją okoliczności legalizujących (usprawiedliwiających) w prawie karnym jest jedynie wyłączenie możliwości reakcji karnej (redukcja ujemności czynu realizującego znamiona typu), natomiast nie wpływają one na ustalenie zakresu legalności (bezprawności) czynu (tego co jednej stronie czynić wolno, a druga powinna to znosić)³⁹.

Warto zauważyć, że przyjęta wykładnia bezprawności zamachu nie powinna prowadzić do stanu „nierównowagi” wymogów po stronie zamachowca i broniącego się. Jeżeli przyjmie się jej obiektywistyczną wykładnię (pogląd dominujące w nauce polskiej), to jednocześnie wymogi działania obronnego powinny mieć charakter również przedmiotowy. Tymczasem dosyć powszechny jest pogląd (przy obiektywistycznym ujęciu bezprawności zamachu napastnika), że broniący się powinien działać przynajmniej w świadomości odpierania bezprawnego zamachu (niekiedy nawet z wolą czy celem obrony). Brak takiej świadomości powoduje, że zachowanie broniącego się pozostaje bezprawne, natomiast zamachowiec zyskuje uprawnienie obronne! Nie da się wtedy utrzymać tezy o jednolitym ujęciu bezprawności. Niektórzy finaliści, czy zwolennicy pojmowania bezprawności jako przekroczenia zasady reguły ostrożnego zachowania (dozwolonego ryzyka) ocenianego np. *ex ante* przez tzw. rozważnego obserwatora (przy czym najczęściej włącza się do podstawy oceny specyficzną wiedzę sprawcy!) postulują konieczność uwzględniania w ujemności zachowania się zamachowca i broniącego jedynie tzw. ujemności aktu (*Handlungs-unwert*), co w przypadku utrzymywania jednolitego pojęcia bezprawności może doprowadzić do sytuacji, w których dwa antagonistyczne zachowania uznane zostaną za jednocześnie bezprawne bądź jednocześnie legalne!

W nauce niemieckiej zaczyna natomiast powoli dominować stanowisko, że warunkiem podjęcia „ostrego” działania obronnego (brak zasady subsydiarności

³⁷ Konsekwentny finalista powinien dojść do pojęcia specyficznego (zabarwionego subiektywnie) bezprawia karnego.

³⁸ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145) – dalej k.c.

³⁹ Zob. np. W. Frisch, *Vorsatz und Risiko*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1983, s. 424–425 (przypis 42).

i proporcjonalności) w granicach określonych w § 32 niemieckiego StGB⁴⁰ jest bezprawny i zawiniony zamach⁴¹. Rozdzielanie kategorii oceny czynu na bezprawność (okoliczności wyłączające bezprawność) oraz winę (okoliczności wyłączające winę) w ramach instytucji obrony koniecznej nie ma tu żadnego znaczenia. Zamachy niespełniające tych warunków oceniane mogą być jedynie poprzez pryzmat tzw. defensywnego stanu konieczności⁴². Zdaniem zwolenników tego poglądu, takiej zorientowanej na warunek zawinienia wykładni nie stoi na przeszkodzie sformułowanie samej ustawy karnej („bezprawny zamach”). Jej podstawą jest już *ratio* prawa obrony koniecznej (§ 32 StGB), a nie systemowe pojęcie bezprawności⁴³. Uzasadnienia są tu różne, ale często pojawia się motyw jednolitej kategorii odpowiedzialności, w której elementy tradycyjnie pojmowanej bezprawności i winy stopione są ze sobą nierozdzielnie.

Ze względu na ramy artykułu przedstawię jedynie jeden z kierunków, którego reprezentantem jest M. Pawlik, uważany za członka tzw. szkoły G. Jakobsa. Odrzuca on podział na dwie kategorie oceny, wyklucza możliwość przyjęcia „niezawinionego” bezprawia, postuluje za to przyjęcie jednolitej kategorii „bezprawia kryminalnego” (*Kriminalunrecht*)⁴⁴. Jego stanowisko wyraźnie inspirowane jest filozofią prawa G.W.F. Hegla oraz teorią norm jako imperatywów A. Merkela (także K. Bindinga)⁴⁵. Według Merkela źródłem oceny zachowania człowieka nie jest naruszenie przedmiotu dobra prawnego, lecz jego specyficzna komunikatywna treść (zaprzeczenie prawa)⁴⁶. Wyraźnie wybrzmiewają przy tym akcenty prewencyjne. Przedmiotem ujawnionego przez sprawcę „zaprzeczenia” prawa jest ucieleśniona w prawie wola powszechna (*der Gemeinwille*), która żąda poszanowania przede wszystkim dla siebie samej i tylko jedynie pośrednio dla woli jednostki (*der Einzelwille*)⁴⁷. W każdym razie wywodzone z tego pojęcie bezprawia zawiera w sobie znamię „przypisywalności” (*Zurechenbarkeit*). Tylko ten, kto jako komunikatywnie kompetentny, a więc „poczytalny” (*zurechnungsfähig*), uznaje prawo jest w stanie naruszać zakazy lub nakazy⁴⁸. Jeżeli więc

⁴⁰ § 32 StGB: „(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig. (2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden”.

⁴¹ Szerszy wykaz odnośnej literatury zob. V. Erb [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, §§ 1–37 StGB, Monachium 2011, § 32 s. 1464, przypis 130; M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 184, przypis 7; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 432 i n., 438, przypis 1976; R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 62 i n. W nauce polskiej dominuje obiektywistyczna formuła bezprawności zamachu. Stanowiska idące w kierunku uwzględniania strony podmiotowej czy elementów zawinienia zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 439, przypis 1980.

⁴² W ramach § 34 StGB (poza zakresem cywilnoprawnego stanu konieczności z § 228 BGB – tak większość doktryny przyjmującej warunek zawinienia zamachu). Swoich zwolenników ma również pogląd, że § 34 StGB dotyczy jedynie przypadków tzw. agresywnego stanu konieczności, postuluje się więc przyjęcie tzw. ogólnego (pozaustawowego) defensywnego stanu konieczności (poza zakresem § 228 BGB), z odwrotną do agresywnego stanu klauzulą proporcjonalności. Należy *per analogiam* stosować kryteria sformułowane w § 228 BGB. Tak np. J. Renzikowski, *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994, s. 243 i n. Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 210, przypis 153.

⁴³ R. Felber, *Die Rechtswidrigkeit*, s. 56.

⁴⁴ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 257 i n.; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 133 i n.

⁴⁵ Zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 276 i n.; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 141, 144 i n.; F. Loos (*Zur Bedeutung...*, s. 471, przypis 11) stwierdza jednoznacznie, że tzw. szkoła Jakobsa (G. Jakobs, M. Pawlik, H.H. Lersch), która neguje rozdział bezprawności i winy nawiązuje bezpośrednio do Hegla i nurtu heglowskiego w nauce prawa karnego rozwijającego się do lat 60. i 70. XIX w.

⁴⁶ Zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277 i wskazówki do opracowań A. Merkela.

⁴⁷ Zob. A. Merkel, *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, Stuttgart 1912, s. 44; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277.

⁴⁸ A. Merkel, *Die Lehre...*, s. 43 i n.; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 277. Problem tzw. zdalnych bądź niezdatnych adresatów normy był przedmiotem niezwykle żywej dyskusji w nauce i teorii prawa (także karnego) w drugiej połowie XIX i na początku XX w.

na płaszczyźnie normy zachowania (sankcjonowanej) dominuje funkcja motywująca, włączenie „klasycznych” elementów winy (m.in. świadomość bezprawności, poczytalność) do zakresu warunków jej przekroczenia wydaje się być „naturalną” konsekwencją. M. Pawlik również podkreśla (za K. Bindingiem), że przestępstwo nie jest w pierwszej linii interpersonalnym zdarzeniem między sprawcą a ofiarą⁴⁹. Sprawca narusza przede wszystkim swój obowiązek współdziałania (*Mitwirkungspflicht*) wobec wspólnoty prawnej (*Rechtsgemeinschaft*), gdy swoim zachowaniem wyraża brak wierności prawu. Pokazuje wtedy dobitnie, że nie jest gotowy wnieść swój wkład do utrzymania istniejącego stanu wolności (*Zustand der Freiheitlichkeit*). Prewencyjny punkt widzenia prowadzi tego autora do tezy, że wywiedzione z takich przesłanek pojęcie kryminalnego bezprawia wymaga, by zachowanie sprawcy zostało mu indywidualnie (tj. także na podstawie kryteriów, które dotąd decydowały o winie) przypisane⁵⁰. W tym sensie nie ma „niezawinionego” bezprawia. Wychodząc z zasadniczo szerokiego prawa obrony koniecznej⁵¹, nie wyklucza jego ograniczania (miarkowania) w przypadkach, w których zachowanie zamachowca nie przedstawia się w ogóle (albo przejawia się w znacznie złagodzonej formie) jako nieposzanowanie jego obowiązku we współdziałaniu wobec wspólnoty prawnej – bądź dlatego, że zamachowiec działa bez winy, bądź dlatego, że tylko nieznacznie przekracza granice zachowań społecznie adekwatnych⁵².

M. Pawlik zadaje nawet pytanie, czy w nauce rozróżnienie między bezprawnością i winą zostało dobrze uzasadnione⁵³. Jego zdaniem bliższa analiza tego zagadnienia może nas zaskoczyć. Współczesna literatura, w której znajdziemy wiele opracowań tematów szczegółowych, kwestię tę praktycznie pomija. Wprawdzie w wielu nowszych pracach rozróżnienie między bezprawiem i winą usiłuje się koncepcyjnie przetwarzać, natomiast uprawnienie do takiego rozróżnienia jest milcząco zakładane. M. Pawlik uważa, że nawet w pracach H. Welzla, R. v. Jehrings czy E. Mezgera rozdzielenie płaszczyzn bezprawności i winy nie zostało uzasadnione tak nienagannie, by uznać iż ponowne podnoszenie tego problemu jest zbędne.

Pozytywistyczno-naturalistyczne i analityczne ujęcie przestępstwa Liszt-Belinga wyparło całkowicie rozwijającą się wcześniej heglowską szkołę o przypisaniu⁵⁴. Bezprawie (bezprawność) rozumiane była czysto obiektywnie jako „dowolne” zewnętrzne zachowanie się sprawcy, które narusza zakaz lub nakaz porządku prawnego. Natomiast pojęcie winy sprowadzono do „subiektywnego stosunku” sprawcy do czynu (teoria psychologiczna). Wynikające z tak ujętej struktury rozgraniczenie obydwu płaszczyzn wydawało się klarowne. F. v. Liszt ubrał je w znaną formułę, według której w znamieniu bezprawności zawarta jest ocena ujemności czynu, a w znamieniu zawinienia – ujemna ocena sprawcy⁵⁵. Rychło jednak okazało się, że zagadnienie to nie jest tak proste.

⁴⁹ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 280.

⁵⁰ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 281.

⁵¹ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 237 i n.

⁵² M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 245–246; zob. M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 148 i n. (przypis 110). Warto przypomnieć tylko, że A. Merkel, na którego teorię imperatywów powołuje się M. Pawlik, bezprawność zamachu pojmował całkowicie obiektywistycznie!

⁵³ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 258.

⁵⁴ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 259 i n.; na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 314; na temat ujęcia bezprawności w klasycznej (naturalistycznej) systematyce przestępstwa Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 316 i n.

⁵⁵ F. v. Liszt, *Lehrbuch...*, Berlin–Lipsk 1919, 22 wyd., s. 111; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

W ramach rozwijającego się pod wpływem neokantyzmu kierunku teleologicznego („neoklasycznego”) do bezprawia czynu zaczęto włączać elementy podmiotowe, a winę ze względu na jej normatywne, wartościujące ujęcie obiektywizować⁵⁶. W ten sposób klarowny podział na bezprawność i winę został w wielu punktach zatarty. Kierunek teleologiczny programowo odrzucał formalizm szkoły naturalistycznej, kładąc akcent przede wszystkim na materialne podstawy, wartości i cele odpowiedzialności karnej (m.in. systematyki przestępstwa). Utrzymanie rozróżnienia bezprawia i winy wymagało teraz przypisania każdej z tych płaszczyzn samodzielnych materialnych podstaw⁵⁷. Prominentny reprezentant tego kierunku A. Hegler rozwiązanie problemu widział w przeciwstawieniu „szkodliwości socjalnej” czynu (*Sozialschädlichkeit*) „zarzucalności” (*Vorwerfbarkeit*): do bezprawia należy to, co wpływa na naruszający interesy społeczne charakter czynu, do winy zaś to – co uzasadnia zarzucalność czynu wobec określonego sprawcy⁵⁸. Jednak w normatywnym ujęciu winy nie chodziło już o realny stosunek sprawcy do czynu, lecz o to, jaki on być powinien (obiektywizacja winy)⁵⁹. Zatem – zdaniem M. Pawlika – można stwierdzić, że o samym sprawcy taki sąd nic nie wypowiada. Należy przy tym zauważyć, że przedstawiciele kierunku teleologicznego często podważali jednolite ujęcie bezprawności i tym samym taki charakter bezprawności jako kategorii przestępności czynu. Ujmowali ją teleologicznie, a więc na podstawie celów stawianych prawu karnemu (tzw. bezprawność karna albo bezprawność w rozumieniu prawa karnego)⁶⁰. Wreszcie finalizm pozbawił bezprawie obiektywistycznej perspektywy (zachowywanej jeszcze przez neokantystów), skoro H. Welzel twierdził, że czyn jest bezprawny tylko jako dzieło określonego sprawcy⁶¹. Tak więc to już bezprawność, a nie dopiero ocena zawinienia (tak w klasycznej systematyce) orientowana była na sprawcę.

W trakcie ponad stuletniego rozwoju ustawodawstwa i doktryny, którego ostatnim etapem – zdaniem M. Cortes Rosy – było wprowadzenie do niemieckiego StGB (ustawą z 4.07.1969 r.) regulacji § 35 ust. 2 (błędne przyjęcie przedmiotowych warunków stanu konieczności znoszącego zawinienie) rozgraniczeniu bezprawia i winy przypisano trzy dalsze funkcje w zakresie: „dwutorowości” prawa karnego (*Zweispurigkeit*), akcesoryjności odpowiedzialności za udział (*Akzessorietätsfunktion*) oraz w obszarze błędu (*Irrtumsfunktion*)⁶². Z kolei C. Roxin w zwięzłej formie podał następujące konsekwencje rozróżnienia bezprawności i winy w tych trzech obszarach⁶³: 1) kara

⁵⁶ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 319 i n.

⁵⁷ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

⁵⁸ A. Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1915, t. 36, s. 28 i n., 184 i n. (Schluß); zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

⁵⁹ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260.

⁶⁰ Zob. np. A. Hegler, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff* [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag* 16. August 1930, t. I. Neudruck der Tübingen Ausgabe 1930, Aalen 1969, s. 274, przypis 2; A. Hegler, *Die Merkmale...*, s. 29, przypis 31; na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. III, s. 322.

⁶¹ H. Welzel, *Das Deutsche...*, s. 62: „Nicht die von der Täterperson abgelöste Erfolgsverursachung (Rechtsgüterverletzung) erschöpft das Unrecht, sondern rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters (...) Rechtswidrigkeit ist immer Mißbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat. Unrecht ist täterbezogenes, „personales” Handlungsunrecht”; zob. M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 260–261.

⁶² Określenia pochodzą od B. Schünemanna, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 2 Teil: *Schuld und Kriminalpolitik*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht” 1986, s. 302–303; zob. M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 186.

⁶³ C. Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)* (herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher), Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, t. I, s. 238 i n.

nawiązuje do winy (bez winy nie ma kary), natomiast środek zabezpieczający może być stosowany już wtedy, gdy czyn jest bezprawny; 2) udział (*Teilnahme*) w usprawiedliwionym (legalnym) czynie sprawcy głównego musi pozostać bezkarny. Nie dotyczy to jednak udziału w czynie niezawinionym, którego karalność niemiecki StGB na podstawie limitowanej akcesoryjności zasadniczo dopuszcza; 3) błędne przyjęcie przedmiotowych warunków kontraktypu wyłącza umyślność (zamiar) względnie winę umyślności, podczas gdy urojenie przedmiotowych warunków sytuacji znoszącej zawinienie takiego skutku nie pociąga (umyślność czynu nie zostaje wyłączona)⁶⁴.

Jak zatem funkcjonuje rozróżnienie między bezprawnością a winą w zakresie tzw. dwutorowości systemu odpowiedzialności?⁶⁵ Można podkreślić na początku, że „dwutorowość” nie stanowi żadnego minimalnego warunku spełniania standardów państwa prawa przez określony system karny. Poza tym nawet „dwutorowe” ustawodawstwa karne w tym zakresie istotnie mogą się między sobą różnić.

W polskim Kodeksie karnym z 1997 r. warunkami koniecznymi wymierzenia kary jest ustalenie bezprawności i zawinienia czynu wypełniającego znamiona typu, przewiduje on również możliwość orzeczenia środków zabezpieczających. Orzekanie tych środków miałoby więc być wykluczone wtedy, gdy czyn sprawcy nie był bezprawny, np. gdy działał on w sytuacji kontraktypowej (np. obrony koniecznej), możliwe natomiast gdy brakowałoby winy sprawcy (zachodzi okoliczność wyłączająca winę; w tym przede wszystkim niepoczytalność). Poza niepoczytalnością nie ma jednak w polskim Kodeksie karnym żadnego przepisu, który stanowiłby samodzielną podstawę stosowania środka zabezpieczającego. Jedyną sytuacją, w której dopuszcza się na podstawie art. 93c k.k. orzeczenie środka zabezpieczającego bez skazania (a więc przy braku winy), jest wypadek sprawcy, co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k. Artykuł 99 k.k. przewiduje możliwość orzeczenia wobec niepoczytalnego sprawcy czynu zabronionego tytułem środka zabezpieczającego nakaz lub zakazy wymienione w art. 39 pkt 2–3 k.k.⁶⁶ Podstawowe znaczenie ma tu jednak możliwość orzeczenia wobec sprawcy niepoczytalnego pobytu w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym (por. art. 93g § 1 k.k. w zw. z art. 93c pkt 1 k.k.). Nie ulega wątpliwości, że „czyn zabroniony” należy rozumieć jako zachowanie sprawcy, które realizuje znamiona typu czynu w sytuacji, gdy nie wystąpił żaden kontratyp. Zatem orzeczenie tego środka jest wyłączone, gdy niepoczytalny sprawca działał w granicach kontraktypu, np. art. 25, 26 § 1 k.k. Wykluczone jest to jednakże również w sytuacjach klasyfikowanych jako zniesienie czy wyłączenie winy, np. określonej w art. 26 § 2 (tzw. znoszący winę stan wyższej konieczności⁶⁷), w przypadku usprawiedliwionego przekonania, że zachodzi okoliczność wyłączająca

⁶⁴ Zob. również M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 187.

⁶⁵ Zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 345 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 132 i n.

⁶⁶ Odnosnie do orzekania przypadku, to, pomijając rozważania co do charakteru tego środka po nowelizacji Kodeksu karnego (obecnie art. 45a w rozdziale Va „Przypadek i środki kompensacyjne” – dawniejszy art. 100 k.k.), można go orzec wobec osoby, która popełniła czyn zabroniony w stanie niepoczytalności albo jeżeli zachodzi okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego. Należy przyjąć, że termin „okoliczności wyłączające ukaranie” nie obejmuje ani sytuacji wyłączających winę sprawcy, ani tym bardziej kontraktypów. Można odwołać się do dominującej wykładni uchylonego art. 100 k.k. Ocena znikomości społecznej szkodliwości czynu (umorzenie postępowania) nie dotyczy winy sprawcy.

⁶⁷ Moim zdaniem funkcje wyłączenia bezprawności i winy w tych przepisach (art. 26 § 1 i art. 26 § 2 k.k.) nie przebiega według kryterium utylitarystycznego proporcji dóbr. Na ten temat poniżej.

bezpprawność albo winę albo usprawiedliwionej nieświadomości bezpprawności czynu (art. 29 i 30 k.k.; nie mogą one pozostawać w związku ze stanem niepoczytalności), a nawet wtedy, gdy ustawa uznaje, iż sprawca nie podlega karze (np. art. 15 § 1 k.k.). Moim zdaniem powinny zachodzić wszystkie warunki karalnego zachowania (w tym negatywne), z wyjątkiem poczytalności. Tak więc postulat ścisłego rozróżniania sytuacji wyłączenia bezpprawności i wyłączenia winy generalnie nie jest uzasadniony. Na tej płaszczyźnie można co najwyżej przyjąć rozróżnienie między niepoczytalnością a innymi okolicznościami wyłączającymi przestępność czynu. Nie ma racjonalnych podstaw, by – co do zasady – odmówić osobie, co do której istniałyby nawet przesłanki określenia jej jako „niepoczytalnej”, powołania się na działanie w granicach kontratypu, jak i na to, że działała np. w granicach art. 26 § 2 czy w usprawiedliwionej nieświadomości bezpprawności czynu (art. 30 k.k.; nie może jednak mieć ona związku z niepoczytalnością). Zgodnie z art. 414 § 1 k.p.k. ustalenie po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. (w tym kontratypów i okoliczności wyłączających winę) prowadzi do konieczności wydania wyroku uniewinniającego, chyba że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny! (wtedy sąd wydaje wyrok umarzający).

Podobnie rzecz przedstawia się z wykładnią § 63 StGB w nauce niemieckiej. Jak się wydaje, przeważająca jej część warunki umieszczenia sprawcy niezdarnego do zawinienia (niepoczytalnego) w zakładzie leczenia psychiatrycznego wywodzi z teleologii tego przepisu, a nie założeń ogólnosystemowych⁶⁸. Przede wszystkim warunek popełnienia przez sprawcę czynu bezpprawnego (*rechtswidrige Tat*) rozumiany jest jako *tatbestandsmäßig-rechtwidrige Tat*⁶⁹. Nie chodzi więc tu o jakąkolwiek bezpprawność, lecz o bezpprawność „prawnokarnie” relewantną (zachowanie wyczerpujące znamiona typu czynu zabronionego, gdy nie zachodzi jakiegokolwiek okoliczność czyn usprawiedliwiająca – *Rechtfertigungsgrund*). Celowościowa wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym jest wykluczone nie tylko wtedy, gdy zachodzi okoliczność legalizująca czyn, ale również gdy zachodzą warunki okoliczności znoszącej zawinienie, np. znoszący winę stan konieczności określony w § 35 niemieckiego StGB. Podstawę stosowania § 63 StGB należy wiązać tylko z takim zachowaniem sprawcy, które wykazuje wszystkie cechy czynu zabronionego karalnego (a więc nie mogą zachodzić nawet przypadki braku karalności), z wyjątkiem poczytalności sprawcy⁷⁰. Jest rzeczą niezwykle ciekawą, że np. H.-H. Jescheck i Th. Weigend, rzecznicy rozróżniania bezpprawności i winy, reprezentanci dwupłaszczyznowej koncepcji *Fahrlässigkeit* („nieumyślność”)⁷¹ przyjmują, iż w przypadku czynów nieumyślnych osób niepoczytalnych warunkiem zastosowania środków zabezpieczających jest, by „sprawca

⁶⁸ Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezpprawność...*, s. 28, 352.

⁶⁹ § 11 ust. 1, pkt 5 StGB brzmi: „(1) *Im Sinne dieses Gesetzes ist (...) 5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.*”.

⁷⁰ Tak zasadniczo zwolennicy dwupłaszczyznowej oceny czynu H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, 5 wyd., s. 808. Szersza literatura zob. Z. Jędrzejewski, *Bezpprawność...*, s. 352, przypis 1574.

⁷¹ H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 563 i n., 594 i n. Szersza literatura zob. Z. Jędrzejewski, *Bezpprawność...*, s. 366, przypis 1627. Według tego dominującego poglądu, naruszenie obowiązującej w obrocie reguły ostrożności oraz obiektywna przewidywalność skutku (*sollen*) przypisana jest płaszczyźnie bezpprawności, natomiast konkretno-indywidualna zdolność dolożenia należytej staranności oraz konkretno-indywidualna możliwość przewidzenia skutku to sfera winy (*können*).

według swoich indywidualnych zdolności, abstrahując od stanu poczytalności, był w stanie sprostać obiektywnym wymogom ostrożności⁷². Zatem brak elementu konkretno-indywidualnej zdolności (w ujęciu systemowym autorów elementu winy) dołożenia należytej staranności (systemowo płaszczyzna bezprawności) wyłącza możliwość przyjęcia warunku „czynu bezprawnego”⁷³!

Rozróżnienie między bezprawnością i winą w zakresie stosowania środków zabezpieczających traci na znaczeniu również wtedy, gdy, akcentując ich niewątpliwie prewencyjny charakter (niebezpieczeństwo sprawcy popełnienia czynu zabronionego w przyszłości), poluźnia się związek z systemem prawa karnego. Cytowany wyżej niemiecki karnista M. Pawlik podkreśla więc zdecydowanie prewencyjny charakter środków zabezpieczających⁷⁴. Dlatego też mogą one być stosowane wobec niezdolnych do zawinienia. W przeciwieństwie jednak do praw obronnych (*Notrechte*; „wolno mi ingerować w sferę napastnika, ponieważ zostałem przez niego zaatakowany”) czyn „bezprawny”, do którego nawiązuje poszczególny środek zabezpieczający, nie jest „podstawą” (*der Grund*), lecz tylko „powodem” (*der Anlaß*) czy „wskaźnikiem” (*das Indiz*) przyszłej niebezpieczności niezdolnego do zawinienia sprawcy. Warunek „bezpawnego czynu” powinien więc być wykładany z punktu widzenia celu środka zabezpieczającego (zapobieganie niebezpieczeństwom w przyszłości)⁷⁵. Jego zdaniem tezę tę potwierdza orzecznictwo niemieckie, które nie wyklucza stosowania § 63 StGB w przypadkach, gdy niepoczytalny działa w błędzie (np. co do znamion, w urojeniu znamienia kontraktu), wynikającym z jego chorobowego stanu.

Rację ma jednak inny niemiecki uczony F. Loos, zwracając uwagę na to, że tezy M. Pawlika nawiązują najwyraźniej do tzw. symptomatycznej definicji przestępstwa O. Tesara i H. Kollmanna (przestępstwo jest tylko symptomem niebezpieczności sprawcy)⁷⁶. Elementy takiego spojrzenia można odnaleźć przynajmniej częściowo w niemieckim prawie karnym nieletnich (*Jugendstrafrecht*)⁷⁷. Podobnie rzecz przedstawia się ze środkami wychowawczymi w polskiej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich stosowanymi w przypadku stwierdzenia „demoralizacji”⁷⁸ (nieco inaczej w przypadku umieszczenia w zakładzie poprawczym⁷⁹). Z rozpatrywanego tutaj punktu widzenia ciekawy jest również art. 12 tej ustawy⁸⁰. W pierwotnym

⁷² H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 593. Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 370.

⁷³ Przed II wojną światową również H. Welzel (*Studien...*, s. 562) twierdził, że w zakresie nieświadomej nieumyślności istota bezprawia zależna jest od zdolności do zawinienia sprawcy: w tym wypadku nie istnieje „niezawinione bezprawie”. W nauce niemieckiej istnieje dosyć liczna grupa zwolenników stanowiska, które zalicza indywidualną możliwość wypełnienia obiektywnego obowiązku staranności do sfery bezprawia czynu (ściśle do jego istoty – *Tatbestand*). Na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 367 oraz piśmiennictwo.

⁷⁴ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 268–269, przypis 76; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 149–150.

⁷⁵ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 269, przypis 76; M. Pawlik, *Der wichtigste...*, s. 150.

⁷⁶ Zob. F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470 i wskazana tam literatura.

⁷⁷ F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470.

⁷⁸ Zob. art. 4 § 1 tej ustawy, który wśród „okoliczności świadczących o demoralizacji nieletniego” wymienia również „popełnienie czynu zabronionego” czy „udział w grupach przestępczych”.

⁷⁹ Warunkiem koniecznym zastosowania tego środka (art. 10) jest popełnienie czynu karnego w rozumieniu art. 1 § 2 pkt 2 lit. a (przestępstwo lub przestępstwo skarbowe). Co do struktury i zakresu terminu „czyn karny” na gruncie ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 354 i n.

⁸⁰ Art. 12: „W razie stwierdzenia u nieletniego upośledzenia umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych bądź nalogowego używania alkoholu albo innych środków w celu wprowadzenia się w stan odurzenia, sąd rodzinny może orzec umieszczenie nieletniego w szpitalu psychiatrycznym lub innym odpowiednim zakładzie leczniczym. Jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia nieletniemu jedynie opieki wychowawczej, sąd może orzec umieszczenie go w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, a w przypadku gdy nieletni jest upośledzony umysłowo w stopniu głębokim i wymaga jedynie opieki – w domu pomocy społecznej.”

brzmieniu warunkiem zastosowania tego środka było popełnienie przez nieletniego „czynu karalnego”⁸¹. Przepis ten w obecnym brzmieniu tego warunku już nie przewiduje⁸². Jednak prawo o postępowaniu w sprawach nieletnich nie jest prawem ustanawiającym zasady odpowiedzialności karnej nieletnich. Natomiast symptomatyczne pojęcie przestępstwa w przypadku obowiązującego prawa karnego „dorosłych” zarówno w Niemczech, jak i w Polsce nie wchodzi w ogóle w rachubę⁸³.

Rozróżnienie między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę) skorelowane ma być z niemiecką konstrukcją limitowanej (ograniczonej) akcesoryjności odpowiedzialności podżegacza i pomocnika (teoria udziału w cudzym czynie zabronionym)⁸⁴. Zakres tej akcesoryjności ustalany jest dokładnie na linii demarkacyjnej między bezprawnością a winą. Przepisy niemieckiego StGB (§ 26, 27) wymagają, by sprawca bezpośredni popełnił jedynie bezprawny czyn umyślny, a podżegacz lub pomocnik karani byli według swojej winy, bez względu na winę pozostałych uczestników (§ 29). Zatem podżeganie (pomocnictwo) do zachowania w sytuacji kontratypowej nie jest karalne (brak bezprawia sprawcy głównego), jeżeli zaś sprawcy bezpośredniemu nie można przypisać zawinienia (okoliczność znosząca zawinienie), odpowiedzialność podżegacza (pomocnika) nie byłaby zasadniczo wykluczona. Bardzo wcześnie powstał jednak spór co do tego, czy możliwa jest odpowiedzialność podżegacza (pomocnika), który nakłania (ułatwia) do czynu sprawcę działającego w warunkach stanu konieczności z § 35 niemieckiego StGB i nie należy do kręgu osób bliskich sprawcy⁸⁵. Przepis ten ogranicza bowiem krąg osób, które mogą się na tę sytuację powołać: sprawca musi działać w celu uchylecia niebezpieczeństwa jedynie dla swojego życia, zdrowia lub wolności lub życia, zdrowia, wolności osoby mu bliskiej (generalizacja szczególnej sytuacji motywacyjnej). Przyjmowana tu często bezkarność podżegacza i pomocnika prowadzi do rozszerzenia zakresu akcesoryjności na obszar winy. Akcesoryjność nie pokrywa się wtedy dokładnie z linią rozdzielającą bezprawność i winę. W niemieckiej konstrukcji odpowiedzialności osób współdziałających trzeba jednak uwzględnić formę sprawstwa pośredniego, nieznaną polskiej ustawie karnej⁸⁶. Nakłaniający do czynu *extraneus* w rozumieniu § 35 StGB w wielu przypadkach może zostać uznany za sprawcę pośredniego. Ponieważ pole konstrukcji sprawstwa pośredniego (opartej na koncepcji „władztwa nad czynem” – *Tatherrschaft*) jest w nauce i orzecznictwie niemieckim stale poszerzane, jednocześnie zawęża się zakres zastosowania zasady ograniczonej akcesoryjności (także w przypadkach wykorzystania działania osoby niepoczytalnej lub pozostającej

⁸¹ Dz.U. z 1982 r. Nr 35, poz. 228.

⁸² Zmiana przyjęta ustawą z 15.09.2000 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 91, poz. 1010).

⁸³ Zob. także F. Loos, *Zur Bedeutung...*, s. 470.

⁸⁴ Szerzej (również literatura niemiecka) zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 393 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 134 i n.

⁸⁵ Treść tego przepisu zob. powyżej przypis 16. Kategorizowany jest na ogół jako okoliczność znosząca zawinienie. Z tego punktu widzenia został on zdecydowanie lepiej sformułowany niż jego polski odpowiednik. W art. 26 § 2 k.k. nie odnajdziemy znamion, które chociażby generalno-objektywnie opisywałyby szczególną sytuację motywacyjną sprawcy (nie ogranicza dóbr, które sprawca może ratować, do dóbr własnych lub osób bliskich). Uprawniony wydaje się więc wniosek, że jeżeli sprawca jako sam bezpośrednio działający pozostaje bezkarny ratując inne „obce” dobro, to tym bardziej wtedy pozostaje bez kary, gdy do podobnego zachowania nakłania lub udziela pomocy.

⁸⁶ Formy przyjęte w polskiej ustawie karnej: sprawstwo kierownicze i polecające nie pokrywają się ze sprawstwem pośrednim.

w niemożliwej do uniknięcia nieświadomości bezprawności). Sprawstwo pośrednie obejmuje już niemal wszystkie sytuacje, w których po stronie sprawcy bezpośredniego zachodzi brak jakiejś cechy, wymaganej do przyjęcia przestępności jego czynu (w tym brak bezprawności czy brak winy)⁸⁷. Nic zatem dziwnego, że jeden z niemieckich autorów neguje w zakresie udziału znaczenie rozróżnienia między wyłączeniem bezprawności i wyłączeniem winy⁸⁸.

Z przyjętych założeń filozoficzno-prawnych wychodzi natomiast M. Pawlik, który zwraca uwagę na wykształcone w XIX w. w piśmiennictwie szkoły heglowskiej prawa karnego (także u G.W.F. Hegla i I. Kanta) pojęcie „podżegacza”⁸⁹. Chodzi mianowicie o to, że podżegacz musi nakłaniać do czynu, którego decyzja wykonania wynika z „wolnej woli” sprawcy bezpośredniego. W przeciwnym razie podżegacza należy uznać po prostu za sprawcę. Całkowicie konsekwentnie można więc przyjąć, że o podżegaczu może być mowa tylko pod warunkiem iż czyn sprawcy podżeganego jest zawiniony⁹⁰. W takim ujęciu należy więc koncepcję limitowanej akcesoryjności odrzucić⁹¹.

Konstrukcja limitowanej akcesoryjności to jednak jedna z wielu możliwości regulacji odpowiedzialności osób współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego. Dlatego też postulat czy dogmat rozróżniania między bezprawnością i winą traci na znaczeniu na gruncie innych zasad odpowiedzialności, nieopartych na koncepcji udziału czy odrzucających ograniczoną akcesoryjność. Przynajmniej w tym krótkim wywodzie trzeba poruszyć ten problem na przykładzie obecnie obowiązujących przepisów polskiego Kodeksu karnego z 1997 r., w interpretacji, którą przyjęła zdecydowana większość współczesnej polskiej doktryny⁹² oraz Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny⁹³.

Programowo odrzucono w nauce polskiej i orzecznictwie koncepcję tzw. form zjawiskowych („technicznych sposobów”) popełnienia czynu zabronionego przez podżegacza i pomocnika. Podżeganie i pomocnictwo to odrębne, samodzielne odmiany typów czynów zabronionych, charakteryzujące się własnymi, specyficznymi

⁸⁷ Sprawstwo pośrednie przyjmuje się również np. gdy po stronie sprawcy głównego nie zachodzi czyn w znaczeniu prawnokarnym, gdy sprawca występuje w roli „narzędzia” nierealizującego znamion typu czynu, gdy pozostaje w błędzie co do znamienia typu czynu zabronionego, wreszcie nawet gdy działa legalnie.

⁸⁸ Zob. H. v. der Linde, *Rechtfertigung...*, s. 152 i n., 253 i n., 289. Jego zdaniem odpowiedzialność za udział powinna zostać oparta na konstrukcji ścisłej akcesoryjności (bezprawny i zawiniony czyn sprawcy bezpośredniego)!

⁸⁹ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 272 i n.

⁹⁰ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 273.

⁹¹ M. Pawlik, *Das Unrecht...*, s. 275. Podobnie (co do wyniku) cytowany wyżej (*de lege ferenda*) H. von der Linde, s. 252 i n.; także T. Walter, Kern..., s. 208; G. Jakobs, *Die Akzessorietät*, „Goldammer's Archiv für Strafrecht” 1996, s. 253 i n.

⁹² Inną rzeczą jest to, że z taką interpretacją się nie zgadzam. Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo), sprawstwo kierownicze i sprawstwo pośrednie a akcesoryjność odpowiedzialności* [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski, M. Królikowski, Z. Wiernikowski, S. Zółtek, Warszawa 2014, s. 111 i n. Ze względu na ramy artykułu muszę zrezygnować z analizy koncepcji form zjawiskowych w Kodeksie karnym z 1932 r. i 1969 r. Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Problem „skutkowości” podżegania i pomocnictwa w Kodeksie karnym z 1932 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bieńkowska, D. Szafranski, Warszawa 2014, s. 111 i n.; Z. Jędrzejewski, *Akcesoryjność kuantytatywna oraz karalność „usiłowania” podżegania i pomocnictwa w Kodeksach karnych z 1969 i 1997 r.* [w:] *Problemy...*, s. 133 i n.

⁹³ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 21.10.2003 r., I KZP 11/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa 2003/11–12, poz. 89, oraz TK w wyroku z 17.07.2014 r., SK 35/12, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego ZU 2014/7A, poz. 74; sentencja ogłoszona 28.07.2014 r. w: Dz.U. poz. 992.

zespołami znamion⁹⁴. Skutek w postaci popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę *sensu stricto* nie należy więc do znamion podżegania i pomocnictwa⁹⁵. Czyn zabroniony, do którego podżegacz nakłania lub jego wykonanie pomocnik ułatwia, określany jest nie z punktu widzenia zachowania sprawcy bezpośredniego, lecz właśnie z punktu widzenia podżegacza (pomocnika)⁹⁶. Zdaniem P. Kardasa „z punktu widzenia czynności podżegania znaczenie ma tylko wyobrażony i w pełni uświadomiony przez podżegającego czyn zabroniony”, „(...) z punktu widzenia osoby nakłanianej charakterystyka czynu zabronionego określonego w części szczególnej nie wyznacza przedmiotu zamiaru nakłanianego”, „znamiona podżegania wymagają, aby podżegacz miał pełną świadomość normatywnej charakterystyki przedmiotu nakłaniania, nie zawierają natomiast takiego warunku w odniesieniu do osoby nakłanianej”, z perspektywy tej osoby „istotne jest jedynie wzbudzenie przez podżegacza decyzji dokonania konkretnego zachowania scharakteryzowanego obiektywnie bez konieczności uświadamiania sobie przez osobę nakłanianą, że zachowanie to ma określoną charakterystykę jurydyczną wyrażoną przez odpowiedni przepis części szczególnej KK”⁹⁷. „Z punktu widzenia nakłaniającego, czyn zabroniony, do popełnienia którego podżegacz nakłania inną osobę, jest jedynie wyobrażony, ponieważ osoba nakłaniana ani nie musi tego czynu realnie dokonać, ani też nie musi być świadoma jego prawnej kwalifikacji”⁹⁸. Otwiera to – według P. Kardasa – drogę do konstruowania podstaw odpowiedzialności za podżeganie do przestępstwa nieumyślnego, bowiem nieumyślność po stronie nakłanianego nie rzutuje w żadnym zakresie na odpowiedzialność podżegacza (tzw. właściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego)⁹⁹. Z kolei A. Liszewska postuluje, by wymagana charakterystyka czynu sprawcy bezpośredniego obejmowała jedynie stronę przedmiotową, co pozwoliłoby na kwalifikowanie z art. 18 § 2 i 3 k.k. przypadków gdy nakłanianie lub ułatwianie dotyczy zachowania, które po stronie nakłanianego nie jest czynem zabronionym (np. X nakłania Y do zaboru cudzej rzeczy ruchomej przez wprowadzenie go w błąd zapewnieniem, że owa rzecz jest jego)¹⁰⁰.

Wypowiedzi te należy uznać za dalekie od klarowności. W każdym razie wydają się tylko połowicznie załatwiać cały problem. Nie ulega chyba wątpliwości, że typy czynów zabronionych podżegania i pomocnictwa zostają tu przekształcone w swoiste typy czynów zabronionych, w których podżegacz i pomocnik traktują wykonawcę bezpośredniego jako jedynie narzędzie dla realizacji ich własnego zamiaru naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego¹⁰¹. Z konstrukcyjnego punktu widzenia nie chodzi tu o sprawstwo pośrednie w ujęciu niemieckiego StGB i niemieckiej

⁹⁴ Szerzej zob. P. Kardas [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, red. R. Dębski, Rozdział III, Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego, Warszawa 2017, 2 wyd., s. 1008 i n., 1011 i n., 1041 i n.

⁹⁵ Przyjmuje się, że skutkiem jest wzbudzenie u osoby nakłanianej decyzji określonego zachowania lub w przypadku pomocnictwa zmiana sytuacyjna, przejawiająca się w stworzeniu warunków, w których popełnienie przez inną osobę czynu zabronionego będzie łatwiejsze niż w sytuacji gdy pomocnik nie zrealizował swojego zachowania. Zob. P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1021 i n., 1057 i n. Występuje też pogląd o formalnym charakterze przestępstw podżegania i pomocnictwa.

⁹⁶ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo)*... [w:] *Między nauką...*, s. 130 i n.

⁹⁷ Zob. P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1020 i n.

⁹⁸ P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1022.

⁹⁹ P. Kardas [w:] *System...*, t. III, s. 1022.

¹⁰⁰ A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 108 i n., 173–174.

¹⁰¹ Zob. Z. Jędrzejewski, *Podżeganie (pomocnictwo)*... [w:] *Między nauką...*, s. 132.

doktryny prawa karnego. W każdym razie podżegacz realizuje znamiona „swojego” czynu zabronionego. Moim zdaniem podżegacz może nakłaniać również inną osobę, która „nie realizuje znamion”, osobę, która „działa bez zamiaru” (przy braku typu nieumyślnego), czy nawet nakłaniać ją do czynu legalnego (np. w warunkach kontraktypu)! Tak więc rozróżnienie szczebli przestępności czynu (czyn, realizacja znamion przedmiotowych, podmiotowych, bezprawność, wina), do którego popełnienia nakłania podżegacz, lub którego popełnienie ułatwia pomocnik, dla odpowiedzialności podżegacza i pomocnika nie ma żadnego znaczenia.

Funkcja rozróżnienia między bezprawnością i winą w zakresie regulacji błędu jest omawiana w literaturze stosunkowo rzadko. Z różnego systemowego usytuowania kontraktypu (*Rechtfertigungsgrund*) i sytuacji znoszącej zawinienie (*Entschuldigungsgrund*) ma wynikać konieczność odmiennej regulacji urojenia znamienia kontraktypu oraz urojenia okoliczności stanowiącej znamię okoliczności znoszącej zawinienie¹⁰². W niemieckim StGB nie uregulowano wyraźnie pierwszej sytuacji, jednak zdecydowana większość doktryny przyjęła stanowisko, że albo, tak jak błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu, taki błąd wyłącza bezprawie umyślne, albo też bezprawie umyślne zostaje zachowane, odpada jedynie „wina umyślności”, co oznacza w obydwu przypadkach odpowiedzialność z odpowiedniego typu nieumyślnego¹⁰³. Urojenie okoliczności stanowiącej znamię kontraktypu należy od dawna do najbardziej spornych przedmiotów debaty naukowej, a gama proponowanych rozwiązań jest niezwykle duża – od wyłączenia umyślności po stanowisko tzw. ścisłej teorii winy (*die strenge Schuldtheorie*), według której jest to po prostu przypadek nieświadomości bezprawności¹⁰⁴. Stanowisko zbliżone do ścisłej teorii winy przyjęto w art. 29 polskiego k.k. (choć niekiedy stwierdza się, że jest to błąd swoisty, odmienny od błędu co do znamienia typu i nieświadomości bezprawności). Popełnienie czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność, usuwa jednie zawinienie, zamiar (bezprawie umyślne) nie ulega wyłączeniu. W tym samym przepisie uregulowano identycznie urojenie znamienia okoliczności wyłączającej winę. Jeżeli postuluje się ścisłe rozróżnianie płaszczyzn (wyłączenia) bezprawności oraz (wyłączenia) winy, to zrównanie w ocenie tych dwóch rodzajów błędów na pewno nie jest rozwiązaniem, które odpowiada takiemu założeniu.

W niemieckim StGB, nauce i orzecznictwie rzecz przedstawia się inaczej. Trzeba uwzględnić pogląd dominujący co do rozwiązania urojenia znamienia kontraktypu (odpowiedzialność z typu nieumyślnego) oraz regulację z § 35 ust. 2 niemieckiego StGB dotyczącą urojenia znamienia tzw. wyłączającego winę stanu konieczności¹⁰⁵ (nie ma ogólnej regulacji dotyczącej urojenia znamienia każdej możliwej

¹⁰² Podobnie z różnego systemowego usytuowania typu i kontraktypu zwolennicy koncepcji *Leitbildtatbestand* wnoszą niekiedy o konieczności różnej regulacji błędu co do znamienia typu oraz urojenia znamienia kontraktypu.

¹⁰³ Takie stanowisko nauki niemieckiej z pewnością nie odpowiada zwolennikom uwzględniania systemowego usytuowania typu i znamion kontraktypu. Większość doktryny niemieckiej odrzuca teorię negatywnych znamion czynu zabronionego.

¹⁰⁴ Szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 513–575. *Die strenge Schuldtheorie* reprezentowali przede wszystkim finaliści.

¹⁰⁵ „(2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern“.

sytuacji znoszącej winę). Konstrukcja § 35 ust. 2 oparta jest na *Schuldtheorie*: jeżeli sprawca nie mógł uniknąć błędu, to odpada wina, ale bezprawie umyślne czynu pozostaje nienaruszone. Znaczna część nauki niemieckiej postuluje odpowiednio stosowanie § 35 ust. 2 StGB do przypadków błędu co do warunków innych *Entschuldigungsgründe*¹⁰⁶.

W starszej doktrynie prawa karnego, ze względu na podkreślane podobieństwo do kontratypów, proponowano niekiedy w przypadku urojenia znamienia stanu konieczności wyłączającego winę odpowiedzialność za czyn nieumyślny, jeśli sprawca mógł uniknąć błędu¹⁰⁷. Takie rozwiązania spotyka się również w obecnie obowiązujących Kodeksach karnych. Zgodnie z § 10 ust. 2 austriackiego StGB urojenie okoliczności stanowiącej znamię stanu konieczności znoszącego zawinienie prowadzi do odpowiedzialności za czyn nieumyślny, pod warunkiem że błąd polega na nieumyślności i nieumyślne popełnienie czynu jest zagrożone karą. Odnośnie do błędnego urojenia przedmiotowych znamion okoliczności znoszącej winę, podobne rozwiązanie znajdziemy w art. 16 ust. 2 portugalskiego Código Penal. W tym samym przepisie identyczne rozwiązanie przyjęto również odnośnie do urojenia znamienia kontratypu¹⁰⁸. Nie ulega zatem wątpliwości, mimo pewnych różnic teoretycznych (błąd co do znamienia typu wyłącza bezprawie umyślne, w przypadkach urojenia znamienia kontratypu lub urojenia okoliczności wyłączającej winę następuje zniesienie „winy umyślności”), że skutki błędów są identyczne (możliwa odpowiedzialność za czyn nieumyślny)¹⁰⁹.

Grupa okoliczności znoszących zawinienie (niem. *Entschuldigungsgründe*) budzi spory w nauce prawa karnego. Często – mimo identycznego usytuowania w strukturze przestępstwa – doktryna odróżnia je od „tradycyjnych” okoliczności wyłączających winę: niepoczytalności, nieletniości czy niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności (*Schuldausschließungsgründe*). W przypadkach *Entschuldigungsgründe* nie zachodzi całkowite zniesienie zawinienia. Współcześnie przeważa pogląd, że w takich sytuacjach następuje tylko istotne zmniejszenie bezprawia i winy jednocześnie, np. zachowanie w stanie konieczności określonym w § 35 niemieckiego StGB charakteryzuje się spadkiem stopnia bezprawia (*actio duplex* – sprawca, naruszając interesy, ratuje inne) i „podwójnym” zmniejszeniem stopnia winy¹¹⁰. Spadek stopnia winy następuje pośrednio ze względu na zmniejszone bezprawie, drugi raz ze względu na szczególną sytuację motywacyjną sprawcy. Pogląd, że ten drugi spadek stopnia winy jest niezależny od bezprawia, to oczywiście wynik przyjęcia normatywnej teorii winy. Według jej twórców (R. v. Frank, J. Goldschmidt, B. Freudenthal), najogólniej rzecz biorąc, wina sprowadza się do zarzucalności (*Vorwerfbarkeit*) czy wymagalności (*Zumutbarkeit*) zachowania zgodnego z określonym obowiązkiem prawnym (normą). R. v. Frank przyjmował, że warunkiem przypisania winy (obok zdolności do przypisania, zamiaru lub nieumyślności) jest

¹⁰⁶ Zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 508 i wskazana tam literatura.

¹⁰⁷ Zob. np. J. Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 1975, s. 430.

¹⁰⁸ Na ten temat M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 188 i n.

¹⁰⁹ M. Cortes Rosa, *Die Funktion...*, s. 189.

¹¹⁰ Na ten temat zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, s. 478; W. Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 2005, s. 276 i n.; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 478 i n., 486 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 143 i n.; Z. Jędrzejewski, *Obrona...*, s. 175 i n.

„normalny stan okoliczności, w których działa sprawca”¹¹¹. Zarzucalność odpada, gdy okoliczności towarzyszące niosą ze sobą niebezpieczeństwo dla sprawcy (lub innej osoby), z którego ma go uratować właśnie zakazane działanie albo ogólniej – gdy podjęciu decyzji popełnienia czynu towarzyszy anormalna sytuacja motywacyjna. Zdaniem J. Goldschmidta, okoliczności usprawiedliwiające (legalizujące) czyn zabroniony są wynikiem rozważenia wartości kolidujących interesów i wyboru obiektywnie przeważającego lub uprawnionego interesu, natomiast podstawa *Entschuldigungsgründe* tkwi „w subiektywnie przeważającym i pozytywnie ocenianym motywie”, wynika z „anormalnego procesu motywacji”, w sytuacji, w której „nie można od sprawcy wymagać, by kierował się normą obowiązku”¹¹². Jest to niejako wynik bilansu prowadzącego do przynajmniej nie negatywnej oceny konfliktu różnych motywów i przeciw-motywów.

W owym czasie rozpoczyna się w obszarze kontraktypów dominacja utylitarystycznej koncepcji rozważenia kolidujących interesów i pierwszeństwa interesu bardziej wartościowego. Jeżeli zaś określona sytuacja nie dała się zakwalifikować jako kontraktyp według teorii przeważającego interesu, to lokowano ją na ogół normatywnie pojmowanej winie. W taki sposób w nauce i w orzecznictwie niemieckim doszło do powstania tzw. teorii zróżnicowania i wyodrębnienia tzw. pozaustawowego stanu konieczności wyłączającego bezprawność, który ostatecznie został unormowany w § 34 obecnie obowiązującego niemieckiego StGB, oraz stanu konieczności znośczego zawinienie, który ustawodawca niemiecki opisał w § 35 StGB¹¹³.

Jednorodne kryterium, według którego do zakwalifikowania do kategorii kontraktypów wystarczy, że ratowane dobra czy interesy mają większą wartość niż interesy (dobra) poświęcane, w demokratycznym państwie chroniącym wolności człowieka nie może być akceptowane. Dawne utylitarystyczne, monistyczne uzasadnienie kontraktypów należy zdecydowanie odrzucić. Ponadto między *Rechtfertigungsgründe* i *Entschuldigungsgründe* zachodzą bardziej złożone różnice o charakterze raczej ilościowym. W przypadku *Entschuldigungsgründe* stopień kompensacji ujemnej wartości czynu zabronionego (zarówno bezprawia, jak i winy) jest na tyle niedostateczny, że nie pozwala bez żadnych wątpliwości na kategoryzowanie tych sytuacji jako okoliczności wyłączających bezprawność. W piśmiennictwie nie brak również stanowisk lokujących takie przypadki w innych, niż bezprawność czynu (rozumianej jako jego niezgodność z całym porządkiem prawnym) płaszczyznach oceny. C. Roxin wprowadził np. kategorię „odpowiedzialności” (*Verantwortlichkeit*) jako oceny „uczynienia sprawcy prawnokarnie odpowiedzialnym”¹¹⁴.

¹¹¹ R. v. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen 1907, s. 12–13; na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 374 i n., 473 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 142; Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 174–175.

¹¹² J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Sonderabdruck aus der „Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht“ Wiedeń 1913, z. 3–4, s. 34 i n.; na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 374 i n., 477 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 142–143; Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 175. J. Goldschmidt rozwija swój pogląd co do charakteru okoliczności znośszych zawinienie *per analogiam* do okoliczności usprawiedliwiających (*Rechtfertigungsgründe*), poprzez wysunięcie na plan pierwszy sytuacji konfliktowej (w tym przypadku motywów i przeciw-motywów w sferze psychiki sprawcy). Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 477.

¹¹³ Na ten temat szerzej zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 444 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 97 i n.

¹¹⁴ Zob. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monachium 2006, 4 wyd., s. 91 i n., 226–227, 851 i n., 945 i n., 963 i n. Szerzej na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 95 i n., 106 i n., 361 i n., 372, 384 i n., 478; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 147.

