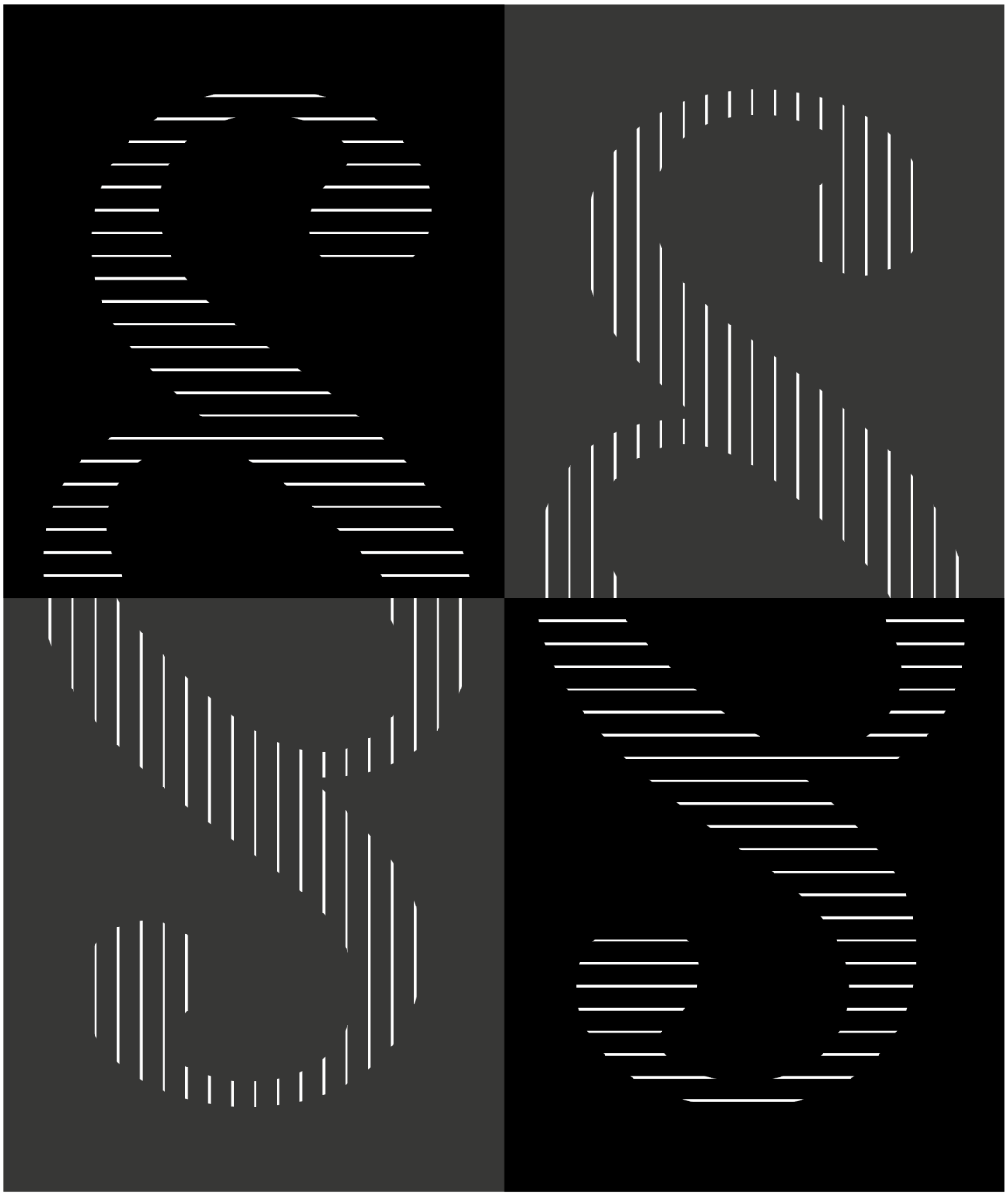
Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ

nr 5/2017 (35)

ISSN 1689–9601 | www.ipp.tbsp.pl



Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5

Autorzy

Grzegorz Goniewicz, Piotr Gorzkowski, Marcin Klonowski, Jan Kluza, Karol Kowalski, Daria Kucyper, Agata Lizak, Paulina Musiałowska, Mateusz Nowak, Martyna Obajtek, Agnieszka Podemska, Marcin Wątor

Recenzenci

dr Paweł Czarnecki, dr Damian Gil, dr Elżbieta Hryniewicz-Lach

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski, Angelika Ciżynska, mgr Paweł Dziwiński, Tomasz Guzik, Michał Krudysz, Anna Mazur (p.o. Redaktora Naczelnego), mgr Ariel Mucha, mgr Mateusz Nowak, mgr Michał Warzycki

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowypp@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISSN 1689–9601

Spis treści

Grzegorz Goniewicz
Znaczenie pozytywnego wyniku mediacji dla możliwości zastosowania środków probacyjnych 5

Piotr Gorzkowski
Prawa nieletniego umieszczonego w policyjnej izbie dziecka na tle uwarunkowań prawnych 24

Marcin Klonowski
Art. 440 k.p.k. jako podstawa przełamania kierunku zaskarżenia oraz orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów w postępowaniu odwoławczym w procesie karnym..... 38

Jan Kluza
Imperatywny wniosek prokuratora o przekazanie sprawy w celu uzupełnienia materiału dowodowego..... 51

Karol Kowalski
Skład sądu wydającego wyrok łączny w pierwszej instancji 64

Daria Kucyper, Marcin Wątor
Krajowy System Informacyjny Policji – wątpliwości związane z prawidłowością gromadzenia i udostępniania danych zawartych w rejestrze..... 78

Agata Lizak
Porzucanie zwierząt w świetle prawa karnego. Teoria i praktyka..... 88

Paulina Musiałowska
Prawnokarne aspekty obrotu środkami zastępczymi 101

Martyna Obajtek
Realizacja prawa do prywatności w przetwarzaniu danych osobowych oraz problem pozyskiwania baz danych tworzonych przez podmioty prywatne przez służby policyjne 111

Agnieszka Podemska
Rozważania na temat funkcjonowania straży gminnych w Polsce ... 128

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Grzegorz Goniewicz[1]

Znaczenie pozytywnego wyniku mediacji dla możliwości zastosowania środków probacyjnych[2]

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest omówienie wpływu pozytywnego rezultatu mediacji przeprowadzonej pomiędzy sprawcą czynu zabronionego a pokrzywdzonym na możliwość zastosowania przez sąd środków probacyjnych. Autor dokonał tej analizy zarówno z perspektywy treści przepisów regulujących środki probacyjne, jak i ich funkcji. We wstępie pracy została zawarta charakterystyka mediacji jako instrumentu sprawiedliwości naprawczej oraz jej umiejscowienie w polskim systemie prawa karnego. Autor opisał przesłanki ustalania pozytywnej prognozy kryminologicznej w kontekście orzekania warunkowego umorzenia postępowania, warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia oraz wpływ, jaki może mieć pozytywny wynik mediacji na możliwość stosowania każdego z tych środków. Wobec niewystarczającego stosowania mediacji w praktyce, w artykule przedstawiono propozycje legislacyjne, których wprowadzenie powinno wpłynąć na jej rozpowszechnienie, co będzie miało także wpływ na orzekanie środków probacyjnych.

Słowa kluczowe: sprawiedliwość naprawcza, mediacja, środki probacyjne, pozytywna prognoza kryminologiczna, warunkowe umorzenie postępowania, warunkowe zawieszenie wykonania kary, warunkowe przedterminowe zwolnienie

---

[1] Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantem adwokackim.

[2] Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2014-2018 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamentowy Grant".

1. Wstęp – przedmiot artykułu

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza regulacji kodeksowych dotyczących środków związanych z poddaniem sprawcy czynu zabronionego próbie (tzw. środków probacyjnych): warunkowego umorzenia postępowania karnego (dalej jako: „**warunkowe umorzenie**"), warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności (dalej jako: „**warunkowe zawieszenie**") oraz warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności (dalej jako: „**warunkowe zwolnienie**") z perspektywy wpływu jaki może mieć pozytywny wynik mediacji na możliwość ich zastosowania.

Jak wynika z analizy orzecznictwa sądowego w sprawach, w których orzeczono warunkowe umorzenie lub warunkowe zawieszenie, pomimo tego, że mediacja w sprawach karnych jest obecna w polskim systemie od niemal 20 lat, nie znajduje ona praktycznego przełożenia na stosowanie tych środków probacyjnych. Wynika to zarówno z faktu, że mediacja w sprawach karnych jest wciąż niewykorzystywana w odpowiednim stopniu, jak i z tego, że sądy stosujące środki probacyjne (lub odmawiające ich zastosowania) w uzasadnieniach swoich orzeczeń zasadniczo ograniczają się do powołania na kodeksowe przesłanki zastosowania tych środków i do stwierdzenia, że w przypadku sprawcy te przesłanki zachodzą lub nie zachodzą, nie analizując szczegółowo okoliczności konkretnego przypadku. Jeżeli chodzi zaś o mediację w toku postępowania wykonawczego, która może być wzięta pod uwagę przy stosowaniu warunkowego zwolnienia, stanowi ona w istocie instytucję martwą.

Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest brak odpowiednich przepisów k.k., które umożliwiałyby sądowi orzekającemu w przedmiocie stosowania środków probacyjnych branie pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą czynu zabronionego a pokrzywdzonym.

2. Mediacja jako instrument sprawiedliwości naprawczej

Wprowadzenie mediacji do systemu prawa karnego wiąże się z odchodzeniem od retrybutywizmu, opartego przede wszystkim na karze pozbawienia wolności, na rzecz koncepcji sprawiedliwości naprawczej (ang. *restorative justice*). Koncepcja ta wyłoniła się w wyniku zauważonej w doktrynie nieefektywności wykonywania kary pozbawienia wolności. Opiera się ona na założeniu, że pokrzywdzonemu należy przyznać większe uprawnienia w toku postępowania karnego, które powinno przy tym zmierzać do usunięcia lub co najmniej zmniejszenia konfliktu, jaki wytworzył się pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym w wyniku popełnionego przestępstwa, a także do zaspokojenia słusznych interesów pokrzywdzonego.

Sprawiedliwość naprawcza nie została zdefiniowana w żadnym krajowym akcie prawnym. Jej definicja legalna znajduje się za to w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 roku. Zgodnie z art. 2 ust. 1d tej dyrektywy, „sprawiedliwość naprawcza" oznacza wszelkie procedury, dzięki którym ofiara oraz sprawca mają możliwość, pod warunkiem wyrażenia przez nich na to dobrowolnej

zgody, czynnego udziału w rozwiązaniu kwestii będących wynikiem przestępstwa przy pomocy bezstronnej strony trzeciej. Jak wskazuje Ministerstwo Sprawiedliwości na stronie internetowej mającej popularyzować stosowanie mediacji, mediacja karna to „sposób dobrowolnego rozwiązywania problemów, powstałych w wyniku przestępstwa, na drodze porozumiewania się pokrzywdzonego i podejrzanego lub oskarżonego, z pomocą mediatora. Mediacja może dotyczyć wszystkich przestępstw”[3].

Zgodnie z koncepcją sprawiedliwości naprawczej, celem polityki karnej jest rozwiązanie konfliktu między sprawcą a ofiarą przestępstwa w ten sposób, że sprawca zrekompensował ofierze doznane krzywdy i szkody, w zamian za co zostanie łagodniej potraktowany przez organy wymiaru sprawiedliwości[4]. Nurt sprawiedliwości naprawczej pozwala więc na uwzględnienie w procesie karnym słusznych interesów pokrzywdzonego[5].

Mediacja jest jednym z podstawowych instrumentów współczesnego prawa karnego, uwzględniającym postulaty sprawiedliwości naprawczej. Umożliwia ona bowiem spotkanie sprawcy czynu zabronionego oraz jego ofiary, dzięki której mają oni możliwość – przy udziale bezstronnej osoby trzeciej (mediatora) – dojścia do porozumienia w zakresie sposobu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem[6].

Zastosowanie mediacji może się przyczynić do pełniejszej realizacji celów postępowania karnego, określonych w art. 2 § 1 k.p.k. W szczególności, pozwala ona na uwzględnienie w postępowaniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.), ale także na realizację zasady szybkości procesowej (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.). Należy stwierdzić, że mediacja oraz uwzględnienie jej wyniku przy rozstrzygnięciu nie stanowi odstępstwa od przewidzianej w art. 2 § 1 k.p.k. zasady trafnej reakcji karnej. Co prawda uwzględnienie pozytywnego wyniku mediacji może doprowadzić do obniżenia dolegliwości zastosowanej wobec sprawcy (czyli w istocie do łagodzenia odpowiedzialności karnej), jednakże następuje to w granicach ogólnych dyrektyw wymiaru kary, przewidzianych w art. 53 k.k. Co za tym idzie, między dyrektywą uwzględniania wyniku mediacji przy wymiarze kary a zasadą trafnej reakcji karnej nie ma sprzeczności – wręcz przeciwnie, należy przyjąć, że realizacja tej dyrektywy stanowi wyraz trafnego zastosowania środków przewidzianych w prawie karnym, zgodnie z dyspozycją art. 2 § 1 pkt. 2 k.p.k.

---

[3] Informacja na stronie internetowej http://mediacja.gov.pl/, 01.10.2016. Z praktycznego punktu widzenia mediacja ma największe szanse powodzenia w przypadku mniej poważnych przestępstw oraz przestępstw nieumyślnych, gdyż z reguły nie generują one tak natężonego konfliktu między sprawcą a pokrzywdzonym, jak przykładowo przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu lub przeciwko wolności seksualnej.

[4] E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych. Stan prawny na 1 września 2011*, Ministerstwo sprawiedliwości 2011.

[5] C. Kulesza, *Mediacja jako program sprawiedliwości naprawczej w Polsce (uwagi na tle dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r.)* [w:] *Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej*, red. L. Mazowiecka, LEX/el. 2015; zob. także: K. Mamak, P. Czarnecki, *Triumfy funkcji kompensacyjnej w prawie karnym na marginesie art. 59a k.k.* [w:] *Nowelizacja części ogólnej Kodeksu karnego – nieunikniona konieczność czy pozorna potrzeba*, Kraków 2013, s. 89–112, s. 92–93.

[6] K. Dąbkiewicz, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym – refleksje na tle historii pewnej nowelizacji (art. 162 § 1 k.k.w.)*, Probacja 2013, Nr 4.

3. Przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące mediacji

Mediacja została wprowadzona do polskiego systemu prawa karnego w 1997 roku, wraz z uchwaleniem nowego k.k.[7] oraz k.p.k.[8] Mediacja była pierwotnie uregulowana w artykule 320 k.p.k. a skierowanie sprawy do mediacji było zastrzeżone do wyłącznej kompetencji prokuratora. Na mocy ustawy z dnia 10 stycznia 2003 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, mediacja została przeniesiona do przepisów ogólnych k.p.k. (nowo utworzony artykuł 23a) oraz bardziej rozbudowana[9]. Kompetencja do skierowania sprawy do mediacji została przyznana także sądowi. Ostatnia nowelizacja przepisów k.p.k. dotyczących mediacji została dokonana na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[10]. Szczegółowe zasady prowadzenia postępowania mediacyjnego zawiera Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych[11], wydane na podstawie delegacji zawartej w artykule 23a § 8 k.p.k.

4. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na stosowanie instytucji przewidzianych w Kodeksie karnym

Uregulowanie instytucji mediacji w przepisach wstępnych Kodeksu postępowania karnego (art. 23a k.p.k.) powoduje, że została ona niejako wyjęta przed nawias, co daje możliwość jej zastosowania na każdym etapie procesu karnego[12]. Dotyczy to również orzekania w przedmiocie stosowania środków związanych z poddaniem sprawcy czynu zabronionego próbie (tzw. środków probacyjnych).

Zgodnie z artykułem 53 § 3 k.k., wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki mediacji przeprowadzonej pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem. Na mocy artykułu 56 k.k., przepis ten ma odpowiednie zastosowanie do orzekania innych środków przewidzianych w tym kodeksie, z wyjątkiem obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Jak wynika zarówno z literalnego brzmienia artykułu 53 § 3 k.k. oraz z gwarancyjnej funkcji prawa karnego, wynik mediacji może mieć wyłącznie pozytywne przełożenie na sytuację procesową sprawcy czynu zabronionego[13]. Niedopuszczalna jest bowiem sytuacja by sąd wziął pod uwagę negatywny wynik mediacji (tj. fakt niedojścia sprawcy i pokrzywdzonego do porozumienia w jej toku) jako okoliczność obciążającą sprawcę. Wobec tego, w art. 53 § 3 k.k.

---

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

8 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 89 poz. 555 ze zm.).

9 Dz.U.2003.17.155.

10 Dz.U.2013.1247.

11 Dz.U. 2015 poz. 716.

12 *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el.2016.

13 T. Bojarski, *Komentarz do art. 53 KK* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, LEX/el. 2016.

ustawodawca wprowadził istotny bodziec dla sprawcy, skłaniający go do pojednania się z pokrzywdzonym, w tym także za pomocą udziału w mediacji.

Z formalnego punktu widzenia art. 53 § 3 k.k. nie przewiduje uwzględniania przy wymiarze kary okoliczności, że między sprawcą a pokrzywdzonym była prowadzona mediacja, jednak jej wynik nie był pozytywny. Jeżeli jednak z okoliczności sprawy wynika, że sprawca rzeczywiście (a nie tylko pozornie) dążył do pojednania się z pokrzywdzonym poprzez mediację, do czego jednak nie doszło (przykładowo ze względu na postawę pokrzywdzonego), sąd powinien to wziąć pod uwagę. Takie zachowanie sprawcy stanowi bowiem przejaw starania o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, co powinno zostać uwzględnione zgodnie z art. 53 § 2 k.k.

Jeżeli zaś to pokrzywdzony dąży do pojednania się ze sprawcą w wyniku mediacji, jednak sprawca nie wykazuje takiej inicjatywy, stosownie do okoliczności może to zostać wzięte przez uwagę jako okoliczność obciążająca sprawcę, co również jest dopuszczalne na gruncie art. 53 § 2 k.k., przewidującym obowiązek uwzględnienia zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa przy orzekaniu.

Co zrozumiałe, przeprowadzenie mediacji nie jest możliwe w przypadku każdego przestępstwa. Dotyczy to w szczególności tzw. przestępstw bez ofiar, w przypadku których nie występuje pokrzywdzony.

Instytucją, która dawała szansę na szersze stosowanie mediacji, było przewidziane w artykule 59a k.k. umorzenie postępowania na wniosek pokrzywdzonego przed wszczęciem przewodu sądowego. Przesłanką tego umorzenia było pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym, w szczególności w wyniku mediacji. Przepis ten, który został wprowadzony do k.k. od 1 lipca 2015 roku, został jednak usunięty z k.k. z dniem 15 kwietnia 2016 roku[14]. Zbyt krótkie obowiązywanie artykułu 59a k.k. nie pozwoliło na zaobserwowanie, czy w dłuższym okresie spowoduje on popularyzację mediacji w sprawach karnych w Polsce.

De lege lata pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym może wpłynąć na wymierzenie nawiązki w niższej wysokości (art. 47 § 4 k.k.) oraz jest przesłanką fakultatywną nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 2 k.k.).

5. Pozytywna prognoza kryminologiczna jako przesłanka zastosowania środków probacyjnych

Przesłanką zastosowania każdego ze środków probacyjnych jest zaistnienie tzw. pozytywnej prognozy kryminologicznej, która pozwala na warunkowe odstąpienie od orzekania lub wykonywania kary. Ze względu na autonomiczny charakter tych środków, pozytywna prognoza kryminologiczna będzie miała dla każdego z nich inne przesłanki i funkcje[15]. W przypadku warunkowego umorzenia, ustalenie pozytywnej prognozy

[14] Na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.437).

[15] Zob. J. Skupiński, *Komentarz do art. 77 KK, teza 27* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Legalis/el. 2014.

kryminologicznej polega na stwierdzeniu, że postawa sprawcy niekaranego za przestępstwo umyślne, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo umorzenia postępowania będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni przestępstwa (art. 66 § 1 k.k.). Warunkowe zawieszenie jest zaś możliwe, jeżeli jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec sprawcy celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa (art. 69 § 1 k.k.), przy czym sąd uwzględnia „przede wszystkim[16] postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa" (art. 69 § 2 k.k.). Warunkowe umorzenie oraz warunkowe zawieszenie są stosowane przez sąd orzekający w przedmiocie odpowiedzialności karnej. W odróżnieniu od powyższych środków, decyzję w przedmiocie zastosowania warunkowego zwolnienia podejmuje sąd penitencjarny. Może to mieć miejsce po upływie określonego w ustawie *quantum* kary pozbawienia wolności wprowadzonej do wykonania (tzw. przesłanka formalna warunkowego zwolnienia, określona w art. 78 i 79 k.k.). Pomimo że warunkowe zwolnienie jest stosowane przez sąd penitencjarny na etapie wykonawczym postępowania karnego, tzw. przesłanka materialna jego stosowania znajduje się w k.k. Zgodnie z art. 77 § 1 k.k., w kontekście warunkowego zwolnienia pozytywna prognoza kryminologiczna wobec skazanego zachodzi tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa.

Jak wynika z powyższej analizy, żaden z przepisów k.k. dotyczących możliwości zastosowania środków probacyjnych nie odnosi się bezpośrednio do pozytywnego wyniku mediacji jako okoliczności przemawiającej za jego zastosowaniem. Możliwość taką można jednak wyinterpretować z treści oraz funkcji poszczególnych regulacji.

6. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego umorzenia

Zgodnie z art. 66 k.k. w wersji obowiązującej przed 1 lipca 2015 r., zastosowanie warunkowego umorzenia było możliwe jeżeli przestępstwo zarzucane sprawcy było zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności. Wyjątek od tej zasady przewidywał art. 66 § 3 k.k., który umożliwiał zastosowanie warunkowego umorzenia wobec sprawcy, którego czyn jest zagrożony karą nieprzekraczającą 5 lat pozbawienia wolności, jeżeli pokrzywdzony pojednał się ze sprawcą, sprawca naprawił wyrządzoną przestępstwem szkodę lub uzgodnił z pokrzywdzonym sposób jej naprawienia. Mimo że z literalnego brzmienia tego przepisu nie wynikała szersza możliwość zastosowania warunkowego umorzenia w wypadku, gdy sprawca oraz pokrzywdzony zawrą ugodę w wyniku mediacji, nie

[16] Na uwagę zasługuje fakt, iż w przeciwieństwie do przesłanki materialnej warunkowego umorzenia postępowania oraz warunkowego zwolnienia, przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary katalog czynników wpływających na ocenę pozytywnej prognozy kryminologicznej jest otwarty.

ulega wątpliwości, że było to dopuszczalne. W wyniku mediacji sprawca może bowiem zarówno pojednać się z pokrzywdzonym, jak i uzgodnić z nim sposób naprawienia szkody, co było przesłanką zastosowania warunkowego umorzenia wobec sprawcy czynu zagrożonego karą do 5 lat pozbawienia wolności.

Na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw[17] rozszerzono możliwość zastosowania warunkowego umorzenia[18]. Warunkowe umorzenie jest bowiem obecnie możliwe wobec sprawców czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat[19]. Tą samą nowelizacją dokonano jednak skreślenia § 3 art. 66 k.k., co oznacza, że *de lege lata* ustawa nie przewiduje wpływu pojednania się sprawcy z pokrzywdzonym na możliwość wydania wyroku warunkowo umarzającego postępowanie. Stan ten nie był niewątpliwie zamierzony przez ustawodawcę. Nie ma bowiem funkcjonalnego uzasadnienia dla wykreślenia przesłanki pojednania się sprawcy z pokrzywdzonym (do którego mogło dojść w wyniku mediacji) z regulacji dotyczącej warunkowego umorzenia. Zamierzenie takie nie wynika również z uzasadnienia rządowego projektu k.k.[20], co przemawia za stwierdzeniem, że omówiony wyżej skutek jest efektem ubocznym wprowadzonej nowelizacji.

Pozytywny wynik mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym (w postaci pojednania czy uzgodnienia sposobu naprawienia szkody) nie zawiera się w zakresie żadnej z elementów kształtowania pozytywnej prognozy kryminologicznej warunkowego umorzenia (art. 66 § 1 k.k.). Nie oznacza to jednak, że ugoda zawarta w wyniku mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym nie może być obecnie wzięta pod uwagę przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu. Konkluzja taka byłaby nieprawidłowa jako równoznaczna ze stwierdzeniem, że również w poprzednim stanie prawnym pozytywny wynik mediacji nie mógł doprowadzić do warunkowego umorzenia, jeżeli czyn sprawcy był zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 3. Wniosek taki wynika z funkcjonalnej i systemowej wykładni art. 66 k.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 roku. Pojednanie się sprawcy z pokrzywdzonym było uznane za wyjątkową okoliczność, mogącą uzasadniać szersze zastosowanie warunkowego umorzenia. Nie ma jednak podstaw do przyjęcia, że okoliczność zawarcia ugody w wyniku mediacji nie mogła być wzięta pod uwagę w wypadku sprawcy czynu zagrożonego karą do 3 lat pozbawienia wolności, tj. w „zwykłym" przypadku zastosowania warunkowego umorzenia.

Podstawą normatywną do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu postępowania jest – oprócz wspomnianego już art. 53 § 3 k.k. – także art. 53 § 2 w zw. z art. 56 k.k. Zgodnie z art. 56 k.k., określone w art. 53, art. 54 § 1 oraz art. 55 k.k. dyrektywy wymiaru kary stosuje się również do innych

[17] Dz.U.2013.1247; weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

[18] J. Majewski, *Komentarz do art. 66 KK* [w:] *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, teza 1*; LEX/el. 2015.

[19] Zob. G. Goniewicz, *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji kodeksu karnego*, Palestra 7-8/15, s. 75-85.

[20] W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw kwestia ta nie została w ogóle poruszona. Projekt ten nie zawierał zresztą założenia o skreśleniu art. 66 § 3 k.k. Poprawka ta pojawiła się na etapie prac legislacyjnych.

środków przewidzianych w kodeksie. Jak wskazuje się w nauce prawa, do „innych środków" w rozumieniu tego przepisu należą również środki probacyjne, w tym także warunkowe umorzenie[21]. Zgodnie zaś z art. 53 § 2 k.k., sąd orzekający karę ma obowiązek uwzględnić m.in. zachowanie sprawcy po popełnieniu przestępstwa, a zwłaszcza starania o naprawienie szkody. Nie ulega wątpliwości, że pozytywny wynik mediacji może być zatem uwzględniony w procesie orzekania warunkowego umorzenia, gdyż sam udział w mediacji – szczególnie zaś dojście w jej ramach do porozumienia z pokrzywdzonym – stanowi istotny przejaw zachowania sprawcy po popełnieniu przestępstwa. W okolicznościach konkretnej sprawy może to także zostać uznane za dążenie do naprawienia szkody (a już na pewno gdy po zawarciu ugody w czasie mediacji sprawca tą szkodę w istocie naprawił). Zastosowanie art. 53 § 2 k.k. może przyczynić się do orzeczenia warunkowego umorzenia w sytuacji, gdy z różnych względów (np. ze względu na brak woli lub inicjatywy pokrzywdzonego) nie doszło do ugody w wyniku mediacji, zatem niemożliwe jest zastosowanie art. 53 § 3 k.k.

Jak wynika z powyższego, zarówno art. 53 § 2 jak i art. 53 § 3 w zw. z art. 56 k.k. dają podstawę do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym umorzeniu[22].

Co oczywiste, pozytywny wynik mediacji nie jest przesłanką wystarczającą do zastosowania warunkowego umorzenia w tym sensie, że dla jego orzeczenia muszą wystąpić także pozostałe elementy pozytywnej prognozy kryminologicznej, określone w art. 66 § 1 k.k.[23] Sąd orzekający ma bowiem obowiązek łącznego rozpatrywania tych przesłanek. Trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, kiedy wina sprawcy i społeczna szkodliwość jego czynu są znaczne, jednak pojednał się on ze sprawcą w toku mediacji, zatem mógłby skorzystać z dobrodziejstwa warunkowego umorzenia. Takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z funkcją, jaką pełni warunkowe umorzenie w systemie prawnym. Byłby to również wyraz nie tyle uwzględnienia funkcji kompensacyjnej prawa karnego i postulatów sprawiedliwości naprawczej, ale przyznanie im prymatu nad funkcją represyjną oraz prewencyjno-indywidualną i ogólno-prewencyjną. W obecnym stanie prawnym nie ma zaś podstaw do takiego zabiegu.

Podsumowując, *de lege lata* istnieje możliwość wzięcia pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym i orzeczenia na tej podstawie – choć, co oczywiste, nie tylko na niej – warunkowego umorzenia. Rozwiązanie takie jest przy tym funkcjonalnie uzasadnione. Z jednej strony czyni ono zadość funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, z drugiej może mieć istotny walor indywidualno-prewencyjny. Sprawca czynu zabronionego mający świadomość, że dzięki pojednaniu się

[21] Tak W. Wróbel, *Komentarz do art. 56* KK, teza 2 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I, Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, wyd. 5, Wolters Kluwer 2016 (zob. także powołaną tam literaturę). Autor niniejszego artykułu opowiada się jednak przeciwko stosowaniu tych dyrektyw przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, co zostanie szczegółowo wyjaśnione poniżej.

[22] Zaś art. 53 § 2 w zw. z art. 56 k.k. pozwala także na uwzględnienie okoliczności, że sprawca próbował zawrzeć z pokrzywdzonym ugodę w wyniku mediacji, do czego jednak nie doszło.

[23] G. Łabuda, *Komentarz do art. 66 KK*, teza 5 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, wyd. II, WKP 2012.

z pokrzywdzonym w drodze mediacji będzie miał szansę uniknąć wyroku skazującego, będzie bowiem bardziej chętny co najmniej do podjęcia próby takiego pojednania. To zaś może doprowadzić do zażegnania lub chociażby załagodzenia konfliktu pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. Z systemowego punktu widzenia okoliczność ta jest na tyle istotna, że uzasadnia odstąpienie od wydania wyroku skazującego i poprzestanie na orzeczenie środka probacyjnego w postaci warunkowego umorzenia.

Tym niemniej, ze względu na wciąż niewystarczające wykorzystywanie mediacji w postępowaniach karnych, *de lege ferenda* należałoby wprowadzić regulację, z której wynikałoby jednoznacznie, że pozytywny wynik mediacji może wpłynąć na zastosowanie warunkowego umorzenia. Mogłoby to nastąpić poprzez wprowadzenie art. 66a k.k. o brzmieniu: „Sąd uwzględnia także ugodę zawartą pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym w wyniku mediacji". Regulacja taka stanowiłaby czytelny sygnał, że pozytywny wynik mediacji może mieć istotne znaczenie dla możliwości zastosowania warunkowego umorzenia (bez potrzeby odwoływania się do art. 53 § 3 k.k.).

7. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zawieszenia

Wzięcie pod uwagę pozytywnego wyniku mediacji w kontekście orzeczenia warunkowego zawieszenia jest o wiele prostsze, aniżeli w przypadku pozostałych dwóch przewidzianych w k.k. środków związanych z poddaniem sprawcy próbie. Co prawda ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. ustawodawca znacznie ograniczył możliwość stosowania warunkowego zawieszenia[24], jednak zmiana ta nie dotyczyła faktorów wpływających na określenie prognozy kryminologicznej sprawcy, a jedynie na przesłanki formalne stosowania tego środka.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że katalog okoliczności branych pod uwagę w kontekście warunkowego zawieszenia jest otwarty. Świadczy o tym literalne brzmienie art. 69 § 1 i 2 k.k.

Po pierwsze, zastosowanie warunkowego zawieszenia jest możliwe gdy jest to wystarczające do osiągnięcia wobec sprawcy celów kary. Kodeks nie określa w art. 69 § 1 tych celów, wskazując jedynie, że wśród nich prymat należy przyznać zapobieżeniu powrotowi sprawcy do przestępstwa[25]. Ustawodawca pozostawił zatem sądowi orzekającemu w przedmiocie odpowiedzialności karnej szeroką swobodę w zakresie określenia, jakie cele ma spełnić kara pozbawienia wolności stosunku do konkretnego sprawcy. Po drugie, art. 69 § 2 k.k. zawiera otwarty katalog czynników branych pod uwagę przy orzekaniu warunkowego zawieszenia, co umożliwia uwzględnienie w tym zakresie również ugody zawartej przez sprawcę z pokrzywdzonym w wyniku mediacji.

Warunkowe zawieszenie jest karą pozbawienia wolności, tyle że niepodlegającą wykonaniu. W związku z tym, aby określić jej cele, pomocniczo można odnieść się do treści art. 67 k.k.w., który przewiduje cele kary pozbawienia wolności podlegającej wykonaniu.

[24] Zob. G. Goniewicz, *Orzekanie o warunkowym przedterminowym zwolnieniu z odbywania reszty kary pozbawienia wolności po nowelizacji kodeksu karnego*, Palestra 7-8/15, s. 75-85.

[25] Wniosek taki wynika z użytego w przepisie zwrotu „w szczególności".

Zgodnie z tym przepisem (§ 1) wykonywanie kary pozbawienia wolności ma na celu wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa. Należy stwierdzić, że pozytywny wynik mediacji przeprowadzonej między sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym może niewątpliwie przyczynić się do realizacji tak rozumianych celów kary pozbawienia wolności. Samo uczestnictwo w mediacji – co do zasady – świadczy bowiem o woli sprawcy w zakresie kształtowania jego społecznie pożądanych postaw, w tym poczucia odpowiedzialności za popełniony czyn[26].

Jeżeli za jeden z celów kary uznamy zadośćuczynienie słusznym interesom pokrzywdzonego (zapłata odszkodowania i/lub zadośćuczynienia) oraz społecznemu poczuciu sprawiedliwości, niewątpliwie ugoda zawarta w wyniku mediacji może przyczynić się do ich realizacji. Biorąc udział w mediacji pokrzywdzony będzie miał bowiem poczucie, że jego interesy zostały uwzględnione a on sam był dysponentem postępowania w dużo większym stopniu, aniżeli gdyby sprawa była rozpoznawana w zwykłym trybie. Także w odbiorze społecznym zawarcie ugody tworzy odczucie, że interesy pokrzywdzonego zostały w należytym stopniu uwzględnione, i to z udziałem i z inicjatywy samego pokrzywdzonego, nie zaś organów procesowych.

Co więcej, art. 69 § 2 każe sądowi uwzględniać zachowanie sprawcy po popełnieniu czynu zabronionego. *Lege non distinguente*, przepis ten obejmuje wszystkie zachowania sprawcy od momentu realizacji znamion czynu zabronionego do czasu orzekania. Nie chodzi tu zatem wyłącznie o zachowanie sprawcy przed wszczęciem postępowania karnego. Nie ma zatem przeszkód, by w ramach tej przesłanki sąd uwzględnił również chęć sprawcy do pojednania się z pokrzywdzonym (w tym także w wyniku mediacji), wzięcie udziału w mediacji, w szczególności zaś – jej pozytywny wynik.

Należy zauważyć, że w odróżnieniu od pozostałych środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, orzeczenie warunkowego zawieszenia następuje w wyroku skazującym a warunkowe zawieszenie jest karą. W związku z tym, dyrektywy wymiaru kary (w tym określone w art. 53 § 2 i 3 k.k.) znajdują doń bezpośrednie zastosowanie.

Podsumowując, pozytywny wynik mediacji pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym może mieć istotne znaczenie dla możliwości orzeczenia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Rozwiązanie to jest przy tym akceptowalne z funkcjonalnego i systemowego punktu widzenia. Sprawca zostanie co prawda skazany na karę pozbawienia wolności, jednak wzgląd na cele sprawiedliwości naprawczej przemawia za możliwością zawieszenia tej kary na okres próby. Pojednanie sprawcy z pokrzywdzonym jest ważkim powodem do nieorzekania kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia, która powinna być stosowana na zasadzie *ultima ratio,* a zatem wyłącznie wówczas, gdy orzeczenie kary łagodniejszej będzie niewystarczające. Jednocześnie, ze względu na otwarty katalog celów kary (art. 69 § 1 k.k.) oraz czynników

[26] Okoliczności konkretnej sprawy, z których wynika, że sprawca bierze udział w mediacji w celu uzyskania partykularnych korzyści procesowych, nie zaś po to aby pojednać się z pokrzywdzonym, mogą być wzięte pod uwagę przez sąd orzekający.

branych pod uwagę przy orzekaniu warunkowego zawieszenia (art. 69 § 1 k.k.), sąd może uwzględnić pozytywny wynik mediacji bez potrzeby sięgania do art. 53 § 2 i 3 k.k.

8. Wpływ pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia

Przesłanka materialna zastosowania warunkowego zwolnienia została określona w art. 77 § 1 k.k. Ponadto, art. 162 § 1 k.k.w., dotyczący orzekania o warunkowym zwolnieniu, stanowi, że sąd penitencjarny uwzględnia ugodę zawartą w wyniku mediacji. Na tle tych przepisów powstają jednak zasadnicze wątpliwości dotyczące wpływu pozytywnego wyniku mediacji na możliwość zastosowania warunkowego zwolnienia. Pierwszym z nich jest kwestia stosunku art. 162 § 1 k.k.w. do art. 77 § 1 k.k., drugim zaś – czy w art. 162 § 1 k.k.w. chodzi o mediację przeprowadzoną na etapie postępowania przygotowawczego bądź jurysdykcyjnego, czy też już na etapie wykonania kary pozbawienia wolności.

Art. 90 § 1 *in fine* k.k. z 1969 r., który określał przesłankę materialną warunkowego zwolnienia, stanowił, że warunkowe zwolnienie może być zastosowane, jeżeli „mimo niewykonania kary w całości jej cele zostały osiągnięte". *De lege lata* brak jest zaś uzależnienia możliwości zastosowania warunkowego zwolnienia od osiągnięcia celów kary. Nie ma zatem podstaw do uzależnienia stosowania warunkowego zwolnienia od osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności, określonych w art. 67 § 1 k.k.w. Przemawia za tym również zawarte w art. 77 § 1 k.k. sformułowanie „tylko wówczas", które można rozumieć dwojako – po pierwsze, jako zaakcentowanie wyjątkowego charakteru stosowania instytucji warunkowego zwolnienia, niepozostawiającego szerokiej swobody sądu orzekającego, po drugie zaś – jako wskazanie, że sąd orzekający w przedmiocie warunkowego zwolnienia nie może brać pod uwagę żadnych innych okoliczności, poza tymi wymienionymi w dyspozycji art. 77 § 1 k.k. Odnośnie pierwszego aspektu, w orzecznictwie sądowym wskazano, iż „Wolą ustawodawcy było uczynienie z warunkowego przedterminowego zwolnienia instytucji niemal wyjątkowej, a już na pewno nie miał on zamiaru dopuszczenia do liberalnej praktyki stosowania omawianego przepisu prawa"[27].

W związku z powyższym powstaje wątpliwość co do funkcji art. 162 § 1 k.k.w. oraz jego znaczenia w procesie orzekania o warunkowym zwolnieniu. W szczególności, rozstrzygnięcia wymaga czy zawarty w tym przepisie obowiązek uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji statuuje dodatkowy element pozytywnej prognozy kryminologicznej.

W nauce prawa nie brak poglądów, w myśl których pozytywny wynik mediacji zalicza się do faktorów wpływających na ocenę prognozy kryminologicznej skazanego[28]. Jak twierdzi S. Lelental, nawet bez istnienia art. 162 § 1 k.k.w. sąd penitencjarny

[27] Post. SA w Łodzi z dnia 23 marca 1999 r., II AKz' 114/99, OSNPK 7-8/00, s. 89 (z częściowo krytyczną glosą G. Wicińskiego, który pisał, że „Zarówno orzekanie kar, jak i stosowanie warunkowego zwolnienia po spełnieniu przesłanek formalnych nie może być ani surowe, ani łagodne – ma być racjonalne" – KZS 9/00, poz. 46), LEX 41523.

[28] M. Melezini (red.), *Kary i inne środki reakcji prawnokarnej* [w:] *System Prawa Karnego*, tom 6, teza 416.

powinien uwzględnić pozytywny wynik mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, gdyż podstawę do tego daje zawarta w art. 77 § 1 k.k. przesłanka zachowania się skazanego po popełnieniu przestępstwa[29].

Powinność uwzględnienia przez sąd penitencjarny ugody zawartej w wyniku mediacji została wprowadzona do k.k.w. od 1 września 2003 r.[30] Redakcja przepisu uległa zmianie od 1 stycznia 2012 r.[31] i uwzględnienie ugody zawartej w wyniku mediacji jest obecnie nie tylko powinnością, ale i obowiązkiem sądu penitencjarnego. Jednocześnie brak jest podstaw do stwierdzenia, że przed wprowadzeniem powyższych zmian do art. 162 § 1 k.k.w. sąd penitencjarny był pozbawiony formalnej możliwości uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu. Przywołany wyżej pogląd S. Lelentala należy zatem uznać za uzasadniony. Niewątpliwie bowiem dążenie skazanego do pojednania się z pokrzywdzonym w drodze mediacji – w szczególności jej pozytywny wynik – jest przejawem zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa, który wpływa na ocenę jego prognozy kryminologicznej. Z punktu widzenia funkcji warunkowego zwolnienia nie ma praktycznego znaczenia czy pozytywny wynik mediacji zostanie przez sąd penitencjarny uwzględniony jako element zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa, czy też jako samoistna przesłanka przewidziana w art. 162 § 1 k.k.w.

W związku z tym, zamknięty charakter katalogu określonych w art. 77 § 1 k.k. czynników wpływających na kształtowanie prognozy kryminologicznej nie może być przeszkodą w uwzględnieniu pozytywnego wyniku mediacji jako okoliczności przemawiającej za udzieleniem skazanemu dobrodziejstwa warunkowego zwolnienia. Należy jednak zaznaczyć, że obecna redakcja art. 162 § 1 k.k.w. jest wadliwa, co może powodować określone trudności.

Warunkowe zwolnienie jest instytucją o charakterze mieszanym, z elementami materialnymi oraz karno-wykonawczymi. *De lege lata* mamy do czynienia z repartycją przepisów dotyczących warunkowego zwolnienia. W przepisach k.k. uregulowano przesłanki merytoryczne i formalne jego stosowania (art. 77–80 k.k.) oraz skutki pozytywnego upływu okresu próby (art. 82 k.k.), zaś procedura orzekania w przedmiocie udzielenia i odwołania warunkowego zwolnienia, ustalenia i modyfikacji obowiązków w okresie próby oraz przebieg dozoru określone są w art. 159–163 k.k.w. Repartycja ta została poddana słusznej krytyce w nauce prawa[32].

Abstrahując jednak od zasadności umieszczenia regulacji warunkowego zwolnienia zarówno w k.k. jak i k.k.w., treść art. 162 § 1 k.k.w. stanowi wyraz niekonsekwencji ustawodawcy. O ile bowiem określone w tym przepisie wysłuchanie przedstawiciela

[29] S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 719–720.

[30] Na podstawie ustawy z dnia 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2003.142.1380).

[31] Na podstawie ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2011.240.1431).

[32] S. Lelental, *§ 28 Warunkowe przedterminowe zwolnienie* [w:] *System Prawa Karnego, t. 6, Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 1085–1087; J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 137.

zakładu karnego oraz sądowego kuratora zawodowego, jeżeli składał wniosek o warunkowe zwolnienie, jest elementem procedury orzekania o warunkowym zwolnieniu (co może uzasadniać umieszczenie tej regulacji w k.k.w.), o tyle uwzględnienie ugody zawartej w wyniku mediacji pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym ma charakter zbliżony do czynników wymienionych w art. 77 § 1 k.k., składających się na tzw. przesłankę materialną warunkowego zwolnienia. W celu usunięcia tej niespójności, *de lege ferenda* należałoby zatem umieścić obowiązek uwzględnienia przez sąd penitencjarny pozytywnego wyniku mediacji. Powinno to nastąpić poprzez wprowadzenie art. 77 § 1a k.k. o treści: „Sąd uwzględnia także ugodę zawartą pomiędzy skazanym a pokrzywdzonym w wyniku mediacji”[33].

