

**Uniwersytet Warmińsko–Mazurski w Olsztynie
Wydział Prawa i Administracji**

Studia
Prawnoustrojowe

10



**Wydawnictwo
Uniwersytetu Warmińsko–Mazurskiego
w Olsztynie**

KOMITET REDAKCYJNY

Bronisław Sitek (przewodniczący), Stanisław Pikulski (zastępca przewodniczącego),
Jarosław Dobkowski (sekretarz), Stanisław Gajewski, Eugeniusz Hull,
Egidijus Jarašiūnas, Sebastiano Tafaro

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji UWM
10-702 Olsztyn, ul. Warszawska 98
tel. (89) 524 64 31, fax. (89) 535 15 97

RECENZENT

Emil W. Pływaczewski

PROJEKT OKŁADKI

Maria Fafińska

REDAKCJA WYDAWNICZA

Elżbieta Pietraszkiewicz

PL ISSN 1644-0412

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2009

Wydawnictwo UWM

ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. (89) 523 36 61, fax (89) 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Nakład: 150 egz.; ark. wyd. 17; ark. druk. 14,5
Druk: Zakład Poligraficzny UWM w Olsztynie, zam. nr 123

Spis treści

Słowo wstępne	5
---------------------	---

ARTYKUŁY

Janusz Bojarski, Piotr Chrzczonowicz, Alicja Ornowska, Europeizacja prawa karnego materialnego – niektóre aspekty teoretyczne i praktyczne (trójgłos)	7
Robert Szostak, Robert Patryk Dziembowski, Prawno-społeczne aspekty pomówienia o przestępstwo z art. 200 k.k.	23
Ewa M. Guzik-Makaruk, Wojciech Filipkowski, Kryminalizacja finansowania terroryzmu na tle prawnoporównawczym	43
Joanna Flik-Kłaczyńska, Granice legalności działania obrońcy i konsekwencje prawne ich przekroczenia	67
Kamil Frąckowiak, Karnoprawne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej	79
Justyna Karaźniewicz, Mediacja jako przejaw konsensualizmu w postępowaniu karnym	85
Ilona Kasińska, Czy wymiar sprawiedliwości wymierzy przestępcom sprawiedliwość? System dozoru elektronicznego a funkcje i cele kary kryminalnej	97
Szymon Krajnik, Wpływ zmian legislacyjnych na poziom przestępczości i ich społeczne konsekwencje	113
Aneta Michalska-Warias, Sporne problemy przestępstwa prania pieniędzy	129
Michał Peno, Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada „ultima ratio”	143
Rafał Skowron, Anna Wilińska, Mariusz Zelek, Problem przeludnienia w jednostkach penitencjarnych w obliczu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 maja 2008 roku	159
Magdalena Soboń, Kara ograniczenia wolności i problemy związane z wykonywaniem obowiązku nieodpłatnej kontrolowanej pracy	175
Krystyna Szczehowicz, Zasady wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży	189
Andrzej Światłowski, Deklarowane i rzeczywiste funkcje postępowania przyspieszonego w sprawach o przestępstwa	197

ORZECZNICTWO I GLOSY

Stanisław Pikulski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2007 r. (sygn. akt III KK 245/07, OSNKW 2008, nr 3, poz. 16)	217
Adam Poszewiecki, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 r. (sygn. akt IV KK 174/04)	223

RECENZJE I SPRAWOZDANIA

<i>Rec. Lawrence McNamara, „Reputation and Defamation”, Oxford University Press, New York 2007 (Robert Patryk Dziembowski)</i>	<i>229</i>
<i>Sprawozdanie z konferencji „Społeczne źródła i następstwa zabójstw”, Warszawa 10 grudnia 2008 r. (Piotr Chlebowicz, Monika Kotowska)</i>	<i>231</i>

Słowo wstępne

Kolejny tom „Studiów Prawnoustrojowych” – czasopisma Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie – poświęcony jest w całości zagadnieniom nauk penalnych. Składają się nań opracowania z zakresu prawa karnego materialnego, procesu karnego, kryminalistyki i kryminologii.

Karniści zatrudnieni w różnych ośrodkach uniwersyteckich w Polsce wzięli udział w konferencji naukowej zorganizowanej przez studenckie Koło Nauk Penalnych przy Wydziale Prawa i Administracji UWM, która odbyła się w Olsztynie w dniach 19–20 listopada 2008 r. Referaty wygłoszone na panelach, przedyskutowane następnie w ramach grup dyskusyjnych, okazały się tak ciekawe i aktualne, że postanowiliśmy umożliwić zapoznanie się z nimi szerszemu gronu Czytelników.

Składamy jednocześnie podziękowania Panu prof. zw. dr. hab. Emilowi Pływaczewskiemu z Katedry Prawa Karnego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, który zgodził się zrecenzować materiały zebrane do niniejszego zeszytu. Nie szczędził on szczegółowych i cennych uwag krytycznych, które zostały uwzględnione przez autorów. Także dzięki temu zamieszczone tu opracowania prezentują dobry poziom naukowy, a każde z nich wnosi coś nowego do odpowiedniej dyscypliny z zakresu nauk penalnych.

*Kierownik Katedry Prawa Karnego Materialnego
prof. zw. dr hab. Stanisław Pikulski*

ARTYKUŁY**Janusz Bojarski****Piotr Chrzczonowicz****Alicja Ornowska**

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

**Europeizacja prawa karnego materialnego
– niektóre aspekty teoretyczne i praktyczne
(trójgłos)****1. Ogólna charakterystyka zjawiska europeizacji
w dziedzinie prawa karnego. Harmonizacja
a unifikacja prawa karnego**

Coraz częściej o prawie karnym obowiązującym w państwach członkowskich Unii Europejskiej mówi się w kontekście zagadnienia jego europeizacji. Europeizacja jest procesem stopniowym, związanym z oddziaływaniem regulacji Rady Europy oraz Wspólnoty Europejskiej i Unii Europejskiej na wewnętrzne porządki prawne państw współpracujących ze sobą w ramach wyższych systemów¹. Obok pojęcia „europeizacja prawa” pojawiają się wielokrotnie pojęcia „harmonizacja prawa” oraz „unifikacja prawa”. Można powiedzieć, że zarówno harmonizacja, jak i unifikacja prawa stanowią przejaw tendencji europeizacyjnych. W integrującej się Europie, oprócz dążenia do harmonizacji prawa państw członkowskich, widoczne są dążenia do tworzenia jednolitego prawa na poziomie europejskim, a więc jego unifikacji².

¹ Warto odnotować, iż Rada Europy od dziesiątków lat kształtuje europejskie standardy normatywne w wielu dziedzinach prawa, które przez respektujące je państwa brane są pod uwagę w procesie stanowienia lub stosowania prawa. Powstające w łonie Rady Europy od połowy ubiegłego wieku akty prawne i dokumenty – rozliczne konwencje i rekomendacje – odegrały znaczącą rolę w harmonizacji rozwoju regulacji prawnych krajów europejskich, również w obszarze karnoprawnym. Niedługą historię posiada natomiast europeizacja prawa karnego, odbywająca się państwach Unii Europejskiej, w efekcie oddziaływania na krajowe porządki prawne prawa wspólnotowego i unijnego. Por. A. Adamski, *Europeizacja prawa karnego*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Filar, P. Girdwoyń, *Prawo karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Toruń 2007, s. 429.

² Por. C. Mik, *Europeizacja prawa karnego gospodarczego*, [w:] A. Adamski (red.), *Przebieg gospodarcza z perspektywy Polski i Unii Europejskiej*, Toruń 2003, s. 78–79.

Europeizacja prawa może zatem polegać na jego harmonizacji lub unifikacji³. Harmonizacja służy usuwaniu pewnych różnic istniejących pomiędzy wewnętrznymi porządkami prawnymi. W jej konsekwencji następuje zbliżanie się do siebie, a więc upodobnianie się państwowych porządków prawnych. Usunięcie wszelkich odmienności oznaczałoby z kolei unifikację prawa, a zatem stworzenie jednolitego systemu prawnego dla wszystkich państw członkowskich⁴. Harmonizacja postrzegana jest jako pewien etap zjawiska europeizacji prawa, które ujmuje się jako postępujący proces wzajemnego oddziaływania na siebie dwóch warstw normatywnych: międzynarodowej (europejskiej) i krajowej. To wzajemne oddziaływanie, cechujące się dużą złożonością, z jednej strony wyraża się w korzystaniu z rozwiązań krajowych (jednego lub więcej państw) bądź innych (międzynarodowych, państw pozaeuropejskich) w celu stworzenia standardów europejskich, które mają następnie zwrotnie wpływać przede wszystkim na prawo krajowe państw członkowskich, odpowiednio je modyfikując (zharmonizowane prawo krajowe). Z drugiej strony europeizacja przejawia się w tworzeniu autonomicznych standardów paneuropejskich, które mają zastępować prawo krajowe lub funkcjonować – jako jego nadbudowa – na poziomie międzynarodowym (jednolite prawo europejskie). W zarysowanym tu modelu zjawiska europeizacji prawa finalnym jego etapem jest unifikacja prawa⁵.

W odniesieniu do prawa karnego koncepcje jego ujednoczenia uwidoczniły się w zgłoszonych na forum unijnym propozycjach jego skodyfikowania, niewątpliwie wyraziście wpisując się w historię zjawiska europeizacji w tym obszarze prawa⁶. Pierwotne próby ujednoczenia prawa karnego objęły przestępstwa przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich. Finalnym efektem zintensyfikowanych prac podjętych w dziedzinie regulacji koniecznych zagadnień materialnoprawnych i procesowoprawnych w związku z karną ochroną wspólnotowych interesów finansowych stał się zaś sławetny projekt *Corpus Iuris*⁷. Jednak z braku woli politycznej, szczególnie w Wielkiej Brytanii⁸, projekt ten nie tylko nie został przekuty w konkretny akt prawny, ale nawet w konkretną propozycję legislacyjną. W akcie jego odrzucenia dały o sobie znać opory wynikające z tradycyjnego podejścia do prawa karnego jako prawa narodowego, tworzonego głównie z myślą o ochronie

³ Zob. A. Lach, *Europejskie prawo karne. Zarys wykładu*, Toruń 2008, s. 13.

⁴ Zob. *ibidem*, s. 13–14.

⁵ Zob. C. Mik, *op. cit.*, s. 79; por. A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalne. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*, Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Zakamycze 2006, s. 24; por. *idem*, *Europeizacja prawa...*, s. 430–431.

⁶ Por. W. Czaplinski, *Obszar wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych*, Warszawa 2005, s. 109.

⁷ Zob. B. Namysłowska, *Corpus Iris*, wyd. angielsko-polskie, Warszawa 1999.

⁸ M. Delmas-Marty, J. R. Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge 2002, s. 63–64.

własnych interesów, stanowiącego atrybut i symbol państwowej suwerenności⁹. Znaczenie projektu ograniczyło się więc jedynie do poszerzenia badań porównawczoprawnych¹⁰. Projekt działał też stymulująco na debatę odnośnie do zakresu i formy działań harmonizacyjnych w prawie karnym także na poziomie akademickim¹¹. Historia *Corpus Iuris* wskazuje na problemy mogące powstać w trakcie ujednolicania prawa karnego w ramach Unii Europejskiej.

Pojęcie harmonizacji nie określa prawa ukształtowanego, statycznego, lecz raczej proces ewolucji, który cały czas podlega różnym wpływom¹². Harmonizacja prawa może, lecz nie musi prowadzić do jego unifikacji. W obrębie Unii Europejskiej prawo karne służy budowaniu przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, w której następuje konwergencja ustawodawstw karnych państw członkowskich. Dzięki temu rozwija się i usprawnia kooperacja państw w przeciwdziałaniu przestępczości i realizacji odpowiedzialności karnej sprawców. Podkreślić należy, iż obecnie harmonizacji w dziedzinie prawa karnego na obszarze Unii Europejskiej nie postrzega się oficjalnie jako wstępnego etapu jego unifikacji. Tendencja generalnego ujednolicania znamion i sankcji czynów zabronionych nie jest wpisana w aktualne unijne plany polityczne¹³. Pojęciem harmonizacji nazywa się niezbędne zbliżanie się do siebie ustawodawstw karnych państw członkowskich, mające zapewnić lepszą, bardziej efektywną ich współpracę na niwie zapobiegania i zwalczania uznanych za szczególnie poważne przestępstw o transgranicznym charakterze¹⁴.

⁹ Por. E. Zielińska, *Korpus przestępstw europejskich*, [w:] A. Łazowski, R. Ostriansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Zakamycze 2005, s. 566.

¹⁰ T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, [w:] J. M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham Northampton 2006, s. 217.

¹¹ Jako przykłady można podać następujące publikacje: M. Delmas-Marty, J. A. E. Vervaele (red.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, t. I, Antwerpen 2000; H. Otto, *Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, „Jura“ 2000, nr 2; A. Watlenberg, *Das „Corpus Juris“ – Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf und Strafprozessrecht?*, „Strafverteidiger“ 2000, nr 2; S. Braum, *Das Corpus Iuris – Legimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit*, „Juristenzeitung“ 2000, nr 10; B. Huber (red.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Freiburg im Breisgau 2000; L. K. Paprzycki, *Corpus Juris – projekt europejskiego prawa karnego. Zarys problematyki*, „Palestra” 2000, nr 4; A. J. Szwarc, *Corpus Juris z perspektywy polskiego prawa karnego*, [w:] J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga pamiątkowa ku czci profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000; L. K. Paprzycki, *Corpus Juris a polski kodeks postępowania karnego – problematyka harmonizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3; E. Zielińska, *Polskie prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 1, s. 47–49; A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002; A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 3.

¹² Zob. U. Sieber, *European Unification and European Criminal Law*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 1994, nr 2(2), s. 86–87.

¹³ Zob. A. Adamski, *Europeizacja prawa...*, s. 431.

¹⁴ Por. *ibidem*.

Fundamentalne znaczenie ma harmonizacja prawa karnego w obrębie III filara (dawniej współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, a współcześnie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych), gdzie proces ten przebiega najbardziej dynamicznie. Unia Europejska jako jeden ze swoich celów eksponuje dążenie do zagwarantowania swym obywatelom wysokiego poziomu bezpieczeństwa osobistego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, który ma być osiąganym poprzez zapobieganie i zwalczanie różnych form groźnej przestępczości (zorganizowanej i innej) dzięki m.in. zbliżaniu, w miarę potrzeby, unormowań karnoprawnych w państwach członkowskich, zgodnie z postanowieniami art. 31 ust. 1 lit. e Traktatu o Unii Europejskiej (dalej jako TUE)¹⁵. Wspomniany artykuł przewiduje stopniowe przyjmowanie środków ustanawiających minimalne normy dotyczące znamion przestępstw i kar w dziedzinach przestępczości zorganizowanej, terroryzmu i nielegalnego handlu narkotykami. Oczywiście, poza tymi priorytetami harmonizacja może odnosić się również do innych rodzajów przestępczości – w tym względzie regulacje traktatowe nie stwarzają przeszkód. Mogą jej ulegać nie tylko znamiona czynów zabronionych, lecz także sankcje, gdy zostanie wskazana dolna lub górna granica zagrożenia w kontekście danego zachowania przestępnego¹⁶.

Harmonizację prawa karnego w III filarze Unii Europejskiej zainicjowano w drugiej połowie lat 90. XX w. przyjęciem kilku wspólnych działań odnoszących się do różnych kwestii szczegółowych (np. ujednoczenia przepisów dotyczących zwalczania uzależnienia od narkotyków, zwalczania handlu ludźmi i wykorzystywania seksualnego dzieci, karalności uczestnictwa w związku przestępczym w państwach członkowskich Unii Europejskiej, korupcji w sektorze prywatnym). Po wejściu w życie Traktatu Amsterdamskiego (1999) większość podjętych wcześniej instrumentów prawnych zastąpiono decyzjami ramowymi. Regulacjom poddano również nowe dziedziny. Obszar regulacji materialnoprawnej obejmuje aktualnie kilkanaście zagadnień, które są przedmiotem decyzji ramowych lub ich propozycji (dotyczą np. zwiększenia ochrony w związku z fałszowaniem euro, zwalczania prania brudnych pieniędzy i pozbawiania sprawców narzędzi i zysków z przestępstwa, zwalczania terroryzmu, ochrony środowiska, zwalczania handlu ludźmi, ustanowienia minimalnych przepisów dotyczących znamion przestępstw i kar w dziedzinie nielegalnego handlu narkotykami, zwalczania rasizmu i ksenofobii, korupcji w sektorze prywatnym, seksualnego wykorzystania dzieci

¹⁵ Zob. art. 29 TUE (wersja skonsolidowana – Dz. Urz. UE C 321 E z dnia 29 grudnia 2006 r.).

¹⁶ Szerzej na ten temat zob. E. Zielińska, *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, [w:] J. Giezek (red.), op. cit., s. 693–712.

i pornografii dziecięcej, ataków na systemy komputerowe)¹⁷. Decyzje ramowe – podejmowane w celu zbliżania przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich – są aktami prawnymi określającymi rezultat, który powinien być osiągnięty, lecz pozostawiającymi państwu wybór form i środków osiągnięcia tego rezultatu. Nie wywołują one bezpośredniego skutku w prawie wewnętrznym¹⁸ i w pełni uprawnione jest twierdzenie, iż obecnie stanowią najważniejszy instrument prawny kreowania europejskiego prawa karnego¹⁹. Wypada zaznaczyć, iż mają one w dużej mierze taki charakter, jak dyrektywy będące środkiem prawnym I filara²⁰, a więc w ich interpretacji praktyczną użytecznością może cieszyć się przynajmniej część orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej jako ETS) odnoszącego się do dyrektyw²¹. Szczególną rolę decyzji ramowych potwierdziło orzeczenie ETS w sprawie M. Pupino²², dotyczące stosowania decyzji ramowej Rady 2001/220/WSiSW z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym, w którym Trybunał wskazał, że obowiązek sądu krajowego do stosowania przyjaznej wykładni prawa krajowego wobec prawa wspólnotowego wypływa nie tylko z wiążącego charakteru decyzji ramowych, ale także z celów Unii Europejskiej określonych w art. 1 TUE. Oczywiście nie może to stanowić samo w sobie podstawy powstania lub zaostrzenia odpowiedzialności karnej czy też prowadzić do wykładni *contra legem*²³.

Z orzecznictwa ETS wynikają możliwe konsekwencje dla państwa członkowskiego, które nie dokona implementacji (wdrożenia) dyrektywy do krajowego porządku prawnego we wskazanym terminie bądź uczyni to w sposób wadliwy, a zatem powinny stan rzeczy, wyrażający się w osiągnięciu określonego standardu wskazanego przez prawo europejskie, nie zostaje osiągnięty. W tej sytuacji państwo może zostać pozwane przez Komisję Europejską przed ETS oraz grożą mu określone konsekwencje finansowe, w tym odszkodowawcze. Brak osiągnięcia określonego rezultatu w wyniku nieimplementowania, nieterminowego implementowania bądź wadliwego implementowania decyzji ramowej przez państwo członkowskie do jego wewnętrznego porządku prawnego takich konsekwencji nie rodzi. W tej sytuacji sądy krajowe

¹⁷ Zob. A. Adamski, *Kilka uwag...*, s. 30–31; zob. także idem, *Europeizacja prawa...*, s. 441–442. O harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej w odniesieniu do szczegółowych dziedzin przestępczości pisze A. Lach, op. cit. (s. 48 i n.). Autor ów wskazuje na różne instrumenty prawne służące temu procesowi, dając jego uporządkowany i syntetyczny obraz. W tej kwestii por. także analizę E. Zielińskiej, *Korpus...*, s. 565–592.

¹⁸ Zob. art. 34 ust. 2 pkt b TUE.

¹⁹ Zob. A. Lach, op. cit., s. 25.

²⁰ O podobieństwach i różnicach między decyzjami ramowymi i dyrektywami pisze obszernie M. Szwarc, *Decyzje ramowe jako instrument harmonizacji prawa karnego w UE*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 7, s. 22–38.

²¹ Por. ibidem, s. 28 i n.

²² Z dnia 16 czerwca 2005 r. C-105/03, ECR 2005, s. 5285.

²³ Zob. A. Lach, op. cit., s. 25–26.

państwa członkowskiego mogą co najwyżej interpretować prawo krajowe w świetle decyzji ramowej.

Przy całościowym spojrzeniu na zagadnienie harmonizacji prawa karnego wydaje się, że choć w różnych obszarach prawa karnego materialnego wyraźnie zaznacza się wpływ prawa europejskiego, to jednak prawo karne materialne jest dziedziną w mniejszym stopniu objętą działaniem regulacji europejskoprawnych niż prawo karne procesowe²⁴. Przy okazji warto dodać, że chociaż w Unii Europejskiej, o czym była już mowa powyżej, zasadnicze znaczenie ma harmonizacja prawa karnego w obszarze III filara, widoczną tendencją, kształtującą się m.in. pod wpływem judykatury ETS, są próby rozszerzenia procesu harmonizacji prawa karnego na obszar I filara Unii (a zatem na obszar prawa wspólnotowego), na który do niedawna nie miała „prawa wstępu”²⁵.

Wspólnota Europejska, jak wiemy, nie posiada aktualnie – co do zasady – kompetencji w zakresie prawa karnego i procedury karnej²⁶. Również orzecznictwo ETS nie uznaje wprost żadnej wspólnotowej kompetencji do zobowiązania państw członkowskich do stosowania sankcji karnych. Jednakże wiemy również, że na państwach członkowskich spoczywa obowiązek zapewnienia należytego przestrzegania prawa wspólnotowego. Co za tym idzie – w realizacji tego celu państwa mogą w swych wewnętrznych porządkach prawnych wprowadzać sankcje w celu zapobieżenia naruszeniom prawa wspólnotowego, które powinny być efektywne, proporcjonalne i odstraszające²⁷. W tym kontekście należy stwierdzić, że spełniającymi powyższe cechy sankcjami mogą być właśnie sankcje karne. Zasada asymilacji, wypracowana na gruncie orzeczenia z dnia 21 września 1989 r. dotyczącego oszustwa celnego na szkodę budżetu Wspólnot Europejskich w sprawie tzw. greckiej kukurydzy (Komisja Europejska przeciwko Grecji) stała się normą prawa pierwotnego na mocy Traktatu Amsterdamskiego²⁸. Wyraża ona obowiązek podjęcia przez państwo członkowskie takich samych środków do zwalczania nadużyć finansowych naruszających wspólnotowe interesy finansowe, jakie państwa te podejmują w celu zwalczania nadużyć finansowych naruszających ich własne interesy finansowe²⁹. Nie oznacza to jednak istnienia jakiegoś wspólnego standardu ochrony wspólnotowych interesów finansowych, oddziałującego na

²⁴ Por. A. Lach, op. cit., s. 45.

²⁵ Zob. A. Adamski, *Europeizacja prawa...*, s. 437.

²⁶ Zob. orzeczenie z dnia 11 listopada 1981 r. w sprawie 203/80 Casati, ECR 1981, s. 2595; orzeczenie z dnia 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-226/97 Lemmens, ECR 1998, s. I-3711.

²⁷ Zob. np. orzeczenie ETS z dnia 21 września 1989 r. w sprawie 68/88 Komisja Europejska przeciwko Grecji, ECR 1989, s. 2965; orzeczenie ETS z dnia 28 lipca 1999 r. w sprawie C-186/98 Nunes and de Matos, ECR 1999, s. 4883. O kompetencjach Wspólnoty Europejskiej w zakresie prawa karnego interesująco pisze np. A. Lach, op. cit., s. 16 i n.

²⁸ Zob. art. 280 ust. 2 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (w wersji skonsolidowanej opublikowany w Dz. Urz. UE C 321 E z dnia 29 grudnia 2006 r.).

²⁹ Zob. A. Adamski, *Kilka uwag...*, s. 26; idem, *Europeizacja prawa...*, s. 433.

porządku prawnego państw członkowskich w celu zbliżania ich do siebie, dzięki któremu można by było zasadnie mówić o działaniach harmonizacyjnych w tej płaszczyźnie w obrębie I filara (tj. o zbliżaniu się ustawodawstw państw członkowskich w materii należącej do obszaru prawa wspólnotowego w wyniku niwelacji odmienności między nimi). Asymilacja nie jest zatem tożsama z harmonizacją³⁰.

Warto podkreślić, że orzecznictwo ETS na styku I i III filara od niedawna ewoluuje. Dobrym przykładem tej ewolucji jest orzeczenie z dnia 13 września 2005 r. w sprawie C-176/03 Komisja Europejska przeciwko Radzie³¹, w którym ETS unieważnił decyzję ramową Rady 2003/80/WSiSW w sprawie ochrony środowiska środkami prawa karnego, stwierdzając, że w tym przypadku powinna być wydana dyrektywa, a więc akt prawny I filara. Ochrona środowiska należy do polityk wspólnotowych i w tej sprawie na pierwszym miejscu Trybunał postawił efektywność tej polityki. ETS wprowadzie nadal stoi na stanowisku, że przepisy prawa karnego (materialnego i procesowego) nie należą do kompetencji Wspólnoty, ale stwierdza, że można przyjmować odpowiednie środki w zakresie prawa karnego na poziomie wspólnotowym. Możliwe jest to jedynie w określonych dziedzinach oraz pod pewnymi warunkami (gdy istnieje konieczność zwalczania poważnych uchybień w realizacji celów wspólnotowych i kiedy niezbędne jest pełne zagwarantowanie skuteczności polityki wspólnotowej właśnie środkami karnoprawnymi)³². Orzeczenie to – jak zauważa się w literaturze – jest „argumentem pozwalającym zilustrować dokonywane przemiany we współpracy w sprawach karnych, przemawiającym za tezą, że zmierza ona w kierunku objęcia jej zasadami prawa wspólnotowego”³³. Nadmienmy również, że w powyższym orzeczeniu ETS potraktował prawo karne dość „instrumentalnie” – jako skuteczny środek do zapewnienia realizacji określonej polityki wspólnotowej, a zatem wypełniania przez Wspólnotę jej traktatowych celów.

Prawo wspólnotowe może istotnie oddziaływać na prawo krajowe (w tym karne) poprzez zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed krajowym oraz zasadę bezpośredniego stosowania, obowiązywania i skutku prawa wspólnotowego.

W uzupełnieniu można wskazać, iż według Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w brzmieniu przewidzianym przez Traktat Lizboński – którego losy wciąż jednak pozostają niepewne – Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze dyrektyw zgodnie ze zwykłą procedurą prawo-

³⁰ Kwestię tę omawia A. Adamski, *Kilka uwag...*, s. 26–27; idem, *Europeizacja prawa...*, s. 433–434.

³¹ ECR 2005, s. I-7879.

³² Zob. A. Grzelak, *Kompetencje WE do określania sankcji karnych w przepisach prawa wspólnotowego* – glosa do wyroku ETS z 13.09.2005 r. w sprawie C-176/03 *Komisja przeciwko Radzie*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 51.

³³ *Ibidem*, s. 53.

dawczą, mogą ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w dziedzinach szczególnie poważnej przestępczości o wymiarze transgranicznym, wynikające z rodzaju lub skutków tych przestępstw lub ze szczególnej potrzeby wspólnego ich zwalczania. Powyższe dziedziny przestępczości obejmują następujące kategorie zachowań: terroryzm, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie kobiet i dzieci, nielegalny handel narkotykami, nielegalny handel bronią, pranie pieniędzy, korupcję, fałszowanie środków płatniczych, przestępczość komputerową i przestępczość zorganizowaną. W zależności od rozwoju przestępczości Rada może przyjąć decyzję określającą inne dziedziny przestępczości spełniające wyżej wymienione kryteria. Rada stanowi w tym przypadku jednomyślnie po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego. W sytuacji, gdy zbliżenie przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich w sprawach karnych okaże się niezbędne do zapewnienia skutecznego wprowadzania w życie polityki Unii w dziedzinie, która stała się przedmiotem środków harmonizujących, dyrektywy mogą ustanowić normy minimalne odnoszące się do określania przestępstw oraz kar w danej dziedzinie. Dyrektywy te przyjmuje się zgodnie ze zwykłą lub specjalną procedurą prawodawczą, taką samą jak procedura stosowana do przyjmowania stosownych środków harmonizujących³⁴.

Celowość harmonizacji prawa karnego materialnego nie ulega kwestii. Oczywiście korzyścią płynącą z tego procesu jest ułatwienie i usprawnienie współpracy między państwami członkowskimi Unii Europejskiej (np. dzięki powszechnej penalizacji danego zachowania dezaktualizuje się problem spełnienia warunku podwójnej przestępności). Dzięki temu budowana jest płaszczyna wzajemnego zaufania, która umożliwia korzystanie z instrumentów prawnych pozwalających zapobiegać i zwalczać przestępczość będącą problemem ogólnoeuropejskim i międzynarodowym. Należy jednak podkreślić, że powinna ona mieć miejsce tylko tam, gdzie jest możliwa i niezbędna (np. trudno wyobrazić sobie harmonizację i wspólną politykę karną w odniesieniu do eutanazji czy aborcji, bo zróżnicowane jest podejście do tych problemów państw członkowskich).

2. Europeizacja prawa karnego materialnego „od kuchni” – jaki problem rzuca nam się w oczy?

Przy analizowaniu instrumentów harmonizujących, w tym przede wszystkim decyzji ramowych, wyróżnia się ich swoista technika legislacyjna. Przyzwyczajonym do Makarewiczowskiej precyzji legislacyjnej trudno będzie

³⁴ Zob. art. 83 ust. 1 i 2 TFUE (art. 83 TFUE ma zastąpić art. 31 dotychczasowego TUE). TFUE w brzmieniu przewidzianym przez traktat z Lizbony opublikowany został w Dz. Urz. UE C 115 z dnia 9 maja 2008 r.).

z pewnością przyswoić harmonizowane definicje przestępstw. Nie dążą one bowiem do stworzenia zupełnej hipotezy normy prawa karnego, jak np. „Kto zabija człowieka”. Zamiast tego przy tworzeniu standardu minimalnego wymieniają w sposób niezwykle uszczegółowiony szereg stanów faktycznych, które mają podlegać penalizacji. Nierzadko piętrzą się wymieniane znamiona czasownikowe, dookreślane poprzez zdania wielokrotnie złożone. Analiza normy prawnej jest więc wysoce utrudniona, a może nawet niemożliwa, jako że w takim wypadku tok rozumowania powinien przebiegać od szczegółowych regulacji do tworzonych na ich podstawie uogólnień, podczas gdy w wielu konkretnych przypadkach stworzenie takich uogólnień jest wręcz niemożliwe. Wynika to z przyjętego założenia, że najlepszym sposobem ujednoczenia karnoprawnych regulacji w danej dziedzinie jest pozostawienie poszczególnym państwom jak najmniejszego obszaru swobody interpretacyjnej.

Oczywiście ostateczny kształt normy karnoprawnej, choć zależy od decyzji ramowej, nie jest przez nią ostatecznie zdeterminowany. Nie stanowi problemu, by państwa członkowskie w ramach transpozycji decyzji ramowej do porządku krajowego wprowadziły normę ogólną, która zawiera wskazane w niej stany faktyczne jako standard minimalny. Państwa bowiem nie są ograniczane we wprowadzaniu szerszego zakresu penalizacji danych kategorii zachowań. Problemem jest jednak fakt, że legislatorzy wybierają zwykle łatwiejszą metodę implementacji, która przez P. Czechowskiego nazywana jest „metodą kalki”³⁵. Kalkowanie, czyli przepisywanie w sposób dosłowny tekstu decyzji ramowej, sprawia, że przepisy prawne w ten sposób opracowane nie są dobrze „wpasowane” w tradycję techniki legislacyjnej kraju i prowadzą do nadmiernego rozczłonkowania systemu prawnego czy dziedziny prawnej. Osobnym problemem są bardzo częste trudności w używaniu poprawnego języka prawnego w tekście oficjalnych tłumaczeń, często spowodowane dylematami w znalezieniu odpowiedników nazw instytucji prawnych czy to nieistniejących w naszym systemie prawnym, czy to mających w nim inne znaczenie lub funkcję.

3. W kierunku europeizacji prawa karnego materialnego „po polsku” (na przykładzie przestępstwa ujawnienia lub wykorzystania informacji poufnej w obrocie instrumentami finansowymi)

Przestępstwem, które może bardzo dobrze ilustrować problemy wynikające z relacji między prawem krajowym i wspólnotowym (unijnym) oraz wpływy zagraniczne na wewnętrzne procesy legislacyjne, jest wykorzystanie

³⁵ P. Czechowski, *Standardy harmonizacji prawa*, [w:] E. Piontek, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 68.

poufnych informacji w obrocie papierami wartościowymi, czy też – jak to obecnie określa ustawodawca – instrumentami finansowymi³⁶. Jest to bowiem z jednej strony przypadek dosyć istotnej zmiany sposobu kryminalizacji tego rodzaju zachowań, z drugiej zaś w dalszym ciągu trudno mówić o powszechnej akceptacji konieczności funkcjonowania stosownych przepisów z dziedziny prawa karnego.

Historia regulacji mających zapewnić równe szanse uczestnikom gry na giełdzie zaczęła się w 1933 r. w Stanach Zjednoczonych od uchwalenia *Securities Act*, która to ustawa zakazała wszelkiej podstępnej działalności przy oferowaniu i sprzedaży akcji. Następnie przyjęto kolejne ustawy zawierające przepisy dotyczące tej problematyki. Tymczasem w Europie albo funkcjonowały tylko częściowe regulacje (Wielka Brytania, Holandia, Luksemburg), albo ich w ogóle nie było. Przy tym rozwiązania europejskie szły w zupełnie innym kierunku niż amerykańskie. Na przykład w Anglii i Walii przez większą część XX w. obowiązywał precedens z 1902 r., zgodnie z którym nie stanowiło przestępstwa wykorzystanie poufnych informacji przez dyrektora przedsiębiorstwa. Zmiana takiego stanu rzeczy nie była sprawą prostą, gdyż inicjatywy podejmowane były kolejno w 1973, 1978 i 1980 r., ale dopiero za trzecim razem udało się zmienić prawo³⁷. Jeżeli chodzi o inne państwa, to jako pierwsza w Europie, bo już w latach 60. XX w., wprowadziła do swojego ustawodawstwa pełniejsze regulacje Francja³⁸, a dopiero później, i to po dłuższym czasie, uczyniły to Szwecja i Norwegia (1985), Dania (1986), Grecja i Hiszpania (1988) oraz Holandia i Belgia (1989)³⁹.

Trudna droga w procesie legislacyjnym ustawy angielskiej niewątpliwie wynikała z braku przekonania do konieczności przyjęcia tego rodzaju przepisów. O daleko posuniętym sceptycyzmie odnośnie do potrzeby przeciwdziałania wykorzystaniu poufnych informacji może świadczyć fakt, że w prawie

³⁶ Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r., instrumentami finansowymi są oprócz papierów wartościowych także nie będące papierami wartościowymi: tytuły uczestnictwa w instytucjach zbiorowego inwestowania, instrumenty rynku pieniężnego, finansowe kontrakty terminowe oraz inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie, umowy forward dotyczące stóp procentowych, swapy akcyjne, swapy na stopy procentowe, swapy walutowe, opcje kupna lub sprzedaży instrumentów finansowych, opcje na stopy procentowe, opcje walutowe, opcje na takie opcje, a także inne równoważne instrumenty finansowe rozliczane pieniężnie, prawa majątkowe, których cena zależy bezpośrednio lub pośrednio od wartości oznaczonych co do gatunku rzeczy, określonych rodzajów energii, mierników i limitów wielkości produkcji lub emisji zanieczyszczeń (poходne instrumenty towarowe), inne instrumenty, jeżeli zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym na terytorium państwa członkowskiego lub są przedmiotem ubiegania się o takie dopuszczenie.

³⁷ Part V, *Companies Act* 1980. Zob. M. Ashe, Y. Murphy, *Insider Dealing*, Dublin 1992, s. 41 i 42.

³⁸ „Ordonans” nr 67–833 z dnia 28 września 1967 r. (art. 8).

³⁹ N. Arshadi, T. Eyssell, *The Law and Finance of Corporate Insider Trading: Theory and Evidence*, Norwell – Dordrecht 1993, s. 17.

20 lat po uchwaleniu *Companies Act* z 1980 r. Uniwersytet w Cambridge usunął te zagadnienia ze swojego programu dydaktycznego⁴⁰.

Dopiero 13 listopada 1989 r., wychodząc z założenia, że wykorzystanie poufnych informacji podrywa zaufanie inwestorów do rynku, Rada Ministrów Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (dalej jako EWG) przyjęła dyrektywę w sprawie koordynacji regulacji dotyczących wykorzystania poufnych informacji⁴¹. Wszystkie państwa członkowskie miały przyjąć przynajmniej minimalne standardy w tym zakresie do dnia 1 czerwca 1992 r. Co charakterystyczne, z obowiązku tego w przewidzianym terminie wywiązały się jedynie Niemcy i Luksemburg. Zwracano jednak w literaturze uwagę na fakt, że sytuacja w Niemczech była o tyle specyficzna, iż dominują tam przedsiębiorstwa należące do jednej rodziny i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a większość akcjonariuszy powierza zarządzanie nimi bankom i tylko mała część notowanych na giełdzie akcji jest przedmiotem transakcji dokonywanych przez prywatnych akcjonariuszy⁴². Uzasadnione wydaje się więc domniemanie, że pierwsi ze swojego obowiązku wywiązali się ci, dla których miało to najmniejsze znaczenie. Ciekawe natomiast jest to, że aby wypełnić w Wielkiej Brytanii zobowiązania nałożone przez dyrektywę EWG, stosowne przepisy zostały zawarte w *Criminal Justice Act* z 1993 r., co skutkowało zmianą *Company Securities (Insider Dealing) Act* z 1985 r., która to ustawa w dużej mierze powtarzała zapisy wspomnianej powyżej ustawy z 1980 r. Ponieważ przyjęte regulacje europejskie oparte zostały w znacznym stopniu na obowiązującym wówczas ustawodawstwie francuskim i właśnie brytyjskim, ustawa z 1993 r. przypominała poprzedzający go akt prawny⁴³. Mamy więc do czynienia z pewnego rodzaju błędnym kołem dostosowywania ustawy do dyrektywy wzorowanej na tejże ustawie.

Biorąc to wszystko pod uwagę, można uznać Polskę za jeden z tych krajów, gdzie do walki z wykorzystywaniem poufnych informacji przystąpiło, przynajmniej na poziomie legislacyjnym, bardzo energicznie. Po raz pierwszy stosowne przepisy karne zawarte zostały w ustawie z dnia 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych⁴⁴. Artykuł 119 § 1 tej ustawy zawierał przestępstwo ujawnienia tajemnicy zawodowej przez maklera, zaś § 2 typizował powszechne przestępstwo wykorzystania poufnych informacji w obrocie papierami wartościowymi.

⁴⁰ B. Rider, *The Control of Insider Trading – Smoke and Mirrors*, "International and Comparative Law Journal" 2000, t. 1, nr 3, s. 272.

⁴¹ Council Directive Coordinating Regulations on Insider Dealing (89/592/EEC).

⁴² P. Mennicke, *Insider regulation in Germany: insider information, insider status and enforcement*, "European Financial Services Law", March 1997, s. 156.

⁴³ T. Herrington, J. Glover, *The United Kingdom, [w:] Insider Trading in Western Europe*, ed. G. Wegen, H-D Assmann, London 1994, s. 34.

⁴⁴ Dz.U. z dnia 25 kwietnia 1991 r., nr 35, poz. 155.

Zwrócić należy uwagę na konstrukcję tych przepisów. Były one sformułowane bardzo syntetycznie, zgodnie z tradycjami polskiego ustawodawstwa karnego. Proste, pozbawione kazuistyki określenie znamion służyć miało kryminalizacji bardzo różnych szkodliwych społecznie czynów. Następnie doszło do kolejnych modyfikacji tej ustawy⁴⁵, a w uchwalonej w 1997 r. ustawie – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁴⁶ stosowne przepisy karne zostały zawarte w art. 176, zaś stypizowane tam przestępstwo polegało na ujawnieniu (§ 1) lub wykorzystaniu (§ 2) informacji poufnej. Informacja taka została zdefiniowana w pkt 19 art. 4 ustawy jako informacja dotycząca emitenta lub papieru wartościowego, która nie została przekazana do publicznej wiadomości, a która po ujawnieniu mogłaby w istotny sposób wpłynąć na cenę papieru wartościowego. Można więc ogólnie stwierdzić, że brzmienie normy sankcjonującej według stanu prawnego w latach 1991–1997 było wyrazem tradycyjnego w Polsce standardu legislacyjnego w zakresie prawa karnego.

Wspomniane powyżej przepisy ustawy z 1997 r. w istotny sposób zostały zmienione przez ustawę z dnia 12 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi oraz o zmianie innych ustaw⁴⁷. Przyjęty wówczas stan prawny odpowiada w zasadzie treści obecnie obowiązującej w tym zakresie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi⁴⁸. Dla potrzeb ilustracji modyfikacji polskiego stanu prawnego można więc od razu przejść do przepisów obecnych.

Zgodnie z art. 154 obowiązującego aktu, informacją poufną w rozumieniu ustawy jest określona w sposób precyzyjny informacja dotycząca bezpośrednio lub pośrednio jednego lub kilku emitentów instrumentów finansowych, jednego lub kilku instrumentów finansowych albo nabywania lub zbywania takich instrumentów, która nie została przekazana do publicznej wiadomości, a która po takim przekazaniu mogłaby w istotny sposób wpłynąć na cenę tych instrumentów finansowych lub na cenę powiązanych z nimi pochodnych instrumentów finansowych, przy czym dana informacja musi spełniać szczególne kryteria opisane w trzech punktach umieszczonych w dalszej części przepisu. Jak widać *prima facie* definicja została znacznie rozbudowana i jednocześnie skomplikowana. W wyniku tego norma prawna stała się trudniejsza do odczytu.

Jeżeli natomiast chodzi o przepisy karne dotyczące informacji poufnych, to zgodnie z obecnym brzmieniem przepisów art. 180 oraz 181 ustawy, za-

⁴⁵ Ustawą z dnia 29 grudnia 1993 r. o zmianie ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z dnia 14 stycznia 1994 r., nr 4, poz. 17; tekst jedn.: Dz.U. z 1994 r., nr 58, poz. 239; sprostowanie: Dz.U. z dnia 22 czerwca 1994 r., nr 71, poz. 313).

⁴⁶ Dz.U. z dnia 3 października 1997 r., nr 118, poz. 754.

⁴⁷ Dz.U. z dnia 15 kwietnia 2004 r., nr 64, poz. 594.

⁴⁸ Dz.U. z dnia 23 września 2005 r., nr 183, poz. 1538 z późn. zm.

bronione jest ujawnianie informacji poufnej, a także jej wykorzystywanie wbrew zakazom określonym w art. 156 ustawy. Wspomniany art. 156 zakazuje wykorzystywania, ujawniania informacji poufnej oraz udzielania rekomendacji lub nakłaniania innej osoby na podstawie informacji poufnej do nabycia lub zbycia instrumentów finansowych, których dotyczy ta informacja. Przepis ten definiuje wykorzystywanie informacji poufnej jako nabywanie lub zbywanie, na rachunek własny lub osoby trzeciej, instrumentów finansowych w oparciu o informację poufną będącą w posiadaniu tej osoby, albo dokonywanie, na rachunek własny lub osoby trzeciej, innej czynności prawnej powodującej lub mogącej powodować rozporządzenie takimi instrumentami finansowymi, zaś ujawnienie informacji poufnej jako przekazywanie, umożliwianie lub ułatwianie wejścia w posiadanie przez osobę nieuprawnioną informacji poufnej dotyczącej jednego lub kilku emitentów lub wystawców instrumentów finansowych, jednego lub kilku instrumentów finansowych oraz nabywania albo zbywania instrumentów finansowych. Omawiany przepis prawny precyzuje ponadto, jakich papierów wartościowych zakazy te dotyczą oraz jakie czynności nie stanowią naruszenia prawa.

Wyraźnie widać więc, że czyn przestępny został tutaj określony w sposób bardzo kazuistyczny i przestępstwem jest nie tyle samo wykorzystanie czy ujawnienie informacji poufnej, ile dokonanie tego w sposób ściśle określony w art. 156 omawianej ustawy. Można zatem dojść do wniosku, że praktycznie ustawodawca ogranicza stosowanie reguł zawartych w części ogólnej kodeksu karnego, jeżeli chodzi o przepisy karne ustawy z 2005 r.

To wrażenie nasila się przy próbie określenia podmiotu i kwestii umyślności lub nieumyślności czynów określonych w art. 180 i 181 ustawy. Otóż zgodnie z art. 156 ust. 1 określone w tych przepisach karnych zakazy dotyczą każdego kto:

1) posiada informację poufną w związku z pełnieniem funkcji w organach spółki, posiadaniem w spółce akcji lub udziałów lub w związku z dostępem do informacji poufnej z racji zatrudnienia, wykonywania zawodu, a także stosunku zlecenia lub innego stosunku prawnego o podobnym charakterze, a w szczególności:

a) członkowie zarządu, rady nadzorczej, prokurenci lub pełnomocnicy emitenta lub wystawcy, jego pracownicy, biegli rewidenci albo inne osoby pozostające z tym emitentem lub wystawcą w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze, lub

b) akcjonariusze spółki publicznej, lub

c) osoby zatrudnione lub pełniące funkcje, o których mowa w lit. a, w podmiocie zależnym lub dominującym wobec emitenta lub wystawcy instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym lub będących przedmiotem ubiegania się o dopuszczenie do obrotu na takim rynku, albo pozostające z tym podmiotem w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze, lub

- d) maklerzy lub doradcy, lub
- 2) posiada informację poufną w wyniku popełnienia przestępstwa, albo
- 3) posiada informację poufną pozyskaną w sposób inny niż określony w pkt 1 i 2, jeżeli wiedział lub przy dołożeniu należytej staranności mógł się dowiedzieć, że jest to informacja poufna.

Otóż mimo wskazania wielu różnych kategorii podmiotów, należy uznać, że wykorzystanie oraz ujawnienie są przestępstwami powszechnymi, gdyż odpowiadać karnie mogą nie tylko osoby pełniące funkcje w organach spółki, ale też wszystkie inne osoby zgodnie z pkt 2 i 3. Dlaczego więc ustawodawca przyjął tak skomplikowany sposób na określenie podmiotów przestępstw z art. 180 i 181 ustawy? Przy czym treść pkt 3 sugeruje, że jeżeli chodzi o świadomość określonego tam sprawcy w zakresie informacji poufnych, to wystarczająca dla popełnienia przestępstwa jest nieumyślność. Zwrot „przy dołożeniu należytej staranności mógł się dowiedzieć” niewątpliwie koresponduje z treścią art. 9 § 2 k.k. Powstaje zatem pytanie, czy nieumyślność ta obejmuje osoby wymienione w pkt 1–3, czy tylko w pkt 3? Przyjęcie drugiej z tych koncepcji prowadziłoby do nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności osób wymienionych w pkt 1 i 2 w porównaniu z osobami wymienionymi w pkt 3.

Nie jest zamierzeniem autorów analiza przepisów karnych ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, można więc poprzestać na zwróceniu uwagi na problemy, jakie rodzi wykładnia tak skonstruowanych przepisów.

Zgodnie z założeniem ustawodawcy, ustawa z 2005 r. dokonuje w zakresie swojej regulacji wdrożenia m.in. dyrektywy Komisji 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku)⁴⁹. Otóż art. 2 dyrektywy stanowi, że państwa członkowskie zabraniają każdej osobie posiadającej informacje wewnętrzne wykorzystywania takich informacji poprzez nabywanie lub zbywanie, lub próbę nabycia, lub zbycia, na rachunek własny lub na rachunek strony trzeciej, bezpośrednio lub pośrednio, instrumentów finansowych, których informacje te dotyczą, przy czym zakazy te obejmują osoby posiadające informacje: z tytułu swojego członkostwa w organach administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych emitenta lub z tytułu posiadanego udziału w kapitale emitenta, z tytułu posiadanego dostępu do informacji poprzez zatrudnienie, wykonywanie swojego zawodu lub obowiązków, z tytułu działalności przestępczej.

Nie sposób nie zwrócić uwagi, że art. 156 ust. 1 pkt 3 ustawy wychodzi swoim zakresem poza wymagania dyrektywy. Można by to ocenić pozytywnie, widząc w tym próbę zapewnienia przez polskiego ustawodawcę lepszej ochrony rynku instrumentów finansowych, gdyby nie wskazane powyżej

⁴⁹ Dz. Urz. WE nr L 96 z dnia 12 kwietnia 2003 r.

mankamenty: wysoki stopień skomplikowania, kazuistyka oraz możliwe problemy z określeniem podmiotu i umyślności bądź nieumyślności czynu. Najprawdopodobniej lepsze rezultaty zostałyby osiągnięte przy zastosowaniu bardziej tradycyjnych sposobów konstrukcji przepisów prawa karnego. Oczywiście można uznać, że obecne brzmienie omawianych przepisów, wzorowanych przynajmniej częściowo na tekście dyrektywy, ułatwia stosowanie ustawy o obrocie instrumentami wartościowymi w przypadkach koniecznej współpracy międzynarodowej, a więc realizację pkt 35 preambuły dyrektywy⁵⁰. Jednak treść art. 156 może powodować problemy z egzekwowaniem ustawy przez polski wymiar sprawiedliwości. Mamy tu chyba do czynienia z pewnego rodzaju konfliktem interesów między przydatnością przepisów do zwalczania danego rodzaju przestępstw na poziomie krajowym i na poziomie międzynarodowym.

Można powyższe rozważania podsumować w ten sposób, że jeżeli chodzi o karnoprawne przeciwdziałanie wykorzystaniu poufnych informacji, to przez ostatnich 20 lat byliśmy świadkami przesunięcia się wahadła od daleko idącej europejskiej wstrzeźliwości do pewnej polskiej nadgorliwości.

Summary

Europeisation of substantial criminal law: selected theoretical and practical aspects (trialogue)

The presented paper is a trialogue aiming at description and appraisal of europeisation of substantial criminal law as a current phenomenon taking place in the Area of Freedom, Security and Justice in the European Union. The paper consists of three parts approaching the subject from different perspectives, therefore making it possible to express authors' considerations in a form of an open-minded and unrestricted discussion. In the first part it is elaborated on the differentiation between the notions of europeisation, harmonisation and unification of law with the specific reference to criminal

⁵⁰ Brzmi on następująco: „Ustanowienie równych reguł gry na rynkach finansowych Wspólnoty wymaga szerokiego geograficznie zastosowania przepisów niniejszej dyrektywy. W odniesieniu do instrumentów pochodnych niedopuszczonych do obrotu, lecz objętych zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, każde Państwo Członkowskie powinno posiadać kompetencje do sankcjonowania działań na swoim terytorium lub za granicą, które dotyczą stanowiących ich podstawę instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym, znajdującym się lub działającym na jego terytorium lub ubiegających się o dopuszczenie do obrotu na takim rynku regulowanym. Każde Państwo Członkowskie powinno mieć także kompetencje do sankcjonowania działań prowadzonych na swoim terytorium dotyczących podstawowych instrumentów finansowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym w Państwie Członkowskim lub ubiegających się o dopuszczenie do obrotu na takim rynku”.

law. In this part there are specified also fields in which europeisation in the criminal law takes place. The second part focuses on the dilemmas concerning the introduction of regulations harmonised on the European level into Polish criminal law system, so far shaped by a national legislative technique. It stresses that inconsiderate coping of provisions from framework decisions and directives might result in the incoherence of criminal law system. The paper is concluded with an in-depth analysis of legal regulation of insider trading as a practical example of above-mentioned problems with harmonising of law. It is argued that compliance with international standards not always supports solution of problems in area of economic crime. Evolution of Polish regulations on insider dealing exemplifies that EU initiatives can create a problem of possible compromise between European cooperation and harmonisation of criminal law and local, traditional manner of creation of criminal law provisions, as many times implementation of EU standards stays in conflict with other rules of Polish law.

Robert Szostak

Robert Patryk Dziembowski

Katedra Prawa Karnego Materialnego i Prawa Wykroczeń
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Prawno-społeczne aspekty pomówienia o przestępstwo z art. 200 k.k.

1. Zagadnienia wstępne

Problematyka podjęta w niniejszym artykule dotyczy dwóch rodzajowo różniących się od siebie przestępstw, ujętych w odrębnych rozdziałach kodeksu karnego. Przestępstwo pomówienia oraz przestępstwo seksualnego wykorzystywania małoletniego coraz częściej stają się jednak niechlubnym duetem w sprawach karnych. Dzieje się tak z dwóch powodów. Pierwszym jest przyjmowana przez oskarżonych o przestępstwo z art. 200 k.k. linia obrony, która opiera się w wielu przypadkach na nieudolnym tłumaczeniu powodów składania obciążających oskarżonego zeznań przez pokrzywdzonych małoletnich oraz innych świadków, którzy w świetle wywodów oskarżonego chcą – czy to z zemsty, czy z jakichkolwiek innych przywoływanych przez oskarżonych powodów – doprowadzić do jego skazania. Drugim powodem korelacji omawianych przestępstw są przypadki oskarżania o seksualne wykorzystywanie dziecka jednego rodzica lub opiekuna przez drugiego, najczęściej przez matkę. Celem takiego działania jest zazwyczaj rozpad małżeństwa lub konkubinatu oraz chęć pozbawienia opieki rodzicielskiej i często jakiegokolwiek kontaktu z dzieckiem oskarżanego rodzica lub opiekuna. Tak jak pierwszy przykład nie wymaga głębszej analizy z uwagi na niewyobrażalny wprost wachlarz możliwości przyjmowanych linii obrony, tak drugi powód wystąpienia relacji między wymienionymi przestępstwami powinien stać się przedmiotem prawnonaukowych opracowań. Przemawiają za tym bowiem dwa silne argumenty – dobro dziecka i dobro rodziny, w której się ono wychowuje.

2. Seksualne wykorzystywanie a pedofilia

Przestępstwo obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z małoletnim poniżej 15 roku życia zostało skodyfikowane w art. 200 k.k.¹ W opinii społecznej i mass mediach możemy spotkać się z różnymi potocznymi i często nietrafnymi określeniami tego przestępstwa. Najczęściej używanym pojęciem jest pedofilia, która w powszechnym odczuciu ma miejsce wówczas, gdy osoba pełnoletnia podejmuje seksualną interakcję z dzieckiem, ściślej ujmując – z małoletnim poniżej 15 roku życia. Coraz częściej również w literaturze naukowej z zakresu prawa karnego, kryminalistyki, kryminologii i psychologii pojawia się termin „przestępstwo pedofilskie”². Trudno nie zgodzić się z takim nazewnictwem, rozpatrując problem z punktu widzenia psychologii i seksuologii. Pojęcie pedofilii rezerwuje się jednak dla ściśle określonych przypadków. W opracowaniach z zakresu seksuologii pedofilią nazywa się dewiację seksualną w zakresie obiektu, która „przejawia się w skłonności do praktyk seksualnych z dziećmi. Płeć dziecka nie ma decydującego znaczenia, gdyż ciało dziecięce, tj. wykazujące cechy niedojrzałości, stanowi właściwą podniecię seksualną, podobną do roli fetysza”³. Używając tego samego aparatu pojęciowego, pedofilię podzielono na właściwą i zastępczą. Pedofilia zastępcza różni się od właściwej w zasadzie tym, iż określa zachowania polegające na podejmowaniu aktywności seksualnej z dziećmi, pomimo zachowania równorzędnego pociągu płciowego do osób dojrzałych, z uwagi na niemożność wyładowania popędu płciowego z osobą dorosłą i/lub osłabienia hamulców psychicznych spowodowanego przez alkohol, narkotyki, chorobę lub inne czynniki (np. podeszły wiek).

W języku prawnym należy zachować pewną ostrożność z uwagi na fakt, iż przepisy kodeksu karnego nie wprowadziły do tej pory pojęcia pedofilii. Zgodnie z art. 200 k.k. odpowiedzialności karnej podlega sprawca, który obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec niego innej czynności seksualnej lub doprowadza małoletniego do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania. Należy w tym miejscu przytoczyć przypadki, gdy pomimo spełnienia wszystkich przesłanek przestępstwa z art. 200 k.k., nie ma mowy o występowaniu ww. dewiacji seksualnych ani w postaci pedofilii właściwej, ani pedofilii zastępczej. Mowa tu o sprawach, w których przykładowo oskarżonym jest 17-letni chłopak, który współżył ze swoją 14-letnią dziewczyną ku dezaprobachie matki dziewczyny, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie i tym samym sprawca został oskarżony, a następnie skazany za przestępstwo „pedofilskie”. Pomimo niezaprzeczalności występowania

¹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., nr 128, poz. 840 ze zm.).

² J. Warylewski, *Przestępstwa pedofilskie w kodeksie karnym*, [online] <www.lex.com.pl/czasopisma/prokurator/p_pedof.html>.

³ K. Imieliński (red.), *Seksuologia – zarys encyklopedyczny*, Warszawa 1985, s. 261.

u większości sprawców przestępstw seksualnego wykorzystania małoletniego pewnych zaburzeń, czy to okresowych, cyklicznych, czy też jednorazowych, należy rozróżnić przestępstwo pedofilskie, gdzie sprawca realizuje swój popęd właściwy na niedojrzałym obiekcie seksualnym lub zastępczo wykorzystuje małoletniego do zaspokojenia chwilowego popędu seksualnego, od czynów zabronionych, które wypełniły znamiona przestępstwa z art. 200 k.k., jednak pedofilią nie mogą być nazywane. W literaturze zamiennie używa się pojęć: *sexual child abuse*, „seksualne wykorzystanie”, „seksualne napastowanie”, „molestowanie seksualne dziecka”, „przemoc seksualna wobec małoletniego”. W zasadzie seksualnym wykorzystaniem dziecka można byłoby nazwać zarówno przestępstwo obcowania płciowego lub innej czynności z małoletnim poniżej 15 roku życia, zgwałcenie małoletniego poniżej 15 roku życia, czyn kazirodczy z małoletnim, jak również zmuszanie małoletniego do uprawiania prostytucji czy też wykorzystywanie małoletniego do produkcji materiałów o treści pornograficznej. W tych przypadkach sprawca wykorzystuje bowiem „seksualność” dziecka do realizacji określonych skutków materialnych czy też seksualnych. Jednak wydaje się, że określenie „seksualne wykorzystanie małoletniego” najlepiej opisuje charakter i znamiona przestępstwa z art. 200 k.k., które atakuje prawnie chronione dobro, jakim jest wolność seksualna małoletniego poniżej 15 roku życia również w celu o charakterze seksualnym, czyli zaspokojenia popędu płciowego sprawcy.

3. Sprawcy przestępstw seksualnego wykorzystywania małoletnich

Przestępstwo seksualnego wykorzystywania małoletniego jest niewątpliwie jednym z najcięższych przestępstw godzących w człowieka, a ściślej rzecz ujmując, w jego wolność seksualną. Wbrew niektórym twierdzeniom o pozytywnych skutkach doświadczeń seksualnych małoletnich z osobami pełnoletnimi narusza ono przede wszystkim prawidłowy rozwój sfery emocjonalnej oraz osobowości seksualnej jednostki⁴.

Nie budzi wątpliwości fakt, iż w świetle szczególnej ochrony prawnej, na jaką zasługuje każde dziecko, przepisy art. 200 k.k. chronią pod wieloma względami niedojrzałych małoletnich przed seksualnym wykorzystywaniem ich przez osoby dorosłe mające nad nimi pewną przewagę. Przewaga ta, jak pisze M. Sajkowska, może wynikać z różnicy wieku, stopnia rozwoju ofiary

⁴ Zob. liczne nieformalne i formalne (Holandia) ugrupowania propagujące tzw. pozytywną pedofilię, która według autorów głoszących te hasła ma nie tylko pomagać w rozwoju dziecka, ale również chronić je przed „złymi doświadczeniami seksualnymi” spowodowanymi seksualnym eksperymentowaniem z niedoświadczonymi partnerami z grupy rówieśniczej dziecka.

oraz relacji między sprawcą a wykorzystywanym dzieckiem⁵. Idąc takim tokiem koncygowania, można dojść do wniosku, że sprawcą przestępstwa seksualnego wykorzystania osoby małoletniej mógłby być każdy człowiek posiadający opisaną przewagę bez względu na wiek, a karalna byłaby nie tylko aktywność seksualna pomiędzy dorosłym a małoletnim, ale również seksualne wykorzystanie jednego nieletniego przez inną osobę nieletnią⁶. W rzeczywistości faktycznie dochodzi do przypadków zmuszania małoletnich poniżej 15 roku życia do brania udziału w pewnych czynnościach o charakterze seksualnym, których inicjatorem będzie inny małoletni lub też grupa małoletnich. Takie zachowania, wynikające raczej z używania przez agresora przemocy fizycznej lub psychicznej, a nie z dysproporcji dojrzałości umysłowej, mogą rodzić konsekwencje zbliżone do skutków, jakie wywołuje seksualne wykorzystanie małoletniego przez osobę dorosłą. Polski kodeks karny nie typizuje jednak takich zachowań jako zachowań przestępnych, w tym przypadku można jedynie rozważać odpowiedzialność moralną i społeczną nieletnich sprawców w postaci stygmatyzacji i zepchnięcia na tzw. margines społeczny oraz ewentualne skutki w postaci stosowania kar administracyjnych, np. wydalenia ze szkoły.

O ile w przypadku wykorzystania seksualnego, o którym mowa w art. 200 k.k., posiadanie przez sprawcę cechy dorosłości realizuje w zupełności wszystkie warunki konieczne do ukonstytuowania definicji sprawcy przestępstwa, o tyle w przypadku, gdy domniemanym sprawcą jest osoba małoletnia, sam fakt nakłonienia drugiego małoletniego do obcowania płciowego nie warunkuje zdarzenia w postaci wykorzystania. Taki stan rzeczy zmusza zatem autorów definicji sprawcy przestępstwa seksualnego wykorzystywania do korzystania z rozstrzygnięć prawnych obowiązujących w określonym systemie i społeczeństwie. W omówionych wyżej przypadkach, gdzie występuje znaczny stopień demoralizacji małoletnich w zakresie wzajemnych zachowań seksualnych, kodeks karny może jedynie odsyłać do przepisów Ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich⁷. Przepisy art. 10 k.k. wyraźnie wskazują minimalny wiek sprawcy, określając go na 17 rok życia. Nie popełni więc przestępstwa z art. 200 k.k. osoba, która ukończyła 15 rok życia i podjęła się obcowania płciowego z małoletnią poniżej 15 lat, i to nie tylko z uwagi na to, że pewne relacje o podłożu seksualnym są dopuszczalne i można nawet powiedzieć – powszechne wśród osób w tym przedziale wiekowym, ale również dlatego, że między tymi osobami nie występuje jednocze-

⁵ M. Sajkowska, *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Ustalenia terminologiczne, skala zjawiska, oblicza problemu społecznego*, „Dziecko Krzywdzone” 2002, nr 1, s. 8.

⁶ Osobą nieletnią – w rozumieniu kodeksu karnego – jest ta osoba, która w czasie popełnienia czynu zabronionego nie ukończyła siedemnastego roku życia.

⁷ Ustawa z 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. z 2002 r., nr 11, poz. 109 ze zm.).

śnie znaczna dysproporcja pod względem dojrzałości psychicznej, emocjonalnej i fizycznej. Uwzględniając treść art. 10 § 3 k.k., ciężko byłoby dyskutować o winie w przypadku osób w wieku 14–15 lat. Jak komentuje to A. Wąsek: „Uzasadnienie projektu k.k. (s. 123) tak wyjaśnia rację art. 10 § 3: »Wina w wypadku odpowiedzialności nieletnich jest zawsze ograniczona przez brak dojrzałości sprawcy. Wprowadzenie obniżonej granicy zagrożenia daje wyraz zasadzie przyjmującej, że kara nie może przekraczać swoją surowością stopnia winy«”⁸. I nawet sugerując się przepisami § 2 i 3 art. 10 k.k., które nie uwzględniły możliwości traktowania osoby 15-letniej jako osoby dorosłej ze względu na popełnienie czynu z art. 200 k.k., można wywnioskować, że sprawcą przestępstwa seksualnego wykorzystania poprzez obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną nie może być osoba poniżej 17 roku życia.

4. Sprawca i ofiara przestępstwa z art. 200 k.k. – wzajemne relacje

Omówienie w pierwszym rzędzie pojęcia sprawcy przestępstwa z art. 200 k.k. było celowe ze względu na wspomnianą cechę sprawcy, mianowicie na jego bezwzględna i każdorazową wyższość nad ofiarą wykorzystania seksualnego, czyli nad małoletnim. Ta wyższość, po tak szerokim wyjaśnieniu relacji sprawca-ofiara, nie powinna budzić dalszych wątpliwości. Głównym zadaniem tej części artykułu będzie ukazanie kontrastu, jaki uwidacznia się w przypadku porównania wspomnianej przewagi sprawcy seksualnego wykorzystania nad ofiarą do kształtującej się przewagi sprawcy przestępstwa pomówienia o seksualne wykorzystanie z art. 200 k.k. nad rzekomym sprawcą seksualnego wykorzystania. Mówimy tu bowiem o przewadze wynikającej właśnie ze szczególnej ochrony, jaką obdarzone zostały osoby małoletnie. Chodzi w praktyce o sytuacje, w których bardzo łatwo pozbawić człowieka dobrego imienia, pracy, stanowiska, pozycji społecznej czy też autorytetu lub nawet pogorszyć jego stosunki rodzinne i małżeńskie czy też partnerskie za pomocą fałszywego oskarżenia o molestowanie lub wykorzystywanie seksualne małoletniego.

Oskarżenie człowieka o pedofilię i skłonności seksualne do małoletnich dzieci stały się wręcz orężem w walce o władzę rodzicielską – w przypadku rozpadu małżeństwa, orężem w walce o zdobycie szacunku rówieśników – w sytuacjach pomawiania nauczycieli o odbywanie stosunków z małoletnimi dziewczętami, wreszcie orężem w walce o miejsce w rankingu popularności – gdyż nagminne staje się zniesławianie przez media osób dopiero oskarżonych o przestępstwa pedofilskie, w stosunku do których nie zapadły jeszcze

⁸ M. Bojarski i in., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 35.

prawomocne wyroki⁹. Rzekomy sprawca przestępstwa wykorzystania seksualnego dziecka, jak można się domyślić, stoi na z góry przegranej pozycji i w praktyce, mimo zasady domniemania niewinności, to on musi dowodzić o braku winy z jego strony. Problematyka odpowiedzialności za pomówienie o przestępstwo seksualnego wykorzystania małoletniego zostanie omówiona w dalszej części niniejszego artykułu, dlatego też w tym miejscu warto omówić pojęcie ofiary przestępstwa z art. 200 k.k.

W zakresie pojęcia ofiary przestępstwa seksualnego wykorzystania ustawodawca, określając cechy ofiary, posługuje się terminem „małoletni”, dodając przy tym granicę wieku bezwzględnej ochrony wyznaczoną konkretnie na 15 rok życia. Wypada jednak zauważyć, że granica ta poprzez swoją sztywną określoność w pewnym sensie nie odpowiada rzeczywistym procesom zmian zachodzących w kolejnych pokoleniach dojrzewającej młodzieży, chociaż pełni rolę gwaranta klarownie określającego minimalny wiek uprawniający do kontaktów seksualnych. Szybsze dojrzewanie płciowe zarówno dziewcząt, jak i chłopców, wcześniejsze inicjacje seksualne, występowanie treści o zabarwieniu erotycznym w środkach masowego przekazu czy też łatwiejszy dostęp do treści erotycznych – wpływają na przyspieszenie procesu seksualizacji młodzieży. Nie da się zaprzeczyć faktom, że większość małoletnich poniżej 15 roku życia korzysta z komputera i Internetu, a w efekcie, chcąc czy nie, ma styczność z ogromem materiałów przedstawiających treści erotyczne lub nawet pornograficzne. Nie chodzi tylko o strony internetowe zajmujące się umieszczaniem na serwerach tego typu materiałów, ale o różnego rodzaju blogi, serwisy randkowe, serwisy zajmujące się publikowaniem i wymianą zdjęć oraz informacji o użytkownikach. Wystarczy wejść, niekiedy nawet przypadkiem, na taką stronę i nie rejestrując się, przeglądać różnego rodzaju zdjęcia, w tym również te przeznaczone wyłącznie dla osób pełnoletnich. Nic więc dziwnego, że osoba w wieku 12 lat może być żarliwie zainteresowana seksem do tego stopnia, że podejmie stosunki seksualne, nie będąc jednocześnie wystarczająco dojrzałą, by zrozumieć ewentualne konsekwencje¹⁰. Już w latach siedemdziesiątych zauważano wśród młodzieży silny dynamizm w przyspieszaniu dojrzewania płciowego: „Akceleracja dojrzewania płciowego która zdaniem wielu autorów, na przestrzeni ostatniego stulecia obejmuje w pewnych krajach okres niemal czterech lat, spowodowała potrzebę głębokich zmian w procesie wychowania. Dawniej występowanie pierwszej mie-

⁹ A. Szulc, *W piekle ojców robi się tłoczno*, [w:] *Molestowani ojcowie, gra w pedofila – straszna broń w małżeńskich wojnach*, „Przekrój” z 26 lutego 2009, s. 22–25. Artykuł ukazuje problem pomawiania ojców o wykorzystywanie seksualne dzieci zarówno w formie przestępstwa kazirodztwa z art. 201 k.k., jak również w wielu przypadkach w ogóle o skłonności pedofilskie.

¹⁰ J. Pawlicki, *Historia ojcostwa 13-latka wstrząsnęła Wielką Brytanią (video)*, [online:] <http://wyborcza.pl/1,76842,6279486,Historia_ojcostwa_13_latka_wstrzasnela_Wielka_Brytania.html>, dostęp: 2 marca 2009. Brytyjskie czasopismo „The Sun” opublikowało na pierwszej stronie zdjęcie 13-letniego chłopca i 15-letniej dziewczynki z dopiero co urodzoną córeczką.

siączki u dziewcząt miało miejsce przeciętnie w wieku 16–17 lat, obecnie przesunęło się do 13 roku życia. Podobne zjawisko przyspieszenia dojrzewania obserwuje się u chłopców. Oznacza to, że dojrzewanie biologiczne znacznie wyprzedza dojrzewanie psychiczne i społeczne. Oznacza to również, że zainteresowania seksualne u młodzieży pojawiają się wcześniej niż dawniej¹¹.

Podsumowując zagadnienie ustawowej granicy wieku, bezwzględnie chroniącej małoletnich przed czynami o podłożu seksualnym, stwierdzić można, że moment osiągnięcia dojrzałości płciowej w przypadku współczesnej młodzieży przypada znacznie wcześniej niż na wiek 15 lat. Nie oznacza to jednak, jak już wyżej wspomniano, że dojrzałość płciowa idzie w parze z dojrzałością psychiczną i emocjonalną małoletniego, zależy to bowiem od indywidualnych cech każdego człowieka, może być wynikiem wychowania w określonym środowisku rodzinnym i rówieśniczym, może również zależeć od relacji, jakie zachodzą pomiędzy małoletnim a rodzicami lub opiekunami, które kształtują osobowość dziecka.

Obcowanie płciowe dorosłego z co prawda dojrzałą płciowo, ale niedojrzałą psychicznie i mentalnie do jakichkolwiek czynności seksualnych jednostką budzi zrozumiałe wątpliwości. Dokonujący się pomiędzy małoletnim a znacznie starszą od niego osobą akt seksualny z całą pewnością jest efektem wykorzystania przewagi intelektualnej, psychicznej, czasem również fizycznej dorosłego nad małoletnim. Podobnie uważa M. Beisert, pisząc co następuje: „w przypadku każdego wykorzystania seksualnego dziecka, między ofiarą a sprawcą nie ma stosunku równości”¹². Autorka podaje również pewne zależności, które argumentują taki stan rzeczy. Po pierwsze, sprawca zawsze (z racji cech nierozzerwalnie związanych z jego osobą) ma przewagę nad ofiarą. Z faktu, że jest osobą dorosłą, wynika, iż jego procesy poznawcze i emocjonalne są w pełni dojrzałe, gdy tymczasem te same procesy dziecka cech tych nie mają. Stwarza to uczestnikom interakcji zupełnie odmienne możliwości orientacji w sytuacji i własnej osobie, a co za tym idzie – odmienne możliwości podejmowania decyzji i działania. Skutki ponoszone przez każdego z nich nie mogą być zatem jednakowe. Ofiara znajduje się na gorszej pozycji. Po drugie, sprawca działa w celu zaspokojenia własnej potrzeby (lub szerzej – zaspokojenia osoby dorosłej), nie zaś dla zaspokojenia potrzeby dziecka czy przynajmniej potrzeb obojga uczestników interakcji¹³.

Inną natomiast kwestią będą relacje seksualne pomiędzy przykładowo 16-letnią dziewczynką a 40-letnim dorosłym mężczyzną, gdzie obcowanie płciowe jest prawnie dozwolone, mimo iż normy społeczne i moralne nie akceptują takich stosunków, a stopień dojrzałości i rozwoju stron stosunku

¹¹ B. Łobodzińska, *Seks w socjologicznych badaniach rodziny*, [w:] K. Imieliński (red.), *Seksuologia społeczna*, Warszawa 1974, s. 233.

¹² M. Beisert, *Kazirodztwo, rodzice w rodzice w roli sprawców*, Warszawa 2008, s. 18.

¹³ Ibidem.

różni się diametralnie. Pomimo obopólnej zgody na wystąpienie relacji seksualnych, trudno nie zasugerować w takim przypadku wystąpienia pewnego rodzaju wykorzystywania przez osobę dorosłą na przykład braku doświadczenia w relacjach damsko-męskich po stronie nieletniej. Jeszcze mocniej piętnowana, lecz w dalszym ciągu nie zabroniona przez polskie prawo karne, byłaby sytuacja, gdy zamiast wspomnianej 16-letniej dziewczyny w relacjach seksualnych występował 16-letni chłopiec.

Wracając jednak do definiowania pojęcia małoletniego jako ofiary przestępstwa z art. 200 k.k., należy domniemywać, że w świetle przepisów obowiązującego w Polsce kodeksu karnego są to osoby poniżej 15 roku życia, które w wyniku realizacji zainicjowanych lub choćby zaakceptowanych przez sprawcę czynności określonych jako obcowanie płciowe oraz inna czynność seksualna, stały się obiektem tych czynności i zarazem ofiarą przestępstwa. Należy domniemywać zatem, że ofiarą przestępstwa z art. 200 k.k. będzie osoba, która przed ukończeniem 15 roku życia obcowała płciowo ze sprawcą lub w stosunku do której sprawca dopuścił się innej czynności seksualnej, nakłonił ją do wykonania takiej czynności lub do poddania się jej.

Powyższa definicja ofiary nie jest oczywiście pełna z wielu względów. Po pierwsze, należy wziąć pod uwagę sytuacje, w których osoba poszkodowana ujawni zaistnienie przestępstwa i wywoła skutek w postaci wszczęcia postępowania dopiero po jakimś czasie od ukończenia 15 roku życia. Czy taka osoba nie będzie ofiarą? Otóż będzie, nie możemy bowiem określić, jaki czas powinien upłynąć, by poszkodowany przestępstwem przestał być ofiarą. Skutki przestępstw seksualnych mogą przecież wystąpić od razu, ale też ujawnić się dopiero po kilku latach lub nękać wykorzystaną w dzieciństwie osobę przez całe życie¹⁴. Jednakże należy domniemywać, że pokrzywdzonym będzie tylko ta osoba, w stosunku do której dorosły osobnik wykazywał aktywność seksualną w czasie, gdy nie ukończyła ona 15 roku życia.

Pojęcie małoletniego jako ofiary seksualnego wykorzystywania jest w niniejszym opracowaniu traktowane równoznacznie z pojęciem dziecka seksualnie wykorzystywanego czy też małoletniego dotkniętego przestępstwem seksualnym. Nazwanie bowiem ofiary wykorzystania dzieckiem powoduje, że nie musi ona spełniać żadnych dodatkowych warunków (poza osiągnięciem określonego wieku), by być uznaną za ofiarę działań dorosłego sprawcy dopuszczającego się wykorzystania seksualnego. Poza oceną pozostałe jej rzeczywista zdolność rozumienia i decydowania o sobie, jej wygląd czy informacje, których udzielała sprawcy¹⁵. Ze względu na niedojrzałość zarówno emocjonalną, psychiczną, jak i seksualną osób poniżej 15 roku życia,

¹⁴ Szerzej na ten temat: K. Pospiszył, *Przestępstwa seksualne, Skutki seksualnego wykorzystywania dzieci*, [w:] *Przestępstwa seksualne*, Warszawa 2006, s. 59–62.

¹⁵ M. Beisert, op. cit., s. 18.

jakakolwiek forma obcowania płciowego lub jakikolwiek przejaw czy też próba zaspokajania potrzeb seksualnych przez osobę dorosłą kosztem udziału dziecka w tej czynności zasługuje na społeczne i prawne potępienie. Z uwagi na bezbronność, niedojrzałość umysłową, ufność w stosunku do osób dorosłych, zwłaszcza rodziców, opiekunów prawnych czy też krewnych (wówczas czyn nosi znamiona przestępstwa opisanego w art. 201 k.k.), osób sprawujących faktyczną lub okresową opiekę dziecko jest łatwym celem dla sprawców przestępstw pedofilskich. Sprawca w takich przypadkach wykorzystuje nie tylko ufność dziecka i autorytet, jakim ono go darzy, ale również swoją pozycję społeczną i prawną do kontynuowania i ukrywania przestępczego procederu.

W praktyce trudniej jest wykryć i zapobiegać przestępstwom wykorzystywania seksualnego w rodzinie niż seksualnemu wykorzystaniu nieletniego przez sprawcę spoza rodziny. Dziecko seksualnie wykorzystywane początkowo nie zdaje sobie sprawy z nienormalności praktyk, w jakich bierze udział, a w późniejszej fazie, gdy jest starsze i łatwiej mu dostrzec nieprawidłowości w relacjach z przejawiającym skłonności dewiacyjne rodzicem, często wybiera trwanie w traumie i wyrzeka się walki, obawiając się konsekwencji wyjawienia prawdy o patologicznych zachowaniach rodzica. Często również problem jest świadomie ukrywany przez dorosłych obserwatorów tych wydarzeń, najbliższą rodzinę sprawcy i ofiary, krewnych, a także osoby żyjące w ich środowisku. Takie zachowania dorosłych wynikają czasem z nieświadomości o konsekwencji seksualnego wykorzystywania dziecka. Również brak świadomości co do bezprawności niektórych zachowań o zabarwieniu seksualnym dokonywanych wobec nieletnich przez członków rodziny, konkubentów, osoby z najbliższego otoczenia dziecka przedłużają traumę ofiar wykorzystywania seksualnego.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż osoby dorosłe, które co prawda nie są sprawcami czynów pedofilskich, ale znajdując się w najbliższym otoczeniu sprawcy i ofiary i mając możliwość wpływu na sytuację, nie czynią tego, przedłużają byt przestępstwa. Takie sytuacje wynikają najczęściej z chęci utrzymania związku z przejawiającym chore skłonności partnerem, tudzież z obawy o utratę jedyne go źródła utrzymania, którym jest partner-dewiant. Mogą być również spowodowane niechęcią uczestnictwa w skandalu, jaki wywołać może wyjawienie sprawy, np. wydanie pedofila będącego osobą duchowną lub wykonującego zawód nauczyciela i narażenie tym samym dobrego imienia szkoły.

Szeroko ujmując problematykę sprawstwa, można wysunąć tezę o współodpowiedzialności osób, które mimo świadomości zaistnienia niezgodnych z prawem aktywności seksualnych skierowanych wobec dziecka, nie podejmują żadnych lub konsekwentnych działań zmierzających do ujawnienia przestępstwa. Zdarza się to często w przypadku kobiet żyjących w konkubi-

nacie z partnerem, który wykorzystuje złą sytuację materialną lub położenie matki i jej dziecka do całkowitego ich podporządkowania i realizacji zamierzonych fantazji erotycznych. Bywa również tak, że świadkami są dziadkowie dziecka, którzy z różnych przyczyn (lęk przed reakcją sprawcy, reakcją otoczenia, ukaraniem sprawcy czy też bagatelizowaniem zachowań sprawcy) nie ingerują w życie rodziny lub robią to w sposób niedostateczny, pozostawiając ofiarę w tragicznej dla niej sytuacji. Biorąc pod uwagę okoliczności doprowadzenia nieletniego poniżej 15 roku życia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, należałoby zbadać ewentualny wpływ najbliższego otoczenia pokrzywdzonego dziecka na patologiczną sytuację, w jakiej się ono znalazło. M. Beisert poddaje pod rozwagę fakt, iż niektóre przytaczane w literaturze pojęcia rozszerzają sposób działania sprawcy, obejmując nim nie tylko świadome działania, ale i zaniechanie obowiązków¹⁶.