W przypadkach okoliczności znoszących zawinienie brakuje prewencyjnej konieczności ukarania (wyłączenie *Verantwortlichkeit*)¹¹⁵. Natomiast zgodnie z funkcjonalnym, ogólnoprewencyjnym ujęciem winy G. Jakobsa (wina służy urzeczywistnieniu celu kary, jakim jest utrzymanie znaczenia norm i stabilizacja zaufania do obowiązywania porządku prawnego, naruszonego przez zachowanie sprawcy – pozytywna prewencja ogólna) brakuje wyłącznie ogólnoprewencyjnej potrzeby karania¹¹⁶. Z kolei R. Maurach między bezprawność (w tradycyjnym jednolitym znaczeniu) a winę (w tradycyjnym znaczeniu jako zarzut stawiany konkretnemu sprawcy) wprowadził generalizującą kategorię „odpowiedzialności za czyn” (*Tatverantwortung*)¹¹⁷. Jego zdaniem w zakresie jednego pojęcia zarzucalności nie można łączyć warunków o charakterze indywidualizującym (poczytalność i dająca się uniknąć nieświadomość bezprawności) oraz generalizującym, jakim jest wymagalność zgodnego z normą zachowania. W § 35 niemieckiego StGB (stan konieczności) opis sytuacji braku wymagalności zgodnego z prawem zachowania (braku odpowiedzialności za czyn) został dokonany przez podanie w sposób wyczerpujący jedynie jej znamion obiektywnych, zewnętrznych. Jej psychologiczny wpływ jest generalizująco domniemywany i nie podlega sprawdzeniu w stosunku do konkretnego sprawcy. Brak wymagalności zgodnego z normą postępowania powinien być ustalany jeszcze przed przyjęciem warunków o charakterze indywidualizującym. Tak więc np. osoba „niepoczytalna” czy działająca w niedającej się uniknąć nieświadomości bezprawności może powołać się na stan konieczności określony w § 35 niemieckiego StGB¹¹⁸. Nie jest wtedy możliwe zastosowanie środka zabezpieczającego.

Tezy te potwierdza generalizująca typizacja takich stanów konieczności w kodeksach karnych¹¹⁹. Oznacza to, że nie wymaga się żadnej indywidualizującej oceny sprawcy i stopnia jego winy. Trafnie dawno temu stwierdzał H.-J. Rudolphi, że potrzeba posłużenia się generalizującą typizacją wynika właśnie dlatego, iż chodzi o opisanie sytuacji zmniejszonego bezprawia¹²⁰. Zatem granica między

¹¹⁵ C. Roxin (*Strafrecht...*, s. 877–878, 945 i n.) odrzuca podział na okoliczności niepozwalające w ogóle przypisać winy (*Schuldausschließungsgründe*) oraz okoliczności, w których pewien stopień winy istnieje, choć są one ostatecznie kategoryzowane, jako znoszące zawinienie (*Entschuldigungsgründe*).

¹¹⁶ G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–Nowy Jork 1993 (Studienausgabe), 2 wyd., s. 480 i n., 568 i n. Na temat koncepcji G. Jakobsa zob. Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 148.

¹¹⁷ R. Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel–Hannover 1948; R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg–Karlsruhe 1977, s. 443 i n. Na temat tej koncepcji Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 378 i n.; Z. Jędrzejewski, *Odpowiedzialność za czyn (Tatverantwortung) w strukturze przestępstwa R. Mauracha* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 3, red. B. Bienkowska, D. Szafrński, Warszawa 2011, s. 139–148; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 146. W literaturze prezentowane są również stanowiska zaliczające te sytuacje do okoliczności wyłączających bezprawność karną albo do kategorii obszaru wolnego od prawa (*rechtfreier Raum*). Na ten temat Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 148–149.

¹¹⁸ W przypadku wyłączenia odpowiedzialności za czyn nie jest możliwe wyczerpanie środka zabezpieczającego. Odpowiedzialność za czyn jest więc ostatnim „wspólnym” warunkiem wymierzenia kary (dodatkowo musi być ustalona wina) oraz zastosowania środka zabezpieczającego (dodatkowo ustalenie niebezpieczeństwa sprawcy).

¹¹⁹ Typizacja w przypadku § 35 niemieckiego StGB przynajmniej sugeruje poprzez znamiona obiektywne (ratowanie dóbr własnych lub osób bliskich) specyficzną sytuację motywacyjną sprawcy (teoria normatywna winy), czego nie można powiedzieć o typizacji art. 26 § 2 polskiego k.k. Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Paristwo...*, s. 209–210.

¹²⁰ H.-J. Rudolphi, *Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der §§ 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 1966, t. 78, s. 82 i n.; zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 479 i n.; Z. Jędrzejewski [w:] *System...*, t. IV, s. 144 i n.

okolicznościami usprawiedliwiającymi czyn (*Rechtfertigungsgründe*) i okolicznościami znoszącymi zawinienie (*Entschuldigungsgründe*) jest płynna, bowiem również przy zagadnieniu zniesienia zawinienia miarodajne są momenty związane z bezprawiem czynu¹²¹. Zdaniem H.-J. Rudolphiego nie należy więc traktować „usprawiedliwienia” (legalizacji) i „zniesienia zawinienia” jako dwóch diametralnie przeciwstawnych sobie pojęć.

Wypada jedynie zgodzić się z poglądem tego autora. Kontratypy i okoliczności znoszące zawinienie łączy przede wszystkim występujące znamię „konieczności”. Jest to wspólny trzon tych dwóch grup – okoliczności wyłączających przestępność czynu i ważny argument przemawiający na rzecz tezy o ich strukturalnym podobieństwie. Anormalna sytuacja motywacyjna występuje również w przypadku praw obronnych, np. przy obronie koniecznej, tzw. defensywnym, ewentualnie tzw. agresywnym stanie konieczności (zwłaszcza gdy bronione są dobra własne lub osób np. bliskich)¹²². Skutek w postaci wyłączenia bezprawności powoduje, że – ocena w zakresie winy staje się zbędna (brak bezprawia – brak winy). Jednak wystarczy, że broniący dóbr czy interesów przekroczy granice takiego kontratypu, by w pełni ukazała się rola sytuacji motywacyjnej przy ocenie czynu (wina). Przypomnieć wypada więc np. § 33 niemieckiego StGB i art. 25 § 3 polskiego Kodeksu karnego. Opisują one sytuację, która we współczesnej nauce prawa karnego traktowana jest jako okoliczność znosząca zawinienie (*Entschuldigungsgründe*)¹²³.

Czyżby zatem do kategorii *Entschuldigungsgründe* miałyby trafiać wszystkie te sytuacje, które nie spełniają kryteriów uzasadnienia kontratypowego? Problem polega jednak na tym, że nie da się również oprzeć kontratypów na jednolitej, wspólnej podstawie. Jak już wyżej była mowa, utylitarystyczna, sztywna reguła rozważenia kolidujących interesów (dóbr) oraz wyboru po prostu ważniejszego interesu (dobra) jako jednolita, ogólna podstawa wyłączania bezprawności w prawie karnym demokratycznego państwa jest nie do przyjęcia. Stanowi zbyt duże zagrożenia dla trwałości ochrony praw podmiotowych, wykorzystywana być może w systemach kolektywistycznych lub zgoła totalitarnych¹²⁴. Prawa i wolności przydzielone jednostkom mają wtedy zawsze charakter prawa relatywnych i mogą być ograniczane lub nawet zniesione na rzecz innych dóbr, także społecznych¹²⁵. Utylitarystyczne uzasadnienie obrony koniecznej prowadzi do skutków, które z indywidualistyczno-podmiotowego punktu widzenia są nie do przyjęcia (np. wymóg obrony dobra wartości wyższej i subsydiarności zachowania obronnego). Również w tym kontekście należy oceniać regulację art. 26 § 1 i 26 § 2 polskiego k.k.¹²⁶ Przyjmowana powszechnie w nauce polskiej interpretacja, że § 1 tego przepisu określa warunki kontratypowego zachowania w stanie konieczności, a § 2 – warunki stanu konieczności znoszącego zarzut winy jest nietrafna. Ramy prezentacji nie pozwalają na wyczerpujące omówienie tego zagadnienia. Podniosę tylko kilka wątków. Już przyjęta prosta przewaga wartości dobra zagrożonego nie może zasadniczo stanowić

¹²¹ H.-J. Rudolphi, *Ist die Teilnahme...*, s. 85, przypis 60.

¹²² Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 175–176.

¹²³ Brzmienie obydwu przepisów zob. powyżej przypisy 17 i 18.

¹²⁴ Na ten temat Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 450 i n.

¹²⁵ Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 188.

¹²⁶ Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 209 i n.

Kryterium decydującym o wyłączeniu bezprawności. Uzasadnienie tzw. agresywnego stanu konieczności, tj. sytuacji gdy sprawca ratując dobro narusza dobro osoby, która tego stanu zagrożenia nie spowodowała (jej obszar wolności nie jest źródłem zagrożenia), jeżeli jest wyjątkowo akceptowane, to jedynie z racji międzyludzkiej solidarności i tylko wtedy gdy wartość dobra zagrożonego (ratowanego) „istotnie” przewyższa wartość dobra poświęcanego, a i taki wynik może zostać przekreślony, jeżeli łączyłoby to się z np. naruszeniem godności osoby ludzkiej¹²⁷. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że takie instytucje jak agresywny stan konieczności czy obowiązek prawny niesienia pomocy (art. 162 k.k., § 323c niemieckiego StGB) na gruncie ściśle indywidualistycznego, antyutylitarystycznego liberalizmu nie da się w ogóle uzasadnić. Mogą to być co najwyżej reguły moralne. We współczesnym prawie akceptowane są one jako instytucje zupełnie wyjątkowe, dopełniające jego „wolnościowy” charakter zasadą solidarności. Punktem wyjścia regulacji prawnych współczesnego porządku prawnego, w tym prawa karnego, musi być więc liberalny model gwarantowania równości i poszanowania obszarów wolności jednostek, modyfikowany ostrożnie i wyjątkowo elementami zasady solidarności z innymi jednostkami.

Wolnościowemu „modelowi bazowemu” w pełni odpowiadają natomiast instytucje tzw. defensywnego stanu konieczności oraz obrony koniecznej. Dopuszczają one naruszenie dobra większej wartości, niż dobro ratowane, bowiem cechą istotną tych instytucji jest źródło zagrożenia i kierunek zachowania obronnego: broniący narusza sferę, w której znajduje się źródło zagrożenia, a w przypadku obrony koniecznej jest to reakcja wobec bezprawnego zamachu. Strukturalnie defensywny stan konieczności jest podobny do obrony koniecznej, zresztą kiedyś granice obrony koniecznej utożsamiano z defensywnym stanem konieczności¹²⁸. Podstawą usprawiedliwienia (legalizacji) tych sytuacji nie jest bynajmniej zasada przeważającego interesu, lecz zasada zakazująca ingerencji w cudzą sferę wolności (nakaz respektowania cudzej sfery wolności), zasada znoszenia niebezpieczeństw i szkód powstałych wewnątrz własnej sfery wolności (*casum sentit dominus*) i zakazująca przerzucania niebezpieczeństw i szkód w obce sfery wolności osób, które tego niebezpieczeństwa nie spowodowały (*Abwälzungsverbot*) oraz zasada prawa odpowiedzi, tj. odwrócenia tego niebezpieczeństwa na koszt sfery zagrażającej, choćby wartość dobra naruszanego była wyższa niż dobra zagrożonego¹²⁹. Jeżeli wprowadza się tu jakieś ograniczenia, np. by wartość naruszonego interesu nie była „nieproporcjonalnie” wyższa, niż wartość interesu ratowanego (zob. np. § 228 niemieckiego BGB), to można jedynie stwierdzić, że nie wynikają one z liberalno-podmiotowego stanowiska, lecz są co najwyżej pochodzenia „socjalno-etycznego”. Podobnie rzecz przedstawia się z postulowanymi licznie w nauce niemieckiej „socjalno-etycznymi” ograniczeniami obrony koniecznej. Moim zdaniem obrona konieczna i tzw. defensywny stan konieczności są sytuacjami, w których „sprawca” nie przekracza granic swojego obszaru wolności, a więc nie przekracza żadnej normy sankcjonowanej („pierwotna” legalność czynu)¹³⁰. Obrona (konieczna, defensywny

¹²⁷ Zob. wyżej przypis 11 (trafne uregulowanie § 34 niemieckiego StGB).

¹²⁸ Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 192.

¹²⁹ Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 199 i n., 210 i n.

¹³⁰ Zob. Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 215.

stan konieczności) prawa podmiotowego (wolności) jest wykonywaniem tego prawa czy też po prostu jest elementem tego prawa podmiotowego¹³¹. Jeżeli jednak te dwie instytucje traktowane są nadal jako kontratypy, to z pewnością uzasadniane są one zupełnie odmiennie niż tzw. agresywny stan konieczności¹³². Nietrudno więc również zauważyć, że stanowisko przypisujące art. 26 § 1 k.k. funkcję kontratypu, zaś § 2 tego przepisu funkcję wyłączania winy, nie może być trafne. Agresywny stan konieczności może wyłączyć bezprawność jedynie w sytuacji gdy wartość dobra ratowanego „istotnie” przewyższa wartość dobra poświęcanego, i nie zachodzi przypadek naruszenia godności osoby ludzkiej. Jednak wyłączenie bezprawności może nastąpić również w sytuacji defensywnego stanu konieczności, gdy wartość dobra poświęconego jest wyższa niż wartość dobra ratowanego (lub mu równa)!

Abstract

Zbigniew Jędrzejewski, *Functions and Substantive Law Grounds for the Distinction between Defences and Circumstances Excluding Guilt*

The author attempts to make a distinction between circumstances excluding the unlawfulness of an act (defences) and circumstances excluding guilt. He provides extensive documentation of the evolving approaches to the issue of distinguishing in the assessment of whether an act is an offence two issues: that of unlawfulness and that of guilt, like it is done in the German criminal law literature. In the course of the analysis he reaches the conclusion that the common stem for defences and circumstances excluding guilt, as situations that exclude the criminal nature of a given act, is the feature of 'necessity'. He rejects the rationality of a situation where all defences are based on single common grounds, which grounds are derived from the utilitarian understanding of the expediency of sacrificing one of the conflicting legal interests. The author sees the legalization of acts covered by the defences of necessity and self-defence in the prohibition of interference with the sphere of another person's freedoms, in the principle of removing the threats and losses that arise within the sphere of one's own freedoms (casum sentit dominus), and in the prohibition of transferring threats and losses into the spheres of freedoms of other persons who have not caused a given threat. The author reaches the conclusion that self-defence and necessity as a defence are situations when the 'perpetrator' does not exceed the limits of his/her area of freedom, hence he/she does not violate any norm that would trigger sanctions. The lawfulness of the perpetrator's act is one of 'primary' character, because defending a legal right (freedom) is comprised in the exercise of such a right or perhaps it is simply an element of such a right.

Keywords: criminal law, defence, circumstance excluding guilt

¹³¹ Tak w istocie rzeczy m.in. I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006, s. 42–50. Szerzej na ten temat Z. Jędrzejewski, *Obrona...* [w:] *Państwo...*, s. 194 i n., 210 i n.

¹³² Zob. np. G. Jakobs, *Strafrecht...*, s. 350 i n. Usprawiedliwienie obrony koniecznej, defensywnego stanu konieczności, samopomocy, zatrzymania przestępcy wynika z zachowania się ofiary ingerencji (zasada odpowiedzialności, zasada spowodowania przez ofiarę naruszenia), usprawiedliwienie agresywnego stanu konieczności z zasady solidarności. Podobnie zob. M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 1997, s. 235 i n., 242 i n., 260 i n., 280 i n., 298 i n.; na temat ujęcia G. Jakobsa zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 471–472; na temat ujęcia M. Köhlera zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 472–473.

Streszczenie

Zbigniew Jędrzejewski, *Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie*

Autor podejmuje kwestię rozróżnienia między okolicznościami wyłączającymi bezprawność (kontratypami) a okolicznościami wyłączającymi (znoszącymi) zawinienie. W rozbudowany sposób dokumentuje ewolucję w podejściu do kwestii rozdzielenia płaszczyzn oceny przestępności czynu na bezprawność i winę, jaka dokonała się w niemieckiej literaturze prawa karnego. W toku analizy dochodzi do wniosku, że wspólnym trzonem kontratypów i okoliczności znoszących zawinienie, jako sytuacji wyłączających przestępność czynu jest znamie „konieczności”. Odrzuca zasadność oparcia wszystkich kontratypów na jednolitej, wspólnej podstawie, wywodzonej z utylitarystycznie pojmowanej opłacalności poświęcenia jednego z pozostałych w kolizji dóbr. Legalizacji działań w ramach defensywnego stanu wyższej konieczności oraz obrony koniecznej upatruje w zakazie ingerencji w cudzą sferę wolności, zasadzie znoszenia niebezpieczeństw i szkód powstałych wewnątrz własnej sfery wolności (*casum sentit dominus*) i zakazie przerzucania niebezpieczeństw i szkód w obce sfery wolności osób, które tego niebezpieczeństwa nie spowodowały. Autor dochodzi do konkluzji, że obrona konieczna i defensywny stan wyższej konieczności są sytuacjami, w których „sprawca” nie przekracza granic swojego obszaru wolności, a więc nie przekracza żadnej normy sankcjonowanej. Legalność czynu sprawcy ma tu charakter „pierwotny”, gdyż obrona prawa podmiotowego (wolności) jest wykonywaniem tego prawa czy też po prostu jest elementem tego prawa podmiotowego.

Słowa kluczowe: prawo karne, kontratyp, okoliczność znosząca zawinienie

Literatura:

1. Baumann J., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 1975;
2. Cortes Rosa M., *Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995;
3. de Figueiredo Dias J., *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems* [w:] *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (herausgegeben von B. Schünemann, J. de Figueiredo Dias), Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1995;
4. Erb V. [w:] *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, §§ 1–37 StGB, Monachium 2011;
5. Felber R., *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*, Monachium 1979;
6. Fischer H.A., *Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Monachium 1911;
7. Frank v. R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen 1907;
8. Frisch W., *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)* [w:] *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (herausgegeben von A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt), Monachium 2000;
9. Frisch W., *Vorsatz und Risiko*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1983;
10. Goldschmidt J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Sonderabdruck aus der Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht Wien 1913, z. 3–4;
11. Gropp W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 2005;
12. Hassemer W., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification*

- and Excuse. Comparative Perspectives), herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987, t. I;
13. Hegler A., *Die Merkmale des Verbrechens*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915;
 14. Hegler A., *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff* [w:] *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930*, t. I. Neudruck der Tübingen Ausgabe 1930, Aalen 1969;
 15. Hirsch H.J., *Die Notwehrvoraussetzung der Rechtswidrigkeit des Angriffs* [w:] *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin–Nowy Jork 1977;
 16. Hoyer A., *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin 1997;
 17. Jakobs G., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. 107, 1995;
 18. Jakobs G., *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Monachium 1992;
 19. Jakobs G., *Die Akzessorietät*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1996;
 20. Jakobs G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–Nowy Jork 1993 (Studienausgabe);
 21. Jędrzejewski Z., *Akcesoryjność kwantytatywna oraz karalność „usiłowania” podżegania i pomocnictwa w Kodeksach karnych z 1969 i 1997 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bieńkowski, D. Szafrński, Warszawa 2014;
 22. Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009;
 23. Jędrzejewski Z., *Funkcje rozróżnienia między bezprawnościami (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)* [w:] *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, red. G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008;
 24. Jędrzejewski Z., *Hans Kelsen i nauka o przestępstwie* [w:] *Normatywizm Hansa Kelsena a współczesna nauka prawa*, red. A. Bosiacki, Warszawa 2017;
 25. Jędrzejewski Z., *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utylitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością)* [w:] *Państwo. Konstytucja. Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi Ciochowi*, Warszawa 2018;
 26. Jędrzejewski Z., *Podżeganie (pomocnictwo), sprawstwo kierownicze i sprawstwo pośrednie a akcesoryjność odpowiedzialności* [w:] *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski, M. Królikowski, Z. Wiernikowski, S. Żółtek, Warszawa 2014;
 27. Jędrzejewski Z., *Pojęcie przestępstwa w doktrynie prawa karnego Niemiec hitlerowskich w ujęciu tzw. szkoły kilońskiej*, część I: *Ius Novum* 2011, nr 2, część II: *Ius Novum* 2011, nr 3;
 28. Jędrzejewski Z., *Problem „skutkowości” podżegania i pomocnictwa w Kodeksie karnym z 1932 r.* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 5, red. B.T. Bieńkowska, D. Szafrński, Warszawa 2014;
 29. Jędrzejewski Z., *Rozdział I, § 7, Przestępstwo i jego struktura. Bezprawność* [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017;
 30. Jędrzejewski Z. [w:] *System Prawa Karnego*, t. IV, *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Rozdział 1. Okoliczności wyłączające bezprawność. § 1. Zagadnienia ogólne, Warszawa 2016;
 31. Jędrzejewski Z., *Odpowiedzialność za czyn (Tatverantwortung) w strukturze przestępstwa R. Mauracha* [w:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*, cz. 3, red. B. Bieńkowska, D. Szafrński, Warszawa 2011;
 32. Jescheck H.-H., Weigend Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1996;
 33. Kant I., *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006;

34. Kardas P. [w:] *System Prawa Karnego*, t. III, red. R. Dębski, Rozdział III, *Sprawstwo i współdziałanie w popełnieniu czynu zabronionego*, Warszawa 2017;
35. Köhler M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg–Nowy Jork 1997;
36. Koriath H., *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin 1994;
37. Kuhlen L., *Buchbesprechungen: Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, t. 120, 2008;
38. Lenckner Th., *Der rechtfertigende Notstand*, Tybinga 1965;
39. Lesch H.H., *Der Verbrechensbegriff*, Kolonia–Berlin–Bonn–Monachium 1999;
40. Lesch H.H., *Unrecht und Schuld im Strafrecht*, Juristische Arbeitsblätter 2002;
41. Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004;
42. Liszt v. F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin–Lipsk 1919;
43. Loos F., *Zur Bedeutung des Unrechtsbegriffs im Strafrecht* [w:] *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag* (herausgegeben von R. Bloy, M. Böse, Th. Hillenkamp, C. Momsen, P. Rackow), Berlin 2010;
44. Maurach R., *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel–Hannover 1948;
45. Maurach R., Zipf H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg–Karlsruhe 1977;
46. Merkel A., *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, Stuttgart 1912;
47. Pawlik M., „Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter”? *Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht* [w:] *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (herausgegeben von G. Dannecker, W. Langer, O. Ranft, R. Schmitz, J. Brammsen), Kolonia–Berlin–Monachium 2007;
48. Pawlik M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tybinga 2012;
49. Renczkowski J., *Notstand und Notwehr*, Berlin 1994;
50. Roxin C., *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen* [w:] *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives)*, herausgegeben von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., herausgegeben von A. Eser, Freiburg i. Br. 1987;
51. Roxin C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Monachium 2006;
52. Schaffstein F., *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, Monatsschrift für Deutsches Recht 1952;
53. Schaffstein F., *Putative Rechtfertigungsgründe und die finale Handlungslehre*, Monatsschrift für Deutsches Recht 1951;
54. Schünemann B., *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2 Teil: Schuld und Kriminalpolitik*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1986;
55. Schünemann B., *Strafrecht dogmatik als Wissenschaft* [w:] *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (herausgegeben von B. Schünemann, H. Achenbach, W. Bottke, B. Haffke, H.-J. Rudolphi), Berlin–Nowy Jork 2001;
56. von der Linde H., *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, Frankfurt nad Menem–Berno–Nowy Jork–Paryż 1988;
57. Walter T., *Der Kern des Strafrechts*, Tybinga 2006;
58. Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1969;
59. Welzel H., *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, Juristische Schulung 1966;
60. Welzel H., *Studien zum System des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1938, t. 58;
61. Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.

Mariusz Nawrocki*

O możliwych prawnokarnych konsekwencjach błędu po stronie wyrażającego zgodę na naruszenie dobra**

Zgodnie z tytułem niniejszego opracowania prawnokarne konsekwencje błędu po stronie wyrażającego zgodę na naruszenie dobra będą wiązane z błędem po stronie dysponenta dobrem¹. Będąc jeszcze na przedpolu właściwych rozważań należy zasygnalizować, że nie będą bliżej poruszane kwestie terminologiczne związane z omawianą konstrukcją. Faktem jest, że w nauce prawa karnego na opis zezwolenia podmiotu, któremu przynależy dobro prawne, a który zgadza się na jego naruszenie, używa się co najmniej trzech określeń: zgoda pokrzywdzonego², zgoda dysponenta dobrem³, zgoda dzierżyciela dobra⁴. W niniejszym opracowaniu – bez wchodzenia głębiej w zasadność posługiwania się ww. terminami – będzie używane sformułowanie „zgoda dysponenta dobrem”.

Błąd w prawie karnym jest konstrukcją mocno osadzoną. Z perspektywy nauki o przestępstwie jest on pojmowany jako okoliczność wyłączająca bądź umniejszająca zawinienie, zaś pośród konkretnych typów czynów zabronionych występuje jako

* Dr Mariusz Nawrocki jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0001-9339-4050, e-mail: mariusz.nawrocki@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Należy tu podkreślić, że choć zgoda dysponenta dobrem jest, co do zasady, ujmowana jako pozaustawowa okoliczność kontratypowa, to należy pamiętać, iż w niektórych przypadkach zgoda tego rodzaju wpływa na typizację czynu zabronionego, czego wymownym przykładem może być przestępstwo uregulowane w art. 192 Kodeksu karnego (Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny [Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm. – dalej k.k.]). Zob. szerzej Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008/5, s. 36–44; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, 282–291; J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009, s. 131–154; E. Hryniewicz, *Czy zgoda dysponenta dobra może wyłączyć bezprawność czynu?*, „Prokuratura i Prawo” 2014/9, s. 55–69. Należy również podkreślić, że uznanie, iż możliwe jest przypisanie odpowiedzialności karnej dysponentowi za wyrażenie zgody na naruszenie dobra prawnie chronionego milcząco zakłada, że ów dysponent może swoim zachowaniem przekroczyć normę zakazującą naruszenia takiego dobra.

² W. Wolter, *Prawo karne*, Warszawa 1947, s. 212; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 344.

³ Zasadność posługiwania się sformułowaniem „zgoda pokrzywdzonego” zanegował A. Zoll, proponując w to miejsce wyrażenie „zgoda dysponenta dobrem” – A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 91.

⁴ D. Zając, *Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/2, *passim*.

jedno ze znamion strony przedmiotowej, wyjątkowo zaś jako element warunkujący tę odpowiedzialność (odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne). Poświęcono mu wiele miejsca zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. I jakkolwiek definiowany jest w sposób zbieżny, to nie oznacza to, że jest to konstrukcja pojmowana jednolicie. Istnieje bowiem dwugłos w nauce prawa karnego odnośnie do tego, czy błąd jest jedno- czy dwupostaciowy. Choć jest to zagadnienie wielce interesujące, to ono też nie będzie przedmiotem dalszych rozważań. Pozostaje tu przyjąć, że błąd jest efektem procesu błędzenia i polega na mylnym wyobrażeniu o rzeczywistości⁵.

Zgoda dysponenta dobrem jako okoliczność wyłączająca bezprawność pełni funkcję eliminującą odpowiedzialność karną sprawcy dopuszczającego się naruszenia dobra chronionego prawem. W pewnych jednak sytuacjach sprawca nie będzie zwolniony z tego rodzaju odpowiedzialności. Choć wskazana problematyka nie jest przedmiotem bliższych rozważań w niniejszym opracowaniu, to – nawiązując do tytułowego zagadnienia – wypada odnotować, że sprawca naruszający dobro prawnie chronione może działać pod wpływem błędu. W tym zakresie o odpowiedzialności karnej sprawcy wypowiedział się już Ł. Pohl. Autor ten scharakteryzował możliwe warianty odpowiedzialności błędzącego sprawcy. Zdaniem przywołanego autora w sytuacji, w której zgoda dysponenta dobrem miałaby w ogóle wykluczać możliwość przekroczenia prawnokarnej normy sankcjonowanej (realizacji znamion czynu zabronionego), należy przyjąć, że:

- a) w przypadku błędnego założenia przez sprawcę, że rzeczona zgoda miała miejsce – sprawca jest w błędzie co do okoliczności faktycznej stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.), co skutkuje wykluczeniem możliwości przypisania mu umyślnego popełnienia czynu zabronionego znamiennego domniemanym znamieniem braku zgody,
- b) w przypadku błędnego przyjęcia przez sprawcę, że omawianej zgody nie wyrażono – sprawca dopuszcza się usiłowania nieudolnego dokonania czynu zabronionego charakteryzującego się domniemanym znamieniem braku zgody⁶.

Według Ł. Pohla inaczej prezentuje się sytuacja sprawcy, gdy zgoda dysponenta dobrem jest traktowana jedynie jako okoliczność kontratypowa. Wtedy bowiem należy przyjąć, że:

- a) w przypadku błędnego przyjęcia przez sprawcę, że rzeczona zgoda miała miejsce – sprawca jest w błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, co w razie uznania błędu za usprawiedliwiony skutkuje niemożliwością przypisania mu winy (art. 29 k.k.),

⁵ Szerzej nt. błędu w prawie karnym zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, *passim*; Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, *passim*; J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, *passim*; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, *passim*, a także J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 99–116, M. Nawrocki, *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Szczecin 2019, *passim*.

⁶ Ł. Pohl, *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia)* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 79. Zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 287.

- b) w przypadku błędnego przyjęcia przez sprawcę, że omawianej zgody nie udzielono – błąd ten jest nieistotny z punktu widzenia unormowań polskiego Kodeksu karnego⁷.

Jak już wskazano wyżej, mówiąc o zgodzie dysponenta dobrem, zasadniczo na pierwszy plan wysuwa się odpowiedzialność karna sprawcy, który dopuszcza się owego naruszenia, nawet przy uwzględnieniu działania przezeń pod wpływem błędu. Wskazano również, że nie sposób wykluczyć sytuacji, w której błąd może zaistnieć po stronie udzielającego zezwolenia na naruszenie dobra, i że w związku z tym nie można wykluczyć ewentualnej podstawy do przypisania odpowiedzialności karnej. Z uwagi na bardzo specyficzne uwarunkowania, można przyjąć bez ryzyka popełnienia pomyłki, że sytuacje takie będą mimo wszystko należały do rzadkości. Ich wystąpienie jest wprost zależne od częstotliwości i charakteru błędu, pod wpływem którego dysponent udzieli zgody na naruszenie przynależnego mu dobra. Błąd ten może dotyczyć konkretnego przedmiotu, co do którego dysponent wyraża zgodę, np. Jan zezwala Piotrowi na zabór leżącego na stole banknotu o nominale 100 zł, sądząc że jest to jego banknot, podczas gdy w rzeczywistości jest to banknot innej osoby. Podobnie błąd może dotyczyć osoby, np. Jan, organizując przyjęcie dla członków kierowanego przez siebie stowarzyszenia, zwraca się do przybyłych gości staropolskim zwrotem „czym chata bogata”, zezwalając na swobodne korzystanie z zasobów piwniczki z winem. Okazuje się jednak, że pośród przybyłych gości były również osoby, których Jan nie zapraszał i które nie legitymują się członkostwem w stowarzyszeniu, a tym samym osoby, którym Jan, choć się do nich zwracał, to nie miał w rzeczywistości zamiaru udzielić zgody na spożywanie jego leżakującego od lat wina. Błąd może także polegać na mylnym wyobrażeniu o obowiązujących regułach ostrożności albo w ogóle odnośnie do ich obowiązywania⁸. Przykładowo, podmiot X podejmuje się remontu swojego mieszkania, mylnie przyjmując, że jest w stanie prawidłowo przeprowadzić wszelkie prace budowlane zgodnie z regułami rządzącymi tego rodzaju pracami. Wydaje się, że błąd może również polegać na mylnym wyobrażeniu o okolicznościach, warunkach i przebiegu samego naruszenia dobra. Otóż może być tak, że Jan, chcąc w sposób zgodny z prawem pozbyć się starego samochodu, zezwoli swojemu synowi Jackowi, aby ten się zajął sprawą, myśląc że Jacek auto zezłomuje, podczas gdy w rzeczywistości Jacek zabiera auto w odludne miejsce, gdzie je podpala. W końcu nie można wykluczyć, że błąd będzie dotyczył zakresu uprawnień dysponenta w stosunku do dobra chronionego prawem, np. zgoda na zniszczenie mienia, które jest objęte współwłasnością, choć dysponent mylnie zakłada, że ma „pełne” prawo do rozporządzania nim. Wskazane rodzaje błędów mogą się kumulować.

Wydaje się, że wszystkie z opisanych wariantów błędzenia charakteryzują się prawnokarną relewancją (błąd jest istotny). Wszak gdyby po stronie dysponenta nie występowały opisane przypadki mylnego wyobrażenia o rzeczywistości, nie wyraziłby on zezwolenia na naruszenie przynależnego mu dobra.

⁷ Ł. Pohl, *O usytuowaniu...*, s. 79. Zob. również Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 287.

⁸ Szerzej o błędzie w kontekście reguł ostrożności zob. M. Byczyk, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016, s. 325–335.

Część z opisanych błędów, tj. błąd dysponenta odnośnie do przedmiotu wykonawczego, który ma ulec naruszeniu, osoby, której na to zezwolono oraz okoliczności (przebiegu, warunków), jakie mają temu towarzyszyć nie aktualizuje po stronie zezwalającego odpowiedzialności karnej, albowiem – w zależności od przyjętej koncepcji w zakresie istoty zgody dysponenta dobrem – zachowanie dysponenta nie stanowi w ogóle naruszenia zakazu karnego, względnie stanowi jego naruszenie, ale nie jest ono bezprawne.

Nieco inaczej wygląda sytuacja, gdy dysponent wyraża zgodę na naruszenie dobra będąc mylnie przekonany, że służy mu takie prawo, podczas gdy prawo takie mu nie przynależy. Dysponent, wyrażając zgodę na naruszenie dobra prawnie chronionego, gdy uprawnienie w tym zakresie mu nie przynależy, działa – używając terminologii cywilistycznej – jako *falsus procurator*, a więc jako osoba nieuprawniona. Z kolei dysponent, wyrażając zgodę na naruszenie dobra prawnie chronionego, gdy uprawnienie w tym zakresie przynależy mu jedynie częściowo, działa z przekroczeniem swojego umocowania. W obu sytuacjach dochodzi do przekroczenia zakazu karnego, np. przywłaszczenia, a jednocześnie postępowanie dysponenta należy uznać za bezprawne, bo narusza słusne interesy prawowitego dysponenta lub współdysponenta (np. współwłaściciela). W konsekwencji w takich sytuacjach nie można wykluczyć ewentualnej odpowiedzialności karnej zezwalającego na naruszenie dobra. Jednocześnie z tego względu pod znakiem zapytania pozostaje zasadność posługiwania się określeniem „zgoda dysponenta dobrem”, skoro zezwalający nie jest uprawniony do wyrażenia zgody, bo nie przysługuje mu ku temu (w ogóle bądź tylko częściowo) umocowanie⁹.

Z uwagi na dopuszczalność uznania, że błąd może charakteryzować stan świadomości dysponenta dobrem, należy zastanowić się, jak błąd tego rodzaju może wpływać na błąd sprawcy, który naruszenia dobra prawnie chronionego się dopuszcza.

Nie ma wątpliwości, że błąd po stronie dysponenta może wpływać bezpośrednio na błąd sprawcy dopuszczającego się naruszenia dobra prawnie chronionego. Widać to dość dobrze na przykładzie, w którym dysponent wyraża zgodę na zniszczenie mienia, które objęte jest współwłasnością, mylnie zakładając, że ma on „pełne” prawo do rozporządzania tymże dobrem. Czynione przez zezwalającego sugestywne, bo oparte na głębokim, acz mylnym przeświadczeniu zapewnienia odnośnie do zakresu jego prawa do dysponowania dobrem mogą oddziaływać na stan świadomości podmiotu naruszającego dobro prawnie chronione. Tak więc błąd dysponenta przełoży się na błąd osoby naruszającej dobro. Można jednak wyobrazić sobie taki scenariusz, w którym podmiot naruszający dobro prawne nie pozostaje w błędzie, albowiem ma lepsze rozeznanie w otaczającej rzeczywistości aniżeli dysponent i np. zna zakres umocowania zezwalającego do dysponowania danym dobrem. Dysponent będzie zatem działał pod wpływem błędu, zaś osoba naruszająca dobro, jeśli – mimo świadomości rzeczywistego zakresu prawa rozporządzania dobrem przez dysponenta – podejmie swoje zachowanie – będzie ponosiła „pełną” odpowiedzialność karną z uwagi na brak zbłądzenia. Można wreszcie wyobrazić sobie i taki wariant, w którym

⁹ Wydaje się, że w takiej sytuacji przynajmniej częściowo odżywa zasadność posługiwania się sformułowaniem „zgoda pokrzywdzonego”. Skoro bowiem zezwalający działa pod wpływem błędu, to należy uznać, że gdyby w błędzie nie pozostawał, to stosownej zgody by nie udzielił. Oznacza to tym samym, że do naruszenia przynależnego mu dobra dochodzi bez faktycznego (bo tylko mylnie wyobrazonego) zezwolenia, a zatem z naruszeniem interesu pokrzywdzonego.

zarówno zachowanie się osoby zezwalającej na naruszenie dobra, jak i osoby naruszającej dobro będzie obarczone błędem, przy czym nie będzie to błąd tej samej jakości. Może być bowiem tak, że osoba naruszająca dobro będzie miała mylne wyobrażenie o rzeczywistym zakresie prawa rozporządzania dobrem przez osobę tym dobrem dysponującą i jednocześnie będzie się ono różniło od mylnego wyobrażenia po stronie dysponenta, np. osoba dysponująca dobrem mylnie przyjmuje, że jest jedynym właścicielem rzeczy, i w związku z tym ma prawo do rozporządzania nią, zaś osoba naruszająca dobro mylnie sądzi, że dysponent jest umocowany do rozporządzania rzeczą, bo jest np. udziałowcem większościowym w prawie własności owej rzeczy, co ma w jego ocenie uprawniać do takiego rozporządzania¹⁰.

Powyższe uzmysławia, że między osobą dysponującą dobrem a osobą naruszającą dobro mogą zachodzić różne związki. W kontekście tym pojawia się zatem pytanie, czy skoro błąd po stronie osoby dysponującej dobrem może wywoływać błąd po stronie osoby naruszającej dobro, to możliwe jest rozpatrywanie odpowiedzialności obu na zasadzie którejkolwiek z form współdziałania przestępnego?

Zanim zostanie podjęta próba udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie, należy jeszcze zbadać zagadnienie strony podmiotowej czynu jakiego dopuszcza się błędzący, co dotyczy w takim samym stopniu osoby dysponującej dobrem, jak i osoby naruszającej dobro. Niewątpliwie określenie strony podmiotowej czynu zabronionego pozwoli na dookreślenie ram ewentualnej odpowiedzialności karnej wskazanych podmiotów. Punktem wyjściowym musi być tu niekwestionowalne stwierdzenie, że błąd – jako wytwór ludzkiego błędzenia – to rezultat niewłaściwej interpretacji (niewłaściwego uświadamiania sobie) określonego fragmentu rzeczywistości obiektywnej¹¹. Innymi słowy, błąd powoduje ograniczenie sfery intelektualnej po stronie sprawcy, wyłączając możliwość świadomego przeżywania rzeczywistości¹². Zatem konsekwencją błędu w prawie karnym jest wyłączenie możliwości popełnienia przez błędzącego sprawcę czynu zabronionego z zamiarem bezpośrednim lub zamiarem ewentualnym, ale także w sposób świadomie nieumyślny. Jeżeli przepisy karne przewidują nieumyślny typ czynu zabronionego, który od strony przedmiotowej odpowiada zachowaniu się sprawcy, to możliwe jest co najwyżej pociągnięcie do odpowiedzialności za zachowanie, które od strony podmiotowej charakteryzuje się nieświadomą nieumyślnością¹³. Co warto podkreślić, choć współcześnie w nauce polskiej zgoda dysponenta dobrem w kontekście

¹⁰ Błędne zapatrywanie osoby naruszającej dobro wynika z nieznamośności prawa cywilnego, albowiem – stosownie do art. 199 Kodeksu cywilnego (Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny [Dz.U. z 2019 r. poz. 1145]) – „Do rozporządzania rzeczą wspólną oraz do innych czynności, które przekraczają zakres zwykłego zarządu, potrzebna jest zgoda wszystkich współwłaścicieli. W braku takiej zgody współwłaściciele, których udziały wynoszą co najmniej połowę, mogą żądać rozstrzygnięcia przez sąd, który orzeknie mając na względzie cel zamierzonej czynności oraz interesy wszystkich współwłaścicieli”.

¹¹ Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 19–20, a także Ł. Pohl [w:] *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 662.

¹² Choć błąd w prawie karnym jest, co do zasady, okolicznością wyłączającą winę, to nie można tracić z pola widzenia tego, że pełni również inne funkcje, np. wyłącza możliwość świadomego popełnienia czynu zabronionego. Jak podkreśla J. Giezek, we współczesnej nauce prawa karnego nie uda się uniknąć swoistej multiplikacji funkcji błędu. Ich kumulowanie w zakresie wyłączania umyślności oraz winy należy postrzegać jako akceptowalne, a w każdym razie jako niekolidujące z dogmatyczną strukturą przestępstwa – J. Giezek, *O modyfikacji funkcji błędu co do znamion czynu zabronionego*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015/100 (t. C/2), s. 192–193.

¹³ Ł. Pohl, *Przyczynek do rozważań o strukturze nieumyślności i sposobie jej opisanie w kodeksie karnym [w:] Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 425–426. Zob. również Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 306–307.

odpowiedzialności za czyn nieumyślny nie jest bliżej rozpatrywana, to w przeszłości wyrażono pogląd o dopuszczalności takiej konstrukcji. W tym względzie A. Spotowski wskazał wyraźnie, że zezwolenie uprawnionego lub zgoda pokrzywdzonego mogą wyłączać odpowiedzialność karną za przestępstwo nieumyślne¹⁴. Na uzasadnienie swojego stanowiska przywołał przykład nieumyślnego uszkodzenia ciała, gdzie pokrzywdzony wyraża zgodę na określone działanie sprawcy, które to działanie może powodować uszkodzenia ciała, zaś sprawca przewidując nastąpienie tego skutku bezpodstawnie przypuszcza, że go uniknie¹⁵.

Polski Kodeks karny statuuje w art. 18 sześć form zjawiskowych popełnienia przestępstwa: sprawstwo pojedyncze (art. 18 § 1 zd. 1 k.k.), współsprawstwo (art. 18 § 2 zd. 2 k.k.), sprawstwo kierownicze (art. 18 § 1 zd. 3 k.k.), sprawstwo polecające (art. 18 § 1 zd. 4 k.k.), podżeganie (art. 18 § 2 k.k.) oraz pomocnictwo (art. 18 § 3 k.k.).

Uwzględniając konsekwencje błędu dla strony podmiotowej czynu zabronionego, można już na wstępie bez ryzyka pomyłki wykluczyć możliwość realizacji znamion ustawowych niektórych z ww. form popełnienia przestępstwa¹⁶. Chodzi przede wszystkim o te formy popełnienia przestępstwa, które dla realizacji znamion wymagają od strony podmiotowej umyślnego działania sprawcy. Można zatem wykluczyć podżeganie, które – stosownie do treści art. 18 § 2 k.k. – może być popełnione jedynie z zamiarem kierunkowym¹⁷. Jak się bowiem wskazuje w judykaturze, przepis art. 18 § 2 k.k. wymaga, aby nakłaniający działał z zamiarem bezpośrednim. Podżegacz musi mieć świadomość, że podejmowane przez niego zachowanie stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, a ponadto musi mieć świadomość wszystkich elementów znamion czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania. Podżeganie z zamiarem wynikowym oraz tzw. nieumyślne podżeganie pozostają *de lege lata* poza sferą kryminalizacji¹⁸. Wykluczona wydaje się również możliwość popełnienia pomocnictwa w błędzie, skoro przepis art. 18 § 3 k.k. wymaga, aby pomocnik działał umyślnie, tj. w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego¹⁹.

¹⁴ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972/4, s. 86. Akceptację dla tej koncepcji wyraził również A. Wąsek – zob. A. Wąsek, *Problematyka kontraktypów przy przestępstwach nieumyślnych*, „Palestra” 1988/10, s. 70.

¹⁵ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 86.

¹⁶ Poza rozważaniami pozostaje sprawstwo pojedyncze, albowiem na gruncie tej formy nie dochodzi do współdziałania przestępnego.

¹⁷ J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Warszawa 2012, s. 162; P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiągalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Plich, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, Sz. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 438; D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017, s. 313–321 oraz przywołana tam literatura.

¹⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie z 9.02.2011 r., II AKA 103/10, KZS 2011/5, poz. 39. Zob. również wyrok SA w Lublinie z 16.01.2013 r., II AKA 310/12, Legalis nr 1025180 oraz wyrok SA w Katowicach z 7.04.2016 r., II AKA 60/16, Legalis nr 1456689.

¹⁹ J. Giezek [w:] *Kodeks...*, s. 171; P. Kardas [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 465–467. Sąd Najwyższy (dalej SN) wyraźnie wskazuje, że „Wobec tego, że strona podmiotowa pomocnictwa wyraża się w umyślności zachowania, pomocnik musi mieć co najmniej świadomość, do jakiego czynu zabronionego może udzielić pomocy, godząc się na to” – wyrok SN z 7.03.2018 r., II KK 354/17, Legalis nr 1770351. Zob. również Ł. Pohl, *Strona podmiotowa pomocnictwa w kodeksie karnym z 1997 r. (o potrzebie nowelizacji art. 18 § 3 k.k.)*, „Państwo i Prawo” 2014/7, s. 104–109; M. Kowalewska-Łukuć, *Strona podmiotowa pomocnictwa przez zaniechanie (uwagi o statusie form przestępnego współdziałania w popełnieniu przestępstwa)*, „Państwo i Prawo” 2018/1,

W kręgu możliwych do zastosowania form popełnienia przestępstwa pozostają: współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające. W kontekście każdej z tych form wyrażono bowiem pogląd, że możliwe jest ich zrealizowanie nieumyślnie²⁰, co powoduje, iż może się ich dopuścić także błędzący sprawca czynu zabronionego.

Przybliżając problematykę współsprawstwa przestępstwa nieumyślnego, nie można nie dostrzec poglądu A. Wąska, który wyraźnie wskazał, że konstrukcja współsprawstwa nie jest zarezerwowana jedynie dla przestępstw popełnianych umyślnie²¹. Autor ten stanowczo zaakcentował, że „Ze względu na strukturę przestępstw umyślnych i nieumyślnych odmienna jest przy nich treść porozumienia. O ile przy współsprawstwie przestępstw umyślnych porozumienie polega na uzgodnieniu zachowań sprawców podejmowanych w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym popełnienia określonego czynu zabronionego, o tyle porozumienie sprawców przestępstw nieumyślnych sprowadza się do uzgodnienia swoich nieostrożnych zachowań, w wyniku czego dochodzi do wywołania przez nich wspólnie (przez lekkomyślność lub niedbalstwo) skutku przestępnego”²². Jako przykład takiej sytuacji A. Wąsek wskazał niestaranne wykonanie robót przez brygadę montażową, w wyniku czego dochodzi do zawalenia się budowli lub innego wypadku²³.

Modyfikując powyższy przykład na potrzeby tytułowej problematyki, można założyć, że możliwy jest scenariusz, w którym osoba dysponująca dobrem prawnym i osoba naruszająca dobro, działając wspólnie i w porozumieniu, przy remoncie nieruchomości dysponenta – poprzez niestaranne wykonywanie prac – doprowadzają do jej częściowego uszkodzenia/zniszczenia, co w efekcie doprowadza również do tzw. lekkiego uszczerbku na zdrowiu dysponenta (np. częściowe zawalenie budowli wprost na dysponenta dobrem, kwalifikowany z art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k.)²⁴ oraz stworzenia tym samym zagrożenia dla pozostałych osób (art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 160 § 1 k.k.). Dysponent dobrem prawnym działa zarazem nieumyślnie, bo pod wpływem błędu zarówno co do prawideł

s. 79–87; K. Burdziak, *Strona podmiotowa pomocnictwa przez zaniechanie (uwagi o art. 18 § 3 zd. 2 k.k.)*, „Państwo i Prawo” 2018/1, s. 88–96, w których to publikacjach autorzy wskazują na (krytycznie się do niej odnosząc) potencjalną, aczkolwiek najprawdopodobniej niezamierzoną przez ustawodawcę, możliwość pociągnięcia sprawcy za popełnienie nieumyślnego pomocnictwa przez zaniechanie.

²⁰ Wydaje się, że w doktrynie prawa karnego pogląd o możliwości zrealizowania znamion współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego oraz sprawstwa polecającego w sposób nieumyślny jest współcześnie powszechnie aprobowany. Zob. w tym względzie K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 417, 424; Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 158, 160, 164; J. Giezek [w:] *Kodeks...*, s. 151–152, 155–156, 160, czy P. Kardas [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 389–390, 416, 426–427.

²¹ A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 124.

²² A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 124–125.

²³ A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 125.

²⁴ Wydaje się, że w doktrynie prawa karnego dopuszcza się wariant, zgodnie z którym osoba naruszająca dobro, realizując uzgodnione z dysponentem naruszenie jego dobra w istocie doprowadza do skutku dalej idącego. Jak wskazuje P. Daniluk, dysponent nie zawsze jest w stanie przewidzieć wszelkie konsekwencje, jakie nastąpią w wyniku czynu, na jaki wyraził zgodę. Ilustruje to przykładem, gdy w trakcie zabawy uprawniony udziela zezwolenia na zadanie mu ciosu kijem, ustalając jednocześnie sposób i siłę tego uderzenia oraz jednocześnie godząc się jedynie na naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 1 k.k.). Sprawca natomiast, realizując zgodnie z ustalonymi warunkami umówione zachowanie, powoduje lekki uszczerbek na zdrowiu (art. 157 § 2 k.k.). Zdaniem przywołanego autora w takiej sytuacji czyn osoby naruszającej dobro powinien się mieścić w kontratybie zgody dysponenta dobrem, mimo że wywołany skutek nie był objęty treścią zgody. Zob. P. Daniluk, *Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym*, „Palestra” 2005/1–2, s. 42–43. Musi to oznaczać, że osoba naruszająca dobro realizuje znamiona ustawowe określonego typu czynu zabronionego, lecz nie ponosi odpowiedzialności z uwagi na wyłączenie bezprawności. To z kolei oznacza, że znamiona typu czynu zabronionego realizuje także „współdziałający” dysponent dobrem prawnym.

rzetelnego wykonywania usług remontowych (reguł ostrożności przy remontach), jak i co do skutków ich nieprzestrzegania. Rzecz oczywista, gdyby miał świadomość obowiązywania takich reguł, jak i konsekwencji związanych z ich nieprzestrzeganiem, nie podjąłby decyzji o przeprowadzeniu remontu w taki sposób.

Dokonując kolejnej modyfikacji przedstawionego stanu faktycznego, można stworzyć taki stan faktyczny, który odpowiadałby kształtem konstrukcji sprawstwa kierowniczego. Otóż można sobie wyobrazić, że dysponent dobrem prawnym nie uczestniczy osobiście w pracach brigady montażowej (remontowej), ale kieruje jej pracami, nieświadomie dopuszczając do niedbałego ich wykonania, co również kończy się dla samego dysponenta uszczerbkiem na zdrowiu. Na podobnej zasadzie można ukształtować sprawstwo polecające, kiedy to dysponent dobrem prawnym zleci za odpłatnością brigadzie budowlanej wykonanie prac, wyjeżdżając na czas remontu poza miejsce zamieszkania (np. na urlop wypoczynkowy), zaś skutki prac remontowych spotykają go po powrocie do domu.

Po przedstawieniu powyższego, co mogłoby uzasadniać pociągnięcie dysponenta dobrem prawnym do odpowiedzialności karnej, należy się zastanowić, czy pociągnięcie do tej odpowiedzialności jest w ogóle dopuszczalne i sensowne.

Należy wyrazić głębokie przekonanie, że dopuszczalność pociągnięcia dysponenta do odpowiedzialności karnej nie powinna być kwestionowana. Wszak – jak wskazują powyższe rozważania – dysponent realizuje znamiona opisane w ustawie karnej, a zatem dopuszcza się czynu przez prawo zabronionego. Warto zwrócić uwagę na pogląd M. Cieślaka, który podkreśla, że podstawowym warunkiem kontratypu zgody dysponenta jest to, że osoba wyrażająca tę zgodę musi być wyłącznym dysponentem dobrem prawnym. Brak tego warunku powoduje, że dyspozycja dysponenta nie jest objęta okolicznością kontratypową, a tym samym nie dochodzi do wyłączenia bezprawności. Zdaniem przywołanego autora, nie wyłącza bezprawności również zezwolenie dysponenta wyrażone bez zgody współpokrzywdzonego²⁵.

Można podjąć tu ewentualnie próbę wyeliminowania odpowiedzialności karnej za tzw. lekki uszczerbek na zdrowiu, odwołując się tym samym do dyskusji nad swobodą dysponowania dobrami prawnymi przez człowieka. W dyskusji tej podkreśla się bowiem, że człowiek nie ma dowolności w podejmowaniu dyspozycji odnośnie do niektórych dóbr prawnych²⁶, np. ludzkiego życia, co z przyczyn oczywistych nie powinno dziwić. Problematiczne w tym względzie jest jednak określenie granic omawianej swobody i wskazanie tych dóbr, którymi jednostka może rozporządzać według własnego uznania. Chodzi bowiem o to, aby znaleźć „złoty środek” między wolnością przynależną każdemu człowiekowi (w tym prawem do rozporządzania niektórymi dobrami prawnymi) a wartościami społecznymi (w tym powszechną ochroną niektórych dóbr nawet wbrew jednostkom), na straży których stoi m.in. państwo i przynależne mu *ius puniendi*.

²⁵ M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* [w:] Marian Cieślak, *Dzieła wybrane*, t. III, red. S. Waltoś, Kraków 2011, s. 203.

²⁶ Zob. m.in. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 205–207; J. Słiwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 149–151; J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobre prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 1–11; E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] *Zgoda...*, s. 29–55.

Pomocne w ustaleniu zakresu dóbr, jakimi jednostka może swobodnie dysponować, jest typizacja ustawowa, tj. sytuacja, kiedy granice tej swobody wyznacza prawo, uznając wyrażenie zgody na określone naruszenie danego dobra za nieskuteczne (np. art. 115 § 22 k.k. w zw. z art. 189a § 1 k.k., art. 150 § 1 k.k.)²⁷. Granice tej swobody mogą być określone również od strony pozytywnej. Pomocny w tym względzie jest tryb ścigania danego typu przestępstwa. Jak się bowiem wskazuje w doktrynie, dobra będące przedmiotem prawnokarnej ochrony przy przestępstwach ściganych na wniosek lub z oskarżenia prywatnego, są objęte pełną swobodą dysponowania. W takim przypadku prawo bierze w ochronę interes indywidualny. Jeżeli jednostka rezygnuje z takiej ochrony, to społeczeństwo nie może być zainteresowane stosowaniem represji karnej, ponieważ byłoby to uszczęśliwianiem na siłę dysponenta takiego dobra. Karanie jawi się w takim przypadku jako niecelowe²⁸.