Zasygnalizowana propozycja legislacyjna wymaga krótkiego komentarza. Po pierwsze, w ocenie autora niewłaściwe byłoby umieszczenie obowiązku uwzględnienia ugody zawartej w wyniku mediacji w treści art. 77 § 1 k.k. Z wyjątkiem bowiem badania tego, czy skazany po udzieleniu warunkowego zwolnienia będzie przestrzegał orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego – która to przesłanka została wprowadzona do art. 77 § 1 k.k. na mocy ustawa o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 r.[34] – wszystkie czynniki, które mają być wzięte pod uwagę przez sąd penitencjarny orzekający w przedmiocie warunkowego zwolnienia, mogą być oceniane w stosunku do każdego skazanego na karę pozbawienia wolności. Można bowiem badać postawę, właściwości i warunki osobiste każdego skazanego, okoliczności popełnionego przezeń przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności. Co oczywiste, nie wobec każdego skazanego orzeczono zaś środek karny lub środek zabezpieczający. Prognoza co do stosowania się, po udzieleniu zwolnienia, do takiego środka będzie zatem brana pod uwagę wyłącznie w stosunku do skazanego, wobec którego zapadło takie orzeczenie. Gdyby zatem wprowadzić obowiązek uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji do art. 77 § 1 k.k., mogłoby to sugerować, że udzielenie warunkowego zwolnienia jest możliwe tylko wówczas, gdy do takiej ugody doszło. Takie rozwiązanie jest zaś nieakceptowalne z systemowego punktu widzenia. Wystarczy zaakcentować, że do ugody może nie dojść ze względu na postawę pokrzywdzonego lub na brak osoby pokrzywdzonej przestępstwem (w przypadku tzw. przestępstw bez ofiar). Z powyższych względów zasadne jest przeniesienie obowiązku uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji z art. 162 § 1 k.k.w. do nowoutworzonej jednostki redakcyjnej w ramach art. 77 k.k.

W nauce prawa brak jest zgody co do tego czy art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy mediacji prowadzonej przed orzeczeniem kary pozbawienia wolności (w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym), czy też mediacji prowadzonej na etapie postępowania wykonawczego. Spór ten wynika przede wszystkim z mieszanego charakteru instytucji warunkowego zwolnienia (mającej elementy materialno-prawne jak i karno-wykonawcze). Zwolennicy obu poglądów wysuwają na ich uzasadnienie ważkie argumenty.

[33] Propozycja ta stanowiłaby regulację analogiczną do proponowanego art. 66 § 1a k.k.

[34] Dz.U.2015.396; weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Do autorów twierdzących, że art. 162 § 1 k.k.w. odnosi się do mediacji prowadzonej wyłącznie w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym zaliczają się K. Postulski, S. Lelental, C. Kulesza i K. Dąbkiewicz. S. Lelental wskazuje, że mediacja, o której mowa w art. 53 § 3 k.k., została uregulowana w art. 23a k.p.k. i odnosi się wyłącznie do postępowania przygotowawczego i sądowego. Art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy zaś postępowania wykonawczego, przy czym odpowiednie zastosowanie w tym postępowaniu art. 23a k.p.k. wykracza poza zakres wynikającego z art. 1 § 2 k.k.w. odpowiedniego stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu wykonawczym[35]. K. Postulski wskazuje, że k.k.w. nie przewiduje w postępowaniu wykonawczym instytucji mediacji, a zatem zawartą w art. 162 § 1 k.k.w. dyrektywę należy rozumieć w ten sposób, aby sąd penitencjarny orzekając o warunkowym zwolnieniu, uwzględniał ugodę mediacyjną zawartą we wcześniejszych stadiach postępowania karnego[36]. C. Kulesza twierdzi zaś, że pomimo iż po reformie z 2003 r. art. 23a k.p.k. został niejako wyjęty przed nawias i może znaleźć zastosowanie w całym procesie karnym, to uwzględniając fakt, że na mocy art. 53 § 3 k.k. wyniki mediacji mają zostać uwzględnione na etapie wymiaru kary, dotyczy to w zasadzie stadium przygotowawczego i sądowego[37]. I wreszcie, K. Dąbkiewicz podkreśla wadliwą redakcję art. 162 § 1 k.k.w., gdyż przepis ten – ani żaden inny w k.k.w. – nie określa trybu prowadzenia postępowania mediacyjnego na etapie wykonania kary. Prowadzi to tego autora do stwierdzenia, że brak jest możliwości przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym, co oznacza, że art. 162 § 1 k.k.w. jest regulacją pozbawioną większego znaczenia i sensu[38].

Z drugiej strony, autorzy tacy jak E. Bieńkowska, T. Szymanowski, D. Michta i A. Szczepański opowiadają się za autonomicznym charakterem regulacji art. 162 § 1 k.k.w. i dopuszczają możliwość przeprowadzenia postępowania mediacyjnego w postępowaniu wykonawczym. E. Bieńkowska odwołuje się do wykładni funkcjonalnej wskazując, że podstawowym celem mediacji w kontekście orzekania o warunkowym zwolnieniu jest zagwarantowanie pokrzywdzonemu poczucia bezpieczeństwa i spełnienie jego oczekiwań w tym zakresie poprzez „oswojenie go z możliwością spotkania sprawcy na wolności" i wywołanie u pokrzywdzonego przekonania, że skazany po opuszczeniu zakładu karnego nie będzie mu zagrażał[39]. T. Szymanowski wskazuje, że podstawą do przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym jest art. 1 § 2 k.k.w.[40] D. Michta i A. Szczepański twierdzą zaś, że ugoda, o której stanowi art. 162 § 1 k.k.w., jest instytucją autonomiczną, właściwą jedynie postępowaniu

[35] S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 719–720.

[36] K. Postulski, *Komentarz do art. 162 k.k.w.* [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. III; WK 2016.

[37] C. Kulesza, *Za i przeciw mediacji w sprawach karnych na gruncie aktualnej regulacji prawnej* [w:] *Mediacja karna jako forma sprawiedliwości naprawczej*, red. L. Mazowiecka, LEX/el. 2014.

[38] K. Dąbkiewicz, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym – refleksje na tle historii pewnej nowelizacji (art. 162 § 1* k.k.w.), Probacja 2013, nr 4, s. 67; zob. także: K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. III, WK 2015.

[39] E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych*, Warszawa 2011, s. 14–15.

[40] T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, PiP 2012, z. 2, s. 58; zob. także: T. Szymanowski, *Kodeks karny wykonawczy po nowelizacjach z 2003 r.*, PiP 2004, z. 3, s. 40; podobnie: A. Murzynowski, *Instytucja mediacji jako czynnik humanizacji*

wykonawczemu. Autorzy ci uzasadniają swój pogląd tym, że mediacja uregulowana w k.p.k. (pomiędzy pokrzywdzonym a podejrzanym lub oskarżonym) służy innym celom niż mediacja przewidziana w art. 162 § 1 k.k.w. (pomiędzy pokrzywdzonym a skazanym). Ponadto, na etapie orzekania o warunkowym zwolnieniu nie można ponownie uwzględniać tej samej okoliczności (tj. zawartej w wyniku mediacji ugody), która została już uwzględniona w procesie wymierzania kary (na podstawie art. 53 § 3 k.k.). Co więcej, gdyby regulacja art. 162 § 1 k.k.w. jedynie powielała treść stosownych przepisów k.k. i k.p.k., jej wprowadzenie byłoby zbędne, co byłoby sprzeczne z zasadą działania racjonalnego ustawodawcy[41]. Wypada również zasygnalizować, że w doktrynie są także obecne głosy pośrednie, które nie opowiadają się jednoznacznie po żadnej ze stron zasygnalizowanego wyżej sporu[42].

Należy przychylić się do poglądu autorów traktujących art. 162 § 1 k.k.w. jako autonomiczną regulację, umożliwiającą przeprowadzenie mediacji w postępowaniu wykonawczym. Jedynie taka konkluzja jest prawidłowa ze względu na funkcje warunkowego zwolnienia. Orzekając w przedmiocie warunkowego zwolnienia, sąd penitencjarny ma bowiem za zadanie określić, jakie będzie zachowanie skazanego po ewentualnym udzieleniu zwolnienia, a nie dalsze zachowanie w warunkach izolacyjnych[43]. Z tego punktu widzenia niewątpliwie ugoda zawarta na etapie wykonania kary pozbawienia wolności ma zdecydowanie większy walor prognostyczny, aniżeli taka ugoda zawarta jeszcze w postępowaniu przygotowawczym lub sądowym, co mogło mieć przecież miejsce wiele lat przed rozpatrywaniem przez sąd penitencjarny wniosku o warunkowe zwolnienie.

Ponadto, argumentacja autorów twierdzących, że art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy wyłącznie mediacji prowadzonej w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym, bazuje na treści art. 53 § 3, zgodnie z którym pozytywne wyniki mediacji są uwzględniane przez sąd na etapie wymiaru kary. Tymczasem przepis ten – podobnie jak pozostałe dyrektywy sądowego wymiaru kary – nie znajdują zastosowania na etapie orzekania w przedmiocie warunkowego zwolnienia. Warunkowe zwolnienie nie jest zaś desygnatem pojęcia „innego środka przewidzianego w tym kodeksie", o którym mowa w art. 56 k.k. Ustawodawca wprowadził bowiem autonomiczne przesłanki zastosowania warunkowego zwolnienia (w art. 77 oraz 78 i 79 k.k.), które mają charakter przepisów szczególnych względem dyrektyw wymiaru kary[44].

---

w stosowaniu prawa karnego w Polsce [w:] *W kręgu kryminologii romantycznej*, red. M. Fajst, M. Płatek, Warszawa 2004, s. 214–215.

[41] D. Michta, A. Szczepański, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym*, Palestra 7–8/2013, s. 79–85.

[42] L. Osiński, *Komentarz do art. 162 k.k.w.* [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2016.

[43] Post. SA w Lublinie z dnia 27 czerwca 2007 r., II AKzw 451/07, K-528, KZS 10/07 poz. 68, LEX nr 344493.

[44] A. Marek, *Komentarz do art. 56 k.k.*, teza 1 [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2010; post. SA w Białymstoku z dnia 31 stycznia 2013 r., II AKzw 43/13, Legalis nr 665853; pogląd o braku możliwości odpowiedniego zastosowania dyrektyw wymiaru kary w orzekaniu o warunkowym zwolnieniu został także zaprezentowany przez SA we Wrocławiu z dnia 31 stycznia 2007 r., II AKzw 1238/06, Legalis nr 95386; zob. także: J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 253. Sąd Najwyższy podzielił ten pogląd w uchwale 7 sędziów z dnia 26 kwietnia 2017 roku w sprawie

Wniosek o tym, że art. 162 § 1 k.k.w. dotyczy mediacji prowadzonej w toku postępowania wykonawczego znajduje również potwierdzenie w przeprowadzonej wykładni historycznej. Mianowicie, przed wprowadzeniem powinności uwzględniania ugody zawartej w wyniku mediacji w dniu 1 września 2003 r., brak było bezpośredniej podstawy (i to istniejącej w k.k.w.) pozwalającej na przeprowadzenie mediacji w toku postępowania wykonawczego. Wobec braku bezpośredniego odniesienia do mediacji w przepisach dotyczących warunkowego zwolnienia oraz zasygnalizowanego wyżej braku możliwości odpowiedniego zastosowania art. 53 § 3 k.k., ugoda zawarta przez sprawcę z pokrzywdzonym na etapie postępowania przygotowawczego lub jurysdykcyjnego mogła być uwzględniona jako element przesłanki zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa (art. 77 § 1 k.k.).

Przesłanka zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa dotyczy zaś wszystkich zachowań sprawcy od momentu popełnienia przestępstwa do wprowadzenia do wykonania kary pozbawienia wolności. Przyjęcie innego wniosku świadczyłoby o niespójności systemowej. Sąd penitencjarny musi mieć bowiem możliwość kompleksowej oceny wszystkich okoliczności związanych z zachowaniem skazanego od momentu popełnienia przestępstwa aż do orzekania o warunkowym zwolnieniu[45]. Jest przy tym oczywiste, że to samo zachowanie skazanego nie powinno być oceniane w ramach dwóch różnych przesłanek, określonych w art. 77 § 1 k.k. Skoro zaś ustawodawca zawarł w art. 77 § 1 k.k. przesłankę badania zachowania skazanego w trakcie odbywania kary, wynika z tego, że zachowanie skazanego w toku odbywania kary pozbawienia wolności nie stanowi już „zachowania skazanego po popełnieniu przestępstwa" w rozumieniu art. 77 § 1 k.k.

To z kolei oznacza, że o ile przed dniem 1 września 2003 r. nie było formalnej podstawy do przeprowadzenia mediacji w toku odbywania kary pozbawienia wolności oraz do uwzględnienia jej pozytywnych wyników w orzekaniu o warunkowym zwolnieniu, o tyle możliwość taka powstała po wprowadzeniu art. 162 § 1 k.k.w. w obecnym brzmieniu. Należy przy tym przyjąć, że wzięcie udziału w mediacji stanowi szczególny przejaw zachowania skazanego w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, niezwiązany ze specyfiką przebywania w warunkach izolacji więziennej, co uzasadnia wprowadzenie osobnej przesłanki uwzględniania przez sąd penitencjarny pozytywnego wyniku mediacji przy orzekaniu o warunkowym zwolnieniu (pomimo że z czysto formalnego punktu widzenia, wzięcie przez skazanego udziału w takiej mediacji stanowi desygnat jego zachowania w trakcie odbywania kary pozbawienia wolności).

Nie należy przy tym ignorować argumentu, że k.k.w. nie przewiduje procedury przeprowadzenia mediacji w postępowaniu wykonawczym, zaś art. 162 § 1 k.k.w. jest

o sygn. akt: I KZP 2/17; pogląd przeciwny został również zaprezentowany w doktrynie – zob. W. Wróbel, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, t. I, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004; tak też M. Budyn-Kulik, M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2014, komentarz do art. 56 KK oraz V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, wyd. 10, Legalis/el. 2014; podobnie N. Kłączyńska, *Komentarz do art. 56 KK, teza 2* [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, WKP 2012, LEX/el.,

[45] J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 261–262.

w istocie jedynym przepisem karno-wykonawczym dotyczącym mediacji. Przeprowadzenie mediacji w toku postępowania wykonawczego w warunkach określonych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2016 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych byłoby zaś co najmniej znacznie utrudnione, chociażby ze względu na fakt przebywania skazanego w warunkach izolacyjnych. Należy zatem zgodzić się z postulatem, że mediacja w postępowaniu wykonawczym powinna zostać szerzej uregulowana w k.k.w., najlepiej w osobnej jednostce redakcyjnej, na wzór art. 23a k.p.k.[46] Pewnym rozwiązaniem byłoby też wprowadzenie do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych rozwiązań umożliwiających prowadzenie mediacji z uwzględnieniem charakteru postępowania wykonawczego.

Wskazane powyżej trudności powodują, że art. 162 § 1 k.k.w. w zakresie, w jakim przewiduje (*implicite*) możliwość przeprowadzenia mediacji w toku postępowania wykonawczego, jest regulacją praktycznie martwą. Jest to niewątpliwie stan niekorzystny z punktu widzenia funkcjonowania instytucji warunkowego zwolnienia, jak również celów wykonywania kary pozbawienia wolności. Realna możliwość prowadzenia mediacji w toku odbywania kary pozbawienia wolności niewątpliwie mogłaby się bowiem przyczynić do wzbudzania w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanych postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego. Taka mediacja, prowadzona nierzadko po wielu latach od popełnienia przestępstwa, miałaby tę specyfikę, że byłaby prowadzona już nie w napiętej atmosferze postępowania przygotowawczego czy sądowego, ale w sytuacji, gdy konflikt na linii sprawca (skazany) – pokrzywdzony nie musi być już na tyle zaogniony co w niedługim czasie po popełnieniu przestępstwa, co zwiększałoby szanse na osiągnięcie porozumienia przez uczestników mediacji. Poza tym, pozytywny wynik takiej mediacji mógłby skłonić sąd penitencjarny do udzielenia warunkowego zwolnienia, co w sposób oczywisty prowadziłoby do poprawienia sytuacji skazanego.

Zasadne wydaje się zatem przypuszczenie, że z tych względów w razie istnienia regulacji pozwalających na efektywne prowadzenie mediacji już na etapie wykonania kary, możliwość taka spotkałaby się z dużym zainteresowaniem ze strony skazanych, odbywających karę pozbawienia wolności.

9. Podsumowanie

Jak szczegółowo wykazano powyżej, obecnie obowiązujące przepisy k.k., k.p.k. i k.k.w. dają formalną możliwość uwzględnienia przez sąd pozytywnego wyniku mediacji pomiędzy sprawcą przestępstwa (w przypadku warunkowego zwolnienia – skazanym) a pokrzywdzonym przy orzekaniu środków probacyjnych, jednak brak jest przewidujących taką możliwość przepisów dotyczących bezpośrednio środków probacyjnych.

[46] T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, PiP 2/2012, s. 58; D. Michta, A. Szczepański, *Mediacja w postępowaniu wykonawczym*, Palestra 7–8/2013, s. 79–85.

Brak takich przepisów stanowi jedną ze wskazanych we wstępie do niniejszego artykułu barier dla szerszego stosowania mediacji, a także uwzględnienia jej pozytywnego wyniku przy orzekaniu w przedmiocie środków probacyjnych. Wprowadzenie stosownych regulacji do k.k. mogłoby skłonić strony do częstszego brania udziału w mediacji, zaś sądy – do uwzględniania jej pozytywnego rezultatu w orzekaniu, w tym w kontekście stosowania środków probacyjnych. Zbyt rzadkie stosowanie mediacji wynika bowiem nie tylko z barier instytucjonalnych oraz stosunkowo niewielkiej świadomości społecznej co do istnienia takiej możliwości, ale także stąd, że przepisy k.k. w ograniczonym stopniu eksponują jej rolę. Wprowadzenie proponowanych przepisów art. 66 § 1a oraz 77 § 1a stanowiłoby bodziec do zaangażowania się stron postępowania karnego w mediację. Wobec obserwowanej w orzecznictwie tendencji do pobieżnej analizy okoliczności konkretnego przypadku i badania osoby konkretnego sprawcy przy orzekaniu o stosowaniu (lub o odmowie zastosowania) środków probacyjnych, wprowadzenie przepisów, które dawałyby sądom bezpośrednią podstawę do uwzględnienia pozytywnego wyniku mediacji przy ich orzekaniu, z dużą dozą prawdopodobieństwa wywarłoby pozytywny wpływ na praktykę orzeczniczą. To z kolei prowadziłoby do potencjalnej możliwości szerszego stosowania zarówno mediacji, jak i samych środków probacyjnych. Jako że ustawodawca stopniowo wprowadza do k.k., k.p.k. oraz k.k.w. przepisy dające wyraz koncepcji sprawiedliwości naprawczej, takie rozwiązanie należy uznać za korzystne z systemowego punktu widzenia. Ponadto, szersze niż obecnie stosowanie środków probacyjnych byłoby zgodne z zasadą *ultima ratio* kary pozbawienia wolności oraz pozwoliłoby na zmniejszenie wskaźnika prizonizacji i prowadzenie bardziej efektywnych działań resocjalizacyjnych wobec sprawcy w okresie próby w warunkach wolnościowych, co przełożyłoby się też na prowadzenie bardziej racjonalnej polityki kryminalnej. Stanowiłoby to również dodatkowy bodziec dla sprawcy do zażegnania konfliktu z pokrzywdzonym, wywołanego popełnieniem przestępstwa. W związku z tym, organy postępowania powinny dążyć do jak najszerszego korzystania z mediacji, zaś ustawodawca – do wprowadzenia regulacji, które umożliwią jej szersze zastosowanie, w tym także w postępowaniu wykonawczym.

* * *

The Meaning of a Positive Outcome of Mediation on a Possibility to Apply Probationary Measures

The article comprises a description of an impact of a positive outcome of mediation carried out between an offender and a victim on a possibility to impose a probationary measure by the court. The author makes the said analysis with regard to respective statutory regulations concerning probation, as well as their functions. The introduction to the article includes an overview of mediation as a restorative justice factor and its place in the Polish system of criminal law. The Author describes the prerequisites of determining the positive criminological forecast with regard to applying conditional discontinuation of proceedings, conditional suspension of penalty of imprisonment and conditional early release, as well as an impact of a positive

outcome of mediation on the application of each of these measures. Due to the insufficient use of mediation in practice, the article sets out legislative proposals, introduction of which should spread its use, which would also have an impact on the application of probationary measures.

Key words: restorative justice, mediation, probationary measures, positive criminological forecast, conditional discontinuation of proceedings, conditional suspension of penalty, conditional early release

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Piotr Gorzkowski[1]

Prawa nieletniego umieszczonego w policyjnej izbie dziecka na tle uwarunkowań prawnych

Streszczenie:

Na przestrzeni lat zagadnienie funkcjonowania policyjnych izb dziecka nie stanowiło przedmiotu zainteresowania opinii publicznej. System oraz tryb pracy tychże znany był jedynie funkcjonariuszom pełniącym służbę w milicji (policji). Obecnie, mimo ciągłej marginalizacji tego zagadnienia, dostrzegalne są przejawy zainteresowania również tą sferą działalności policji. Zagadnienie policyjnych izb dziecka stanowi tematykę ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych w sprawie pomieszczeń przeznaczonych dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia, pokoi przejściowych, tymczasowych pomieszczeń przejściowych i policyjnych izb dziecka, regulaminu pobytu w tych pomieszczeniach, pokojach i izbach oraz sposobu postępowania z zapisami obrazu z tych pomieszczeń, pokoi i izb oraz zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji w sprawie metod i form wykonywania zadań w policyjnej izbie dziecka. Analiza wyżej wymienionych aktów pozwala na sformułowanie szeregu postulatów dotyczących funkcjonowania tychże placówek ze szczególnym uwzględnieniem praw nieletnich umieszczonych w izbie.

Słowa kluczowe: nieletni, policyjna izba dziecka, zatrzymanie, postępowanie w sprawach nieletnich, prawa i obowiązki nieletniego

1. Wstęp

Policyjne izby dziecka to placówki o charakterze izolacyjnym, zapewniające doraźną opiekę nad nieletnimi zatrzymanymi na podstawie ściśle określonej przesłanki zawartej

[1] Autor jest absolwentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

w ustawie z dnia 26 października 1982 roku o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz.U. 2016 poz. 1654 – j.t. – dalej u.p.n.). Instytucje te swoim charakterem zbliżone są do Pomieszczeń dla Osób Zatrzymanych, z tą jednak różnicą, iż oprócz charakteru izolacyjnego, mają również charakter placówki opiekuńczej. Policyjne izby dziecka odgrywają szczególną rolę, gdyż w wielu przypadkach są niejako pierwszym przystankiem nieletniego, wobec którego toczy się lub toczyć się będzie postępowanie. Mając na uwadze, iż postępowanie w sprawach nieletnich nie jest postępowaniem karnym *sensu stricto,* czyli nieprowadzącym do wykazania odpowiedzialności karnej, a także jego wychowawczy charakter, wydaje się, iż standard ochrony praw osób zatrzymanych w policyjnych izbach dziecka powinien być niejako *ex definitione* większy od standardów panujących w Pomieszczeniach dla Osób Zatrzymanych. *De lege lata* tak jednak nie jest. Przepisy dotyczące tej materii nie realizują w pełni standardów założonych w Konstytucji i aktach prawa międzynarodowego. Sytuację dodatkowo komplikuje fakt, iż problematyka policyjnych izb dziecka, będąc zagadnieniem niezwykle rozległym, poruszana jest zarówno w aktach prawnych stanowiących źródło prawa w znaczeniu powszechnym (ustawy, umowy międzynarodowe i rozporządzenia), jak i w źródłach prawa wewnętrznego (zarządzenia odpowiednich organów). Niejednokrotnie powoduje to wewnętrzną sprzeczność oraz stanowi przyczynę odwrócenia hierarchii aktów prawnych, zauważalną chociażby w kwestii nadzoru nieletnich, o czym będzie jeszcze mowa. W niniejszym opracowaniu szczególną uwagę należy zwrócić na kwestie praw i obowiązków nieletnich. Przegląd tychże ma na celu wskazanie luk, nieścisłości tudzież niekonsekwencji ustawodawcy. Swoje rozważania rozpocznę od wskazania na podstawy prawne funkcjonowania policyjnych izb dziecka. Na łamach niniejszego opracowania nie sposób jednak wskazać wszystkich zmian, które w mojej opinii byłyby konieczne. Mając na uwadze powyższe, przedstawię jedynie te z postulatów, które należy zrealizować w pierwszej kolejności.

2. Policyjne Izby Dziecka – podstawy prawne funkcjonowania

Podstawą prawną funkcjonowania policyjnych izb dziecka jest art. 83 § 2 u.p.n. Zgodnie z ww. artykułem: „Policyjne izby dziecka tworzą i znoszą komendanci wojewódzcy oraz Komendant Stołeczny Policji w porozumieniu z Komendantem Głównym Policji". Warto w tym miejscu dodać, iż do roku 2009 kompetencja ta leżała w gestii ministra właściwego do spraw wewnętrznych, który obecnie, zgodnie z art. 83 § 1 u.p.n., sprawuje jedynie zwierzchni nadzór na policyjnymi izbami dziecka.

Kwestia nieletnich popadających w konflikt z prawem stanowi przede wszystkim przedmiot ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Wyżej wymieniony akt stanowi podstawę funkcjonowania, tworzenia i nadzoru nad policyjnymi izbami dziecka. Ustawa wskazuje, że policyjne izby dziecka są placówkami powołanymi do sprawowania pieczy doraźnej nad nieletnimi. Z założenia bowiem do policyjnych izb dziecka trafiają osoby pomiędzy 13 a 17 rokiem życia, które popełniły czyn karalny oraz osoby do 21 roku życia, względem których orzeczono wykonywanie środków wychowawczych

lub poprawczych (art. 1 § 1 pkt. 2 i 3 u.p.n.)[2]. Potencjalna różnica wiekowa umieszczonych w izbie jest zatem relatywnie wysoka.

Warunki jakim powinny odpowiadać policyjne izby dziecka zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 6 czerwca 2012 roku sprawie pomieszczeń przeznaczonych dla osób zatrzymanych lub doprowadzonych w celu wytrzeźwienia, pokoi przejściowych, tymczasowych pomieszczeń przejściowych i policyjnych izb dziecka, regulaminu pobytu w tych pomieszczeniach, pokojach i izbach oraz sposobu postępowania z zapisami obrazu z tych pomieszczeń, pokoi i izb. (Dz.U. 2012 poz. 638 z późn. zm. – dalej rozporządzenie MSW). Rozporządzenie określa ponadto:

– sposób przechowywania i niszczenia obrazu z monitoringu zainstalowanego w policyjnych izbach dziecka, udostępniania tych zapisów uprawnionym podmiotom a także warunki właściwego zabezpieczenia utrwalonego obrazu przed utratą, zniekształceniem lub nieuprawnionym ujawnieniem,
– regulamin pobytu w policyjnych izbach dziecka zawierający podstawowy katalog praw i obowiązków nieletnich umieszczonych w izbie.

Aktem prawa wewnętrznego, stanowiącego wzorzec postępowania dla funkcjonariuszy sprawujących służbę w policyjnej izbie dziecka, jest zarządzenie nr 134 Komendanta Głównego Policji z dnia 30 października 2012 r. w sprawie metod i form wykonywania zadań w policyjnej izbie dziecka (Dz.Urz. KGP poz. 59 z późn. zm. – dalej zarządzenie nr 134 Komendanta Głównego Policji). W poszczególnych rozdziałach wyżej wymienionego aktu uregulowano:

– sposób prowadzenia dokumentacji służbowej (książki przebiegu służby, książki ewidencji nieletnich, kwitów depozytowych, książki wizyt lekarskich, kart zapoznania z prawami i obowiązkami nieletnich, szczegółowym porządkiem dnia, regulaminem pobytu w izbie oraz informacją o wyposażeniu w urządzenia monitorujące),
– sposób pełnienia służby, wykonywania zadań,
– procedurę przyjmowania, wydawania, przekazywania i zwalniania nieletnich z izby,
– procedurę sprawdzania nieletnich,
– przegląd wyposażenia izby,
– postępowanie w przypadku wydarzeń nadzwyczajnych.

2. Zatrzymanie i umieszczenie nieletniego w policyjnej izbie dziecka

Podstawę prawną zatrzymania i umieszczenia nieletniego w izbie stanowią art. 32g oraz art. 32h u.p.n. Podmiotami uprawnionymi do zatrzymania i umieszczenia nieletniego w policyjnej izbie dziecka są Policja oraz Straż Graniczna w granicach jej właściwości. Zgodnie z art. 32g. § 1 u.p.n. zatrzymanym i umieszczonym w izbie dziecka może być nieletni, co do którego spełnione zostały następujące przesłanki:

– istnieje uzasadnione podejrzenie, że nieletni popełnił czyn karalny oraz zachodzi obawa jego ukrycia się lub istnieje obawa zatarcia śladów,

[2] Najwyższa Izba Kontroli, *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka*, kontrola nr P/16/085, Warszawa 2016, s. 8.

– istnieje uzasadnione podejrzenie, że nieletni popełnił czyn karalny przy jednoczesnej niemożność ustalenia tożsamości nieletniego.

Mimo zauważalnych podobieństw[3] wyżej wymienione przesłanki różnią się od przesłanek zatrzymania określonych w § 1 art. 244 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2016 poz. 1749 – j.t. z późn. zm. – dalej k.p.k.). Pierwszą i najbardziej zauważalną różnicę stanowi przesłanka uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, która w u.p.n. zastąpiona została określeniem uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu karalnego. Zgodnie z art. 1 § 1 pkt. 2 przez czyn karalny należy rozumieć przestępstwa lub przestępstwa skarbowe albo wykroczenia określone w art. 50a, art. 51, art. 69, art. 74, art. 76, art. 85, art. 87, art. 119, art. 122, art. 124, art. 133 lub art. 143 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz.U. 2015 poz. 1094 – j.t. z późn. zm. – dalej k.w.).

W celu wyjaśnienia przesłanek szczególnych zatrzymania wynikających z u.p.n. należy odwołać się do nauki procesu karnego. Wydaje się, iż do dokonania takiej wykładni uprawnia art. 20 § 1 u.p.n., który stanowi, iż do czynności policji w zakresie zbierania, utrwalania i przeprowadzania dowodów stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k. Uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa występuje zatem, gdy istnieje przekonanie oparte na konkretnych dowodach, że dana osoba popełniła przestępstwo. W doktrynie podkreśla się, iż nie musi być to przekonanie graniczące z pewnością, ale nie jest to też przekonanie mające oparcie tylko w intuicji[4]. Zasady te można przełożyć na grunt postępowania w sprawach nieletnich, przy czym nie może być oczywiście mowy, z racji specyfiki czynów nieletnich, o popełnieniu przestępstwa w rozumieniu teorii prawa karnego[5]. Przesłanka uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa należy uznać za przesłankę ogólną. Do zatrzymania zgodnego z prawem może dojść jedynie wówczas, gdy obok powyższej zostanie spełniona jedna z przesłanek dodatkowych.

> Uzasadniona obawa ukrycia się nieletniego zachodzi wtedy, gdy w związku z dotychczasowym zachowaniem nieletniego, jego stylem i trybem życia, nawykami charakteryzującymi się ucieczkami z domu, szkoły, placówki opiekuńczo-wychowawczej, nasuwa się przypuszczenie, że ukrycie się nieletniego jest wysoce prawdopodobne. Obawa zatarcia śladów czynu powinna być uzasadniona przeszłością nieletniego, okolicznościami sprawy, a zwłaszcza charakterem i rodzajem tych poszlak i dowodów, które w sprawie zostały zebrane oraz tych, które należy jeszcze zebrać[6].

Należy nadto zwrócić uwagę na fakt, iż zatrzymanie nieletniego ma zawsze charakter subsydiarny i fakultatywny.

---

[3] M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich na tle standardów europejskich*, Warszawa 2015, s. 122.

[4] L.K. Paprzycki [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1-424 Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa 2010, s. 796-797.

[5] Przestępstwem jest zachowanie się człowieka będące czynem bezprawnym, karalnym, karygodnym i zawinionym. Nie można mówić o przestępstwie w przypadku braku zaistnienia którekolwiek z wyżej wymienionych elementów.

[6] S. Klimaszewski, *Wybrane elementy postępowania w sprawach nieletnich. Część I,* Legionowo 2014, s. 15.

Kwestią sporną jest charakter czynności zatrzymania i umieszczenia nieletniego w policyjnej izbie dziecka[7]. Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich, regulując tę kwestię, nie używa nazwy: „środki zapobiegawcze", na wzór k.p.k.[8] Niewątpliwie jednak jest to rodzaj środka przymusu procesowego o charakterze izolacyjnym[9]. W literaturze postuluje się[10] nazwanie instytucji tego typu mianem „środków tymczasowych". Niewątpliwie, zerojedynkowe zakwalifikowanie zatrzymania i umieszczenia w izbie dziecka jako środka zapobiegawczego o charakterze izolacyjnym jest niewłaściwe. Środki tego typu nie mogą być bowiem stosowane przez policję, nawet w postępowaniu karnym[11]. Wydaje się, że najwłaściwsze byłoby zakwalifikowanie wymienionej czynności jako „tymczasowego środka opiekuńczego", tj. środka łączącego charakter izolacyjny z aspektem opiekuńczym. Pozwala to na dostrzeżenie charakteru izby, jako placówki również o charakterze opiekuńczym, a nie *stricte* izolacyjnym.

3. Postępowanie wobec zatrzymanego nieletniego

Zgodnie z art. 32g § 3 zatrzymanego nieletniego należy natychmiast poinformować o przyczynach zatrzymania, przysługujących mu prawach, w tym o prawie do skorzystania z pomocy adwokata, prawie do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania oraz o prawie złożenia zażalenia na czynności naruszające jego prawa. Podstawę realizowania prawa do składania zażalenia stanowi art. 31a § 1 u.p.n. Zażalenie na czynności naruszające prawa stron, w tym przez wzgląd na art. 30 § 1 pkt 1 u.p.n. nieletniego, rozpoznaje sąd rodzinny, na obszarze którego znajduje się policyjna izba dziecka. Wymieniony środek odwoławczy musi czynić zadość wymogom określonym w kodeksie postępowania cywilnego[12]. Nieletniego zatrzymanego na podstawie art. 32g § 1 u.p.n. należy niezwłocznie przesłuchać oraz na jego żądanie, umożliwić nawiązanie kontaktu z rodzicem albo opiekunem lub z adwokatem. Nieletniego należy kompleksowo pouczyć o uprawnieniach wynikających z ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, jak i o uprawnieniach przysługujących mu na mocy k.p.k. Zatrzymany nieletni powinien być pouczony o możliwości zawiadomienia o jego zatrzymaniu, na jego wniosek, pracodawcy lub szkoły (art. 261 § 3 w zw. z art. 245 § 2 k.p.k.)[13]. Policja ma obowiązek niezwłocznego (tj. od razu po uzyskaniu danych kontaktowych) poinformowania rodziców bądź opiekunów o zatrzymaniu nieletniego. Zawiadomienie powinno zawierać informacje określone w art. 32g § 3 u.p.n. Ustawa nie precyzuje formy takiego zawiadomienia, za wystarczający należy uznać w tym przypadku kontakt

[7] Zatrzymanie w policyjnej izbie dziecka i umieszczenie w policyjnej izbie dziecka należy traktować synonimicznie, tak też traktowane jest w literaturze; zob. P. Górecki, *Udział policji w postępowaniu w sprawach nieletnich*, Prok. i Pr. 1999, nr 3, s. 73.

[8] M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich…*, s. 121.

[9] P. Górecki, *Postępowanie poprawcze w sprawach nieletnich*, Sopot 1998, s. 133.

[10] A. Strzembosz, *Postępowanie w sprawach nieletnich w prawie polskim,* Lublin 1984, s. 98 i nast.

[11] M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich…*, s. 122.

[12] Zob. art. 20 § 1 u.p.n.

[13] S. Klimaszewski, *Wybrane elementy…,* s. 16.

telefoniczny. Fakt zawiadomienia rodziców powinien zostać odnotowany w protokole zatrzymania[14]. Zgodnie z art. 32g § 4 u.p.n.: „z zatrzymania nieletniego sporządza się protokół, zawierający w szczególności określenie miejsca, daty, godziny i przyczyny zatrzymania". Wzór protokołu stanowi załącznik do zarządzenia nr 18 Komendanta Głównego Policji z dnia 23 maja 2014 r. zmieniającego zarządzenie w sprawie metod i form wykonywania zadań przez policjantów w zakresie przeciwdziałania demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz działań podejmowanych na rzecz małoletnich (Dz.Urz. KGP poz. 41). W protokole zatrzymania należy określić z jakich przyczyn nastąpiło zatrzymanie nieletniego. W szczególności za niewystarczające należy uznać samo podejrzenie popełnienia przez nieletniego czynu. Konieczne jest wykazanie występujących przesłanek określonych w art. 32g § 1 u.p.n.: obawy ukrycia się nieletniego, obawy zatarcia śladów jego czynu albo niemożność ustalenia tożsamości nieletniego. Zgodnie z § 16 zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji kopia protokołu zatrzymania nieletniego stanowi podstawę przyjęcia nieletniego do izby. Wszelkie błędy w protokole mogą stanowić podstawę odmowy przyjęcia nieletniego do izby. Funkcjonariusz policji podejmujący jakiekolwiek czynności względem nieletniego powinien sporządzić zapis w notatniku służbowym oraz sporządzić notatkę urzędową, w której opisuje okoliczności zaistniałego zdarzenia oraz podjęte wobec nieletniego czynności[15].

Policja ma obowiązek poinformowania sądu rodzinnego o zatrzymaniu nieletniego, nie później niż w ciągu 24 godzin od chwili zatrzymania. Zgodnie z art. 32g § 7 u.p.n. nieletniego należy natychmiast zwolnić i przekazać rodzicom albo opiekunowi w przypadku ustania przyczyny zatrzymania, polecenia sądu rodzinnego, niezachowania terminu zawiadomienia sądu o zatrzymaniu nieletniego (termin wynosi 24 godziny) lub gdy w ciągu 48 godzin od chwili zawiadomienia właściwego sądu rodzinnego nie ogłoszono nieletniemu postanowienia o umieszczeniu w schronisku dla nieletnich lub tymczasowym umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, rodzinie zastępczej zawodowej albo w zakładzie leczniczym określonym w art. 12 u.p.n. Zgodnie z art. 32g § 8 u.p.n. nieletni, któremu ogłoszono postanowienie o umieszczeniu w schronisku dla nieletnich lub tymczasowym umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, rodzinie zastępczej zawodowej albo w zakładzie leczniczym określonym w art. 12 u.p.n, może przebywać w policyjnej izbie dziecka przez czas niezbędny do przekazania go do właściwej rodziny zastępczej zawodowej lub do właściwego zakładu leczniczego, ośrodka lub schroniska, nie dłużej jednak niż przez okres dalszych 5 dni.

W policyjnej izbie dziecka można umieścić również nieletniego zatrzymanego w trakcie jego samowolnego pobytu poza schroniskiem dla nieletnich albo poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym lub zakładem poprawczym na czas niezbędny do przekazania nieletniego do właściwego schroniska, ośrodka lub zakładu. W tym przypadku czas przebywania nieletniego nie może być dłuższy niż 5 dni. Jak wskazuje raport Najwyższej Izby Kontroli: „W blisko co piątej skontrolowanej policyjnej izbie

[14] Ibidem.

[15] Ibidem, s. 17.

dziecka, okres pobytu nieletnich w tych placówkach nie mieścił się w ramach czasowych ustalonych przepisami ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich"[16]. W tym miejscu nadmienić należy, iż przypadki przedłużonych pobytów wynikają z braku odpowiednich przepisów. Powstaje bowiem pytanie, co w sytuacji gdy okres maksymalny został przedłużony? Czy wówczas należy natychmiast zwolnić nieletniego? Daremnym byłoby poszukiwanie odpowiedzi na te pytania w u.p.n.[17] Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich powinna w świetle powyższego zawierać mechanizmy pozwalające na przedłużenie tego okresu. Zaniechanie ustawodawcy stało się przyczyną wykształcenia praktyk polegających na wydawaniu pisemnej zgody na przedłużenie pobytu w izbie lub polecenia o tożsamej treści. Problematyka przedłużonych pobytów w izbie dziecka jest wytykana przez niemalże każdy podmiot dokonujący kontroli w izbach. Częstokroć jednak sytuacje przedłużonego pobytu nie są spowodowane zaniechaniami personelu izb. Głównymi przyczynami są trudności ze wskazaniem miejsca we właściwym ośrodku, konieczność dokonania dalszych czynności procesowych, czy też wysokie koszty konwoju[18]. W świetle powyższego ewentualna potrzeba przedłużenia pobytu powinna być możliwa i zapadać w formie zaskarżalnego postanowienia. Forma ta zapewniłaby prawo do odwołania się od takiej decyzji, dodatkowo zabezpieczając interesy nieletniego.

Osobną podstawę do umieszczenia nieletniego w policyjnej izbie dziecka stanowi art. 32h u.p.n. Z treści wyżej wymienionego artykułu wynika, iż nieletni może zostać umieszczony w izbie na czas uzasadnionej przerwy w konwoju albo w doprowadzeniu, na czas nieprzekraczający 24 godziny.

Podstawą umieszczenia w izbie może być również stosowne polecenie sądu rodzinnego, wydane w formie zaskarżalnego postanowienia, na czas niezbędny do wykonania określonych czynności procesowych, nieprzekraczający 48 godzin. W przypadku przerwy w konwoju albo doprowadzeniu policja może umieścić nieletniego w izbie bez uprzedniego zarządzenia sądu rodzinnego, zawiadamiając o tym sąd właściwy ze względu na położenie izby.

4. Postępowanie z nieletnim po przyjęciu do izby dziecka

Pierwszą czynnością, którą należy podjąć wobec nieletniego, jest rozmowa, w trakcie której informuje się nieletniego o przysługujących mu prawach, ciążących na nim obowiązkach, szczegółowym porządku dnia, wyposażeniu izby w urządzenia monitorujące oraz zapoznaje się go z regulaminem pobytu w izbie. Każdy nieletni, niezależnie od podstawy zatrzymania, po przybyciu do izby zapoznawany jest z regulaminem izby (załącznik nr 12 do rozporządzenia MSW) oraz szczegółowym porządkiem dnia. Regulamin izby w § 1 określa postępowanie po przybyciu nieletniego do placówki. Zgodnie z § 6 ust. 4 pkt. 2 fakt przyjęcia nieletniego do izby rejestruje się w książce przebiegu

[16] Najwyższa Izba Kontroli, *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka*…, s. 7.

[17] Na problem ten wskazuje M. Korcyl-Wolska, *Postępowanie w sprawach nieletnich*…, s. 123.

[18] Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Krakowie, Wystąpienie Pokontrolne do kontroli o numerze P/16/085 – *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka,* Kraków 2016, s. 4.

służby, której wzór określa załącznik nr 1 do zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji. Fakt zaznajomienia się z powyższymi informacjami nieletni potwierdza poprzez złożenie podpisu w tzw. karcie zapoznania z prawami i obowiązkami nieletnich w policyjnej izbie dziecka, szczegółowym porządkiem dnia w policyjnej izbie dziecka, regulaminem pobytu nieletnich w policyjnej izbie dziecka, z informacją o wyposażeniu policyjnej izby dziecka w urządzenia monitorujące. Przy przyjęciu do izby nieletni podaje również swoje imię i nazwisko, imię ojca, datę i miejsce urodzenia, informację o miejscu zameldowania lub pobytu oraz informacje dotyczące stanu zdrowia. Powyższy sposób przedstawiania informacji nieletniemu może budzić pewne wątpliwości. Jak stwierdzono w raporcie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka: „wydaje się, że treść regulaminu może nie być w pełni zrozumiała dla nieletniego (dobrym przykładem może być występujący w regulaminach obowiązek przestrzegania zasad współżycia społecznego – § 9 ust. 1 pkt 4 regulaminu). Z treści przepisu można wnioskować, że ustawodawca zdaje sobie z tego sprawę i nakłada na kierowników obowiązek informowania nieletniego w formie rozmowy”[19]. Nieletniego przyjmowanego do izby poddaje się badaniom lekarskim i udziela się niezbędnej pomocy medycznej w przypadkach i na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 13 września 2012 roku w sprawie badań lekarskich osób zatrzymanych przez policję (Dz.U. 2012 poz. 1102).