W przypadku wykorzystywania kazirodczego, czyli czynu opisanego we wspomnianym wyżej art. 201 k.k., pozostającego w związku z przestępstwem z art. 200 k.k., sprawcą jest osoba zobowiązana w szczególny sposób do działania w interesie dziecka, która jednak zachowuje się zupełnie odmiennie, niż wynika to z jej obowiązków¹⁷. Nie można pominąć faktu, iż podobną rolę i funkcje opiekuńcze w życiu nieletnich pełnią osoby wykonujące zawody, których charakter wiąże się z opieką nad dzieckiem, kierowaniem jego rozwoju, kształceniem elementarnych wartości. Mimo iż podmioty te, w przypadku popełnienia przestępstwa seksualnego na małoletnim, nie będą oczywiście traktowane jako sprawcy przestępstw kazirodczych, to nie można zaprzeczyć, że pełnią, podobnie zresztą jak rodzice, ważne zadania w rozwoju i życiu nieletnich. Wykorzystanie tej roli do popełnienia jakiegokolwiek czynu o charakterze seksualnym powinno być równoznaczne z poniesieniem przez sprawcę konsekwencji uwzględniających naruszone zaufanie, jakim obdarzyło sprawcę dziecko, jego rodzice oraz społeczeństwo.

Wspomniany wcześniej udział małoletniego nie ogranicza się do kontaktów fizycznych dziecka ze sprawcą. Powinno się tak traktować każdą z form uczestniczenia, czy to czynnego, czy też biernego, np. poprzez utrwalanie kamerą wideo czy też aparatem fotograficznym nieletniego w takich sytuacjach, które mogą wzbudzać w osobach o zaburzonych preferencjach seksualnych stan podniecenia seksualnego. Czasami jednak zaciera się granica pomiędzy nieprawidłowymi a normalnymi i zwyczajowo przyjętymi stosunkami między dzieckiem a dorosłym. Łatwiej jest dostrzec występowanie impulsów seksualnego zainteresowania pomiędzy np. nauczycielem a nieletnim uczniem niż w codziennych relacjach pomiędzy rodzicem czy prawnym opiekunem a dzieckiem. Opieka nad dzieckiem obejmuje także czynności związa-

¹⁶ Ibidem, s. 25.

¹⁷ Ibidem, s. 18.

ne z myciem dziecka, przebieraniem itp., które dla sprawcy o zaburzonych preferencjach seksualnych przysparzają okazji do zaspokajania potrzeb seksualnych i ucieleśniania własnych fiksacji. Czasami jednak granica pomiędzy codziennymi czynnościami wychowawczymi a zachowaniami uznawanymi za inną czynność seksualną przestaje być widoczna, co powoduje, że zwyczajowe czynności opiekuńcze mogą być źle odbierane i utożsamiane z zachowaniem o zabarwieniu seksualnym. Taki efekt można zauważyć w Stanach Zjednoczonych, gdzie zgłaszanych jest bardzo wiele przypadków podejrzenia popełnienia przestępstwa seksualnego wykorzystania.

Podczas sprawowania czasowej opieki nad dzieckiem, np. w trakcie lekcji szkolnych, spotkań i wyjazdów organizowanych przez szkoły, placówki wychowawcze czy też kościoły, istnieje mniejsze prawdopodobieństwo, że dziecko znajdzie się w sytuacji, która narazi je na niebezpieczeństwo seksualnego wykorzystania. Niemniej i takie sytuacje są świetną okazją dla sprawców przestępstw pedofilskich. Sprawca, wykorzystując możliwość dłuższego przebywania z dzieckiem bez obecności rodziców nieletniego, w większości przypadków zaczyna wabić swoją ofiarę, zmierając do jej uwiedzenia i seksualnego wykorzystania. Najczęściej sprawcy przestępstw pedofilskich wykorzystują różnego rodzaju gratyfikacje w postaci drobnych sum pieniędzy, oferują też dzieciom słodycze, papierosy, czasem alkohol, rzadziej narkotyki. Zwykle nie decydują się na użycie przemocy fizycznej celem doprowadzenia dziecka do obcowania płciowego lub udziału w innej czynności seksualnej.

Taki stan rzeczy można próbować uzasadniać na wiele sposobów. Dewiant, którego pociągają nieletni w bardzo młodym wieku, przykładowo 0–3 lat, nie musi stosować jakiegokolwiek siły fizycznej, co najwyżej może ofiarę zastraszyć. Dziecko w takim wieku nie ma wyrobionych wzorców zachowań seksualnych właściwych ani niewłaściwych. W zasadzie świadomość realizowanych wobec niego czynności jest znikoma. W takich przypadkach użycie przez sprawcę siły fizycznej do doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego lub jakiegokolwiek innej czynności seksualnej wynikać będzie raczej z występowania w psychice sprawcy zaburzeń o podłożu sadystycznym niż z faktycznego, realnego oporu ofiary. W przypadku, gdy sprawcę stymulują seksualnie dzieci w wieku 4–10 lat, częściej może dochodzić do próby użycia siły. Dziecko w tym wieku posiada większą świadomość otaczającej go rzeczywistości, łatwiej rozróżnia dobro od zła, zaczyna zdawać sobie sprawę z tego, co może być dla niego dobre, a co złe. Mając tę świadomość, może odmówić wykonania niewłaściwych jego zdaniem czynności, do których nakłania go obca mu osoba lub osoba, którą zna, ale która nie należy do rodziny. Wówczas sprawca może próbować użyć groźby lub nawet siły fizycznej, by zmusić dziecko do uległości i poddania się czynnościom seksualnym. Sprawca w stosunku do ofiary w tym wieku może również użyć siły fizycznej lub

groźby jej użycia celem zastraszenia ofiary i uniemożliwienia przekazania przez nią informacji o zaistniałym wykorzystaniu.

Opisane wyżej sytuacje dotyczą przede wszystkim osób, które zawodowo lub społecznie zajmują się opieką nad małoletnimi. W związku z pomówieniem o przestępstwo z art. 200 k.k. rzadziej wymienia się bowiem rodzica (choć i takie sytuacje mają miejsce, np. gdy rodzice w przekonaniu małoletniego ograniczają jego swobodę osobistą), częściej zaś konkubenta, a ostatnimi czasy – nauczycieli, księży, wychowawców, trenerów sportowych czy też osoby zajmujące się rozwojem kulturalnym młodzieży.

5. Prawnokarne skutki przestępstwa z art. 200 k.k.

W przypadku nauczyciela, księdza, wychowawcy, lekarza, opiekunki lub sprawców wykonujących podobny do wymienionych zawód, którym powierzono opiekę nad nieletnimi, ich wychowanie zgodne z obowiązującymi normami społecznymi, powinno się w każdym przypadku stanowczo i bezterminowo eliminować tych sprawców z najbliższego otoczenia nieletnich. Orzekana jest wówczas kara pozbawienia wolności od 2 do 12 lat. Kodeks karny przewiduje szeroki katalog środków, tj. zakaz wykonywania zawodu przez określony w wyroku okres, zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym oraz nawiązanie na rzecz pokrzywdzonego. Środek karny przewidziany w art. 41 § 1 i § 1a pełni rolę prewencyjną, zapobiegając lub utrudniając popełnianie przestępstw w przyszłości, kiedy to sprawca mógłby ponownie wykorzystać kompetencje zawodowe związane z opieką nad nieletnim do czynów o charakterze seksualnym¹⁸.

W świetle braku systemowych rozwiązań w zakresie leczenia sprawców przestępstw seksualnych, u których występują zaburzenia preferencji seksualnych w postaci pedofilii, stosowanie przewidzianych w art. 41 k.k. rozwiązań wydaje się być współmierne do szkody, jaką sprawca wyrządza ofierze przestępstwa oraz bliskim jej osobom. Skutki wykorzystywania seksualnego nieletnich często powodują nieodwracalne zmiany w psychice ofiar, odbijają się na ich późniejszym życiu i mogą stanowić zagrożenie w szerokim tego

¹⁸ Art. 41 k.k. przewiduje w § 1 możliwość orzeczenia środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania zawodu, jeżeli sprawca nadużył stanowiska lub zawodu przy popełnieniu przestępstwa, a dalsze wykonywanie zawodu lub stanowiska zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Z kolei § 1a i 1b ww. artykułu przewiduje możliwość dożywotniego pozbawienia przestępcy prawa do wykonywania określonego zawodu lub pełnienia określonego stanowiska związanego z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, odpowiednio jeśli sprawca popełnił czyn przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. W § 1b sąd obligatoryjnie orzeka zakaz wykonywania zawodu lub wykonywania określonych funkcji w przypadku powrotu do przestępstwa w warunkach określonych w § 1a.

słowa znaczeniu, choćby w postaci ujawniania się zaburzeń preferencji seksualnych w życiu dorosłym i zapoczątkowania nowego łańcucha przestępstw seksualnych, tym razem z udziałem dzieci dorosłej już ofiary wykorzystywanej w dzieciństwie.

6. Znamiona pomówienia – ogólne uwagi

Niewątpliwie rozważania dotyczące odpowiedzialności karnej za pomówienie należy rozpocząć od zdefiniowania przedmiotu ochrony – czci jednostki. „Cześć” to dobre imię każdego człowieka, jego godność osobista. Są to wartości przyrodzone, których nie nabywa się w społeczeństwie, ponieważ przynależą one do każdego człowieka, tak do noworodka, jak i do przestępcy. Prawa do czci, godności czy dobrego imienia jako wartości przyrodzonych nie można się zrzec czy w jakikolwiek sposób zbyć¹⁹. W drugim rozdziale Konstytucji, zatytułowanym „Wolności prawa i obowiązki człowieka i obywatela”, pierwsza zasada stanowi, iż źródłem wolności i praw człowieka i obywatela jest właśnie przyrodzona i niezbywalna godność. Rozwinięcie tej wyrażonej w art. 30 zasady stanowi art. 47 Konstytucji, gwarantujący każdemu prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym²⁰.

Cześć człowieka należy do dóbr osobistych chronionych przez prawo cywilne. Rozróżniamy cześć zewnętrzną w znaczeniu dobrej sławy, dobrego imienia oraz tzw. cześć wewnętrzną, czyli godność osobistą. Są one objęte ochroną przewidzianą w art. 23 i 24 k.c. Należy zauważyć, iż naruszenie czci może nastąpić w każdy sposób (ustnie, listownie, w mediach czy w piśmie procesowym). Jednakże ochrona czci nie przysługuje w razie negatywnej oceny człowieka bądź jego działania opartego na rzetelnej krytyce (czyli na faktach)²¹.

Z punktu widzenia odpowiedzialności za pomówienie o przestępstwo wykorzystania seksualnego osoby małoletniej bez wątplenia najczęściej będziemy mieli do czynienia z naruszeniem dobrego imienia i próbą jego ochrony na gruncie rozwiązań przyjętych w kodeksie karnym. Należy jednak zaznaczyć, iż osoba pomówiona może dochodzić swoich praw zarówno na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego.

Przedmiotem przestępstwa zniesławienia jest dobre imię (cześć zewnętrzna) człowieka, grupy osób, instytucji, osoby prawnej i jednostki organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej. Przedmiotem czynności wyko-

¹⁹ E. Czarny-Drożdżejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy z przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, Kraków 2006, s. 51.

²⁰ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 46.

²¹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 155.

nawczych nie może być jednak osoba zmarła. Zatem jeśli chodzi o zarzut seksualnego wykorzystania osoby małoletniej mamy do czynienia z możliwością pomówienia jedynie człowieka bądź grupy osób. Należy przy tym zauważyć, że cześć podmiotu podlega ochronie także w przypadku, gdy ma on w danym środowisku złą opinię i to nawet w sytuacji, gdy jest ona oparta na obiektywnych przesłankach²² (np. gdy osoba była w przeszłości wielokrotnie karana).

Treścią pomówienia mogą być właściwości (m.in. zboczenie seksualne) lub sposób postępowania (m.in. właśnie wykorzystanie seksualne osoby małoletniej), które mają charakter poniżający w opinii społecznej bądź narażają na utratę zaufania. Dokładne ustalenie, co może poniżyć osobę, musi być dokonane na podstawie oceny społecznej. Wszystko zależy od osoby pomawianej, od zajmowanego przez nią stanowiska czy pełnionej funkcji (np. wychowawca), wykonywanego zawodu (np. lekarz, nauczyciel) albo rodzaju działalności (np. katecheta)²³. Przystępstwo zniesławienia jest przestępstwem formalnym i do jego zaistnienia nie musi wystąpić skutek w postaci poniżenia. Wystarczająca jest sama możliwość poniesienia przez pokrzywdzonego szkód moralnych²⁴. W przypadku uczynionego zarzutu o seksualne wykorzystanie osoby małoletniej bezspornie nastąpi poniżenie osoby w oczach osoby (bądź osób) trzeciej. Wynika to z faktu bezspornej bardzo negatywnej opinii, jaką posiadają sprawcy dopuszczający się czynów seksualnych z osobami poniżej 15 roku życia.

Sama forma pomówienia o czyn określony w art. 200 k.k. nie jest istotna (może być dokonana ustnie, pisemnie, za pomocą gestu, rysunku lub zdjęcia). Ważne jest jedynie, aby pozwalała na przekazanie określonych treści²⁵. Zarzut musi być przekazany innej osobie niż pokrzywdzony, a odbiorcą może być nawet jedna osoba (pomówienie dokonane niepublicznie). Oczywiście pomówienie może polegać również na wypowiedzi skierowanej do szerokiego, bli-

²² T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 416–417.

²³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 530. Pogląd ten był wielokrotnie potwierdzony orzecznictwem Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 18 listopada 1935 r. (3K 1242/35) SN zauważył, że „hańbiący charakter ma nie tylko zarzut postępowania, uważanego powszechnie za zdolne do poniżenia w opinii publicznej, lecz również i zarzut postępowania uważany za hańbiący w środowisku szczególnym, w jakim zniesławiony i zniesławiający obracają się, przy uwzględnieniu światopoglądów, kultury, wierzeń i zwyczajów danego środowiska, w którym zarzut rozgłoszono”. Zob. P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918-2000). Piśmiennictwo*, Kraków 2002, s. 79.

²⁴ A. Wąska (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2004, s. 1085.

²⁵ M. Gałązka, A. Kalisz, *Prawo karne materialne. Wybrane przepisy części szczególnej. Tablice poglądowe*, Szczytno 2008, s. 205. Odmienne J. Wojciechowski, według którego „raczej nie jest możliwe pomówienie dokonane przy pomocy gestów czy z zastosowaniem innej formy nieartykułowanej. Określony gest może stanowić zniewagę w stosunku do osoby pokrzywdzonej. Pomówienie musi bowiem zawierać określoną treść informacyjną, możliwą do oceny pod względem jej prawdziwości”. J. Wojciechowski, [w:] A. Wąska (red.), op. cit., s. 1081.

żej nieograniczonego kręgu osób²⁶. Szczególnym rodzajem publicznych pomówień jest zniesławienie dokonane za pośrednictwem środków masowego komunikowania²⁷. Mamy wówczas do czynienia z kwalifikowaną formą przestępstwa zniesławienia (art. 212 § 2 k.k.). Strona podmiotowa pomówienia o przestępstwo seksualnego wykorzystania małoletniego w typie podstawowym i kwalifikowanym polega na umyślności. Omawiane tu przestępstwo można popełnić zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i w ewentualnym²⁸.

Ustawowym znamieniem przestępstwa, najbardziej ciekawym z punktu komentowanej sytuacji, jest bez wątpienia podmiot przestępstwa. Samo przestępstwo zniesławienia jest przestępstwem powszechnym. Może je popełnić każdy człowiek. W przypadku pomówienia o przestępstwo z art. 200 k.k., a zatem o przestępstwo, któremu miała być poddana osoba małoletnia poniżej 15 roku życia, możemy mieć do czynienia z kilkoma różnymi charakterystykami podmiotu zniesławienia. Po pierwsze, o przestępstwo seksualnego wykorzystania dziecka może mówić osoba, która ukończyła 17 rok życia i nie jest domniemanym pokrzywdzonym w sprawie. Po drugie, o takie przestępstwo może mówić również osoba, która ukończyła 17 rok życia i przedstawia się jako domniemana ofiara wykorzystania seksualnego przed osiągnięciem lat 15. W każdej z tych sytuacji, zgodnie z podmiotową zdolnością do ponoszenia odpowiedzialności karnej, osoba dokonująca zniesławienia będzie odpowiadała na zasadach przewidzianych w kodeksie karnym²⁹.

Sytuacja komplikuje się zdecydowanie, gdy pomówienia o wykorzystanie seksualne małoletniego dokonuje nieletni. Nie ma znaczenia, czy nieletni jest domniemaną ofiarą wykorzystania seksualnego, czy jedynie informuje, że osoba trzecia została wykorzystana seksualnie przed ukończeniem 15 roku życia. Nieletni, który pomawia kogoś o wykorzystywanie seksualne, nie odpowiada na zasadach przewidzianych przepisami kodeksu karnego³⁰. Usta-

²⁶ J. Wojciechowski, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Rozdział XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 16.

²⁷ Według E. Czarny-Drożdżejko (op. cit., s. 205) środkiem masowego komunikowania jest prasa w rozumieniu ustawy – Prawo prasowe. Zgodnie z podaną tam definicją prasą „są wszelkie istniejące i powstające środki masowego przekazu [...]. Z tego należy wyciągnąć wniosek, że środkiem masowego komunikowania jest prasa i to w znaczeniu przedmiotowym, a więc jako publikacja periodyczna, która nie tworzy zamkniętej, jednorodnej całości, ukazująca się nie rzadziej niż raz do roku, opatrzona stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą”.

²⁸ T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 419.

²⁹ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 2008 s. 60–61.

³⁰ Na zasadach określonych przepisami kodeksu karnego może odpowiadać nieletni, który ukończył lat 15 i spełnił przesłanki określone w art. 10 § 2 k.k. Do przesłanek tych po pierwsze zaliczamy popełnienie czynu zabronionego określonego w art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 197 § 3, art. 252 § 1 lub 2 oraz w art. 280. Po drugie, nieletni po ukończeniu 15 roku życia będzie odpowiadał, jeżeli przemawiają za tym okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju, właściwości i warunki osobiste sprawcy, a zwłaszcza, jeśli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Obie przesłanki muszą wystąpić łącznie. Wyłącza to możliwość odpowiedzialności nieletniego za przestępstwo zniesławienia po osiągnięciu przez niego 15 lat a przed ukończeniem lat 17, na zasadach określonych w kodeksie karnym.

wa o postępowaniu w sprawach nieletnich przewiduje jednak sytuację, w której nieletni, pomimo faktu, iż w czasie popełnienia czynu nie miał ukończonych 17 lat, a zatem nie był podmiotem przestępstwa z uwagi na brak możliwości zawinienia, ponosi złagodzoną odpowiedzialność karną (zamiast orzeczenia albo wykonania środka poprawczego sąd rodzinny może orzec złagodzoną nadzwyczajnie karę). Po pierwsze, taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy nieletni, który popełnił czyn zabroniony przed ukończeniem 17 lat, w chwili orzekania przed sądem w tej sprawie ukończył lat 18. Sąd rodzinny prowadzący postępowanie może uznać wówczas, że orzeczenie środka poprawczego w postaci umieszczenia w zakładzie poprawczym jest niecelowe (art. 13 ustawy³¹). Po drugie, ww. sytuacja wystąpi również, gdy orzeczonego wobec nieletniego środka poprawczego nie zaczęto wykonywać przed osiągnięciem przez sprawcę 18 lat (art. 94 ustawy). Należy jednak zauważyć, iż możliwość orzeczenia złagodzonej nadzwyczajnie kary stoi w sprzeczności z zasadą winy (jej konsekwencją jest przecież przyjęcie, że bez winy nie może być kary)³².

7. Powody pomawiania o seksualne wykorzystywania małoletniego

Niewątpliwie niezwykle istotny w omawianej problematyce pozostaje związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zachowaniem sprawcy przestępstwa pomówienia a okolicznościami czynu oraz wewnętrznymi odczuciami sprawcy.

Każde pomówienie o przestępstwo seksualnego wykorzystania, podobnie jak pomówienie o inny czyn, posiada swoją genezę i określone uwarunkowania. Przyczyn pomówienia dorosłego człowieka (bo ze względu na omówioną wcześniej kwestię granicy wieku odpowiedzialności za czyn z art. 200 k.k. tylko takie przypadki rozpatrujemy) może być wiele. Jak już wcześniej wspomniano, pomawiającym może być małżonek lub konkubent i wówczas przyczyną pomówienia może być chęć zemsty na partnerze lub chęć pogorszenia jego sytuacji prawnej w kontekście odebrania mu praw rodzicielskich i pozbawienia kontaktu ze wspólnymi małoletnimi dziećmi³³. Pomawiającym

³¹ Zgodnie z ustawą postępowaniu w sprawach nieletnich nieletnim jest osoba: (1) do 18 roku życia – w związku z demoralizacją, (2) która ukończyła 13, ale nie ukończyła 17 lat, (3) do 21 lat – wobec której orzeczono środki wychowawcze lub środki poprawcze.

³² A. Grześkowiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 79.

³³ W połowie lat osiemdziesiątych XX w. amerykański psychiatra Richard Gardner opublikował teorię, według której w sytuacji konfliktu pomiędzy rodzicami dziecko staje po stronie jednego z nich, odrzucając przy tym miłość drugiego rodzica. Powodem takiego zachowania dziecka jest zdaniem Gardnera nienawiść i dyskredytowanie jednego partnera przez drugiego, często za pomocą oskarżeń najcięższego kalibru (jak zarzut seksualnego molestowania). Żeby

może być osoba znajoma, która z niechęci do pomawianego chce zainicjować postawienie go w stan oskarżenia, jak również współpracownik, pracodawca lub podwładny. W zawodzie nauczycielskim łatwo wyobrazić sobie sytuację, gdy z zazdrości o lepsze wynagrodzenie, osiągnięcia czy chociażby lepsze stosunki z uczniami czy też pracownikami pomawia się o wykorzystywanie seksualne uczniów, w skrajnych przypadkach nakłaniając uczniów do poświadczenia nieprawdy co do zachowania pomawianego nauczyciela. Wreszcie można wymienić przypadki, gdzie sami małoletni pomawiają dorosłego opiekuna o ich seksualne wykorzystywanie.

W przypadkach wymienionych powyżej sytuacja prawna pomawianego nie jest najgorsza ze względu na większe możliwości udowodnienia swojej niewinności poprzez zeznania rzekomych ofiar wykorzystywania. Jednak gdy pomawiającym jest sam małoletni lub pełnoletni, który pomawia o wystąpienie czynu z art. 200 k.k. w czasie, gdy nie miał on ukończonych 15 lat, wówczas sprawa się komplikuje, a pomówiony musi włożyć o wiele więcej wysiłku w udowodnienie sądowi i opinii publicznej, że nie jest pedofilem i sprawcą przestępstw seksualnych. Dzieje się tak z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze, w ostatnim czasie (pośrednio za sprawą mediów i po części przy udziale grup rządzących) zrewidowano nie tylko przepisy prawa karnego sankcjonujące czyny sprawców przestępstw pedofilskich, ale również demonizowano potencjalnych sprawców przestępstw pedofilskich, których na samą wieść o możliwości popełnienia przez nich czynów przestępnych piętnowano i skazywano bez wyroku sądu w opinii publicznej. Po drugie, ze względu na wspomnianą wcześniej szczególną ochronę małoletnich jako potencjalnych ofiar wykorzystania seksualnego sytuacja domniemanego sprawcy jest znacznie gorsza niż w przypadku sprawców innych przestępstw przewidzianych w kodeksie karnym. Dzieje się tak dlatego, że sąd w prowadzeniu postępowania musi opierać się bardzo często jedynie na dowodach w postaci zeznań świadków, w tym małoletniego pokrzywdzonego, który – jak już wcześniej wspomniano – jako osoba niedojrzała posiada znacznie niższą możliwość rozeznania w rzeczywistości niż świadek dorosły. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę możliwość przekształcania rzeczywistości przez małoletniego, możliwość łatwego wpływania na jego własne odczucia i tym samym nakłaniania go do oświadczenia nieprawdy lub też konfabulowania z własnej woli. Oczywiście sąd posiłkuje się opiniami biegłych w tego typu sprawach,

uratować dziecko, należy je odizolować od tego z rodziców, który sączył nienawiść i umieścić je w miejscu, w którym mogłoby poczuć się bezpieczne. Późniejsze badania nie potwierdziły wniosków Richarda Gardniera. Nico Trocme i Nick Bala przebadali 7 tysięcy przypadków i tylko w 4 proc. z nich jeden z rodziców świadomie kłamał, oskarżając drugiego. W *Przewodniku dla sędziów*, wydanym przez amerykańską Narodową Radę Sędziów Sądu Rodzinnego i Nietletnich, nakazano nie uwzględniać tzw. syndromu Gardniera. Zob. M. Bunda, *Broszura bzdura*, „Polityka” z 4 lutego 2008 r., [online] <www.polityka.pl/polityka/index.jsp?news_cat_id=933&news_id=244425&layout=18&page=text&place=Text01>, dostęp: 11 września 2009 r.

ale czy dowód w postaci opinii nawet najbardziej doświadczonego specjalisty z zakresu seksuologii lub też psychologii można porównać z dowodem badania DNA sprawcy czy też odciskami linii papilarnych sprawcy na narzędziu zbrodni? Ludzka psychika jest na tyle niezbadanym obszarem wiedzy, że żadna opinia nie będzie stuprocentowo świadczyła o popełnieniu czynu zabronionego lub jego niepopełnieniu przez osobę oskarżoną. Jak już wspomniano, skłonność małoletniego do konfabulacji może wpłynąć na sytuację prawną pomawianego (oskarżonego) o przestępstwo. W rzeczywistości nieletni może kłamać i pomawiać z wielu przyczyn, np. ze zwykłej złośliwości. Jak pisze J. Kunicka: „Takim złośliwym kłamstwem będzie np. fałszywe oskarżenie dokonane wyłącznie w celu zemsty, albo oszczerstwa miotane na osobę, która wprawdzie nic dziecku nie zawiniła, ale której ono specjalnie nie lubi, albo oskarżenia i intrygi w stosunku do ludzi, którzy są właściwie kłamiącemu obojętni, ale płynące z rozgoryczenia na cały świat i wrogości wobec całego świata”³⁴.

Taki typ kłamstwa w świetle pomówienia o przestępstwo seksualne będzie na pewno trudniejszy do wykrycia, gdyż znacznie łatwiej można ocenić sytuację, kiedy nieletni kłamie i pomawia dla osiągnięcia pewnej korzyści. Cytując słowa J. Kunickiej: „Osobnik uwalniający się przy pomocy kłamstwa od przesadnej ingerencji dorosłych w jego życie uważa zazwyczaj rozminięcie z prawdą [...] za całkowicie usprawiedliwione [...]. Fakt zaś, że chłopcy i dziewczynki w tym wieku wolą się uciekać do kłamstwa niż do jawnego nieposłuszeństwa, jest tłumaczony przewagą dorosłego, chęcią zyskania świętego spokoju”³⁵. Najbardziej jednak nawiązującym do omawianej problematyki kłamstwem jest kłamstwo o podłożu seksualnym: „[...] cały szereg kłamstw powstaje w związku z pierwszymi przeżyciami erotycznymi: od starannie ukrywanych przed okiem starszych sztubackich pierwszych flirtów i pierwszych poważnych miłości, aż do pierwszego stosunku płciowego [...]. Wobec rówieśników popełnia się niejednokrotnie kłamstwa-przechwałki z tej samej dziedziny, opowiadając o swych rzekomych podbojach czy też cierpieniach miłosnych. Wszystko to w tym celu, aby nie dać się wyprzedzić innym i nie uchodzić w ich oczach za dzieciaka, co się na takich rzeczach nie zna”³⁶. Właśnie ostatnie zdania najlepiej oddają kontekst przypadków, gdzie dziewczyna opowiada koleżankom o zalotach lub nawet stosunku z nauczycielem, a gdy sprawa się nagłośnia, kontynuuje krąg pomówień, stwarzając tym samym podłoże do postawienia nauczycielowi zarzutu seksualnego wykorzystania nieletniego.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt. Rzeczywisty sprawca seksualnego wykorzystania małoletniego może w drodze odwetu za złożenie

³⁴ J. Kunicka, *Kłamstwo dziecięce, przyczyny i zapobieganie*, Warszawa 1938, s. 49.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

zawiadomienia o możliwości popełnienia przez niego takiego przestępstwa odpowiedzieć prywatnym aktem oskarżenia o zniesławienie przez osobę bądź osoby, które ujawniły fakty wykorzystywania małoletniego³⁷.

8. Prawne i społeczne skutki pomówienia

Sprawcy pomówienia o seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej 15 roku życia może zostać wymierzona kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do jednego roku. Jeśli sprawca dopuściłby się przestępstwa zniesławienia za pomocą środków masowego komunikowania, kara pozbawienia wolności mogłaby zostać wymierzona do 2 lat. Ponadto art. 212 § 3 k.k. przewiduje możliwość orzeczenia przez sąd nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, Polskiego Czerwonego Krzyża albo na inny cel społeczny. Na wniosek pokrzywdzonego sąd może również orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości (art. 215 k.k.).

Jeśli chodzi o odpowiedzialność nieletnich za pomówienie o seksualne wykorzystanie małoletniego poniżej 15 lat, to w stosunku do tej grupy sprawców mogą być zastosowane środki wychowawcze (w postaci upomnienia, nadzoru rodziców, kuratora, umieszczenia w rodzinie zastępczej czy ośrodku wychowawczym), środki wychowawczo-lecznicze (umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym bądź w innym zakładzie leczniczym) oraz środki poprawcze (przy wysokim stopniu demoralizacji, gdy przemawiają za tym okoliczności i charakter czynu oraz nieskuteczność czy przewidywana nieskuteczność innych środków, nieletni może zostać umieszczony w zakładzie poprawczym)³⁸.

Efekt pomówienia o seksualne wykorzystanie małoletniego jest niezwykle silny. Pokrzywdzony, któremu zarzuca się takie czyny, przeżywa nie tylko napięcia wewnętrzne spowodowane zniesławieniem. O wiele groźniejsze są ujemne konsekwencje w środowisku zawodowym, jak utrata zaufania potrzebnego do prowadzenia danej działalności lub wykonywania określonego zawodu, zawieszenie w czynnościach zawodowych, ostracyzm w miejscu pracy czy wręcz jej utrata. Konsekwencje dotyczyć będą również rodziny osoby pomówionej o wykorzystanie dziecka oraz relacji towarzyskich czy sąsiedzkich. Skutki takiego pomówienia, nawet pomimo oczyszczenia z zarzutów, mogą trwać bardzo długo w świadomości opinii społecznej. Jest to niewątpliwie czyn niezwykle szkodliwy i bezsprzecznie zasługujący na penalizację.

³⁷ Zob. sprawę o sygn. II K 635/98, rozpatrywaną przed sądem w Olsztynie. Sprawca molestowania ośmioletniej córki nie przyznał się do winy i w trakcie postępowania karnego złożył zawiadomienie do prokuratury o pomówienie. Sąd w dwóch instancjach uznał tego sprawcę za winnego przestępstwa określonego w art. 200 k.k.

³⁸ A. Grześkowiak (red.), op. cit., s. 79.

Należy zauważyć, że krzywda wyrządzona pomówieniem w środkach masowego komunikowania jest często niezwykle trudna bądź nawet niemożliwa do naprawienia. Ujemne skutki, jakie niesie ze sobą naruszenie dobrego imienia, szczególnie w przypadku zarzutu seksualnego wykorzystania małoletniego, mogą mieć charakter nieodwracalny. Oddziaływanie środków masowego przekazu na opinię publiczną jest niezwykle silne. Odbiorcy poświęcają dużo więcej uwagi informacjom nowym niż tym, o których wcześniej mogli już usłyszeć. Ponadto może wystąpić efekt pierwszego wrażenia, a wyrobione zdanie na dany temat zmienić jest niezwykle trudno, nawet po sprostowaniu nieprawdziwej informacji. Dla wielu odbiorców obraz osoby, która została w mediach pomówiona o wykorzystywanie seksualne dzieci, a po pewnym czasie oczyszczona z zarzutów, pozostanie w świadomości społecznej zdecydowanie negatywny, a w najlepszym razie traktowany z ostrożnością czy rezerwą. W swoistym konflikcie pomiędzy osobą walczącą o swoje dobre imię a prasą zrozumiałe wydaje się istnienie, z uwagi na rażącą nierówność stron, typu kwalifikowanego przestępstwa zniesławienia³⁹.

Summary

Legal and social aspects of the defamation on the offence from the article 200 of the Penal Code

In our article we compare two types of criminal offence which are defined in Polish Penal Code. The first crime commits any person who has sexual intercourse with a minor below the age of 15 or commits another sexual act against this person or makes him submit to such acts or perform them. The second crime can commits an person who slanders another human, a group of people, an institution, a legal person or an organisational unit which has no legal personality, about such conduct or features which debase them in the public opinion or expose to the loss of confidence. Between this two types of criminal offence are special relations. Slander about an sexual intercourse with a minor below the age of 15 is example of such relations. Slander is the crime which may have very strong effect for person and his good opinion that other people have of him especially when the perpetrator commits the offence with the use of mass media.

³⁹ W. Szkotnicki, *Zniesławienie: w starym kodeksie i nowym projekcie*, „Rzeczpospolita” z 30 lipca 1996 r., [online] <<http://new-arch.rp.pl/artukul/100919.html>>, dostęp: 4 marca 2009 r.

Ewa M. Guzik-Makaruk
Wojciech Filipkowski
Katedra Postępowania Karnego
Uniwersytet w Białymstoku

Kryminalizacja finansowania terroryzmu na tle prawnoporównawczym

Wstęp

Na samym początku prowadzonych rozważań pojawia się problem natury terminologicznej. Najczęściej w literaturze przedmiotu operuje się ogólnym zwrotem – „finansowanie terroryzmu”¹. Tymczasem swoim zakresem pojęcie to obejmuje zarówno wspieranie środkami finansowymi poszczególnych zamachów terrorystycznych, jak też pozostałych obszarów funkcjonowania całych grup czy organizacji terrorystycznych. Finansowanie terroryzmu to fenomen niezwykle groźny dla porządku publicznego oraz bezpiecznego funkcjonowania społeczeństwa i państwa, gdyż umożliwia lub ułatwia przeprowadzanie ataków terrorystycznych.

Z powyższych względów władze ustawodawcze wielu państw podejmują starania o kryminalizację tego zjawiska, stosowne inicjatywy są też podejmowane na forum międzynarodowym. Należy podkreślić, iż nie jest to proste za względu na bogactwo form finansowego wspierania działalności terrorystycznej. Potencjalna kryminalizacja dotyczy takich zachowań, które poprzedzają – często nawet odległe w czasie – czyny niosące ze sobą śmierć wielu osób oraz straty materialne, a zatem idzie o kryminalizację zachowań leżących dość daleko na przedpolu czynu zabronionego (przedpolu przestępstwa terrorystycznego).

Należy dążyć do stworzenia takich rozwiązań prawnych, które nie będą miały jedynie znaczenia symbolicznego, deklarującego gotowość do prowa-

¹ Por. M. Pieth (red.), *Terrorist Financing*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 2002 i nast. lub J. Białocerkiewicz, *Konwencja ONZ w przedmiocie zwalczania procedury finansowania terroryzmu (Przegląd zagadnień i analiza wstępna)*, [w:] V. Kwiatkowska-Darul (red.), *Terroryzm. Materiały z sesji naukowej*, Toruń, 11 kwietnia 2002, Wyd. UMK, Toruń 2002, s. 95 i nast.

dzenia walki z wszelkimi przejawami terroryzmu. Warto zauważyć, że opracowanie i uchwalenie przepisów martwych, których jedyną rolą jest zapewnienie realizacji zobowiązań międzynarodowych, nie nastęrcza większych trudności, ale przecież nie taki jest cel stanowienia prawa. Podstawowym kryterium oceny powinna być skuteczność proponowanych regulacji prawnych. Tym bardziej że mamy do czynienia z przepisami z zakresu prawa karnego, które jak żadna inna gałąź systemu prawa godzi w prawa i wolności obywateli. Wszelkie tego typu propozycje powinny podlegać wnikliwej analizie z zakresu polityki karnej – wskazującej zarówno korzyści, jak i wady; zyski i straty, jakie mogą ze sobą nieść dla społeczeństwa. Stopień zagrożenia zjawiska oraz gorliwość ustawodawcy nie powinny być jedynymi motywami jego działań.

I. Standardy międzynarodowe

Międzynarodowe standardy w zakresie strategii walki ze zjawiskiem finansowego wspierania działalności terrorystycznej liczą sobie już około 10 lat². Obejmują nie tylko obowiązek kryminalizacji zachowań związanych z finansowaniem terroryzmu, ale także dotyczą stworzenia systemu wykrywania transakcji mających związek z tym procederem, podobnie jak ma to miejsce w przypadku walki z praniem pieniędzy³.

Kwestia kryminalizacji stosownych zachowań znalazła swoje rozwiązanie na forum międzynarodowym po raz pierwszy w Konwencji Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu finansowania terroryzmu z dnia 9 grudnia 1999 r., podpisanej w Nowym Jorku⁴. Art. 2 ust 1 tejże Konwencji opisuje ten czyn w następujący sposób: „kto jakimikolwiek środkami, bezpośrednio lub pośrednio, bezprawnie i umyślnie, udostępnia lub gromadzi fundusze z zamiarem ich wykorzystania, lub też mając świadomość, że zostaną one wykorzystane, w całości lub w części, do dokonania:

(a) czynu stanowiącego przestępstwo określone definicją zawartą w jednym z traktatów wymienionych w aneksie⁵;

² Szerzej na ten temat zob. W. Filipkowski, *System przeciwdziałania finansowania terroryzmu w ujęciu regulacji międzynarodowych*, [w:] E. W. Pływaczewski (red.), *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, Temida2, Białystok 2005, s. 25 i nast.

³ Wykorzystywane są tutaj te same lub podobne instytucje lub rozwiązania prawne. Za przykład może posłużyć funkcjonowanie jednostek wywiadu finansowego. Z podobieństwa stosowanych przez przestępców metod i technik wykorzystujących wszelkiego rodzaju operacje finansowe wnioskuje się, że te same lub podobne rozwiązania prawne będą równie skuteczne.

⁴ Dz.U. z 13 grudnia 2004 r., nr 263, poz. 2620.

⁵ Aneks wymienia następujące akty prawa międzynarodowego: Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi, sporządzona w Hadze dnia 16 grudnia 1970 r. (Dz.U. z 1972 r., nr 25, poz. 181); Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzona w Montrealu dnia 23 września

(b) czynu mającego spowodować śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu osoby cywilnej lub innej osoby nieuczestniczącej aktywnie w działaniach wojennych w sytuacji konfliktu zbrojnego, jeśli celem takiego czynu, wynikającym bądź z jego charakteru, bądź z kontekstu, w jakim jest popełniony, jest zastraszenie ludności, albo skłonienie rządu lub organizacji międzynarodowej do dokonania lub do zaniechania określonej czynności”.

Powyższa redakcja przepisu skłania do następujących wniosków. Ze względu na złożoną strukturę i alternatywnie określone znamiona czynu zabronionego nie można wyróżnić jednego, indywidualnego przedmiotu ochrony. Zapis ten chroni zarówno bezpieczeństwo (w ruchu lotniczym i morskim, bezpieczeństwo nuklearne, bezpieczeństwo platform), jak i życie, zdrowie i wolność ludności cywilnej (niezaangażowanej w działania militarne), dyplomatów czy przedstawicieli obcych państw. Przedmiotem ochrony (zamału) pozostaje także prawidłowe funkcjonowanie organów państwowych i instytucji międzynarodowych, oznaczające działalność wolną od niezgodnych z prawem nacisków. Lektura art. 2 lit. b Konwencji pozwala wyróżnić także dalszy i bliższy przedmiot ochrony. Czyny opisane w art. 2 ust. 1 Konwencji to przestępstwa powszechne, których stroną podmiotową charakteryzuje umyślność w obu postaciach zamiaru. Sprawca powinien co najmniej zdawać sobie sprawę, iż jego zachowanie może ułatwić popełnienie jednego z wymienionych pod lit. a lub b czynów zabronionych⁶.

Ponadto dla bytu powyższego czynu nie jest istotne, czy gromadzone lub przekazane fundusze zostały faktycznie wykorzystane do dokonania przestępstwa, o którym mowa w art. 2 ust. 1 lit. a lub b. Konwencja nakłada także obowiązek uznania za czyn zabroniony wszelkich form zjawiskowych popełnienia finansowania aktu terrorystycznego oraz jego usiłowania.

1971 r. (Dz.U. z 1976 r., nr 8, poz. 37 ze zm. Dz.U. z 2006 r., nr 48, poz. 3483); Konwencja o zapobieganiu przestępstwom i karaniu sprawców przestępstw przeciwko osobom korzystającym z ochrony międzynarodowej, w tym przeciwko dyplomatom, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 14 grudnia 1973 r. (Dz.U. z 1983 r., nr 37, poz. 168); Międzynarodowa konwencja przeciwko braniu zakładników, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 17 grudnia 1979 r. (Dz.U. z 2000 r., nr 106, poz. 1123); Konwencja o ochronie fizycznej materiałów jądrowych, przyjęta w Wiedniu dnia 3 marca 1980 r. (Dz.U. z 1989 r., nr 17, poz. 93); Protokół w sprawie zwalczania bezprawnych aktów przemocy w portach lotniczych służących międzynarodowemu lotnictwu cywilnemu, uzupełniająca Konwencję o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego, sporządzony w Montrealu dnia 24 lutego 1988 r.; Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów przeciwko bezpieczeństwu żeglugi morskiej, sporządzona w Rzymie dnia 10 marca 1988 r. (Dz.U. z 1994 r., nr 129, poz. 635 ze zm. Dz.U. z 2002 r., nr 22, poz. 211); Protokół o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych w szelfie kontynentalnym, sporządzony w Rzymie dnia 10 marca 1988 r. (Dz.U. z 2002 r., nr 22, poz. 211) oraz Międzynarodowa konwencja w sprawie zwalczania terrorystycznych ataków bombowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 grudnia 1997 r.

⁶ Szerzej na temat tej konwencji zob. J. Białocerkiewicz, op. cit., s. 95 i nast.

Konwencja z 1999 r. przewiduje również obowiązek kryminalizowania czynu polegającego na przyczynieniu się do popełnienia jednego lub więcej przestępstw, o których mowa w art. 2 ust. 1 lub 4 Konwencji przez grupę osób działających we wspólnym celu. Takie przyczynienie się musi być umyślne oraz spełniać jeden z poniższych warunków:

1) mieć na celu wspomaganie działalności przestępczej lub przestępczego celu grupy, jeśli taka działalność lub cel wiąże się z popełnieniem przestępstwa, o którym mowa w ust. 1 art. 2 Konwencji;

2) zostać dokonane ze świadomością, że grupa zamierza popełnić przestępstwo, o którym mowa w ust. 1 art. 2 Konwencji.

Z redakcji powyższego przepisu można w sposób pośredni wydedukować definicję aktu terrorystycznego⁷. Niewątpliwie ma ona charakter złożony. Po pierwsze, są to przestępstwa konwencyjne, zawarte w aktach prawa międzynarodowego wymienionych enumeratywnie w aneksie do Konwencji. Po drugie, podaje się bezpośredni opis czynu:

- spowodowanie śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (skutek),
- osoby cywilnej, lub innej osoby nieuczestniczącej aktywnie w działaniach wojennych w sytuacji konfliktu zbrojnego (opis przedmiotu wykonawczego oraz znamiona modalne czasu i miejsca czynu),
- jeśli celem takiego czynu, wynikającym bądź z jego charakteru, bądź z kontekstu, w jakim jest popełniony, jest zastraszenie ludności albo skłonienie rządu lub organizacji międzynarodowej do dokonania lub do zaniechania określonej czynności.

Kolejnym wyznacznikiem standardów w zakresie kryminalizacji finansowania terroryzmu, ale już na gruncie europejskim, jest Decyzja Ramowa Rady UE z dnia 13 czerwca 2002 r. o zwalczaniu terroryzmu⁸, która w art. 2 ust. 2 określa przestępstwa dotyczące grup terrorystycznych⁹. Obszarem

⁷ O problemie definicja zjawiska terroryzmu lub aktu terrorystycznego obszernie zob. K. Indeck, *W sprawie definicji normatywnej terroryzmu*, [w:] E. W. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana, świadek koronny, terroryzm w ujęciu praktycznym*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 261 i nast.

⁸ Dz.U. UE. L 164 z 2002, s. 3. Por. A. Grzelak, *Trzeci filar Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, s. 159–161 oraz F. Jasiński, *Unia Europejska wobec walki z terroryzmem*, [w:] A. Górski, A. Sakowicz (red.), *Zwalczanie przestępczości w Unii Europejskiej. Współpraca sądowa i policyjna w sprawach karnych*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 149.

⁹ Grupę terrorystyczną zdefiniowano jako: grupę zorganizowaną, złożoną z więcej niż dwóch osób, ustanowioną na przestrzeni czasu i działającą w uzgodniony sposób w celu popełniania przestępstw terrorystycznych. Przy czym za grupę zorganizowaną uważa się grupę, która nie jest przypadkowo sformowana w celu natychmiastowego dokonania przestępstwa oraz w której nie ma potrzeby formalnego określenia ról członków grupy, ciągłości członkostwa lub rozwiniętej struktury (art. 2 ust. 1 Decyzji ramowej). Porównując tę definicję z ujęciem zorganizowanej grupy przestępczej w Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko ponadnarodowej przestępczości zorganizowanej z 2000 r. podpisanej w Palermo, można dojść do wniosku, że opis struktury organizacyjnej jest identyczny, a jedyną różnicą jest rodzaj popełnianych przestępstw. Szerzej na ten temat zob. W. Filipkowski, R. Lonca, *Zorganizowane grupy o charakterze terrorystycznym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 4, s. 42–43 i cytowana tam literatura.

podlegającym harmonizacji przepisów na obszarze Unii Europejskiej są następujące czyny umyślne:

a) kierowanie grupą terrorystyczną;

b) uczestnictwo w działaniach grupy terrorystycznej, w tym poprzez dostarczanie informacji lub zasobów materialnych, lub poprzez wszelkiego rodzaju finansowanie działalności grupy terrorystycznej ze świadomością, że takie uczestnictwo będzie stanowiło wkład w działalność przestępczą grupy terrorystycznej.

W zasadzie po raz pierwszy akt prawny w sposób bezpośredni opisuje zachowanie przestępne nie jako finansowanie terroryzmu ani poszczególnych przejawów (przestępstw), ale jako uczestnictwo w grupie o takim charakterze w postaci finansowania jej działalności. Jest to o tyle ważne, że unijnemu prawodawcy udało się trafnie zauważyć złożoność funkcjonowania zjawiska terroryzmu. Pozyskiwanie i gromadzenie środków finansowych jest jednym z najważniejszych elementów działania grup terrorystycznych. Bez tego przygotowywanie i dokonywanie kolejnych ataków byłoby bardzo utrudnione. Gromadzone środki nie są jednak przeznaczane tylko i wyłącznie na dokonywanie konkretnych zamachów. Większa ich część służy utrzymaniu funkcjonowania samej grupy¹⁰. Zapisy prawne tego typu są nastawione na przeciwdziałanie negatywnym zjawiskom mającym miejsce na przedpolu czynu zabronionego, jeszcze długo przed tym, zanim pojawią się negatywne skutki dla społeczeństwa w postaci ataku terrorystycznego. Powyższa konstatacja jest ważna z punktu widzenia prowadzenia dalszych rozważań.

II. Regulacje kodeksowe wybranych państw obcych

Podczas poszukiwania odpowiednich konstrukcji znamion czynu zabronionego warto zapoznać się z rozwiązaniami funkcjonującymi w innych państwach. Nie od dziś wiadomo, że komparatystyka prawnicza może być źródłem poznania i inspiracji do pewnych zmian legislacyjnych, albowiem – jak słusznie zauważył R. Tokarczyk – ujęcie komparatystyczne pozwala jednym legislatorom czerpać nauki z doświadczeń legislatorów innych. Biorąc pod uwagę, iż jedną z merytorycznych przesłanek komparatystyki prawniczej jest otwartość na zewnętrzne wobec krajowych prawa i doktryny prawne¹¹, poniżej zaprezentowano rozwiązania kodeksowe w obszarze kryminalizacji finansowania terroryzmu przyjęte w trzech wybranych państwach niemieckojęzycznych, a mianowicie RFN, Austrii i Szwajcarii.

¹⁰ Szerzej na ten temat zob. R. Lonca, *Źródła i sposoby finansowania terroryzmu oraz metody ich zwalczania*, [w:], *Współczesne zagrożenia terroryzmem oraz metody działania antyterrorystycznych*, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, Szczytno 2007, s. 165 i nast.

¹¹ R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 36, 137.

Warto zwrócić także uwagę na to, że obce porządki prawne mogą stanowić inspirację do tworzenia prawa – zwłaszcza gdy mają już za sobą dłuższy okres obowiązywania.

A. Republika Federalna Niemiec

Kodeks karny Republiki Federalnej Niemiec¹² (dalej jako n.k.k.) należy do najstarszych kodyfikacji prawa karnego materialnego w całej Europie. Pierwotna redakcja, uchwalona w 1871 r., nie obejmowała penalizacją czynów o charakterze terrorystycznym, a jedynie tworzenie związków kryminalnych (§ 129 n.k.k.). Kryminalizacja „związków terrorystycznych” nastąpiła w 1976 r., kiedy to niemiecki ustawodawca uchwalił tzw. ustawę antyterrorystyczną¹³, zmieniającą wiele przepisów prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego. Przyczyną zmian było nasilenie działalności anarchistyczno-terrorystycznej na terytorium Niemiec, w tym zamordowanie jedenastu izraelskich sportowców przez arabskich terrorystów w czasie igrzysk olimpijskich w Monachium w 1972 r.

Wspomniana nowelizacja wprowadziła do kodeksu karnego nowy typ czynu zabronionego (§ 129a n.k.k.), ukształtowany jako kwalifikowany typ tworzenia związków kryminalnych. Ustawodawca nazwał ten czyn „tworzeniem związków terrorystycznych”¹⁴.

Dalsze postępy w rozszerzaniu kryminalizacji działalności związków terrorystycznych poczyniono w 2002 r. na mocy 34. ustawy zmieniającej n.k.k.¹⁵ Do kodeksu karnego wprowadzono wówczas § 129b zatytułowany „Kryminalne i terrorystyczne związki za granicą. Rozszerzony przypadek i konfiskata”. Powodem tej nowelizacji było niedostatecznie prawidłowe ukształtowanie § 129 i § 129a n.k.k., które wymagają, aby związek kryminalny czy terrorystyczny, choćby w formie częściowej organizacji, powstał na terenie RFN. Poza zakresem kryminalizacji znalazły się zatem związki terrorystyczne zakładane za granicą. Należy zaznaczyć, że uchwalenie zmian przesądziła decyzja ramowa Rady UE z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, wymagająca implementacji do prawa wewnątrz krajowego, co zostało wykonane w drodze ustawy implementującej¹⁶.

Żaden z obowiązujących przepisów kodeksu karnego nie penalizuje wprost finansowania związków terrorystycznych, albowiem ani razu w dyspozycji przepisu nie występuje znamię „finansowania” przestępstwa terrory-

¹² Das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871, RGBl 1871, 127 mit weiteren Änderungen.

¹³ Gesetz zur Änderung des StGB, der StPO, des GVG, der BRAO und des StVollzG vom 18. 08.1976, BGBl I 1976, 2181.

¹⁴ Zob. § 129a Bildung terroristischer Vereinigungen.

¹⁵ Änderungsgesetz vom 22. 08. 2002, BGBl I 2002, 3390.

¹⁶ Gesetz vom 22 12. 2003 zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung und zur Änderung anderer Gesetze (Terrorismus-BekG) vom 22 12. 2003, BGBl 2003, 2836.

stycznego czy działalności związku. Wydaje się jednak, że finansowanie związku terrorystycznego kryminalizowane jest w § 129a ust. 5 n.k.k.¹⁷, wprowadzonym właśnie za pomocą ustawy implementującej. Paragraf ten penalizuje następujące typy zachowań, wymienione w wyczerpującym katalogu:

¹⁷ Bildung terroristischer Vereinigungen § 129a:

(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. Mord (§ 211) oder Totschlag (§ 212) oder Völkermord (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches) oder Kriegsverbrechen (§§ 8, 9, 10, 11 oder § 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder

2. Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen des § 239a oder des § 239b zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind,

1. einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 bezeichneten Art, zuzufügen,

2. Straftaten nach den §§ 303b, 305, 305a oder gemeingefährliche Straftaten in den Fällen der §§ 306 bis 306c oder 307 Abs. 1 bis 3, des § 308 Abs. 1 bis 4, des § 309 Abs. 1 bis 5, der §§ 313, 314 oder 315 Abs. 1, 3 oder 4, des § 316b Abs. 1 oder 3 oder des § 316c Abs. 1 bis 3 oder des § 317 Abs. 1,

3. Straftaten gegen die Umwelt in den Fällen des § 330a Abs. 1 bis 3,

4. Straftaten nach § 19 Abs. 1 bis 3, § 20 Abs. 1 oder 2, § 20a Abs. 1 bis 3, § 19 Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 3 Nr. 2, § 20 Abs. 1 oder 2 oder § 20a Abs. 1 bis 3, jeweils auch in Verbindung mit § 21, oder nach § 22a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen oder

5. Straftaten nach § 51 Abs. 1 bis 3 des Waffengesetzes zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, wenn eine der in den Nummern 1 bis 5 bezeichneten Taten bestimmt ist, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen kann.

(3) Sind die Zwecke oder die Tätigkeit der Vereinigung darauf gerichtet, eine der in Absatz 1 und 2 bezeichneten Straftaten anzudrohen, ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(4) Gehört der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern, so ist in den Fällen der Absätze 1 und 2 auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in den Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

(5) Wer eine in Absatz 1, 2 oder Absatz 3 bezeichnete Vereinigung unterstützt, wird in den Fällen der Absätze 1 und 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in den Fällen des Absatzes 3 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wer für eine in Absatz 1 oder Absatz 2 bezeichnete Vereinigung um Mitglieder oder Unterstützer wirbt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(6) Das Gericht kann bei Beteiligten, deren Schuld gering und deren Mitwirkung von untergeordneter Bedeutung ist, in den Fällen der Absätze 1, 2, 3 und 5 die Strafe nach seinem Ermessen (§ 49 Abs. 2) mildern.

(7) § 129 Abs. 6 gilt entsprechend.

(8) Neben einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten kann das Gericht die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, und die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, aberkennen (§ 45 Abs. 2).

(9) In den Fällen der Absätze 1, 2 und 4 kann das Gericht Führungsaufsicht anordnen (§ 68 Abs. 1).

1. Zakładanie związku lub członkostwo w związku, którego cele albo działalność są skierowane na popełnianie następujących przestępstw: morderstwo (§ 211 n.k.k.) lub zabójstwo (§ 212 n.k.k.), ludobójstwo (§ 6 kodeksu karnego międzynarodowego¹⁸), zbrodnie przeciwko ludzkości (§ 7 kodeksu karnego międzynarodowego), zbrodnie wojenne (§ 8–12 kodeksu karnego międzynarodowego), przestępstwa przeciwko wolności z § 239a n.k.k. (uprowadzenie człowieka w celu szantażowania osób trzecich) lub z § 239b n.k.k. (wzięcie zakładnika)¹⁹.

2. Zakładanie związku, którego cele albo działalność są skierowane na to, by:

– wyrządzić innemu człowiekowi ciężkie szkody fizyczne lub psychiczne, w szczególności określone w § 226 n.k.k. (ciężkie uszkodzenie ciała);

– popełnić przestępstwa określone w następujących przepisach: § 303b n.k.k. (sabotaż komputerowy), § 305 n.k.k. (zniszczenie budowli), § 305a (zniszczenie środków pracy o ważnym znaczeniu);

– popełnić przestępstwa powszechnie niebezpieczne w przypadkach: § 306–306c n.k.k. (podpalenie, ciężkie podpalenie, szczególnie ciężkie podpalenie, podpalenie ze skutkiem śmiertelnym) albo § 307 ust. 1–3 n.k.k. (umyślne wywołanie eksplozji przy wykorzystaniu energii jądrowej), § 308 ust. 1–4 n.k.k. (umyślne wywołanie eksplozji z wykorzystaniem materiałów wybuchowych), § 309 ust. 1–5 n.k.k. (umyślne nadużycie promieni jonizujących), § 313 n.k.k. (sprowadzenie niebezpieczeństwa powodzi), § 314 n.k.k. (sprowadzenie powszechnego niebezpieczeństwa zatrucia), § 315 ust. 1, 3 lub 4 n.k.k. (niebezpieczne zamachy na ruch kolejowy, morski lub powietrzny), § 316b ust. 1 lub 3 n.k.k. (zakłócanie pracy przedsiębiorstw publicznych), § 316c ust. 1–3 n.k.k. (ataki na ruch morski lub powietrzny) lub § 317 ust. 1 n.k.k. (zakłócanie pracy urządzeń telekomunikacyjnych);

– popełnić przestępstwa przeciwko środowisku naturalnemu w wypadkach § 330a ust. 1–3 (ciężkie narażenie na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia poprzez rozpuszczenie trucizny);

– popełnić przestępstwa z § 19 ust. 1–3 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel bronią atomową), § 20 ust. 1 lub 2 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel bronią biologiczną lub chemiczną), § 20a ust. 1–3 (umyślne nielegalne wytwarzanie lub handel minami przeciwpiechotnymi), każdorazowo także w związku z § 21 (czyny popełnione poza zakresem obowiązywania ustawy) albo przestępstwa określone w § 22a ust. 1–3 ustawy (szczególne przepisy karne, np. nielegalne wytwarzanie broni wojennej bez wymaganego zezwolenia) o kontroli broni wojennej²⁰;

¹⁸ Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002, BGBl I 2002, 2254. Uchwalenie przedmiotowego kodeksu stanowiło odpowiedź ustawodawcy niemieckiego na Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, który został przyjęty 17 lipca 1998 r. i wszedł w życie 1 lipca 2002.

¹⁹ Zob. § 129a ust. 1 n.k.k..

²⁰ Kriegswaffenkontrollgesetz vom 20. April 1969, BGBl 1961, 444.

– popełnić przestępstwa z § 51 ust. 1–3 ustawy o broni²¹ (umyślne nielegalne posiadanie broni, wytwarzanie, handel bronią)²².

3. Członkostwo w związku opisanym w punkcie 2, jeśli wymienione tam przestępstwa²³ nadają się do:

a. poważnego zastraszenia ludności;

b. bezprawnego zmuszenia urzędu lub organizacji międzynarodowej przemocą bądź przez groźbę jej użycia do określonego zachowania;

c. poważnej destabilizacji lub zniszczenia podstawowych politycznych, konstytucyjnych, gospodarczych lub społecznych struktur kraju lub organizacji międzynarodowej i przez sposób ich popełnienia albo ich charakter mogą wyrządzić poważne szkody krajowi lub organizacji międzynarodowej²⁴;

4. Skierowanie działalności związku na zagrożenie popełnieniem czynów określonych w § 129a ust. 1 lub 2 n.k.k.²⁵;

5. Wspieranie związku określonego w § 129a ust. 1–3 n.k.k.²⁶;

6. Werbunek członków do związku określonego w § 129a ust. 1 lub 2.

Ustawodawca postanowił w przywołanym wyżej § 129a ust. 5, że ten, kto wspiera związek terrorystyczny, podlega karze pozbawienia wolności. Nie powinno budzić wątpliwości, że wspieranie związku może mieć charakter finansowy. Wiadomo bowiem, że terroryzm potrzebuje do swojego funkcjonowania odpowiedniej struktury finansowej²⁷.

Czyny zabronione opisane w § 129, § 129a i § 129b n.k.k. umiejscowione zostały w rozdz. XVII „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Rodzajowym przedmiotem ochrony prawnokarnej jest zatem porządek publiczny, natomiast jako przedmiot indywidualny wskazuje się w doktrynie bezpieczeństwo i porządek publiczny²⁸ czy wewnętrzne bezpieczeństwo RFN²⁹.

Dla przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z § 129a n.k.k. od strony podmiotowej konieczne jest zachowanie umyślne, podjęte co najmniej z zamiarem ewentualnym. Zamiar ten wystarcza do przyjęcia odpowiedzialności za wszystkie z analizowanych przestępstw – zakładania, udziału, wspierania i werbowania do związku. Kwestia ta nie budzi większych wątpliwości³⁰

²¹ Waffengesetz vom 11. Oktober 2002, BGBl I 2002, 3970.

²² Zob. § 129a ust. 2 n.k.k.

²³ Tutaj: powyżej podpunkty a–f.

²⁴ Zob. § 129a ust. 2 n.k.k.

²⁵ Zob. § 129a ust. 3 n.k.k.

²⁶ Zob. § 129a ust. 5 n.k.k.

²⁷ D. Dienstbühl, *Kooperative Finanzierungssysteme des transnationalen Terrorismus. Konsequenzen für Deutschland*, „Kriminalistik“ 2008, Jg 62, Heft 6, s. 365.

²⁸ K. Kühl, [w:] K. Lackner, K. Kühl (red.), *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, C.H. Beck, München 2001, s. 551.

²⁹ H. Tröndle, Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beckische Kurz Kommentare*, C.H. Beck, München 2004, Band 10, s. 890; H. H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlin – New York 1988, de Gruyter, s. 47, 60.

³⁰ H. Tröndle i Th. Fischer podają, iż werbowanie członków do związku wymaga zamiaru bezpośredniego, gdyż celem jest pozyskanie nowych uczestników albo osób wspomagających. Nie wystarczy zatem sam zamiar ewentualny. Stanowisko to jest jednak odosobnione. Zob. H. Tröndle, Th. Fischer, op. cit., Band 10, s. 876.

i raczej nie wywołuje sporów doktrynalnych. Zamiar sprawcy musi obejmować fakt, iż aktywność związku służąca osiągnięciu jego celów jest karalna, sprawca musi zatem co najmniej godzić się na to, iż środkiem wiodącym do celu założonego przez związek jest popełnianie przestępstw albo grożenie ich popełnieniem³¹. Jeśli pozostaje w błędzie co do tej okoliczności, nie obejmując swą świadomością charakteru związku (celu albo działalności związku), działa on pod wpływem błędu co do faktu³².

W § 129b n.k.k. postanowiono, iż przepisy § 129a, a zatem także finansowe wspieranie związków terrorystycznych, mają również zastosowanie do związków za granicą³³.

B. Austria

Kodeks karny Republiki Austrii został uchwalony w 1974 r.³⁴ (dalej jako a.k.k.) i obowiązuje od dnia 1 stycznia 1975 r. do dnia dzisiejszego po dość licznych nowelizacjach. Ukształtowanie przepisów części ogólnej i szczególnej kodeksu w odniesieniu do zjawiska terroryzmu czerpie swe źródła z przepisów prawa międzynarodowego, a zwłaszcza konwencji, których stroną jest Austria³⁵. Szczegółowe rozwiązania w analizowanym zakresie wprowadzono do kodeksu karnego w drodze obszernej nowelizacji dokonanej w 2002 r.³⁶, będącej następstwem decyzji ramowej Rady UE z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu. Ustawa implementująca wprowadziła do kodeksu karnego zupełnie nowe typy czynów zabronionych, a mianowicie:

- a) związek terrorystyczny (§ 278b a.k.k.) – *Terroristische Vereinigung*,
- b) przestępstwa terrorystyczne (§ 278c a.k.k.) – *Terroristische Straftaten*,
- c) finansowanie terroryzmu³⁷ (§ 278d a.k.k.) – *Terrorismusfinanzierung*.

³¹ Th. Lenckner, op. cit., s. 1208; H. Ostendorf, [w:] H. Ostendorf (red.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 3, Neuwied – Darmstadt – Luchterhand 1986, s. 416; H. H. Jescheck, W. Ruß, G. Willms, op. cit., s. 54; H. J. Rudolphi, U. Stein, op. cit., s. 9 do § 129a n.k.k.

³² K. Kühl, op. cit., s. 554.

³³ Zob. szerzej na ten temat: E. M. Guzik-Makaruk, W. Filipkowski, *Kryminalizacja grup terrorystycznych w ustawodawstwie RFN i Polski. Próba studium komparatystycznego*, [w:] K. Indecki (red.), *Przestępczość terrorystyczna. Ujęcie praktyczno-dogmatyczne*, WiS, Poznań 2006, s. 83–103.

³⁴ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch — StGB), BGBl 1974, nr 60.

³⁵ H. Fuchs, *Aktuelle Strafrechtsentwicklung in Österreich. Seminar in Kyoto, Japan, vom 17. bis 24. September 2005*, [online] <www.univie.ac.at/strafrecht-fuchs/publ/kyoto2005.pdf>, s. 4–5.

³⁶ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Suchtmittelgesetz, das Gerichtsorganisationsgesetz, das Waffengesetz 1996 und das Fremdenengesetz 1997 geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2002), BGBl 2002, nr 134.

³⁷ Terrorismusfinanzierung § 278d:

(1) Wer Vermögenswerte mit dem Vorsatz bereitstellt oder sammelt, dass sie, wenn auch nur zum Teil, zur Ausführung

Przepisy te ujęte zostały w ramach rozdz. XX kodeksu karnego noszącego tytuł: „Przestępstwa przeciwko spokojowi publicznemu”. Takie podejście pozwala na określenie rodzajowego przedmiotu ochrony (zamachu) jako spokoju publicznego.

W zakresie strony przedmiotowej finansowanie terroryzmu polega na gromadzeniu lub oddaniu do dyspozycji wartości majątkowych z zamiarem, aby posłużyły one choć częściowo do popełnienia przestępstwa:

- piractwa powietrznego (§ 185 a.k.k.) albo umyślnego sprowadzenia niebezpieczeństwa dla żeglugi powietrznej (§ 186 a.k.k.);
- uprowadzenia w celu wymuszenia albo groźby uprowadzenia w celu wymuszenia;
- zamachu lub groźby zamachu na integralność cielesną, życie lub wolność osoby chronionej na mocy przepisów prawa międzynarodowego albo

1. einer Luftpiraterie (§ 185) oder einer vorsätzlichen Gefährdung der Sicherheit der Luftfahrt (§ 186),

2. einer erpresserischen Entführung (§ 102) oder einer Drohung damit,

3. eines Angriffs auf Leib, Leben oder Freiheit einer völkerrechtlich geschützten Person oder eines gewaltsamen Angriffs auf eine Wohnung, einen Dienstraum oder ein Beförderungsmittel einer solchen Person, der geeignet ist, Leib, Leben oder Freiheit dieser Person zu gefährden, oder einer Drohung damit,

4. einer vorsätzlichen Gefährdung durch Kernenergie oder ionisierende Strahlen (§ 171), einer Drohung damit, eines unerlaubten Umgangs mit Kernmaterial oder radioaktiven Stoffen (§ 177b), einer sonstigen strafbaren Handlung zur Erlangung von Kernmaterial oder radioaktiven Stoffen oder einer Drohung mit der Begehung eines Diebstahls oder Raubes von Kernmaterial oder radioaktiven Stoffen, um einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen,

5. eines erheblichen Angriffs auf Leib oder Leben eines anderen auf einem Flughafen, der der internationalen Zivilluftfahrt dient, einer Zerstörung oder erheblichen Beschädigung eines solchen Flughafens oder eines darauf befindlichen Luftfahrzeugs oder einer Unterbrechung der Dienste des Flughafens, sofern die Tat unter Verwendung einer Waffe oder sonstigen Vorrichtung begangen wird und geeignet ist, die Sicherheit auf dem Flughafen zu gefährden,

6. einer strafbaren Handlung, die auf eine in den §§ 185 oder 186 geschilderte Weise gegen ein Schiff oder eine feste Plattform, gegen eine Person, die sich an Bord eines Schiffes oder auf einer festen Plattform befindet, gegen die Ladung eines Schiffes oder eine Schifffahrtseinrichtung begangen wird,

7. der Beförderung eines Sprengsatzes oder einer anderen tödlichen Vorrichtung an einen öffentlichen Ort, zu einer staatlichen oder öffentlichen Einrichtung, einem öffentlichen Verkehrssystem oder einer Versorgungseinrichtung oder des Einsatzes solcher Mittel mit dem Ziel, den Tod oder eine schwere Körpverletzung eines anderen oder eine weitgehende Zerstörung des Ortes, der Einrichtung oder des Systems zu verursachen, sofern die Zerstörung geeignet ist, einen erheblichen wirtschaftlichen Schaden herbeizuführen,

8. einer strafbaren Handlung, die den Tod oder eine schwere Körpverletzung einer Zivilperson oder einer anderen Person, die in einem bewaffneten Konflikt nicht aktiv an den Feindseligkeiten teilnimmt, herbeiführen soll, wenn diese Handlung auf Grund ihres Wesens oder der Umstände darauf abzielt, eine Bevölkerungsgruppe einzuschüchtern oder eine Regierung oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen zu nötigen, verwendet werden, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch nach Art und Maß nicht strenger sein, als sie das Gesetz für die finanzierte Tat androht.

(2) Der Täter ist nach Abs. 1 nicht zu bestrafen, wenn die Tat nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

zamachu lub jego groźby z użyciem przemocy skierowanej na mieszkanie, pomieszczenie służbowe czy środek przewozowy takiej osoby, jeśli zamach mógłby stanowić zagrożenie dla życia, zdrowia lub wolności osoby;

– umyślnego sprowadzenia niebezpieczeństwa za pomocą energii jądrowej lub promieni jonizujących (§ 171 a.k.k.), groźby umyślnego sprowadzenia niebezpieczeństwa za pomocą energii jądrowej lub promieni jonizujących, niedozwolonego obrotu materiałami jądrowymi lub radioaktywnymi (§ 177b a.k.k.), innego czynu karalnego zmierzającego do uzyskania materiałów jądrowych lub radioaktywnych albo groźby dokonania kradzieży bądź kradzieży rozbójniczej materiałów jądrowych lub radioaktywnych w celu zmuszenia innej osoby do działania, zaniechania lub znoszenia;

– poważnego zamachu na integralność cielesną albo życie osoby, która w porcie lotniczym pełni służbę w międzynarodowym lotnictwie cywilnym, zniszczenia albo istotnego uszkodzenia takiego portu lotniczego lub znajdującego się w nim statku powietrznego albo przerwania funkcjonowania lotniska, o ile czyn popełniono z użyciem broni i może on wywołać zagrożenie dla bezpieczeństwa na lotnisku;

– które w sposób określony w § 185 a.k.k. lub w § 186 a.k.k. zostało popełnione przeciwko statkowi lub stałej platformie bądź przeciwko osobie znajdującej się na pokładzie statku lub stałej platformie, przeciwko ładunkowi statku albo urządzeniom statku wodnego;

– transportu materiałów wybuchowych do miejsca publicznego, instytucji państwowej lub publicznej, publicznego systemu komunikacyjnego lub uwolnienia tych materiałów w celu sprowadzenia śmierci lub uszkodzenia ciała innej osoby albo poważnych zniszczeń miejsca, instytucji lub systemu, o ile to zniszczenie może wywołać poważną szkodę w gospodarce;

– sprowadzającego śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała osoby cywilnej lub innej osoby, która nie bierze aktywnego udziału w konflikcie zbrojnym, jeśli celem tego czynu jest zastraszenie grupy ludności lub zmuszenie rządu bądź organizacji międzynarodowej do działania, zaniechania lub znoszenia.

Zachowania takie ustawodawca austriacki obwarował karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat, co przesądza o kwalifikacji takich czynów jako występki. W tym zakresie przewidział także dwa dodatkowe zastrzeżenia. Po pierwsze, wymierzona kara nie może być surowsza od kary, którą ustawa przewiduje za finansowany czyn (§ 278d ust. 1 a.k.k.). Po drugie, sprawca nie podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat, jeśli czyn zagrożony jest surowszą karą według innego przepisu (§ 278d ust. 2 a.k.k.)³⁸.

³⁸ Jako przykład obrazujący pierwszą sytuację można by wskazać § 84 a.k.k., kryminalizujący tzw. ciężkie uszkodzenie ciała, zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3 (zgodnie z § 18 ust. 2 a.k.k. - od jednego dnia). Jeśli zatem finansujący terrorystę sprawca oddał do dyspozycji wartości majątkowe z zamiarem, aby posłużyły one choć częściowo do popełnienia przestępstwa określonego w § 84 a.k.k., to kara wymierzona mu za finansowanie terroryzmu

Należy także zwrócić uwagę, że ustawodawca austriacki dokonał rozszerzenia krajowej jurysdykcji w sprawach karnych na przestępstwo związku terrorystycznego, przestępstwa terrorystyczne i finansowanie terroryzmu. W § 64 a.k.k., zatytułowanym: „Przestępstwa popełnione za granicą, karane bez względu na ustawy obowiązujące w miejscu ich popełnienia” postanowił, że niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu na podstawie austriackich ustaw karnych karane jest m.in. finansowanie terroryzmu popełnione za granicą, jeśli sprawca pozostawał w chwili popełnienia czynu obywatelem austriackim lub obywatelstwo to nabył później i posiada je jeszcze w chwili wszczęcia postępowania karnego, bądź gdy sprawca posiada miejsce zamieszkania albo miejsce pobytu w Austrii i nie może zostać wydany za granicę.

Rozszerzenie krajowej jurysdykcji karnej m.in. w sprawach karnych na przestępstwo finansowania terroryzmu popełnione za granicą wychodzi na przeciw oczekiwaniom Rady UE zawartym w decyzji ramowej w sprawie zwalczania terroryzmu. Obowiązek karania tego przestępstwa bez warunku badania podwójnej przestępności czynu powoduje, że słusznie ta kategoria czynów zabronionych została zaliczona do najcięższych gatunkowo przestępstw, wymierzonych w najbardziej istotne wartości dla człowieka, społeczeństwa i państwa.

C. Szwajcaria

Kodeks karny Szwajcarii (niem. *Strafgesetzbuch*, fr. *Code pénal*, wł. *Code penale*) pochodzi z 1937 r.³⁹ (dalej jako s.k.k) i do chwili obecnej podlegał różnym zmianom, z których ostatnia obowiązuje od dnia 1 stycznia 2007 r. i jest to niezmiernie istotna rewizja, gdyż praktycznie przepracowuje część ogólną kodeksu karnego. W odniesieniu do analizowanej problematyki należy przypomnieć, że Konfederacja Szwajcarska nie jest członkiem Unii Europejskiej, stąd nie ciąży na niej obowiązek implementacji decyzji ramowych podejmowanych na forum Rady UE, a zatem także postanowień przywoływanej już wielokrotnie decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu.

Penalizacja przestępstw terrorystycznych została dokonana przez szwajcarskiego ustawodawcę w kodeksie karnym w tytule XII „Zbrodnie i występki

nie może przekraczać 5 lat, ale jej dolna granica zgodnie z brzmieniem § 278d ust. 1 a.k.k. powinna wynosić 6 miesięcy. Jako przykład przedstawiający drugą sytuację można przywołać czyn określony w § 171 a.k.k. (umyślne sprowadzenie niebezpieczeństwa za pomocą energii jądrowej lub promieni jonizujących), zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. W tym wypadku ograniczenie przewidziane w § 278d ust. 1 a.k.k. nie ma zastosowania, a zatem sprawca finansujący umyślne sprowadzenie niebezpieczeństwa za pomocą energii jądrowej lub promieni jonizujących w celu terrorystycznym podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10, a nie od 6 miesięcy do lat 5.

³⁹ Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR (Systematische Sammlung des Bundesrechts) 311.

przeciwko spokojowi publicznemu”, co jednoznacznie wskazuje na rodzajowy przedmiot ochrony (zamachu), jakim jest spokój publiczny. Umiejscowiono tutaj dwa podstawowe przepisy antyterrorystyczne: art. 260^{ter} s.k.k., zatytułowany jako „Organizacja kryminalna” oraz art. 260^{quinqüies} s.k.k. – „Finansowanie terroryzmu”⁴⁰.

Przepis kryminalizujący finansowanie terroryzmu został wprowadzony do kodeksu karnego w roku 2003 z mocą obowiązującą od 1 października 2003 r.⁴¹ Stosownie do art. 260^{quinqüies} ust. 1 s.k.k. karze pozbawienia wolności do lat pięciu bądź karze grzywny podlega ten, kto gromadzi lub udostępnia wartości majątkowe w zamiarze popełnienia zbrodni z użyciem przemocy, której celem jest zastraszenie ludności albo zmuszenie państwa lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonego działania. W ust. 2 analizowanego przepisu postanowiono, że jeżeli sprawca jedynie przewiduje możliwość finansowania terroryzmu (*der Täter nimmt lediglich in Kauf*⁴²) nie podlega karze na podstawie art. 260^{quinqüies} ust. 1 s.k.k., co pozwala stwierdzić, że finansowanie terroryzmu jest od strony podmiotowej czynem umyślnym popełnionym w zamiarze bezpośrednim. Taka konstrukcja może budzić pewne zastrzeżenia. Wydaje się, że nie jest właściwe zawężanie strony podmiotowej zachowania sprawcy jedynie do zamiaru bezpośredniego, gdyż celem kryminalizacji finansowania terroryzmu powinno być odcięcie wszelkich źródeł dochodu pozwalających na podejmowanie i prowadzenie działalności terrorystycznej. Trudno jednoznacznie wytłumaczyć, dlaczego ustawodawca szwajcarski postanowił, że nie podlegają odpowiedzialności za finansowanie terroryzmu osoby, które gromadzą lub udostępniają wartości majątkowe, przewidując jedynie, że mogą one posłużyć popeł-

⁴⁰ Art. 260^{quinqüies} Finanzierung des Terrorismus:

1. Wer in der Absicht, ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2. Nimmt der Täter die Möglichkeit der Terrorismusfinanzierung lediglich in Kauf, so macht er sich nach dieser Bestimmung nicht strafbar.

3. Die Tat gilt nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist.

4. Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn mit der Finanzierung Handlungen unterstützt werden sollen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen.

⁴¹ Bundesgesetz vom 21. März 2003 über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Finanzierung des Terrorismus), AS 2003 3043 3047; BBl 2002 5390.

⁴² Takie sformułowanie jest jednoznaczne z przyjęciem zamiaru ewentualnego (*dolus eventualis*), zob. np. S. Trechsel, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Bern, 2004; S. Trechsel, P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5. Auflage, [online] <www.concordia-bern.ch/Dokumente>, s. 16.

nieniu zbrodni z użyciem przemocy, której celem jest zastraszenie ludności albo zmuszenie państwa lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonego działania.

Stosownie do art. 260^{quinquies} ust. 3 s.k.k. nie wyczerpuje znamion finansowania terroryzmu czyn skierowany na zaprowadzenie lub przywrócenie zasad demokracji i praworządności w państwie lub na wykonywanie i ochronę praw człowieka. Z ust. 4 przedmiotowego przepisu wynika jednoznacznie, że nie jest finansowaniem terroryzmu finansowe wspieranie działań, które nie są sprzeczne z obowiązującymi w konfliktach zbrojnych zasadami prawa międzynarodowego.

Finansowanie terroryzmu stanowi zbrodnię, gdyż górna granica ustawowego zagrożenia przekracza trzy lata pozbawienia wolności.

Użyty w art. 260^{quinquies} ust. 1 s.k.k. termin „wartości majątkowe” ma szerokie znaczenie i odpowiada definicji funduszy przyjętej w art. 1 Konwencji o zwalczaniu finansowania terroryzmu. Wartości majątkowe to wszelkiego rodzaju aktywa – materialne i niematerialne, będące ruchomościami lub nieruchomościami, uzyskane w dowolny sposób, oraz prawne dokumenty w dowolnej formie, w tym elektronicznej i cyfrowej, potwierdzające tytuł prawny do takich aktywów. Prawnie irrelevantne jest źródło pochodzenia tych wartości, zatem mogą one pochodzić zarówno z legalnych, jak i z nielegalnych źródeł⁴³.

Warto zauważyć, że przestępstwo finansowania terroryzmu nie pełni akcesoryjnej roli do samego przestępstwa terrorystycznego, co oznacza, że finansowanie terroryzmu nie musi prowadzić do skutku w postaci popełnienia przestępstwa terrorystycznego⁴⁴.

Z treści art. 260^{quinquies} s.k.k. wynika, że przestępstwa terrorystyczne to zbrodnie z użyciem przemocy, ukierunkowane na zastraszenie ludności albo zmuszenie państwa lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonego działania. Takie ujęcie w dużym stopniu koreluje z postanowieniami decyzji ramowej Rady UE z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, która w art. 1 stanowi, że przestępstwa terrorystyczne to wymienione w katalogu czyny zabronione, które ze względu na swój charakter i kontekst mogą wyrządzić poważne szkody krajowi lub organizacji międzynarodowej, gdy zostają popełnione w celu poważnego zastraszenia ludności lub bezprawnego zmuszenia rządu lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania działania albo w celu poważnej destabilizacji lub zniszczenia podstawowych politycznych, konstytucyjnych, gospodarczych lub

⁴³ Botschaft vom 26. Juni 2002 betreffend die Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze, BBl 2002, 5390, s. 5403.