Powracając do przykładu z wywołaniem przez dysponenta tzw. lekkiego uszczerbku na zdrowiu u niego samego (np. częściowe zawalenie budowli wprost na dysponenta dobrem, kwalifikowany z art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k.) oraz stworzeniem tym samym zachowaniem zagrożenia dla pozostałych osób (art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 160 § 1 k.k.), należałoby przeanalizować dobra prawne, jakie podlegają ochronie i jaki jest tryb ścigania każdego z tych występów. Na gruncie przepisu art. 157 k.k. przedmiotem ochrony jest ludzkie zdrowie różniące się w poszczególnych paragrafach tego przepisu stopniem naruszenia owego dobra. Z kolei na gruncie przepisu art. 160 k.k. przedmiotem ochrony jest życie i zdrowie człowieka, przy czym należy dodać, że podlegają one tu ochronie nie przed naruszeniem, lecz przed narażeniem człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo ich utraty. W związku ze zróżnicowaniem przedmiotu ochrony ustawodawca zdecydował się na różny tryb ścigania czynów godzących w opisane dobra prawne. Zgodnie bowiem z art. 157 § 4 k.k. ściganie przestępstwa określonego w art. 157 § 3 k.k., jeżeli naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia nie trwał dłużej niż 7 dni, odbywa się z oskarżenia prywatnego, chyba że pokrzywdzonym jest osoba najbliższa zamieszkująca wspólnie ze sprawcą, zaś stosownie do art. 160 § 5 k.k. – ściganie przestępstwa określonego w art. 160 § 3 k.k. następuje na wniosek pokrzywdzonego. Zasadniczo zatem, bez inicjatywy samego dysponenta, który narusza własne dobro prawne w postaci prywatnego aktu oskarżenia²⁹ lub wniosku o ściganie³⁰, nie jest możliwe pociągnięcie go do odpowiedzialności. Należy jednak pamiętać, że zgoda dysponenta dobrem może wyłączać bezprawie karne jednego typu, nie dotykając innego. Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona kilku przepisów,

²⁷ Z. Jędrzejewski, *Znaczenie zgody dysponenta dobra prawnego* [w:] *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. G. Bogdan, T. Bojarski, Z. Cwiakalski, P. Gensikowski, J.K. Gierowski, Z. Jędrzejewski, P. Kardas, M. Królikowski, R. Kubiak, J. Kulesza, J. Lachowski, J. Majewski, L.K. Paprzycki, Ł. Pohl, J. Raglewski, Warszawa 2016, s. 500.

²⁸ Z. Jędrzejewski, *Znaczenie...* [w:] *System...*, t. 4, s. 500. Zob. również W. Wolter, *Nauka...*, s. 205–206; J. Sliwiński, *Prawo...*, s. 149.

²⁹ Brak skargi uprawnionego oskarżyciela w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 9 Kodeksu postępowania karnego (Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego [Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm. – dalej k.p.k.]) wchodzi w grę tylko w toku sądowego stadium procesu i tylko w odniesieniu do takiej osoby, która swoją skargą zainicjowała postępowanie główne, działając jako m.in. oskarżyciel prywatny, pomimo że nie była osobą do tego uprawnioną – zob. postanowienie SN z 17.04.2014 r., II KK 73/14, LEX nr 1460977.

³⁰ Brak wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej uniemożliwia postępowanie (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), co powoduje, że ewentualne prowadzenie tego postępowania bez takiego wniosku rodzi uchybienie wymienione w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k. – zob. wyrok SN z 17.01.2012 r., V KK 440/11, LEX nr 1103644.

to sprawdzeniu pod kątem bezprawności będą wymagały wszystkie wypełnione istoty czynu³¹. W konsekwencji skoro czyn dysponenta może być kwalifikowany kumulatywnie – art. 157 § 3 k.k. w zw. z art. 157 § 2 k.k. w zb. z art. 160 § 3 k.k. w zw. z art. 160 § 1 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k. – to karnoprawną analizę znamion i bezprawności należy odnieść do wszystkich zbiegających się do danego czynu przepisów (oraz stojących za nimi dóbr prawem chronionych). Może być zatem tak, że dysponent, nie odczuwając krzywdy za tzw. lekki uszczerbek na zdrowiu i narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia (a tym samym stawiając własne dobro indywidualne ponad dobro ogółu, uznając zarazem, że ma prawo do dysponowania nim), nie będzie zainteresowany ściganiem i niełoży stosownego wniosku. Niemniej jednak nie powoduje to, że odpowiedzialność karna jest tu zupełnie wyłączona. Wszak należy pamiętać o przepisie art. 60 § 1 k.p.k., zgodnie z którym w sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego prokurator wszczyna postępowanie albo wstępuje do postępowania już wszczętego, jeżeli wymaga tego interes społeczny. Może się zatem okazać, że interes społeczny będzie uzasadniał ściganie czynu dysponenta dobrem prawnie chronionym. Będzie to szczególnie dobrze widoczne w sprawie, w której prokurator chciałby pociągnąć dysponenta do odpowiedzialności karnej za narażenie pozostałych członków ekipy remontowej na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia. Mógłby wtedy jednym postępowaniem objąć wszelkie aspekty odpowiedzialności dysponenta, tj. działania na szkodę własną oraz innych osób.

Przesądzając o dopuszczalności kreowania odpowiedzialności karnej dysponenta za wyrażoną pod wpływem błędu zgodę na naruszenie przynależnego mu dobra prawnego, należy się zastanowić nad kwestią sensowności pociągania do tej odpowiedzialności. Innymi słowy, czy mimo realizacji znamion typu czynu zabronionego dysponent dobrem prawnym powinien ponosić zań odpowiedzialność karną. Tu pojawia się pytanie, czy w takiej sytuacji w odniesieniu do działającego pod wpływem błędu osoby, dysponującej dobrem obowiązują takie same reguły jak wobec osoby naruszającej dobro czy też odpowiedzialność karna i formuły jej wyłączenia kreują się inaczej?

Za sprawą przedstawionych powyżej rozważań Ł. Pohla dowiadujemy się, jak może się prezentować odpowiedzialność karna osoby naruszającej dobro. Przypomnijmy, że zasadniczo osoba naruszająca dobro, jeżeli jej błąd co do zgody dysponenta dobrem prawnym uznamy za usprawiedliwiony, nie będzie ponosiła odpowiedzialności karnej ze względu na mylne wyobrażenie o działaniu w granicach prawa (art. 29 k.k.).

Okoliczność, że osoba naruszająca dobro, działając pod wpływem błędu co do zgody dysponenta, nie ponosi odpowiedzialności karnej implikuje dość trywialne pytanie, dlaczego odpowiedzialność karną miałby ponosić dysponent dobrem prawnym, skoro również on podejmuje swoje zachowanie pod wpływem błędu? Oczywiście nie chodzi tu o jakkolwiek postać akcesoryjności odpowiedzialności obu ww. podmiotów, lecz o najbardziej podstawowe poczucie sprawiedliwości, które nakazuje sprawców w podobnej sytuacji potraktować podobnie.

Mając zatem na uwadze, że osoba naruszająca dobro nie ponosi odpowiedzialności karnej wobec wyłączenia możliwości przypisania mu winy ze względu

³¹ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 551.

na jego błędne przekonanie, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność jego zachowania (art. 29 k.k.), przyjmująca postać zgody dysponenta dobrem prawnym, należałoby rozważyć, czy na tej samej podstawie należałoby wyłączyć odpowiedzialność karną samego dysponenta. Wydaje się, że przepis art. 29 k.k. nie znajduje zastosowania wobec zezwalającego na naruszenie jego własnego dobra prawnego, gdyż podmiot taki nie błądzi co do okoliczności kontratypowej. Podmiot taki nie rozważa bowiem w ogóle, że może ponosić odpowiedzialność karną za własne zachowanie, przyjmując iż jest ono od początku i zawsze legalne. Przyjmując legalność swojego postępowania, nie podejmuje żadnych procesów intelektualnych co do tego, że miałby działać w warunkach wyłączających bezprawność (albo winę).

Z tych samych powodów trudno byłoby uznać, że zachowanie się dysponenta należałoby ekskulpować z uwagi na błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (art. 28 § 1 k.k.). Wszak zgoda dysponenta musiałaby stanowić znamię pozytywne typu czynu zabronionego, a na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego występuje ona w takim kształcie jedynie pośród czynów popełnianych umyślnie (np. art. 192 czy 150 k.k.). Jak już ustaliliśmy, błąd powoduje wyłączenie świadomości po stronie sprawcy, a tym samym umyślność jego postępowania. Wobec braku czynów nieumyślnych operujących zgodą jako znamieniem ustawowym, brak jest możliwości stosowania w tymże kontekście przepisu art. 28 § 1 k.k.

Błąd dysponenta dobrem prawnym musi się zatem mieścić w kategorii nieświadomości bezprawności, o której mowa w art. 30 k.k.³² Zgodnie z tym przepisem nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności. Opisując błąd dysponenta dobrem prawnym, należy przyjąć, że ma on mylne wyobrażenie odnośnie do legalności/bezprawności swojego postępowania, tj. że zezwalając na naruszenie przynależnego mu dobra działa w sposób zgodny z prawem. Jakkolwiek błąd dysponenta dobrem polega na mylnym wyobrażeniu, a przepis art. 30 k.k. operuje konstrukcją „nieświadomości bezprawności”, to w istocie nie dochodzi do żadnej sprzeczności na polu wyłączenia odpowiedzialności karnej tego podmiotu. Otóż należy pamiętać o pewnej rozpoznanej już w doktrynie prawa karnego zależności, a mianowicie, że każde mylne wyobrażenie zasadza się na nieświadomości, choć już nie każda nieświadomość prowadzi do mylnego wyobrażenia. Nieświadomość jest tu rozumiana jako niemyślenie o czymś w danej chwili, a więc jako brak aktualizującej się wiedzy. Skoro brak aktualizującej się wiedzy ma oznaczać nieświadomość, to tym bardziej brak wiedzy w ogóle musi oznaczać nieświadomość, gdyż nie można zaktualizować wiedzy, której się nie ma. W rezultacie każda świadomość (rozumiana jako zaktualizowana wiedza) wyklucza możliwość powstania mylnego wyobrażenia w zakresie tej świadomości³³. Skoro zatem dysponent dobrem prawnym błądzi co do (nie)bezprawności swojego postępowania – wyrażenia zgody, a więc ma mylne wyobrażenie odnośnie do rzeczywistości – znaczenia prawnego wyrażanej zgody, a to mylne wyobrażenie musi zasadzać się na jakiejś postaci nieświadomości (odnośnie do rzeczywistości

³² Powyższe stwierdzenie zasadza się na przekonaniu, zgodnie z którym błąd, co do prawa, choć bywa to w doktrynie kwestionowane, może się odnosić również do przestępstw nieumyślnych – zob. P. Palka, *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris)*, „Prokuratura i Prawo” 2002/9, s. 23 i przywołana tam literatura.

³³ J. Giezek, *Kilka uwag o istocie błędu*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1985/20, s. 117–119. Zob. również J. Giezek, *O modyfikacji...*, s. 183.

prawnej związanej z tą zgodą), to w konsekwencji należy przyjąć, że po stronie dysponenta zachodzi nieświadomość bezprawności w rozumieniu art. 30 k.k.³⁴

Czy można w takiej sytuacji mówić o błędzie usprawiedliwionym? Wszystko zależy od konkretnego przypadku. Kryteria usprawiedliwienia nieświadomości bezprawności mają przede wszystkim charakter obiektywny, co oznacza, że przy ich rozpoznawaniu i ustaleniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorowego) obywatela, a następnie uwzględniając też kryterium subiektywne, charakterystyczne dla problematyki błędu, należy ocenić, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu³⁵.

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że choć próba przypisania odpowiedzialności karnej za wyrażenie przez dysponenta pod wpływem błędu zgody na naruszenie dobra może być niezwykle kontrowersyjna, to – po dokonaniu opisanych powyżej założeń – nie można jej zupełnie wykluczyć.

Abstract

Mariusz Nawrocki, *On the Possible Criminal Law Consequences of Mistake on the Part of Person Consenting to Violation of a Legal Interest*

The consent of the disposer of legal interests appears in criminal law primarily as an extra-statutory circumstance excluding unlawfulness. Consent of this kind is to exclude criminal liability on the part of the entity that infringes an interest protected by law with the permission of its disposer. Existing papers in the field of criminal studies focused only on this section of criminal liability. Therefore, it is worthwhile to look at the other side of this relationship, namely the possible liability of the entity consenting to a violation of the legally protected interest. And although it may be surprising that the possibility of attributing criminal liability to the person who consents to a violation of his or her interest is considered, one should be aware of the fact that in certain situations this liability cannot be completely ruled out.

Keywords: error, legal interest, disposer of a legal interest, consent to violation of a legal interest

Streszczenie

Mariusz Nawrocki, *O możliwych prawnokarnych konsekwencjach błędu po stronie wyrażającego zgodę na naruszenie dobra*

Zgoda dysponenta dobrem pojawia się w prawie karnym przede wszystkim jako pozaustawowa okoliczność wyłączająca bezprawność. Zgoda tego rodzaju ma wyłączać odpowiedzialność karłą po stronie podmiotu, który narusza dobro prawnie chronione

³⁴ Warto zwrócić uwagę na pogląd M. Byczyka, zgodnie z którym błąd co do norm ostrożności będąc odrębną odmianą błędu ze względu na jego ukierunkowanie, powinien być traktowany jako błąd co do wstępnego warunku wyłączającego odpowiedzialność karłą, a więc analogicznie jak błąd z art. 29 k.k. Autor ten bowiem przyjmuje, że normy ostrożności należy lokować w strukturze przestępstwa jako odrębny element od pozostałych, wskazując jednocześnie, iż funkcja tych norm wyraża się w tym, że podmiot zachowujący się w zgodzie z nimi nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej i można zarazem o nim stwierdzić, że nie przekracza on normy sankcjonowanej. Zob. M. Byczyk, *Normy...*, s. 329–335.

³⁵ Postanowienie SN z 14.05.2003 r., II KK 331/02, LEX nr 151937. Zob. również wyrok SA we Wrocławiu z 17.08.2017 r., II Aka 202/17, LEX nr 2412874.

za zezwoleniem jego dysponenta. Dotychczasowe opracowania z zakresu karnistyki skupiały się jedynie na tym wycinku odpowiedzialności karnej. Warto wobec tego przyrzeć się drugiej stronie tej relacji, a mianowicie ewentualnej odpowiedzialności podmiotu wyrażającego zgodę na naruszenie dobra prawnie chronionego. I choć może być zaskakujące, że rozpatruje się ewentualność przypisania odpowiedzialności karnej osobie, która zezwala na naruszenie przynależnego jej dobra, to trzeba jednak zdawać sobie sprawę z tego, iż w pewnych sytuacjach nie można zupełnie odpowiedzialności tej wykluczyć.

Słowa kluczowe: błąd, dobro prawne, dysponent dobrem prawnym, zgoda na naruszenie dobra prawnego

Literatura:

1. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980;
2. Burdziak K., *Strona podmiotowa pomocnictwa przez zaniechanie (uwagi o art. 18 § 3 zd. 2 k.k.)*, Państwo i Prawo 2018, nr 1;
3. Byczek M., *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016;
4. Cieślak M., *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* [w:] *Dziela wybrane*, t. III, red. S. Waltoś, Marian Cieślak, Kraków 2011;
5. Cwiakalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991;
6. Daniluk P., *Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym*, Palestra 2005, nr 1–2;
7. Długosz J., *Zgoda dysponenta dobre prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012;
8. Giezek J., *Kilka uwag o istocie błędu*, Przegląd Prawa i Administracji 1985, nr 20;
9. Giezek J. [w:] *Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Warszawa 2012;
10. Giezek J., „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowa [w:] *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji Jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009;
11. Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013;
12. Giezek J., *O modyfikacji funkcji błędu co do znamion czynu zabronionego*, Przegląd Prawa i Administracji 2015, nr 100 (t. C/2);
13. Hryniewicz E., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012;
14. Hryniewicz E., *Czy zgoda dysponenta dobra może wykluczyć bezprawność czynu?*, Prokuratura i Prawo 2014, nr 9;
15. Jędrzejewski Z., *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 5;
16. Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009;
17. Jędrzejewski Z., *Znaczenie zgody dysponenta dobra prawnego* [w:] *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. G. Bogdan, T. Bojarski, Z. Cwiakalski, P. Gensikowski, J.K. Gierowski, Z. Jędrzejewski, P. Kardas, M. Królikowski, R. Kubiak, J. Kulesza, J. Lachowski, J. Majewski, L.K. Paprzycki, Ł. Pohl, J. Raglewski, Warszawa 2016;
18. Kardas P. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, *Komentarz do art. 1–52*, red. A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, W. Górowski, M. Iwański, M. Jakubowski, J. Jodłowski, P. Kardas, J. Majewski, M. Małecki, A. Plich, M. Pyrcak-Górowska, J. Raglewski, M. Szewczyk, Sz. Tarapata, W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016;

19. Kowalewska-Łukuć M., *Strona podmiotowa pomocnictwa przez zaniechanie (uwagi o statusie form przestępnego współdziałania w popełnieniu przestępstwa)*, Państwo i Prawo 2018, nr 1;
20. Majewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013;
21. Nawrocki M., *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Szczecin 2019;
22. Palka P., *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris)*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9;
23. Pohl Ł., *O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia)* [w:] *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012;
24. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013;
25. Pohl Ł., *Strona podmiotowa pomocnictwa w kodeksie karnym z 1997 r. (o potrzebie nowelizacji art. 18 § 3 k.k.)*, Państwo i Prawo 2014, nr 7;
26. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
27. Pohl Ł., *Przyczynek do rozważań o strukturze nieumyślności i sposobie jej opisanie w kodeksie karnym [w:] Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016;
28. Pohl Ł. [w:] *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016;
29. Spotowski A., *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, Państwo i Prawo 1972, nr 4;
30. Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1979;
31. Tokarczyk D., *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017;
32. Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017;
33. Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977;
34. Wąsek A., *Problematyka kontratypów przy przestępstwach nieumyślnych*, Palestra 1988, nr 10;
35. Wolter W., *Prawo karne*, Warszawa 1947;
36. Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965;
37. Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973;
38. Zając D., *Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2018, nr 2;
39. Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982.

Konrad Burdziak*

Kilka uwag na temat istoty tzw. błędu co do prawa (rozważania na tle polskiego prawa karnego)**

1. CEL PRACY I METODA BADAWCZA

Celem niniejszej pracy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy dla wyłączenia przestępności zachowania się sprawcy w oparciu o art. 30 zdanie 1 Kodeksu karnego¹ rzeczywiście wystarczy sama (usprawiedliwiona) nieświadomość bezprawności tego zachowania się czy też dla zastosowania rzeczzonego przepisu niezbędne jest wystąpienie (usprawiedliwionego) mylnego wyobrażenia, że dane zachowanie się jest zachowaniem legalnym (zgodnym z prawem, prawnym)².

Prezentowane w pracy ustalenia poczynione zostały: 1) w drodze analizy materiału normatywnego odnoszącego się do badanego zagadnienia, konkretniej zaś – w drodze analizy ustawy z czerwca 1997 r. – Kodeks karny; a także – 2) w drodze analizy poglądów doktryny prawa karnego i judykatury.

Podkreślenia wymaga przy tym to, że autorowi niniejszej pracy bliski jest pogląd M. Cieślaka, w myśl którego: „Rozważana (...) problematyka (problematyka błędu co do prawa – dop. K.B.) jest zbyt złożona i trudna pod względem swej «natury», aby ją jeszcze komplikować i zaciemniać dodatkowo przez odwoływanie się do tych czy innych teorii lub kierunków filozoficznych, co przecież w tak z konieczności skrótowym ujęciu otwierałoby wprost nieograniczone pole do dowolnych interpretacji i mogłoby tylko wywoływać – jak nierzadko się zdarza w podobnych sytuacjach – podejrzenie, że autor chce zasłaniać się fałszywą tarczą uczoności. Nie oznacza to, rzecz jasna, postulatu zamykania oczu na konfrontację wysuwanych tu twierdzeń z różnymi możliwymi założeniami i na mogące wynikać z tych różnic konsekwencje. Oznacza to tylko postulat sprowadzenia problemów do możliwie najprostszej postaci oraz ich weryfikacji na tle realistycznie skonstruowanych sytuacji życiowych, z odwołaniem się li tylko do zasad

* Dr Konrad Burdziak jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-0696-1174, e-mail: konrad.burdziak@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

² W niniejszej pracy zostaną pominięte inne problemy, które pojawiają się (czy mogą się pojawić) na gruncie art. 30 k.k. Zob. w tym zakresie chociażby Ł. Pohl, *Błąd co do prawa* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 760 i n. Niniejsza praca nie będzie również stanowiła kompletnego przewodnika bibliograficznego. Za wystarczające należy uznać w tym zakresie odesłanie do publikacji P. Wolnika, *Nieświadomość reguł ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004/2, s. 97 i n.

prawidłowego myślenia oraz do dostępnej każdemu sumy codziennego doświadczenia i opartej na nim zdrowej życiowej oceny. Jeśli prawo, a zwłaszcza prawo karne, stosowane jest przez zwykłych sędziów do zwykłych śmiertelników, których przecież sądzi się i karze za to, że uczynili coś, czego nie powinni byli uczynić, to nasuwa się nieodparty wniosek, że przystępując do objaśniania tego prawa, należy poszukiwać środków i argumentów zrozumiałych także dla tych zwykłych śmiertelników. Proponowane tu podejście wynika z przekonania, że konsekwentne stosowanie tej recepty może przyczynić się do wyrugowania niektórych teoretycznych powikłań i problemów pozornych³.

Dla uniknięcia nieporozumień przyjmijmy jednocześnie i ujawnijmy już teraz pewne założenia wstępne. I tak, przyjmijmy, że: 1) błąd jest rezultatem procesu błędzenia (czynności błędzenia); 2) nie jest błędem sam proces błędzenia (czynność błędzenia), w następstwie którego błąd powstaje⁴; 3) niewiedza to brak wiedzy; 4) nieświadomość to brak zaktualizowanej czy aktualizującej się wiedzy⁵.

2. WSTĘP

W polskim prawie karnym błąd sprawcy odgrywa niezwykle istotną rolę. Fakt ten znajduje odzwierciedlenie chociażby na gruncie następujących przepisów Kodeksu karnego z 1997 r.: art. 28 § 1, art. 28 § 2, art. 29 i art. 30. Przepisów – dodajmy – których wynikiem może być: 1) przyjęcie takiej, a nie innej kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy bądź podstawy wymiaru kary za takie, a nie inne jego zachowanie się, odmiennej niż ta, którą przyjęto by w przypadku niewystąpienia po jego stronie błędu; 2) wyłączenie winy sprawcy czy też – mówiąc precyzyjnie – uniemożliwienie przypisania sprawcy winy⁶.

Niniejsza praca zostanie poświęcona przy tym – jak już wcześniej wspomniano – nie analizie wszystkich błędów wyróżnianych na gruncie polskiego prawa karnego (choć, trzeba dodać, jest to zadanie niezwykle pociągające z naukowego punktu widzenia), lecz wyłącznie analizie jednego, wybranego błędu, konkretniej zaś – analizie tzw. błędu co do prawa określonego w art. 30 k.k.

³ M. Cieślak, *Problem nieświadomości bezprawności i jego znaczenie przy przestępstwach nieumyślnych*, „Państwo i Prawo” 1970/12, s. 890.

⁴ Wydaje się, że tezy te (tezy nr 1 i 2) są powszechnie akceptowane w literaturze. Zob. Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 63 i n.; J. Giezek [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2012, s. 201–202; J. Giezek, *Błąd co do znamion modyfikujących typ czynu zabronionego* [w:] *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010, s. 42–43; J. Giezek, *Kilka uwag o istocie błędu*, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, „Przegląd Prawa i Administracji” 1985, t. XX, s. 118; J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 70–71; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 304; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 20; W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 220; P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 320 i n.

⁵ Tezy nr 3 i 4 akceptują (chyba) wszyscy autorzy. Zob. Z. Cwiakalski, *Błąd...*, s. 131; J. Giezek, *Kilka...*, s. 118; Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 20 i n.; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 9. Por. M. Kowalewska-Lukuć, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015, s. 86; 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. 109. Słusznie przy tym wskazuje J. Giezek, że: „Skoro (...) brak aktualizującej się wiedzy oznaczać ma nieświadomość, to tym bardziej brak wiedzy w ogóle, którego implikacją jest brak zaktualizowanej wiedzy, oznaczać musi nieświadomość, gdyż nie można przecież zaktualizować wiedzy, której się nie posiada” (J. Giezek, *Kilka...*, s. 118).

⁶ Zob. K. Burdziak, *Kilka uwag na temat istoty błędu (rozważania na tle polskiego prawa karnego)*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 128–130.

3. ISTOTA BŁĘDU W OGÓLNOŚCI

Rozważania dotyczące tzw. błędu co do prawa warto poprzedzić analizą istoty błędu w ogólności; innymi słowy – warto udzielić w pierwszej kolejności odpowiedzi na pytanie: czym jest błąd?

Nie powinno jak sądzę budzić zdziwienia stwierdzenie, że wskazanego problemu nie rozstrzygnięto, jak dotąd, w polskiej doktrynie prawa karnego w sposób jednoznaczny. Oznacza to ni mniej, ni więcej, że brak jest obecnie w polskiej literaturze przedmiotu jednej, powszechnie akceptowanej definicji błędu.

Prezentowane dotychczas koncepcje mają w zasadzie jeden tylko wspólny element. Otóż wszyscy autorzy akceptują pogląd, że błąd musi polegać na niezgodności pomiędzy rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości podmiotu poznającego. Pozostałe zaś elementy wymienionych koncepcji tak zbieżne już nie są. Wystarczy wspomnieć, że: 1) według J. Giezka możemy mówić o jednopostaciowości błędu i jego dwustronności (nieświadomość i mylne wyobrażenie jako dwie strony tego samego zjawiska); 2) według Ł. Pohla możemy mówić wyłącznie o jednopostaciowości błędu i jego jednostronności (mylne wyobrażenie jako jedyna postać i strona błędu); 3) według W. Woltera natomiast możemy mówić o dwupostaciowości błędu (nieświadomość i mylne wyobrażenie jako dwie postacie błędu)⁷.

Jak jednak sprawa przedstawia się w rzeczywistości? Otóż w przekonaniu autora niniejszej pracy⁸ należy uznać, że: 1) do elementów błędu należy zaliczyć (mylne) przekonanie, że jest tak, a nie inaczej oraz nieświadomość tego, że nie jest tak, jak to sobie wyobrażamy (pierwszy składnik stanowi przy tym istotę błędu, element odróżniający błąd od procesu błędzenia, drugi zaś składnik jest czymś na kształt wspomnianej przez W. Woltera logicznej obwersji⁹ składnika numer jeden, a w konsekwencji – jest czymś na kształt drugiej strony błędu, koniecznej dla jego istnienia i również stanowiącej jego istotę); 2) nie należy do istoty błędu nieświadomość tego, jak jest naprawdę (okoliczność ta jest niezbędną, choć nie jedyną i nie najważniejszą przesłanką błędu; z pewnością jednak nie jest jego składnikiem. Jest natomiast bez wątpienia koniecznym towarzystwem błędu w postaci mylnego przekonania, że jest X/nieświadomości, że nie jest tak, że jest X, bez którego to towarzystwa błąd ten nie mógłby w żadnym wypadku wystąpić i istnieć w świadomości jednostki).

4. TAK ZWANY BŁĄD CO DO PRAWA

Przypomnijmy, że zgodnie z art. 30 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności; jeżeli błąd sprawy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”.

⁷ Więcej na ten temat zob. w: K. Burdziak, *Kilka...*, s. 127–138.

⁸ Pogląd autora został uargumentowany w: K. Burdziak, *Kilka...*, s. 132–138.

⁹ Jak wskazuje W. Wolter: „Każde błędne mniemanie można, na wzór logicznej obwersji, przekształcić na nieświadomość (braku), ale nie każdą nieświadomość w ścisłym tego słowa znaczeniu można przekształcić w błędne mniemanie. Można więc np. nieświadomość, iż mienie jest «cudze», przekształcić w błędne mniemanie, że mienie jest «własne lub niczyje», ale to dlatego, że znamy alternatywę, jaka zachodzić musi, gdy mienie nie jest cudze. Jeżeli jednak tej alternatywy nie znamy, to tego procesu przekształcenia dokonać nie możemy. Tak np. przeciętny inteligent nie ma świadomości istoty działalności komputera, nie można o nim powiedzieć, by miał jakieś błędne mniemanie o działalności tego komputera” (W. Wolter, *Nauka...*, s. 221).

Mając na względzie wskazane wyżej elementy błędu (w ogólności), tzn. elementy w postaci (mylnego) przekonania, że jest tak, a nie inaczej oraz nieświadomości tego, że nie jest tak, jak to sobie wyobrażamy, należałoby uznać, iż sytuacja określona w art. 30 zd. 1 k.k. (usprawiedliwiona nieświadomość bezprawności) nie jest, bo być nie może, przykładem błędu. Nieświadomość tego, jak jest naprawdę nie należy wszakże do istoty błędu, nie jest jego składnikiem, a przecież z tego rodzaju nieświadomością mamy właśnie do czynienia na gruncie analizowanego przepisu.

Drugie zdanie art. 30 k.k. wskazuje wszakże wyraźnie, że sama nieświadomość bezprawności jest błędem, wszak zgodnie z rzeczonym przepisem: „jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”. Warto wobec powyższego zastanowić się, czy w art. 30 k.k. rzeczywiście chodzi ustawodawcy o błąd w postaci (usprawiedliwionej bądź nieusprawiedliwionej) nieświadomości bezprawności danego zachowania się czy też może o coś zupełnie innego – o błąd, ale w zupełnie innej postaci (np. w postaci mylnego wyobrażenia prawności danego zachowania się)¹⁰.

Otóż, w pierwszej kolejności należy udzielić odpowiedzi na pytanie, jakie sytuacje mogłyby zostać objęte (przynajmniej *prima facie*) sformułowaniem „nieświadomość bezprawności” danego zachowania się. I tak, zaryzykować można stwierdzenie, że chodzi wyłącznie o następujące sytuacje: 1) o sytuację, w której sprawca (w czasie popełnienia czynu zabronionego¹¹) ani nie uświadamia sobie¹², że dane zachowanie jest bezprawne, ani nie uświadamia sobie, iż może to być albo

¹⁰ Na powyższą kwestię zwraca uwagę J. Giezek, wskazując, że: „Teoretycznie rzecz biorąc, błąd co do prawa może wystąpić w dwóch postaciach, tzn. w postaci nieświadomości bezprawności (ściślej zaś – powstałego na kanwie owej nieświadomości mylnego wyobrażenia, że podejmowane zachowanie jest zgodne z prawem), jak również w postaci tzw. urojenia bezprawności (ściślej – jego mylnego wyobrażenia)” (J. Giezek, *Komentarz do art. 30 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 256; zob. też Z. Staniszczyk, *Problematyka błędów, co do prawa, w prawie karnym materialnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1992/1–2, s. 52). Podkreślenia wymaga wszakże, że wskazane wyżej zagadnienie dla niektórych (co najmniej) przedstawicieli doktryny nie będzie miało chyba żadnego znaczenia. Przykładowo – 1) według P. Palki: „Problematyka błędów co do prawa skupia się wokół pierwszej formy błędu prawnego, a więc dotyczy sytuacji, gdy sprawca nie uświadamia sobie bezprawności swojego zachowania, z czego wynika z kolei mylne wyobrażenie, że jest ono zgodne z prawem” (P. Palka, *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris)* – art. 30 k.k., „Prokuratura i Prawo” 2002/9, s. 14); 2) według P. Daniluka: „Wadliwość ta (wadliwość oceny prawnej popełnianego czynu zabronionego – dop. K.B.) przejawia się w nieświadomości bezprawności tego czynu czy też – patrząc na tę kwestię z drugiej strony – w urojeniu jego legalności” (P. Daniluk, *Komentarz do art. 30 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 269); 3) według A. Grześkowiak zaś: „Zachodzi on (błąd co do prawa – dop. K.B.), gdy sprawca nie uświadamia sobie bezprawności czynu, myli się zatem co do jego prawnej oceny, sądząc, że jest zgodny z prawem” (A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 30 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 250). Już teraz podkreślimy jednak, że nieświadomość bezprawności danego zachowania się nie jest równoznaczna z mylnym wyobrażeniem jego prawności. Jak słusznie zauważa J. Giezek, nieświadomość bezprawności danego zachowania się stanowi tylko podłoże, na którego gruncie dojść może (ale nie musi) do mylnego wyobrażenia na temat statusu prawnego tego zachowania się.

¹¹ W art. 30 k.k. chodzi o nieuświadamianie sobie bezprawności danego zachowania się w jednym, konkretnym momencie, konkretniej zaś – w momencie dopuszczania się czynu zabronionego pod groźbą kary. Wynika to wprost z art. 30 k.k., lecz także z art. 1 § 3 k.k., zgodnie z którym: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu”. Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz...* [w:] *Kodeks...*, s. 251; Z. Jędrzejewski, *Nieświadomość bezprawności czynu*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006/3, s. 52.

¹² Dodajmy od razu, że autor niniejszej pracy zgadza się z twierdzeniem, w myśl którego art. 30 k.k. dotyczy (usprawiedliwionej bądź nieusprawiedliwionej) nieświadomości bezprawności, a nie nieznajomości bezprawności. W tym zakresie należy podzielić argumenty W. Mąciora (zob. W. Mąciór, *Nieświadomość bezprawności czynu a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972/10, s. 75–76). Odmienne: M. Cieślak, *Problem...*, s. 897.

zachowanie bezprawne, albo zachowanie prawne, a w konsekwencji – nie żywi również w tym zakresie jakichkolwiek podejrzeń (a tym bardziej – pewności)¹³; 2) o sytuację, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale jest świadomy tego, że może to być albo zachowanie bezprawne, albo zachowanie prawne, nie żywi jednak w tym zakresie jakichkolwiek podejrzeń (a tym bardziej pewności); 3) o sytuację, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale podejrzewa, że jest to zachowanie bezprawne; 4) o sytuację, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale podejrzewa, że jest to zachowanie prawne¹⁴; 5) o sytuację, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, a jednocześnie przekonany jest o tym, że jest to zachowanie prawne.

Zaś kolejny krok to odpowiedź na pytanie: które spośród powyższych sytuacji rzeczywiście mogłyby zostać usprawiedliwione przez społeczeństwo (i to usprawiedliwione na tyle silnie, by niemożliwe było pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej)? I tak, wydaje się, że na usprawiedliwienie zasługiwałaby co najwyżej sytuacja z pkt 5), tzn. – przypomnijmy – sytuacja, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, a jednocześnie przekonany jest o tym, że jest to zachowanie prawne. Trudno byłoby wszakże mówić o możliwości usprawiedliwienia zachowania się sprawcy, który dopuścił się tego zachowania, nie zastanawiając się w ogóle nad tym, czy jest to zachowanie się zgodne z prawem, czy nie czy też przewidując wręcz możliwość jego bezprawności. Wydaje się bowiem, że żadne społeczeństwo nie byłoby w stanie usprawiedliwić bezmyślności, z którą niewątpliwie mamy do czynienia w sytuacji, w której sprawca ani nie uświadamia sobie, iż dane zachowanie jest bezprawne, ani nie uświadamia sobie, że może to być albo zachowanie bezprawne, albo zachowanie prawne, a w konsekwencji – nie żywi również w tym zakresie jakichkolwiek podejrzeń (a tym bardziej – pewności)¹⁵ ani też niepotrzebnej nieostrożności czy nieprawomyślności, z którymi niewątpliwie mamy do czynienia w sytuacjach, w których sprawca jest świadomy tego, że dane zachowanie się może być bezprawne, a jednocześnie nie upewnia się co do tego, czy na pewno jest to zachowanie prawne albo wręcz godzi się na to,

¹³ Dodajmy, że przez uświadamianie sobie (bądź nie) bezprawności należy rozumieć również współuświadamianie sobie (bądź nie) takiej bezprawności. Zasadnie wskazuje wszakże Z. Jędrzejewski, że: „W trakcie czynu bezprawność nie musi być w świadomości sprawcy cały czas aktualizowana, nie musi on w ten sposób «stałe» o niej myśleć. Tacy sprawcy, którzy podczas czynu przezwyciężają skrupuły związane z bezprawiem swojego zachowania, zdarzają się bardzo rzadko. W normalnym przypadku złodziej naturalnie wie, że kradzież jest zabroniona, jednak skierowuje swoje myśli przede wszystkim na to, by się ona udała, a nie na jej bezprawność. Taka wiedza do przyjęcia świadomości bezprawności w zupełności wystarczy. (...) W doktrynie niemieckiej uznanie zyskała teoria W. Platzgummera, który wprawdzie wskazywał na możliwości wynikające z tradycyjnej psychologii świadomości, jednak wyraźnie nawiązuje do innych kierunków w psychologii. Opierając się na badaniach wiedeńskiego psychologa Rohrachera, stwierdza, że istnieją takie znamiona czynu, które również bez uwagi świadomości objęte są wolą sprawcy. Są one jakby «współuświadamiane»” (Z. Jędrzejewski, *Nieświadomość...*, s. 47).

¹⁴ Por. Z. Jędrzejewski, *Nieświadomość...*, s. 48–49.

¹⁵ Oczywiście owa sytuacja, w której sprawca ani nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ani nie uświadamia sobie, iż może to być albo zachowanie bezprawne, albo zachowanie prawne, a w konsekwencji – nie żywi również w tym zakresie jakichkolwiek podejrzeń (a tym bardziej – pewności), może wynikać też – przykładowo – z konieczności natychmiastowego działania, z końcowego zmęczenia sprawcy czy też z jego silnego podniecenia i być może także wówczas powinna ona podlegać usprawiedliwieniu (por. K. Buchała, *Nieświadomość bezprawności a przestępstwo nieumyślnie popełnione*, „Przegląd Prawa Karnego” 1992/6, s. 24–25). Pojawia się jednak pytanie, czy w takiej sytuacji powodem usprawiedliwienia rzeczywiście byłby błąd co do prawa czy też zupełnie inna okoliczność.

że jest to zachowanie się bezprawne bądź nawet tego chce¹⁶, a więc w sytuacjach, w których: 1) sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale jest świadomy tego, że może to być albo zachowanie bezprawne, albo zachowanie prawne, nie żywi jednak w tym zakresie jakichkolwiek podejrzeń (a tym bardziej pewności); 2) sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale podejrzewa, iż jest to zachowanie bezprawne; 3) sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, ale podejrzewa, iż jest to zachowanie prawne.

Mając powyższe na względzie i wyłącznie sytuację, w której sprawca nie uświadamia sobie, że dane zachowanie jest bezprawne, a jednocześnie jest przekonany o tym, iż jest to zachowanie prawne, można by uznać za mogącą – przynajmniej potencjalnie (jeżeli znalazłyby się ku temu odpowiednie argumenty) – zostać usprawiedliwioną i mogącą stanowić podstawę dla twierdzenia, że nie można było oczekiwać od sprawcy zachowania się zgodnego z prawem z uwagi na niemożność rozpoznania przezeń bezprawności swego zachowania się, a w konsekwencji dla twierdzenia, że nie można przypisać sprawcy winy z uwagi na znajdowanie się przezeń w tzw. usprawiedliwionym błędzie co do prawa¹⁷. Tylko wówczas wszakże nie oddziaływałyby, bo nie mogłyby oddziaływać, na sprawcę żadne przeciwnotywy, które mogłyby (a wręcz – powinny) stanowić dlań czynnik hamujący przed powzięciem decyzji woli skierowanej na dopuszczenie się zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary¹⁸, a których przełamanie mogłoby stanowić (a wręcz – musiałoby stanowić) podstawę do postawienia mu zarzutu, że dopuścił się bezprawnego czynu zabronionego w sytuacji, w której mógł się go nie dopuszczać.

W konsekwencji należałoby uznać, że na gruncie art. 30 zdanie 1 k.k. w rzeczywistości nie mamy do czynienia z żadnym odstępstwem od zasady *ignorantia iuris semper nocet*. Wszak nie dochodzi tu do usprawiedliwienia nieznanomości prawa. Usprawiedliwione zostaje wyłącznie mylne wyobrażenie o prawie, któremu nieznanomość (nieświadomość rzeczywistego obrazu) prawa wyłącznie towarzyszy¹⁹.

¹⁶ Por. Z. Ćwiąkowski, *Błąd...*, s. 138–139; W. Zalewski, *Nieświadomość bezprawności – historyczna perspektywa polityczno-kryminalna*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, t. XXXVIII, s. 731–733. Por. również przywoływane powszechnie w kontekście art. 30 k.k. orzeczenie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 3.02.1997 r., II KKN 124/96, LEX nr 28876, zgodnie z którym: „nie można skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznanomość prawa, jeżeli z ustalonych w sposób niewątpliwy faktów wynika, że sprawca nie tylko nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem, choć miał możliwość to uczynić u przedstawicieli właściwych organów, ale wręcz w sposób wyraźny z takiej możliwości zrezygnował” (por. też wyroki SN: z 10.05.2005 r., WA 11/05, LEX nr 199817; z 1.02.2007 r., II KK 71/06, LEX nr 249205). Odmienne (chyba): P. Daniluk, *Komentarz do...* [w:] *Kodeks...*, s. 272.

¹⁷ Por. L. Pohl, *Prawo...*, s. 272–274.

¹⁸ Por. W. Mąciór, *Nieświadomość...*, s. 76.

¹⁹ Podobnego zdania jest wspominany już wcześniej J. Giezek, zdaniem którego: „sama tylko nieświadomość bezprawności (...) nie stanowi istoty błędu co do prawa, lecz tylko jego niezbędną przesłankę. (...) A zatem, istotę błędu co do prawa stanowi dopiero mylne wyobrażenie prawności, będące oczywiście konsekwencją nieświadomości bezprawności, a polegające na przeświadczeniu sprawcy, że zamierzone przez niego zachowanie jest przez prawo dozwolone” (J. Giezek, *Kilka...*, s. 119–120. Tak też Z. Staniszczyk, *Problematyka...*, s. 52). Odmienne: Z. Ćwiąkowski, zdaniem którego: „nie jest prawdą, że nieświadomość bezprawności (...) nie stanowi istoty błędu, gdyż wymaga «mylnego wyobrażenia prawności». Taka sytuacja może powstać tylko wtedy, gdy sprawca ma podstawy, by sądzić, że daną czynność należy rozpatrywać w kategoriach «prawność – bezprawność». Byłoby tym większą fikcją utrzymywać, że tak się dzieje z każdym zachowaniem. Jeśli sprawca podejmuje działanie, nie wiedząc o istnieniu przepisów je regulujących, i traktuje je jak każdą zwykłą czynność, których codziennie wykonuje tysiące, to nie ma on wyobrażenia o stanie prawnym w tym zakresie, nawet mylnego. On nie ma po prostu żadnego wyobrażenia na ten temat. Gdyby jednak nawet przyjąć, że tak jest, a więc w wypadku błędu co do bezprawności mamy do czynienia każdorazowo z mylnym wyobrażeniem prawności (...), to z punktu widzenia odpowiedzialności karnej i tak musielibyśmy

Warto by wobec powyższego postulować zmianę art. 30 zdanie 1 k.k. poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym mylnym wyobrażeniu jego prawności”. Wydaje się bowiem, że tego rodzaju brzmienie wskazanego przepisu lepiej oddawałoby jego rzeczywistą zawartość i pozostawałoby w zgodzie z rzeczywistą istotą błędu (w ogólności).

Rozważenia wymaga ponadto usunięcie z art. 30 k.k. jego zdania drugiego, mającego – przypomnijmy – następujące brzmienie: „jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”. Wydaje się bowiem, że wystarczający jest w tym zakresie przepis art. 60 § 2 k.k., zgodnie z którym: „Sąd może (...) zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary w szczególnie uzasadnionych wypadkach, kiedy nawet najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa, w szczególności: 1) jeżeli pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, szkoda została naprawiona albo pokrzywdzony i sprawca uzgodnili sposób naprawienia szkody, 2) ze względu na postawę sprawcy, zwłaszcza gdy czynił starania o naprawienie szkody lub o jej zapobieżenie, 3) jeżeli sprawca przestępstwa nieumyślnego lub jego najbliższy poniósł poważny uszczerbek w związku z popełnionym przestępstwem”²⁰.

Abstract

Konrad Burdziak, *Several Remarks about the Essence of the So-Called Mistake of Law (Considerations against the Background of Polish Criminal Law)*

This paper tries to answer the question whether in order to exclude the criminal character of the perpetrator's behaviour on the basis of Article 30, first sentence, of the Criminal Code [CC] it is enough that he/she be only (justifiably) unaware of the unlawfulness of that behaviour or whether in order for the provision to be applied it is necessary that he/she have a (justified) mistaken belief that a given behaviour is lawful? The findings presented in this paper were made on the basis of: (1) an analysis of normative material relating to the examined matters, more specifically, an analysis of the Act of 6 June 1997 – Criminal Code (Polish official journal Dz.U. 2018, item 1600 as amended); and (2) an analysis of views expressed in criminal law literature and case law. The conclusion drawn from the analyses is that on the basis of Article 30, first sentence, CC we do not have an actual case of departure from the ignorantia iuris semper nocet principle. In this case, ignorance of law is not excused. What is excused is only a mistaken belief about the law, which is only accompanied by the ignorance of law (being unaware of what the law actually is).

Keywords: Article 30 of the Criminal Code, mistake, mistake of law, unawareness of unlawfulness

je sprowadzić do formy nieświadomości bezprawności, gdyż tym pojęciem operuje ustawa karna z punktu widzenia konsekwencji prawnych. Tym samym fikcją jest postać «mylne wyobrażenie prawności», nieświadomość zaś bezprawności nie jest – jak chce J. Giezek – «przesłanką» błędu, lecz jego istotą normatywną» (Z. Cwiąkałski, *Błąd...*, s. 66–67). Por. Z. Jędrzejewski, *Nieświadomość...*, s. 33.

²⁰ Ewentualnie można by wprowadzić obligatoryjność nadzwyczajnego złagodzenia kary, uznając, że zawsze zachodzi istotna różnica (z punktu widzenia społecznej szkodliwości i winy) pomiędzy zachowaniem popełnionym w nieusprawiedliwionym, mylnym wyobrażeniu jego prawności a zachowaniem popełnionym ze świadomością jego bezprawności (czy też ze świadomością możliwości jego bezprawności). Zob. w tym zakresie J. Giezek, *Wpływ nieświadomości społeczno-prawnej oceny czynu na odpowiedzialność karną sprawcy*, „Państwo i Prawo” 1984/10, s. 100–104; Z. Jędrzejewski, *Nieświadomość...*, s. 53–54; P. Kardas, *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1992/1, s. 84; W. Mąciór, *W kwestii nieświadomości bezprawności czynu*, „Państwo i Prawo” 1983/12, s. 108–109; Z. Staniszczyk, *Problematyka...*, s. 53.

Streszczenie

Konrad Burdziak, *Kilka uwag na temat istoty tzw. błędu co do prawa (rozważania na tle polskiego prawa karnego)*

Celem pracy jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: czy dla wyłączenia przestępności zachowania się sprawcy na podstawie art. 30 zdanie 1 Kodeksu karnego rzeczywiście wystarczy sama (usprawiedliwiona) nieświadomość bezprawności tego zachowania się, czy też dla zastosowania rzeczzonego przepisu niezbędne jest wystąpienie (usprawiedliwionego) mylnego wyobrażenia, że dane zachowanie się jest zachowaniem legalnym? Prezentowane w pracy ustalenia poczynione zostały: 1) w drodze analizy materiału normatywnego odnoszącego się do badanego zagadnienia, konkretniej zaś – w drodze analizy ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.); a także – 2) w drodze analizy poglądów doktryny prawa karnego i judykatury. W następstwie przeprowadzonych analiz ustalono, że na gruncie art. 30 zd. 1 k.k. nie mamy do czynienia w rzeczywistości z odstępstwem od zasady ignorantia iuris semper nocet. Nie dochodzi tu do usprawiedliwienia nieznanomości prawa. Usprawiedliwione zostaje wyłącznie mylne wyobrażenie o prawie, któremu nieznanomość (nieświadomość rzeczywistego obrazu) prawa wyłącznie towarzyszy.

Słowa kluczowe: art. 30 k.k., błąd, błąd co do prawa, nieświadomość bezprawności

Literatura:

1. Buchała K., *Nieświadomość bezprawności a przestępstwo nieumyślnie popełnione*, Przegląd Prawa Karnego 1992, nr 6;
2. Burdziak K., *Kilka uwag na temat istoty błędu (rozważania na tle polskiego prawa karnego)*, Acta Iuris Stetinensis 2018, nr 1;
3. Cieślak M., *Problem nieświadomości bezprawności i jego znaczenie przy przestępstwach nieumyślnych*, Państwo i Prawo 1970, nr 12;
4. Cwiakalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991;
5. Daniluk P., *Komentarz do art. 30 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015;
6. Giezek J. [w:] *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2012;
7. Giezek J., *Błąd co do znamion modyfikujących typ czynu zabronionego [w:] Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2010;
8. Giezek J., *Kilka uwag o istocie błędu*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji 1985, t. XX;
9. Giezek J., *Komentarz do art. 30 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012;
10. Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013;
11. Giezek J., *Wpływ nieświadomości społeczno-prawnej oceny czynu na odpowiedzialność karną sprawcy*, Państwo i Prawo 1984, nr 10;
12. Grześkowiak A., *Komentarz do art. 30 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015;
13. Jędrzejewski Z., *Nieświadomość bezprawności czynu*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2006, nr 3;
14. Kardas P., *Regulacja błędu w projekcie kodeksu karnego*, Przegląd Sądowy 1992, nr 1;
15. Kowalewska-Łukuć M., *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015;
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. Mąciór W., *Nieświadomość bezprawności czynu a odpowiedzialność karna*, Państwo i Prawo 1972, nr 10;
18. Mąciór W., *W kwestii nieświadomości bezprawności czynu*, Państwo i Prawo 1983, nr 12;
19. Palka P., *Błąd co do prawnej oceny czynu (error iuris) – art. 30 k.k.*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 9;
20. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013;
21. Pohl Ł., *Błąd co do prawa [w:] System Prawa Karnego*, t. 4, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2016;
22. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
23. Staniszczyk Z., *Problematyka błędu, co do prawa, w prawie karnym materialnym*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1992, nr 1–2;
24. Wolnik P., *Nieświadomość reguł ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2004, nr 2;
25. Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965;
26. Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973;
27. Zakrzewski P., *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016;
28. Zalewski W., *Nieświadomość bezprawności – historyczna perspektywa politycznokryminalna*, Gdańskie Studia Prawnicze 2017, t. XXXVIII.

Łukasz Buczek*

Brak możliwości przewidzenia następstwa czynu zabronionego kwalifikowanego przez to następstwo jako przyczynę do rozważań nad tym, co bezprawne**

Niniejsze opracowanie jest pokłosiem V Karnistycznych Spotkań Naukowych odbywających się na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego w 2018 r., a poświęconych tematyce okoliczności wyłączających przestępność czynu w ujęciu interdyscyplinarnym. Inspiracją do jego stworzenia były słowa P. Kardasa, zawarte w wydanym po IV edycji tejże konferencji numerze czasopisma „Acta Iuris Stetinensis”. Autor ten, odnosząc się do jednego z poglądów Ł. Pohla, wskazał, że:

„Wkomponowanie elementów subiektywnych do charakterystyki bezprawności zachowania, umieszczenie ich na poziomie rekonstruowanego z odpowiednich źródeł wzorca normatywnego sprawia, iż zakres zachowań zakazanych lub nakazanych pokrywa się z zakresem zachowań zabronionych pod groźbą kary. Konsekwencją tego podejścia jest wtłoczenie do treści normy sankcjonowanej (jej zakresu zastosowania lub zakresu normowania) wszystkich elementów przesądających o realizacji znamion typu czynu zabronionego, zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych. (...) Podejście (...) (Ł. Pohl – dop. Ł.B.) opiera się na zasadniczo odmiennym modelu rekonstrukcji z przepisów prawa karnego norm: sankcjonowanej i sankcjonującej, odmiennym sposobie określania ich zawartości treściowej, inaczej określanych funkcjach, a także swoistym podejściu do wewnętrznej struktury przestępstwa, w szczególności zaś odwróconym uporządkowaniu elementów karalności i bezprawności, w którym karalność poprzedza bezprawność. Ujęcie to bywa krytykowane ze względu na sposób określania zawartości treściowej normy sankcjonowanej, prowadzący do rekonstrukcji szeregu norm służących do ochrony tego samego dobra, różniących się

* Mgr Łukasz Buczek jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego oraz aplikantem prokuratorskim w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury w Krakowie, Polska, ORCID 0000-0002-7902-7526, e-mail: lukasz.buczek@yahoo.com

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

jedynie elementami subiektywnymi. Stwarza także problemy w przypadku rekonstrukcji norm sankcjonowanych z przepisów typizujących przestępstwa o tzw. mieszanej stronie podmiotowej. Wywołuje wątpliwości co do sposobu realizacji przez normę sankcjonowaną funkcji regulatywnej¹”.