Następnie nieletni przekazuje do depozytu wszelkie posiadane środki płatnicze, wartościowe przedmioty, dokumenty tożsamości, środki łączności, urządzenia techniczne służące do rejestrowania i odtwarzania informacji, przedmioty mogące stanowić zagrożenie dla porządku lub bezpieczeństwa w izbie, a także sznurowadła, szaliki, paski, zapałki i zapalniczki. Zgodnie z § 4 ust. 2 regulaminu nieletni podlega szczegółowemu sprawdzeniu w celu odebrania wyżej wymienionych rzeczy. Regulamin nie precyzuje jak powinno być dokonane owo sprawdzenie, wskazując jedynie na jego cel. Również zarządzenie nr 134 Komendanta Głównego Policji nie dostarcza odpowiedzi na pytanie o procedurę sprawdzenia. Paragraf 25 ust. 3 wyżej wymienionego zarządzenia stanowi, iż sprawdzenie polega na stwierdzeniu czy nieletni umieszczony w izbie posiada przedmioty, których posiadanie w izbie jest zabronione i odebraniu tych przedmiotów w przypadku ich ujawnienia. Powyższa definicja nie wnosi niczego nowego. Składa się bowiem ze wskazania na znaczenie słowa „sprawdzenie”, jako stwierdzenie jakiegoś faktu oraz wskazania celu owego sprawdzenia, który został już określony w regulaminie izby. W związku z powyższym pojawia się postulat szczegółowego doprecyzowania samej procedury sprawdzenia. W szczególności należy wskazać jakie czynności należy przedsięwziąć sprawdzając nieletniego. Brak takiego sprecyzowania przyczynia się do powstania szeregu wątpliwości, nawet wśród stosujących na co dzień regulamin policjantów. Sprawdzenie nieletniego należy odnotować w książce przebiegu służby, a znalezione przy nieletnim przedmioty, o ile nie są to przedmioty mogące stanowić dowód w sprawie, należy przekazać do depozytu.

[19] M. Szwast, K. Wiśniewska, M. Wolny, *Dzieci po drugiej stronie muru. Raport z monitoringu placówek dla nieletnich,* Warszawa 2014, s. 59.

Po dokonaniu powyższych czynności nieletni, stosownie do decyzji kierownika izby, zajmuje miejsce w wyznaczonej sypialni. Kierownik podejmuje decyzje mając na względzie bezpieczeństwo nieletnich, konieczność zapewnienia skuteczności działań podejmowanych przez Policję oraz poszanowanie praw nieletnich. Kierownik izby wskazuje nieletniemu miejsce w sypialni, bacząc aby osoby odmiennej płci przebywały oddzielnie, osoby które nie ukończyły 18 lat nie przebywały z osobami pełnoletnimi, nietrzeźwi nieletni nie przebywali z nieletnimi nieznajdującymi się w takim stanie. W przypadku, gdy nieletni stwarza swoim zachowaniem zagrożenie dla zdrowia lub życia własnego lub innej osoby, nie umieszcza się go w sypialni, w której przebywają inni nieletni. Ponadto, w przypadku wyjątkowo agresywnego zachowania nieletniego, należy wezwać lekarza. Nieletniego wskazującego objawy choroby zakaźnej umieszcza się w sypialni, w której nie przebywają inni nieletni. Również w tym przypadku należy wezwać lekarza, który po konsultacji wskaże dalsze postępowanie z nieletnim. Nieletni, który przybywa do policyjnej izby dziecka, otrzymuje odzież, bieliznę, obuwie odpowiednie do pory dnia i roku, o ile posiadana przez niego odzież nie nadaje się do użytku lub jej używanie nie jest dopuszczalne ze względów higienicznych. Nieletni otrzymuje ponadto środki czystości w postaci mydła i ręcznika. Nieletni powinien również otrzymać na czas ciszy nocnej pidżamę oraz do indywidualnego użytkowania: materac, podgłówek, koc (dwa koce w porze jesienno-zimowej) oraz pościel.

5. Nieletni w policyjnej izbie dziecka – prawa i obowiązki nieletniego

Dzień w policyjnej izbie dziecka realizowany jest według szczegółowego porządku dnia. Zgodnie z § 1 ust 6 regulaminu izby szczegółowy porządek dnia określany jest przez kierownika izby. Kierownik izby w tworzeniu porządku dnia nie ma całkowitej dowolności, musi bowiem uwzględnić w nim czas na zajęcia wychowawczo-opiekuńcze, kulturalno-oświatowe, sportowo-rekreacyjne, czas na prace porządkowe, czas na poobiedni odpoczynek oraz ciszę nocną w godzinach od 22^{00} – 6^{00}. Regulamin izby w sposób szczegółowy określa również sposób, godziny podania oraz wartość energetyczną posiłków wydawanych nieletnim.

Nieletni umieszczony w izbie ma szereg praw, których wykonywanie należy mu umożliwić. Katalog takich praw wymienia § 8 ust. 1 regulaminu izby. Są to między innymi: możliwość wykonywania praktyk religijnych, możliwość palenia tytoniu, możliwość otrzymywania paczek, możliwość składania próśb, skarg i wniosków[20], możliwość odwiedzin rodziców, obrońcy lub opiekuna, możliwość skorzystania z zajęć na świeżym powietrzu przez minimum 1 godzinę (w przypadku, gdy nieletni przebywa w izbie ponad 24 godziny), możliwość korzystania z prasy, środków audiowizualnych, literatury, sprzętu świetlicowego i sportowego, możliwość korzystania z posług

[20] Zarządzenie nr 134 Komendanta Głównego Policji w § 15 stanowi: „W przypadku zgłoszenia przez nieletniego zamiaru wniesienia zażalenia na zatrzymanie, złożenia prośby, skargi lub wniosku, policjant pełniący służbę w izbie jest zobowiązany podjąć czynności, mające na celu realizacje uprawnień nieletniego, a w szczególności udostępnić papier i przyrządy do pisania oraz zapewnić warunki umożliwiające sporządzenie tych pism".

religijnych. Nieletniemu umieszczonemu w izbie zapewnia się możliwość korzystania z opieki lekarskiej. Możliwość ta zagwarantowana jest w zarządzeniu nr 134 Komendanta Głównego Policji[21].

Zgodnie z § 8 pkt. 8 regulaminu nieletni ma możliwość składania próśb, skarg oraz wniosków do kierownika izby lub wyznaczonego przez niego policjanta[22]. Wydaje się, że taki sposób składania próśb, skarg oraz wniosków nie może zostać uznany za w pełni efektywny, a to w związku z brakiem możliwości anonimowego składania skarg, wniosków lub próśb. Łatwa do wyobrażenia jest sytuacja, w której nieletni z obawy przed konsekwencjami płynącymi ze złożenia skargi, odstępuje od realizacji swoich praw. Świadomość istnienia możliwości anonimowego złożenia skargi znacząco wpłynęłaby na efektywność i transparentność ww. procedury[23]. Zgodnie z Regułą nr 121 Zaleceń CM/Rec (2008) 11 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie europejskich reguł dla młodocianych przestępców objętych sankcjami lub środkami alternatywnymi[24], procedury składania próśb i skarg w przypadku nieletnich powinny cechować się jak największą prostotą i efektywnością. Natomiast decyzje podejmowane w sprawie skarg i wniosków powinny być podejmowane niezwłocznie. Uzasadnienie negatywnego załatwienia skargi nie może ograniczać się do podania jedynie podstaw prawnych i faktycznych, musi być w pełni zrozumiałe dla nieletniego. Nieletni, a w pewnych przypadkach rodzice lub opiekun prawny, powinni mieć prawo do odwołania się do niezależnego i bezstronnego organu od wydanej decyzji. Brak przepisów umożliwiających nieletniemu złożenie skargi anonimowej, czy też odwołania od decyzji wydanej w skutek skargi, należy ocenić negatywnie.

Zgodnie z § 9 regulaminu izby, nieletniego umieszczonego w izbie informuje się o konieczności przestrzegania regulaminu, wykonywania poleceń policjantów pełniących służbę w policyjnej izbie oraz poleceń pracowników wykonujących w niej zadania, przestrzegania ciszy nocnej, zasad współżycia społecznego, konieczności dbania o higienę osobistą i o czystość pomieszczeń, a także informowania personelu izby o wystąpieniu zagrożenia życia lub zdrowia, zniszczeniu wyposażenia mienia lub o innym groźnym zdarzeniu. Nieletniego informuje się ponadto o konieczności brania udziału w zajęciach wychowawczo-opiekuńczych, kulturalno-oświatowych, sportowo-rekreacyjnych oraz o konieczności udziału w pracach porządkowych na terenie izby. Jak wynika z powyższego, uczestnictwo w zajęciach prowadzonych w izbie nie jest jedynie formą spędzania czasu w izbie, a wręcz obowiązkiem nieletniego. Zajęcia prowadzone są według planu i metod wychowawczych zindywidualizowanych do potrzeb nieletniego i jego

[21] Zob. § 14. 1. Do obowiązków kierownika izby w szczególności należy:
5) niezwłoczne informowanie lekarza o konieczności badania lekarskiego w przypadku uskarżania się nieletniego na zły stan zdrowia, podejrzenia, że jest on chory zakaźnie lub zakażony oraz odnotowanie tego w książce przebiegu służby.

[22] M. Szwast, K. Wiśniewska, M. Wolny, *Dzieci po drugiej stronie muru…*, s. 56.

[23] Ibidem.

[24] Zalecenie CM/Rec (2008) 11 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie zasad europejskich dotyczących kar i środków alternatywnych stosowanych wobec sprawców nieletnich (przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 5 listopada 2008 r. na 1040. zebraniu Zastępców Ministrów).

środowiska, zmierzających do rozwijania zainteresowań nieletniego, a także umiejętności współżycia w zespole. Zgodnie z Regułami Narodów Zjednoczonych dotyczącymi Ochrony Nieletnich Pozbawionych Wolności[25] każdy nieletni powinien mieć prawo do codziennych ćwiczeń na świeżym powietrzu (kiedy tylko pozwalają na to warunki atmosferyczne). Jak już wyżej wspomniano, nieletni ma prawo do korzystania z zajęć ruchowych na świeżym powietrzu, o ile czas jego przebywania w izbie wynosi ponad 24 godziny. Zasadna wydaje się zmiana § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia MSW w postaci zwiększenia liczby godzin przeznaczonych na zajęcia na świeżym powietrzu. Obecnie bowiem czas ten wynosi jedynie godzinę.

Regulamin izby określa katalog nagród i kar, jako środki oddziaływania wychowawczego. Nagrodą stosowaną wobec nieletniego jest pochwała. Zgodnie z § 13 nieletni może zostać nagrodzony za właściwą postawę i zachowanie, aktywne uczestnictwo w zajęciach i pracach na terenie izby, wzorowe przestrzeganie szczegółowego porządku dnia i regulaminu izby. Informacja o udzieleniu nieletniemu pochwały przesyłana jest do sądu rodzinnego. W przypadku zachowania niepożądanego, zgodnie z § 14, nieletni może zostać upomniany. O niewłaściwej postawie i zachowaniu nieletniego informowany jest na piśmie sąd rodzinny. System nagród i kar funkcjonujący w policyjnych izbach dziecka umacnia w przekonaniu, iż są to placówki o charakterze opiekuńczym.

Rodzice oraz opiekunowie zatrzymanych nieletnich przebywających w izbie mają prawo do odwiedzin w izbie swoich dzieci lub podopiecznych. W trakcie widzenia rodzice mogą zasięgać informacji dotyczących zachowania nieletnich. Rodzice mogą uzyskać informację dotyczącą terminu planowanego konwoju lub adresu wskazanego dla nieletniego ośrodka lub zakładu. Zgodę na odwiedziny wyraża sąd rodzinny w przypadku, gdy dziecko przebywa w izbie w związku z popełnionym czynem karalnym lub w związku z samowolnym pobytem poza zakładem poprawczym albo schroniskiem dla nieletnich, albo kierownik izby lub policjant prowadzący sprawę nieletniego w przypadku, gdy nieletni przebywa w izbie w związku z samowolnym pobytem poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym lub oczekuje na wskazanie i umieszczenie w ośrodku (§ 8 ust. 1 pkt 9 regulaminu). Wskazane powyżej zasady udzielania zgody dotyczą również kontaktu nieletniego z obrońcą.

W tym miejscu należy mocno zasygnalizować sprzeczność takiego rozwiązania z zasadami wynikającymi z Konstytucji, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, a także z zasadami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Wydaje się, że rozwiązanie to, w zakresie konieczności uzyskania zgody na widzenie z obrońcą, stoi w sprzeczności z art. 42 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który statuuje prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Zauważalna jest także sprzeczność z art. 37 lit. d KPD[26] oraz art. 6 pkt. 3 lit. c EKPCz[27]. Tym bardziej za niedopuszczalne

[25] Reguły Narodów Zjednoczonych dotyczące Ochrony Nieletnich Pozbawionych Wolności przyjęte w dniu 14 grudnia 1990, United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of Their Liberty.

[26] Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. 1991 nr 120 poz. 527 z późn. zm.).

[27] Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Rzym dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284 z późn. zm.).

należy uznać przypadki odmowy udzielenia zgody przez kierownika izby lub policjanta prowadzącego sprawę na widzenie. Przypadki takie zdarzały się w pięciu policyjnych izbach dziecka, mimo iż regulamin nie przewiduje możliwości odmowy[28].

W trakcie odwiedzin rodzice mogą przekazać nieletniemu paczkę żywnościową. Rodzice mogą także dostarczyć odzież lub inne środki niezbędne do pobytu w placówce do której nieletni ma być przewieziony[29]. W trakcie widzenia z rodzicem, w większości izb, obecny jest funkcjonariusz policji. Obecność funkcjonariusza policji tłumaczy się § 9 ust. 1 pkt. 1 zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji, w myśl którego policjantom pełniącym służbę zabrania się pozostawiania bez nadzoru nieletnich umieszczonych w izbie. Wartym podkreślenia jest fakt, iż wymienione zarządzenie nie określa definicji nadzoru. Jedynie w nielicznych placówkach zrezygnowano z obecności funkcjonariusza. Niewątpliwie obecność ta, choć podyktowana względami bezpieczeństwa, sprzeczna jest z podstawowymi zasadami panującymi w szeroko pojętym postępowaniu z nieletnimi. Wydaje się, że podstawową zasadą, z którą § 9 ust. 1 pkt 1 zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji stoi w sprzeczności, jest zasada wynikająca z art. 49 Konstytucji[30]. Wymieniony artykuł stanowi o wolności i ochronie tajemnicy komunikowania się, a jej ograniczenie może wynikać tylko i wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. A zatem, obecność funkcjonariusza nie powinna stanowić reguły, lecz wyjątek podyktowany szczególnym względami bezpieczeństwa postępowania, bezpieczeństwa nieletniego, placówki lub osób odwiedzających. Należy mieć bowiem na uwadze, że obecność funkcjonariusza może działać krępująco na nieletniego. Nieletni może bać się opowiadać swoim rodzicom o pobycie w izbie dziecka, stosunku personelu do niego oraz o warunkach w jakich przebywa, a to z uwagi na lęk przed ewentualnymi konsekwencjami ze strony personelu izby. W związku z tym należy uznać za właściwe postulowanie zmiany zarządzenia nr 134 Komendanta Głównego Policji w postaci umieszczenia w jego treści definicji nadzoru oraz form jego wykonywania. Wprowadzenie odpowiedniej definicji, spełniającej w pełni konstytucyjne i międzynarodowe standardy, przyczyniłoby się do znaczącej poprawy poszanowania prawa do prywatności, intymności i niezależności.

6. Podsumowanie

Kończąc analizę przepisów prawnych będących przedmiotem niniejszej pracy, należy stwierdzić, iż z pewnością nie wyczerpują one całokształtu problematyki związanej z funkcjonowaniem policyjnych izb dziecka. Przepisy te zawierają luki, są niejednokrotnie wewnętrznie niespójne. Na łamach niniejszego artykułu nie sposób zamieścić wszystkich propozycji zmian, które w mojej opinii są konieczne. Niemniej już realizacja wskazanych postulatów niewątpliwie przyczyniłaby się do zwiększenia standardów ochrony praw nieletnich w policyjnych izbach dziecka.

[28] Najwyższa Izba Kontroli, *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka…*, s. 11.

[29] Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, *Izba dziecka – informacje dla rodziców,* http://malopolska.policja.gov.pl/pl/content/izba-dziecka-informacje-dla-rodzicow.

[30] Najwyższa Izba Kontroli, *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka…*, s. 11.

W związku z wyżej przedstawionymi problemami dodatkowo warto zastanowić się, czy katalog osób zatrzymywanych i umieszczanych w policyjnych izbach dziecka nie powinien zostać zawężony. Jak wskazano poprzednio, w izbie umieszczani są nieletni w różnym wieku (skrajna rozpiętość wiekowa może wynosić nawet 8 lat), o różnym stopniu demoralizacji (zatrzymywanymi mogą być osoby samowolnie przebywające poza młodzieżowym ośrodkiem wychowawczym a także zatrzymani samowolnie przebywający poza zakładem poprawczym). Mając zatem na względzie charakter policyjnych izb dziecka jako placówek również o charakterze opiekuńczym, należy rozważyć wyłączenie z powyższego katalogu osób, które ukończywszy lat 18 samowolnie przebywają poza zakładem poprawczym. Docelowo wymienione osoby po zatrzymaniu powinny być umieszczane w Pomieszczeniach dla Osób Zatrzymanych na czas potrzebny do zorganizowania konwoju, nie dłużej jednak niż 48 godzin. Przebywanie w jednej izbie osób umieszczonych w zakładzie poprawczym oraz osób, wobec których zastosowano „jedynie" środki wychowawcze, może doprowadzić do dalszej demoralizacji tych drugich. W konsekwencji określony w preambule do ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich postulat zwalczania demoralizacji, *de le lata*, stoi w sprzeczności z tak zakreślonym kręgiem osób umieszczanych w izbie.

Mówiąc o postulatach dotyczących zmian w ustawie o postępowaniu w sprawach nieletnich nie sposób pominąć przepisów dotyczących okresu przebywania nieletnich w policyjnych izbach dziecka. W swoim obecny brzmieniu art. 32g § 8 i § 9 nie normują postępowania w sytuacji, w których ze względu na różne okoliczności, nieletni przebywają w policyjnej izbie dziecka dłużej niż okres wskazany w wymienionych przepisach. Takie sytuacje, w świetle przedstawionych wyżej raportów NIK i HFPC, są nagminne[31]. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w ekstremalnych sytuacjach czas ten wynosił aż 18 dni[32].

Podsumowując, na podstawie powyższego opracowania można stwierdzić, iż w dotychczasowych opracowaniach mających na celu przedstawienie funkcjonowania policyjnych izb dziecka brakuje praktycznego spojrzenia na tę problematykę. Głównie dotyczy to nie tyle kwestii technicznych czy dostosowania pomieszczeń, ale podejścia do samych zatrzymanych nieletnich. Należy mieć na uwadze fakt, iż policyjna izba dziecka to również placówka opiekuńcza, która powinna mieć na celu tymczasowe sprawowanie pieczy oraz dbanie o bezpieczeństwo osób tam przebywających. W związku z wyżej przedstawionymi problemami należy wyrazić nadzieję, iż z biegiem czasu obowiązujące przepisy zostaną w pełni dostosowane do praw wyrażonych w Konstytucji oraz będą w całości wypełniać międzynarodowe standardy.

[31] Szerzej Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Krakowie, Wystąpienie Pokontrolne do kontroli o numerze P/16/085 – *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka,* Kraków 2016, s. 3–5.

[32] Najwyższa Izba Kontroli, *Funkcjonowanie policyjnych izb dziecka…,* s. 7; M. Szwast, K. Wiśniewska, M. Wolny, *Dzieci po drugiej stronie muru…,* s. 73.

* * *

The Rights of a Minor Placed in a Police Child Detention Centre in Relation to Juridical Conditions

Through the years the police child detention centers in Poland have not been of particular interest in Polish society. The system and functioning of these institutions were known only to police officers. Nowadays, despite the constant marginalization of this issue, expression of interest in this range of police activity can be noticeable. The subject of police child detention centers concentrates in following acts: juvenile crime law, Minister of Internal Affairs Ordinance on the premises for detainees or persons brought to sober, temporary transition premises and police child detention centers, internal rules applied in these rooms, as well as procedures for the video recordings maintenance, Chief of Police Ordinance No. 134 on the methods and forms of performing tasks in the police child detention centers. Analysis of acts listed above allows to formulate a number of practical conclusions concerning functioning of these institutions, with a special regard to the juveniles rights and duties.

Key words: juvenile, police child detention center, detention, juvenile delinquency proceedings, juveniles rights and duties

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Marcin Klonowski[1]

Art. 440 k.p.k. jako podstawa przełamania kierunku zaskarżenia oraz orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów w postępowaniu odwoławczym w procesie karnym

Streszczenie:

Przedmiotem artykułu jest analiza art. 440 k.p.k. na płaszczyźnie modelowej oraz w perspektywie konkretnych przypadków jego zastosowania. Przepis ten stanowi podstawę przełamania kierunku środka zaskarżenia oraz orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, jeżeli utrzymanie w mocy powodowałoby rażącą niesprawiedliwość orzeczenia. Autor wskazuje, iż z perspektywy modelowej regulacja ta nadaje postępowaniu odwoławczemu rewizyjny charakter. Teza ta uzasadniona jest przede wszystkim szerokim zakresem klauzuli generalnej oraz obowiązkiem zastosowania art. 440 k.p.k. przez sąd odwoławczy. Autor stawia również tezę, iż obecne brzmienie art. 440 k.p.k. nie koresponduje ze zmianami dokonanymi na gruncie przepisów normujących postępowanie odwoławcze.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, apelacja, kierunek zaskarżenia, zakres zaskarżenia

1. Wstęp

Art. 440 k.p.k. odgrywa ważną rolę w instancyjnej kontroli orzeczeń w postępowaniu karnym. Regulacja ta ma znaczenie modelowe, bowiem współkształtuje obowiązujący wzorzec kontroli odwoławczej w procesie karnym. Oprócz płaszczyzny modelowej

[1] Autor jest doktorantem w Katedrze Postępowania Karnego WPIA Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

art. 440 k.p.k. odgrywa istotną funkcję w systemie kontroli odwoławczej jako przesłanka przełamania kierunku środka zaskarżenia, podstawa orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz element kształtujący charakter orzeczenia wydawanego przez sąd odwoławczy. Na przełomie ostatnich nowelizacji[2] zarówno art. 440 k.p.k. jak i przepisy odnoszące się do niego przeszły szerokie zmiany. Celem niniejszego artykułu jest zarysowanie oraz ocena podstawowych problemów wynikających z obecnego uformowania art. 440 k.p.k.

Z perspektywy modelu postępowania odwoławczego art. 440 k.p.k. jako klauzula generalna nakładająca na sąd drugiej instancji obowiązek weryfikacji orzeczenia poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami jest przejawem silnego paternalizmu wobec stron postępowania i stanowi istotne ograniczenia funkcjonowania w procesie karnym takich zasad procesowych jak zasada kontradyktoryjności, czy zasada dyspozytywności. Liczne zmiany art. 440 k.p.k. na przełomie ostatnich nowelizacji doprowadziły między innymi do nadania omawianemu przepisowi nowej funkcji, polegającej na określeniu go również jako przesłanki przełamania kierunku środka zaskarżenia. Poszerzenie zakresu zastosowania tego przepisu nie zostało jednak sprzężone ze stosowną zmianą jego językowego brzmienia. Powyższe prowadzi do zanegowania praktycznej funkcji tego przepisu jako podstawy do przełamania kierunku zaskarżenia wyroków uniewinniających i umarzających zaskarżonych tylko na niekorzyść oskarżonego. Wątpliwości z perspektywy prawidłowości uregulowania budzi również sposób harmonizacji brzmienia art. 440 k.p.k. z art. 437 § 2 zdanie 2 k.p.k. w zakresie, w jakim drugi z omawianych przepisów dopuszcza wydanie orzeczenia kasatoryjnego. W zasadniczy sposób ograniczona została możliwość kasatoryjnego orzekania z uwagi na wystąpienie przesłanki z art. 440 k.p.k., co prowadzić może w pewnych przypadkach do braku możliwości korekty orzeczenia pomimo ujawienia się poważnych uchybień procesowych, niewiążących się jednak z koniecznością przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości. Na kwestię rażącej niesprawiedliwości orzeczenia jako przesłanki umożliwiającej orzekanie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów spojrzeć należy również przez pryzmat niewłaściwie – w ocenie autora – uregulowanej problematyki określanie zakresu rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy.

2. Model postępowania odwoławczego a klauzula generalna dopuszczająca orzekanie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów

Zasadniczą funkcją postępowania odwoławczego w procesie karnym jest funkcja kontrolna[3] zmierzająca do zbadania prawidłowości wydanego orzeczenia, a następnie – w przy-

[2] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247) wraz ze zmianami wynikającymi z ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 poz. 396), które weszły w życie w dniu 1 lipca 2015 r. jak również ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 437), która weszła w życie w dniu 15 kwietnia 2016 r.

[3] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu,* Warszawa 2016, s. 544.

padku stwierdzenia uchybień – do skorygowania błędnej decyzji procesowej. Celem postępowania odwoławczego jest urzeczywistnienie głównego celu postępowania karnego, a mianowicie realizacja zasady trafnej reakcji karnej będącej przejawem zasady sprawiedliwości[4]. Podobnie jak oparcie modelu postępowania dowodowego na zasadzie kontradyktoryjności sprzyjać ma ustaleniu prawdy w ramach sporu stron, tak uformowanie postępowania odwoławczego w oparciu o zasadę dyspozytywności wiązać się powinno ze związaniem sądu odwoławczego środkiem odwoławczym sformułowanym przez stronę i podejmowaniem przez sąd kontroli orzeczenia co do zasady w zakresie kwestionowanym przez strony. Model postępowania odwoławczego, a w szczególności postępowania apelacyjnego, ma zasadniczy wpływ na to, w jaki sposób realizowana jest w danym systemie funkcja kontrolna. W piśmiennictwie wyróżnia się trzy zasadnicze modele kontroli przed sądem drugiej instancji: model kontroli apelacyjnej, kasacyjnej i rewizyjnej orzeczeń[5]. Model apelacyjny cechuje się orzekaniem w zasadzie w granicach zaskarżenia[6], model kasacyjny nie tylko w granicach zaskarżenia, ale także w granicach podniesionych zarzutów[7]. Natomiast podstawową cechą modelu rewizyjnego kontroli odwoławczej jest szeroki zakres kontroli rewizyjnej, uniezależniony najczęściej od granic zaskarżenia, a tym bardziej od podniesionych zarzutów[8].

Szczególną funkcję w modelu rewizyjnym pełni rażąca niesprawiedliwość orzeczenia[9] jako przesłanka orzekania niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Klauzula generalna obligująca sąd do orzekania poza granicami zaskarżenia ze względu na rażącą niesprawiedliwość orzeczenia silnie przemawia za modelem rewizyjnym kontroli odwoławczej, pomimo pozornego nazwania środka odwoławczego apelacją. Model postępowania odwoławczego na przełomie ostatnich kilku lat ulegał silnym przeobrażeniom, związanym z dwoma wielkimi nowelizacjami[10]. Postawić należy tezę, iż po nowelizacji k.p.k. z 11 marca 2016 r. utrzymana została tendencja zmierzająca do ograniczenia kasatoryjności przed sądem drugiej instancji[11].

---

[4] A. Gaberle, Z. Doda, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Tom II,* Warszawa 1997, s. 41.

[5] A. Kaftal, *System środków odwoławczych w procesie karnym,* Warszawa 1972, s. 13.

[6] Ibidem, s. 23.

[7] Ibidem, s. 31.

[8] Ibidem, s. 37.

[9] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 1969 nr 13 poz. 96 z późn. zm.) w art. 389 przewidywała, iż orzeczenie podlega zmianie na korzyść oskarżonego lub uchyleniu niezależnie od granic środka odwoławczego, jeżeli jest ono oczywiście niesprawiedliwe. W obecnie obowiązującym art. 440 k.p.k. przesłanką orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami jest rażąca niesprawiedliwość orzeczenia. Pomimo leksykalnej zmiany brzmienia przesłanki zakres dwóch pojęć jest tożsamy, dlatego brak jest przeciwskazań do odwoływania się do orzecznictwa wydanego na kanwie poprzednio obowiązującego k.p.k.

[10] Zob. przypis 2.

[11] P. Czarnecki, *Quo vadis appellatio…? Rewolucja czy ewolucja w aktualnym modelu postępowania odwoławczego w sprawach karnych?* [w:] *Postępowanie odwoławcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego. Od sprzeciwu do kasacji – gradacja środków zaskarżenia*, red. P. Czarnecki, M. Nowak, Kraków 2016, s. 15 i nast. oraz M. Klonowski, *Orzekanie kasatoryjne przez sąd odwoławczy w procesie karny* [w:] *Postępowanie odwoławcze…,* s. 37–39.

Pomimo doprecyzowania art. 433 k.p.k. i art. 434 § 1 k.p.k., na skutek zmiany przede wszystkim art. 427 § 1 k.p.k. odstąpiono od tendencji do ograniczenia zakresu rozpoznania sprawy w postępowaniu odwoławczym. W dalszej części pracy wskazana zostanie nieprawidłowość obecnego określenia granic rozpoznania sprawy zawarta w art. 427 § 1 k.p.k., a wynikająca w głównej mierze z uzależnienia granic rozpoznania sprawy od faktycznego postawienia zarzutów przez stronę, a nie od ustawowego obowiązku ich sformułowania. Niemniej obecnie w przypadku sformułowania przez stronę zarzutów, orzeczenie w pozostałym zakresie analizowane musi być przez pryzmat każdej z względnych przyczyn odwoławczych osiągających stopień rażącej niesprawiedliwości, a w przypadku nieokreślenia zarzutów – pod kątem wszystkich względnych przyczyn odwoławczych. Wydaje się, iż z uwagi na szeroko przyjętą klauzulę generalną z art. 440 k.p.k., teza o ograniczeniu negatywnego zjawiska kontroli totalnej[12] już na kanwie ustawy obowiązującej do dnia 14 kwietnia 2016 r. była mocno dyskusyjna. Nie ulega wątpliwości, iż tym bardziej o braku ustawowego obowiązku kontroli totalnej nie można mówić na gruncie k.p.k. w obecnym brzmieniu.

Omawiając kwestie konieczności dokonania tzw. kontroli totalnej należy pokrótce odnieść się do charakteru art. 440 k.p.k. Na kanwie orzecznictwa Sądu Najwyższego prezentowany jest pogląd, iż nie wyraża on dyrektywy stanowczej obligującej sąd odwoławczy do zastosowania tego przepisu w sytuacji ziszczenia się przesłanek, a ma jedynie charakter dyspozytywny, a więc uzależniony od uznania sądu[13]. Z wykładnią taką, chociaż zasadniczo uzasadnioną względami funkcjonalnymi, nie sposób się zgodzić. Jak wynika z cytowanego przepisu, orzeczenie „podlega" zmianie lub uchyleniu. W regulacji tej brak jest charakterystycznego dla przepisów o charakterze dyspozytywnym sformułowania „sąd może" lub w tej sytuacji – „podlegać może", bądź też wskazującą na walor uznaniowości przy kwalifikowaniu pewnych uchybień jako rodzących stan rażącej niesprawiedliwości orzeczenia. O tym, iż utrzymanie orzeczenia w mocy powodować może rażącą niesprawiedliwość decydują okoliczności o charakterze obiektywnym (rażący charakter naruszenia prawa lub błędu w ustaleniach faktycznych), a nie subiektywne przekonanie sądu odwoławczego.

Próbując uzasadnić powyższą tezę odwołać się również można do wykładni systemowej, przede wszystkim do zmian dokonywanych w art. 523 § 1 k.p.k. normującym podstawy kasacyjne. Przepis ten w brzmieniu obowiązującym pomiędzy 1 lipca 2015 r. a 14 kwietnia 2016 r. wyraźnie stanowił, iż podstawą kasacyjną nie może być naruszenie przez sąd odwoławczy art. 440 k.p.k., a więc brak zastosowania normy obligującej do wyjścia poza granice zaskarżenia i podniesione zarzuty. Jakkolwiek regulacja ta ściśle wiązała się z obowiązującym wtedy modelem postępowania odwoławczego

[12] O takim celu projektowanych zmian: Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 151, http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/projekty-aktow-prawnych/, 20.12.2016.

[13] Zob. np. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. III KK 432/16, Legalis nr 1564958 czy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 lipca 2014 r., sygn. IV KK 197/14, Legalis nr 1044949.

(m.in. związaniem przez sąd odwoławczy zarzutami, które formułować musieli wszyscy uczestnicy) to w przypadku, gdyby przepis ten nie miał charakteru normy stanowczej, regulacja taka byłaby bezprzedmiotowa (brak możliwości podniesienia zarzutu kasacyjnego wynikałby z samego charakteru normy). Niniejszy argument prowadzi do konkluzji, iż art. 440 k.p.k. jako przepis określający normę o charakterze stanowczym obliguje sąd odwoławczy do rozważenia konieczności jego zastosowania w trakcie rozpoznawania każdego środka odwoławczego. Zakres tej kontroli wiązać się będzie z określeniem przypadków objętych klauzulą generalną z art. 440 k.p.k. Wyprzedzając rozważania z kolejnego rozdziału już w tym miejscu zauważyć należy, iż krąg tych przypadków będzie bardzo szeroki.

3. Pojęcie rażącej niesprawiedliwości orzeczenia

Jak zostało już wskazane[14], art. 440 k.p.k. różni się od art. 389 d.k.p.k. odmiennym ujęciem przesłanki umożliwiającej orzekanie poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami. Zmiana ta zauważona została już u progu zmiany ustawy karnoprocesowej. Jak bowiem pisał S. Zabłocki, brzmienie art. 440 k.p.k. wskazuje, iż w przepisie tym chodzi nie tylko o zapewnienie sprawiedliwości materialnej, ale również o zagwarantowanie tzw. sprawiedliwości formalnej (proceduralnej)[15]. Nieprzypadkowe, bo związane z tymi dwoma aspektami sprawiedliwości, jest odniesienie art. 440 k.p.k. do orzeczenia zapadającego w wyniku kontroli odwoławczej. Na fakt, iż art. 440 k.p.k. odwołuje się również do sprawiedliwości w aspekcie formalnym wskazuje możliwość łączenia orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi, zarzutami na podstawie art. 440 k.p.k. z obrazą prawa procesowego, a więc uchybieniem odwoławczym opisanym w art. 438 pkt. 2 k.p.k.

Dodatkowo w licznych judykatach rażąca niesprawiedliwość orzeczenia, o jakiej mowa w art. 440 k.p.k., wiązana jest z zasadą rzetelnego (sprawiedliwego) procesu karnego. Jak orzekł Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 13 kwietnia 2000 r. „oczywista niesprawiedliwość wyroku to nie tylko jaskrawo niesłuszne rozstrzygnięcie, ale i wydanie go po bardzo poważnych uchybieniach proceduralnych, bo wyrok tak wydany może być niesłuszny”[16]. Jeszcze celniej ujęte zostało to w wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 10 listopada 1998 r., w którym sąd ten zaakcentował, że „Przepis art. 440 k.p.k. nie zezwala sądowi rozpoznającemu środek odwoławczy na utrzymanie w mocy orzeczenia zarówno wtedy, gdy jest ono rażąco niesprawiedliwe w sensie materialnym, ale także i wtedy, gdy wydanie zaskarżonego orzeczenia poprzedzone zostało tak poważnymi uchybieniami procesowymi, które nie dają się pogodzić z istotą i zasadami rzetelnego procesu karnego”[17].

---

[14] Zob. przypis 9.

[15] Zob. J. Skurupka, *O sprawiedliwości procesu karnego,* Warszawa 2013, s. 320–330 oraz S. Zabłocki, *Kodeks postępowania…*,art. 440, teza 4.

[16] Wyrok SA w Krakowie z dnia 13 kwietnia 2000 r., sygn. akt II AKa 42/00, KZS 2000/5/47.

[17] Wyrok SA w Lublinie z dnia 10 listopada 1998 r., sygn. akt II AKa 103/98, Prok. i Pr.-wkł. 2000/1/31.

Zgodnie z art. 440 k.p.k. orzeczenie podlega zmianie lub uchyleniu jeśli cechuje się rażącą niesprawiedliwością. Oprócz ustalenia samego wpływu uchybień procesowych na treść orzeczenia konieczne jest pewne natężenie skutków, jakie uchybienia, brane pod uwagę z urzędu, wywarły na orzeczenie. Pogląd taki wysnuć można z orzecznictwa w którym wskazuje się, że wpływ uchybienia na orzeczenie musi mieć charakter „rzeczywisty"[18], „istotny"[19] czy „zdecydowany"[20]. O nasileniu takiego wpływu świadczy również przesłanka rażącej niesprawiedliwości orzeczenia zawarta w art. 440 k.p.k., która z oczywistych względów dotyczyć powinna uchybień poważnych, w znaczący sposób wpływających na treść orzeczenia.

Na gruncie art. 389 d.k.p.k. ustawa stanowiła o oczywistej niesprawiedliwości orzeczenia, co rodziło kontrowersje czy brzmienie to przesądza o konieczności brania pod uwagę tylko niesprawiedliwości „rzucającej się w oczy", widocznej „na pierwszy rzut oka", czy sąd zobligowany jest do przeprowadzenia pewnych badań i dociekań celem ustalenia, czy nie zachodzi przesłanka opisana w tym przepisie[21]. Na gruncie art. 440 k.p.k. pojęcie „rażącej" niesprawiedliwości wiązać należy zarówno z możliwością spostrzeżenia tego uchybienia, jak i z wagą uchybienia dla treści orzeczenia. Na poparcie tej tezy przytoczyć można wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2014 r., w którym sąd ten wskazał iż, „«Rażąca niesprawiedliwość» musi być nie tylko «oczywistą» (a więc «widoczną na pierwszy rzut oka», «niewątpliwą»), ale też ma wyrażać poważny «ciężar gatunkowy» uchybienia, które legło u podstaw wydania orzeczenia dotkniętego «rażącą niesprawiedliwością»"[22]. W oparciu o powyższe wyodrębnić można dwa zasadnicze komponenty rażącej niesprawiedliwości: po pierwsze zatem o takim charakterze orzeczenia można mówić, gdy uchybienie jest wyraźne tj. dostrzegalne w łatwy sposób dla orzekającego sądu odwoławczego, a po drugie niesprawiedliwość zawarta w orzeczeniu jest poważna, a więc uchybienie występujące w orzeczeniu można określić jako znaczne, istotne.

Orzeczenie podlega uchyleniu lub zmianie na podstawie art. 440 k.p.k. wtedy, gdy wykazany zostanie wpływ uchybienia na treść orzeczenia. W związku z koniecznością ustalenia związku pomiędzy uchybieniem a treścią orzeczenia pojawiają się dwa zasadnicze zagadnienia wymagające wyjaśnienia: pierwsze odnoszące się do płaszczyzny dowodowej i wymogów związanych z ustaleniem wpływu uchybienia na treść orzeczenia, drugie związane z „natężeniem" wpływu na treść orzeczenia.

W przypadku podniesienia w zarzucie wystąpienia jednej z względnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 438 pkt. 2–3 k.p.k. konieczne jest ustalenie, że uchybienia procesowe lub błędne ustalenia faktyczne mogły mieć wpływ na treść orzeczenia. W tej sytuacji strona powinna uprawdopodobnić wystąpienie związku przyczynowego

[18] Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 lutego 2009 r. II AKa 2/09, Biul.SAKa 2009/2/12-13.

[19] Wyrok SN z dnia 9 września 2011 r., sygn. akt IV KK 41/11, LEX nr 960544.

[20] Postanowienie SN z dnia 17 maja 2011 r. III KK 78/11, OSNwSK 2011/1/970.

[21] Z. Doda, A. Gaberle, op.cit., s. 262. Autorzy ci stwierdzają, że w omawianym zakresie istotna jest „oczywistość" rozumiana jako pewność oceny o niesprawiedliwości orzeczenia, a nie możliwość jej spostrzeżenia już przy powierzchownym badaniu sprawy.

[22] Wyrok SN z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt IV KK 437/13, LEX nr 1478714.

poprzez wykazanie hipotetycznego wpływu uchybienia na treść orzeczenia. W przypadku wystąpienia przyczyny odwoławczej określonej w art. 440 k.p.k. konieczne jest ustalenie przez sąd rzeczywistego wpływu poprzez wykazanie, że dane uchybienie faktycznie wywarło piętno na treści orzeczenia. Jak orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 maja 2004 r., „z uwagi na wyjątkowy charakter przepisu art. 440 k.p.k., może on mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy popełnione przez sąd I instancji uchybienia procesowe są rażące i gdy nadto miały wpływ na treść wyroku. Nie jest bowiem wystarczające ustalenie potencjalnej możliwości wpływu stwierdzonych uchybień na treść rozstrzygnięcia, lecz niezbędne jest wykazanie, że miały one realny, rzeczywisty wpływ na treść orzeczenia"[23]. Odmiennie zatem niż ma to miejsce w stosunku do strony, która w zarzucie uprawdopodobnić ma tylko wpływ obrazy prawa procesowego lub błędnych ustaleń faktycznych na treść wyroku, w przypadku orzekania przez sąd na podstawie art. 440 k.p.k. poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, konieczne będzie wykazanie zaistnienia takiego wpływu. Wymóg wykazania wpływu uchybienia na treść orzeczenia na podstawie art. 440 k.p.k. wiązać się będzie oczywiście z względnymi podstawami odwoławczymi określonymi w art. 438 pkt. 2–3 k.p.k., gdyż z samej natury uchybień wskazanych w pkt. 1 i 4 omawianego artykułu wynika, że uchybienia te mają wpływ na treść orzeczenia.

Ustalenie rzeczywistego wpływu obrazy przepisów prawa procesowego czy błędnych ustaleń faktycznych na treść orzeczenia może być zadaniem trudnym, ponieważ często nie można określić bezpośrednich skutków konkretnego uchybienia. Rygoryzm w zakresie ustalania związku przyczynowego pomiędzy uchybieniem a treścią orzeczenia na podstawie art. 440 k.p.k. z jednej strony zatem może ograniczać tendencje do rozszerzającej interpretacji tego przepisu obligującego sąd do orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, a z drugiej – przy zawężającej interpretacji – może powodować zasadnicze trudności w zastosowaniu tej normy do względnych przyczyn odwoławczych określonych w art. 438 pkt. 2–3 k.p.k.

4. Przełamanie kierunku zaskarżenia na podstawie art. 440 k.p.k.

Kierunek zaskarżenia to stosunek środka odwoławczego do interesu prawnego oskarżonego. Na gruncie stanu prawnego sprzed 1 lipca 2015 r. istniały zasadnicze rozbieżności, czy kierunek zaskarżenia kształtuje tzw. granice środka odwoławczego unormowane w dawnym art. 433 k.p.k.[24] Obecnie, na skutek zmiany brzmienia art. 433 k.p.k. poprzez usunięcie niejednoznacznie interpretowanego w doktrynie pojęcia granic środka

[23] Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 2004 r., sygn. III KK 38/04, OSNwSK 2004/1/869. Pogląd odmienny od zaprezentowanego przedstawiono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 11 grudnia 2013 r. sygn. akt II AKa 394/13, KSAG 2014/3/144-153, LEX nr 1425380, w którym Sąd ten stwierdził, iż „treść art. 440 k.p.k. pozwala na stwierdzenie, że nie odwołuje się on jedynie do sprawiedliwości materialnej, ale również sprawiedliwości proceduralnej bez potrzeby wykazywania realnego wpływu stwierdzonego uchybienia na treść orzeczenia".