⁴⁴ Ibidem, s. 5432.

społecznych struktur kraju lub organizacji międzynarodowej. Należy wszak jeszcze raz podkreślić, że Szwajcaria nie należy do struktur unijnych, stąd nie jest zobowiązana do implementacji instrumentów III filaru, a jednak ujęcie przyjęte przez szwajcarskiego ustawodawcę znakomicie wpisuje się w idee europejskiego sektorowego prawa karnego.

Warto zaznaczyć, że art. 260^{quinqüies} s.k.k. wskazuje na przestępstwa terrorystyczne jako zbrodnie z użyciem przemocy, odpowiednio ukierunkowane. Nie są zatem przestępstwami terrorystycznymi występy, chociażby dokonanie ich połączone było z elementami przemocy, a cel wyczerpywał się w zastraszeniu ludności albo zmuszeniu państwa bądź organizacji międzynarodowej do określonego działania lub zaniechania. W grę wchodzić mogą przede wszystkim zbrodnie przeciwko życiu i zdrowiu, bezprawne pozbawienie wolności, uprowadzenie, szantaż czy zbrodnie sprowadzające powszechne niebezpieczeństwo, określone w tytule VII części szczególnej szwajcarskiego kodeksu karnego *Gemeingefährliche Verbrechen...*⁴⁵, takie jak np. podpalenie, wywołanie eksplozji, produkcja materiałów wybuchowych czy sprowadzenie powszechnego niebezpieczeństwa w wyniku użycia energii jądrowej, materiałów radioaktywnych albo promieni jonizujących.

Należy jeszcze raz podkreślić, że mankamentem regulacji dotyczącej finansowania terroryzmu zdaje się być zawężenie subiektywnej strony przestępstwa do zachowania w zamiarze bezpośrednim i wyeliminowanie możliwości karania w oparciu o art. 260^{quinqüies} s.k.k. sprawców gromadzących lub udostępniających wartości majątkowe, którzy jedynie przewidują, że mogą one posłużyć popełnieniu zbrodni z użyciem przemocy, której celem jest zastraszenie ludności albo zmuszenie państwa lub organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonego działania. W takiej sytuacji pozostaje wszak jednak możliwość ewentualnego sięgnięcia do konstrukcji pomocnictwa do czynu zabronionego, które cechuje się umyślnością w obu postaciach zamiaru.

III. Kryminalizacja na podstawie obowiązującego stanu prawnego w Polsce

W obowiązującym w Polsce stanie prawnym nie ma odrębnego typu czynu zabronionego kryminalizującego finansowe wspieranie działalności terrorystycznej. Kodeks karny z 1997 r.⁴⁶ (dalej jako k.k.) w swojej pierwotnej redakcji nie przewidywał w sposób bezpośredni odrębnych regulacji w zakresie walki z terroryzmem. Spenalizowane wówczas niektóre typy czy-

⁴⁵ Ibidem, s. 5439, 5440.

⁴⁶ Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.

nów zabronionych można było odnieść jedynie pośrednio do tego zjawiska. Dopiero nowelizacja z 2004 r. wprowadziła do polskiego ustawodawstwa karnego termin „przestępstwo o charakterze terrorystycznym”⁴⁷. Występuje on w przepisach dotyczących zasad wymiaru kary i środków karnych (art. 65 § 1 k.k.) oraz tworzy nowy typ przestępstwa – udział, zakładanie i kierowanie zorganizowaną grupą albo związkiem mającym na celu popełnienie przestępstwa o tym właśnie charakterze (art. 258 § 2 i 4 k.k.). Należy zauważyć, że nowelizacja ta spotkała się z krytyką większości przedstawicieli doktryny⁴⁸. Jej ocena jest i powinna być powiązana z kwestią sposobu implementacji rozwiązań prawnych zawartych w przytaczanej już wyżej decyzji ramowej Rady UE z 2002 r.

W chwili obecnej zachowanie polegające na finansowaniu terroryzmu można ująć za pomocą następujących kwalifikacji prawnych⁴⁹:

– pomocnictwo do dokonania czynu innych osób np. udział w zorganizowanej grupie bądź związku terrorystycznym (art. 18 § 3 w zw. z art. 258 § 2 k.k.) lub do konkretnego typu czynu zabronionego (ataku terrorystycznego), ale również pomocnictwo do przygotowania lub usiłowania dokonania takich czynów;

– przygotowanie do własnego czynu o charakterze terrorystycznym (pod warunkiem, że ustawa karna tak stanowi);

– branie udziału w zorganizowanej grupie bądź związku mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym (art. 258 § 2 k.k.) – taka kwalifikacja może zostać przyjęta w sytuacji, gdy w ramach grupy lub związku terrorystycznego następuje podział zadań pomiędzy ich członków i w konsekwencji wyznaczone osoby zapewniają zaplecze finansowe funkcjonowania i dokonywania zamachów przez pozostałych.

Jednocześnie należy zastrzec, iż niektóre z przedstawionych powyżej propozycji mogą zostać uznane za dyskusyjne albo trudne do zastosowania w praktyce organów ścigania lub wymiaru sprawiedliwości. Wynika to z faktu, iż gromadzenie i przekazywanie środków finansowych – z punktu widzenia chronologii zdarzeń – znacząco poprzedza fakt dokonania samego czynu zabronionego, np. ataku terrorystycznego. Rozwiązania tego problemu, który niewątpliwie wchodzi w zakres polityki karnej, są dwa: albo przyjęcie kwalifikacji prawnej czynu na podstawie art. 258 § 2 k.k. (jeżeli tylko pozwoli

⁴⁷ Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r., nr 93, poz. 889).

⁴⁸ Por. m.in. M. Filar, *Komentarz do Rozdziału XIV*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 537–538; C. Sońta, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w prawie polskim*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2005, nr 4, s. 15 i nast.; O. Górniok, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w art. 115 § 20 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 10, s. 2; odmiennie zob. A. Grzelak, op. cit., s. 161.

⁴⁹ Szerzej na ten temat zob. W. Filipkowski, *Polskie regulacje w zakresie zwalczania finansowania terroryzmu*, [w:] T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Wyd. STO, Białsko-Biała 2006, s. 196–198.

na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy) bądź penalizacja nowego typu czynu zabronionego w drodze nowej regulacji prawnej. Wydaje się, że polski ustawodawca zdecydował się na wybór tego drugiego rozwiązania.

IV. Projektowane zmiany w polskim kodeksie karnym

W 2007 r. został przygotowany projekt zmian do kodeksu karnego⁵⁰, który m.in. zakładał wprowadzenie nowego typu czynu zabronionego w postaci art. 165a, umiejscowionego w rozdz. XX zatytułowanym: „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”. Projektowany przepis posiadał następującą treść: „Kto gromadzi, przekazuje lub oferuje środki płatnicze, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchome w celu sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 15”.

Nietrudno zauważyć, że mielibyśmy do czynienia z nowym przestępstwem powszechnym, które może zostać popełnione umyślnie z zamiarem bezpośrednim o szczególnym zabarwieniu, gdyż do znamion czynu zabronionego należy cel. Co więcej, sprawca popełniający przestępstwo nie tylko powinien obejmować swoją świadomością własny cel, ale powinien być też świadomy celów, które przyświecają sprawcy lub sprawcom bezpośrednim. Jest to o tyle ważne, że często przestępstwo o charakterze terrorystycznym może różnić się od przestępstw pospolitych jedynie w sferze intencji sprawcy (np. akty tzw. terroru kryminalnego). Sam czyn opisują trzy alternatywnie określone znamiona czasownikowe. I tak nie tylko samo *przekazywanie* wartości majątkowych pomiędzy różnymi podmiotami: osobami fizycznymi oraz pomiędzy osobą fizyczną a osobą prawną lub jednostką organizacyjną nie mającą osobowości prawnej. Zabronione jest także *oferowanie* tych wartości wyżej wskazanym podmiotom, gdy przekazanie nie dojdzie jeszcze do skutku. Trzecią możliwością jest także *gromadzenie* wartości majątkowych, czyli koncentrowanie ich w określonym miejscu. Do opisu przedmiotów wykonawczych czynu, które mogą posłużyć do finansowania tego typu przestępstw, użyto znamion występujących już w kodeksie karnym.

Wspomniana nowelizacja wprowadzała do art. 168 k.k. także karalność przygotowania do tego czynu zabronionego. Natomiast ostatnia z przewidywanych zmian odnosiła się do uzupełnienia listy czynów zabronionych, zawartej w art. 240 § 1 k.k. o art. 165a k.k. Tym samym karalne byłoby również

⁵⁰ Zob. art. 1 pkt 89, 92 i 135 druku sejmowego nr 1756 z dnia 18 maja 2007 r. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych oraz druk sejmowy nr 1958 z dnia 6 lipca 2007 r. Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw związanych z koalicyjnym programem rządowym „Solidarne Państwo” o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1756).

niezawiadomienie w sposób niezwłoczny uprawnionych organów o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu przestępstwa finansowania terroryzmu, pod warunkiem posiadania o tym fakcie wiarygodnych wiadomości.

W Uzasadnieniu do tych proponowanych zmian można było przeczytać, że nowelizacja wynika z zobowiązań Rzeczypospolitej Polskiej, wyartykułowanych w zaleceniach Komitetu Antyterrorystycznego Rady Bezpieczeństwa Narodów Zjednoczonych, monitorującego przestrzeganie przez państwa członkowskie Rezolucji Rady Bezpieczeństwa nr 1373 z 2001 r., jak również z postanowień przywoływanej już wyżej Konwencji Narodów Zjednoczonych z 1999 r. o zwalczaniu finansowania terroryzmu⁵¹. Projektodawcy argumentowali, iż proponowane rozwiązanie jest w pełni uzasadnione względami polityczno-kryminalnymi. Finansowanie terroryzmu powinno być penalizowane jako jeden z najgroźniejszych aktów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i to na jak najwcześniejszym etapie. W Uzasadnieniu projektu znajduje się sformułowanie, iż proponowane rozwiązanie stanowi przykład kryminalizacji przygotowania do popełnienia innego czynu zabronionego. W związku z przedterminowymi wyborami parlamentarnymi dalsze prace nad tym projektem zostały przerwane.

W 2008 r. Ministerstwo Sprawiedliwości w swoim projekcie ponownie powróciło do kwestii penalizacji w art. 165a zachowania polegającego na finansowaniu przestępstw o charakterze terrorystycznym⁵². Sformułowanie znamion czynu zabronionego było identyczne z zaproponowanym w projekcie z 2007 r. Różnica tkwiła jedynie w sposobie określenia sankcji przewidzianej przez ustawodawcę za ten czyn zabroniony. Tym razem proponowano niższą karę pozbawienia wolności, mianowicie w wymiarze od 2 do 12 lat. W uzasadnieniu do projektu ministerialnego użyto tych samych argumentów, które wykorzystywano w projekcie z 2007 r. Warto odnotować, że projekt ten nie zawierał już jednak nowelizacji art. 168 i 240 k.k.⁵³

⁵¹ Zob. druk sejmowy nr 1756 z dnia 18 maja 2007 r. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z projektami aktów wykonawczych, Uzasadnienie, s. 85 i 86.

⁵² Należy również zauważyć, iż tym artykułem (tj. art. 165a) posługuje się projekt nowelizacji ustawy z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowania terroryzmu (tekst. jedn. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1505 ze zm.), która jest od wielu lat przygotowywana przez Departament Informacji Finansowej Ministerstwa Finansów, aby w końcu dostosować polskie przepisy do wymagań Unii Europejskiej. Wprowadzenie tego typu czynu zabronionego zastąpi w ww. ustawie zastąpi pojęcie aktu terrorystycznego z art. 2 pkt 7 tejże ustawy (stan projektu z 28 sierpnia 2008 r.). Zob. [online] <www.mf.gov.pl/_files_/bip/bip_projekty_aktow_prawnych/projekt_z_27_sierpnia_2008.pdf>.

⁵³ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem. Stan prac: projekt w wersji skierowanej do rozpatrzenia przez Radę Ministrów (stan na dzień 16 października 2008 r.) zob. [online] <www.ms.gov.pl/projekty/proj0821d.rtf>.

Propozycja ta budzi co najmniej dwie podstawowe wątpliwości:

1) umiejscowienie nowego typu czynu zabronionego w rozdz. XX kodeksu karnego, zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”;

2) sposób opisanie czynu zabronionego poprzez wskazanie, czemu mają służyć środki finansowe oraz ograniczenie strony podmiotowej tylko do zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu.

Nie można się zgodzić na umieszczenie czynu zabronionego dotyczącego funkcjonowania grup terrorystycznych w rozdziale kodeksu karnego, który chroni dobro prawne, jakim jest bezpieczeństwo powszechne, przed takimi czynami jak np. wywołanie katastrof naturalnych przez człowieka, piractwo, eksplozje, pożary itp. Zjawisko finansowania terroryzmu nie jest tego typu zagrożeniem dla bezpieczeństwa powszechnego. Owszem, terroryści posługują się spektakularnymi zamachami, ale z góry zakładają jak największą liczbę zabitych, rannych oraz straty w mieniu. Są to jedynie środki służące do osiągnięcia innych celów: wywołania strachu oraz wywarcia wpływu na organy decyzyjne. Tym bardziej że art. 168 k.k. kryminalizuje przygotowanie do wybranych typów czynów zabronionych zamieszczonych w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu.

Należy zauważyć, że gromadzenie, oferowanie lub przekazywanie wartości majątkowych po to, aby osiągnąć wyżej wskazane cele, stanowi zagrożenie dla porządku publicznego również ze względu na stopień zaawansowania realizacji planowanego zamachu terrorystycznego. Dlatego też zasadne byłoby umieszczenie takiego czynu w rozdz. XXXII kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu”. Przemawia również za tym fakt, iż w tym rozdziale umiejscowiony jest już art. 258 k.k., kryminalizujący udział w grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym oraz zakładanie i kierowanie taką grupą lub związkiem. Należy podkreślić, że z takim zachowaniem bezpośrednio związane jest zjawisko finansowania terroryzmu. Wydaje się, że umieszczenie w tym rozdziale czynu zabronionego, np. jako „art. 258a”, w pełni odpowiadałoby przyjętej systematyce kodeksu karnego.

W tym miejscu wypada przypomnieć, że wymienione wyżej standardy międzynarodowe wyraźnie wskazują, iż strona podmiotowa powinna mieć formę umyślności w obu postaciach zamiaru. Zawężenie jej tylko do zamiaru bezpośredniego o szczególnym zabarwieniu, tworzącego kierunkowy typ przestępstwa, z pewnością spowoduje trudności w postępowaniu dowodowym, a tym samym uczyni projektowany zapis martwą literą prawa.

Analizując przedmiotową problematykę z kryminologicznego punktu widzenia, trzeba zwrócić uwagę na to, że zbierane środki finansowe tylko w pewnej części są przeznaczane na dokonywanie ataków terrorystycznych. Większość z nich służy zapewnieniu sprawnego funkcjonowania grup terrory-

stycznych, w tym wydatkowana jest na werbunek, szkolenie czy propagowanie terroryzmu. Fakt ten znajduje swoje odzwierciedlenie chociażby w decyzji ramowej Rady UE z dnia 13 czerwca 2002 r. Dlatego też wartości majątkowe są zbierane albo dla poszczególnych organizacji czy grup terrorystycznych, albo w celu dokonania bliżej nieokreślonej liczby aktów terrorystycznych. Pozostawienie art. 165a k.k. w proponowanej postaci może spowodować, iż będzie to zapis całkowicie martwy, nieprzydatny ze względu na niewątpliwe problemy dowodowe. Jego jedyną zaletą, ale nie przysparzającą powodów do radości, będzie możliwość wykazania się przed Organizacją Narodów Zjednoczonych i Unią Europejską częściową realizacją wymaganych zmian legislacyjnych oraz częściowym ujednoczeniem siatki pojęciowej kodeksu karnego i ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu⁵⁴.

W najnowszym z wymienionych projektów zawarto zapis wprowadzający zmiany do art. 16 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary⁵⁵. Za finansowe wspieranie terroryzmu powinny odpowiadać nie tylko osoby fizyczne, ale także osoby prawne lub – jak ujmuje to polskie prawo – podmioty zbiorowe. Zapis taki jest wymagany przez standardy międzynarodowe w zakresie walki z finansowaniem terroryzmu⁵⁶.

V. Wnioski *de lege ferenda*

Próba wprowadzenia nowego przepisu do kodeksu karnego zasługuje na wysoce pozytywną ocenę, natomiast sam kształt projektowanej regulacji – jak wyżej wskazano – budzi poważne wątpliwości. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż przepis ten odwołuje się w sposób bezpośredni do art. 115 § 20 k.k. – czyli definicji legalnej przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W literaturze podnosi się, iż przepis ten posiada wadliwą redakcję, co prowadzi do nawarstwiania się problemów interpretacyjnych.

Podstawową kwestią wymagającą dyskusji jest refleksja nad tym, co w zasadzie powinno być przedmiotem kryminalizacji. W grę wchodzić może finansowe wspieranie:

- terroryzmu,
- zorganizowanych grup lub związków terrorystycznych, albo
- aktów terrorystycznych.

⁵⁴ Ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (Dz.U. nr 116, poz. 1216 ze zm.).

⁵⁵ Dz.U. z 2002 r., nr 197, poz. 1661 ze zm.

W sposób zdecydowany należy odrzucić skrajne rozwiązania. Finansowanie terroryzmu jako zjawiska jest zachowaniem o zbyt ogólnie ujętych cechach. Kryminalizacja w ten sposób zaproponowana naruszałaby zasadę maksymalnej określoności i jasności prawa karnego – *nullum crimen sine lege*. Z kolei wspieranie konkretnych aktów terrorystycznych może okazać się nieprzydatne w związku z szerokim zakresem możliwych form przeprowadzenia ataku, ze zmiennością planów ataków, zakresu planowanych ofiar, odłożeniem ich w czasie itd. Jest po prostu zbyt wiele czynników, które rzutują na dokonanie ataku terrorystycznego, a które to swoją świadomością powinien obejmować sprawca tak określonego czynu zabronionego.

Biorąc pod uwagę współczesne przejawy terroryzmu oraz skuteczność podejmowanych działań ze strony państwa, rozwiązaniem jest skierowanie ostrza reakcji prawnokarnej w funkcjonowanie zorganizowanych grup lub związków terrorystycznych. Celem strategicznego podejścia jest ich eliminacja lub utrudnianie ich powstawania i działalności. To właśnie grupy lub związki osób stanowią najbardziej realne zagrożenie dla bezpieczeństwa obywateli i państwa. Odcięcie finansowych korzeni spowoduje ograniczenie ich istnienia lub wydłużenie czasu przygotowania kolejnych zamachów, co daje szanse organom ścigania na ich wczesne wykrycie.

Zaproponowane w art. 165a rozwiązanie zawęży finansowanie jedynie do finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, pozostawiając poza zakresem kryminalizacji finansowanie działalności samej grupy terrorystycznej. Powszechnie wiadomo, że funkcjonowanie grupy nie ogranicza się do przeprowadzania ataków terrorystycznych, a dużą część swej aktywności grupa poświęca na poszukiwanie nowych członków i ich wykształcenie. W celu pozyskiwania adeptów oraz ich profesjonalnego instruktazu grupa musi dysponować środkami finansowymi.

Projektodawca nowelizacji powinien rozważyć wprowadzenie do kodeksu karnego nowych zachowań zabronionych, mieszczących się w strategiach walki z terroryzmem przyjętych przez Unię Europejską⁵⁷, które istnieją w ustawodawstwach innych krajów. Chodzi tutaj o werbunek do grupy terrorystycznej, szkolenie terrorystyczne oraz propagandę terrorystyczną⁵⁸. Wydaje się, że takie ujęcie najbardziej wychodziłoby naprzeciw postanowieniom decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. Również od strony kryminologicznej takie rozwiązanie jawi się jako absolutnie konieczne i skuteczne.

⁵⁶ Szerzej na ten temat zob. W. Filipkowski, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych za finansowanie terroryzmu*, [w:] J. Szafranski, J. Kosiński (red.), *Współczesne zagrożenia terrorystyczne oraz metody ich zwalczania*, Wyd. Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2007, s. 169 i nast.

⁵⁷ Zob. m.in. D. Szlachter, *Walka z terroryzmem w Unii Europejskiej – nowy impuls*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2006, s. 156 i nast.

⁵⁸ Strategia UE w dziedzinie walki z terroryzmem – dokument do dyskusji, nota Koordynatora Unii Europejskiej ds. Zwalczania Terroryzmu, nr 14865/08, Bruksela, 7 listopada 2008 r., s. 6–8 i 12.

Biorąc pod uwagę okoliczności przytoczone powyżej, autorzy przedstawiają do dalszej dyskusji następujące ujęcie proponowanego czynu zabronionego w art. 258a k.k.: „kto wspiera zorganizowaną grupę lub związek mające na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w szczególności gromadzi, oferuje lub przekazuje środki płatnicze, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe albo mienie ruchome lub nieruchomości w zamiarze, aby posłużyły chociaż częściowo do finansowania zorganizowanej grupy lub związku mających na celu popełnienie przestępstwa o charakterze terrorystycznym”.

Summary

The criminalization of terrorist financing in comparison with foreign regulations and international standards

In this paper Authors present issue of terrorist financing. Efficient fight against this phenomenon is one of the elements of anti terrorist strategy. However creating proper regulations especially in the field of penal law is not an easy task. There are some international standards established by the United Nations' convention of 1999 and the European Union's framework decision of 2002. Authors present also regulations regarding criminalization of terrorist financing which are present in Germany, Austria and Switzerland. These countries have created a whole set of different types of criminal activities connected with terrorism. There is not a separate type of crime regarding terrorist financing in Polish penal law. Our legislator has prepared a bill which supposes to adjust Polish regulations to international and European standards. The Authors present several arguments against this proposal. In their opinion the bill is about to set up law which is not going to work since it has been constructed in inefficient way. It is even coherent with international standards and does not reflect European trends in the fight against terrorism. At the end of their paper the Authors present a solution to this problem – a new type of criminal activity: supporting terrorist group or association which includes financing such organizations.

Joanna Flik-Kłaczyńska
Katedra Postępowania Karnego
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Granice legalności działania obrońcy i konsekwencje prawne ich przekroczenia

Adwokaci. Zawód podwyższonej moralności. Zawód wielkiej wiedzy i odpowiedzialności. Zawód, który powinien cieszyć się nadzwyczajnym zaufaniem publicznym. Bezwarunkowa lojalność wobec klienta, lawirowanie w labiryncie paragrafów i luk prawnych dają jednak wielkie możliwości przesuwania granic etycznych. Jak powinien zatem postępować obrońca mający ustawy i deontologiczny obowiązek pilnowania interesu człowieka, którego los, w pewnych granicach, złożono w adwokackich rękach? Sędzia kieruje się prawdą i tylko prawdą. Adwokat ma jeszcze jeden paradygmat własnych działań – prawa swego klienta, z jego prawem naczelnym: prawem do rzetelnego procesu.

Wytyczenie granic taktyki obrony stanowi od wielu lat jeden z podstawowych problemów publikacji poświęconych sztuce obrończej. Skuteczność nie może być jedynym kryterium poprawności działań obrony, choć osiąganie korzystnego rezultatu w procesie wszelkimi możliwymi sposobami stanowi ciągle wielką pokusę¹.

Granice legalności działania obrońcy w procesie karnym wyznaczają przepisy prawa karnego materialnego, procedury karnej oraz zasad etyki zawodowej adwokatów. Zamiarem moim jest rozważenie tych granic w świetle norm prawa karnego. Dlatego w dalszej części pominię kwestie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Zagadnienie to, z punktu widzenia prawa karnego materialnego, należy rozważyć przede wszystkim na tle przepisów regulujących przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (rozdz. XXX k.k.), a zwłaszcza przestępstwa popełnienia.

Punktem wyjścia do dalszych rozważań jest przyjęcie wstępnej bezspornej tezy, że za popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa adwokat prowadzący obronę odpowiada na zasadach ogólnych, tak jak każdy inny człowiek. Żaden

¹ P. Girdwoyń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Zakamycze 2004, s. 295.

immunitet mu nie przysługuje². Nie może on zatem np. utrudniać bądź udaremniać postępowania karnego i w ten sposób pomagać sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej. Adwokat ma udzielać pomocy oskarżonemu w realizacji jego prawa do obrony przed stawianym mu zarzutem popełnienia przestępstwa. Cięży przy tym na nim bezwzględny, wynikający z ustawy obowiązek działania wyłącznie na korzyść oskarżonego³. obrońca, będąc pomocnikiem procesowym oskarżonego, ma obowiązek udzielić mu fachowej pomocy w realizacji prawa do obrony w procesie karnym tak dalece, jak dozwolone jest oskarżonemu legalne korzystanie z tego prawa. obrońca musi więc wspierać swego klienta we wszelkich przedsięwzięciach podejmowanych w celu obrony, które nie są zakazane przez prawo. Może on np. zupełnie legalnie doradzać oskarżonemu składanie wyjaśnień lub odmowę ich złożenia, a także – asystując przy przesłuchaniu – informować go, żeby nie odpowiadał na konkretne pytania⁴. Taki też pogląd przeważa w doktrynie.

Zupełnie niezrozumiałe jest stanowisko odmienne co do powyższej kwestii, stwierdzające, że obrońca może ewentualnie pouczyć oskarżonego o prawie nieskładania wyjaśnień. Jeśli jednak doradza mu skorzystanie z tego prawa, ingeruje wówczas w sposób niedopuszczalny w zakres materiału dowodowego, co nie mieści się w zakresie funkcji obrończych⁵. Pogląd taki wydaje mi się błędny. Jedną bowiem z funkcji, jaką spełnia obrońca w procesie karnym, jest właśnie doradzanie oskarżonemu wyboru najbardziej skutecznego sposobu obrony. Udzielając oskarżonemu rady, aby ten skorzystał z prawa odmowy wyjaśnień lub nie przyznawał się do winy, obrońca skłania go wyłącznie do wyboru prawnie dopuszczalnego sposobu obrony. Oskarżony bowiem nie ma ani obowiązku składania wyjaśnień, ani obowiązku przyznania się do winy. Co więcej, w obu tych przypadkach nie można doszukiwać się niczego moralnie nagannego. Przypisywanie adwokatowi poplecznictwa za to tylko, że namówił oskarżonego do przyjęcia dozwolonego prawnie sposobu obrony należy zdecydowanie odrzucić⁶.

Kolejnym spornym zagadnieniem z zakresu problematyki poplecznictwa jest odpowiedź na pytanie, czy adwokatowi wolno bezkarnie doradzać oskarżonemu, aby ten złożył kłamliwe wyjaśnienia lub odwołał poprzednie praw-

² Wyraźnie uregulowany prawnie zakres immunitetu adwokata wynika z art. 8 ustawy – Prawo o adwokaturze z dnia 26 maja 1982 r. (Dz. U. 2002 r., nr 123, poz. 1058).

³ T. Gardocka, *Z problematyki legalnego działania obrońcy w procesie karnym*, „Palestra” 1987, nr 3–4, s. 68.

⁴ Ibidem.

⁵ R. Łyczywek, *Glosa do orzeczenia SN z 9 I 1964, VI KO 25/63*, OSPiKA 1964, nr 7–8, s. 344, pogląd taki potwierdzał też w artykule: *Granice obrony a przepisy postępowania karnego*, „Nowe Prawo” 1966, nr 7–8, s. 954.

⁶ P. Kruszyński, *Granice legalności działania obrońcy w procesie karnym*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 4, s. 69.

dziwe⁷. Rozwijając ten problem, należy wyraźnie podkreślić konieczność oddzielenia odpowiedzialności karnej za poplecznictwo od ewentualnej odpowiedzialności dyscyplinarnej obrońcy za naruszenie zasad etyki adwokackiej. Namawianie przez obrońcę oskarżonego do kłamstwa jest niewątpliwie działaniem sprzecznym z etyką adwokacką. Interesujący jest tu wszakże wyłącznie prawnokarny aspekt omawianego problemu⁸. Można by uznać udzielenie przez obrońcę takiej rady oskarżonemu za karalne poplecznictwo, gdyż skoro obrońca działa w interesie publicznym, nie może w tak istotny sposób utrudniać wyświetlenia prawdy. Kłamstwo oskarżonego jest co prawda niekaralne, nie oznacza to jednak, że ma on prawo do kłamstwa. Patrząc na ten problem z etycznego punktu widzenia, trudno mieć mu za złe to, że kłamie. Walczy przecież niejednokrotnie o dobra najwyższej wartości – o wolność, a czasem życie. Nie można zatem odnosić powszechnego postulatu moralnego „nie kłam” właśnie do oskarżonego, skoro znajduje się on w szczególnej sytuacji zagrożenia najważniejszych dóbr człowieka⁹. Wskazane racje do obrońcy się zdecydowanie nie odnoszą, gdyż ten nie znajduje się w stanie zagrożenia. Dlatego radę, jaką daje on oskarżonemu, aby kłamał, ocenić należy jako działanie niewątpliwie nieetyczne. To co nieetyczne nie jest równoznaczne z karalnym. Dlatego skoro kłamstwo oskarżonego nie jest karalne, to stanowi prawnie dopuszczalny sposób obrony. Jeśli tak, to doradzanie przez obrońcę oskarżonemu, aby ten ów prawnie dopuszczalny sposób obrony zastosował, za poplecznictwo uznane być nie może¹⁰.

Inaczej ocenić należy natomiast zachowanie się obrońcy polegające na wymyślaniu przezeń dla oskarżonego wersji wyjaśnień niezgodnych z prawdą. Zabieg podejmowany przez obrońcę miałby wówczas charakter jego własnego działania zmierzającego do wprowadzenia sądu w błąd, zaś oskarżony spełniałby swymi wyjaśnieniami tylko rolę „przekaznika” fałszywych treści. Należy więc posłużyć się tu konstrukcją sprawstwa pośredniego, gdyż do zamierzonego skutku doprowadza działanie innej osoby będącej jedynie wykonawcą czynności zaplanowanej i przygotowanej przez sprawcę. Co prawda, granice legalnej obrony są takie same i dla oskarżonego, i dla obrońcy, a fałszywe wyjaśnienia są po stronie oskarżonego niekaralne, to jednak w omawianej sytuacji nieprawdziwość ich nie jest dziełem oskarżonego, lecz skutkiem działania obrońcy. Działania takiego natomiast zakazuje obrońcy norma prawa karnego.

Co do kontaktów oskarżonego z pokrzywdzonym, to obrońca może bez żadnych przeszkód działać w celu uzyskania od pokrzywdzonego zaniechania złożenia wniosku o ściganie lub skargi prywatnej, a także do złożenia zawi-

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem

¹⁰ Ibidem.

domienia o popełnieniu przestępstwa publicznoskargowego, ale pod warunkiem, że nie przekroczy to granic zwykłej perswazji, bez uciekania się przy tym do podstępów, groźby itp. metod¹¹. Pokrzywdzonego nie wiąże żaden legalizm: żądanie ścigania jest jego prawem, z którego może on skorzystać lub nie. Nakłanianie go do tego, aby nie korzystał z tego prawa, byłoby po stronie oskarżonego czynnością legalną, także wówczas gdyby proponował on umowne odszkodowanie za swój czyn. Prowadzenie przez adwokata z upoważnienia klienta takich pertraktacji należy uznać za działanie legalne, tzn. mieszczące się w ramach prawa do obrony oskarżonego i nie naruszające przepisu o poplecznictwie, mimo formalnego wypełnienia jego skutkowego znamienia¹².

Co się tyczy stosunku obrońcy do świadków, to nie budzi żadnej wątpliwości fakt, że nie może on nakłaniać ich do składania fałszywych zeznań ani tym bardziej sugerować ich treści. Byłoby to bez wątpienia tak ze strony obrońcy, jak i oskarżonego przestępstwo podżegania do składania fałszywych zeznań i wówczas kwestia jego karalności jest niewątpliwa¹³. Sama natomiast rozmowa ze świadkami, zanim zostaną oni wezwani na rozprawę, w celu zorientowania się, co mają zeznawać – o ile nie jest połączona z wywieraniem nacisku na konkretne zeznania – jest nie tylko dozwolona, ale wręcz zalecana jako jeden z elementów przygotowania obrony¹⁴. Wysuwanie tezy, jakoby wcześniejszy kontakt obrońcy ze świadkami był czymś nagannym, byłoby jednoznaczne z faktycznym pozbawieniem go możliwości występowania ze skuteczną inicjatywą dowodową, jak również korzystnego dla klienta udziału w przesłuchaniach na rozprawie¹⁵.

Dopuszczalnym oddziaływaniem na świadków jest – według mnie – nakłanianie przez obrońcę osób najbliższych dla oskarżonego do składania zeznań lub skorzystania z prawa odmowy ich złożenia zgodnie z tym, co jest dla jego klienta bardziej korzystne. Nie widzę tu żadnych przeszkód do takiego postępowania. Oczywiście, adwokat nie może ani w tym wypadku, ani w żadnym innym posługiwać się niedozwolonymi metodami nakłaniania. Stanowiłoby to bowiem samoistne przestępstwo z art. 245 k.k., nie związane z poplecznictwem¹⁶.

¹¹ Tak też twierdzi J. Szamrej, *Przestępstwo poplecznictwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 3–74.

¹² Sąd Najwyższy w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 5 lutego 1975 r. I KR 40/72 (OSNKW 1975, nr 7–8, poz. 98, s. 50) wypowiada się nawet, że na karalność wpływania na decyzję uprawnionego o złożeniu wniosku mają wpływ metody wpływania na decyzję, co do której powinna być zachowana pełna swoboda jej podjęcia. I tak „np. próby pojednawcze połączone z przeproszeniem, odszkodowaniem czy też innym zadośćuczynieniem, przedstawiane pod rozważenie argumentów na korzyść sprawcy, próśby czy perswazja itd. same przez się nie stanowią poplecznictwa, jakkolwiek w ich wyniku może nie dojść do złożenia wniosku o ściganie, stanowiącego niezbędną przesłankę do wszczęcia postępowania”.

¹³ T. Gardocka, op. cit., s. 72.

¹⁴ Ibidem, s. 74.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem, s. 73.

W swoim czasie opublikowano w „Palestrze”¹⁷ wyrok w sprawie dyscyplinarnej adwokata, który został ukarany za fakt rozmowy ze świadkami w sprawie, co uznano za sposób wywierania wpływu na kształtowanie się biegu sprawy poprzez „urabianie” świadków. Nie wydaje się jednak, by takie stanowisko było uzasadnione również w sytuacji, gdy norma prawa procesowego zezwala na swobodną decyzję o zeznawaniu lub niezeznananiu w ogóle. Sądzę, że na „rzetelnym” obrońcy ciąży w takiej sytuacji wręcz obowiązek podjęcia starań o to, by decyzja osób najbliższych była korzystna dla oskarżonego oraz by nie dostarczyli oni sądowi dowodów obciążających, bowiem nie są do tego prawnie zobowiązani¹⁸.

Obrońca może bez narażania się na odpowiedzialność karną korzystać w trakcie procesu z zeznań, przez powoływanie się na nie w toku obrony, o których wie lub domyśla się, że są fałszywe. Wynika to przede wszystkim z tego, że dla oceny działania obrońcy istotne są te wiadomości, które wynikają z akt sprawy. To, co wie on natomiast ponad to, co zawierają akta sprawy, jest już z prawnego punktu widzenia nieistotne. Obrońca ma prawo oceniać wszelkie dowody w kontekście innych dowodów istniejących w procesie, a także przedstawiać sądowi ich ocenę korzystną dla oskarżonego w świetle dyrektywy swobodnej oceny dowodów, tj. wiedzy i doświadczenia życiowego¹⁹.

Są też głosy wypowiadające się odmiennie i twierdzące, iż świadome podważanie przez obrońcę przekonania do dowodu, o którym wie, że jest prawdziwy, lub opieranie się na dowodzie, o którym wie, że jest fałszywy, stanowiłoby karalne poplecznictwo²⁰. Adwokat powinien powstrzymać się od jakiegokolwiek oceny fałszywych dowodów odciążających powołanych przez samego oskarżonego. Pogląd taki – moim zdaniem – nie wydaje się możliwy do obrony. Milczenie co do pewnych dowodów odciążających powołanych przez oskarżonego byłoby bowiem oczywistym wskazaniem na ich fałszywość, co jest sprzeczne z procesową rolą obrońcy²¹. Także ze względu na swe jednostronne stanowisko w procesie obrońca musi tolerować powołanie przez swego klienta fałszywych świadków. Wówczas z punktu widzenia etyki zawodowej byłaby być może usprawiedliwiona jego rezygnacja z obrony. Bez wątplenia bowiem, tolerując takie sfabrykowane dowody jako sposób obrony klienta, adwokat stawia się w sytuacji procesowej niezgodnej z charakterem jego zawodu i funkcji²².

¹⁷ Por. „Palestra” 1963, nr 3, s. 87.

¹⁸ T. Gardocka, op. cit., s. 73.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ R. Łyczywek, *Granice obrony...*, s. 960.

²¹ Do takiej interpretacji skłania również treść § 11 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu, którego brzmienie jest następujące: „Adwokat powinien udzielać pomocy zgodnie z prawem, zasadami współżycia społecznego i etyką, zwracając jednocześnie uwagę na to, aby pomoc ta odpowiadała zamierzonemu celowi”. (por. *Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu*, „Palestra” 1970, nr 1 – wkładka).

²² Słusznie twierdzi K. Pędowski, że „Falszowanie prawdy to czyn niegodny adwokata”, por. K. Pędowski, *Obrona a odwaga zawodowa adwokata*, „Palestra” 1984, nr 5–6, s. 61. Przenosi to jednak zagadnienie z płaszczyzny prawnokarnej na etyczną.

Poplecznictwem będzie natomiast zarówno osobiste usuwanie dowodów rzeczowych, jak i nakłanianie do takich działań oskarżonego. W pierwszym przypadku obrońca wypełnia wymienione w treści art. 239 § 1 k.k. znamię czasownikowe w postaci „zacierania śladów przestępstwa”. W drugim natomiast działa wprawdzie w sposób *expressis verbis* w art. 239 § 1 k.k. nie wymieniony, to jednak jego odpowiedzialność za poplecznictwo nie ustaje, gdyż wyliczenie sposobów zachowania się wyczerpujących znamiona poplecznictwa ma charakter jedynie przykładowy, na co wskazuje zwrot „w szczególności”. Podobnie zakwalifikować należy nakłanianie oskarżonego do ucieczki²³ oraz głośne ostatnimi czasy przypadki pośrednictwa w załatwianiu swoim klientom fałszywej dokumentacji medycznej, by w ten sposób pomóc w unikaniu przezeń odpowiedzialności karnej. W doniesieniach medialnych słyszy się o aferach korupcyjnych z adwokatami w roli głównej. Taka postawa – nie dość, że karalna, to przy tym wysoce nieetyczna – stawia pod znakiem zapytania zawód adwokata, który winien cieszyć się nadzwyczajnym zaufaniem publicznym. Czyżby adwokaci w Polsce zapomnieli, że są sługami wymiaru sprawiedliwości?

Z powyższych rozważań wynika konkluzja ogólniejsza. Mianowicie należy przyjąć, że do obrońcy w procesie karnym w bardzo niewielkim stopniu odnosi się ogólne określenie poplecznictwa z art. 239 k.k.: „Kto utrudnia lub udaremnia postępowanie karne, pomagając sprawcy przestępstwa uniknąć odpowiedzialności karnej [...]”. Co prawda, nie można twierdzić, że norma ta w ogóle do obrońcy się nie odnosi, tak jak nie odnosi się do samego oskarżonego, to jednak wydaje się, że można podciągnąć pod nią tylko te czyny obrońcy, gdy własnym działaniem wprowadza on do procesu karnego fałszywe dowody (źródła lub środki dowodowe). Natomiast pozbawienie sądu pewnych dowodów (gdy prawo dopuszcza możliwość odmowy dostarczenia dowodu, np. osobie najbliższej) albo też oceny i wypowiedzi obrońcy odnoszące się do dowodów, o których wie, że są fałszywe, lecz nie on wprowadził je do procesu, nie są już elementem rzeczywistego fałszowania stanu faktycznego zarzucanego zdarzenia²⁴.

Aby udzielić kompleksowej odpowiedzi na pytanie, w którym momencie działanie obrońcy można uznać za jeszcze dopuszczalne, a gdzie zaczyna się granica czynności niedozwolonych (innymi słowy: kiedy obrona jest uzasadniona, a kiedy stanowi ona nadużycie prawa), należy dokładniej przyjrzeć się problemowi związanemu z obstrukcją procesową. „Nadużycie” jest słowem z języka potocznego i nie stanowi *terminus technicus* prawników. Stykamy się z nim w polityce, gospodarce, a także w życiu codziennym. „Nadużycie” oznacza użycie sprzeczne z celem, zastosowanie do realizacji celu środka, do

²³ P. Kruszyński, op. cit., s. 72.

²⁴ T. Gardocka, op. cit., s. 75.

którego nie jest on przeznaczony. Czy zatem jest nadużycie prawa w procesie karnym? Można uznać, iż jest to korzystanie z uprawnień do składania wniosków i oświadczeń w celach wykraczających poza ramy podlegające ochronie interesów obrony lub pozostające w sprzeczności z celem postępowania karnego²⁵.

W praktyce nadużywanie prawa jest stosowane w dwóch celach. Pierwszy z nich nie ma nic wspólnego z funkcją postępowania, jest więc niejako celem pozaprocesowym, obcym dla procesu. Do osiągnięcia go dąży ten, kto wykorzystuje formy czynności procesowych wyłącznie do wyrażania oszczerstw i zniewag pod adresem wymiaru sprawiedliwości, jego przedstawicieli i uczestników postępowania przez publiczne wyartykułowanie zarzutów. Jako przykład takiego sposobu wykorzystania prawa procesowego do osiągnięcia celu nie mającego nic wspólnego z celami procesu karnego można podać zachowanie się oskarżonych i ich obrońców w słynnych procesach toczących się przeciwko członkom Baader-Meinhof. Starali się oni wykorzystać salę sądową do rozpowszechniania skrajnie lewackich idei, do politycznej agitacji²⁶. Takie zachowanie i wykorzystywanie procesu karnego jest niedopuszczalne i zasługuje na potępienie. Drugi rodzaj nadużyć odnosi się wprawdzie do postępowania, jednak sprzeciwia się jego celowi – jest więc sprzeczny z procesem. Są nim zwłaszcza udaremnianie postępowania i przewlekanie procesu. Oba są celami pokrewnymi. Przewlekanie postępowania jest niepełnym udaremnieniem postępowania, udaremnienie – definitywnym odwlečeniem. Dlatego to, co *de lege lata* dotyczy przewlekania, musi *argumentum a maiore ad minus* dotyczyć także udaremniania postępowania.

Przewlekanie (przedłużanie) procesu może być realizowane w dwóch zasadniczych wariantach taktycznych (pasywnym i aktywnym)²⁷. Kwalifikowaną postacią zachowań pasywnych po stronie obrońcy, która wymaga podkreślenia, jest wykorzystywanie przepisów o jego obowiązkowym udziale w wybranych czynnościach sądu, tj. celowe niepojawienie się adwokata tłumaczącego się kolizją rozpraw, zbyt późnym zawiadomieniem o terminie rozprawy, chorobą itp., skutkujące z reguły koniecznością zarządzenia przerwy lub wydaniem postanowienia o odroczeniu rozprawy.

Odmiennym sposobem przedłużania postępowania jest wzmożona aktywność obrony, polegająca na rygorystycznym wykorzystywaniu wszelkich przysługujących jej uprawnień²⁸. Do najczęstszych metod spowalniania postępowania, niezależnie od ich przydatności w innych celach, zaliczyć należy przede wszystkim zasypywanie sądu wnioskami dowodowymi – składanymi

²⁵ M. Niemöller, *Nadużycie prawa w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 9, s. 98.

²⁶ *Ibidem*, s. 101.

²⁷ P. Girdwoyń, *op. cit.*, s. 309 i nast.

²⁸ *Ibidem*, s. 317 i nast.

najczęściej, gdy przewód sądowy jest już bliski końca. To, że wniosek dowodowy został już oddalony, nie zraża strony, skoro kodeks zezwala na dopuszczenie dowodu nawet wówczas, gdy sąd już wcześniej oddalił taki sam wniosek (art. 170 § 4 k.p.k.). Na temat wniosków dowodowych, które w sposób oczywisty zmierzają do przedłużenia postępowania, wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 6 lutego 2002 r.: „składanie przez oskarżonego lub jego obrońcę licznych bezzasadnych wniosków dowodowych odnośnie do okoliczności, które znane były oskarżonemu lub jego obrońcy już w chwili zakończenia postępowania przygotowawczego, składanie tych wniosków na ostatniej rozprawie kończącej bardzo długo toczące się postępowanie jurysdykcyjne – świadczy ewidentnie o dążeniu do obstrukcji procesowej. Prawo do obrony traktowane jest tutaj instrumentalnie, w sposób służący utrudnieniu sprawnego przebiegu procesu, a nie jako prawo do wykazywania niewinności oskarżonego. Nie należy dopuszczać do tego, ażeby nadużycie instrumentów procesowych przez uczestników procesu miało doprowadzić do zablokowania procesu karnego lub jego wykolejenia”²⁹.

Nie ulega wątpliwości, że prawo do złożenia wniosku o wyłączenie organu procesowego jest jedną z gwarancji prawidłowego rozpatrzenia sprawy, wyjaśnienia prawdy o zdarzeniu oraz realizacji prawa do obrony. Od strony czysto taktycznej wyłączenie oskarżyciela (prokuratora), który prowadził sprawę na etapie postępowania przygotowawczego i który z tego tytułu dobrze orientuje się w jej zawiłościach, może znacznie ułatwić zadania obronie, podobnie jak wyłączenie nieprzychylnego lub znanego z surowości sędziego³⁰. Jednakże właściwym celem omawianego uprawnienia jest jedynie eliminacja uczestnictwa w procesie osób, co do których istnieje podejrzenie uzasadnionego różnymi względami nieobiektywizmu. Za niedopuszczalne należy zatem uznać inspirujące działania obrońcy lub oskarżonego, które miałyby wywołać uprzedzenia nieistniejące, jak również próby obejścia prawa poprzez podjęcie innej czynności. Konsekwencją tego byłoby wyłączenie organu procesowego w sytuacji, kiedy obiektywnie nie są spełnione jego przesłanki³¹.

Prawo do zadawania pytań i składania oświadczeń oraz mowy końcowej jest jednym z fundamentalnych uprawnień oskarżonego, umożliwia mu – obok składania wniosków dowodowych – prawidłową realizację obrony materialnej w procesie³². Znane są przypadki nadużycia także i tych praw. Można w tym miejscu przytoczyć głośny przypadek nadużycia prawa przez obywatela Wielkiej Brytanii, który stanął przed sądem w Pradze. W trakcie

²⁹ Orzeczenie Sądu Najwyższego II Aka 222/2001, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 4, poz. 29.

³⁰ P. Girdwoyń, op. cit., s. 330.

³¹ Ibidem.

³² Por. B. Bieńkowska, *Nowy kodeks postępowania karnego przez pryzmat wybranych zasad procesowych*, [w:] P. Kruszyński (red.), *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Warszawa 1999, s. 61–62.

rozprawy okazał się on być „maratończykiem”, gdy idzie o długość wypowiedzi. Jego mowa obrończa ciągnęła się przez pięć dni i trwała blisko 22 godziny. Jest to taktyka zwana „filibuster”, w tej postaci wykorzystywana wcześniej przede wszystkim w senacie USA³³.

Na temat długości wypowiedzi stron głos zabrał Sąd Apelacyjny w Krakowie w orzeczeniu z dnia 28 grudnia 2001 r. Teza tego orzeczenia brzmiała następująco: „zasadniczo błędne jest oczekiwanie, że sąd powinien słuchać stron tak długo, jak długo chcą przemawiać. Czas sędziów jest nie tylko wyznaczany zakresem ich zadań, ale jest także przez te zadania limitowany. W znanych warunkach przeciążenia sędziów zadaniami wynikłymi z ilości wnoszonych spraw (w tym penitencjarnych) sędziowie powinni dbać, by czas rozprawy nie był przez uczestników procesu marnowany, gdyż inaczej sędziowie nie rozpoznają spraw innych osób bez zbędnej zwłoki, jak to nakazuje art. 45 ust. 1 Konstytucji. Rzeczą stron jest przedstawiać swe sprawy na piśmie, a wywód ustny odpowiednio przygotować, by był zwięzły i nie absorbował zbędnie czasu czynności. Tyczy to i krótkiego czasu przeznaczanego na posiedzenie. Nie świadczy to o pobieżności zbadania sprawy czy braku należytej rozwagi przy decydowaniu o wyniku sprawy. Powszechnie znane jest, że sędziowie przygotowują się do posiedzeń, by nie trwały one zbyt długo, by fakty istotne nie zostały przeoczone, a zagadnienia merytoryczne spłycone, jeśli wymagają zapoznania się z wypowiedziami doktryny czy praktyki albo dłuższego, niezakłóconego rozważania”³⁴.

Ciekawym i znanym przypadkiem aktywnej taktyki przedłużania postępowania było nieuprawnione korzystanie z trybu procedowania przy wypowiedzeniu stosunku obrończego na podstawie art. 378 § 1 k.p.k. w brzmieniu z 1997 r. Uregulowanie to pozwalało na kilkakrotne przerywanie lub w końcu odraczanie rozprawy wyłącznie poprzez sygnalizowanie przez oskarżonego różnicy zdań z obrońcą w zakresie linii obrony. Powszechność nadużywania przepisu została dostrzeżona przez orzecznictwo³⁵ i stała u podstaw nowej redakcji tekstu art. 378 k.p.k., która rozwiązała problem.

Jako przykład może posłużyć sytuacja powstała na tle afery FOZZ (Funduszu Obsługi Zadłużenia Zagranicznego). W sprawie tej oskarżona Janina Chim, ze względu na rozbieżność zdań w zakresie linii obrony, zrezygnowała

³³ W 1957 r. senator S. Thurmond przemawiał 24 godziny i 18 minut, aby powstrzymać uchwalenie Civil Rights Act; S. Binder, S. Smith, *Politics or Principle? Filibustering in the United States Senate*, Washington D.S., Brookings Institute, 1997, s. 53–54, cyt. za: M. Niemöller, op. cit., s. 106.

³⁴ II Akz [1] 500/2001, KZS 2001, nr 12, poz. 23.

³⁵ „[...] nie może sąd spełniać życzeń oskarżonego co do osoby obrońcy, powodować się nieuzasadnionymi zastrzeżeniami czy tym podobnymi i z tych przyczyn wyznaczać do obrony coraz to innych adwokatów. Byłoby to niepotrzebne komplikowanie procesu, a jak wykazują niedawne doświadczenia praktyki – byłoby to używane dla zatamowania wymiaru sprawiedliwości” – postanowienie S.A. w Krakowie z dnia 24 stycznia 2002 r., II Akz 499/2001, KZS 2002, nr 1, poz. 19, LEX nr 56686.

z usług swoich adwokatów, co zahamowało proces na długie miesiące. Sąd znalazł jednak w końcu wyjście – ustanawiając ich obrońcami z urzędu. Ci z kolei nie stawili się na rozprawę, mimo prawidłowego powiadomienia, a tym samym dopuścili się pogwałcenia obowiązku, który spoczywa na nich z mocy art. 84 k.p.k., a tym samym przyczynili się do wydłużenia procesu, co pociągnęło za sobą zagrożenie procesu przedawnieniem. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich J. Kochanowskiego, obrońcy Janiny Chim nie tylko stosowali celową obstrukcję, lecz także dopuścili się rażącego nadużycia prawa, zmierzając do uniemożliwienia prowadzenia procesu w jednej z głównych afer III RP³⁶.

Moim zdaniem podnoszenie zarzutu przedawnienia czy to w sprawie karnej, czy cywilnej jest bardzo nieetycznym wykonywaniem obrony lub zastępstwa procesowego. Dlatego adwokat, który w sprawie karnej „grałby na przedawnieniu”, nie byłby godzien wykonywania zawodu. Co prawda, przedawnienia są instytucjami polskiego prawa cywilnego i karnego, lecz korzystanie z nich w takiej sytuacji jak wskazana wyżej jest jednak nadużyciem prawa.

Innymi przejawami zaobserwowanego nadużywania prawa procesowego są m.in.:

1. Zgłoszenie wniosku o mediację (art. 23a k.p.k.), oczywiście z góry zakładając, że będzie ona bezskuteczna. W razie uwzględnienia takiego wniosku można liczyć na trzy do sześciu miesięcy pozostania procesu w tym samym miejscu. Z tego powodu nie jest wygodny dla zainteresowanej strony przepis art. 23a § 2 k.p.k., który przewiduje, że postępowanie mediacyjne nie powinno trwać dłużej niż miesiąc – jest to jednak termin instrukcyjny z wiadomym brakiem konsekwencji procesowych.

2. Złożenie wniosku o przeprowadzenie ekspertyzy psychiatrycznej. W razie uwzględnienia powoduje to nie tylko konieczność powołania biegłych, ale i wyznaczenia obrońcy z urzędu, jeżeli oskarżony nie ma obrońcy z wyboru (art. 79 § 1 pkt 3 k.p.k.). Uwzględnienie takiego wniosku gwarantuje zawsze opóźnienie procesu przynajmniej o kilka miesięcy.

3. Zgłoszenie sprzeciwu wobec zamiaru sądu, aby odczytać na rozprawie protokoły przesłuchania świadka i oskarżonych, inne niż wymienione w art. 389, 391 i 393 § 4 k.p.k. (art. 392 § 2 k.p.k.). Jeżeli akta sprawy są bardzo obszerne, można uzyskać kilka dni przewlekłości.

Przytoczone metody spowalniania biegu procesu to tylko przykłady najczęściej stosowanych zabiegów zmierzających do odsunięcia w czasie finału procesu. Ich wyliczenie nie jest wyczerpujące, dokonane zostało jedynie z myślą o przypomnieniu, jakie możliwości daje aktualnie obowiązujący ko-

³⁶ Zob. wywiad z J. Kochanowskim, *Afera wymiaru sprawiedliwości*, [online] <www.kochanowski.pl/wyw_aferywymspraw.html>, dostęp: 22 marca 2006.

deks postępowania karnego, mimo kilku nowel wyraźnie mających także na celu położenie tamy działaniom obstrukcyjnym. Wyżej przytoczone wyliczenia dowodzą, że mimo starań ustawodawcy, aby maksymalnie ograniczyć możliwość negatywnego wpływania na sprawność procesu, nadal pole do obstrukcyjnej inwencji stron procesowych jest otwarte.

Praktyki takie od niepamiętnych czasów należały, należą i będą należeć do klasycznych zachowań stron procesowych dążących do odwleczenia lub rozwleczenia w czasie procesu. Odwlekanie i przewlekanie procesu leży przede wszystkim w interesie stron biernych (defensywnych) procesu. Niezmiernie rzadko zdarza się, że oskarżyciel dąży do przedłużenia procesu. W pierwszym rzędzie liczy się efekt psychologiczny. Sprawa traci ostrość społeczną, słabnie pamięć świadków, prasa przestaje się interesować. Pod wpływem coraz bardziej nękającej świadomości upływu czasu i sąd, i oskarżyciel odczuwają znużenie procesem, rodzi się gotowość do jego kompromisowego zakończenia³⁷. Im dłużej trwa proces, tym mniejsza siła dowodów. W miarę pogrążania się procesu w dłużyznach czasowych świadkowie tracą pamięć, przestają nieraz być pewni, czy fakty rzeczywiście tak się przedstawiały, jak je odtwarzali. Coraz mniejsze są szanse, że znajdą się jeszcze jakieś nowe dowody obciążające³⁸. Gra się również często o przedawnienie. Oczywiście wówczas, gdy opłaca się wysiłek włożony w zachowania obstrukcyjne ze względu na niewielki czas pozostający do upływu przedawnienia, a więc gdy rok lub miesiąc tylko dzieli od niekaralności. W latach PRL stawką była także amnestia. Po 1989 r. na szczęście skończyło się prawie coroczne uchwalanie ustaw amnestyjnych, a tym samym i przedłużanie procesu w nadziei na amnestię.

Powodów zatem do uprawiania obstrukcji nie brakuje i z pewnością nie zostały wyliczone wszystkie, jakie występują w praktyce. Takiego wyliczenia po prostu nie da się wykonać³⁹. Finezja oskarżonych i ich obrońców nie zna granic. Problem nadużycia prawa procesowego niewątpliwie istnieje i należy do ułomności nie tylko polskiego systemu prawnego. Walka z nim jest niezbędna. Jak głosił jurysta Gaius: *Male enim nostro iure uti non debemus* („Nie powinniśmy bowiem źle korzystać z naszego prawa”).

Czy zatem adwokatowi wolno stosować wszelkie chwytły, byleby usprawiedliwiały interes klienta? Dotarliśmy do jasnej granicy poczynań obrońcy. Tą oczywistą dla większości granicą jest bezwzględny zakaz podejmowania zarówno przez adwokata, jak i oskarżonego jakichkolwiek działań naruszających przepisy prawa. Nie wolno im zatem np. przewlekać w nieskończoność

³⁷ S. Waltoś, *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag o nadużyciu prawa procesowego*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego: Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 615.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Ibidem, s. 616.

postępowania karnego poprzez składanie dużej liczby wniosków dowodowych ani też namawiać świadków do składania fałszywych zeznań. Dopuszczalne jest natomiast wykorzystywanie przez obrońcę wszelkich prawnie dozwolonych działań. To zaś, jak powinien on korzystać z różnego rodzaju legalnych (niekaralnych) możliwości, powinna mu wskazywać etyka zawodowa.

Summary

The boundaries of the defenders legality and the legal consequences of their breach

Marking the limits of the defense tactics has been one of the fundamental problems in publications dedicated to the defense practice since many years. Unconditional loyalty towards clients, mincing in the matters of articles and laws, lacunas in the law, give a vast opportunity to cross ethical limits. Efficacy can not be the only criterion for legal actions. However, achieving favourable results in the trial using all kinds of means still poses a great temptation. How should act an advocate who has legal and deontological responsibility to look after the rights of a person whose well-being to the certain extend depends on the lawyer? Judge is guided by the truth and only the truth. Advocate has more paradigms of his actions and these are his client's rights. The principal right that guides advocates during the legal actions is the right to a fair trial. Can then the lawyer use any tricks if they are excused by the client's interest? Can the defendant himself do anything just to be found not guilty? The limits are being marked by the absolute prohibition of breaking the law. For instance, the lawyer can not protract endlessly criminal actions by submitting countless evidential motions, that are intended to delay the trial. Neither can the advocate induce the witness to give false deposition. Instead it is acceptable to use each and every legal action. The way to exercise all the legal rights should be indicated by the advocate's legal ethics.

Kamil Frąckowiak

Katedra Postępowania Karnego Materialnego
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Karnoprawne aspekty ochrony tajemnicy adwokackiej

1. Tajemnica adwokacka jako przedmiot ochrony karnomaterialnej

Powszechnie przyjmuje się, że zawód adwokata jest zawodem zaufania publicznego. Zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r.¹ „w drodze ustawy można tworzyć samorzady zawodowe, reprezentujące osoby wykonujące zawody zaufania publicznego i sprawujące pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Z brzmienia artykułu wynika zatem, że zawodem zaufania publicznego z pewnością jest taki zawód, który w drodze ustawy został zorganizowany za zasadach samorządu zawodowego. Nadto zawodem zaufania publicznego jest tylko taki zawód, któremu ustawodawca powierzył sprawowanie pieczy nad należyтым jego wykonywaniem w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Tak więc to właśnie ustawodawca, biorąc pod uwagę unormowania zawarte w Konstytucji RP, tworzy określony zawód zaufania publicznego. Doniosłość czynności zawodowych dokonywanych przez adwokatów spowodowała, że właśnie ustawodawca nadał m.in. adwokatom owe cechy zawodu zaufania publicznego.

W wyroku z dnia 18 lutego 2004 r. Trybunał Konstytucyjny zaakcentował, że piecza samorządów prawniczych zawodów zaufania publicznego sprawowana być winna w „granicach interesu publicznego i dla jego ochrony”. Ponadto wskazał, iż „w literaturze i w orzecznictwie podkreśla się, że usługi prawnicze są usługami wyższego rzędu. Dlatego ta sfera aktywności wydzielana jest spod ogólnych zasad prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce, a reprezentujące te zawody korporacje należą do grupy samorządów

¹ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

zawodowych zrzeszających osoby wykonujące zawód zaufania publicznego, regulowanych art. 17 ust. 1 Konstytucji².

Oznacza to, że adwokat otrzymał od państwa polskiego wiele uprawnień, ale jednocześnie spoczywa na nim wiele obowiązków. Zgodnie z art. 1 ustawy Prawo o adwokaturze z dnia 26 maja 1982 r.³ polska adwokatura powołana została do udzielania pomocy prawnej, współdziałania w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa, zaś adwokat w wykonywaniu swoich obowiązków zawodowych podlega jedynie ustawom.

Szczególne znaczenie ma obowiązek zachowania tajemnicy przez osoby wykonujące zawód związany z zaufaniem publicznym, gdyż tego rodzaju działalność wiąże się z uzyskiwaniem informacji ważnych dla poszczególnych osób oraz dla interesu społecznego. Wskazany obowiązek określony został w art. 6 ustawy Prawo o adwokaturze, który stanowi, iż:

„1. Adwokat obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej.

2. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie.

3. Adwokata nie można zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę.

4. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu⁴ – w zakresie określonym tymi przepisami”.

Odnosnie do obowiązku udostępniania informacji i współpracy z władzami odpowiedzialnymi za zwalczanie tzw. prania pieniędzy wskazać należy, iż podstawę do nałożenia na adwokatów przedmiotowego obowiązku przez ww. ustawę polską stanowi dyrektywa unijna w sprawie przeciwdziałania korupcji z systemu finansowego w celu prania pieniędzy⁵. Jej przepisy zostały zmienione w 2001 r.⁶ i od tego czasu przedstawiciele wolnych zawodów zostali objęci przepisami wymienionej dyrektywy. Zgodnie zaś z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z 26 czerwca 2007 r. w sprawie C-305/05, nałożenie obowiązku informowania i współpracy z władzami odpowiedzialnymi za zwalczanie prania pieniędzy na adwokatów biorących udział w określonych transakcjach finansowych nie mających związku z postępowania-

² Wyrok TK z dnia 18 lutego 2004 r., sygn. akt P. 21/2002, LexPolonica nr 365703.

³ Dz.U. z 2002 r., nr 123 poz. 1058.

⁴ Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1505 oraz Dz.U. z 2004 r., nr 62, poz. 577.

⁵ 91/308/EWG z 10 czerwca 1991 r.

⁶ 2001/97/WE.

niem sądowym nie narusza prawa do rzetelnego procesu sądowego. Obowiązek taki uzasadniony jest potrzebą skutecznego zwalczania procederu prania pieniędzy.

Przepisy dotyczące tajemnicy adwokackiej powtórzone zostały w „Zbiorze zasad etyki adwokackiej i godności zawodu” z dnia 10 października 1998 r.⁷, gdzie w § 19 stwierdza się, że adwokat zobowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (ust. 1), tajemnicą adwokacką objęte są materiały znajdujące się w aktach adwokackich (ust. 2) oraz wszystkie dotyczące sprawy wiadomości, notatki i dokumenty uzyskane od klienta oraz innych osób (ust. 3). Przedmiotowe przepisy stanowią więc jedną z gwarancji prawidłowego wykonywania zawodu zaufania publicznego.

Z wyżej wymienionych powodów ustawodawca polski objął karnoprawną ochroną tajemnicę poznaną w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową. Ujawnienie tajemnicy zawodowej stanowi występki stypizowany w art. 266 § 1 kodeksu karnego z 1997 r., zagrożony karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Wskazać w tym miejscu należy, iż w każdym przypadku skazania za przestępstwo z art. 266 k.k. wymaga rozważenia ewentualne zastosowanie środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu na podstawie art. 41 § 1 k.k. z uwagi na to, iż przestępstwo to ze swojej istoty polega na nadużyciu zaufania związanego z wykonywaniem danego zawodu lub zajmowanym stanowiskiem, co z kolei stanowi podstawową przesłankę stosowania wspomnianego środka karnego⁸.

Przedmiotem karnomaterialnej ochrony jest tajemnica zawodowa zarówno w sensie ścisłym, tj. związana z zawodem, z którym łączy się określony stopień zaufania, jak i w sensie szerszym, obejmującym zastrzeżone jako tajemnica informacje, z którymi ktoś zapoznał się w związku z pełnioną działalnością o charakterze publicznym, społecznym, gospodarczym lub naukowym. Zachowanie sprawcy polega na ujawnieniu lub wykorzystaniu informacji wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu zobowiązaniu. Jest to więc ze względu na podmiot przestępstwo indywidualne, którego może się dopuścić jedynie osoba zobowiązana do zachowania w tajemnicy określonych informacji⁹. Dlatego też podmiotem czynu z art. 266 k.k. może być również adwokat.

⁷ Uchwała NRA nr 2/XVIII/98 – ze zmianami wprowadzonymi uchwałą NRA nr 32/2005 z 19 listopada 2005 r.

⁸ Komentarz do art. 266 k.k., [w:] A. Zoll (red.), G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ówiąkowski i in., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, t. 2, Zakamycze 1999.

⁹ A. Marek, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 479.

Jak wskazano powyżej, tajemnica zawodowa adwokata uregulowana została w art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze. Jako że przywoływana ustawa nie uznaje ujawnienia tajemnicy zawodowej przez adwokata ani za odrębne przestępstwo, ani za wykroczenie, w grę wchodzi więc kodeks karny. Wskazać ponadto należy, iż ujawnienie tajemnicy zawodowej może pociągnąć za sobą również odpowiedzialność dyscyplinarną.

2. Tajemnica adwokacka w procesie karnym

Przechodząc na grunt przepisów karnoprosesowych należy podnieść, iż sprawa stosunku przepisów procesowych dotyczących przesłuchania świadka do obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej była zarówno w doktrynie, jak i judykaturze od dawna przedmiotem żywego zainteresowania. W art. 178 pkt 1 k.p.k. bezwzględny zakaz przesłuchania jako świadka objęty jest obrońca lub adwokat działający na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Jednakże sformułowany wyżej zakaz określony w tym przepisie nie stoi na przeszkodzie przede wszystkim:

- dowodzeniu okoliczności objętych zakazem za pomocą innych środków dowodowych (np. przez przesłuchanie świadka „ze słuchu”);
- przesłuchaniu obrońcy (adwokata) w charakterze oskarżonego, gdyby zarzucono mu czyn związany z faktami objętymi zakazem;
- przesłuchaniu wskazanych w nim osób jako świadków co do innych faktów.

Należy więc przyjąć, że obrońcy (adwokaci) mają obowiązek stawienia się na wezwanie, ponieważ nie można wykluczyć, iż mają zeznawać na okoliczności niezwiązane z zakazem dowodowym¹⁰.

Przedmiotowy zakaz obejmuje tajemnicę obrońcy, a więc nie każdą tajemnicę adwokacką. Dotyczy jedynie okoliczności, o których obrońca dowiedział się, udzielając porady prawnej, chociażby ostatecznie nie podjął się obrony, oraz informacji uzyskanych przy prowadzeniu sprawy, niezależnie od źródła ich pochodzenia (od oskarżonego, osób mu najbliższych czy innych osób lub źródeł). Bezwzględny zakaz dowodowy, przewidziany w art. 178 pkt 1 k.p.k., objęto przy tym wszystkie te okoliczności, o których adwokat-obrońca dowiedział się przy okazji udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy, a nie tylko te, których źródłem był oskarżony. Zakaz ten nie oznacza jednakże braku możliwości wykorzystania uzyskanych tą drogą informacji w czasie i w sposób uznany przez adwokata za niezbędny dla uzy-

¹⁰ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1999, s. 673.

skania korzystnego rozstrzygnięcia procesu toczącego się z udziałem i przeciwko jego klientowi. Uzupełnieniem zakazu przesłuchania jest zakaz zajmowania pism i innych dokumentów związanych z wykonywaniem obrony sformułowany w art. 225 § 3 k.p.k.¹¹

W świetle powyższych przepisów należy z całą mocą stwierdzić, iż gdyby doszło do przesłuchania obrońcy-adwokata na okoliczności objęte zakazem, dowód taki nie mógłby być uwzględniony przy kształtowaniu faktycznej podstawy rozstrzygnięcia¹².

Do innych przypadków tajemnicy adwokackiej odnosi się art. 180 § 2 k.p.k., który stanowi, iż osoby obowiązane do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, lekarskiej lub dziennikarskiej mogą być przesłuchiwane co do faktów objętych tą tajemnicą tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Wskazać przy tym należy, iż art. 180 k.p.k. ma charakter w pełni autonomiczny w stosunku do ustaw dotyczących samorządu adwokackiego.

Przypomnieć należy, iż postanowienie wydane na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. zwalnia od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej notarialnej, radcy prawnego, adwokackiej, dziennikarskiej oraz lekarskiej tylko na potrzeby tego postępowania karnego, w którym ono zapadło. Nie jest więc możliwe powołanie się na takie zwolnienie w innej sprawie, choćby nawet dotyczyła ona zbliżonej materii.

Jako że proces karny jest zjawiskiem dynamicznym, wydaje się, że decyzja o dopuszczeniu dowodu z zeznań adwokata nie powinna zapadać na samym wstępie postępowania toczącego się w danej sprawie. Organ prowadzący śledztwo powinien dać sobie po prostu sposobność na odnalezienie innych dowodów. Ponadto samo uzyskanie zwolnienia świadka z tajemnicy zawodowej nie obliguje organu wnioskującego do przeprowadzenia tego dowodu, zwłaszcza jeżeli pomiędzy sformułowaniem wniosku o takie zwolnienie, a rozstrzygnięciem tego zagadnienia przez sąd uległy zmianie okoliczności faktyczne towarzyszące przedmiotowej sprawie, otwierając przed prowadzącym śledztwo inne możliwości dowodowe lub czyniąc taki dowód nieprzydatnym.

Sąd, wydając postanowienie o zezwoleniu na przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy zawodowej na etapie postępowania przygotowawczego lub o zwolnieniu świadka z tego obowiązku na etapie postępowania sądowego, nie precyzuje zakresu, w jakim ma dojść do ujawnienia okoliczności stanowiących tajemnicę danego rodzaju.

¹¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 467.

¹² R.A. Stefański, [w:] L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski i in., *Komentarz. Kodeks postępowania karnego*, t. 1, Warszawa 1999, s. 479.

Warto na koniec zastanowić się nad ewentualną koniecznością sformułowania w postanowieniu sądu wydanym w trybie art. 180 § 2 k.p.k. swoistego rodzaju barier uniemożliwiających dowolne kształtowanie treści czynności podejmowanej z udziałem świadka-adwokata. Mogłyby one przybrać postać zakresu czy też listy dozwolonych pytań lub wykazu spraw, o które mógłby zapytać adwokata przesłuchujący. W pewnym sensie zmusiłoby to organ wnioskujący do większej rozwagi oraz precyzji w formułowaniu swego żądania.

Summary

Criminal aspects of lawyer's secret protection

The aim of this article is to present chosen aspects of lawyer's secret as a profession of public trust. The author focused particularly on lawyer secrecy as a subject of criminal law protection and a connection of criminal proceeding regulations between hearing of witnesses and lawyer's duty to keep lawyer secret.

The author in the article also analyses the actual Polish legal provisions related to lawyer's duty to keep information furnished to him by clients in secret and its substantial impact on hearing of evidence in criminal proceedings.

Justyna Karaźniewicz

Zakład Procesu Karnego

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Mediacja jako przejaw konsensualizmu w postępowaniu karnym

Przestępstwo stanowiące podstawę wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego narusza dobra na wielu płaszczyznach. Nie ulega wątpliwości, iż niezależnie od typu czynu zabronionego, godzi on w obowiązujący w państwie system prawny, będący podstawą prawidłowego funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego. Przestępstwo narusza również konkretne dobra prawne, wartości, które z woli społeczeństwa objęte zostały ochroną prawnokarną. Zdecydowana większość czynów zabronionych godzi nie tylko w dobra, które określić można jako ogólnospołeczne (np. prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych, bezpieczeństwo powszechne, bezpieczeństwo państwa i jego organów), ale również w takie, które przynależne są konkretnym jednostkom. Jako klasyczne przykłady takich czynów można wskazać przestępstwa przeciwko mieniu, życiu i zdrowiu czy przeciwko wolności. W takich sytuacjach najistotniejszy jest fakt wyrządzenia szkody lub krzywdy konkretnej jednostce, zaś ogólnospołeczny i ogólnoprawny wymiar czynu schodzi na dalszy plan.

Wskazane wyżej wielopłaszczyznowe oddziaływanie przestępstwa powoduje potrzebę dostosowania reakcji prawnej do powstałego skutku. Oznacza to konieczność właściwego określenia zarówno celów kary kryminalnej, jak też całego postępowania karnego, które prowadzi do jej wymierzenia. Określając istotę kary kryminalnej, podkreśla się, iż stanowi ona konsekwencję popełnienia przestępstwa, która zawiera w sobie określoną dolegliwość i wyraża dezaprobatę wobec czynu i jego sprawcy¹. Akcentuje się więc funkcję sprawiedliwościową kary stanowiącej odpłatę za popełniony czyn. Współczesne systemy procesowe coraz silniej akcentują jednak konieczność wzmocnienia pozostałych funkcji kary (pozytywnej prewencji generalnej oraz indywidualnej) oraz rozszerzenia pojęcia sprawiedliwości.

¹ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 2008, s. 107.

Obok klasycznego wymiaru sprawiedliwości retributywnej, w połowie lat siedemdziesiątych XX w. pojawiła się idea sprawiedliwości naprawczej (*restorative justice*). Podstawą tej koncepcji jest stwierdzenie, iż przestępstwo to czyn, który godzi nie tylko w ustalone normy prawa karnego, ale także prowadzi do nieusprawiedliwionej krzywdy innych osób². Istnieje więc konieczność uwzględnienia w procesie wymiaru sprawiedliwości tej szkody i krzywdy wyrządzonej przestępstwem, czyli skoncentrowania procesu w równym stopniu na sprawiedliwym zaspokojeniu interesów pokrzywdzonego. Dzięki tej idei postępowanie karne znacznie szerzej otworzyło się na pokrzywdzonego i jego oczekiwania.

Potrzeba brania pod uwagę ofiary przestępstwa znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k., który do celów postępowania karnego zalicza również uwzględnienie prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Obecnie obowiązujące prawo karne procesowe przewiduje wiele instytucji i środków, które stanowić mają gwarancję realizacji powyższego zadania. Podstawowym uprawnieniem pokrzywdzonego jest prawo bycia stroną (*ex lege* w postępowaniu przygotowawczym, a w postępowaniu jurysdykcyjnym w charakterze oskarżyciela posiłkowego lub prywatnego) i wynikające z takiego statusu możliwości aktywnego oddziaływania na przebieg procesu. Poza tym pokrzywdzony został wyposażony również w inne uprawnienia, które bezpośrednio wynikają z faktu pokrzywdzenia. Jednym z nich jest prawo do inicjowania i udziału w mediacji, swoistym porozumieniu ze sprawcą przestępstwa, które daje pokrzywdzonemu największą możliwość realnego wpływania na wynik postępowania³. Zgodnie z treścią art. 23a § 1 k.p.k. sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator może z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i oskarżonego skierować sprawę do instytucji lub osoby godnej zaufania w celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego między pokrzywdzonym i oskarżonym.

Mediacja jest instytucją opartą na pośrednictwie bezstronnego mediatora, którego zadaniem jest skłanianie stron konfliktu wynikłego z przestępstwa (a więc sprawcy oraz pokrzywdzonego) do dobrowolnego rozwiązania tego konfliktu i uregulowania jego następstw w drodze porozumienia⁴. Wzmocnienie roli ofiary przestępstwa polega w tym wypadku na przyznaniu jej prawa do inicjowania i udziału w porozumieniu ze sprawcą, w wyniku którego może uzyskać nie tylko satysfakcję moralną (przeproszenie, wyjaśnienie motywów działania), ale również zadośćuczynienie materialne. Kon-

² D. Wójcik, *Mediacja. Nieletni przestępcy i ich ofiary*, Warszawa 1999, s. 22–24; M. Płatek, *Teoria sprawiedliwości naprawczej*, [w:] M. Płatek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005, s. 77–81.

³ J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza*, Warszawa 2004, s. 15; A. Murzynowski, *Rola mediacji w osiąganiu sprawiedliwości naprawczej*, [w:] M. Płatek, M. Fajst (red.), op. cit., s. 59–62.

⁴ Tak również S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2008, s. 492.

sensualizm mediacyjny niesie ze sobą korzyści nie tylko dla pokrzywdzonego, ale również dla samego sprawcy, który ma możliwość pojednania się z ofiarą swego czynu i zachowania wyrażającego skruchę, stanowiącego okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary. Na porozumieniu między sprawcą i ofiarą korzysta także cały wymiar sprawiedliwości dzięki skróceniu i uproszczeniu postępowania.

Zalety mediacji zdają się być nieocenione. Z danych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że liczba postępowań w sądach powszechnych zakończonych w wyniku postępowania mediacyjnego stale i wyraźnie wzrasta. Na potwierdzenie tej tezy wskazać można, iż o ile w roku 1998 spraw takich było zaledwie 10, to w 2002 r. liczba takich postępowań przekroczyła już granicę tysiąca (dokładnie było ich 1021). Od tego czasu spraw kierowanych do mediacji jest coraz więcej i w każdym roku, począwszy od 2002 r., obserwuje się zwiększenie ich liczby w porównaniu z rokiem poprzednim o około tysiąc. Największy skok zaobserwować było można w 2004 r., w którym odnotowano ich 3569, co oznacza wzrost w stosunku do roku 2003 o ponad 1700 spraw⁵.

Z przytoczonych danych statystycznych wyraźnie wynika, że mediacja jest coraz częściej stosowana. Z drugiej jednak strony – odnosząc wskazane liczby do ilości spraw prowadzonych ogółem przez polskie sądy – jest to znikomy odsetek⁶. Można postawić zatem pytanie, czy mediacja, tak zachwalana przez teoretyków prawa, jest w wystarczającym stopniu wykorzystywana w postępowaniu karnym, a jeśli nie – czy stan taki wynika z normatywnych ograniczeń stosowania tej instytucji, czy też z faktycznego jej ograniczania przez praktykę. Udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie nie jest celem niniejszego opracowania, które w założeniu ma jedynie być punktem wyjścia do rozważań nad instytucją mediacji i szeroko rozumianego konsensualizmu w polskim procesie karnym.

Analizę normatywną postępowania mediacyjnego skoncentrować należy na kilku zasadniczych elementach. Należą do nich: zakres przedmiotowy mediacji, uczestnicy postępowania mediacyjnego i ich rola oraz sposoby zakończenia postępowania mediacyjnego i ich wpływ na ostateczne rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej.

Pierwszym ważnym zagadnieniem jest kwestia, które sprawy mogą być skierowane do mediacji. Na wstępie należy wyraźnie podkreślić, iż przepisy (ani kodeksowe, ani zawarte w rozporządzeniu wykonawczym dotyczącym mediacji⁷) nie wprowadzają żadnych ograniczeń co do typu spraw, które

⁵ Dane opracowane przez Wydział Statystyki Departamentu Organizacyjnego Ministerstwa Sprawiedliwości, [online] <www.ms.gov.pl/statystyki>, dostęp: grudzień 2009.

⁶ Z danych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, iż liczba osób osądzonych w 1998 r. przekraczała 280 tys.; w 2002 r. powyżej 400 tys., a w 2004 wynosiła około 550 tys. osób.

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz.U. nr 108, poz. 1020).

mogą być skierowane do postępowania mediacyjnego. Konsekwencją takiego rozwiązania jest przyznanie organowi procesowemu (sądowi, prokuratorowi lub nieprokuratorskiemu organowi prowadzącemu dochodzenie) nieograniczonej możliwości przekazywania do mediacji wszystkich prowadzonych spraw. Przepisy nie tylko nie wprowadzają ograniczenia przedmiotowego w oparciu o typy czynów zabronionych, ale również nie formułują żadnych przesłanek odnoszących się czy to do warunków przedmiotowych czynu, czy do osoby sprawcy, które można by uznać za kryteria kwalifikowania spraw do postępowania mediacyjnego.