Szczególnie interesujące z punktu widzenia możliwości zajęcia się daną tematyką na konferencji naukowej, a w konsekwencji i w niniejszym artykule pokonferencyjnym, stały się dostrzegane przez P. Kardasa problemy związane z rekonstrukcją norm sankcjonowanych z przepisów typizujących przestępstwa o tzw. mieszanej stronie podmiotowej w przypadku uznawania strony podmiotowej przestępstwa za jeden z elementów syntaktycznych struktury normy sankcjonowanej², z jednoczesnym rozróżnianiem w wielopiętrowej strukturze przestępstwa wartościowania w postaci uznawania danego zachowania się człowieka za czyn zabroniony pod groźbą kary od wartościowania w postaci uznawania zachowania się człowieka za czyn bezprawny. Choć tak zakreślony przedmiot opracowania na pierwszy rzut oka może razić zbyt formalnym podejściem do prawa karnego, to zajęcie się nim jawi się jako potrzebne, a to z wyraźnej potrzeby uzyskania kompleksowego ujęcia struktury normy sankcjonowanej w prawie karnym³, a zatem ustalenia jakiego typu zachowania są przez prawo zabronione, a jakie są prawnokarnie irrelevantne. Prowadzenie tego rodzaju analiz jest w konsekwencji konieczne z punktu widzenia możliwości praktycznego uznania, że dane zachowanie się człowieka jest czynem bezprawnym. Skoro bowiem wielopiętrowa struktura przestępstwa ma ściśle określony układ i każdy z jej elementów ma ściśle określone miejsce, a żeby móc uznać, że dane zachowanie się człowieka jest bezprawne, trzeba najpierw ustalić, iż jest ono czynem zabronionym pod groźbą kary, to dopiero po odpoznananiu pełnej treści zawartych w przepisach prawa karnego norm sankcjonowanych można przystępować do rozważań nad tym, co w polskim systemie prawa karnego jest bezprawne.

O tzw. mieszanej stronie podmiotowej (zwanej też złożoną stroną podmiotową, kombinowaną stroną podmiotową, a dawniej⁴ także winą mieszaną czy określeniem

¹ P. Kardas, *Subiektywne komponenty czynu a bezprawność i okoliczności ją wyłączające. Kilka uwag o przyjmowanych w piśmiennictwie karnistycznym płaszczyznach i metodach analizy subiektywnych elementów bezprawności*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 35.

² Poglądu, którego sam jestem zwolennikiem – zob. Ł. Buczek, *O chociażby nieumyślnym naruszeniu zasad bezpieczeństwa w ruchu z art. 177 § 1 k.k. w aspekcie struktur wypowiedzi dyrektywalnych prawa karnego*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 300 i n.

³ Choć bowiem Ł. Pohl przedstawił w zakresie struktury normy sankcjonowanej w prawie karnym opracowanie monograficzne, to nie byłem w nim (jak i w innych pozycjach jego autorstwa) w stanie odszukać się jednoznacznego stanowiska co do zarysowanego przez P. Kardasa problemu związanego z tzw. mieszaną stroną podmiotową, a w konsekwencji jednoznacznego zajęcia stanowiska co do usytuowania jej w strukturach par norm sprzężonych oraz jej wpływu na liczbę możliwych do wyinterpretowania z systemu prawnego norm. Ł. Pohl jedynie (a przy tym i aż) zajął stanowisko takie, że znamiona podmiotowe należy lokować w strukturze normy sankcjonowanej w zakresie jej normowania – zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 110–134 – do których zdaje się zaliczać tzw. mieszaną stronę podmiotową (przez siebie określaną mianem tzw. złożonej strony podmiotowej), zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 133–147; por. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 178–180. Zob. także kluczowe z punktu widzenia poglądów wskazanego autora na usytuowanie znamion strony podmiotowej w strukturze normy sankcjonowanej rozważania – Ł. Pohl, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej niebędącej normą postępowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/1, s. 55 i n.

⁴ Dawniej, bowiem współcześnie prawie większość karnistów różnicuje aspekt zawinienia od strony podmiotowej przestępstwa – zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Strona podmiotowa a вина – wzajemne relacje*, „Acta Iuris Stetinensis” 2018/1, s. 183 i n.

culpa dolo exorta) w doktrynie prawa karnego mówi się na gruncie art. 9 § 3 Kodeksu karnego⁵, w świetle którego „Sprawca ponosi surowszą odpowiedzialność, którą ustawa uzależnia od określonego następstwa czynu zabronionego, jeżeli następstwo to przewidywał albo mógł przewidzieć”. W celu oczyszczenia przedpola dalszych rozważań, choć nie wdając się w polemikę z wyrażonymi na tym tle w doktrynie poglądami⁶, należy wskazać, że w niniejszym opracowaniu wpisuje się pod zamieszczoną w przywołanym przepisie prawnym regulację dwojakiego rodzaju czynu zabronionego:

- 1) czynu zabronione typu umyślno-nieumyślnego;
- 2) czynu zabronione typu nieumyślno-nieumyślnego.

Przydatnym zabiegiem z punktu widzenia zarówno precyzji, jak i czytelności prowadzonych rozważań wydaje się prowadzenie ich na gruncie przykładowo obranych typów czynów zabronionych kwalifikowanych przez nieumyślne następstwa. To, co zostanie ustalone na gruncie obranych przykładów będzie mieć postać możliwą do odpowiedniego odniesienia przy celowo pominiętych innych takiej specyfiki normatywnej typach czynów zabronionych.

I tak przykładem umyślno-nieumyślnego czynu zabronionego jest zawarty w art. 163 § 3 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k. typ czynu polegającego na umyślnym spowodowaniu zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób mającego postać pożaru, którego objętym nieumyślnością następstwem jest śmierć człowieka. Przykładem zaś nieumyślno-nieumyślnego czynu zabronionego jest zawarty w art. 163 § 4 k.k. w zw. z art. 163 § 2 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k. typ polegający na nieumyślnym spowodowaniu zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób mającego postać pożaru, którego objętym nieumyślnością następstwem jest śmierć człowieka. W obu określonych typach czynów zabronionych objęte nieumyślnością następstwo, odpowiednio objętego umyślnością albo nieumyślnością zachowania, jest znamieniem kwalifikującym typ podstawowy (odpowiednio: zawarty w art. 163 § 1 pkt 1 k.k. oraz zawarty w art. 163 § 2 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k.), przesądzającym o wyższym, *in abstracto* pojmowanym, stopniu społecznej szkodliwości czynu⁷. Następstwo tak rozumiane ma być przez sprawcę przewidywane albo chociaż możliwe do przewidzenia, a zatem możliwa jest do pomyślenia sytuacja, w której wystąpi prawnokarnie istotne, gdyż zawarte w przepisie typizującym umyślno-nieumyślny czyn zabroniony, albo nieumyślno-nieumyślny czyn zabroniony, lecz następstwo

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

⁶ Zob. reprezentatywne poglądy na omawiany konstrukt: A. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 K.K. Komentarz*, Warszawa 2009, tezy 141–145 do art. 9 k.k.; J. Giezek, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, tezy 41–44; J. Lachowski, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2016, tezy 17–21; T. Bojarski, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, teza 4; T. Przesławski, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 161–163; A. Zoll, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna, t. I, część I, Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, tezy 44–53; M. Królikowski, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, tezy 68–73; A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018, tezy 57–62; M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 9 k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2018, tezy 20–22.

⁷ O kwalifikowanych typach czynów zabronionych w ogólności zob. T. Bojarski, *Kwalifikowane i uprzywilejowane typy przestępstw w nowym kodeksie karnym [w:] U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana Leonowi Tyszkiewiczowi*, red. O. Górniok, Katowice 1999, s. 29 i n.

to okazać się niemożliwe do przewidzenia. Tak zakreślony przypadek jawi się jako jeden z najtrudniejszych do dokonania subsumpcji ocenianego zachowania się człowieka pod wyinterpretowane z tekstu ustawy normy sankcjonowane. Nie wydaje się bowiem jednoznaczne, zwłaszcza na tym etapie rozważań, jak należałoby scharakteryzować wskazane zachowanie się, które wszak *prima facie* zdaje się realizować pełnię znamion typu podstawowego czynu zabronionego, a przy tym jest przyczyną istotnego z punktu widzenia typu kwalifikowanego następstwa, acz następstwa, którego nie można było przewidzieć⁸.

Ku rozwikłaniu rodzących się na gruncie poruszanej tematyki trudności przypomnieć należy, że w ujęciu Ł. Pohla norma sankcjonowana leżąca u podstaw typu formalnego przestępstwa z działania jest normą zakazującą umyślnego/nieumyślnego wykonania określonego działania⁹. W przypadku zaś normy sankcjonowanej leżącej u podstaw typu materialnego przestępstwa z działania jest ona normą zakazującą umyślnego/nieumyślnego wywołania określonego skutku¹⁰. Norma sankcjonowana zarysowana w taki sposób składa się zatem z pięciu elementów syntaktycznych: adresata, okoliczności, funktora deontycznego zakazu, strony podmiotowej oraz zabronionego zachowania się człowieka. Co przy tym istotne, umyślność jest w zaprezentowanym schemacie rozumiana jako albo zamiar bezpośredni, albo zamiar ewentualny (zgodnie zatem z treścią art. 9 § 1 k.k.), a z kolei nieumyślność jest pojmowana jako albo świadoma nieumyślność, albo nieświadoma nieumyślność (w tym przypadku zaś według treści art. 9 § 2 k.k.). Co zaś zauważył przytoczony już na wstępie niniejszego opracowania P. Kardas, wtłoczenie tak rozumianej umyślności oraz nieumyślności w strukturę normy sankcjonowanej wiedzy do możliwości wyinterpretowania norm sankcjonowanych, różniących się względem siebie jedynie postacią strony podmiotowej. Słowem, za różne od siebie należałoby uznać cztery normy sankcjonowane, w których jedynym elementem różnicującym byłaby strona podmiotowa (pierwsza z nich byłaby znamiennej zamiarem bezpośrednim, druga zamiarem ewentualnym, trzecia świadomą nieumyślnością, a czwarta zaś nieświadomą nieumyślnością), przy jednoczesnej tożsamości adresatów, okoliczności i opisu zabronionego przez prawo zachowania¹¹. Jeśli zaś wskazane stanowisko połączymy z właściwym m.in. Ł. Pohlowi pojmowaniem tzw. przestępstwa wieloodmianowego (gdzie uznaje się przepis prawny leżący u podstaw takiego przestępstwa za przepis zrębowy, a przy tym pluralny, w którym ustawodawca wysłowił dzięki technice kondensacji norm prawnych¹² co najmniej kilka norm sankcjonowanych,

⁸ Można byłoby rzec, że wskazany przypadek podpada pod miano tzw. przypadku trudnego w prawie – zob. J. Zajadło, *Czy istnieją i czym są hard cases?* [w:] *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2008, s. 379 i n. oraz J. Stelmach, *Trudny przypadek w prawie* [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 141–150, acz z uwagą na to, że nie tylko przypadki wyjątkowo trudne w prawie podlegają interpretacji, bowiem *omnia sunt interpretanda* – zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, *passim*.

⁹ W przypadku przestępstw formalnych z zaniechania, które w dalszej części wywodów zostaną pozostawione na marginesie z uwagi na wybrane na wstępie typy czynów zabronionych, norma ta zakazuje umyślnego/nieumyślnego zaniechania określonego czynu – zob. Pohl, *Struktura...*, s. 263.

¹⁰ W przypadku zaś przestępstw materialnych z zaniechania norma ta zakazuje umyślnego/nieumyślnego zaniechania zapobiegnięcia określonemu skutkowi – zob. Pohl, *Struktura...*, s. 263.

¹¹ Zob. też Ł. Pohl, *Zabójstwo w związku z rozbojem* [w:] *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, Ł. Pohl i in., Warszawa 2017, s. 6.

¹² O przepisie zrębowym oraz o technice kondensacji norm prawnych zob. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 101 i n. oraz 123 i n.

różniących się alternatywnie określonymi w tym przepisie znamiona)¹³, to system prawny jawi się jako bogaty w liczbę niewiele się od siebie różniących norm sankcjonowanych. Wstęp niniejszego opracowania – w którym uznałem, że w 163 § 1 pkt 1 k.k. został zawarty typ podstawowy przestępstwa polegającego na umyślnym (teraz powiedzieć wypada: albo z zamiarem bezpośrednim, albo z zamiarem ewentualnym) spowodzeniu zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób mającego postać pożaru, a iż w art. 163 § 2 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k. został zawarty typ podstawowy przestępstwa polegającego na nieumyślnym (tu z kolei należy sprzeczyć: albo ze świadomą nieumyślnością, albo z nieświadomą nieumyślnością) spowodzeniu zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób mającego postać pożaru – zdradza że bliskie jest mi pojmowanie tzw. przestępstwa wieloodmianowego reprezentowanego przez Ł. Pohla.

Wydaje się, że jest możliwe dwojakiego rodzaju podejście do tzw. mieszanej strony podmiotowej – usytuowanie jej albo w ramach struktury normy sankcjonowanej, albo w strukturze normy sankcjonującej¹⁴.

W pierwszym z tych przypadków to na etapie dokonywania interpretacji tekstu prawnego należałoby uznać, że z uwagi na wpływ normatywny art. 9 § 3 k.k. na system prawny przepisy, w których wysłowiono *prima facie* normę sankcjonowaną leżącą u podstaw przestępstwa kwalifikowanego przez nieumyślne następstwo, zawarto już przez samo to w istocie dwie takie normy – różniące się względem siebie tym, czy sprawca przewidywał możliwość spowodowania określonego następstwa czy też mógł ją przewidzieć. Gdyby zaś w toku dokonywania subsumpcji zabronionego przez prawo zachowania ustalono, że sprawca nie miał możliwości przewidzenia następstwa danego czynu zabronionego, należałoby stwierdzić brak możliwości przypisania mu popełnienia tak rozumianego typu kwalifikowanego i z tego też względu niecelowe byłoby rozprawianie nad przydaniem mu w tej postaci przymiotu bezprawności – aczkolwiek, o czym dalej, nie prowadziłyby to do uznania jego zachowania za prawnokarnie irrelewantne. Negatywnym efektem przyjęcia takiego stanowiska byłoby zaś kolejne wzbogacenie liczbowe systemu prawnego o zawarcie w nim możliwych do wyinterpretowania norm sankcjonowanych, różniących się względem siebie li tylko stosunkiem intelektualno-psychicznym sprawcy do spowodowanego następstwa.

W ramach drugiego z możliwych do dostrzeżenia stanowisk to, czy sprawca przewidywał albo mógł przewidzieć następstwo, które jest znamieniem kwalifikowanego typu

¹³ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normatywna przepisu o tzw. przestępstwie wieloodmianowym (zagadnienie jedności i wielości przestępstw*, „Państwo i Prawo” 2006/10, s. 74 i n. Według odmiennego stanowiska w polskim systemie prawa karnego są takie typy czynów zabronionych, w których opisie są zawarte alternatywnie określone znamiona tylko i wyłącznie jednego typu czynu zabronionego, leżącego u podstaw tzw. przestępstwa wieloodmianowego – niezależnie od liczby wypełnionych przez sprawcę jego zachowaniem tak wskazanych alternatyw dochodzi do realizacji jednego typu czynu zabronionego, a sam konstrukt tzw. przestępstwa wieloodmianowego jest konstruktem właściwym pozornemu zbiegowi przestępstw – zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 464; P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999, s. 122–123; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 287–288.

¹⁴ Nie widzę przy tym innych możliwości, na etapie prawnokarnego wartościowania ludzkiego zachowania się człowieka, zerojedynkowego ustalania tego, czy spowodowane określonym zachowaniem następstwo było przez sprawcę przewidywane bądź możliwe do przewidzenia – o strukturze przestępstwa zob. Ł. Pohl, *Czyn w prawie karnym [w:] Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. III, *System Prawa Karnego*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 203 i n.

czynu zabronionego, byłoby oceniane w ramach zakresu zastosowania normy sankcjonującej, która byłaby normą sankcjonującą zarówno takie zachowania, w których sprawca przewidywał spowodowane przez siebie następstwo, jak i takie, w których mógł je przewidzieć. Z kolei norma sankcjonowana tak określonego typu kwalifikowanego musiałaby obejmować swoim zakresem normowania także sytuację, w której sprawca nie mógł przewidzieć powodowanego przez siebie następstwa, gdyż ta okoliczność byłaby istotna jedynie z punktu widzenia możliwości zaktualizowania się normy sankcjonującej. Przy przyjęciu tego rodzaju stanowiska należałoby uznać, że możliwe jest czynienie analiz pod kątem uznania zachowania się człowieka, którym spowodował niemożliwe do przewidzenia prawnokarnie istotne następstwo za bezprawne, a dalej i za społecznie szkodliwe w stopniu wyższym niż znikome oraz zawinione. Dopiero przy weryfikowaniu możliwości zaktualizowania się normy sankcjonującej istotne byłoby, czy tak opisane następstwo było przez sprawcę możliwe do przewidzenia. Jeśli nie, to nie mogłaby zaktualizować się norma sankcjonująca nakazująca wymierzenie kary za typ czynu zabronionego kwalifikowany przez to następstwo.

Lepszym ze stanowisk wydaje się to pierwsze. Z jednej strony ma ono bowiem na względzie wszystkie te argumenty, które są podnoszone na gruncie wliczania umyślności z art. 9 § 1 k.k. oraz nieumyślności z art. 9 § 2 k.k. do struktury normy sankcjonowanej – w tym zwłaszcza to, że przyjęcie tego stanowiska nie prowadzi do uznawania za zabronionego w ramach typu kwalifikowanego zachowania, którego następstwa sprawca nie mógł przewidzieć. Sytuacja taka nie niesie za sobą takiego ładunku *in abstracto* pojmowanej społecznej szkodliwości czynu, żeby uznawać, że jest to – mimo braku możliwości przewidzenia powodowanego następstwa – realizacja znamion kwalifikowanego typu czynu zabronionego. Z kolei drugie z zarysowanych stanowisk jawi się, *nolens volens*, problemowe na etapie stosowania prawa. Cóż bowiem należałoby począć na etapie ustalania możliwości zaktualizowania się normy sankcjonującej, gdy ustali się, że sprawca swoim zachowaniem zrealizował znamiona kwalifikowanego typu czynu zabronionego, aczkolwiek dana norma sankcjonująca typu kwalifikowanego nie może się zaktualizować z uwagi na to, że następstwo, które sprawca spowodował było niemożliwe do przewidzenia? Należałoby chyba doszukiwać się jakichś zmyślnych dyrektyw nakazujących wówczas skazać sprawcę, jak za realizację znamion typu podstawowego, mimo uznania, że zrealizował on znamiona typu kwalifikowanego, co powodowałoby niepotrzebny mętlik interpretacyjno-orzecznicy.

Wobec wskazanego stanowiska powracając do użytego przykładu, należałoby uznać, że normy leżące u podstaw umyślno-nieumyślnych typów czynów zabronionych, zawartych w art. 163 § 3 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k. byłyby oparte na schemacie: co do zasady każdemu w co do zasady każdych okolicznościach zakazuje się z zamiarem bezpośrednim/zamiarem ewentualnym spowodowania zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób, którego przewidywanym przez sprawcę /możliwym do przewidzenia przez sprawcę następstwem jest śmierć człowieka. Normy leżące zaś u podstaw nieumyślno-nieumyślnych typów czynów zabronionych, zawartych w art. 163 § 4 k.k. w zw. z art. 163 § 2 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k. byłyby oparte na schemacie: co do zasady każdemu w co do zasady każdych okolicznościach zakazuje się ze świadomą nieumyślnością/nieświadomą nieumyślnością spowodowania zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób, którego przewidywanym przez sprawcę /możliwym do przewidzenia przez sprawcę następstwem jest śmierć człowieka.

Co więcej, tak rozumiane typy kwalifikowane muszą wpływać treściowo także na strukturę im właściwych typów podstawowych. Powinniśmy bowiem uznać, że znamię zmodyfikowane danego kwalifikowanego typu czynu zabronionego wchodzi w postaci zanegowanej do katalogu znamion typu podstawowego. Słowem, zrealizować znamiona typu podstawowego czynu zabronionego, wobec którego w systemie prawnym przewidziano typ kwalifikowany przez następstwo, można li tylko wówczas, gdy albo nie nastąpi to następstwo, albo gdy takie następstwo nastąpi, aczkolwiek będzie ono niemożliwe do przewidzenia przez sprawcę. W konsekwencji typ podstawowy wobec umyślno-nieumyślnych typów czynów zabronionych, zawarty w art. 163 § 1 pkt 1 k.k., musiałby być oparty na schemacie: co do zasady każdemu w co do zasady każdych okolicznościach zakazuje się z zamiarem bezpośrednim/zamiarem ewentualnym spowodowania zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób, którego następstwem nie jest śmierć człowieka albo którego następstwem jest niemożliwa do przewidzenia przez sprawcę śmierć człowieka. Zaś typ podstawowy wobec nieumyślno-nieumyślnych typów czynów zabronionych, zawarty w art. 163 § 2 k.k. w zw. z art. 163 § 1 pkt 1 k.k., musiałby być oparty na schemacie: co do zasady każdemu w co do zasady każdych okolicznościach zakazuje się ze świadomą nieumyślnością/nieświadomą nieumyślnością spowodowania zdarzenia, które zagraża życiu wielu osób, którego następstwem nie jest śmierć człowieka albo którego następstwem jest niemożliwa do przewidzenia przez sprawcę śmierć człowieka.

Uznając powyższe schematy za zasadne, należy uznać, czy wręcz utwierdzić się w przekonaniu, że system prawa karnego cechuje wielość zawartych w nim norm sankcjonowanych, różniących się częstokroć jedynie elementami odnoszącymi się do psychiki sprawcy¹⁵. Jedynie prawidłowe i kompleksowe ich wyinterpretowanie z treści ustawy karnej jest w stanie zapewnić właściwe – a nie li tylko intuicyjnie – podejmowanie działań orzeczniczych, a przy tym wypełnienie postulatu pewności w zakresie pytania o to, czy dane zachowanie jest prawo zabronione pod groźbą kary określonej w prawie karnym. Co zaś przy tym istotne, nieposiadający wiedzy prawniczej odbiorca ustawy karnej już z lektury znamion przedmiotowych danego typu czynu zabronionego jest w stanie ustalić, w jaki sposób odnosi się do ich zrealizowania ustawodawca. Już z tego może on w określony prospektywny sposób wnioskować, jak powinien w swoim życiu postępować. Z punktu widzenia ustawodawcy przy typach czynów zabronionych kwalifikowanych przez nieumyślne następstwo, istotne jest przede wszystkim to, aby nie doszło do realizacji znamion przedmiotowych typu podstawowego, gdyż już to *per se* w tak istotny sposób godzi w dobra prawnie chronione, że w prostej drodze potencjalnie prowadzi do odpowiedzialności sprawcy, niezależnie od wystąpienia następstw tego rodzaju zachowania. Nie wydaje się zatem, aby takie rozumienie systemu prawnego i zamieszczonych w nim norm sankcjonowanych mogłoby prowadzić do sygnalizowanych we wstępie niniejszego artykułu wątpliwości P. Kardasa, co do sposobu realizacji przez normę sankcjonowaną funkcji regulatywnej¹⁶.

¹⁵ Por. Ł. Buczek, *Artykuł 153 § 1 k.k. jako przepis kluczowy do wyinterpretowania zawartych w nim norm sankcjonowanych*, „Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia” 2019/2, s. 6–20, gdzie dokonując wykładni art. 153 § 1 k.k. uznałem, że przepis ten jest przepisem kluczowym do wyinterpretowania zawartych w nim aż 84 norm sankcjonowanych, rozpisując każdą z nich w formie dość jednoznacznych wyrażeń normokształtnych.

¹⁶ O jej rozumieniu przez P. Kardasa zob. P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012/4, s. 37 i n.

Tytułem zakończenia wyводу można wskazać, że szczególnie interesujące jawi się właściwe podejście sądu do takich stanów faktycznych, w których dany skład sędziowski zmuszony jest rozpatrywać zachowanie wpasowujące się w któryś z nakreślanych typów czynów zabronionych. To że zróżnicowane są one często li tylko aspektami związanymi psychiką sprawcy, zdaje się istotnie utrudniać proces orzecznicy. Wobec czego, instruktywnie można wskazać przyjmując powyższą koncepcję, w przypadku nieświerdzenia w stanie faktycznym prawnie istotnego następstwa sąd ma ułatwione zadanie, albowiem poza kręgiem jego działań orzeczniczych będzie przypisanie dokonania typu kwalifikowanego przez takowe następstwo. W sytuacji zaś, w której tak rozumiane następstwo wystąpi, sąd powinien w pierwszej kolejności rozpatrywać klasycznie pojmowaną stronę podmiotową przestępstwa relatywizowaną do podjętej przez sprawcę czynności sprawczej. Jeżeli w tym zakresie stwierdzi wyczerpanie przez oceniane zachowanie znamion, to sąd powinien dalej przeanalizować, czy sprowadzone podjętym zachowaniem następstwo sprawca przewidywał albo mógł przewidzieć. Jeżeli co najmniej mógł, to należy przypisać mu popełnienie odpowiedniej normy sankcjonowanej zakazującej właściwego typu kwalifikowanego. Jeżeli zaś sprawca spowodowanego przez siebie następstwa nie mógł przewidzieć, to należy przypisać mu popełnienie normy sankcjonowanej leżącej u podstaw właściwego typu podstawowego, aczkolwiek akcentując przy tym w treści opisu jego czynu w sposób wyraźny zanegowane znamię typu kwalifikowanego – że do spowodowania następstwa doszło, aczkolwiek nie było ono możliwe przez sprawcę do przewidzenia.

Abstract

Łukasz Buczek, *Inability to Foresee the Consequence of a Prohibited Act Where Said Consequence is an Aggravating Circumstance as Contribution to Reflections on What is Illegal*

This paper is devoted to the issue of the so-called mixed mens rea, described in Article 9(3) of the Criminal Code. As part of the analyses, the author suggests placing the lack of intention as regards the consequence of a certain act – which is specified in the aforementioned provision – within the structure of the sanctioned norm as one of the positive features of the aggravated form of the prohibited act, where this consequence is the aggravating circumstance.

Keywords: *mens rea of an offence, mixed mens rea, unlawfulness, structure of a sanctioned norm*

Streszczenie

Łukasz Buczek, *Brak możliwości przewidzenia następstwa czynu zabronionego kwalifikowanego przez to następstwo jako przyczynek do rozważań nad tym, co bezprawne*

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone zagadnieniu tzw. mieszanej strony podmiotowej określonej w art. 9 § 3 Kodeksu karnego. W ramach prowadzonych analiz zaproponowano usytuowanie określonej we wskazanym przepisie prawnym nieumyślności co do następstwa określonego czynu w ramach struktury normy sankcjonowanej, jako jednego ze znamion pozytywnych kwalifikowanego przez to następstwo typu czynu zabronionego.

Słowa kluczowe: *strona podmiotowa przestępstwa, mieszana strona podmiotowa, bezprawność, struktura normy sankcjonowanej*

Literatura:

1. Bojarski T., *Kwalifikowane i uprzywilejowane typy przestępstw w nowym kodeksie karnym* [w:] *U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga pamiątkowa ofiarowana Leonowi Tyszkiewiczowi*, red. O. Górniok, Katowice 1999;
2. Bojarski T. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016;
3. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980;
4. Budyn-Kulik M. [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2018;
5. Buczek Ł., *O chociażby nieumyślnym naruszeniu zasad bezpieczeństwa w ruchu z art. 177 § 1 k.k. w aspekcie struktur wypowiedzi dyrektywalnych prawa karnego*, *Acta Iuris Stetinensis* 2018, nr 1;
6. Buczek Ł., *Artykuł 153 § 1 k.k. jako przepis kluczowy do wyinterpretowania zawartych w nim norm sankcjonowanych*, *Kwartalnik Prawo–Społeczeństwo–Ekonomia* 2019, nr 2;
7. Giezek J. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2012;
8. Grześkowiak A. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018;
9. Kardas P., *Przestępstwo ciągle w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw*, Kraków 1999;
10. Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2012, nr 4;
11. Kardas P., *Subiektywne komponenty czynu a bezprawność i okoliczności ją wyłączające. Kilka uwag o przyjmowanych w piśmiennictwie karnistycznym płaszczyznach i metodach analizy subiektywnych elementów bezprawności*, *Acta Iuris Stetinensis* 2018, nr 1;
12. Kowalewska-Łukuć M., *Strona podmiotowa a wina – wzajemne relacje*, *Acta Iuris Stetinensis* 2018, nr 1;
13. Królikowski M. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017;
14. Lachowski J. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2016;
15. Pohl Ł., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2006, nr 1;
16. Pohl Ł., *Struktura normatywna przepisu o tzw. przestępstwie wieloodmianowym (zagadnienie jedności i wielości przestępstw)*, *Państwo i Prawo* 2006, nr 10;
17. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007;
18. Pohl Ł., *Czyn w prawie karnym* [w:] *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, t. III, *System Prawa Karnego*, red. R. Dębski, Warszawa 2013;
19. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
20. Pohl Ł., *Zabójstwo w związku z rozbojem* [w:] *Zabójstwa kwalifikowane w Kodeksie karnym z 1997 r. – naukowa i sądowa wykładnia znamion kwalifikujących*, red. Ł. Pohl i in., Warszawa 2017;
21. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019;
22. Przesławski T. [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015;
23. Rejman G., *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8–31 K.K. Komentarz*, Warszawa 2009;
24. Stelmach J., *Trudny przypadek w prawie* [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010;
25. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010;
26. Zajadło J., *Czy istnieją i czym są hard cases?* [w:] *Filozofia prawa w pytaniach i odpowiedziach*, red. J. Zajadło, K. Zeidler, Warszawa 2008;
27. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017;
28. Zoll A. [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I, część I, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.

Paweł Mazur*

Uwagi o ustaleniu przez sąd społecznej opłacalności poświęcenia dóbr prawnych (na przykładzie instytucji stanu wyższej konieczności)**

WSTĘP

O kontratybie można mówić w przypadku łącznego spełnienia następujących warunków:

1. kolizja między przynajmniej dwoma dobrami chronionymi prawem;
2. ustalenie, że ma miejsce obiektywna i wiadoma sprawcy konieczność poświęcenia jednego z kolidujących dóbr prawnie chronionych;
3. ustalenie, że poświęcenie dobra chronionego prawnie w warunkach obiektywnej konieczności jest społecznie opłacalne¹.

Łatwo zatem dostrzec, że instytucja kontratyby opiera się na kolizji dóbr². Kontratyp potwierdza w ogólności to, że nie ma dóbr, które byłyby chronione przez normy prawne w sposób absolutny. Powstaje pytanie, jak sądy radzą sobie z nim praktycznie.

W niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione wybrane problemy, wynikające z obowiązku oceny rzeczzonej kolizji przez sąd. Pole badawcze zostanie istotnie zawężone do rozważań nad przykładem kontratyby w postaci stanu wyższej konieczności. Rzeczony kontratyp ma pełnić funkcję przykładu obrazującego problemy orzecznicze. Na marginesie, warto dostrzec, że w kontekście innych kontratypów omawiane dylematy są jeszcze bardziej spotęgowane np. w przypadku oceny wartości dóbr przy kontratybie dozwolonego eksperymentu.

* Paweł Mazur jest adiunktem na Wydziale Filozofii Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska, ORCID 0000-0002-1011-121X, e-mail: pawelmn@amu.edu.pl. Autor wyraża podziękowania za cenne uwagi i dyskusję do artykułu prof. Ewie Nowak.

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013, s. 239.

² Należy lojalnie odnotować stanowisko odmienne, podważające założenie, na mocy którego każdy kontratyp jest oparty na kolizji dóbr. Tomasz Kaczmarek podał jako przykład kontratyby fałszyfikującego tę tezę – obrońną konieczną, zob. T. Kaczmarek, *O tzw. „okolicznościach wyłączających bezprawność czynu”*, „Państwo i Prawo” 2008/10, s. 30–31, cyt. za: T. Kaczmarek, *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 50-lecia naukowej twórczości*, t. 2 (lata 2006–2015), Warszawa 2016, s. 171–172.

Rozważania będą czerpać z ustaleń filozofii moralnej w celu lepszego naświetlenia tytułowej problematyki, być może przyczyniając się w pewnym stopniu do realizacji ideału integracji zewnętrznej prawoznawstwa³. Ta ostatnia zmierza zazwyczaj do otwierania nowych płaszczyzn badawczych, ożywczych dla jurysprudencji.

I.

Zgodnie z definiującym stan kontratypu art. 26 § 1 Kodeksu karnego⁴, nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie da się inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.

Za podstawowe elementy instytucji stanu wyższej konieczności uważa się:

- 1) niebezpieczeństwo grożące jakimkolwiek dobru chronionemu prawem oraz
- 2) działanie sprawcy uchylające ten stan, realizujące ustawowe znamiona czynu zabronionego⁵.

Z treści art. 26 § 1 k.k. da się zrekonstruować dwie grupy warunków statuujących rzeczony kontratyp:

- a) warunki uprawniające do działania w stanie wyższej konieczności,
- b) warunki określające dozwolone prawem działanie w tym stanie⁶.

Stan wyższej konieczności, o którym mowa w art. 26 § 1 k.k., pełni funkcję okoliczności wyłączającej bezprawność.

Zgodnie z art. 26 § 2 k.k. w stanie wyższej konieczności działa ten kto ratując dobro chronione prawem przed grożącym mu bezpośrednio niebezpieczeństwem poświęca inne dobro, które nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. W tym wypadku stan wyższej konieczności wyłącza winę⁷.

Niniejsze opracowanie będzie się dalej koncentrować na problemie ustalania przez sąd, czy dobro poświęcone przez działającego przedstawia *wartość* – obiektywnie rzecz ujmując – niższą od dobra ratowanego⁸. Rozstrzygnięcia w tej ostatniej kwestii stanowią trudne i nieodzowne zadanie organu procesowego, rozważającego uwolnienie oskarżonego od odpowiedzialności karnej z uwagi na wskazaną wyżej kolizję dóbr.

Pierwszy problem, na który warto zwrócić uwagę jest zupełnie fundamentalny. Chodzi bowiem o zdolność sędziów do oceniania, czy w danym przypadku należało poświęcić dobro prawnie chronione na rzecz innego dobra prawnie chronionego, a zatem, czy zastosowanie znajduje rzeczona zasada. Skoro praktyka prawa nakłada na sędziów takie zadanie, oznacza to, że rozumie przez tę umiejętność część kompetencji sędziowskiej. Umiejętność ta nie jest szczególnie dobrze zdefiniowana, wobec czego warto od razu zapytać, na czym polegają trudności, które mogą stanowić poważną barierę w stosowaniu stanu wyższej konieczności – a tym samym trudności, z jakimi musi się mierzyć sędzia sięgając po tę instytucję.

³ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1983.

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

⁵ A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Art. 1–31, Gdańsk 1999, s. 333.

⁶ Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 249.

⁷ J. Giezek [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 226.

⁸ Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 250.

Truizmem jest napisać, że sądy mają kompetencje do wydawania orzeczeń, w których uniewinniają podsądnych od stawianych im zarzutów również poprzez uznanie, iż ci ostatni działali w warunkach stanu wyższej konieczności. Wydanie wyroku powinno być poprzedzone stosownym rozumowaniem moralnym. Przesłankami takiego rozumowania są zaś normy sankcjonowane w danej teorii etycznej, jak również moralnie relewantna wiedza umożliwiająca ocenę konkretnych faktów. Ostateczny wniosek wynikający z tego rozumowania można określić sądem sumienia⁹.

Odnosny proces refleksji powinien zostać podjęty na etapie stosowania normy sankcjonującej, upoważniającej sąd do wymierzenia sankcji karnej, a zatem po uznaniu, że oskarżony swoim zachowaniem przekroczył normę sankcjonowaną. Badanie zajścia kontratypu powinno mieć miejsce na poziomie stosowania normy sankcjonującej. Po ustaleniu, że czyn zabroniony popełniono w warunkach kontratypu, norma sankcjonująca upoważniająca do wymierzenia sankcji karnej nie zaktualizuje się¹⁰. W wymiarze procesowym jest to jeden z ostatnich etapów sądowego stosowania prawa, następujący już po ocenie materiału dowodowego i ustalenia, czy został popełniony czyn zarzucany. Decyzja organu procesowego polega zatem w tym przypadku na wyznaczeniu konsekwencji prawnych faktu uznanego za udowodniony¹¹.

Tyle pokrótce o samej instytucji; jednak ten, kto chce rozumnie stosować instytucję stanu wyższej konieczności, powinien się zapoznać z założeniami filozoficznymi tego kontratypu.

Andrzej Zoll wyraził pogląd, że podstawą wszelkich kontratypów, a w konsekwencji także stanu wyższej konieczności, jest kolizja dóbr prawnych. Zaatakowanie pewnego dobra tylko wtedy może być uzasadnione społecznie, gdy atak służy jednocześnie ochronie innego dobra prawnego, które również ma wartość społeczną¹².

Można jednak ulec pokusie i uznać, że rozstrzyganie sprowadza się do prostego porównywania dóbr prawnych (ważenia) i oceny, czy poświęcenie dobra prawnego było społecznie korzystne – a także uzasadnienia. Nic bardziej mylnego.

Rozstrzygnięcie o stanie wyższej konieczności w pewnych sytuacjach oznacza rozwikłanie dylematu moralnego. Przedstawiciele filozofii moralnej przedstawili rozmaite definicje dylematu moralnego. Ewa Nowak zdefiniowała go w ten sposób, że jest to konflikt aksjologiczny lub normatywny, w obliczu którego możemy wybrać jedną z dwóch przeciwstawnych opcji. Zmierzenie się z dylematem często bywa nieuniknione i naglące; już sama ta sytuacja niesie ze sobą moralny dyskomfort polegający na presji. Poglębia go to, że wybór którejkolwiek z opcji

⁹ B. Chyrowicz [w:] B. Chyrowicz, J. Brzeziński, M. Toeplitz-Wisniewska, Z. Toeplitz, *Etyka zawodu psychologa*, Warszawa 2017, s. 95.

¹⁰ Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 200.

¹¹ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1973, s. 12.

¹² A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1983, s. 103. Warto również odnotować krytykę pióra A. Wąska pod adresem instytucji stanu wyższej konieczności w Kodeksie karnym. Zdaniem autora „Razić musi schematyzm i uproszczony utylizm tego rozwiązania. Schematyzm polega na operowaniu (bez potrzeby dalszego różnicowania) pojęciami «dobra ratowanego» i «dobra poświęconego». Nie jest wystarczające wzięcie pod uwagę konkretnej (a nie abstrakcyjnej) wartości dobra poświęconego i ratowanego przez sprawcę”, zob. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 361. Krytyka ta została podzielona przez Zbigniewa Jędrzejewskiego. Jej sednem jest to, że regulacja art. 26 k.k. nie uwzględnia w dostatecznym stopniu zasad demokratycznego państwa liberalnego, które muszą być chronione. Zob. Z. Jędrzejewski [w:] *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 101.

budzi silne kontrowersje moralne i pozostawia podmiot z poczuciem straty i żalu, iż nie udało się znaleźć rozwiązania, w którym nie ucierpiałaby czyjeśkolwiek dobra czy prawa. Uniknięcie poczucia winy nie leży w gestii podmiotu; w jego gestii leży jedynie to, by dokonać jak najślusznieszego wyboru i przede wszystkim – po sokratejsku – żadnej racji w rozumowaniu nie pominąć i nie zignorować. Dlatego w pracach poświęconych sytuacjom dylematycznym i kompetencji moralnej autorka waży niekiedy racje za i przeciw według wielopoziomowych skal. Jednak umysł postawiony przed nowym i złożonym dylematem nie dysponuje skalami i kryteriami o określonej, stopniowalnej ważności. Rozpoznanie i uzmysłowienie sobie dylematyczności aż po wybór i rozłożoną w czasie pracę świadomości, powoduje, że podmiot moralny doświadcza dysonansu normatywnego na poziomie afektywnym i kognitywnym¹³, przekładanym dalej na przeciwstawne reguły społeczne, wartości, interesy o porównywalnej wadze (np.: interes dziecka czy matki? bezpieczeństwo społeczności czy wolność jednostki?). Georg Lind stoi na stanowisku, że rozwój kompetencji moralnej umożliwia podmiotowi rozstrzyganie dylematów w ten sposób, że racjami uzasadniającymi rozwiązanie dylematu (i niwelującymi poczucie winy w tym sensie, że zrobiło się wszystko, co w mocy podmiotu) stają się jak najwyższej jakości kryteria aksjonormatywne¹⁴. Jednak w kontratypach dochodzi do kolizji również na poziomie tych najbardziej wartościowych, uniwersalnych kryteriów, takich jak życie (ogólniej: dobra) dwóch podmiotów. Choć strata jest nieunikniona, odpowiedzialność moralna wymaga, by w wyborze jednej z opcji dopełnić rozumowania w kategoriach świadomej refleksji normatywnej o jak najwyższej wartości.

Z kolei Barbara Chyrowicz wypukliła w dylemacie przekonanie podmiotu o tym, że powinien dokonać wyboru zarazem a) i b), przy czym nie może spełnić powinności a) bez naruszenia powinności b) ani też powinności b) bez naruszenia powinności a)¹⁵. Także u tej autorki jest widoczna refleksja na temat uczynienia zadość podmiotowej potrzebie wewnętrznej moralnej harmonii i jedności, która w obliczu dylematu zostaje wystawiona na próbę.

Rzeczywistość społeczna dostarcza wielu przykładów tego rodzaju konfliktów aksjologicznych, przed którymi stają sędziowie. Klasycznym przykładem sędziowskiego dylematu jest konflikt pomiędzy koniecznością poświęcenia jednego ludzkiego życia dla uratowania życia kilku innym osobom. Ilustruje to znany z literatury fachowej przykład przewodnika górskiego, który wyprowadził grupę ludzi z niebezpieczeństwa w bezpieczne miejsce. Podczas akcji ratunkowej jeden ze wspinaczy utknął na drabinie i odmówił kontynuowania dalszej drogi. Perswazja przewodnika okazała się bezskuteczna. W tej sytuacji przewodnik polecił zrzucić go z drabiny, aby reszta grupy mogła bezpiecznie dotrzeć do celu. W opisaney sprawie przewodnik, który polecił zrzucić wspinacza z drabiny, został uniewinniony przez sąd¹⁶.

¹³ E. Nowak, *Dysonans a porządek argumentacji* [w:] *Filozofia a sfera publiczna*, red. nauk. P. Orlik, K. Przybyszewski, Poznań 2012, s. 144–145.

¹⁴ G. Lind, *How to teach morality*, Logos–Berlin 2015, s. 74 ("Is there really such a thing as moral competence? Can it be shown as manifest disposition in human behavior? (...) Do people prefer high-type moral orientations and reject low-type orientations, the higher the moral competence is?"; G. Lind, *How to...*, s. 74).

¹⁵ B. Chyrowicz, *O sytuacjach bez wyjścia w etyce. Dylematy moralne: ich natura, rodzaje i sposoby rozstrzygania*, Kraków 2008, s. 70.

¹⁶ J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 2006, s. 74; L. Wilk, *Aksjologiczne aspekty stanu wyższej konieczności*, „Państwo i Prawo” 2008/4, s. 43.

Można mnożyć inne przykłady kolizji między newralgicznymi dobrami prawnymi: zdrowiem i mieniem (kradzież leków z apteki dla głodującej matki¹⁷), bezpieczeństwo świadka a ustalenie prawdy materialnej¹⁸. Nie jest również do końca jasne, czy wolno poświęcać dobro jednostki na rzecz ogółu w ramach rozstrzyganie tego rodzaju dylematów¹⁹.

Co istotne, sąd stojący przed dylematem kolizji dóbr prawnie chronionych musi go rozstrzygnąć, nawet ze świadomością, że dokonał wyboru niedoskonałego.

Człowiek stojący przed dylematem może naturalnie chcieć w ogóle uniknąć brzemiennej w napięcia i obciążenia moralne decyzji; dylematy przerastają *vis moralis* wielu ludzi. Rozterki mogą w ostateczności prowadzić do zaniechania wyboru i pozostawienia spraw własnemu biegowi, co jest również pewnym „wybojem”, mianowicie wyborem zaniechania. W dyskursie pozasądowym, deliberując o czyjejs winie, można mnożyć liczne wątpliwości co do tego, czy człowiek z powodu ułomności ludzkiej natury, nieprawidłowej socjalizacji czy internalizacji norm społecznych, skrajnie trudnej sytuacji bytowej czy po prostu z uwagi na słabo rozwiniętą zdolność sądzenia i podejmowania decyzji moralnych powinien – a jeśli, to w jakim zakresie – ponosić konsekwencje swoich zachowań. Słowem, ponosić odpowiedzialność.

Tymczasem optyka organu władzy jako odpowiedzialnego za dobro całej wspólnoty politycznej i strzeżenia dóbr dłań najcenniejszych jest zgoła odmienna. Sąd musi zakończyć postępowanie poprzez wydanie decyzji sądowej, mimo że członków składu orzekającego trapią dylematy moralne²⁰. I musi to uczynić w ustalonym czasie, pod wpływem presji warunków, które dodatkowo potęgują złożoność problemu.

Trudności w orzekaniu potęguje w szczególności to, że w świetle prawa ocena kolizji dóbr powinna być dokonywana według kryteriów *użytych*. T. Gizbert-Studnicki podkreślił, że nie sposób *in abstracto* ustalić takiej hierarchii dóbr prawnych, która przesądzałaby o rozstrzygnięciu wszystkich dających się wymyśleć konfliktów²¹. Systematyka Kodeksu karnego nie daje podstaw do wnioskowania

¹⁷ Podobną „dylematowi Heinza” opisanemu przez L. Kohlberga pół wieku temu, w którym bohater kradnie drogi lek dla żony chorej na raka.

¹⁸ A. Wąsek, *Stan wyższej konieczności w procesie karnym* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Prof. Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Kraków 2000, s. 300–301.

¹⁹ A. Zoll wyraził stanowisko, że dobra jednostki mogą być poświęcane jedynie za zgodą ustawodawcy i tylko w ramach tego zezwolenia. Zob. A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Warszawa 2006, s. 432. Dylemat poświęcenia nietykalności cielesnej, czy zdrowia sprawcy w celu uzyskania wiedzy o miejscu ukrycia porwanego pokrzywdzonego był żywo dyskutowany w nauce niemieckiego prawa karnego, zob. Z. Jędrzejewski [w:] *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013, s. 117–124.

²⁰ „To dobrze, że prawo nie karze za grzechy zaniechania i że żaden ludzki sąd nie jest zwołany dla ferowania wyroków w ich sprawie. Ale dobrze również, że wciąż istnieje w społeczeństwie jedna instytucja, której unikanie kwestii osobistej odpowiedzialności jest niemal niemożliwe, gdzie wszelkie usprawiedliwienia abstrakcyjnej natury – od *Zeitgeist* do kompleksu Edypa – załamują się, gdzie osądzone są nie systemy, nurty czy grzech pierworodny, ale ludzie z krwi i kości, jak ty i ja, których czyny pozostają oczywiście czynami ludzkimi, ale którzy pojawiają się przed trybunałem, ponieważ złamali jakieś prawo uważane przez nas za ważne”, H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sądownia*, Warszawa 2006, s. 55.

²¹ Autor zwrócił uwagę na konieczność brania pod uwagę przez organ rozstrzygający w takiej sytuacji: stopień naruszenia jednego dobra, wówczas gdy zrealizowane zostanie drugie, stopień prawdopodobieństwa ryzyka unicestwienia lub naruszenia jednego dobra wówczas gdy zrealizowane zostanie drugie, stopień zaspokojenia rzeczywiście odczuwanych potrzeb ludzkich przez poszczególne pozostające w konflikcie dobra, okoliczność, które z kolidujących dóbr zostało już zrealizowane, ilość dóbr, które mają zostać zrealizowane bądź naruszone, zob. T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989/1, s. 5–8.

o hierarchii dóbr²². W nauce prawa karnego wskazuje się na różne kryteria, pozwalające na dokonanie oceny zasadności poświęcenia dobra prawnego jak system ocen prawodawcy, kryteria ilościowe, kryterium możliwości przywrócenia danego dobra w ogóle lub przywrócenia go do stanu, w jakim istniał przed jego poświęceniem²³. Żadne z proponowanych kryteriów nie jest jednak pewne i precyzyjne na tyle, aby zagwarantować właściwy wybór²⁴.

Oparcie stanu wyższej konieczności na założeniach utilitaryzmu powoduje, że sędziowie stosujący tę instytucję muszą zmierzyć się z wadami utilitaryzmu, jako jednej z dominujących współcześnie odmian filozofii moralnej. Oto niektóre z nich.

Teorię utilitarną, jak zauważa Dorota Probuska, przenika wiara w to, że rzeczywistość jest w istocie jednorodna, jeśli nie cała, to przynajmniej w obszarze ludzkich dążeń oraz potrzeb²⁵.

Jak podkreślił Krzysztof Saja, utilitaryzm jest poznawczo zbyt wymagający. Rozwiązanie problemów etycznych w myśl utilitaryzmu wymaga znajomości i umiejętności stosowania bardzo zaawansowanej aparatury teoretycznej, którą można odnaleźć m.in. w podręcznikach współczesnych teorii decyzji. Co więcej, ten, kto chce poprawnie stosować teorię utilitarną, powinien legitymować się umiejętnością poprawnego przewidywania prawdopodobieństwo oraz szacowania stanów świata w kategoriach wartości, które to stany mogą być rezultatem zrealizowania pewnych ciągów przyczynowo-skutkowych. K. Saja obrazowo wskazuje, że:

„utilitarysta musi być czysto idealną, czysto racjonalną maszyną obliczeniową, posiadającą bardzo szczegółową wiedzę na temat możliwych konsekwencji swoich działań, które wpłyną na dobrostan społeczny”²⁶.

Kłopotliwa jest też czynność sumowania tzw. użyteczności. Zakłada ona porównywalność dóbr oraz porównywalność ludzi. Podstawowa reguła utilitar-na każe bezosobowo podsumować to, co dotyczy każdego człowieka. Pożytek jest pożytkiem niezależnie od tego, kim jesteśmy i jakie korzyści możemy z tego osiągnąć²⁷.

Trudność z rachubami utilitarystycznymi pojawia się również tam, gdzie mamy do czynienia z wartościami niepoliszalnymi (np. życie) bądź autotelicznymi (np. godność ludzka). Szacując wartość życia, trudno się kierować numerycznym wskaźnikiem, jakim jest liczba osób. Liczba osób i życie to walory nieprzeliczalne nawzajem. Nie lada problemy stwarza ocena poświęcenia dobra w postaci życia człowieka w celu ratowania życia innego człowieka. W takich wypadkach uzasadnione może być przyjęcie przez sąd stanu wyższej konieczności, jako okoliczności wyłączającej winę.

Nie ma dobrych powodów, aby uznać, że sędziowie będą sobie radzili z ustaleniem społecznej opłacalności dóbr lepiej niż inni obywatele.

²² A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 112. Autor wyraził stanowisko, że „Problem ustalenia hierarchii wartości dóbr prawnych chronionych przepisami prawa karnego wykracza znacznie poza kompetencje prawnika karnisty”. Zob. A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 112.

²³ Zob. J. Lachowski, *Stan...*, s. 125–129 wraz ze wskazaną tam literaturą.

²⁴ J. Lachowski, *Stan...*, s. 130.

²⁵ D. Probuska, *Utilitaryzm*, Kraków 2013, s. 12.

²⁶ K. Saja, *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Kraków 2015, s. 165.

²⁷ R.E. Godin, *Użyteczność i dobro* [w:] *Przewodnik po etyce*, red. P. Singer, Warszawa 2009, s. 288.

Sędziowie jako istoty podejmujące myślenie moralne przypominają raczej Hare'owskich „Roboli” aniżeli „Archaniołów”. Podlegają rozmaitym ograniczeniom (w tym – poznawczym), emocjom, impulsom²⁸. Rzeczeni „Robole” opierają się w swoim myśleniu na intuicji. Intuicje zaś mogą się okazać niewystarczające w przypadku konfliktu zasad. Myślenie krytyczne, w przeciwieństwie do intuicyjnego, opiera się na selekcji zasad oraz do rozstrzygnięcia konfliktu między nimi²⁹. Gdyby ludzie byli „Archaniołami, jako istoty myślące krytycznie mogliby rozstrzygać, co robić w każdej sytuacji³⁰.

Wydaje się jednak, że można szukać szans na poprawę zdolności sędziów do dokonywania tak złożonych osądów moralnych, poprzez rozwijanie kompetencji moralnej już podczas studiów prawniczych i aplikacji sędziowskiej. Kompetencja moralna, przyjmując za badaczami, oznacza zdolność do wydawania moralnych sądów i decyzji, które są oparte na zasadach wewnętrznie uznawanych przez podmioty decyzyjne za słuszne i działania zgodnie z tymi decyzjami. Można prowadzić dyskusję z tym, czy koncept sześciu „orientacji” (dwa przedkonwencjonalne, dwa konwencjonalne i dwa postkonwencjonalne), którymi koherentnie i w sposób świadomy różnic między nimi operuje umysł moralny³¹ wystarcza sędziemu, który obcuje przecież z daleko bardziej złożonymi kolizjami i dylematami, aniżeli zwykły człowiek. Jednak i sędzia operuje tamtym trójpoziomowym schematem kryteriów, kiedy stosuje prawo, dążąc do sprawiedliwości i czyni to w poszanowaniu dla ludzkiej godności i dóbr chronionych prawnie. Wydaje się, że rozstrzyganie kolizji dóbr prawnych, a zatem przeprowadzanie zaawansowanego i złożonego rozumowania, by zbudować osąd zasadny moralnie, w sytuacji kontratypu czy dylematu wymaga starań o rozwój zdolności rozumowań w kategoriach legalności (konwencji) i równoległe w kategoriach postkonwencjonalnych.

Co sprzyja rozwojowi kompetencji sądu moralnego, której użycie jest nieodzowne dla rozstrzygnięcia dylematów orzecznich, jakie tu omawiam? Jest to z pewnością możliwość ćwiczenia tej zdolności podczas swobodnej, regularnej dyskusji na przykładach, zanim sędzia stanie przed realnymi wyzwaniem orzecznymi. Optymalne warunki po temu są na studiach prawniczych. Na późniejszym etapie kariery treningiem jest wymiana racji i argumentów, a zatem dyskurs sędziowski. Takich warunków nie stwarza jednak ani nakaz orzekania w składzie jednoosobowym, ani pośpiech towarzyszący orzekaniu składów wieloosobowych.

Współczesna tendencja ustawodawcy polegająca na upoważnianiu do wyrokowania składów jednosobowych niestety nie sprzyja dyskursywności, stymulującej

²⁸ Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Roszczenie do bezstronności* [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 72.