[24] Zob. J. Izydorczyk, *Granice orzekania sądu odwoławczego w polskiej procedurze karnej,* Łódź 2010, s. 140-144, 156 i nast. oraz M. Klejnowska, *Ograniczenia sądu odwoławczego orzekającego w sprawie karnej po wniesieniu środka zaskarżenia,* Rzeszów 2008, s. 23-62, 122-138.

odwoławczego, problem ten stracił na aktualności. Niemniej jednak pojęcie kierunku zaskarżenia, wobec zmiany brzmienia art. 434 k.p.k. oraz art. 440 k.p.k., dalej odgrywa istotną rolę w systemie kontroli instancyjnej orzeczeń. Kierunek zaskarżenia wyznacza bowiem granice reformatoryjnego orzekania na niekorzyść oraz poprzez art. 440 k.p.k. orzekania na korzyść oskarżonego.

Do zmiany orzeczenia na mocy art. 440 k.p.k. na skutek przełamania kierunku zaskarżenia dojść może tylko w przypadku zaskarżenia orzeczenia tylko na niekorzyść (nie natomiast w przypadku zaskarżenia orzeczenia tylko na korzyść lub zarówno na niekorzyść jak i na korzyść, gdzie problematyka kierunku zaskarżenia w ogóle nie występuje). Podkreślić należy, że kierunek zaskarżenia nie wpływa na możliwość wydania wyroku kasatoryjnego, ponieważ uchylenie orzeczenia ma charakter neutralny.

Kierunek zaskarżenia jest elementem wpływającym na możliwość zastosowania art. 440 k.p.k., co wynika pośrednio z art. 434 § 1 a bezpośrednio z § 2 wymienionego przepisu. Regulacja art. 434 k.p.k. w całości dotyczy kwestii kierunku zaskarżenia jako elementu istotnego dla rozpoznania i orzekania w postępowaniu odwoławczym. W art. 434 § 1 k.p.k. określony został zakaz *reformationis in peius,* a więc fundamentalny dla postępowania odwoławczego i całego procesu karnego zakaz reformatoryjnego orzekania na niekorzyść w przypadku zaskarżenia orzeczenia tylko na korzyść oskarżonego. Przepis ten blokuje zatem możliwość „przełamania" kierunku środka zaskarżenia wniesionego na korzyść oskarżonego, i wydanie orzeczenia na jego niekorzyść. Natomiast art. 434 § 2 k.p.k. spełnia inną rolę – dopuszcza bowiem możliwość orzekania na korzyść w przypadku wniesienia środka odwoławczego na niekorzyść, a więc „przełamanie" kierunku zaskarżenia na korzyść.

Nowe brzmienie art. 434 § 2 k.p.k. przesądza, że dla przełamania kierunku środka zaskarżenia konieczne jest wystąpienie rażącej niesprawiedliwości orzeczenia w rozumieniu art. 440 k.p.k., a więc nie wystarcza już zidentyfikowanie jednej z względnych przyczyn odwoławczych o zwykłym natężeniu. Zmiana ta uwarunkowana jest również dążeniem do położenia kresu koncepcji totalnej kontroli odwoławczej. Jak wskazano w uzasadnieniu „żadne dobre racje nie przemawiają za czynieniem mniej istotnych korekt na korzyść oskarżonego niejako «przy okazji» rozpoznawania środka odwoławczego wniesionego przez stronę przeciwną" oraz tylko „istotne względy gwarancyjne przemawiają za pozostawieniem możliwości tzw. odwrócenia kierunku działania środka odwoławczego jedynie w tych sytuacjach, w których bierność sądu prowadziłaby do wydania orzeczenia rażąco niesprawiedliwego"[25]. Dlatego też obecne brzmienie przepisu ogranicza możliwość przełamania kierunku zaskarżenia w postępowaniu zainicjowanym na skutek środka odwoławczego wniesionego na niekorzyść oskarżonego tylko do uchybień powodujących rażącą niesprawiedliwość orzeczenia.

Rozważenia jednak wymaga, czy instytucja przełamania kierunku środka zaskarżenia została w sposób właściwy sprzężona z językowym brzmieniem art. 440 k.p.k. Zastosowanie tego przepisu aktualizuje się bowiem tylko wtedy, gdy stan rażącej niesprawiedliwości orzeczenia wynikać może z jego „utrzymania w mocy". Nie ulega wątpliwości, iż pojęcie

[25] Uzasadnienie…, s. 141.

„utrzymania w mocy" rozumieć należy tak, jak określają to pozostałe przepisy k.p.k. dotyczące postępowania odwoławczego. Jak zostało już wskazane, kwestia przełamania środka zaskarżenia występuje tylko w przypadkach zaskarżenia orzeczenia na niekorzyść oskarżonego. Takie zaskarżenie wyroku sądu pierwszej instancji mieć będzie miejsce w sytuacji wydania wyroku uniewinniającego lub umarzającego, bądź też wyroku skazującego, gdy środek odwoławczy dotyczy wymiaru kary lub środków karnych. Orzekanie reformatoryjne w przypadku uniewinnienia lub umorzenia w wyroku sądu pierwszej instancji wyłączone jest z uwagi na jedną z reguł *ne peius* określoną w art. 454 § 1 k.p.k. W ocenie autora art. 440 k.p.k. nie znajdzie zastosowania, gdy co prawda oskarżyciel sformułuje zasadne zarzuty apelacji, lecz poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami sąd odwoławczy dostrzeże poważne naruszenie prawa, bowiem stan rażącej niesprawiedliwości orzeczenia nie będzie w tym przypadku sprzężony z utrzymaniem orzeczenia w mocy, lecz raczej z jego uchyleniem i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania. Podobną uwagę poczynić należałoby do przypadku, gdy stan rażącej niesprawiedliwości orzeczenia wynika z wydania orzeczenia reformatoryjnego. Nadanie art. 440 k.p.k. nowej funkcji jako podstawy przełamania kierunku zaskarżenia nie zostało związane ze zmianą jego językowego ujęcia, co stanowi zasadniczą barierę do jego stosowania w postulowanym przez ustawodawcę zakresie.

5. Orzekanie niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów na podstawie art. 440 k.p.k.

Kluczową funkcją art. 440 k.p.k. w systemie kontroli instancyjnej orzeczeń jest umożliwienie orzekania przez sąd drugiej instancji niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów. Możliwość zastosowania art. 440 k.p.k. uzależniona jest od warunków, jakie stawiają przepisy k.p.k. środkom zaskarżenia formułowanym przez strony postępowania oraz ich pełnomocników i obrońców.

Granice zaskarżenia wyznaczane są przez wskazany przez skarżącego zakres zaskarżenia, którym najczęściej jest dane rozstrzygnięcie zawarte w wyroku. Zakres jest więc oświadczeniem procesowym skarżącego, czy orzeczenie zaskarża w całości lub w części. Dodatkowo, przedmiotem zaskarżenia może być również samo uzasadnienie wyroku. Granice zaskarżenia, oprócz zakresu wskazanego przez skarżącego, współkształtowane są także przez ustawowe domniemania wynikające z art. 447 § 1–3 k.p.k. Obowiązek określenia zakresu zaskarżenia spoczywa na wszystkich podmiotach formułujących apelacje od wyroków. Co istotne, orzeczenie może być również zaskarżone w części wyodrębnionej bądź to za pomocą kryterium podmiotowego (co do niektórych oskarżonych), jak i w oparciu o kryterium przedmiotowe (co do niektórych czynów). W przypadku konieczności wyjścia poza granice podmiotowe środka zaskarżenia zastosowanie znajdować będzie art. 435 k.p.k.

Zarzuty odwoławcze są twierdzeniami strony o wystąpieniu uchybienia w treści zaskarżonego orzeczenia. Zarzut odwoławczy nie musi określać naruszonego przepisu, chociaż najczęściej w środkach odwoławczych strony wskazują odpowiednie przepisy. Co więcej, brak jest formalnych przeciwskazań co do umieszczenia zarzutu w treści

uzasadnienia apelacji. Zarzuty te mogą być opisane „własnymi słowami". Najważniejsze, aby w trafny sposób odzwierciedlały one przekonanie oskarżonego o wystąpieniu błędu w orzeczeniu lub w prowadzeniu sprawy. Ponieważ zarzuty formułowane przez stronę mogą cechować się brakiem precyzji, w pewnych przypadkach konieczna będzie ich interpretacja przez pryzmat art. 118 § 2 k.p.k. Z uwagi na kluczową rolę, jaką dla określenia możliwości orzekania przez sąd odwoławczy będą miały zarzuty odwoławcze, kluczowe będzie ich właściwe określenie przed rozpoczęciem postępowania odwoławczego. Z uwagi na zmianę art. 427 § 1 k.p.k. po 15 kwietnia 2016 r., brak jest ustawowego wymogu do formułowania przez nieprofesjonalnych uczestników procesu zarzutów stawianych orzeczeniu. Zarzutów zatem nie muszą formułować oskarżony oraz oskarżyciel posiłkowy i prywatny lub pokrzywdzony od wyroku warunkowego umarzającego postępowanie. Jak wynika natomiast z art. 427 § 2 k.p.k. zarzuty stawiane orzeczeniu wskazać powinni oskarżyciel publiczny, obrońca i pełnomocnik.

Jak wynika z nowego brzmienia art. 433 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy rozpoznaje sprawę w granicach zaskarżenia, a jeżeli w środku odwoławczym zostały wskazane zarzuty stawiane rozstrzygnięciu – również w granicach podniesionych zarzutów. Cytowana regulacja nie odnosi się zatem do przewidzianego w art. 427 § 2 k.p.k. obowiązku formułowania zarzutów, lecz jedynie do rzeczywistego ich postawienia w treści środka odwoławczego. Dokonując wykładni wskazanego przepisu przez pryzmat dyrektyw wykładni językowej nie ulega wątpliwości, iż ustawa różnicuje zakres rozpoznania środka odwoławczego przez sąd odwoławczy w zależności od tego, czy strona postawiła zarzuty odwoławcze. *A contrario* zatem, jeśli w środku odwoławczym nie wskazano zarzutów (i strona nie była do tego zobligowana) nie dochodzi do ograniczenia zakresu rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy, a zatem sąd w granicach zaskarżenia przeprowadzić musi tzw. kontrolę totalną pod kątem wszystkich możliwych uchybień mających charakter względnych przyczyn odwoławczych (art. 438 pkt. 1–4 k.p.k.). W odniesieniu do środków zaskarżenia wnoszonych tylko przez uczestników nieprofesjonalnych postępowania, sąd dokonuje oceny orzeczenia w granicach zaskarżenia, natomiast nie jest związany podniesionymi zarzutami. Jeżeli jednak zarzuty zostaną przedstawione, wyznaczają one zakres rozpoznania, poza którym kontrolować można orzeczenie tylko w przypadku ziszczenia przesłanki z art. 440 k.p.k. W przypadku tzw. uczestników profesjonalnych tj. oskarżyciela publicznego, obrońcy i pełnomocnika, którzy zobowiązani są do wskazania zarzutów odwoławczych, do kontroli orzeczenia dochodzi zarówno w granicach zaskarżenia jak i podniesionych zarzutów, a poza nimi w zakresie o jakim stanowi art. 440 k.p.k.

Jak wynika z prowadzonych rozważań, w wyniku ujawnienia się przesłanki z art. 440 k.p.k. dojść może do korekty orzeczenia po pierwsze, co prawda w granicach zaskarżenia (a więc także w zakresie zaskarżenia wskazanego przez stronę), lecz w zakresie innego uchybienia niż wskazane zostało w środku odwoławczym. Sytuacja taka wystąpi wtedy, gdy orzeczenie zaskarżone zostało tylko przez profesjonalnego uczestnika procesu karnego. W przypadku zaskarżenia orzeczenia tylko przez profesjonalnego uczestnika procesu karnego, sąd orzec będzie mógł również poza granicami zaskarżenia, a zatem w zakresie innego rozstrzygnięcia lub w przypadku zaskarżenia

tylko co do kary lub środka karnego – w zakresie rozstrzygnięcia o winie. Przepis art. 440 k.p.k. znajdzie również zastosowanie w sytuacjach zaskarżenia orzeczenia przez uczestników nieprofesjonalnych, lecz jego zastosowanie będzie uzależnione od faktycznego postawienia zarzutów odwoławczych. W pozostałym zakresie, a mianowicie ocenie orzeczenia w wskazanym zakresie zaskarżenia, sąd zobligowany jest do przeprowadzenia całościowej oceny orzeczenia pod kątem wystąpienia także jednej z względnych przyczyn odwoławczych. Do orzekania poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami dochodzi również wtedy, gdy przedmiotem zaskarżenia nie jest rozstrzygnięcie zawarte w orzeczeniu, lecz samo uzasadnienie. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego brak jest bowiem przeciwskazań, aby stosowanie art. 440 k.p.k. rozciągnąć także na tego typu przypadki.

Kwestią, która daleka jest od rozstrzygnięcia, jest możliwość wydania orzeczenia kasatoryjnego z uwagi na wystąpienie przesłanki z art. 440 k.p.k. Jak wskazywał P. Hofmański, na gruncie poprzedniego stanu prawnego:

> Konstrukcja przepisu [art. 440 k.p.k. – M.K.] zdaje się sugerować, że o ile zmiana orzeczenia następuje na jego podstawie wyłącznie na korzyść oskarżonego, to do uchylenia orzeczenia może dojść także na jego niekorzyść (…). Co prawda – co do zasady – samo uchylenie orzeczenia nie jest orzekaniem ani na korzyść ani na niekorzyść oskarżonego (por. jednak art. 439 § 2), to jednak redakcja przepisu pozwala na przyjęcie, że po uchyleniu orzeczenia i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania nie jest możliwe orzekanie na niekorzyść oskarżonego, oczywiście przy poszanowaniu zasad orzekania na niekorzyść wynikających z art. 443 zdanie 2[26].

Zaprezentowany powyżej pogląd aprobuje znaczna część doktryny, w tym m.in. K. Łojewski który twierdzi, iż w warunkach unormowanych w tym przepisie orzeczenie podlega zmianie lub uchyleniu tylko na korzyść oskarżonego[27].

Stanowisko przeciwne w przedmiotowej kwestii prezentuje jednak T.H. Grzegorczyk który wskazuje, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem w myśl którego pominięcie w opisie przypisanego czynu znamienia przestępstwa prowadzić musiałoby do uniewinnienia, podczas gdy uchybienie to można było naprawić na skutek zastosowania art. 440 k.p.k.[28] Pogląd odmienny do większości doktryny, a bliski stanowisku zaprezentowanemu przez T.H. Grzegorczyka zaprezentowany również został w orzecznictwie Sądu Najwyższego[29]. W przedmiotowej kwestii rację przyznać należy stanowisku zaprezentowanemu w literaturze przez T.H. Grzegorczyka oraz w wymienionych judykatach Sądu Najwyższego.

Ostatnim problemem wymagającym poruszenia jest kwestia ogólnej dopuszczalności reformatoryjnego bądź kasatoryjnego orzekania, którą określa art. 437 k.p.k. Przepis

[26] P. Hofmański (red.), P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks…*,art. 440 teza nb 5; J. Grajewski, L.P. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks…,* art. 440, teza 7.

[27] K. Łojewski, *Apelacja karna…,* s.

[28] T.H. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania…,* art. 440, teza 5.

[29] Wyrok SN z 24.2.2005 r. V KK 375/04, OSNKW 2005, Nr 3, poz. 31, oraz wyrok SN z 20.1.2011 r., V KK 366/10, Legalis.

ten zmieniony został nowelizacją z 20 lutego 2015 r. Jak stanowił art. 437 § 2 zdanie 2 k.p.k. uchylenie orzeczenia i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania może nastąpić wyłącznie w wypadkach wskazanych w art. 439 § 1, art. 454 lub jeżeli jest konieczne przeprowadzenie na nowo przewodu w całości. Brzmienie wyżej wymienionego przepisu pozostawało w sprzeczności z art. 440 k.p.k. w brzmieniu przed nowelizacją z 15 kwietnia 2016 r., co zresztą doprowadziło do usunięcia wymienionej niespójności legislacyjnej poprzez modyfikację art. 440 k.p.k.

Obecnie do wydania orzeczenia kasatoryjnego poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami dojść może tylko w przypadkach określonych w art. 437 § 2 zdanie 2 k.p.k., a więc wtedy, kiedy konieczne jest przeprowadzenie na nowo przewodu sądowego w całości. Przyjęcie powyższego rozwiązania prowadzić może do trudnej do zaakceptowania sytuacji, w której sąd pozbawiony będzie możliwości wyeliminowania wadliwego orzeczenia z uwagi na brak możliwości wydania orzeczenia reformatoryjnego (np. z uwagi na zakaz *reformationis in peius*) a równocześnie nie zaistnieją przesłanki do przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego w całości, bowiem uchybienie nie odnosiło się wprost do postępowania dowodowego. Sposób w jaki zmieniony został art. 437 § 2 zdanie 2 k.p.k. uznać należy za wadliwy, bowiem w pewnym zakresie wyłącza on stosowanie art. 440 k.p.k. Zmiana ta jest powoduje niespójność w systemie kontroli odwoławczej, bowiem z jednej strony procedura nakazuje badać wystąpienie rażącej niesprawiedliwości orzeczenia poza granicami zaskarżenia i podniesionymi zarzutami, a z drugiej nie daje możliwości wyeliminowania wadliwego orzeczenia z obrotu prawnego. Postulować można zmianę art. 437 § 2 k.p.k. przez dodanie w nim zapisu, iż do uchylenia może dochodzić także „w wypadkach wskazanych w art. 440 k.p.k.".

6. Konkluzje

Prowadzone w niniejszym opracowaniu rozważania miały za zadanie wykazanie niespójności wynikających z istniejącego unormowania art. 440 k.p.k. W pierwszej kolejności, odnosząc się do kwestii modelowych, zauważyć należy, iż stosunkowo szerokie pojmowanie klauzuli generalnej w postaci „rażącej niesprawiedliwości orzeczenia" spowodować może odejście od postępowania odwoławczego skoncentrowanego na zarzutach strony, a zbliżonego do modelu całościowego badania sprawy. W tym zakresie niewątpliwie kluczową rolę odgrywa i odgrywać będzie działalność orzecznicza sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego, które poprzez poszczególne wyroki wypełniać będą klauzulę generalną z art. 440 k.p.k. treścią. Obecnie rażąca niesprawiedliwość orzeczenia na gruncie orzecznictwa pojmowana jest bardzo szeroko, a o jej wystąpieniu świadczyć może pojawienie się każdej z względnych przyczyn odwoławczych o pewnym natężeniu.

Negatywnie odnieść należy się do prawidłowości uregulowania art. 440 k.p.k. jako przesłanki do przełamania kierunku środka zaskarżenia wniesionego na niekorzyść oskarżonego. Jak zostało wykazane w niniejszym opracowaniu, związanie rażącej niesprawiedliwości z przewidywaną formą orzeczenia końcowego (utrzymanie orzeczenia w mocy) powoduje praktyczne problemy w stosowaniu omawianego przepisu

w postulowanym przez ustawodawcę celu. Brak spójnego systemu kontroli orzeczeń niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów, w szczególności w przypadku środków zaskarżenia formułowanych przez tzw. uczestników nieprofesjonalnych, wynika w głównej mierze z nieprawidłowego ujęcia tych granic. Zająć bowiem należy stanowisko, iż nietrafne jest uzależnienie tego zakresu od faktycznego postawienia zarzutów odwoławczych przez stronę. Powyższe powoduje, iż stosowanie art. 440 k.p.k. lub kontrola orzeczenia pod kątem wszelkich uchybień stanowiących względne przyczyny odwoławcze uzależniona jest od faktycznego podniesienia zarzutów. Rozwiązanie takie należy uznać za nieprawidłowe.

Na gruncie obowiązującej ustawy za niesatysfakcjonujący uznać należy sposób sformułowania art. 437 § 2 zdanie 2 k.p.k. w zakresie w jakim umożliwia wydanie orzeczenia kasatoryjnego w sytuacji ujawnienia się rażącej niesprawiedliwości orzeczenia. Uznać bowiem należy, że w pewnych przypadkach, pomimo wystąpienia kwalifikowanego uchybienia w postaci rażącej niesprawiedliwości orzeczenia, sąd pozbawiony jest swobody w zakresie wyboru rozstrzygnięcia, ponieważ nie może uchylić orzeczenia z uwagi na brak spełnienia wymogu konieczności przeprowadzenia na nowo przewodu w całości.

* * *

The Article 440 k.p.k. in the Appeal Proceeding as the Basis of Breach of the Direction of the Appeal and Basis of Adjudgement Regardless of the Scope of the Appeal and Regardless of Raised Objections

The subject of that article is the analysis of the art. 440 of the Code of Criminal Procedure (referred to as k.p.k.). The analysis is made on two planes both the procedural model and the enforcement of that provision. For the court it is a basis to break the direction of the appeal and to adjudge regardless of the scope of the appeal and regardless of raised objections. It might occur, if upholding a ruling would be manifestly unjust. The author points, that from a procedural model perspective, that provision accords to the appeal proceeding revisory character. What justifies that thesis, is wide scope of general clause and the obligation to enforce the article 440 of k.p.k. in the appeal proceeding. The author puts forward the thesis, that current wording of the article 440 k.p.k. does not correspond with changes in the provisions which regulate appeal proceeding.

Key words: criminal procedure, appeal, the direction of appeal, the scope of the appeal

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Jan Kluza[1]

Imperatywny wniosek prokuratora o przekazanie sprawy w celu uzupełnienia materiału dowodowego

Streszczenie:

Artykuł przedstawia omówienie najnowszych zmian dokonanych w kodeksie postępowania karnego oraz dalszych kolejnych, których głównym punktem było wprowadzenie do procesu karnego czasowego rozwiązania prawnego umożliwiającego prokuratorowi wymuszenie na sądzie zwrócenia sprawy do stadium postępowania przygotowawczego. Poruszona zostaje charakterystyka wniosku prokuratora w obecnym i projektowanym stanie prawnym oraz wątpliwości co do racjonalności jego stosowania.

Słowa kluczowe: uzupełnienie materiału dowodowego, wniosek prokuratora, niezawisłość sędziowska, postępowanie sądowe, proces karny

1. Wstęp

Ustawą[2] nowelizującą kodeks postępowania karnego z czerwca 2016 r. ustawodawca wyposażył prokuraturę w możliwość składania wiążącego sąd wniosku o zwrócenie sprawy celem uzupełnienia materiału dowodowego. Mające następnie miejsce prace w parlamencie nad zmianą tej noweli częściowo doprecyzowały brzmienie tego przepisu. Zastrzeżenia budzi szeroki zakres uprawnień prokuratora, który jako strona postępowania sądowego uzyskuje znaczną przewagę w stosunku zarówno do oskarżonego

---

[1] Autor jest magistrem prawa, absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

[2] Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. 2016 poz. 1070).

jak i sądu, oraz zgodność przepisów z Konstytucją RP, w szczególności z zasadami ograniczania wolności osobistej, prawem do rozpatrzenia sprawy przed sądem bez nieuzasadnionej zwłoki oraz niezależnością władzy sądowniczej od pozostałych władz. Omawiana instytucja ma zastosowanie do spraw, w których akt oskarżenia wniesiony został przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, tj. 5 sierpnia 2016 r. W świetle omawianego zagadnienia pierwszorzędne znaczenie mają zmiany dokonane na mocy tzw. noweli marcowej[3], której głównym celem było ograniczenie zasady kontradyktoryjności oraz wzmocnienie zasady prawdy materialnej w procesie. Budzi uzasadnione wątpliwości dlaczego ustawodawca zdecydował się na stworzenie oskarżycielom publicznym tak mocno ingerującej w prace sądu nowej możliwości uzupełnienia materiału dowodowego, podczas gdy przepisy przejściowe reformy marcowej wyposażające sąd i prokuratora w nowe możliwości przeprowadzenia dowodów stanowią, że w sprawach w których postępowanie sądowe rozpoczęło się po dniu 30 czerwca 2015 r. stosuje się przepisy w brzmieniu dotychczasowym, a więc w brzmieniu nadanym na mocy Wielkiej Nowelizacji[4], która w dużej mierze kształt procesu uzależniała od aktywności stron, w tym prokuratora.

2. Oskarżyciel publiczny w procesie

Zgodnie z art. 45 § 1 k.p.k. oskarżycielem publicznym przed wszystkimi sądami jest prokurator. Prowadzi on lub nadzoruje postępowanie przygotowawcze, którego jednym z celów jest zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w sprawie. Jeżeli w wyniku przeprowadzonych czynności istnieją podstawy do wniesienia aktu oskarżenia, prokurator sporządza akt oskarżenia lub zatwierdza akt oskarżenia sporządzony przez Policję (art. 331 § 1 k.p.k.). *De lege lata* akt oskarżenia zawierać musi uzasadnienie, w którym przytacza się fakty i dowody, na których oskarżenie się opiera, przy czym jeśli postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia nie jest to element obligatoryjny. Każdy jednak akt oskarżenia zawierać powinien listę osób, których wezwania żąda oskarżyciel oraz wykaz innych dowodów, których żąda przeprowadzenia. W stanie prawnym przed 15 kwietnia 2016 r. obowiązek wskazywania dowodów był jeszcze bardziej rozbudowany.

Uprawnienia organów ścigania w toku ostatnich nowelizacji zostały zasadniczo zwiększone. Z punktu widzenia omawianego tematu, zasadnicze znaczenie ma przywrócenie przez nowelę kwietniową możliwości zwrotu sprawy przez sąd prokuratorowi z powodu istotnych braków materiału dowodowego. Jest to możliwe na etapie przed rozpoczęciem rozprawy głównej na podstawie art. 344a k.p.k., który stanowi wierne powtórzenie art. 345 k.p.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r. W toku zaś rozprawy głównej istotne braki postępowania przygotowawczego uniemożliwiające wydanie prawidłowego orzeczenia w rozsądnym terminie, uzupełnione mogą być w trybie

[3] Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 437).

[4] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 poz. 1247).

art. 396a k.p.k., który stanowi odzwierciedlenie uchylonego art. 397. W myśl tego przepisu sąd może przerwać lub odroczyć rozprawę i zakreślić oskarżycielowi publicznemu termin do przedstawienia brakujących dowodów. Restytucja tej instytucji uzasadniana była potrzebą oparcia rozstrzygnięcia sądowego o prawdziwe ustalenia, do czego doprowadzić ma m.in. uzupełnienie materiału dowodowego w trybie art. 344a k.p.k.[5] Uchylenie na podstawie Wielkiej Nowelizacji dotychczasowego art. 345 k.p.k. dla zapewniania większej kontradyktoryjności nie było w środowisku prawniczym powszechnie akceptowane. Podkreślano, że dążenie do zapewnienia sztywnej konstrukcji procesu kontradyktoryjnego stoi także w sprzeczności z interesem oskarżonego. Artykuł 345 k.p.k. chronił bowiem oskarżonego przed bezpodstawnym postawieniem na ławie oskarżonych, ponieważ instytucja przewidziana w tym przepisie umożliwiała zakończenie postępowania na posiedzeniu niejawnym. Przepis ten chronił także przed przekształceniem się postępowania w proces czysto inkwizycyjny, w którym sąd skupiałby się na przeprowadzeniu dowodów w zamian za oskarżyciela[6] (na gruncie art. 167 k.p.k. w poprzednim brzmieniu). Przywrócenie możliwości zwrotu sprawy prokuratorowi pod postacią art. 344a k.p.k. znalazło także uznanie w gremiach prawniczych[7].

3. Charakterystyka środka

Przepis art. 5 ustawy nowelizującej z czerwca 2016 r. otrzymał brzmienie:

> 1. Jeżeli w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy skierowano do sądu akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, ujawniły się istotne okoliczności, konieczność poszukiwania dowodów lub zachodzi konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy, sąd na wniosek prokuratora przekazuje mu sprawę w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Przepis art. 344a § 3 ustawy, o której mowa w art. 1, stosuje się.
>
> 2. Prokurator może złożyć nowy akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania, wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego lub podtrzymać poprzedni akt oskarżenia lub wniosek, nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia przekazania sprawy.
>
> 3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się w sprawach, w których akt oskarżenia wniósł oskarżyciel posiłkowy. Prokurator może jednak wstąpić do takiej sprawy na zasadach określonych w art. 55 § 4 ustawy, o której mowa w art. 1.

---

[5] Uzasadnienie do druku 207, s. 4, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=207.

[6] R. Kmiecik, *Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego* [w:] *Rola i zadania prokuratora w znowelizowanej procedurze karnej*, Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 23.

[7] Zob. opinia Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia" o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, datowanym na dzień 8 stycznia 2016 r., http://www.iustitia.pl/opinie/1136-opinia-iustitii-w-sprawie-projektu-zmian-prawa-karnego.

Ustawodawca omawianym przepisem wprowadza nowy środek oddziaływania strony procesowej na tok procesu. Na gruncie dotychczasowych przepisów procesowych, formą oświadczeń woli stron procesu były oświadczenia postulujące. Kategoria oświadczeń władczych zarezerwowana była jedynie dla organu prowadzącego postępowanie[8], co w odniesieniu do postępowania sądowego oznacza, że wszelkie decyzje procesowe wydawać może jedynie sąd. Powyższy przepis czyni wyłom w takim pojmowaniu stosunków procesowych. Ze stwierdzenia bowiem „sąd na wniosek prokuratora przekazuje mu sprawę" wynika, iż przekazanie to ma charakter wtórny wobec wniosku prokuratora, do zadań którego, a nie sądu, należy stwierdzenie czy zachodzą ku temu określone ustawą przesłanki. Wykładnia językowa wymaga bowiem by język prawny jako odmiana języka potocznego intepretowany był zgodnie z jego regułami[9]. Użycie zatem sformułowania „sąd (…) przekazuje" w trybie oznajmującym oznacza, że nadawca tekstu stwierdza istnienie jakiegoś faktu[10]. Występujące w takiej postaci sformułowania na gruncie procesu karnego oznaczają, że podmiot wymieniony w przepisie jest bezwzględnie zobowiązany zachować się zgodnie z dyspozycją danej normy (np. tak jak „sąd orzeka", „sąd uchyla")[11]. Wobec powyższego zasadne jest określenie wniosku prokuratora mianem imperatywnego, rozumianego jako „nakazującego coś bezwzględnie, zmuszającego do określonego działania"[12], z treści przepisu nie wynika bowiem by sąd władny był w takiej sytuacji odmówić uwzględnienia wniosku. Środowisko sędziów polskich słusznie podnosi, że rozwiązanie to narusza konstytucyjną zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości stanowiącą o wyłącznym uprawnieniu sądu w przedmiocie postępowania sądowego oraz związaną z tym zasadę samodzielności jurysdykcyjnej sądu (art. 8 k.p.k.), która zakłada że w kwestii rozstrzygania zagadnień faktycznych i prawnych sąd nie jest związany rozstrzygnięciem innego organu[13]. Zasada autonomii jurysdykcyjnej sądu ma zastosowanie nie tylko co do orzekania odnośnie głównego przedmiotu procesu, ale także rozstrzygania wszelkich kwestii incydentalnych[14]. Rozstrzyganie kwestii prawnych przyjmuje bowiem postać orzeczniczą, czy to w formie wyroków czy postanowień, co stanowi istotę sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez niezawisły i niezależny sąd.

Podstawą dla złożenia przez prokuratora wniosku o zwrot sprawy stanowić mogą ujawnione „istotne okoliczności" sprawy, „konieczność poszukiwania dowodów" lub „konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy". Krąg przesłanek wniosku został więc zakreślony szerzej aniżeli

[8] P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny – zarys systemu,* Warszawa 2013, s. 49.

[9] L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa,* Toruń 2009, s. 143.

[10] *Słownik gramatyki języka polskiego*, red. J. Bralczyk, W. Gruszczyński, Warszawa 2002, s. 293.

[11] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne,* Warszawa 2014, s. 70.

[12] *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996, s. 318.

[13] Uchwała Zarządu Stowarzyszenia Sędziów Polskich „IUSTITIA" w sprawie planowanych zmian w obszarze regulacji postępowania karnego, http://www.iustitia.pl/uchwaly/1462-uchwala?940ffce68c0ded6c96eb9bf2e4934943=97fe22c69389c4b8bf5b66eec408c723.

[14] *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do artykułów 1–296*, red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 104.

na gruncie art. 344a czy art. 396a k.p.k., w których przesłankami uzupełnienia materiału dowodowego przez prokuratora są istotne braki postępowania przygotowawczego i znaczne trudności przeprowadzenia dowodów przez sąd. W szczególności nieostra jest przesłanka przeprowadzenia „innych czynności", co stanowić może pole do nadużywania tej instytucji przez prokuratora. Co prawda na gruncie przepisów Kodeksu również występują klauzule generalne (np. „szczególnie uzasadniony wypadek", „ważny interes"), nie może to jednak stanowić argumentu dla tak gruntowanego rozszerzenia podstaw wniosku o zwrot sprawy. Nie jest do zaakceptowania sytuacja, w której sąd nie znajduje podstaw do zwrotu sprawy prokuratorowi na podstawie art. 344a k.p.k. ze względu na brak ku temu przesłanek, natomiast czyni to prokurator na podstawie art. 5 noweli czerwcowej. Wszelkie bowiem wyjątki w zgodzie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae* powinny być interpretowane ścieśniająco, co odnieść można również do ustawodawcy, który stanowiąc normy nieostre powinien wykazać powody dla takiego zabiegu legislacyjnego[15]. W tym przypadku ustawodawca tego nie czyni. W wyniku konfrontacji przesłanek art. 5 noweli oraz art. 344a k.p.k. stwierdzić trzeba, że podstawą wniosku mogą być okoliczności, które nie są na tyle istotne dla procesu lub takie, których usunięcie jest możliwe w toku postępowania sądowego[16]. Jeżeli sąd, który jest odpowiedzialny za prawidłowe przeprowadzenie procesu, nie dostrzega potrzeby uzupełnienia materiału dowodowego czy to w sposób przewidziany w art. 344a czy 396a k.p.k., trudne jest do zaakceptowanie stanowisko prokuratury o potrzebie uzupełnienia materiału dowodowego. Z uwagi na to, że skutkiem wniosku prokuratora jest ustanie litispendencji i przerwanie ciągłości rozprawy głównej, wymagane jest by środek ten, tak jak w przypadku art. 344a k.p.k., stosowany był wyjątkowo[17]. Tymczasem szerokie podstawy środka oraz szerokie pole czasowe jego stosowania, stoją w sprzeczności z podstawowymi założeniami procesu karnego.

Wiążącego charakteru prokuratorskiego wniosku nie zmienia możliwość złożenia zażalenia na postanowienie o uchyleniu. W pierwotnym brzmieniu ustawy, zgodnie z ostatnim zdaniem ustępu pierwszego omawianego artykułu, w tej sytuacji stosuje się przepis art. 344a § 3 k.p.k., który stanowi, że stronom przysługuje zażalenie na postanowienie o przekazaniu sprawy prokuratorowi. Przy konstrukcji obligatoryjnego zwrotu sprawy wskutek wniosku prokuratora, zażalenie, która miałoby kwestionować jego zasadność, jest instytucją wewnętrznie sprzeczną. Szerokie podstawy wniosku również utrudniają jego merytoryczną kontrolę w drodze zażalenia. W praktyce decyzja prokuratora ma charakter uznaniowy, ponieważ w przeciwieństwie do art. 344a k.p.k., podstawy wniosku są nieprecyzyjne i labilne. Bardziej konkretne ich sformułowanie z pewnością wykluczyłoby nadużycia ze strony prokuratora na tym polu, nawet jeśli

[15] J. Zaleśny, *Określoność przepisów prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego nr 2011/1, s. 161.

[16] Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 451), s. 13, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/387137F3317DD1BDC1257FB8002B7C3D/%24File/451-003.pdf.

[17] Ibidem, s. 14.

w dalszym ciągu nie podlegałyby one faktycznej kontroli sądu[18]. Ze sformułowania, że w razie zaistnienia określonych okoliczności prokurator składa wniosek wynika, że to na nim ciąży obowiązek ich ustalenia. Również to stoi w sprzeczności z zasadą samodzielności jurysdykcyjnej, ponieważ przy dokonywaniu ustaleń faktycznych niedopuszczalne jest wyłączne opieranie się na ustaleniach innego organu[19].

Słusznie zauważa Krajowa Rada Sądownictwa[20], że wiążący charakter wniosku stanowi zasadniczy wyłom w zasadzie równości stron, przez co narusza art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[21]. W świetle tej normy równość broni oznacza racjonalną możliwość przedstawienia przez każdą ze stron swojego stanowiska wobec oskarżenia, w warunkach, które nie stawiają jej w rażącej dysproporcji względem strony przeciwnej, a także, że strona przeciwna nie powinna być wyposażona w przywileje promujące jej punkt widzenia[22]. Niewątpliwie, wyposażenie oskarżyciela w możliwość wiążącego sąd i pozostałe strony sterowania przebiegiem procesu oraz możliwość uzupełnienia materiału dowodowego w sytuacji, którą prokurator uznaje za dogodną, stawia oskarżonego w gorszej pozycji procesowej i znacząco wpływa na możliwość podjęcia skutecznej jego obrony. Jak słusznie się wskazuje, zadaniem ustawodawcy jest takie ukształtowanie procedury wymierzania sprawiedliwości karnej, aby zrealizowane zostały gwarancje wymiaru sprawiedliwości, na które składają się właściwy ustrój oraz organizacja sądownictwa oraz rozpatrzenie sprawy przez właściwy sąd, sprawiedliwie i jawnie oraz bez nieuzasadnionej zwłoki[23]. Z punktu widzenia międzynarodowych standardów dotyczących niezawisłości sędziowskiej uregulowanie zawarte w omawianym art. 5 jest nie do zaakceptowania. Zasady Niezawisłości Sądownictwa[24] stanowią, że rozpatrywanie spraw przez sądy powinno odbywać się bez jakichkolwiek nacisków oraz jakiegokolwiek ingerowania pośredniego czy bezpośredniego kogokolwiek z jakiejkolwiek przyczyny. Z kolei Komitet Ministrów Rady Europy[25] wskazuje, że niezawisłość sędziowska powinna być realizowana m.in. przez to aby, decyzje sądu nie mogły być zmieniane w innym trybie niż przewidziany przez prawo dla postępowania odwoławczego[26]. Nie sposób jest za-

[18] W. Hermeliński, *W sądzie będzie rządził prokurator,* 15.10.2016, http://www.rp.pl/Sedziowie-i-sady/310159997-W-sadzie-bedzie-rzadzil-prokurator.html#ap-1.

[19] W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* Warszawa 2011, s. 26.

[20] Opinia Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 13 maja 2016 r. w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 2, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=451.

[21] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

[22] D. Vitkauskas, G. Dikov, *Ochrona prawa do rzetelnego procesu w Europejskiej Konwencji Praw o Ochronie Praw Człowieka,* Strasburg 2012, s. 50–51.

[23] J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego,* Warszawa 2013, s. 101.

[24] Rezolucja ONZ nr 40/32 z dnia 29 listopada 1985 r. oraz nr 40/146 z dnia 13 grudnia 1985 r.

[25] Rekomendację Nr R (94) 12 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącą niezawisłości, sprawności i roli sędziów z dnia 13 października 1994 r.

[26] J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu…,* s. 103.

uważyć, że uregulowanie będące przedmiotem niniejszej analizy w jaskrawy sposób narusza powyższe zasady.

Uzasadnieniem rozwiązania przewidzianego ustawą zmieniającą w opinii projektodawcy jest konieczność zmiany podmiotowej i przedmiotowej oskarżenia, która może mieć miejsce wobec oskarżonych wskutek zmian wprowadzonych w ustawie procesowej oraz w związku częściowym uchyleniem tajemnicy lekarskiej. Ustawodawca uważa, że zmiany dokonane nowelą w sposób istotny mogą zwiększyć możliwości przeprowadzania nowych niedostępnych wcześniej dowodów, co uzasadnia stanowisko, że jeśli braki w zakresie materiału dowodowego mają charakter szeroki, obowiązujące przepisy procedury nie pozwalają na ich uzupełnienie bez znacznego przedłużania postępowania[27]. Stanowisko to nie zasługuje na uwzględnienie, z tego powodu, że zmiany dokonane na mocy tej ustawy mogą służyć w przeprowadzeniu dowodów jedynie w sposób ograniczony i to tylko w pewnej kategorii spraw, związanych głównie z tajemnicą lekarską, które bez przeszkód mogłyby zostać uzupełnione w toku rozprawy[28]. Nie można zaś argumentować, że zwiększone uprawnienia procesowe przedstawiciela społecznego oraz zmiana trybu jego dopuszczenia mogę mieć tak istotny wpływ na postępowanie dowodowe. Zmiany zaś, które w sposób istotny przemodelowały zasady przeprowadzania dowodów, mają zastosowanie tylko wobec postępowań, w których akt oskarżenia wniesiony został po 15 kwietnia 2016 r. Troska o szybki przebieg postępowania sądowego stoi także w sprzeczności ze skutkami jakie wywołuje przekazanie sprawy prokuratorowi. Zgodnie bowiem z ust. 2 przywołanego artykułu oskarżyciel ma sześć miesięcy na uzupełnienie materiału dowodowego, a w przypadku gdy w tym terminie złożony zostanie nowy akt oskarżenia, oznaczać będzie to rozpoczęcie procesu od nowa, co wydatnie wpłynie na jego długość. Nie można przy tym się zgodzić, że nowelizacja art. 5 ustawy pozwoli na niekończące się przedłużanie toku procesu[29] poprzez wielokrotne składanie wniosku o zwrot sprawy[30]. *Explicite* z treści art. 5 ust. 1 ustawy wynika, że wiążący sąd wniosek prokurator może złożyć tylko wobec spraw wytoczonych przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej z dnia 10 czerwca 2016 r. Stosowanie tego przepisu w praktyce będzie możliwe tylko jednokrotnie, z tego powodu, że ponowne złożenie aktu oskarżenia w tej sprawie nastąpi po dacie ograniczającej jego zastosowanie[31]. W nowym postępowaniu nie będzie więc możliwe ponowne złożenie wniosku o zwrot sprawy na podstawie tego przepisu.

---

[27] Uzasadnienie do druku 451, s. 10, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=451.

[28] Sąd Najwyższy – Biuro Studiów i Analiz: Opinia do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 451), sygn.: BSA II-021-183/16, s. 20, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=451.

[29] Tak: E. Siedlecka, *Prokurator nad sądem*, 7.10.2016 r., http://wyborcza.pl/1,75398,20801031,prokurator-nad-sadem.html?disableRedirects=true.

[30] M. Gutowski, P. Kardas, *Prokurator jako sąd, czyli uchylenie wyroku to nie tylko techniczna konsekwencja* 13.10.2016 r., http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/983980,prokurator-jak-sad-uchylenie-wyroku.html.

[31] M. Warchoł [w:] M. Kryszkiewicz, *Warchoł: Sześciomiesięczny termin na uzupełnienie materiału dowodowego to gwarancja praw oskarżonego i sprawności*, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/982867,warchol-uchylenie-wyroku-ma-znaczenie-techniczne.html.

Jak już zostało jednak powiedziane, nawet jednokrotne skorzystanie przez prokuratora z nadanych mu uprawnień spowoduje znaczące przedłużenie postępowania.

Zaskakujące jest określenie cezury obowiązywania tej instytucji akurat na datę wejścia w życie ustawy nowelizującej, która w gruncie rzeczy wśród przepisów kodeksu postępowania karnego dokonuje niewielkich zmian, albowiem główny punkt ciężkości zmian skierowany był na zwiększenie jawności posiedzeń sądowych. Zabieg ten miał z całą pewnością wyeliminować problem z retroaktywnym działaniem ustawy, ponieważ wychodząc z założenia jakie prezentuje projektodawca, datą graniczną dla wniosku prokuratora na podstawie tej ustawy w przeważającej części przypadków będzie data 15 kwietnia 2016 r., czyli data wejścia w życie noweli niwelującej znaczenie kontradyktoryjności procesu. Postępowania, w których akt oskarżenia złożony został po tej dacie, prowadzone będą bowiem na podstawie kodeksu w nowym brzmieniu, a więc, w mniemaniu ustawodawcy, hołdującemu zasadzie prawdy materialnej, w którym orzeczenie sądu ma odpowiadać rzeczywistości.