Odnosząc się do zakresu przedmiotowego spraw kierowanych do mediacji, warto zwrócić uwagę na zmianę ustawowej regulacji tej instytucji dokonaną w 2003 r. Początkowo mediacja dopuszczalna była tylko w postępowaniu przygotowawczym, a prokurator miał prawo skierowania sprawy do takiego postępowania jedynie wówczas, kiedy miało to znaczenie dla wystąpienia do sądu z odpowiednim wnioskiem. Tzw. nowela styczniowa⁸ zniósła powyższe ograniczenie, rozciągając możliwość stosowania mediacji na wszystkie stadia postępowania, niezależnie od charakteru przestępstwa i innych czynników wpływających na dopuszczalność wystąpienia przez prokuratora z odpowiednim wnioskiem do sądu. W obecnie obowiązującym stanie prawnym mediacje można stosować nie tylko wtedy, gdy istnieje możliwość warunkowego umorzenia postępowania, skazania bez rozprawy czy dobrowolnego poddania się karze, ewentualnie zawarcia ugody w postępowaniu prywatnoskargowym⁹.

W doktrynie formułowane są jednak warunki, które zdaniem komentatorów powinny być brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o skierowaniu lub odstąpieniu od przekazania sprawy do postępowania mediacyjnego. Wywodzą się one z istoty i celu tej instytucji. Wskazuje się, iż intencją ustawodawcy było doprowadzenie do przekazywania do mediacji tych wszystkich spraw, w których ewentualne porozumienie między oskarżonym a pokrzywdzonym może mieć znaczenie dla sposobu rozstrzygnięcia sprawy¹⁰. Należy więc przyjąć, iż do mediacji powinny trafiać sprawy, w których istnieje realna szansa na pojednanie między sprawcą a ofiarą przestępstwa, zaś zawarte porozumienie miałyby wpływ na treść orzeczenia kończącego sprawę lub choćby na przyspieszenie jej wydania¹¹.

⁸ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. zmieniająca przepisy k.p.k. od 1 lipca 2003 r. (Dz.U. nr 17, poz. 155).

⁹ Zob. także: S. Waltoś, *Główne nurty nowelizacji procedury karnej*, „Panstwo i Prawo” 2003, nr 4, s. 5.

¹⁰ K. Lewczuk, *Rola sądu w konsensualnym zakończeniu procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 141.

¹¹ Tak również D. Kuzelewski, *Wpływ prawa karnego materialnego na mediację między pokrzywdzonym i oskarżonym – wybrane aspekty*, [w:] Z. Cwiakalski, G. Artymiak (red.), *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, Warszawa 2009, s. 342.

Praktyka wykazała, że najlepsze efekty mediacyjne występują w sprawach: bójki, pobicia, uszkodzenia ciała, groźby karalnej, zmuszania do określonego zachowania się, przestępstw przeciwko mieniu, zniesławienia, zniewagi, naruszenia nietykalności cielesnej i znęcania¹². Ponadto wskazuje się, iż do mediacji powinny być kierowane sprawy, których okoliczności popełnienia czynu nie budzą wątpliwości¹³. W zakresie przesłanek przedmiotowych w doktrynie wyłącza się celowość prowadzenia mediacji w sprawach o przestępstwa popełnione w związku z działaniem przestępczości zorganizowanej¹⁴.

Istotne znaczenie ma charakter konfliktu między stronami, który legł u podstaw popełnienia czynu. Doświadczenie pokazuje bowiem, że w przypadku przestępstw będących skutkiem wieloletnich konfliktów istnieje niewielka szansa, aby postępowanie mediacyjne odniosło trwałą, pozytywny skutek. Efektywna mediacja ma miejsce najczęściej wówczas, gdy przestępstwo miało charakter jednostkowy, przypadkowy, a jego podłożem były codzienne międzyludzkie nieporozumienia, zwłaszcza w małych, zamkniętych społecznościach.

Kluczowe znaczenie dla powodzenia mediacji mają również właściwości osobiste i zachowanie obu jej stron. Postawa oskarżonego, który nie zaprzecza zdarzeniu i swojej w nim roli oraz okazuje skruchę, jest pozytywną podmiotową przesłanką skutecznej mediacji¹⁵. Podstawą wyłączenia postępowania mediacyjnego powinien być natomiast wysoki stopień demoralizacji sprawcy, znaczne nasilenie agresji i niski poziom empatii. Z drugiej strony analizie należałoby poddać również zachowanie pokrzywdzonego. Nadmierna postawa roszczeniowa, brak skłonności do kompromisu oraz wrogie nastawienie do sprawcy mogą stanowić przesłanki negatywne do podjęcia decyzji o skierowaniu sprawy do mediacji¹⁶.

Ze wskazanych postulatów wynika, że niezależnie od ustawowego zagrożenia przewidzianego za dany czyn, organ prowadzący postępowanie powinien w każdym wypadku dokonać analizy przestępstwa, okoliczności jego popełnienia oraz motywów działania sprawcy, a także postawy obu stron

¹² A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym*, Warszawa 2004, s. 11–12; M. Fajst, M. Niełacznna, *System mediacji w Polsce – słabość regulacji czy organizacji?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, nr 2, s. 217.

¹³ Pogląd ten koresponduje z wyraźnym zapisem § 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich (Dz.U. nr 56, poz. 591 z późn. zm.). Wskazuje on, iż do postępowania mediacyjnego kieruje się w szczególności sprawy, których istotne okoliczności nie budzą wątpliwości.

¹⁴ A. Rękas, *Mediacja w praktyce wymiaru sprawiedliwości – szanse i zagrożenia*, [w:] *Mediacja w polskiej rzeczywistości. Materiały z konferencji naukowej, zorganizowanej w dniu 11.09.2002 r. w Łodzi*, Łódź 2003, s. 39–40.

¹⁵ E. Bienkowska, B. Czarnecka-Dzieluk, D. Wójcik, *Postępowanie mediacyjne w świetle kodeksu karnego i kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998, s. 244–245; A. Gorczyńska, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 6, s. 118.

¹⁶ A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym...*, s. 11–12.

konfliktu w odniesieniu do możliwości pojednania się oskarżonego i pokrzywdzonego i zakończenia postępowania z uwzględnieniem wyników porozumienia. Warto przy tym podkreślić, iż mediacja ma służyć przede wszystkim interesom pokrzywdzonego, w związku z czym głównym czy wręcz jedynym kryterium nie mogą być korzyści wynikające z porozumienia dla oskarżonego¹⁷.

Drugim zagadnieniem, które przesądzać może o powszechności i skuteczności mediacji, jest kwestia podmiotów uczestniczących w takim postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 23a § 1 k.p.k. z inicjatywą skierowania sprawy do mediacji mogą wystąpić dwie grupy podmiotów. Po pierwsze, jest nim organ prowadzący postępowanie, a więc sąd, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator lub – na podstawie art. 325i § 2 k.p.k. – nieprokuratorski organ prowadzący dochodzenie. Po drugie, z wnioskiem o przeprowadzenie mediacji może wystąpić pokrzywdzony lub oskarżony. Niezależnie od tego, od kogo pochodzi inicjatywa, do wdrożenia postępowania mediacyjnego muszą być spełnione dwa warunki. Przede wszystkim wymagana jest zgoda obu stron konfliktu, a więc zarówno pokrzywdzonego, jak i oskarżonego. Druga przesłanka odnosi się do podmiotu podejmującego ostateczną decyzję w sprawie skierowania sprawy do mediacji. Uprawnienie to zostało przyznane organowi procesowemu, prowadzącemu postępowanie na danym jego etapie.

Warunkiem realizowania przez pokrzywdzonego i oskarżonego przyznanego im prawa do inicjowania postępowania mediacyjnego jest wiedza o przysługujących im uprawnieniach. Warto w tym miejscu wskazać, iż przepisy nie nakładają na organy procesowe bezwzględnego obowiązku udzielenia stronom informacji o prawie do wystąpienia z wnioskiem o skierowanie sprawy do mediacji. Obowiązek taki należy jednak konstruować na podstawie art. 16 § 2 k.p.k., który zobowiązuje organy do udzielania uczestnikom postępowania informacji o przysługujących im uprawnieniach także w wypadkach, gdy ustawa wyraźnie takiego obowiązku nie stanowi, ale w ocenie organu jest to nieodzowne. Praktyka wychodzi naprzeciw takiemu postulatowi, o czym świadczą pouczenia o takim prawie zawarte zarówno w „Pouczeniu pokrzywdzonego o podstawowych uprawnieniach i obowiązkach”, jak i w „Pouczeniu podejrzanego uprawnieniach i obowiązkach”, wręczanych stronom na piśmie przed pierwszym przesłuchaniem.

Warunkiem skierowania sprawy do mediacji jest identyfikacja pokrzywdzonego z danym czynem zabronionym. Nie ma więc możliwości przeprowadzenia mediacji przy przestępstwach godzących w dobra abstrakcyjne, takie jak ludzkość, pokój, bezpieczeństwo czy integralność państwa lub dobro wymiaru sprawiedliwości¹⁸.

¹⁷ Tak również M. Płatek, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym. Argumenty zgłoszone na rzecz i przeciw mediacji na tle doświadczeń międzynarodowych*, [w:] *Mediacja w polskiej rzeczywistości...*, s. 54–55.

¹⁸ E. Bienkowska, *Mediacja w polskim prawie karnym. Charakterystyka regulacji prawnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1998, nr 18, s. 27.

Z definicji pokrzywdzonego, zawartej w art. 49 k.p.k., wynikać mogą pewne wątpliwości co do możliwości, a tym bardziej zasadności i celowości przeprowadzenia mediacji w sytuacji, w której pokrzywdzonym nie jest osoba fizyczna, ale osoba prawna lub instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna. Przepisy nie ograniczają możliwości przeprowadzenia mediacji w takich sytuacjach¹⁹, powstaje jednak pytanie o wymiar takiej mediacji i jej istotę. Nie ulega wątpliwości, że porozumienie pomiędzy oskarżonym a reprezentantem osoby prawnej bądź instytucji będzie mogło odnosić się do kwestii naprawienia szkody lub innego zadośćuczynienia. Trudno chyba jednak oczekiwać prawdziwego pojednania w wymiarze psychologicznym. Jednocześnie słusznie wskazuje się, iż aby mediacja odniosła pozytywny skutek, sprawca powinien być przekonany, że „reprezentant instytucji jest rzeczywiście przejęty faktem popełnienia przestępstwa i zachowuje się tak, jakby jego samego dotknęły skutki czynu”²⁰.

Inny problem pojawić się może w związku z zastępstwem procesowym pokrzywdzonego. Treść art. 23a k.p.k. przesądza, iż stroną postępowania mediacyjnego jest pokrzywdzony. Powstać może jednak pytanie, czy takie same prawa w zakresie mediacji mają osoby uprawnione do wykonywania praw pokrzywdzonego. Sytuacje takie występują w wypadku śmierci pokrzywdzonego (lub oskarżyciela posiłkowego lub prywatnego), braku pełnej zdolności do czynności procesowych pokrzywdzonych małoletnich lub ubezwłasnowolnionych, a także pokrzywdzonych, którzy ze względu na wiek, stan zdrowia lub inne czynniki są osobami nieporadnymi.

Dopuszczalność mediacji została wyraźnie stwierdzona tylko w jednym z powyższych przypadków. Sąd Najwyższy uznał, iż osoby najbliższe wykonujące prawa zmarłego pokrzywdzonego (lub oskarżyciela posiłkowego czy prywatnego) mogą pojednać się ze sprawcą²¹. W sytuacji, w której brak jest osób najbliższych dla zmarłego pokrzywdzonego (lub osoby takie nie zostały ujawnione), prokurator działający z urzędu, wykonując prawa, które przysługiwałyby zmarłemu pokrzywdzonemu, nie ma jednak możliwości wystąpienia w postępowaniu mediacyjnym w charakterze strony. Prokurator występuje w takiej sytuacji jako rzecznik interesu społecznego, a nie strona, która doznała pokrzywdzenia. W pozostałych przypadkach brak jest jednoznacznej odpowiedzi na postawione wyżej pytanie. Wydaje się jednak, iż przedstawiciel ustawy czy osoba, pod której pieczęą pozostaje pokrzywdzony, nie powinna odbierać pokrzywdzonemu prawa do decydowania o skierowaniu spra-

¹⁹ Brak takiego ograniczenia akceptowany jest również przez przedstawicieli doktryny i praktykę. Zob. m.in.: A. Gaberle, *Alternatywne środki stosowane wobec nieletnich*, „Mediator” 2002, nr 1, s. 9; E. Bienkowska, *Poradnik mediatora*, Warszawa 1999, s. 53–54; D. Kuźelewski, op. cit., s. 346.

²⁰ B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 130.

²¹ Uchwała SN z 30 września 2003 r., I KZP 19/03, OSNKW 2003, z. 9–10, poz. 78.

wy do mediacji i wynikach jej przeprowadzenia. Należy jednak opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym konieczne jest uzyskanie zgody takiej osoby na skierowanie sprawy do mediacji i jej udział w posterowaniu mediacyjnym nie zamiast, ale obok pokrzywdzonego, jak również akceptacja warunków końcowego porozumienia mediacyjnego²².

Niezależnie od tego, od kogo pochodzi inicjatywa przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, ostateczną decyzję podejmuje organ procesowy. Rozstrzygnięcie w przedmiocie wdrożenia mediacji zapada w formie postanowienia, które jednak nie podlega zaskarżeniu. Wydaje się, iż nie jest to rozwiązanie w pełni uzasadnione²³. Argumentem, który przemawia za utrzymaniem niezaskarżalności postanowienia w przedmiocie mediacji, jest obowiązujące obecnie rozwiązanie, zgodnie z którym sprawa może być skierowana do postępowania mediacyjnego na każdym etapie procesu. Wprowadzenie wyraźnego zapisu umożliwiającego zaskarżanie decyzji odmawiających skierowania sprawy do mediacji byłoby jednak wzmocnieniem uprawnień stron procesowych i pokreśleniem istoty analizowanej instytucji.

Ostatnią kwestią, na jaką należy zwrócić uwagę, a która przesądzać może o skuteczności mediacji, jest wpływ jej wyniku na ostateczne rozstrzygnięcie w kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego. Celem mediacji jest doprowadzenie do porozumienia pomiędzy oskarżonym i pokrzywdzonym, w szczególności do pojednania między stronami konfliktu i sprecyzowania satysfakcjonującej obie strony formy reakcji na przestępstwo. Mediacja nie jest jednak prowadzona przed organem procesowym i działania uczestników takiego postępowania nie są czynnościami procesowymi. Ugoda zawarta przed mediatorem nie jest traktowana jako ugoda sądowa, w związku z czym nie stanowi ona tytułu egzekucyjnego i nie można nadać jej klauzuli wykonalności²⁴. Mediacja spełnia wobec procesu karnego rolę pomocniczą, a jej wynik nie jest formalnie wiążący dla organu procesowego.

Nie oznacza to jednak, że rezultat porozumienia sprawcy i pokrzywdzonego nie ma wpływu na dalszy tok postępowania i jego zakończenie. Wśród dyrektyw sądowego wymiaru kary, obok nakazu uwzględnienia m.in. motywacji, sposobu zachowania się sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych czy też rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw czynu, ustawodawca zamieścił również obowiązek uwzględnienia pozytywnych wyników mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą. Sąd, wymierzając karę, zobowiązany jest więc brać pod uwagę wyniki mediacji, natomiast wybór sposobu i zakre-

²² Tak również D. Kuźelewski, op. cit., s. 348.

²³ Tak również K. Dudka, *Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych*, Lublin 2006, s. 143; R. Koper, *Postępowanie mediacyjne a skazanie oskarżonego bez rozprawy*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 11–12, s. 62.

²⁴ T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2009, s. 56.

su oddziaływania takiego porozumienia na ostateczne rozstrzygnięcie należy do organu procesowego.

Przepisy zarówno kodeksu karnego, jak i kodeksu postępowania karnego przewidują pewne szczególne możliwości uwzględnienia pozytywnych wyników mediacji, oprócz zaliczenia takiego porozumienia do okoliczności łagodzących.

Zgodnie z treścią art. 60 § 2 pkt 1 i 2 k.k. pojednanie się z pokrzywdzonym, a nawet starania o naprawienie szkody pomimo braku pojednania mogą stanowić podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Pozytywne wyniki mediacji mogą także zdecydować o zastosowaniu środka probacyjnego, zwłaszcza warunkowego umorzenia postępowania, które po spełnieniu pozostałych przesłanek określonych w art. 66 § 1 k.k. może być zastosowane do sprawcy przestępstwa zagrożonego karą nie przekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, o ile pojednał się z pokrzywdzonym, naprawił szkodę lub strony konfliktu ustaliły sposób jej naprawienia. Zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa, a w szczególności porozumienie mediacyjne może również stać się podstawą do warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary (art. 69 § 2 k.k.).

Uгода zawarta w wyniku mediacji może doprowadzić do bezwarunkowego umorzenia postępowania. Przyczyną umorzenia może być w takim wypadku znikoma społeczna szkodliwość czynu (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.)²⁵, brak wniosku o ściganie przestępstwa wnioskowego (na skutek jego cofnięcia przez pokrzywdzonego – art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.), zaś w przypadku przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego – odstąpienie oskarżyciela prywatnego od oskarżenia (art. 492 k.p.k.).

Kodeks postępowania karnego przewiduje ponadto dwie instytucje, które znacznie skracają proces, a jednocześnie wpływają korzystnie na sytuację procesową oskarżonego. Są nimi dobrowolne poddanie się karze (art. 387 k.p.k.) oraz skazanie bez rozprawy (art. 335 k.p.k.). Pierwsza z nich przewiduje prawo oskarżonego, któremu zarzucono występki, do złożenia wniosku o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu określonej kary lub środka karnego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. Decyzję odnośnie przychylenia się do wniosku oskarżonego podejmuje sąd, natomiast przepis art. 387 § 2 k.p.k. formułuje przesłanki uwzględnienia takiego wniosku. Wśród nich wskazany przepis wymienia uznanie, iż cele postępowania zosta-

²⁵ Taka podstawa umorzenia może budzić może zastrzeżenia. Praktyka sądów wskazuje jednak, iż pojednanie oskarżonego z pokrzywdzonym jest dla sądów wystarczającym uzasadnieniem przyjęcia znikomej społecznej szkodliwości czynu. Szerzej zob.: J. Karaźniewicz, M. Kottowska-Romanowska, *Ocena funkcjonowania postępowania mediacyjnego w sprawach karnych na przykładzie Sądu Rejonowego w Olsztynie*, [w:] C. Kulesza (red.), *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Warszawa 2009, s. 272–274. Na tle wskazanych w tym opracowaniu stanów faktycznych opowiedzieć należy się za bezwzględna niedopuszczalnością umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

na osiągnięte pomimo nieprzeprowadzenia rozprawy w całości oraz przy braku sprzeciwu pokrzywdzonego należycie powiadomionego o terminie rozprawy i pouczonego o możliwości zgłoszenia takiego wniosku przez oskarżonego. Pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym może być elementem silnie potwierdzającym spełnienie celów postępowania, a wcześniejsza ugoda z pokrzywdzonym gwarantuje brak sprzeciwu wobec wniosku oskarżonego.

Druga ze wskazanych instytucji – skazanie bez rozprawy – wymaga przede wszystkim zamieszczenia przez prokuratora w akcie oskarżenia stosownego wniosku o wydanie wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionej z oskarżonym kary lub środka karnego bez przeprowadzenia rozprawy. Podstawą do dołączenia do aktu oskarżenia takiego wniosku jest uznanie przez prokuratora, że okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości, a także – co w tym miejscu szczególnie ważne – postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte. Pojednanie z pokrzywdzonym może wyraźnie takie przekonanie potwierdzać.

Przepisy prawa przewidują zatem szerokie możliwości uwzględnienia pozytywnych wyników mediacji przy wydawaniu końcowego rozstrzygnięcia. Ostateczną decyzję w zakresie wpływu zawartej ugody na orzeczenie kończące postępowanie podejmuje jednak zawsze organ procesowy, traktując pojednanie oskarżonego i pokrzywdzonego jako jedną z okoliczności rzutujących na wymiar kary. Przedstawiciele praktyki postulują, aby poza wyjątkowymi przypadkami sądy zmierzały w kierunku honorowania zasadniczych ustaleń porozumienia zawartego w postępowaniu mediacyjnym²⁶.

Pozostawienie sądowi swobody ostatecznego decydowania o zakresie i formie oddziaływania wyniku mediacji na orzeczenie kończące postępowanie stwarza dla oskarżonego stan niepewności, a nawet ryzyka w sytuacji, w której perspektywa uzyskania łagodniejszego wymiaru kary skłoniła go do przyznania się do winy. Wskazać należy w tym miejscu po raz kolejny na ogromne znaczenie zasady informacji prawnej, z której wynika zobowiązanie do rzetelnego informowania uczestników postępowania o przysługujących im uprawnieniach. Wypełnienie takiego obowiązku oznaczać powinno w tym wypadku nie tylko przekazanie informacji o treści art. 23a k.p.k., ale również wskazanie istoty mediacji, możliwych sposobów oddziaływania jej wyników na treść końcowego rozstrzygnięcia, a także podkreślenie, iż ostateczne prawo wyboru sposobu i zakresu oddziaływania ugody przyznane jest organom procesowym.

Brak formalnego związania wynikiem i treścią zawartej ugody mediacyjnej jest jednak rozwiązaniem pożądanym, pozwala bowiem organom procesowym na ocenę realnej wartości porozumienia i odniesienie go do zadań postępowania karnego i celów kary.

²⁶ A. Rękas, *Mediacja w polskim prawie karnym...*, s. 14.

Zgłoszona wola uczestnictwa w postępowaniu mediacyjnym oraz zawarta ugoda powinny być dowodem, iż sprawca dostrzega skutek swojego przestępczego działania i dąży do naprawienia wyrządzonej szkody. Udział w postępowaniu mediacyjnym winien być więc wyrazem pozytywnych zmian w postawie sprawcy. Z drugiej strony, nie wolno zapominać, iż postępowanie mediacyjne może być przez oskarżonych traktowane instrumentalnie, wyłączenie jako sposób poprawy ich sytuacji procesowej i osiągnięcia korzystnego rozstrzygnięcia w sferze odpowiedzialności²⁷. Dlatego też zarówno na osobach prowadzących mediację, jak i na organach procesowych, które uwzględniają jej wynik przy wymiarze sprawiedliwości, ciąży obowiązek wnikliwej analizy treści porozumienia i jej oceny pod kątem osiągnięcia celów postępowania karnego.

Mediator zobowiązany jest do zamieszczenia w sprawozdaniu danych o przeprowadzonych spotkaniach ze stronami oraz o wynikach postępowania. Z przedstawionego sądowi dokumentu powinny wynikać nie tylko suche informacje o liczbie i terminie takich spotkań, ale również charakterystyka ich merytorycznego przebiegu. W praktyce mediator często określa atmosferę, w jakiej przebiegały spotkania, co z pewnością jest pomocne w ocenie zawartej ugody. Sąd powinien poddać wnikliwej analizie przedstawione sprawozdanie i ocenić je w odniesieniu do zebranych materiałów w sprawie. Dlatego też przepisy kodeksu postępowania karnego określają tylko ogólnie, iż sąd bierze pod uwagę pozytywne wyniki mediacji, natomiast znaczenie ugody zawartej w konkretnym przypadku ustala każdorazowo, uwzględniając w jednakowym stopniu pozostałe dyrektywy wymiaru kary.

Z powyższych rozważań wyraźnie wynika, iż postępowanie mediacyjne niesie ze sobą korzyści zarówno dla pokrzywdzonego i oskarżonego, jak też wymiaru sprawiedliwości konkretyzującego się w danym postępowaniu karnym. Nie tylko skraca i przyspiesza proces, ale stanowi jeden z elementów, dzięki którym końcowe rozstrzygnięcie jest sprawiedliwe w odczuciu pokrzywdzonego, a pośrednio i całego społeczeństwa.

W modelowej postaci dobrowolny udział oskarżonego w mediacji jest wyrazem jego skruchy i przejawem zmian w postawie, a to stanowi podłoże pozytywnej prognozy kryminologicznej. W rzeczywistości może się jednak okazać, że w części przypadków uczestnictwo oskarżonych w mediacji jest jedynie wyrachowanym sposobem poprawienia swej sytuacji procesowej. Dlatego też to w rękach organu procesowego spoczywa prawo wyboru sposobu i zakresu oddziaływania porozumienia mediacyjnego na ostateczny wynik postępowania karnego.

²⁷ Na ten problem zwraca uwagę A. Sitarska, podając w wątpliwość szczerą deklarację i skruchę oskarżonego, który często ma świadomość, że uczestnictwo w mediacji stawia go w lepszej sytuacji procesowej. Szerzej zob. A. Sitarska, *Przemoc w rodzinie a mediacja*, Prokuratura i Prawo 2006, nr 1, s. 66.

Zaprezentowane rozwiązania prawne dają podstawę do stwierdzenia, iż obecne regulacje w zakresie mediacji nie stwarzają ograniczeń szerokiego stosowania tej instytucji w praktyce. Na koniec pojawia się więc pytanie, które może być punktem wyjścia do dalszych rozważań: Czy na podstawie przytoczonych na wstępie liczb można powiedzieć, że mediacja jest stosowana w praktyce wymiaru sprawiedliwości w stopniu adekwatnym do korzyści, jakie za sobą niesie?

Summary

Mediation as a manifestation of consensus in the criminal proceedings

Mediation is the way of the final solution of the conflict between offender and injured. It is a form of restorative justice, which takes into account the interest of the wronged person. Agreement of the parties benefits for administration of justice, defendant and injured person.

First of all, the parties can conciliatorily assess damages, compensation of moral injury and other ways of excusing for wrongdoing. Moreover, the defendant also benefits by mediation. Though the arrangement made during mediation is not consent judgment, it influences on the final decision of the court. The court is obligated to take into account the result of mediation in the infliction of punishment. According to the code of criminal procedure, the court can pass a judgment of conditional discontinuance or discontinuance because of insignificant social noxiousness of an act. It can also suspend execution of punishment conditionally. Will of negotiation of agreement is evaluated as an element of the attitude of the accused after committing a crime, so it can be a circumstance affecting the mitigation of punishment. Furthermore, reconciliation between offender and injured is one of the conditions of extraordinary mitigation of punishment. What is very important, because of the fact, the wording of the sentence usually includes the decisions made during mediation, judgment seems to be more just for both interested parties.

Besides, due to mediation, proceedings before the court is shorter and law costs can be decreased.

The amount of mediation proceedings increases year by year. In spite of that fact, it is still small percentage of all criminal suits.

Iłona Kasińska

Koło Nauk Penalnych

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Czy wymiar sprawiedliwości wymierzy przestępcom sprawiedliwość? System dozoru elektronicznego a funkcje i cele kary kryminalnej

Przestępstwo i kara stanowią elementy nieodłączne, idą ze sobą w parze. Sprawcę należy ukarać. Co jednak znaczy „karać”? Słownik podaje, że „karać” to: ‘skazywać, osądzać, orzekać karę, wydawać wyrok; osadzać w więzieniu; wymierzać sprawiedliwość, pociągać do odpowiedzialności, wyciągać konsekwencje’¹. Zatem wymierzać sprawiedliwość jest rozumiane jako karać, a także wprost jako osadzać w więzieniu. I tu pojawiają się pytania, na które postaram się w niniejszym artykule odpowiedzieć: Czy kara ma być sprawiedliwą odpłatą za przestępstwo? Czy ma wychować przestępcę i zaszczerpić w jego umyśle wskazówkę „tak nie wolno”? Czy karą może być tylko osadzenie w więzieniu? Czy pozbawić wolności można także w inny sposób?

Pojęcie „kara” jest na ogół odbierane intuicyjnie, co pozwala w pewnym stopniu na postrzeganie tego terminu w jego najbardziej zasadniczym znaczeniu. Kara ma być pewną dolegliwością, a jednocześnie wyrazem negatywnej oceny zachowań ludzkich². Według M. Cieślaka, kara kryminalna to „celowa dolegliwość stosowana przez władzę państwową wobec człowieka z powodu jego zachowania uznanego przez tę władzę za społecznie naganne i zasługujące na taką dolegliwość”³. I. Andrejew uważa ponadto, że kara kryminalna jest dolegliwością współmierną do wagi przestępstwa i wyrazem potępienia jego sprawcy⁴.

¹ Zob.: *Słownik synonimów i antonimów*, P. Żmigrodzki, Wrocław 2007 r., [online] <www.leksykony.interia.pl>, dostęp: listopad 2008.

² Szerzej na temat teorii kary: J. Warylewski, *Teoria kary Fiodora Dostojewskiego. Próba określenia*, Sopot 1987, niepublikowana praca magisterska, [online] <<http://pan-da.bg.univ.gda.pl/~waryl/tk.htm>>, dostęp: listopad 2008.

³ M. Cieślak, *Wstęp do nauki polskiego prawa karnego*, Gdańsk 1985, s. 12.

⁴ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, PWN, Warszawa 1976, s. 244.

Co jednak dla ogółu społeczeństwa jest współmierne do wagi poszczególnych rodzajów przestępstw? Jakich społeczeństwo oczekuje kar? Na pewno adekwatnych do popełnionych czynów, a więc – sprawiedliwych. Społeczne poczucie sprawiedliwości często jednak różni się od poczucia sprawiedliwości sądów czy szerzej – wymiaru sprawiedliwości. Kara, którą wymierza sąd, ma spełniać kilka funkcji i realizować określone cele. Przez funkcje kary rozumie się na ogół faktyczne skutki (efekty) wywołane przez karę, przez cele kary kryminalnej – określone stany (skutki), które za pomocą kary zamierza się osiągnąć⁵.

Zgodnie z przepisem art. 53 k.k.⁶, jak również art. 53 k.k.w.⁷, sąd powinien brać pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa, zaś wykonanie kary ograniczenia wolności czy pozbawienia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli kształtowania jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa (art. 67 § 1 k.k.w.).

Funkcją, a więc faktycznym skutkiem kary będzie zaś w pewnym sensie naprawienie szkody, jaką skazany wyrządził, czyli mówiąc potocznie – wyrównanie rachunków, jak również uświadomienie sprawcy przestępstwa, że jego zachowanie było niewłaściwe oraz sprawienie, aby odczuwał respekt przed prawem i nie był skłonny kroczyć drogą przestępczą. Chodzi tu bowiem nie tylko o funkcję represyjną, zgodnie z którą kara ma być dolegliwa i być swoistym odwetem za złamanie prawa, gdyż dolegliwość ta nie może być większa niż wymaga tego wina skazanego. Prócz tego kara winna pełnić funkcję prewencyjną – jako prewencja szczególna zabezpieczyć społeczeństwo przed łamiącymi prawo, aby więcej tego nie robili, a jako prewencja ogólna odstraszyć potencjalnych przestępców od popełniania przestępstw.

Jedną z najistotniejszych funkcji zdaje się być też funkcja sprawiedliwościowa, gdy kara rozumiana jest jako sprawiedliwa odpłata za dokonane czyny. Można też przypisać karze funkcję informacyjną i wychowawczą, bo skoro wiemy, że za coś grozi dolegliwość przejawiająca się czy to w ograniczeniu naszych praw, czy też w nałożeniu na nas obowiązków, to wysyłana jest do nas informacja, że takie zachowanie nie jest aprobowane, a postępując w ten sposób narazimy się na nieprzyjemne konsekwencje. Celem kary jest nie tylko ukaranie sprawcy, ale także zapobieganie popełnianiu przez niego takich i podobnych czynów w przyszłości, zresocjalizowanie skazanego, a więc przywrócenie go społeczeństwu (art. 53 § 1 k.k.). Niestety, paradoksal-

⁵ Zob. [online] <<http://pl.shvoong.com/law-and-politics/law/criminal-law/1785836-podstawy-prawa-karnego-cele-kary/>>, dostęp: listopad 2008.

⁶ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁷ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 ze zm.). Zob. art. 53 § 1 oraz art. 67.

nie, owo społeczeństwo myśli często w sposób odpowiadający starożytnej maksymie „oko za oko, ząb za ząb”, zwracając się głównie w stronę funkcji kompensacyjnej kary, przy czym kompensacja taka nie musi mieć postaci przywrócenia stanu sprzed popełnienia przestępstwa, ale stanowić raczej satysfakcję z tego, że przestępcę ukarano. Im surowsza kara, tym oczywiście większa satysfakcja. Jak wspomniano na początku rozważań o istocie kary, skoro jest przestępstwo, skoro jest wina, to musi być i kara – sprawiedliwa kara, a więc odpowiadająca właśnie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, niekoniecznie wychowująca przestępców na prawowitych obywateli.

Robert Schwitzgebel, amerykański psycholog z Uniwersytetu Harvarda, w 1964 r. opisał możliwość wykorzystania elektroniki w celu modyfikacji wzorców zachowań skazanych. Jednak dopiero po 20 latach na szeroką skalę zastosowano dozór aktywności człowieka za pomocą nadajnika elektronicznego: w Stanach Zjednoczonych po raz pierwszy w 1984 r., w Kanadzie, Anglii i Walii od 1989 r. Z czasem rozwiązanie te zostały przejęte przez szereg krajów Europy kontynentalnej: w Szwecji i Danii od 1994 r., Belgii od 1998 r., Szwajcarii od 1999 r., Francji, Niemczech i Portugalii od 2000 r., we Włoszech od 2001 r. W sumie tylko w roku 2000 w samej Europie środek ten stosowano już wobec ponad 30 tys. osób⁸.

Dozór elektroniczny zdaje się mieć już zatem ugruntowaną pozycję w porządku prawnym wielu krajów i jest stosowany na wszystkich etapach postępowania karnego. Zaznaczyć jednak należy, iż wprowadzenie owego środka nie było natychmiastowe, początkowo były to okresowe próby, ograniczone bądź do poszczególnych stanów, jak w przypadku Stanów Zjednoczonych, bądź do poszczególnych grup skazanych. W tym względzie polska Ustawa o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego⁹ poszła za wzorem poprzedników i wprowadziła dozór elektroniczny na pięć lat – weszła w życie 1 września 2009 r. i będzie obowiązywać do 31 sierpnia 2014 r.

Wydaje się, że jednym z głównych zamierzeń ustawodawców poszczególnych państw stosujących elektroniczne monitorowanie przestępców było nie tyle wprowadzenie innowacyjnej kary, ile zmniejszenie populacji więziennej, podobnie jak dąży się do tego teraz w Polsce. W 1999 r. Komitet Ministrów Rady Europy w Rekomendacji nr R(99)22 dotyczącej przepełnienia więzień i szybkiego wzrostu liczby więźniów zalecił stosowanie monitoringu elektronicznego na wszystkich etapach postępowania karnego jako jednego ze sposobów zmniejszenia liczebności osadzonych w zakładach karnych¹⁰. W uza-

⁸ K. Dyl, G. Janicki, *Dozór elektroniczny*, „Zeszyty Prawnicze” 2005, z. 2, s. 198.

⁹ Ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (Dz.U. nr 191, poz. 1366 ze zm.).

¹⁰ D. Sielicki, *Elektroniczne monitorowanie przestępców – nowoczesna alternatywa pozbawienia wolności*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2005, nr 47–48, s. 25.

sadnieniu do polskiego projektu ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego¹¹ czytamy wprost, że w raporcie Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, który odwiedził Polskę 18–22 listopada 2002 r., zwrócono uwagę na wynikające z przeludnienia trudne warunki bytowe osób osadzonych w zakładach karnych, a także zalecono rozwijanie systemu kar alternatywnych dla pozbawienia wolności. W 2003 r. średnia liczba osadzonych na 100 000 mieszkańców sięgnęła w Polsce 213 i był to najwyższy wskaźnik w tym czasie w Unii Europejskiej, podczas gdy w Wielkiej Brytanii wyniósł on 138, w Hiszpanii – 126, w Niemczech – 96, w Holandii – 93, we Francji – 85, w Danii – 59.

Przeludnienie jednostek penitencjarnych jest problemem, z którym na co dzień przychodzi zmierzyć się wszystkim funkcjonariuszom Służby Więziennej. Stany osadzonych wahają się między 83 tys. a 84 tys. osób, natomiast pojemność ewidencyjna wszystkich jednostek wynosi niecałe 70 tys. miejsc. Brakuje więc ok. 14 tys. miejsc, aby zapewnić kodeksową normę 3 m kw. powierzchni mieszkalnej na jednego skazanego. Przeludnienie nie tylko wiąże się z bezpieczeństwem jednostki, ale utrudnia wykonywanie funkcji izolacyjnej, co ma szczególne znaczenie w aresztach śledczych. Konsekwencjami przeludnienia są także: pogorszenie atmosfery wychowawczej, wzrastająca liczba wypadków nadzwyczajnych, przemęczenie funkcjonariuszy, wypracowanie dużej liczby nadgodzin, niemożność prawidłowego prowadzenia pracy resocjalizacyjnej. Zatrważający jest fakt, iż liczba skazanych „oczekujących” na wykonanie kary pozbawienia wolności już w styczniu 2006 r. wyniosła ok. 36 tys. osób, w tym wobec 32 tys. upłynął termin stawienia się do odbycia kary. Ten problem został szczególnie wyeksponowany przez rząd. Premier stwierdził w exposé, że nic tak nie demoralizuje sprawców przestępstw, jak niemożliwość egzekwowania orzeczonych kar i że taki stan rzeczy musi bezwzględnie ulec zmianie¹². W czerwcu 2007 r. liczba skazanych oczekujących na odbycie wymierzonych przez sądy kar wyniosła już ponad 40 tys.¹³

Oprócz obniżenia współczynnika prizonizacji, wśród zalet dozoru elektronicznego wymienia się również oddziaływanie resocjalizacyjne na sprawcę i ściślejszą ochronę społeczeństwa przed szczególnie niebezpiecznymi kategoriami przestępców¹⁴. Z możliwości odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego mogliby bowiem skorzystać tylko przestępcy o niższych wyrokach. W takiej sytuacji w więzieniach pozostawaliby jedynie groźniejsi przestępcy i można byłoby się wtedy nimi lepiej zająć.

¹¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (druk sejmowy nr 1237), [online] <<http://orka.sejm.gov.pl/proc5.nsf/opisy/1237.htm>>, dostęp: 5.11.2008.

¹² Zob. [online] <www.sw.gov.pl/index.php/forum/more/113>, dostęp: 5.11.2008.

¹³ Zob. [online] <www.sw.gov.pl/index.php/forum/more/264>, dostęp: 5.11.2008.

¹⁴ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 197.

Jako niewątpliwy plus instytucji dozoru elektronicznego podaje się w literaturze także możliwość obniżenia kosztów funkcjonowania systemu penitencjarnego. Doświadczenia brytyjskie pozwalają szacować, że dla wszystkich przypadków stosowania monitoringu całkowity przeciętny koszt wynosi około 45% kosztów izolacji w zakładzie zamkniętym w takim samym okresie, w Szwecji około 50%, w Stanach Zjednoczonych od około 10% w Luizjanie do 30% w stanie Alaska¹⁵. Oszczędności wiążą się też z zaniechaniem budowy nowych zakładów karnych, co byłoby inaczej konieczne. Zdaniem posłanki Katarzyny Piekarskiej z Sojuszu Lewicy Demokratycznej, ze wstępnych analiz wynika, że w Polsce w ciągu jednego roku taką karę mogłoby odbywać ok. 15 tys. skazanych¹⁶. Wiceminister sprawiedliwości Andrzej Grzelak powiedział w kwietniu 2005 r., iż miesięczny koszt zastosowania takiego systemu dla jednej osoby wyniosłby u nas około 800 zł, podczas gdy utrzymanie jednego skazanego w więzieniu kosztuje 1500 zł¹⁷. Byłoby to zredukowanie kosztów o około 50%.

Z innych źródeł wiadomo jednakowoż, że już na chwilę obecną państwo polskie wyłoży na przedsięwzięcie związane z wprowadzeniem dozoru elektronicznego 225 700 000 zł. Koszt ten to cena, jaką zapłaci Polska za usługę utworzenia, wdrożenia i eksploatacji systemu dozoru elektronicznego (SDE) konsorcjum: Comp Safe Suport S.A. – LIDER, Centrum Weryfikacji Alarmów Terminal Sp. z o.o. i PHU ELPROMA Sp. z o.o. Oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza spośród siedmiu złożonych w trybie przetargu nieograniczonego. Rozstrzygnięcie przetargu nastąpiło 29 października 2008 r.

Zakłada się, że na etapie wdrożeniowym systemem dozoru elektronicznego objęta zostanie grupa 3 tys. skazanych, zaś docelowo – 15 tys.¹⁸ Problem jednak leży w tym, że obecnie w zakładach karnych i aresztach przebywa o ponad 17 tys. osadzonych więcej niż wynosi pojemność jednostek¹⁹. Do tej grupy skazanych system dozoru elektronicznego nie będzie miał zastosowania. Czy nie lepiej więc zbudować kilka nowych więzień? Czy dozór elektroniczny sprawdzi się na gruncie polskim i czy będzie odpowiadał funkcjom i celom kary? Formułowane są w tym względzie spore obawy.

Na czym ma polegać dozór elektroniczny w kształcie, w jakim został przyjęty przez polskiego ustawodawcę? Otóż – na kontrolowaniu zachowania skazanego przebywającego poza zakładem karnym przy użyciu aparatury monitorującej. Skazany będzie miał obowiązek pozostawania w oznaczonym czasie w miejscu stałego pobytu lub w innym wskazanym miejscu, a także obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach lub

¹⁵ D. Sielicki, op. cit., s. 24–25.

¹⁶ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 213.

¹⁷ Ibidem, s. 214.

¹⁸ Zob. [online] <www.ms.gov.pl/aktualnosci.php#akt081020a>, dostęp: 5.11.2008.

¹⁹ Zob. [online] <www.sw.gov.pl/index.php/forum/more/264>, dostęp: 5.11.2008.

zakaz zbliżania się do określonej osoby. Jak podkreśla się w ustawie o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego, wykonywanie przez skazanego nałożonych na niego przez sąd penitencjarny obowiązków będzie podlegać ścisłej kontroli i ma na celu wychowawcze oddziaływanie i zapobieganie powrotowi do przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Nadajnik zakładany na rękę lub nogę skazanego to urządzenie radiowe, wysyłające sygnały odbierane przez elektroniczne urządzenia rejestrujące lub centralę monitorowania. Elektroniczne urządzenia rejestrujące są dwójakiego rodzaju. Po pierwsze, to stacjonarne urządzenie monitorujące instalowane w miejscu stałego pobytu skazanego lub w innym miejscu wskazanym przez sąd, które rejestruje sygnały wysyłane przez pozostający w zasięgu monitorowania nadajnik oraz przekazuje je do centrali monitorowania. Po drugie, to przenośne urządzenie monitorujące stosowane przez sądowych kuratorów zawodowych, pracowników upoważnionego podmiotu dozoru oraz osobę, do której skazanemu zakazano się zbliżać. Rejestruje ono sygnały wysyłane przez pozostający w zasięgu monitorowania nadajnik i przechowuje uzyskane informacje o przestrzeganiu przez skazanego nałożonego na niego obowiązku. Dzięki powyższej technologii możliwe będzie identyfikowanie aktualnego miejsca pobytu skazanego.

Z dozoru elektronicznego – co bardzo istotne – będą mogli skorzystać skazani, którzy wyrażą na to zgodę, posiadają określone miejsce stałego pobytu, ich kara pozbawienia wolności wynosi do 6 miesięcy lub nie przekracza roku, a czas pozostały im do odbycia tej kary nie przekracza 6 miesięcy. Wymagana jest również zgoda osób pełnoletnich zamieszkujących wspólnie ze skazanym²⁰.

W czasie odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego skazany winien pozostawać we wskazanym przez sąd penitencjarny miejscu w wyznaczonym czasie, udzielać wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary i wykonywania nałożonych na niego obowiązków, a zwłaszcza kontaktować się z sądowym kuratorem zawodowym. Skazany dba o powierzony mu nadajnik i elektroniczne urządzenie rejestrujące, a zwłaszcza chroni je przed utratą, zniszczeniem, uszkodzeniem lub uczynieniem niezdatnymi do użytku. Ponadto poddaje się czynnościom kontrolnym upoważnionego podmiotu dozoru, mającym na celu sprawdzenie prawidłowości funkcjonowania elektronicznego urządzenia rejestrującego oraz nadajnika. W przypadku zainstalowania stacjonarnego urządzenia monitorującego skazany obowiązany jest do odbierania połączeń telefonicznych przychodzących do tego urządzenia. Zmuszony jest również uiścić w określo-

²⁰ Szerzej o problemie stosunków między dozorowanym a jego rodziną zob.: K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 203.

nym terminie równowartość kosztów postępowania wykonawczego, związanych z wykonywaniem kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Na wniosek prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego sąd penitencjarny może orzec wobec skazanego zakaz zbliżania się do określonej osoby, za zgodą tej osoby, lub nałożyć obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach. Sąd określa jednak przedziały czasu w ciągu doby i w poszczególnych dniach tygodnia, w których skazany ma prawo oddalić się ze wskazanego mu miejsca, w szczególności w celu świadczenia pracy, kształcenia, sprawowania opieki nad osobą małoletnią, niedołązną lub chorą, korzystania z opieki medycznej bądź udziału w terapii²¹.

Tyle teorii. A jak z praktyką? Z tym może być różnie. Dowiemy się dopiero z czasem, gdy system dozoru elektronicznego będzie funkcjonował w Polsce. Można jedynie dokonać oceny uregulowań tego systemu w kształcie, w jakim go nam zaserwowano. Przede wszystkim – możliwość identyfikacji miejsca pobytu skazanego. Pojawiają się poglądy, iż w rzeczywistości, skoro zdecydowano się na system radiowy, a nie satelitarny, to będzie możliwe tylko sprawdzanie, czy skazany nie oddalił się ze wskazanego mu miejsca. Jeśli sygnał nadajnika nie dotrze do elektronicznego urządzenia rejestrującego, to będziemy jedynie wiedzieli, że skazanego nie ma w miejscu, w którym powinien się znajdować. Za pomocą aparatury dozoru elektronicznego nie będzie można bowiem ustalić faktycznego miejsca jego pobytu.

Co się tyczy dopuszczalności odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, to polski ustawodawca przyjął dwa warianty: dozór elektroniczny stosowany wobec skazanych, wobec których orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 6 miesięcy oraz dozór elektroniczny stosowany wobec skazanych, wobec których orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku, jeżeli czas pozostały do odbycia tej kary nie przekracza 6 miesięcy²².

Odnosnie do pierwszego z wymienionych wariantów uważa się, że mogłoby to być dobre rozwiązanie. Pomoże to w sprawdzeniu, czy zmiana zachowania podopiecznego jest rzeczywista, czy tylko pozorowana – taką opinię głoszą kuratorzy zawodowi. Zwiększy to możliwość wyegzekwowania nałożonych na podopiecznego obowiązków, a w efekcie usprawni dozór osobisty kuratorów i być może ograniczy recydywę wśród warunkowo zwolnionych, przy czym da możliwość obciążenia dozorowanego obowiązkiem uczestnictwa w różnych programach. Proces resocjalizacyjny stanie się dzięki temu faktyczny²³. Sama opaska może być łatwo ukryta pod ubraniem, więc nie będzie źródłem stygmatyzacji dozorowanego²⁴, który będzie mógł poszukiwać pracy, kształcić

²¹ Zob.: głównie rozdz. 1 i rozdz. 2 ustawy z dnia 7 września 2007 r.

²² Zob. art. 6 ww. ustawy.

²³ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 214–215.

²⁴ Ibidem, s. 203.

się itp. Dozór elektroniczny zapewni mu także kontakt z rodziną, dziećmi czy rodzeństwem. Będzie to najbardziej dolegliwy dla przestępcy sposób ograniczenia wolności bez zupełnego jej pozbawienia.

Jak to wszystko ma się do funkcji i celów kary? Wydaje się, że w tym przypadku ocena dozoru elektronicznego powinna być pozytywna. W normalnych warunkach osoby przedterminowo zwalniane z więzienia w okresie próby zostają faktycznie pozostawione same sobie, bo czym jest dozór kuratora w takim przypadku? Kurator to tylko człowiek, który nie może być na każdym kroku obecny przy każdym dozorowanym. Dozór elektroniczny będzie niewątpliwie bardziej ścisły niż spotkania od czasu do czasu z kuratorem. Monitorowany będzie bowiem nosić nadajnik przez cały czas, a kurator będzie miał możliwość śledzenia na bieżąco wszelkich jego poczynań. Dozór elektroniczny daje gwarancję, że zachowanie przestępcy jest stale kontrolowane, że w imię sprawiedliwości nadal ciąży na nim określona dolegliwość, represja, że nie może on czuć się już człowiekiem wolnym. Jednocześnie daje się skazanemu możliwość poprawy, socjalizacji, podjęcia pożytecznego zajęcia. Zwolennikami takiego rozwiązania są nie tylko kuratorzy zawodowi, ale też pracownicy służby więziennej.

Jednak czy jako kara niejako zastępująca karę pozbawienia wolności dozór elektroniczny będzie słusznym rozwiązaniem? Krajowa Rada Sądownictwa wypowiada się w tej kwestii negatywnie, uważa to za niecelowe. Dostrzega ona, że zmniejszenie populacji więziennej powinno nastąpić przez zmianę polityki karnej, struktury wymierzanych kar. Zauważa także, że wprowadzenie dozoru spowoduje niejako zaburzenie gradacji kar ze względu na stopień dolegliwości²⁵. Według Rady może to rodzić poczucie bezkarności. Jak sugerują media: „Lepsze czasy idą dla polskich przestępców. Nie trafią do zatłoczonej celi z kratami. Zamiast tego wyrok odsiedzą w swoim domu”²⁶.

Jakich przestępców spotkamy, idąc ulicą? Pijanych rowerzystów, drobnych złodziejasków, uczestników niegroźnych bójek, osoby uchylające się od obowiązku alimentacji. O ile ci ostatni szkodzą tylko swoim krewnym, to czy można czuć się bezpiecznie, kiedy wiemy, że ktoś z przechodniów może nas okraść albo rzucić się na nas i pobić? Mając na uwadze teorie kryminologiczne, należy pamiętać, iż stygmatyzacja nie jest czymś pożądanym, jest raczej niewskazana. Każdy ma prawo popełniać błędy – to prawda. Tylko jak taki skazany ma sobie uświadomić, że to, co zrobił, jest – mówiąc kolokwialnie – złe, skoro nie trafi jak kiedyś do więzienia? Potencjalny przestępca będzie czuć się bezkarny i może chłodno kalkulować, ile powinien ukraść lub jak mocno bić, żeby zrealizować swoją żądzę zemsty czy wzbogacenia się, a nie trafić za przysłowiowe kratki. Kara nie będzie go odstraszać, nie zapobiegnie

²⁵ Ibidem, s. 216–218.

²⁶ M. Jałoszewski, *Przestępcy nie trafią za kraty, bo wyrok odsiedzą z obrozą w domu*, „Polska” 2008, nr 249, s. 10.

popętnieniu przestępstwa, nie zaspokoi poczucia społecznej sprawiedliwości, a nawet nie zresocjalizuje.

Czy tylko wobec takich przestępców sąd penitencjarny będzie mógł zastosować dozór elektroniczny? Niestety nie. Karę do 6 miesięcy lub do roku pozbawienia wolności mogą również otrzymać stręczyciele, sutenerzy, ci, którzy doprowadzają inne osoby do uprawiania prostytucji, do poddania się innej czynności seksualnej w rozumieniu kodeksu karnego albo do wykonania takiej czynności. Oczywiście, ustawa z 7 września 2007 r. zawiera w art. 6 stosowną klauzulę stanowiącą, iż dozór elektroniczny będzie zastosowany wobec skazanego tylko wówczas, „jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia celów kary oraz jeżeli szczególne względy bezpieczeństwa i stopień demoralizacji, a także inne szczególne okoliczności nie przemawiają za potrzebą jego osadzenia w zakładzie karnym”, trudno jednak prognozować, jaka będzie praktyka sądów w tym zakresie. Faktem jest natomiast, że wyżej wskazana grupa osób nie została wprost wyłączona z grupy objętej zastosowaniem ustawy. Czy dozór elektroniczny będzie w takich sytuacjach sprawiedliwą odpłatą? Każdy, kto padł ofiarą takiego przestępcy, jak również każdy, kto ma po prostu odrobinę wyobraźni, pokręci w tym miejscu głową. I czy dozór elektroniczny ograniczy („ograniczy”, gdyż określenie „pozbawi wolności” byłoby tu nie na miejscu) ich wolność? Są przecież telefony komórkowe, można zastraszyć ofiarę, zmusić do określonych zachowań lub nadzorować ze swojego domu przestępcą działalność, kierować nią.

W Belgii, co słuszne, z systemu dozoru elektronicznego zostali wykluczeni przestępcy seksualni, a także sprawcy przestępstw przeciwko zdrowiu i życiu²⁷. Przestępcy seksualni zostali wykluczeni z systemu także w Wielkiej Brytanii²⁸. Gdyby wprowadzono takie rozwiązania do polskiego systemu, dawałoby to gwarancję przestrzegania porządku prawnego przez osoby korzystające z dozoru elektronicznego w szerszym zakresie, niż jest to aktualnie przyjęte. W Szwecji z kolei elektroniczną bransoletkę można połączyć z weryfikatorem głosu lub też alkomatem kontrolującym, czy skazany nie nadużywa alkoholu²⁹. Zastosowanie takich technologii pozwalałoby z pewnością na pełniejszą kontrolę skazanego i nie pozbawiając go zupełnie wolności, ograniczałoby ją w znacznym stopniu.

System dozoru elektronicznego mógłby być sprawiedliwą odpłatą w odniesieniu do tych skazanych, których z różnych, głównie humanitarnych,

²⁷ Szerzej o elektronicznym monitoringu w Belgii: wypowiedź Kizzy Rombaut, dyrektor Narodowego Centrum Nadzoru Elektronicznego, przywołana w: E. Trybuchowska, *Sprawozdanie z międzynarodowej konferencji „Elektroniczne monitorowanie przestępców”*, „Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2005, t. 70, s. 148–149, 152.

²⁸ Szerzej o elektronicznym monitoringu w Wielkiej Brytanii: wypowiedź Jamesa Toona z brytyjskiego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych przywołana w: *ibidem*, s. 153.

²⁹ *Ibidem*, s. 152.

względów nie powinno się umieszczać w zakładach karnych, szczególnie gdy orzekanie grzywny lub kary pozbawienia wolności jest niecelowe z powodu oczywistej nieskuteczności egzekwowania tego typu dolegliwości. Podobnie, w stosunku do tych, którzy odbywają zastępczą karę pozbawienia wolności za nieuiszczoną grzywnę. Dotyczy to zwłaszcza osób w podeszłym wieku i niepełnosprawnych, które w powszechnym przekonaniu pozostają bezkarne, o ile nie zostaną osadzone w zakładzie karnym³⁰. Tylko znowu pytanie – czy takie osoby będzie stać na poniesienie kosztów związanych z dozorem elektronicznym?

Państwo nie chce w całości finansować wprowadzenia dozoru elektronicznego. Część opłat została przerzucona na skazanych, którzy będą chcieli z niego skorzystać. Koszt, który poniosą, to suma zryczałtowanego kosztu postępowania wykonawczego, określonego przez Ministra Sprawiedliwości w projekcie rozporządzenia na kwotę 80 zł, i kosztu odbywania kary w tym systemie, stanowiącego iloczyn kosztu jednego dnia odbywania kary i liczby dni jej odbywania, przy czym koszt dzienny został określony na 2 zł³¹. Wydaje się, że nie są to wielkie pieniądze w porównaniu z tym, co za nie dostajemy – bezcenną wolnością. Jednak należy liczyć się z tym, że nie wszystkich będzie na to stać. Argument ten podnoszony był zresztą przez obrońców praw człowieka, według których osoby biedniejsze nie będą mogły skorzystać z możliwości odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Obok kosztów właściwych, w grę wchodzi też kwestia posiadania miejsca stałego pobytu, co tyczy się bezdomnych, a także kwestia posiadania linii telefonicznej, gdyż w ustawie czytamy, że stacjonarne urządzenie monitorujące ma umożliwiać komunikację telefoniczną między skazanym a organami postępowania wykonawczego w czasie przebywania skazanego w miejscu stałego pobytu lub w innym miejscu wskazanym przez sąd penitencjarny³².

Wracając do myśli przewodniej niniejszego artykułu, rozważyć należy stosunek funkcji kary do tych, którzy mają stałą pracę lub się uczą. Panuje pogląd, że w takich przypadkach system dozoru elektronicznego byłby dobrym rozwiązaniem. Monitoring stanowić będzie dla nich oddziaływającą wychowawczo represję, a jednocześnie nie spowoduje zerwania przez skazanego więzi społeczno-ekonomicznych, do czego prowadzi izolacja. Dozór elektroniczny nie zdejmie też z ukaranego obowiązku samokontroli, co dobrze będzie służyć wdrożeniu go do przestrzegania porządku prawnego³³. Dozoro-

³⁰ D. Sielicki, op. cit., s. 19.

³¹ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie wysokości kosztów odbywania przez skazanego kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego – Projekt z dnia 24 października 2008 r., [online] <www.ms.gov.pl/projekty/proj081031.rtf>, dostęp: 5.11.2008.

³² K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 206.

³³ D. Sielicki, op. cit., s. 19.

wany będzie mógł uczestniczyć w życiu rodzinnym, nie straci kontaktu z dziećmi, będzie mógł brać czynny udział w ich wychowaniu, a także opiekować się bliskimi³⁴. Nie straci też swojej pracy i nie będzie wymagać ponownej socjalizacji³⁵. Szwedzkie ustawodawstwo w tym zakresie wymaga jednak wprost, aby skazany mający odbywać karę aresztu domowego nadzorowanego elektronicznie uczył się lub pracował. Brak takich przesłanek uważany jest za poważny mankament polskiego projektu³⁶.

Z pewnością jednak największym niedostatkiem dozoru elektronicznego w porównaniu do kary więzienia jest to, że jego skuteczność *de facto* zależy wyłącznie od dobrej woli dozorowanego. W czasie pozostawania pod elektronicznym monitoringiem można przecież popełnić przestępstwo³⁷. Nie zyskuje aprobaty także uregulowanie kontaktów skazanego z osobą, w stosunku do której ma on zakaz zbliżania się. Z przepisu art. 12 ustawy z dnia 7 września 2007 r. wynika, iż taka osoba będzie miała tak samo jak skazany obowiązek noszenia nadajnika, a ponadto powstrzymania się, w razie potrzeby, od przebywania w określonych miejscach w określonym czasie, by umożliwić skazanemu korzystanie z zajęć kulturalno-oświatowych i sportowych czy utrzymywanie więzi z bliskimi osobami. Taka osoba może wyrazić na to zgodę lub nie³⁸, ale oczywiste jest, że będzie zmuszona zgodzić się dla własnego bezpieczeństwa. Takie uregulowanie ogranicza automatycznie wolność osoby niewinnej, być może wręcz ofiary danego przestępcy. Patrząc na to zagadnienie od strony praktycznej, osoba, do której skazany ma zakaz zbliżania się, nie będzie mogła swobodnie wyjść do sklepu, aby kupić chleb, bo może akurat w tym momencie skazany odbywający karę pozbawienia wolności będzie udawał się na siłownię lub w odwiedziny do przyjaciół. Czy w tym momencie nie ztraca się rozróżnienia pomiędzy sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym?

Trudno ocenić, co jest lepsze – postawienie na funkcję represyjną kary i jako główny cel dosłowne ukaranie sprawcy, czyli sprawienie mu dolegliwości, czy też postawienie na resocjalizację skazanego i wdrożenie go do przestrzegania porządku prawnego. W pewnym zakresie oba środki, tj. kara

³⁴ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 203.

³⁵ Szerzej o procesie resocjalizacji i problemie obiegu zamkniętego związanego z przestępczością (*crime-cycle*) zob.: wypowiedź Oris Adato, byłej komisarz izraelskiej służby więziennej, przywołana w: E. Trybuchowska, op. cit., s. 148–149; a także wypowiedź prof. dr. hab. T. Szymanowskiego w: *ibidem*, s. 150.

³⁶ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 221.

³⁷ *Ibidem*, s. 205.

³⁸ O orzekaniu wobec skazanego zakazu zbliżania się do określonej osoby, za jej zgodą por. art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 7 września 2007 r. Orzeczenie takiego zakazu przez sąd penitencjarny następuje na wniosek prokuratora lub sądowego kuratora zawodowego, przy czym sąd może orzec ten zakaz lub nałożyć na skazanego obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach. Funktor alternatywy nierozłącznej „lub” użyty w tekście ustawy informuje nas, że mogą być zastosowane oba te środki jednocześnie.

pozbawienia wolności odbywana w zakładzie karnym, jak i kara pozbawienia wolności odbywana za pomocą dozoru elektronicznego, mają zbieżne założenia. Oba są dolegliwe (więzienie zapewne bardziej) i oba mają wychować do życia w społeczeństwie (w tym przypadku rzekomo w większym stopniu wychowywać będzie dozór).

Formułowane są opinie, iż więzienie tak naprawdę wcale nie resocjalizuje, że przeciwnie – jest ono swoistą „szkołą przestępców”³⁹. Trafia się tam przykładowo za podrobienie lub przerobienie dokumentu w celu użycia go jako autentycznego, a poznaje się osoby, dla których narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, to nie pierwszozna.

W przypadku dozoru elektronicznego jako substytutu dla kary pozbawienia wolności pewne jest, że kara musi pozostać karą i winien być to środek zindywidualizowany, wyciągający konsekwencje w stosunku do sprawcy nieprzestrzegającego porządku prawnego, a nie w stosunku do społeczeństwa, które prawo powinno przed takimi przestępcami chronić. W najważniejszym akcie prawnym, jakim jest Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, czytamy: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”⁴⁰. Czy można byłoby nazwać państwem prawa kraj, w którym przestępca chodzi niemal na wolności, z drobną opaską na ręce lub nodze, a niewinny człowiek musi schodzić mu z drogi, kraj, w którym nie będzie można mieć pewności, że wszyscy dookoła przestrzegają tego prawa? A może po prostu prawo w przypadku dozoru elektronicznego wymaga pewnych uzupełnień, poprawek? Być może w celu skuteczniejszego korzystania z tego sposobu kontrolowania sprawców przestępstw wystarczy odpowiednie ukształtowanie przesłanek jego stosowania.

Sędzia Sądu Najwyższego Teresa Romer wskazuje, iż w systemach prawnych innych państw odnajdujemy tendencję do wzmocnienia roli nie sprawiedliwości w społecznym odczuciu, ale sprawiedliwości wyrównawczej, gdzie kładzie się nacisk na możliwości naprawienia zła wyrządzonego przestępstwem przez udział w życiu społeczeństwa, przez danie skazanemu możliwości wyrównania krzywdy. Represyjna rola kary schodzi zatem na plan dalszy. Sędzia Romer, wypowiadając się negatywnie o więzieniach, wskazuje na potrzebę poszukiwania alternatywnych sposobów karania. Dozór elektroniczny może być tego dobrym początkiem⁴¹.

W tym miejscu warto zwrócić szczególną uwagę na kategorię przestępców odbywających karę pozbawienia wolności w zakładach karnych skazanych za przestępstwo niealimentacji (art. 209 k.k.). Czy umieszczanie ich we więzieniach jest korzystne? Wydaje się, że nie. Realizujemy co prawda wów-

³⁹ E. Trybuchowska, op. cit., s. 148.

⁴⁰ Art. 2 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁴¹ E. Trybuchowska, op. cit., s. 148.

czas funkcję represyjną kary, funkcję sprawiedliwościową, osiągamy cel wychowawczy i prewencyjny, ale... przed kim ta prewencja? Przed społeczeństwem, które często nawet nie wie, że ktoś uchyla się od łożenia na utrzymanie osoby najbliższej? Czy może przed bliskimi, których podstawowe potrzeby życiowe i tak nie zostaną zaspokojone, jeśli nie przyjdzie im z pomocą państwo, ZUS, tudzież jakieś fundacje? Dozór elektroniczny zwolniłby państwo z obowiązku utrzymywania takich przestępców w więzieniach i pozwoliłby im łatwiej znaleźć pracę⁴². Teoretyzując i odbiegając w tym zakresie od faktycznych uregulowań w aktualnym tekście ustawy, można byłoby stosować dozór elektroniczny wobec wszelkich przestępców z omawianej grupy – nie uzależniając tego od ich zgody – i nałożyć na nich wręcz obowiązek znalezienia sobie pracy. Nie w tym bowiem rzecz, aby siedzieli beczynnym w przepelnionych więzieniach, ale by łożyli na utrzymanie osoby najbliższej lub innej i w ten sposób zaspokajali jej podstawowe potrzeby życiowe. Tutaj należy pozostawić miejsce do rozważań ustawodawcy.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego przy Ministerstwie Sprawiedliwości uznaje propozycję stosowania dozoru elektronicznego jako niezwykle interesującą, przyszłościową i potrzebną. Sam projekt ocenia jednak jako pewną sztuczną konstrukcję wymagającą jeszcze badań i dyskusji. Dobrze więc, że ustawę postanowiono wprowadzić na próbny okres pięciu lat. Komisji niewłaściwe wydaje się nazywanie dozoru elektronicznego nowym systemem wykonywania kary pozbawienia wolności, jeśli *de facto* skazany pozostaje na wolności. Lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do kodeksu karnego możliwości orzekania przez sąd I instancji dozoru jako modyfikacji kary ograniczenia wolności, z tą różnicą, że w przypadku kary ograniczenia wolności podkreślona jest praca, a przy dozorze – areszt domowy. Co do kary pozbawienia wolności to, według Komisji, dozór można stosować przy jej zawieszeniu, co prowadziłoby do większego zabezpieczenia tego środka probacyjnego⁴³.

Nadmienić należy, co już zostało wspomniane, iż zgodnie z ustawą z dnia 7 września 2007 r. organami właściwymi do orzekania o możliwości skorzystania przez skazanego z odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego będą sądy penitencjarne, w których okręgu kara jest lub ma być wykonywana (art. 38). Sąd penitencjarny to nic innego jak wydział penitencjarny i nadzoru nad wykonywaniem orzeczeń karnych – ustanowiony do spraw penitencjarnych i nadzoru nad sądowym postępowaniem wykonawczym w sprawach z zakresu prawa karnego⁴⁴. Czemu akurat on? Czy nie powinno

⁴² Szerzej na ten temat zob. *Samo życie, Alimenciarze za kratami. Wolą iść do więzienia niż płacić na dzieci*, [online] <www.slowoludu.com.pl/gazeta/codzienna/2003/IX/12/10.pdf>, dostęp: 5.11.2008.

⁴³ E. Trybuchowska, op. cit., s. 151–152.

⁴⁴ Art. 16 § 1 pkt 3 ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 98, poz. 1070).

się pozostawić orzekania w tej kwestii wydziałom karnym rozpoznającym sprawę? Z drugiej strony istnieje obawa, że sądy (wydziały karne), chcąc zapobiec skorzystaniu przez określonego przestępcę z możliwości odbywania kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego, będą ferować wyższe wyroki⁴⁵.

Abstrahując od polskich uregulowań w zakresie dozoru elektronicznego, można przyjąć tezę, że z pewnością mógłby on sprawdzić się jako kara samostna, np. monitoring przed rozprawą (tzw. *pre-trial*). W mniejszym stopniu niż tymczasowe aresztowanie stygmatyzowałby on sprawcę, który przecież może okazać się niewinnym; domniemany sprawca nie pozostawałby zupełnie wolny, odpowiednie służby miałyby go „na oku”, a jego zachowanie pozostawałoby pod pewną kontrolą⁴⁶. Dozór elektroniczny mógłby być też pomocny jako wzmocnienie warunkowego zawieszenia wykonania kary. Ewentualnie można by go zastosować w przypadku warunkowego przedterminowego zwolnienia (tzw. *post-trial*)⁴⁷, gdyż łatwiej wówczas takiego skazanego wdrożyć w tryb życia poza zakładem karnym, sprawdzić, czy uczestniczy w programie leczenia odwykowego, czy podejmuje próby znalezienia pracy, czy nie powraca do przestępczego procederu⁴⁸. Rozwiązania takie praktykowane są z powodzeniem w państwach zachodnich⁴⁹. Można byłoby skorzystać z ich wiedzy i doświadczenia.

Na koniec warto wspomnieć, iż są formułowane obawy, że monitoring elektroniczny może stanowić wstęp do pełnej kontroli jednostki przez państwo, jak w wizji Georga Orwella w powieści *Rok 1984*⁵⁰. Obywatele fikcyjnego państwa Oceania, rządzonego przez wszechpotężną Partię pod przywództwem Wielkiego Brata, poddani są nieustającej inwigilacji i kontroli, reżim ingeruje w najbardziej intymne sfery życia, nieprawomyślnych eliminuje lub podporządkowuje sobie ich umysły, zamieniając w gorliwych wyznawców (*Big Brother is watching you*). W świecie Wielkiego Brata każda sekunda ludzkiego życia znajduje się pod kontrolą, a dominującym uczuciem jest strach. Jest to świat, w którym ludzie czują się bezradni i samotni, a takie pojęcia, jak „wolność” i „sprawiedliwość” nie istnieją. Oczywiście, książka opisuje ideologię komunistyczną, totalitaryzm, nie państwo demokratyczne i prawne. Jednak sam fakt, że są osoby, które mają takie skojarzenia z dozorem elektronicznym, może dać do myślenia.

Wracając do myśli przewodniej i kończąc tym samym niniejszy wywód, warto podkreślić, iż jest jedna rzecz bezsporna, nie budząca wątpliwości,

⁴⁵ D. Sielicki, op. cit., s. 26.

⁴⁶ K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 204.

⁴⁷ Szerzej na ten temat: ibidem, s. 215.

⁴⁸ Ibidem, s. 205.

⁴⁹ Dozór elektroniczny w Anglii i Walii: D. Sielicki, op. cit., s. 20–22; w Szwecji, Francji, Anglii i Walii, Australii: K. Dyl, G. Janicki, op. cit., s. 207–209; w Szwecji, Belgii, Wielkiej Brytanii i we Włoszech: E. Trybuchowska, op. cit., s. 152–154.

⁵⁰ D. Sielicki, op. cit., s. 19.

mianowicie: karać powinno się tylko winnych. Karać powinno się także sprawiedliwie. Terminy takie jak „kara” czy „sprawiedliwość” są jednak pojęciami bardzo ocennymi, subiektywnymi, każdy odczuwa to inaczej, każdy na swój sposób je rozumie. Zadaniem państwa jest znaleźć złoty środek pomiędzy karaniem a wychowywaniem, między represją a resocjalizacją, między społecznym poczuciem sprawiedliwości a sprawiedliwością. Dozór elektroniczny może się sprawdzić, nie należy go z miejsca krytykować, ale czy rzeczywiście się sprawdzi, czy będzie karał i wychowywał, represjonował czy resocjalizował, czy spełni funkcję prewencyjną kary i czy będzie rozwiązaniem sprawiedliwym – czas pokaże.

Zaproponowane przez polskiego ustawodawcę rozwiązania w postaci dozoru elektronicznego są konstrukcją potrzebną i przyszłościową, aczkolwiek wymagającą jeszcze dopracowania. O ile bowiem przekonuje do dozoru elektronicznego danie skazanym możliwości kontynuowania pracy i pozostawiania w rodzinnym domu, a także względy natury praktycznej, jak przeciwdziałanie przepełnieniu więzień, o tyle system radiowy w połączeniu z niedoprecyzowaniem kategorii przestępców, którzy byliby wyłączeni z systemu dozoru elektronicznego, budzi już obawy. Jak zawsze przyszłość zweryfikuje wszelkie oceny.

Summary

Will the administration of justice punish criminals? System of electronic monitoring and functions and aims of criminal punishment

Crime and punishment are inseparable elements. The aim of my researches was answer to question, will electronic monitoring be beneficial as a punishment for criminals. The electronic monitoring is the doctor Robert Schwitzgebel's idea, the American psychologist's from Harvard University. He invented it in 1964 year. Already it has been used in many countries of the world: in United States, Canada, Great Britain, Sweden, Denmark, Belgium, Switzerland, France, Germany, Portugal, Italy. Since 1 September 2009 it will be in force in Poland.

In my article I showed, how the electronic monitoring works. I compared his use in different countries to planned use in Poland. The article contains the multiaspectual view on topic of electronic monitoring, showing his advantages and disadvantages.

Taking everything into account, electronic monitoring can be punishment, but not in every situation. To more effective benefiting this way of control of offenders it needs suitable form of his usage's circumstances.

Szymon Krajnik

Koło Naukowe Prawa Karnego i Kryminologii
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wpływ zmian legislacyjnych na poziom przestępczości i ich społeczne konsekwencje

Obowiązujący obecnie kodeks karny oparty jest na powszechnie akceptowanym przez doktrynę założeniu, że rola kodyfikacji karnej w zwalczaniu przestępczości ma charakter jedynie subsydiarny¹. Groźba poniesienia odpowiedzialności za przestępstwo nie może być wystarczającym środkiem prewencyjnym, skoro niemal każdy sprawca, dopuszczając się czynu zabronionego, sądzi, że uniknie sankcji karnej. Nade wszystko jednak nie wolno zapominać, że prawo, zwłaszcza prawo karne, powinno być narzędziem rozwiązywania konfliktów społecznych wówczas, gdy inne środki zawiodły lub są oczywiście niewystarczające. Różnice w roli prawa karnego widać szczególnie wyraźnie, gdy porównamy jego stosowanie w kręgu cywilizacji Zachodu z kulturą prawną demokratycznych państw Dalekiego Wschodu². Nie wchodząc głębiej w te rozważania, należy stwierdzić, że ich przyczyną jest występowanie w krajach azjatyckich głębiej zakorzenionych w świadomości członków społeczeństwa systemów wartości, poza tymi zabezpieczonymi przez prawo, a groźba sankcji pozaprawnej, w postaci np. potępienia członków grupy społecznej, jest wystarczającym środkiem prewencyjnym. W naszym kręgu kulturowym, w obliczu narastającego pluralizmu etycznego, autonomii i indywidualizmu jednostek, rozpadającego się rdzenia powszechnie uznawanych wartości („etyki bez kodeksów”³), prawo, w tym prawo karne,

¹ Zob. K. Buchała, *Prace nad nowym kodeksem karnym – próba podsumowania*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 9–10, s. 9; T. Szymanowski, *Orzecznictwo sądów karnych w Polsce na tle obrazu przestępczości w latach 1997 i 2005*, [w:] A. Szwarc (red.), *Represyjność polskiego prawa karnego. Materiały Zjazdu Katedr Prawa Karnego (Gniezno, 26–29 września 2006 r.)*, Poznań 2008, s. 26; zob. też: A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 16.

² J. Izydorczyk, *Japoński kodeks karny*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 131–142.

³ Zob. L. Morawski, *Wybrane główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 65–77.

wydaje się być jedynym gwarantem fundamentalnych dóbr. Jak powiedział O. Bradley: „Nasz świat jest światem nuklearnych olbrzymów i moralnych karłów”⁴.

Ochrona prawnokarna ma zasadniczo⁵ charakter retrospektywny, następuje już po naruszeniu konkretnego dobra prawnego, a wymierzenie kary sprawiedliwej (tj. odpowiedniej do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu) oraz zadośćuczynienie pokrzywdzonemu ma na celu z lepszym lub gorszym skutkiem przywrócić stan praworządności sprzed popełnienia przestępstwa. Reakcja karna nie usuwa także zjawiska anomii, powodując wręcz niekiedy chęć odwetu na „systemie” (państwa, wymiaru sprawiedliwości), który w oczach przestępcy go skrzywdził i który oparty jest na niewłaściwym systemie wartości

W związku z powyższym, remedium na problem przestępczości należy szukać w pierwszej kolejności w innych sferach aktywności państwa, przede wszystkim w wychowaniu, edukacji i zapewnieniu dobrobytu możliwie najszerszym rzeszom społeczeństwa. Cytując F. von Liszta, można powiedzieć, że najlepszą polityką karną jest dobra polityka socjalna. Wymaga ona jednak znacznego nakładu środków i jest bardzo czasochłonna, dlatego też nie jest przedmiotem rzeczywistego zainteresowania polityków, którzy wolą zbijać kapitał polityczny i zjednywać sobie elektorat wyborczy chwytnym, ale jakże nieuzasadnionym hasłem zaostrenia represyjności prawa karnego (z wprowadzeniem kary śmierci włącznie) w imię walki z rosnącą – ich zdaniem – przestępczością⁶.

Tym populistycznym postulatem sprzyjają środki masowego przekazu. Zdecydowana większość członków społeczeństwa właśnie z nich czerpie informacje na temat przestępczości. W świetle prezentowanych przez mass media zdarzeń wydawać się może, że te najpoważniejsze, najbardziej drastyczne i przez to tak nagłaśniane przestępstwa dominują w ogólnym obrazie przestępczości, a drobne występki stanowią jej margines. W porównaniu z rzeczywistą strukturą przestępczości jej obraz prezentowany w radiu i telewizji przypomina odwróconą piramidę⁷. Jest to oczywiście skutkiem dążenia do osiągnięcia jak największego zysku, poprzez rozpowszechnianie sensacyjnych, pożądanych przez odbiorców, opisów najbardziej szokujących, drastycznych czynów. Takie zjawisko jest wykorzystywane przez zwolenników represyjnej polityki karnej, niekiedy wykorzystujących wręcz ludzkie emocje skłaniające do surowego odwetu na sprawcy. W chwilach ujawnienia straszliwej zbrodni

⁴ Cyt. za: J. Malec, *Przestępczość – to ciekawe zjawisko*, Warszawa 2005, s. 5.

⁵ Wyjątkiem jest m.in. karalność form stadialnych usiłowania i przygotowania oraz w pewnym sensie także penalizacja zachowań należących do kategorii przestępstw formalnych, a także skutkowych z narażenia. Zob. A. Marek, *Prawo karne...*, s. 115–118.

⁶ Zob. K. Buchała, *Prace nad nowym kodeksem karnym – próba podsumowania*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 9–10, s. 8.

⁷ J. Widacki, „Przegląd” z 9 stycznia 2005 r., cyt za: J. Malec, op. cit., s. 10.

mało kto bowiem pamięta o słowach Seneki: *nemo prudens puit quia peccatum est, sed ne peccetur*. Liczy się tylko retrybutywizm.

Dowodem na wypaczenie świadomości społeczeństwa przez media są badania CBOS przeprowadzone w październiku 2006 r. Na pytanie, czy twoje miejsce zamieszkania jest bezpieczne, aż 79% badanych odpowiedziało twierdząco, a zaledwie 20% było odmiennego zdania. Natomiast kiedy zapytano, czy Polska jest krajem, w którym żyje się bezpiecznie, większość (53%) odpowiedziała przecząco, a tylko 43% respondentów uznało Polskę za bezpieczny kraj⁸. Porównując te wyniki należy zaznaczyć, że respondenci, odpowiadając na pierwsze pytanie, kierowali się wiedzą zdobytą bezpośrednio z własnych doświadczeń i obserwacji, natomiast oceniając kwestie bezpieczeństwa w całym kraju, polegali na informacjach przekazanych za pośrednictwem środków masowego przekazu. Różnica doskonale charakteryzuje siłę oddziaływania mediów na społeczeństwo. Z niepokojem należy jednak stwierdzić, że ta siła jest często wykorzystywana do realizacji partykularnych celów polityków.

Nie można zapominać o fundamentalnej prawdzie, którą już w II poł. XVIII w. afirmował C. Beccaria: „jednym z najistotniejszych środków powstrzymujących od popełniania przestępstw jest nie okrucieństwo kar, lecz nieuchronność tych kar”⁹. Znakomitym tego dowodem jest przykład, który podaje L. Fuller¹⁰, kiedy to podczas wykonywania publicznej egzekucji kieszonkowcy mieli zwyczaj opróżniać sakiewki obserwującej widowisko publiczności. Z drugiej strony wprowadzona przez władze Nowego Jorku polityka „zero tolerancji”, przejawiająca się w bezwzględnym i skutecznym ściganiu wszelkich, nawet niewielkich naruszeń prawa, doprowadziła do spadku przestępczości w tym mieście.

Należy pamiętać, że na dynamikę przestępczości wpływ ma wiele trudno mierzalnych czynników¹¹. Można wśród nich wymienić te, które wpływają na rzeczywisty stan przestępczości (np. poziom dobrobytu w społeczeństwie, przemiany ustrojowe, wysokość bezrobocia lub czynniki wpływające na motywację pojedynczego sprawcy¹²) oraz takie, które oddziałują na rejestrowanie badanego zjawiska (np. procedury przyjmowania zgłoszeń o możliwości popełnienia przestępstwa, gotowość pokrzywdzonych do zawiadamiania organów ścigania o czynach przestępnych popełnionych na ich szkodę¹³).

⁸ J. Warylewski, *Aktualna polityka karna wobec statystycznego obrazu przestępczości i badań opinii publicznej*, „Edukacja Prawnicza” 2007, nr 3, s. 6. Na temat poczucia lęku w związku z przestępczością zob. też: A. Siemaszko (red.), *Geografia występku i strachu. Polskie badania przestępczości '07*, Warszawa 2008, s. 108 i n.