²⁹ R. Hare, *Myślenie moralne. Jego płaszczyzny, metoda, istota*, Warszawa 2001.

³⁰ R. Hare, *Myślenie...*, s. 63.

³¹ E. Nowak, *Dysonans...*, s. 116–120; E. Nowak, P. Mazur, *How Moral Judgment Competence Fosters Discretionary Powers: A Dilematic Approach* [w:] *Common European Constitutional Culture*, M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, R. Hauser (eds.), Frankfurt n. Menem–Berne–Nowy Jork 2016, s. 117.

Lawrence Kohlberg wyróżnił trzy poziomy kompetencji moralnych. I tak wyróżnił poziom przedkonwencjonalny. W tym przypadku legitymacja słuszności jest ulokowana poza konwencjami. Należy przestrzegać normy i prawa, ponieważ zostały ustanowione przez tego, kto ma przewagę, a także wówczas, jeśli zyskuje się coś w zamian. Autor zwrócił też uwagę na poziom konwencjonalny. Legitymacja słuszności jest ulokowana w konwencji. Należy przestrzegać normy, reguły i prawa, gdyż są przestrzegane przez innych. Ma ona zatem charakter konformistyczny. Wreszcie trzecia ma poziom postkonwencjonalny. Wymaga najwyższej dojrzałości. Opiera się na zgodzie na uniwersalizujące wartości i zasady jak złoty środek, autonomia, godność człowieka. Zob. E. Nowak, *Dysonans...*, s. 116–120.

wzrost kompetencji moralnej w sensie zdefiniowanym wyżej. Sędzia orzekający w składzie jednoosobowym nie musi przedstawiać i wygłaszać swoich racji, czy wątpliwości przed innym składem czy choćby po to, by jako mówca i słuchacz wychwycić ich znaczenie komunikowane innym. Nie ma możliwości poddania rewizji, czy choćby dyskusji swojego stanowiska przed podjęciem orzeczenia³². W zachodniej tradycji filozoficznej (oprócz etyki dyskursu w wydaniu Habermasa/Alexego) jest przyjęte, że myślenie to zajęcie uprawiane w samotności, cichy dialog z samym sobą. Jednakowoż, jeśli podmiot myślący nie jest w stanie w żaden sposób przekazać innym tego, co wymyślił, wówczas umiejętność myślenia uprawianego w samotności zaniknie³³. Trudno o możliwość ćwiczenia indywidualnego osądu moralnego w sytuacji orzekania jednoosobowego, bez konieczności zdania relacji przed innymi ze swoich wątpliwości czy przedstawienia rezultatów swojego procesu myślowego.

Rozstrzygnięcie kolizji dóbr prawnych wymaga racjonalnego, krytycznego myślenia w duchu Popperowskiego krytycyzmu. W takich sytuacjach krytyczna refleksja moralna pozwala przede wszystkim rozpoznać konflikt dóbr prawnych, rozstrzygnąć go i owo rozstrzygnięcie uzasadnić przed kolegami ze składu orzekającego jeszcze przed wydaniem wyroku. Osąd moralny jest tu, po pierwsze, niezbędny do tego, by sędzia mógł rozpoznać takie kolizyjne sytuacje jako dylematy, rozstrzygnąć je i uzasadnić. W takich warunkach sędzia może doskonalić się w cnocie roztropności, i to ona musi pozwolić mu rozwikłać dylematy moralne związane ze stanami wyższej konieczności. Te racje przemawiają za powrotem przez prawodawcę do reguły orzekania kolegialnego w sprawach karnych.

II.

Kolejnym problemem, na który warto zwrócić uwagę, jest napięcie między myśleniem moralnym poświęconym rozstrzygnięciu nakreślonych wyżej dylematów a wartościami sądowego stosowania prawa.

Pisząc o naturze myślenia, Hannah Arendt wskazała, że podejmujący myślenie jest dwoma-w-jednym. Myślenie przerywa wszelką inną aktywność. Filozofka zauważyła, że:

„Jest (...) prawdą, że w chwili, gdy zaczynamy myśleć na jakikolwiek temat, przerywamy wszystko inne a z kolei to «wszystko inne» czymkolwiek miało-by być, przerywa proces myślenia; jest tak jakbyśmy przenosi się do innego świata.”³⁴.

Podczas gdy istota myślenia moralnego polega na wewnętrznym, quasi-sokratejskim dialogu z własnym „ja”³⁵, myślenie w ogóle stanowi wyraz „potrzeby rozumu”³⁶. W analitycznie zorientowanej teorii prawa podkreśla się ponadto,

³² S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 215; M. Heller, *Moralność myślenia*, Kraków 2015, s. 3.

³³ H. Arendt, *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, Warszawa 2012, s. 70–71.

³⁴ H. Arendt, *Wykłady...*, s. 195.

³⁵ H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sądownia*, Warszawa 2003, s. 127.

³⁶ K. Gurczyńska-Sady, *Troska o świat. Antropologia filozoficzna Hannah Arendt*, Kraków 2019, s. 75.

że myślenie jest czynnością procesualną (nie zaś pojedynczym epizodem), a zatem ma miejsce w pewnym przedziale czasowym³⁷.

Z kolei wagę spokojnego namysłu w rozumowaniu moralnym podkreślił John Rawls. Uznał on też, że dochodzenie do uzasadnionych, bezstronnych sądów wymaga spełnienia określonych warunków. Powinny być m.in. formułowane w spokojnym stanie emocjonalnym, poprzedzone namysłem nad wszystkimi istotnymi faktami, odczuwane jako pewne. Zmysł sprawiedliwości, o którym pisze Rawls, najlepiej rozwija się w stanie refleksyjnej równowagi, tzn. po wyważeniu przez daną osobę różnorodnych propozycji konceptualnych (koncepcji, doktryn), w wyniku czego bądź zrewidowała ona sądy, by uzgodnić je z jedną z nich, bądź pozostała wierna swoim koncepcjom³⁸.

Można zatem wyciągnąć wniosek, że myślenie moralne poświęcone rozwiązywaniu dylematów takich jakie generuje rzeczywistość społeczna wymaga czasu i może wykluczać podejmowanie innych aktywności, zwłaszcza wielu bieżących czynności procesowych podejmowanych codziennie przez sądy. Wydaje się, że proces sądowego stosowania prawa może nie sprzyjać refleksyjności koniecznej do rozstrzygania dylematów sędziowskich.

Istnieją wszakże i inne wartości, które domagają się realizacji. Wystarczy wspomnieć choćby o nakazie szybkiego, niezwłocznego rozpoznania sprawy. Jest poza sporem, że niezwłoczne rozstrzygnięcie sprawy jest silnym oczekiwaniem społecznym. Jego niespełnienie może grozić nawet odpowiedzialnością dyscyplinarną.

Wspomniany nakaz jest formułowany pod adresem sądów, niezależnie od ich znacznego obciążenia. Myślenie moralne musi zatem znaleźć swoje miejsce w świecie instytucjonalnym, w którym nagradzana jest efektywność i sprawność.

Rozstrzyganie kontratypów, jako czynność wymagająca indywidualnego osądu moralnego nie sprzyja również realizacji wartości w postaci *pewności* sądowego stosowania prawa. Jednym z jego warunków jest ujednolicenie postaw oceniających sędziów. Znając te postawy, jak zauważył Jerzy Wróblewski, można przewidywać, jakie oceny będzie formułował sędzia³⁹. Wydaje się, że stosowanie instytucji stanu wyższej konieczności wraz z jego zindywidualizowaną oceną konieczności poświęcenia dobra prawnie chronionego sprzyja raczej rozbieżności ocen. Tak jak już wcześniej podkreślono, nie istnieje hierarchia dóbr prawnych, która pozwalałaby jednoznacznie rozstrzygać tego rodzaju kolizje dóbr prawnych. Dokonywanie oceny społecznej opłacalności w oparciu o niepowtarzalne sytuacje nie sprzyja standaryzacji ocen w procesie wyrokowania⁴⁰. Wypada zgodzić się z B. Chyrowicz, że „Człowiek

³⁷ W. Patryas, *Uznawanie zdań*, Warszawa–Poznań 1987, s. 15.

³⁸ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 91–92.

³⁹ J. Wróblewski, *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1973, s. 116.

⁴⁰ Wydaje się, że próba sformułowania typowych sytuacji i wskazówek dla sądów powszechnych jest teza orzeczenia Sądu Apelacyjnego (dalej SA) w Krakowie, który wskazuje, że: „W orzecznictwie przyjmuje się, że nie można usprawiedliwiać stanem wyższej konieczności: (1) kradzieży popełnionej przez osobę znajdującą się w nędzy (zob. wyrok Sądu Najwyższego [dalej SN] z 26.11.1935 r., OSP 1935, poz. 339); (2) zaboru popełnionego w celu wspierania nieefektywnych podmiotów gospodarczych (zob. wyrok SA we Wrocławiu z 20.05.1995 r., II AKr 82/95, OSNPK 99/9, poz. 18); (3) prowadzenia pojazdu mechanicznego z naruszeniem zasad bezpieczeństwa w ruchu, aby szybciej dostarczyć towar i zapobiec stratom (zob. wyrok SN z 15.01.1958 r., II KK 372/57, OSNPG 58/10, poz. 4); (4) strajku okupacyjnego, polegającego na nielegalnym zajmowaniu pomieszczeń oraz stosowaniu środków przymusu, jeżeli dopuszczającym się takich czynów nie zagrażało bezpośrednie niebezpieczeństwo, którego nie można było odwrócić inaczej (wyrok SN z 21.06.1938 r., 3 K 2407/37, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny“ 1938/4). Zob. wyrok SA w Krakowie, II Wydział Karny, z 26.04.2013 r., II AKa 53/13, Legalis nr 732940).

działa zawsze w jakimś określonym kontekście, nie ma dwóch identycznych działań i identycznych sytuacji”⁴¹. Wydaje się zatem chybione oczekiwanie kształtowania jednolitych standardów rozstrzygania tego, co jawi się jako niestandardowe.

Abstract

Paweł Mazur, *Remarks about the Court Determining Public Expediency of Sacrificing Legal Interests (Using the Example of Defence of Necessity)*

This article aims to present the question of courts' determination of the public value of legal interests (rights) on the example of applying the defence of necessity. Adjudicating in such cases sometimes forces the court to solve a moral dilemma. The dilemma means a sort of balancing of values ascribed to the conflicting legal interests. The article describes the difficulties that making such moral judgements may involve.

Keywords: *defence, necessity, dilemma, balancing of interests, utility, moral competence, adjudication*

Streszczenie

Paweł Mazur, *Uwagi o ustaleniu przez sąd społecznej opłacalności poświęcenia dóbr prawnych (na przykładzie instytucji stanu wyższej konieczności)*

Celem artykułu jest przedstawienie problematyki ustalania społecznej opłacalności dóbr prawnych przez sąd na przykładzie stosowania instytucji stanu wyższej konieczności. Orzekanie w tego rodzaju sprawach oznacza niekiedy konieczność rozwiązania przez sąd dylematu moralnego. Polega on na dokonywaniu swoistego rachunku dóbr prawnych pozostających w kolizji. Opracowanie wyluszcza trudności, jakie może rodzić podejmowanie takich osądów moralnych.

Słowa kluczowe: *kontratyp, stan wyższej konieczności, dylemat, rachunek dóbr, użyteczność, kompetencja moralna, orzekanie*

Literatura:

1. Arendt H., *Odpowiedzialność i władza sądzienia*, Warszawa 2003;
2. Arendt H., *Wykłady o filozofii politycznej Kanta*, Warszawa 2012;
3. Chyrowicz B., *O sytuacjach bez wyjścia w etyce. Dylematy moralne: ich natura, rodzaje i sposoby rozstrzygania*, Kraków 2008;
4. Chyrowicz B., Brzeziński J., Toeplitz-Wisniewska M., Z. Toeplitz, *Etyka zawodu psychologa*, Warszawa 2017;
5. Chyrowicz B., *Moralne uwarunkowania ludzkiej kondycji*, Przegląd Filozoficzny 2016, nr 1;
6. Godin R.E., *Użyteczność i dobro* [w:] *Przewodnik po etyce*, red. P. Singer, Warszawa 2009;
7. Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 2007;
8. Gurczyńska-Sady K., *Troska o świat. Antropologia filozoficzna Hannah Arendt*, Kraków 2019;

⁴¹ B. Chyrowicz, *Moralne uwarunkowania ludzkiej kondycji*, „Przegląd Filozoficzny” 2016/1, s. 104.

9. Hare R., *Myslenie moralne. Jego plaszczyzny, metoda, istota*, Warszawa 2001;
10. Heller M., *Moralność myślenia*, Kraków 2015;
11. Jędrzejewski Z. [w:] *Nauka o przestępstwie. Wylączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013;
12. Kaczmarek T., *O tzw. „okolicznościach wyłączających bezprawność czynu*, Państwo i Prawo 2008, nr 10;
13. Kaczmarek T., *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 50-lecia naukowej twórczości*, t. 2 (lata 2006–2015), Warszawa 2016;
14. Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 2006;
15. Lind G., *How to teach morality*, Berlin 2015;
16. Nowak E., *Dysonans a porządek argumentacji* [w:] *Filozofia a sfera publiczna*, red. nauk. P. Orlik, K. Przybyszewski, Poznań 2012;
17. Nowak E., Mazur P., *How Moral Judgment Competence Fosters Discretionary Powers: A Dilemmatic Approach* [w:] *Common European Constitutional Culture*, M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, R. Hauser (eds.), Frankfurt n. Menem–Berno–Nowy Jork 2016;
18. Patryas W., *Uznawanie zdań*, Warszawa–Poznań 1987;
19. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2013;
20. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007;
21. Probuca D., *Utylitaryzm*, Kraków 2013;
22. Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2009;
23. Saja K., *Etyka normatywna. Między konsekwencjalizmem a deontologią*, Kraków 2015;
24. Tobor Z., Pietrzykowski T., *Roszczenie do bezstronności* [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003;
25. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018;
26. Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Art. 1–31, Gdańsk 1999;
27. Wąsek A., *Stan wyższej konieczności w procesie karnym* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Prof. Stanisława Waltosia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000;
28. Wróblewski J., *Wartości a decyzja sądowa*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1973;
29. Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982;
30. Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 2007;
31. Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1983.

Małgorzata Żbikowska*

Metodologiczne i dogmatyczne aspekty zbiegu przesłanek procesowych w postępowaniu karnym**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Przepis art. 17 Kodeksu postępowania karnego¹ wskazuje na zespół przesłanek procesowych (nazywanych również warunkami negatywnymi², warunkami dopuszczalności procesu³ lub przeszkodami procesowymi⁴), które stanowią podstawę do odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania karnego⁵. Katalog przesłanek procesowych obejmuje zespół tzw. przesłanek materialnych

* 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: 17.06.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.) – dalej k.p.k.

² Pojęciem warunków negatywnych w postępowaniu karnym posługiwał się M. Cieślak [w:] *Zbieg warunków negatywnych w postępowaniu karnym*, „Nowe Prawo” 1958/9, s. 31 i n. Autor definiując „warunek negatywny” (s. 31), wskazywał, że jest to okoliczność, która nie może zaistnieć, aby powstał określony skutek prawny. Pojęciem negatywnych warunków procesowych posługiwał się także S. Glaser [w:] *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych: przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego*, Warszawa 1929, s. 61 i n.

³ W literaturze można się spotkać z utożsamianiem przesłanek procesowych z warunkami dopuszczalności procesu karnego. Zob. np. J. Haber, *Pojęcie i istota przesłanek procesu karnego*, „Państwo i Prawo” 1967/2, s. 208 i n. Można także spotkać się z separowaniem tych pojęć, a więc uznaniem, że nie są to pojęcia tożsame. Zob. P. Hofmański, M. Jez-Ludwichowska, *Wzajemny stosunek pojęcia warunków dopuszczalności procesu i pojęcia przesłanek procesu* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, red. M. Jez-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015, s. 52–64. Pojęciem warunków dopuszczalności procesu posługiwał się m.in. S. Śliwiński, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 150 i n. Z kolei np. Leon Schaff wyraźnie separował pojęcie warunków dopuszczalności procesu od przesłanek procesowych, twierdząc, że te drugie stanowią podzbiór tych pierwszych. Zob. L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej. Wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953, s. 223 i n. W niniejszym szkicu przyjmuję założenie, zgodnie z którym pojęcie warunków dopuszczalności procesu karnego i przesłanek procesowych nie jest tożsame, dzieląc w tym względzie zapatrywanie L. Schaffa.

⁴ Zob. np. A. Lach, *Zbieg negatywnych warunków dopuszczalności procesu* [w:] *System...*, t. 4, s. 100.

⁵ Należy zwrócić uwagę, że w Kodeksie postępowania karnego spotykamy się także z innymi negatywnymi warunkami kontynuowania postępowania karnego, do których można zaliczyć np.: art. 322, art. 589 § 1 k.p.k. itd. Negatywne warunki uzasadniające umorzenie postępowania karnego, mogą także wynikać z innych ustaw, np. z ustawy o abolicji. Szeroko o przyczynach umorzenia postępowania karnego wypowiadali się np.: A. Gaberle, *Umorzenie postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 95–109; R.A. Stefański, *Podstawy i przyczyny umorzenia postępowania przygotowawczego*, „Państwo i Prawo” 1996/3, s. 7–35; A. Czapiog, *Umorzenie postępowania karnego z powodu niepełnienia czynu*, „Prokuratura i Prawo” 1998/1, s. 49–67; J. Tylman, *Warunki dopuszczalności postępowania karnego (przesłanki procesowe)* [w:] *Nowa Kodyfikacja Karno. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998, s. 6 i n.

(art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k.⁶)⁷, tzw. przesłanek formalnych (art. 17 § 1 pkt 5, 7–10 k.p.k.⁸), a także tzw. przesłankę mieszaną (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.⁹). Katalog tych przesłanek nie ma charakteru zamkniętego z uwagi na treść pkt 11 tego przepisu, stanowiącego o innych okolicznościach wyłączających ściganie. Zagadnienia związane z problematyką przesłanek procesowych stanowią od lat pole licznych dyskusji naukowych, nierzadko do dnia dzisiejszego nierozstrzygniętych w sposób jednolity¹⁰. Do tematów takich dyskusji należy również tytułowy zbieg przesłanek procesowych, które zostały sklasyfikowane w art. 17 k.p.k. i innych przepisach prawnych (znajdujących się w ustawie karnoprosesowej oraz w innych aktach prawnych).

Wskazano już na wyróżnienie w literaturze (choć należy zważyć, że nie jest to jedyny podział¹¹) przesłanek materialnych, formalnych oraz przesłanki mieszanej. Podział ten ma szczególne znaczenie praktyczne w związku z zagadnieniem zbiegu przesłanek procesowych, albowiem w jednym postępowaniu karnym może dojść do ujawnienia jednej przesłanki procesowej lub ich większej liczby¹². Zbieg przesłanek procesowych oznacza zatem ujawnienie, przed lub w trakcie postępowania karnego, rzeczywistej lub jedynie pozornej kumulacji negatywnych podstaw o charakterze materialnym, formalnym lub mieszanym, uniemożliwiających wszczęcie bądź kontynuowanie postępowania karnego w każdym czasie lub wyłącznie w określonych okolicznościach. Kwestia rzeczywistej lub jedynie pozornej kumulacji przesłanek procesowych zostanie rozwinięta dalej. Wśród zbiegu przesłanek procesowych można wyróżnić zbieg przesłanek jednorodzących, tj. zbieg przesłanki materialnej z przesłanką materialną lub zbieg przesłanki formalnej z przesłanką formalną oraz zbieg przesłanek różnorodzących, tj. zbieg przesłanki materialnej z przesłanką formalną. Ponieważ wyróżnia się jedną przesłankę mieszaną, tj. przedawnienie karalności (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.), to – w odniesieniu do tej przesłanki – możemy mówić wyłącznie o zbiegu przesłanek różnorodzących¹³. Podejmując się analizy zbiegu przesłanek procesowych

⁶ Do przesłanek materialnych zaliczamy sytuacje, gdy: 1) czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia; 2) czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa; 3) społeczna szkodliwość czynu jest znikoma; 4) ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze.

⁷ K. Marszał wyodrębnił przesłankę określoną w art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. (tzn. oddzielał tę przesłankę od przesłanek materialnych), uznając, że jest to tzw. przesłanka faktyczna. Zob. K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013, s. 143.

⁸ Do przesłanek formalnych zaliczamy sytuacje, gdy: 1) oskarżony zmarł; 2) postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone albo wcześniej wszczęte toczy się; 3) sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych; 4) brak skargi uprawnionego oskarżyciela; 5) brak wymaganego zezwolenia na ściganie lub wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej, chyba że ustawa stanowi inaczej.

⁹ Przesłanką mieszaną jest przedawnienie karalności czynu.

¹⁰ Zob. szerokie rozważania M. Rogalskiego [w:] *Res iudicata jako przesłanka procesu karnego*, Rzeszów 2004, s. 105 i n.; M. Rogalski, *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 308 i n.; D. Stachurski, *Spór o istotę przesłanek procesowych w polskiej nauce procesu karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005/1, s. 113 i n.; T. Grzegorzczak, *Odmowa wszczęcia postępowania karnego*, „Problemy Praworządności” 1979/4, s. 8 i n.

¹¹ Przesłanki procesowe są dzielone na: przesłanki abstrakcyjne i konkretne, przesłanki bezwzględne i względne (niekiedy utożsamiane z przesłankami abstrakcyjnymi i konkretnymi), przesłanki dodatnie (pozytywne) i ujemne (negatywne), przesłanki ogólne i szczególne. Zob. w tym zakresie K. Marszał, *Proces...*, s. 143–148.

¹² M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 116.

¹³ Analiza zbiegu przesłanek procesowych z takiej perspektywy została poczyniona m.in. przez: M. Kurowskiego [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 116 i n.; A. Lacha [w:] *Zbieg negatywnych warunków dopuszczalności procesu* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 4, s. 110 i n.

określonych w art. 17 k.p.k., należy wskazać, że podniesiona problematyka nie jest – zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie – rozstrzygana jednolicie. Ponadto jest ona problematyką niezmiernie skomplikowaną, aczkolwiek wymagającą opisu z uwagi na podkreślaną wyżej jej doniosłość praktyczną. W odniesieniu do zbiegu przesłanek procesowych konieczne jest ustalenie: 1) czy któraś z przesłanek procesowych, a jeśli tak, to która ma, w określonej konfiguracji procesowej, charakter wiodący?; 2) czy można stworzyć jakieś ogólne kryteria pozwalające na rozstrzygnięcie zbiegu przesłanek procesowych?; 3) czy w decyzji kończącej postępowanie karne, bądź w postanowieniu o odmowie wszczęcia postępowania karnego, należy wskazać jedną przesłankę procesową (wiodącą), czy należałoby podać wszystkie zbiegające się przesłanki? Celem niniejszego opracowania jest usystematyzowanie zaprezentowanych w literaturze poglądów na zbieg przesłanek procesowych oraz rozwinięcie argumentacji, przemawiającej za i przeciwko kumulatywnemu i eliminacyjnemu zbiegowi przesłanek procesowych.

2. KUMULATYWNY CZY ELIMINACYJNY ZBIEG PRZESŁANEK PROCESOWYCH?

W doktrynie prawa karnego procesowego można zasadniczo odnaleźć dwa główne stanowiska w przedmiocie rozwiązania zbiegu przesłanek procesowych. Część przedstawicieli nauki polskiej opowiada się za redukcją przyczyn umorzenia postępowania karnego wyłącznie do jednej z nich¹⁴. Pozostała zaś część doktryny opowiada się za wskazywaniem wszystkich zidentyfikowanych w danym postępowaniu przyczyn umorzenia w decyzji kończącej postępowanie karne, a więc za kumulowaniem takich przyczyn¹⁵. Owe dwa nurty rozwiązania zbiegu przesłanek procesowych zostały określone przez doktrynę prawa karnego procesowego (wzorującej się na terminologii wypracowanej w prawie karnym materialnym) jako tzw. eliminacyjny zbieg przyczyn umorzenia oraz jako tzw. kumulatywny zbieg przyczyn umorzenia¹⁶. Ryszard Andrzej Stefański wskazywał, że zwolennicy eliminacyjnego zbiegu przyczyn umorzenia rozwiązywali problem zbiegu na jeden z dwóch sposobów – bądź przyjmując kryterium równowartości przyczyn, bądź przyjmując kryterium rodzaju przyczyny¹⁷. Zgodnie z pierwszym ze wskazanych kryteriów, wszystkie przyczyny umorzenia postępowania karnego są równorzędne, dlatego irrelevantne pozostaje, która z przyczyn zostanie wskazana jako podstawa decyzji kończącej postępowanie¹⁸. Z kolei drugie ze wskazanych kryteriów odwołuje się do wyróżnionych w literaturze przesłanek procesowych abstrakcyjnych i konkretnych¹⁹ oraz uznaniu, że nadrzędne

¹⁴ Tak np. R.A. Stefański, *Zbieg przyczyn umorzenia postępowania przygotowawczego*, „Prokuratura i Prawo” 2000/4, s. 72.

¹⁵ Tak np. K. Marszał, *Proces...*, s. 148–149.

¹⁶ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72; A. Lach, *Zbieg...* [w:] *System...*, t. 4, s. 110 i n.; B. Janusz-Pohl, *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009, s. 213.

¹⁷ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

¹⁸ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

¹⁹ Podział na przesłanki abstrakcyjne oraz konkretne został poczyniony przez S. Śliwińskiego [w:] *Polski...*, s. 153. Przez przesłanki abstrakcyjne autor ujmował takie warunki, które uniemożliwiają wszczęcie i kontynuowanie postępowania karnego przeciwko danemu oskarżonemu o określony czyn w każdym czasie (postępowanie karne wobec danej osoby jest więc w ogóle niedopuszczalne, np. z uwagi na przedawnienie), zaś przez przesłanki konkretne autor ujmował warunki uniemożliwiające wszczęcie i kontynuowanie postępowania karnego wobec danego oskarżonego jedynie w określonym czasie lub okolicznościach. Podział

są przesłanki konkretne, bo to one powinny stanowić podstawę prawną orzeczenia kończącego postępowanie karne. R.A. Stefański dokonując charakterystyki wskazanych koncepcji, pisał, że zwolennicy eliminacyjnego zbiegu przesłanek procesowych odwołującego się do kryterium rodzaju przyczyny podkreślali, iż pierwszeństwo mają przesłanki konkretne, np. w sytuacji wniesienia aktu oskarżenia przez osobę prywatną o czyn ścigany z oskarżenia publicznego, który uległ przedawnieniu, umorzenie postępowania powinno nastąpić ze względu na brak skargi uprawnionego oskarżyciela (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.), nie zaś ze względu na przedawnienie karalności (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.)²⁰. Natomiast zwolennicy kumulatywnego zbiegu przyczyn umorzenia postępowania karnego wskazywali, że z uwagi na brak kryteriów wyboru przyczyny umorzenia postępowania w razie zbiegu takich przyczyn, należy podać w decyzji kończącej postępowanie karne wszystkie zbiegające się przyczyny²¹. Tylko ujawnienie wszystkich zbiegających się przyczyn najpełniej oddaje zasadność wydanej przez organ procesowy decyzji procesowej, a ponadto Kodeks postępowania karnego wiąże z każdą z przesłanek procesowych obowiązek umorzenia postępowania²². Jednakże zwolennicy kumulatywnego zbiegu przesłanek procesowych, podobnie jak zwolennicy zbiegu eliminacyjnego, nie wyrażali jednolitych poglądów. Część z nich twierdziła bowiem, że w decyzji kończącej postępowanie karne należy podać wszystkie zbiegające się przesłanki procesowe jedynie w sytuacji, w której każda z nich pociąga za sobą identyczne następstwa prawne, np. następstwo w postaci umorzenia postępowania lub następstwo w postaci uniewinnienia oskarżonego, ale już nie w sytuacji, w której jedna z przesłanek pociągałaby następstwo w postaci umorzenia postępowania, druga zaś następstwo w postaci uniewinnienia oskarżonego²³. W tym ostatnim przypadku należałoby – w myśl tych poglądów – umorzyć postępowanie, ponieważ orzekanie o winie oskarżonego jest możliwe wyłącznie w dopuszczalnym procesie karnym (należy zważyć, że spotykany jest pewien wyjątek od takiego założenia, o którym będzie mowa w dalszej części opracowania). R.A. Stefański wskazywał, że w ramach założenia o konieczności kumulacji przesłanek procesowych spotyka się także pogląd, iż łączeniu podlegają wyłącznie jednorodne przesłanki ujemne, tj. przesłanki materialne z przesłankami materialnymi lub przesłanki formalne z przesłankami formalnymi. Z kolei w przypadku zbiegu przesłanki formalnej z materialną pierwszeństwo – w myśl tego poglądu – będzie miała przesłanka formalna²⁴. Dwa wskazane jako

przesłanek procesowych na abstrakcyjne i konkretne nie jest współcześnie raczej przyjmowany. Wyróżniono bowiem tzw. przesłanki względne i bezwzględne, które przez niektórych są wprost utożsamiane z przesłankami abstrakcyjnymi i konkretnymi. Więcej w tym przedmiocie zob. S. Steinborn, *Warunki (przesłanki) abstrakcyjne i konkretne oraz bezwzględne i względne* [w:] *System...*, t. 4, s. 96–100.

²⁰ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72. Autor kontynuował (s. 72): „W takim wypadku proces był niedopuszczalny ze względu na brak legitymacji do działania po stronie pozytywnej, gdyż do wystąpienia z oskarżeniem uprawniony był prokurator, a więc z punktu widzenia przesłanki konkretnej dany proces był niedopuszczalny, chociaż z powodu ujemnej przesłanki abstrakcyjnej w postaci przedawnienia proces w ogóle był niedopuszczalny”.

²¹ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

²² R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72. W gruncie rzeczy prawna ocena stanów, o których mowa w art. 17 k.p.k. nie jest jednolita. Zależy ona bowiem od fazy zaawansowania procesu karnego. Raz przesłanki określone w art. 17 k.p.k. powodują umorzenie postępowania karnego (jeszcze przed rozpoczęciem przewodu sądowego), innym zaś razem implikują wydanie wyroku uniewinniającego (gdy pewne przesłanki pojawiają się już po rozpoczęciu przewodu sądowego). Będzie o tym jeszcze mowa. Zob. także K. Marszał, *Proces...*, s. 142.

²³ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

²⁴ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

ostatnie powyższe poglądy na kumulację przesłanek procesowych różnią się tym, że tylko i wyłącznie przesłanki określone w art. 17 § 1 pkt 1–2 k.p.k. implikują po rozpoczęciu przewodu sądowego uniewinnienie oskarżonego, a co za tym idzie tylko te przesłanki procesowe – w myśl pierwszego poglądu – mogłyby podlegać kumulacji, natomiast w myśl drugiego poglądu wszystkie przesłanki materialne (jeśli oczywiście w danej konfiguracji procesowej doszłoby do ustalenia ich zbiegu), a więc określone w art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k. mogłyby podlegać kumulacji.

Argumentację przemawiającą za (zasadniczo) kumulatywnym zbiegiem przesłanek procesowych zaprezentował Marian Cieślak, odwołując się do „logicznego charakteru przesłanek procesowych”²⁵. Swoją wywód autor rozpoczął od pytania, czy w przypadku wystąpienia dwóch (ale będzie dotyczyło to także większej liczby) przeszkód procesowych, umorzenie postępowania powinno nastąpić tylko na podstawie pierwszej przesłanki negatywnej bądź tylko na podstawie drugiej przesłanki negatywnej (*tertium non datur*), czy umorzenie może nastąpić na podstawie wszystkich zbiegających się przesłanek? Słowem – M. Cieślak w pierwszej kolejności wyszedł od ogólnego, metodologicznego pytania, bez wkraczania w szczegóły. Tylko tak ogólnie (abstrakcyjnie) zakreślone pytanie pozwala udzielić rzetelnej odpowiedzi w przedmiocie zbiegu przesłanek procesowych, która może się stać pomocna dla rozważań szczegółowych. Co ciekawe, wskazany przedstawiciel nauki polskiej oparł swoje rozważania na funkcjach zdaniowych. I tak twierdził, że:

„Aby proces mógł się toczyć, konieczny jest określony zespół okoliczności. W stosunku do związanego z nimi «następstwa prawnego» (dopuszczalność procesu) tworzą one iloczyn logiczny w tym sensie, że muszą one wystąpić łącznie; innymi słowy, każda z tych poszczególnych okoliczności jest w stosunku do dopuszczalności procesu warunkiem koniecznym lecz niewystarczającym”²⁶.

M. Cieślak odwołał się do funkcji równoważnościowej: $(a \cdot b \cdot c) \equiv n^{27}$.

„Z tego wynika, że brak któregokolwiek z tych warunków powoduje brak «następstwa prawnego» a więc niedopuszczalność procesu”²⁸.

Autor odwołał się do implikacji: $[(a \cdot b \cdot c) \equiv n] \rightarrow [-a \vee -b \vee -c] \equiv -n$ ²⁹. I tak autor kontynuował:

„Jeżeli między określonym zespołem warunków a następstwem prawnym istnieje związek tego rodzaju, że brak któregokolwiek z warunków powoduje brak następstwa prawnego (w niniejszym wypadku – dopuszczalność procesu), to w myśl zasady teorii zdań skutek ten (brak następstwa) wynika również

²⁵ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 33.

²⁶ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 33. Autor wskazywał, że z logicznego punktu widzenia obojętne jest, czy poszczególne przesłanki procesowe są ukształtowane w postaci pozytywnej, tj. jako wystąpienie pewnych okoliczności czy występują w postaci negatywnej, tj. jako brak pewnych okoliczności. Należy się zgodzić z tym założeniem, ponieważ każdą przesłankę pozytywną można „przeformułować” (z punktu widzenia językowego) na postać negatywną, zaś każdą przesłankę negatywną można „przeformułować” na postać pozytywną.

²⁷ M. Cieślak, *Zbieg...*, przypis 5, s. 33.

²⁸ M. Cieślak, *Zbieg...*, przypis 5, s. 33.

²⁹ M. Cieślak, *Zbieg...*, przypis 6, s. 33.

wtedy, gdy brak jest jednocześnie dwóch lub więcej warunków koniecznych. Innymi słowy, jeżeli zaistnienie jakiejkolwiek przeszkody procesowej powoduje niedopuszczalność procesu, to proces jest niedopuszczalny również wtedy, gdy występuje jednocześnie kilka przeszkód procesowych. Stąd wypływa wniosek, że w wypadku zbiegu przeszkód procesowych rozwiązanie nie musi dokonać się w drodze wyboru jednej ze zbiegających się przeszkód jako wyłącznej podstawy umorzenia, lecz istnieje jeszcze inna alternatywa, i to chyba najprostsza – umorzenie postępowania na podstawie wszystkich zbiegających się przeszkód³⁰.

Autor odwołał się do implikacji: $[-a \vee -b \vee -c] \equiv -n] \rightarrow [(-a \cdot -b \cdot -c) \rightarrow -n]$ ³¹. Założenie M. Cieślaka jest trafne oraz z perspektywy teorii zdań niepodważalne, nie ma ono także charakteru ocenego. Niewątpliwie jest tak, że proces karny jest niedopuszczalny, gdy wystąpi jedna bądź więcej przeszkód procesowych, zaś proces karny jest dopuszczalny, gdy nie wystąpi żadna z przeszkód procesowych. Zatem proces karny jest niedopuszczalny również wtedy, gdy równolegle wystąpi kilka przeszkód procesowych. W związku z tym identyfikacja zbiegu przeszkód procesowych nie musi implikować eliminacji jednych przesłanek na rzecz innych oraz podania tej jednej jako wyłącznej podstawy umorzenia postępowania karnego, ale taka decyzja procesowa może nastąpić w oparciu o wszystkie zbiegające się przesłanki procesowe. Z metodologicznego punktu widzenia wskazane założenie (chyba) nie może zostać podważone. Należy jedynie zastrzec, że ów sposób rozwiązania zbiegu przesłanek procesowych dotyczy ogólnego założenia metodologicznego, które w odniesieniu do pewnych szczegółów ustawowych (albo wynikających wprost z ustawy, albo wynikających z prawnomaterialnych warunków odpowiedzialności karnej) może podlegać pewnym modyfikacjom (na które zwrócono uwagę w dalszej części opracowania).

Z kolei R.A. Stefański stanowczo opowiedział się za eliminacyjnym zbiegiem przesłanek procesowych. Autor pisał:

„Oparcie się na kryterium równowartości przyczyn może prowadzić do wskazania jako przyczyny umorzenia tej, która nie miała istotnego znaczenia dla podjęcia takiej decyzji (...) Z kolei wskazywanie wszystkich wchodzących w grę przyczyn zaciemnia rzeczywisty powód zaniechania kontynuowania procesu, a nawet może prowadzić do wewnętrznej sprzeczności postanowienia w tej części. (...) Należy opowiedzieć się za eliminacyjnym zbiegiem przyczyn umorzenia, gdyż powoła to na wskazanie jednej przyczyny, która legła u podstaw decyzji o umorzeniu postępowania”³².

Autor następnie postawił pytanie, na podstawie jakiego kryterium powinno dojść do redukcji przyczyn umorzenia postępowania (propozycję R.A. Stefańskiego co do kryterium redukcji przyczyn umorzenia zaprezentowano dalej).

Liczba wskazanych założeń doktrynalnych na rozstrzygnięcie zbiegu przesłanek procesowych ukazuje stopień skomplikowania problemu oraz nie ułatwia jego

³⁰ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 34.

³¹ M. Cieślak, *Zbieg...*, przypis 9, s. 34.

³² R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 74.

rozwiązania. A wybór ów nie jest prosty, nie sprowadza się on bowiem wyłącznie do przesądzenia, czy z perspektywy argumentacyjnej przekonywalności zasadniej jest przyjąć kumulatywny czy eliminacyjny zbieg przesłanek procesowych, ale pozostaje jeszcze – po dokonaniu stosownego dla nas wyboru – uszczegółowić, jaki wariant kumulacji lub eliminacji przyjmujemy i dlaczego. Nie może zatem dziwić, że poruszony w tym miejscu problem badawczy należy do jednych z najbardziej dyskusyjnych i kontrowersyjnych w literaturze przedmiotu. Dalej najpierw zaprezentowano możliwość zbiegu przesłanek jednorodzących oraz zbiegu przesłanek różnorodzących, wskazano – w odniesieniu do każdego z tych zbiegów – zasygnalizowane już sposoby ich rozwiązania zaprezentowane w doktrynie i orzecznictwie sądowym oraz ujawniono własne stanowisko w tym przedmiocie, a także podjęto rozważania, czy w odniesieniu do wszystkich zbiegów można stworzyć jakiś ogólny schemat pozwalający na ich rozwiązanie.

Na zakończenie słowa wstępnego należy jeszcze nadmienić, że w literaturze karnoprosesowej przesłanki procesowe ujmują się w sposób syntetyczny (tj. zbiorczy) lub analityczny (tj. rozłączny)³³. Jak wskazywał Kazimierz Marszał:

„Chodzi o to, że niektóre przesłanki mogą stanowić zbiór składników, z których każdy może być ujmowany jako odrębna przesłanka procesowa. Jest to syntetyczne (zbiorcze) rozumienie przesłanek procesowych. Możliwe jest także analityczne (rozłączne, rozdzielcze) ujmowanie przesłanek procesowych, kiedy przesłanka jest stanem, którego nie da się już podzielić na dalsze człony jako samodzielne przesłanki procesowe. (...) Zdając sobie sprawę ze wskazanych różnic w ujęciu przesłanek procesowych, nie można rozdrabniania przesłanek doprowadzić do absurdu”³⁴.

To celne spostrzeżenie, a zwłaszcza odwołanie do analitycznego podejścia do przesłanek procesowych może prowadzić do ich dogłębnej charakterystyki, choć wydaje się, że z perspektywy analizy zbiegu przesłanek procesowych zasadniczo wystarczające jest ich syntetyczne ujmowanie. W niniejszym opracowaniu przeprowadzono zatem charakterystykę zbiegu przesłanek procesowych z punktu widzenia ich syntetycznego ujęcia. Należy także wskazać, że analizując dalej zbieg przesłanek procesowych, zasadniczo nie dokonywano partykularnej konfrontacji poszczególnych przesłanek procesowych (znacznie przekraczałoby to bowiem ramy niniejszego tekstu), ale skoncentrowano się na ukazaniu pewnych ogólnych mechanizmów związanych z takim zbiegiem.

3. ZBIEG PRZESŁANEK PROCESOWYCH JEDNORODZAJOWYCH

3.1. Zbieg przesłanek jednorodzących formalnych

Niektórzy, wskazując, że w przypadku zbiegu jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym, a więc przesłanek określonych w art. 17 § 1 pkt 5, 7–10 k.p.k.

³³ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 439.

³⁴ K. Marszał, *Proces...*, s. 144. Zob. także M. Cieślak, *O przesłankach procesowych w polskim postępowaniu karnym (Podstawowe założenia i problemy metodologiczne)*, „Państwo i Prawo” 1969/12, s. 954.

zgodnie z regułą „maksymalnej zasadności decyzji procesowej”, w orzeczeniu o umorzeniu postępowania karnego należałoby wskazać wszystkie zbiegające się przesłanki (kumulatywny zbieg przesłanek procesowych)³⁵. Przykładowo w przypadku zbiegu przesłanek: niepodlegania orzecznictwu polskich sądów karnych oraz braku skargi uprawnionego oskarżyciela, w orzeczeniu o umorzeniu postępowania karnego należałoby wskazać art. 17 § 1 pkt 8 i 9 k.p.k. Żadna z przesłanek procesowych formalnych w razie ich zbiegu – w myśl tego poglądu – nie powinna zostać pominięta. Zwróćmy jednak uwagę, że przesłanki formalne nie mają charakteru jednorodnego z punktu widzenia bytu procesu karnego, a konkretnie – hipotetycznej możliwości jego zaistnienia. Przesłanki procesowe można bowiem podzielić na przesłanki bezwzględne oraz przesłanki względne. Przesłanka bezwzględna warunkuje proces karny w każdym układzie procesowym (do przesłanki bezwzględnej można zaliczyć *res iudicata* – postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone – art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.), natomiast przesłanka względna warunkuje proces jedynie w określonym układzie procesowym (np. brak wniosku o ściganie jest przeszkodą procesową usuwalną, ponieważ w razie złożenia wniosku, postępowanie może się toczyć przeciwko temu samemu oskarżonemu o ten sam czyn – art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). Rozpoczynając analizę zbiegu jednorodnych przesłanek o charakterze formalnym nie trzeba zaczynać od pytania, która z przesłanek – bezwzględna czy względna – powinna stanowić podstawę decyzji kończącej proces karny, ale można zapytać, czy podział na przesłanki procesowe bezwzględne i względne ma jakiegokolwiek znaczenie dla zbiegu przesłanek procesowych czy też nie? I tak, w odniesieniu do zbiegu przesłanek formalnych o charakterze bezwzględnym i względnym, w literaturze można spotkać pogląd, że taki zbieg:

„powoduje zawsze umorzenie procesu na podstawie przesłanek bezwzględnych, gdyż dotyczą one dopuszczalności procesu w każdym układzie procesowym, niemniej warto w uzasadnieniu powołać też przesłankę względną, bowiem wyszczególnienie wszystkich ułatwia kontrolę decyzji procesowej”³⁶.

Wskazane zdanie poprzedzono założeniem, że:

„wszystkie zbiegające się przesłanki mogą stanowić wspólną podstawę prawną decyzji kończącej postępowanie, jeżeli każda z nich pociąga za sobą identyczne następstwa prawne”³⁷ (zbieg kumulatywny).

Z kolei S. Śliwiński, jak to już wskazano na wstępie, opowiedział się za nadrzędnością przesłanek konkretnych (względnych)³⁸, nie podając jednak bliższej argumentacji dla przyjęcia takiego poglądu. Warto także zwrócić uwagę na pogląd K. Marszał, zgodnie z którym postępowanie karne w przypadku zbiegu przesłanek

³⁵ Tak np. M. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 116.

³⁶ S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el. 2016.

³⁷ S. Steinborn, *Kodeks...*

³⁸ S. Śliwiński, *Polski proces...*, s. 161.

bezwzględnych oraz względnych powinno zostać umorzona na podstawie wszystkich zbiegających się przesłanek, chyba że jeśli powołanie się na przeszkodę bezwzględną mogłoby wywołać bezwzględną przyczynę uchylenia orzeczenia (art. 439 k.p.k.), wówczas należałoby umorzyć postępowanie opierając się na przesłance względnej (autor odnosił swoje rozważania do kwestii właściwości sądu)³⁹.

W odniesieniu do zbiegu jednorodzących przesłanek formalnych w świetle dotychczasowych poglądów wyrażono zatem dwa główne założenia. Zgodnie z pierwszym z nich, podstawą umorzenia postępowania karnego powinny być wszystkie zbiegające się przesłanki, a więc w postanowieniu o umorzeniu postępowania karnego za podstawę należałoby podać każdą ze zbiegających się przesłanek, a więc również wówczas, gdy część z nich ma charakter względny, zaś pozostała ma charakter bezwzględny. Zwolennicy tego poglądu wypowiadają się – w odniesieniu do przesłanek formalnych – za czystym kumulatywnym zbiegiem jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym, tj. zbiegiem nieprzewidującym żadnych wyjątków na rzecz eliminacji którejkolwiek z tych przesłanek. Kumulacja w decyzji o umorzeniu postępowania karnego wszystkich przesłanek procesowych wynika z braku ustawowych kryteriów pozwalających na wybór jednej z takich przesłanek, natomiast pozostawienie organowi procesowemu swobody w tym zakresie mogłoby prowadzić do dowolności wyboru⁴⁰. Natomiast zgodnie z drugim ze wskazanych poglądów wszystkie zbiegające się przesłanki mogą stanowić wspólną podstawę prawną decyzji kończącej postępowanie, jeżeli każda z nich pociąga za sobą identyczne następstwa prawne, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku kumulacji przesłanki względnej z przesłanką bezwzględną podstawę decyzji powinna stanowić przesłanka bezwzględna (zdecydowanie mniejszościowy pogląd odwołuje się do nadrzędności przesłanki względnej). W świetle tego wyjątku zbieg przesłanki bezwzględnej z przesłanką względną, mimo to że obie mogą mieć charakter formalny, powoduje „wytrącenie” przesłanki względnej oraz uznanie za podstawę decyzji kończącej postępowanie jedynie przesłankę bezwzględną. Eliminacja z podstawy postanowienia o umorzeniu postępowania karnego przesłanki względnej nie oznacza – dla wyrażających ten pogląd – że przesłanka względna w ogóle w takowym postanowieniu nie jest ujawniania. Wskazuje się bowiem, że przesłanka względna powinna zostać ujawniona w uzasadnieniu tejże decyzji procesowej w celu umożliwienia efektywnej kontroli tej decyzji. Zwolennicy tego poglądu wypowiadają się zatem za kumulatywnym zbiegiem jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym z wyjątkiem odwołującym się do eliminacji przesłanki względnej. Nie jest to zatem czysty, tj. nieprzewidujący żadnych wyjątków, kumulatywny zbieg jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym. Skrajnie odmiennym poglądem jest zaś wyrażone już wcześniej założenie o eliminacyjnym zbiegu przesłanek procesowych, odwołujące się bądź do kryterium równowartości przyczyn, bądź do kryterium rodzaju przyczyny, bądź do innych jeszcze kryteriów eliminacji. Jako że zwolennicy eliminacyjnego zbiegu przesłanek procesowych nie przewidują żadnej konieczności kumulowania przyczyn umorzenia, a w związku z tym nie przewidują żadnych wyjątków, można rzec, iż wypowiadają się oni za czystym eliminacyjnym zbiegiem jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym.

³⁹ K. Marszał, *Proces...*, s. 148.

⁴⁰ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

Rozważmy zatem argumenty przemawiające za oraz przeciw każdej z tych koncepcji. Za czystym kumulatywnym zbiegiem jednorodzących przesłanek procesowych o charakterze formalnym może przemawiać fakt, że ustawodawca nie stworzył żadnych kryteriów, które pozwalałyby na eliminowanie przyczyn umorzenia postępowania karnego z podstawy prawnej decyzji kończącej postępowanie, zaś pozostawienie całkowitej swobody organowi procesowemu w tym zakresie mogłoby prowadzić do dowolności wyboru. Z drugiej zaś strony fakt, że ustawodawca nie stworzył kryteriów wyboru eliminacji przesłanek procesowych, nie musi oznaczać niedopuszczalności redukcji takich przesłanek z uwagi na przyczynę tkwiącą w samej przesłance procesowej. Należy jednak postawić pytanie, czy taką przyczynę można odnaleźć w przesłance o charakterze formalnym (z pewnością taką przyczynę – tkwiącą w samej przesłance – można odnaleźć w przesłankach o charakterze materialnym)? Czy bezwzględny charakter przesłanki procesowej z samego faktu posiadania przez daną przesłankę procesową takiego statusu uzasadnia uznanie, że ma ona charakter nadrzędny? Wydaje się, że nie. Brak bowiem podstaw do uznania, że przesłanka bezwzględna, choć warunkująca proces karny w każdym układzie procesowym, powinna zawsze prowadzić do eliminacji z podstawy prawnej decyzji procesowej przesłanki o charakterze względnym. Dlatego można nie podzielać założenia, że:

„wskazywanie wszystkich wchodzących w grę przyczyn zaciemnia rzeczywisty powód zaniechania kontynuowania procesu, a nawet może prowadzić do wewnętrznej sprzeczności postanowienia w tej części”⁴¹,

z uwagi na konieczność uzewnętrzniania w decyzji kończącej postępowanie całej, a nie tylko fragmentu zaistniałej rzeczywistości (z pewnymi wyjątkami, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania).

Odnosząc się do czystego eliminacyjnego zbiegu przyczyn umorzenia postępowania karnego, należy zwrócić uwagę, że zasadniczo, jak to już wskazano, brak jest ogólnych kryteriów pozwalających na wybór jednej przyczyny. Tworzenie pewnych wskazówek doktrynalnych w przedmiocie redukcji przyczyn umorzenia, np. wskazówka pozwalająca na eliminację przesłanki względnej nie rozwiązuje wszystkich problemów (np. wówczas gdy kumulacji podlegają wyłącznie przesłanki o charakterze względnym). Wskazywano już na to uwagę w doktrynie oraz podejmowano próby rozwiązania tego problemu. R.A. Stefański pisał bowiem:

„Problem jednak w tym, na podstawie jakiego kryterium doprowadzić do redukcji zbiegających się przyczyn do jednej. Eliminacji zbiegających się przyczyn należy dokonywać, mając na uwadze skutki, jakie pociąga za sobą zastosowanie konkretnej przyczyny. W postanowieniu o umorzeniu postępowania powinna znaleźć odzwierciedlenie ta, która wywołuje najdalej idące skutki. Nie jest tu przydatna kolejność ich wymienienia w art. 17 § 1 k.p.k., gdyż ich usystematyzowanie nie jest oparte na tym kryterium, aczkolwiek określone w pkt 1–4 mają charakter materialny. Zakres działania określonej przyczyny należy oceniać z punktu widzenia biegu procesu”⁴².

⁴¹ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 72.

⁴² R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 74.

Takie założenie doprowadziło R.A. Stefańskiego do poglądu, że:

„Uwzględniając przyczyny umorzenia określone w k.p.k. można wskazać, że praca myślowa zmierzająca do określenia jedynej właściwej przyczyny umorzenia postępowania powinna przebiegać w myśl następującego schematu: najpierw trzeba odpowiedzieć sobie na pytanie, czy zdarzenie będące przedmiotem postępowania w ogóle zaistniało, czy ma ono charakter czynu, czy zawiera znamiona czynu stypizowanego w ustawie karnej, czy jest ścigane na wniosek, czy czyn nie jest w znikomym stopniu społecznie szkodliwy, czy został wykryty sprawca, czy jest on sprawcą zarzucanego mu przestępstwa, a dopiero dalej: czy ustawa nie stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa lub nie podlega karze, czy podlega orzecznictwu sądów karnych, czy nie nastąpiło przedawnienie, czy nie zachodzi *res iudicata* lub *lis pendens* albo konsumpcja skargi publicznej, czy nie zmarł podejrzany, czy nie podlega umorzeniu na wniosek pokrzywdzonego, czy nie zachodzi abolicja, czy występuje przeszkoda wynikająca ze stosunków międzynarodowych. Taka kolejność udzielonych odpowiedzi z reguły wskazuje przyczynę umorzenia, która powinna być podana w danej sprawie”⁴³.

O ile można się zgodzić z ogólnym założeniem, że taka sekwencja myśli powinna zostać przeprowadzona przez organ procesowy, o tyle można mieć wątpliwości co do tego, że tak zaprezentowana kolejność w każdym przypadku zbiegu przesłanek procesowych powinna prowadzić do redukcji zgodnie z zaprezentowanym kluczem (przykładowo, dlaczego należałoby umorzyć postępowanie karne z uwagi na przedawnienie, a nie z uwagi na *res iudicata*? Ponadto wskazany schemat nie przewiduje [w odniesieniu do przesłanek materialnych] np. sytuacji, w której występuje kilka okoliczności, w których ustawa wskazuje, że sprawca nie popełnia przestępstwa). Nie trzeba też dzielić argumentu odwołującego się do postępowania praktyki, która w wielu przypadkach dokonuje redukcji przyczyn umorzenia postępowania karnego⁴⁴. Odpowiedź na pytanie ogólne o prawidłowość rozwiązania problematyki zbiegu przesłanek procesowych można oprzeć na metodologicznych oraz ustawowych wskazaniach, nie zaś na obserwacji praktycznych działań organów stosujących prawo. Praktyka organów procesowych może dawać pewne wskazówki co do nietrafności pewnych rozwiązań ustawowych albo może wskazywać na konieczność wprowadzenia pewnych regulacji ustawowych (np. wprowadzenia regulacji przewidującej możliwość redukcji przyczyn umorzenia postępowania karnego w razie ich zbiegu), ale nie wpływa na interpretację przepisów prawnych, która przecież nie jest uzależniona od żadnego postępowania organów stosujących prawo.