Wątpliwości budzi także charakter sześciomiesięcznego terminu wskazanego w ustępie 2 omawianego artykułu. Zasadniczą bowiem kwestią jest jaki skutek rodzi niedotrzymanie przez oskarżyciela termu okresowi. Ustawodawca wskazuje, że zwrot sprawy „ograniczony jest negatywnymi konsekwencjami w postaci ryzyka, że po upływie terminu o którym mowa w ust. 2 wniosek zostanie uznany za cofnięcie aktu oskarżenia[32]". Przy okazji nowelizacji art. 5 ustawy, o której mowa poniżej, projektodawca wskazuje ponadto, że wskazany termin jako wynikający z ustawy nie może być przedłużany oraz, że stanowi on gwarancję dla stron procesowych jako termin maksymalny i stanowczy[33]. Brzmienie jednak tego przepisu nie gwarantuje prawidłowego zabezpieczenia interesu oskarżonego. Kwestia tego jakie skutki wywołuje niedotrzymanie terminu zależy od jego charakteru. Powszechnie akceptowane jest wyróżnianie na gruncie przepisów postępowania terminów zawitych, prekluzyjnych i instrukcyjnych. Regułą jest, że terminy skierowane do organów procesowych mają charakter instrukcyjny, a więc ich przekroczenie nie wiąże się z żadnymi negatywnymi konsekwencjami dla toku procesu[34]. Wskazać wszak trzeba, że w chwili zwrócenia sprawy prokuratorowi postępowanie na powrót znajduje się na etapie postępowania przygotowawczego, w którym prokurator ma status organu. Z *ratio legis* tego unormowania wynikałoby jednak, że termin ten ma charakter prekluzyjny, a co za tym idzie jest nieprzekraczalny i nieprzywracany. Fakt ten wynika także ze stosunkowo długiego jak na proces karny okresu, ponieważ uznaje się, że charakter terminów prekluzyjnych mają terminy określane dłuższymi okresami, takie jak sześć miesięcy w przypadku art. 328 i 524 § 3 k.p.k. w poprzednich ich brzmieniach[35]. Z powyższego wynika więc, że akt oskarżenia wniesiony po przewidzianym terminie powoduje skutki takie jak w przypadku cofnięcia aktu oskarżenia określone w art. 14 § 2 k.p.k., wobec czego nie jest możliwe wniesienie aktu oskarżenia o ten sam czyn przeciwko tej samej osobie.

[32] Uzasadnienie druku 451, s. 13–14.

[33] Uzasadnienie do druku 851, s. 13–14, http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=851.

[34] P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny…*, s. 66.

[35] T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie…*, s. 425.

4. Uchylenie wyroku sądu I instancji wskutek wniosku prokuratora

Częściową zmianę w art. 5 ustawy przynosi nowelizacja z listopada 2016 r.[36] tej ustawy. W stosunku do brzmienia przepisu na podstawie ustawy z 10 czerwca 2016 r. zmianą w treści tego przepisu jest modyfikacja jego zdania drugiego, które otrzymuje brzmienie: „Przepisu art. 344a § 3 ustawy, o której mowa w art. 1, nie stosuje się".

Charakter tej zmiany jest jednak kluczowy, ponieważ stanowi całkowite przeciwieństwo wobec dotychczasowego stanu prawnego. Zmiana brzmienia tego przepisu zakłada bowiem wyłączenie możliwości składania zażalenia na postanowienie sądu o zwróceniu sprawy prokuratorowi wskutek jego wniosku. Jak argumentuje Ministerstwo Sprawiedliwości rozwiązanie to ma na celu przyspieszenie postępowania, gdyż możliwość zaskarżania postanowienia sądu w tym przedmiocie wydłuża w czasie postępowanie o okres co najmniej kilka tygodni, w którym to czasie prokurator nie może formalnie przedsięwziąć żadnych czynności[37]. Ministerstwo podkreśla także, że określony w ustawie sześciomiesięczny termin na ponowne złożenie aktu oskarżenia liczony jest od wydania w tym przedmiocie postanowienia a nie przekazania akt, co skutkuje tym, że „przedłużające się rozpoznanie środka odwoławczego następuje *de facto* w okresie przeznaczonym na dokonanie czynności w postępowaniu przygotowawczym"[38]. W żadnej mierze nie można się z tą argumentacją zgodzić. Immanentną bowiem cechą zażalenia jako środka odwoławczego jest to, że nie wstrzymuje ono wykonania zaskarżonego postanowienia, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (art. 462 § 1 k.p.k.). Sąd może co prawda wstrzymać wykonanie zaskarżonego postanowienia (art. 462 § 1 k.p.k. *in fine*), oznaczać to będzie jednak wstrzymanie przekazania sprawy prokuratorowi, a więc termin dla złożenia nowego aktu oskarżenia nie będzie także biegł. Ponadto, stwierdzić należy, że analogicznie jak na gruncie art. 344a k.p.k., możliwość składania zażalenia przez strony na postanowienie w tym przedmiocie ma chronić strony przed przedłużającym się postępowaniem i zbyt pochopnym zwracaniem sprawy prokuratorowi. Mimo tego, wyłączenie możliwości odwoływania się do wyższej instancji należy ocenić pozytywnie, a to z tego względu, że ani sąd podejmujący decyzję w I instancji, ani sąd odwoławczy nie mają w tej mierze dostatecznego pola manewru będąc skrępowanym obligatoryjnym charakterem uchylenia oraz brakiem możliwości badania jego ustawowych przesłanek.

Znacznie poważniejszą zmianą, która budziła także duże kontrowersje, był projekt[39] wprowadzenia nowego ustępu 1a w treść omawianego artykułu. Przepis ten miałby otrzymać brzmienie: „1a. Jeżeli wniosek, o którym mowa w ust. 1, został złożony w postępowaniu odwoławczym, sąd odwoławczy, przekazując sprawę prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, uchyla zaskarżany wyrok".

---

[36] Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 2103).

[37] Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 2 września 2016 r., DL-I-410-9/15, s. 2.

[38] Ibidem, s. 3.

[39] Druk Sejmowy nr 851, http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/6EB5A999944534C4C12580350029871C/%24File/851.pdf.

Ministerstwo Sprawiedliwości wskazuje, że uchylenie wyroku sądu I instancji i przekazanie sprawy przez sąd odwoławczy bezpośrednio prokuratorowi nie stanowi *novum* w polskim procesie karnym i obowiązywało już na gruncie wcześniejszych regulacji procesowych[40]. Konieczność zastosowania omawianej konstrukcji na etapie postępowania odwoławczego Ministerstwo znajduje w tym, że obecne brzmienie art. 437 § 2 k.p.k. regulującego kwestię orzeczeń wydawanych przez sąd *ad quem* w wyniku rozpoznania apelacji nie przewiduje możliwości zwrotu sprawy prokuratorowi. W razie zaistnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego, sąd władny jest jedynie przekazać sprawę do ponownego rozpoznania sądowi I instancji (art. 437 § 2 *in fine* w zw. z art. 452 § 2 k.p.k.), który z kolei może zwrócić się do prokuratora o uzupełnienie materiału dowodowego w trybie art. 344a lub 396a k.p.k. Taki tryb postępowania z pewnością stanowi znaczne wydłużenie postępowania. Z tego względu Ministerstwo Sprawiedliwości uznało, że z przyczyn wskazanych w art. 5 ustawy konieczne jest stworzenie epizodycznego środka prawnego umożliwiającego przekazanie prokuratorowi sprawy bezpośrednio z etapu odwoławczego. Co do zasady, należy zgodzić się z tezami Ministerstwa, zastrzeżenia budzi jednak sposób w jaki Ministerstwo chce zrealizować swoje postulaty.

Na konsekwencje uchylenia wyroku sądu I instancji wobec wniosku prokuratora zwraca uwagę środowisko sędziowskie, które słusznie akcentuje, że „analizowane uprawnienie prokuratora może prowadzić do pozbawienia oskarżonego prawa do uzyskania wyroku uniewinniającego, nie ma bowiem żadnych gwarancji, że w ślad za przekazaniem sprawy do postępowania przygotowawczego nie będzie dochodziło do umorzenia postępowania karnego", co mogłoby być wykorzystywane przez prokuraturę w celu uniknięcia zarzutów o kierowaniu bezpodstawnych aktów oskarżenia czy przegranych procesów[41]. Należy mieć na względzie, że w sytuacji, w której wobec określonej osoby wystosowany został akt oskarżenia, podczas gdy w rzeczywistości jest ona niewinna, bardziej pożądanym rozstrzygnięciem z punktu widzenia oskarżonego jest wyrok uniewinniający aniżeli postanowienie prokuratora o umorzeniu postępowania po jego zwrocie z etapu sądowego. Bezzasadne akty oskarżenia, które powodują niewątpliwe społeczne dolegliwości dla oskarżonego, w takiej sytuacji powinny być niwelowane wyrokiem uniewinniającym, który ma znacznie większy wydźwięk w opinii społecznej oraz doniosłość prawną[42]. Rzeczą oczywistą jest, że konstytucyjne prawo do sądu obejmuje także prawo domagania się wyroku uniewinniającego w przypadku złożenia aktu oskarżenia. Generalnie rzecz biorąc nie narusza praw podejrzanego postawienie mu zarzutu w postępowaniu przygotowawczym, a następnie umorzenie wobec niego postępowania na tym samym etapie. Postawienie jednak w stan oskarżenia przed sądem zmienia płaszczyznę postępowania, wobec czego dla realizacji zasady rzetelnego procesu, konieczne jest zagwarantowanie by sprawa została rozstrzygnięta

[40] Pismo Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 2 września 2016 r.; por. przywołane tam przepisy: art. 344 w zw. z art. 386 § 2 k.p.k. z 1969 r. oraz art. 397 w zw. z art. 437§ 2 k.p.k. w brzmieniu sprzed 1 lipca 2015 r.

[41] Uchwała Zarządu Stowarzyszenia Sędziów Polskich „IUSTITIA" w sprawie planowanych zmian w obszarze regulacji postępowania karnego.

[42] M. Kowalczyk-Luzia, *Instytucja uniewinnienia w polskim procesie karnym,* Olsztyn 2014, s. 153-154.

w wyniku orzeczenia sądu[43]. Postanowienie zaś prokuratora o umorzeniu postępowania po jego zwrocie z instancji odwoławczej nie może zostać wzruszone w drodze zażalenia oskarżonego z uwagi na instytucję *gravamen*, która wymaga by rozstrzygnięcie naruszało prawa skarżącego (art. 425 § 3 k.p.k.). Interes prawny we wniesieniu środka zaskarżenia musi być powiązany bezpośrednio z tym orzeczeniem, co oznacza, że bez znaczenia pozostaje jakie konsekwencje mogłoby mieć inne orzeczenie wydane wobec skarżącego[44]. W tej sytuacji zażalenie oskarżonego, który domaga się prawomocnego wyroku uniewinniającego, jest niedopuszczalne. Omawiany środek stawia oskarżonego w bardzo niekorzystnej sytuacji faktycznej, w której może on zostać pozbawiony możliwości obrony swoich praw przed sądem. Jak powyżej wskazywano, przedłużające się postępowanie nie służy interesom oskarżonego, któremu zależeć może na uzyskaniu wyroku uniewinniającego. W związku z uchyleniem na mocy noweli marcowej art. 552a k.p.k., który wprowadzał możliwość dochodzenia odszkodowania za poniesioną szkodę i zadośćuczynienia za doznaną krzywdę z tytułu stosowania środków przymusu w razie uniewinnienia lub umorzenia postępowania wobec oskarżonego, *de lege lata* oskarżony może domagać się rekompensaty na podstawie art. 552 § 4 k.p.k., tj. w przypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania. Dla celów więc ewentualnego postępowania w tej sprawie wyrok uniewinniający ma zasadnicze znaczenie i stanowi dla oskarżonego ułatwienie dowodowe. Z drugiej jednak strony, nie do wykluczenia są sytuacje, w których działanie prokuratury nosiłoby znamiona czystego oportunizmu faktycznego, tzn. po zwrocie sprawy nastąpiłoby umorzenie postępowania wbrew przesłankom z art. 17 § 1 k.p.k. Postanowienie takie mogłoby być wzruszone w trybie art. 306 § 1a przez pokrzywdzonego, który w dalszej perspektywie mógłby wnieść subsydiarny akt oskarżenia (art. 55 § 1 k.p.k.). Powoduje to jednak znaczne wydłużenie postępowania.

W tym miejscu trzeba wskazać, że w toku prac nad tekstem ustawy nowelizującej w Senacie, Biuro Legislacyjne Senatu krytycznie odniosło się projektowanego omawianego ust. 1a. W swej opinii Biuro podnosi[45], że cofnięcie sprawy z etapu postępowania odwoławczego do postępowania przygotowawczego znacznie wpłynie na długość jego trwania, co stanowić będzie podstawę dla strony do wniesienia skargi na przewlekłość sprawy w trybie art. 2 ustawy o skardze na przewlekłość postępowania[46]. Rezultatem tego stanowiska jest wykreślenie przez Senat z projektu ustawy omawianego przepisu. Stanowisko to, choć trafne, trudne jest do zrozumienia. Przedmiotem krytyki był bowiem przepis nakazujący uchylenie wyroku sądu I instancji, podczas gdy przytoczone przez Senat argumenty mają w pełni zastosowanie także do ust. 1. Opinia wprost

[43] *Rzetelny proces karny,* red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 358.

[44] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 297–467. Tom II,* red. P. Hofmański, Warszawa 2011, s. 719.

[45] Kancelaria Senatu – Biuro Legislacyjne, Opinia do ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 318), s. 10, http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k9/dokumenty/opinie/030/o/318o.pdf.

[46] Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz.U. 2004 nr 179 poz. 1843).

stanowi, że sąd stanowi gwarancję rzetelnego procesu oraz, że jego rolą jest kierowanie procesem[47]. Różnicowanie sytuacji, w której złożenie wniosku narusza wyłączne prawo sądu do kierowania procesem z punktu widzenia zasady niezależności i niezawisłości sędziowskiej od tego, w którym momencie złożony został wniosek prokuratora jest niezrozumiałe i nielogiczne. Nie ma podstaw by uważać, że tylko „zmuszenie" sądu odwoławczego do zwrotu sprawy wprost do postępowania przygotowawczego było złamaniem zasady rzetelnego procesu, podczas gdy analogiczna sytuacja w I instancji byłaby usprawiedliwiona.

5. Zakończenie

Nie budzi wątpliwości, że na gruncie ustawy nowelizującej z dnia 10 czerwca 2016 r. oraz następnie zmieniającej ją ustawy, prokurator uzyskał znaczącą przewagę nad pozostałymi stronami postępowania. Prowadzi to do rażącej dysproporcji względem środków za pomocą których oskarżony może wpływać na przebieg procesu, oraz znacząco utrudnia skuteczną jego obronę. Spojrzenie z dogmatycznego punktu widzenia nie nakreśla jednak całości problemów jakie nastręcza omawiana instytucja. Środek ten w praktyce może bowiem stanowić element pozaprawnego oddziaływania na bieg konkretnych wybranych procesów, na co w swych uwagach zwracało środowisko sędziowskie. W wielu przypadkach także przedłużanie postępowania karnego w stosunku do oskarżonego przez zwrot sprawy prokuratorowi, czy to na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego czy to odwoławczego, stać będzie w sprzeczności z podstawowym funkcjami prawa karnego. W stosunku bowiem do przestępstw, w których wobec oskarżonych stosowane było tymczasowe aresztowanie znaczące wydłużenie trwania okresu rzeczywistego pozbawienia wolności bez prawomocnego wyroku na zasadzie art. 63 § 1 k.k. spowodować może zniwelowanie znaczenia kary orzeczonej wyrokiem. Wspomnieć również trzeba, że regulacja obligatoryjnego zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego wprost z instancji odwoławczej stoi w sprzeczności z założeniami, jakie przyświecały ustawodawcy przy okazji kwietniowej nowelizacji i wprowadzenia do kodeksu postępowania karnego pod postacią rozdziału 55a skargi na wyrok sądu odwoławczego uchylającego wyrok sądu I instancji i przekazujące mu sprawę do ponownego rozpoznania.

Ustawodawca nie argumentuje w sposób wyczerpujący i przekonujący racjonalności i konieczności wprowadzenia takiego rozwiązania. Co więcej, zasadność tak stanowczego ingerowania w tok procesu uzasadniona została zmianami, które tak naprawdę nie mogą stanowić podstawy dla przeprowadzenia na tyle istotnych dowodów w sprawie, by konieczne było zwrócenie jej do stadium postępowania przygotowawczego. Zamierzenia ustawodawcy z łatwością można było osiągnąć za pomocą „mniej inwazyjnych" zabiegów legislacyjnych, wśród których wymienić należy przede wszystkim przepisy wprowadzające nowelę kwietniową. Nie znajduje zrozumienia, dlaczego troska o pełną realizację zasady prawdy materialnej w procesie znalazła wyraz w postaci tak daleko

[47] Kancelaria Senatu – Biuro Legislacyjne, Opinia do ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.

idącego środka prawnego, podczas gdy przepisy wprowadzające nowelę kwietniową (art. 25 ust. 1), która uzasadniana była w podobny sposób, stanowią że postępowania wszczęte przed 15 kwietnia 2016 r. toczą się na podstawie dotychczasowych przepisów do prawomocnego zakończenia sprawy. Dużo bardziej zasadnym sposobem realizacji postulatów ustawodawcy byłoby wprowadzenie przepisu, który umożliwiałby stosowanie znowelizowanych przepisów o postępowaniu dowodowym oraz art. 397 k.p.k. w toku już toczących się procesów, tak jak ustawodawca czyni to z przepisami rozdziału 55a kodeksu postępowania karnego wprowadzonym na podstawie nowelizacji kwietniowej, który znalazł zastosowanie do już trwających procesów. Stosowanie przepisów o postępowaniu dowodowym w nowym brzmieniu stałoby w zgodzie z ogólną zasadą intertemporalną procesu karnego, wyrażającą zasadę stosowania nowych przepisów w chwili ich wejścia w życie. Proponowane brzmienie ustępu 1a w art. 5 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. stoi także w sprzeczności z postulatami przyspieszenia procesu, szczególnie jeśli chodzi o postulaty zwiększenia reformatoryjności orzekania przez sądy odwoławcze, co znalazło wyraz w możliwości skarżenia do Sądu Najwyższego wyroków kasatoryjnych sądów II instancji, w których uchylano wyrok sądu I instancji i przekazywano mu sprawę do ponownego rozpoznania. Te dwie krańcowo odmienne regulacje prawne wskazują, że ostatnie zmiany w zakresie procedury karnej przeprowadzane były bez stosownego rozeznania i przygotowania, a także, że mają one tło natury pozaprawnej.

* * *

Imperative Request of the Prosecutor to Forward the Case to Supplement the Evidence

Article presents a discussion of recent changes in the Code of Criminal Procedure and the further next, which the main point was to introduce into the criminal process temporary legal solution, which gave prosecutor possibility to force the court to return the case to the preliminary inquiry stage. The article presents the characteristics of the prosecutor's request for the current and projected state of the law as well as doubts about the rationality of its use.

Key words: supplementary evidence, prosecutor's request, judges' independence, criminal trial, court proceedings

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Karol Kowalski[1]

Skład sądu wydającego wyrok łączny w pierwszej instancji

Streszczenie:

Zagadnienie składu sądu, w jakim w pierwszej instancji powinien zostać wydany wyrok łączny, od lat jest źródłem sporu i zdecydowanych rozbieżności między orzecznictwem i doktryną procesu karnego. Formuła „odpowiedniego" stosowania przepisów określona w art. 574 k.p.k. nie daje jasnej odpowiedzi, czy należy stosować art. 28 § 2 (jeden sędzia i dwóch ławników) i art. 28 § 4 (dwóch sędziów i trzech ławników) w sytuacji, gdy choć jedna z jednostkowych kar podlegających łączeniu została orzeczona za zbrodnie, albo gdy choć jedna z kar została orzeczona za przestępstwo zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności, bądź też gdy łączeniu podlegają dwie lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności. Brak przepisu jednoznacznie rozstrzygającego wątpliwości implikuje konieczność podjęcia analizy na płaszczyźnie funkcjonalnej i systemowej. Pierwsza część poświęcona jest charakterystyce postępowania w sprawie wyroku łącznego. W drugiej zaprezentowano rozważania dotyczące celu istnienia określonych w art. 28 tzw. składów rozszerzonych.

Słowa kluczowe: prawo karne, wyrok łączny, kara łączna, skład sądu

1. Wprowadzenie

Zagadnienie składu sądu, w jakim w pierwszej instancji powinien zostać wydany wyrok łączny, od lat jest źródłem sporu i zdecydowanych rozbieżności między orzecznictwem i doktryną procesu karnego. Pojawiły się one na gruncie kodyfikacji karnoprocesowej

[1] Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, licencjatem administracji, Prezesem Koła Naukowego Prawa Karnego UG w latach 2015-2016, Koordynatorem Sekcji Praw Człowieka Studenckiej Uniwersyteckiej Poradni Prawnej UG w latach 2015-2017 oraz Wiceprezesem Rady Kół Naukowych WPiA UG w latach 2015-2016.

z 1969 r., i bynajmniej nie oznacza to, iż problematyka ta straciła na aktualności wraz z początkiem obowiązywania Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. Sąd Najwyższy od ponad 40 lat, mimo zmian stanu prawnego, co jakiś czas zajmuje takie samo stanowisko w tej kwestii, konsekwentnie budując trwałą linię orzeczniczą. Trzeba zauważyć, że pomimo ostatnich systemowych nowelizacji Kodeksu karnego i Kodeksu postępowania karnego[2], które nie ominęły także instytucji kary łącznej i wyroku łącznego, ustawodawca nie zdecydował się na normatywne przesądzenie toczonego sporu i wyraźne uregulowanie tej kwestii, chociaż, jak się wydaje, dostarczył stronom nowych argumentów. Tym samym nie doszło do dezaktualizacji wątpliwości co do trafności przyjętej przez Sąd Najwyższy, a zaprezentowanej poniżej, linii orzeczniczej.

Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego nie ma swojej w pełni autonomicznej regulacji. Właściwie postępowanie toczy się w trybie zwyczajnym, z modyfikacjami charakterystycznymi dla tego postępowania zawartymi w rozdziale 60. k.p.k. oraz wynikającymi z odpowiedniego stosowania przepisów o postępowaniu zwyczajnym. W myśl art. 574 k.p.k. *in principio*: „W kwestiach nieuregulowanych przepisami niniejszego rozdziału do postępowania o wydanie wyroku łącznego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu zwyczajnym przed sądem pierwszej instancji". Jest oczywiste, że wobec braku szczególnej regulacji określającej skład sądu orzekającego w tym przedmiocie, uwagę należy skierować na art. 28 k.p.k., dotyczący składów sądu pierwszej instancji, gdy sąd orzeka na rozprawie głównej.

Brak wyraźnej normy oraz konieczność „odpowiedniego" stosowania art. 28 k.p.k. z całą pewnością możemy uznać za główne źródło pojawiających się problemów. Powszechnie bowiem przyjmuje się, iż stosowanie „odpowiednie" przepisów może polegać na zastosowaniu ich wprost, z modyfikacjami lub niestosowaniu, w zależności od specyfiki spraw, dla których następuje odesłanie[3]. Dla porządku rozważań trzeba zauważyć, że art. 28 k.p.k. konstruuje różne składy sądu: w § 1 przewidziano skład jednego sędziego zawodowego, w § 2 mowa o składzie jednego sędziego i dwóch ławników w sprawach o zbrodnie, w § 3 trzech sędziów albo jednego sędziego i dwóch ławników dla spraw o szczególnej wadze lub zawiłości, zaś § 4 statuuje skład dwóch sędziów i trzech ławników w sprawach o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności. Trzeba zauważyć, że zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości konieczność stosowania art. 28 § 1 (jeden sędzia) oraz możliwość stosowania § 3 (trzech sędziów albo jeden sędzia i dwóch ławników) w przypadku spraw szczególnie zawiłych lub o szczególnej wadze.

Różnice pojawiają się co do oceny możliwości stosowania § 2 (jeden sędzia i dwóch ławników) i § 4 (dwóch sędziów i trzech ławników) przewidujących tzw. składy rozszerzone. Rozbieżne stanowiska dotyczą sytuacji, gdy choć jedna z jednostkowych kar podlegających łączeniu została orzeczona za zbrodnie, albo gdy choć jedna z kar

[2] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 poz. 1247); Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2015 poz. 396); Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 poz. 437).

[3] J. Nowacki, *„Odpowiednie" stosowanie prawa*, PiP 1964, z. 3, s. 368 i n.

została orzeczona za przestępstwo zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności, bądź też gdy łączeniu podlegają dwie lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności (bowiem z art. 88 Kodeksu karnego wynika możliwość orzeczenia jako kary łącznej kary dożywotniego pozbawienia wolności). Problematyka właściwego składu sądu orzekającego we wskazanych sytuacjach procesowych jest głównym przedmiotem niniejszego opracowania.

Rozstrzygnięcie tej kwestii ma niebagatelne znaczenie z perspektywy ewentualnej kontroli instancyjnej zapadłego orzeczenia. Nienależyta obsada sądu (art. 439 § 1 pkt 2 *in principio*) stanowi bowiem bezwzględną przyczynę odwoławczą, która jeśli zaistnieje, powoduje bezwzględny nakaz uchylenia orzeczenia niezależnie od wpływu uchybienia na treść orzeczenia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypadek „nienależytej obsady sądu" zachodzi wówczas, gdy skład sądu orzekającego w konkretnej sprawie jest różny od tego, który przewidziany jest w ustawie jako wyłączny do rozpoznawania określonej kategorii spraw, w sądzie danego szczebla i w określonym trybie[4].

Kluczowe pytanie dotyczy więc tego, jak powinno wyglądać „odpowiednie" zastosowanie art. 28 k.p.k. podczas wydawania wyroku łącznego. Określenie właściwego zakresu „odpowiedniego" zastosowania art. 28 k.p.k. wymaga, jak sądzę, przeprowadzenia analizy na dwóch płaszczyznach: *primo*, charakteru modelu orzekania wyroku łącznego – czyli postępowania dla którego należy stosować art. 28, oraz *secundo*, charakteru przepisów normujących skład sądu – a więc tych, które mają zostać „odpowiednio" zastosowane, w szczególności paragrafów, które zdaniem Sądu Najwyższego oraz części doktryny nie mają być stosowane.

2. Charakter prawny wyroku łącznego

Postępowanie o wydanie wyroku łącznego należy do grupy postępowań po prawomocności orzeczenia. Trzeba zauważyć, iż jednoczesne sądzenie kilku przestępstw i orzekanie kary łącznej w ramach tego samego postępowania jest trybem podstawowym i oczekiwanym, ze względu na możliwość oceny całokształtu przestępczej działalności sprawcy oraz postulat ekonomiki procesowej[5]. Postępowanie o wydanie wyroku łącznego, jak wskazywano już w okresie międzywojennym, ma charakter uzupełniający wobec postępowania rozpoznawczego, bowiem konieczność jego przeprowadzenia aktualizuje się gdy nie doszło do uprzedniego wymierzenia kary łącznej w postepowaniu zwyczajnym[6]. Stanowi ono, jak wskazuje M. Cieślak, wyjątek od zasady niepodzielności

[4] Zob.: Wyrok SN z dnia 19 sierpnia 2009 r., V KK 144/09, KZS 2009, Nr 12, poz. 24; Wyrok SA w Lublinie z dnia 29 września 2009 r., II AKA 192/09, Legalis; Postanowienie SN z dnia 5 lipca 2005 r., WZ 14/05, OSNKW 2005, Nr 10, poz. 99; Postanowienie SA w Katowicach z dnia 14 lipca 2004 r., II AKZ 518/04, OSA 2005, Nr 4, poz. 28; Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 26 sierpnia 2015 r., II AKA 195/15, Legalis.

[5] Szerzej zob.: T. Grzegorczyk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 1012; Z. Krauze, *O trybach wymiaru kary łącznej*, NP 1979, nr 9, s. 56; W. Wolter, *O warunkach orzekania kary łącznej*, NP 1962, nr 1, s. 17.

[6] L. Peiper, *W kwestji wyroku łącznego*, Gazeta Sądowa Warszawska 1933, nr 33, s. 517; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17.01.1936 r., 1 K 1328/35, Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego (Izba Karna) 1936, z. VII, poz. 288.

przedmiotu procesu[7] oraz ma subsydiarny charakter, co z kolei podkreśla D. Kala[8]. Początkowe i siłą rzeczy ogólne uwagi nie są jednak wystarczające dla określenia charakteru prawnego omawianego postępowania. W tym zakresie fundamentalne znaczenie ma precyzyjne określenie jego przedmiotu. Można stwierdzić, że wokół tego zagadnienia skupiają się zasadnicze rozbieżności między stronami sporu, a warto zauważyć, że jest to materia o podstawowym znaczeniu dla dogmatyki procesu karnego, co nadaje omawianej problematyce szczególnej doniosłości.

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie akcentuje przede wszystkim, iż wyrok łączny nie jest „sprawą o przestępstwo" (albo „sprawą o zbrodnie") i w konsekwencji nie dotyka kwestii odpowiedzialności prawnej, co ma uzasadniać orzekanie, z reguły, w składzie jednego sędziego (art. 28 § 1), ewentualnie trzech sędziów albo jednego sędziego i dwóch ławników (§ 3).

Na gruncie poprzedniej kodyfikacji Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 lutego 1972 r. stwierdził, iż

> przez orzekanie „w sprawach o przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę śmierci", rozumieć należy rozstrzyganie o winie, o ocenie prawnej i o wymiarze kary za każde z poszczególnych przestępstw zagrożonych najwyższą karą. Problematyka ta nie wchodzi w rachubę w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego nawet wówczas, gdy jeden z podlegających połączeniu wyroków wydany był w składzie przewidzianym w art. 19 § 2 k.p.k. Wyrok taki rozstrzygnął już prawomocnie wszystkie kwestie związane ze sprawą o przestępstwo zagrożone karą śmierci[9].

Kontynuacją tego stanowiska była kolejna uchwała Sądu Najwyższego, w której wskazano:

> skład dwóch sędziów i trzech ławników, przewidziany w art. 19 § 2 k.p.k., wyznacza się bowiem w sprawach „o przestępstwa, za które ustawa przewiduje karę śmierci". Oczywiste jest, że określenie „sprawa o przestępstwo", używane w kodeksie postępowania karnego np. dla określenia właściwości rzeczowej, trybu postępowania i dla innych celów, jest zależne od kwalifikacji prawnej czynu (mogącej przecież w toku procesu podlegać weryfikacji), a więc odnosi się do postępowania „głównego", w którym nie tylko kwestia kwalifikacji prawnej, ale i winy jest przedmiotem ustaleń (…). W postępowaniu tym przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest już bowiem ani kwestia winy, ani kwalifikacji prawnej, lecz tylko wymiar kary łącznej i to jeszcze w rozmiarach ograniczonych ustawowo (art. 60–70 k.k.)[10].

Na gruncie przepisów obecnie obowiązującego Kodeksu, Sąd Najwyższy zajmował analogiczne stanowisko. W postanowieniu z dnia 20 marca 2013 r. sąd uznał, że „przedmiotem postępowania w sprawie o wydanie wyroku łącznego nie jest rozpatrywanie kwestii odpowiedzialności karnej sprawcy, o której już rozstrzygnięto – i to w zakresie

[7] M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 310.

[8] D. Kala, *Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego. Zagadnienia karnomaterialne i procesowe*, Toruń 2003, s. 31.

[9] Uchwała SN z dnia 17 lutego 1972 r., VI KZP 78/71, OSNKW 1972, z. 4, poz. 60.

[10] Uchwała SN z dnia 24 maja 1995 r., I KZP 15/95, OSNKW 1995, z. 7–8, poz. 46.

jego odpowiedzialności za czyny stanowiące zbrodnie w składach rozszerzonych zgodnie z regulacją zawartą w art. 28 § 2 k.p.k. – a jedynie połączenie prawomocnie orzeczonych kar"[11]. Tę argumentację przyjęto w postanowieniu z dnia 30 października 2014 r., gdzie stwierdzono, iż

> postępowania o wydanie wyroku łącznego nie można utożsamiać ze sprawą o konkretne przestępstwo (zbrodnię). Postępowanie to jest postępowaniem *sui generis*, ograniczonym tylko do problemu połączenia części składowych prawomocnych wyroków skazujących. Kwestie osądzenia konkretnego, zarzuconego w akcie oskarżenia przestępstwa (zbrodni) zostały prawomocnie zakończone, ustalone zostało zatem sprawstwo, wina, dokonano subsumcji i wymierzono karę – wszystko to nastąpiło w wyroku skazującym za czyn przypisany oskarżonemu[12].

W dalszej części orzeczenia wskazywano:

> nie można zasadnie twierdzić, że kwestia odpowiedzialności karnej sprawcy za popełniony czyn nie zostaje zamknięta wraz z wydaniem prawomocnego wyroku skazującego za ten konkretny czyn (który może zostać wzruszony jedynie poprzez nadzwyczajne środki zaskarżenia). Wszak gdyby utożsamiać sprawę o przestępstwo (zbrodnię) z ustaleniem kary, którą faktycznie sprawca ma ponieść za popełniony czyn, to realny jej wymiar zostanie ustalony dopiero na etapie postępowania wykonawczego, którego przepisy również mają zakorzenienie materialnoprawne.

Wśród przedstawicieli doktryny brak jest jednomyślności co do oceny stanowiska Sądu Najwyższego. Pogląd Sądu Najwyższego podzielają Z. Gostyński, W. Grzeszczyk, P. Opala, R.A. Stefański, D. Świecki, W. Jasiński[13]. Natomiast za możliwością stosowania art. 28 § 2 i § 4 opowiedzieli się T. Bojarski, M. Cieślak, Z. Doda, A. Sakowicz, S. Steinborn, A. Światłowski oraz Z. Świda[14].

---

[11] Wyrok SN z dnia 20 marca 2013 r., III KK 399/12, LEX nr 1311393.

[12] Postanowienie SN z dnia 30 października 2014 r., I KZP 22/14, OSNKW 2015 nr 1, poz. 2, s. 15; tak też: Wyrok SN z dnia 5 listopada 2015 r., IV KK 38/15, LEX.

[13] Z. Gostyński [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom III*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2004, s. 841–842; W. Grzeszczyk [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 761–762; W. Grzeszczyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007r., V KK 4/07*, OSP 2007/12/143; P. Opala, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 1 marca 2007r., V KK 4/07*, Studia Iuridica Lublinensia 2009, nr 12, s. 299–312; R.A. Stefański, *Przegląd Uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1995r.*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1996, nr 3–4, s. 123; D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II*, red. D. Świecki, Warszawa 2015, s. 662-663; W. Jasiński [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 118.

[14] T. Bojarski, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 17 lutego 1972 r. VI KZP 58/71*, NP 1972, z. 7-8, s. 1241-1242; D. Kala, op.cit., s. 153-158; M. Cieślak, Z. Doda, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za pierwsze półrocze 1972 roku*, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1973, nr 1, s. 90; Z. Doda, J. Grajewski, *Karnoprocesowe orzecznictwo Sądu Najwyższego (lata 1995 – 1996)*, PS 1997, nr 11–12, s. 62–63; Z. Doda, A. Gaberle, *Kontrola odwoławcza w procesie karnym. Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz. Tom II*, Warszawa 1997, s. 157; S. Steinborn [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 425-673*, Warszawa 2013, s. 497-498; Z. Świda, *Zagadnienia składu sądu i wyłączenia sędziego w przepisach kodeksu*

Z zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy argumentacji zdaje się wypływać jeden zasadniczy wniosek: skoro w omawianym postępowaniu przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest kwestia odpowiedzialności prawnej oskarżonego za przestępstwo, lecz tylko kara łączna w granicach ustawowo oznaczonych, to sąd powinien orzekać w składzie podstawowym określonym w art. 28 § 1 (obecnie jednoosobowym), a tylko wyjątkowo w składzie rozszerzonym (art. 28 § 3). Stosowanie art. 28 § 2 i 4 jawi się jako bezprzedmiotowe, bowiem ustawodawca przewidział ustalone w tych przepisach składy rozszerzone sądu dla określonej kategorii spraw, w którą nie wpisuje się postępowanie w przedmiocie wyroku łącznego. Mówiąc inaczej, z jednej strony analiza modelu postępowania o wydanie wyroku łącznego prowadzi do wniosku, iż postępowanie to nie wpisuje się w rozstrzyganie kwestii odpowiedzialności karnej – a tej przecież dotyczy postępowanie zwyczajne – co świadczy o tak zasadniczej odmienności obu modeli, iż „odpowiednie" stosowanie art. 28 będzie polegało na niestosowaniu § 2 i § 4. Z drugiej zaś strony, co prawda dla przestępstw zagrożonych najsurowszymi karami ustawa statuuje składy rozszerzone, jednakże wykładnia językowa przepisów je normujących (§ 2 i § 4) prowadzi do wniosku, iż znajdują one zastosowanie w postępowaniach w których rozstrzyga się kwestie sprawstwa, winy, dokonuje subsumcji i wymierza karę (co wyraża się poprzez użycie terminów „w sprawach o przestępstwo", „w sprawach o zbrodnie"), a te nie są przedmiotem rozstrzygnięć zawartych w wyroku łącznym.

Trzeba stwierdzić, że argumentacja Sądu Najwyższego nie przekonuje, a zajęte na jej podstawie stanowisko trudno podzielić. Nie można zaakceptować twierdzenia, iż przedmiot postępowania o wydanie wyroku łącznego nie dotyka kwestii odpowiedzialności prawnej. W powszechnie aprobowanym ujęciu M. Cieślaka kwestia odpowiedzialności prawnej jest zasadniczym przedmiotem procesu karnego – „a więc przedmiotem tego całościowego przebiegu, który zmierza do realizacji prawa karnego materialnego w wypadku podejrzenia o popełnienie czynu zabronionego. Kwestia ta implikuje w szczególności pytania: czy w ogóle popełniono dane przestępstwo, kto je popełnił, w jakiej postaci je popełnił, i jakie ma za to ponieść konsekwencje prawne". Dalej autor ten wskazuje, iż „przedmiotem procesu nie jest natomiast sam fakt przestępstwa, gdyż badanie rzeczywistości nie jest w procesie celem samoistnym, lecz pośrednim, tj. służącym do określenia odpowiedzialności i jej rozmiarów"[15]. Odpowiedzialność prawna oparta jest na dwóch podstawach: faktycznej i prawnej. Podstawę faktyczną stanowi czyn zarzucany w procesie, sprecyzowany w odpowiednich aktach procesowych (postanowieniu o wszczęciu postępowania, akcie oskarżenia itd.), podstawę prawną zaś ustalanej w procesie odpowiedzialności stanowią normy prawa materialnego[16].

postępowania karnego z 1997 r. [w:] *Nowa Kodyfikacja Karna*, red. L. Bogunia, tom III, Wrocław 1998, s. 164–165; A. Sakowicz [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, s. 1282–1283; A. Światłowski [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2015, s. 1367; A. Światłowski [w:] *System Prawa Karnego Procesowego. Tom V. Sądy i inne organy postępowania karnego*, red. Z. Kwiatkowski, Warszawa 2015, s. 511.

[15] M. Cieślak, *Polska procedura…*, s. 47–48.

[16] M. Cieślak, *Przewodnik do nauki procesu karnego*, Warszawa 1957, s. 100.

Widzimy więc, iż doktryna w ramy kwestii odpowiedzialności karnej *explicite* włącza rozstrzyganie o konsekwencjach prawnych, przez co należy rozumieć orzekanie o stosowanych rodzajach środków reakcji karnoprawnej, w szczególności karach, i ich wymiarze. Co prawda przedmiotem postępowania o wydanie wyroku łącznego nie jest już ustalenie czy popełniono czyn zabroniony, czy sprawcy można przypisać winę, czy nie zachodziły okoliczności wyłączające bezprawność, etc., ale nadal otwarta pozostaje kwestia wymiaru kary – nie można więc zasadnie negować ingerencji wyroku łącznego w kwestię odpowiedzialności karnej[17]. Wyrok łączny, kształtując nowy wymiar kary, wkracza w sferę odpowiedzialności karnej sprawcy, której element stanowi rozstrzygnięcie o konsekwencjach prawnych przestępstw. Można więc skonstatować, iż argumentacja Sądu Najwyższego nie przystaje do teoretycznej konstrukcji przedmiotu procesu karnego.

Wniosek ten wspiera bliższa analiza regulacji obejmujących wyrok łączny. Z co najmniej dwóch powodów nie jest trafne przyjmowanie, że wraz z orzeczeniem kary jednostkowej, która następnie będzie podlegała połączeniu, kwestia wymiaru odpowiedzialności karnej zostaje niejako „skonsumowana" i zamknięta.

Pierwszym powodem jest merytoryczny charakter tego orzeczenia[18]. Kształtuje ono bowiem nowy wymiar kary na bazie uprzednio wydanych orzeczeń jednostkowych. Trzeba zauważyć, że orzekanie wyroku łącznego w zdecydowanej większości przypadków nie jest jedynie kwestią techniczną, formalnością gdzie wymiar kary łącznej jest całkowicie zdeterminowany przepisami ustawy[19]. Określając wymiar kary sąd zasadniczo będzie poruszał się w pewnych ramach, kierując się dyrektywami kary łącznej z art. 85a k.k.[20] Co więcej, orzeczenie kary łącznej nie sprowadza się jedynie do określenia nowej wysokości kary. Może polegać również na zmianie rodzaju kary, określeniu nowej treści lub formy wykonywania kary, bądź też rozstrzygnięciu o całościowej, szerszej niż tylko kara represji za popełnione przestępstwa[21]. W pierwszym przypadku, jeżeli wśród zbiegających się przestępstw znajduje się kara pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności, sąd wymierza karę łączną pozbawienia wolności, przyjmując, że miesiąc ograniczenia wolności równa się 15 dniom pozbawienia

[17] Nie ulega wątpliwości, że sąd wydający wyrok łączny nie jest uprawniony do ponownego rozważenia tych samych okoliczności, które legły u podstaw wymiaru kar w poprzednio osądzonych sprawach, nie może m.in. modyfikować kwalifikacji prawnej czynu, ponownie przesądzać kwestii winy, dokonywać odmiennych ustaleń faktycznych, czy dokonywać zmian w karach orzeczonych za poszczególne przestępstwa. Spostrzeżenie to prowadzi D. Kalę do trafnego wniosku, iż wyrok łączny ma charakter subsydiarny – wieńczy postępowanie będące dalszym ciągiem procesu podstawowego, a jego byt uwarunkowany jest istnieniem wszystkich poszczególnych prawomocnych wyroków, które obejmuje. Szerzej zob.: D. Kala, op.cit., s. 42.

[18] D. Kala, op.cit., s. 45.

[19] Np. art. 88 k.k.

[20] „Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa"; przepis ten należy interpretować w świetle ogólnych zasad i dyrektyw wymiaru kary, które Kodeks przewiduje w art. 53.

[21] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 418.

wolności. Jeżeli za zbiegające się przestępstwa wymierzono kary pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności i kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat, sąd może orzec te kary łączne jednocześnie, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione (art. 87 k.k.). Ponadto, w przypadku zbiegu dwóch lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności sąd może orzec jako karę łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności (art. 88 k.k. *in fine*). W drugim przypadku, gdy sąd wymierza jako karę łączną karę ograniczenia wolności, określa na nowo obowiązki lub wymiar potrącenia. Dodatkowo może orzec nowe obowiązku probacyjne lub świadczenie pieniężne (art. 86 § 3 k.k.). Jeżeli chociażby jedną z kar podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona na podstawie art. 60 § 5, sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej nieprzekraczającej wymiaru kary pozbawienia wolności, orzeczonej na podstawie tego przepisu (art. 89a § 1 k.k.). Trzeci ze wskazanych przypadków obejmuje możliwość rozbudowy karnoprawnej reakcji. Orzekając karę łączną pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, sąd może orzec grzywnę określoną w art. 71 § 1, chociażby jej nie orzeczono za pozostające w zbiegu przestępstwa (art. 89a § 2 k.k.).