⁹ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 138.

¹⁰ L. Fuller, *Anatomia prawa*, Lublin [b.r.w.], s. 55.

¹¹ Zob. K. Krajewski, *Przestępczość i polityka karna w Polsce w latach dziewięćdziesiątych*, CzPKiNP 2003, z. 1, s. 171.

¹² Zob. B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 2007, s. 1151 i n.

¹³ Z badań przeprowadzonych w 2007 r. wynika, że jedynie 46% przestępstw jest zgłaszana Policji, zob. A. Siemaszko, (red.), *Geografia występku...*, s. 33, 46 i n.

Na stan przestępczości wpływ mają rzecz jasna również zmiany zachodzące w ustawodawstwie karnym, z tym jednak zastrzeżeniem, że relacji takiej nie można sprowadzać li tylko do prostej tezy o związku przyczynowo-skutkowym między zaostrzeniem czy złagodzeniem represyjności prawa karnego a odpowiednio wzrostem bądź spadkiem dynamiki przestępczości¹⁴. Zmiany legislacyjne mogą być dokonywane na gruncie różnych instytucji (m.in. w zasadach odpowiedzialności karnej, systemu sankcji czy w części szczególnej kodeksu karnego), odnoszących się do poszczególnych grup społecznych (np. młodocianych, recydywistów itp.) oraz być w różnym stopniu i charakterze stosowane przez wymiar sprawiedliwości, a ponadto (i przez to) w różnym stopniu oddziaływać na świadomość prawną społeczeństwa, co z kolei ma wpływ na dynamikę i strukturę przestępczości. Problem tych relacji jest niezwykle złożony i nie da się sprowadzić do prostych, populistycznych haseł lansowanych zwłaszcza przez poprzednią koalicję rządową¹⁵ oraz niektórych przedstawicieli doktryny¹⁶, które przeważnie pozbawione są merytorycznych podstaw¹⁷. Zgodne jest stanowisko kryminologów, że powiązania między mniej lub bardziej surową represją a nasileniem bądź spadkiem przestępczości „aczkolwiek istnieją, są nader wątle”¹⁸.

Biorąc pod uwagę obszerność problematyki i ramy niniejszego opracowania, należy skupić się na zmianach poczynionych od wejścia w życie obecnie obowiązującej kodyfikacji karnej. Już w trakcie prac przygotowawczych nad projektem pojawiły się zarzuty co do zbyt liberalizmu opracowywanej regulacji, które zresztą podnoszone są do dnia dzisiejszego. Wydaje się, że w znacznym stopniu spór ten jest kwestią względną i zależy od punktu odniesienia. Biorąc pod uwagę regulacje prawnokarne państw zachodnioeuropejskich, w żadnym razie nie można uznać naszego kodeksu z 1997 r. za liberalny¹⁹. Gdy porównamy go jednak z wyjątkowo represyjnym kodeksem

¹⁴ K. Krajewski, *Nowa kodyfikacja karna a polityka karna w Polsce w latach 1990–2005*, CzPKiNP 2008, z. 1, s. 17.

¹⁵ Zob. np. wypowiedź J. Kaczyńskiego w: P. Girdwoyn, *Nowelizacja kodyfikacji karnych – wyzwania i dylematy. Sprawozdanie z konferencji na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, w dniu 14 marca 2000 r.*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 229–230.

¹⁶ Zob. np. W. Mąciór, *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.*, „Przegląd Sądowy” 1996, nr 9, s. 71; idem, *Trzeba zaostrzyć kary*, „Rzeczpospolita” z 11 stycznia 2001 r.

¹⁷ Niekiedy politycy uciekają się do manipulacji, jak to miało miejsce w 2006 r. na jednej z konferencji prasowych ówczesnego ministra sprawiedliwości. Zbigniew Ziobro uzasadniał konieczność zaostrzenia prawa karnego wzrastającym poziomem przestępczości, prezentując dane statystyczne tylko do 2003 r., bo wtedy stwierdzono najwyższy wskaźnik przestępczości, podczas gdy były już dostępne dane z dwóch następnych lat, wskazujące na spadek zarejestrowanych przestępstw.

¹⁸ M. Mozgawa, J. Szumski, *Kodeks karny w ocenie doktryny i publicystyki*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma...*, s. 28.

¹⁹ Por. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości w Polsce 4*, Warszawa 2009, s. 288.

karnym z 1969 r., wówczas obecnie obowiązująca ustawa karna wydaje się względnie łagodna²⁰. Nie można ponadto zapominać, że polityka karna realizowana jest nie tylko w drodze tworzenia prawa, ale także jego stosowania i *to law in action* jest ostatecznym jej wyrazem. Znakomitym tego przykładem jest fakt, że obniżenie represyjności prawa karnego w latach 1989–1995, przy niewielkich zmianach kodeksu karnego z 1969 r., było rezultatem zmiany tendencji w orzecznictwie w ramach sędziowskiego wymiaru kary, spowodowane funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości w nowych warunkach społeczno-politycznych, tj. w demokratycznym i praworządnym państwie, w którym niezawisłość sądów stała się rzeczywistością. Nie wchodząc głębiej w ten spór, warto przytoczyć słowa M. Filara: „nie jest istotne, czy nowy kodeks jest bardziej czy mniej liberalny od poprzedniego. Istotne jest to, czy jest on bardziej skuteczny w opanowywaniu zjawiska przestępczości”²¹.

Większość przedstawicieli doktryny²² krytykuje pogląd, iż wprowadzenie nowego „liberalnego” kodeksu karnego przyczyniło się do wzrostu przestępczości. Tendencja ta odnotowywana jest we wszystkich krajach Europy Środkowej i Wschodniej przechodzących proces transformacji politycznej i ekonomicznej, niezależnie od realizowanej polityki kryminalnej. Gdyby surowość represji i drakońskie warunki odbywania kary miały decydujący wpływ na poziom przestępczości, Federacja Rosyjska, przodująca pod tym względem, już od dawna powinna być krajem bez przestępczości²³. Ponadto największy zanotowany wzrost przestępczości, o 61%²⁴, miał miejsce między 1989 a 1990 r., a więc pod rządami starego kodeksu karnego z 1969 r. Na ten fakt wpływ miał nie tylko rzeczywisty wzrost badanego zjawiska, ale w znacznym stopniu także nowe podejście do rejestracji zgłaszanych przestępstw, nie motywowane odąd pobudkami politycznymi. Powszechnie wiadomo bowiem, że w okresie Polski Ludowej statystyki przestępczości były mocno niedowartościowane. Potwierdza to również drastyczny spadek wykrywalności przestępstw z 74,2% w 1988 r. do 55,5% w następnym roku, aby w 1990 r. sięgnąć najniższego pułapu 40,1%²⁵. Prawdopodobną przyczyną było rzecz jasna rejestrowanie i uwzględnianie w statystykach tych spraw karnych,

²⁰ Zob. J. Kochanowski, *Redukcja odpowiedzialności karnej. Analiza i ocena założeń Kodeksu karnego z 1997 r. na tle innych polskich kodyfikacji karnych*, Warszawa 2000, passim.

²¹ M. Filar, *Legislatorzy i kontestatorzy*, „Rzeczpospolita” z 8–9 sierpnia 1998, cyt. za: A. Zoll, *Założenia politycznokryminalne kodeksu karnego w świetle wyzwań współczesności*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9–10, s. 50.

²² Ibidem, s. 42; K. Krajewski, *Nowa kodyfikacja...*, s. 17.

²³ K. Krajewski, *Nowa kodyfikacja...*, s. 18.

²⁴ Wzrost z 547 589 do 883 346, z 1442 do 2317 na 100 tys. mieszkańców; por. J. Warylewski, *Aktualna polityka...*, s. 4.

²⁵ Zob. A. Marek, *Prawo karne...*, s. 44; A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości...*, s. 50 i n.

których z uwagi na trudności dowodowe w ogóle nie zgłaszano bądź nie przyjmowano w obawie przed „psuciem” statystyk danej jednostki Milicji Obywatelskiej²⁶. Koresponduje z tym dramatyczny wzrost w latach 1989–1990 przestępstw przeciwko mieniu: kradzieży z włamaniem (o 96,4%), rozboju (o 80%) i kradzieży (o 51,6%), które generalnie mniej interesują organy ścigania niż np. przestępstwo zgwałcenia, którego wzrost wyniósł tylko 9%, uszkodzeń ciała (o 20%) czy bójek i pobić (32%). Wzrost liczby zabójstw o 26%²⁷, niepokojący ze względu na wagę czynu, przynajmniej częściowo tłumaczyć można zmianą w podejściu organów ścigania do kwestii licznych zaginięć. Wzrost przestępczości po przełomie ustrojowym jest rzecz jasna faktem, ale nie wydaje się, by był on tak znaczny, jak by na to wskazywały statystyki.

Nasilenie wzrostu przestępczości w latach 1989–2006 wyniosło 1,35 razy, ale aż 45% tego przyrostu przypadło na lata 1989–1990²⁸. Poza spadkiem w 1996 r. i początkiem (oby stałej) tendencji spadkowej od 2004 r. zmiana dynamiki przestępczości nie wykazywała szczególnego nasilenia. W świetle statystyk nie wydaje się więc, by wejście w życie nowego kodeksu karnego miało istotny wpływ na ten trend.

Mimo wszystkich tych faktów rządzący utrzymywali represyjny kurs polityki karnej, ignorując w większości przypadków rzeczywiście konieczne postulaty zmiany ustawy karnej zgłaszane przez doktrynę²⁹. Czasami nawet dokonywane nowelizacje były sprzeczne z postulowanymi działaniami ustawodawcy. Tak np. ustawą (tzw. antypedofilską) z dnia 27 lipca 2005 r.³⁰ zlikwidowano w karalności za typy kwalifikowane zabójstwa sankcję względnie oznaczoną, pozostawiając jedynie kary 25 lat i dożywotniego pozbawienia wolności, zamiast – jak sugerowała większość środowiska naukowego – zlikwidować w ogóle typy kwalifikowane z art. 148 § 2 i 3 k.k.³¹ Wpływ tej zmiany na dynamikę wskaźnika zabójstw, jeśli w ogóle istnieje, to jest bardzo znikomy, natomiast w oczach zwykle nieświadomionej opinii społecznej rząd wykazał zdecydowane działanie w walce z przestępczością. Skutek zmiany art. 148 § 2 k.k. jest jednak przede wszystkim dramatyczny ze względu na brak koherencji z innymi przepisami kodeksu karnego. Obecne brzmienie przepisu koliduje z całym szeregiem innych instytucji, m.in. nad-

²⁶ Ibidem, s. 42.

²⁷ Źródło: K. Krajewski, *Przestępczość...*, s. 176–180.

²⁸ Źródło: J. Warylewski, *Aktualna polityka...*, s. 4.

²⁹ Zob. A. Wąsek, *Propozycje zmian kodeksu karnego z 1997 roku po roku jego obowiązywania*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma...*, s. 45–60.

³⁰ Dz. U. nr 163, poz. 1363.

³¹ Zob. A. Wąsek, op. cit., s. 58; A. Barczak, A. Jaskuła, P. Pojnar, *Konstytucyjne podstawy prawa karnego w świetle nowych kodyfikacji karnych. Omówienie dyskusji z konferencji naukowej „Kodyfikacje karne po roku” (Popowo, 21–22 października 1999 r.)*, [w:] A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma...*, s. 175.

zwyczajnym złagodzeniem kary³², wymiarem kary dla młodocianego, karalności usiłowania oraz formami zjawiskowymi przestępstwa.

Podobnie rzecz się miała z nowelizacją art. 197 k.k. na mocy wymienionej już wyżej ustawy. W wyniku niedopatrzania w obecnym stanie prawnym w związku z art. 10 § 2 k.k. istnieje absurdalny stan, zgodnie z którym 15-latek może odpowiadać karnie na zasadach ogólnych za zgwałcenie zbiorowe, natomiast takiej odpowiedzialności nie poniesie, gdy dokona zgwałcenia „tylko” ze szczególnym okrucieństwem.

Innym rażącym błędem była zmiana art. 199 k.k., polegająca na wprowadzeniu typu kwalifikowanego, gdy czyn polegający na nadużyciu zależności lub udzieleniu korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy został popełniony na szkodę małoletniego. Ustawodawca nie wskazał jednak progu małoletniości, w efekcie zastosowanie znajdzie przepis art. 10 k.c., ustanawiający granicę pełnoletniości na poziomie 18 lat³³. Tym samym zachowanie polegające np. na doprowadzeniu przez 17-latkę do obcowania płciowego swojej koleżanki z klasy (w tym samym wieku) w zamian za obietnicę pomocy na klasówce lub napisania wypracowania zgodnie z art. 199 § 3 k.k. będzie stanowiło przestępstwo w typie kwalifikowanym, zagrożone karą od 3 miesięcy do 5 lat, zamiast kary od 1 miesiąca do lat 3, jaka jest przewidziana za przestępstwo w typie podstawowym³⁴.

Zupełnie nieuzasadnione jest także wprowadzenie art. 106a k.k. ustanawiającego zakaz zatarcia skazania w przypadku skazania na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełnione na szkodę małoletniego poniżej lat 15. Nie może być w tym przypadku mowy o jakiegokolwiek prewencji indywidualnej czy ogólnej. Takie rozwiązanie jedynie niepotrzebnie dodatkowo represjonuje sprawców i utrudnia im społeczną readaptację. Jest ponadto nieracjonalne, gdy weźmiemy pod uwagę fakt, że skazani za zbrodnie i ciężkie występki, wielokrotni zabójcy i gwałciciele mają szansę na zatarcie skazania, a np. uznany za winnego dobrowolnego obcowania płciowego z 14-latką jest takiej możliwości pozbawiony.

Także ustawy wymiar kary z art. 200 k.k., wynoszący od 2 do 12 lat, należy uznać za nieuzasadniony, co akcentuje wielu przedstawicieli doktryny³⁵.

³² Choć w tej kwestii istnieją rozbieżne poglądy co do możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary 25 lat pozbawienia wolności zob. np. T. Bojarski, *Kierunek zmian dokonanych w kodeksie karnym z 1997 roku. Charakterystyka ogólna*, [w:] T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad (red.), *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, Lublin 2006, s. 24.

³³ Zob. A. Marek, *Prawo karne...*, s. 494

³⁴ Zob. też M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, *Państwo i Prawo* 2006, nr 3, s. 46.

³⁵ Tak też: A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 391; A. Zoll i in., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Kraków 2006, s. 657; M. Filar, „*Druga*” nowelizacja..., s. 49.

Wystarczy tylko wskazać, że sankcja ta jest identyczna jak w art. 197 § 1 k.k., w którym do obcowania płciowego doprowadza się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, a np. za wyrządzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 156 § 1 k.k.) ustawowy wymiar kary jest mniejszy i wynosi od 1 roku do 10 lat. Również zrównanie sankcji za przestępstwo prezentowania małoletniemu w celu zaspokojenia seksualnego czynności seksualnej z pedofilią w ścisłym tego słowa znaczeniu wydaje się nieracjonalne³⁶.

Takich pozbawionych racjonalnych podstaw lub destrukcyjnych, z uwagi na spójność systemu prawa, zmian można by przytoczyć jeszcze wiele (m.in. nowe środki karne i zabezpieczające)³⁷. Wszystkie one były wprowadzane w związku z ideą zwiększenia ochrony obywateli i walki z przestępczością (zwłaszcza pedofilią), ale nie miały rzeczywistego znaczenia, zwłaszcza że rozmiary przestępczości seksualnej wymierzonej przeciwko osobom małoletnim stanowią znikomy ułamek całej struktury przestępczości. Wpływają one jedynie na złudne wrażenie ogółu społeczeństwa o aktywności władzy publicznej w tym zakresie, choć przede wszystkim wprowadzają chaos i trudności interpretacyjne w stosowaniu prawa przez organy wymiaru sprawiedliwości.

Należy stwierdzić, że o bezpośredniej zależności między zmianami legislacyjnymi a zmianami poziomu przestępczości można mówić w przypadku zmiany kwalifikacji prawnokarnej danych zachowań. W przypadku bowiem kontrawencjonalizacji lub zupełnej depenalizacji określonego czynu liczba zachowań dotychczas uznawanych za przestępne nie będzie już leżeć w sferze zainteresowania organów ścigania i nie znajdzie się w opracowywanych statystykach. Odwrotnym procesem jest uznanie za przestępstwo nowych zachowań bądź czynów uznawanych wcześniej za wykroczenia.

Najbardziej spektakularnym tego przykładem było wprowadzenie do kodeksu karnego na mocy ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r.³⁸ art. 178a k.k., kryminalizującego prowadzenie pojazdu (mechanicznego bądź innego) w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego. Wskutek wprowadzenia tego przepisu, który wszedł w życie 15 grudnia 2000 r., w latach 2000–2002 w zakończonych postępowaniach przygotowawczych stwierdzono wzrost przestępstw przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu w komunikacji z 23 313 do 16 5604, czyli wzrost o 142 287, tj. 6,1 razy (przy spadku tej kategorii przestępstw w latach 1995–2000 o 43,4%), przy czym ogólny stwierdzony wzrost przestępczości w liczbie bezwzględnej wyniósł 137 319. Jak

³⁶ A. Zoll i in., *Kodeks karny...*, s. 657.

³⁷ Zob. S. Szyrmer, *Nowelizacja prawa karnego w świetle ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 163, poz. 1363)*, CzoPKiNP 2006, z. 1, s. 64–65; M. Filar, „*Druga nowelizacja...*”, s. 39–55.

³⁸ Dz.U. nr 48, poz. 548.

widać, gdyby nie omawiana nowelizacja, można by mówić o ogólnym spadku przestępczości już po 2000 r., a nie dopiero po 2003 r.³⁹ Udział przestępstw drogowych w strukturze przestępczości od szczytowego 1997 r. spadał do 3,2, 1,8 i 1,6, a porównując dane z 2000 i 2001 r. skoczył z 1,6 % do 10%, po czym systematycznie wzrastał w następnych latach do 11,6, 11,5, 12,1 i 14,2 w 2005 r.⁴⁰ Gdyby obowiązywały przepisy sprzed 2001 r., wówczas stan przestępczości drogowej przedstawiałby się następująco: 2000 r. – 19 894, 2001 – 18 655 (zamiast 138 817), 2002 r. – 18 558 (zamiast 163 012), 2003 – 17 864 (zamiast 168 827), 2004 r. – 18 693 (zamiast 177 296), 2005 – 17 818 (zamiast 196 486).

Ponadto w związku z art. 42 § 1 i 2 k.k., na mocy którego w przypadku skazania za czyn z art. 178a k.k. sąd orzeka obligatoryjnie środek karny w postaci zakazu prowadzenia pojazdów, znacznie zwiększyła się również liczba przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości. Zaliczają się do nich m.in. czyny z art. 244 k.k. (naruszenie zakazu sądowego). Po wejściu w życie art. 178a liczba przestępstw z tej kategorii wzrosła z 9867 do 14 641, tj. o 48,3% w porównaniu do wzrostu o 47,2% w ponaddwukrotnie dłuższym okresie 1995–2000⁴¹.

Problem penalizacji zachowania polegającego na bezwypadkowym prowadzeniu pojazdu w stanie nietrzeźwości sięga okresu międzywojennego⁴². Przepis art. 178a k.k. stanowi powrót do regulacji art. 28 § 1–2 Ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁴³. Należy jednak podkreślić – co wykazał R.A. Stefański, zestawiając i szczegółowo analizując orzekane kary – że w okresie obowiązywania wspomnianej ustawy nie orzekano bynajmniej surowszych kar za przestępstwa niż po wejściu w życie kodeksu wykroczeń, gdy czyny te stały się wykroczeniem penalizowanymi na podstawie art. 87 k.w.

Z uwagi na zwiększone prawdopodobieństwo spowodowania wypadku przez pijanego kierowcę, oczywisty jest brak akceptacji zachowania, które zasługuje na potępienie społeczne oraz sankcję prawną. Pojawia się nato-

³⁹ Źródło: J. Warylewski, *Aktualna polityka...*, s. 4.

⁴⁰ B. Hołyst, op. cit., s. 348, 349.

⁴¹ A. Marek, *Prawo karne...*, s. 49.

⁴² Na mocy Rozporządzenia Ministra Komunikacji, Spraw Wewnętrznych i Wojskowych z dnia 27 października 1937 r. o ruchu pojazdów mechanicznych na drogach publicznych (Dz.U. nr 89, poz. 656), zob. A. Wincenciak, *Oceny prawne prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości*, CzPKiNP 2004, z. 2, s. 83–96.

⁴³ Dz.U. z 1959 r., nr 69, poz. 434. Przepis art. 28 § 1 wspomnianej ustawy tworzył typ przestępstwa polegającego na prowadzeniu pojazdu mechanicznego służącego do komunikacji lądowej, wodnej lub powietrznej w stanie nietrzeźwości, zaś przepis art. 28 § 2 – prowadzenia w stanie nietrzeźwości po drodze publicznej pojazdu innego niż mechaniczny. Przestępstwa te stały się wykroczeniami od 1 stycznia 1972 r., tj. z dniem wejścia w życie kodeksu wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r. Przedtem czyny te stanowiły wykroczenie z art. 21 ustawy z dnia 7 października 1921 r. (Dz.U. nr 89, poz. 656); M. Kulik, *Dotychczasowe nowelizacje kodeksu karnego z 1997 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, s. 48.

miast problem kwalifikacji czynu jako bezprawnego (uznanie za wykroczenie bądź przestępstwo), ustalenia odpowiedniej sankcji oraz – co chyba najważniejsze – wskazania progu nietrzeźwości. Ze względów praktycznych niemożliwe jest, mimo zróżnicowanego oddziaływania alkoholu na organizm ludzki, przyjęcie indywidualnego progu nietrzeźwości. Wydaje się jednak, że ustalenie granicy tego stanu na poziomie 0,2 promila kwalifikowanego jako wykroczenie (art. 87 k.w.) oraz 0,5 promila będącego znamieniem przestępstwo (art. 178a k.k.) jest zbyt radykalne w porównaniu do potencjalnego zagrożenia w komunikacji, jakie niesie za sobą taka dawka alkoholu oraz do bardzo surowej sankcji.

Twórcy kodeksu karnego w projekcie wskazali racjonalny, jak się wydaje, próg nietrzeźwości, jeśli chodzi o przestępstwo prowadzenia pojazdu, na poziomie 0,8 promila, co jednak nie spotkało się z akceptacją rządzących polityków. Warto także przytoczyć pogląd R. A. Stefańskiego, który formułuje postulat *de lege ferenda*, iż przestępstwem winny być tylko przypadki prowadzenia pojazdu przez kierowcę, który jest niezdolny czynić to bezpiecznie. Proponuje on penalizację prowadzenia pojazdu przez osobę, w której organizmie stężenie alkoholu przekracza 1,5 promila⁴⁴.

Inne zmiany legislacyjne, skutkujące wzrostem poziomu przestępczości na znaczną, choć już nie tak ogromną skalę, polegały m.in. na kryminalizacji posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych na mocy Ustawy z dnia 24 kwietnia 1997 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁴⁵ (art. 48) i zostały powtórzone w obecnie obowiązującej ustawie z 29 lipca 2005 r.⁴⁶ Liczba stwierdzonych przestępstw w latach 1997-1998 zwiększyła się z 7915 do 16 432, co oznacza wzrost o 1,1 razy. Liczba tego rodzaju przestępstw w ostatnich latach stale wzrasta i w 2007 r. osiągnęła wartość 63 007⁴⁷, co ma niebagatelny wpływ na statystykę ogólnej dynamiki przestępczości. Wprawdzie pierwotny tekst ustawy (art. 48 § 4) uchylał karalność w przypadku posiadania środków odurzających lub substancji psychotropowych na własny użytek oraz w ilości nieznaczej, jednak m.in. z uwagi na trudności dowodowe w ściganiu drobnych dealerów⁴⁸, ustawą z 26 października 2000 r. skreślono § 4 art. 48, ustanawiając bezwzględny zakaz posiadania narkotyków, powtórzony następnie w ustawie z 2005 r.

Choć jest to zjawisko niepokojące, a sam proceder zdecydowanie naganany społecznie, to w odniesieniu do posiadania niewielkich ilości narkotyków

⁴⁴ Zob. R.A. Stefański, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu i komunikacji. Rozdział XX i XXI kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 393–396.

⁴⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r., nr 24, poz. 198.

⁴⁶ Dz.U. nr 175, poz. 1462.

⁴⁷ Zob. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości...*, s. 38 i n.; B. Hołyst, op. cit., s. 354.

⁴⁸ W przypadku zatrzymania przez Policję dealerzy posiadający przy sobie niewielką ilość narkotyków twierdzili, że nabyli je na własny użytek; zob. A. Marek, *Prawo karne...*, s. 452.

dyskusyjne jest stosowanie reakcji karnej do jego skutecznego powstrzymania. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na aksjologiczne podstawy penalizacji takiego zachowania oraz jej negatywne konsekwencje. Czy bowiem zasadne jest zastosowanie sankcji karnej w przypadku, gdy sprawca wyłącznie sam sobie wyrządza szkodę? Jest to przejawem skrajnego paternalizmu i kłóci się z zasadą *ultima ratio* prawa karnego. Poza tym kryminalizacja prowadzi do zepchnięcia do podziemia oraz stoczenia się na margines społeczny osób zażywających narkotyki, co jest niewątpliwie czynnikiem kryminogennym, a ponadto sprzyja rozwojowi handlu narkotykami przez grupy przestępcze⁴⁹. Warto zauważyć, że wcześniejsze akty prawa międzynarodowego, tj. jednolita konwencja ONZ o środkach odurzających i substancjach psychotropowych z 30 marca 1961 r.⁵⁰ oraz konwencja ONZ o substancjach psychotropowych z 21 marca 1971 r.⁵¹, traktowały tę kwestię głównie jako problem zdrowia publicznego⁵². Natomiast konwencja wiedeńska z 20 grudnia 1988 r.⁵³ ujmuje narkomanię jako problem walki z zorganizowaną przestępczością, a więc przede wszystkim dąży do zwalczania podaży środków odurzających i psychotropowych. Nie jest prawdą, że penalizacja posiadania narkotyków wynika z obowiązujących Polskę norm prawa międzynarodowego, w tym wspólnotowego. Decyzja w tym względzie pozostawiona została suwerennej decyzji państw⁵⁴.

W nurcie tych rozważań znajduje się także kontrowersyjny w Polsce postulat legalizacji posiadania marihuany (*Cannabis*). Jest on godny rozważenia z uwagi na kilka istotnych argumentów. Przede wszystkim narkotyk ten w swojej czystej postaci nie wywołuje uzależnienia fizjologicznego⁵⁵. Taki skutek występuje w przypadku wzbogacania używki. Gdyby więc wprowadzić kontrolowany obrót pod nadzorem instytucji państwowych, możliwe byłoby zmniejszenie podaży marihuany z nielegalnych źródeł, stanowiącej znaczną część dochodu zorganizowanych grup przestępczych, w tym tej wzbogacanej o substancje uzależniające. Argument przeciwników legalizacji, twierdzących, że sięgnięcie po *Cannabis* stanowi tylko krok do spróbowania twardych narkotyków, należy uznać za nieuzasadniony. Kwestia wyboru środków odurzających jest sprawą ściśle indywidualną, a osoby, które teraz z nielegalnych źródeł nabywają susz konopi, mają możliwość zakupu niejako

⁴⁹ Zob. K. Krajewski, *Problematyka kryminalizacji posiadania środków odurzających i psychotropowych w świetle regulacji prawnomiędzynarodowych*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 1, s. 58–69.

⁵⁰ Dz.U. z 1966 r., nr 45, poz. 277.

⁵¹ Dz.U. z 1976 r., nr 31, poz. 180.

⁵² K. Krajewski, *Problematyka kryminalizacji...*, s. 59.

⁵³ Ratyfikowana przez Polskę w 1994 r. (Dz.U. z 1995 r., nr 15, poz. 69).

⁵⁴ K. Krajewski, *Problematyka kryminalizacji...*, s. 68–69.

⁵⁵ Zob. [online] <<http://psychodnia.pl/pl/izolatka/uzaleznienia/fakty-i-mity-o-marihuanie.html>>.

„przy okazji” mocniejszych środków odurzających. Wprowadzenie natomiast legalnych punktów sprzedaży wyłącznie marihuany (na wzór holenderskich *coffee shopów*) takiej możliwości nie będzie stwarzać i automatycznie odetnie kontakt konsumentów *Cannabis* z innymi narkotykami. Dyskusyjny jest także stopień szkodliwości marihuany. Z raportu opracowanego w 1995 r. przez Światową Organizację Zdrowia pt. „Implikacje zdrowotne używania konopi: analiza porównawcza zdrowotnych i psychologicznych skutków używania alkoholu, konopi, nikotyny i opiatów”⁵⁶ wynika, że palenie marihuany jest mniej szkodliwe dla zdrowia publicznego niż spożywanie alkoholu lub palenie papierosów, prawdopodobnie nawet gdyby palenie marihuany byłoby rozpowszechnione w świecie na taką samą skalę, co konsumpcja wspomnianych legalnych używek⁵⁷. Warto też zaznaczyć, że w większość krajów Europy Zachodniej (z wyjątkiem państw Skandynawii) przyjęło koncepcję permissywną⁵⁸. Nie wydaje się przekonujące, aby tylko z uwagi na trudności dowodowe w ściganiu dealerów narkotyków represjonować zwykle młodych ludzi, którzy często sięgają po „trawkę” z ciekawości lub za namową kolegów, zwłaszcza że wykrywalność tego rodzaju zachowań jest bardzo niska. Według badań przeprowadzonych w 2007 r. w ramach programu ESPAD⁵⁹ 15,7% uczniów klas trzecich gimnazjum i 27,9% uczniów klas drugich szkół ponadgimnazjalnych przynajmniej raz w życiu zażywało marihuanę lub haszysz⁶⁰. Natomiast według badań sondażowych przeprowadzonych w kwietniu 2008 r. wśród prawie 400 uczniów toruńskich szkół średnich, 65% respondentów widziało, że ich kolega pali marihuanę⁶¹, co dobitnie świadczy o powszechności tego zjawiska. W tej sytuacji pojawia się pytanie o sens kryminalizacji takiego zachowania, skoro nie powstrzymuje ono przed sięganiem po tę używkę, a wręcz przeciwnie – traktowanie palenia konopi jak zakazanego owocu może zwiększyć jej atrakcyjność.

Nie można oczywiście bagatelizować negatywnych skutków narkomanii, w tym również palenia tzw. trawki. Jednak wydaje się, że zamiast stosowania wyłącznie polityki represji dużo skuteczniejsze i korzystniejsze dla społeczeństwa byłoby zapobieganie problemom narkomanii poprzez położenie większego nacisku na aktywność państwa w sferze edukacji, opieki społecz-

⁵⁶ *Cannabis: health perspectives and research agenda*, document WHO/MSA/PSA/97.4, Genewa 1997.

⁵⁷ Zob. [online] <www.newscientist.com/article/mg15721220.200-high-anxieties—what-the-who-doesnt-want-you-to-know-about-cannabis.html>.

⁵⁸ Zob. [online] <www.rynekchemiczny.com.pl/content/view/117/> oraz <www.wiadomosci24.pl/arttykul/najnowszy_raport_na_temat_marihuany_78219.html>.

⁵⁹ Europejski program badań ankietowych w szkołach nt. używania alkoholu i narkotyków.

⁶⁰ Zob. „Serwis Informacyjny Narkomania” 2008, nr 1 (40), s. 7, [online] <www.narkomania.gov.pl/archiw.htm>.

⁶¹ Źródło: badania własne, próba: 385 osób; odpowiedzi: tak – 57,92%, chyba tak – 7,01%, nie wiem – 1,82%, chyba nie – 5,19%, nie – 28,5%.

nej i zdrowotnej, określaną jako „polityka redukcji szkód”⁶². Jest ona jednak kosztowna i mało medialna, zatem wątpliwe, aby wzbudziła zainteresowanie rządzących. Jak podkreśla Krzysztof Krajewski, w postrzeganiu problemu narkomanii potrzebny jest rozsądny kompromis między ujmowaniem jej jako problemu społecznego samych narkomanów a zwalczaniem handlu substancjami odurzającymi i środkami psychotropowymi⁶³.

Prowadzona przez poprzednią koalicję polityka karna i hasła o rosnącej przestępczości doprowadziły do katastrofального stanu polskiego więziennictwa. Polska, mimo umiarkowanego (poniżej średniej europejskiej) zagrożenia przestępczością, ma jeden z najwyższych współczynników prizonizacji (w 2006 r. – 234,8 na 100 tys. mieszk.⁶⁴). Ta dysproporcja pozostaje nadal wyraźna, nawet jeśli uwzględnimy wyższą od krajów zachodnioeuropejskich ciemną liczbę przestępstw – wówczas dynamika przestępczości będzie porównywalna z powszechnie uznawaną za bezpieczną Danią i niższa od produjących w tym względzie Szwecji czy Finlandii⁶⁵.

L. Radzinowicz, pisząc niemalże piętnaście lat temu bardzo krytycznie o tendencjach rozwojowych współczesnej polityki kryminalnej⁶⁶, wyróżnił trzy modele wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych: autorytarny, socjalno-liberalny i konserwatywny, skupiając się na modelu autorytarnym. Najważniejszą spośród wymienionych przez L. Radzinowicza cech tego modelu jest sposób podejścia do sprawcy przestępstwa: „Przestępca jest postrzegany przede wszystkim jako jednostka antyspołeczna, zbuntowana przeciwko prawom państwa, złowroga siła, która należy złamać i unicestwić. Przestępstwo nie jest traktowane jako zjawisko społeczne⁶⁷ i nie dopuszcza się myśli, że społeczeństwo ponosi jakąkolwiek część odpowiedzialności za jego generowanie. Wymiar sprawiedliwości, oderwany całkowicie od polityki społecznej, ma charakter jednoznacznie punitywnej, nawet jeśli w jego działalności uwzględnia się elementy »reedukacji«. Odpłata, budzenie grozy i eliminacja

⁶² Zob. D. Gajek, *Problem legalizacji konopi*, praca magisterska napisana pod kierunkiem prof. dr. hab. Krzysztofa Krajewskiego, Kraków 2006, [online] <http://mm.hyperreal.info/kanaba/pdf/Problem_legalizacji_konopi.pdf>.

⁶³ Zob. *Depenalizacja posiadania narkotyków na własny użytek? Pożądana, ale niekonieczna*. Wywiad z prof. Krzysztofem Krajewskim, „Serwis Informacyjny Narkomania” 2008, nr 2 (41), s. 5.

⁶⁴ J. Warylewski, *Aktualna polityka...*, s. 9. W literaturze podaje się też nieco inną wartość – 232,5 – zob. A. Siemaszko, B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas przestępczości...*, s. 164.

⁶⁵ M. Płatek, *Granice racjonalnej polityki karnej i penitencjarnej*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 9, s. 37.

⁶⁶ R. Radzinowicz, *Penal Regressions*, „Cambridge Law Journal” 1991, vol. 50, nr 3, s. 422–444, cyt. za: K. Krajewski, *Zasada humanizmu, a współczesna tendencje w polityce kryminalnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 395–396.

⁶⁷ Przeciwnie do Emila Durkheima, który traktuje przestępczość jako normalny, powszedni aspekt współczesnych społeczeństw, zob. K. Krajewski, *Zasada humanizmu...*, s. 397.

traktowane są jako dominujące funkcje sankcji karnych, a cały system kar zarówno w sferze ich orzekania, jak i wykonywania jest konsekwentnie surowy i nieelastyczny. Generalna tendencja polityki kryminalnej jest w uderzający sposób antyhumanitarna⁶⁸.

W jak wielkim stopniu te słowa okazały się prorocze, można było się przekonać w ostatnich latach zarówno w sferze praktycznych zmian ustawodawstwa, o czym była mowa wcześniej, jak i podejmowanych prób zmian ideologicznych podstaw prawa karnego. Wyraźnym tego przykładem było traktowanie deklaracji humanizmu zawartej w art. 3 k.k. jako zasadniczej przeszkody na drodze do dokonania radykalnego zwrotu w polskim prawie karnym i nadania prymatu, jeśli nie wręcz wyłączności w polityce karnej negatywnej prewencji generalnej. Z tego powodu projekt nowelizacji kodeksu karnego z 2000 r., autorstwa ówczesnego ministra sprawiedliwości Lecha Kaczyńskiego, przewidywał zmianę art. 3 k.k.⁶⁹

Represyjne zmiany z prawie karnym, włącznie z ostatnią z nich, polegającą na wprowadzeniu występkę chuligańskiego⁷⁰, stanowiły powrót do błędnej i nieskutecznej polityki karnej okresu PRL. Ocenę tego kursu świetnie oddaje rezolucja członków Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Prawa Karnego i Kryminologii, który odbył się w Szczyrku w dniach 8-10 października 2004 r. Została ona wprowadzona przyjęta na tle projektu nowelizacji kodeksu karnego z października 2004 r.⁷¹, ale można ją odnieść do ogólnej do niedawna tendencji zmian w ustawodawstwie karnym: „Wybrano tu drogę mechanicznego zaostrzania sankcji karnych, »usztyniania« kodeksu karnego poprzez ograniczenie prawa sądu do indywidualizacji kar i wydania sprawiedliwego wyroku w oparciu o ocenę konkretnego przypadku oraz położenie nacisku na odwetową i represyjną funkcję kary. Stanowczo ostrzegamy przed tą drogą. Wyobrażenie, że przez zastosowanie powyższej strategii da się ograniczyć w istotny sposób poziom przestępczości, jest wyobrażeniem naiwnym i sprzecznym z całym dotychczasowym doświadczeniem i ustaleniami nauki w tym względzie⁷²”.

Podsumowując należy stwierdzić, że zmiany na płaszczyźnie normatywnej nie przekładają się w sposób automatyczny na zmianę rzeczywistej dynamiki przestępczości, która jako zjawisko społeczne nie daje się regulować za pomocą określonych zakazów bądź nakazów. Możliwe jest oczywiście „sztuczne” zwiększanie lub zmniejszanie przestępczości ujawnionej poprzez rozsze-

⁶⁸ R. Radzinowicz, op. cit., s. 426, cyt. za: K. Krajewski, *Zasada humanizmu...*, s. 396.

⁶⁹ K. Krajewski, *Zasada humanizmu...*, s. 394.

⁷⁰ Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 226, poz. 1648).

⁷¹ J. Warylewski, *Nowelizacja kodeksu karnego po siedmiu latach obowiązywania – prezentacja i próba oceny wybranych propozycji*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna...*, s. 627.

⁷² Cyt. za: *ibidem*, s. 638.

rzanie lub zawężanie katalogu czynów uznanych za przestępne, jednak samo zjawisko – jako nieodłączne ludzkiej cywilizacji – będzie istnieć zawsze i w każdym warunkach. Wprowadzanie natomiast radykalnych represyjnych zmian w obecnej sytuacji społeczno-politycznej jest całkowicie nieuzasadnione i nieefektywne.

Na koniec warto przytoczyć słowa klasyka – C. Beccari: „Wysokość kar powinna być odpowiednia do stanu, w jakim znajduje się dany naród. Na prymitywne dusze ludu zaledwie wyrosłego ze stanu dzikości należy oddziaływać silniejszymi i bardziej dotkliwymi wrażeniami. Potrzeba błyskawicy, by porazić rozjuszonego lwa; wystrzał z broni palnej tylko go rozdrażni. Ale w miarę jak dusze ludzi żyjących w społeczności łagodnieją, wzrasta ich wrażliwość, w miarę zaś tego wzrostu należy zmniejszyć siłę kary, jeśli się chce stale zachować właściwy stosunek między przedmiotem a wrażeniem”⁷³. „Im bardziej kary stają się okrutne, tym bardziej twardnieją dusze ludzkie [...] po stu latach okrutnego karania łamanie kołem nie więcej przejmuje strachem niż poprzednio więzienie. Do osiągnięcia celu kary wystarcza by zło (dolegliwość), jakie ona za sobą pociąga, przewyższało korzyści osiągane przez popełnienie przestępstwa, a ta przewaga zła powinna obejmować i nieuchronność kary, i utratę dobra, które uzyskano by wskutek popełnienia przestępstwa. Wszystko, co jest ponadto, jest tedy zbędne, a więc jest aktem tyranii”⁷⁴.

Pozostaje nam cieszyć się, że ostatni represyjny projekt rewolucyjnej zmiany kodeksu karnego w wyniku wcześniejszych wyborów nie doczekał się realizacji. Byłby on bowiem przejawem zwykłej tyranii, odejściem od standardów demokratycznego państwa prawa. Należy żywić nadzieję, że obecnie rządzące elity polityczne nie tylko raz na zawsze porzucą „wojenną ścieżkę” wytyczaną wbrew zdrowemu rozsądkowi i głosowi przedstawicieli doktryny przez poprzednią koalicję, ale również naprawią błędy spowodowane licznymi i w przeważającej większości niepotrzebnymi zmianami kodeksu karnego.

Summary

The influence of legislative changes on crime rates and their social consequences

The Polish Penal Code – current as of 1997 is based on a principle of subsidiarity, however, many rules use the penal code as a means to fight crime. By introducing numerous amendments they tighten up the punitive policy, naively believing in the effectiveness of general prevention. This

⁷³ C. Beccaria, op. cit., s. 216.

⁷⁴ Ibidem, s. 139–140.

reasoning contradicts criminology research undertaken since the 19th century, which confirms the principle, appealed to even by Cesare Beccaria, according to which, the certainty of punishment, not its severity is the most essential means in preventing crime.

The penal code is not and cannot be the only effective means in preventing crime because of its complexity and the variety of its causes. Among the factors which influence crime are economic issues such as prosperity or the unemployment rate; cultural and religious matters, especially the influence of systems of extralegal norms on consciousness of specific members of a society, as well as concrete factors influencing attitudes and motivation of individuals. Another important issue is the measurement of crime, as the number of unrevealed crimes is several times larger than the number of avowed ones. According to Franz von Liszt the most efficient is good social penal policy, however, it will not succeed in fighting the phenomenon of crime which has always been present among human groups.

The distinct influence on crime rates can only be seen in a case of penalization, depenalization or partial penalization of certain conduct. This phenomenon has been observed especially since the Act of 14 April 2000 came into effect and amended the Penal Code by which the misdemeanour offence of driving under the influence of alcohol was introduced. For the purposes of the Article 115 § 16, the state of insobriety is when the alcohol content in the blood exceeds 0.5 per mille or leads to a concentration exceeding this level. This amendment came into force on 15 December 2000. As a result, between 2000-2002 six times more crimes against public security as well as traffic safety were recorded. Taking into consideration the number of crimes in general this indicated an increase from 1.6 % in 2000 to 10% of the total number of crimes in 2002. If it had not been for this legislative change the decline in crime in Poland would have been observed at the end of 2000, not three years later. A similar impact, all be it not that significant, was observed when the amendment to the Act on Counteracting Drug Addiction of 24 April 1997, prohibiting the possession of drugs, came into effect on 12 December 2000 and when The Treasury Penal Code came into force on 10 September 1999.

The populist idea of strengthening the penal law to fight crime, which is often reflected in the reasoning of rules, is not rational. Moreover, it is inefficient and can have a detrimental effect due to maintaining cohesion in penal law. This was experienced when the Penal Code was amended on 27 July 2005. The punitive policy cannot be practised without taking into consideration conditions of the penitentiary system. It is unacceptable for a convict to wait to serve imprisonment. In order to be effective punishment should be prompt and certain.

Aneta Michalska-Warias

Katedra Prawa Karnego i Kryminologii

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

Sporne problemy przestępstwa prania pieniędzy

Przestępstwo prania pieniędzy funkcjonuje w polskim systemie prawa karnego stosunkowo krótko. Ten typ czynu zabronionego po raz pierwszy wprowadziła ustawa z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego¹, przy czym sposób określenia znamion tego nowego przestępstwa ulegał w ciągu ostatnich kilkunastu lat dość znacznym zmianom. W swoim pierwotnym kształcie przestępstwo prania pieniędzy polegało na podejmowaniu określonych w art. 5 ustawy zachowań w celu wprowadzenia do legalnego obrotu środków płatniczych, papierów wartościowych lub wartości dewizowych pochodzących ze zorganizowanej przestępczości powiązanej z obrotem środkami odurzającymi lub psychotropowymi, fałszowaniem pieniędzy lub papierów wartościowych, wymuszaniem okupu lub handlem bronią.

O tym pierwotnym kształcie przestępstwa prania pieniędzy warto wspomnieć z dwóch powodów. Po pierwsze, ustawa o ochronie obrotu gospodarczego była jedynym aktem prawnym, w którym jako określenia ustawowego użyto w art. 5 terminu „przestępczość zorganizowana”. Ten zabieg legislacyjny okazał się bardzo nieudany, bowiem takie ujęcie ustawowych znamion prania pieniędzy w zasadzie uniemożliwiało stosowanie art. 5 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego w praktyce. Po drugie, warto jednak o tym pierwszym ujęciu przestępstwa prania pieniędzy pamiętać, ponieważ pokazuje ono jasno, jakie było pierwotne *ratio legis* wprowadzenia tego nowego typu przestępstwa – intencją ustawodawcy było uniemożliwienie legalizacji przez najpoważniejsze zorganizowane zrzeszenia przestępcze środków finansowych pochodzących z działalności związanej z kilkoma przestępstwami uznanymi za typowe przejawy aktywności przestępczości zorganizowanej. Podkreślić jeszcze należy, że nie stanowiło prania pieniędzy w rozumieniu ustawy podejmowanie przez zorganizowane struktury przestępcze działań mających na celu „legalizację” środków finansowych niezwiązanych z wymie-

¹ Dz.U. nr 126, poz. 615 ze zm.

nionymi w art. 5 typami przestępstwa. Dla przykładu, nie wypełniało znamion występku prania pieniędzy wprowadzanie do legalnego obrotu gospodarczego pieniędzy pochodzących z rozbojów lub kradzieży z włamaniem. Taki kształt przepisu musiał, rzecz jasna, budzić wątpliwości, a pojawiająca się wówczas tendencja do poszerzenia jego pola penalizacji była w pełni zrozumiała.

Warto także nadmienić, że konieczność najpierw samego wprowadzenia przestępstwa prania pieniędzy do polskiego prawa karnego, a następnie znacznego modyfikowania jego znamion wynikała ze zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązek penalizacji zachowań polegających na praniu pieniędzy (w różnym zresztą zakresie) wynikał m.in. z Konwencji Narodów Zjednoczonych z 20 grudnia 1988 r. o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi², która zobowiązywała państwa strony do spenalizowania prania pieniędzy pochodzących z przestępstw związanych z nielegalną produkcją i handlem narkotykami, oraz z Konwencji Narodów Zjednoczonych z 15 listopada 2000 r. przeciwko ponadnarodowej przestępczości zorganizowanej³, która w art. 6 zobowiązała państwa-strony do wprowadzenia karalności umyślnych zachowań polegających na zamianie lub transferze mienia, o którym sprawca wie, że stanowi ono korzyść z przestępstwa, przy czym celem działania sprawcy ma być ukrycie nielegalnego pochodzenia tego mienia lub też pomoc osobie trzeciej (która zaangażowana była w popełnienie przestępstwa pierwotnego) w uniknięciu prawnych konsekwencji jej zachowania⁴. Wpływ na kształt przestępstwa prania pieniędzy w polskim prawie karnym miały też niewątpliwie: Konwencja Rady Europy w sprawie prania dochodów pochodzących z przestępstwa, ich ujawniania, zajmowania i konfiskaty, podpisana w Strasburgu 8 listopada 1990 r.⁵ oraz akty prawne przyjmowane w ramach Wspólnot Europejskich, takie jak choćby dyrektywa Rady z 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwiania korzystania z systemu finansowego w celu prania pieniędzy (91/308/EWG)⁶ czy zmieniająca ją dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 4 grudnia 2001 r. (2001/97/WE)⁷.

² Dz.U. z 1995 r., nr 15, poz. 69.

³ Dz.U. Z 2005 r., nr 18, poz. 159. Konwencja ta została ratyfikowana przez Polskę w roku 2001, w życie natomiast weszła z dniem 29 września 2003 r. po uzyskaniu niezbędnej liczby ratyfikacji

⁴ Bliżej na temat obu konwencji ONZ, zob. A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Lublin 2006, s. 393-403.

⁵ Bliżej na temat rozwiązań tej Konwencji, zob.: A. Marek, *Komentarz do Konwencji w sprawie prania dochodów pochodzących z przestępstwa, ich ujawniania, zajmowania i konfiskaty*, [w:] E. Zielińska (red.), *Standardy prawne Rady Europy. Teksty i komentarze*, t. III: *Prawo karne*, Warszawa 1997, s. 561-567.

⁶ Dz.U. UE L 166.77 z 28 czerwca 1991 r.

⁷ Dz.U. UE L 344.76 z 28 grudnia 2001 r. Bliżej na temat obu katów prawnych, zob. J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy” w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11, s. 40-41.

Przestępstwo prania pieniędzy nowy kształt uzyskało wraz z wejściem w życie obecnego kodeksu karnego. Ustawodawca poszerzył wówczas pole penalizacji występku prania pieniędzy, wskazując jako źródło „brudnych pieniędzy” każde przestępstwo, choć jednocześnie art. 299 § 1 wskazywał, że w szczególności chodzi o „brudne pieniądze” pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem takich przestępstw, jak: wytwarzanie i obrót środkami odurzającymi lub psychotropowymi, przemyt, fałszowanie pieniędzy lub papierów wartościowych, rozbój albo inne przestępstwo przeciwko mieniu wielkiej wartości, wymuszanie okupu oraz handel bronią, amunicją lub materiałami wybuchowymi albo rozszczepialnymi.

Takie ujęcie znamion przestępstwa wywoływało pewne trudności interpretacyjne. Na przykład W. Wróbel przyjął, że „brudne pieniądze” stanowiące przedmiot czynności wykonawczej występku z art. 299 § 1 mogą pochodzić generalnie z jakiegokolwiek przestępstwa, jednak w przypadku przestępstw przeciwko mieniu autor ten uznawał, że typy przestępstw wskazane w przepisie są jedynymi, z których mogą pochodzić takie „brudne pieniądze”⁸. Ta próba wykładni jasno wskazuje, jakie trudności wiązały się z ustawowym ujęciem znamion prania pieniędzy w pierwotnym brzmieniu kodeksu karnego. Przepis art. 299 § 1 k.k. był niewątpliwie wadliwie zredagowany. Z jednej strony ustawodawca jako źródło „brudnych pieniędzy” wskazywał jakiegokolwiek przestępstwo popełnione przez co najmniej dwie osoby, z drugiej zaś wymieniał przykładowo, o jakie przestępstwa w szczególności chodzi, co mogło rodzić wątpliwości, czy wyliczenie to jest rzeczywiście przykładowe, a jeśli tak, to jakie właściwie ma spełniać funkcje⁹.

W pierwotnym brzmieniu art. 299 § 1 k.k. z kręgu podmiotów prania pieniędzy wykluczał sprawcę tzw. przestępstwa pierwotnego, tj. przestępstwa, z którego owe „brudne pieniądze” pochodziły. Podmiotem przestępstwa mogła być bowiem tylko osoba, która podejmowała określone w przepisie zachowania w stosunku do środków majątkowych pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem przestępstwa przez inne osoby. W tym kształcie art. 299 § 1 nie spełniał wymogów wynikających ze zobowiązań międzynarodowych Polski, a to z kolei doprowadziło w dość krótkim czasie do jego nowelizacji dokonanej ustawą z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł¹⁰.

⁸ Zob. W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do kodeksu karnego*, t. III, Kraków 1999, s. 349.

⁹ Np. M. Mazur opowiedział się za traktowaniem katalogu przestępstw zawartych w pierwszej wersji art. 299 § 1 k.k. jako otwartego, zob. M. Mazur, *Ewolucja polskich regulacji prawnych dotyczących prania pieniędzy – zarys zagadnienia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, nr 2, s. 162.

¹⁰ Tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1505 ze zm. Obecnie jest to ustawa o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu.

W obecnym kształcie art. 299 k.k. obowiązuje zatem od 23 czerwca 2001 r. Nowelizacja dokonana w 2001 r. usunęła wprawdzie część wątpliwości interpretacyjnych i po raz kolejny poszerzyła zakres zachowań podpadających pod pojęcie prania pieniędzy, jednak nadal wiele znamion występku stypizowanych w art. 299 k.k. budzi wątpliwości w zakresie prawidłowego sposobu ich wykładni. Poniżej omówione zostaną tylko niektóre z nich, przede wszystkim związane z budzącym największej trudności interpretacyjnych przestępstwem stypizowanym w art. 299 § 1 k.k.¹¹

Od zmian dokonanych w 2001 r. sprawcą występkę prania pieniędzy z art. 299 § 1 k.k. może być każdy podmiot zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, w tym także sprawca przestępstwa pierwotnego, z którego pochodzą stanowiące przedmiot czynności wykonawczej „brudne pieniądze”. We wcześniejszych ujęciach omawianego występkę sprawca przestępstwa pierwotnego nie mógł dopuścić się następnie karalnego prania korzyści z niego pochodzących, co zresztą wpisywało się w tradycyjne podejście, uznające z współukarane czyny następcze czynności polegających na korzystaniu z owoców przestępstwa¹². To rozszerzenie kręgu podmiotów występkę z art. 299 § 1 k.k. na sprawców przestępstwa pierwotnego może budzić pewne wątpliwości, szczególnie związane z tym, że obecnie jako źródło „brudnych pieniędzy” wskazano wszelkie czyny zabronione. Oznacza to, że do formalnej realizacji znamion występkę prania pieniędzy dochodzi np. w przypadku, gdy złodziej wywozi za granicę pieniądze uzyskane ze sprzedaży skradzionej rzeczy niewielkiej nawet wartości. Rygorystyczne trzymanie się brzmienia przepisu prowadziłyby wręcz do wniosku, że każdy sprawca, który z popełnionego przez siebie przestępstwa uzyskał korzyści majątkowe, z chwilą podjęcia wobec nich jakichkolwiek niemal czynności dopuszczałby się jednocześnie występkę prania pieniędzy – z uwagi na to, że przestępstwo to może obecnie zostać popełnione także w zamiarze ewentualnym¹³, nie będzie nadmiernie utrudnione udowodnienie sprawcy przestępstwa pierwotnego, że podejmując wobec wartości majątkowych o przestępnym pochodzeniu określone

¹¹ Na temat np. braku spójności między regulacją art. 299 a przepisami ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu zob. A. Golonka, *Podmiot przestępstwa „prania pieniędzy”*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 1, s. 121–135.

¹² Na temat czynów współukaranych, zob. bliżej: L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 10, Warszawa 2004, s. 148. Zob. też: A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 195–197. Autor ten na przykładzie przestępstwa kradzieży sformułował pogląd, że jeśli chodzi o wykorzystanie owoców przestępstwa „współukarane przestępstwo następcze można przyjąć w zasadzie tylko wtedy, gdy sprawca wykorzystuje skradzione rzeczy zgodnie z ich przeznaczeniem, a nie należy przyjmować go, gdy sprawca niszczy rzeczy w sposób zamierzony i sprzeczny z ich przeznaczeniem (ibidem, s. 197).

¹³ Zob. R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, t. II, s. 1292.

w art. 299 § 1 czynności, jednocześnie co najmniej godził się na to, że utrudnią one lub udaremnią stwierdzenie przestępnego pochodzenia tych wartości.

Takie rozwiązanie zgodne jest z dającą się zaobserwować na świecie tendencją do coraz szerszego ujmowania znamion przestępstwa prania pieniędzy. Dla przykładu, w prawie brytyjskim od czasu wejścia w życie *Proceeds of Crime Act* z 2002 r. pod groźbą kary zabronione jest m.in. używanie lub posiadanie mienia pochodzącego z przestępstwa, także przez sprawcę owego przestępstwa pierwotnego, co powoduje, że w zasadzie obecnie wszystkim sprawcom uzyskującym korzyści majątkowe z popełnienia przestępstwa można także stawiać zarzut prania pieniędzy w rozumieniu *Proceeds of Crime Act*¹⁴.

Warto jednak zauważyć, że w prawie brytyjskim czy amerykańskim, gdzie ujęcie prania pieniędzy jest bardzo szerokie, obowiązuje w procesie karnym zasada oportunistu – oskarżyciel publiczny wybiera, jakie zarzuty postawi ostatecznie oskarżonemu, a także nie musi w kwalifikacji prawnej czynu wskazywać wszystkich naruszonych przepisów. Inaczej jest w prawie polskim – obowiązująca zasada legalizmu oznacza, że oskarżyciel publiczny ma obowiązek postawienia zarzutu w przypadku każdego przestępstwa ściganego z urzędu i żadnego z czynów popełnionych przez sprawcę nie wolno mu pominąć (pewnego rodzaju wyjątek stanowi tu rozwiązanie zawarte w art. 11 k.p.k., jednak ze względu na sankcję przewidzianą w art. 299 § 1 k.k., nie odnosi się ono od przestępstwa stypizowanego w tym przepisie). W obowiązującym stanie prawnym nie sposób też przyjąć, że np. dysponowanie przez sprawcę kradzieży pochodzącymi z niej korzyściami w sposób opisany w art. 299 § 1 k.k. mogłoby zostać uznane za współukarany czyn następczy, szczególnie jeśli weźmiemy pod uwagę fakt, że za występki prania pieniędzy grozi kara surowsza niż za kradzież.

Do dość interesujących wniosków może natomiast prowadzić spojrzenie na omawiany problem od strony przedmiotu ochrony art. 299 § 1 k.k. Czyn ten został bowiem przez ustawodawcę zaliczony do grupy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Jak wskazuje się w literaturze, przedmiotem ochrony art. 299 § 1 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie obrotu gospodarczego. Przepis ma chronić obrót gospodarczy przed zakłóceniami, które mogłyby zostać spowodowane napływem znacznych ilości wartości majątkowych pochodzących przede wszystkim z działalności prowadzonej przez przestępczość zorganizowaną. Taka zresztą była geneza pojawienia się tego typu czynu zabronionego w systemach prawnych poszczególnych państw¹⁵. Jak

¹⁴ Zob. S. Biggs, S. Farrell, N. Padfield, *The Proceeds of Crime Act 2002*, London 2002, s. 15. Bliżej na temat rozwiązań tego aktu prawnego, zob. też: A. Michalska-Warias, *Pranie pieniędzy w prawie brytyjskim na początku XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10, s. 96–108.

¹⁵ Zob. W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. III, wyd. II, Kraków 2006, s. 712; E. W. Pływaczewski, W. Filipkowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 1076.

pisze W. Wróbel, chociaż sposób ujęcia znamion przestępstwa prania pieniędzy nie pozwala na dokładne sprecyzowanie, jakie zagrożenia dla obrotu gospodarczego ono powoduje, „można jednak domniemywać, iż chodzi przede wszystkim o możliwość przejęcia kontroli nad określonymi sferami gospodarki przez organizacje o charakterze przestępnym. Sam zresztą udział podmiotów o charakterze przestępczym w obrocie gospodarczym zdaje się stanowić zagrożenie dla prawidłowości tego obrotu. Nie bez znaczenia jest również niebezpieczeństwo wprowadzenia niepewności w obrocie gospodarczym w związku z dopuszczeniem do niego przedmiotów, które mogą pochodzić z przestępstwa”¹⁶.

W świetle powyższych uwag na temat przedmiotu ochrony art. 299 § 1 k.k. można postawić pytanie, czy w przypadku jednorazowego popełnienia przestępstwa przez sprawcę lub nawet wielokrotnego popełniania drobniejszych przestępstw i następnie dokonywania wobec pochodzących z nich korzyści majątkowych zabiegów opisanych w dyspozycji art. 299 § 1 k.k. możliwe będzie uznanie, że w ogóle nie doszło do choćby abstrakcyjnego zagrożenia prawidłowego funkcjonowania obrotu gospodarczego jako takiego. Udzielenie pozytywnej odpowiedzi na tak postawione pytanie pozwoliłoby na rezygnację ze stawiania zarzutu prania pieniędzy w przypadkach podejmowania czynności wskazanych w przepisie w stosunku do niewielkich wartości majątkowych pochodzących z przestępstw popełnianych przez wszelkich zresztą sprawców – tak przez sprawcę przestępstwa pierwotnego, jak i przez osobę, która w popełnieniu przestępstwa pierwotnego nie miała żadnego udziału.

Art. 299 § 1 jako źródło „brudnych pieniędzy” wskazuje korzyści związane z popełnieniem czynu zabronionego. Warto zatem zastanowić się, jak ów „czyn zabroniony” należy rozumieć. Przed nowelizacją art. 299 k.k. ustawodawca zabraniał dokonywania określonych czynności w stosunku do wartości majątkowych pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem przestępstwa, a z przykładowego wyliczenia przestępstw w dalszej części przepisu można było wyprowadzić wniosek, że ustawodawca przez przestępstwa rozumiał także przestępstwa skarbowe – wśród wymienionych źródeł „brudnych pieniędzy” znalazł się bowiem stanowiący przestępstwo skarbowe przemyt. Obecnie w literaturze wydaje się dominować pogląd, iż przez „czy zabroniony” ustawodawca rozumie wszelkie czyny zabronione w jakiegokolwiek ustawie pod groźbą kary, a więc nie tylko przestępstwa powszechne, ale także przestępstwa skarbowe, a nawet wykroczenia i wykroczenia skarbowe¹⁷. Takie odczytanie dokonanej przez ustawodawcę zamiany „przestępstwa” na „czyn zabroniony” może wywoływać jednak pewne wątpliwości. Z jednej stro-

¹⁶ W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 713.

¹⁷ Tak: R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek (red), *Kodeks...*, s. 1277; W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 722 oraz A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 554.

ny za szerokim rozumieniem terminu „czyn zabroniony” przemawiałyby choćby wykładnia historyczna (w pierwotnym brzmieniu art. 299 § 1 k.k. źródłem „brudnych pieniędzy” mógł być przemyt, czyli typowe przestępstwo skarbowe) oraz to, że kolejne zmiany ustawowego kształtu prania pieniędzy miały generalnie na celu poszerzanie, a nie ograniczanie jego pola penalizacji. Z drugiej jednak strony taka wykładnia działałaby na niekorzyść sprawcy, a wskazać można kilka argumentów przemawiających za jej odrzuceniem.

Przede wszystkim, zarówno kodeks karny skarbowy, jak i kodeks wykroczeń zawierają własne definicje czynu zabronionego – w art. 47 § 1 kodeksu wykroczeń oraz w art. 53 § 1 k.k.s. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 116 k.k., przepisy części ogólnej kodeksu karnego nie mogą być stosowane do innych ustaw karnych, jeśli te wyraźnie wyłączają ich stosowanie. Na gruncie materialnego prawa wykroczeń zasadą jest autonomiczność części ogólnej kodeksu wykroczeń i niestosowanie, nawet odpowiednio, przepisów kodeksu karnego¹⁸. Z kolei w art. 20 § 2 k.k.s. wymieniono przepisy kodeksu karnego, które powinny być stosowane na gruncie kodeksu karnego skarbowego odpowiednio i odesłanie to nie obejmuje art. 115 § 1 k.k.

O zupełnie autonomicznym charakterze pojęcia „czyn zabroniony” w trzech omawianych ustawach karnych świadczy też fakt, że w art. 53 § 1 k.k.s. zdefiniowano to pojęcie inaczej niż w kodeksie karnym lub kodeksie wykroczeń. Czynem zabronionym w rozumieniu kodeksu karnego skarbowego jest bowiem tylko zachowanie o znamionach określonych w kodeksie karnym skarbowym, chociażby nie stanowiło ono przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego. Tym samym zasadny wydaje się wniosek, że skoro kodeks karny skarbowy zawiera własną definicję czynu zabronionego, która nie obejmuje czynów zabronionych w rozumieniu jakichkolwiek innych ustaw, to także definicja czynu zabronionego zawarta w art. 115 § 1 k.k. odnosi się wyłącznie do czynów wypełniających znamiona przestępstw powszechnych i nie może być odnoszona do czynów wypełniających znamiona wykroczeń albo przestępstw lub wykroczeń skarbowych (inna interpretacja oznaczałaby zresztą, że np. art. 18 § 1 zd. 3 wprowadza tak naprawdę karalność sprawstwa kierowniczego wykroczenia, przepis ten mówi bowiem o kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę, a nie ma żadnego powodu, by to samo pojęcie znaczyło co innego w części ogólnej i szczególnej kodeksu karnego).

Ponadto w dalszej części przepisu art. 299 § 1 ustawodawca mówi o ukrywaniu przestępnego pochodzenia wymienionych w jego pierwszej części wartości majątkowych. Trudno, jak się wydaje, byłoby przyjąć, że wartości majątkowe pochodzące z czynu wypełniającego znamiona wykroczenia mają takie właśnie przestępne pochodzenie. Za węższą interpretacją określenia

¹⁸ Zob. T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 46-47.

„czyn zabroniony” może dodatkowo jeszcze przemawiać prześledzenie historycznej ewolucji definicji czynu zabronionego. O ile obecny kodeks posługuje się dość syntetycznym sformułowaniem, o tyle w kodeksie karnym z 1969 r. czyn zabroniony zdefiniowany został jako każde działanie lub zaniechanie o znamionach określonych w ustawie karnej, chociażby nie stanowiło ono przestępstwa ze względu na brak winy. Tym samym ustawodawca, wskazując czyn zabroniony jako źródło pochodzenia „brudnych pieniędzy”, chciał zapewne wskazać, że do realizacji znamion występku z art. 299 § 1 k.k. dojdzie także wówczas, gdy czyn, z którego pochodzą podlegające praniu wartości majątkowe, nie będzie stanowił przestępstwa ze względu właśnie na brak winy po stronie jego sprawcy.

Trzeba też odnotować, że szerokie i odmienne od przyjętego przy wykładni przepisów części ogólnej kodeksu karnego rozumienie czynu zabronionego, o którym mowa w art. 299 § 1 k.k., prowadziłyby do zbytniego rozszerzania możliwego zakresu stosowania omawianego przepisu. Wątpliwości budzi zwłaszcza uznawanie wykroczeń (czy to powszechnych, czy skarbowych) za możliwe źródło pochodzenia „brudnych pieniędzy” chociażby z punktu widzenia przedmiotu ochrony art. 299 § 1 k.k. – czy rzeczywiście legalizowanie korzyści uzyskanych np. z kradzieży drzewa o wartości nieprzekraczającej 75 zł zagraża prawidłowemu funkcjonowaniu obrotu gospodarczego i powinno być zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8? Natomiast *de lege ferenda* zasadne byłoby takie ujęcie znamion przestępstwa prania pieniędzy z art. 299 § 1 k.k., aby do źródeł „brudnych pieniędzy” zaliczone zostały także korzyści płynące z popełnienia przestępstwa skarbowego. Można też zauważyć, że w innych przepisach części szczególnej kodeksu karnego ustawodawca, odnosząc się do zachowań wyczerpujących znamiona innych czynów niż przestępstwa powszechne, używa wprost określeń typu „przestępstwo skarbowe”, „wykroczenie skarbowe” lub „wykroczenie” (w ten sposób ujęto np. dyspozycję art. 234, 235 czy 236 k.k.).

Użycie przez ustawodawcę określenia „czyn zabroniony” w dyspozycji art. 299 § 1 k.k. sprawia, że w doktrynie dominuje pogląd, iż do ustalenia przestępnego pochodzenia będących przedmiotem czynności wykonawczej wartości majątkowych nie jest konieczne, by popełnienie przestępstwa pierwotnego zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem¹⁹. Z poglądem tym należy zasadniczo się zgodzić. Szczególnie w sytuacji, gdy nie jest znana tożsamość sprawców przestępstwa pierwotnego, nie powinno to stanowić generalnie przeszkody w pociągnięciu do odpowiedzialności karnej osoby dokonującej czynności wymienionych w art. 299 § 1 k.k.²⁰ Należy jednak zauwa-

¹⁹ Tak: R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks...*, s. 1277; E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...*, s. 1078; W. Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 722 oraz J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy”...*, s. 47.

²⁰ Tak: W. Wróbel, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 723.

żyć, że w tego typu przypadkach udowodnienie tego, że sprawca podejmował zabronione zachowania w stosunku do wartości majątkowych pochodzących z przestępstwa pierwotnego, będzie znaczenie utrudnione, a w wielu przypadkach zapewne zupełnie niemożliwe.

Kolejnym mogącym budzić wątpliwości zagadnieniem jest to, czy z użycia przez ustawodawcę zwrotu „pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” należy wyprowadzić wniosek, że polskie prawo karne nie penalizuje w ogóle pierwszego etapu prania pieniędzy, a dopiero etapy kolejne²¹. Taka wykładnia nie daje się pogodzić z kryminalno-politycznym sensem wprowadzenia karalności prania pieniędzy, a wielu autorów uznaje, że także podejmowanie wskazanych w art. 299 § 1 czynności w stosunku do wartości majątkowych pochodzących bezpośrednio z przestępstwa wypełnia znamiona występku z art. 299 § 1 k.k.²² Przyjęcie innego rozwiązania prowadziłoby do tego, że nie popełniałaby przestępstwa osoba np. wywożąca za granicę pieniądze pochodzące bezpośrednio z rozboju, a popełniałby je sprawca wywożący za granicę np. kamienie szlachetne nabyte za takie pieniądze²³. Nie sposób nie zauważyć, że oba wskazane w przykładzie zachowanie nie różnią się jakościowo i nie sposób znaleźć argumentów o charakterze polityczno-kryminalnym przemawiających za karalnością drugiego z nich i bezkarnością pierwszego. Trzeba też odnotować, że przyjęcie wykładni uznającej za bezkarny pierwszy etap prania pieniędzy oznacza, iż polskie prawo karne nie spełnia wymogów międzynarodowych dotyczących minimalnego zakresu karalności prania pieniędzy. Wobec występujących jednak wątpliwości, zasadne byłoby ich usunięcie poprzez ingerencję ustawodawcy i np. zastąpienie zwrotu „pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego” zwrotem „pochodzące chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego” czy też zwrotem „pochodzące chociażby pośrednio z popełnienia czynu zabronionego wypełniającego znamiona przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”.

Warto jeszcze wspomnieć o trudnościach, jakie może wywoływać w praktyce stosowanie wobec sprawców prania pieniędzy rozwiązań przewidzianych w art. 307 k.k. Przepis ten wprowadza możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia m.in. wobec sprawcy prania pieniędzy, który dobrowolnie naprawił szkodę w całości, oraz możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawcy, który dobrowolnie naprawił szkodę w znacznej części. Rozwiązanie to w omawianym zakre-

²¹ Tak np.: J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy”...*, s. 34–48; idem, *Prawo karne gospodarcze*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 131; E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks...*, s. 1079.

²² Tak np.: W Wróbel [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 722, A. Marek, *Kodeks...*, s. 554, O. Górniok, [w:] O. Górniok (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Bydgoszcz 2003, s. 98.

²³ Por. J. Skorupka, *Pojęcie „brudnych pieniędzy”...*, s. 44.

sie wydaje się puste, a zatem *de lege ferenda* należałoby postulować usunięcie art. 299 k.k. z katalogu przestępstw, do których art. 307 może mieć zastosowanie.

Odnosząc się do tego problemu, R. Zawłocki uznaje, że trudności w stosowaniu art. 307 do przestępstw stypizowanych w art. 299 k.k. wynikają z faktu, że są to przestępstwa formalne, do których znamion nie zalicza się spowodowania jakiegokolwiek szkody. Stąd autor ten uznaje, że w ogóle nie należy stosować rozwiązań przewidzianych w art. 307 do wymienionych w nim wprost przestępstw formalnych – oprócz art. 299, byłyby to także art. 301 § 2, 302 § 2 i 3 oraz art. 304 k.k.²⁴ Zaakceptowanie tego stanowiska oznacza jednak dokonanie wykładni na niekorzyść sprawcy i to wbrew wyraźnej woli ustawodawcy, co nie wydaje się generalnie dopuszczalne. Zresztą w przypadku innych niż pranie pieniędzy przestępstw formalnych możliwe jest faktyczne wyrządzenie przez sprawcę dającej się oszacować szkody i możliwe jest też jej naprawienie²⁵.

Nieco inaczej sytuacja wygląda w przypadku przestępstwa prania pieniędzy. Problemem może tu być bowiem w ogóle wskazanie, komu i jaką szkodę wyrządził sprawca poprzez podejmowanie czynności mających na celu wprowadzenie do legalnego obrotu gospodarczego wartości majątkowych pochodzących z przestępstwa. O ile w przypadku części przynajmniej przestępstw pierwotnych ustalenie szkody nie będzie zbyt skomplikowane, o tyle nie ma jednak żadnych podstaw do tego, aby szkodę wyrządzoną przez przestępstwo prania pieniędzy utożsamiać ze szkodą wyrządzoną przestępstwem pierwotnym (zresztą taki zabieg – gdyby uznać go za dopuszczalny – mógłby dotyczyć tylko sytuacji, w których sprawca przestępstwa pierwotnego byłby zarazem sprawcą prania pieniędzy, a to wcale nie musi być regułą w przypadku czynu stypizowanego w § 1 art. 299, a bardzo mało prawdopodobne będzie w przypadku pozostałych stypizowanych w art. 299 odmian prania pieniędzy). W przypadku typowych czynności sprawczych prania pieniędzy w ogóle nie jest możliwe precyzyjne wskazanie i oszacowanie wyrządzonej przez sprawcę szkody. Jeśli ktoś np. w celu zalegalizowania własnych przestępczych dochodów wykazuje większe niż rzeczywiste dochody z prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej, to paradoksalnie bezpośrednim skutkiem takiego zachowania będzie wpływ większych środków do budżetu Skarbu Państwa z tytułu podatków od wykazanych zysków. Podobnie bank, który przyjmuje wpłaty pieniędzy wbrew przepisom regulacji prawnych mających zwalczać pranie pieniędzy, odnosi z tego zachowania korzyści ekonomiczne. Szkodą wyrządzoną przez tego typu zjawiska całemu obrotowi gospodarczemu ma charakter tak abstrakcyjny, że nie jest możliwe jej jakiegokolwiek oszacowanie, a co

²⁴ Zob. R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks...*, s. 1450.

²⁵ Za szeroki rozumieniem szkody w przypadku art. 307 k.k. opowiada się P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, Kraków 2006, s. 868.

więcej – nie da się w zasadzie wskazać konkretnego podmiotu, który ową szkodę poniósł²⁶. Tym samym zastosowanie dobrodziejstwa art. 307 k.k. wobec sprawcy prania pieniędzy wydaje się niemal zupełnie niemożliwe, co czyni zasadnym wspomniany wcześniej postulat modyfikacji treści art. 307 k.k. w taki sposób, by nie odnosił się on w ogóle do sprawcy któregośkolwiek z typów prania pieniędzy.

Na koniec warto wskazać jeszcze jedną kwestię. Przestępstwo prania pieniędzy od końca XX w. znajduje się w centrum zainteresowania tak kryminologów, jak i prawników. Poświęca mu się bardzo wiele uwagi, a światowa literatura na ten temat jest naprawdę imponująca. Tymczasem to zainteresowanie świata nauki nie do końca znajduje uzasadnienie w danych na temat częstotliwości występowania tego zjawiska. Jak wynika ze statystyk przestępczości, pranie pieniędzy stanowi w praktyce organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości zjawisko czasem wręcz marginalne. Na przykład w ostatniej dekadzie XX w. średnia liczba skazań za różne odmiany prania pieniędzy w Wielkiej Brytanii wynosiła rocznie niewiele ponad dwadzieścia²⁷. Także w Polsce dane statystyczne na temat skazań za występki stypizowane w art. 299 k.k. nie wskazują na to, by przestępstwo to występowało w dużym nasileniu, a art. 299 k.k. stanowił ważny instrument prawnokarnej reakcji na to niepożądane zjawisko przestępcze. Dla przykładu liczba skazanych dorosłych za przestępstwa stypizowane w art. 299 § 1 k.k. w latach 2000–2007 wahała się od 2 (w roku 2001) do 31 (w roku 2006), choć w ostatnich latach wyraźnie wzrasta liczba sprawców skazywanych na podstawie art. 299 k.k. Rekordowy pod tym względem był rok 2006, w którym za typ kwalifikowany prania pieniędzy z art. 299 § 5 k.k. skazano prawomocnie aż 133 sprawców (sprawcy skazani na podstawie tego przepisu stanowili jednak zaledwie 0,02 % wszystkich skazywanych sprawców).

Tabela 1

Ogólne dane Ministerstwa Sprawiedliwości na temat sprawców prawomocnie skazanych za przestępstwa stypizowane w art. 299 k.k. w latach 2004–2007

ROK	Prawomocnie skazani na podstawie art. 299 k.k. dorośli według:											
	rodzajów przestępstw czynu głównego						rodzajów przestępstw wszystkich czynów					
	§1	§2	§3	§5 w zw. z §1	§5 w zw. z §2	§6	§1	§2	§3	§5 w zw. z §1	§5 w zw. z §2	§6
2004	10	1	6	6	1	–	11	1	7	8	1	–
2005	10	3	1	26	2	3	15	3	1	36	2	4
2006	11	1	4	108	–	1	31	1	4	133	–	2
2007	13	–	8	52	1	1	21	–	8	76	1	1

Źródło: Badania własne.

²⁶ Zob. A. Michalska-Warias, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 647–648.

²⁷ Zob. P. Alldridge, *Money Laundering Law*, Oxford – Portland, Oregon 2003, s. 204–207.

Przestępstwo prania pieniędzy funkcjonuje w polskim systemie prawa karnego od wejścia w życie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, a jego znaczenie w praktyce wymiaru sprawiedliwości wydaje się stopniowo wzrastać, choć ciągle trudno byłoby uznać je za jeden z ważniejszych instrumentów prawnokarnej reakcji na zagrożenia obrotu gospodarczego, szczególnie te związane z działalnością przestępczości zorganizowanej. Sposób ujęcia znamion przestępstwa prania pieniędzy od początku budził też liczne wątpliwości. Obecny kształt przepisu jest niewątpliwie najbardziej udany, jednak nadal wymaga udoskonalania, tak by nie do końca precyzyjnie sformułowanie znamion prania pieniędzy nie stanowiło dodatkowego czynnika utrudniającego zwalczanie tego i tak skomplikowanego fenomenu przestępczego.

Summary

Interpretation problems of the money laundering offence in the Polish Penal Code

The article discusses some of the interpretation problems connected with the money laundering offence described in article 299 of the Polish Penal Code. First the history and evolution of the basic money laundering regulations in Polish penal law are presented. Then the implications of the fact that money laundering is considered to be an offence against economic circulation are presented, including the possible interpretation that in case of small amounts of “dirty money” introduced into such circulation by the perpetrator of the primary offence, such behaviour could be considered as not dangerous enough to constitute a crime. One of the problems discussed is also the proper understanding of the possible sources of “dirty money”. Contrary to some opinions claiming that “dirty money” can come from petty offences and fiscal offences, the author tries to prove that the only possible interpretation of the legal text of art. 299 § 1 of the penal code leads to the conclusion that only common offences can constitute the source of “dirty money”. Then the problem of whether art. 299 § 1 penalizes the so called first phase of money laundering is discussed. The author states that it does but also proposes some changes in the legal text that would remove any doubts about it. The article also presents the problems connected with defining and assessing precisely the damages caused by money laundering – according to art. 307 of the Polish Penal Code the offender can be treated with extreme leniency if he fully redresses the damages caused by money laundering, but the difficulties mentioned above make it extremely difficult to use art. 307 in practice. The closing remarks show statistical data

referring to the number of offenders sentenced in Poland for various money laundering offences from 2004 to 2007. The small numbers of offenders convicted of money laundering proves that either the problem is not too big in Poland or the prosecutors and courts still do not have enough knowledge to fight the money laundering phenomenon effectively.

Michał Peno

Koło Naukowe Prawa Karnego i Kryminologii
Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Wybrane problemy reakcji karnej w społeczeństwie postindustrialnym. Prawo karania – sprawiedliwość – zasada *ultima ratio*

Zamiarem niniejszego opracowania jest próba ustalenia kryterium oceny, które spośród wyzwań stawianych prawu karnemu w społeczeństwie postindustrialnym są relewantne oraz wskazanie tych, które formują reakcję prawnokarną. Szczególna uwaga zostanie zatem poświęcona refleksjom nad przemianami, jakie w prawie karnym zachodziły oraz ich kontekstom społecznym, a także podłożom aksjologicznym, poczynając od okresu krwawej zemsty społecznej (*vindicta publica*) poprzez instrumentalizację w dobie nowoczesnej aż do współczesności, która przynależy do epoki postindustrialnej zwanej też postmodernizmem.