Konkludując, w przypadku wystąpienia zbiegu jednorodnych przesłanek o charakterze formalnym – z uwagi na konieczność oddania w decyzji procesowej całej zaistniałej rzeczywistości oraz ze względu na postulat maksymalnej zasadności decyzji procesowej, jak również brak kryteriów wyboru jakiegось z przesłanek procesowych i uznaniu, że ma ona charakter nadrzędny nad inną – można opowiedzieć się za czystym kumulatywnym zbiegiem takich przesłanek, uzasadniającym podanie

⁴³ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 75.

⁴⁴ R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 75.

w podstawie decyzji kończącej postępowanie karne wszystkich zbiegających się przesłanek formalnych⁴⁵.

3.2. Zbieg przesłanek jednorodzących materialnych

Przesłanki materialne zostały określone w art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k. i należą do nich sytuacje, gdy: 1) czynu nie popełniono (pkt 1); 2) brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia (pkt 1); 3) czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (pkt 2); 4) ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa (pkt 2)⁴⁶; 5) społeczna szkodliwość czynu jest znikoma (pkt 3); 6) ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze (pkt 4). We wprowadzeniu do niniejszego opracowania podkreślano, że zwolennicy kumulatywnego zbiegu przesłanek procesowych wskazywali na różne warianty kumulacji. Część przedstawicieli nauki polskiej twierdziła bowiem, że w decyzji kończącej postępowanie karne należy podać wszystkie zbiegające się przesłanki jedynie w sytuacji, w której każda z nich pociąga za sobą identyczne następstwa prawne, np. następstwo w postaci umorzenia lub następstwo w postaci uniewinnienia, ale już nie w sytuacji, w której jedna z przesłanek pociągałaby następstwo w postaci umorzenia postępowania karnego, druga zaś następstwo w postaci uniewinnienia oskarżonego⁴⁷. Jako że przesłanki procesowe o charakterze materialnym mogą powodować różne następstwa prawne, nie wszystkie z nich mogą – w świetle tego poglądu – podlegać kumulacji. Następstwo w postaci uniewinnienia może bowiem wywołać (naturalnie już po rozpoczęciu przewodu sądowego – zob. art. 414 § 1 *in fine* k.p.k.) wyłącznie przesłanka, o której mowa w pkt 1 i 2 art. 17 § 1 k.p.k., natomiast następstwo w postaci umorzenia postępowania karnego (w każdym jego stadium – art. 414 § 1 *in principio* k.p.k.) może wywołać przesłanka materialna, o której mowa w pkt 3 i 4 art. 17 § 1 k.p.k. Należy się zgodzić z założeniem, że w odniesieniu do przesłanek materialnych kumulacji mogą podlegać wyłącznie przesłanki powodujące to samo następstwo prawne, a więc następstwo w postaci umorzenia postępowania karnego lub w postaci uniewinnienia, jeśli mamy do czynienia z temporalną granicą, jaką jest moment rozpoczęcia przewodu sądowego. Artykuł 414 § 1 k.p.k. różnicuje bowiem konsekwencje zaktualizowania się po rozpoczęciu przewodu sądowego materialnych przesłanek procesowych. W przypadku przesłanek procesowych określonych

⁴⁵ Należy w tym zakresie poczynić pewne zastrzeżenie dotyczące problematyki właściwości sądu. W literaturze, jako argument przeciwko kumulatywnemu zbiegowi przesłanek procesowych, podano, że w przypadku zbiegu jakiegokolwiek przesłanki formalnej z przesłanką w postaci niewłaściwości sądu, nie może dojść do kumulacji tych przesłanek, nie można także przyjąć nadrzędności tej innej przesłanki formalnej, nawet jeżeli miałaby ona charakter bezwzględny, ponieważ – jak wskazywał A. Gaberle (*Umorzenie...*, s. 108) o losach procesu karnego nie może decydować organ, który nie jest upoważniony do podejmowania jakiegokolwiek czynności procesowej w danej sprawie. Wydanie orzeczenia przez sąd niewłaściwy stanowi bowiem bezwzględną przyczynę odwoławczą (art. 439 k.p.k.). W niniejszym opracowaniu opowiadając się za czystym kumulatywnym zbiegiem jednorodzących przesłanek o charakterze formalnym, jednocześnie przesądzono, że kwestia niewłaściwości sądu nie powinna być zaliczana do przesłanek procesowych, ale badanie właściwości sądu stanowi warunek niejako wstępny, jeszcze przed weryfikacją przesłanek procesowych, o których mowa w art. 17 k.p.k. Przyjmując taką optykę, a więc uznając, że kwestia ustalenia właściwości sądu wyprzedza ustalenia wystąpienia przesłanek procesowych, o których mowa w art. 17 k.p.k., nie dochodzimy do sprzeczności, na jaką wskazywał A. Gaberle.

⁴⁶ Więcej w przedmiocie tej przesłanki zob. np. W. Daszkiewicz, *Przestępczość czynu jako przesłanka procesu (uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, „Państwo i Prawo” 1968/12, s. 954 i n.

⁴⁷ Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 480.

w pkt 1 i 2 art. 17 § 1 k.p.k. istnieje konieczność wydania wyroku uniewinniającego, zaś w odniesieniu do pkt 3 i 4 tego przepisu istnieje konieczność umorzenia postępowania. W związku z tym nie ma możliwości podania w podstawie decyzji kończącej postępowanie karne, po rozpoczęciu przewodu sądowego, przesłanek procesowych implikujących różne następstwa prawne⁴⁸. Jeżeli bowiem ustawodawca wymaga umorzenia postępowania karnego, to taka decyzja procesowa (wyrok umarzający postępowanie) powinna zostać wydana, podobnie, jeżeli ustawodawca wymaga wydania wyroku uniewinniającego, to taka decyzja procesowa powinna zostać wydana. Ewentualna kumulacja przesłanek, które miałyby powodować różne następstwa prawne, nie byłaby możliwa ze względu na konieczność wydania – w razie wystąpienia takich przesłanek – innych decyzji procesowych. Wydaje się jednak, że w przypadku wystąpienia przesłanek materialnych określonych w pkt 1 i 2 art. 17 § 1 k.p.k. i przesłanek z pkt 3 i 4 art. 17 § 1 k.p.k. przed rozpoczęciem przewodu sądowego, istnieje zasadnicza możliwość ich kumulacji (chyba że będziemy mieć do czynienia ze zbiegiem pozornym, lub „konsumpcją” jednej przesłanki przez drugą, o czym dalej), ponieważ zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku istnieje konieczność umorzenia postępowania, a jednocześnie brakuje kryteriów wyboru pozwalających na eliminację jednych przesłanek procesowych i przyjęcie za podstawę innych.

Natomiast zgodnie z drugim poglądem łączeniu podlegają wyłącznie jednorodne przesłanki ujemne, a więc przesłanki materialne z przesłankami materialnymi oraz przesłanki formalne z przesłankami formalnymi. W tym ujęciu wszystkie przesłanki materialne, niezależnie od tego, czy mogą one implikować umorzenie postępowania karnego czy uniewinnienie, w swoim ogólnym założeniu mogą podlegać kumulacji. Założenie takie nie wydaje się trafne z uwagi na treść wskazaną już w art. 414 § 1 k.p.k. Błędem logicznym byłoby bowiem skumulowanie przesłanek materialnych aktualizujących się po rozpoczęciu przewodu sądowego, a pociągających za sobą konieczność wydania różnych decyzji procesowych (wyroku umarzającego lub wyroku uniewinniającego).

W związku z zagadnieniem zbiegu przesłanek procesowych można spotkać także poglądy, odnoszące się do ewentualnej możliwości kumulacji jednorodnych przesłanek o charakterze materialnym wyłączających przestępnosć czynu oraz okoliczności wyłączających karalność. Zgodnie z założeniami M. Cieślaka zbieg okoliczności wyłączającej przestępnosć czynu z okolicznością wyłączającą jedynie karalność czynu powinno prowadzić do konsumpcji tej ostatniej okoliczności przez tę pierwszą,

„aczkolwiek i tutaj wskazane będzie podkreślenie w wyroku, że nawet gdyby nie zaistniała okoliczność uchylająca przestępnosć czynu, to i tak nie można byłoby wymierzyć kary oskarżonemu, ze względu na okoliczność wykluczającą karalność”⁴⁹.

Za kumulatywnym zbiegiem przesłanek procesowych opowiadał się też Romuald Kmiecik i wskazywał, że w przypadku takiego zbiegu podstawę decyzji powinny

⁴⁸ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 36.

⁴⁹ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 36.

stanowić wszystkie zbiegające się przeszkody w myśl postulatów maksymalnej zasadności decyzji procesowej⁵⁰. Otóż, wydaje się, że w świetle powyżej poczynionych rozważań związanych z możliwością wystąpienia różnych skutków procesowych implikujących konieczność wydania różnych decyzji procesowych można uznać, że w przypadku wystąpienia już po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wyłączających przestępność czynu implikujących wydanie wyroku uniewinniającego oraz okoliczności wyłączających karalność implikujących wydanie wyroku umarzającego, taki zbieg nie jest możliwy (z uwagi na wcześniej wskazaną już konieczność wydania wówczas nietożsamyh decyzji procesowych). Z kolei w przypadku wystąpienia okoliczności wyłączającej przestępność czynu określonej w art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., a także okoliczności wyłączających karalność czynu po rozpoczęciu przewodu sądowego, a także w sytuacji wystąpienia (wszystkich) okoliczności wyłączających przestępność czynu oraz okoliczności wyłączających karalność czynu przed rozpoczęciem przewodu sądowego, należałoby się opowiedzieć za przesądzeniem pozorności takiego zbiegu. Jeżeli bowiem zaktualizowała się okoliczność wyłączająca przestępność, to nie może się równocześnie zaktualizować okoliczność wyłączająca karalność, która może nastąpić dopiero wówczas, gdy dojdzie do przesądzenia przestępności czynu. O ile argumentacja zwolenników „czystej kumulacji”, zgodnie z którą eliminacja jednej z przesłanek procesowych (okoliczności wyłączającej karalność) mogłaby prowadzić do niepożądanego z punktu widzenia zaskarżalności decyzji procesowej odwołującej się wyłącznie do okoliczności wyłączającej przestępność, co mogłoby prowadzić do „odżycia” niedopuszczalnego (z uwagi na okoliczność wyłączającą karalność nieujawnioną w podstawie prawnej decyzji procesowej) procesu karnego, choć posiada pewne uzasadnienie z perspektywy praktyki stosowania prawa, o tyle nie może zostać uznana za trafną z punktu widzenia ogólnych założeń odwołujących się do materialnoprawnych warunków odpowiedzialności karnej. Nieuzasadnione byłoby bowiem podawanie w podstawie prawnej decyzji procesowej (decyzji o umorzeniu postępowania karnego) niejako „na wszelki wypadek” przesłanki w postaci wyłączenia karalności, jeżeli w trakcie toczącego się postępowania ustalono, że nie doszło w ogóle do popełnienia przestępstwa (gdy ustalono, że doszło do okoliczności wyłączającej przestępność czynu). Organ procesowy uznając, że nie doszło do popełnienia przestępstwa nie powinien – obawiając się kwestii zaskarżenia jego decyzji procesowej – asekuracyjnie odwoływać się do okoliczności wyłączających karalność. Nie oznacza to jednak całkowitego pominięcia w decyzji kończącej postępowanie karne takiego fragmentu rzeczywistości, który odwoływałby się do przesłanki wyłączającej karalność. Taki fragment rzeczywistości mógłby zostać ujawniony w uzasadnieniu decyzji kończącej postępowanie karne.

W literaturze wskazuje się, że zbieg jednorodząjowych przesłanek o charakterze materialnym jest w praktyce trudny do zrealizowania. Należy w ogólności zgodzić się z tym założeniem. Przykładowo nie jest bowiem możliwe stwierdzenie, że czynu nie popełniono i jednocześnie społeczna szkodliwość czynu jest znikoma. Przesłanka określona w pkt 1 art. 17 § 1 k.p.k. wyklucza bowiem możliwość wystąpienia pozostałych przesłanek procesowych, dlatego w sytuacji, w której w już toczącym się procesie karnym ustalono, że czynu nie popełniono i społeczna szkodliwość czynu jest znikoma,

⁵⁰ R. Kmiecik [w:] R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006, s. 229–230.

słusznie wskazuje się na pozorność takiego zbiegu (tzw. zbieg pozorny przesłanek procesowych)⁵¹. Zbieg pozorny będzie dotyczył nie tylko sytuacji pozornie zbiegających się przesłanek materialnych, ale także zbiegu przesłanki materialnej z przesłanką formalną lub mieszaną. Przykładowo do zbiegu pozornego w literaturze zalicza się sytuację, w której ustalono, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.) i nastąpiło przedawnienie karalności (art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k.), ponieważ nie może przedawnić się czyn, który nie jest przestępstwem⁵². W doktrynie jednogłośnie wskazuje się, że w przypadku wystąpienia pozornego zbiegu przesłanek procesowych za podstawę decyzji kończącej postępowanie karne podaje się przesłankę najdalej idącą, a w zasadzie jedyną przesłankę występującą w rzeczywistości. Inne, pozornie występujące przesłanki muszą ulec wytrąceniu (jako przesłanki realnie nieistniejące).

Jednocześnie wskazuje się, że w niektórych sytuacjach może zdarzyć się możliwość wystąpienia zbiegu jednorodzących przesłanek o charakterze materialnym, za przykład podając sytuację, w której:

„w wyniku działania siły wyższej dochodzi do wypadku drogowego, a ponadto ustalono, że kierujący pojazdem niezależnie od tego znajdował się w stanie wyłączającym świadomość w rozumieniu art. 31 § 1 k.k.”⁵³.

Wskazywano także:

„Teoretycznie zbieg realny może powstać w tej grupie warunków dopuszczalności procesu w obszarze przesłanek z pkt 2, ze względu na szeroki katalog okoliczności wyłączających bezprawność lub winę, oraz w przypadku przesłanek z pkt 2 (*in fine*) i pkt 3. Ta druga sytuacja wiąże się z faktem, że czyn może być znikomo społecznie szkodliwy i jednocześnie odpowiedzialność sprawcy może być wyłączona, np. ze względu na niepoczytalność w chwili popełnienia czynu”⁵⁴.

Wówczas – jak podano w literaturze – należałoby uznać możliwość łącznego stosowania wskazanych okoliczności⁵⁵.

Podsumowując, należy uznać, że w przypadku zbiegu jednorodzących przesłanek o charakterze materialnym w decyzji kończącej postępowanie karne należałoby podać wszystkie zbiegające się przesłanki, chyba że:

- 1) Mamy do czynienia z tzw. zbiegiem pozornym przesłanek procesowych. Wówczas w postawie decyzji kończącej postępowanie karne należałoby podać jedyną przesłankę, która realnie wystąpiła z pominięciem przesłanek wyłącznie pozornych (nieistniejących).

⁵¹ O zbiegu pozornym przesłanek procesowych pisał np. A. Lach, *Zbieg...* [w:] *System...*, t. 4, s. 101.

⁵² R.A. Stefański, *Zbieg...*, s. 75. Odmienne: A. Barczak-Oplustil, J. Raglowski, *Praktyczne aspekty przedawnienia karalności czynu*, „Państwo i Prawo” 2011/4, s. 86. Autorzy pisali (s. 86): „Takie stanowisko wydaje się jednak zbyt kategoryczne. Oczywiście jest, że organ procesowy musi określić, w którym momencie miało miejsce badane zachowanie się konkretnej osoby. Bez takiego precyzyjnego ustalenia nie sposób bowiem rozstrzygnąć, czy upłynął już termin przedawnienia. Chodzi w tym wypadku jednak o dokonanie oceny, czy od wystąpienia poddanej prawnokarnej analizie zachowania sprawcy minęło już tyle czasu, że niezależnie od jego prawnokarnej relewantności pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej jest i tak wykluczone”.

⁵³ M. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 117.

⁵⁴ A. Lach, *Zbieg...* [w:] *System...*, t. 4, s. 101.

⁵⁵ M. Kurowski [w:] *Kodeks...*, t. I, s. 117.

- 2) Doszło do ujawnienia przesłanki procesowej w postaci wyłączenia przestępności czynu z przesłanką w postaci wyłączenia karalności. Wówczas ta druga „konsumowana” jest przez tę pierwszą, co oznacza że w podstawie prawnej decyzji kończącej postępowanie karne należałoby odwołać się do przesłanki wyłączającej przestępność czynu.
- 3) Doszło do ujawnienia przesłanek procesowych określonych w art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. oraz określonych w art. 17 § 1 pkt 3 lub 4 k.p.k. już po rozpoczęciu przewodu sądowego. Wówczas, wskazane przesłanki procesowe nie mogłyby podlegać kumulacji oraz zgodnie z treścią art. 414 § 1 k.p.k. należałoby wydać wyrok uniewinniający w jego podstawie prawnej, wskazując wyłącznie przesłanki, o których mowa w art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k.

4. ZBIEG PRZESŁANEK PROCESOWYCH RÓŻNORODZAJOWYCH

Równie trudną do rozstrzygnięcia kwestią pozostaje zbieg przesłanek różnorodnych, a więc zbieg przesłanki materialnej z przesłanką formalną oraz zbieg przesłanki mieszanej z przesłanką materialną lub formalną. I w tym zakresie nie ma bowiem jednolitych poglądów. M. Cieślak pisał:

„(...) kwestia dopuszczalności procesu ma charakter wstępny i niejako «prejudycjalny» w stosunku do kwestii odpowiedzialności. Tam gdzie proces jest niedopuszczalny, nie można orzekać merytorycznie o winie, albowiem niedopuszczalność postępowania w ogóle zawiera w sobie *implicite* niedopuszczalność wyrokowania *in merito*. W wypadku zatem zbiegu przeszkody procesowej z negatywnym warunkiem odpowiedzialności należy umorzyć postępowanie w związku z tą przeszkodą procesową, nie wdając się w ogóle w merytoryczną kwestię odpowiedzialności”⁵⁶.

Wskazany pogląd należy uznać za trafny. W sytuacji zaktualizowania się przesłanki formalnej, nie jest możliwe dalsze prowadzenie postępowania karnego w przedmiocie ustalenia odpowiedzialności karnej oskarżonego⁵⁷. Niemniej jednak w tym konkretnym przypadku w gruncie rzeczy nie mamy do czynienia ze zbiegiem przesłanek procesowych, ale ze stwierdzeniem, że w przypadku wystąpienia przesłanki o charakterze formalnym i braku ustaleń co do kwestii materialnych (co do kwestii odpowiedzialności karnej) kontynuacja procesu karnego jest niedopuszczalna. W odniesieniu do powyższego należy uznać, że aktualizacja przesłanki formalnej istotnie wyprzedza ustalenia *in merito*, chyba że doszło już do przesądzenia zaistnienia przesłanki materialnej (dopiero wówczas będziemy mieli do czynienia z realnym zbiegiem przesłanek procesowych wymagającym rozstrzygnięcia). Pozostaje zatem ustalić, która z przesłanek procesowych – materialna czy formalna (lub mieszana) albo może obie z nich, powinny się znaleźć w podstawie prawnej decyzji procesowej w razie ich realnego zbiegu (pomijam tu zatem zbieg pozorny,

⁵⁶ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 36.

⁵⁷ A. Lach, *Zbieg... [w:] System...*, t. 4, s. 104.

ponieważ w tym przypadku zawsze dochodzi do wskazania wyłącznie przesłanki, która realnie wystąpiła w procesie karnym).

W kwestii realnego zbiegu takich przesłanek wypowiedział się M. Cieślak, wskazując, że:

„(...) nie nasuwa żadnych trudności sytuacja, kiedy zbiega się przesłanka o charakterze czysto formalnym (np. śmierć oskarżonego) z «przesłanką procesową o charakterze materialnym» (np. brak znamion przestępstwa). Ponieważ obie przesłanki uzasadniają to samo następstwo prawne (niedopuszczalność procesu), przeto należy tutaj umorzyć postępowanie na podstawie obu przesłanek, tak jak w wypadku zbiegu dwóch przesłanek o charakterze formalnym⁵⁸ (kumulatywny zbieg przesłanek procesowych).

Należy jednak zwrócić uwagę, że M. Cieślak dostrzegał sytuację zbiegu takich przesłanek już po rozpoczęciu przewodu sądowego i przeprowadzeniu nań postępowania dowodowego, pisząc⁵⁹, iż należałoby wówczas wydać wyrok uniewinniający z uwagi na wejście procesu w taką fazę, której celem jest merytoryczne rozpoznanie kwestii odpowiedzialności oskarżonego. Przeanalizujmy zatem problematykę zbiegu przesłanki materialnej z formalną (lub mieszaną) przed rozpoczęciem przewodu sądowego oraz już po rozpoczęciu przewodu sądowego i przeprowadzeniu nań postępowania dowodowego.

Odnosząc się do realnego zbiegu przesłanki materialnej z formalną przed rozpoczęciem przewodu sądowego, należałoby się opowiedzieć za kumulatywnym zbiegiem takich przesłanek z tych samych powodów, które zaprezentowano jako podstawa kumulacji jednorodzących przesłanek o charakterze materialnym i formalnym (a więc z uwagi na brak kryteriów wyboru jednej z przesłanek procesowych oraz postulat maksymalnej zasadności decyzji procesowej).

W odniesieniu do realnego zbiegu przesłanki materialnej z formalną po rozpoczęciu przewodu sądowego i przeprowadzeniu nań postępowania dowodowego, należałoby dokonać pewnego rozróżnienia na zbieg przesłanki formalnej z przesłanką materialną określoną w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. oraz na zbieg przesłanki formalnej z przesłanką materialną określoną w art. 17 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. Nawiązując do pierwszej ze wskazanych konfiguracji, należy się opowiedzieć za nadrzędnością przesłanki materialnej z uwagi na treść art. 414 § 1 *in fine* k.p.k., zgodnie z którym w razie stwierdzenia okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. sąd wydaje wyrok uniewinniający, chyba że sprawca w chwili czynu był niepoczytalny⁶⁰. Co za tym idzie, z uwagi na konieczność wydania różnych decyzji procesowych w odniesieniu do różnych przesłanek procesowych (w przypadku przesłanek formalnych będzie to konieczność wydania wyroku umarzającego postępowanie, zaś w odniesieniu do przesłanek materialnych określonych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 k.p.k. istnieje konieczność wydania wyroku uniewinniającego) nadrzędny charakter mają te przesłanki, które implikują wydanie wyroku uniewinniającego.

⁵⁸ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 37.

⁵⁹ M. Cieślak, *Zbieg...*, s. 38.

⁶⁰ Zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 3.04.2002 r., V KKN 484/00, LEX nr 53336.

„Uniewinnienie jest bowiem w powszechnym odczuciu najbardziej wyrazistą, a równocześnie dla oskarżonego najbardziej satysfakcjonującą formą stwierdzenia bezpodstawności zarzutu popełnienia przestępstwa”⁶¹.

Wówczas podstawą prawną wyroku uniewinniającego powinna zostać wyłącznie przesłanka z art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k., nie zaś kumulacja takich przesłanek z jakąkolwiek przesłanką formalną. Podkreślane to już było w orzecnictwie sądowym⁶². Naturalnie, jeżeli wystąpiło kilka przesłanek materialnych mieszczących się w zakresie pkt 2 art. 17 § 1 k.p.k. (a więc, jeżeli wystąpiło np. kilka okoliczności, w których ustawa wskazuje, że sprawca nie popełnia przestępstwa), to każda z nich powinna znaleźć się w podstawie wyroku uniewinniającego (nastąpi wówczas kumulacja przesłanek materialnych).

Nawiązując do drugiej ze wskazanych powyżej konfiguracji, a więc zbiegu przesłanki formalnej z przesłanką materialną określoną w art. 17 § 1 pkt 3 lub 4 k.p.k. już po rozpoczęciu przewodu sądowego i przeprowadzeniu nań postępowania dowodowego, należałoby się opowiedzieć za kumulatywnym zbiegiem tychże przesłanek procesowych. W odniesieniu do wszystkich tych przesłanek ustawodawca przewiduje bowiem – w myśl art. 414 § 1 *in principio* k.p.k. – konieczność umorzenia postępowania karnego, a jednocześnie brak kryteriów pozwalających na wybór jednej z tych przesłanek. W wyroku umarzającym postępowanie karne, należałoby zatem wskazać wszystkie zbiegające się przesłanki procesowe.

Podsumowując, w przypadku wystąpienia w jednym procesie karnym przesłanek różnorodzajowych należałoby opowiedzieć się za ich kumulatywnym zbiegiem, a więc za podaniem w podstawie prawnej decyzji kończącej postępowanie karne (w postanowieniu albo wyroku umarzającym postępowanie) wszystkie zbiegające się przesłanki procesowe, chyba że już po rozpoczęciu przewodu sądowego i przeprowadzeniu nań postępowania dowodowego doszło do ustalenia wystąpienia przesłanki określonej w art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. – wówczas ta przesłanka procesowa jako jedyna powinna znaleźć się w podstawie wyroku uniewinniającego.

5. KONKLUZJA

Spośród argumentów przemawiających za eliminacyjnym i kumulatywnym zbiegiem przesłanek procesowych za lepiej uzasadnione uznano w tym miejscu te, które odwołują się do nadrzędności zbiegu kumulatywnego. Jednakże z uwagi na możliwość wystąpienia różnych konfiguracji procesowych, a także tzw. pozornego zbiegu przesłanek procesowych nie przyjęto założenia o czystej kumulacji. Zaprezentowane powyżej rozważania miały na celu szkicowe ukazanie ogólnych mechanizmów związanych ze zbiegiem przesłanek procesowych. Należy jednak

⁶¹ Z uzasadnienia wyroku SN z 15.07.1993 r., II KRN 107/93, OSNKW 1993/9–10, poz. 60.

⁶² Przykładowo zgodnie z wyrokiem SN z 15.07.1993 r., II KRN 107/93: „Sąd Najwyższy, rozpoznając na rozprawie rewizję nadzwyczajną od postanowienia o umorzeniu postępowania na podstawie ustawy o amnestii, powinien wydać wyrok uniewinniający, a nie postanowienie o umorzeniu postępowania na podstawie art. 11 pkt 1 k.p.k., jeżeli w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji doszło już do przeprowadzenia przewodu sądowego”. Sąd Najwyższy jednoznacznie opowiedział się zatem za nadrzędnością przesłanki implikującej uniewinnienie oraz podanie jako podstawy decyzji kończącej postępowanie karne wyłącznie tejże przesłanki procesowej.

wyrazić postulat szerszej charakterystyki niniejszego zagadnienia, obejmującej weryfikację wskazanych powyżej założeń w konfrontacji z partykularnymi zbiegami poszczególnych przesłanek procesowych.

Abstract

Małgorzata Żbikowska, *Methodological and Dogmatic Aspects of Concurrence of Conditions of Permissibility of Criminal Proceedings*

The paper analyses the problems of concurrence of the conditions under which criminal proceedings are permissible. In Polish legal studies, there are different takes on these problems. The author introduces a division into concurrence of formal conditions of the same kind (Article 17(1)(5) and (7) to (10) of the Code of Criminal Procedure), concurrence of substantive conditions of the same kind (Article 17(1)(1) to (4) CCP) and concurrence of conditions of different kinds, after which she tries to develop practical guidance to help either choose one of the concurrent conditions under proceedings are permissible as the grounds for refusal to initiate criminal proceedings or for discontinuance of such proceedings or – alternatively – for accumulation of such conditions. The author of the article provides arguments for and against both cumulative and eliminative concurrence of conditions under which proceedings are permissible; basically she is inclined to treat them as cumulative.

Keywords: *conditions under which proceedings are permissible, procedural obstacles, conditions under which criminal proceedings are permissible, concurrence under which proceedings are permissible*

Streszczenie

Małgorzata Żbikowska, *Metodologiczne i dogmatyczne aspekty zbiegu przesłanek procesowych w postępowaniu karnym*

W opracowaniu podjęto się metodologicznej i dogmatycznej analizy problematyki zbiegu przesłanek procesowych w postępowaniu karnym. Wskazana problematyka jest bowiem różnie rozwijana w nauce polskiej. Autorka, dokonując podziału zbiegów na zbieg jednorodząjowych przesłanek formalnych (art. 17 § 1 pkt 5, 7–10 Kodeksu postępowania karnego), zbieg jednorodząjowych przesłanek materialnych (art. 17 § 1 pkt 1–4 k.p.k.) oraz zbieg przesłanek procesowych różnorodząjowych, stara się wypracować praktyczne wskazówki pozwalające bądź na wybór jednej ze zbiegających się przesłanek procesowych jako podstawy do odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania karnego, bądź pozwalające na kumulację takich przesłanek. W artykule wyrażono argumenty zarówno za, jak i przeciw kumulatywnemu i eliminacyjnemu zbiegowi przesłanek procesowych, zasadniczo skłaniając się za ich kumulacją.

Słowa kluczowe: *przesłanki procesowe, przeszkody procesowe, warunki dopuszczalności procesu karnego, zbieg przesłanek procesowych*

Literatura:

1. Barczak-Oplustil A., Raglewski J., *Praktyczne aspekty przedawnienia karalności czynu*, Państwo i Prawo 2011, nr 4;
2. Cieślak M., *Zbieg warunków negatywnych w postępowaniu karnym*, Nowe Prawo 1958, nr 9;

3. Cieślak M., *O przesłankach procesowych w polskim postępowaniu karnym (Podstawowe założenia i problemy metodologiczne)*, Państwo i Prawo 1969, nr 12;
4. Cieślak M., *Polska procedura karna*, Warszawa 1984;
5. Czapigo A., *Umorzenie postępowania karnego z powodu niepełnienia czynu*, Prokuratura i Prawo 1998, nr 1;
6. Daszkiewicz W., *Przestępczość czynu jako przesłanka procesu (uwagi w związku z projektem k.p.k.)*, Państwo i Prawo 1968, nr 12;
7. Gaberle A., *Umorzenie postępowania przygotowawczego w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972;
8. Glaser S., *Zarys polskiego procesu karnego wraz z prawem o ustroju sądów powszechnych: przedstawienie porównawcze na tle ustawodawstwa austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego*, Warszawa 1929;
9. Grzegorzczak T., *Odmowa wszczęcia postępowania karnego*, Problemy Praworządności 1979, nr 4;
10. Haber J., *Pojęcie i istota przesłanek procesu karnego*, Państwo i Prawo 1967, nr 2;
11. Hofmański P., Jeż-Ludwichowska M., *Wzajemny stosunek pojęcia warunków dopuszczalności procesu i pojęcia przesłanek procesu* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, red. M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015;
12. Janusz-Pohl B., *Immunitety w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2009;
13. Jeż-Ludwichowska M., Lach A. [red.], *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, Warszawa 2015;
14. Lach A., *Zbieg negatywnych warunków dopuszczalności procesu* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, red. M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015;
15. Kmiecik R., Skrętowicz E., *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2006;
16. Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2013;
17. Rogalski M., *Res iudicata jako przesłanka procesu karnego*, Rzeszów 2004;
18. Rogalski M., *Przesłanka powagi rzeczy osądzonej w procesie karnym*, Kraków 2005;
19. Schaff L., *Proces karny Polski Ludowej. Wykład zasad ogólnych*, Warszawa 1953;
20. Stachurski D., *Spór o istotę przesłanek procesowych w polskiej nauce procesu karnego*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2005, nr 1;
21. Stefański R.A., *Podstawy i przyczyny umorzenia postępowania przygotowawczego*, Państwo i Prawo 1996, nr 3;
22. Stefański R.A., *Zbieg przyczyn umorzenia postępowania przygotowawczego*, Prokuratura i Prawo 2000, nr 4;
23. Steinborn S., *Warunki (przesłanki) abstrakcyjne i konkretne oraz bezwzględne i względne* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, t. IV, *Dopuszczalność procesu*, red. M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach, Warszawa 2015;
24. Steinborn S., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el. 2016;
25. Śliwiński S., *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948;
26. Świecki D. [red.], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2018;
27. Tylman J., *Warunki dopuszczalności postępowania karnego (przesłanki procesowe)* [w:] *Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998;
28. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016.

Łukasz Pohl*

O możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej prezesa zarządu spółki handlowej z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa z tytułu popełnienia łapownictwa w sektorze publicznym (analiza na tle stanu prawnego wywołanego ustawą z 13.06.2019 r.)**

Niniejszy artykuł bazuje na opinii, którą przygotowałem na prośbę Ministerstwa Sprawiedliwości. W zaanonsowanej opinii zlecający domagał się udzielenia odpowiedzi na dwa następujące pytania:

1. „Czy pojęcie «sektora publicznego» jest wyłączone w przypadku skazania z art. 296a k.k. z 1997 roku?».
2. „Czy prezes zarządu Orlen SA odpowiadałby za łapownictwo w sektorze publicznym w przypadku przypisania mu czynu z art. 296a k.k. z 1997 roku?».

W prośbie o sporządzenie rzeczowej opinii podkreślono przy tym, precyzując tym samym zakres owej opinii, że byłoby pożądane, aby opiniodawca odpowiadając na powyższe pytania, wziął pod szczególną uwagę i poddał wnikliwej analizie stanowisko Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego, które zostało przezeń przedstawione w ekspertyzie prawnej z 9.06.2019 r. oraz w opracowaniu pt. *„Analiza komunikatu Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 15 czerwca 2019 r.”*¹ zawierającym szersze objaśnienie merytorycznych podstaw tego stanowiska. Już w tym miejscu należy podnieść, że uwzględnienie owego stanowiska było nieodzowne, bowiem to za jego sprawą wprowadzono do toczącej się tu wymiany zdań wspólne dla obu pytań pojęcie sektora publicznego, a więc pojęcie, o którym bezspornie można orzec, iż nie jest ono znamieniem ani czynów zabronionych opisanych w art. 296a

* Prof. dr hab. Łukasz Pohl jest pracownikiem Katedry Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0003-0530-1569, e-mail: lukasz.pohl@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 3.07.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 19.08.2019 r.

¹ Dalej *Analiza*.

Kodeksu karnego z 1997 r.², ani czynów zabronionych określonych w art. 228 i 229 tego kodeksu.

Przechodząc do *meritum*, przytoczmy szerszy fragment *Analizy* odnoszący się do zagadnienia, o którym traktuje zarówno pierwsze, jak i drugie z postawionych pytań. I tak, w opracowaniu tym stwierdzono, że:

„Poprawki Senatu powodują, że przepisy dotyczące przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym (art. 228 k.k., art. 229 k.k.) mogą nie mieć zastosowania do osób zarządzających największymi, strategicznymi spółkami handlowymi z udziałem Skarbu Państwa, co prowadzi do rażących nierówności wobec prawa i nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych podmiotów gospodarczych. Posłużenie się wyłącznie kryterium ilości udziałów posiadanych przez podmiot publiczny jest merytorycznie błędne i może prowadzić do bezkarności osób zarządzających największymi, strategicznymi spółkami z udziałem Skarbu Państwa (takimi jak KGHM Polska Miedź S.A. czy Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. – w obu tych spółkach Skarb Państwa jest mniejszościowym akcjonariuszem). W myśl poprawki wprowadzonej w Senacie prezes zarządu PKN Orlen S.A. nie mógłby więc odpowiadać karne za łapownictwo w sektorze publicznym, podczas gdy odpowiedzialności takiej podlegać będzie przykładowo prezes spółki komunalnej, zajmującej się wywozem nieczystości w małej gminie wiejskiej» (teza 65 wspomnianej ekspertyzy prawnej Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego – dop. Ł.P.).

Tezy sformułowane w ekspertyzie są jednoznaczne, precyzyjne i nie pozostawiają pola do jakichkolwiek wątpliwości.

Po pierwsze, odnosiliśmy się do wprowadzonej w punkcie 15 uchwały Senatu RP z dnia 24 maja 2019 r. poprawki głoszącej, że: «15) w art. 1 w pkt 36 w lit. c, w § 19 w pkt 4 lit. B» otrzymuje brzmienie: «b) spółce handlowej, w której udział Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub państwowej osoby prawnej przekracza łącznie albo w odniesieniu do każdego z tych podmiotów 50% kapitału zakładowego lub 50% liczby akcji».

Po drugie, podkreślaliśmy wyraźnie, że *opinia dotyczy «przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym»*, czyli określonej formy łapownictwa, wskazując dodatkowo na przepisy objęte treścią ekspertyzy: «art. 228 k.k., art. 229 k.k.» – mowa była zatem o korupcji w sektorze publicznym, a nie tzw. korupcji gospodarczej.

Po trzecie, ilustrując omawiane kwestie wykładnicze przykładem jednej ze spółek paliwowych, przypomnianym w komunikacie Ministerstwa Sprawiedliwości, podkreślaliśmy ponownie, że: «w myśl poprawki wprowadzonej w Senacie» prezes tej spółki «nie mógłby więc odpowiadać karne za łapownictwo w sektorze publicznym». Sformułowanie «w sektorze publicznym» nie tylko napisaliśmy w ekspertyzie *pogrubioną czcionką*, ale także *podkreśliliśmy*. Dodatkowo akcentowaliśmy, że chodzi o analizę sytuacji «w myśl poprawki wprowadzonej w Senacie», jak to jednoznacznie głosi przytoczone zdanie.

Konieczność odróżniania wskazanych form łapownictwa potwierdza samo Ministerstwo, gdy w komunikacie wymienia przepisy kodeksu karnego i opisuje

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

różnorodne sankcje za popełnienie czynów korupcji w sektorze publicznym i korupcji gospodarczej («prezesom spółek prywatnych i tych z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa za łapówkarstwo będzie grozić – w myśl art. 296a par. 1 – 5 lat więzienia, tyle samo co dzisiaj. Ale prezes spółki, w której Skarb Państwa ma więcej niż połowę udziałów, za korupcję – w myśl art. 228 par. 1 – trafi za kraty na 8 lat»). Ministerstwo przemilcza jednak to rozróżnienie, gdy bezpodstawnie zarzuca nam «klamstwo», mimo że piszemy w ekspertyzie o przestępstwie korupcji w sektorze publicznym, jak to omówiono wyżej.

Wskazane okoliczności eliminują wszelkie zarzuty Ministerstwa Sprawiedliwości sformułowane w komunikacie. W rzeczywistości to komunikat Ministerstwa zawiera nieprawdziwe, wypaczające treść ekspertyzy i wprowadzające w błąd insynuacje.

Należy jeszcze podkreślić, że w żadnym zakresie nie wskazywaliśmy ani nawet nie sugerowaliśmy, iż opisane konsekwencje związane z korupcją w sektorze publicznym będą prowadzić do całkowitej bezkarności wskazanych osób za łapownictwo. Nie tego dotyczyły bowiem zmiany definicji «osoby pełniącej funkcję publiczną» uchwalone dnia 16 maja 2019 r. w Sejmie ani poprawka Senatu uchwalona 24 maja 2019 r., a w konsekwencji nie dotyczyła tego nasza ekspertyza sporządzona po uchwale Senatu. Oczywiście nadal osoby te będą mogły odpowiadać na podstawie innego przepisu – o korupcji gospodarczej (art. 296a § 1 k.k.).

W tym zakresie, biorąc pod uwagę konsekwentnie głoszoną w komunikacie Ministerstwa tezę, iż ostatecznie uchwalone w Sejmie zmiany w prawie karnym po rozpatrzeniu poprawek Senatu zaostrzają odpowiedzialność za korupcję, warto odnotować, że:

1. nie wszystkie zachowania penalizowane na gruncie art. 228 k.k. (objętego zmianami wynikającymi z poprawki nr 15 Senatu) są analogicznie zabronione pod groźbą kary na gruncie art. 296a k.k.,
2. przepis art. 296a § 1 k.k. określony jest znacznie wężiej niż przestępstwo z art. 228 § 1 k.k., a realizację znamion tego przestępstwa znacznie trudniej wykazać niż w przypadku typu czynu zabronionego z art. 228 k.k.,
3. przestępstwo to obwarowane jest znacznie niższym ustawowym zagrożeniem karą – do 5 lat pozbawienia wolności przy zagrożeniu 8-letnim w wypadku korupcji w sektorze publicznym z art. 228 § 1 k.k., wraz z typami kwalifikowanymi³.

Analiza zacytowanego fragmentu *Analizy*, zwłaszcza kluczowego tu jego pierwszego akapitu będącego powtórzeniem tezy nr 65 ekspertyzy prawnej Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego, prowadzi do wniosku, że nie można w pełni podzielić poglądu, iż: „Tezy sformułowane w ekspertyzie są jednoznaczne, precyzyjne i nie pozostawiają pola do jakichkolwiek wątpliwości”⁴ – oczywiście w tym sensie, który miałby zagwarantować trafność sformułowanej w niej konkluzji. Co więcej i co ważniejsze, przytoczone ujęcie rzeczony tezy bynajmniej nie uzasadnia w niewątpliwy

³ *Analiza*, s. 5–8.

⁴ *Analiza*, s. 5.

sposób poglądu, że łapownictwem w sektorze publicznym są wyłącznie zachowania, które typizowano w art. 228 i 229 k.k. To zaś sprawia, że za dyskusyjną może uchodzić sformułowana w niej konkluzja, iż: „W myśl poprawki wprowadzonej w Senacie prezes zarządu PKN Orlen S.A. nie mógłby więc odpowiadać karnie za łapownictwo w sektorze publicznym (...)”⁵. Racje przemawiające za słuszością wskazywanych ocen są następujące.

I tak, zaczniemy od opinii wyrażającej dystans wobec wypowiedzi zawartej w *Analizie*, że: „Tezy sformułowane w ekspertyzie są jednoznaczne, precyzyjne i nie pozostawiają pola do jakichkolwiek wątpliwości”⁶. Otóż należy zauważyć, że w pierwszym zdaniu rozważanej tezy nr 65 ekspertyzy prawnej Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego stwierdzono: „Poprawki Senatu powodują, że przepisy dotyczące przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym (art. 228 k.k., art. 229 k.k.) mogą nie mieć zastosowania do osób zarządzających największymi, strategicznymi spółkami handlowymi z udziałem Skarbu Państwa, co prowadzi do rażących nierówności wobec prawa i nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych podmiotów gospodarczych”⁷. W zdaniu tym jest zatem mowa tylko o przepisach dotyczących przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym, a nie o przepisach określających – i tym samym: definiujących – przestępstwa łapownictwa w sektorze publicznym. Taka praktyka językowa – w obliczu bezsporności faktu, że słowo „dotyczące” nie jest synonimem wyrazu „określające”⁸ – pociąga za sobą, co oczywiste, określone merytoryczne konsekwencje, pośród których centralną dla niniejszych rozważań jest konkluzja, iż w rozważanym zdaniu tym samym nie stwierdzono, że przepisami w pełni charakteryzującymi przestępstwa łapownictwa w sektorze publicznym są art. 228 i 229 k.k. Stwierdzono w nim bowiem jedynie – i powtórzmy to z naciskiem – że art. 228 i 229 k.k. to przepisy, które jedynie dotyczą owych przestępstw. To zaś z kolei sprawia, że za w pełni dopuszczalny wariant wykładni rozważanego zdania może uchodzić i taka interpretacja tego zdania, według której art. 228 i 229 k.k. nie są wszystkimi przepisami dotyczącymi przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym. Skoro jednak tak, to za przedwczesną należy uznać konstatację wyartykułowaną w analizowanej ekspertyzie prawnej, że: „W myśl poprawki wprowadzonej w Senacie prezes zarządu PKN Orlen S.A. nie mógłby

⁵ *Analiza*, s. 5.

⁶ *Analiza*, s. 5.

⁷ *Analiza*, s. 5.

⁸ Zob. choćby stanowisko wyrażone w tej kwestii w: *Uniwersalny słownik języka polskiego* pod redakcją prof. Stanisława Dubisza, w którym o wyrazie „dotyczyć” napisano, że znaczy on: „odnosić się do kogoś, do czegoś, mieć z czymś związek” [*Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 682], a o wyrazie „określać” (poprzez odesłanie do czasownika „określić”) napisano, że znaczy on: „a) «ująć (ujmować) w słowa, nadać (nadawać) nazwę, wymienić (wymieniać) charakterystyczne cechy; wyrazić (wyrażać), nazwać (nazywać), opisać (opisywać), scharakteryzować (charakteryzować)»: Celnie go określiła mianem hipokryty. Nie potrafił określić przyczyny swego niepokoju. Określić czyjś wygląd, zachowanie. b) «podać (podawać) czas, miejsce, wielkość itp. czegoś (często po uprzednim badaniu, dociekanii), wyrazić (wyrażać) za pomocą znaku, jednostki; ustalić (ustalać), wskazać (wskazywać), oznaczyć (oznaczać)»: Wiek drzew można określić na podstawie liczby słojów. Rentę przyznano na czas określony. Określić czas powstania dzieła. Określić dawkę lekarstwa, poziom cukru we krwi, grupę krwi. Określić wielkość podatku. Określić położenie statku. c) «stać się (stawać się), przyczyną czegoś, sprawcą jakiegoś stanu, zjawiska, czyjejs postawy, czyjejs zachowania itp.»: Pieniądz określa kondycję człowieka. Przeszłość określiła charakter jego twórczości” [*Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, red. S. Dubisz, Warszawa 2003, s. 202], przy czym nie można mieć najmniejszych wątpliwości, że interesującym nas tu wariantem znaczenia słowa „określać” jest znaczenie podane w pkt a.

więc odpowiadać karnie za łapownictwo w sektorze publicznym”⁹. Konstatacja ta – co należy podkreślić – byłaby bowiem zasadna jedynie wówczas, gdyby art. 228 i 229 k.k. były jedynymi przepisami w pełni charakteryzującymi przestępstwa łapownictwa w sektorze publicznym. Tego zaś – raz jeszcze powtórzmy – w ekspertyzie prawnej Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego nie stwierdzono. Brak takiego stwierdzenia jest zresztą w pełni uzasadniony, bowiem o łapownictwie w sektorze publicznym, a więc o łapownictwie mającym za przedmiot nielegalny przepływ środków publicznych, jest mowa także w art. 296a k.k. Zwraca na to uwagę – i to w szerokim zakresie – literatura przedmiotu. Aby nie być gołosłownym przytoczmy szczególnie reprezentatywne jej wypowiedzi, wskazujące na anonsowany kierunek interpretacyjny. I tak, zdaniem Piotra Kardasa wyrażonym w istotnie opiniotwórczym *Systemie Prawa Karnego*: „Konstrukcja przestępstwa określonego w art. 296a KK pozwala twierdzić, że intencją ustawodawcy było objęcie zakresem omawianego przepisu wszystkich przejawów korupcji w obrocie gospodarczym, a tym samym uniezależnienie odpowiedzialności za łapownictwo gospodarcze od tego, czy jednostka organizacyjna wykonująca działalność gospodarczą oparta jest na kapitale państwowym lub samorządowym czy też prywatnym lub też czy jednostka wykonująca działalność gospodarczą dysponuje środkami publicznymi”¹⁰. Cytowany autor podkreślił przy tym również, że: „Określenie podmiotu sprawczego powiązane jest na gruncie art. 296a KK z jednostką organizacyjną wykonującą działalność gospodarczą”¹¹, po czym w wyniku przeprowadzonych na tym polu analiz wymownie podsumował, że: „Jednostką organizacyjną w rozumieniu art. 296a KK będą zatem wszystkie uregulowane w Kodeksie spółek handlowych spółki prawa handlowego (osobowe i kapitałowe), przedsiębiorstwa państwowe, fundacje, stowarzyszenia, spółdzielnie”¹². Zbieżną opinię do wyżej przywołanej przedstawił Jerzy Skorupka, który w równie opiniotwórczym *Systemie Prawa Handlowego* stwierdził, że: „Konstrukcja przestępstwa z art. 296a KK wskazuje, że *ratio legis* tego przepisu jest objęcie zakresem jego obowiązywania wszystkich przejawów korupcji w obrocie gospodarczym, a tym samym uniezależnienie odpowiedzialności za łapownictwo gospodarcze od tego, czy jednostka organizacyjna wykonująca działalność gospodarczą oparta jest na kapitale państwowym lub samorządowym czy też prywatnym lub też czy jednostka wykonująca działalność gospodarczą dysponuje środkami publicznymi”¹³. Powołany autor odnotował przy tym trafnie, że: „W piśmiennictwie wskazuje się, że w art. 296a KK określono typ przestępstwa łapownictwa gospodarczego, który obejmuje zachowania korupcyjne związane z działalnością gospodarczą, zachodzące w sektorze publicznym i prywatnym”¹⁴.

⁹ Analiza, s. 5.

¹⁰ P. Kardas, *Przestępstwo łapownictwa gospodarczego* [w:] *System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 490.

¹¹ P. Kardas, *Przestępstwo...* [w:] *System...*, t. 9, s. 502.

¹² P. Kardas, *Przestępstwo...* [w:] *System...*, t. 9, s. 504.

¹³ J. Skorupka, *Łapownictwo gospodarcze – art. 296a KK* [w:] *System Prawa Handlowego. Prawo karne gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2018, s. 379.

¹⁴ J. Skorupka, *Łapownictwo...* [w:] *System...*, s. 379. Odnotowania wymaga przy tym także i inna wypowiedź tego autora, a mianowicie ta, w której stwierdził on, że: „W literaturze przedmiotu wskazuje się również, że przepis art. 296a KK nie wprowadza żadnego rozróżnienia co do pochodzenia majątku, z którego sfinansowano kapitał założycielski «jednostki organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą»” – J. Skorupka, *Łapownictwo...* [w:] *System...*, s. 384.

Z podobnym poglądem wystąpił również Jacek Potulski, stwierdzając w jednym z bardziej znaczących komentarzy do Kodeksu karnego, że: „W zakresie pojęcia jednostki organizacyjnej mieszczą się również jednostki organizacyjne, których właścicielem, udziałowcem czy akcjonariuszem są Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego pod warunkiem jednak, że nie sprawują one działań o charakterze wyłącznie władczym, lecz są podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą”¹⁵.

Słowem, powyższe stanowisko – dodajmy, że reprezentatywne dla polskiej doktryny prawa karnego – w pełni uzasadnia pogląd, iż w interesującym nas kontekście sektor publiczny nie jest przestrzenią zarezerwowaną wyłącznie dla czynów zabronionych stypizowanych w art. 228 i 229 k.k., co w konsekwencji skutkuje tym, że można głosić pogląd, że i w przypadku niektórych wariantów wypełnienia znamion czynów zabronionych określonych w art. 296a k.k. mamy do czynienia z zachowaniami, o których w pełni zasadnie można twierdzić, że są one łapownictwem w sektorze publicznym¹⁶.

Powyższy wniosek o merytorycznej dopuszczalności praktyki posługiwania się wyrażeniem „łapownictwo w sektorze publicznym” na oznaczenie niektórych zachowań określonych w art. 296a k.k. ma swoje niebagatelne znaczenie w zaistniałej dyskusji. Jest on kluczowy zwłaszcza w obszarze języka analizowanej tu ekspertyzy prawnej Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego, a więc języka, w którym – raz jeszcze to przypomnijmy – posłużono się sformułowaniem akcentującym, że art. 228 i 229 k.k. są przepisami dotyczącymi przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym, a zatem sformułowaniem, które w obliczu wskazanego wyżej wniosku nie może być interpretowane jako wyrażenie, mocą którego tylko w tych artykułach Kodeksu karnego jest mowa o łapownictwie w sektorze publicznym.

Spostrzeżenia te w oczywisty sposób oddziałują na ocenę zasadności konkluzji sformułowanych w ekspertyzie Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego. W takim stanie rzeczy jest bowiem niewątpliwe, że nie mogą uchodzić za w pełni zasadne wyrażające je stwierdzenia, że: „*Posłużenie się wyłącznie kryterium ilości udziałów posiadanych przez podmiot publiczny jest merytorycznie błędne i może prowadzić do bezkarności osób zarządzających największymi, strategicznymi spółkami z udziałem Skarbu Państwa (takimi jak KGHM Polska Miedź S.A. czy Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. – w obu tych spółkach Skarb Państwa jest mniejszościowym akcjonariuszem). W myśl poprawki wprowadzonej w Senacie prezes zarządu PKN Orlen S.A. nie mógłby więc odpowiadać karne za łapownictwo w sektorze publicznym (...)*”¹⁷. Nie mogą one uchodzić za w pełni zasadne, bo sugerują, że w podanych sytuacjach nie dochodzi do wypełnienia znamion łapownictwa w sektorze publicznym. Tymczasem – jak wskazano – obowiązywanie art. 296a k.k. powoduje, że jest inaczej, mianowicie, iż w sytuacjach tych ma miejsce wypełnienie znamion owego łapownictwa. Jak wspomniano, cytowaną ekspertyzę można by-

¹⁵ J. Potulski, *Objaśnienie art. 296a k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 1764.

¹⁶ Pomimo to, że można się też spotkać w literaturze przedmiotu i z taką konwencją terminologiczną – dodajmy, iż nie w pełni zasadną – by jedynie o czynach zabronionych określonych w art. 228 i 229 k.k. mówić, że są one korupcją w sektorze publicznym – tak choćby A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 535.

¹⁷ *Analiza*, s. 5.

łoby interpretować jednoznacznie odmiennie tylko w razie sprecyzowania w niej, że przez łapownictwo w sektorze publicznym rozumie się na jej gruncie wyłącznie zachowania opisane w art. 228 i 229 k.k. Sprecyzowania tego jednak zabrakło¹⁸, bo w rzeczonyj ekspertyzie posłużono się tylko sformułowaniem, którym zaakcentowano, że art. 228 i 229 k.k. to przepisy jedynie **dotyczące** przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym, a zatem sformułowaniem niemogącym uchodzić za znaczeniowo tożsame ze stwierdzeniem, że tylko w tych przepisach przedstawiono (pełną) charakterystykę przestępstw łapownictwa w sektorze publicznym.

Powyższe pozwala przejść do udzielenia końcowych odpowiedzi na zadane na wstępie pytania.

Odpowiedź na pierwsze z nich jest negatywna: pojęcie sektora publicznego – posługując się językiem zlecającego opinię – nie jest wyłączone w przypadku wypełnienia znamion czynów zabronionych określonych w art. 296a k.k., precyzując przy tym, że nie jest ono – oczywiście – wyłączone w przypadku niektórych wariantów realizacji owych znamion. W ich przypadku również ma bowiem miejsce łapownictwo w sektorze publicznym.

Odpowiedź na drugie pytanie jest z kolei tym samym pozytywna: prezes zarządu Orlen S.A. mógłby ponieść odpowiedzialność karną za łapownictwo w sektorze publicznym w razie przypisania mu przestępnej realizacji czynu zabronionego z art. 296a k.k.