Określone przez ustawodawcę ramy kary łącznej, chociaż zawężają pole swobody sądu, to jednak nadal pozwalają *in genere* na stosunkowo szeroką merytoryczną ocenę działalności sprawcy związanej ze zbiegającymi się przestępstwami. W świetle generalnej możliwości daleko posuniętej ingerencji w kwestię konsekwencji prawnych nie sposób uznać wyroku łącznego za orzeczenie niewpisujące się w zasadniczy przedmiot procesu karnego – szczególnie z perspektywy skazanego, wobec którego orzeczono nową, rodzajowo surowszą, nieorzeczoną wcześniej karę.

Drugi powód to powiązanie postępowania w przedmiocie wyroku łącznego ze stadium jurysdykcyjnym. Mimo tego, iż jest prowadzone po uprawomocnieniu się poszczególnych wyroków skazujących, w jego ramach zaś status strony przysługuje skazanemu, to nie należy ono do stadium wykonawczego[22]. Przede wszystkim ze względu na to, iż dąży do ukształtowania wyrokiem łącznym nowej kary, nie zaś do zabezpieczenia wykonania kar i innych środków wymierzonych uprzednio przez uprawnione do tego organy[23]. Nie jest to już etap wykonywania, ale nadal etap orzekania kary.

Niekonsekwencją cechuje się rozwiązanie, zgodnie z którym o karze łącznej orzekałby w trybie podstawowym skład rozszerzony, gdy tymczasem w wyroku łącznym czyniłby to skład podstawowy – wcześniej jeden sędzia i dwóch ławników, zaś obecnie – tylko jeden sędzia. Należy mieć w pamięci, co podkreślał już M. Cieślak, że „Nie jest to żadna nowa sprawa, chociaż zostaje wpisana do repertorium pod nową sygnaturą”[24].

Czas wreszcie odnieść się do argumentu Sądu Najwyższego, według którego składy przewidziane w art. 28 § 2 i § 4 dotyczą jedynie „spraw o przestępstwo” oraz „spraw o zbrodnie”, a których nie należy utożsamiać z postępowaniem w przedmiocie wyroku

[22] D. Kala, op.cit., s. 50.

[23] J. Hołda, Z. Hołda, B. Żórawska, *Prawo karne wykonawcze*, Warszawa 2012, s. 13 i n.

[24] M. Cieślak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11.06.1960 r., V K 478/60*, Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych 1961, nr 5, s. 294–295.

łącznego, bowiem ma ono ograniczony przedmiot. Z. Świda, odmawiając trafności temu stanowisku, podniosła, że:

> orzekanie kary łącznej, gdy jeden z wyroków podlegających połączeniu został wydany w składzie dwóch sędziów i trzech ławników, bo orzekano w sprawie o przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotnie pozbawienie wolności, jest nadal orzekaniem w sprawie o to przestępstwo, ponieważ jest orzekaniem o odpowiedzialności karnej za to przestępstwo. Szczególnie, że u podstaw przesłanek składu rozszerzonego leży nie tylko charakter czynu, ale jego zagrożenie karą[25].

Nie przesądzając tej kwestii, trzeba zauważyć, że formuła „odpowiedniego" stosowania art. 28 k.p.k. może polegać także na zmodyfikowaniu hipotezy przepisu. Tak więc nawet uznanie zasadności oceny Sądu Najwyższego nie jest przeszkodą dla stosowania wskazanych przepisów w postępowaniu o wydanie wyroku łącznego, tym bardziej, że całokształt okoliczności związanych z tym orzekaniem za tym przemawia.

Nie bez znaczenia dla omawianej problematyki są ostatnie nowelizacje w zakresie kary łącznej oraz wyroku łącznego. Ustawą nowelizującą z dnia 20 lutego 2015 roku doszło do zmiany modelu kary łącznej. Przede wszystkim zrezygnowano z warunku, polegającego na wydaniu pierwszego, chociażby nieprawomocnego, wyroku co do któregokolwiek z przestępstw popełnionych przez sprawcę przed jego wydaniem.

Podstawą wymiaru kary łącznej są podlegające łączeniu kary orzeczone jako kary jednostkowe za pozostające w zbiegu rzeczywistym przestępstwa albo kary orzeczone wcześniej jako kara łączna. W tym zakresie art. 85 § 2 wprowadza modyfikację podstaw wymiaru kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym w porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym, rozszerzając taką podstawę również o kary jednorodzajowe lub podlegające łączeniu kary różnorodzajowe orzeczone jako kara łączna. Dodatkowo stworzono możliwość łączenia nie tylko kar jednostkowych, ale także kar łącznych wcześniej wymierzonych. Tym samym nie zachodzi potrzeba każdorazowego „rozłączania" wcześniej orzeczonych kar łącznych w celu ich „zaktualizowania" o kolejne pozostające w realnym zbiegu przestępstwo bądź przestępstwa. W postępowaniu o wydanie wyroku łącznego sąd będzie mógł więc łączyć zarówno kary jednostkowe zapadłe w różnych podstępowaniach za przestępstwa pozostające w zbiegu realnym (orzeczona kara łącza w wyroku łącznym będzie pierwszą w danej konfiguracji), jak też kary jednostkowe z innymi karami łącznymi (kara łączna w wyroku łącznym będzie co najmniej drugą taką karą orzeczoną w danej konfiguracji).

Nowelizacją dodano również art. 568a, który *explicite* statuuje dwie formy orzeczenia kary łącznej, tj. w wyroku skazującym – w odniesieniu do kar wymierzonych za przypisane oskarżonemu tym wyrokiem przestępstwa oraz w wyroku łącznym – w pozostałych wypadkach. Ta druga sytuacja będzie miała miejsce, gdy w oddzielnym postępowaniu przypisano sprawcy przestępstwo i wymierzono karę, która po spełnieniu przesłanek z art. 85 k.k. i n. może zostać objęta karą łączna.

[25] Z. Świda, op.cit., s. 164–165.

Wpływ wskazanego przepisu na omawianą problematykę dostrzega A. Światłowski, który swoją konstatację o konieczności stosowania art. 28 § 2 (względnie § 3) gdy co najmniej jedna z łączonych kar dotyczy zbrodni, zaś art. 28 § 4 gdy łączeniu podlega kara za przestępstwo zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności, uzasadnia w następujący sposób: „Co prawda bowiem w art. 28 § 2 i 4 wciąż jest mowa o orzekaniu w sprawach o określone przestępstwa, niemniej prawidłowe zaaplikowanie formuły odpowiedniego stosowania, uwzględniając nowo wprowadzony art. 568a k.p.k. prowadzi jednoznacznie do takich wniosków". Przeciwnego zdania jest D. Świecki, który wskazuje na jedynie porządkującą rolę art. 568a, jako przepisu wyznaczającego jedynie procesowe tryby orzekania kary łącznej[26]. Zdaniem autora, w trybie wyroku łącznego nie dochodzi do zmiany zasad orzekania kary łącznej, które mogłyby rzutować na kwestię składu sądu.

Wprowadzenia art. 568a § 1 k.p.k. należy odczytywać właśnie jako wyraz równościowego statusu obu trybów orzekania kary łącznej. Tak więc zasady rządzące orzekaniem w obu trybach winny być możliwie takie same, co tyczy się również składu sądu. Taka intencja ustawodawcy, jak się wydaje, została podkreślona także w treści art. 568a § 2, który wyraźnie stwierdza, że do kary łącznej orzekanej w wyroku łącznym stosuje się odpowiednio art. 575–577 k.p.k. Warunki orzekania kary łącznej, niezależnie od trybu, winny być maksymalnie zbliżone. Teza, w myśl której uzasadnieniem orzekania kary łącznej w trybie podstawowym przez sąd w rozszerzonym składzie jest akcesoryjny charakter orzeczenia o karze łącznej, które następuje „przy okazji" wydania wyroku skazującego, nie wydaje się być zasadna[27]. W takim bowiem przypadku art. 568a § 1 byłby zbędny, ponieważ nie wprowadzałby żadnego elementu nowości w stosunku do dorobku praktyki i teorii procesu karnego, bowiem takie rozróżnienie już istniało. Nie można również pominąć faktu, iż sam tytuł rozdziału 60. uległ zmianie z „Wyrok łączny", na „Orzekanie kary łącznej". Można przyjąć, iż wprowadzenie tych zmian nie miało na celu utrzymania *status quo*, a wręcz przeciwnie – podkreślenie, że orzekanie kary łącznej w formie wyroku skazującego oraz wyroku łącznego odbywa się na tych samych zasadach.

Postępowanie w przedmiocie wydania wyroku łącznego nadal stanowi niezbędną konsekwencję procesową sytuacji, w której sądy orzekały w różnych sprawach dotyczących tego samego skazanego i gdy został on skazany na kary jednostkowe i kary łączne, które będą podlegały połączeniu. Wobec tego, iż kwestia trybu w jakim dochodzi do orzeczenia kary łącznej, a więc zastosowania przepisów prawa karnego materialnego, jest zagadnieniem procesowym, a sytuacja skazanego wobec którego orzeczono karę łączną w wyroku skazującym (tryb podstawowy) jest taka sama, jak skazanego wyrokiem łącznym, nie jest zasadne przyjmowanie, że wyrok łączny można orzec jedynie w składzie określonym w art. 28 § 1 lub 3. Ma to również znaczenie gwarancyjne, o czym będzie mowa poniżej.

3. Charakter prawny przepisów normujących skład sądu

Z przeprowadzonej dotychczas analizy wynika, iż postepowanie w sprawie wyroku łącznego wcale nie jest tak dalekie od kwestii odpowiedzialności karnej. Wypada więc

[26] D. Świecki, op.cit., s. 662.

[27] W. Jasiński, op.cit., s. 118.

stwierdzić, iż nie ma wystarczających podstaw do odrzucenia *a priori* możliwości zastosowania art. 28 § 2 i § 4 z powodu ich bezprzedmiotowości. Jednakże to stwierdzenie nie wydaje się być wystarczające dla rozstrzygnięcia problematyki. Całość wymaga szerszego spojrzenia, także z przeciwnej strony – charakteru przepisów normujących skład sądu, czyli mających znaleźć zastosowanie.

Ten aspekt podejmowanego zagadnienia w swoim stanowisku akcentuje P. Hofmański. Opowiadając się za możliwością stosowania art. 28 § 4 k.p.k., gdy istnieje możliwość orzeczenia w wyroku łącznym kary dożywotniego pozbawienia wolności, autor ten wskazuje: „Dostrzegając wyjątkowość regulacji przewidzianej w art. 28 § 4, należy zauważyć, że ustawodawca zdecydował o konieczności rozpoznania pewnej kategorii spraw w składzie pięcioosobowym właśnie z uwagi na zagrożenie szczególnie surowymi karami, które przecież grożą oskarżonemu także w obliczu wydania w stosunku do niego wyroku łącznego”[28]. Sąd Najwyższy odnosząc się do zaprezentowanego argumentu podnosił:

> Twierdzenie takie, choć najgłębiej dotykające zagadnienia będącego źródłem niepokoju w tej kwestii, nie sposób oprzeć na treści przepisu art. 28 § 4 k.p.k., który to przepis, jednak, wprost odwołuje się do „sprawy o przestępstwo”. Nie zaś, jak choćby art. 29 § 2 k.p.k., do kary (co byłoby możliwe, wszak istotą procedowania w sprawie o wydanie wyroku łącznego jest rozważanie możliwości połączenia już wymierzonych, w wyrokach jednostkowych, konkretnych kar). Znowu zatem powtórzyć trzeba, że sprawa o wydanie wyroku łącznego nie jest sprawą o przestępstwo.

Nie można odmówić trafności stanowisku P. Hofmańskiego, zaś argumentacja Sądu Najwyższego kolejny raz nie przekonuje. Sąd Najwyższy nie pokusił się o pogłębioną analizę tego zagadnienia. Powtórzyć wypada, iż odpowiednie zastosowanie art. 28 k.p.k. może polegać na modyfikacji hipotezy, co czyni nieaktualnym stanowisko Sądu Najwyższego.

W. Jasiński w przepisach dotyczących składu orzekającego dostrzega funkcję gwarancyjną, zapewniającą bezstronność sądu[29]. I chociaż *prima facie* odnosi się to do przepisów regulujących tryb wyznaczania składu orzekającego, to jednak funkcję tę można przypisać także art. 28. Tym samym może być to kolejny argument przemawiający za całościowym stosowaniem tego przepisu. Wskazuje się bowiem, iż kolegialność orzekania, zarówno w składzie tzw. zawodowym jak i składzie ławniczym, jest jedną z okoliczności sprzyjających bezstronności.

Zróżnicowanie składu sądu w postępowaniach karnych, w ramach obowiązującego w danym czasie modelu, zależy od wielu czynników[30]. Przede wszystkim wymienić należy rodzaj postępowania, w którym sąd orzeka, charakter spraw (stopień ich skomplikowania pod względem faktycznym i prawnym), wagę sprawy (grożącej *in abstracto* lub *in concreto* kary). Wybór ustawodawcy jest więc wypadkową tych

[28] P. Hofmański [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do artykułów 468–682. Tom III*, P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, Warszawa 2012, s. 574.

[29] W. Jasiński, *Bezstronność i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 240 i n.

[30] T. Grzegorczyk, J. Tylman, op.cit., s. 228.

czynników – potencjalnie prostszy charakter sprawy, stosunkowo niższe zagrożenie karą, orzekanie na posiedzeniu, skłaniają do wyboru orzekania jednoosobowego. Jak wskazuje A. Światłowski, potencjalnie bardziej złożony charakter sprawy (zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym), zagrożenie surowszą karą, orzekanie na rozprawie – skłaniają raczej do wyboru orzekania kolegialnego. Prócz tego typowy, powtarzalny charakter spraw sprzyja raczej przyjęciu orzekania jednoosobowego, możliwość lub konieczność orzekania kolegialnego ustawodawca przewiduje natomiast w sprawach o bardziej nietypowym charakterze[31]. Dostrzec należy także rolę względów pragmatycznych – jak podkreśla W. Jasiński, orzekanie jednoosobowe jest oszczędnością dla wymiaru sprawiedliwości, co może mieć znaczenie dla gospodarowania budżetem sądownictwa, ponadto wydaje się być korzystniejsze z perspektywy prawa każdego do rozpoznania jego sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki[32].

W literaturze wskazuje się, że orzekanie wieloosobowe sprzyja dostrzeganiu wszystkich istotnych szczegółów stanu faktycznego, co pozytywnie wpływa na wszechstronne rozpoznanie danej sprawy[33]. Ponadto pomaga w unikaniu kierowania się stereotypami oraz czynnikami irracjonalnymi. Osłabia także możliwość zewnętrznego wpływu czy nacisków na organ orzekający[34]. Do zalet udziału czynnika społecznego w procesie karnym doktryna zalicza m.in. możliwość szerszego spojrzenia na stan faktyczny, przeniesienie do orzekania ich doświadczenia życiowego i świadomości społecznej, a tym samym trafniejszą ocenę rozpatrywanej sprawy. Przyjmuje się, że udział ławników jest przejawem demokratyzmu, formą udziału obywateli w zarządzaniu państwem oraz środkiem kontroli społecznej, który chroni sędziego przed zrutynizowaniem systemu myślenia[35].

W świetle powyższego należy uznać, iż udział składu kolegialnego przewidzianego w art. 28 § 2 oraz ławników przewidzianego w art. 28 § 4 w sprawach o wydanie wyroku łącznego jest zasadny. Konieczność merytorycznego rozstrzygania przy określeniu wysokości kary, tj. w sytuacji gdy przepisy Kodeksu karnego całkowicie nie determinują wymiaru kary łącznej, powoduje że orzekanie kolegialne nie przestaje mieć znaczenia, a staje się wręcz pożądane, ze względu na przedstawione wyżej zalety. Przede wszystkim jednak trzeba podkreślić, iż ustawodawca przewiduje składy rozszerzone dla najpoważniejszych spraw, co automatycznie przekłada się na możliwość orzeczenia surowej kary. Brak jest racjonalnych powodów, które pozwalałyby na zerwanie z tą zasadą przy orzekaniu wyroku łącznego, bowiem racje leżące u postaw takiej regulacji pozostają nadal aktualne na gruncie postepowania o wydanie wyroku łącznego – co więcej, wydaje się, że owa racja aktualizuje się najsilniej właśnie podczas orzekania kary łącznej, bowiem wyroki podlegające połączeniu nie ulegają wykonaniu w zakresie objętym wyrokiem łącznym (art. 576 § 1 k.p.k.). W interesie skazanego jest, aby wyrok łączny, gdy łączone kary orzeczono w sprawach o zbrodnie lub zagrożonych

[31] A. Światłowski [w:] *System…*, s. 494.

[32] W. Jasiński, op.cit., s. 262 i n.

[33] M. Cieślak, *Polska procedura…*, s. 250.

[34] A. Światłowski [w:] *System…*, s. 496.

[35] *Prawo karne procesowe – część ogólna*, red. J. Grajewski, Warszawa 2011, s. 72.

karą dożywotniego pozbawienia wolności, jak również wtedy, gdy możliwość jej orzeczenia wynika z art. 88 k.k., orzekał skład możliwie szeroki, zapewniający pogłębioną refleksję nad stanem faktycznym oraz osobą sprawcy.

4. Wnioski

De lege lata w sytuacji, gdy podlegające łączeniu kary jednostkowe orzeczone zostały za występki, sąd orzeka w składzie jednego sędziego (art. 28 § 1) lub wyjątkowo trzech sędziów albo jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 3). Jeżeli choć jedna z jednostkowych kar orzeczona została za zbrodnię, sąd powinien orzekać w składzie jednego sędziego i dwóch ławników (art. 28 § 2) lub wyjątkowo trzech sędziów (art. 28 § 3). Z kolei jeżeli choć jedna z kar została orzeczona za przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka w składzie dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4). Ponadto w sytuacji zbiegu dwóch lub więcej kar 25 lat pozbawienia wolności sąd powinien orzekać w składzie dwóch sędziów i trzech ławników (art. 28 § 4), ponieważ z art. 88 k.k. wynika możliwość orzeczenia kary łącznej dożywotniego pozbawienia wolności. Za taką formułą „odpowiedniego" stosowania art. 28 k.p.k. przemawia wykładnia systemowa i funkcjonalna oraz względy doktrynalne.

Celem postępowania w sprawie wyroku łącznego nie jest jedynie sprawdzenie, czy określone kary mogą zostać połączone, ale również wymierzenie odpowiedniej kary, co przesądza, iż wyrok ten ingeruje w kwestie odpowiedzialności karnej sprawcy. Wydanie wyroku łącznego nie jest jedynie formalnością, gdzie wymiar kary jest całkowicie zdeterminowany przepisami ustawy, a sąd nie ma żadnej swobody. Wręcz przeciwnie, orzeczenie ma charakter merytoryczny, zaś ustawodawca stworzył ramy odpowiedzialności, w które sąd wpisuje się wymierzając odpowiednią karę łączną zgodnie z jej dyrektywami (art. 85a k.k.). Ponadto, postępowanie w przedmiocie wyroku łącznego należy do stadium jurysdykcyjnego, co przemawia za takim samym składem sądu, który pochyla się nad sprawą skazanego. Kary orzeczone w postępowaniu zwyczajnym można uznać za punkt wyjścia dla dalszego orzekania o konsekwencjach prawnych – zdecydował o tym ustawodawca, wiążąc postępowanie o wydanie wyroku łącznego ze stadium jurysdykcyjnym, a nie wykonawczym.

Dodatkowo należy podkreślić, że ustawodawca zdecydował o konieczności rozpoznania pewnej kategorii spraw w składzie pięcioosobowym właśnie z uwagi na zagrożenie szczególnie surowymi karami, które przecież grożą oskarżonemu także w obliczu wydania w stosunku do niego wyroku łącznego. Przepisy dotyczące składu sądu pełnią funkcję gwarancyjną, która nie powinna ustępować ekonomice.

Konsekwentne stanowisko Sądu Najwyższego powoduje, iż zmiana praktyki w omawianym zakresie zdaje się wymagać interwencji ustawodawcy i wyraźnego uregulowania tej kwestii w Kodeksie postępowania karnego. Postulować należy wprowadzenie nowego art. 569a k.p.k., który mógłby otrzymać brzmienie: „§ 1. Jeżeli choć jedna z kar lub kar łącznych podlegających łączeniu została orzeczona za zbrodnię, sąd pierwszej instancji orzeka z składzie określonym w art. 28 § 2 albo art. 28 § 3; § 2. Jeżeli choć

jedna z kar lub kar łącznych podlegających łączeniu została za przestępstwo, za które ustawa przewiduje karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka w składzie określonym w art. 28 § 4". Co do numeracji artykułu, warto zauważyć, że art. 569 reguluje kwestię właściwości sądu, wobec czego zasadne będzie przesądzenie tej kwestii w następnym artykule. Taką kolejność możemy dostrzec również w przepisach działu II (art. 24 – art. 30), dotyczących wznowienia postępowania (art. 544) oraz ułaskawienia (art. 561 – art. 562). Jako przepis wyjątkowy powinien znaleźć się w rozdziale 60. k.p.k.

* * *

Composition of the Court Decreeing Concurrent Sentence in the First Instance

Issue in which composition Court decree concurrent sentences for long time is discussed in jurisdiction and in penal law discipline. Interpretation of article 574 penal procedure doesn't explain what kind of court composition is proper to hold concurrent sentences in case: when one of the punishment being aggregate is hold for felony, or hold for crime threat life imprisonment, or hold two or more 25 years imprisonment punishment being aggregate. Two kind of court composition are considerable- one judge and two lay judges, or two judges and three lay judges. Lack of article cause consider in interpretation warding, systematic and ratio legis. In the first part author deliberates general characteristic of concurrent sentence. The second part presents reasons why two judges and three lay judges are proper solution.

Key words: penal law, concurrent sentence, combined punishment, composition of court

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Daria Kucyper, Marcin Wątor[1]

Krajowy System Informacyjny Policji – wątpliwości związane z prawidłowością gromadzenia i udostępniania danych zawartych w rejestrze

Streszczenie:

W toku codziennej służby funkcjonariusze Policji gromadzą setki informacji o obywatelach. Są one rejestrowane, a następnie przechowywane w Krajowym Systemie Informacyjnym Policji, który został stworzony w celu ochrony bezpieczeństwa ludzi oraz utrzymywania bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego. Policja co jakiś czas weryfikuje, czy dane zgromadzone w KSIP są nadal niezbędne do należytego wykonywania jej ustawowych zadań. Jeżeli informacja okazuje się zbędna, organy Policji usuwają ją z systemu. Jeżeli zaś informacja okazuje się niezbędna, to pozostaje ona w systemie aż do weryfikacji, podczas której zostanie stwierdzona jej zbędność. Zdarza się, że informacje jeszcze niezweryfikowane lub takie, które nie zostały usunięte podczas systemu weryfikacji dotyczą skazania, które uległo już zatarciu. Czy ich przechowywanie jest zgodne z instytucją zatarcia skazania? Dalej idąc, czy udostępnienie takich informacji jest zgodne z instytucją zatarcia skazania oraz czy przechowywanie tych informacji jawi się jako niezbędne?

Słowa kluczowe: zatarcie skazania, skazanie, Krajowy System Informacyjny Policji, rejestr

Wprowadzenie

Funkcjonariusze Policji w toku codziennej pracy gromadzą o obywatelach setki informacji. Dane te wykorzystywane są w różnych celach. Przede wszystkim po to, aby

[1] Autorzy są studentami V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

ująć sprawców przestępstw. W granicach kompetencji Policja może dzielić się zgromadzonymi informacjami z innymi organami administracji publicznej, organami innych państw lub Międzynarodową Organizacją Policji Kryminalnych – INTERPOL. Niemniej jednak, nie każde tego typu działanie jest zgodne z innymi instytucjami prawnymi, w omawianym zakresie, z instytucją zatarcia skazania.

Inspiracją do napisania artykułu o relacji przetwarzania i udostępniania informacji rejestrowanych w Krajowym Systemie Informacyjnym Policji[2] w odniesieniu do instytucji zatarcia skazania była sprawa ujawnienia prezesowi sądu okręgowego przez komendanta wojewódzkiego Policji[3] informacji o ukaraniu kandydata na asystenta sędziego zaczerpniętej z KSIP[4]. Postępowanie KWP nie budziłoby większych wątpliwości gdyby nie to, że ukaranie kandydata na asystenta sędziego, w chwili udostępnienia informacji o ukaraniu prezesowi sądu okręgowego, uległo już zatarciu. W świetle prawa, kandydat na asystenta sędziego był osobą niekaraną, w związku z czym ukaranie z przeszłości nie powinno stanowić podstawy oceny nieskazitelności jego charakteru[5], a tym samym nie powinno rzutować na szansę uzyskania pracy w sądzie okręgowym. Na kanwie analizowanej sprawy, ujawnienie przez KWP informacji o ukaraniu spowodowało jednak, że kandydat utracił szansę na znalezienie zatrudnienia na stanowisku asystenta sędziego. Przy ocenie dokonanej przez prezesa sądu okręgowego, kandydat na asystenta sędziego nie spełnił ustawowej przesłanki nieskazitelności charakteru, stanowiącej jeden z warunków uzyskania zatrudnienia na tym stanowisku.

Autorzy artykułu postarają się przeanalizować, czy postępowanie KWP na gruncie rzeczonej sprawy było słuszne oraz czy ustawa o Policji lub inne akty normatywne uprawniają organy Policji do przetwarzania danych w KSIP oraz ich udostępniania podmiotom trzecim po zatarciu ukarania (skazania), a także czy przepisy ustawy o Policji dotyczące gromadzenia, przechowywania oraz usuwania danych z KSIP są sformułowane w sposób, który nie budzi wątpliwości co do ich zgodności z Konstytucją.

Funkcjonowanie KSIP

Krajowy System Informacyjny Policji to centralny teleinformatyczny zbiór danych m.in. o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego oraz o osobach poszukiwanych lub usiłujących ukryć swoją tożsamość[6]. KSIP powstał po to, aby zapewnić koordynację informacji oraz efektywne wykonywanie zadań przez funkcjonariuszy Policji w zakresie wykrywania i ścigania sprawców

[2] Dalej jako "KSIP".

[3] Dalej jako "KWP".

[4] Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Komendanta Głównego Policji z dnia 19 listopada 2008 r., znak: RPO-579528-I/08/KŁ. Zob. także: pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Komendanta Głównego Policji z dnia 27 kwietnia 2010 r., znak: RPO-644453-II/10/PS oraz odpowiedź Komendanta Głównego Policji z dnia 28 maja 2010 r., znak: Gb-1885/1495/SIP/10/PB.

[5] Wymóg spełnienia przesłanki nieskazitelnego charakteru wynika z art. 155 § 2 pkt. 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Tekst jedn. Dz.U. 2015 poz. 133, dalej jako p.u.s.p.). J.B. Stefańska, *Zatarcie skazania*, LEX 2014.

[6] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 stycznia 2014 r., II SA/Wa 1366/13, LEX nr 1576097.

przestępstw oraz zapobiegania przestępczości, jak i jej zwalczania, a także ochrony życia i zdrowia ludzi[7]. Nie budzi wątpliwości, że utworzenie KSIP było konieczne do przyspieszenia wymiany informacji pomiędzy jednostkami Policji w całej Polsce. Bez stworzenia nowoczesnego systemu wymiany informacji praktycznie niemożliwa byłaby w dzisiejszych czasach sprawna realizacja przez Policję jej ustawowych zadań. System jest wykorzystywany przez funkcjonariuszy Policji niemal w każdej sprawie, zarówno przy rutynowej kontroli drogowej, jak i podczas prowadzonych skomplikowanych śledztw czy dochodzeń. Dostęp do bazy KSIP jest niezwykle prosty (wprowadzenie identyfikatora oraz hasła przez funkcjonariusza zajmuje nie więcej niż kilkanaście sekund), z kolei dane w nim zgromadzone mogą być na bieżąco sprawdzane i uzupełniane, co nie pozostaje bez znaczenia dla aktualności informacji tam zarejestrowanych.

Organizację KSIP regulują:

1. ustawa o Policji[8],
2. rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie przetwarzania informacji przez Policję[9];
   a także akt kierownictwa wewnętrznego,
3. decyzja nr 125 Komendanta Głównego Policji w sprawie funkcjonowania Krajowego Systemu Informacyjnego Policji[10].

Krajowy System Informacyjny Policji jest podzielony na cztery zbiory danych: zbiór Osoba; zbiór Fakt; zbiór Rzecz oraz zbiór Podmiot[11]. Informacje do zbioru Osoba wprowadza się w drodze rejestracji[12]. Rejestracja polega na utworzeniu usystematyzowanego zestawu informacji o osobie podejrzanej lub podejrzanym (oskarżonym) o popełnienie przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego, a także o pobieranych, uzyskiwanych lub gromadzonych przez policjanta w toku wykonywania czynności dochodzeniowo-śledczych w związku z prowadzonym postępowaniem przygotowawczym. W zakresie gromadzonych informacji znajdują się m.in. nazwiska, imiona, znak (numer) sprawy, a w przypadku prowadzonego postępowania karnego numer RSD i Ds.; kwalifikacja prawna przestępstwa; forma postępowania przygotowawczego; identyfikator KSIP przestępstwa oraz postępowania przygotowawczego; informacje o zakończeniu postępowania przygotowawczego przez Policję wraz ze wskazaniem wyniku tego postępowania oraz organu procesowego, któremu przekazano materiały zakończonego postępowania oraz informacje o zakończeniu postępowania przygotowawczego przez prokuratora[13].

---

[7] Decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 30 stycznia 2015 r., znak: DOLiS/DEC-55/15/7003,7005/15.

[8] Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. 2016 poz. 1782, j.t., dalej jako u.p.).

[9] Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 lipca 2016 r. w sprawie przetwarzana informacji przez Policję (Dz.U. 2016 poz. 1091, dalej jako r.p.i.p.p.).

[10] Decyzja nr 125 Komendanta Głównego Policji z dnia 5 kwietnia 2013 r. w sprawie funkcjonowania Krajowego Systemu Informacyjnego Policji (Dz.Urz.KGP 2013 poz. 28, dalej jako d.f.KSIP.).

[11] Na potrzeby niniejszego artykułu Autorzy zawężą analizę do wyjaśnienia sposobu funkcjonowania zbioru Osoba.

[12] D.f.KSIP wyszczególnia m.in. rejestrację procesową, operacyjną, zatrzymania i legitymowania.

[13] Zob. § 14 d.f.KSIP.

"Niezbędność" – przesłanka uzasadniająca przechowywanie danych dotyczących zatartego skazania w KSIP

Informacje dotyczące nazwiska, imienia oraz m.in. kwalifikacji prawnej przestępstwa, a także informacji o zakończeniu postępowania przygotowawczego pozostają przechowywane w KSIP aż do momentu weryfikacji, to jest do chwili opisanej w art. 20 ust. 17 u.p.

Zgodnie z przepisem:

> **Dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa przechowuje się przez okres niezbędny do realizacji ustawowych zadań Policji**. Organy Policji dokonują weryfikacji tych danych po zakończeniu sprawy, w ramach której dane te zostały wprowadzone do zbioru, a ponadto nie rzadziej niż co 10 lat od dnia uzyskania lub pobrania informacji, usuwając zbędne dane.

W powołanym przepisie do oznaczenia czasu, przez który dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa mają być przechowane w KSIP, ustawodawca posłużył się nieostrym terminem: „niezbędny". Tym samym terminem legislator posłużył się w § 29 ust. 1 pkt. 10) r.p.i.p.p., który stanowi, że: „Oceniając dane zgromadzone w celu wykrywania przestępstw pod kątem ich przydatności uwzględnia się: aktualność przesłanek legalności oraz niezbędności dalszego przetwarzania danych do wykonania zadań ustawowych Policji". Nieostrość terminu „niezbędny" w obydwu przytoczonych przepisach można by próbować usunąć za pomocą wykładni literalnej, np. interpretując przepis przy pomocy abstrakcyjnej definicji zaczerpniętej ze słownika języka polskiego. Według definicji zawartej w *Wielkim słowniku języka polskiego*[14], termin: „niezbędny" oznacza: „taki, który jest koniecznie potrzebny i nie można się bez niego obejść". Korzystając z dobrodziejstwa rzeczonej definicji, można by dojść do wniosku, że w istocie rzeczy, skorzystanie z literalnego sposobu wykładni przepisu nie jest wystarczające, bowiem pomimo zastosowania tego typu wykładni nie jest oczywiste, czy okresem, przez który dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa mają być przechowane w KSIP jest rok, dziesięć czy sto lat. Wydaje się zatem, że korzystając z literalnego brzmienia przepisu nie jest możliwe sformułowanie ścisłej wykładni art. 20 ust. 17 u.p., a w celu wyjaśnienia, jaki czas jest konieczny do przechowania danych osobowych, termin „niezbędny" powinien być uściślany na gruncie konkretnej sytuacji faktycznej. Zdaniem autorów ten sposób sformułowania przepisu może stać w sprzeczności z zasadą określoności przepisów prawa, która to zasada sprowadza się do ustanowienia obowiązku organu wyposażonego w kompetencję prawotwórczą do konstruowania przepisów w sposób poprawny, precyzyjny i jasny[15]. W pierwszej kolejności, nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca poprzez brak ostrej wypowiedzi na temat czasu, przez który dane osobowe powinny być gromadzone w systemie, skonstruował powołany przepis w sposób nieprecyzyjny.

---

[14] *Wielki słownik języka polskiego*, hasło: "niezbędny", http://www.wsjp.pl/index.php?id_hasla=32583, 11.12.2016.

[15] G. Koksanowicz, *Zasada określoności przepisów w procesie stanowienia prawa,* Studia Iuridica Lublinensia 22/2014, s. 474; J. Zaleśny, *Określoność przepisów prawa na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 1/2011, s. 160; M. Wojciechowski, *Pewność prawa*, LEX 2014.

Prawdopodobnie przy tworzeniu przepisu ustawodawca dążył do uformowania praktyki, wedle której organy Policji najbliżej zapoznane ze sprawą oceniają, czy dane zawarte w KSIP, w świetle wiedzy tych organów, są informacją bez której nie da się obejść przy[16] wykonywaniu ustawowych zadań Policji. Jednak czy takie skonstruowanie przepisu jest zgodne z art. 2 Konstytucji RP, z którego wywodzi się zasadę określoności przepisów prawa[17]. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą TK, precyzyjność przepisów przejawia się w konkretności regulacji praw i obowiązków, tak aby ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie[18]. Oczywiste jest wprawdzie, że nie jest możliwe osiągnięcie idealnej precyzji, niemniej jednak w przedmiocie gromadzenia danych dotyczących skazania (ukarania) w systemie KSIP, t.j. danych newralgicznych, przepis art. 20 ust. 17 u.p. winien zostać skonstruowany z jak największą starannością i możliwie jak najbardziej szczegółowo. W ocenie autorów, na gruncie art. 20 ust. 17 u.p. brakuje szczegółowości, i właśnie ten problem rodzi liczne wątpliwości na gruncie relacji gromadzenia i udostępniania danych w KSIP oraz instytucji zatarcia skazania.

Problem z wykładnią terminu „niezbędny" zawartego w art. 20 ust. 17 u.p. posiada swoje praktyczne źródła. Konstytucyjność przepisu była przedmiotem badania przed TK. W sprawie prowadzonej pod sygn. akt: K 32/04, zakończonej wyrokiem z dnia 12 grudnia 2005 r., TK badając konstytucyjność między innymi art. 20 ust. 17 u.p. wprawdzie stwierdził, że „Art. 20 ust. 17 ustawy powołanej w punkcie 1 [*u.p.* – przyp. autorzy] jest zgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji". Niemniej jednak, w uzasadnieniu orzeczenia TK wyjaśnił, że w odniesieniu do interpretacji art. 20 ust. 17 u.p. istnieje wprawdzie obawa ekscesywnego, t.j. ponad konieczną miarę, wykorzystania tych danych osobowych, niemniej jednak we współczesnych warunkach, w szczególności wobec zagrożenia bezpieczeństwa przez przestępczość zorganizowaną i terroryzm, regulacja ta mieści się w granicach swobody regulacyjnej kontrolowanej za pomocą zasady proporcjonalności[19]. Należy zauważyć, że już w 2005 r. TK dostrzegł zagrożenia płynące z nieprecyzyjnego uregulowania art. 20 ust. 17 u.p.

Dostęp do danych zawartych w KSIP oraz udostępnienie danych zawartych w rejestrze

Krajowy System Informacyjny Policji nie jest rejestrem powszechnie jawnym[20]. Uprawnionymi do korzystania z danych w nim zgromadzonych są wyłącznie poli-

[16] Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483).

[17] G. Koksanowicz, *Zasada…*, s. 471; M. Wojciechowski, op.cit.

[18] Wyrok TK z dnia 5 grudnia 2007 r., sygn. akt K 36/06 (Dz.U. 2007 nr 231 poz. 1704); wyrok TK z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt. K 8/08 (Dz.U. 2010 nr 48 poz. 287); M. Wojciechowski, op.cit.

[19] Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2005 r., K 32/04 (Dz.U. 2005 nr 250 poz. 2116): „Dostrzegając zatem niebezpieczeństwo płynące zarówno z samego faktu zachowania zbioru dla celów potencjalnych postępowań, trudności kontroli prawidłowego postępowania ze zbiorami, jak również możliwości ekscesywnego ich wykorzystania, mimo wszystko należy uznać, że w demokratycznym państwie prawa, we współczesnych warunkach (zagrożenie bezpieczeństwa przez przestępczość zorganizowaną i terroryzm) norma art. 20 ust. 17 mieści się w granicach swobody regulacyjnej określanej m.in. zasadą proporcjonalności".

[20] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2015 r., II SA/Wa 1714/14, LEX nr 1758330.

cjanci[21] i pracownicy Policji, upoważnieni przez Komendanta Głównego Policji. Każdy z uprawnionych posiada dostęp do KSIP od momentu wprowadzenia swojego unikalnego identyfikatora oraz hasła użytkownika (zalogowania). Taki sposób dostępu do KSIP ma zapewniać, że dane zawarte w systemie pozostaną bezpieczne i będą udostępniane tylko podmiotom do tego uprawnionym.

Pomimo zabezpieczenia danych, polegającego na bezpośrednim dostępie do bazy KSIP jedynie po wprowadzeniu unikalnych identyfikatorów i haseł dla osób uprawnionych do przeglądania informacji zawartych w KSIP, nie zostało ostatecznie wykluczone, że dojdzie do sytuacji, w której dane, w szczególności dane osobowe zawarte w systemie, zostaną ujawnione podmiotowi, który jest do tego nieuprawniony. Nie jest to problem teoretyczny, a sytuacja w której dane zawarte w KSIP zostały udostępnione podmiotowi spoza kręgu uprawnionych miała miejsce, gdy KWP udostępnił prezesowi sądu okręgowego informacje o osobie, która starała się o znalezienie zatrudnienia w sądzie okręgowym na stanowisku asystenta sędziego. Kandydat na asystenta sędziego był w przeszłości osobą ukaraną za wykroczenie. Ukaranie w chwili udzielenia informacji uległo zatarciu[22]. W tym miejscu powstał problem, czy prezes sądu okręgowego był osobą uprawnioną do pozyskania informacji o zatartym już ukaraniu.

Zgodnie z § 72 ust. 8 pkt. 1 d.f.KSIP informacje przetwarzane w KSIP są udostępniane sądom, prokuraturom lub innym podmiotom w zakresie i trybie wynikającym z odrębnych przepisów prawa określających uprawnienia tych podmiotów do otrzymywania informacji źródłowych dotyczących informacji przetwarzanych w KSIP lub za zgodą dyrektora biura KGP właściwego w sprawach wywiadu kryminalnego. Przepisy te są zawarte obecnie między innymi w Prawie o prokuraturze[23] (art. 78; 172 § 2; 176 § 4) czy p.u.s.p. (art. 58 § 3; 106n § 4; 150 § 3; 162 § 9). Należy zauważyć, że wskutek nowelizacji z 2009 r. przepis nakazujący prezesowi sądu uzyskania tego typu informacji dotyczących kandydatów na asystentów sędziego w sądach powszechnych został wyeliminowany[24].

Konsekwencje zatarcia skazania oraz ich wpływ na udostępnianie danych zawartych w KSIP

G. Bogdan wyraził pogląd, że z chwilą zatarcia skazania (ukarania) ustają nie tylko prawne konsekwencje skazania, ale wręcz odrzuca się samą świadomość faktu, że do niego

[21] Zob. A. Łyżwa, M. Tokarski [w:] *Ustawa o Policji. Komentarz*, red. Ł. Czebotar, LEX 2016. A. Łyżwa oraz M. Tokarski twierdzą, że: „Do korzystania z informacji, w tym z danych osobowych, przetwarzanych w zbiorach danych prowadzonych w Policji są uprawnione, w zakresie niezbędnym do wykonywania zadań służbowych, następujące służby policyjne: kryminalna, prewencyjna, śledcza, Lotnictwa Policji oraz wspomagająca działalność Policji w zakresie organizacyjnym, logistycznym i technicznym". Zob. także § 27 ust. 1 i 2 r.p.i.p.p.

[22] Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich do Komendanta Głównego Policji z dnia 19 listopada 2008 r., znak: RPO-579528-I/08/KŁ.

[23] Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. 2016 poz. 177).

[24] Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją zadań przez Policję (Dz.U. 2009 nr 223 poz. 1777).

doszło[25]. Przyjęcie takiego stanowiska prowadzi do jednoznacznej konstatacji, że z chwilą zatarcia skazania (ukarania) m.in. organy administracji publicznej, organy wymiaru sprawiedliwości powinny przyjmować taki stan rzeczy, jakby przestępstwo (wykroczenie) nigdy nie miało miejsca w rzeczywistości. Niejako konsekwencją fikcji zatarcia skazania (ukarania) jest wniosek, że osoba, w przypadku której skazanie (ukaranie) uległo zatarciu, nie jest w żaden sposób obowiązana do ujawniania faktu wcześniejszego skazania w jakichkolwiek publicznych, czy prywatnych deklaracjach. W orzecznictwie Sądu Najwyższego podkreśla się, że wszelkie wiadomości dotyczące skazania (ukarania) z przeszłości, chociażby miały miejsce, nie ulegają ujawnieniu i żadna władza nie jest uprawniona powoływać się na to, co ustawowo uznane jest za niebyłe[26]. Instytucja zatarcia skazania (ukarania) wiąże nie tylko organy wymiaru sprawiedliwości, lecz także inne organy sprawujące funkcje publiczne[27]. Rzeczone organy nie są uprawnione do analizowania przeszłości kryminalnej sprawcy, którego skazanie (ukaranie) w świetle prawa uznawane jest za niebyłe w zakresie skazania objętego już zatarciem[28].

Opierając się na przytoczonych tezach można dojść do wniosku, że KWP nie powinien był udostępniać informacji o ukaraniu, które uległo już zatarciu, a prezes sądu okręgowego był osobą, która nie powinna znaleźć się w posiadaniu informacji na temat ukarania.

Udostępnianie informacji z KSIP o zatartym ukaraniu może wiązać się również z naruszeniem prawa do prywatności zagwarantowanego przez Konstytucję RP oraz Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[29]. Część z zagadnień dotyczących prawa do prywatności została uregulowana na gruncie ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[30]. Powołana ustawa określa szczególny reżim prawny ochrony danych osobowych. W szczególności art. 26 ust. 1 u.o.d.o. nakłada na administratorów danych osobowych obowiązek zachowania szczególnej staranności podczas gromadzenia danych osobowych w celu ochrony interesów osób, których dane dotyczą. KWP jako administrator danych winien więc gromadzić dane z poszanowaniem zasad ustanowionych przez u.o.d.o., w szczególności powinien zabezpieczyć dane przed ich udostępnieniem osobie nieuprawnionej.

---

[25] G. Bogdan [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Część II. Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, LEX 2016.