Przede wszystkim należy wskazać na źródło paradygmatów prawa karnego. Przemożny wpływ na kształtowanie się nowożytnego prawa karnego miała szkoła humanitarna związana ściśle z filozofią oświecenia¹, z tradycji tej zaś czerpie program modernistyczny. Idee oświeceniowe zakładały indeterministyczną wizję człowieka odpowiadającego przed społeczeństwem za własne złe uczynki, do których był bardziej lub mniej z natury skłonny². Dominujący po rewolucji francuskiej liberalny pogląd wyrażony w Deklaracji Praw Człowieka z 1789 r., iż prawo winno stać na straży wyborów autonomicznej jednostki oraz stwarzać jej gwarancje nie autorytarne, lecz racjonalnego oraz humanitarne traktowania³, uległ tendencjom scjentyficyz-

¹ S. Salmonowicz, *Z wieku oświecenia. Studia z dziejów prawa i polityki XVIII wieku*, Toruń 2001, s. 49–50.

² Człowiek jawi się jako istota z natury dobra dla Rousseau, z kolei dla Hobbesa natura człowieka jest zła. Szerzej na ten temat [w:] A. Sylwestrzak, *Historia doktryn polityczno-prawnych*, Warszawa 2002.

³ A. Gaberle, *Od bezpieczeństwa prawnego do bezpieczeństwa osobistego. O kryzysie prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 5, s. 18–23.

nym oraz dominacji naturalizmu przedmiotowego, czerpiącego z dorobku nauk przyrodniczych. Nie trzeba przypominać, iż obok pozytywnej szkoły prawa, podzielającej te założenia, w pierwszej połowie XIX w. funkcjonowała szkoła klasyczna, korzystająca szerzej z dorobku oświecenia (przejmując idee humanitarystów), opierająca się zwłaszcza na koncepcjach idealistycznej filozofii niemieckiej reprezentowanej przez I. Kanta oraz G. Hegla⁴.

Industrializacja, nauka oraz wolność polityczna to wedle K. Poppera fundamenty cywilizacji europejskiej⁵. Kształtowaniu się nowoczesnych, industrialnych społeczeństw towarzyszył wzrost roli państwa. Sięgając wstecz historii prawa, można zauważyć, iż od chwili wyodrębnienia się w prawie rzymskim kategorii *crimina publica* prawo karne przeszło ewolucję od czynienia przedmiotem ochrony praw suwerena do ochrony praw jednostki⁶. Wniosek taki, wyprowadzany przez niektórych przedstawicieli doktryny, jednak jest problematyczny, jeżeli zastanowić się, kto jest suwerenem we współczesnym państwie demokratyczno-liberalnym. Istotnie, suwerenem jest w tym wypadku społeczeństwo, na które składają się jednostki. Uwaga ta prowadzi do dalszych kontrowersji, które zostaną omówione w dalszej części pracy.

Rezygnacja z kary prywatnej, zastąpienie procesu skargowego inkwizycyjnym to przejawy publicyzacji prawa karnego. Problem zawłaszczania konfliktów został podniesiony przez przedstawicieli nurtu abolicjonistycznego, zwłaszcza N. Christiego, wedle którego przestępstwa to forma konfliktu, którego rozwiązanie niegdyś należało do ofiary i sprawy⁷. W kontekście tym znaczenie zatraciła szkoda wyrządzona ofierze, racją dla przestępstwa było naruszenie *ordo iuris* – porządku prawnego⁸, którego przestrzegania egzekwowało uzbrojone w sprawny aparat biurokratyczny państwo. Utożsamianie porządku z państwem związane jest z tym, iż od czasów wytworzenia się nowożytnego czy nowoczesnego społeczeństwa państwo jako jedyne zajmowało miejsce w przestrzeni⁹, posiadało terytorium, nad którym miało, co do zasady, suwerenną władzę. Jak stwierdza Zygmunt Bauman: „uporządkować pewien fragment świata oznaczało ustanowić niezależne państwo, które mogłoby zaprowadzić ład dzięki posiadanej władzy”¹⁰. W poglądach Maksa Webera państwo jest podmiotem roszcującym sobie słuszne „prawa do monopolu na stosowanie przymusu na terenie suwerennego terytorium oraz do posiadania służących do tego środków”¹¹. Aparat państwowy kreuje oraz tworzy

⁴ K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, Warszawa 2005, s. 330.

⁵ L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001.

⁶ A. Gaberle, op. cit.

⁷ J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2004, s. 164–165.

⁸ W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 16.

⁹ Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2002, s. 73.

¹⁰ Ibidem, s. 74–75.

¹¹ Ibidem.

określone zasady i normy, które z „założenia mają zmieniać przypadek w ściśle zdeterminowaną kolej rzeczy”¹². Mówiąc w uproszczeniu, państwo to zorganizowana zbiorowość¹³. Przy czym zasada terytorialności państwa jest czymś więcej niż tylko efektem naturalnych bądź sztucznie podsycanych popędów plemiennych, jak uważał Bertrand Badie¹⁴. Jednakże „nawet wódz, którego stanowisko jest dziedziczne, oparte na wysoce zaszczytnych tradycjach mitologicznych, otoczone półreligijną czcią [...] musi stosować się do określonych norm i krępowany jest więzami prawa”¹⁵.

Zbiorowość, jak uważali choćby Karol Marks oraz Emil Durkheim, ma wpływ na kształtowanie się osobowości przynależnej do danej społeczności jednostki¹⁶. Łączyło ich założenie, iż w społeczeństwie, mimo całej jego złożoności, jest tylko jedna grupa, która wytwarza owe wzorce. Wynikało to z dominującego wówczas przekonania o możliwości zastosowania dorobku nauk przyrodniczych do oceny zjawisk społecznych¹⁷. Duch ten towarzyszył rozwojowi państwa nowożytnego, industrialnego. Czemu innemu miała służyć utylitarna racjonalizacja kary, jak nie wpojeniu skazanym wartości pracy, jakby była to jedyna wartość pozwalająca na przemianę osoby z przestępcy na obywatela? Z. Bauman określa ówczesne benthamowskie panoptyczne domy odosobnienia „fabrykami o surowej dyscyplinie pracy”¹⁸.

Każda społeczność kreuje oraz różnymi metodami narzuca pewne wzorce zachowania w danej sytuacji¹⁹. Tajemnicą socjalizacji, czyli trwałego systemu społecznego, jest to, by jednostki postępowały zgodnie z wymaganiami tego systemu, a cel ten realizuje się, wpajając pożądane wzorce behawioralne²⁰. Poza indoktrynacją, jak zauważa Z. Baumana, w epoce twardej nowoczesności społeczeństwa producentów²¹ zachowanie ustalonego porządku społecznego wymaga również stosowania represji. Jednostki postępują wedle narzuconych wzorców, bo nie ma alternatywy, zachowania wadliwe w niektórych sytuacjach spotykają się z sankcjami. Mogą być to sankcje rozsiane, będące następstwem naruszenia norm moralnych, a przejawiające się w aktach społecznego potępienia jednostki, lub sankcje zinstytucjonalizowane oraz sformalizowane²². Tymi drugimi postępuje się prawo karne. Skoro regulacje prawne są związane z rzeczywistością społeczną i pełnią określone funkcje

¹² Z. Bauman, *Globalizacja...*

¹³ Cz. Znamierowski, *Szkoła prawa. Rozważania o państwie*, Warszawa 1999.

¹⁴ Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2000, s. 103.

¹⁵ B. Malinowski, *Dzieta*, t. 2, Warszawa 1980, s. 28–41.

¹⁶ S. Ossowski, *Z zagadnień psychologii społecznej*, Warszawa 2000.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Z. Bauman, *Globalizacja...*, s. 128.

¹⁹ S. Ossowski, op. cit.

²⁰ Z. Bauman, *Szanse etyki w zglobalizowanym świecie*, Kraków 2007.

²¹ Ibidem, s. 17.

²² W. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2004.

w danych układach społecznych, to kara jest instytucją społeczną, czyli – jak przyjmował Bronisław Malinowski – wyodrębnionym typem działalności zaspokajającej określone potrzeby osób oraz zbiorowości²³.

Niepokoje pierwszych dziesięcioleci XX w. doprowadziły do zrewidowania poglądów na prawo, które do tej pory miało zakreślać ramy instytucjonalne zachodzących procesów społecznych²⁴, na które nie starano się wpływać. Weber zauważył ponadto, iż w związku z rozwojem aparatu biurokratycznego, poszerzeniem funkcji państwa (zadania wynikające z tego, co kryje się pod hasłem interwencjonizmu społecznego i gospodarczego czy *welfare state*) oraz prymatem kryterium skuteczności dla ludzkich zachowań (racjonalizacja instrumentalna) należy z prawa uczynić narzędzie służące realizacji pożądanym przez prawodawcę celów, narzędzie racjonalnego sterowania procesami zachodzącymi w społeczeństwie²⁵.

Nowożytny system prawnokarny został skonstruowany tak, by spełniał określone wymogi prakseologiczne oraz aksjologiczne. Stan rzeczy, w którym racjonalne założenia ustawodawcy zostałyby zrealizowane, jest jednak nie do osiągnięcia. Deterministyczny oraz logocentryczny obraz świata poddającego się poznaniu oraz kontroli, zaproponowany przez prądy myślowe modernizmu²⁶, ulega poważnemu osłabieniu w konfrontacji ze spontanicznością zjawisk zachodzących w społeczeństwie²⁷, które w ramach założeń naturalizmu metodologicznego oraz przedmiotowego traktowano, na wzór nauk przyrodniczych, jako przedmiot badań²⁸.

Wskazano już na pogląd, iż zachowanie danej jednostki jest determinowane różnymi czynnikami. Ważną rolę pełni społeczeństwo. Nie jest ono jednak homogeniczne. W jego ramach funkcjonują grupy przedstawiające właściwe tylko sobie wartości²⁹, zatem nie ma jednego wzorca moralnego³⁰. Andrew von Hirsh zauważa, iż we współczesnym społeczeństwie brakuje monarchy absolutnego, dostojnika kościelnego czy innej instytucji posiadającej dość duży autorytet, by czysto werbalna odpowiedź na przestępstwo była wystarczającą oznaką potępienia moralnego sprawcy³¹. W społeczeństwie nowoczesnym nie ma miejsca na powszechnie uznany autorytet moralny.

Krytyka wizji świata opartej na założeniach scjentyzmu, logocentryzmu oraz determinizmu została podjęta przez prądy postmodernistyczne³². Zjawi-

²³ J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006.

²⁴ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2004, s. 84.

²⁵ Ibidem.

²⁶ W. Morawski, *Co może dać nauce...*

²⁷ Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień*, Warszawa 2002, s. 84.

²⁸ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

²⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

³⁰ S. Ossowski, op. cit., s. 50.

³¹ A. von Hirsh, *Uzasadnienie istnienia i wymiaru kary we współczesnym retrybtywizmie*, „Ius et Lex” 2006, nr 1, s. 63–68.

³² W. Morawski, *Główne problemy współczesne filozofii prawa...*

ska, którym owe prądy towarzyszą, opisują epokę postindustrialną czy ponowoczesną, a są to m.in. globalizacja³³, pluralizm moralny, rozwój komunikacji, etniczność czy kryzys państwa narodowego³⁴. Postmodernizm został przez Zygmunta Baumana opisany jako świat etyki bez kodeksów³⁵. Globalizacja oraz różnorodność postaw czy wzorców skłania jednostki do refleksji, zmusza do podejmowania wyborów³⁶, a ich rezultatem nie muszą być zachowania zgodne z wolą oraz celami tej grupy społecznej, która aktualnie jest w większym stopniu reprezentowana w strukturach władzy. J.-F. Lyotard nieodzowność dokonywania wyborów spośród wielu możliwości, której towarzyszy niepewność ostatecznej wygranej, czyni cechą kondycji ponowoczesnej człowieka³⁷.

Przemiany, które zachodzą od lat 50. czy 60. XX w., opisuje zjawisko globalizacji. Jak podaje Z. Bauman pojęcie globalizacji oznacza „nieokreślony, kapryśny i autonomiczny charakter świata i jego spraw, brak centrum, brak pulpitu operatora [...]”³⁸. Jest to jedna z przyczyn kryzysu państwa.

Wnioski płynące z przedstawionych przemian skłaniają do podjęcia próby analizy związków między reakcją karną a moralnością. Przy czym na potrzeby niniejszej analizy wystarczy jedynie wskazać węzłowe problemy szerszego zagadnienia, a mianowicie zależności, jakie zachodzą między prawem a moralnością w ogólności.

W literaturze przedmiotu wyróżnia się relacje przedmiotowe, walidacyjne oraz funkcjonalne³⁹. Jeżeli chodzi o pierwszy rodzaj relacji, odnoszącej się do zakresu regulacji prawa i moralności⁴⁰, to istnieją dwa poglądy. Zdaniem Georga Jellinka prawo określa minimum moralności, istnieje tu pewien stosunek podporządkowania⁴¹. Pogląd ten poddawany jest szerokiej krytyce⁴². Inna dominująca w prawoznawstwie teoria stoi na stanowisku, iż zakresy regulacji prawa i moralności krzyżują się⁴³, w efekcie tylko niektóre normy prawne pokrywają się z regulacją moralną. Relacje walidacyjne dotyczą wpływu moralności na obowiązywanie prawa. Wedle pozytywistycznego podejścia, reprezentowanego przez Austina czy Kelsena, normy prawne sprzeczne z moralnością obowiązują do czasu ich formalnego uchylecia. Pamiętajć jednak należy o tzw. formule Radbrucha, która zakłada, iż w pewnych okolicznościach prawo jest tylko ustawowym bezprawiem. Wyraża to zasada

³³ Z. Bauman, *Globalizacja...*

³⁴ W. Morawski, *Co może dać nauce...*

³⁵ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

³⁶ S. Ossowski, op. cit.

³⁷ J.-F. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna*, Warszawa 1997.

³⁸ Z. Bauman, *Globalizacja ...*

³⁹ W. Lang, *Prawo i moralność*, Warszawa 2003.

⁴⁰ W. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa...*

⁴¹ J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

*lex iniustissima non est lex*⁴⁴. Ostatni typ zależności, tzn. relacje funkcjonalne, odnoszą się do wpływu norm moralnych na treść norm prawnych, a także do tego, czy i jak prawo kształtuje postawy moralne⁴⁵.

W tym miejscu warto wprowadzić kilka, kolejnych już, spostrzeżeń retrospektywnych. F. Liszt wiązał początek dziejów kary z początkami współzycia społecznego ludzi⁴⁶. Kara jest instytucją społeczną, ma zatem swój określony cel, a jest nim ochrona ładu społecznego, pewnych zastanych wzorców i wartości. Ta instytucja społeczna przechodziła przez wszystkie stopnie rozwoju społeczeństw, począwszy od społeczności pierwotnych.

Termin „prawo” wiązać należy z paremią *ubi societas ibi ius*. Już społeczeństwo pierwotne wypracowuje oraz narzuca swoim członkom pewne właściwe sobie wzorce. Wobec tego zaczątków prawa można doszukiwać się w najwcześniejszych stadiach rozwoju społeczeństw, na długo przed wykształceniem się organizacji państwowej⁴⁷. Sigmund Freud opisał zwyczaje pierwotnych mieszkańców Australii. Społeczność ta wykształciła normy, których naruszenie skutkowało śmiercią⁴⁸. Taka reakcja na złamanie normy wynikała z poczucia zagrożenia bytu tej społeczności. System norm stanowił gwarancję ładu, z którego zachowaniem wiązano przetrwanie. Brak władzy państwowej nie oznacza zatem, iż nie istnieje system prawa, także prawa karnego. Zwłaszcza jeśli przyjąć, iż prawo karne to „zbiór szczególnych reguł kulturowych, rozumianych jako specyficzny przejaw aktywności określonego społeczeństwa, w postaci norm prawnokarnych”⁴⁹.

W społeczeństwie pierwotnym sankcje nakładane były w ramach rodu⁵⁰. Rozwój kary od najdawniejszych czasów prowadzi od władzy patriarchalnej, w której sąd rodowy nad przestępcą należał do członków rodu pod przewodnictwem patriarchy, do społeczności opartej na więzach innych niż zasada pokrewieństwa. „Odkąd jeden taki ród ze swoim przywódcą wysunął się na czoło pewnego terytorium, zamieszkałego przez wiele rodów zebranych w większe grupy terytorialne, ród ten uzyskuje prawo karania całej grupy terytorialnej”⁵¹. „Zależność jednostki od rodu ustępowała zależności od władcy. Wykształcały się pierwsze organizmy państwowe”⁵². Konstytuująca się władza wykorzystywała pewne rytuały, czyli wedle Durkheima – działania zbiorcze wzmacniające więź społeczną, mające zatem znaczenie dla istnienia

⁴⁴ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

⁴⁵ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa...*

⁴⁶ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 46.

⁴⁷ K. Sójka-Zielińska, op. cit., s. 15–16.

⁴⁸ S. Freud, *Totem i Tabu*, [w:] idem, *Pisma społeczne*, Warszawa 1998, s. 247–249.

⁴⁹ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 254.

⁵⁰ K. Sójka-Zielińska, op. cit.

⁵¹ M. Hendelsman, *Kara w najdawniejszym prawie polskim*, Warszawa 1907, s. 226–257.

⁵² K. Sójka-Zielińska, op. cit.

zbiorowości⁵³, wrośnięte w społeczną świadomość ładu społecznego i moralnego, etycznego⁵⁴. Do etyki w ujęciu obiektywnym należy osądzenie danej rzeczy jako dobrej albo złej, tzn. czy można przypisać jej wartość dodatnią, czy ujemną z ludzkiego punktu widzenia. Natomiast do ujętej subiektywnie etyki należy stwierdzenie, czy dana rzecz jest dobra, czy zła dla kogoś. Uzasadnienie takiego osądu odbywa się poprzez odwołanie do danego celu⁵⁵. Etyka, jak zauważył Levinas, jest czymś pierwotnym, można powiedzieć, iż „wyprzedza państwo – jest jedynym źródłem i ostatecznym trybunałem legitymacji państwa”⁵⁶. Ład społeczny był odbiciem ładu świętego, nie mógł być podważany. W tym przejawiała się sakralność w myśleniu pierwotnym. Polegała na traktowaniu wszelkiej tradycji jako niepodważalnej i świętej⁵⁷. Państwo chciało, by widzieć w nim sacrum, z nim utożsamiany miał być ład. Legitymizowało to działania państwa w oczach poddanych. W starożytnej Grecji naruszenie norm państwowych równoznaczne było z bezbożnością⁵⁸. *Polis* uczyniło z kary narzędzie służące utrzymaniu ładu społecznego. Wyrażało to utylitarne podejście do kary, która miała chronić i zadośćuczynić. Punktem odniesienia, w miejsce obrazy przedmiotu wierzeń, stawało się społeczeństwo⁵⁹.

Instytucja kary sięga daleko wstecz historii, do czasów, zanim pojawiło się państwo. Jednak dla bytu kary kryminalnej, która może być uznana za nową jakość, następczynię wszystkich sposobów reakcji na złamanie reguł lub za ich wykształconą w toku przemian nowożytną formę⁶⁰, konieczne jest spełnienie innych przesłanek. Odróżniać należy samosąd, zemstę (*lynch, vindicta publica*) od wymiaru sprawiedliwości karnej⁶¹. Jak zauważył Th. Hobbes, krzywdy pochodzącej od osób prywatnych nie można nazwać karą⁶². Aby mówić o karze kryminalnej, konieczna jest przynajmniej obecność arbitra czy autorytetu⁶³. Poza karą kryminalną istnieją w każdym społeczeństwie inne rodzaje kar, rozumiane jako pewna dolegliwość z przypisaną ujemną oceną czynu. Pojęcie kary nie jest tożsame z tym, co niesie ze sobą określenie „kara kryminalna”, gdyż ta jest zracjonalizowaną, formalną odpłatą⁶⁴, jest skutkiem popełnienia przestępstwa.

⁵³ E. Nowicka, *Świat człowieka, świat kultury*, Warszawa 2001, s. 444–445.

⁵⁴ J. Utrat-Milecki, op. cit.

⁵⁵ R. Zawłocki, op. cit., s. 127–128.

⁵⁶ Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

⁵⁷ E. Nowicka, op. cit., s. 444–445.

⁵⁸ J. Utrat-Milecki, op. cit.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem.

⁶² T. Hobbes, *Lewiatan*, Warszawa 1958, s. 277.

⁶³ M. Porowski, *O kulturowej tożsamości więźniów*, [w:] M. Porowski (red.), *IPSiR dzisiaj*, Warszawa 1998, s. 39.

⁶⁴ J. Świta, *Filozoficzne i socjologiczne ujęcie kary*, [w:] *Kara kryminalna. Analiza psychologiczno-prawna*, Lublin, s. 14–25.

Pojawienie się przestępstw, czyli czynów naruszających interesy ogółu społeczności, związane jest genetycznie z powstawaniem państwa⁶⁵. Społeczeństwa pierwotne nie znały pojęcia przestępstwa. Reakcja na dany godzący w obyczaj czyn była raczej odpowiedzią na niesprawiedliwość, nie na przestępstwo. Pojęcie niesprawiedliwości zdaje się uprzedzać idee sprawiedliwości. Zatem to sprawiedliwość jawi się jako zaprzeczenie niesprawiedliwości⁶⁶. Źródłem *vindicta publica* było poczucie niesprawiedliwości, nie zaś taki stan, w którym nie było sprawiedliwości. „Zasada wzajemności dostarcza sankcji dla każdej reguły, zawiera się w każdym akcie”⁶⁷. Jednakże prawo nie ogranicza się do norm stanowionych przez suwerenne państwo. Zresztą samo pojęcie suwerenności, zwłaszcza w znaczeniu bodinowskim⁶⁸, można dziś uznać za zdezaktualizowane. Istnieją porządki prawne inne niż państwowe. Prawo kanoniczne składa się na system normatywny Kościoła rzymskokatolickiego, niezależny od państwowego.

Ius puniendi jest realizowane poprzez stanowienie kar, orzekanie kar, a także ich wykonywanie oraz darowanie⁶⁹. Prawo kanoniczne doby średniowiecza było równorzędnym w stosunku do świeckiego źródłem prawa i jego autorytet był powszechnie uznany. Kościół przypisywał sobie prawo do stanowienia kar oraz ich wymierzania. Jurysdykcja kościelna nie obejmowała co prawda „czynów gwałtownych”, ale świeccy mogli być pociągani do odpowiedzialności karnej przed sądy kościelne za herezję, kazirodztwo, lichwę, zniesławienie, napaść na duchownego czy czary. Sposoby reakcji karnej miały naturę ekonomiczną bądź moralną, tzn. karą był post, jałmużna lub ekskomunika. Herezja stała się przestępstwem, które zaczęło ścigać również państwo. Od XI czy XII w. grzechy przeciwko Kościołowi nazywano przestępstwami kryminalnymi, rozumiano przez to pogwałcenie prawa kanonicznego⁷⁰.

Działalność sądów kościelnych, w tym inkwizycyjnych skazujących za herezję, dowodzi, iż prawo karania (*ius puniendi*) nie musi być realizowane przez państwo. Argument, iż wykonywanie przez państwo *ius puniendi* daje pewność najlepszej realizacji funkcji gwarancyjnej czy sprawiedliwościowej prawa karnego, jest chybiony, na co wskazuje trudne doświadczenie ludzkości związane z rządami totalitarnymi czy też, sięgając wcześniej – trybunałami reprezentującymi rząd rewolucyjnej Francji w trakcie powstania w Wandei⁷¹.

W świetle ustaleń doktryny prawa karnego kara kryminalna to przewidziana w ustawie konsekwencja popełnienia przestępstwa, przejawiająca się jako celowa osobista dolegliwość wymierzana przez organy państwowe, któ-

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

⁶⁷ B. Malinowski, op. cit., s. 28–41.

⁶⁸ A. Sylwestrzak, op. cit., s. 157.

⁶⁹ J. Warylewski, op. cit.

⁷⁰ B. Sygit, *Historia prawa kryminalnego*, Toruń 2007, s. 302–307.

⁷¹ Szerzej na ten temat w: P. Jasienica, *Rozważania o wojnie domowej*, Kraków 1985.

rymi wobec art. 174 Konstytucji RP⁷² są sprawujące wymiar sprawiedliwości sądy⁷³. Istotę jej wyjaśnia się również poprzez sprecyzowanie celów. Wyróżnia się cel ogólnoprewencyjny, szczególnoprewencyjny, kompensacyjny, jak również sprawiedliwościowo-retrybucyjny⁷⁴. Należy przy tym zaznaczyć, iż w nauce prawa karnego podejmowano próby skonstruowania rozbudowanej definicji kary kryminalnej⁷⁵.

Kara jest niepożądanym skutkiem celowego działania, które zmierza do wyeliminowania zachowań społecznych i dewiacyjnych⁷⁶. Przepięstwo jest rodzajem zachowania dewiacyjnego, czyli takiego, które łamie przyjęte społecznie normy. Istotą przepięstwa jest to, iż dane zachowanie stanowi czyn zabroniony przez prawo, które reprezentuje normy przyjęte przez społeczeństwo⁷⁷. Element potępienia moralnego odróżnia metody karnoprawne od sankcji cywilnoprawnych⁷⁸. W karze wyraża się dezaprobatę dla czynu oraz sprawy⁷⁹. Reakcja karna jest komunikatem wyrażającym naganę oraz potępienie⁸⁰. Stąd też nie sposób zamienić kary kryminalnej na inne formy reakcji na zjawisko przepięczności. Choć skuteczniej sterować stosując nagrody niż zakazy⁸¹, sterowanie negatywne jest bowiem mniej skuteczne od pozytywnego⁸², to jednak – jak trafnie zauważa L. Fuller⁸³ – przyznawanie każdorazowo nagród za posłuszeństwo wobec prawa byłoby nie tylko niewykonalne, ale wręcz absurdalne. Richard Posner w ekonomicznej teorii prawa karnego uzasadnia karę kryminalną jako reakcję na przepięstwo faktem, iż przy stosowaniu odpowiedzialności odszkodowawczej „wielkość odszkodowania, która miałaby charakter odstraszający, często przekraczałaby możliwości płatnicze przepięczy”⁸⁴, przy czym główną funkcją prawa karnego jest powstrzymywanie jednostek od omijania systemu dobrowolnej oraz zrównoważonej wymiany, tak by omijanie rynku było nieefektywne⁸⁵.

Ujemna wartość danej rzeczy z punktu widzenia ludzkiego przesądza, iż dana rzecz jest zła. Rzecz taka spotka się z powszechnym potępieniem. Doko-

⁷² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 (Dz.U. z 2001 r., nr 78, poz. 483).

⁷³ M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008; J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2007; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 237; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 253.

⁷⁴ Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 263–264.

⁷⁵ J. Utrat-Milecki, op. cit.

⁷⁶ J. Koziński, *Koncepcje psychologiczne człowieka*, Warszawa 1977, s. 44.

⁷⁷ W. Zalewski, op. cit., s. 254.

⁷⁸ J. Utrat-Milecki, op. cit., s. 65.

⁷⁹ L. Gardocki, op. cit., s. 253; A. Marek, op. cit., s. 237.

⁸⁰ R. A. Duff, *Karanie obywateli*, „Ius et Lex” 2006, nr 1.

⁸¹ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

⁸² J. Koziński, op. cit., s. 44.

⁸³ L. Fuller, *Anatomia prawa*, Lublin 1993, s. 43–56.

⁸⁴ R. Posner, *Ekonomiczna teoria prawa karnego*, „Ius et Lex” 2007, nr 1, s. 22–23.

⁸⁵ Ibidem.

nując recepcji poglądów Levinasa, można konstatować, iż sprawiedliwość jest czymś wtórnym w stosunku do etyki. Sprawiedliwość jest bowiem przynależna do ładu politycznego. Pojawia się w związku z tym pytanie o sprawiedliwość jako czynnik formujący reakcję karną oraz probierz jej oceny.

Kwerenda bibliograficzna wykazała, iż pojęcie „sprawiedliwość” stowarzyszy nierozłącznie rozważaniom nad tzw. *argumenta iuris puniendi*. Prawo karne pełni m.in. funkcję sprawiedliwościową, w związku z czym stosowanie norm prawnokarnych powinno zaspokajać społeczne poczucie sprawiedliwości⁸⁶.

C. Beccaria podkreślał, iż „jedyną i prawdziwą miarą wagi przestępstw jest szkoda”⁸⁷ wyrządzona ogółowi społeczeństwa. Kodeks karny⁸⁸ posługuje się definicją materialną przestępstwa, ujmując je formalnomaterialnie. Z art. 1 § 2 k.k. wynika zasada *nullum crimen sine periculo sociali*⁸⁹. Stąd też przestępstwem jest tylko czyn społecznie szkodliwy, ale szkodliwość ta musi wystąpić w stopniu wyższym niż znikomy⁹⁰ (jest to treść materialna przestępstwa). Racją rozważań nad kryterium oceny społecznej szkodliwości czynu zabronionego jest to, iż samo prawo karne z powodu braku instrumentarium badawczego nie jest w stanie wyjaśnić istoty społecznej szkodliwości. Kryteriów tej oceny należy szukać w istocie prawa karnego, w którą wpisane są racje aksjologiczne. Wskazuje się, iż kryterium oceny społecznej szkodliwości sprowadzać się może do odpowiedzi na pytanie: „czy zastosowanie określonej reakcji karnoprawnej byłoby sprawiedliwe ze społecznego punktu widzenia?”⁹¹.

Porządek etyczny opisuje Levinas, używając określenia „międzyludzkość”. Międzyludzkość polega na odpowiedzialności i nieobojętności wobec innych. W ładzie *polis* owa perspektywa międzyludzka może się zagubić pośród praw, które określają wzajemne zobowiązania jego obywateli⁹². Wyróżnić można zatem dwa porządki: etyczny oraz polityczny. Sprawiedliwość jest przynależna do ładu politycznego, jest związana z państwem. Politycznie określaną sprawiedliwość należy jednak oceniać przez pryzmat etyki. Owa pierwotność etyki powoduje ciągłe niepokoje, bowiem sprawiedliwość, jak to ujmuje Levinas, to tyle co ciągłe oczekiwanie większej sprawiedliwości⁹³.

Przyjęcie tak rozumianej sprawiedliwości za formującą reakcję karną oraz probierz jej oceny, skłania do następujących konstatacji.

⁸⁶ A. Marek, op. cit., s. 14–17.

⁸⁷ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959.

⁸⁸ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁸⁹ Zasady odpowiedzialności karnej to: *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine lege certa*, *nullum crimen sine lege stricta*, *nullum crimen sine lege poenali anteriori*, *nullum crimen sine culpa*, Szerzej P. Kozłowska-Kalisz, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Podręczny komentarz*, Kraków 2006.

⁹⁰ A. Marek, op. cit.

⁹¹ R. Zawłocki, op. cit., s. 262.

⁹² Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

⁹³ Ibidem.

R. Antony Duff w rozprawie *Karanie obywateli* zauważa, iż reakcja kar na obciążona jest niepewnością moralną, skoro bowiem rozwinięte demokratyczne państwo współczesne jest reprezentantem obywateli, to oznacza, iż jedni obywatele karzą drugich⁹⁴. Czynią to po to, aby odstraszyć jeszcze innych obywateli. Jak wspomniano, jednym z celów kary kryminalnej jest prewencja ogólna, której idea sprowadza się przecież do tego, by karanie danej osoby służyło odstraszeniu innych⁹⁵. Jest to wątpliwe etycznie. Wątpliwość ta, którą nie zaprzętały sobie głowy zwolennicy utylitarne go podejścia do kary, pojawia się już w myśli kantowskiej. Wymierzając karę, nie można kierować się korzyściami, nie jest ona bowiem środkiem do realizacji jakichś celów, ale sprawiedliwym odwetem, tzn. takim, który wynika z poczucia obowiązku. Kara jest bezwarunkowym nakazem moralnym⁹⁶.

Wbrew jednak kantowskiej wierze w apodyktyczność praw etyki, zadaniem instytucji społecznych jest „uwalnianie pewnych typów działań od ocen moralnych”⁹⁷. Zatem związek między reakcją karną a sprawiedliwością ulega samoograniczeniu z przyczyn podyktowanych zasadami prakseologii. Aby społeczeństwo mogło przetrwać wobec wielości postaw moralnych, konieczne jest osiągnięcie pewnego stopnia zgodności w tym zakresie⁹⁸. Prawo ludzkie skierowane jest do człowieka jako członka społeczności⁹⁹. Społeczeństwo ma zatem prawo wymuszać taką zgodność na jednostkach¹⁰⁰. B. Shuller zauważa, iż ustawodawca musi mieć jednak wzgląd na moralne możliwości adresata. Już G. Simmel podnosił, iż nie ma prawa powszechnego czy takiej powinności, która zobowiązując jednostkę do określonego uczynku, stałaby ponad pytaniem, czy zachowanie to jest jej obowiązkiem¹⁰¹. G. Radbruch stwierdził natomiast, iż ukarać można tylko osobę uznającą wartości obowiązującego prawa.

Zgodnie ze standardami wypracowanymi przez współczesne rozwinięte społeczeństwa kara kryminalna jest następstwem popełnienia przestępstwa (*nulla poena sine crimini*), które musi być przewidziane w ustawie (*nullum crimen sine lege*)¹⁰². Kryminalizacja danych czynów następuje z przyczyn aksjologicznych i są to wówczas czyny *mala per se*. Natomiast w przypadku czynów *mala prohibita* uzasadnienie aksjologiczne nie jest już tak eksponowane. W ujęciu doktryny *mala prohibita* to przestępstwa indyferentne moralnie¹⁰³.

⁹⁴ R. A. Duff, op. cit.

⁹⁵ Z. Bauman, *Globalizacja...*

⁹⁶ J. Warylewski, op. cit., s. 41–44.

⁹⁷ Z. Bauman, *Globalizacja...*

⁹⁸ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.

⁹⁹ A. Kaniowski, *Suporrogacja. Zagubiony wymiar etyki*, Warszawa 1999, s. 73.

¹⁰⁰ R. Dworkin, op. cit.

¹⁰¹ A. Kaniowski, op. cit., s. 389–390.

¹⁰² M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*

¹⁰³ J. Warylewski, op. cit., s. 28.

Można zaryzykować stwierdzenie, iż ujęcie aksjologiczne jest zagubionym wymiarem prawa karnego. Owa etyczna racja prawa karnego została w realiach XX-wiecznych zapomniana, gdyż „fizyczne zagęszczenie ludności przewyższyło znacznie jej zwartość moralną”¹⁰⁴. Ustawodawstwo służyło „ograniczaniu różnorodności za pomocą kategorii zdefiniowanych przez prawo”¹⁰⁵, co było koniecznym warunkiem zaprowadzenia porządku, rozumianego jako kontrola nad procesami społecznymi oraz sterowanie nimi.

Państwo nowoczesne, opierając prawo na zaczerpniętej z nauk przyrodniczych zasadzie *stimulus-response*, próbowało kontrolować zjawiska zachodzące w społeczeństwie. Następstwem tego jest jednak nieefektywność działań opartych na chybionych przeciw założeniach. Wszak zjawiska społeczne zachodzą spontanicznie. Pokładanie nadziei w wizji racjonalnego ustawodawcy, który – jak chciał już C. Beccaria – miał swą mocą prawodawczą prowadzić ludzi do możliwie największego szczęścia¹⁰⁶, skutkowało jurydyczą życia społecznego. Jak stwierdził J. Habermas, zorganizowane na zasadzie racjonalności instrumentalnej prawo jako medium zaczęło regulować stosunki należne do świata życia. Te zaś powinny podlegać racjonalności komunikacyjnej, czyli działaniom zorientowanym na wolną od przymusu komunikację oraz konsensualne regulowanie konfliktów społecznych. J. Habermas stwierdził także, iż kontrola nad procesami społecznymi jest możliwa o tyle, o ile ludzie wypełniają swoje obowiązki¹⁰⁷. Drogą do wymuszenia wypełniania obowiązków przez ludzi jest zwiększenie roli nakazów i zakazów. Służąc oznaczonym politycznie celom, kontrola staje się wartością samą w sobie. Na gruncie reakcji karnej przejawia się to tendencjami do zaostrzania represji karnej.

Instrumentalizacji prawa towarzyszy proces selektywności detalizacji prawa, spowodowany narastającym zróżnicowaniem społeczeństw. Przejawia się to w ustanawianiu przepisów prawno-karnych poza obrębem kodeksu. Zawarta w rozdziale XV k.k. norma prawna wyrażona w przepisie¹⁰⁸

¹⁰⁴ Z. Bauman, *Globalizacja...*

¹⁰⁵ Ibidem, s. 126.

¹⁰⁶ C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, Warszawa 1959, s. 203.

¹⁰⁷ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

¹⁰⁸ W rozważaniach przyjęto założenie o normatywnej budowie przepisu prawa. Przepis prawa jest jedynie jednostką redakcyjną, z której to rekonstruuje się normę prawną. Zgodnie z poglądem A. Delorme'a, przepis ma charakter normatywny, gdy wyraża choć jeden element treściowy normy (w zasadzie Delorme przyjmuje dwa rozumienia normatywności przepisu prawa; wedle innego, który odrzucam, przepis prawa ma charakter normatywny, gdy zawiera wszystkie elementy treściowe normy prawa). Norma prawna winna zawierać cztery elementy syntaktyczno-treściowe (por. A. Michalska, S. Wronkowski, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980, s. 6), tj. określenie adresata, okoliczności, nakazu albo zakazu oraz zachowania. Przepis prawa karnego zbudowany jest z normy sankcjonowanej (choć mogą to być normy *leges imperfectae*, z którymi zagrożenie sankcją się nie łączy) oraz sankcjonującej. Pierwsza nakazuje czy zakazuje zachowania, druga określa reakcję karną. Szerzej na ten temat Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym. Zagadnienia ogólne*, Poznań 2007.

art. 116 k.k. stanowi, iż przepisy części ogólnej tego kodeksu stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. Przepis ten określa zasady stosowania ogólnej części kodeksu karnego do tzw. ustaw karnych dodatkowych, które to przewidują odpowiedzialność karną *sensu stricto*¹⁰⁹. *De lege lata* katalog przestępstw pozostających poza regulacją kodeksową zawarty jest w przeszło 130 ustawach dotyczących różnych dziedzin oraz aspektów życia społecznego, tj. środowiska, rolnictwa, gospodarki, zdrowia, pracy i ubezpieczeń społecznych, bezpieczeństwa osób i mienia, porządku publicznego, stanów nadzwyczajnych, komunikacji, kultury, wyborów oraz działalności partii politycznych, funkcjonariuszy publicznych, kontroli oraz inspekcji czy najcięższych zbrodni¹¹⁰.

Prawo karne staje się instrumentem sterowania niezależnym od stanowiących rację jego bytu funkcji ochrony elementarnych standardów etycznych¹¹¹. Wartości moralne, których prawo karne było gwarantem, zostają odeń oderwane, a było to implikacją prymatu instrumentalnego (użytecznego) doń podejścia. Klasa czynów zabronionych nie jest zatem związana z moralnością, ale z instrumentalizacją prawa. Komunitariański paternalizm państwa pretendującego do tego, by wskazywać jednostce nie tylko sposoby działania, ale też cele, pokrywa się z niezadowoleniem ze stopnia własnej sprawiedliwości. Sprawiedliwość jednak, by była zaprzeczeniem niesprawiedliwości, musi pozostawać w związku ze swymi etycznymi korzeniami¹¹². Reżimy demokratyczne przybierają dziś formę „władzy opinii”. Decyzje podejmowane przez władzę są implikacją kalkulacji zorientowanych na zdobycie poparcia możliwie dużej liczby wyborców¹¹³. Tymczasem państwo sprawiedliwe – jak mówi Levinas – to państwo sprawiedliwych. Władza polityczna zbyt często jednak próbuje zdobyć aprobatę dla swych działań bądź skłaniać do ich podjęcia w drodze manipulacji, wykorzystując niewiedzę o faktach czy też przedstawiając je fałszywie¹¹⁴. Mill zauważył, iż „lud sprawujący władzę to nie zawsze ten sam lud, nad którym władza jest sprawowana”¹¹⁵. Prawa stanowiące są przez ludzi, a ludzkie poznanie nie jest wolne od błędów¹¹⁶. W ujęciu pozytywistycznym, reprezentowanym przez Kelsena czy Austina, prawo oraz moralność to dwa oddzielne porządki, obywatel zaś powinien przestrzegać pra-

¹⁰⁹ M. Mozgawa, [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Podręczny komentarz...*

¹¹⁰ W. Kotowski, B. Kutrzępa, *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 80–91.

¹¹¹ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

¹¹² Z. Bauman, *Ponowoczesność jako źródło cierpień...*

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ W. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

¹¹⁵ J. S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa 1959, s. 121.

¹¹⁶ M. A. Krapiec, *Porządek prawny („ordo iuris”) – rzeczywistość czy fikcja?*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 136.

wa nawet niesłusznego czy niesprawiedliwego. Wedle klasycznej szkoły prawa karnego, prawo ma przede wszystkim spełniać warunki formalne¹¹⁷. Tymczasem tylko dlatego, iż normy prawne zostały ustanowione przez władzę, nie będą miały mocy rządzenia ludźmi¹¹⁸. Na tym tle rysuje się obraz ponowoczesnego prawa karnego jako „niedokończonego projektu”¹¹⁹.

Węzłowym problemem, z jakim uporać musi się ustawodawca, formując reakcje karnoprawną jako odpowiadającą współczesnym wyzwaniom, a tym samym efektywną (czyli realizującą postulowane funkcje), jest to, by probierzem penalizacji była sprawiedliwość oceniana przez pryzmat etyki. Nasuwa się smutna konstatacja, iż stan ten nie jest możliwy do osiągnięcia.

Rozwiązaniem możliwym jest rekonstrukcja polityki karnej, zmierzająca do rewizji funkcji, do których realizacji reakcja karnoprawna została uformowana. Według zasady subsydiarności regulacji prawnokarnej, powinna ona być stosowana jako *ultima ratio*, tj. wtedy, gdy inne metody, właściwe innym dziedzinom prawa, okażą się niewystarczające¹²⁰. Kara kryminalna jest przecież najostrzejszą formą reakcji na zachowanie wadliwe z punktu widzenia pożądanego przez społeczeństwo stanu rzeczy. Zresztą sterowanie behawioralne jest mało efektywne. Nie ma więc powodów, poza politycznymi, by kryminalizować kolejne kategorie zachowań lub zjawisk społecznych czy też zwiększać represyjność kodeksu karnego. Słuszna jest też depenalizacja możliwie dużej liczby czynów uznanych za zabronione oraz zmniejszanie represyjności sankcji karnoprawnych w możliwie dużym stopniu. Rozproszenie wiązki uprawnień państwa wynikających z *ius puniendi* na inne podmioty należy uznać za zasadne, skoro państwo nie daje szczególnych gwarancji ani efektywności, ani praworządności. Państwo nie jest uznanym autorytetem. Nie będzie ponadto stwierdzeniem nowym, iż państwowy wymiar sprawiedliwości raczej eliminuje na jakiś czas sprawcę niż samo zjawisko przestępczości.

Summary

Selected problems in the response of criminal justice in post-industrial societies. Right to punishment – justice – the principle of *ultima ratio*

The era of modernism is a thing of the past, as well as the image of the world depicted in modernistic doctrines. The world no longer seems to be a reasonable construct, social phenomena are not controllable, science

¹¹⁷ R. Dworkin, op. cit., s. 47–53.

¹¹⁸ M. A. Krapiec, op. cit., s. 137.

¹¹⁹ J. Habermas używa tego określenia w stosunku do modernizmu. Szerzej L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa...*

¹²⁰ A. Marek, op. cit., s. 14.

occurred an insufficient cure for social problems. Contemporary criminal reaction stems from the industrial age, derives from identifying social order with the state.

Law originates in times long before founding the first states. Punishment, treated as a remedy against wrong is connected with the oldest societies. In this manner, justice is the opposite of wrong, while ethics are original to justice.

But law has become a tool of the state. The paternalistic belief, that the state should make its citizens content caused that the criminal law lost its ethic dimension and began to prove ineffective. Implementing this belief also resulted in the fact, that increasing number of areas of social life started to be subject to law. In the case of criminal law it is connected with the growth of repressiveness, increasing the number of acts regarded as crimes and regulating them in legislation outside the penal code.

The criminal punishment is the most severe reaction to a conduct which is improper because of not meeting social demands. According to the principle of subsidiarity the criminal reaction should be regarded as the last resort. Basing on this principle a revision of criminal policy should be made. The reform should also take ethic aspects into consideration, and avoid treating the law as an instrument.

Rafał Skowron

absolwent Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego

Anna Wilińska

studentka administracji Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu

Mariusz Zelek

Katedra Kryminalistyki Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu

Problem przeludnienia w jednostkach penitencjarnych w obliczu wyroku TK z dnia 26 maja 2008 roku

1. Przepelnienie w zakładach karnych i jego konsekwencje

Definicja przepelnienia więzień opierać się może na różnych kryteriach – zarówno obiektywnych, jak i subiektywnych (tj. spostrzeżenia i odczucia więźniów). Powszechnie stosowana definicja bierze za swoją podstawę pojemność więzień – o przepelnieniu mówi się, gdy liczba osadzonych w nim osób, pomijając przestrzeń zajęta przez personel i środki rzeczowe, przekracza liczbę miejsc (lub łóżek) dla więźniów, określaną w statystyce więziennej jako „zdolność obłożenia”¹.

Przeludnienie należy do najtrudniejszych problemów praktyki wykonywania kary pozbawienia wolności nie tylko w Polsce, ale i w całej Europie. Na 27 państw Unii Europejskiej w 17 notowany jest wyższy poziom populacji więziennej niż nominalna pojemność zakładów karnych². Różnica istnieje jednak we współczynniku prizonizacji – liczba więźniów na 100 000 mieszkańców w Polsce przekracza 200 osób (od 2001 r.), natomiast w krajach Europy Zachodniej wynosi ona od kilkudziesięciu do ok. 130 osób³.

¹ B. Hołyst, *Przepelnienie więzień. Aspekty kryminologiczne i penitencjarne*, [w:] B. Hołyst, W. Ambroziak, P. Stępnik, *Więziennictwo. Nowe wyzwania*, Warszawa – Poznań – Kalisz 2001, s. 48.

² Zob. [online] <www.rp.pl/artukul/89875,96366_Trzeba_ograniczyc_czas_przebywania_wiezniow_w_ciasnych_celach.html>, dostęp: 17.11.2008.

³ J. Hołda, Z. Hołda, *Prawo karne wykonawcze*, Kraków 2004, s. 41; J. Warylewski, *Aktualna polityka karna wobec statystycznego obrazu przestępczości i badań opinii publicznej*, „Edukacja Prawnicza” 2007, nr 3(87), s. 5.

Zgodnie ze sprawozdaniami statystycznymi MS ZK-1⁴ i MS ZK-2⁵ z dnia 30 września 2008 r. pojemność jednostek penitencjarnych (aresztów śledczych oraz zakładów karnych) wynosiła 79 096 miejsc zakwaterowania, co daje zaludnienie na poziomie ok. 106%. Wskaźnik ten jednak nie uwzględnia osób przebywających poza terenem jednostek penitencjarnych w związku z samowolnym przedłużeniem czasu przepustki, ucieczką, pobytem w zakładzie leczniczym lub w pomieszczeniach Policji oraz wydanych do innego państwa w charakterze świadka w toczącym się postępowaniu karnym. Z raportu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka wynika, że liczba ta jest w praktyce dużo wyższa. Zgodnie z danymi Fundacji, do powierzchni przypadającej na skazanego wlicza się całą powierzchnię użytkową więzienia (tj. m.in. sale gimnastyczne czy telewizyjne)⁶.

Na podstawie rozmów z dyrektorami zakładów karnych⁷ ustalono, iż wskaźnik procentowy zaludnienia oscyluje średnio między 100% a 130% – w zależności od typów zakładów, jak również charakteru poszczególnych cel (chodzi tutaj głównie o względy techniczne)⁸. Więzień zazwyczaj nie ma zapewnionej celi zgodnej z ustawowymi normami (3 m² powierzchni). Jarosław Warylewski komentuje to w sposób następujący: „[...] obecnie na jednego więźnia przypada mniej więcej tyle m² ile ma nieboszczyk w trumnie”⁹. Warto dodać, że na dzień 30 września 2008 r. na samo wykonanie kary oczekiwało 46 185 orzeczeń sądowych, które dotyczyły 40 134 osób, z których 35 575 osobom upłynął termin kary.

H. Machel wskazuje, iż obecnie nie ma jeszcze ustalonej koncepcji resocjalizacyjnej, która pozwalałaby na uzyskiwanie skutecznych zmian w zachowaniu każdego człowieka wymagającego penitencjarnej psychoreakcji. Potrafimy natomiast wymienić czynniki mające na to wpływ, a należą do nich m.in. warunki więzienne¹⁰. Zapewnienie minimalnych standardów bytowych

⁴ MS ZK-1: Miesięczne sprawozdanie o tymczasowo aresztowanych, skazanych i ukaranych – ewidencja osadzonych, [online] <www.sw.gov.pl/images/1237202865.pdf>, dostęp: 17.11.2008.

⁵ MS ZK-2: Miesięczne sprawozdanie o zatrudnieniu tymczasowo aresztowanych, skazanych i ukaranych, [online] <www.sw.gov.pl/images/1224159213.pdf>, dostęp: 17.11.2008.

⁶ Projekt czwartego raportu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dnia 3 listopada 2006 r., dotyczący implementowania przez Polskę reguł Europejskiej Konwencji o zapobieganiu torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu z dnia 26 listopada 1987 r.

⁷ Opracowano na podstawie rozmów przeprowadzonych 10 listopada 2008 r. z dyrektorami zakładów karnych – Krzysztofem Kościelskim (ZK Koziegłowy) i Andrzejem Samkiem (ZK Wierchowo Pomorskie).

⁸ Wskaźnik ten bywa czasem zdecydowanie wyższy, o czym świadczy m.in. fakt, że zaludnienie w Areszcie Śledczym w Bielsku-Białej w latach ubiegłych wynosiło 225%. Na dzień 27 maja 2008 r. największe przeludnienie występowało w ZK Łowicz – 135,8% (por. J. Kroner, *Niehumanitarne przeludnienie w celach*, „Rzeczpospolita” z 27 maja 2008).

⁹ J. Warylewski, op. cit., s. 11.

¹⁰ H. Machel, *Więzienie jako instytucja karna i resocjalizacyjna*, Gdańsk 2006, s. 11–30.

zdaje się być jednym z podstawowych zadań państwa w zakresie stosowania prawa karnego wykonawczego. Przeludnienie zakładów może prowadzić do naruszenia standardów postępowania z osobami pozbawionymi wolności, a nawet naruszenia zakazu tortur i innych postaci niehumanitarnego czy poniżającego traktowania¹¹.

Dyrektorzy zakładów karnych wskazywali niekiedy, że problem przeludnienia w jednostkach penitencjarnych jest mało istotny, szczególnie w wypadku zakładów otwartych i półotwartych, w których więźniów spędza w celi niewielką część dnia, w związku z czym kwestia ta nie ma widocznych konsekwencji w życiu codziennym. Przedstawiciele doktryny stwierdzają natomiast, że przeludnienie zawsze jest niekorzystne i negatywnie wpływa zarówno na więźniów, jak i na personel¹². W uchwale Senatu z dnia 3 czerwca 2004 czytamy: „Dramatyczna jest sytuacja w zakładach karnych, gdzie ogromne przeludnienie uniemożliwia działalność resocjalizacyjną, kierując cały wysiłek służby więziennej na zapewnienie spokoju i bezpieczeństwa osadzonych i personelu”¹³.

Wśród negatywnych skutków przeludnienia w zakładach karnych wymienia się:

1. Dodatkowe dolegliwości dla osób osadzonych (takie jak: trudności w utrzymaniu higieny osobistej, przymus realizacji potrzeb fizjologicznych przy współosadzonych, spanie na materacach rozkładanych na podłodze i inne).
2. Wzajemną demoralizację i zwiększenie konfliktowości wśród więźniów.
3. Wzrost agresji więźniów.
4. Zmniejszenie poczucia bezpieczeństwa u niektórych bardziej wrażliwych więźniów.
5. Znaczne pogorszenie warunków sanitarnych.
6. Pogorszenie jakości obsługi medycznej.
7. Eskalację podkultury więziennej.
8. Niszczenie sprzętu (w wyniku zużycia oraz aktów wandalizmu).
9. Utrudnione wykonywanie zadań służbowych przez kadrę (skoncentrowanie wysiłku na utrzymaniu właściwej atmosfery i zapobieganiu sytuacji grożącym bezpieczeństwu, obniżenie efektywności oddziaływań wychowawczych i korekcyjnych).
10. Wyczerpanie psychiczne i fizyczne funkcjonariuszy służby więziennej.
11. Osadzenia niepalących więźniów razem z osobami palącymi tytoń.

¹¹ B. Gronowska, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 15 lipca 2002 r. w sprawie Kalashnikow przeciwko Rosji*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 157.

¹² H. Machel, op. cit., s. 45-70; J. Warylewski, op. cit., s. 11.

¹³ Zob. [online] <www.senat.gov.pl/K5/DOK/dr/700/710.htm>, dostęp: 17.11.2008.

12. Umieszczenie skazanego w zakładzie karnym znacznie oddalonym od miejsca zamieszkania (łączy się to często z uniemożliwieniem spotkań z osobami bliskimi).

13. Zwiększoną liczbę samobójstw¹⁴.

Prezes Krajowego Stowarzyszenia Resocjalizacji Roman Fons zwrócił uwagę, że paradoksalnie możemy również dostrzec pozytywne aspekty przełudnienia jednostek penitencjarnych¹⁵. Z racji przepelnienia cel więźniowie stosunkowo chętnie angażują się w różnorodne działania – daje to im bowiem możliwość opuszczenia celi, a to może stanowić pole do popisu dla wychowawców. Sam Roman Fons stwierdził jednocześnie, że to jednak dość kontrowersyjna teza, biorąc pod uwagę opisane powyżej negatywne konsekwencje przepelnienia zakładów karnych (w tym wzrost agresji i wzajemna demoralizacja, które są jednym z czynników uniemożliwiających resocjalizację).

2. Zmiany w polskich jednostkach penitencjarnych

B. Hołyst wyróżnia szereg przyczyn wzrostu populacji więziennej, wynikających z prowadzonej polityki karnej w powiązaniu ze stałym wzrostem przestępczości, takich jak m.in. zniesienie kary śmierci czy nadużywanie kary pozbawienia wolności¹⁶. Szczegółowe omówienie wskazanego zagadnienia znacznie wykracza poza zakres niniejszego opracowania, niemniej jednak warto zauważyć, że od roku 1926 do lat osiemdziesiątych XX w. liczba osadzonych w jednostkach penitencjarnych ulegała dużym wahaniom (od 24 tys. do 123 tys.)¹⁷. Na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych, m.in. ze względu na amnestie, liczba więźniów znacznie się zmniejszyła, by w krótkim czasie ponownie szybko wzrosnąć, co spowodowało pogorszenie sytuacji polskich zakładów karnych. W roku 2000 przepelnienie zakładów karnych urosło do poważnego problemu społecznego i ekonomicznego¹⁸.

Jarosław Warylewski komentuje istniejącą sytuację w sposób następujący: „o rozmiarach populacji osadzonych nie decydują przesłanki natury obiektywnej, lecz głównie osoba i osobowość ministra”, wskazując, że wyraźna, masowa prizonizacja nastąpiła w roku 2000 (ministrem sprawiedliwości został wówczas Lech Kaczyński) oraz za kadencji Zbigniewa Ziobry¹⁹. Liczba

¹⁴ Por. [online] <www.sw.gov.pl/index.php/forum/more/214>, dostęp: 17.11.2008.

¹⁵ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej z Romanem Fonsesem 10 listopada 2008 r.

¹⁶ Szerzej zob. B. Hołyst, *Przepelnienie...*, s. 48–50.

¹⁷ Por. J. Warylewski, op. cit., s. 9.

¹⁸ B. Hołyst, *Przepelnienie...*, s. 50.

¹⁹ J. Warylewski, op. cit., s. 9.

jednostek penitencjarnych nie zwiększała się, natomiast istniejące areszty śledcze i zakłady karne często liczyły (i liczą nadal) prawie 200 lat. Najstarszy zakład karne w Polsce pochodzi z XIV w., a odsetek tych, które powstały po II wojnie światowej, nie przekracza 25%²⁰. Sytuacja ta wielokrotnie wymagała interwencji. Posłanka SLD Katarzyna Piekarska, która jako szefowa sejmowej komisji sprawiedliwości wizytowała polskie zakłady karne, stwierdziła: „W Rzeszowie widziałam celę, w której przebywało 21 więźniów równocześnie. W nieoficjalnych rozmowach strażnicy przyznawali, że nad taką masą ludzi nie są w stanie zapanować. Wiele więzień znajduje się w XIX-wiecznych klasztorach, które od czasu przejścia przez państwo nigdy nie były remontowane”²¹.

Warto zastanowić się nad zjawiskiem gwałtownego zmniejszenia wskaźnika procentowego przeludnienia w ostatnich latach ze 120% do 106%. Powodem tego były przede wszystkim inicjatywy podjęte przez państwo i odpowiednie instytucje, wśród których należy wymienić te dążące do stworzenia odpowiednich warunków więziennych i kadrowych do stosowania prawa wykonawczego. Podjęto działania zmierzające do uchwalenia ustawy na temat „Programu modernizacji Służby Więziennej w latach 2008–2010”, a obecnie trwa realizacja „Programu pozyskania 17 000 miejsc w jednostkach więziennictwa w latach 2006–2009”²² poprzez działalność inwestycyjną, remontową oraz adaptacyjną. Realizacja przyjętego programu działań inwestycyjnych przynosi już wymierne efekty. Od 31 grudnia 2005 r. do końca kwietnia 2008 r. pojemność jednostek penitencjarnych zwiększyła się o 4679 miejsc, co stanowi trzykrotność przyrostu pojemności więzień w ciągu 4 lat poprzedzających ten okres²³.

3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego²⁴

Dnia 26 maja 2008 r. Trybunał Konstytucyjny w składzie: Zbigniew Cieślak – przewodniczący, Adam Jamróz, Marek Kotlinowski, Ewa Łętowska oraz Teresa Liszcz – sprawozdawca, działając na podstawie art. 2 pkt 1 ust. 1 ustawy o TK²⁵ wydał wyrok stwierdzający, iż art. 248 § 1 k.k.w.²⁶ jest niezgodny z art. 40, art. 41 ust. 4 i art. 2 Konstytucji RP²⁷.

²⁰ Ibidem, s. 11.

²¹ Zob. [online] <www.wprost.pl/ar/117909/Wiezienia-klasy-lux/>, dostęp: 17.11.2008.

²² Zob. [online] <www.sw.gov.pl/index.php/aktualnosci/more/1648>, dostęp: 17.11.2008.

²³ Ibidem.

²⁴ Wyrok TK z dnia 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07 (Dz.U. nr 96, poz. 620).

²⁵ Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. nr 102, poz. 643 z późn. zm.).

²⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. nr 90, poz. 557 ze zm.).

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

Skarżący Jacek Garbacz podniósł w skardze konstytucyjnej, że wymieniony przepis kodeksu karnego wykonawczego narusza szereg praw i wolności zagwarantowanych ustawą zasadniczą. Przepisy objęte skargą to: art. 41 ust. 4 Konstytucji (humanitarne traktowanie osób pozbawionych wolności), art. 40 (zakaz poddawania torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu lub karaniu), art. 31 ust. 3 (ograniczenie konstytucyjnych praw skarżącego w sposób sprzeczny z zasadą proporcjonalności) oraz art. 2 (Polska jako demokratyczne państwo prawne, urzeczywistniające zasady sprawiedliwości społecznej), niezgodność z którym wynika według skarżącego z naruszenia zasady przyzwoitej legislacji i dostatecznej określoności przepisów prawa przez niepełne i niedookreślone uregulowanie pojęcia „czas określony”²⁸.

Podstawową tezę zarzutu było to, że na podstawie art. 248 § 1 k.k.w. możliwe jest umieszczanie osób odbywających karę pozbawienia wolności w pomieszczeniach, w których powierzchnia przypadająca na jednego skazanego wynosi mniej niż 3 m² przez cały okres odbywania kary. Wykładnia językowa zaskarżonego przepisu pozwala stwierdzić, że intencją ustawodawcy było w tym przypadku wyraźne podkreślenie, iż ograniczenie powierzchni celi przypadającej na jedną osobę jest sytuacją wyjątkową, tymczasową, stosowaną „w szczególnie uzasadnionych wypadkach” i nie może być regułą.

Stan faktyczny, na tle którego powstała skarga, był następujący:

Jacek Garbacz od 2002 r. do chwili wydania wyroku przez TK odbywał karę pozbawienia wolności w różnych zakładach karnych. W tym czasie przebywał niejednokrotnie w celach, w których powierzchnia przypadająca na jednego skazanego wynosiła ok. 1 m². W związku z tym, że powierzchnia zakładów uniemożliwiała umieszczanie skazanych zgodnie z ogólnymi normami wynikającymi z art. 110 § 2 k.k.w. (min. 3 m² na jednego skazanego), dyrektorzy poszczególnych zakładów karnych permanentnie stosowali art. 248 § 1 k.k.w. poprzez wyznaczanie kolejnych, następujących po sobie okresów przebywania w celi o niewystarczającej wielkości. Mimo że każdorazowo takie ograniczenie wyznaczano na czas określony, to faktycznie poprzez ciągłe ustanawianie nowych okresów oznaczonych czas przebywania w celi, w której powierzchnia na jednego skazanego była mniejsza niż 3 m², stawał się nieoznaczony. Działania takie, według skarżącego, stanowią wypaczenie intencji ustawodawcy i powodują, że przepis określający sposób postępowania w sytuacjach wyjątkowych stał się normą.

Prokurator Generalny oraz Rzecznik Praw Obywatelskich, który na mocy art. 27 pkt 8 ustawy o TK, zgłaszając udział w postępowaniu, stał się jego uczestnikiem, w złożonych pismach wnosili o stwierdzenie, że art. 248 § 1 k.k.w. jest niezgodny z art. 41 ust. 4 i art. 40 Konstytucji. Prokurator Generalny wnosił dodatkowo o uznanie, że zaskarżony przepis nie jest nie-

²⁸ Wyrok TK z dnia 26 maja 2008 r., s. 1–2.

zgodny z art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji. Zdaniem Prokuratora Generalnego, „słuszne intencje, które motywowały ustawodawcę do uchwalenia zaskarżonego przepisu, zostały zniekształcone w procesie jego stosowania”²⁹. Prokurator Generalny podniósł także, że celowe jest odroczenie derogacji zaskarżonego przepisu o 18 miesięcy, ponieważ natychmiastowa utrata jego mocy obowiązującej może wywołać niepożądane skutki.

Rzecznik Praw Obywatelskich przytoczył m.in. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), potwierdzające absolutny charakter zakazu stosowania tortur, traktowania nieludzkiego i poniżającego. Z orzecznictwa wynika, że sama powierzchnia celi nie jest przesłanką wystarczającą do uznania, iż doszło do naruszenia art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁰. Mała powierzchnia celi, duża liczba osadzonych, warunki sanitarne oraz minimum prywatności spełniają jednak według Rzecznika Praw Obywatelskich stosowane przez ETPCz kryterium tzw. kumulatywnej oceny zaistniałych warunków. Długotrwałe umieszczenie w przeludnionej celi nie zostało bowiem zrekomensowane innymi udogodnieniami.

Również Marszałek Sejmu wniósł o stwierdzenie, że art. 248 § 1 k.k.w. jest niezgodny z art. 41 ust. 4 i art. 40 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji. „Marszałek Sejmu wskazał, że żaden akt prawa międzynarodowego nie ustala konkretnie norm powierzchniowych, jakie powinny obowiązywać w zakładach karnych. Wiele z nich jednak wskazuje, jakie warunki powinny spełniać pomieszczenia mieszkalne. Standardy humanitarnego traktowania więźniów, wyznacza przede wszystkim orzecznictwo ETPCz. W sprawie zakończonej wyrokiem z 9 marca 2006 r., zajmując się kwestią wielkości celi, w jakiej przebywają więźniowie, jako elementem zapewnienia godziwych warunków odbywania kary pozbawienia wolności, ETPCz uznał za sprzeczne ze standardami Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom powierzchnię 2,8 m², jaka przypadała na osadzonego”³¹.

„Helsińska Fundacja Praw Człowieka (zwana dalej: Fundacją) jako tzw. przyjaciel sądu (*amicus curiae*) przedstawiła w piśmie z 1 lutego 2008 r. opinię w sprawie. W uzasadnieniu Fundacja zwróciła uwagę na problem przeludnienia polskich więzień w kontekście zasady humanitarnego traktowania oraz standardy międzynarodowe w tym zakresie. Wskazała na 17 spraw oczekujących na rozpatrzenie przez ETPCz, zakomunikowanych rządowi RP w ciągu 2007 r., które dotyczyły przeludnień w więzieniach. W ocenie Fundacji duża część spraw ma szansę zakończyć się uznaniem przez ETPCz naruszenia przez Polskę Konwencji”³².

²⁹ Ibidem, s. 4–5.

³⁰ Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm.

³¹ Wyrok TK z dnia 26 maja 2008 r., s. 7.

³² Ibidem, s. 9

Przepis art. 248 § 1 k.k.w. zawiera klauzulę generalną „szczególnie uzasadnionych wypadków” oraz blankietowe sformułowanie „czas określony”. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku podniósł, że: „najistotniejszym brakiem zaskarżonego przepisu jest to, że w obecnym brzmieniu możliwe jest stosowanie go jako zasady, co faktycznie ma miejsce wobec notoryjnego przeludnienia występującego w polskich zakładach karnych. Przepis zawiera jedynie pozorne ograniczenie zakresu jego stosowania, stanowiąc, że może on być stosowany przez czas »określony«. Nie wskazuje on ani maksymalnego czasu »określonego«, przez jaki może być stosowany, ani też żadnych ograniczeń co do możliwości ponownego zastosowania go na kolejny czas określony. Oznacza to, że przepis ten może być stosowany permanentnie”³³.

Według Trybunału kwestionowany przepis rzeczywiście powoduje, że kara pozbawienia wolności stosowana jest w sposób niehumanitarny i powoduje udrczenie skazanych. Traktowanie humanitarne to postępowanie, które uwzględnia minimalne potrzeby człowieka, odnosząc je do przeciętnych standardów danego społeczeństwa. Nie są humanitarnymi działania organów władzy państwowej, które nie służą bezpośrednio realizacji celów kary pozbawienia wolności, a stanowią jedynie reakcję na niedomaganie systemu polskiego więziennictwa. Tym samym niedostatecznie określony czas stosowania ograniczeń praw i wolności gwarantowanych Konstytucją stanowi rażące naruszenie art. 41 ust. 4 i art. 40 ustawy zasadniczej.

Trybunał Konstytucyjny przychylił się również do zarzutu skarżącego, że art. 248 § 1 k.k.w. narusza zasadę dostatecznej określoności oraz przyzwoitości legislacji. „Określenie uprawnień organu w sposób niejasny, nieprecyzyjny lub zawiły, umożliwiający bardzo szeroką interpretację lub uniemożliwiający obywatelom samodzielną orientację i ocenę treści regulacji prawnych, stanowi naruszenie art. 2 Konstytucji. Skoro bowiem racjonalny ustawodawca przyjął, że przepis ten jest wyjątkiem, to powinien zostać sformułowany w taki sposób, aby niemożliwe było jego rozszerzające stosowanie. O ile klauzula generalna »szczególnie uzasadnionych wypadków« jest uzasadniona w świetle dyspozycji art. 2 Konstytucji, o tyle blankietowe sformułowanie »czas określony«, w formie występującej w art. 248 § 1 k.k.w. stanowi jego rażące naruszenie”³⁴.

W stosunku do art. 31 ust. 3 Konstytucji, który to przepis również objęty był skargą, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że nie jest on właściwym wzorcem kontroli w rozpatrywanej sprawie. Zdaniem Trybunału, „prawo do traktowania humanitarnego, o którym mowa w art. 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji, jako jedno z niewielu praw obywatelskich ma charakter absolutny i nie może być w żadnych warunkach ograniczone. Z tego też względu wzorce

³³ Ibidem, s. 3.

³⁴ Ibidem.

kontroli wyrażone w art. 40 i art. 41 ust. 4 Konstytucji nie mogą być łączone z wzorcem art. 31 ust. 3 Konstytucji, który określa warunki i granice ograniczania konstytucyjnych praw i wolności. Łączenie zatem zasady, która nie podlega ograniczeniom, z postanowieniem, które wskazuje na możliwości ograniczeń, jest niedopuszczalne³⁵.

Trybunał Konstytucyjny ustosunkował się również do wniosku Prokuratora Generalnego, odraczając na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji o 18 miesięcy termin utraty mocy obowiązującej zakwestionowanego art. 248 § 1 k.k.w. Decyzja o odroczeniu utraty mocy obowiązującej tego przepisu jest spowodowana nie tyle potrzebą dokonania zmian w przepisach prawnych, ile koniecznością podjęcia wielu działań natury organizacyjnej w celu wyeliminowania przeludnienia w zakładach karnych. Pożądana wydaje się również zmiana polityki karnej w kierunku szerszego wykorzystywania nieizolacyjnych środków karnych. Natychmiastowa utrata mocy obowiązującej art. 248 § 1 k.k.w. pogłębiłaby istniejącą już patologiczną sytuację, w której z powodu braku miejsca w zakładach karnych wielu skazanych nie może odbywać kary³⁶.

Trybunał Konstytucyjny postanowił jednocześnie przyznać skarżącemu tzw. przywilej korzyści, polegający na tym, że w stosunku do niego wyrok Trybunału powinien być wykonany niezwłocznie po ogłoszeniu go w Dzienniku Ustaw, co nastąpiło 5 czerwca 2008 roku.

4. Wpływ wyroku Trybunału Konstytucyjnego na politykę kryminalną państwa

Konsekwencje utraty mocy obowiązującej przez art. 248 § 1 k.k.w. są na tyle poważne, że nie tylko powinny doprowadzić, ale wręcz obligują władze do podjęcia stanowczych kroków w celu poprawy sytuacji polskiego więzienia. Jeżeli do 5 grudnia 2009 r. panujące obecnie realia nie ulegną zmianie, Polska narazi się na zapłatę wysokich odszkodowań na rzecz osób osadzonych w zakładach karnych czy aresztach śledczych, którym nie zostało zagwarantowane min. 3 m² powierzchni. Jeżeli nawet polskie sądy nie będą nakładać na Skarb Państwa obowiązku zapłaty określonych sum pieniężnych, z pewnością uczyni to Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Warto zatem zastanowić się, jakie działania należy przedsięwziąć, aby przeciwdziałać ujemnym następstwom utraty mocy obowiązującej przez art. 248 § 1 k.k.w. Wydaje się, że dróg prowadzących do tego celu jest co najmniej kilka.

³⁵ Ibidem, s. 17.

³⁶ Ibidem, s. 18.

Jednym ze sposobów może być zmiana polityki kryminalnej państwa. Zdaniem Denisa Szabo, wybitnego kanadyjskiego kryminologa, „polityka kryminalna polega, gdy chodzi o prawników, na wcielaniu w życie zasad ustalonych przez ustawodawcę w kodeksie karnym; z punktu widzenia kryminologów obejmuje ona także część opisową, która dotyczy badania naukowego mechanizmów represji i prewencji, oraz część oceniającą, której przedmiotem jest skuteczność w stosunku do norm ustalonych przez prawo”³⁷.

Według prokuratora Czesława Pawła Kłaka politykę kryminalną można rozpatrywać w trzech aspektach: polityka prawodawcy, polityka stosowania prawa przez sądy, kwestia wnioskowania przez oskarżycieli o daną karę³⁸. Bliższej analizy wymagają zatem elementy składowe omawianego pojęcia.

4.1. Polityka prawodawcy

W związku z przeludnieniem panującym w jednostkach penitencjarnych pojawiają się propozycje zmian legislacyjnych zmierzających do pozbawienia sądu możliwości orzekania kary pozbawienia wolności za niektóre przestępstwa. Andrzej Samek, dyrektor Zakładu Karnego w Wierchowiu Pomorskim, wskazuje dla przykładu przestępstwa z art. 209 k.k. (uporczywe uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego) czy art. 178a k.k. (prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości) jako te czyny, za które ustawa powinna przewidywać jedynie kary o charakterze wolnościowym³⁹. Krzysztof Kościelski, zastępca dyrektora Zakładu Karnego w Koziegłowach, stwierdza nawet, że „zamykanie nietrzeźwych rowerzystów, wymierzanie im nieraz wyroków kilkumiesięcznego pozbawienia wolności mija się z celem, dlatego że ci ludzie powinni być leczeni, a nie zamykani w więzieniach”⁴⁰.

Zdaniem prokuratora Cz. P. Kłaka w związku z wyrokiem TK z dnia 26 maja 2008 r. „nie należy spodziewać się zastąpienia kary pozbawienia wolności karami nieizolacyjnymi. Polski kodeks karny odpowiada nowoczesnym potrzebom, nie szafuje nadmiernie karą pozbawienia wolności, z wyjątkiem ostatnich zmian, którymi wprowadzono bardzo sztywne granice wymiaru kary (np. przy art. 148 § 2 i 3 k.k.⁴¹ – minimum 25 lat albo dożywotnie pozbawienie wolności). Nie ma obecnie tendencji do nadmiernego łagodzenia

³⁷ D. Szabo, *Kryminologia i polityka kryminalna*, tłum. K. Piasecki, Warszawa 1987, s. 111.

³⁸ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej przez autorów z prokuratorem dr. Cz. P. Kłakiem 12 listopada 2008 r.

³⁹ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 10 listopada 2008 r. z A. Samkiem.

⁴⁰ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 10 listopada 2008 r. z K. Kościelskim.

⁴¹ Art. 148 § 2 k.k. w brzmieniu nadanym mu na mocy art. 1 pkt 15 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 163, poz. 1363) zmieniającej ustawę – Kodeks karny z dniem 26 września 2005 r., wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 kwietnia 2009 r. (Dz.U. nr 63, poz. 533) został uznany za niezgodny z art. 118 ust. 1 i art. 119 ust. 1 i 2 Konstytucji RP przez to, że został uchwalony przez Sejm bez dochowania trybu wymaganego do jego wydania. Zgodnie z tym wyrokiem wymieniony wyżej przepis traci moc z dniem 23 kwietnia 2009 r.

ustawowych granic wymiaru kary i w najbliższym czasie sytuacja taka raczej nie nastąpi”. Należy podzielić to stanowisko, nawet w kontekście planowanych zmian legislacyjnych dotyczących choćby art. 212 k.k., poprzez które zostanie usunięta możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności za przestępstwo pomówienia⁴².

Polityki prawodawcy zmierzającej do złagodzenia ujemnych skutków utraty mocy obowiązującej przez art. 248 § 1 k.k.w. nie należy rozpatrywać wyłącznie pod kątem usuwania możliwości wymierzenia kary pozbawienia wolności za wypełnienie znamion poszczególnych typów czynów zabronionych. Prawo jest zawiłym, ale z założenia koherentnym systemem norm wyrażonych w przepisach, co pociąga za sobą konieczność rozpatrywania pewnych uregulowań w kontekście innych.

W związku z tym wydaje się, że znaczny wpływ na zredukowanie liczby osadzonych w jednostkach penitencjarnych mogą mieć proponowane przez rząd przepisy zmierzające do wyeliminowania barier utrudniających wykonywanie kary ograniczenia wolności, które zdają się być jednym z powodów stosunkowo rzadkiego orzekania tej kary⁴³. Proponuje się możliwie najszersze określenie kręgu podmiotów, w których może być przez skazanych wykonywana nieodpłatna kontrolowana praca na cele społeczne, a także praca społecznie użyteczna. Proponowane zmiany mają zwiększyć liczbę miejsc, w których skazani będą mogli wykonywać taką pracę. Projektodawcy podnoszą, że kara ograniczenia wolności wykonywana w obecnym kształcie nie spełnia w dostatecznym stopniu funkcji resocjalizacyjnych, nie może też stanowić w szerokim zakresie realnej alternatywy dla kary pozbawienia wolności⁴⁴.

W opisanym projekcie przewidziano także stworzenie warunków do szerszego stosowania instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary dla sprawców niektórych przestępstw.

Wobec powyższego należy mieć nadzieję, że omówione zabiegi ustawodawcze odniosą pożądany skutek, ponieważ wraz ze wzrostem liczby orzekanych kar ograniczenia wolności, jak również warunkowych przedterminowych zwolnień wskaźnik przeludnienia w jednostkach penitencjarnych powinien sukcesywnie spadać.

Kolejnym rozwiązaniem mającym pomóc ograniczyć liczbę osadzonych jest wprowadzenie możliwości wykonywania kary pozbawienia wolności poza

⁴² Por. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, <www.ms.gov.pl/projekty/proj0821d.rtf>, dostęp: 16.11.2008, s. 8.

⁴³ Por. uzasadnienie do Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, <www.ms.gov.pl/projekty/proj0821d.rtf>, dostęp: 16.11.2008, s. 38.

⁴⁴ Ibidem.

zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego⁴⁵. Istnieją jednak wątpliwości, czy te regulacje będą miały realne znaczenie dla redukcji przeludnienia w jednostkach penitencjarnych. Zakres stosowania tej instytucji jest bowiem znacznie ograniczony. Po spełnieniu określonych warunków skazany może odbywać karę pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego za zezwoleniem sądu penitencjarnego, jeżeli kara ta nie przekracza 6 miesięcy albo wynosi nie więcej niż 1 rok, a do jej odbycia nie pozostało więcej niż 6 miesięcy. Zezwolenia na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego nie udziela się skazanemu za umyślnie popełnione przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, który był uprzednio skazany na taką karę, chyba że zachodzą warunki do wydania wyroku łącznego. Reguły te mają odpowiednie zastosowanie do sumy dwóch lub więcej niepodlegających łączeniu kar pozbawienia wolności, które skazany ma odbyć kolejno.

Według A. Bałandynowicza uregulowanie tej instytucji w taki sposób „powoduje, że będzie miała zastosowanie tylko do ok. 500 osób »drobnicy przestępczej«. Monitoring na świecie stosuje się wobec przestępców niebezpiecznych, a nie przestępców, którzy kradną »dywanik chiński«. W związku z tym prawo, które stosuje się do 500 osób w sytuacji, gdy kilkadziesiąt tysięcy czeka na odbycie kary, jest po prostu horrorem, nieporozumieniem”⁴⁶. Pogląd ten nie jest jednak powszechnie uznawany za słuszny. Krzysztof Kościelski jednoznacznie wskazuje, że „z całą pewnością skazanych objętych dozorem elektronicznym będzie kilka tysięcy w skali roku, co oznacza, że te osoby nie trafią do więzienia choćby nawet na kilka miesięcy”. Zbigniew Ćwiąkalski⁴⁷ przewidywał nawet szersze zastosowanie dozoru elektronicznego: „Zacniemy od ok. 3000 więźniów w skali rocznej i w ciągu paru lat chcemy osiągnąć liczbę ok. 15 000 osób w skali rocznej”⁴⁸. Należy zaznaczyć, że jeżeli prognozy te okażą się prawidłowe, wpłynie to w znacznym stopniu na spadek wskaźnika zaludnienia jednostek penitencjarnych w Polsce.

4.2. Polityka stosowania prawa przez sądy

Fakt przeludnienia w jednostkach penitencjarnych nie może wpływać na decyzje sądu co do zastosowania danego rodzaju kary. Zasady i dyrektywy wymiaru kary określa rozdział VI kodeksu karnego z 1997 r., w którym nie ma żadnej wzmianki o wpływie przeludnienia na jej rodzaj czy wymiar.

⁴⁵ Możliwość taka pojawi się od dnia 1 września 2009 r., kiedy to wejdzie w życie ustawa z dnia 7 września 2007 r. o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego (Dz.U. nr 191, poz. 1366).

⁴⁶ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 10 listopada 2008 r. z prof. A. Bałandynowiczem.

⁴⁷ Z. Ćwiąkalski pełnił funkcję ministra sprawiedliwości w okresie od 17 listopada 2007 r. do 21 stycznia 2009 r.

⁴⁸ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 17 listopada 2008 r. z Z. Ćwiąkalskim.

Niemniej jednak w każdym przypadku konieczna jest refleksja, do czego prowadzi bezzasadne orzekanie kary pozbawienia wolności czy też zarządzanie jej wykonania w momencie, gdy jest to już bezprzedmiotowe z uwagi np. na upływ długiego okresu czasu od chwili jej orzeczenia.

Szczególnie dokładnie powinien być rozpatrywany każdy wniosek o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary. Niedopuszczalne jest stosowanie automatyzmu, gdyż zawsze należy zbadać wszystkie okoliczności.