W podsumowaniu można dopowiedzieć, że zaistniały spór pomiędzy Ministerstwem Sprawiedliwości a Krakowskim Instytutem Prawa Karnego jest w istocie sporem jedynie werbalnym, gdyż w głównej kwestii merytorycznej nie ma różnic pomiędzy wymienionymi podmiotami. Zdaniem obu tych podmiotów nie jest bowiem wykluczona realizacja znamion czynu z art. 296a k.k., w przypadku łapownictwa popełnionego przez podmiot zarządzający spółką z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa. Słowem, zaistniały w tej kwestii spór jest wynikiem niepotrzebnego terminologicznego nieporozumienia; acz dodajmy, że nieporozumienia w istocie wywołanego brakiem (pełnej) precyzji ze strony ekspertów.

W zreferowanej tu opinii odniesiono się także krótko do kwestii zasadności zmiany art. 115 § 19 k.k., a więc zmiany wprowadzonej przez Senat. Należy zatem powtórzyć, czyniąc to zarazem z naciskiem, że w tym zakresie racja leży po stronie Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego. Istotnie jest bowiem tak, że kryterium ilości udziałów posiadanych przez podmiot publiczny jest kryterium nieadekwatnym. Niezasadnie gwarantuje ono bowiem łagodniejszą odpowiedzialność karną podmiotowi zarządzającemu strategiczną spółką z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa aniżeli podmiotowi o mniejszym znaczeniu, bo zarządzającemu spółką niestrategiczną z większościowym udziałem Skarbu Państwa. Sytuacja ta – oczywiście – uległaby zmianie w razie stosownej nowelizacji Kodeksu karnego mogącej polegać albo na utworzeniu odpowiedniego kwalifikowanego typu łapownictwa z art. 296a k.k., albo – co zapewne byłoby prostsze i co należałoby rekomendować – na odstąpieniu od kontrowersyjnej w rozważanym punkcie zmiany art. 115 § 19 k.k.

¹⁸ Pojawiło się ono bowiem dopiero w *Analizie* – zob. *Analiza*, s. 6.

Abstract

Lukasz Pohl, *On the Possibility of Holding Criminally Liable the Chairman of a Commercial Company Where the State Treasury Is a Minority Shareholder for Bribery in the Public Sector (Analysis of the State of Law Produced by the Act of 13 June 2019)*

The article concerns the notion of the offence of bribery in the public sector. It assumes that this notion can be used not only with reference to the prohibited acts described in Articles 228 and 229 of the Criminal Code [CC], but also to some of the prohibited acts defined in Article 296a CC. The article also discusses the question whether it is expedient to amend Article 115(19) CC, that is, the provision that defines the notion of a person holding a public function. To this extent the author considers the quantitative criterion introduced by this amendment to be inadequate, because it guarantees less strict criminal liability of the entity managing a strategic company with a minority interest held by the State Treasury than that of an entity managing a non-strategic company where the State Treasury is the majority shareholder.

Keywords: corruption, person holding a public function, public sector

Streszczenie

Łukasz Pohl, *O możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej prezesa zarządu spółki handlowej z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa z tytułu popełnienia łapownictwa w sektorze publicznym (analiza na tle stanu prawnego wywołanego ustawą z 13.06.2019 r.)*

Artykuł dotyczy pojęcia przestępstwa łapownictwa w sektorze publicznym. Przyjęto, że pojęciem tym można określać nie tylko czyny zabronione określone w art. 228 i 229 Kodeksu karnego, ale także niektóre z czynów zabronionych stypizowanych w art. 296a k.k. W opracowaniu poruszono także zagadnienie zasadności zmiany art. 115 § 19 k.k., a więc przepisu definiującego pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną. W tym zakresie uznano, że wprowadzone ową zmianą kryterium ilościowe jest nieadekwatne, bo gwarantuje ono łagodniejszą odpowiedzialność karną podmiotowi zarządzającemu strategiczną spółką z mniejszościowym udziałem Skarbu Państwa od odpowiedzialności karnej podmiotu zarządzającego niestrategiczną spółką z większościowym udziałem Skarbu Państwa.

Słowa kluczowe: korupcja, osoba pełniąca funkcję publiczną, sektor publiczny

Literatura:

1. Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 2003;
2. Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3, Warszawa 2003;
3. Kardas P., *Przestępstwo łapownictwa gospodarczego [w:] System Prawa Karnego*, t. 9, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011;
4. Krakowski Instytut Prawa Karnego, *Analiza komunikatu Ministerstwa Sprawiedliwości z 15 czerwca 2019 r.*;
5. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2003;
6. Potulski J., *Objaśnienie art. 296a k.k. [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018;
7. Skorupka J., *Łapownictwo gospodarcze – art. 296a KK [w:] System Prawa Handlowego. Prawo karne gospodarcze*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2018.

Konrad Burdziak*

Propozycja nowelizacji art. 151 Kodeksu karnego**

Niniejszym poddaję pod rozwałę propozycję zmiany regulacji art. 151 Kodeksu karnego¹ poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

„Art. 151 § 1. Kto doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8. § 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 dobrowolnie zapobiegł śmierci osoby, którą doprowadził do targnięcia się na własne życie, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”².

Uzasadnienie³:

Nie ulega chyba żadnej wątpliwości, że samobójstwa stanowią ogromny problem społeczny; także w Polsce. Wskażmy jednak, dla porządku, że: 1) co roku

* Dr Konrad Burdziak jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-0696-1174, e-mail: konrad.burdziak@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 5.02.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 2.07.2019 r.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k. Dodajmy od razu, że proponowana zmiana wpłynęłaby (a przynajmniej – mogłaby wpłynąć) nie tylko na sytuację i zachowanie osób dorosłych w rozumieniu prawa karnego (zob. art. 10 k.k.), ale również na sytuację i zachowanie osób nieletnich; w kontekście tych ostatnich wskazać należy bowiem, że dopuszczenie się przez nie zachowań objętych proponowaną regulacją stanowiłoby podstawę do wszczęcia postępowania, o którym mowa w ustawie z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2018 r. poz. 969 ze zm.).

² Jest to propozycja zbliżona do propozycji K. Daszkiewicz, która postuluje nadanie regulacji art. 151 k.k. następującego brzmienia: „§ 1. Kto doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, chcąc tego albo przewidując taką możliwość i godząc się na nią, podlega karze... § 2. Jeżeli targnięcie się człowieka na własne życie jest następstwem doznanej krzywdy spowodowanej czynem zabronionym, w szczególności znęcaniem się nad tą osobą lub stosowaniem wobec niej okrucieństwa, sprawca podlega karze... § 3. Jeżeli sprawca dobrowolnie zapobiegł śmierci osoby, którą doprowadził do targnięcia się na własne życie, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia” (K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000, s. 257–258). Proponowanej nowelizacji powinna towarzyszyć również zmiana związana z wprowadzeniem do art. 151 k.k. stosownego paragrafu, w którym pod groźbą analogicznej, jak w przypadku zasadniczego typu zabójstwa, kary zabraniano by doprowadzenia do targnięcia się na własne życie osoby niezdolnej do rozpoznania autodestrukcyjnego charakteru swojego zachowania się (por. Ł. Pohl, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa oraz polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym (analiza de lege lata i postulaty de lege ferenda)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011, s. 529).

³ Proponowana w niniejszej pracy nowelizacja art. 151 k.k. została już zaprezentowana publicznie (i poddana dyskusji) podczas Konferencji III Ogólnopolski Okrągły Stół EUIncSO „Społeczeństwo, władza, media: mowa nienawiści a inkluzja społeczna”, w trakcie której autor pracy wygłosił referat pt. „Cyberprzemoc jako potencjalna bezpośrednia przyczyna targnięcia się człowieka na własne życie. Rozważania na tle polskiego prawa”. Treść uzasadnienia bazuje zaś na ustaleniach zaprezentowanych uprzednio w publikacjach: K. Burdziak, *Internet jako nowe-stare zagrożenie bezpieczeństwa. Prawnokarne rozważania na temat wpływu Internetu na liczbę samobójstw w Polsce* [w:] *Nowe zagrożenia bezpieczeństwa. Wyzwania XXI wieku*, red. K. Hennig, Kraków 2015, s. 205–215; K. Burdziak, *Kilka słów o potrzebie reformowania art. 151 k.k.* [w:] *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 252–261.

śmiercią samobójczą ginie w Polsce ok. 5–6 tysięcy osób, a ok. 9–10 tysięcy osób usiłuje odebrać sobie życie; 2) w roku 2018 śmiercią samobójczą zginęły w Polsce 5 182 osoby, a 11 167 osób usiłowało odebrać sobie życie⁴; 3) zgonów w wyniku samobójstwa jest w Polsce zdecydowanie więcej niż zgonów w wyniku zabójstw⁵, czy zgonów w wyniku wypadków samochodowych⁶; 4) z danych Światowej Organizacji Zdrowia (*World Health Organization*) wynika, że co roku milion osób na świecie odbiera sobie życie oraz że samobójstwo stanowi drugą, co do częstości występowania, przyczynę śmierci osób w wieku od 15 do 19. roku życia, a trzecią – w przypadku grupy wiekowej od 15 do 44. roku życia⁷. Dyskutowane zjawisko (zjawisko samobójstwa) warto jest zatem, bez wątpienia, zainteresowania przedstawicieli wszystkich nauk, w tym także – przedstawicieli nauk prawnych. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że częstość występowania rzeczonoego zjawiska, pojawiające się na jego gruncie pole do nadużyć, godzenie samobójcy w najwyższe – przynajmniej w przekonaniu znakomitej większości społeczeństwa – dobro, jakim jest życie człowieka, a ponadto podejmowanie prób samobójczych przez coraz młodsze osoby, wymuszają wręcz podjęcie przez prawników (zwłaszcza – jak się wydaje – przez prawników-karnistów) głębszej, niż to się czyniło dotychczas, refleksji nad diskutowaną problematyką⁸.

Powyższe okoliczności powinny stanowić – w przekonaniu autora niniejszej pracy – (m.in.) podstawę do poważnego rozważenia możliwości rozszerzenia zakresu kryminalizacji zachowań, polegających na umyślnym doprowadzeniu człowieka do targnięcia się na własne życie w sposób proponowany na wstępie⁹; tak, by objąć jej (kryminalizacji) zakresem wszystkie zasługujące na to, bo charakteryzujące się odpowiednio wysokim stopniem społecznej szkodliwości *in abstracto*, zachowania i zapewnić w ten sposób należyłą ochronę życia i zdrowia człowieka.

Postulat takiego rozszerzenia zakresu kryminalizacji związany jest przy tym m.in., a być może – przede wszystkim ze zjawiskiem cyberprzemocy (ang. *cyberbullying*)¹⁰. Dzięki rozwojowi środków masowego komunikowania możliwości oddziaływania na człowieka w sposób mogący doprowadzić go do podjęcia próby samobójczej osiągnęły współcześnie poziom dotychczas niespotykany (poziom – dodajmy – do którego prawo polskie się jeszcze nie przystosowało). Wystarczy wskazać, że charakterystycznymi cechami cyberprzemocy są: 1) nieograniczoność czasowa oddziaływania na pokrzywdzonego; 2) nieograniczoność przestrzenna oddziaływania na pokrzywdzonego; 3) nieograniczoność liczby współdziałających w oddziaływaniu na pokrzywdzonego; a ponadto – 4) nieograniczoność sposobów oddziaływania na pokrzywdzonego (ograniczenia mogą wynikać co najwyżej z wyobraźni

⁴ <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/zamachy-samobojcze> (dostęp: 11.09.2019 r.).

⁵ Zob. M. Jarosz, *Samobójstwa. Dlaczego teraz?*, Warszawa 2013, s. 51–52.

⁶ https://www.doz.pl/czytelnia/a12969-Smierc_przez_samobojstwo_jest_czestsza_niz_w_wypadku_samochodowym (dostęp: 21.01.2019 r.).

⁷ World Health Organization, Public health action for the prevention of suicide. A framework, http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/75166/9789241503570_eng.pdf?sequence=1, s. 4 (dostęp: 21.01.2019 r.).

⁸ Zob. K. Burdziak, *Samobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2019, s. 17–18.

⁹ Na temat dopuszczalności wprowadzenia proponowanych regulacji w kontekście wolności/prawa człowieka do targnięcia się na własne życie zob. K. Burdziak, *Samobójstwo...*, s. 84–106.

¹⁰ Oczywiście w kontekście definicji zjawiska cyberprzemocy pojawia się w literaturze szereg wątpliwości. Na gruncie niniejszej pracy cyberprzemoc będzie rozumiana jako przemoc (w każdej postaci) stosowana z wykorzystaniem środków masowego komunikowania.

sprawców w zakresie wykorzystania środków masowego komunikowania do oddziaływania na pokrzywdzonego). Typowymi formami cyberprzemocy są przy tym: 1) nękanie; 2) straszenie; 3) szantażowanie z użyciem sieci; 4) publikowanie lub rozsyłanie ośmieszających, kompromitujących informacji, zdjęć, filmów z użyciem sieci; 5) podszywanie się w sieci pod kogoś wbrew jego woli; 6) korzystanie ze stron WWW zaprojektowanych w celu upokarzania innych¹¹.

O tym zaś, że cyberprzemoc może doprowadzić do samobójstwa mogą świadczyć następujące, pojawiające się w literaturze wypowiedzi: 1) „Niestety, w skrajnych wypadkach cyberbullying okazuje się tragiczny w skutkach. Na przykład w 2005 r. trzynastoletni chłopiec odebrał sobie życie po tym, jak przez długi czas był nękanym za pośrednictwem komunikatora internetowego (Breguet 2007). Chociaż nie dysponujemy jeszcze wynikami badań podłużnych, które by potwierdzały słuszność tego przypuszczenia, jednak zdaniem wielu badaczy długofalowe skutki cyberprzemocy mogą być równie poważne jak następstwa tradycyjnej przemocy rówieśniczej, a nawet jeszcze gorsze (Kowalski i in. 2008; Vandebosch i in. 2006; Willard 2007; Ybarra, Mitchell 2004)”¹²; 2) „Konsekwencje bycia szykanowanym w przestrzeni internetowej obserwuje się w obszarze zdrowia fizycznego i psychicznego. Ofiary są zagrożone zaburzeniami łaknienia, bezsennością, dolegliwościami ze strony układu pokarmowego. Ciągłe doświadczanie chronicznego stresu powoduje obniżenie odporności, dlatego osoby dotknięte przemocą mogą częściej zapadać na choroby górnych dróg oddechowych. Ofiary charakteryzuje rozdrażnienie, napięcie emocjonalne, nieumiejętność radzenia sobie w relacjach interpersonalnych, impulsywność, chwiejność nastroju, obniżona samoocena, obniżone poczucie własnych kompetencji. Czasem obserwuje się zachowania agresywne, autodestrukcyjne. Ponadto ofiary często cierpią na zaburzenia natury psychicznej, takie jak depresja, zaburzenia obsesyjno-kompulsywne, a w skrajnych przypadkach PTSD (post-traumatic stress disorder)”¹³.

Przed powyższym ostrzegła już na początku drugiego tysiąclecia K. Daszkiewicz, przewidując, że postęp w dziedzinie techniki doprowadzi do poszerzania się zakresu sytuacji, w których będzie dochodzić do zniewalania człowieka oraz do doskonalenia sposobów wywierania na niego wpływu (również tego negatywnego)¹⁴. Autorka ta stwierdziła również, że: „Można przewidywać (...), że poszerzaniu będzie ulegał zakres sposobów, za pomocą których człowiek człowiekowi tak «obrzydzi» życie, że doprowadzi do samobójstwa. Nie będą one polegały już tylko na «namawianiu» lub «pomaganiu» w nim”¹⁵, formułując jednocześnie postulat zreformowania art. 151 k.k. i nadania mu kształtu zbliżonego do tego zaprezentowanego na wstępie.

Oczywiście – nie jest tak, że w przekonaniu autora niniejszej pracy prawo karne stanowi remedium na każdy problem społeczny. Wręcz przeciwnie – w przekonaniu

¹¹ Zob. Ł. Wojtasik, *Przemoc rówieśnicza z użyciem mediów elektronicznych – wprowadzenie do problematyki*, „Dziecko Krzywdzone” 2009/1, <http://dzieckokrzywdzone.fdn.pl/vol-8-nr-1-cyberprzemoc-26#node-4233>, s. 2 (dostęp: 21.01.2019 r.).

¹² M. Walrave, W. Heirman, *Skutki cyberbullyingu – oskarżenie czy obrona technologii?*, „Dziecko Krzywdzone” 2009/1, <http://dzieckokrzywdzone.fdn.pl/vol-8-nr-1-cyberprzemoc-26#node-4233>, s. 4 (dostęp: 21.01.2019 r.).

¹³ K. Dyrła-Mularczyk, M. Pluciński, *Cyberbullying i agresja elektroniczna jako współczesne zagrożenia dla komunikacji w sieci*, „Teraźniejszość–Człowiek–Edukacja” 2017/4, s. 80.

¹⁴ Zob. K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 256.

¹⁵ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa...*, s. 257.

autora prawo karne powinno ingerować dopiero wówczas, gdy inne środki okazały się bezskuteczne (postulat traktowania prawa karnego jako *ultima ratio*). Należy jednak uznać, że tam, gdzie zagrożone jest zdrowie, a zwłaszcza życie człowieka (a tak częstokroć dzieje się w przypadku cyberprzemocy), zaś sprawcy towarzyszy zamiar naruszenia tych dóbr, prawo karne powinno interweniować, stanowiąc niejako uzupełnienie i wzmocnienie dla innych, stosowanych równolegle środków; interweniować – dodajmy – nie tylko poprzez zwalczanie przypadków naruszenia wskazanych wyżej dóbr, lecz także poprzez zapobieganie tego rodzaju naruszeniom. Innymi słowy – prawo powinno nie tylko interweniować po niewłaściwym, niezgodnym z prawem zachowaniu się człowieka, ale też oddziaływać na człowieka przed tym zachowaniem¹⁶.

Nie ulega wątpliwości, że zaproponowana nowelizacja (zbliżona – przypomnijmy – do koncepcji K. Daszkiewicz) byłaby w tym zakresie niezwykle pożądana, jako że pozwalałaby dostosować, ukształtowaną jeszcze na początku poprzedniego stulecia (i budzącą mnóstwo wątpliwości¹⁷), treść obecnego art. 151 k.k. na potrzeby XXI w. Umożliwiłaby ona w końcu zakwalifikowanie według rzeczzonego przepisu większej (niż tylko podejmowane w zamiarze bezpośrednim i skutkujące próbą samobójczą pokrzywdzonego przypadki słownego zachęcania i – niekoniecznie słownego – udzielania pomocy w targnięciu się na własne życie) liczby przejawów „współuczestnictwa” w samobójstwie (w tym także tych przypadków, które aktualnie uznaje się za zakazane), uzupełniając w znakomity sposób regulacje art. 190a § 3, art. 207 § 3 i art. 352 § 3 k.k.; regulacje – dodajmy – ograniczone li tylko do 1) znęcania się (a więc czynności – co do zasady – rozciągniętej w czasie i charakteryzującej się dużym nasileniem; podobnie zresztą jak to ma miejsce w przypadku uporczywego

¹⁶ Oczywiście należy przyznać rację J. Pyżalskiemu, że: „Pierwszym pomysłem, który przychodzi do głowy wielu osobom rozważającym, jak przeciwdziałać agresji elektronicznej, jest kontrola, a także represyjne działania wobec sprawców takiej agresji. W rzeczywistości rozwiązania tego typu są tylko jednym z możliwych kroków, które zresztą trudno podejmować w przypadku nowych mediów. Ponadto rozsądna kontrola i represje nie są proste w praktycznym zastosowaniu i przy złej legislacji lub nieprawidłowym stosowaniu wiążą się z wieloma zagrożeniami. (...) Tego typu podejście nie jest rozsądne – w wielu najbardziej drastycznych przypadkach fakt agresji elektronicznej jedynie przyczynił się do samobójstwa lub innych poważnych problemów nastoletniej ofiary (...). Jednocześnie we wszystkich tych przypadkach był to jeden, ale nie jedyny czynnik, który przełożył się na tragiczne zakończenie. Ofiary mają bardzo często inne problemy (...). Ponadto, jak wskazują niektórzy prawnicy, (...) bardzo trudno jest stworzyć prawo, które nie spowoduje, że będzie się tępić bardzo szeroki zakres wypowiedzi internetowych, na przykład ostrą krytykę polityczną. Należy też uwzględnić problem stopnia powagi konkretnych przypadków agresji elektronicznej i tego, kto ma decydować o ich rzeczywistym znaczeniu” (J. Pyżalski, *Agresja elektroniczna wśród dzieci i młodzieży*, Sopot 2011, s. 112–113). Zaprezentowane wyżej wątpliwości nie powinny się wszakże pojawić w kontekście proponowanej nowelizacji. Podkreślenia wymaga bowiem, że w jej wyniku zakazano by wyłącznie zachowań pozostających w rzeczywistym (i wykazanym w toku postępowania) związku z targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie i podjętych wyłącznie w zamiarze doprowadzenia go (pokrzywdzonego) do podjęcia próby samobójczej. Innymi słowy – odpowiedzialność karna sprawcy możliwa byłaby wyłącznie w wyjątkowych przypadkach.

¹⁷ Zob. w tym zakresie m.in. M. Mozgawa, P. Bachmat, *Przestępstwo doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (art. 151 k.k.) – analiza akt sądowych*, Warszawa 2016, s. 76, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Mozgawa-M-Bachmat-P._Przest.-doprowadz._czł.-do-targnięcia-się-na_wł.-życie-art.151-k.k.pdf (dostęp: 12.01.2019 r.); K. Burdziak, *Doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie – analiza prawnokarna* [w:] *W drodze do brzozy życia*, t. XV, red. E. Krajewska-Kułak, C.R. Łukaszk, J. Lewko, W. Kułak, Białystok 2017, s. 195–20; K. Burdziak, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2014 roku, sygn. IV KK 316/13*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2015/3, s. 121–128; K. Burdziak, *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014/4, s. 175–187; K. Burdziak, *Pochwalanie samobójstwa za pomocą środków masowego komunikowania* [w:] *W drodze do brzozy życia*, t. XVI, red. E. Krajewska-Kułak, C.R. Łukaszk, J. Lewko, W. Kułak, Białystok 2018, s. 103–115; K. Burdziak, *Przedmiot określności wykonawczej przestępstwa z art. 151 Kodeksu karnego*, „Acta Iuris Stetinensis” 2015/10, s. 15–29.

nekania) nad konkretnymi, wyraźnie wyróżnionymi przez ustawodawcę osobami, konkretniej zaś – nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny, ewentualnie – nad podwładnym; do 2) uporczywego nekania innej osoby lub osoby jej najbliższej, charakteryzującego się konkretnym, wyróżnionym przez ustawodawcę skutkiem, konkretniej zaś – wzburzeniem u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub istotnym naruszeniem jego prywatności, a także – do 3) podszywania się pod inną osobę połączonego z konkretnymi, wyróżnionymi przez ustawodawcę czynnościami – wykorzystaniem jej wizerunku lub innych jej danych osobowych, oraz podjętego w konkretnym, wyróżnionym przez ustawodawcę celu – w celu wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody majątkowej lub osobistej.

Proponowana nowelizacja leżałaby przy tym nie tylko w interesie poszczególnych jednostek (z uwagi na wzmoczoną ochronę ich życia i zdrowia, zwłaszcza przed nadużyciami ze strony osób trzecich), ale również w interesie całego społeczeństwa, którego te jednostki są częścią (zwłaszcza wówczas gdy na samobójstwo spojrzymy z perspektywy cierpiących z powodu śmierci samobójców ich rodzin, przyjaciół i znajomych)¹⁸.

Dla potwierdzenia powyższych słów, wskażmy przykładowe sytuacje, którym aktualny Kodeks karny nie przeciwdziała w sposób wystarczający (bo albo w ogóle ich nie zabrania, albo zabrania, ale pod groźbą kary o wysokości nieproporcjonalnej do naruszanego czy narażanego na niebezpieczeństwo naruszenia dobra), a które zostałyby objęte (przynajmniej w części) proponowaną regulacją i związane są z problematyką cyberprzemocy. Weźmy pod uwagę chociażby następujący przypadek: „Niedawno prasa amerykańska, ale zdarzyć się to mogło gdziekolwiek, opisywała przypadek śmierci kilkunastoletniej dziewczyny, którą do samobójstwa popchnęła matka koleżanki, chcąc się zemścić za jakieś niepowodzenia swojej córki. Kobieta wykreowała w internecie wirtualną postać chłopaka, oferującego dziewczynie przyjaźń i miłość. Pomiędzy młodymi ludźmi powstała emocjonalna więź, dziewczyna zaczęła się coraz mocniej uzależniać od przyjaciela, którego знаła tylko z ekranu komputera, ale który w jej wizji świata istniał realnie. Gdy zaangażowanie emocjonalne dziewczyny osiągnęło apogeum, twórczyni wirtualnej postaci zdecydowała o dramatycznym zwrocie akcji: młodzieniec nagle, bez wyjaśnienia i bez powodów oświadczył, że zrywa związek i już nigdy nie pojawi się w życiu dziewczyny (a ściślej na ekranie jej komputera). Zrozpaczona nastolatka odebrała sobie życie”¹⁹.

Opisujący rzeczony stan faktyczny, M. Safjan stwierdził, że dla prawników prawnokarna kwalifikacja tego rodzaju zachowania nie będzie stanowiła problemu, sugerując, iż zastosowanie znajdzie pojemna formuła współczesnego prawa karnego: „kto powoduje śmierć człowieka ...”²⁰. Powyższy pogląd nie zasługuje wszakże na aprobatę. Zawarte w art. 148 i 155 k.k. normy sankcjonowane można bowiem przekroczyć wyłącznie takim zachowaniem, którym powoduje się śmierć drugiego człowieka. A przecież zachowaniem się opisanym w przywołanym stanie faktycznym skutku takiego osiągnąć nie można. Dlatego też niedopuszczalne byłoby

¹⁸ Zob. K. Burdziak, *Internet...*, s. 211–212.

¹⁹ M. Safjan, *Realne i wirtualne*, „Newsweek” 2008/25, s. 34.

²⁰ Zob. M. Safjan, *Realne...*, s. 34.

twierdzenie, że w analizowanym przypadku doszło do zabójstwa człowieka czy też do nieumyślnego spowodowania jego śmierci²¹.

Trudno byłoby również wykazać – w sposób niebudzący żadnych wątpliwości – że dyskutowane zachowanie wypełnia ustawowe znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary określonego w art. 207 § 3 k.k. w zw. z art. 207 § 1a k.k. (znęcanie się nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek); także dlatego, że – jak słusznie wskazuje M. Mozgawa: „Wydaje się, że nie można (...) powiedzieć, że każda osoba małoletnia jest osobą nieporadną; twierdzenie takie jest zasadne w przypadku dzieci małych (kilkuletnich czy młodszych), natomiast w przypadku nastolatków ocena może być zróżnicowana w zależności od właściwości, stopnia rozwoju danej osoby będącej pokrzywdzonym”²². Powyższa kwalifikacja nie byłaby jednoznaczna nawet w przypadku – dodajmy – w którym doprowadzenie pokrzywdzonego do samobójstwa objęte byłoby zamiarem sprawcy, a przecież w przypadkach tego rodzaju intuicja podpowiadałaby nam (chyba) konieczność jego (sprawcy) ukarania i to w sposób odpowiednio surowy.

Przypadki analogiczne do powyższego nie są jednak jedynymi możliwymi do wyobrażenia sytuacjami, w których cyberprzemoc mogłaby doprowadzić człowieka do targnięcia się na własne życie. Innymi takimi sytuacjami, sytuacjami – dodajmy – niemającymi, jak się wydaje, charakteru przykładów wyłącznie akademickich, a jednocześnie sytuacjami, którym aktualny Kodeks karny nie przeciwdziałałby w sposób wystarczający, mogłyby być wszakże – przykładowo – następujące przypadki: 1) przypadek zamieszczenia przez sprawcę na Youtube (youtube.com) ośmieszającego pokrzywdzonego zdjęcia bądź filmu (prawdziwego bądź fałszywego), przy jednoczesnej możliwości przewidzenia (a być może nawet z zamiarem), że ten targnie się w następstwie tego na własne życie²³; 2) przypadek umieszczenia na Kwejk (kwejk.pl) nagiego wizerunku pokrzywdzonego, przy jednoczesnej możliwości przewidzenia (a być może nawet z zamiarem), że ten targnie się w następstwie tego na własne życie; 3) przypadek ujawnienia przez sprawcę na Facebooku (facebook.com) skrzętnie ukrywanej przez pokrzywdzonego, a uzyskanej przez sprawcę w sposób nielegalny (np. w drodze włamania się do komputera pokrzywdzonego), informacji o nim, przy jednoczesnej

²¹ Zob. K. Burdziak, *Internet...*, s. 211. Zob. też Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007, s. 146–147; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015, s. 60 oraz Ł. Pohl, *Kierowanie...*, s. 527. Zob. też K. Burdziak, *Kierowanie...*, s. 185.

²² M. Mozgawa, *Komentarz do art. 189 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany* [online]. System Informacji Prawnej LEX, 19.12.2018 r. (dostęp: 12.01.2019 r.). Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587737034/578872>, teza 8. Tego rodzaju zachowanie można by natomiast na pewno zakwalifikować jako złośliwe wprowadzenie w błąd, o którym mowa w art. 107 Kodeksu wykroczeń (ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń [tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 618 ze zm.] – dalej k.w.). Przypomnijmy, że zgodnie z tym przepisem, kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 zł albo karze nagany. Pojawia się jednak pytanie, czy w sytuacji, w której doprowadzenie pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie objęte byłoby zamiarem sprawcy, tego rodzaju kwalifikacja prawna oddawałaby rzeczywistą kryminalną zawartość popełnienia przez sprawcę czynu i jego bezprawie.

²³ W tym kontekście warto przywołać przypadek G. Raza, który na szczęście samobójstwem się nie zakończył; ryzyko takie jednak niewątpliwie istniało: „Ekstremalnym, ale dobrze ilustrującym te właściwości materiału umieszczanego w sieci jest przypadek nastolatka Ghyslaina Raza. Chłopiec ten pod koniec 2002 r. nagrał samego siebie, jak odgrywa sceny z filmu *Gwiezdne wojny*. Materiał został uznany za zabawny przez kolegów z klasy, którzy umieścili go w sieci. W 2004 r. inne osoby stworzyły rozbudowaną stronę, zawierającą omawiane klipy i inne dodatkowe materiały oraz specjalne efekty dźwiękowe. Strona ta miała w 2004 r. 7,6 mln wejść. Tego typu «popularność» była nie do uniesienia dla bohatera klipów, co skończyło się koniecznością pomocy psychiatrycznej i procesem rodziców ofiary przeciwko młodzieńcom, którzy umieścili materiał w Internecie oraz ich rodzicom” (J. Pyzalski, *Agresja elektroniczna dzieci i młodzieży – różne wymiary zjawiska*, „Dziecko Krzywdzone” 2009/1, <http://dzieckokrzywdzone.fdn.pl/vol-8-nr-1-cyberprzemoc-26#node-4233>, s. 6–7 [dostęp: 21.01.2019 r.]).

możliwości przewidzenia (a być może nawet z zamiarem), że ten targnie się w następstwie tego na własne życie; 4) przypadek e-mailowego szantażowania pokrzywdzonego (z wykorzystaniem groźby zachowania się przez sprawcę w jeden ze wskazanych wyżej sposobów) w celu wymuszenia na nim (na pokrzywdzonym) określonego zachowania, przy jednoczesnej możliwości przewidzenia (a być może nawet z zamiarem), że ten targnie się w następstwie tego na własne życie, czy 5) przypadek zamieszczenia przez sprawcę na stronie internetowej o tematyce erotycznej ogłoszenia o świadczeniu przez pokrzywdzonego usług seksualnych, ogłoszenia – dodajmy – zawierającego wizerunek pokrzywdzonego i jego dane kontaktowe (np. numer telefonu i adres zamieszkania), przy jednoczesnej możliwości przewidzenia (a być może nawet z zamiarem), że ten targnie się w następstwie tego na własne życie, a jednocześnie – bez zamiaru bezpośredniego wyrządzenia mu (pokrzywdzonemu) szkody osobistej czy majątkowej.

Czy wszystkie z wyżej wymienionych sytuacji rzeczywiście mogłyby się wydarzyć? Czy przypadki tego rodzaju mogłyby zostać w ogóle wykryte? Rzecz jasna, nie sposób tego w żaden sposób przesądzić. Wydaje się jednak, że konieczność należytej ochrony zdrowia i życia człowieka wymaga ich zakazania i to pod groźbą odpowiednio surowej sankcji; przynajmniej w tych przypadkach, w których sprawcy towarzyszy zamiar doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (kryminalizacja zachowań doprowadzających człowieka do targnięcia się na własne życie, którym nie towarzyszyłby zamiar sprawcy doprowadzenia pokrzywdzonego do takiego właśnie zachowania, mogłaby bowiem budzić sporo wątpliwości).

Abstract

Konrad Burdziak, *Proposal for Amendment to Article 151 of the Polish Criminal Code*

In this paper the author presents a proposal for amendment to Article 151 of the Polish Criminal Code by rephrasing it as follows: 'Article 151 § 1. Anyone who causes a person to make an attempt on his/her own life shall be liable to the penalty of imprisonment for between one and eight years. § 2. If the perpetrator of the act specified in § 1 voluntarily prevented the death of the person he/she had cause to make an attempt on his/her own life, the court may apply an extraordinary mitigation of the penalty, or waive the penalty altogether.'. The proposed amendment is justified with the continuously growing number of behaviours causing persons to attempt to take their own lives (which relates to technological advancements, in particular in terms of the development of means of mass communication) and the need to ensure proper legal protection of any person's life and health.

Keywords: Article 151 of the Polish Criminal Code, suicide, causing a person to make an attempt on his/her own life, cyber harassment

Streszczenie

Konrad Burdziak, *Propozycja nowelizacji art. 151 Kodeksu karnego*

W niniejszym opracowaniu przedstawiono propozycję zmiany art. 151 Kodeksu karnego poprzez nadanie mu następującego brzmienia: „Art. 151 § 1. Kto doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 8. § 2. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 dobrowolnie zapobiegł śmierci osoby, którą doprowadził do targnięcia się na własne życie, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia”. Propozycję nowelizacyjną uzasadniono

faktem poszerzania się katalogu zachowań mogących doprowadzić człowieka do targnięcia się na własne życie (faktem związanym przede wszystkim z rozwojem nowych technologii, w szczególności zaś – z rozwojem środków masowego komunikowania) oraz koniecznością zapewnienia należytej, prawnej ochrony życia i zdrowia człowieka.

Słowa kluczowe: art. 151 k.k., samobójstwo, doprowadzenie do samobójstwa, cyberprzemoc

Literatura:

1. Burdziak K., *Doprowadzenie człowieka do targnięcia się na własne życie – analiza prawnokarna* [w:] *W drodze do brzegu życia*, t. XV, red. E. Krajewska-Kułak, C.R. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kułak, Białystok 2017;
2. Burdziak K., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2014 roku, sygn. IV KK 316/13*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2015, nr 3;
3. Burdziak K., *Internet jako nowe-stare zagrożenie bezpieczeństwa. Prawnokarne rozważania na temat wpływu Internetu na liczbę samobójstw w Polsce* [w:] *Nowe zagrożenia bezpieczeństwa. Wyzwania XXI wieku*, red. K. Hennig, Kraków 2015;
4. Burdziak K., *Kierowanie wykonaniem samobójstwa i polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2014, nr 4;
5. Burdziak K., *Kilka słów o potrzebie zreformowania art. 151 k.k.* [w:] *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014;
6. Burdziak K., *Pochwalanie samobójstwa za pomocą środków masowego komunikowania* [w:] *W drodze do brzegu życia*, t. XVI, red. E. Krajewska-Kułak, C.R. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kułak, Białystok 2018;
7. Burdziak K., *Przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z art. 151 Kodeksu karnego*, Acta Iuris Stetinensis 2015, nr 10;
8. Burdziak K., *Samobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2019;
9. Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 2000;
10. Dyrła-Mularczyk K., Pluciński M., *Cyberbullying i agresja elektroniczna jako współczesne zagrożenia dla komunikacji w sieci*, Terazniejszość–Człowiek–Edukacja 2017, nr 4;
11. Jarosz M., *Samobójstwa. Dlaczego teraz?*, Warszawa 2013;
12. Mozgawa M., *Komentarz do art. 189 k.k.* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany [online]*. System Informacji Prawnej LEX, 19.12.2018 r. Dostępny na stronie: <https://sip.lex.pl/#/commentary/587737034/578872>;
13. Mozgawa M., Bachmat P., *Przestępstwo doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (art. 151 k.k.) – analiza akt sądowych*, Warszawa 2016;
14. Pohl Ł., *Kierowanie wykonaniem samobójstwa oraz polecenie jego wykonania w polskim prawie karnym (analiza de lege lata i postulaty de lege ferenda)* [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger, Lublin 2011;
15. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2015;
16. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007;
17. Pyżalski J., *Agresja elektroniczna dzieci i młodzieży – różne wymiary zjawiska*, Dziecko Krzywdzone 2009, nr 1;
18. Pyżalski J., *Agresja elektroniczna wśród dzieci i młodzieży*, Sopot 2011;
19. Safjan M., *Realne i wirtualne*, Newsweek 2008, nr 25;
20. Walrave M., Heirman W., *Skutki cyberbullyingu – oskarżenie czy obrona technologii?*, Dziecko Krzywdzone 2009, nr 1;
21. Wojtasik Ł., *Przemoc rówieśnicza z użyciem mediów elektronicznych – wprowadzenie do problematyki*, Dziecko Krzywdzone 2009, nr 1.

Dominika Boniecka*

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 17.04.2018 r., V KK 469/17**1

Głosowane orzeczenie zostało sformułowane na podstawie następującego stanu faktycznego.

Przed Sądem Okręgowym w P. toczyło się postępowanie karne przeciwko D.G., któremu zarzucono popełnienie przestępstwa z art. 286 § 1 Kodeksu karnego² i art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i art. 270 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. Wyrokiem z 9.09.2016. D.G. został uznany za winnego zarzucanych mu czynów, za co został skazany na karę 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywny w wysokości 300 stawek dziennych po 15 zł każda. Ponadto, sąd orzekł również na podstawie art. 46 § 1 k.k. o obowiązku naprawienia szkody na rzecz pokrzywdzonych.

Wyrokiem z 27.04.2017 r. Sąd Apelacyjny w P. utrzymał w mocy zaskarżony wyrok sądu I instancji. Kasację od przedmiotowego orzeczenia wniósł obrońca D.G., który podniósł zarzut rażącego naruszenia art. 377 § 4 Kodeksu postępowania karnego³ oraz art. 6 k.p.k. mającego istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez pozbawienie oskarżonego prawa do obrony na skutek odstąpienia od zasady bezpośredniości. Obrońca oskarżonego podniósł, że naruszenie to nastąpiło poprzez odstąpienie od bezpośredniego przeprowadzenia dowodu z wyjaśnień współoskarżonego P.Ł. na rozprawie, konsekwencją czego było dokonanie ustaleń faktycznych, wskazujących na winę oskarżonego w istotnym zakresie w oparciu o wyjaśnienia P.Ł. przy jednoczesnym uniemożliwieniu D.G. zadawania pytań oraz odnoszenia się do treści jego wyjaśnień złożonych na rozprawie, co mogło mieć istotny wpływ na treść wyroku. Na tej podstawie obrońca wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu w P. do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. Prokurator natomiast wnioskował o oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej.

Sąd Najwyższy (dalej SN) uznał przedmiotową kasację za oczywiście bezzasadną, podnosząc, że obrońca oskarżonego nie wskazał żadnego rażącego naruszenia

* Mgr Dominika Boniecka jest asystentem w Katedrze Prawa Karnego Procesowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Szczecińskiego, Polska, ORCID 0000-0002-1376-788X, e-mail: dominika.boniecka@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 5.10.2018 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 7.03.2019 r.

¹ LEX nr 2488978.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.) – dalej k.k.

³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.) – dalej k.p.k.

prawa, które mogłoby stanowić podstawę do uznania kasacji za skuteczną na podstawie art. 523 § 1 k.p.k.

W ocenie SN w analizowanej sprawie nie doszło do rażącego naruszenia przepisów prawa mającego istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, a co więcej nie doszło w ogóle do naruszenia dyspozycji art. 377 § 4 k.p.k. oraz art. 6 k.p.k. polegającego na pozbawieniu oskarżonego D.G. prawa do obrony na skutek odstąpienia od bezpośredniego przeprowadzenia dowodu z wyjaśnień współoskarżonego na rozprawie. Z powyższym stanowiskiem SN należy się zgodzić.

Rozważania na tle głosowanego orzeczenia należy rozpocząć od wskazania, czym jest zasada bezpośredniości oraz jakie istnieją od niej wyjątki.

Mianowicie „bezpośredniość dowodów” jest pojęciem niedookreślonym, z uwagi na fakt wieloznaczności pojęcia „dowód”. Ma to istotne przełożenie na kształtowanie definicji zasady bezpośredniości przez różnych autorów, albowiem mimo że trzon stanowi to samo żądanie bezpośredniości dowodów, to jednak różnią się między sobą niekiedy dość istotnie⁴.

Według T. Nowaka zasada bezpośredniości to ogólne zalecenie dla sądu, innych organów procesowych i stron procesowych, aby w toku rozprawy sądowej sąd korzystał z takiego materiału dowodowego, który jest najbliższy poznawanemu zdarzeniu faktycznemu, a który powinien być przeprowadzony wobec całego składu sędziowskiego, gdzie zarówno sąd, jak i strony procesowe mają możliwość zetknięcia się ze źródłem oraz środkiem dowodowym⁵. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada bezpośredniości wyraża dyrektywę orzekania na podstawie dowodów bezpośrednio przeprowadzonych na rozprawie głównej, a gdy jest to faktycznie niemożliwe – orzekania na podstawie jak najmniejszej liczby ogniw pośrednich w postępowaniu dowodowym⁶. Według M. Cieślaka zasadę bezpośredniości można określić jako dyrektywę stanowiącą, że organy procesowe powinny opierać swoje ustalenia faktyczne w miarę możliwości na dowodach pierwotnych, unikając przy tym zastępowania dowodów pierwotnych dowodami pochodnymi⁷. Dowód pierwotny stwarza lepsze warunki poznania prawdy, albowiem istnieje mniejsze niebezpieczeństwo zniekształceń na płaszczyźnie spostrzegania, zapamiętywania oraz odtwarzania uprzednio poczynionych spostrzeżeń. Jeżeli występuje dowód pochodny, to ryzyko zniekształceń jest większe⁸. W obliczu powyższego należy bowiem wskazać, że ważne jest, aby organ procesowy zetknął się bezpośrednio z dowodami stanowiącymi podstawę ustaleń faktycznych, natomiast podstawę orzeczenia stanowił dowód pierwotny, czyli taki, który pochodzi od źródła, które bezpośrednio zetknęło się z udowodnianym faktem. Nie chodzi przy tym o przeciwstawianie dowodów bezpośrednich dowodom pośrednim, albowiem aktualnie obowiązujące prawo dowodowe nie przywidywa możliwości wartościowania dowodów, a zatem ową bezpośredniość należy odnosić do dostępu do źródła dowodowego oraz kontaktu organu procesowego z dowodem⁹. Co więcej, w analizowanej zasadzie

⁴ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym. Dzieła wybrane*, Kraków 2012, s. 171.

⁵ T. Nowak, *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971, s. 45.

⁶ J. Skorupka, *Proces karny*, Warszawa 2018, s. 188.

⁷ M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Kraków 2011, s. 330.

⁸ K. Marszał, J. Zagrodnik, *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 107.

⁹ D. Świecki, *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym. Analiza dogmatyczno-prawna*, Warszawa 2013, s. 20.

nie chodzi również o to, aby sędzia zetknął się w sposób fizycznie bezpośredni z faktami, co do których należy osiągnąć prawdę, gdyż łącznikiem występującym między sędzią a poznawaną rzeczywistością są dowody jako źródła informacji¹⁰. Chociaż w doktrynie nie ma zgody co do liczby części składowych zasady bezpośredniości, to aprobatę większości uzyskał pogląd o trzech dyrektywach składających się na niniejszą zasadę¹¹. Zaliczyć do nich należy postulat opierania przez sąd wszelkich rozstrzygnięć wyłącznie na dowodach przeprowadzonych na rozprawie, po drugie postulat bezpośredniego przeprowadzenia dowodu przez sąd i wreszcie postulat dokonywania przez sąd ustaleń faktycznych na podstawie dowodu pierwotnego¹². Według W. Daszkiewicza powyższe dyrektywy znajdują oparcie w przepisach Kodeksu postępowania karnego, różne są jedynie sposoby ich wyrażenia¹³. Pierwsza z nich, w świetle której sąd powinien opierać się wyłącznie na dowodach przeprowadzonych na rozprawie, została wysłowiona w art. 410 k.p.k.¹⁴ Chodzi mianowicie o to, że podstawę wyroku może stanowić tylko całokształt okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej. Przez „ujawnienie okoliczności” należy rozumieć zarówno te, które sąd ustalił bezpośrednio na podstawie przeprowadzonych dowodów, jak i takie, które przeprowadzono na rozprawie w sposób pośredni¹⁵. Dopiero wszechstronna ocena wszystkich dowodów – zarówno tych, które potwierdzają tezę oskarżonego, jak i tych, które ją podważają – może doprowadzić do wykrycia prawdy i poczynienia prawidłowych ustaleń w tym zakresie¹⁶. W kontekście drugiej dyrektywy należy wskazać, że nie ma przepisu, który *expressis verbis* wypowiadałby taką normę, niemniej wynika ona w sposób pośredni z przepisów przewidujących wyjątki, w których wolno sądowi poprzestać na pośrednim zapoznaniu się ze środkiem dowodowym. Przeprowadzenie dowodu bezpośrednio przed sądem orzekającym pozwala odnosić wrażenia, które torują drogę do właściwej ocen przeprowadzonych dowodów¹⁷. Jednakże w kontekście niniejszego, A. Gaberle zwrócił szczególną uwagę na fakt, że zachowanie świadka w trakcie przesłuchania i towarzyszące temu okoliczności mogą mieć istotne znaczenie pod względem realizacji zasady swobodnej oceny dowodów. Natomiast przy zasadzie bezpośredniości akcent pada nie na okoliczności zapoznania się przez sąd ze środkiem dowodowym, lecz na jego jakości¹⁸. Tym samym rozróżnienie to posiada walor praktyczny, zwłaszcza w aspekcie polskiego modelu kontroli instancyjnej¹⁹. Normę stanowiącą podstawę trzeciej dyrektywy W. Daszkiewicz wyprowadził z art. 7 k.p.k., w świetle którego sędziowie powinni orzekać „z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego”. To właśnie na podstawie „doświadczenia życiowego” można przyjąć – według autora – twierdzenie, że dowody pierwotne są na ogół

¹⁰ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 103.

¹¹ D. Świecki, *Bezpośredniość...*, s. 22.

¹² D. Świecki, *Bezpośredniość...*, s. 22.

¹³ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*. t. I, Bydgoszcz 2000, s. 108.

¹⁴ W. Daszkiewicz, *Prawo...*, t. I, s. 108.

¹⁵ D. Świecki, *Bezpośredniość...*, s. 25.

¹⁶ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 537.

¹⁷ K. Marszał, *Proces karny*, Warszawa 2017, s. 64.

¹⁸ A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 78.

¹⁹ A. Gaberle, *Dowody...*, s. 78.

lepsze od dowodów pochodnych²⁰. Zasada bezpośredniości ma za zadanie stworzyć najbardziej zbliżoną do prawdy podstawę faktyczną rozstrzygnięcia²¹.

W kontekście analizowanej sprawy należy zwrócić szczególną uwagę na treść dwóch przepisów. Po pierwsze, mowa jest o przepisie art. 392 k.p.k., który przewiduje możliwość odczytania na rozprawie główniej protokołów przesłuchania świadków i oskarżonych, sporządzonych w postępowaniu przygotowawczym lub przed sądem albo w innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę, gdy bezpośrednio przeprowadzenie dowodu nie jest niezbędne, a żadna ze stron się temu nie sprzeciwia (wszystkie podkr. – autorki). Warunki te różnią się od przewidzianych w Kodeksie z 1969 r., przez co wskazuje się, że poczynione zmiany miały na celu wzmocnienie zasady bezpośredniości²². Przepis ten zatem będzie miał zastosowanie w postępowaniu zwyczajnym, gdy oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień przed sądem, a nie zachodzą przy tym podstawy do rozpoznania sprawy pod nieobecność oskarżonego w trybie art. 377 § 3 k.p.k.²³ Po drugie, należy zwrócić też uwagę na treść przepisu art. 377 § 4 k.p.k., który stanowi, że jeżeli oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień przed sądem, to można skorzystać z pomocy prawnej w przeprowadzeniu dowodu lub uznać za wystarczające odczytanie poprzednio złożonych przez oskarżonego wyjaśnień. Ustawodawca nie wskazał jednak w powyższym przepisie, o jakie wyjaśnienia chodzi²⁴.

W przytoczonych przepisach ustawodawca posłużył się sformułowaniami „nie jest niezbędne” oraz „uznać za wystarczające”, co pozwala przyjąć, że każdorazowo to sąd będzie oceniał wartość złożonych przez oskarżonego wyjaśnień oraz ich wpływ na dalszy przebieg sprawy, a co za tym idzie będzie decydował w sposób swobodny, czy uznać za wystarczające odczytanie wyjaśnień oskarżonego złożonych przez niego na określonym etapie postępowania. W niniejszym kontekście na powołanie zasługują również rozważania D. Świeckiego, który wskazał, że przytoczony powyżej bezosobowy zwrot „uznać za wystarczające odczytanie jego poprzednio złożonych wyjaśnień” nie wskazuje ani do kogo należy decyzja tym przedmiocie, ani też kto w przypadku jej podjęcia odczytuje poprzednio złożone wyjaśnienia²⁵. Sąd Najwyższy podniósł ponadto, że skoro sąd podejmuje decyzję o przeprowadzeniu rozprawy pod nieobecność oskarżonego, to jednocześnie uznaje, iż wystarczające jest odczytanie jego wyjaśnień. Takie zgeneralizowane podejście może oczywiście nastroczać pewne wątpliwości chociażby w kontekście realizacji gwarancji procesowych oskarżonego, niemniej należy mieć na uwadze, że każda sprawa, która zawiśła przed sądem jest inna i nie w każdej sprawie takie założenie będzie miało rację bytu.

W analizowanej sprawie SN wskazał jednak, że wyjaśnienia złożone przez jednego ze współoskarżonych w toku postępowania przygotowawczego były szczegółowe,

²⁰ W. Daszkiewicz, *Prawo...*, s. 108.

²¹ H. Paluszkiwicz, *Zasada bezpośredniości* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 1013.

²² M. Czajka, *Czynności dowodowe sądu w postępowaniu przygotowawczym a niektóre aspekty realizacji zasady bezpośredniości w k.p.k. z 1997 roku* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 597–598.

²³ D. Świecki, *Bezpośredniość...*, s. 177.

²⁴ D. Świecki, *Bezpośredniość...*, s. 175.

²⁵ D. Świecki, *Komentarz aktualizowany do art. 377 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, t. 1, red. D. Świecki, Warszawa 2017, s. 1266.

zawierały bowiem wskazanie licznych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Co więcej, owe wyjaśnienia w toku weryfikacji znalazły potwierdzenie w szeregu innych zgromadzonych w sprawie dowodów.

Powyższe wątpliwości podzielił również Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu, wskazując, że poprzestanie na odczytaniu wyjaśnień głównego źródła dowodowego może w pewnych sytuacjach doprowadzić do naruszenia prawa do obrony. Do takiego naruszenia mogłoby dojść w sytuacji, w której oskarżony zostałby pozbawiony możliwości konfrontacji z innymi dowodami potwierdzającymi jego sprawstwo. Nie ulega jednak wątpliwości, że art. 374 k.p.k. może wpływać na interpretację powyższych przepisów. Artykuł 374 § 1 zd. 1 k.p.k. wprowadził modelową zmianę w zakresie udziału oskarżonego w rozprawie głównej. Stanowi odwrócenie dotychczasowej podstawowej reguły i przewiduje prawo oskarżonego do udziału w rozprawie²⁶. Niejako na marginesie należy tu wspomnieć o szczególnym obowiązku spoczywającym na przewodniczącym, który po przesłuchaniu oskarżonego jest obowiązany pouczyć oskarżonego o prawie zadawania pytań osobom przesłuchiwanym oraz składania wyjaśnień co do każdego dowodu w świetle przepisu art. 386 § 1 i 2 k.p.k. Brak takiego pouczenia stanowi rażące uchybienie procesowe, i chociaż ustawodawca nie uczynił z niego bezwzględnej przyczyny odwoławczej, to pociąga ono za sobą domniemanie, że bez pouczenia oskarżony nie skorzystałby w pełni z przysługujących mu uprawnień²⁷.

Kolejne odstępstwo od zasady bezpośredniości przewiduje wskazany powyżej art. 392 § 1 k.p.k., który pozwala na odczytanie protokołów z przesłuchań świadków oraz oskarżonych. Z przedmiotowego przepisu nie wynika jednak wprost, że chodzi o sytuację, gdy oskarżony nie stawił się na rozprawę, tak jak zostało to unormowane we wcześniej analizowanym przepisie art. 377 § 4 k.p.k. Przepis ten może mieć zastosowanie po pierwsze w razie niestawiennictwa oskarżonego na rozprawie, a bezpośrednie przeprowadzenie dowodu nie jest niezbędne, a po drugie – w odniesieniu do etapu przebiegu rozprawy, na którym wyjaśnienia oskarżonego podlegają odczytaniu²⁸. Z art. 392 § 1 k.p.k. wynikają dwa warunki, których kumulatywne spełnienie umożliwia jego zastosowanie, mianowicie bezpośrednie przesłuchanie świadka lub oskarżonego nie jest niezbędne, a także nie ma sprzeciwu obecnych stron. O ile pierwszy warunek został pozostawiony do uznania sądu, o tyle w przypadku drugiego warunku sprzeciw którejkolwiek ze stron, której dotyczą zeznania lub wyjaśnienia wiąże się z koniecznością bezpośredniego przesłuchania świadka lub oskarżonego na rozprawie. W kontekście powyższego należy też podkreślić, że w literaturze podnoszone są głosy krytyczne w kwestii rozwiązania nieobecności oskarżonego na rozprawie, albowiem wskazuje się, iż prowadzenie rozprawy podczas nieobecności oskarżonego „jest zawsze ograniczeniem w takim wypadku jej kontrydiktoryjności i powinno być traktowane jako swego rodzaju zło konieczne”²⁹.