[26] Zob. m.in. wyrok SN z dnia 7 listopada 1985 r., I KR 293/85, OSNPG 1986/10/126, wyrok SN z dnia 27 marca 1970 r., III KR 25/70, OSNKW 1970/10/121, wyrok SN z dnia 17 grudnia 1976 r., I PR 185/76, OSNC 1977/8/139.

[27] Wyrok NSA w Warszawie z dnia 15 stycznia 2009 r., II OSK 1847/07, LEX nr 516914.

[28] G. Bogdan, op.cit.

[29] Art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483): „Każdy ma prawo do ochrony życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym". Por. art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284): „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji". Zob. także wyrok Wielkiej Izby ETPCz w spawie S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z dnia 4 grudnia 2008 r., 30562/04 i 30566/04.

[30] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 2016 poz. 922, j.t., dalej jako u.o.d.o.).

Stanowisko, iż udostępnienie danych o zatartym skazaniu stanowi naruszenie prawa, zostało wyrażone przez Rzecznika Praw Obywatelskich w piśmie do KGP z dnia 19 listopada 2008 r.:

> Jeżeli w świetle prawa skazanie (ukaranie) uległo zatarciu, to organy Policji nie mają prawa ujawniania tego typu informacji, opierając się na subiektywnym poczuciu, że będą to informacje istotne dla sądu. Stanowi to bowiem przekroczenie uprawnień przyznanych przez prawo Policji. Ponadto, jeżeli nawet przyjąć, iż przetwarzanie takich informacji w oparciu o w/w decyzję KGP jest nadal konieczne dla realizacji zadań powierzonych Policji, to informacje te nie mogą być udostępniane innym podmiotom.

Autorzy niniejszego artykułu podzielają stanowisko, iż KWP nie jest uprawniony do udostępniania osobom trzecim informacji dotyczących zatartego skazania (ukarania). Zdaniem autorów, istotą instytucji zatarcia skazania jest, jak przytoczono powyżej, stworzenie fikcji prawnej braku skazania (ukarania)[31]. Naturalną konsekwencją przyjęcia takiej fikcji jest obowiązek przyjmowania przez organy administracji publicznej lub wymiar sprawiedliwości, działające w oparciu o konstytucyjną zasadę legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), przy ustalaniu stanu faktycznego takiego stanu rzeczy, jak gdyby skazanie (ukaranie) nigdy nie miało miejsca. Tym samym KWP, udostępniający dane osobom trzecim, winien przy ustalaniu danych, które mają zostać udostępnione, pominąć te informacje, które mogą doprowadzić potencjalnego odbiorcę do wniosku, iż podmiot poddany weryfikacji został kiedykolwiek skazany (ukarany).

Ustawa o Policji jako *lex specialis* względem instytucji zatarcia skazania?

W ustawie o Policji występują regulacje pozwalające Policji na gromadzenie i przetwarzanie danych dotyczących skazania (ukarania) również po zatarciu skazania (ukarania), w szczególności informacji dotyczących nazwiska, imienia, znaku (numeru) sprawy, a w przypadku prowadzonego postępowania karnego numeru RSD i Ds.; kwalifikacji prawnej przestępstwa; formy postępowania przygotowawczego; identyfikatora KSIP przestępstwa oraz postępowania przygotowawczego; informacji o zakończeniu postępowania przygotowawczego przez Policję wraz ze wskazaniem wyniku tego postępowania oraz organu procesowego, któremu przekazano materiały zakończonego postępowania oraz informacje o zakończeniu postępowania przygotowawczego przez prokuratora. Podstawę prawną gromadzenia powyższych informacji także po zatarciu skazania stanowią art. 20 ust. 1 i 2a u.p. w zw. z art. 20 ust. 17 u.p. W świetle normy dekodowanej z powołanych przepisów: Policja może gromadzić dane, w tym także wymienione powyżej dane dotyczące skazania, o ile jest to niezbędne dla wykonywania jej ustawowych zadań[32]. Norma ta stanowi *lex specialis* w odniesieniu do art. 106 k.k.

[31] G. Bogdan, op.cit.; I. Zieliński [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Wolters Kluwer 2016.

[32] Por decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 22 kwietnia 2013 r., znak: DOLiS/DEC-464/13, niepubl., decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 9 maja 2013 r., znak: DOLiS/DEC-520/13/29452,29456, niepubl.

(art. 46 ust. 1 k.w.)[33], bowiem wprawdzie zasadą jest, że po zatarciu skazania (ukarania) organy administracji publicznej powinny brać pod uwagę taki stan rzeczy, jakby skazanie nigdy nie nastąpiło, niemniej jednak ustawodawca dopuszcza wyjątek od fikcji zatarcia skazania, pozwalający na gromadzenie danych dotyczących skazania przez Policję, o ile jest to niezbędne dla wykonywania ustawowych zadań Policji[34].

Warto zwrócić uwagę, iż art. 106 k.k. przewiduje, że „wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych". Na gruncie k.k. termin „rejestr skazanych" odnosi się do Krajowego Rejestru Karnego[35]. Wyraźne wskazanie o tym, ze dane o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych zdaje się przesądzać o tym, iż gdyby wolą ustawodawcy było, aby dane z KSIP zostały usunięte niezwłocznie po zatarciu, to wskazałby to wyraźnym przepisem ustawy tak jak w przypadku rejestru skazanych. Wówczas zdanie drugie art. 106 k.k. brzmiałoby najprawdopodobniej: „wpis o skazaniu usuwa się z rejestru skazanych oraz Krajowego Systemu Informacyjnego Policji". Obecnie, zamiast automatycznego procesu usuwania z KSIP informacji dotyczących skazania, porównywalnego z instytucją z art. 106 zd. 2 k.k., ustawodawca posłużył się procedurą weryfikacji danych zawartych w rejestrze. Należy zauważyć, że procedura ta nie jest tak skuteczna, jak automatyczne usuwanie informacji o skazaniu z rejestru skazanych, o czym świadczą przypadki osób domagających się usunięcia danych dotyczących skazania z KSIP[36].

Wnioski

Argumenty wywiedzione w artykule prowadzą do następujących wniosków: po pierwsze, informacje gromadzone w KSIP, w szczególności informacje dotyczące zatartego już skazania, powinny być częściej weryfikowane pod kątem niezbędności ich przechowywania; po drugie, ustawodawca powinien zweryfikować, czy wymóg „niezbędności" przechowywania gromadzonych informacji w KSIP w odniesieniu do informacji dotyczących zatartego skazania mógłby zostać zastąpiony automatyzmem podobnym do instytucji wykreślenia informacji o zatartym skazaniu z rejestru skazanych; po trzecie, samo gromadzenie informacji w KSIP o zatartym już skazaniu jest dopuszczalne ze względu na stosowanie w odniesieniu do relacji z instytucją zatarcia skazania zasady *lex specialis derogat legi generali*; po czwarte, potwierdzone zostaje stanowisko wyrażone przez Rzecznika Praw Obywatelskich, który stwierdził, że udostępnienie informacji o zatartym już skazaniu jest niezgodne z prawem, w szczególności z instytucją zatarcia

[33] Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 28 listopada 2011 r., II SA/Wa 978/11, LEX nr 1133648, wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 maja 2015 r., II SA/Wa 1714/14, LEX nr 1758330; zob. także Decyzja Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z dnia 30 stycznia 2015 r., znak: DOLiS/DEC-55/15/7003,7005/15, niepubl.

[34] Zdaniem Autorów warto się zastanowić czy zatarcie skazania jest wiążącą wskazówką od ustawodawcy, iż dalsze gromadzenie informacji dotyczących skazania jest działaniem zbędnym.

[35] G. Bogdan, op.cit.; N. Kłączyńska [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, wyd. II, LEX 2012.

[36] Zob. Wyrok NSA w Warszawie z dnia 12 listopada 2015 r., I OSK 1242/14, LEX nr 2094037; wyrok NSA w Warszawie z dnia 22 marca 2013 r., I OSK 786/12, LEX nr 1786838; wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 października 2011 r., II SA/Wa 625/11, LEX nr 1260487.

skazania, w związku z czym organy Policji powinny z większą starannością dokonywać weryfikacji, które udostępniają z systemu KSIP, aby zapobiec naruszeniu relacji z instytucją zatarcia skazania, ażeby nie zaprzeczać celowi jej istnienia.

Autorzy postulują, aby ustawodawca zweryfikował, czy są możliwe do wprowadzenia zmiany zapobiegające udostępnianiu informacji o zatartym skazaniu. Na przykład, poprzez techniczną zmianę w kodzie systemu polegającą na wprowadzeniu alertu przypominającego po pewnym czasie funkcjonariuszom udostępniającym informacje z rejestru, aby sprawdzili, czy skazanie dotyczące informacji mogło ulec zatarciu. Wówczas istniałyby większe szanse, że policjant przed zautomatyzowanym udostępnieniem informacji z rejestru sprawdziłby, czy w istocie takie skazanie nie uległo zatarciu.

* * *

KSIP – Doubts About the Correctness of the Collection and Sharing of Data Contained in the Register

During everyday duty the Police officers gather all the necessary information about the citizens. The information are registered and stored in the registry named "Krajowy System Informacyjny Policji". The Police periodically verify whether the whole data stored in this registry are still necessary and valuable in order to perform their statutory tasks. If the information turns out to be unnecessary the Police remove it from the registry. On the other hand, if the information appears to be necessary, it remains in the registry until the verification which could shows that this information is redundant. Sometimes happens that information which are still unverified or those which were not removed in the process of verification relate to the institution of expungement. Whether the storage of such information is consistent with the institution of expungement of sentence?

Key words: expungement, conviction, National Police Information System, registry

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Agata Lizak[1]

Porzucanie zwierząt w świetle prawa karnego. Teoria i praktyka

Streszczenie:

Porzucanie zwierząt to jedno z najpowszechniejszych przestępstw przeciwko zwierzętom. Z jego negatywną oceną można się spotkać przy analizie postanowień aktów prawa międzynarodowego, zaś w Polsce traktowane jest ono jako przestępstwo – jedna z postaci znęcania się nad zwierzętami – od czasu wejścia w życie ustawy o ochronie zwierząt. Interpretacja jej przepisów prowadzi do ciekawych wniosków w zakresie znamion strony przedmiotowej i podmiotowej porzucania zwierząt. Istotne jest to, że stosowanie regulacji prawnych w praktyce budzi pewne wątpliwości, znajdujące nieraz odbicie w orzecznictwie. Powstaje m.in. pytanie, czy *de lege lata* za przestępstwo należy uważać oddanie zwierzęcia do schroniska bądź porzucenie go w tzw. „oknie życia". Niekiedy kontrowersje z tym związane można rozwiązać za pomocą wykładni funkcjonalnej, wydaje się jednak, że uzasadnione są także pewne postulaty *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: ochrona zwierząt, porzucanie zwierząt, znęcanie się nad zwierzętami

1. Wstęp

Porzucanie zwierząt to jedno z najczęściej popełnianych przestępstw wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (dalej: u.o.z.)[2]. Jednocześnie jest to czyn, który nierzadko, chociażby ze względu na trudności w wykryciu sprawcy, pozostaje bezkarny. Również świadomość społeczeństwa w tym zakresie nie jest zadowalająca – o ile bowiem większość osób zdaje sobie sprawę, że znamiona przestępstwa znęcania się nad zwierzętami wypełniają takie zachowania, jak niepotrzebne zabijanie,

[1] Autorka jest studentką IV roku prawa WSPiA – Rzeszowskiej Szkoły Wyższej.

[2] Tekst jednolity: Dz.U. 2013 poz. 856 z późn. zm.

okaleczanie, głodzenie czy przeciążanie, o tyle kwestia ta nie jest oczywista w przypadku porzucania. Wątpliwości te mogą stać się jeszcze większe w świetle problemów, jakie stwarza stosowanie w praktyce przepisów sankcjonujących porzucanie zwierząt. Na tym tle pojawia się bowiem wiele kontrowersyjnych sytuacji, do których niejednolicie podchodzi judykatura, doktryna, a także instytucje zajmujące się ochroną zwierząt. Charakterystycznym i często spotykanym dylematem jest chociażby to, czy znamiona porzucenia zwierzęcia są spełnione w przypadku, gdy właściciel oddaje zwierzę do schroniska. Z punktu widzenia prawa karnego różnie ocenia się także inicjatywy tworzenia tzw. „okien życia" dla zwierząt, stwarzających *de facto* możliwość pozbycia się ich. Celem artykułu jest analiza przepisów prawnych dotyczących omawianego zagadnienia. Na tej podstawie podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, jak powinno się rozwiązywać najbardziej powszechne problemy występujące w związku z ich stosowaniem; zwrócono również uwagę na orzecznictwo w tym zakresie.

2. Porzucanie zwierząt w świetle prawa w aspekcie historycznym

Rozważania na temat porzucania zwierząt w świetle współczesnego prawa warto poprzedzić krótkim zarysem historycznym, ukazującym ewolucję podejścia do omawianego zjawiska. W tym zakresie należy oprzeć się przede wszystkim na postanowieniach rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 22 marca 1928 r. o ochronie zwierząt (dalej: r.o.z.)[3], które obowiązywało aż do 24 października 1997 r., a którego wejście w życie uważa się za początek tradycji prawnej humanitarnej ochrony zwierząt[4]. W omawianym rozporządzeniu na próżno szukać przepisu, który wprost penalizowałby porzucanie zwierząt, nie zostało ono również bezpośrednio uwzględnione w definicji zakresowej znęcania się nad zwierzętami zamieszczonej w art. 2 r.o.z. Można jednak zastanawiać się, czy porzucanie nie mieściłoby się w kategorii „wszelkiego w ogóle zadawania zwierzęciu cierpienia bez odpowiednio ważnej i słusznej potrzeby" (art. 2 pkt k r.o.z.). U podstaw *ratio legis* wprowadzenia takiego punktu, zawierającego w istocie klauzulę generalną, była z pewnością chęć stworzenia możliwości szerszej interpretacji czynności znęcania się nad zwierzętami, w zależności od konkretnych okoliczności. Wagę tego przepisu należy docenić zwłaszcza biorąc pod uwagę kilkudziesięcioletni okres obowiązywania r.o.z. – w tym czasie ku coraz większemu humanitaryzmowi ewoluowało podejście do zwierząt, a zatem, zgodnie z koncepcją dynamicznej wykładni, zmieniać się winna również interpretacja prawa. Trzeba jednak pamiętać o karnoprawnej naturze r.o.z., który to akt prawny zakładał, że za znęcanie się nad zwierzętami w typie podstawowym grozi kara grzywny do 2000 zł, kara aresztu do sześciu tygodni albo obie kary łącznie; z kolei jeśli czynu dokonano z wyjątkowym okrucieństwem, nawet kara więzienia do jednego roku. W takich przypadkach wszelkie próby wykładni rozszerzającej musiały być podejmowane z dużą ostrożnością; w praktyce zresztą na podstawie r.o.z. niezwykle rzadko wymierzano kary za znęcanie się nad zwierzętami[5].

[3] Dz.U. 1928 nr 36 poz. 332 z późn. zm.

[4] M. Jarosz, *Ochrona zwierząt w Polsce na przestrzeni dziejów*, Wiadomości Zootechniczne 3/2016, s. 113.

[5] M. Gabriel-Węglowski, *Przestępstwa przeciwko humanitarnej ochronie zwierząt*, Toruń 2008, s. 76.

Sytuacja w zakresie prawnokarnej ochrony zwierząt zmieniła się nieco wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń[6]. Czyn dotąd sankcjonowany w formie pozakodeksowej został bowiem określony w obecnie już nieobowiązującym art. 62 k.w., penalizującym znęcanie się nad zwierzętami. Wykładnia językowa tego przepisu zdaje się jednak wykluczać tezę, według której mógłby on znaleźć zastosowanie także w przypadku porzucania. Brzmienie art. 62 k.w. wprost sugeruje bowiem, że karane może być jedynie zadawanie zwierzęciu cierpień fizycznych, gdy tymczasem porzucenie zwykle wiąże się z cierpieniami psychicznymi. Gdyby jednak zdarzyło się, że w wyniku porzucenia zwierzę cierpi fizycznie (np. zostało przywiązane do drzewa w środku lasu), wówczas taki czyn spełniałby znamiona wykroczenia z art. 62 k.w. Samo porzucenie nie byłoby tu jednak wystarczającą czynnością wykonawczą, a jedynie motywem działania – mogącym wpłynąć na wysokość sankcji, ale raczej irrelewantnym dla samej kwalifikacji prawnej czynu. Z tego względu należy stanąć raczej na stanowisku, iż aż do wejścia w życie u.o.z., porzucanie zwierzęcia co do zasady nie było traktowane jako czyn zasługujący na represję karną.

3. Porzucanie zwierząt *de lege lata* w kontekście prawa międzynarodowego

Szybciej aniżeli stan prawny w Polsce zmieniał się prawnomiędzynarodowy status zwierząt. Wyrazem tego było chociażby przyjęcie 15 października 1978 r. w ramach UNESCO Światowej Deklaracji Praw Zwierząt (dalej: Ś.D.P.Z.), co uważa się za oficjalne uznanie i ogłoszenie praw zwierząt[7]. Jest to akt prawny, który *expressis verbis* odnosi się do problemu porzucania zwierząt, uznając je za okrutne i nikczemne (art. 6 lit. b). W deklaracji, będącej zresztą przykładem tzw. *soft law*, a zatem niemającej mocy wiążącej, brak konkretnych zaleceń dotyczących traktowania przypadków porzucania zwierząt; poprzestano jedynie na moralnej ocenie samego zjawiska. Interpretując przepis dotyczący porzucania systemowo, należy stwierdzić, że odnosi się on jedynie do zwierząt towarzyszących[8], a nie np. gospodarskich. Warto wspomnieć także o szerszym kontekście Ś.D.Z.P. Analizując jej pozostałe przepisy można bowiem zauważyć, że dostrzeżono problem narażania zwierząt nie tylko na cierpienia fizyczne, ale i psychiczne[9], a w preambule wprost mowa o prawach moralnych zwierząt. Przyjęta przez UNESCO aksjologia utorowała zatem drogę humanitaryzacji prawnej ochrony zwierząt, bez której z kolei trudno byłoby uzasadniać penalizację porzucania zwierząt.

Nie brak także aktów prawnych o kontynentalnym zasięgu skupiającym się na problemie ochrony praw zwierząt. Należy się powołać zwłaszcza na postanowienia uchwalonej w Strasburgu 13 listopada 1987 r. w ramach działalności Rady Europy Europejskiej Konwencji o ochronie zwierząt towarzyszących (dalej: E.K.o.z.t.)[10]. Od Ś.D.Z.P. różni się

[6] Dz.U. 1971 nr 12 poz. 114.

[7] J. Białocerkiewicz, *Status prawny zwierząt. Prawa zwierząt czy prawna ochrona zwierząt*, Toruń 2005, s. 180.

[8] Art. 6 lit. a dotyczy bowiem praw zwierząt, które „człowiek wybrał na swego towarzysza".

[9] Wprost mowa o nich w art. 8 Ś.D.P.Z., dotyczącym przeprowadzania na zwierzętach eksperymentów.

[10] Zwierzęta towarzyszące Konwencja definiuje jako trzymane w jego bezpośrednim otoczeniu domowym dla jego przyjemności i towarzystwa. Por. art. 1 ust. 1 E.k.o.z.t.

ona tym, iż bardziej niż na same prawa zwierząt zwraca uwagę na powinności człowieka wobec nich. Widać to już na płaszczyźnie stylistycznej – według art. 3 ust. 2, „nikt nie powinien porzucić zwierzęcia towarzyszącego". Warto jednocześnie podkreślić, że postanowienie to zakwalifikowano do wymienionych w art. 3 E.K.o.z.t. podstawowych zasad mających na celu dobro zwierzęcia. Ponadto w E.K.o.z.t. zwrócono uwagę na aspekt prewencyjny – art. 14 E.K.o.z.t. zobowiązuje strony do wspierania rozwoju programów informacyjnych i edukacyjnych, zwracających uwagę na ryzyko nieodpowiedzialnego nabywania zwierząt towarzyszących prowadzące do zwiększenia liczby zwierząt niechcianych lub porzucanych.

Przepisów dotyczących porzucania nie ma z kolei w ratyfikowanej przez Polskę Europejskiej Konwencji o ochronie zwierząt hodowlanych i gospodarskich, sporządzonej w Strasburgu dnia 10 marca 1976 r. (dalej: E.K.o.z.h.g.)[11]. Wydaje się jednak, że zakaz taki można *a contrario* wyinterpretować z art. 3 E.K.o.z.h.g., nakładającego na posiadaczy zwierząt m.in. obowiązek zapewnienia im odpowiedniego pomieszczenia. Faktem jednak jest, że w przypadku zwierząt gospodarskich i hodowlanych mniejszą uwagę zwraca się na problem porzucania, mimo że przecież występowania tego zjawiska nie można w ich przypadku wykluczyć. Można zatem mówić tu o pewnej luce aksjologicznej.

4. Porzucanie zwierząt *de lege lata* według prawa krajowego

4.1. Porzucanie zwierząt w świetle założeń aksjologicznych u.o.z.

Porzucania zwierząt jako jednej z form znęcania się nad nimi nie sposób omawiać w oderwaniu od wyrażonej w u.o.z. idei dereifikacji zwierząt. Stanowi ona reakcję prawodawcy na przemiany świadomości ludzkiej i stanowi przykład dostosowywania terminologii prawniczej do obowiązujących wartości[12]. Jednocześnie można ją uznać za implementację do polskiego porządku prawnego aksjologii właściwej dla aktów prawa międzynarodowego, omówionych powyżej. Zmianę dokonaną w tym zakresie przez u.o.z. określa się w doktrynie wręcz jako przewrót w polskiej cywilistyce[13]. Wydaje się, że odejście od traktowania zwierząt na płaszczyźnie prawnej jako zwierząt może pomóc realizować także wychowawczą i kulturotwórczą funkcję prawa.

Według art. 1 ust. 1 u.o.z., „zwierzę, jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania cierpienia, nie jest rzeczą". Ta definicja jest o tyle istotna, że w przypadku rzeczy właścicielowi przysługuje prawo jej porzucenia z zamiarem wyzbycia się jej, co znajduje swoje odbicie w art. 180 k.c. Co prawda art. 1 ust. 2 u.o.z. stanowi, iż w sprawach nieuregulowanych w ustawie do zwierząt stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rzeczy, jednak przepis ten pozwala jedynie na subsydiarne stosowanie regulacji

[11] Dz.U. 2008 nr 104 poz. 665.

[12] A. Habuda, W. Radecki, *Przepisy karne w ustawach o ochronie zwierząt oraz o doświadczeniach na zwierzętach*, Prok. i Pr. 5/2008, s. 21.

[13] M. Goettel, *Sytuacja prawna zwierząt w świetle przepisów Kodeksu cywilnego o porzuceniu i zawłaszczeniu rzeczy* [w:] *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*, red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski, Warszawa 2010, s. 159.

zawartych w k.c.[14] Zakaz porzucania zwierząt nie oznacza jednak, że zastosowania do nich nie znajdują dotyczące rzeczy art. 180 i 181 k.c. – co więcej, za ich stosowaniem przemawiają właśnie względy humanitarne, gdyż stwarza to możliwość przyjęcia że ten, kto porzucone przygarnie, staje się jego właścicielem[15]. Na taki wniosek pozwala właśnie założenie, że porzucenie zwierzęcia, choć prawnie zabronione i nie stanowiące w przypadku zwierząt właścicielskiego uprawnienia, wywołuje takie skutki jak porzucenie rzeczy – a zatem można odpowiednio zastosować normę, według której własność ruchomej rzeczy niczyjej nabywa się przez jej objęcie w posiadanie samoistne.

Z dereifikacją wiąże się także przyznanie w u.o.z. samoistnej wartości przeżyciom psychicznym zwierząt, w których to sferze najczęściej objawiają się skutki porzucenia. Zwraca się na nie uwagę w kilku przepisach ustawy, m.in. przy definicji pielęgnacji zwierząt, za pomocą której winno się dążyć do uzyskania i utrzymania u zwierzęcia stanu fizycznego i psychicznego, w którym najlepiej ono znosi warunki bytowania narzucone przez człowieka (art. 4 pkt 9 u.o.z.). Trzeba o tym pamiętać, gdyż wszelkie znęcanie, także porzucenie, wiąże się ze swej istoty z zaprzestaniem właściwej pielęgnacji. Ponadto, dzięki przepisom wprost odwołującym się do cierpień psychicznych, łatwiej jest dokonać wykładni systemowej przepisów penalizujących znęcanie, rozumiane jako zadawanie albo świadome dopuszczanie do zadawania bólu lub cierpień – *lege non distinguente*, także psychicznych[16]. Na to, iż spowodowanie cierpień moralnych jest wystarczające w przypadku porzucenia zwierzęcia zwraca się także uwagę w doktrynie[17].

4.2. Porzucanie zwierząt jako przestępstwo

Jak stanowi art. 35 ust. 1a u.o.z., ten kto znęca się nad zwierzęciem, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Znamieniem kwalifikującym jest działanie ze szczególnym okrucieństwem – wówczas maksymalny

[14] Warto dodać, że stosowanie wobec zwierząt regulacji dotyczących rzeczy wymaga stworzenia fikcji prawnej – zwierzę byłoby uważane za rzecz, mimo że nią nie jest ani w sensie ontologicznym, ani techniczno-prawnym. Por. K. Piernik-Wierzbowska, *Systematyka i zagadnienie własności zwierząt oraz ich statusu prawnego w kontekście problematyki odpowiedzialności za szkody przez nie wyrządzane*, Studia Iuridica Toruniensia t. XVI/2015, s. 228.

[15] Por. wyrok NSA z dnia 3 listopada 2011 r., II OSK 1628/11, LEX nr 1151962; W. Radecki, *Ustawa o ochronie zwierząt. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 47. Warto podkreślić, że w przypadku przyjęcia odmiennej koncepcji wyzbycie się własności następowałoby dopiero z orzeczeniem przepadku zwierzęcia, podczas gdy nie zawsze możliwe jest przeprowadzenie postępowania karnego w danej sprawie. Skutkowałoby to brakiem możliwości nabycia zwierzęcia przez inną osobę.

[16] Co prawda w doktrynie niekiedy zauważa się, że zadawanie cierpień moralnych może być uważane za znęcanie jedynie w przypadku, gdy są one dotkliwe. W przypadku porzucania powszechnie jednak przyjmuje się, że spowodowanie negatywnych przeżyć psychicznych jest wystarczające. Zob. M. Mozgawa, *Żyje, więc cierpi: o prawnokarnej ochronie zwierząt*, Rzeczpospolita PCD z dnia 28 lutego 2001 r., s. C3.

[17] Por. P. Skurczyński, A. Zientara, *Prawnokarna ochrona zwierząt a filozoficzny i teoretyczno prawny problem wartości i praw podmiotowych* [w:] *Status zwierzęcia. Zagadnienia filozoficzne i prawne*, red. T. Gardocka, A. Gruszczyńska, Toruń 2012, s. 209.

wymiar kary pozbawienia wolności to trzy lata. Oprócz tego, na podstawie art. 35 ust. 3 u.o.z., obligatoryjne jest orzeczenie przepadku zwierzęcia, a na podstawie dalszych przepisów fakultatywnie orzec można zakaz posiadania zwierząt od roku do lat 10 (art. 35 ust. 3a u.o.z.), zakaz wykonywania określonego zawodu, prowadzenia określonej działalności lub wykonywania czynności wymagających zezwolenia, które są związane z wykorzystywaniem zwierząt lub oddziaływaniem na nie, przepadek narzędzi lub przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa oraz przedmiotów pochodzących z przestępstwa (art. 35 ust. 4 u.o.z.), a także nawiązkę w wysokości od 500 zł do 100 000 zł na cel związany z ochroną zwierząt, wskazany przez sąd (art. 35 ust. 5 u.o.z.).

Wspomniany art. 35 ust. 1a u.o.z. jest normą sankcjonującą, podczas gdy normy sankcjonowanej należy szukać w art. 6 ust. 1a u.o.z., według którego „zabrania się znęcania nad zwierzętami". Tymczasem, porzucanie zwierzęcia, a w szczególności psa lub kota, przez właściciela bądź przez inną osobę, pod której opieką zwierzę pozostaje, jest jedną z postaci znęcania, wyszczególnionych w art. 6 ust. 2. u.o.z.[18]

Przedmiotem ochrony w przypadku omawianego przestępstwa jest samo zwierzę: jego życie, zdrowie, a także dobrostan, rozumiany jako niezadawanie zwierzęciu cierpienia ponad akceptowaną miarę[19]. Co do zasady, przestępstwo określone w art. 35 ust. 1a u.o.z. jest typem powszechnym[20], jednak gdy mowa o porzucaniu, nawiązanie do art. 6 ust. 2 pkt. 11 u.o.z. każe nam wnioskować, że sprawcą znęcania się w tej formie może być jedynie właściciel lub opiekun zwierzęcia, a zatem np. osoba zajmująca się nim pod nieobecność właściciela, osoba prowadząca dom tymczasowy lub hotel dla zwierząt, pracownik schroniska lub fundacji. Wydaje się, że nie można wykluczyć także pociągnięcia do odpowiedzialności osoby dokarmiającej regularnie zwierzę, które bez tej pomocy nie byłoby w stanie funkcjonować w środowisku. Jeśli chodzi o czynność wykonawczą, należy ją interpretować zgodnie z dyrektywą języka potocznego. Porzucenie można, zgodnie ze słownikiem języka polskiego, rozumieć bądź jako zostawienie gdzieś kogoś lub czegoś, bądź jako zaprzestanie zajmowania się kimś lub czymś[21]. To z kolei dowodzi, że przestępstwo to można popełnić zarówno przez działanie, jak

[18] Fakt wprowadzenia przepisu określającego wprost porzucenie zwierzęcia jako formę znęcania się nad nim podkreślano podczas prac legislacyjnych nad u.o.z. Zwracano przy tym uwagę, że już samo wyliczenie konkretnych przykładów znęcania się nad zwierzętami ma służyć temu, by nie dopuścić do błędnych, liberalnych interpretacji prawa w tym zakresie. Co do samego porzucania, zauważano dwa aspekty dowodzące zasadności jego penalizacji. Po pierwsze, czyn ten uznano za naganny z punktu widzenia aksjologicznego, pod drugie zaś uznano, że porzucanie zwierząt jest przyczyną nie tylko cierpienia zwierzęcia, ale także problemów gmin, na których spoczywa obowiązek opieki nad takimi zwierzętami. Por. Wypowiedź K. Piekarskiej podczas 3 dnia 37 posiedzenia Sejmu II kadencji w dniu 16 grudnia 1994 r., podczas pierwszego czytania poselskich projektów ustaw o ochronie zwierząt (druki nr 392 i 769), http://orka2.sejm.gov.pl/Debata2.nsf/5c30b337b5bc240ec125746d0030d0fc/43a8f5648b1dcb61c12574e8004387c5?OpenDocument, 27.12.2016.

[19] T. Gardocka, *Zagadnienie społecznej szkodliwości przestępstw, których bezpośrednim przedmiotem wykonawczym są zwierzęta* [w:] *Status zwierzęcia…*, s. 160.

[20] W. Radecki, op.cit., s. 227.

[21] http://sjp.pwn.pl/sjp/porzucic;2505593.html, 27.12.2016.

i zaniechanie[22]. Istotne jest także to, że w przypadku porzucania nie jest konieczne, by rzeczywiście wywołało ono cierpienie i ból zwierzęcia – jak bowiem zauważa W. Radecki, ustawodawca wprowadzając pkt 11 w art. 6 ust. 2 u.o.z. ostatecznie przesądził, że każde porzucenie traktować należy jako znęcanie[23]. Trzeba zauważyć, że porzucenie zwierzęcia może być oczywiście popełnione ze szczególnym okrucieństwem. Biorąc pod uwagę, że ze spełnieniem tego kwalifikującego znamienia mamy do czynienia, gdy zadawane są dodatkowe cierpienia, wykraczające ponad granice konieczne do osiągnięcia skutku[24], porzuceniem ze szczególnym okrucieństwem byłoby nierzadko zresztą spotykane w praktyce przywiązanie zwierzęcia do drzewa w środku lasu. Nie będzie okolicznością wyłączającą przestępność czynu np. fakt, że zwierzę tuż po porzuceniu zostało przygarnięte i przez to jego dyskomfort ograniczył się do konieczności przystosowania do nowych warunków. Przedmiotem czynności wykonawczej może być z kolei każde zwierzę. Co prawda zwrócono szczególną uwagę na porzucanie psów i kotów, jednak w żadnej mierze nie można przyjąć, że porzucanie tylko tych zwierząt stanowi przestępstwo; intencją ustawodawcy było raczej podkreślenie problemu nagminności porzucania tych najbardziej przywiązanych do człowieka istot. Regulacja z art. 6 ust. 2 pkt. 11 dotyczy zatem zwierząt towarzyszących, ale też gospodarskich, a nawet dzikich, o ile uzależnione są od człowieka (np. trzymanych w ogrodach zoologicznych, cyrkach, lecznicach weterynaryjnych), a ich porzucenie nie wiąże się z przywróceniem im wolności w warunkach dla nich naturalnych oraz z uwzględnieniem ich przystosowania do samodzielnego funkcjonowania[25].

Wątpliwości powstają jeśli chodzi o stronę podmiotową znęcania się nad zwierzętami. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że konieczne jest zaistnienie tu zamiaru bezpośredniego[26], zaś większość doktryny stoi na stanowisku, że wystarczający jest zamiar ewentualny[27]. Należy się zastanowić, które stanowisko jest bardziej adekwatne w przypadku porzucania zwierząt. Wydaje się, że co do znamienia porzucenia możliwe jest tu posiłkowe zastosowanie wykładni art. 210 k.k., penalizujące porzucenie małoletniego lub osoby nieporadnej. W piśmiennictwie nie neguje się tu możliwości wystąpienia zamiaru wynikowego, podając m.in. przykład oddalenia się od podopiecznego

[22] Pogląd ten nie jest jednak jednolity. Niekiedy wskazuje się, że porzucenie wymaga koniecznie oddalenia się sprawcy, oddalenie się zaś to tylko aktywne zachowanie się, działanie. Por. R.A. Stefański, *Przestępstwo porzucenia, art. 187 k.k.*, PiP 5/1997, s. 41–55.

[23] W. Radecki, op.cit., s. 75.

[24] Por. wyrok SA w Katowicach z dnia 8 lipca 2004 r., II Aka 139/04, LEX nr 148554.

[25] Niekiedy w prawodawstwie innych państw wprost mowa o tym, że karane jest porzucanie zwierząt towarzyszących, ale także innych oswojonych oraz tych trzymanych w niewoli. Tak sformułowany jest art. 521–1 francuskiego kodeksu karnego. Wyjątek, w którym porzucanie nie jest traktowane jako bezprawne, przewidziano w przypadku zwierząt przeznaczonych dla celów repopulacyjnych. Zob. Code pénal, version consolidée au 15 décembre 2016, https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00000607071, 27.12.2016.

[26] Wyrok SN z dnia 16 listopada 2009 r., V KK 187/99, LEX 553896.

[27] L. Drwęski, *Ochrona skuteczności ścigania przestępstw związanych z ochroną zwierząt – obraz statystyczny*, [w:] *Status zwierzęcia…*, s. 235; M. Gabriel-Węglowski, op.cit., s. 102. Za umyślnością w postaci zamiaru bezpośredniego opowiada się jednak W. Radecki – zob. W. Radecki, op.cit., s. 227.

na krótki czas z jednoczesną świadomością sprawcy co do trudności w powrocie do niego i godzeniu się na to[28].

Kilka uwag warto poświęcić także kwestii możliwego zbiegu przepisów karnych. W przypadku porzucania zwierząt raczej trudno wyobrazić sobie tradycyjnie przywoływany w doktrynie zbieg art. 35 ust. 1a u.o.z. z art. 288 k.k. (ewentualnie art. 124 k.w.). Niewykluczony wydaje się jednak zbieg znęcania się nad zwierzęciem z przestępstwem z art. 207 k.k. dotyczącym znęcania się nad człowiekiem. Do takiej sytuacji może dojść wówczas, gdy porzucane jest zwierzę, z którym inna osoba odczuwa wyjątkową więź emocjonalną lub też zwierzę potrzebne jest jej do prawidłowego funkcjonowania (np. pies-przewodnik osoby niewidomej).

5. Wybrane problemy praktyczne

5.1. Trudności dowodowe

Jak wskazuje doświadczenie życiowe, porzucanie zwierząt jest jednym z najczęściej popełnianych przestępstw określonych w u.o.z. – świadczy o tym ciągłe przepełnienie schronisk, domów tymczasowych czy liczne ogłoszenia o poszukiwaniu właścicieli znalezionych zwierząt. Jednocześnie, jak pokazują badania przeprowadzone przez M. Mozgawę, jedynie w 1,5% przypadków orzeczenia zapadłe w sprawach o przestępstwa z u.o.z. dotyczą przypadków porzucenia[29]. Choć dane te pochodzą sprzed kilkunastu lat, to specyfika działania sprawców (w ukryciu, w oddaleniu od miejsca zamieszkania, poprzez wyrzucenie z pędzącego auta, itp.) niejednokrotnie sprawia, że postępowanie, nawet jeśli wszczęte, należy umorzyć z powodu niewykrycia sprawcy. Zastosowanie może też nieraz znaleźć negatywna przesłanka procesowa określona w art. 17 § 1 pkt. 1–2 k.p.k., a zatem z powodu braku danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa lub dlatego, iż nie wykazano, że czyn zawiera znamiona czynu zabronionego. W przypadku porzucenia dość łatwo zresztą o linię obrony polegającą na próbie udowodnienia, że zwierzę nie zostało porzucone, a uciekło. Przykładowo, w stanie faktycznym rozpatrywanym przez Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim[30] oskarżony bronił się w ten sposób, że nie wyrzucił psa z samochodu, a uciekł on przy próbie przełożenia zwierzęcia na inne miejsce w aucie. W tym przypadku wersji sprawcy przeczyły co prawda szczegółowe zeznania świadka (który wręcz słyszał dobiegające z samochodu przynaglenia dotyczące wyrzucenia psa), ale przecież często świadkowie nie są w stanie przytoczyć pełnego i dokładnego przebiegu zdarzeń.

5.2. Porzucanie zwierząt a funkcje schronisk

Kontrowersyjnym zagadnieniem jest to, czy przestępstwem jest pozostawienie przez właściciela lub opiekuna zwierzęcia w schronisku. Z jednej strony bowiem właściciel

[28] Por. A. Kilińska-Pękacz, *Przestępstwo porzucenia dziecka*, Prok. i Pr. 4/2016, s. 29–30 i przywołana tam literatura.

[29] M. Mozgawa, *Prawnokarna ochrona zwierząt*, Lublin 2001, s. 35.

[30] Por. wyrok SO w Siedlcach z dnia 27 lutego 2014 r., II Ka 15/14, https://www.saos.org.pl/judgments/content/38900.html, 08.06.2017.

nie zostawia zwierzęcia bez opieki, a pod pieczą specjalnie do tego powołanej instytucji. O tym, iż jest to legalne, przekonana jest zresztą znaczna część opinii społecznej[31]. Pamiętać jednak należy, że zachowanie takie spełnia znamiona porzucenia rozumianego jako „zostawienie gdzieś czegoś lub kogoś", ponadto umieszczenie zwierzęcia w schronisku zawsze wiąże się dla niego z cierpieniem psychicznym (choć jak już nadmieniono nie jest to nawet warunek konieczny dla przypisania czynu sprawcy). Ponadto schroniska *ex definitione* przeznaczone są dla zwierząt bezdomnych, a o tych, według art. 4 pkt. 16 u.o.z., można mówić jedynie w sytuacji, gdy nie ma możliwości ustalenia ich właściciela lub innej osoby, pod której opieką trwale dotąd pozostawały. Już z tego wynika, że oddanie zwierzęcia do schroniska wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 35 ust. 1a u.o.z. Potwierdzenie tej tezy można ponadto znaleźć w judykaturze. Reprezentatywnym przykładem jest tu wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 21 sierpnia 2013 r.[32] Podkreślono w nim, że „zarówno odwołanie się wyłącznie do dyrektywy języka powszechnego, jak również uzupełnienie jej o cywilistyczne ujęcie utraty prawa własności ruchomości poprzez porzucenie" wystarcza do przyjęcia, że mamy do czynienia z przestępstwem. Zaznaczono także, że „dla bytu «porzucenia» obojętne jest czy do rozstania doszło w warunkach zapewniających zwierzęciu ochronę i opiekę". Jednocześnie sąd jednak zwrócił uwagę na konieczność uwzględniania złożonych nieraz okoliczności zmuszających właściciela do takiego radykalnego kroki – w stanie faktycznym, na kanwie którego zapadł wyrok, oskarżony oddał zwierzę do schroniska, gdyż zagrażało ono zdrowiu jego dziecka, porzucenie było zaś poprzedzone różnorodnymi próbami znalezienia psu innego właściciela. W tej sytuacji zdecydowano się uznać, że mimo wypełnienia znamion przedmiotowych i podmiotowych czynu, do przestępstwa nie doszło ze względu na znikomą szkodliwość społeczną – uwzględniono bowiem czynniki wymienione w art. 115 § 2 k.k., według których przy ocenie karygodności czynu należy brać pod uwagę m.in. postać zamiaru i motywację sprawcy.

Rozstrzygnięcie rzeszowskiego SO należy zaaprobować. Dokonano bowiem prawidłowej kwalifikacji czynu, a jednocześnie wszechstronnie przeanalizowano sytuację oskarżonego i za pomocą zastosowania właściwych mechanizmów prawnych stwierdzono, że w danej sytuacji do przestępstwa nie doszło. Trzeba jednak zauważyć, że w praktyce nieraz właściciele przynoszą zwierzęta do schroniska podając się za osoby, które rzekomo znalazły porzucone zwierzę. Od pracowników placówki i ich oceny indywidualnego przypadku zależy już wtedy decyzja w kwestii ewentualnego przyjęcia zwierzęcia. Wątpliwa z punktu widzenia prawnokarnego jest obowiązująca w niektórych schroniskach reguła, według której zwierzę można oddać po uiszczeniu odpowiedniej opłaty[33]. Stwarza to sytuację, gdy instytucja decyduje się zaniechać środków mających na celu doprowadzenia do pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy przestępstwa w zamian za zapłatę określonej sumy, co jest nie do pogodzenia

[31] Zob. http://poznan.eska.pl/newsy/czy-wlasnego-psa-mozna-oddac-do-schroniska/267669, 27.12.2016.

[32] Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 21 sierpnia 2013 r., II Ka 356/13, http://orzeczenia.rzeszow.so.gov.pl/content/$N/154010000001006_II_Ka_000356_2013_Uz_2013-08-21_001, 27.12.2016.

[33] Por. m.in. http://przytuliskochojnice.pl/?page_id=109, 27.12.2016.

z prawem. Zdarza się także niekiedy, że regulaminy schronisk wprost przewidują możliwość oddania zwierzęcia[34]. Wówczas mamy do czynienia z sytuacją, gdy akt prawa wewnętrznego jest sprzeczny z aktem prawnym powszechnie obowiązującym. To także sytuacja nie do zaakceptowania, aczkolwiek można zrozumieć racje, które kierowały autorem regulaminu – stworzenie możliwości oddania zwierzęcia do schroniska w praktyce nierzadko ratuje je przed porzuceniem nacechowanym większym okrucieństwem i mniejszą szansą na zyskanie nowego właściciela. Trudno jednak mówić o istnieniu konieczności wprowadzenia kontratypu w postaci wyłączenia bezprawności czynu w przypadku oddania zwierzęcia do schroniska czy też fundacji. Wydaje się, że w wyjątkowych sytuacjach, którym trudno przypisać naganność, należy kierować się stanowiskiem przyjętym przez rzeszowski SO i korygować kwestię odpowiedzialności na płaszczyźnie społecznej szkodliwości czynu. Z drugiej strony ciężko nie dostrzec pewnej sprzeczności, widocznej zwłaszcza na płaszczyźnie przyjmowanej powszechnie aksjologii: porzucenie zwierzęcia jest bezprawne w każdym przypadku, zaś penalizowane za pomocą art. 210 k.k. porzucenie osoby małoletniej lub nieporadnej – tylko wówczas, gdy nie wiąże się z zapewnieniem jej opieki za strony innych osób lub instytucji[35]. Nie budzi z kolei wątpliwości przykład anonimowego podrzucenia zwierzęcia do schroniska, np. przez płot – takie zachowanie powinno być karane jako porzucenie, zwłaszcza że wiąże się z nim niebezpieczeństwo zagryzienia zwierzęcia przez inne zwierzęta.