W uzasadnieniu omówionego wyroku Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że pożądana wydaje się zmiana polityki karnej w kierunku szerszego wykorzystywania nieizolacyjnych środków karnych. Zdaniem sędziego Adama Przysady, przewodniczącego VI Wydziału Karnego Wykonawczego w Sądzie Rejonowym w Rzeszowie, kara bezwzględnego pozbawienia wolności jest orzekana zdecydowanie rzadziej niż kary wolnościowe, a rozwiązanie postulowane przez Trybunał Konstytucyjny jest niecelowe: „Jeżeli sądy wyrokami orzekły kilkaset kar pozbawienia wolności, to jednocześnie wymierzyły kilka tysięcy grzywien i prawie tysiąc kar ograniczenia wolności”⁴⁹.

Znaczny odsetek osadzonych to osoby, którym kary bezwzględnego pozbawienia wolności nie wymierzono w wyroku, lecz na mocy art. 75 § 1, 2 lub 3 k.k., albo orzeczono jako karę zastępczą wskutek niewykonywania grzywny lub kary ograniczenia wolności. A. Przysada przytacza, że w okresie od stycznia do października 2008 r. na terenie właściwości Sądu Rejonowego w Rzeszowie spośród ok. 750 przypadków orzeczenia kary pozbawienia wolności 355 stanowiła kara zastępcza. Zwraca on również uwagę na negatywne przemiany społeczne, w tym upadek autorytetu państwa, które nie potrafi wyegzekwować swoich orzeczeń. Prowadzi to do sytuacji, w której skazani skutecznie uchylają się od wykonania kary, co *de facto* oznacza ich bezkarność, a taki stan rzeczy należy uznać za wielce demoralizujący. A. Przysada postuluje przeprowadzenie badań socjologicznych mających na celu głębsze poznanie wspomnianych niekorzystnych procesów, co może pomóc w próbie ich odwrócenia czy choćby zatrzymania.

Sędzia Władysław Staćel, przewodniczący III Wydziału Penitencjarnego i Nadzoru nad Wykonywaniem Orzeczeń Karnych w Sądzie Okręgowym w Rzeszowie, zauważa natomiast, że sędziowie wyrokuja często wbrew postanowieniom art. 58 § 2 k.k., który stanowi, iż grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że sprawca grzywny nie uiści i nie będzie jej można ściągnąć w drodze egzekucji. Sytuacja ta niewątpliwie nie pozostaje bez wpływu na liczbę zastępczych kar pozbawienia wolności orzekanych przez sądy⁵⁰.

⁴⁹ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 13 listopada 2008 r. z A. Przysadą.

⁵⁰ Opracowano na podstawie rozmowy przeprowadzonej 17 listopada 2008 r. z A. Staćelem.

4.3. Kwestia wnioskowania oskarżycieli o daną karę

Zdaniem prokuratora Cz. P. Kłaka, każdorazowe wnioskowanie przez oskarżyciela o karę bezwzględnego pozbawienia wolności również wymaga „wszechstronnego rozważenia okoliczności i ścisłego przestrzegania przepisów. Kara pozbawienia wolności nie jest panaceum na wszystko. To tylko jedna z kar, a wnioskowanie o nią musi być oparte na wyraźnych podstawach. Skoro w sposób dobitny ingeruje się w sferę wolności człowieka, musi tutaj nastąpić wyjątkowa refleksja oraz rozważenie wszystkich za i przeciw”.

Należy w tym miejscu wspomnieć również o polityce ułaskawieniowej. Prawo łaski to bardzo ważny element funkcjonowania państwa i wszędzie tam, gdzie sam fakt wymierzenia czy odbycia znacznej części kary spełnił jej cele, należy rozważyć zasadność skorzystania z tej instytucji, a prawidłowe jej stosowanie może przyczynić się nie tylko do redukcji wskaźnika zaludnienia jednostek penitencjarnych, ale także do zwiększenia poczucia sprawiedliwości społecznej.

Innym niż zmiana polityki kryminalnej państwa sposobem redukcji przeludnienia w jednostkach penitencjarnych jest naturalnie zwiększenie liczby miejsc, w których można by odbywać karę pozbawienia wolności czy też tymczasowe areszty. Należy wskazać, że z roku na rok przybywa takich miejsc, wobec czego wskaźnik przeludnienia sukcesywnie spada. Na inwestycje zmierzające do polepszenia infrastruktury więziennictwa przeznaczane są znaczne środki z budżetu państwa.

Działalność inwestycyjna skupia się na realizacji „Programu pozyskania 17 000 miejsc w jednostkach organizacyjnych więziennictwa w latach 2006–2009” przyjętego przez Radę Ministrów w dniu 26 lutego 2006 r. Zgodnie z zawartymi w nim zapisami oraz w oparciu o przyznane w ustawie budżetowej środki finansowe na jego uruchomienie, w 2006 r. zaplanowano oddanie do użytku łącznie 3921 miejsc. Faktycznie uzyskano zaś 4142 miejsca zakwaterowania, tj. o 221 więcej niż zakładano⁵¹.

Z kolei w 2007 r. planowano oddać do użytku 3756 miejsc. Uzyskano 4402 miejsca, tj. o 646 więcej niż zakładano. Ogólnie w latach 2006 i 2007 pozyskano łącznie 8544 nowe miejsca zakwaterowania dla osadzonych. Plan wydatków majątkowych więziennictwa na 2008 r. w ustawie budżetowej został ustalony na 345 mln zł, z czego 325 mln zł przeznaczono na budownictwo inwestycyjne. Planowane jest oddanie do użytku 4122 miejsc zakwaterowania⁵².

⁵¹ Odpowiedź z upoważnienia ministra sekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości na interpelację nr 1362 w sprawie dostosowania warunków panujących w zakładach karnych do norm Unii Europejskiej, zob. [online] <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/66AB4803>>, dostęp: 18.11.2008.

⁵² Ibidem.

Z wypowiedzi Ministra Sprawiedliwości wynika, że „dodatkowe miejsca mają pochodzić z rozbudowy zakładów karnych i aresztów śledczych (powstawanie dodatkowych pawilonów), budowy nowych jednostek penitencjarnych (obecnie w budowie jest tylko ZK Opole Lubelskie), adaptacji dawnych jednostek wojskowych, które przestały mieć znaczenie dla wojska, a także, choć w znacznie mniejszym stopniu, przystosowania budynków pozostałych po państwowych gospodarstwach rolnych oraz uzyskanych po armii radzieckiej, która się z Polski wyniosła”⁵³.

Należy skonstatować, że w kontekście przeludnienia w jednostkach penitencjarnych Polska zmierza we właściwym kierunku. Prowadzone na wielu płaszczyznach działania mogą w niedalekiej przyszłości doprowadzić do całkowitego zaniku tego problemu.

* * *

Znaczenie omówionego wyroku Trybunału Konstytucyjnego jest niezwykle doniosłe. Niewątpliwie wymusił on uwzględnienie postulatów stawianych m.in. przez niektóre organizacje międzynarodowe domagające się zapewnienia osadzonemu odpowiednio dużej powierzchni w celach. Orzeczenie to ustala ponadto termin, po przekroczeniu którego sytuacja obowiązująca obecnie będzie kwalifikowana jako bezprawna, ponieważ nie będzie podstawy prawnej uzasadniającej jej istnienie. Fakt ten może z pewnością narazić Polskę na procesy sądowe, w wyniku których Skarb Państwa zostanie zmuszony do wypłaty odszkodowań.

Wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w dniu 6 grudnia 2009 r. art. 248 § 1 k.k.w. utraci swoją moc obowiązującą. Do tego czasu, jak zapewnia Minister Cwiakalski, problem przeludnienia zostanie w Polsce całkowicie rozwiązany i osadzeni nie będą już przebywać w ponadnormatywnych warunkach, co oznacza, że każdy więzień będzie miał zagwarantowane minimum 3 m² powierzchni. Uzdrowienie tego aspektu realiów polskiego więziennictwa z pewnością przełoży się na efekty resocjalizacji, zmniejszy agresję osadzonych. Doprowadzi też do wzrostu stopnia bezpieczeństwa zarówno więźniów, jak i funkcjonariuszy Służby Więziennej w jednostkach penitencjarnych, a przecież „w krajach, których obywatele nie czują się pewnie w więzieniach, nie czują się również pewnie na wolności”⁵⁴.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ S. J. Lec, *Mysli nieuczestane*, [online] <<http://polonista.w.interia.pl/lec/mynu.htm>>, dostęp: 18.11.2008.

Summary

The issue of overpopulation in penitentiaries in the eye of the sentence of 26 May 2008 of the Polish Constitutional Tribunal

Overpopulation of penitentiaries is one of the problems of imprisonment executing that are the most difficult to cope with, not only in Poland, but in the whole Europe; in Poland it is a major social and economical problem since the year 2000.

Ensuring the minimal living standard seems to be one on the basic duties of the state in the matter of applying the executive criminal law. The overpopulation of penitentiaries may lead to infringing the standards of conduct with the people jailed, and it brings a number of negative effects i.a. the rise of aggression among prisoners.

On the 26th of May 2008 The Polish Constitutional Tribunal has arrived at verdict founding art. 248 § 1 of the Polish Executive Penal Code inconsistent with art. 40, art. 41 § 4 and art. 2 of the Constitution of the Republic of Poland.

Tribunal agreed that questioned regulation is unconstitutional. Legal justification was clear and main theses of the complainant were maintained. The sentence discussed cannot certainly have no effect on the criminal policy of the state. Criminal policy may be considered in three aspects: policy of the legislator, policy of applying law by courts and the matter of making motions by prosecutors for a given penalty.

In connection with the sentence of The Tribunal we shouldn't expect replacing imprisonment with non-isolating penalties. The Polish penal code meets the latest needs and expectations and isn't profuse as for providing for imprisonment. At present, there is no tendency to excessively soften statutory penalties and there won't be such a trend in the near future. The authorities though, are planning to enact an Act, that will make the penalty of restricted liberty be ruled more often than it is now.

The fact of overpopulation in penitentiaries cannot have any influence on the decision of the court what kind of penalty should be ruled to a particular person. However, in every case it is necessary to make a reflection on the consequences of groundless sentencing of imprisonment or ordering its execution, when it has already become aimless.

Talking about overpopulation in penitentiaries, Poland heads in a proper direction. The actions performed in many areas may result in an absolute vanishing of this problem in the near future.

Magdalena Soboń

Rzeszów

Kara ograniczenia wolności i problemy związane z wykonywaniem obowiązku nieodpłatnej kontrolowanej pracy

Przestępczość jest zjawiskiem ponadczasowym i od zawsze towarzyszy życiu społecznemu. Z przestępstwem nierozzerwalnie związana jest kara. Ustawodawca nie tylko tworzy prawo, którego celem jest zapewnienie zewnętrznego i wewnętrznego bezpieczeństwa, ale ma on również prawo i obowiązek egzekwowania oraz respektowania stworzonego przez siebie systemu nakazów i zakazów za pomocą narzędzi wymuszających posłuch dla tych praw¹.

Kara jest dolegliwością zadawaną sprawcy świadomie przez uprawniony do tego podmiot w przypadku popełnienia przez niego przestępstwa. Określenie, że kara ma być dolegliwa, oznacza, iż jednym z celów kary jest sprawiedliwy odwet – represja będąca wyrazem społecznego potępienia dla popełnionego czynu i jego sprawcy oraz mająca na celu zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości².

Ustawodawca w art. 32 k.k.³ uszeregował kary według stopnia dolegliwości – od najłagodniejszej do najsurowszej. Katalog zawiera trzy rodzajowo odmienne formy kary pozbawienia wolności (tj. kara pozbawienia wolności wymierzona w granicach od miesiąca do 15 lat, kara 25 lat pozbawienia wolności i kara dożywotniego pozbawienia wolności) i kary wolnościowe (tj. kara grzywny i kara ograniczenia wolności). Katalog ten ma służyć zwalczaniu szczególnie niebezpiecznych przestępstw, a możliwość wyboru rodzaju kary i czasu jej trwania pozwala na stosowanie racjonalnej polityki karnej.

Przedmiotem niniejszych rozważań jest kara ograniczenia wolności i problemy związane z wykonywaniem obowiązku nieodpłatnej, kontrolowanej pracy.

¹ M. Szewczyk, *Kara pracy na cele społeczne na tle rozważań o przestępstwie i karze*, Kraków 1996, s. 27 i n.

² M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 195–213.

³ Dz.U. 1997, nr 128, poz. 840.

Kara ograniczenia wolności jest karą wolnościową, nieizolacyjną, powszechnie uznawaną za karę alternatywną do krótkoterminowej kary pozbawienia wolności lub trudnej do spłacenia grzywny. Jej źródła szukać należy w karze pracy poprawczej, wprowadzonej w 1917 r. w Związku Radzieckim oraz w polskiej karze aresztu domowego, przewidzianej po raz pierwszy przez Kodeks karzący Królestwa Polskiego z 26 kwietnia 1818 r.⁴, znanej również w późniejszym okresie ustawodawstwu dzielnicowemu. Po odzyskaniu przez państwo polskie niepodległości ten rodzaj kary został uwzględniony w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 marca 1928 r.⁵ oraz Kodeksie karnym wojskowym z dnia 21 października 1932 r.⁶, a następnie w Kodeksie karnym Wojska Polskiego z dnia 23 września 1944 r.⁷

Pierwowzorem kary ograniczenia wolności była tzw. kara sądowa, wprowadzona ustawą z dnia 29 kwietnia 1950 r. o zabezpieczeniu socjalistycznej dyscypliny pracy⁸, obowiązująca do 1956 r. Kara ta polegała na „obowiązku pozostawania przez okres nie dłuższy niż 3 miesiące przy pracy dotychczas wykonywanej, z jednoczesnym potrąceniem od 10 do 25% uposażenia za pracę”.

Ustawą z dnia 15 grudnia 1951 r. o rzecznictwie karno-administracyjnym⁹ wprowadzona została tzw. kara pracy poprawczej, która była rozbudowaną postacią poprzedniej kary sądowej. W 1958 r. ustawę tę uchylono. Kara pracy poprawczej nie sprawdziła się w praktyce. Jednakże pomimo negatywnych doświadczeń związanych ze stosowaniem tego rodzaju kary została ona wprowadzona w nieco zmienionym kształcie do Kodeksu karnego w 1969 r. pod nazwą kary ograniczenia wolności¹⁰. Przyczyną tego był nie tylko jej walor wychowawczy, ale także poszukiwanie alternatywy wobec często nieefektywnej krótkoterminowej kary pozbawienia wolności, której wykonanie związane było z wysokimi kosztami ponoszonymi przez Skarb Państwa¹¹.

Kodeks karny z 1997 r. utrzymał karę ograniczenia wolności w mocy, zasadniczo zmieniając jej treść poprzez skrócenie okresu jej trwania, obniżenie wymiaru godzin pracy, ograniczenie rygorów, wprowadzenie w miejsce trzech – dwóch postaci tej kary, powiązanie ich z niektórymi obowiązkami o charakterze probacyjnym i dozorem kuratora. Wprowadzone zmiany zbliżyły tę karę do stosowanej przez państwa zachodnie kary pracy społecznie użytecznej, recypowanej z angielskiego pierwowzoru *community service*¹².

⁴ Dz.U. PrKp. 1818, nr 5, poz. 20.

⁵ Dz.U. 1928, nr 36, poz. 328.

⁶ Dz.U. 1932, nr 91, poz. 765.

⁷ Dz.U. 1944, nr 6, poz. 27.

⁸ Dz.U. 1950, nr 20, poz. 162.

⁹ Dz.U. 1951, nr 66, poz. 454.

¹⁰ M. Kalitowski, *Kodeks karny, Komentarz*, t. II, Gdańsk 1999, s. 21 i n.

¹¹ J. Śliwowski, *Kara ograniczenia wolności. Studium Penalistyczne*, Warszawa 1973, s. 291.

¹² E. Bienkowska, B. Kinicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 854–855.

Kara ograniczenia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli kształtowania jego społecznie pożądaných postaw, w szczególności zaś poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego. Cel retributywny kary przejawia się poprzez świadczenie nieodpłatnej, kontrolowanej pracy oraz zakaz zmiany miejsca stałego pobytu bez zgody sądu. Celem prewencyjnym kary jest natomiast efekt edukacyjny pracy, praca na cele charytatywne, integracja przestępcy ze społeczeństwem i społeczeństwa z przestępcą¹³.

Karę ograniczenia wolności orzeka się tylko wobec sprawców niewymagających izolacji, a więc kara ta nie może być orzekana wobec niebezpiecznych i agresywnych przestępców, gdyż nawet w przypadku oddania skazanego pod dozór kuratora efekt ochronny zabezpieczający kary nie byłby osiągnięty.

Karę ograniczenia wolności wymierza się w miesiącach na czas od 1 miesiąca do 12 miesięcy (art. 34 § 1 k.k.), w przypadku zaś nadzwyczajnego obostrzenia kary lub orzeczenia kary łącznej nie może ona przekroczyć 18 miesięcy (art. 38 § 2 k.k., art. 86 § 1 k.k.). Kara ta występuje w sankcjach za liczne występki, zawsze w alternatywie z karą grzywny albo z karą pozbawienia wolności do roku lub lat dwóch. Ponadto może być wymierzona zamiast kary pozbawienia wolności za występki zagrożone karą w wymiarze nieprzekraczającym 5 lat, jeżeli są spełnione przesłanki z art. 58 § 1–4 k.k. jak również w przypadkach nadzwyczajnego złagodzenia kary za występki (art. 60 § 6 pkt 2 i 3).

Decydujące przy wyborze kary ograniczenia wolności jest zastosowanie dyrektyw z art. 53 k.k., a w szczególności względ na prewencyjne jej oddziaływanie i to zarówno z punktu widzenia prewencji indywidualnej, jak i generalnej¹⁴.

Z karą ograniczenia wolności wiążą się pewne ograniczenia, tj. obowiązek wykonywania pracy wskazanej przez sąd, zakaz zmiany miejsca stałego pobytu bez zgody sądu, obowiązek udzielania wyjaśnień z przebiegu odbywania kary (art. 34 § 2 k.k.). Nadto na skazanego zgodnie z art. 72 k.k. w związku z art. 36 § 2 k.k. można nałożyć dodatkowe obowiązki, takie jak: obowiązek przeproszenia pokrzywdzonego, zobowiązanie do wykonywania ciężącego na skazanym obowiązku łożenia na utrzymanie innej osoby, obowiązek powstrzymywania się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających, obowiązek naprawienia szkody, obowiązek uiszczenia świadczenia pieniężnego.

¹³ G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 kk*, Zakamycze 2004.

¹⁴ A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 103 i n.

Kodeks karny przewiduje dwa warianty wykonywania obowiązku pracy w ramach kary ograniczenia wolności:

1) wykonywanie nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne w wymiarze od 20 do 40 godzin w stosunku miesięcznym;

2) potrącenie 10-25% wynagrodzenia za pracę na rzecz Skarbu Państwa lub na cel społeczny wskazany przez sąd.

Ustawodawca w sposób wyczerpujący wskazał w art. 35 § 2 k.k. rodzaje miejsc wykonywania kary ograniczenia wolności, którymi są: odpowiedni zakład pracy, placówka służby zdrowia, placówka opieki społecznej, organizacja niosąca pomoc charytatywną lub na rzecz społeczności lokalnej, instytucja niosąca pomoc charytatywną lub na rzecz społeczności lokalnej.

Kodeks nie zawiera żadnych dyrektyw co do wyboru określonej postaci kary ograniczenia wolności. Jednakże sąd, dokonując wyboru wariantu kary ograniczenia wolności, powinien brać pod uwagę stan zdrowia sprawcy, jego osobowość, zawód, sytuację osobistą i rodzinną, sytuację majątkową, a także czy wykonuje on pracę, a jeśli tak to, jaki jest jej rodzaj i czas wykonywania oraz rozkład godzin¹⁵.

Obowiązek nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne może być orzekany zarówno wobec sprawców pozostających w stosunku zatrudnienia, jak i osób niepracujących. Czas pracy skazanego niepozostającego w stosunku pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę (na wniosek skazanego czas ten może być przedłużony do 12 godzin), natomiast skazanemu pozostającemu w stosunku zatrudnienia przydzielona jest praca, którą może on wykonywać w czasie niewykonywania zatrudnienia, przy czym łączny czas jego pracy nie może przekraczać 8 godzin na dobę (na wniosek skazanego czas ten może być przedłużony do 12 godzin). W przypadku osób pozostających w stosunku pracy – praca na cele społeczne powinna być wykonywana poza godzinami pracy i w dni wolne od pracy.

Karę ograniczenia wolności wykonuje się w miejscu zamieszkania lub zatrudnienia skazanego, albo w niewielkiej odległości od tego miejsca (art. 54 k.k.w.).

Skazany za swoją pracę wyznaczoną mu przez sąd nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia, gdyż cel wykonywania tej pracy jest społeczny.

Niestawienie się przez skazanego do wyznaczonej pracy albo porzucenie przez niego pracy, czy też uporczywe naruszanie ciężących na nim obowiązków jest podstawą orzeczenia kary zastępczej grzywny, a w razie jej niecelowości z uwagi na brak możliwości jej uiszczenia lub ściągnięcia w okresie egzekucji zastępczej kary pozbawienia wolności.

Jeżeli w stosunku do skazanego w ramach kary ograniczenia wolności orzeczono potrącenie określonej części wynagrodzenia za pracę (10–25%), to

¹⁵ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998, s. 64.

sąd przesyła odpis orzeczenia zakładowi pracy zatrudniającemu skazanego, podając jednocześnie, na czym rzecz mają być dokonywane potrącenia i do kąd powinny być wpłacane, a nadto wskazując, z jakich składników wynagrodzenia za pracę potrącenia mają być dokonywane i w jaki sposób należy ich dokonywać (art. 59 § 1 k.k.w.). Kara ograniczenia wolności w postaci potrąceń ma w sobie wiele cech grzywny rozłożonej na raty.

Stosując karę ograniczenia wolności, sąd decyduje, w jaki sposób ukarać sprawcę, gdyż inną funkcję pełni kara ograniczenia wolności w postaci pracy na cele społeczne, a inną kara pieniężna.

Nie ulega wątpliwości, że wprowadzając do kodeksu karnego karę ograniczenia wolności ustawodawca przede wszystkim kierował się wychowawczym i edukacyjnym walorem tej kary. Miała ona być alternatywą nie tylko wobec krótkoterminowej kary pozbawienia wolności, ale też wobec kary grzywny.

Na Konferencji Państw Rady Europy już w 1968 r. stwierdzono: „Kara pracy na cele społeczne jest prawdopodobnie najbardziej postępowym (*progressive*) alternatywnym środkiem wprowadzonym do europejskiego prawa karnego w ostatnich 10 latach i jedynym, który wydaje się zawierać wiele możliwości i rodzi wiele nadziei”¹⁶.

Kara ograniczenia wolności w postaci pracy na cele społeczne ma wiele zalet, niemniej jednak w dalszym ciągu podnosi się wiele zarzutów związanych z jej stosowaniem. Podstawowy zarzut to kwestia, czy praca powinna być karą.

Powszechnie panuje przekonanie, iż praca jest przywilejem, istotnym, pozytywnym elementem życia społecznego. A zatem nie może być represją – karą za wyrządzone zło, gdyż rodzi to konflikt pomiędzy przymusem, nakazem pracy a postanowieniami art. 4 (2) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁷ oraz art. 8 pkt 3 Międzynarodowych Paktów Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁸, które zakazują pracy przymusowej lub obowiązkowej¹⁹.

Wymienione powyżej konwencje nie definiują pojęcia pracy przymusowej lub obowiązkowej, ale niewątpliwie taką pracą jest praca, której wykonywanie nie jest dobrowolne. Jednak nie w każdym przypadku praca wykonywana niedobrowolnie jest uznawana za pracę przymusową lub obowiązkową. Obie konwencje dopuszczają pracę zwykle wymaganą od osób pozbawionych wolności lub osób w okresie warunkowego zwolnienia od tej kary, niemniej nie zezwalają na „pracę przymusową lub obowiązkową” osób, które skazano na karę niepolegającą na pozbawieniu wolności, a taką właśnie karą jest kara

¹⁶ M. Szewczyk, op. cit., s. 89.

¹⁷ Dz.U. 2003, nr 42, poz. 364.

¹⁸ Dz.U. 1977, nr 38, poz. 169.

¹⁹ M. Szewczyk, op. cit., s. 91.

ograniczenia wolności²⁰. Oznacza to, iż w świetle tych konwencji praca taka jest zakazaną karą przymusową, gdyż każda kara jest formą przymusu, a uchylanie się od niej wiąże się z określonymi przez prawo niekorzystnymi konsekwencjami dla skazanego, takimi jak orzeczenie kary zastępczej grzywny, a w razie jej niecelowości – zastępczej kary pozbawienia wolności.

W celu uniknięcia zarzutu łamania międzynarodowych zobowiązań wszystkie kodyfikacje europejskie, które przewidują „karę pracy społecznie użyteczną”, warunkują orzekanie tej kary od uzyskania od skazanego zgody na taką formę kary²¹. W założeniu zgoda skazanego ma odebrać karze pracy charakter pracy przymusowej.

Można mieć tutaj zastrzeżenia, czy zgoda skazanego jest wystarczająca, by usunąć niezgodność regulacji kary ograniczenia wolności w postaci pracy na cele społeczne z prawem międzynarodowym. Zgoda skazanego powinna być dobrowolna, gdy tymczasem skazany, wobec którego sąd ma orzec karę, znajduje się w sytuacji przymusowej, bo jeżeli nie zgodzi się na orzeczenie względem niego wolnościowej kary, alternatywnej wobec kary pozbawienia wolności, sąd skarże go właśnie na karę pozbawienia wolności²². A zatem zgoda skazanego w tej sytuacji jest fikcyjna.

Prawo polskie nie przewiduje zastrzeżenia, by skazany wyraził zgodę na karę ograniczenia wolności. Postanowienia art. 35 § 3 k.k. w żadnym wypadku nie uzależniają nałożenia samego obowiązku wykonywania pracy od zgody skazanego. Artykuł 35 k.k. nakłada jedynie na sąd obowiązek wysłuchania skazanego. W związku z tym unormowanie, iż miejsce, czas, rodzaj i sposób wykonywania obowiązku pracy na cele społeczne określa sąd po „wysłuchaniu skazanego”, nie jest równoznaczne z uzyskaniem zgody od skazanego na świadczenie pracy, niemniej jednak zakłada ono, iż skazany przyjął na siebie obowiązek pracy i związane z nim ograniczenie wolności²³. Obowiązek wysłuchania skazanego ma charakter czysto informacyjny i oświadczenie złożone przez skazanego nie jest dla sądu wiążące. Tak, więc obowiązujące obecnie w Polsce unormowanie kary pracy może być postrzegane jako sprzeczne ze standardami międzynarodowymi.

W literaturze w związku ze stosowaniem kary ograniczenia wolności pojawił się zarzut niespójności unormowań kodeksu karnego i kodeksu karnego wykonawczego²⁴. Otóż R. Giętkowski reprezentuje pogląd, że sformułowanie „po wysłuchaniu skazanego”, zawarte w art. 35 § 3 k.k., nie jest prawidłowe. Jego zdaniem z zestawienia art. 35 § 3 k.k. z art. 56 § 2 k.k.w.

²⁰ M. Świerk, *Praca dozorowana czy przymusowa*, „Rzeczpospolita” z 17 września 2005.

²¹ R. Giętkowski, *Kara ograniczenia wolności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 33.

²² *Ibidem*, s. 34.

²³ A. Marek, *op. cit.*, s. 106.

²⁴ R. Giętkowski, *op. cit.*, s. 35–36.

wynika, iż art. 35 § 3 k.k. odnosi się do postępowania rozpoznawczego, a nie do wykonawczego i w związku z tym wskazane byłoby posługiwanie się na gruncie tego przepisu terminem „oskarżony”, a nie „skazany”.

Z takim poglądem nie można się zgodzić, gdyż pełny udział oskarżonego w postępowaniu rozpoznawczym, w doborze rodzaju kary i jej wymiaru może mieć miejsce tylko w ramach instytucji „dobrowolnego poddania się karze” w trybie art. 335 k.p.k., na posiedzeniu prowadzonym na podstawie art. 343 k.p.k. albo na rozprawie w trybie 387 k.p.k. Tak więc w innych przypadkach wysłuchanie oskarżonego przed wydaniem wyroku byłoby naruszeniem domniemania niewinności i w zasadzie ujawnieniem przed wydaniem wyroku jego przewidywanej treści.

Pojawił się także zarzut, iż art. 35 § 1 k.k. nie rozstrzyga, czy wszystkie zasadnicze warunki realizacji obowiązku nieodpłatnej pracy i wszelkie informacje o trudnościach lub niemożności jej wykonania sąd ustala przed wydaniem wyroku, czy po jego uprawomocnieniu się, a więc w postępowaniu wykonawczym²⁵. Zdaniem J. Zagórskiego takie uregulowanie sprawia, iż wymierzona przez sąd kara ograniczenia wolności nie zawsze musi być akceptowana przez skazanego, a ponadto taki wyrok często zostaje narzucony sądowi rejonowemu, w okręgu którego ma on być wykonywany.

Powyższe stanowisko jest błędne, gdyż to właśnie art. 35 § 3 k.k., a w szczególności sformułowanie „po wysłuchaniu skazanego” co do warunków realizacji obowiązku nieodpłatnej pracy, wskazuje na etap postępowania wykonawczego. Ponadto sąd dopiero na posiedzeniu po uprawomocnieniu się wyroku orzekającego karę ograniczenia wolności, przystępując do wykonania kary, ustala „miejsce, czas, rodzaj i sposób wykonywania obowiązku pracy”, lub zamiast obowiązku nieodpłatnej pracy – potrącenie z wynagrodzenia za pracę. Jeżeli zatem przed uprawomocnieniem się wyroku osoba skazana na świadczenie pracy na cele społeczne podjęła pracę, to w trybie art. 63a k.k.w. istnieje możliwość zmiany formy orzeczonej kary.

Kolejny zarzut związany z karą ograniczenia wolności dotyczy braku jednoznacznego i jasnego określenia stosunków między nakazem pracy a prawem pracy²⁶. Istotna bowiem jest kwestia, czy przy świadczeniu pracy na cele społeczne mają zastosowanie przepisy prawa pracy, czy osoba skazana na karę pracy nawiązuje stosunek pracy i czy jest pracownikiem w świetle przepisów prawa pracy, czy podlega ona ubezpieczeniu oraz czy okres tego typu kary zalicza się do okresów zatrudnienia w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu emerytalnym i do okresu pracy, od którego zależą uprawnienia pracownicze.

²⁵ J. Zagórski, *Prawnomaterialne podstawy stosowania kary ograniczenia wolności oraz pracy społecznie użytecznej w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 1(79).

²⁶ A. Świątkowski, *Kara ograniczenia wolności a przepisy prawa pracy*, „Palestra 1970”, nr 9–10, s. 38–52.

Na gruncie obowiązujących przepisów zobowiązanie skazanego do podjęcia nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne czy też podjęcie takiej pracy przez skazanego nie powoduje nawiązania stosunku pracy ze skazanym. Problem ten rozstrzyga art. 58 § 3 k.k.w., który stanowi o przeznaczeniu kwot odpowiadających wynagrodzeniu, „jakie za wykonaną nieodpłatną, kontrolowaną pracę na cele społeczne należałoby zapłacić, gdyby została wykonana na podstawie umowy o pracę lub umowy o świadczenie usług”. Tak więc do skazanych wykonujących pracę na cele społeczne nie mają zastosowania przepisy prawa pracy, chyba że co innego wynikać będzie z przepisów regulujących nieodpłatną pracę na cele społeczne.

Takie odesłanie do prawa pracy zawiera § 4 ust. 3 pkt 1 i 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 marca 2004 r. w sprawie podmiotów, w których jest wykonywana kara ograniczenia wolności oraz praca społecznie użyteczna²⁷. Na podstawie wyżej wskazanego przepisu pracodawca, do którego skazany został skierowany, obowiązany jest poddać go badaniom lekarskim na zasadach dotyczących pracowników oraz zapewnić mu bezpieczne i higieniczne warunki pracy, środki ochrony indywidualnej, odzież i obuwie robocze. W pozostałym natomiast zakresie przepisy prawa pracy nie mogą być stosowane wobec skazanego na karę ograniczenia wolności, co z kolei oznacza, iż skazani świadczący pracę na cele społeczne nie podlegają odpowiedzialności porządkowej. Nieprzestrzeganie przez skazanych porządku i dyscypliny pracy może natomiast skutkować uznaniem przez sąd, że uchylają się oni od odbywania kary ograniczenia wolności²⁸.

Skazani na karę ograniczenia wolności z obowiązkiem świadczenia pracy na cele społeczne nie podlegają w związku z tą pracą ubezpieczeniu społecznemu. Niemniej jednak na podstawie § 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 marca 2004 r. są oni ubezpieczeni od następstw nieszczęśliwych wypadków.

W związku z ustaleniem rodzaju pracy dla skazanego pojawia się problem, czy skazanego można skierować do pracy szczególnie szkodliwej dla zdrowia lub niebezpiecznej albo wykonywanej w warunkach szczególnie uciążliwych. Z żadnego przepisu nie wynika zakaz takiego określenia rodzaju pracy.

Natomiast § 6 ust. 5 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 marca 2004 r. stanowi o czasie pracy skazanych skierowanych do pracy na stanowiskach, na których występują przekroczenia najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia. A zatem z powyższego przepisu jednoznacznie wynika, iż kierowanie skazanych do takich prac jest dozwolone. Zasady humanitaryzmu przemawiają jednak za tym, by

²⁷ Dz.U. 2004 r., nr 56, poz. 544.

²⁸ R. Giętkowski, op. cit., s. 89.

tego rodzaju prace orzekać wyłącznie w stosunku do skazanych, którzy wykonują lub wykonywali tego rodzaju prace lub mają do tego specjalne przygotowanie zawodowe. Niemniej jednak wyżej wymienione rozporządzenie zabrania kierowania kobiet do prac szczególnie uciążliwych lub szkodliwych dla ich zdrowia oraz młodocianych do prac im wzbronionych.

Skazanym na karę ograniczenia wolności nie przysługuje uprawnienie do zaliczenia okresu kary pracy do okresów zatrudnienia w rozumieniu przepisów o ubezpieczeniu emerytalnym i do okresu pracy, od którego zależą uprawnienia pracownicze. Zdaniem R. Giętkowskiego takie rozstrzygnięcie nie jest trafne i powinno zostać uregulowane, gdyż pozbawia skazanego uprawnień emerytalnych i pracowniczych²⁹.

Nie można zgodzić się z takim poglądem. Czas pracy osoby zatrudnionej na umowę o pracę wynosi przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w przyjętym okresie rozliczeniowym (art. 129 § 1 k.p.), natomiast skazany na karę ograniczenia wolności świadczy pracę najwyżej w wymiarze 40 godzin miesięcznie, a zatem pracuje cztery razy mniej. Gdyby przyjąć, że okres orzeczonej kary ograniczenia wolności zalicza się do okresów zatrudnienia lub do okresu emerytalnego, to skazany otrzymałby wręcz nagrodę za popełnione przestępstwo. Takie uregulowanie mogłoby spowodować falę przestępstw popełnianych przez osoby bezrobotne, które w ten sposób zmierzałyby do uzyskania świadczeń emerytalnych.

Następny problem związany z karą ograniczenia wolności dotyczy kwestii, by praca na cele społeczne wykonywana przez skazanych nie była objęta ofertą pracy płatnej poszukiwanej przez bezrobotnych. Konflikt z rynkiem pracy uniemożliwiłby integrację skazanego ze społeczeństwem. W celu uniknięcia tego konfliktu charakter kary pracy jest niedochodowy.

Kolejna kwestia związana z karą ograniczenia wolności dotyczy zagadnienia żądania pracy nieodpłatnej od człowieka bezrobotnego. W obecnej sytuacji ekonomiczno-gospodarczej kraju nie wydaje się humanitarne, by żądać nieodpłatnej pracy od człowieka bezrobotnego, który sam bezskutecznie poszukuje pracy, za którą otrzymywałby wynagrodzenie. W tej kwestii wypowiedział się Leon Chełmicki-Tyszkiewicz, który zwrócił uwagę na to, że ze względów humanitarnych nie powinno się orzekać obowiązku bezpłatnej pracy w stosunku do osób bezrobotnych, niejednokrotnie głodnych i bezskutecznie poszukujących pracy zarobkowej, chyba że bezrobotny sam wyrazi zgodę na taką pracę³⁰.

Nie ulega wątpliwości, że zaletą tego rodzaju kary jest to, iż osoby, które pozytywnie ukończyły program związany z odbywaniem pracy, uznały jej wartość i celowość. Natomiast wadą tej kary jest to, iż świadczenie nieodpłat-

²⁹ Ibidem, s. 186.

³⁰ L. Chełmicki-Tyszkiewicz, *Bezrobocie a prawo karne*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 10.

nej pracy nie wiąże się z możliwością nawiązania stosunku pracy po odbyciu kary. Jest to już jednak problem polityki socjalnej.

Ważne wydaje się również to, by przy określaniu miejsca i rodzaju pracy uniknąć koncentracji skazanych w jednym zakładzie pracy przy wykonywaniu zajęć tego samego rodzaju. Zetknięcie się przypadkowych przestępców z przestępcami wykazującymi pewien już stopień demoralizacji może pociągać za sobą – podobnie jak w zakładach karnych – negatywne oddziaływanie międzyprzestępcze. Takie następstwo byłoby sprzeczne z założeniem kary ograniczenia wolności, która została wprowadzona do systemu karnego właśnie po to, by uniknąć negatywnych następstw wykonania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności.

Jak już wcześniej wspomniano, kara ograniczenia wolności została uznana za najbardziej postępowy środek wprowadzony do katalogu kar kodeksu karnego. Dane statystyczne wskazują, iż w ostatnich latach nastąpił spadek liczby prawomocnych skazań na karę ograniczenia wolności (rok 2004 – 14%, rok 2005 – 13,3%, rok 2007 – 11,3%)³¹. Niewątpliwie spadek ten należy wiązać z przebudową ustroju gospodarczego Polski, przeobrażeniami gospodarczymi i wzrostem bezrobocia, a także z trudnościami związanymi z jej wykonywaniem.

W dniu 16 października 2008 r. ogłoszono projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw³², którego celem jest m.in. podniesienie efektywności kryminalnopolitycznego oddziaływania za pomocą kary ograniczenia wolności oraz usprawnienie etapu wykonywania tej kary.

Obowiązujące przepisy, zarówno prawa materialnego, jak i wykonawcze stwarzają przeszkody, w wyniku których kara ograniczenia wolności jest niejednokrotnie wykonywana niedostatecznie sprawnie i nazbyt długo, wymaga podejmowania w postępowaniu wykonawczym zbyt wielu czynności przez sąd i kuratora oraz pociąga za sobą nakłady finansowe ponoszone przez podmioty zatrudniające.

W celu usprawnienia procedur związanych z orzekaniem kary ograniczenia wolności ustawodawca proponuje liczne zmiany. Najważniejsze z nich to:

1. Wprowadzenie osoby zawodowego kuratora sądowego jako organu wykonującego większość czynności postępowania wykonawczego w zakresie kary ograniczenia wolności, który będzie wykonywał czynności związane z organizowaniem i kontrolowaniem obowiązków nałożonych na skazanego odbywającego karę ograniczenia wolności.

³¹ Przytoczone dane głównie na podstawie *Statystyki sądowej z lat 2004–2007. Prawomocne skazania osób dorosłych*, wyd. Departament Organizacyjny Ministerstwa Sprawiedliwości.

³² Druk sejmowy nr 1276 VI kadencja Sejmu RP.

2. Uchylenie przepisu nakazującego sądowi określenie miejsca, czasu, rodzaju lub sposobu wykonywania obowiązku pracy (art. 35 § 3 k.k.), którą to czynność przesunięto na etap postępowania wykonawczego i przekazano do kompetencji zawodowego kuratora sądowego (art. 57 § 1 k.k.w.).

3. Wprowadzenie nowego art. 36 § 2 k.k., który umożliwi sądowi orzeczenie wobec skazanego na karę ograniczenia wolności każdego obowiązku spośród obowiązków wymienionych w art. 72 k.k.

4. Rozszerzenie kręgu podmiotów, w których może być przez skazanych wykonywana nieodpłatna kontrolowana praca na cele społeczne, a także praca społecznie użyteczna.

5. Nieobciążanie podmiotów, w których wykonywana będzie praca skazanego, jakimikolwiek kosztami jego zatrudnienia, a koszty obowiązkowego ubezpieczenia osób wykonujących wyznaczoną pracę od następstw nieszczęśliwych wypadków przejmie Skarb Państwa.

6. Wprowadzenie w nowym przepisie § 2a w art. 58 k.k. normy gwarancyjnej, zgodnie z którą nieodpłatna kontrolowana praca na cele społeczne nie będzie orzekana wobec oskarżonych, co do których ze względu na stan zdrowia lub ich właściwości i warunki osobiste, istniałoby uzasadnione przekonanie, że nie wykonają takiej pracy.

7. Zastąpienie miejsca zamieszkania skazanego, będącego dotychczas podstawowym wyznacznikiem miejsca wykonywania kary ograniczenia wolności, pojęciem miejsca stałego pobytu skazanego (art. 57 k.k.w.).

8. Dodanie do art. 57a k.k.w. nowego przepisu, oznaczonego jako § 3, który stanowi, że wykonywanie nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne może odbywać się również w dni ustawowo wolne od pracy oraz w dni wolne od pracy u danego pracodawcy, np. w soboty.

Potrzeba wprowadzenia projektowanych zmian do unormowań dotyczących wykonywania kary ograniczenia wolności wynika z konieczności zminimalizowania trudności związanych z jej wykonywaniem oraz uelastycznienia i dostosowania jej do uwarunkowań społeczno-gospodarczych.

Wydaje się, iż w przyszłości kara ograniczenia wolności jako kara izolacyjna będzie zyskiwała na znaczeniu w związku z tendencją do odchodzenia od orzekania kar bezwzględnej pozbawienia wolności wobec niemoralizowanych sprawców przestępstw o małym natężeniu społecznej szkodliwości czynu, nieskazywanych wcześniej na karę pozbawienia wolności.

Summary

The penalty of restricted liberty and problems connected with performing the duty of free, controlled, social labour

The prototype of the penalty of restricted liberty was introduced for the first time in 1950, and it was known as judicial punishment. In 1951 the penalty of restricted liberty was introduced in a form of the penalty of correctional labour. However, this penalty did not prove useful. Regardless of the negative experiences connected with performing this kind of a penalty, it was introduced in a bit changed form in the Penal Code of 1969 under the name of the penalty of restricted liberty. The Penal Code of 1997 preserved the penalty of restricted liberty but changed its content significantly.

Introducing the penalty of restricted liberty into the Penal Code, a legislator above all had its pedagogical and educational values in mind. Moreover, this penalty was to be an alternative to both a sentence of a short-term imprisonment and a fine penalty.

Although the penalty of restricted liberty in a form of free, controlled social labour has a number of advantages, there are still some objections connected with performing it.

The main objection is whether labour should be penalty at all, taking into consideration a common attitude that labour is a privilege, a positive element of social life. Considering this, labour cannot be used as a means of repression, a penalty for crime, since this results in a conflict between obligation, labour order, and the regulations of the Art. 4 (2) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and of the Art. 8, item 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights, both of which ban forced and obligatory labour.

Since there is no regulation in the Polish legal system that a person sentenced with the penalty of restricted liberty should give permission for such penalty, then present regulation of the penalty of restricted liberty can be considered as incompatible with international standards.

Current regulations of substantive and executive law, pose obstacles in result of which the penalty of restricted liberty is repeatedly performed not smoothly enough and for too long time, it requires too many actions being taken by a court and a probation officer during enforcement proceedings, and involves costs borne by employers.

On October 16th 2008, in order to improve the procedures connected with implementing the penalty of restricted liberty, the Ministry of Justice prepared the bill about the changes in the following Acts: the Penal Code, the Code of Penal Procedure, the Executive Penal Code, the Penal Fiscal Code, and some other Acts. In this bill, a number of changes are suggested

with the aim of minimalizing the difficulties connected with performing the penalty of restricted liberty, and adapting this penalty to social and economic conditionings.

It seems that in the future the changes suggested by the legislator will make the penalty of restricted liberty more significant as a non-isolation penalty, considering the tendency to resign from imposing a penalty of absolute imprisonment on perpetrators of crimes with low social noxiousness of an act, who were not sentenced to prison before.

Krystyna Szczechowicz

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Zasady wykonywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży

1. Problematyka wykonywanie kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży

Wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet w ciąży należy do szczególnych zagadnień polityki penitencjarnej. Podobnie stosowanie i wykonywanie w odniesieniu do kobiet ciężarnych tymczasowego aresztowania wywołuje wiele wątpliwości.

Parlament Europejski zajął się sytuacją kobiet pozbawionych wolności. Na posiedzeniu Komitetu Praw Kobiet i Równouprawnienia 26 czerwca 2007 r. dyskutowano o sytuacji i szczególnych potrzebach kobiet przebywających w więzieniach. W różnych krajach rozwiązania sytuacji kobiety rodzącej oraz karmiącej w więzieniu są różne. Jest to problem, który poszczególne państwa starają się rozwiązać same. Istotne znaczenie mają jednak wypracowane w ramach organizacji międzynarodowych umowy i wszelkiego rodzaju rezolucje. Przykładem bardzo ważnego dokumentu wypracowanego w ramach ONZ są „Wzorcowe reguły minimalne postępowania z więźniami”, przyjęte w Genewie w 1955 r. przez Pierwszy Kongres Narodów Zjednoczonych w Sprawie Zapobiegania Przystępczości i Postępowania ze Sprawcami Przystępstw, zaaprobowane przez Radę Gospodarczą i Społeczną w rezolucji 663C (XXIV) z dnia 31 lipca 1957 r. oraz 2076 (LXII) z dnia 13 maja 1977 r.

Punkt 23 stanowi, iż (1) w instytucjach o charakterze izolacyjnym dla kobiet powinny istnieć specjalne pomieszczenia służące wszelkiej koniecznej przedporodowej i poporodowej opiece i leczeniu. O ile to możliwe, zapewni się, aby poród odbywał się w szpitalu znajdującym się poza instytucją o charakterze izolacyjnym. Jeśli dziecko urodzi się w instytucji o charakterze

izolacyjnym, informacja ta nie będzie umieszczana w akcie urodzenia. (2) W przypadkach, gdy zezwala się, aby niemowlęta pozostały wraz ze swoimi matkami w instytucji o charakterze izolacyjnym, na czas, gdy niemowlęta nie pozostają pod opieką swoich matek, zapewni się istnienie odpowiednich pomieszczeń, w których będą one przebywać pod opieką odpowiednio wykwalifikowanych osób¹.

Reguły powyższe są rekomendacją, należą zatem do grupy *soft law* – nie mają mocy wiążącej. Państwa, które podpisały rezolucję, winny jednak przestrzegać zawartych w niej norm. W rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ 43/173 z 9 grudnia 1988 r. „Zbiór zasad mających na celu ochronę wszystkich osób poddanych jakiegokolwiek formie aresztowania bądź uwięzienia” sformułowano potrzebę istnienia „środków prawnych mających na celu wyłącznie ochronę praw i szczególnego statusu kobiet, w szczególności kobiet w ciąży oraz matek opiekujących się małymi dziećmi, dzieci i nieletnich, osób starszych, chorych lub upośledzonych” (zasada 5.2).

W Polsce surowiej traktuje się kobiety ciężarne i karmiące aniżeli w Danii, Norwegii czy Czechach². Czeski kodeks postępowania karnego przewiduje obligatoryjne odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności wobec kobiety ciężarnej i karmiącej na okres od sześciu miesięcy do roku, licząc od dnia porodu. Nie oznacza to jednak, że w Polsce sytuacja kobiet ciężarnych skazanych na karę pozbawienia wolności bądź tymczasowo aresztowanych jest zła. Patrząc wyłącznie na rozwiązania przyjęte w poszczególnych ustawodawstwach, należałoby uznać, że największą ochronę kobiet w ciąży zapewnia prawo rosyjskie. Nie można jednak oceniać tego w oderwaniu od fatalnych warunków panujących w więzieniach w Rosji, co potwierdzają orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w Strasburgu³. Artykuł 54 kodeksu karnego Federacji Rosyjskiej (*Уголовный кодекс*) z 1996 r., po zmianach obowiązujących od dnia 8 grudnia 2003 r., stanowi, iż tymczasowe aresztowanie nie może być stosowane wobec kobiet ciężarnych i kobiet mających dzieci do 14 roku życia.

2. Regulacja odbywania kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania w Polsce

Prawo polskie przewiduje uprzywilejowane traktowanie odbywających karę pozbawienia wolności i tymczasowo aresztowanych kobiet w ciąży. Wynika to wprost lub pośrednio z wielu przepisów regulujących odbywanie kary

¹ Zob. „Archiwum Kryminologii” 1990, t. XVI.

² Zob. H. Machel (red.), *Wykonywanie kary pozbawienia w Polsce – w poszukiwaniu skuteczności*, Gdańsk 2006, s. 264.

³ Por. wyrok ETPC z dnia 20 stycznia 2005 r. *Mayzit przeciwko Rosji*, nr 63378/00; wyrok z dnia 15 lipca 2002 r. *Katasznikow przeciwko Rosji*, nr 47095/99.

pozbawienia wolności i wykonywanie tymczasowego aresztowania. Za przepis w tej materii wiodący i kształtujący standard traktowania kobiet w ciąży uznać można art. 87 § 3 k.k.w., który stanowi, że „kobiecie ciężarnej zapewnia się opiekę specjalistyczną”.

Szczególne traktowanie pozbawionych wolności kobiet w ciąży znajduje normatywne podstawy także w innych aktach prawnych. Odwołać się w tym miejscu należy do regulacji zawartych w: Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania⁴, Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 października 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad, zakresu i trybu udzielania świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności⁵ oraz Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia z dnia 10 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad, zakresu i trybu współdziałania zakładów opieki zdrowotnej ze służbą zdrowia w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności przez zakłady opieki dla osób pozbawionych wolności⁶.

Ciąża jest stanem organizmu kobiety, stanem odmiennym, ale naturalnym, którego w żadnym wypadku nie można utożsamiać z chorobą. Jeśli więc w przebiegu ciąży nie ujawnią się żadne zakłócenia, a stan zdrowia kobiety jest dobry, nie ma powodów, by wobec niej nie wykonywać kary pozbawienia wolności czy w szczególnie uzasadnionych przypadkach nie stosować tymczasowego aresztowania. Z drugiej jednak strony wyniki badań empirycznych dotyczące kary pozbawienia wolności wskazują, że dolegliwości związane z jej stosowaniem są znacznie silniej odczuwane przez kobiety niż przez mężczyzn. Wiąże się to przede wszystkim z ograniczonym kontaktem z rodziną oraz społeczną rolą kobiety jako żony i matki⁷. Negatywne konsekwencje pozbawienia wolności, dolegliwie odczuwane przez kobiety, niewątpliwie będą pogłębiały się w sytuacji, gdy będzie ona w ciąży. Dodatkowo mogą mieć również wpływ na rozwój płodu. Nie można zapominać, że kobieta oczekująca dziecka ma zwiększone lub nietypowe potrzeby żywieniowe i higieniczne, wzmożoną potrzebę opieki medycznej, a to powoduje, że regulacje prawne winny uwzględniać te potrzeby i zapewniać właściwe warunki i opiekę w warunkach izolacji więziennej. W tym miejscu godzi się zauważyć, iż Konstytucja RP gwarantuje w art. 18 ochronę i opiekę macierzyństwu, zaś w art. 68 ust. 3 przewiduje zapewnienie szczególnej opieki zdrowotnej kobietom ciężarnym. Gwarancje te odnoszą się także do kobiet pozbawionych wolności.

⁴ Dz.U. nr 152, poz. 1494.

⁵ Dz.U. nr 204, poz. 1985.

⁶ Dz.U. nr 171, poz. 1665.

⁷ Zob. M. Bramska, *Kobiety pozbawione wolności*, „Biuletyn RPO” z. 32, Warszawa 1997, s. 18–20.

Analiza obowiązującego stanu prawnego pozwala stwierdzić, że uwzględnia on konieczność zapewnienia szczególnych warunków kobietom oczekującym dziecka pozbawionych wolności.

W kodeksie karnym wykonawczym znajduje się grupa przepisów, które wprost odnoszą się do kobiet w ciąży. Wskazać należy tu przede wszystkim:

– art. 87 § 3 k.k.w., który stanowi, że: „kobiecie ciężarnej lub karmiącej zapewnia się opiekę specjalistyczną”;

– art. 112 § 1 k.k.w., który przyznaje kobiecie ciężarnej prawo do korzystania z dłuższego, co najmniej godzinnego spaceru;

– art. 113a § 1 k.k.w., który przyznaje kobiecie ciężarnej prawo dokonywania dodatkowych zakupów artykułów żywnościowych;

– art. 143 § 2 k.k.w., który zabrania stosowania wobec kobiet ciężarnych kar dyscyplinarnych: pozbawienia możliwości otrzymywania paczek żywnościowych, pozbawienia lub ograniczenia możliwości dokonywania zakupów artykułów żywnościowych oraz umieszczenia w celi izolacyjnej na okres do 28 dni.

Przepisy powyższe mają zastosowanie tak do kobiet skazanych, jak i tymczasowo aresztowanych, zgodnie bowiem z art. 214 § 1 k.k.w. (poza wyjątkami przewidzianymi w wyraźnie w przepisach k.k.w.), tymczasowo aresztowany korzysta co najmniej z takich uprawnień, jakie przysługują skazanemu odbywającemu karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym w zakładzie karnym typu zamkniętego i nie stosuje się do niego ograniczeń innych niż te, które są konieczne do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, utrzymania porządku i bezpieczeństwa w areszcie śledczym oraz zapobieżenia wzajemnej demoralizacji tymczasowo aresztowanych.

Jak wspomniano powyżej, szczególne traktowanie kobiet w ciąży zapewnione jest również w innych aktach prawnych. Artykuł 19 ust. 4 ustawy z dnia 26 kwietnia 1996 r. o Służbie Więziennej⁸ zabrania stosowania wobec kobiet w ciąży środków przymusu bezpośredniego w postaci: założenia pasów obezwładniających lub kaftana bezpieczeństwa, użycia wodnych środków obezwładniających, użycia siatki obezwładniającej, użycia chemicznych środków obezwładniających oraz użycia reflektora olśniewającego. Paragraf 27 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności⁹ stanowi, iż wobec skazanych kobiet ciężarnych i karmiących dyrektor może dokonywać, na wniosek lekarza lub po zasięgnięciu jego opinii, niezbędnych odstępstw od przewidzianego w regulaminie sposobu wykonywania kary pozbawienia wolności w zakresie wynikającym z potrzeby uwzględnienia stanu fizycznego lub psychicznego tych kobiet (ust. 1). Skaza-

⁸ Dz.U. z 2002 r., nr 207, poz. 1761, z późn. zm.

⁹ Dz.U. nr 152, poz. 1493.

ną kobietę ciężarną przenosi się na dwa miesiące przed przewidywanym terminem porodu do szpitalnego oddziału ginekologiczno-położniczego w zakładzie karnym lub areszcie śledczym (ust. 2). Analogiczne uregulowanie w zakresie kobiet tymczasowo aresztowanych zawiera paragraf 29 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2003 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania tymczasowego aresztowania¹⁰. Jedyna różnica polega na tym, że tymczasowo aresztowaną kobietę ciężarną przenosi się na dwa miesiące przed przewidywanym terminem porodu do szpitalnego oddziału ginekologiczno-położniczego w areszcie śledczym lub zakładzie karnym, po uprzednim powiadomieniu organu dysponującego o konieczności takiego przeniesienia (ust. 2).

Oczywiste, że do kobiet w ciąży odnoszą się przepisy ogólne regulujące zbiorczo status prawny wszystkich osób pozbawionych wolności, które mają na celu zapewnienie właściwej opieki osobom pozbawionym wolności. Odwołać się w tym miejscu należy do art. 115 § 1 k.k.w., który stanowi, że skazanemu zapewnia się bezpłatne świadczenia zdrowotne, leki i artykuły sanitarne. Na marginesie należy tylko zauważyć, że w piśmiennictwie prezentowany jest pogląd, że na gruncie obowiązujących przepisów osoby pozbawione wolności mają w zakresie prawa do świadczeń zdrowotnych pozycję „zdecydowanie lepszą” w stosunku do pacjenta posiadającego ubezpieczenie zdrowotne, za czym przemawiać ma nie tylko szerszy zakres tych świadczeń oraz dużo łatwiejszy dostęp do świadczeń specjalistycznych, ale przede wszystkim to, że wszelkie świadczenia zdrowotne oraz leki są bezpłatne¹¹.

Dodatkowo § 6 art. 115 k.k.w. przewiduje, iż w szczególnie uzasadnionych wypadkach dyrektor zakładu karnego, po zasięgnięciu opinii lekarza zakładu karnego, może zezwolić skazanemu na leczenie na jego koszt przez wybranego innego lekarza niż lekarz zakładu opieki zdrowotnej dla osób pozbawionych wolności oraz na korzystanie z dodatkowych leków i innych środków medycznych. Niezależnie od tego § 5 tegoż artykułu i uregulowania zawarte w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości i Ministra Zdrowia z dnia 10 września 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad, zakresu i trybu współdziałania zakładów opieki zdrowotnej ze służbą zdrowia w zakładach karnych i aresztach śledczych w zapewnieniu świadczeń zdrowotnych osobom pozbawionym wolności przez zakłady opieki dla osób pozbawionych wolności¹² przewidują możliwość przeprowadzenia badań specjalistycznych, czy leczenia w pozawięziennych zakładach opieki zdrowotnej.

Przepisy prawa przyznają nie tylko szczególny status osadzonym kobiet w ciąży, ale także zapewniają im specjalne warunki po porodzie. Wyraża się

¹⁰ Dz.U. nr 152, poz. 1494.

¹¹ Por. M. Paszkowska, *Prawo do świadczeń zdrowotnych w zakładzie karnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2008, nr 4, s. 12–35.

¹² Dz.U. nr 171, poz. 1665.

to przede wszystkim w tym, iż daje się możliwości przebywania matki i dziecka razem. Artykuł 87 § 4 k.k.w. stanowi, że w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych domy dla matki i dziecka, w których dziecko może przebywać na życzenie matki do ukończenia 3 roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu. Decyzje w tym zakresie wymagają zgody sądu opiekuńczego. W tym celu organizowane są tzw. domy dla matki i dziecka przy zakładach karnych. Obecnie funkcjonują dwa takie domy przy Zakładzie Karnym nr 1 w Grudziądzu i Zakładzie Karnym w Krzywańcu.

Szczegółowo zasady organizowania i funkcjonowania tych placówek zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 17 września 2003 r. w sprawie trybu przyjmowania dzieci matek pozbawionych wolności do domów dla matki i dziecka przy wskazanych zakładach karnych oraz szczegółowych zasad organizowania i działania tych placówek¹³. Personel w takim domu stanowią: lekarz pediatra, psycholog, pielęgniarka, wychowawca i dietetyk (§ 9 ust. 2). W myśl § 10 rozporządzenia wyposażenie wszystkich pomieszczeń takiej instytucji powinno być zbliżone do warunków domowych. Powinny znajdować się tam co najmniej: pokoje sypialne dla matek i dzieci, sale do zajęć pielęgnacyjnych i wychowawczych, pomieszczenia do udzielania świadczeń zdrowotnych, pomieszczenia do przygotowywania posiłków, pomieszczenia sanitarne i gospodarcze, pokoje dla personelu oraz pomieszczenie izby chorych.

Funkcjonariusze Służby Więziennej mający bezpośredni kontakt z dziećmi w czasie pełnienia służby nie używają umundurowania służbowego. Dzieciom stosownie do wieku i indywidualnych potrzeb przysługuje bielizna, odzież, obuwie i inne niezbędne przedmioty osobistego użytku, zgodnie z normami należności zawartymi w załączniku nr 2 do rozporządzenia.

3. Ocena sytuacji kobiet w ciąży pozbawionych wolności

Ocenę sytuacji kobiet w ciąży pozbawionych wolności zacząć trzeba od podkreślenia faktu, że większość kobiet trafiających do zakładów karnych przed osadzeniem sprawowała opiekę nad małoletnimi dziećmi. W Wielkiej Brytanii dotyczy to około 60% kobiet (około 4 tys. dzieci)¹⁴ i podobnie jak w Polsce kobiety ciężarne po porodzie mogą przebywać z dziećmi (dotyczy to

¹³ Dz.U. nr 175, poz. 1709.

¹⁴ Zob. [online] <www.sheilakitinger.com/Prisons.htm>, dostęp: grudzień 2009.

3% z osadzonych kobiet). Z uwagi na to, że kobiety stanowią niewielki procent populacji więziennej, znajdują się w o wiele gorszej sytuacji niż mężczyźni. Osadzane są w zakładach karnych zwykle oddalonych od ich miejsca zamieszkania, co w znacznym stopniu utrudnia im kontakt z dziećmi i utrzymywanie więzi z rodziną. Ustawodawca co prawda w art. 87a § 1 k.k.w. przyjął, że wykonując karę wobec skazanych sprawujących stałą pieczę nad dzieckiem do lat 15, uwzględnia się w szczególności potrzebę inicjowania, podtrzymywania i zacieśniania ich więzi uczuciowej z dziećmi, wywiązywania się z obowiązków alimentacyjnych oraz świadczenia pomocy materialnej dzieciom, a także współdziałania z placówkami opiekuńczo-wychowawczymi, w których te dzieci przebywają. Nadto § 2 stanowi, iż skazani sprawujący stałą pieczę nad dziećmi, które przebywają w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, powinni być w miarę możliwości osadzani w odpowiednich zakładach karnych położonych najbliżej miejsca pobytu dzieci. Uwzględniając jednak liczbę zakładów karnych dla kobiet i rozmieszczenie placówek opiekuńczo-wychowawczych, realizacja wskazanych założeń jest bardzo trudna, a w wielu przypadkach wręcz niemożliwa.

W Polsce na dzień 30 listopada 2008 r. w jednostkach penitencjarnych było osadzonych 8451 osób, w tym 2595 kobiet. Tym samym stanowiły one 3% ogólnej populacji¹⁵. Niepokojący jest fakt, że procent osadzonych kobiet stale rośnie (np. w 2007 r. stanowiły tylko 2,3% osób osadzonych). Dane w zakresie tymczasowo aresztowanych przedstawiają się jeszcze gorzej – na 9457 osób kobiet było 432, co stanowi 4,5% (dane na dzień 30 listopada 2008). Zjawisko to obserwowane jest we wszystkich krajach Unii Europejskiej. Najwyraźniej przestępczość wśród kobiet wzrasta i często dotyczy to przestępstw najcięższych. Zagadnienia związane z wykonywaniem kary pozbawienia wolności i tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży będą w związku z tym, coraz częściej analizowane. Przykładem tego jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego¹⁶ po rozpoznaniu wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

1) art. 259 § 1 k.p.k.¹⁷ w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości odstąpienia od tymczasowego aresztowania w sytuacji, gdy jest ono stosowane wobec kobiety w ciąży, z art. 18 oraz art. 68 ust. 3 Konstytucji RP;

2) art. 260 k.p.k. z art. 18 oraz art. 68 ust. 3 Konstytucji RP;

3) § 33 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 stycznia 2004 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutku-

¹⁵ Zob. statystyki publikowane przez Centralny Zarząd Służby Więziennej [online] <www.sw.gov.pl/index.php/statystyki/52>, dostęp: grudzień 2009.

¹⁶ Wyrok TK z dnia 22 lipca 2008 r., sygn. akt K 24/07 (Dz.U. nr 138, poz. 874).

¹⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89, poz. 555, ze zm.).

jących pozbawienie wolności oraz dokumentowania tych czynności¹⁸ z art. 213 i art. 249 § 3 pkt 7 k.p.k. oraz z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Trybunał orzekł, że wskazane powyżej przepisy są zgodne z Konstytucją.

W wielu państwach aktywną rolę nad przestrzeganiem ochrony praw kobiet w ciąży w zakładach karnych spełnia ombudsman. W Polsce jest nim Rzecznik Praw Obywatelskich, który – jak widać po wskazanym powyżej wniosku do Trybunału Konstytucyjnego – aktywnie działa na tym polu.

Analiza obowiązującego stanu prawnego pozwala stwierdzić, że polskie regulacje spełniają standardy międzynarodowe i należycie chronią prawa kobiet ciężarnych skazanych na karę pozbawienia wolności bądź tymczasowo aresztowanych.

Summary

Rules for the implementation of imprisonment and a provisional warrant for pregnant women

The paper deals with the issue of service of custodial sentence and temporary arrest in case of pregnant women. Analyses of the effective regulations indicate that Polish law provides for privileged treatment of pregnant women serving custodial sentences and under temporary arrest. The negative consequences of deprivation of freedom experienced by the woman will undoubtedly be aggravated in the situation when she is pregnant. Additionally, they will concern not just the woman, but they may also influence the development of the foetus. A woman expecting a child has increased or non-standard needs as concerns nutrition and hygiene or more extensive need for medical care which causes that legal regulations should consider such needs and assure appropriate conditions and care for such women under conditions of prison isolation.

¹⁸ Dz.U. nr 15, poz. 142.

Andrzej Światłowski
Katedra Postępowania Karnego
Uniwersytet Jagielloński

Deklarowane i rzeczywiste funkcje postępowania przyspieszonego w sprawach o przestępstwa

1. Ustawą z dnia 16 listopada 2006 r. (Dz.U. nr 226, poz. 1648) przywrócono po kilkunastoletniej nieobecności tryb przyspieszony postępowania w sprawach o przestępstwa. Był on przedstawiany zazwyczaj jako nowość w systemie prawnym, rzekomo inspirowana rozwiązaniami obcymi (m.in. hiszpańskimi, ale też brytyjskimi i niemieckimi), gdy tymczasem to raczej inspiracja rozwiązaniami z lat 1958 i 1985 jest aż nadto wyraźna. Co ciekawe, w samym już w pierwszym zdaniu uzasadnienia projektu ustawy czytamy, iż: „Wystąpienie z inicjatywą reaktywowania w polskiej procedurze karnej postępowania przyspieszonego jako jednego ze szczególnych trybów procesowych zostało zdeterminowane potrzebą radykalnego usprawnienia i zwiększenia tempa realizacji zadań państwa w zakresie ścigania oraz karania sprawców przestępstw”. Wyraźnie więc projektodawcy przyznają, że chodzi o reaktywację.

Przepisy o postępowaniu przyspieszonym zawierają liczne błędy różnego rodzaju, co było już przedmiotem wielu wypowiedzi doktryny i dyskusji praktyków. Stały się też one powodem upadku tego trybu, dziś stosowanego w niewielu ośrodkach i na bardzo niewielką skalę. Nie to jest jednak przedmiotem niniejszego opracowania. Za cel postawiłem sobie bowiem porównanie deklarowanych przez projektodawców i rzeczywistych funkcji, jakie w systemie karnoprosesowym spełniać miało i spełnia postępowanie przyspieszone.

Przystępując do tego zamierzenia zapoznałem się z oficjalnymi dokumentami związanymi z procesem legislacyjnym (projekt nowelizacji, dokumenty prac sejmowych, w tym posiedzeń Nadzwyczajnej Komisji do spraw Kodyfikacji Karnych Sejmu V kadencji, opinie przygotowane na zlecenie sejmowego Biura Analiz Sejmowych), a także z tekstami, które na temat postępowania przyspieszonego ukazały się na łamach dwóch najważniejszych

dzienników opiniotwórczych oraz z wybranymi tekstami z tygodników ilustrowanych. Sięgnąłem też do zapisów dyskusji toczącej się od dwóch lat na Internetowym Forum Policyjnym <www.ifp.pl>, ostatnio zamierającej, wcześniej jednak niezmiernie ożywionej (aż 30 „ekranów”, po kilka wypowiedzi każdy). Przejrzałem także zapisy dyskusji toczonych na forach internetowych.

2. Nie sposób mówić o jakimkolwiek jednolitym uzasadnieniu różnicowania postępowania karnego, w tym tworzenia postępowań szczególnych. Zróżnicowanie na wiele wariantów nie jest przecież celem samym w sobie, który potrzebowałby takich czy innych uzasadnień. Można natomiast mówić o uzasadnieniu poszczególnych przejawów zróżnicowania – form postępowania, postępowań pomocniczych i szczególnych¹.

Przyczyn tworzenia postępowań szczególnych można upatrywać w ekonomice procesowej, dążności do przyspieszenia postępowania, cechach osobowych sprawców i pokrzywdzonych, szczególnym charakterze niektórych czynów, w końcu w dążności do uchronienia postępowania karnego przed następstwami uchylania się sprawcy od wymiaru sprawiedliwości. Przyczyny te można też dzielić na procesowe i kryminalnopolityczne. W grupie pierwszej można zgromadzić przypadki różnicowania ze względu na specyficzny charakter sprawy (karne skarbowe, prywatnoskargowe, karne przeciw nieletniemu), który powoduje potrzebę wprowadzenia rozwiązań innych niż w postępowaniu zwykłym, w grupie drugiej – przypadki różnicowania głównie ze względu na potrzebę szybszego i łatwiejszego przeprowadzenia postępowania (postępowanie uproszczone, nakazowe, w sprawach o wykroczenia), z czym zawsze łączy się zagrożenie gwarancji trafnego orzekania².

Przed laty w monografii postępowań szczególnych Kodeksu postępowania karnego Stanisław Waltoś pisał: „Powody, z jakich tworzy się tryby szczególne, są bardzo zróżnicowane i niejednokrotnie wykluczające się nawzajem. Nie można więc wymieniać ich według jakiegoś schematu”³. Świadom tego ograniczenia autor tego stwierdzenia wskazywał następujące ogólne powody:

1. Konieczność przeprowadzenia odpowiedniego manewru kryminalnopolitycznego, polegającego na zaoszczędzeniu kosztem spraw drobniejszych środków niezbędnych do sprawnego ścigania spraw uznanych przez ustawodawcę za znacznie poważniejsze, w większym stopniu społecznie niebezpieczne (*de minimis non curat pretor*).

2. Przyspieszenie toku procesu; z przyspieszeniem tym łączy się, choć nie zawsze, możliwość podwyższenia wymiaru kary.

¹ A. Światłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych. Z zagadnień wewnętrznego zróżnicowania postępowania karnego rozpoznawczego*, Arche, Sopot 2008, s. 91.

² A. Gaberle, *Postępowania szczególne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 16.

³ S. Waltoś, *Postępowania szczególne w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 16.

3. Szczególny charakter odpowiedzialności karnej niektórych osób lub za niektóre czyny (prywatnoskargowe, karne skarbowe, nieletni i co do orzeczeń w sprawach o wykroczenia).

4. Postulat bardziej radykalnego zapobiegania przeszkodom w rozpoznaniu sprawy, stwarzanym przez oskarżonego (w stosunku do nieobecnych, zaoczne)⁴.

W późniejszej pracy⁵ wskazano, że do postępowań szczególnych trafiają takie sprawy, które nie wymagają sformalizowanej procedury, charakteryzują się wysokim stopniem uciążliwości społecznej, w związku z czym niezbędna jest szybka reakcja organów procesowych, nawet kosztem ograniczenia niektórych gwarancji procesowych jego uczestników; sprawy, w których szczególny charakter odpowiedzialności za niektóre czyny powoduje konieczność takiego ukształtowania postępowania, aby rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności odbyło się według reguł odmiennych od przyjętych w postępowaniu zwykłym. Wskazywano też, że niekiedy zachodzi potrzeba wprowadzenia do systemu prawnego takiego postępowania szczególnego, które umożliwia ochronę wymiaru sprawiedliwości przed przeszkodami stawianymi przez oskarżonego na drodze rozpoznania sprawy (np. niestawiennictwo), a instytucje przewidziane w postępowaniu szczególnym zapobiegają przewlekłości postępowania. Inni autorzy eksponują te właśnie względy, różniąc się co najwyżej w rozłożeniu akcentów.

Pierwszą przyczyną tworzenia trybów szczególnych jest więc potrzeba dostosowania postępowania do specyfiki poszczególnych kategorii czynów zabronionych pod groźbą kary. Jest to niewątpliwie jedno z zasadniczych uzasadnień osobnej regulacji k.k.s. Tym bardziej jest to uzasadnieniem osobnej regulacji k.p.w. oraz postępowania przeciwko podmiotom zbiorowym. Mniejszą wagę ma ten argument przy wyodrębnieniu postępowania w sprawach o przestępstwa wojskowe i czyny karalne nieletnich. W każdym z tych przypadków istotne są niewątpliwie względy podmiotowe. Postępowania te są odmienne od modelowego właśnie z racji specyfiki podmiotu, nie zaś – jak w wypadku wykroczeń – przedmiotu. Jeśli chodzi o kodeksowe tryby szczególne w k.p.k., uzasadnienie przedmiotowe jest kluczowe dla wyodrębnienia postępowania prywatnoskargowego, wiążąc się z pozostawieniem pewnych, z reguły drobnych, czynów ściganiu z inicjatywy samego pokrzywdzonego.

Pokrewnym kryterium jest szczególna waga czynu – zarówno duża, jak niewielka. W systemach nieanglosaskich znających ławę przysięgłych znaczna waga czynu (zbrodni) jest uzasadnieniem postępowania z udziałem ławy przysięgłych. W klasycznym modelu francuskim sprawy o zbrodnie są podda-

⁴ Ibidem, s. 17–18; S. Waltoś, *Założenia konstrukcyjne trybów szczególnych w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1970, nr 7–8, s. 1093.

⁵ A. Gaberle, S. Waltoś, *Postępowania szczególne w polskim procesie karnym. Model a praktyka*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1977, z. 7, s. 137.

ne postępowaniu przed ławą przysięgłych, sprawy o występki – „zwykłym” sądom, sprawy zaś o wykroczenia – sądom „policyjnym”.

Uzasadnienie przedmiotowe ma charakter drugorzędny przy postępowaniu przeciwko podmiotowi zbiorowemu, postępowaniach wojskowych oraz w sprawie nieletniego, a więc tych, przy których istotne są względy podmiotowe. W zasadzie brak takiego uzasadnienia w trybie przyspieszonym w k.p.w. i k.p.k. Także w postępowaniu w stosunku do nieobecnych w k.k.s. brak obecnie takiego uzasadnienia, co jednak również nie oznacza, że uzasadnienie takie nie było podnoszone w odniesieniu do postępowania *in absentia* w sprawach o przestępstwa.

Kolejną grupę uzasadnień nazwać można podmiotowymi. Chodzi o uzasadnienia wynikające ze specyficznych cech podmiotów mających ponosić odpowiedzialność w danym postępowaniu.

Niewątpliwie wyodrębnienie postępowania w sprawach nieletnich (powszechne we współczesnych systemach prawnych) jest uzasadnione właśnie specyfiką sprawców. Jeśli bowiem w prawie karnym ustanowiona została dolna granica wiekowa ponoszenia odpowiedzialności karnej, potrzebne jest stworzenie bądź szczególnej odmiany prawa karnego nieletnich, bądź osobnego, opartego na własnych, odmiennych założeniach prawa nieletnich, dotyczącego odpowiedzialności (karnej lub swoistej) sprawców, którzy w chwili czynu (względnie orzekania) nie osiągnęli jeszcze określonej granicy wiekowej.

Podobnie uzasadnia się wyodrębnienie prawa karnego wojskowego. Tu jednak sprawa jest bardzo złożona. Podmiotowy charakter ma wyodrębnienie postępowania w przedmiocie odpowiedzialności podmiotu zbiorowego w ustawie z 2002 r.

Z nieco odmienną sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu karnym przez Trybunałem Stanu. Brak możliwości ponoszenia odpowiedzialności za przestępstwa związane z deliktami konstytucyjnymi przed Trybunałem Stanu oznaczałby, że sprawcy takowych odpowiedzialiby zawsze przed sądem powszechnym – na ogólnych zasadach. Także i tu mamy więc do czynienia z kryterium podmiotowym.

Co ciekawe, uzasadnienia przedmiotowe przeplatają się z podmiotowymi, rzadko jednak bywają wysławiane łącznie.

Nie był jasny charakter uzasadnienia postępowania przyspieszonego chuligańskim charakterem czynu. Z pozoru jest to uzasadnienie jednoznacznie przedmiotowe, w praktyce jednak aż nadto wyraźne było przesunięcie akcentów na represję pewnych kategorii osób raczej niżli zwalczanie określonych zachowań.

Innym uzasadnieniem tworzenia osobnego trybu postępowania jest przyjęcie przez ustawodawcę koncepcji ścigania niektórych przestępstw z inicjatywy pokrzywdzonego.

Nie jest jasne, czy wśród powodów kształtowania trybów szczególnych można wymienić zjawisko konsensualizacji procesu karnego, które można obserwować w Polsce i wielu innych krajach. Uzgadnianie stanowisk i rozstrzygnięć, dawniej kojarzone wyłącznie z anglosaskim *plea bargaining*, coraz śmielej toruje sobie bowiem drogę do regulacji prawnopozytywnych i praktyki wymiaru sprawiedliwości w kolejnych krajach tradycji kontynentalnej. Tworzenie w procesie karnym różnorodnych mechanizmów konsensualnych kreuje nowe, dotąd nieznanne sposoby postępowania w pewnych kategoriach spraw. Charakter konsensualny ma dobrowolne poddanie się karze *sensu stricto* występujące w k.k.s. oraz dwie instytucje również niekiedy określane tym mianem – przewidziane w art. 335 i 387 k.p.k. (recypowane też do postępowania karnego skarbowego i do postępowania w sprawach o wykroczenia). Zarazem jednak konsensualizacja procesu nie występuje jako samodzielna wartość przywoływana jako uzasadnienie tworzenia i utrzymywania trybów szczególnych. Innymi słowy, nie przywołuje się konsensualizacji procesu jako wartości pożądanej, mającej samoistnie uzasadniać tworzenie lub utrzymywanie danych postępowań szczególnych.

Przyjęcie istnienia takiego uzasadnienia jest uzależnione od uznania, że poszukiwanie konsensualnego rozstrzygnięcia sprawy jest jednym z samodzielnych celów realizowanych w procesie karnym. Wówczas w ten sposób można uzasadniać wyodrębnienie niektórych trybów szczególnych (skazanie bez rozprawy, postępowanie w przedmiocie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności w k.k.s., zapewne także postępowanie w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania). Wydaje się jednak, że konsensualizm jest raczej środkiem niż celem w postępowaniu karnym, dlatego to właśnie uzasadnienie wydaje się wątpliwe.

W literaturze wskazuje się jeszcze jeden powód, który można widzieć także jako jeden z aspektów usprawniania postępowania – zapobieganie przewlekaniu postępowania przez oskarżonego⁶. Szczególnie wyraźnie widać to przy odmiennościach polegających na procedowaniu pod nieobecność oskarżonego (zwłaszcza 376 i 377 k.p.k.). Takie jest też uzasadnienie postępowania w stosunku do nieobecnych w k.k.s. Trudno natomiast wskazać takie postępowanie szczególne w k.p.k. lub k.p.w., które byłoby odpowiedzią na to właśnie zagrożenie dla procesu. Jedynym wyjątkiem byłoby tu postępowanie przyspieszone w sprawach o wykroczenia, gdzie rzeczywistym celem niezwłoczności rozpoznawania sprawy jest właśnie wysokie prawdopodobieństwo uchylenia się przez obwinionego od odpowiedzialności w wypadku rozpoznawania sprawy w trybie zwyczajnym. Zasadniczo brak takiego uzasadnienia przy postępowaniu przyspieszonym w k.p.k. Wspólną cechą wskazanych powyżej powodów przedmiotowych, podmiotowych i mieszanych jest to, że uzasad-

⁶ S. Waltoś, *Postępowania szczególne...*, s. 46.

nią one wyodrębnianie różnych postępowań karnych – dotyczącego przestępstw oraz tych, które dotyczą innych rodzajów czynów zabronionych, postępowań wojskowych, prywatnoskargowych, wobec nieletnich (o ile ustawodawca ukształtuje je jako karne) oraz postępowania przeciwko podmiotowi zbiorowemu. Można też wskazać przyczyny skłaniające do różnicowania poszczególnych, w ten sposób wyodrębnionych, postępowań przez kształtowanie trybów szczególnych w ich ramach.

Niewątpliwym uzasadnieniem tworzenia wielu trybów postępowania jest dążenie do usprawnienia postępowania rozumianego jako jego przyspieszenie. Sama nazwa „postępowanie przyspieszone” jasno to pokazuje. Podobne uzasadnienie dotyczy jednak i innych skróconych form postępowania, jak: postępowanie mandatowe, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w k.k.s., skazanie bez rozprawy i bez postępowania dowodowego na rozprawie, w pewnej mierze także postępowanie uproszczone – deformalizacja postępowania wiąże się bowiem z jego przyspieszeniem.