²⁶ A. Sakowicz, *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, s. 928–950.

²⁷ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny*, Warszawa 2016, s. 310.

²⁸ D. Świecki, *Komentarz aktualizowany do art. 392 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, t. 1, red. D. Świecki, s. 1350–1351.

²⁹ R. Ponikowski, J. Zagrodnik, *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 897–946.

W kontekście naruszenia prawa do obrony SN wskazał, że okoliczność naruszenia przedmiotowego prawa została podniesiona dopiero w postępowaniu odwoławczym, a następnie kasacyjnym po wydaniu przez sąd I instancji rozstrzygnięcia niekorzystnego dla D.G. Taki stan rzeczy z kolei został odebrany przez Sąd Najwyższy jako przejaw taktyki obrony oskarżonego, albowiem w toku postępowania przed sądem I instancji odstępianie od bezpośredniego przesłuchania jednego ze współoskarżonych ocenione zostało przez obronę jako korzystniejsze dla D.G.

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia prawa do obrony, albowiem zrealizowane zostały uprawnienia oskarżonego odpowiadające standardom prawa do obrony, które wypracowane zostały na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC) w Strasburgu. Wskazuje się, że jako najbardziej istotne z punktu widzenia możliwości aktywnej formy realizacji prawa do obrony należy uznać prawo do składania wniosków o wykonanie czynności dowodowej, prawo zadawania pytań podmiotom przesłuchiwanym, wypowiedzania się co do przeprowadzanego dowodu czy zaskarżania orzeczeń³⁰. W świetle orzecznictwa ETPC art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³¹ chociaż przed skazaniem oskarżonego wszystkie dowody przeciwko niemu muszą zostać przedstawione w jego obecności na jawnej rozprawie, z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, to wyjątki od tej zasady są możliwe tak długo, jak długo nie naruszają prawa do obrony³². Przepis art. 6 ust. 3 lit. c jest źródłem trzech ważnych gwarancji składających się na prawo do obrony: prawa do bronięcia się osobiście, prawa do korzystania z pomocy obrońcy własnego wyboru oraz prawa do bezpłatnej pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu³³. W kontekście niniejszego istotne jest zatem, aby oskarżony miał zapewnioną odpowiednią i właściwą możliwość zakwestionowania zeznań i przesłuchania świadka zeznającego przeciwko niemu, czy to w chwili składania przez świadka zeznań czy też na późniejszym etapie postępowania. Zapewnienie rzetelnego procesu wymaga w pierwszej kolejności wysłuchania oskarżonego oraz umożliwienia mu realizacji jego uprawnień procesowych³⁴. W przedmiotowej sprawie – jak podniósł SN – zeznania współoskarżonego znalazły swoje potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym mimo to, że zarzut rażącego naruszenia prawa do obrony został podniesiony dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Reasumując powyższe rozważania, należy wskazać, że stanowisko Sądu Najwyższego w analizowanej sprawie zasługuje na aprobatę. Niewątpliwie zarzuty podniesione przez obronę były chybione i sprowadzały się wyłącznie do polemiki, albowiem po pierwsze, nie doszło do naruszenia zasady bezpośredniości w obliczu sytuacji, w której w gestii sądu pozostaje decyzja, czy uznać za wystarczające odczytanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego na etapie postępowania

³⁰ D. Świecki, *Komentarz aktualizowany do art. 6 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 57.

³¹ 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.).

³² Zob. wyroki ETPC: z 23.04.1997 r., 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93, Van Mechelen; z 9.01.2009 r., 47986/99, Gossa przeciwko Polsce (wszystkie wyroki ETPC są dostępne na stronie HUDOC).

³³ P. Hofmański, A. Wróbel, *Komentarz do art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 241.

³⁴ Zob. wyrok ETPC z 23.02.1994 r., 16757/90, Stanford przeciwko Wielkiej Brytanii.

przygotowawczego. Po drugie należy uznać, że nie doszło do naruszenia prawa do obrony w obliczu środków równoważących, polegających na wnikliwej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co do którego oskarżony miał możliwość odniesienia się w sposób bezpośredni.

Summary

Dominika Boniecka, Commentary on Supreme Court Decision of 17 April 2018, V KK 469/17

The commented decision concerns the right of defence, from the perspective of giving up the direct taking of evidence from the statement of the co-accused at the hearing. In literature, it is indicated that the principle of direct adduction consists of three directives. Firstly, the court is required to base any of its decisions only on evidence taken at the hearing. Secondly, the court has to take evidence directly. Finally, the court is to make findings of fact based on initial evidence.

In the analysed case, one should agree with the Supreme Court that the principle of direct adduction was not breached since it remains in the court's discretion to decide whether to consider sufficient reading out of the statement given by the defendant at the pre-trial phase. Moreover, there has been no breach of the right of defence also considering the balancing measures consisting in an in-depth analysis of the evidence gathered in the case, to which evidence the defendant had the opportunity to directly refer.

Keywords: right of defence, defendant, the principle of direct adduction [of evidence]

Streszczenie

Dominika Boniecka, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 17.04.2018 r., V KK 469/17

Głosowane orzeczenie odnosi się do kwestii prawa do obrony rozpatrywanego przez pryzmat odstąpienia od bezpośredniego przeprowadzenia dowodu z wyjaśnień współoskarżonego na rozprawie. W doktrynie wskazuje się, że na zasadę bezpośredniości składają się trzy dyrektywy, po pierwsze postulat opierania przez sąd wszelkich rozstrzygnięć wyłącznie na dowodach przeprowadzonych na rozprawie, po drugie postulat bezpośredniego przeprowadzenia dowodu przez sąd i wreszcie po trzecie – postulat dokonywania przez sąd ustaleń faktycznych na podstawie dowodu pierwotnego.

W analizowanej sprawie należy się zgodzić z Sądem Najwyższym, bowiem nie doszło do naruszenia zasady bezpośredniości w obliczu sytuacji, w której w gestii sądu pozostaje decyzja, czy uznać za wystarczające odczytanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego na etapie postępowania przygotowawczego. Ponadto nie doszło do naruszenia prawa do obrony również w obliczu środków równoważących, polegających na wnikliwej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, co do którego oskarżony miał możliwość odniesienia się w sposób bezpośredni.

Słowa kluczowe: prawo do obrony, oskarżony, bezpośredniość dowodów

Literatura:

1. Cieślak M., *Polska procedura karna*, Kraków 2011;
2. Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym. Dzieła wybrane*, Kraków 2012;

3. Czajka M., *Czynności dowodowe sądu w postępowaniu przygotowawczym a niektóre aspekty realizacji zasady bezpośredniości w k.p.k. z 1997 roku* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośa*, Warszawa 2000;
4. Daszkiewicz W., *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. I, Bydgoszcz 2000;
5. Gaberle A., *Dowody w sądowym procesie karnym*, Warszawa 2010;
6. Grzegorzczuk T., Tylman J., *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014;
7. Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014;
8. Hofmański P., Wróbel A., *Komentarz do art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010;
9. Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014;
10. Marszał K., Zagrodnik J., *Proces karny*, Warszawa 2017;
11. Nowak T., *Zasada bezpośredniości w polskim procesie karnym*, Poznań 1971;
12. Paluszkiwicz H., *Zasada bezpośredniości* [w:] *System Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014;
13. Ponikowski R., Zagrodnik J., *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018;
14. Sakowicz A., *Komentarz aktualizowany do art. 374 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018;
15. Skorupka J., *Proces karny*, Warszawa 2018;
16. Świecki D., *Komentarz aktualizowany do art. 377 Kodeksu Postępowania Karnego* [w:] *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, t. 1, red. D. Świecki, Warszawa 2017;
17. Świecki D., *Bezpośredniość czy pośredniość w polskim procesie karnym. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2013;
18. Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny*, Warszawa 2016.

Bartłomiej Oręziak, Joanna Repeć, Dorota Sobczak*

Sprawozdanie z konferencji „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”**

SPRAWOZDANIE

Międzynarodowa konferencja naukowa „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” została zorganizowana przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości 7 grudnia 2018 r.¹ Wydarzenie to zostało objęte patronatem honorowym Ministra Sprawiedliwości Polski – Zbigniewa Ziobry, który dokonał jego oficjalnej inauguracji. Konferencja dotyczyła zarówno tytułowych zagadnień zgłębianych w trakcie realizacji projektu badawczego, jak i problemów zidentyfikowanych w toku jego realizacji, a ponadto prezentacji jego dotychczasowych rezultatów.

W wydarzeniu wzięli udział profesorowie z najważniejszych ośrodków badawczych na świecie, w tym Paul M. Healey z Harvard Business School, Roland Stephen ze Stanford Research Institute, Michael Siegel z Massachusetts Institute of Technology oraz Mike Rosenberg i Mireia Las Heras z IESE Business School. Wśród uczestników znalazły się osoby piastujące najważniejsze funkcje w swoich organizacjach, reprezentanci międzynarodowych instytucji, menedżerowie wysokiego szczebla spółek państwowych oraz przedstawiciele administracji rządowej i organów ścigania.

Motywnym przewodnim wydarzenia były nowoczesne technologie oraz rozwiązania prawne i organizacyjne wykorzystywane przez administracje wysoko rozwiniętych państw oraz największe korporacje międzynarodowe badane w kontekście zapobiegania przyczynom przestępczości.

* Mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com; Joanna Repeć jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, e-mail: repecjoanna@gmail.com; mgr Dorota Sobczak jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu im. Jana Pawła II, Polska, e-mail: dorotasobczak94@gmail.com

** Data zgłoszenia tekstu: 30.01.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.02.2019 r.

¹ Angielska wersja sprawozdania zob. „Prawo w Działaniu” 2019/38, s. 159–170.

Dyskusja objęła cztery obszary tematyczne: finanse, energetyka, ubezpieczenia oraz zarządzanie ludźmi w organizacji. Debatowano m.in. nad kwestiami zarządzania strategicznego, analizy problemu przestępczości, zastosowania nowych technologii w zarządzaniu operacjami, dostępności rozwiązań problemów przestępczości na świecie, tworzenia strategicznych scenariuszy na przyszłość i innowacyjnych strategii rozwoju gospodarczego oraz wdrożenia wypracowanych rozwiązań do polskiego systemu prawnego.

Jako pierwszy w trakcie konferencji wystąpił **Dr Marcin Romanowski – Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości**. Powitał on w imieniu Instytutu obecnych reprezentantów administracji rządowej, prelegentów oraz wszystkich przedstawicieli nauki, gospodarki administracji publicznej oraz organów ochrony prawnej. Następnie Dyrektor Instytutu poprosił o zabranie głosu Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego Rzeczypospolitej Polskiej Zbigniewa Ziobrę.

Pan Minister Zbigniew Ziobro przywitał wszystkich zgromadzonych gości i zaznaczył, że jest to dla niego ogromny zaszczyt móc wystąpić przed gronem tak wybitnych naukowców, przedstawicieli praktyki i sektorów administracji polskiego państwa i gospodarki.

Podkreślił, że konferencja jest niezwykle ważnym wydarzeniem, ponieważ wieńczy niezwykle istotny projekt badawczy, związany ze sferą prawa, gospodarki i nowoczesnej technologii. Szef resortu sprawiedliwości zauważył, że te trzy przestrzenie w sposób naturalny przenikają się i tworzą związek nierozzerwalny, który wymaga globalnego podejścia w trakcie badań. Potrzebne jest spojrzenie bardziej ogólne i kompleksowe niż ocena dokonywana wyłącznie z perspektywy jednej dziedziny, np. tej do której odnosi się głównie dana specjalizacja.

Minister przekonywał, że dobry system prawny to takie prawo, które potrafi podążać za nowoczesną gospodarką, za nowoczesną technologią. Zauważył przy tym, że byłoby oczywiście rzeczą idealną, gdyby udało się stworzyć tego rodzaju system tworzenia prawa, w którym twórcy prawa, legislatorzy, naukowcy, wybitni profesorowie, praktycy byłiby w stanie w swoich badaniach wyprzedzić nawet rozwój technologii, wyprzedzić wyzwanie gospodarki. Odwołując się do swojego bogatego doświadczenia w sferze działania publicznej, w tym piastowania po raz drugi funkcji szefa resortu sprawiedliwości oraz udziału w procesie legislacyjnym w parlamentach polskim i europejskim, Minister wyraził opinię, że to jest idealny stan rzeczy, do którego możemy podążać, w zupełności raczej nieosiągalny. Zauważył, że nawet najwybitniejszy umysł nie jest w stanie wyprzedzić wyzwań, jakie przynosi praktyka stosowania prawa i rzeczywistość społeczna. Meandrów, które związane są z wyzwaniami – wynikającymi choćby z rozwoju nowoczesnej technologii – nie jest w stanie na przyszłość wyobrazić sobie najwybitniejszy prawnik bądź teoretyk prawa.

Mając na uwadze powyższe względy, zauważył następnie, że spotkanie naukowców, spotkanie prawników, spotkanie ludzi będących specjalistami w sferze rozwoju nowoczesnej technologii, wreszcie spotkanie praktyków gospodarki jest ważne, aby można było z rozwojem prawa nadążać za rozwojem technologii i za potrzebami innowacyjnej gospodarki.

Minister Zbigniew Ziobro zauważył także, że również nasze działania legislacyjne dotyczące nie tylko tych dziedzin, które są zasadniczym przedmiotem

niniejszej konferencji i projektu badawczego, ale generalnie podejmowane na bieżąco zagadnienia legislacyjne, są zwykle reaktywne. Podkreślił, że zwykle reagujemy na pewną diagnozę rzeczywistości, która może wyprzedzać dotychczasową legislację i najcięższe umysły prawnicze, rodząc potrzebę zareagowania. Jednocześnie – na ile się da – konieczne jest podejmowanie efektywnych prób przewidywania skutków przyszłości oraz wyprzedzania ich tam, gdzie jest to możliwe, bo nie będzie to możliwe wszędzie.

Minister Sprawiedliwości powiedział, że ogromnie ceni sobie ten projekt, który podjął Instytut Wymiaru Sprawiedliwości i uważa go za niezwykle wartościowy. Dodał, że jest przekonany, iż łączenie tych trzech dyscyplin – tj. pochylenie się nad nowoczesnymi technologiami, pokazywanie wyzwań technologicznych, które przed nami stoją, jak też pokazywanie zagrożeń, które są z tym związane – daje szanse praktykom, daje także szanse teorii prawa, legislacji. Umożliwia przy tym przygotowanie rozwiązań prawnych, które będą pomocne z jednej strony w udoskonaleniu funkcjonalności gospodarki, jak i uproszczaniu systemu skutkującego tym, że gospodarka jest oparta na jasnym i stabilnym prawie. Z drugiej strony umożliwiają też zapobieganie patologiom i przestępczości.

Szef resortu sprawiedliwości nie krył przy tym tego, że jak długa jest historia świata, tak świat składa się z ludzi o różnych motywacjach – i tych szlachetnych, i tych gotowych do myślenia w kategoriach dobra ogólnego, ale i takich, którzy myślą jak wykorzystać okazje, wykorzystać innych dla realizacji swoich partykularnych celów, często sprzecznych z dobrem ogólnym. W tym prowadzenia działań, które też ustawodawca kwalifikuje jako działalność przestępczą. Z tego powodu Minister zauważył, że dla państwa jest niezwykle istotne, aby jego struktury i prawo mogły podążać za rozwojem świata technologii i mogły reagować, jeżeli sytuacja tego wymaga. Odpowiednie działania powinny być podejmowane również w drodze przygotowania systemu norm prawnych, który pozwoli zarówno skutecznie dbać o interesy gospodarki oraz firm przedsiębiorców, jak też i zwykłych ludzi – obywateli, z których interesami wszystko to powinno być kompatybilne, tak, aby ten wolny rynek rzeczywiście był wolny. Wolny też od patologii na tyle, na ile jest to możliwe. Podkreślił, że dla nas i dla niego, jako Ministra Sprawiedliwości–Prokuratora Generalnego, to podstawowy punkt widzenia. Następnie Minister podkreślił, że w taki właśnie sposób państwo stara się reagować, w tym przez przygotowanie legislacji w różnych dziedzinach, reagowanie na nowe formy przestępczości, które wykorzystują nowoczesne technologie, np. karuzele watowskie, w którym to obszarze rząd odniósł duży sukces. Istotną rolę odegrała tu ciężka praca wielu osób z Ministerstwa Sprawiedliwości i Prokuratury Generalnej, jak również inne przestrzenie związane z nowoczesnymi technologiami – jak choćby projekt, który kilka dni wcześniej wypłynął z Ministerstwa Sprawiedliwości, a dotyczący poprawienia i zapewnienia efektywności zasad odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych. Zauważył on przy tym, że często naruszenia są związane z cyberprzestępczością, tj. właśnie ze sferą działalności przedsiębiorstw i przestrzeni nowoczesnych technologii, na którą państwo powinno skutecznie reagować w celu ochrony interesów uczciwych podmiotów gospodarczych i uczciwych obywateli.

Minister Sprawiedliwości–Prokurator Generalny podkreślił, że informatyzacja, nowoczesne technologie wkraczają dzisiaj wszędzie – w każdą sferę dziedziny prawa.

Na udowodnienie powyższego posłużył się przykładem, który kilka dni temu był przedmiotem narady w Prokuraturze Krajowej z jej kierownictwem. Rozmowa dotyczyła wykorzystania nowoczesnych metod analitycznych i podjęto wtedy decyzję o zakupie nowoczesnej technologii analitycznej dla tych wyspecjalizowanych wydziałów w prokuraturze, których zadaniem jest przeprowadzenie analizy kryminalnej. Poszerzenie dostępu do szeregu baz danych daje szansę pozyskania tych danych, które pozwalają skuteczniej reagować na patologie, eliminować ewentualną przestępczość szkodzącą interesom publicznym lub interesom państwa bądź interesom poszczególnych obywateli, w tym również uczestników obrotu gospodarczego i samego obrotu jako takiego.

Pan Minister zaakcentował, że przedmiot rozważań konferencji oraz projektu badawczego, co jest przedmiotem wykonywanej w związku z tym pracy, pozostaje w sferze uwagi i zainteresowania kierownictwa państwa, jak też Ministerstwa Sprawiedliwości i Prokuratury.

Na koniec Minister Zbigniew Ziobro jeszcze raz serdecznie podziękował za tę pracę i zaangażowanie. Podziękował wybitnym przedstawicielom amerykańskich ośrodków naukowych, uczelni, które nawiązały tu współpracę, jak również przedstawicielom z państw europejskich. Szef resortu sprawiedliwości podkreślił, że przedmiotowe wydarzenie jest dużym prestiżem dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Wyraził przy tym nadzieję, że jest to początek pewnej drogi – tego projektu, w którym ważną i istotną rolę odegrał Pan Dyrektor Doktor Marcin Romanowski. Na koniec, Pan Minister życzył, by badania były kontynuowane z pożytkiem oraz przyniosły refleksje i wnioski, w tym konkretne wnioski dotyczące zmian legislacyjnych potrzebnych dla porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższym akcentem, jak też podziękowaniami za wysłuchanie i życzeniami owocnych prac zostało zakończone wystąpienie Pana Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego Zbigniewa Ziobry.

Pan Profesor Michael Rosenberg z IESE BUSINESS SCHOOL był kolejnym referentem podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Profesor Rosenberg przybliżył założenia oraz wyzwania projektu naukowego „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”. Zauważył on, że w ramach projektu odbyły się w 2018 r. 4 warsztaty: pierwszy we wrześniu (*Assessing Foundations*), drugi w październiku (*Improving Performance*), trzeci w listopadzie (*Transforming People & Organisations*) oraz czwarty w grudniu (*Heading into the Future*). Wskazał on, że każdy taki warsztat odbywał się w czterech różnych grupach tematycznych z uczestnikami z różnych sektorów polskiej gospodarki: rynek finansowy, rynek ubezpieczeniowy, rynek energetyczny oraz zarządzanie ludźmi w organizacji.

Następnie prof. Rosenberg wytłumaczył, jaka była metodologia przeprowadzonych warsztatów. Moduł *Assessing Foundations* polegał na zidentyfikowaniu problemu przestępczości w Polsce w świetle wybranych sektorów polskiej gospodarki. Moduł *Improving Performance* polegał na znalezieniu rozwiązań zidentyfikowanych problemów. Moduł *Transforming People & Organisations* polegał na przybliżeniu w jaki sposób te rozwiązania mogą zmieniać organizacje i ludzkie zachowania. Wreszcie moduł *Heading into the Future* polegał na debatowaniu nad przyszłością i przyszłymi zmianami np. technologicznymi.

Po powyższym, prof. Rosenberg przedstawił sylwetki wykładowców wszystkich warsztatów oraz ich afiliacje. Zaprezentował on także przegląd głównych wypracowanych rozwiązań: 1. *Identification of sources of crimes in selected areas of economy*; 2. *Methods of crime prevention*; 3. *Implementation of methods and instruments for crime prevention*; 4. *Challenges for crime prevention in the future*.

Pan Profesor Paul M. Healey – Dziekan HARVARD BUSINESS SCHOOL był kolejnym mówcą podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Podczas swojej prelekcji prof. Healey uznał za stosowne przyjęcie perspektywy osoby, która nie dokonuje regulacji, lecz uczy się zarządzania i biznesu. Wskazał on, że podczas referatu skupi się na dwóch typach ryzyka i organizacji, tj. ryzyku braku zgodności oraz ryzyku operacyjnym, przy czym oba te ryzyka mogą pozostawać w pewnej korelacji, a więc być do siebie podobne i uzupełniać się.

Profesor Healey rozpoczął swoje rozważania od omówienia zagadnienia zgodności, koncentrując się również na problematyce regulacji, które powinny być ujęte w przepisach w celu przeciwdziałania korupcji. Podkreślił on, że aktualnie pojawia się wiele wyzwań dla przedsiębiorstw: korupcja, pranie brudnych pieniędzy, oszustwa oraz problemy związane z handlem wewnętrznym, które występują zarówno w Polsce, jak i w Stanach Zjednoczonych. Ponadto prof. Healey zauważył, że występują pewne problemy operacyjne w samych przedsiębiorstwach, które obejmują zarówno produkt kontroli jakości, bezpieczeństwo produktu, jak i bezpieczeństwo pracowników. Dodatkowo, mogą one obejmować także zarządzanie przetwarzaniem firmy w procesie operacyjnym związane ze strukturą oraz organizacją przedsiębiorstwa, które może łatwo wymknąć się spod kontroli. Wskazał on, że wyzwaniem w firmie jest także systemowość i że nieunikniona jest sytuacja, w której każda duża firma spotyka się z niepowodzeniami w zakresie zgodności z przepisami i niepowodzeniami operacyjnymi.

Dziekan Harvard Business School poświęcił część swojego referatu na omówienie dobrze znanego mu przykładu i sprawy zarządzania przedsiębiorstwem Siemens, które spotkało się z problemem korupcji. Wykazał on, że korupcyjne firmy są problemem, a Siemens nie jest pod tym względem niepowtarzalnym przykładem. Zatem, jeżeli wyzwania i problemy, które pojawiły się w Siemensie, zostaną implementowane na inny przykład, to okaże się, że nie są to wyłącznie niemieckie problemy, ale pojawiały się one również w innych krajach. Przybliżył wydarzenia, które działy się w tej firmie. Siemens został oskarżony początkowo w Niemczech, a następnie w Stanach Zjednoczonych. W zależności od szacunków, wskazuje się, że kwoty jakie przeznaczono na korupcję wahały się od 800 milionów do 1,8 miliarda dolarów w ciągu 7 lat. Proceder ten objął więcej niż jeden kraj, w tym również Stany Zjednoczone. Jednym z przejawów korupcji w Siemensie było zatrudnianie i płacenie partnerom biznesowym, co wcale nie jest rzadką praktyką. W 1999 r. Siemens zignorował wiele sygnałów ostrzegawczych. Nadal był w stanie płacić łapówki w krajach poza Niemcami, czego wynikiem była reakcja na giełdzie w Nowym Jorku. Co oznacza, że Siemens podlegał zarówno prawu amerykańskiemu, jak i niemieckiemu. Innym aspektem, na który wskazywał prof. Healey, jest fakt, że nie ma państwa z legalną korupcją. Kontynuując omawianie, główne problemy, których Siemens nie zauważył znajdowały się w szeregu przypadków

korupcji, czego przykładem było zaangażowanie w korupcję we Włoszech. Korupcja obejmowała także inne kraje takie jak Nigeria, Szwajcaria czy Liechtenstein. Było wiele sytuacji, w których Siemens mógł zauważyć problem i odpowiednio zareagować, ale zdecydował się zignorować ten problem.

Profesor Healey zauważył, że osobami dokonującymi korupcji byli ludzie zaangażowani w sprawy włoskie – m.in. menedżerowie, którzy następnie przeszli na emeryturę. Jeden z oskarżonych o zatwierdzenie łapówek przez CFO dostał 1,8 miliona dolarów w ramach rozliczenia, a następnie opuścił firmę. Wyjaśnił on, że wiązało się to również z kosztami dla Siemens w postaci 2,2 miliarda dolarów kar oraz zwolnieniem z pełnionych funkcji ponad 500 pracowników, przy czym wielu doświadczonych i starszych wykonawców zrezygnowało z pracy.

W ramach prelekcji zostało postawione pytanie o genezę tego rodzaju spraw oraz o rodzaje działań podejmowanych przez firmy w celu zmniejszenia ryzyka ich powstawania. Dodatkowo, zostało zauważone, że koszty jakie poniósł Siemens są stosunkowo niewielkie, zarówno dla firmy, jak i dla indywidualnych pracowników.

Profesor Healey zauważył, że aby stworzyć środowisko przestępczości, trzeba dokonać połączenia kilku czynników. Pierwszym z nich jest presja wywierana na jednostki w celu wykonania zadań. Oczywiście jest przecież, że każda szanująca się organizacja wywiera taką presję na ludzi. Inną kwestią jest sposób organizacji, który daje ludziom szansę na korupcję oraz pozwala im na racjonalizację działań.

Ważnym aspektem, na który wskazał prof. Healey, jeżeli chodzi o presję wywieraną przez Siemens jest fakt, że płaszczyzną w tej firmie, w której przestępczość była najbardziej rozpowszechniona, był obszar najmniej konkurencyjny w stosunku do wyraźnie występującej presji. W tym przypadku firma dawała jasny sygnał pracownikom, otrzymywany od kierownictwa najwyższego szczebla, że najważniejszy jest zysk, niezależnie od przyjętych metod. Pracownicy w takim przypadku ulegają presji.

Profesor Healey podkreślił, że istotnym problemem przy sprawie Siemens był fakt, iż działa on w 190 krajach na całym świecie. W ramach tego konglomeratu znajdują się regiony geograficzne, gdzie walka z korupcją jest najtrudniejsza. System przyjęty przez Siemens działał i obejmował także klientów rządowych. Profesor zauważył, że korupcja trwa do momentu, aż kontrole coś wykażą, a te w Siemensie praktycznie nie istniały. W Siemensie pracowało 75 000 pełnoetatowych pracowników zatrudnionych w różnych krajach, co dawało wiele możliwości.

Profesor Healey zadał pytanie, jak zmniejszyć problemy systemu, gdy większość ludzi pomaga w ich pogłębianiu i je kontroluje. Podkreślił on, że potrzebna jest kontrola oraz przywództwo, niezależnie jak krytycznie do tego podejdziemy. Przy roli przywództwa wskazywał na osobistą uczciwość, ponieważ jedną z rzeczy, które słyszał konsekwentnie w każdej firmie, którą odwiedzał oraz od ludzi z którymi rozmawiał są komunikaty – „nie tolerujemy korupcji”, „nie tolerujemy oszustw”, „mamy w firmie uczciwość”, „ludzie, którzy z nami pracują, mogą szybko zobaczyć, jak ciężka jest to praca”. Wskazał on, że właśnie dlatego problemem dla wielu firm, które widział, jest fakt, że ludzie stają się cyniczni, ponieważ chcą wierzyć, że firma ma wysokie standardy uczciwości i wartości, a widzą, że normy te są regularnie naruszane przez pojedyncze osoby, a standard uczciwości nie wydaje się być powszechny w całej firmie.

Profesor zwrócił uwagę, że kiedy mówi o integralności w grupie lidera, ma na myśli rozmowę. Stwierdził, że kolejną rzeczą, którą mogą robić przywódcy jest wysłanie wiadomości do ludzi, że przestępstwo nie kończy się ani na korzyściach dla firmy, ani dla pracowników. Przytoczył on fakty, które potwierdzają, że przestępstwo nie jest dochodowym procederem dla firmy. Dowodem na poparcie tej tezy była rozmowa z dyrektorem naczelnym oraz dyrektorem generalnym Siemens. Podczas tych rozmów obaj wskazywali, że w przypadku problematycznych transakcji w firmie, przy których występowało zarówno oszustwo, jak i korupcja firma nie zarabia dużo. Profesor Healey wyjaśnił, że powodem tego jest fakt, że gdy zaczyna się płacić łapówki, to mniej pieniędzy zostaje dla firmy i automatycznie pomniejszają się uzyskane zyski. Podkreślał on, że podczas swoich badań punktem wyjścia była szersza perspektywa działalności aż 180 międzynarodowych korporacji zlokalizowanych na całym świecie. W 2006 r. zostały one ocenione w zakresie transparentności na podstawie deklarowanych działań na rzecz przeciwdziałania korupcji. Kontynuował on, że po przeanalizowaniu pytań można stwierdzić, iż firmy te wskazują więcej działań niż rzeczywiście realizują. Wyjaśnił, że patrząc na lata 2007–2010 można stwierdzić, iż kraje oceniane jako kraje o niskiej korupcji rosły szybciej niż kraje o wysokim poziomie korupcji, co może sugerować, że płacenie łapówek nie jest dobre dla biznesu.

Profesor zaakcentował, że płacenie łapówek przez firmy jest podyktowane chęcią uzyskania przewagi, w wyniku czego firma robi więcej, ale ma też większe koszty i w generalnym rozrachunku nie ma wyraźnych różnic. Wyjaśnił, że po dokonaniu analizy okazało się, że wzrost sprzedaży w firmach, które zostały nisko ocenione pod względem korupcji, nie generował wyższych zysków. Profesor Healey zauważył, że takim działaniem firma może zyskać więcej dla biznesu, ale mniej zyskowego biznesu, czego efektem jest większa przepaść.

Profesor Healey wskazał także, że podczas badań zwrócono również uwagę na perspektywę akcjonariuszy, którzy są lepiej oceniani, jeżeli chodzi o problem łapówek. Dzieje się tak dlatego, że na koniec dnia akcjonariusze, podobnie jak topowe firmy dbają o zyski, a nie o sprzedaż. Podkreślił, że analizował zachowanie firm o niskim ratingu po przeniesieniu ich do międzynarodowej oceny. W wyniku badań okazało się, że przedmiotowe przeniesienie firmy, która ma wyższą częstotliwość medialnych zarzutów o korupcję, działa przeciwko niej, gdyż bardziej prawdopodobne jest, iż trafi do prasy w związku z problematycznymi transakcjami związanymi z korupcją. Dodatkowo wyjaśnił, że przekupstwo jest czymś, czego należy unikać, ponieważ mimo że jedna z dwóch osób, które dają łapówki, może być awansowana, może dostać premię, więc dla nich takie działanie może być korzystne, ale dla udziałowców już nie.

Profesor Healey nakreślił, że problem ten został ciekawie ujęty w badaniu, które przeprowadził wraz z osobami, którzy mają wykształcenie biznesowe, a tym samym obserwują, co dzieje się z ludźmi, którzy pracują dla firm ze skandalami przestępczymi. Badacze odkryli ponad 2000 ruchów wykonawczych. Zauważyli, że menedżerowie i firmy, które brały udział w skandalach przestępczych mają o 4% mniejsze zyski w skali roku, niż ich odpowiednicy po przeniesieniu się do innych organizacji. Są to pracownicy, którzy pracują dla Volkswagena czy Siemens. Prelegent wskazał, że 4% rocznie to dość znacząca kwota, jak na karę

za utratę reputacji. Natomiast efekty nie były odczuwalne tylko dla osób, które były zaangażowane w proceder przestępny, ale również dla postronnych pracowników, którzy pojawili się w Volkswagencie lub w Siemensie i właściwie nie mieli nic wspólnego z dawaniem łapówek. Wyjaśnił, że wpływ utraconej reputacji był większy, jeśli chodzi o pracowników wyższego stopnia, ponieważ tam kara wynosiła 6,5% niższego wynagrodzenia lub wiązała się z niższym wynagrodzeniem w następnych latach. W przypadku kobiet utrata wynagrodzenia równała się 7%. Wskazał on, że przestępczość korupcyjna jest szkodliwa nie tylko dla właścicieli firm, ale również wydaje się być szkodliwa dla pracowników, a przynajmniej dla tych, którzy nie są bezpośrednio zaangażowani w przestępstwo.

Prelegent wskazywał, że jest wiele badań, które omawiają budowanie kultury odpowiedzialności. Ich rezultaty wskazują na konieczność zapewnienia ludziom bezpieczeństwa psychicznego, żeby mogli zgłaszać pytania tam, gdzie są one niewygodne. Dawanie zadań i niesłuchanie pytań nie tworzy atmosfery kultury bezpieczeństwa psychicznego. Dobrzy menedżerowie pozwalają ludziom zadawać pytania. Profesor zauważył, że także w przypadku Siemensu znaleziono problem, który trzeba było rozwiązać, aby zachęcić nowych ludzi do zmiany tej kultury, ponieważ problemy były wewnątrz firmy – potrzebowali oni świeżej krwi i ludzi myślących inaczej o tych problemach.

Profesor Healey wskazał na przykładzie norweskiej firmy zajmującej się gospodarką odpadami, która miała problemy w przedsiębiorstwie. Zatem nowy dyrektor generalny stwierdził, że zidentyfikowane problemy wychodzą poza przedsiębiorstwo i ściągnął ludzi, żeby to zmienić. Prelegent wyjaśnił, że badania wskazały, iż aby spróbować zachęcić ludzi do dobrego zachowania, nie należy podejmować ważnych decyzji indywidualnie, ponieważ jako jednostki częściej popełniamy błędy. Ludzie pracujący w zespołach i grupach mają tendencję wzajemnego motywowania się. Przedmiotowe problemy nie są unikalne tylko dla jednego z podmiotów, ale są wspólne dla całej branży i dotyczą przypadku Siemensu, a także przypadku całego regionu czy firmy zajmującej się gospodarką odpadami w Norwegii.

Dziekan Harvard Business School zauważył, że kiedy patrzymy na to, co firma musi zrobić w kwestii zgodności, to nie chodzi tylko o wewnętrzne mechanizmy kontroli, ale także o działania techniczne i organizacyjne lidera. Według niego nie trzeba patrzeć na to, co się wydarzyło w przeszłości, lecz na to, co się wydarzy w przyszłości i zastanowić się nad rodzajami zachęt oraz do jakiej organizacji dołączyć w ciągu najbliższych pięciu lat, i czy coś się stanie, czy przygotowaliśmy się na to.

Profesor Healey mówił również o firmach, które przeszły kryzys finansowy w Stanach Zjednoczonych w 2008 r. Wskazał on, że są to firmy zajmujące się udzielaniem kredytów hipotecznych osobom, które nie spełniają konkretnych kryteriów takiego kredytu hipotecznego. Powyższe to nowy typ finansowy, działający jak firmy subprime. W tym mechanizmie Adidas sprzedaje kredyt hipoteczny do banku inwestycyjnego, a bank inwestycyjny następnie wkłada go do jednego worka w zależności od stopnia jego bezpieczeństwa. Trzecim krokiem jest trzymanie niektórych pożyczek do ich dojrzałości. Prelegent podkreślił, że skupując kredyty z dużym ryzykiem mamy także do czynienia z ryzykiem związanym z ludźmi. Wskazał, że jeśli sprzedaje się pożyczki bankowi inwestycyjnemu, wówczas bank

inwestycyjny ma prawo zwrócić je, jeśli są błędy w dokumentacji oraz ma również prawo do zwrotu, gdy istnieją dowody na oszustwo. Zatem przed zakończeniem procesu nie jest się w stanie całkowicie wyjść z tego ryzyka. Podkreślił przy tym, że ignorowanie dość ważnych sygnałów ostrzegawczych jest bardzo ryzykowne. Z biegiem czasu ludzie zaczynają coraz bardziej ryzykować i decydują się na coraz bardziej ryzykowne pożyczki. Wskazał, że również ryzykowne są pożyczki na 100% wartości nieruchomości. Są to pożyczki wysokiego ryzyka. Zauważył on, że pojawiają się znaki ostrzegawcze, wskazujące, że problemy w firmie są ignorowane. Wskazał także, że kolejnym sygnałem ostrzegawczym był spadek premii, którą otrzymywało się ze sprzedaży pożyczek.

Prelegent wskazał, że finanse nowego stulecia zareagowały na te wyzwania, utrzymując wyższą hipotekę do terminu zapadalności. Nie można ich sprzedać, aby zaryzykować. Wyjaśnił, że były to błędy w sposobie, w jaki mierzyło się rezerwy na kredyty dla celów powiązanych z pożyczką. Natomiast zarobki z tytułu wyników spadły o 56%, w wyniku czego po raz pierwszy zwrócono się do banków o pożyczanie pieniędzy, aby wypełnić niektóre z zawartych porozumień.

Profesor Healey zadał pytanie o przyczynę, która napędza tego rodzaju powtarzające się systemowe awarie operacyjne. Wskazał on przede wszystkim na szybki wzrost, ponieważ jest to priorytet oraz dwa wyzwania w zarządzaniu firmą. Pierwszym wskazanym przez niego wyzwaniem jest trudność w zwiększaniu rodzajów systemów i procesów tych organizacji, które trzeba kontrolować przez pryzmat ryzyka, co jest trudne, gdy wzrost sięga 66% rocznie. Pojawiają się problemy, aby pozyskać wykwalifikowane osoby do kierowania firmą i ubezpieczać zarządzanie ryzykiem, co jest istotne dla zachowania firmy.

Kolejnym przywołanym przez dziekana Harvard Business School wyzwaniem jest fakt, że dla większości dyrektorów wykonawczych oraz większości kierownictwa spółek presja nie polega na zarządzaniu ryzykiem, więc łatwo mogą skoncentrować się na zarządzaniu wzrostem i dążeniu do szybszego wzrostu oraz odkładać decyzje o ryzyku, które podejmują, angażując się w ten biznes.

Profesor Healey stwierdził, że ważne jest, aby zdawać sobie sprawę z tego, że ilekroć są pewne środki w organizacji mierzące wydajność, to są one niezmiennie i niekompletne. Nie biorą pod uwagę ważnych rzeczy, które decydują o sukcesie firmy w przyszłości, który jest trudny do zmierzenia. Profesor wyjaśnił, że być może udałoby się to w stosunku do dzisiejszego zysku czy dzisiejszej sprzedaży, ale bardzo trudno jest powiedzieć, w jaki sposób firma przyczynia się do zadowolenia klienta, co w rzeczywistości napędza przyszłą sprzedaż, przyszłe zyski lub w jaki sposób ma opiekować się swoimi ludźmi, którzy będą w stanie stworzyć dla niej wartość w przyszłości. Wskazał on także, że bardzo łatwo jest rozpoznać nagrodę i kupić się na środkach, które dziś napędzają wydajność, ale ignorują fundamentalne ryzyko dla organizacji. Zauważył, że firmy na początku wieku nie martwiły się o ryzyko, ponieważ tak naprawdę były skupione na mierzeniu i monitorowaniu oraz ocenie ryzyka, które podejmowali, biorąc pod uwagę nowe transakcje w tych nowych pożyczkach.

Prelegent twierdził, że jest to wyzwanie dla tych, którzy stają twarzą w twarz z tego typu zachowaniami, z osobistymi ludzkimi błędami. Wskazywał, że przeprowadzono wiele badań, które pokazują, iż wszyscy ludzie są nadmiernie pewni

siebie i uważają, że dotychczasowe sukcesy będą kontynuowane. Podkreślał również, że menedżerowie w topowych firmach starają się identyfikować z firmą bardzo blisko i trudno im myśleć, że firma może zrobić coś złego. Zauważył także, że jest pewien poziom, który jest problemem, a z którym dziś boryka się Facebook. Mark Zuckerberg był założycielem firmy, więc widzi ją w szczególnie sposób przez pryzmat tego, co firma ma nadzieję osiągnąć, przy czym zamierza ignorować i bagatelizować problemy firmy, i koszty związane z działaniami Facebooka. Prelegent uważał, że to naturalne ludzkie udogodnienia. Wskazywał, że wyzwaniem dla menedżerów topowych firm jest postrzeganie swojej roli i swojej organizacji inaczej niż ludzie na zewnątrz.

Profesor Healey zadał pytanie o to, w jaki sposób zmniejszyć liczbę niepowodzeń operacyjnych i jak mierzyć kluczowe wskaźniki wydajności dla firmy. Wskazał, że obecnie muszą one mierzyć kluczowe wskaźniki wydajności związane z ryzykiem operacyjnym, które należy monitorować. Wyjaśnił, że trzeba szybko na nie odpowiedzieć, chociaż często łatwo jest być reaktywnym, a także wprowadzić nowy system, gdy stanie się oczywiste iż zmierza się do porażki. Podkreślił, że ważny jest sposób, w jaki można wprowadzać systemy w nowych firmach, a także plany dotyczące ryzyka w przypadku nadgodzin, ponieważ nowe i dojrzałe systemy w firmach muszą zostać dodane w przewidywalny sposób, w jaki można dodać te nowe systemy do firm jako niezbędny start-up. Profesor twierdził, że ważne jest, aby zrozumieć, iż ludzie są zmotywowani nie tylko zewnętrznymi nagrodami. Firmy koncentrują się na rekrutowaniu ludzi na podstawie prostych miar wydajności. Zadał pytanie o to, co naprawdę motywuje pracowników. Wskazał na badania, które mówią, czym ludzie kierują się w wyborze pracy – chęcią zdobycia nagród, co można spełnić tworząc motywujący system nagród oraz kulturą firmy, która decyduje o tym, że pracownicy czują więź z ludźmi w organizacji. Profesor Healey wyjaśniał, że warto to zrozumieć i zająć się tym w biznesie, projektując miejsca pracy, które pomagają ludziom zrozumieć, iż wnoszą swój wkład. Zauważał on, że ludzie mają tendencję do obrony przed zagrożeniami zewnętrznymi i tym również można się zająć, ale w sposób sprawiedliwy i przejrzysty, a nie w taki, aby udowadniać, iż ludzie kierują się wyłącznie nagrodami finansowymi. Podkreślił, że z badań wynika, iż pracownicy oddaliby 36% swojego wynagrodzenia, aby mieć menedżera, który im zaufa oraz zrezygnowaliby z 21% swojej pensji, aby mieć pracę, która jest bardziej satysfakcjonująca. Wyjaśniał, że kiedy myśli się o tym, jak tworzyć lojalność w organizacji oraz w jaki sposób doceniać ludzi, można to robić w inny sposób niż poprzez nagrody finansowe.

Profesor Healey przekonywał, że w firmach trzeba stworzyć sposoby wzmacniania ludzi. Wyjaśniał, że w większości organizacji jest zarząd, który nadzoruje zarządzanie i jest nieco bardziej zależny od firmy. W ramach nadzoru nad firmą występują również zewnątrzni i wewnątrzni audytorzy, których praca jest mniej zależna od firmy, i tym samym jest bardziej obiektywna. Podkreślił, że należy zaufać i polegać na tych ludziach, by przekazywali wiadomości, a nie unikali przynoszenia negatywnych wiadomości. Wskazał, że jest to przegląd tego, jakie systemy są potrzebne do zarządzania, a systemy te dotyczą zarówno ryzyka operacyjnego, jak i ryzyka braku zgodności. Każda organizacja musi mieć kontrolę wewnętrzną, aby chronić swoje informacje, ryzyko majątkowe. Sugerował on jednak, że to nie

wystarczy. Potrzebne są też inne systemy. Pierwszy z nich prof. Healey nazwał systemem wierzeń. Mówił, że zawsze jest zdumiony, gdy idzie na spotkania wydziałowe w szkole biznesu. Dziekan przychodzi i rozpoczyna spotkanie, mówiąc, dlaczego tu jesteśmy, nie na tym spotkaniu, ale dlaczego jesteśmy tu w szkole biznesu, jaki jest cel. Za drugim razem, kiedy tam poszedł, pomyślał, że słyszał to już wcześniej i na każdym spotkaniu sytuacja ta powtarzała się. Profesor Healey zadał pytanie, dlaczego dziekan to robił. Wyjaśnił, że ma to na celu upewnienie się, że wszyscy wiedzieli, jaki jest cel i zrozumieli, że robimy ostatnią rzecz w tej organizacji, która buduje zobowiązanie do współpracy, aby współpracować, by inspirować się tym, co próbujemy osiągnąć. Uważał on, że każda dobra organizacja musi to mieć, ale to nie tylko kartka papieru, którą przytwierdza się na ścianie i mówi się, że to jest nasza misja.

Dziekan Harvard Business School zauważył, że drugą rzeczą, której potrzebuje dobra organizacja są granice i ograniczenia, określenie rzeczy, których zrobienie przyniesie porażkę. Wskazał, że w Siemensie brakowało przejrzystości, nie mieli oni jasnych granic dla ludzi, a w czasie problemów znaleźli się w takich granicach. Podkreślał, że trzeba mierzyć wskaźniki KPI dla organizacji, ale nie chodzi tylko o to, że najważniejszą rzeczą, jaką trzeba osiągnąć jest możliwość zmierzenia wielu rzeczy, które nieuchronnie przyczynią się do sukcesu organizacji w przyszłości. Wyjaśniał, że będą one niedoskonałe, ale wskaźniki finansowe i niefinansowe pomagają zrozumieć, jak firma radzi sobie z osiągnięciem zamierzonego celu.

Na koniec prof. Healey podkreślił, że firmy muszą zdawać sobie sprawę z tego, co dzieje się w ich konkurencyjnym otoczeniu, tak szybko, jak w przypadku kryzysów finansowych. Zauważył, że niektórzy nie zdawali sobie sprawy z tego, co dzieje się u konkurentów i nie wykonali pracy mierząc KPI. Powyższym akcentem dziekan Harvard Business School zakończył swoje niezwykle ciekawe wystąpienie.

Profesor Mireia Las Heras z IESE BUSINESS SCHOOL była kolejnym mówcą na międzynarodowej podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Podczas sesji Pani Prof. Mireia Las Heras opowiedziała Uczestnikom Konferencji o „*Compliance Culture*”, prezentując jej pochodzenie oraz kształtowanie na przestrzeni lat. Celem *Compliance* jest zapobieganie przyczynom przestępczości. Kategoria ta stanowi obecnie jeden z głównych wyznaczników funkcjonowania firmy. Wiąże się z tym konieczność powołania „*compliance officer*”, którego celem jest, w dużym uproszczeniu, uporządkowanie, monitoring, jak i kontrola ryzyka w firmie oraz sporządzenia „*risk map*” – aby zidentyfikować, szeregować oraz określić ryzyko w firmie.

Jednym z wyzwań pracodawcy jest zapewnienie swoim pracownikom „*well-being*”. Pojęciem tym jest określana motywacja do pracy, która ściśle wiąże się z odczuwanym przez wszystkich pracowników dobrym samopoczuciem. Należy zatem dążyć m.in. do utrzymania równowagi pomiędzy życiem zawodowym a prywatnym. Niezbędne jest świadome kształtowanie tych dwóch płaszczyzn.

Celem każdej firmy powinno być również stworzenie atmosfery zaufania między pracownikami a pracodawcą. Pracodawca powinien pozwolić pracownikom troszczyć się o swoich najbliższych i rodzinę (a zatem nie wolno dyskryminować w środowisku zawodowym zarówno matek, jak i ojców). Należy także stworzyć

środowisko, w którym wszyscy pracownicy będą równo traktowani. Nikt nie może być dyskryminowany ze względu na płeć.

Profesor Michael Siegel z MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY był kolejnym mówcą podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Podczas prelekcji opowiedział on o „Cyber risk” oraz „cyber risk management”. Jego zdaniem *Cyber risk* jest współcześnie jednym z największych ryzyk, z którymi muszą się zmierzyć organizacje oraz firmy. Niektórzy uważają, że *Cyber risk* jest to jedyne ryzyko, które może całkowicie zniszczyć całą firmę oraz organizację. Co więcej, *Cyber risk* to również jeden z głównych problemów z usług finansowych (*from financial services*) od ponad 3 lat. Od 2016 r. w rankingach występuje on na pierwszym miejscu (podobnie było w 2017 oraz 2018 r.).

Cyber risk to kombinacja następujących elementów:

- *Uncertainty*, oraz
- *Exposure*.

Podsumowując, według prof. Siegela *Risk management*, *risk*, *risk mitigation transfer* i *acceptance* są jednymi z najbardziej znaczących, i kluczowych zagadnień, które mogą mieć miejsce w przyszłości.

Profesor Roland Stephen ze STANDFORD RESEARCH INSTITUTE był kolejnym mówcą podczas międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”.

Zauważył on, że w XXI w. powstało wiele urządzeń, które mają na celu zbieranie, kolekcjonowanie, zapisywanie oraz wykorzystywanie wszelkich zdobytych informacji o ich użytkownikach. Pozwala to na poprawę standardu życia każdego człowieka, ale wiąże się z tym wiele niebezpieczeństw (np. mogą one zostać wykorzystywane do popełnienia przestępstwa). Istnieją różne metody pozyskiwania informacji, poprzez użycie m.in.:

- *“Amazon echo”* – to urządzenie z wbudowaną asystentką głosową ALEXA. Wszelkie informacje, które są jej przekazywane zostają przez nią zapamiętywane oraz zapisywane w wewnętrznej pamięci urządzenia. Jedną z konsekwencji takiego działania są reklamy wyświetlane podczas korzystania z przeglądarki internetowej Amazon, pod indywidualne potrzeby jej użytkownika.
- *“Driver monitoring system for Toyota”* – to wykorzystanie najnowocześniejszej technologii w postaci specjalnych czujników i kamery, która informuje kierowcę i pasażerów o wszelkich zagrożeniach oraz niebezpieczeństwach, jak i podejmuje działania mające na celu uniknięcie wypadku. Zaprezentowany system również przechowuje w pamięci wszelkie informacje.

Podczas kolejnej części wykładu, prof. Stephen opowiedział uczestnikom konferencji o robotach. Na zaprezentowanych filmach została przedstawiona przemiana robotów na przestrzeni lat. Roboty w XXI w. są na tyle inteligentne, że potrafią biegać, skakać oraz omijać przeszkody. Istnieją także roboty, które zastępują ludzką pracę (np. przy produkcji masowej). Z tego też powodu rozwój nowej technologii jest równocześnie zarówno ekscytujący, jak i przerażający.

Punktem kulminacyjnym międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości” był panel dyskusyjny. Moderatorem debaty został prof. Rosenberg. Dyskusja objęła cztery różne obszary tematyczne w zakresie: finansów, energetyki, ubezpieczeń oraz zarządzania ludźmi w organizacji. W dyskusji wzięli udział: prof. Mireia Las Heras, prof. Paul Healey oraz prof. Roland Stephen. Panel zaczął się od pytania, które przygotował i zadał prof. Michael Rosenberg, przywołując wykład prof. M. Siegela oraz przykład ze „spadającymi kokosami” (w kontekście tematyki *Cyber risk*). Posługując się tym przykładem, paneliści wyrazili własne stanowisko na ten temat. Następnie przygotowane pytania mogli zadać uczestnicy konferencji. Paneliści odpowiadając na pytania, wygłosili następujące stanowiska m.in:

- Prof. Mireia Las Heras – opowiedziała, gdzie oraz na jakim miejscu w „*Compliance culture*” znajduje się etyka oraz gdzie możemy tej wartości szukać (np. w regulacji prawnej). Zatem pod pojęciem *compliance* powinno być ukryte nie tylko postępowanie zgodne z regulacją prawną, ale powinniśmy również postępować coraz lepiej: zgodnie z etyką;
- Prof. Roland Stephen – opowiedział o tym, jak współcześnie wszystkie informacje oraz dane, którymi dzielimy się za pomocą internetu (jak np. wiadomości elektroniczne) mogą zostać wykorzystane. Przypomniał także, że współcześnie przestępcy mają o wiele więcej czasu na przygotowanie się do popełnienia przestępstwa, ponieważ mogą „okraść” drugą osobę bez wychodzenia z domu;
- W przyszłości praca oraz środowisko pracy będzie zupełnie inne, elastyczne. Będziemy mogli wykonywać swoją pracę o różnym charakterze i o różnej kategorii. Nie będzie istotne, gdzie i kiedy będziemy wykonywać swoje obowiązki zawodowe. Istotny będzie fakt, że kiedy będziemy ją wykonywać, będziemy się dzięki niej rozwijać (prof. Mireia Las Heras). Profesor Stephen wyraził przekonanie, że z czasem praca, która jest gorsza i inna – będzie wykonywana za pomocą maszyn oraz robotów (jest to optymistyczna wizja przyszłości).

Na zakończenie międzynarodowej konferencji naukowej „Prawo, gospodarka i technologia na rzecz zapobiegania przyczynom przestępczości”, dr Marcin Romanowski – Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości podziękował wszystkim uczestnikom Konferencji za udział w spotkaniu oraz dyskusję. Wyraził on również nadzieję, że spotkania zaowocują sprawnym państwem oraz dobrze rozwijającą się gospodarką, dzięki nowoczesnym metodom zarządzania oraz najnowszym rozwiązaniom technologicznym. Rzeczą najważniejszą jest jednak zapewnienie i dbanie o to, aby godność i wolność człowieka nie były zagrożone.