W dyskursie politycznym uproszczenie postępowania rozumiane jako jego deformalizacja występuje nieomal zawsze w parze z postulatem jego przyspieszenia. Pobieżny nawet przegląd programów politycznych różnych partii, formułowanych w ostatnich latach, pozwala zauważyć, że nieomal jak mantrę powtarza się hasło „uproszczenie i przyspieszenie”. Uproszczenie postępowania nie jest jednak samo w sobie przyczyną tworzenia i utrzymywania szczególnych form postępowania. Zawsze jest to cel instrumentalny, w ostatecznym rachunku służący usprawnieniu postępowania rozumianemu jako jego przyspieszenie i skrócenie.

Tworzenia i utrzymywania nowych trybów nie uzasadnia się względami oddziaływania na społeczeństwo. Niewątpliwie jednak przynajmniej w przypadku niektórych form postępowania karnego do głosu dochodzi takie uzasadnienie. Pierwszym z tego rodzaju trybów jest tryb doraźny w czasie pokoju. Sądownictwo doraźne i postępowanie doraźne (nie należy ich mylić ze sobą) mają sens w warunkach frontowych. Wówczas, w sytuacji częstego przemieszczania się żołnierzy i osób cywilnych, przy niedziałających lub słabo działających instytucjach państwa czasu pokoju, w obliczu niemożności egzekucji niektórych kar, sądownictwo doraźne może być jedyną realnie dostępną i efektywną formą wykonywania wymiaru sprawiedliwości, a więc tworzenia poczucia egzekucji prawa. Sądownictwa doraźnego nie sposób jednak usprawiedliwić takimi argumentami w czasie pokoju. Za rzeczywisty powód sięgania po tryb doraźny w okresie pokoju (w tym w stanach nadzwyczajnych, takich jak stan wojenny wprowadzony w PRL w 1981 r.) uznać należy względy dyscyplinujące. Można tu dostrzec wyraźną paralelę do kryminalizacji dyscyplinującej, uznawanej za jeden z rodzajów kryminalizacji⁷.

⁷ K. Lüderssen, *Kriminologie. Einführung in die Probleme*, Nomos, Baden-Baden 1984, s. 162; L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1990, s. 70 i n.

Chodzi o dyscyplinowanie społeczeństwa surowością i dorażnością wymierzanych kar oraz ich natychmiastową wykonalnością. Tak jak kryminalizacja dyscyplinująca jest charakterystyczna dla okresów politycznej niestabilności państwa⁸, tak wykorzystywanie w tak rozumianych celach dyscyplinujących instrumentów procesowych wiąże się nieodłącznie z okresami niestabilności, osłabienia pozycji władz. Jako dobry przykład kryminalizacji dyscyplinującej wskazywał K. Lüderssen przepisy karne dekretu o stanie wojennym z 1981 r.⁹ Na płaszczyźnie procesowej przykładem dyscyplinującego powodu stanowienia formy postępowania były niewątpliwie przepisy o postępowaniu dorażnym tegoż samego dekretu.

Podobne, choć nieco słabsze jest uzasadnienie trybu przyspieszonego w Polsce. Został on wprowadzony w 1958 r. głównie w celu zwalczania zjawiska chuligaństwa – takie przynajmniej uzasadnienie oficjalnie głoszono. Nie budzi jednak wątpliwości prawdziwość tezy, że w istocie pełnił funkcje dyscyplinujące. Niewątpliwie to samo można powiedzieć o wprowadzeniu trybu przyspieszonego do k.p.k. w roku 2007.

Znacznie słabsze jest tego rodzaju uzasadnienie w wypadku postępowania przyspieszonego przy wykroczeniach, choć trzeba zauważyć, że w okresie PRL to właśnie tryb przyspieszony w sprawach o wykroczenia częściej był instrumentem zwalczania opozycji¹⁰. Charakter tego postępowania, generalnie niewielka szkodliwość społeczna wykroczeń i prostota stanów faktycznych w większości tego typu spraw czyniły ten tryb przydatnym instrumentem. Obserwacja praktyki nie daje podstaw do zasadniczej krytyki tego sposobu załatwiania spraw o wykroczenia.

Gdy tryb przyspieszony w sprawach o przestępstwa schodził w latach dziewięćdziesiątych z areny, jego ocena była – jak się zdaje – jednoznacznie negatywna. Trudno nie odnieść wrażenia, że przywrócenie tego trybu w sprawach o przestępstwa wiązało się u jego projektodawców z odmienną od przeważającej oceną jego założeń i kryminalnopolitycznej przydatności. Uderza słabość oficjalnego uzasadnienia projektu ustawy. W opinii przedłożonej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego celnie wykazano rzeczywisty brak merytorycznego uzasadnienia dla tworzenia tego trybu. Aż nadto wyraźne są więc rzeczywiste uzasadnienia tego pociągnięcia i jego silne nacechowanie polityczne.

3. Już pierwsze zdanie uzasadnienia projektu nowelizacyjnego jako przyczynę reaktywacji trybu przyspieszonego wskazuje potrzebę „radikalnego usprawnienia i zwiększenia tempa realizacji zadań państwa w zakresie

⁸ Ibidem.

⁹ K. Lüderssen, op. cit., s. 165.

¹⁰ A. Taracha, *Opinia nt. rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 485) z dnia 30 czerwca 2006*, [online] <www.sejm.gov.pl>.

ścigania oraz karania sprawców przestępstw”. Jak się tam wskazuje, „szybkość pociągania tych sprawców do odpowiedzialności karnej ma zasadnicze znaczenie zarówno dla efektywności prawnokarnej reakcji na zachowania przestępne, jak też dla społecznych ocen funkcjonowania państwowego aparatu wymiaru sprawiedliwości [...]. Bez wątplenia bowiem – jak czytamy – szybkość pociągania tych sprawców do odpowiedzialności karnej ma zasadnicze znaczenie zarówno dla efektywności prawnokarnej reakcji na zachowania przestępne, jak też dla społecznych ocen funkcjonowania państwowego aparatu wymiaru sprawiedliwości”. Jak więc z tego wynika, kolejnym powodem, który przyświecał projektodawcom i który uzasadniał przywrócenie tego trybu, była ochrona wymiaru sprawiedliwości przed niekorzystnymi ocenami wynikającymi ze znanego zjawiska przewlekłości postępowań. Można zrozumieć, że postępowanie przyspieszone miałyby służyć likwidacji, a przynajmniej radykalnemu ograniczeniu przewlekłości postępowań, tym samym pozytywnie oddziałując na obraz wymiaru sprawiedliwości w oczach społeczeństwa, zarazem pośrednio wywierając korzystny wpływ na skuteczność działań wymiaru sprawiedliwości (o czym mowa w dalszej części uzasadnienia).

Kolejnym uzasadnieniem przywoływanym przez projektodawców jest „statystyczny obraz dynamiki przestępczości tzw. pospolitej za okres [sic!] ostatniego dziesięciolecia”. Przy okazji projektodawcy rozprawiają się z „twierdzeniami prezentowanymi w trakcie tworzenia projektu przez przeciwników przyjętych w nim rozwiązań”, co zresztą czynią w sposób niezbyt rzetelny. Jako uzasadnienie wciąż wysokiego poziomu zagrożeń przestępczością wskazane zostają przestępstwa drogowe, co skądinąd korzystnie kontrastuje z argumentami podnoszonymi w sferze publicystyki, jak się bowiem okazało, rzeczywistość przytłaczająca większość przestępstw osądzonych w tym trybie należała właśnie do tej grupy.

W dalszej części uzasadnienia jest mowa o tym, że „uefektywnieniu represji prawnokarnej służy zarówno jej zaostrenie, jak i optymalnie szybkie stosowanie”, co może być tu bez wątplenia wskazane jako kolejny argument za przywróceniem (reaktywacją – jak napisano w uzasadnieniu) tego trybu postępowania. Uzasadnieniem miałyby być też społeczna dolegliwość przestępstw o charakterze chuligańskim, wynikająca z ich nagminności. W dalszej części uzasadnienia autorzy obszernie polemizują ze stanowiskiem doktryny dość zdecydowanie krytykującej pomysł przywrócenia konstrukcji przestępstwa chuligańskiego, jak zresztą czas pokazał – krytykującej trafnie. Choć trudno się nie zgodzić z poglądem, że „Ongisiejsze wypaczenia przy stosowaniu tej instytucji nie mogą rzutować na ocenę jej aktualnej przydatności”, to jednak trzeba zauważyć, że krytyka doktrynalna była uzasadniona cokolwiek głębiej i poważniej, samo zaś odwołanie się do doświadczeń prze-

szości¹¹ także może być przydatne przy prognozowaniu działania pewnych instytucji prawnych.

Nie miejsce tu na szczegółową polemikę z argumentacją użytą w uzasadnieniu projektu, choćby dlatego, że dziś, po tym jak nieudany okazał się eksperyment politycznoprawny polegający na przywróceniu tego skompromitowanego w czasach PRL trybu, byłoby to zadanie banalnie łatwe, ale przede wszystkim dlatego, że nie o to w niniejszym opracowaniu chodzi. Niezależnie zresztą od oceny merytorycznej zawartości uzasadnienia, trzeba przyznać, że jest ono dość obszerne. Zatrzymajmy się na tych fragmentach, które mogą być przydatne do odczytania deklarowanych przez projektodawców funkcji tego postępowania.

Integralną część uzasadnienia stanowi fragment zatytułowany „Ocena skutków regulacji”. W części tej wskazuje się, że „Zważywszy na podstawowy warunek prowadzenia postępowania przyspieszonego, jakim jest doprowadzenie sprawcy do sądu w terminie 48 godzin, głównym skutkiem będzie wzrost kosztów konwoju zatrzymanych do sądu (ewentualne koszty dodatkowych radiowozów, koszty paliwa). Ponadto skoro mogą zdarzać się sytuacje, w których sprawca występku z miejsca jego popełnienia będzie niemalże wprost doprowadzany do sądu, to zakładać trzeba, że świadkami w jego sprawie będą funkcjonariusze Policji, którzy ujawnili zdarzenie i zatrzymali sprawcę. Czas, w jakim będą oni przebywać z zatrzymanym w sądzie w oczekiwaniu na rozprawę, będzie jednocześnie czasem, w jakim nie będą pełnić swej służby w inny sposób, co może rodzić konieczność zapewnienia wykonania ich obowiązków przez pozostałych funkcjonariuszy. Trzeba jednak pamiętać, że w obowiązującym stanie prawnym funkcjonariusze Policji także występują przed sądami, często wielokrotnie, w charakterze świadków, tyle tylko, że w późniejszym terminie. W konsekwencji wprowadzenie postępowania przyspieszonego będzie się wiązać ze zmianami w organizacji pracy Policji, co będzie przedmiotem dalszych uzgodnień między Ministerstwem Sprawiedliwości a Ministerstwem Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Komendą Główną Policji”.

Z jednej więc strony przyznaje się, że pojawią się koszty wywołane przywróceniem trybu przyspieszonego (m.in. związane z konwojami i dyżurami w różnych instytucjach), z drugiej jednak najwyraźniej zakłada się, że będą one *per saldo* opłacalne, dzięki trybowi będzie bowiem można uniknąć innych, zapewne sporych kosztów. Trudno więc uniknąć wrażenia, że pomysłodawcy zmiany nie zauważyli, iż zmiany k.p.k. obowiązujące od 1 lipca 2003 r. spowodowały bardzo radykalny wzrost odsetek spraw załatwianych z zastosowaniem instytucji skazania bez rozprawy (art. 335 i 343 k.p.k.). Co ciekawe, projekt nowelizacji

¹¹ A te przecież w wypadku postępowania przyspieszonego nie sposób uznać za zachęcające, por. A. Gaberle, *Zasada trafnej reakcji na przestępstwo a postępowanie uproszczone, przyspieszone i nakazowe*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, Kraków 1993, s. 531; A. Gaberle, *Postępowanie przyspieszone w polskim procesie karnym (na tle wymagań ustawy oraz badań praktyki)*, Warszawa – Kraków 1975.

przywracającej postępowanie przyspieszone (podobnie jak uchwalona ustawa) wyklucza sięganie po ten właśnie przepis w postępowaniu przyspieszonym, co zresztą w żaden sposób nie zostało wyjaśnione w uzasadnieniu (!)

Jak czytamy w tym fragmencie uzasadnienia: „Z danych statystycznych, jakimi dysponuje Ministerstwo Sprawiedliwości, wynika, że w 2005 r. sądy w Polsce rozpoznały w postępowaniu uproszczonym co najmniej 400 000 spraw. Natomiast do rozpoznania w tym trybie do wszystkich sądów w 2005 r. wpłynęły 347 242 sprawy. Liczba ta nie oznacza jednak, że na tej podstawie prognozować można ewentualny wpływ spraw, jakie rozpoznawane będą w postępowaniu przyspieszonym, gdyż jest to dodatkowo uzależnione od ujęcia sprawcy i doprowadzenia go do sądu w ciągu 48 godzin od chwili popełnienia przestępstwa. Informacje zebrane przez Policję, z których wynika, że w pierwszym półroczu 2005 r. na tzw. gorącym uczynku zatrzymano ponad 100 000 osób, również w niewielkim stopniu mogą wpłynąć na te prognozy, gdyż nie we wszystkich tych przypadkach zatrzymani byli sprawcami czynów, co do których możliwe jest prowadzenie postępowania przyspieszonego. Nie jest jednak znana liczba spraw, które będą prowadzone w postępowaniu przyspieszonym, zatem przyjęto założenie, że z liczby 400 000 spraw około 1/3, to jest 150 000, może zostać rozpoznana w postępowaniu przyspieszonym”. Jak wiadomo, liczba spraw rozpoznanych w tym trybie była znacznie mniejsza.

Dalej w uzasadnieniu czytamy: „Jednocześnie, co należy mocno podkreślić, po pewnym czasie sytuacja ta ulegnie poprawie [sic!], gdyż część spraw, które dotychczas były rozpoznawane w postępowaniu uproszczonym, zostanie rozpoznana, w ramach dyżurów, w postępowaniu przyspieszonym, co w efekcie pozwoli zmniejszyć liczbę sesji niezbędnych do opanowania wpływu w pozostałych kategoriach spraw. W konsekwencji obciążenie sędziów i prokuratorów, a także pracowników administracyjnych, początkowo zwiększone, w dalszej perspektywie ulegnie odczuwalnemu zmniejszeniu, w tych zwłaszcza sądach, w których odsetek spraw rozpoznawanych w postępowaniu przyspieszonym będzie większy w porównaniu ze sprawami rozpoznawanymi w innych trybach”. Tutaj ignorowanie faktu, że nawet w około 3/4 ogólnej liczby tego typu spraw składany jest wniosek o zastosowanie art. 335 k.p.k. i w większości takich przypadków wniosek taki jest uwzględniany przez sąd, jest tak uderzające, że aż trudno uniknąć wrażenia, iż projektodawcy świadomie wprowadzają posłów w błąd. Rzecz jasna, przypuszczenie takie należy stanowczo odrzucić.

W swojej opinii przygotowanej na zlecenie Biura Analiz Sejmowych A. Taracha pisze: „Należy uznać za trafne wyłączenie możliwości stosowania art. 335 k.p.k. (»skazanie bez rozprawy«) w postępowaniu przyspieszonym. Z uwagi na zatrzymanie sprawcy na gorącym uczynku należałoby w ogóle zrezygnować ze stosowania »konsensualnych« sposobów załatwienia sporu. W związku z tym należałoby się zastanowić nad wyłączeniem w postępowaniu przyspieszonym stosowania art. 387 k.p.k. (»poddanie się karze«).

W. Wróbel krytycznie ocenia przepis wyłączający stosowanie art. 335 k.p.k. w postępowaniu przyspieszonym. Uważa, że zastosowanie instytucji »skazania bez rozprawy« generuje niższe koszty niż koszty postępowania przyspieszonego. Argumentacja ta budzić musi uzasadnione wątpliwości, chociażby ze względu na czasokres trwania i liczbę dokonywanych czynności procesowych (także liczbę zaangażowanych podmiotów) w postępowaniu zwyczajnym, nawet wtedy gdy rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu zapada w oparciu o przepis art. 335 k.p.k.” Innymi słowy, autor ten nie tylko uważa wyłączenie stosowania skazania bez rozprawy za trafne (z dość zaskakującym uzasadnieniem: że miałyby to wynikać z ujęcia sprawcy na gorącym uczynku), ale nawet za trafne uważałby wyłączenie stosowania w postępowaniu przyspieszonym art. 387 k.p.k. (!). Z uwagi polemicznej odnoszącej się do poglądu zaprezentowanego wcześniej przez W. Wróbla w jego opinii, także przygotowanej na zlecenie BAS Sejmu, wynika nadto, że zdaniem A. Tarachy w postępowaniu z zastosowaniem art. 335 k.p.k. zaangażowanych jest więcej podmiotów i należy dokonać więcej czynności procesowych niżli w postępowaniu przyspieszonym (!?)

W statystykach zaczęto uwzględniać skazanie bez rozprawy dopiero w roku 2004. Wcześniej była to instytucja o znaczeniu marginalnym. W okresie do początków 2003 r. można szacować odsetek aktów oskarżenia zawierających wnioski o skazanie bez rozprawy na 1–2%, przy ogromnych różnicach lokalnych. Relatywnie znacznie większe znaczenie miało wówczas skazanie bez postępowania dowodowego na rozprawie (art. 387 k.p.k.).

Rolę, jaką odgrywa obecnie art. 335 można zobrazować następującymi danymi:

Tabela 1

**Sposoby zakończenia postępowanie sądowego w sprawach karnych
w pierwszych półroczach lat 2002–2008 (w % osądzeń)**

Rodzaje orzeczeń	I półrocze						
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
osądzono ogółem (w tym z udziałem prokuratora)	100 (84,8)	100 (83,7)	100 (66,2)	100 (67,0)	100 (64,4)	100 (65,9)	100 (62,7)
w tym							
umorzono postępowanie	3,0	3,1	2,4	2,5	2,2	2,0	2,3
uniewinniono	2,4	2,5	2,2	2,1	2,2	2,0	2,5
warunkowo umorzono	8,2	8,7	5,7	5,2	5,0	4,5	5,2
skazano	86,1	85,4	89,7	90,1	90,5	91,3	90,0
w tym							
skazanie bez rozprawy – art. 335 k.p.k. (w tym pośród skazań)	–	–	9,0 (10,0)	28,0 (31,1)	37,0 (40,9)	32,0 (35,0)	34,6 (38,4)
wyroki nakazowe (w tym pośród skazań)	–	–	19,0 (21,2)	11,6 (12,7)	8,5 (9,4)	7,6 (8,3)	8,0 (8,9)
skazanie bez postępowania dowodowego – art. 387 k.p.k. (w tym pośród skazań)	–	–	10,6 (11,8)	10,1 (11,1)	8,8 (9,7)	9,8 (10,7)	9,2 (10,2)

W ogólnej liczbie osądzeń w latach 2002 i 2003 nie wyodrębniano skazań bez rozprawy i skazań bez postępowania dowodowego ani wyroków nakazowych. Później wyraźnie rósł udział skazań bez rozprawy, który z 10% wszystkich skazań podniósł się aż do ponad 40%. Odbyło się to kosztem rozprawy skróconej (spadek z 11,8% do poniżej 10% skazań), a nade wszystko kosztem wyroków nakazowych, których odsetek pośród wyroków skazujących spadł z 21,2% do 12,7%, a następnie aż do 8,3%. Jest więc znacznie niższy niż w schyłkowym okresie poprzedniego k.p.k., gdy średnio co czwarta sprawa była załatwiana nakazem karnym, i zbliżony do tego w pierwszych latach obowiązywania nowego k.p.k., przed nowelizacją z 2003 r.¹² Tendencja wzrostu odsetka skazań bez rozprawy zmieniła się z końcem badanego okresu – w pierwszym półroczu roku 2007 było ich już wyraźnie mniej, choć wciąż więcej niż w odpowiednim okresie roku 2005. Nadal ubywało wyroków nakazowych. Wobec spadku liczby skazań bez rozprawy zrozumiały jest wzrost liczby skazań na rozprawie skróconej.

W początkowym okresie obowiązywania k.p.k. z 1997 r. skazanie bez rozprawy było instytucją nieomal martwą. W roku 1999 ledwie co 55 aktowi oskarżenia towarzyszył stosowny wniosek. Znacznie lepszy start miała instytucja określona w art. 387 k.p.k. – w roku 1999 sięgnięto po nią średnio w co ósmej sprawie¹³.

Łączny udział warunkowych umorzeń, skazania bez rozprawy, wyroków nakazowych i rozprawy skróconej w ogólnej liczbie osądzeń wzrósł z 44,3% w pierwszym półroczu 2004 r. do 54,9% w pierwszym półroczu 2005 r. i aż 59,3% w pierwszym półroczu 2006 r.! Obecnie więc wyroki skazujące po „zwyczajnej” rozprawie są w zdecydowanej mniejszości. W pierwszym półroczu 2006 r. liczba skazań na posiedzeniu sięgnęła 60%, by w kolejnym roku nieco zmaleć, ciągle jednak utrzymując się powyżej połowy. Obecnie więc regułą jest skazanie na posiedzeniu, wyjątkiem – na rozprawie.

Należy podkreślić, że w stosowaniu rozważanych tu instytucji istnieją ogromne różnice lokalne. Bodaj największe dotyczyły nakazów karnych¹⁴. Różnice te istniały także po wejściu w życie nowego k.p.k. (z tym, że liczba wydanych nakazów spadła trzykrotnie). Ogromne różnice w sięganiu po art. 335 występowały też w początkowym okresie obowiązywania k.p.k. z 1997 r. – w niektórych prokuraturach nie robiono tego nieomal wcale, w niektórych było to aż około 8% spraw. W miarę jednolite było natomiast w tym samym

¹² A. Światłowski, *Głos w dyskusji*, [w:] P. Kruszyński (red.), *Postępowanie karne w XXI wieku*, ABC, Warszawa 2002, s. 148–153.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Na przykład w roku 1997 – ostatnim pełnym roku obowiązywania k.p.k. z 1969 r. – odsetek załatwień nakazem wahał się w sądach rejonowych poszczególnych okręgów sądów okręgowych między 4,5% a 42,3% A. Światłowski, *Jednolitość i zróżnicowanie niektórych instytucji prawa karnego w Polsce w 1997 r. w świetle statystyk*, [w:] S. Waltoś (red.), *Jednolitość orzecznictwa w sprawach karnych*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 172.

okresie stosowanie art. 387 k.p.k. Ze statystyki prokuratorskiej wynika, że po art. 335 najchętniej sięgano w 2005 r. w prokuraturach apelacji szczecińskiej i wrocławskiej (aż 62,96% oraz 59,30%), najrzadziej w apelacjach warszawskiej i katowickiej (tylko 28,47% oraz 40,19%).

Projektodawcy uczciwie przyznawali, że „w postępowaniu przyspieszonym najpoważniejsze skutki finansowe dla budżetu sądów powszechnych mogą być spowodowane obligatoryjnym udziałem obrońcy z urzędu”, zaś „wydatki na wynagrodzenia adwokatów za pomoc prawną świadczoną z urzędu mogą wynieść na początku obowiązywania regulacji co najmniej 46 153 tys. zł” (zapewne w skali roku), równocześnie twierdzili nader optymistycznie, że „skazany sprawca przestępstwa, co do zasady, ponosi koszty postępowania karnego”. To oczywiście prawda, że co do zasady tak jest (Skarb Państwa wydatki te wykląda, ale ich nie ponosi), doświadczenie pokazało jednak, że w praktyce dzieje się tak w mniej więcej połowie przypadków¹⁵.

Jak to celnie, choć z przesadą ujęto na internetowym policyjnym forum dyskusyjnym – obrońca z urzędu otrzymuje kilkaset złotych głównie za poinformowanie oskarżonego, że najlepszym rozwiązaniem jest poddanie się karze w trybie art. 387 k.p.k., gdy wcześniej podobna porada dotycząca art. 335 k.p.k. była udzielana przez policjanta za darmo, sprawa zaś była załatwiana przez sąd na posiedzeniu w ciągu kilku minut.

Na ironię (jeśli nie oszukiwanie posłów, co jednak oczywiście znów stanowczo należy odrzucić) zakrawają słowa, iż „[...] ulegną zmniejszeniu koszty pracy Policji. Wprawdzie będzie ona doprowadzać sprawców do sądu, ale jednocześnie zostanie niemalże zwolniona z obowiązku przeprowadzania wielu czynności procesowych i ich szczegółowego dokumentowania. W efekcie pozwoli to zaoszczędzić czas pracy wielu funkcjonariuszy Policji i skierować te siły do innych zadań”.

Nie wymaga chyba szczegółowego uzasadnienia ani przytaczania szczegółowych danych teza, iż tryb ten w rażący sposób zwiększył obciążenia policji, co zresztą było główną przyczyną jego szybkiego zaniku w niektórych okręgach. W tej mierze wystarczy odesłać do wypowiedzi na internetowym forum policyjnym, także tych, które pochodzą jeszcze sprzed wejścia w życie ustawy, pokazujących, że dla wielu szeregowych funkcjonariuszy już wówczas takie konsekwencje przywrócenia trybu przyspieszonego były zupełnie oczywiste.

Na rażącą nieznamość praktyki wskazuje zaś następujący fragment: „Postępowanie przyspieszone [...] będzie też mogło się szybko zakończyć, co oznacza, że w wielu z tych spraw odpadnie potrzeba stosowania długotrwałego tymczasowego aresztowania”. Zdumiewające, że przed napisaniem tych słów nikt – jak widać – nie przeprowadził symulacji sprawdzającej, w jakim

¹⁵ P. Cychosz, S. Zimmermann, *Funkcjonowanie nowego trybu przyspieszonego. Sprawozdanie z badań*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, z. 1, s. 45.

odsetku spraw mogących być rozpoznawanymi w tym trybie w ogóle stosuje się tymczasowe aresztowanie, tym bardziej „długotrwałe”. I bez takiej symulacji wiadomo, że w znikomym.

Już po kilku miesiącach od przywrócenia postępowania przyspieszonego w sprawach o przestępstwa stało się widoczne jego obumieranie. Choć z wypowiedzi zwolenników trybu wynikało, że będzie w nim rozpoznawane 12 tys. spraw miesięcznie, a nawet do 200 tys. spraw rocznie, w okresie do końca lipca postępowanie to znalazło zastosowanie zaledwie 23 499 razy (dane Ministerstwa Sprawiedliwości), z tego aż 19 119 stanowiły sprawy z art. 178a § 1 i 2 k.k., kolejne 1300 to sprawy o naruszenie sądowego zakazu prowadzenia pojazdów, 811 spraw dotyczyło znieważenia lub naruszenia nieetykalności cielesnej funkcjonariusza. Przestępstw typowo „chuligańskich” było w tym czteroipółmiesięcznym okresie ledwie kilkaset. W kolejnych miesiącach tryb ten stosowano coraz rzadziej.

Z obliczeń dokonanych na podstawie statystyk resortowych (dostępnych na <www.ms.gov.pl>) wynika, że w pierwszym półroczu 2008 r. na 1000 wszczętych spraw o przestępstwo ledwie około 13 trafiało do trybu przyspieszonego. Jak widać, znaczenie trybu przyspieszonego już wówczas było marginalne. Obecnie jest jeszcze mniejsze.

4. Od uzasadnień zróżnicowania postępowania karnego rozpoznawczego należy odróżnić jego funkcje. Uzasadnienia są argumentami na rzecz określonych instytucji, wskazaniem zasadności ich tworzenia, przekształcenia lub zniesienia. Nie należy tak rozumianych uzasadnień utożsamiać z funkcjami spełnianymi rzeczywiście lub z założenia przez poszczególne instytucje procesowe.

Analiza poszczególnych wariantów postępowania karnego prowadzi do wniosku, że jego różnicowanie (w tym: tworzenie postępowań szczególnych) pełni cztery zasadnicze funkcje: selekcyjną, adaptacyjną, optymalizacyjną i kryminalnopolityczną. Pierwsza z nich pojawia się na poziomie przesłanek poszczególnych postępowań szczególnych, dwie kolejne – ich odmienności, ostatnia na obu tych poziomach.

Odmiany postępowania karnego można uszeregować w system „kolejnych sit”. Ta obrazowa nazwa jest uzasadniona tym, że kolejne, kaskadowo ustawione instrumenty procesowe służą możliwie wczesnemu „wychwytywaniu” poszczególnych spraw i ich załatwianiu¹⁶.

W powszechnym, publicznoskargowym procesie karnym pierwszym siem jest oportunistyczny faktyczny przy wszczęciu i w toku postępowania przygotowawczego¹⁷. Już na najwcześniejszym etapie postępowania pojawia się

¹⁶ A. Światłowski, *Jedna czy wiele procedur karnych...*, s. 270 i n.

¹⁷ Z. Doda, *Wszczęcie postępowania karnego – mechanizmy selekcji*, [w:] S. Waltoś (red.), *Proces karny a polityka karna*, Kraków 1991, s. 14–24.

– interesująca nas tutaj – możliwość skierowania sprawy do postępowania przyspieszonego. Kolejnymi mechanizmami selekcyjnymi są instytucje: warunkowego umorzenia postępowania na posiedzeniu, skazania bez rozprawy, przewidziana w art. 335 k.p.k., skazania wyrokiem nakazowym. Jeżeli sprawa przejdzie przez te wszystkie mechanizmy selekcyjne, trafia na rozprawę. Tu postępowanie może być skrócone przez dwa kolejne instrumenty, skazanie bez postępowania dowodowego (art. 387 k.p.k.) i skrócenie przewodu sądowego (art. 388 k.p.k.). Odmienne rzecz się ma z postępowaniem w sprawach z oskarżenia prywatnego, gdzie brak jest rozbudowanych mechanizmów selekcyjnych. W sprawach prywatnoskargowych istotnym „filtrem” jest oczywiście sam tryb ścigania. Tylko te sprawy w ogóle trafiają na orbitę wymiaru sprawiedliwości, gdzie pokrzywdzony (w każdym razie osoba uważająca się za pokrzywdzonego) jest zainteresowany ściganiem. Wyjątkiem są przestępstwa skądinąd prywatnoskargowe o charakterze chuligańskim. Te – zgodnie z art. 517a § 2 k.p.k. – mogą być ścigane z urzędu właśnie w trybie przyspieszonym.

Drugą z funkcji pełnionych przez postępowania szczególne jest funkcja adaptacyjna. Polega ona na tym, że poszczególne odmienności postępowania służą jak najpełniejszej realizacji prawa karnego materialnego. Przepisy o postępowaniach odrębnych niejako „adaptują” postępowanie do wymogów stawianych przez instytucje prawnomaterialne. Z pewnością najwyraźniej widać to na przykładzie postępowania z oskarżenia prywatnego, które jest wręcz sprzężone z osobnym trybem ścigania. Także w wypadku postępowań wojskowych czytelne jest powiązanie odmienności ze specyficznymi instytucjami prawa materialnego. Funkcja ta jest słabo widoczna w przypadku postępowania przyspieszonego. Co prawda, z założenia tryb ten miał być stosowany do przestępstw chuligańskich, taki charakter czynu nie jest jednak bynajmniej przesłanką tego trybu, zaś w praktyce czyny chuligańskie stanowią niewielki odsetek kierowanych do postępowania przyspieszonego.

Funkcja optymalizacyjna jest niejako dopełnieniem funkcji selekcyjnej. Polega ona na tym, że kreując określone odmienności procesowe, ustawodawca optymalizuje dochodzenie do trafnej reakcji karnej w poszczególnych kategoriach spraw. Truizmem byłoby powtarzanie, że procedura nie może być identyczna w każdej kategorii spraw. Chodzi więc o to, by odformalizować i usprawnić w poszczególnych kategoriach spraw postępowanie na tyle, na ile jest to możliwe w ramach ograniczeń stawianych przez normy konstytucyjne i konwencyjne. Tworząc wachlarz postępowań o zredukowanym formalizmie, ustawodawca powinien umożliwiać sprawniejsze i łatwiejsze rozstrzygnięcie spraw. Można więc powiedzieć, że każdy z trybów szczególnych jest na tyle odformalizowany, by „najmniejszym kosztem” załatwić sprawę, równocześnie jednak zachowując minimalne standardy. Chodzi więc o optymalizację postępowania, stąd określenie tej funkcji jako optymalizacyjnej.

W wypadku postępowania przyspieszonego nie sposób mówić o takiej optymalizacji. Ogromnym kosztem – zarówno finansowym, jak i czasu oraz wysiłku organów procesowych – sędzi się sprawy najdrobniejsze (wśród których nieomal połowę stanowią czyny, które bezspornie powinny być czynami zabronionymi jako wykroczenia, jak przed rokiem 2000 – art. 178a § 2 k.k.), czyny, które w przeciwnym razie byłyby zazwyczaj (i w praktyce są) załatwiane z zastosowaniem art. 335 k.p.k. lub co prawda w postępowaniu zwyczajnym, ale z uniknięciem ogromnych kosztów generowanych przez tryb przyspieszony (bez obligatoryjnej obrony, bez konieczności przejechania niekiedy kilkuset kilometrów radiowozem, bez kosztów przetrzymania sprawy w areszcie). Sytuacja ta nie tylko nie ma nic wspólnego z optymalizacją postępowania karnego, ale wręcz urąga powadze wymiaru sprawiedliwości.

Wnikliwsza analiza wskazuje, że postępowanie przyspieszone nie realizuje żadnej z trzech wymienionych wcześniej funkcji. Brak odmienności materialnoprawnych, które znajdowałyby realizację dzięki temu trybowi postępowania (nie jest taką odrębnością chuligański charakter czynu, który ani nie jest głównym kryterium selekcyjnym, ani w praktyce nie występuje w tych postępowaniach szczególnie często). Trudno też mówić o optymalizacji w sytuacji, gdy koszt finansowy i społeczny istnienia tego trybu jest niewątpliwie znacznie wyższy niżli załatwiania tych spraw w postępowaniu uproszczonym (zapewne zazwyczaj z zastosowaniem art. 335 k.p.k.) i nakazowym. O realizacji funkcji selekcyjnej można mówić tylko o tyle, o ile tryb ten pozwala sprawcę osądzić w krótszym czasie od ujęcia. Nie jest to bowiem osądzenie wymagające mniejszego nakładu sił i środków ani pomijające rozprawę. Wyłączną funkcją tego postępowania jest więc funkcja kryminalnopolityczna, co ma być osiągnięte przez szybkie sądzenie sprawców pewnych kategorii stosunkowo drobniejszych przestępstw. Bez wątplenia tryb ten jest też adekwatną odpowiedzią na przestępczość osób czasowo tylko przebywających w danej miejscowości (lub zgoła na terenie Polski), których pobyt jest związany z imprezami masowymi lub ma charakter turystyczny. Można by więc postulować jego ograniczenie właśnie do osób nie mających stałego miejsca zamieszkania i – przede wszystkim – do sprawców czynów związanych z imprezami masowymi. Problem w tym, że niejedno doświadczenie z czasu obowiązywania przepisów rozdziału 54a k.p.k. pokazało, że właśnie osądzenie znacznej liczby sprawców w krótkim czasie w tym postępowaniu jest technicznie niemożliwe. Wydaje się więc, że tryb ten jako całkowicie nieprzydatny powinien być zlikwidowany.

5. Zróżnicowanie form postępowania karnego (w tym tworzenie postępowań szczególnych) pełni z pewnością także funkcję kryminalnopolityczną, co nie jest spostrzeżeniem nowym¹⁸.

¹⁸ S. Waltoś (red.), *Proces karny...*, passim.

Postępowanie przyspieszone (a ściślej: jego przywrócenie) realizuje też funkcje pozaprocesowe. Jak się zdaje, to właśnie ich zidentyfikowanie pozwala lepiej zrozumieć tę – pozornie irracjonalną – decyzję.

Z sondażu przeprowadzonego przez CBOS w kilka tygodni po przywróceniu trybu przyspieszonego¹⁹ wynika, że aż 82% respondentów uważało tę ideę za właściwą, zaś aż 74% uważało, że „sądy 24-godzinne” usprawnią funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości i wpłyną na wzrost bezpieczeństwa obywateli (!). Rzecz jasna, dziś odsetki byłyby z pewnością znacznie niższe, można jednak sądzić, że wciąż wysokie.

We wspomnianym sondażu respondenci różnili się w ocenie tego trybu w zależności od cech socjodemograficznych i poglądów politycznych (zaliczenie do „potencjalnych elektoratów” poszczególnych partii politycznych), nie były to jednak wcale różnice wyraźne. Można powiedzieć, że akceptacja tej idei i generalna ocena działania tego trybu była wówczas powszechna i uważano to za ogromny sukces ówczesnego rządu, a w wypadku wielu respondentów – zgoła jedyny (osoby skądinąd negatywnie ustosunkowane do działania ówczesnej koalicji rządowej, a zwłaszcza jej dominującego członku). Takie w każdym razie wrażenie można odnieść po zapoznaniu się z dyskusjami toczonymi na forach internetowych, choć oczywiście trzeba pamiętać o metodologicznych ograniczeniach możliwości formułowania jakichkolwiek wniosków ogólnych na podstawie tego rodzaju materiału²⁰.

Jak czytamy w końcowej części raportu: „Większość zmian zachodzących w ostatnim czasie w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości, a zwłaszcza podejmowanie kolejnych działań w walce z przestępczością budzi pozytywne emocje wśród Polaków. Nowe rozwiązania szczególnie entuzjastycznie przyjmują osoby, które pomimo znacznego wzrostu poczucia bezpieczeństwa w społeczeństwie nadal czują się w nim pod tym względem niepewnie – zwłaszcza ci, którzy w ostatnich latach byli ofiarami jakichkolwiek przestępstw. Tak jest również w przypadku funkcjonującej od niedawna instytucji sądów 24-godzinnych. Większość respondentów liczy na to, że nowy tryb orzecznictwa sądowego usprawni funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości oraz wpłynie na dalszy wzrost poczucia bezpieczeństwa w społeczeństwie m.in. przez zmniejszenie przestępczości i ukrócenie bezkarności sprawców drobnych przestępstw. Jak się jednak okazuje, nawet wśród entuzjastów nowego rozwiązania nie brakuje obaw wynikających z pewnych niedociągnięć przyjętej ustawy oraz ograniczonych możliwości, jakimi – w opinii społecznej – dysponują organy sprawiedliwości w Polsce”.

¹⁹ *Opinie o sądach 24-godzinnych. Komunikat z badań* [online] <www.cbos.pl/SPI-SKOM.POL/2007/K_066_07.pdf>.

²⁰ A. Świątłowski, *“Blind Date with Dirty Harry”: A Criminal Justice Dispute on the Polish-Language WWW*, [w:] *Understanding Problems of Social Pathology*, Rodopi, Amsterdam-New York 2006, s. 61.

Należy tu zresztą zauważyć, że sama pozaustawowa nazwa „sądy 24-godzinne” ma charakter hasła politycznego silnie realizującego funkcję perswazyjną. Wszak nic takiego, jak dwudziestoczęterogodzinne sądy nie powstało, nawet nikt niczego takiego nie proponował. Nie ma (i słusznie) osobnych jednostek organizacyjnych, będących choćby wydziałami w sądach rejonowych (jak sądy grodzkie), ani – wbrew zresztą dość powszechnemu w marcu 2007 r. przekonaniu – nie było mowy o sądzeniu przez 24 godziny na dobę (tylko w największych sądach dyżury trwają do godziny 20), ani w praktyce nie chodzi o osądzenie w ciągu 24 godzin. Pobieźny choćby przegląd dyskusji prowadzonych na formach internetowych (zwłaszcza w pierwszym półroczu 2007 r., ale niestety i do dziś) pokazuje, że bardzo wiele osób opiera swą pozytywną czy zgoła entuzjastyczną ocenę trybu przyspieszonego głównie na wyobrażeniach wynikających z nazwy „sądy 24-godzinne” oraz na przejawach wyjątkowo dobrego samopoczucia polityków zaangażowanych w jego wprowadzenie, którzy po dziś dzień skutecznie udają, że nie dostrzegają spowodowanej przez siebie kompromitującej katastrofy. Zabawnym przykładem jest konferencja byłego ministra sprawiedliwości z dnia 14 stycznia 2008 r., na której „sądy 24-godzinne” nazwał on „sukcesem polskiej kryminologii jakiej nie odnotowano nigdy” (sic!)²¹.

6. Rozwinięcie tej kwestii wymagałoby szczegółowego uzasadnienia, które daleko wykracza poza zakres niniejszego opracowania. Z pewnością można jednak sformułować tezę, iż przywrócenie postępowania przyspieszonego miało spełnić, i rzeczywiście spełniło, przede wszystkim funkcje pozaprocesowe.

Summary

Officially declared and actual functions of accelerated procedure in criminal cases

Act of 16th October 2006 reintroduced the accelerated procedure into Polish criminal justice system. The procedure was clearly inspired by similar solutions of 1958 and 1985. In the paper the declared functions of the procedure and of its reintroduction are discussed with reference to official documents (mainly explanatory memorandum to the draft statute) and political declarations. Along with this, the real (actual) functions are shown. The analysis is done against the background of the statistical data and some practical aspects of sc. “24-hour courts”. It is shown, that the actual functions of the procedure are distinctly different from what was declared in

²¹ Informacyjna Agencja Radiowa, 14 stycznia 2008 r.

order to convince the public opinion and legislators. One of the striking features of the accelerated procedure is exclusion of the art. 335 of Criminal Procedure Code (sc. voluntary subordination to the punishment): the instrument of a crucial importance for modern Polish criminal justice. Reasons for this exclusion are unclear, probably purely ideological. In practice it was one of the major mistakes: instead of speedy trial without a public hearing, the accelerated procedure required engaging the time, resources and activities of many people. The main finding is that neither case selection nor truthfinding optimisation may be seen as functions of the accelerated procedure. Similarly, it plays no role in execution of the substantive law. The functions of this procedure and its reintroduction may be seen solely in the area of criminal policy and politics itself, but not in criminal justice.

ORZECZNICTWO I GLOSY

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2007 r. (sygn. akt III KK 245/07, OSNKW 2008, nr 3, poz. 16)

Sąd Najwyższy, oddalając kasację Prokuratora Generalnego, stwierdził w głosowanym postanowieniu, że: **zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec sprawcy kwalifikowanego zabójstwa z art. 148 § 2 k.k., zagrożonego karą 25 lat pozbawienia wolności i dożywotniego pozbawienia wolności, nie stanowi naruszenia prawa materialnego, gdyż nie istnieje przepis zakazujący zastosowanie tej instytucji, a określenie zasad łagodzenia kary 25 lat pozbawienia wolności prowadziło do zmian określonych w kodeksie zasad odpowiedzialności karnej w sposób naruszający konstytucyjne zasady państwa prawa.**

Postanowienie to zasługuje na uwagę z kilku względów:

1. W poglądach doktrynalnych prawa karnego, jak również w orzecznictwie sądowym zarysowała się rozbieżność co do tego, czy kary określone w art. 32 pkt 3, 4, 5 k.k., tj. kara pozbawienia wolności, kara 25 lat pozbawienia wolności i kara dożywotniego pozbawienia wolności, są karami różnego rodzaju czy też są to kary tego samego rodzaju, różniące się jedynie długością wymiaru i w ramach tego samego rodzaju kary wyodrębnieniem kary 25 lat pozbawienia wolności i kary dożywotniego pozbawienia wolności jako kar szczególnych ze względu na wyjątkową długość tych kar oraz bezwzględność ich określenia¹. Jak się wydaje, pogląd, zgodnie z którym karę pozbawienia wolności przewidzianą w art. 32 k.k. (pkt 3, 4 i 5) we wszystkich jej odmianach należy traktować jako karę tego samego rodzaju, zasługuje na uwzględnienie. Sposób wykonania tej kary, karnomaterialna regulacja w zakresie ustawowego wymiaru kary, a także sądowego wymiaru kary przemawiają za tym, iż mamy tutaj do czynienia z tym samym rodzajem kary, jakim jest pozbawienie wolności. Kary szczególne pozbawienia wolności (tj. 25 lat i dożywocie) nie mają w przepisach kodeksu karnego odrębnej regulacji dotyczącej np. podziału przestępstw na zbrodnie i występki (art. 7 § 1 i § 2 k.k.), a także co do zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia lub za-

¹ Poz. A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego*, wyd. 4, Dom Wydawniczy ABC, Kraków 2007, s. 315; A. Zoll, *Kodeks karny część szczególna*, Wyd. 2, Kraków 2006, s. 269.

ostrzenia kary, jak i ustania karalności, o jakim mowa w art. 101 § 1 k.k. czy też wykonania kary, o jakim mowa art. 103 § 1 k.k. W rozumieniu art. 7 k.k. te wyodrębnione kary pozbawienia wolności charakteryzują zbrodnię jak wiele innych sankcji przewidzianych w zakresie kary pozbawienia wolności, o jakiej mowa w art. 32 pkt 3 k.k. Za takim poglądem słusznie opowiedział się Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu. Krytycznego spojrzenia wymaga zaś wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 września 2007 r.², w którym stwierdzono, iż 25 lat pozbawienia wolności i kara dożywotniego pozbawienia wolności to kary innego rodzaju od podstawowej kary pozbawienia wolności (art. 32 pkt 3 k.k.). Bezwzględne oznaczenie tych kar nie powoduje jeszcze, iż nie są to kary pozbawienia wolności, o jakich w ogólności traktują przepisy kodeksu karnego. Dlatego też pogląd Sądu Administracyjnego jest tutaj chybiony.

2. Na tle glosowanego postanowienia jawi się zastrzeżenie, iż w zakresie regulacji art. 148 § 2 i 3 k.k. (kwalifikowany typ zabójstwa) ustawodawca zachował się nieracjonalnie, czym naraził się na słuszny zarzut niekonstytucyjności tej regulacji w zakresie art. 175 ust. 1 i art. 177 Konstytucji RP, które stanowią o sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości przez sądy (Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne i sądy wojskowe). Ograniczenie wymiaru sprawiedliwości i działalności władzy sądowniczej w jej merytorycznym zakresie polega tutaj na tym, że ustawodawca karny z 2005 r.³ wprowadził w ustawowym wymiarze kary w art. 148 § 2 i 3 tylko dwie kary bezwzględnie oznaczone, tj. karę 25 lat pozbawienia wolności i karę dożywotniego pozbawienia wolności, czym pozbawił sądy wymaganej swobody orzekania o zakresie kary. Biorąc tutaj pod uwagę art. 54 § 2 k.k., który stanowi, że wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 lat, nie orzeka się kary dożywotniego pozbawienia wolności, oczywiście się staje, że wobec nieletnich i młodocianych sprawców kwalifikowanego typu zabójstwa (art. 148 § 2 i 3 k.k.) pozostaje sądowi do wymierzenia jedynie kara 25 lat pozbawienia wolności. W tych sprawach sądenie ogranicza się tylko do zgromadzenia materiału dowodowego, ustalenia winy i wydania wyroku, w którym karę wymierzył już ustawodawca.

3. Warto tutaj podkreślić, że ustawodawca w przepisach art. 53 k.k. ustalił dyrektywy sądowego wymiaru kary, które w zakresie art. 148 § 2 i 3 k.k. doznają poważnego ograniczenia. Ustawodawca ustalił, że sąd wymierza karę według swojego uznania, przekonania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by dolegliwość tej kary nie przekraczała stopnia winy,

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 września 2007 r., sygn. akt II AKA 157/07.

³ Art. 148 § 2 w brzmieniu ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz.U. nr 163, poz. 1363).

uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu, mając na celu działanie zapobiegawcze, prewencyjne oraz wychowawcze w stosunku do skazanego. Ważne jest również to, aby kara wpływała kształtująco na świadomość prawną społeczeństwa. Przy wymierzaniu wysokości kary za konkretny czyn sąd bierze pod uwagę w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie się o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Wpływ na wymiar kary ma także zachowanie się pokrzywdzonego, tzn. fakt, czy przyjął przeprosiny i zadośćuczynienie oraz przebaczył sprawcy, czy też odmówił przyjęcia zadośćuczynienia i przeprosin. Istotne znaczenie mają pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą albo ugoda między nim osiągnięta w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym. Inicjatywa w tym zakresie należy do sprawcy. Gdyby nawet mediacja nie przyniosła pożądanego skutku, to już sam fakt jej podjęcia dobrze świadczy o sprawcy.

Omówione przesłanki sądowego wymiaru kary są podane jako te, które sąd ma brać pod uwagę w szczególności. Poza tymi przesłankami występują również inne, które sąd uwzględnia jako okoliczności obciążające lub łagodzące wymiar kary za popełnione przestępstwo w stosunku do danego sprawcy. Jak wynika z art. 55 k.k., okoliczności wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą. Warto zauważyć, iż w art. 54 § 2 k.k. ustawodawca wyłączył możliwość zastosowania kary dożywotniego pozbawienia wolności wobec sprawcy, który w czasie popełnienia przestępstwa nie ukończył 18 roku życia.

4. Istotną instytucją sądowego wymiaru kary jest nadzwyczajne złagodzenie kary, przewidziane w przepisach art. 60 k.k., które polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju według zasad przewidzianych w § 6 tego artykułu. Możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary przez sąd została określona w przepisach art. 60 k.k. Przepisy te ustalają wypadki, w których sąd może zastosować tę instytucję obniżającą ustawowy wymiar kary poza jego dolną granicą. Kontrowersje co do możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wywołuje art. 148 § 2 i 3 k.k. (zabójstwo kwalifikowane) po jego zmianie ustawą z 2005 r. Wykształciły się tutaj dwa poglądy, tj. pogląd A. Marka⁴ i A. Zolla⁵, według których zmiana ustawowego wymiaru kary w art. 148 § 2 i 3 ma sankcję bezwzględnie oznaczoną (sztywną), ograniczoną do kary 25 lat pozbawienia wolności lub kary dożywotniego

⁴ Por. A. Marek, op. cit., s. 315.

⁵ A. Zoll, op. cit., s. 269.

pozbawienia wolności, a to uniemożliwia w ogóle zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary (gdyż są to odrębne rodzaje kar), o czym była wyżej mowa, gdyż art. 60 § 6 pkt 1 nie wymienia tych kar jako możliwych do złagodzenia. Na takim stanowisku oparł się Sąd Apelacyjny w Łodzi w cytowanym wyżej wyroku z dnia 18 września 2007 r. Inny pogląd wyraził w tym zakresie Sąd Najwyższy w głosowanym postanowieniu z 12 grudnia 2007 r., według którego wyeliminowanie możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary do art. 148 § 2 i 3 k.k. byłoby rażącym naruszeniem konstytucyjnych zasad państwa prawa zapisanych w art. 2 i 32 Konstytucji RP. W poglądzie wyrażonym przez A. Marka i A. Zolla oraz w przytoczonym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi jest wiele racji. Już ustanowienie kary bezwzględnie oznaczonej – i to w odniesieniu do stanów faktycznych, które w dużej mierze jako kwalifikowany typ zabójstwa są wątpliwe – musi budzić słuszne zastrzeżenia. Wprawdzie kodeks karny w art. 32 wymienia pięć kar, ale trzy kary wymienione w punktach 3, 4 i 5 są karami pozbawienia wolności, które różnią się wysokością ustawowego wymiaru kary. Instytucje sądowego wymiaru kary, w tym i nadzwyczajne złagodzenie kary, jeśli ustawa tego nie wyklucza, mają zastosowanie również do kary 25 lat pozbawienia wolności i do kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 32 pkt 4 i 32 pkt 5 k.k.) jako kar bezwzględnie oznaczonych.

O możliwości obniżenia granic tych kar, tj. kary dożywotniego pozbawienia wolności do wysokości nie przekraczającej 25 lat pozbawienia wolności oraz 25 lat pozbawienia wolności do wysokości nie przekraczającej 15 lat pozbawienia wolności, traktuje odpowiednio słusznie krytykowany art. 38 § 3 k.k., a także art. 78 § 3 k.k. czy też art. 54 § 2 k.k. Przepis (art. 60 § 6 pkt 1 k.k.) ustala, że jeżeli czyn stanowi zbrodnię, sąd wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia. W rozumieniu art. 7 § 2 k.k. kary 25 lat pozbawienia wolności i dożywotniego pozbawienia wolności charakteryzuje zbrodnie, o jakich mowa w art. 60 § 6 pkt 1 k.k. Nie ma zatem podstaw do innego traktowania tych kar i wyeliminowania możliwości ich obniżenia w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Trudno się zgodzić z poglądem Sądu Apelacyjnego w Łodzi, wyrażonym w cytowanym wyroku z dnia 18 września 2007 r., że kary 25 lat pozbawienia wolności i kara dożywotniego pozbawienia wolności są karami innego rodzaju aniżeli kara pozbawienia wolności (od 1 miesiąca do 15 lat). Jak już wspomniałem, jest to ten sam rodzaj kary i wszystkie one są karami pozbawienia wolności, choć te dwie kary szczególne są bezwzględnie oznaczone.

W mojej ocenie w obecnym brzmieniu art. 148 § 2 i 3 k.k. poważnie ograniczył możliwość zastosowania w zakresie jego działania przepisów art. 60 k.k., lecz nie wykluczył takiej możliwości. W szczególnie uzasadnionych wypadkach, czego przykładem jest wyrok Sądu Okręgowego w Olszty-

nie, którego dotyczy postanowienie Sądu Najwyższego z 12 grudnia 2007 r., przepisy art. 60 k.k. powinny mieć zastosowanie. Należy również pamiętać o tym, że w wypadkach wątpliwych przyjmuje się interpretacje przepisów karnych najkorzystniejsze dla sprawcy.

5. W zakresie glosowanego postanowienia Sąd Najwyższy użył nietrafnie dwóch istotnych określeń prawnych, które wprowadzają wiele niejasności. Chodzi tutaj o „prawo sądu” i „obowiązek sądu”. W uzasadnieniu bowiem stwierdzono: „Nadzwyczajne złagodzenie kary uregulowane w art. 60 § 1 k.k. ma charakter uniwersalny – może mieć zastosowanie do sprawcy każdego przestępstwa, o ile wystąpią przesłanki określone w art. 60 § 1 lub § 2 k.k., a jednocześnie fakultatywny – zatem jego zastosowanie jest prawem, a nie obowiązkiem sądu”. Warto zauważyć, iż obowiązek sądu jest również jego prawem obligatoryjnym, tzn. że „sąd powinien tak postąpić”, a prawem fakultatywnym sądu jest uprawnienie sądu, tzn., że „sąd może tak postąpić”. Nie można zatem dokonywać podziału, jak to uczynił Sąd Najwyższy, na prawa i obowiązki, lecz na uprawnienia i obowiązki, które są określonymi prawami. Dotyczy to także sądu.

6. Rekapitulując należy stwierdzić, że Sąd Najwyższy przyjął słuszne rozwiązanie prawne w glosowanym postanowieniu. Podniesione zarzuty rażącego naruszenia prawa przez Prokuratora Generalnego w przedmiotowej kasacji były wątpliwe. Nie ma bowiem przepisu prawa materialnego, który wyłączyłby możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k.) do sprawy zbrodni przewidzianej w art. 148 § 2 i 3 k.k.).

Stanisław Pikulski

Glosa do postanowienia z 26 lipca 2007 r.
(sygn. akt IV KK 174/04)

Teza postanowienia z 26 lipca 2007 (IV KK 174/04): **Osoba rozpowszechniająca bez rejestracji w właściwym sądzie okręgowym dziennik lub czasopismo za pośrednictwem Internetu zarówno wówczas, gdy przekaz taki towarzyszy przekazowi utrwalonemu na papierze, stanowiąc inną elektroniczną jego postać, jak i wówczas, gdy istnieje tylko w formie elektronicznej w Internecie, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 45 ustawy Prawo prasowe.**

1. Głosowane postanowienie było na przełomie lipca i sierpnia 2007 r. przedmiotem ożywionej dyskusji w środkach społecznego przekazu, przede wszystkim w dziennikach i czasopismach o tematyce komputerowej, a także na różnego rodzaju dyskusyjnych forach internetowych. Zamęt, jaki wytworzył się dookoła niniejszego postanowienia, dotyczył kwestii rzekomej konieczności rejestracji każdej strony internetowej jako prasy w sądzie okręgowym¹. Część dziennikarzy podnosiła larum, że państwo polskie w drodze precedensowego orzeczenia pragnie ograniczyć wolność słowa w Internecie, nakazując rejestrację każdej strony internetowej w sądzie okręgowym. Niedopełnienie tego „obowiązku” miało być podstawą do zastosowania art. 45 ustawy Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r., nr 5, poz. 24), przewidującego sankcję karną za wydawanie dziennika lub czasopisma bez rejestracji. Argumentowano, że postanowienie niniejsze wprowadza bocznymi drzwiami quasi-podatek w postaci opłaty za rejestrację (*sic!*)². Dyskusja dotycząca postanowienia Sądu Najwyższego toczyła się, gdy jego uzasadnienie nie było opublikowane ani w formie internetowej, ani w formie drukowanej³. Zainteresowanie, które towarzyszyło głosowanemu postanowieniu, potwierdza jednak, jak ważne z punktu widzenia społecznego są kwestie dotyczące prawa nowych technologii, w tym także kwestia stosowania ustawy Prawo prasowe w odniesieniu do prasy internetowej.

¹ S. Wikariak, *Strony internetowe do rejestracji*, „Rzeczpospolita” 2007, nr 201.

² Obowiązek wniesienia opłaty sądowej w kwocie 40 zł wynika z art. 22 ustawy dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. nr 167, poz. 1398) w związku z art. 20 ustawy – Prawo prasowe.

³ Na stronie internetowej Sądu Najwyższego opublikowano je 10 września 2007 r.

2. Postanowienie będące przedmiotem glosy jest doniosłe z punktu widzenia stosowania ustawy Prawo prasowe, stanowi bowiem przedstawienie poglądu Sądu Najwyższego w kwestii obowiązku rejestracji w sądzie okręgowym dzienników lub czasopism wydawanych w formie elektronicznej i publikowanych w Internecie. Znaczenie omawianego postanowienia potwierdzają wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa⁴. Zagadnienie obowiązku rejestracji dzienników i czasopism wydawanych w Internecie jest, zgodnie z uzasadnieniem, zasadniczym problemem dyskutowanym w glosowanym orzeczeniu. Kwestią, która w początkach funkcjonowania Internetu budziła spore kontrowersje zarówno w doktrynie nauk informatycznych, jak i prawnych, było objęcie cyberprzestrzeni regulacją prawną. Obecnie nie ma żadnych wątpliwości, że Internet podlega regulacji prawnej, w tym także ustawie Prawo prasowe. Z poglądem tym koresponduje stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w postanowieniu z 26 lipca 2007 r. Sąd Najwyższy uznaje bowiem, słusznie powołując się na brzmienie art. 7 ust. 2 pkt 1 prawa prasowego, że ustawa ta ma zastosowanie nie tylko w przypadku tradycyjnej prasy drukowanej, ale także prasy wydawanej w Internecie.

Stanowisko reprezentowane przez Sąd Najwyższy wynika z wykładni literalnej cytowanego przepisu. W świetle przepisów prasa oznacza publikacje periodyczne, które nie tworzą zamkniętej, jednorodnej całości, ukazują się nie rzadziej niż raz do roku i są opatrzone stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą, a w szczególności: dzienniki i czasopisma. Prasa, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 2 pkt 1 *in fine*, są także wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, upowszechniające publikacje periodyczne za pomocą druku, wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania. Ustawodawca przewidział możliwość postępu i rozwoju technologicznego środków społecznego przekazu, dlatego też wyraził wolę objęcia definicją prasy także tych środków przekazu, które nie były znane w momencie wejścia w życie ustawy Prawo prasowe. Skoro ustawodawca uznał, że prasa może być wydawana w formie innej niż tradycyjny druk, nie powinno więc być żadnych wątpliwości co do tego, iż dzienniki lub czasopisma będą mogły wychodzić także w formie innej niż tradycyjna forma drukowana.

3. Biorąc pod uwagę powyższe, za słuszny należy uznać pogląd Sądu Najwyższego: „jest rzeczą bezsporną, że dzienniki i czasopisma przez to, że ukazują się w formie przekazu internetowego, nie tracą znamion tytułu prasowego, i to zarówno wówczas, gdy przekaz internetowy towarzyszy przekazowi utrwalonemu na papierze, drukowanemu, stanowiąc inną, elektroniczną jego postać w systemie online, jak i wówczas, gdy istnieje tylko w formie

⁴ J. Barta, R. Markiewicz, *Rejestracja e-dzienników i czasopism*, „Rzeczpospolita” 2007, nr 236; L. Gardocki, *Strona www.sn.pl nie jest dziennikiem ani czasopismem*, „Rzeczpospolita” 2007, nr 208.

elektronicznej w Internecie, ale ukazuje się periodycznie”. Sam fakt publikowania prasy w Internecie nie pozbawia takiego wydawnictwa przymiotu bycia prasą. Analogicznie, fakt wydawania dziennika lub czasopisma jako wydawnictwa internetowego nie pozbawia tego wydawnictwa przymiotu bycia dziennikiem lub czasopismem. Rezultatem tego jest objęcie dzienników lub czasopism wydawanych w formie elektronicznej dyspozycją art. 20 prawa prasowego, a co za tym idzie – koniecznością rejestracji takowych we właściwym miejscowo sądzie okręgowym.

Zgodzić się należy ze zdaniem wyrażonym przez Sąd Najwyższy, że Internet jako taki nie podlega żadnej rejestracji i powinien być traktowany jako sposób przekazu informacji, zresztą bardzo różnorodnych⁵. Rzekoma konieczność rejestrowania Internetu wywodzi się z błędnego traktowania go tylko i wyłącznie jako popularnych stron WWW, które z kolei błędnie utożsamia się z internetowymi dziennikami lub czasopismami. Jak wiadomo, strony WWW to jeden ze sposobów przekazywania informacji w Internecie, ale nie jedyny. Powszechnie jest przecież przesyłanie drogą internetową korespondencji, korzystanie z usług telefonii internetowej Voice over IP, transfer plików przy pomocy protokołu FTP lub Gopher i innych. Dlatego też Sąd Najwyższy wskazuje wprost, że obowiązkiem rejestracji nie jest objęty każdy materiał publikowany w Internecie w jakiegokolwiek formie, lecz tylko dzienniki, czyli zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 2 ogólnoinformacyjne druki periodyczne lub przekaz za pomocą dźwięku oraz dźwięku i obrazu, ukazujące się częściej niż raz w tygodniu, a także czasopisma, czyli w rozumieniu ustawy Prawo prasowe druki periodyczne ukazujące się nie częściej niż raz w tygodniu, a nie rzadziej niż raz w roku.

Dziennikami lub czasopismami internetowymi będą tylko takie strony internetowe, które pojawiają się w formie kolejnych numerów w określonej jednostce czasu. W zależności od interwału ukazywania się taka strona będzie albo dziennikiem, albo czasopismem. Podkreślić jednak należy, że w przypadku prasy wydawanej w Internecie pojawia się trudność z określeniem interwału ukazywania się. Internetowe dzienniki lub czasopisma cechuje zdecydowanie większa łatwość w publikowaniu jakiegokolwiek materiału prasowego niż w przypadku prasy wydawanej tradycyjnie. Dlatego też kwestią otwartą, nie poruszoną w uzasadnieniu głosowanego postanowienia jest to, czy każda aktualizacja internetowego dziennika lub czasopisma będzie mogła być uznana za wydanie nowego numeru czasopisma. Ma to szczególne znaczenie w przypadku dzienników lub czasopism wydawanych tylko i wyłącznie w formie elektronicznej, chyba że taki dziennik lub czasopismo ukazują się w formie tzw. newslettera, czyli materiałów rozsyłanych pocztą elektroniczną do prenumeratorów, których częstotliwość jest najczęściej okre-

⁵ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 35.

ślona odgórnie przez redagującego taki newsletter. Z drugiej jednak strony, rzeczony newsletter odpowiada w większym stopniu słownikowej definicji biuletynu, a ten z kolei nie jest objęty obowiązkiem rejestracji w sądzie. Wątpliwości takie nie istnieją w przypadku, gdy wydanie elektroniczne czasopisma towarzyszy wydaniu papierowemu, a także wtedy, gdy dziennik lub czasopismo internetowe nie ukazują się jako interaktywna strona internetowa, ale tylko jako plik zawierający określone informacje tekstowe i graficzne.

Konkludując ten fragment rozważań nad postanowieniem Sądu Najwyższego z 26 lipca 2007 r., stwierdzić należy, że wbrew obawom wyrażanym w dyskusjach wspomnianych na wstępie do niniejszej glosy, nie każda strona internetowa jest objęta obowiązkiem rejestracji. Strona sklepu internetowego, aukcji internetowej, pamiętnik internetowy (tzw. blog), dyskusyjne forum internetowe czy serwis społecznościowy nie są w świetle ustawy Prawo prasowe ani dziennikami, ani czasopismami, nie podlegają więc rejestracji, co pośrednio wynika z brzmienia uzasadnienia głosowanego postanowienia. Podobnie zresztą nie każdy materiał wydawany w formie papierowej – jak wskazuje J. Sobczak – jest prasą (więc także dziennikami i czasopismami). Nie są nią „kalendarze, programy teatralne, poradniki czy też poszczególne pozycje serii wydawniczych, nawet ukazujące się w stałych odstępach czasu”⁶. Wykładnia rozszerzająca przepisów prawa prasowego, nakładająca obowiązek rejestrowania w sądzie okręgowym wszystkich bez wyjątku stron internetowych, byłaby sprzeczna przepisami ustawy Prawo prasowe, które wyraźnie wskazuje, że tylko dzienniki i czasopisma podlegają sądowej rejestracji. W nawiązaniu do sankcji karnej przewidzianej art. 45 prawa prasowego byłaby także sprzeczna z podstawową dla prawa karnego zasadą zakazu analogii. Wykładnia taka w nieuzasadniony sposób rozszerzyłaby krąg osób objętych definicją dziennikarza z art. 7 ust. 2 pkt 5 prawa prasowego, co spowodowałoby na przykład rozszerzenie kręgu osób objętych tajemnicą dziennikarską na mocy art. 180 § 2 kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 555).

4. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do głosowanego postanowienia powołuje się także na *ratio legis* przepisów dotyczących obowiązku sądowej rejestracji dzienników i czasopism, podkreślając, że przepisy nakazujące sądową rejestrację prasy w postaci dzienników i czasopism mają na celu ochronę odbiorcy, tak by odbiorca miał pewność, że ma do czynienia z tym tytułem, który pragnie nabyć. Wykładnia celowościowa art. 20 prawa prasowego wskazuje na to, że dzienniki i czasopisma internetowe są poddane obowiązkowi rejestracji w sądzie okręgowym na tej samej zasadzie, jak dzienniki i czasopisma tradycyjne. Celem regulacji ustawowej jest więc ochrona przed nieuczciwą konkurencją. Ochrona ta jest jednak w znacznym stopniu ograni-

⁶ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 112.

czona, przede wszystkim ze względu na fakt, że w postępowaniu rejestrowym, zgodnie z art. 21 prawa prasowego, sąd okręgowy bada jedynie, czy na rynku prasowym istnieje tytuł prasowy identyczny ze zgłoszonym do zarejestrowania⁷, a jednocześnie w postępowaniu rejestrowym nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸ (tekst jedn. Dz.U. nr 153, poz. 1503). Ten stan rzeczy jest wyjątkowo niekorzystny z punktu widzenia istniejących na rynku dzienników lub czasopism. Bardzo częsta jest bowiem praktyka wprowadzania na rynek nowego tytułu, który jest podobny do istniejącego już na rynku. Jeżeli nowy tytuł różni od tytułu istniejącego choćby znak przestankowy, sąd zgodnie z prawem prasowym powinien taki tytuł zarejestrować. Dzienniki i czasopisma wydawane w formie internetowej są dodatkowo narażone na proceder *cybersquattingu*, czyli nielegalnego zajmowania domen internetowych, na których umieszczane są dzienniki i czasopisma internetowe.

5. W świetle przytoczonych w niniejszej glosie faktów, pogląd Sądu Najwyższego na kwestie rejestracji wydawanych w Internecie dzienników lub czasopism uznać należy za słuszny. Nie istnieje bowiem powód, dla którego Internet i publikowane w nim dzienniki lub czasopisma miałyby nie zostać objęte działaniem prawa prasowego, w szczególności obowiązkiem rejestracji internetowych dzienników lub czasopism. Jednakże wziąć należy pod uwagę, że ustawa Prawo prasowe jest w doktrynie uznana z wielu względów za akt prawny bardzo nieudany. Jednym z nich jest to, że tzw. rewolucja internetowa, porównywana niekiedy do Gutenbergowskiego wynalazku druku, zdaje się przerastać zdolności przewidywania ustawodawcy. Sąd Najwyższy ma jednak obowiązek dokonywania wykładni prawa obowiązującego, nie może sam tworzyć prawa *non razione imperii, sed imperio rationis*. Dlatego konieczna jest nowelizacja prawa prasowego, usuwająca wszelkie niejasności dotyczące rejestracji, a także funkcjonowania internetowych dzienników i czasopism, chociażby te wskazane w niniejszej glosie. Nowelizacja taka jest niezbędna ze względu na wynikającą z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawa zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Obecne brzmienie ustawy Prawo prasowe odnośnie do omawianych zagadnień, pomimo przedstawienia przez Sąd Najwyższy klarownego stanowiska, pozostawia wciąż zbyt wiele niejasności dla potencjalnego wydawcy internetowego dziennika lub czasopisma. Sformułowanie propozycji *de lege ferenda* wykracza poza zakres niniejszej glosy.

Adam Poszewiecki

⁷ Postanowienie SN z dnia 1 grudnia 1997 r., III CKN 443/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 88, także „Monitor Prawniczy” 1998, nr 6, poz. 4.

⁸ Postanowienie SN z dnia 5 marca 2002 r., I CKN 540/00, OSNC 2003, nr 2, poz. 29, także „Biuletyn SN” 2002, nr 7, poz. 12.

RECENZJE I SPRAWOZDANIA

Lawrence McNamara, *Reputation and Defamation*,
Oxford University Press, New York 2007, ss. 254.

Do najważniejszych dóbr osobistych chronionych przez prawo należy cześć człowieka. W polskim systemie prawnym istnieją dwa główne systemy ochrony czci¹. Pierwszy z nich zawarty został w regulacji cywilnej. Artykuł 23 k.c. gwarantuje ochronę dóbr osobistych człowieka, w tym jego czci. Osoba, której dobro osobiste zostało zagrożone, ma prawo wystąpić z żądaniem zaprzestania naruszania dobra, naprawienia skutków działania sprawcy naruszenia, a także zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę (art. 24 i art. 448 k.c.). Drugi istotny system ochrony czci i dobrego imienia został zaproponowany w polskim kodeksie karnym. Przede wszystkim są to uregulowania dotyczące przestępstwa zniesławienia (art. 212 k.k.) oraz przestępstwa zniewagi (art. 216 k.k.). Konsekwencją naruszenia czci oraz dobrego imienia są tu sankcje karne, takie jak grzywna, kara ograniczenia wolności, a w przypadku przestępstwa zniesławienia oraz zniewagi dokonanej za pomocą środków masowego komunikowania – także kara pozbawienia wolności.

Który z tych dwóch systemów skuteczniej chroni cześć i dobre imię człowieka w polskim systemie prawnym? Trudno przesądzać, które z obecnie istniejących rozwiązań jest lepsze. Nie ulega jednak wątpliwości, że żadne z nich nie jest idealne. Jak więc ochrona tak istotnych dóbr osobistych została zagwarantowana w innych systemach prawnych?

Próba odpowiedzi na to pytanie może być opracowanie *Reputation and Defamation* Lawrence'a McNamary, przedstawiające zupełnie inny model regulacji prawodawczej niż ten znany w Polsce czy innych krajach kontynentalnej Europy. Jest to bowiem system oparty nie na prawie stanowionym (system prawa kontynentalnego – *civil law*), lecz przede wszystkim na precedensie (system prawa anglosaskiego – *common law*)².

¹ Oczywiście regulacje gwarantujące ochronę czci i dobrego imienia występują również w aktach ponadustawowych. W art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności znajduje się ograniczenie wolności wyrażania opinii, m.in. z uwagi na ochronę dobrego imienia i praw innych osób. W obecnie obowiązującej Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ochrona czci i dobrego imienia została zagwarantowana wprost w art. 47.

² Lech Morawski wyróżnia następujące cechy systemu *civil law*: prymat ustawy, oddzielenie tworzenia i stosowania prawa, zakaz tworzenia prawa przez sądy. Do cech systemu *common law* została również zaliczona zasada prymatu ustawy, jednakże brak jest w tym przypadku rozdziału pomiędzy tworzeniem i stosowaniem prawa, a sądy posiadają istotny udział w jego tworzeniu. Więcej na ten temat zob.: L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2001, s. 77–81.

W anglosaskim systemie prawnym zniesławienie (*defamation*) nie jest zaliczane do prawa karnego (*criminal law* bądź *penal law*), stanowi natomiast część prawa deliktów (*torts*)³. Zniesławienie może przybierać dwie formy: (1) uczynione na piśmie bądź w permanentny sposób (*libel*) oraz (2) słowną bądź przybierającą inną nietrwała postać (*slander*)⁴.

Pozycja *Reputation and Defamation* porusza zagadnienie dobrego imienia oraz deliktu zniesławienia w prawie anglosaskim. Autor w swoich analizach nie ogranicza się wyłącznie do rozwiązań przyjętych w Wielkiej Brytanii, ale rozszerza je o specyfikę i orzecznictwo z Australii, Stanów Zjednoczonych, Kanady, Irlandii, Izraela, Nowej Zelandii i Republiki Południowej Afryki.

Książkę Lawrence'a McNamary czyta się z ogromną przyjemnością. Już sama struktura też jest niezwykle przemyślana i klarowna. Poszczególne rozdziały prowadzą czytelnika przez powiązane zagadnienia dobrego imienia i jego ochrony przed deliktem zniesławienia. Na początku zamieszczono spis orzeczeń systemu *common law* (podzielonych na poszczególne państwa) przywołanych w omawianej pozycji. Umożliwia to kontrolę nad wszystkimi orzeczeniami i łatwe dotarcie do każdego z nich.

Rozprawa została podzielona na trzy zasadnicze części. Pierwsza, składająca się z dwóch rozdziałów, odnosi się do określenia teoretycznych podstaw dobrego imienia. Definiując pojęcie dobrej sławy, autor odwołuje się do literatury, do konstrukcji prawnych i społecznych dobrego imienia, po czym stara się ukazać ścisły związek pomiędzy posiadaną przez jednostkę dobrą sławą a konsekwencjami mogącymi wpłynąć na osobowość oraz materialne dobra człowieka. Druga część omawianej pozycji, także składająca się z dwóch rozdziałów, dotyczy historycznych uwarunkowań mających wpływ na pojęcie dobrej sławy oraz deliktu zniesławienia. Autor prezentuje zmieniające się regulacje prawne na tle ówczesnych uwarunkowań społeczno-politycznych. Część trzecia omawia zagadnienia dobrej sławy oraz zniesławienia we współczesnym prawie anglosaskim. Autor stara się ukazać związek pomiędzy dobrą sławą a współczesnymi testami ustalającymi, co można uznać za zniesławienie.

Książka Lawrence'a McNamary w niezwykle jasny i przejrzysty sposób prezentuje zmiany w kształtowaniu się ochrony dobrej sławy w państwach *common law* oraz wyjaśnia sytuacje, w których mamy do czynienia ze zniesławieniem. Należy podkreślić, że polskich warunkach zdobycie tej interesującej pozycji nie powinno stanowić większego problemu, choć bezsprzecznie należy się liczyć ze sporymi kosztami zakupu i sprowadzenia pozycji.

Robert Patryk Dziembowski

³ Więcej informacji na temat czynów niedozwolonych (deliktów) można znaleźć m.in. w niezwykle interesującej pozycji A. Mullisa i K. Oliphanta, *Torts*, Palgrave Macmillan, New York 2003.

⁴ B. H. Bladocha, *Wolność słowa w systemie medialnym Wielkiej Brytanii*, Toruń 2003, s. 268.

Sprawozdanie z konferencji „Społeczne źródła i następstwa zabójstw”, Warszawa 10 grudnia 2008 roku

W dniu 10 grudnia 2008 r. w Warszawie odbyła się VI konferencja dotycząca problematyki zabójstw pod tytułem „Społeczne źródła i następstwa zabójstw”, zorganizowana przez Katedrę Kryminologii i Polityki Kryminalnej Instytutu Profilaktyki i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego. Referaty i dyskusje były prowadzone w Sali Balowej w Pałacu Tyszkiewiczów-Potockich, na terenie Uniwersytetu. Podobnie jak w latach ubiegłych konferencja skupiła zarówno teoretyków prawa karnego i kryminologii, jak i praktyków szeroko pojętego wymiaru sprawiedliwości: policjantów, sędziów, prokuratorów i kuratorów sądowych. Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie był reprezentowany przez pracowników Zakładu Kryminologii, Wiktymologii i Problematyki Przeszłości Zorganizowanej dr Monikę Kotowską i dr. Piotra Chlebowicza.

Konferencję otworzył i powitał zgromadzonych prof. dr hab. Zbigniew Lasocik. Jako pierwsza referat wygłosiła dr Magdalena Budyn-Kulik (UMCS). Referentka wszechstronnie omówiła zagadnienie genezy zabójstw „domowych”, skupiając się w szczególności na aspekcie wiktymologicznym. Mimo iż w Polsce odnotowuje się spadającą liczbę zabójstw (obecnie ok. 860 zabójstw rocznie), to specyficzna kategoria zabójstwa „domowego” utrzymuje się na tym samym poziomie, stanowiąc 1/3 ogólnej liczby zachowań kwalifikowanych z art. 148 k.k. Istnieją cechy pozwalające na kryminologiczne wyodrębnienie zabójstwa „domowego”. Należą do nich takie elementy jak: geneza konfliktu prowadzącego do zabójstwa, która tkwi w relacjach pomiędzy partnerami – według referentki narzędziem badawczym umożliwiającym analizę tych relacji są wiktymologiczne typologie skonstruowane przez twórców wiktymologii (Mendelsohna, Ellenbergera i Hentinga); stosowanie przemocy przez ofiarę (do najczęstszych przypadków należy zabójstwo mężczyzny przez kobietę); rola alkoholu w inicjowaniu zachowań agresywnych; zazwyczaj nieplanowany charakter *modus operandi*; użycie przypadkowych narzędzi zabójstwa (najczęstszym narzędziem pozostaje wciąż nóż); czynności sprawcze są najczęściej objęte afektem. W wystąpieniu poruszono ciekawy problem kwalifikowania opisanych stanów faktycznych jako obrony koniecz-

nej. Odnotować można stopniową zmianę w postawie składów orzekających, które coraz częściej w wyrokowaniu uwzględniają konstrukcję przewidzianą w art. 25 § 1 k.k.

Prowadzący konferencję prof. Zbigniew Lasocik nawiązał do poszczególnych wątków przedstawionych przez dr Magdalenę Budyn-Kulik, zaznaczając, że ogromna liczba danych dotycząca przebiegu czynu i towarzyszących okoliczności faktycznych wymaga odpowiedniego zinterpretowania.

Kolejny referentem był prof. dr hab. Zbigniew Majchrzak, wieloletni pracownik Kliniki Psychiatrii Sądowej Instytutu Psychiatrii i Neurologii w Warszawie, specjalista z zakresu psychologii sądowej. Wygłosił on referat zatytułowany *Nieletni zabójcy – indywidualne i społeczne skutki agresji*, a przy okazji zaprezentował swoje najnowsze opracowanie pt. *Zabójczynie i zabójcy*. Prof. Majchrzak przedstawił rys historyczny zjawiska zabójstw popełnianych przez nieletnich i młodocianych, następnie scharakteryzował rolę czynników kulturowych, a przede wszystkim kwestie związane ze wzorami osobowości i systemami wartości w genezie tych czynów. Interesujący wywód dotyczył zwłaszcza zmian cywilizacyjnych, które wpływają na niski poziom socjalizacji sprawców, niszczą ich stabilność emocjonalną, kreują modę na posiadanie pragnień wymagających natychmiastowego zaspokojenia. Ponownie został podniesiony problem alkoholu jako istotnego czynnika kryminogennego.

Ostatnim referentem był dr Kacper Gradoń, adiunkt na Uniwersytecie Warszawskim. Jego wystąpienie, zatytułowane *Etiologia zabójstw – wybrane zagadnienia*, koncentrowało się na analizie procesów motywacyjnych seryjnych oraz masowych zabójców. Referat ten dotyczył w zdecydowanym stopniu sytuacji kryminologicznej w Ameryce Północnej. Dr Gradoń odniósł się ponadto do tzw. zabójstwa honorowego, charakterystycznego dla krajów Bliskiego Wschodu. Z uwagi jednak na globalizację zjawisko to zostało przeniesione do krajów europejskich. Istota zabójstwa honorowego polega najczęściej na pozbawieniu życia dzieci przez rodziców, którzy uważają, że dzieci poprzez złamanie określonych wzorów kulturowych (np. mezalians) „splamiły” honor rodziny.

Podsumowując, VI konferencję dotyczącą problematyki zabójstw uznajemy za niezwykle interesującą.

Piotr Chlebowicz, Monika Kotowska