Na marginesie warto zauważyć też, że w praktyce wystąpić może sytuacja odwrotna – to schronisko może zdecydować się na wypuszczenie na wolność przebywających w nim długo zwierząt niemających szans na adopcję i niejednokrotnie zdziczałych. Taka sytuacja miała miejsce w schronisku w Bielsku-Białej, gdzie dyrektor stwierdził konieczność pozbycia się 35 kotów. Sprawa jak na razie nie trafiła na sądową wokandę, choć nie brakuje głosów przedstawicieli organizacji prozwierzęcych, że doszło tu do popełnienia przestępstwa z art. 35 ust. 1 u.o.z. Dyrektor z kolei twierdzi, że dał zwierzętom możliwość wyboru życia na wolności lub z człowiekiem, nie pozbawiając ich całkowicie dostępu do schroniska; ponadto uważa, że są to zwierzęta dzikie i jako takie nie powinny być przetrzymywane w schronisku. Jako że sprawa jest znana głównie z doniesień medialnych[36], trudno tu o rzetelną dyskusję o faktach, jednak sytuacja ta ukazuje kolejny problem prawny, zwłaszcza jeśli by przyjąć wersję dyrektora schroniska, według którego porzucone zwierzęta były zdziczałe. Redakcja art. 6 ust. 2 pkt. 11 u.o.z. nie daje podstaw do przyjęcia, że zwierzęta takie nie mogą być przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa określonego w art. 35 ust. 1a u.o.z. Do takich wniosków można jednak dość dzięki wykładni celowościowej – nie można bowiem uznać za znęcania umożliwienia zwierzętom powrotu do ich naturalnego środowiska; co więcej, znęcaniem może być przetrzymywanie takich zwierząt przed długi czas w przepełnionych pomieszczeniach, często bez możliwości wyjścia na zewnątrz.

[34] Por. http://schroniskoilawa.pl/index.php/regulamin-schroniska-dla-zwierzat, 27.12.2016.

[35] M. Szewczyk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2008, s. 752.

[36] http://uwaga.tvn.pl/reportaze,2671,n/koty-wyrzucone-ze-schroniska,211896.html, 27.12.2016.

5.3. Tzw. „okna życia" dla zwierząt

W 2012 r. w Polsce warszawska Straż dla Zwierząt utworzyła pierwsze tzw. „okno życia" dla zwierząt – miejsce, w którym można w sposób humanitarny i z zachowaniem anonimowości porzucić niechciane zwierzęta[37]. Mimo szczytnych założeń, inicjatywa ta spotkała się z wieloma kontrowersjami, także tymi na płaszczyźnie prawnokarnej. Pojawiały się opinie, że jest to forma podżegania do przestępstwa[38]. Z taką oceną można jednak polemizować, chociażby ze względu na niespełnienie znamion podmiotowych podżegania – trudno bowiem o przypisanie twórcom „okna życia" dla zwierząt zamiaru bezpośredniego przejawiającego się w chęci, aby ktoś inny porzucił zwierzę. Bardziej uzasadniona byłaby się koncepcja, iż jest to pomocnictwo – bez wątpienia bowiem inicjatywa taka ułatwia pozbycie się zwierzęcia. Można tutaj także mówić o co najmniej zamiarze ewentualnym w postaci godzenia się na to, że „okno życia" może takie zachowanie upraszczać. Widać to dobitnie zwłaszcza przy przyjęciu teorii obiektywnej manifestacji, według której zamiar wynikowy można przypisać sprawcy, gdy nie podejmuje on czynności mających na celu zapobieżenie popełnieniu czynu zabronionego. W omawianym przypadku nie sposób nie dostrzec, że „okna życia" mogą stanowić swoistą zachętę dla osób chcących pozbyć się zwierzęcia. Co prawda według idei ich inicjatorów miały one minimalizować negatywne dla zwierzęcia skutki tej formy znęcania jaką jest porzucenie, niemniej jednak z punktu widzenia prawa karnego *de lege lata* nie ma podstaw do wyłączenia bezprawności zakładania i prowadzenia „okien życia". Z czysto aksjologicznego punktu widzenia wydaje się, że trudno zaakceptować taką sytuację – literalna wykładnia prawa może bowiem prowadzić do tego, że z braku prawnych możliwości urzeczywistnienia dobrych intencji, zwierzęta *de facto* i tak będą porzucane, tyle że w sposób mniej humanitarny. Można stwierdzić, że zakładanie i prowadzenie „okien życia" nie jest społecznie szkodliwe, a zatem na tej płaszczyźnie wyłączona jest przestępczość tego typu działania. Mimo to ewentualna zmiana stanu prawnego byłaby przydatna i przyczyniłaby się do stanowczego usunięcia wszelkich wątpliwości[39].

6. Zakończenie

Jak wynika z powyższych rozważań, kwestia penalizacji porzucania zwierząt nie jest wolna od kontrowersji. Trzeba pozytywnie ocenić działania ustawodawcy polegające na podkreśleniu negatywnego aspektu tego czynu, który w wielu przypadkach bez wątpienia zasługuje na reakcję prawnokarną. Potraktowanie porzucania jako jednej

[37] http://tvnwarszawa.tvn24.pl/informacje,news,pierwsze-niechciane-zwierzeta-w-oknie-zycia,38596.html, 08.06.2017.

[38] Sugerowałaby to chociażby wypowiedź posła Pawła Suskiego, przewodniczącego Parlamentarnego Zespołu Przyjaciół Zwierząt. Zob. http://milifamily.pl/okno-zycia-dla-psow/, 27.12.2016.

[39] Trzeba jednak zaznaczyć, że wątpliwości prawnokarne nie są w przypadku „okien życia" jedynymi – wskazuje się bowiem m.in. także na zagrożenia sanitarne. Jak zatem widać, nawet doprecyzowanie tej kwestii na gruncie prawnokarnym nie usunęłoby całkowicie kontrowersji związanych z omawianym rozwiązaniem; to już jednak problematyka wykraczająca poza temat niniejszego tekstu.

z postaci znęcania się nad zwierzętami jest wyrazem braku zgody na lekceważenie podobnych czynów, co niejednokrotnie miało miejsce przed wejściem w życie u.o.z. Zauważyć jednak trzeba, że odczucia opinii społecznej nie do końca pokrywają się z brzmieniem przepisów; wielu nie zdaje sobie sprawy z tego, że porzucenie nie jest czynem prawnie irrelewantnym. W zmianie świadomości właścicieli i opiekunów zwierząt na pewno nie pomaga fakt, że o ile w przypadku drastycznych przypadków znęcania się nad zwierzętami, polegającymi na zadawaniu im okrutnej śmierci lub cierpień fizycznych, można zaobserwować wzrost częstotliwości i surowości karania sprawców, których czyny dodatkowo bywają nagłaśniane przez media, o tyle w przypadku porzuceń większość nich, ze względu na trudności, pozostaje bezkarna lub też sankcja jest niewielka[40]. Z kolei liczne problemy występujące w praktyce pokazują pewną niedoskonałość samej regulacji. Co prawda porzucanie zwierzęcia jest niemal zawsze wyrazem nieodpowiedzialności człowieka i aktem zasługującym na negatywną ocenę, niemniej jednak należy się zastanowić, czy w każdym przypadku powinno stanowić przestępstwo. Próby ustanawiania swoistych, niemających oparcia w przepisach prawnych kontratypów w postaci oddania zwierzęcia do schroniska czy tworzenia „okien życia" zdają się dowodzić, że wykładnia znamion przestępstwa porzucania nie powinna być aż tak restrykcyjna. Co prawda niektóre wątpliwości dają się usunąć za pomocą wykładni funkcjonalnej bądź przy zastosowaniu kryterium społecznej szkodliwości czynu, jednak nie zawsze jest to możliwe. W tym kontekście polemizować można z wspomnianym uprzednio poglądem, że sama czynność porzucenia wystarcza do przyjęcia bezprawności czynu. Wydaje się, że nie można całkowicie abstrahować (mimo że proponowane jest to w doktrynie) od charakterystycznych dla znęcania znamion w postaci sprawienia bólu lub cierpienia. Rozważać je można na płaszczyźnie podmiotowej – porzucanie byłoby karane w przypadku, gdyby sprawca co najmniej godził się na nie. W przypadku, gdy oddaje on zwierzę do schroniska, fundacji lub korzysta z tzw. „okna życia" czyni starania by przynamniej to cierpienie zminimalizować, co z kolei, zgodnie z teorią obiektywnej manifestacji, wykluczałoby przypisanie zamiaru wynikowego. Warto również posłużyć się argumentem prawnoporównawczym – nie jest bowiem odosobnione rozwiązanie wprost przewidujące, że porzucenie zwierzęcia jest przestępstwem wówczas, gdy nie zapewniono zwierzęciu w związku z tym podstawowej opieki[41]. W innych przypadkach stosowanie represji karnej byłoby nieproporcjonalne, mimo że samo porzucenie należy niezależnie od tego traktować jako czyn naganny.

[40] Nawet w przypadku, gdy uda się doprowadzić do skazania sprawcy porzucenia, wymierzana kara ogranicza się zwykle do niezbyt wysokiej zresztą grzywny. Por. D. Karaś, *Jak Polacy znęcają się nad zwierzętami? Raport z monitoringu sądów, prokuratur i policji, wersja rozszerzona*, Kraków-Wrocław 2016, s. 75.

[41] Takie rozwiązanie przyjęto chociażby w niektórych stanach USA – np. Kansas, Michigan czy Montanie. Por. http://www.straypetadvocacy.org/PDF/AnimalCrueltyLaws.pdf, 27.12.2016.

* * *

Animal Abandonment in the Light of Criminal Law. Theory and Practice

Animal abandonment is one of the most frequent crimes against animals. We can notice a negative estimate of this occurrence in international law. In Poland, it is treated as a crime since the law about protecting animals came into force. The interpretation of articles of this act leads to some interesting conclusions as far as objective and subjective features of a criminal offence are concerned. It is significant, that application of this law in practice is sometimes doubtful and it is reflected in court jurisdiction. Some questions may appear – e.g. if abandoning animal in shelter or in so-called "life window" ought to be, de lege lata, considered as a crime. Occasionally some problems connected with this theme can be solved by using a functional interpretation. However it is seemed that some postulates *de lege ferenda* are also reasoned.

Key words: animal protection, animal abandonment, cruelty to animals

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Paulina Musiałowska[1]

Prawnokarne aspekty obrotu środkami zastępczymi

Streszczenie:

Niniejszy artykuł poświęcony jest analizie regulacji karnoprawnych w zakresie obrotu środkami zastępczymi. Założeniem autorki jest przedstawienie obecnego stanu prawnego oraz jego ocena pod kątem skuteczności przeciwdziałania omawianemu zjawisku. W pierwszej kolejności omówiona jest problematyka zdefiniowania dopalaczy, w odwołaniu do pojęć środków zastępczych oraz nowych substancji psychotropowych wprowadzonych nowelizacjami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii z 2010 oraz 2015 roku. Wyjaśnienie obu pojęć pozwala na analizę przepisów administracyjnoprawnych oraz wykazanie słabości ich stosowania. Autorka zwraca szczególną uwagę na coraz częstsze stosowanie regulacji karnomaterialnych, ze szczególnym uwzględnieniem art. 165 par. 1 pkt. 2 na podstawie którego został wydany pierwszy wyrok skazujący w przedmiotowym zakresie. Podstawowym założeniem, jest wykazanie, niedostosowanie regulacji prawnych do współczesnych potrzeb praktyki poprzez przedstawienie ich słabości oraz zaproponowanie zmian celem zwiększenia efektywności przeciwdziałania handlu środkami zastępczymi.

Słowa kluczowe: środki zastępcze, nowe substancje psychotropowe, prawo karne materialne

1. Wprowadzenie

Z problematyką nielegalnego obrotu tzw. dopalaczami zmagają się organy ścigania oraz wymiar sprawiedliwości na całym świecie. W Polsce za początek istnienia dopalaczy na rynku można przyjąć rok 2008, w którym powstała strona internetowa

[1] Autorka jest doktorantką z zakresu nauk prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w Katedrze Prawa Karnego i Polityki Kryminalnej.

„dopalacze.com" oferująca szeroką gamę produktów o charakterze psychoaktywnym, podobnym do działania narkotyków[2]. Pomimo że strona została zamknięta w przeciągu dwóch lat od czasu rozpoczęcia jej działalności, handel „dopalaczami" kwitnie zarówno w sklepach stacjonarnych jak i w Internecie, a idąc głębiej w Darknecie[3].

Stopień rozwoju obrotu środkami zastępczymi oraz nowymi substancjami psychoaktywnymi jest trudny do zidentyfikowania ze względu na pojawianie się coraz to nowszych substancji w obrocie. Europejski Raport Narkotykowy potwierdza wzrost omawianego zjawiska. W 2006 roku za pośrednictwem systemu wczesnego ostrzegania Unii Europejskiej państwa członkowskie zgłosiły zaledwie 8 przypadków konfiskat nowych substancji psychoaktywnych, natomiast już w 2013 roku, liczba ta wzrosła dziesięciokrotnie[4]. Dane statystyczne Państwowej Inspekcji Sanitarnej również nie przedstawiają pozytywnej prognozy. Od 2011 roku do 2015 roku liczba przeprowadzonych kontroli wzrosła 3-krotnie, przy czym, w 2011 roku liczba zabezpieczonych opakowań produktów wyniosła ok. 1800 sztuk, a w 2015 roku, ponad 73 tysiące[5]. Szacuje się, że do końca 2008 roku, na rynku funkcjonowało ponad 40 stacjonarnych lokali gdzie możliwe było zaopatrzenie się w dopalacze. Do 2010 roku, liczba tego typu sklepów wzrosła ponad trzykrotnie[6]. Ponadto szacuje się, że w ciągu jednego roku liczba zatruć dopalaczami wzrosła dwukrotnie. Według opublikowanych statystyk Głównego Inspektora Sanitarnego w 2015 roku średnia krajowa zatruć wyniosła blisko 19% przypadków na 100 tysięcy mieszkańców. Dla porównania, w 2014 roku liczba takich przypadków wyniosła ok. 6% na 100 tysięcy[7].

Przedstawione powyżej dane świadczą o konieczności uregulowania sytuacji prawnej „nowych narkotyków", celem przeciwdziałania zjawisku. Oszacowanie jego skali jest stosunkowo trudne ze względu na występowanie środków zastępczych w Internecie. Obecnie, cyberprzestrzeń stała się doskonałym narzędziem do realizacji działalności przestępczej a zarazem idealnym sposobem na dotarcie do szerokiego grona potencjalnych klientów. Internet zapewnia anonimowość sprzedawcy poprzez umieszczenie na danej stronie internetowej fałszywych danych, adresów, numerów kontaktowych czy rzekomo pozytywnych opinii klientów oraz korzystanie ze zmiennego adresu IP[8].

Przyczyną rozwoju obrotu dopalaczami jest słabość obecnych regulacji prawnych w przedmiotowym zakresie na poziomie krajowym i międzynarodowym. Istniejące obecnie luki prawne, na gruncie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

[2] P. Jabłoński, A. Malczewski, *Dopalacze: Skala zjawiska i przeciwdziałanie*, Warszawa 2014, s. 4.

[3] M. Safijański, J. Gołębiewski, *Zjawisko obrotu dopalaczami w Polsce*, Kwartalnik Policyjny, www.kwartalnik.csp.edu.pl, 20.05.2017.

[4] Europejskie Centrum Monitorowania Narkotyków i Narkomanii, *Europejski Raport Narkotykowy: Tendencje i osiągnięcia*, 2014, s. 28.

[5] Zobacz: Państwowa Inspekcja Sanitarna, www.gis.gov.pl/zdrowie/dopalacze/dane-statystyczne, 20.12.2016.

[6] A. Muszyńska, *Prawne aspekty reglamentacji obrotu tzw. dopalaczami*, Homines Hominibus 2012, Vol. 8, s. 187.

[7] Zobacz: http://www.gp24.pl/serwisy/stop-dopalaczom/a/w-2015-wiecej-zatruc-dopalaczami-w-porownaniu-z-ubieglymi-latami,9461563/, 22.12.2016.

[8] OECD, *The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*, 2008, s. 361–362.

oraz Kodeksu Karnego, powodują ogromne trudności w przypisaniu sprawcy winy, jednocześnie pozwalając handlarzom na legalne prowadzenie działalności. Podstawowe problemy związane z kryminalizacją obrotu dopalaczami pojawiają się już na etapie zdefiniowania tego pojęcia.

2. Problematyka terminologii dopalaczy

Zarówno na gruncie prawa krajowego jak i międzynarodowego, żadne ustawodawstwo nie posługuje się legalną definicją „dopalaczy". Jest to termin przyjęty w języku potocznym (w krajach zachodnioeuropejskich ang. *designes drugs, legal highs*), który nie ma charakteru naukowego[9]. Niemniej jednak pojęcie dopalaczy rozumiane jest jako zbiór różnorodnych substancji lub ich mieszanek o rzekomym lub faktycznym działaniu psychoaktywnym, które nie znajdują się w wykazie substancji kontrolowanych przepisami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii[10]. Problematyka nielegalnego obrotu dopalaczami jest o tyle skomplikowana, że środowisko przestępcze ma doskonałą świadomość istnienia luk prawnych, dzięki którym mogą prowadzić swoją działalność, jednocześnie unikając odpowiedzialności karnej a nawet administracyjnej. Zasadniczo sprzedawane substancje zaopatrzone są w etykiety na których widnieje napis, że jest to produkt kolekcjonerski, nienadający się do spożycia. W ostateczności opisywane są jako substancje chemiczne służące do badań naukowych lub odżywki roślinne[11]. Wszelkie jednak oświadczenia lub informacje zawarte na etykiecie takiego produktu mają charakter wyłącznie pozorny, czego świadome sobie obie strony, kupujący oraz sprzedający[12]. Ustawodawca, chcąc ograniczyć dostęp do dopalaczy, wprowadził legalną definicję środka zastępczego[13] nowelizacją ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii w 2010 roku. Natomiast kolejną nowelizacją z dnia 1 lipca 2015 roku, zamieszczono definicję nowej substancji psychoaktywnej[14], uznając w ten sposób dopalacze za narkotyki. Z jednej strony tak sformułowana terminologia pozwala na penalizację produkcji, wprowadzania do obrotu oraz reklamy każdej substancji, która ma charakter psychoaktywny. Z drugiej strony, obszerny zakres obu pojęć obejmuje również substancje, które są dostępne w popularnym sklepie wielobranżowym m.in. klej

[9] P. Jabłoński, A. Malczewski, *Dopalacze…*, s. 4.

[10] A. Muszyńska, *Prawne aspekty reglamentacji obrotu…*, s. 186.

[11] D. Nowalska-Kapuścik [w:] *New Addictions – od dopalaczy do portali społecznościowych*, red. D. Nowalska-Kapuścik, wydanie I, 2016, s. 228.

[12] D. Zając, *Karalność obrotu dopalaczami w świetle art. 165 k.k.,* Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, luty 2017, s. 4.

[13] Art. 4 pkt 27 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii uznaje za środek zastępczy produkt zawierający co najmniej jedną nową substancję psychoaktywną lub inną substancję o podobnym działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, które może być użyty zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotropowa, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odrębnych (…).

[14] Art. 4 pkt 11a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii wskazuje, że jest to substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego w każdym stanie fizycznym, o działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, określną w przepisach wydanych na postawie art. 44b ust. 2.

czy sól do kąpieli[15]. Jednakże niezmiernie ważnym elementem obu definicji jest określenie celu dla jakiego dany środek ma być przeznaczony[16].

Ważnym podkreślenia jest, że dopóki substancja nie znajdzie się w przewidzianym ustawą wykazie, pozostaje ona legalna[17]. Ustawodawca z zamiarem przeciwdziałania obrotowi środkami zastępczymi wprowadził regulacje, które obejmują kontrolą dodatkowych 114 substancji chemicznych występujących z dużą częstotliwością w składzie produktów oferowanych jako dopalacze[18]. Od chwili wejścia w życie ustawy każda z substancji znajdująca się w załączniku do ustawy posiada status narkotyku[19]. Powyższa lista jest stale rozszerzana o nowe substancje, które mają wątpliwe pochodzenie oraz zastosowanie. Taki zabieg legislacyjny zdecydowanie utrudnia prowadzenie działalności polegającej na sprzedaży dopalaczy, jednakże należy mieć na uwadze, że osoby trudniące się ich sprzedażą, w krótkim czasie tworzą nowe produkty, gdy poprzednie ich wersje zostają ustawowo zabronione[20].

3. Regulacje prawne penalizujące obrót „dopalaczami"

3.1. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii

Zwalczanie nielegalnego obrotu dopalaczami jest obecnie jednym z najtrudniejszych problemów z którym zmagają się organy ścigania oraz wymiar sprawiedliwości. Podstawową przeszkodą w ściganiu tego typu przestępstw jest niedostosowanie regulacji prawnych do współczesnej praktyki. Aktualnie handel dopalaczami regulowany jest przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii, w świetle których nielegalny obrót substancjami zastępczymi zagrożony jest jedynie karą administracyjną. Według art. 52a ustawy wytwarzanie lub wprowadzanie do obrotu na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej środku zastępczego lub nowej substancji psychoaktywnej podlega karze pieniężnej w wysokości od 20 000 zł do 1 000 000 zł[21]. Według danych statystycznych, w 2015 roku w przeciągu 6 miesięcy wszczęto 1130 postępowań przygotowawczych w zakresie walki z dopalaczami, w tym ponad 870 zostało wszczętych z powyższego przepisu, natomiast ok. 260 z Kodeksu Karnego[22]. Nietrudno jest więc zauważyć, że jest to regulacja najczęściej stosowana w praktyce.

---

[15] L. Kapka-Skrzypczak, M. Cyranka, P. Kulpa, M. Skrzypczak, A. Wojtyła, *Dopalacze – stan aktualny i wytyczne n przyszłość*, Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu 2011, Nr 4, s. 207.

[16] I. Wrześniewska-Wal, *Dopalacze w prawie i laboratorium*, Journal of Laboratory Diagnostics 2012, Volume 48, No 3, s. 336.

[17] K. Krajewski, *Ocena ryzyka związanego z nowymi substancjami psychoaktywnymi w świetle procedur unijnych oraz ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, Alcoholism and Drug Addiction 2016, s. 51.

[18] Ministerstwo Zdrowia, *Sejm przyjął projekt ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw*, kwiecień 2015, www.mz.gov.pl/aktualnosci/sejm-rp-przyjal-projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-przeciwdzialaniu-narkomanii-oraz-niektorych-innych-ustaw, 2.12.2016.

[19] Zobacz: http://isp.policja.pl/isp/aktualnosci/7424,Zmiana-ustawy-o-przeciwdzialaniu-narkomanii.html, 4.12.2016.

[20] Zobacz: www.dopalaczeinfo.pl/strony/co_to_sa_dopalacze, 2.12.2016.

[21] Ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. 2005 nr 179 poz. 1486), s. 49.

[22] Zobacz: www.rp.pl/Prawo-karne/308079882-Raport-Prokuratury-Generalnej-o-dopalaczach.html#ap-2, 20.12.2016.

Rzadziej sprzedawcom dopalaczy stawiane są zarzuty z art. 62 ustawy, który kryminalizuje posiadanie środków odurzających lub substancji psychotropowych pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat 3. Według ustawy[23], środkiem odurzającym lub substancją psychotropową jest każda substancja pochodzenia naturalnego lub syntetycznego działająca na ośrodkowy układ nerwowy, określona w wykazie środków odurzających stanowiącym załącznik odpowiednio nr 1 i 2 do ustawy[24]. Przepis ten nie obejmuje swoim zakresem środków zastępczych czy nowych substancji chemicznych, w związku z czym jedyną podstawą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za posiadanie jest wykazanie na podstawie stosownej opinii fizykochemicznej obecności w dopalaczu substancji objętych wspomnianym wykazem. Przepisy karne omawianej ustawy mają nikłe zastosowanie do problematyki dopalaczy, dlatego należałoby postulować wprowadzenie do art. 62 u.p.n. pojęć środków zastępczych oraz nowych substancji psychoaktywnych celem zdelegalizowania posiadania tychże środków[25].

3.2. Ustawa z dnia 9 czerwca 1997 roku – Kodeks Karny

Analiza przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii potwierdza, że nakładanie kar finansowych nie jest efektywnym środkiem prewencyjnym, a ograniczenie kompetencji organów ścigania przyczyniają się do rozkwitu obrotu dopalaczami. Według danych Państwowej Inspekcji Sanitarnej każdego roku zwiększa się liczba zawiadomień dotyczących dopalaczy, skierowanych do organów ściągania (w 2011 roku, otrzymano 24 zawiadomień, natomiast w 2015 roku liczba przekroczyła 130 zawiadomień)[26]. Podążając za tendencją rozpatrywania nielegalnego obrotu dopalaczami pod kątem przestępstw skierowanych przeciwko życiu i zdrowiu, należy poddać analizie art. 165 KK, który kryminalizuje zachowania związane ze sprowadzeniem stanów powszechnie niebezpiecznych dla życia lub zdrowia[27].

3.2.1. Studium przypadków

Na podstawie art. 165 par. 1 pkt. 2 Kodeksu Karnego we wrześniu 2015 roku zapadł pierwszy, precedensowy wyrok skazujący, wydany przez Sąd Okręgowy w Koszalinie. Sprawa dotyczyła członków grupy przestępczej, którzy handlowali m.in. substancjami chemicznymi stanowiącymi składnik dopalaczy. Badania przeprowadzone przez Państwową Inspekcję Sanitarną oraz Narodowy Instytut Leków wykazały w sprzedawanych dopalaczach obecność szkodliwych dla zdrowia substancji. Na tej podstawie prokuratura postawiła podejrzanym zarzut z art. 165 par. 1 pkt. 2 KK. Koszaliński sąd uznał winę oskarżonego i wymierzył mu karę półtora roku pozbawienia wolności

[23] Mowa tutaj o ustawie z 29 lipca 2005 roku o przeciwdziałaniu narkomanii.

[24] Dz.U. 2005 nr 179 poz. 1486, s. 6.

[25] K. Tkaczyk-Rymanowska, *Problem tzw. dopalaczy i nowych narkotyków w świetle zmian normatywnych do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, Prok. i Pr. 2016, Vol. 9, s. 132–133.

[26] Zobacz: http://gis.gov.pl/zdrowie/dopalacze/dane-statystyczne, 21.12.2016.

[27] A. Wolska, Ł. Bagiński, *Problematyka prawna obrotu tzw. dopalaczami*, Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury 2016, Zeszyt 2 (22), s. 21.

w zawieszeniu na 4 lata, 5 000 zł grzywny oraz przepadek 20 000 zł korzyści majątkowej z przestępstwa[28].

Drugim, niezmiernie ważnym orzeczeniem w zakresie przeciwdziałania nielegalnemu obrotowi dopalaczami, jest wyrok wrocławskiego Sądu Okręgowego, który skazał handlarza środkami zastępczymi na 2 lata bezwzględnej kary pozbawienia wolności. W tej sprawie prokuratura również postawiła zarzuty czterem mężczyznom, którzy zajmowali się sprzedażą dopalaczy. Według ustaleń sądu, osoby te pozyskiwały omawiane substancje od nieustalonych osób, a następnie były one przekazywane do sprzedaży pracownikom innego lombardu[29]. Sąd wysunął tezę, równocześnie przyznając rację prokuraturze, że sprzedaż dopalaczy to przestępstwo polegające na sprowadzeniu zagrożenia dla życia i zdrowia. Podobne zarzuty, z tego samego przepisu kodeksu karnego, usłyszał gdańszczanin, który w mediach uznawany był „królem dopalaczy". Mężczyzna prowadził swoją działalność już od ponad dwóch lat. Z uwagi na fakt, że biegli jednoznacznie stwierdzili, iż posiadane przez podejrzanego substancje stwarzają bezpośrednie zagrożenie dla życia i zdrowia, prokuratura uznała słuszność w postawienia zarzutów z art. 165 par. 1 pkt. 2 KK[30].

3.2.2. Analiza pojęcia „wprowadzenia do obrotu" na podstawie art. 165 Kodeksu Karnego

Mając na uwadze powyższe orzeczenia, należy rozważyć czy stosowanie art. 165 par. 1 pkt. 2 w przedmiotowym zakresie jest zasadne. Słabości regulacji administracyjnoprawnych oraz ich nieskuteczność w ściganiu handlarzy dopalaczami, popycha organy ścigania oraz wymiar sprawiedliwości do poszukiwania regulacji zawartych w innych aktach prawnych. Jednym z takich rozwiązań jest posiłkowanie się art. 165 par. 1 pkt. 2 Kodeksu Karnego[31]. Stroną przedmiotową przestępstwa jest sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, które jest powiązane ze zjawiskiem obrotu środkami zastępczymi. Ocena spełnienia przesłanki zagrożenia życia lub zdrowia jest co do zasady zobiektywizowana[32]. Analizowany przepis nie zawiera koniunkcji pomiędzy poszczególnymi znamionami przestępstwa, tak więc spełnienie choćby tylko jednej z trzech przesłanek daje podstawę do uznania, że sprawca czynu

[28] Zobacz: www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/wyrok-skazujacy-za-dopalacze-na-podstawie-kodeksu-karnego,579966.html, 15.12.2016.

[29] Zobacz: www.tvn24.pl/wroclaw,44/wroclaw-dwa-lata-wiezienia-dla-handlarza-dopalaczami,617796.html 15.12.2016.

[30] Zobacz: www.tvn24.pl/pomorze,42/gdansk-zatrzymano-krola-dopalaczy,700209.html, 20.12.2016.

[31] Art. 165 par 1 pkt 2: „Kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach: wyrabiając lub wprowadzając do obrotu szkodliwe dla zdrowia substancje, środki spożywcze lub inne artykuły powszechnego użytku lub też środki farmaceutyczne nie odpowiadające obowiązującym warunkom jakości podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8". Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. – Kodeks Karny (Dz.U. 2013 poz. 1247 i Dz.U. 2015 poz. 396); stan prawny na dzień 8 kwietnia 2015 r.

[32] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 marca 2004 roku, sygn. akt II AKa 407/2003, www.lexlege.pl/orzeczenie/56847/ii-aka-407-03-wyrok-sadu-apelacyjnego-w-lublinie/, 2.12.2016.

wyczerpał znamię przestępstwa z art. 165 par. 1 KK[33]. Działanie sprawcy polegające na wytwarzaniu lub wprowadzeniu do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji może być uznane za przestępstwo wyłącznie w przypadku zaistnienia skutku w postaci zagrożenia dla życia lub zdrowia publicznego większej ilości osób[34]. Wątpliwości w zakresie prawidłowego rozumienia pojęcia „szkodliwych substancji" wykluczyło orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie, które wskazuje, że zachowanie sprawcy – wprowadzenie do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji – tylko wtedy wypełni dyspozycje z art. 165 par. 1 pkt. 2 KK, gdy zostanie wykazane, że „szkodliwość substancji" ma taki charakter i wagę, że czyni konkretnym i realnym zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego w poważnym stopniu mając charakter niebezpieczeństwa powszechnego[35]. Natomiast znamię wielości osób jest pojęciem ocennym i powinno być oceniane przy uwzględnieniu okoliczności konkretnego przypadku. Jednakże zarówno literatura jak i orzecznictwo wyznaczyło orientacyjne wartości liczbowe, które pozwalają ustalić czy przesłanka wielości osób została spełniona czy też nie. Dla oceny wielości osób przyjęto, że jest to liczba od 6 do 10 osób[36]. Powyższe rozważania sprowadzają się do konkluzji, że aby podejrzany mógł odpowiadać z art. 165 par. 1 pkt. 2 KK, niezbędnym jest, w pierwszej kolejności, wykazanie skutku pod postacią sprowadzenia niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia z jednoczesnym wykazaniem ilości osób, których te dobra zostały naruszone. Pomimo że stosowanie tego przepisu nie wymaga indywidualizacji konkretnych osób, jak jest to wymagane w przypadku stosowania art. 160 KK, to wykazanie wystąpienia elementu „wielości osób" może okazać się trudnym zadaniem.

Ponadto, aby sprawca mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej na podstawie art. 165 par. 1 pkt. 2, koniecznym jest zakwalifikowanie dopalaczy do jednej z grup produktów określonych w omawianym przepisie tj. szkodliwe dla zdrowia substancje, środki spożywcze lub inne artykuły powszechnego użytku lub środki farmaceutyczne nie odpowiadające obowiązującym warunkom jakości[37]. Najczęściej dopalacze klasyfikowane są jako *szkodliwe dla zdrowia substancje* lub *szkodliwe środki spożywcze*, mimo braku przeprowadzenia badań, które potwierdziłyby ich szkodliwość dla życia lub zdrowia. Podstawą jest wykazanie obecności szkodliwych substancji w dopalaczu, ze szczególnym uwzględnieniem możliwości powstania skutku o który mowa w omawianym przepisie w przypadku jego zażycia[38].

Polski model prawnokarnej kontroli produkcji oraz wprowadzania do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji jest skierowany głównie przeciwko ich wytwórcom, importerom oraz producentom. Jest to ogromna luka prawna, która nie została

[33] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 31 stycznia 2013 roku, sygn. akt. II Aka 7/13 (Lex nr 1289404).

[34] K. Grabowski, *Kryminalizacja czynów mających za przedmiot dopalacze*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, s. 128.

[35] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2013 r., sygn. II AKZ 483/13 (Lex nr 1402863)

[36] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 marca 2004 roku…

[37] D. Zając, *Karalność obrotu dopalaczami …*, s. 3.

[38] Ibidem, s. 7.

dostrzeżona przez organy ścigania oraz wymiar sprawiedliwości, wydając już dwa wyroki skazujące na podstawie omawianego przepisu, albowiem kryminalizacja dotyczy wyłącznie dwóch zachowań: wyrabiania oraz wprowadzenia do obrotu. Zasadniczy problem wiąże się z rozumieniem bądź interpretacją pojęcia „wprowadzenia do obrotu", którego nie można utożsamiać z dokonywaniem dalszego obrotu substancją lub produktem. Zgodnie z orzecznictwem, wprowadzenie do obrotu oznacza pierwszą transakcję wyrobem – przekazanie go przez producenta lub importera po raz pierwszy do obrotu[39]. W związku z tym sprawcą czynu zabronionego, w zespół znamion którego wchodzi „wprowadzenie do obrotu", może być tylko osoba, która pierwotnie wprowadziła towar do obrotu. W konsekwencji nie ponoszą odpowiedzialności karnej z tak skonstruowanego przepisu kolejni zbywcy towaru[40]. Pojęcie „wprowadzenie do obrotu" na gruncie kodeksu karnego charakteryzuje się wąskim zakresem ochrony karnoprawnej, ponieważ nie jest ono zdefiniowane w art. 115 KK, który stanowi objaśnienie wyrażeń ustawowych. Zgoła odmienna sytuacja występuje na gruncie przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, ponieważ tam ustawodawca wyraża wolę rozciągnięcia pojęcia „wprowadzenia do obrotu" na dalsze transakcje poza pierwszą, czyniąc to wyraźnie w treści tego aktu prawnego odwołując się do odpowiednio skonstruowanej definicji legalnej[41]. I tak, w art. 4 pkt. 34 u.p.n. termin ten został zdefiniowany jako udostępnianie osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów, środków zastępczych lub nowych substancji psychotropowych. Na gruncie tej ustawy uzasadnionym jest penalizowanie dokonywania dalszego obrotu omawianymi substancjami. Natomiast postawienie zarzutów podejrzanemu z art. 165 par. 1 pkt. 2 wymaga dokładnego zweryfikowania, którym ogniwem w obrocie jest osoba podejrzana. W jednym z omówionych kazusów handlarze, którym wymierzono bezwzględną karę pozbawienia wolności, pozyskali zakazane substancje od innych osób, a te zostały przekazane jeszcze innym podmiotom. W zaistniałej sytuacji nieuzasadnionym jest wydanie wyroku skazującego na podstawie omawianej regulacji karnej.

Z uwagi na fakt, że omawiany przepis nie pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób, które trudnią się detaliczną sprzedażą środków zastępczych lub nowych substancji psychotropowych, czyli dokonują dalszego obrotu produktem, organom ścigania pozostaje furtka prawna pod postacią art. 160 Kodeksu Karnego[42]. Strona przedmiotowa jest znacząco węższa od wcześniej omawianej regulacji, dlatego przypisanie sprawcom winy na podstawie art. 160 k.k. nastręcza wiele trudności. Jednakże, w celu ochrony życia i zdrowia publicznego, sprzedawcom dopalaczy coraz częściej stawiane są zarzuty z art. 160 k.k.[43] Przypisanie odpowiedzialności karnej

[39] Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2005 r., sygn. I KZP 13/04.

[40] Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 roku, sygn.. I KZP 29/05.

[41] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2014 roku, sygn.. akt. V KK 272/13.

[42] Art. 160 par. 1 k.k.: „Kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu podlega karze pozbawienia wolności do lat 3".

[43] Zobacz: Policja.pl, *Dopalacze – ryzykowna zabawa*, www.policja.pl/pol/aktualnosci/92042,Dopalacze-ryzykowna-zabawa.html, 10.12.2016.

za czyn z tego artykułu wymaga wykazania w działaniu sprawcy bezpośredniości spowodowania niebezpieczeństwa utraty życia lub zdrowia. Oznacza to, że „zachowanie sprawcy powinno być natychmiastowe, realne oraz konkretnie istniejące w sytuacji już stworzonej bez dalszych możliwych działań"[44]. W odniesieniu do problematyki obrotu dopalaczami niezbędnym jest wykazanie, że dokonanie czynności polegającej wyłącznie na udostępnieniu danego produktu stwarza bezpośrednie zagrożenie dla życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu[45]. Dla realizacji znamion przestępstwa z art. 160 KK konieczna jest również indywidualizacja osób pokrzywdzonych. Niezbędnym jest wykazanie konkretnych osób, które zostały narażone na niebezpieczeństwo określone w dyspozycji normy prawnej[46]. Element ten często jest pomijany w praktyce organów ścigania, z góry zakładając iż sprzedaż środków zastępczych zawsze wiąże się z narażaniem na niebezpieczeństwo danej ilości osób.

Uzasadnionym jest kwalifikowanie sprzedaży dopalaczy z art. 156 KK w sytuacji zaistnienia skutku w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu spowodowanego zażyciem środków zastępczych. W takim stanie rzeczy należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy skutkiem a działaniem sprawcy polegającego na udostępnianiu pokrzywdzonym omawianych substancji[47]. Dla przypisania sprawstwa z art. 156 par. 1 KK sprawca musi obejmować świadomością przynajmniej możliwość spowodowania swoim zachowaniem ciężkiego uszczerbku na zdrowiu innej osoby i chcieć takiego skutku bądź na nastąpienie takiego skutku się godzić. Postać ciężkiego uszkodzenia ciała nie musi być wyraźnie sprecyzowana w świadomości sprawcy, dlatego też postać zamiaru sprawcy może zbliżać się do konstrukcji zamiaru ogólnego[48]. Godnym podkreślenia jest, że przestępstwo stypizowane w art. 156 Kodeksu Karnego ma charakter skutkowy, a mianowicie wymaga realnego wystąpienia jednego ze skutków wskazanych w tym przepisie[49]. Nie jest więc dopuszczalne domniemywanie zaistnienia danego skutku. Jednocześnie, jak zostało już wspomniane, dopalacze cechują się przejściowym negatywnym wpływem na zdrowie, a mianowicie stanem odurzenia, który wyłącza możliwość kontrolowania ciała bądź powodującym utratę przytomności, jednakże nie są to rodzajowo określone zachowania wymienione enumeratywnie w art. 156 k.k.[50] Substancji psychoaktywnych zawartych w dopalaczu nie można utożsamiać z substancjami mającymi wyłącznie właściwości zagrażające życiu lub zdrowiu danej osoby w rozumieniu omówionych powyżej przepisów.

---

[44] M. Filar [w:] *Kodeks Karny. Komentarz,* red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 749.

[45] A. Wolska, Ł. Bagiński, *Problematyka prawna* …, s. 24.

[46] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2011 roku, sygn. II KK 177/11, OSNKW 2012/3/29.

[47] A. Wolska, Ł. Bagiński, *Problematyka prawna* …, s. 24.

[48] Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 28 listopada 2013 roku, sygn. VIII Ka 653/13 (Lex nr 1715641).

[49] *Kodeks Karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017, Legalis, 20.05.2017.

[50] D. Zając, *Karalność obrotu dopalaczami…,* s. 7.

4. Podsumowanie

Główny problem niniejszego artkułu sprowadza się do pytania: czy stosowanie obecnych regulacji zapobiega obrotowi środkami zastępczymi oraz nowymi substancjami psychoaktywnymi oraz czy zasadnie są one stosowane do omawianego zjawiska. Na podstawie przeprowadzonej analizy przepisów należy wysunąć twierdzenie, że wyłączenie dopalaczy spod procedury karnej a włączenie do procedury administracyjnej nie wydaje się być dobrym rozwiązaniem z uwagi na fakt, że uprawnienia Państwowej Inspekcji Sanitarnej, jako podmiotu odpowiedzialnego za zwalczanie obrotu dopalaczami, kończą się na nałożeniu kary finansowej bądź wydaniu decyzji administracyjnej o zamknięciu sklepu. Niestety taki rodzaj sankcji nie przynosi oczekiwanych rezultatów. Obecnie organy ścigania, dostrzegając nieskuteczność regulacji administracyjnoprawnych, odwołują się do przepisów zawartych w Kodeksie Karnym, które pozwalają na pociągnięcie danego podmiotu do odpowiedzialności karnej. I tak w praktyce coraz częściej stosowany jest art. 165 par. 1 pkt 2 Kodeksu Karnego, który rzekomo pozwala na kryminalizację obrotu omawianymi substancjami. Jednakże, aby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej danego podmiotu za handel dopalaczami było uzasadnione, należałoby postulować zmianę treści art. 165 par. 1 pkt. 2 Kodeksu Karnego poprzez kryminalizację zachowania polegającego na dokonywaniu obrotu środkami zastępczymi. Innym rozwiązaniem jest precyzyjne zdefiniowanie pojęcia „wprowadzenia do obrotu" w ustawowym słowniczku pojęć w art. 115 KK. Takie sformułowanie przepisu usunie wszelkie wątpliwości stosowania tej regulacji karnej w przedmiotowym zakresie.

* * *

Criminal Law Aspects of Trade of Legal Highs

The article is dedicated to the subject of national criminal regulations of illicit trade of legal highs. The main aim of the author is to present the current state of law and its assessment of the role in preventing this crime. In the first instance, the author discuss the issue of defining the term legal highs, in reference to the terms: substitutes and new psychotropic substance introduced by law in 2010 and 2015. The explanation of both concepts allows for analysis of the administrative law and demonstration the weaknesses of their application. The author pays particular attention to the increasing use of criminal law, with particular emphasis the Article 165 of the Penal Code on the basis of which, it was pronounce the first verdict of guilty. The basic assumption is to portray an inefficiency of regulations and propose new solutions in order to increase their effectiveness.

Key words: legal highs, new psychoactive drugs, criminal law

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Martyna Obajtek[1]

Realizacja prawa do prywatności w przetwarzaniu danych osobowych oraz problem pozyskiwania baz danych tworzonych przez podmioty prywatne przez służby policyjne

Streszczenie:

Upowszechnienie wykorzystywania danych biometrycznych w technologiach stosowanych na co dzień w miejscach takich jak kluby fitness czy zakłady pracy oraz wiąże się z powstaniem pewnych niebezpieczeństw związanych z tworzeniem przez podmioty prywatne baz zawierających dane tj. odciski palców. Autorka w pierwszej kolejności wskazuje na podstawowe zasady tworzenia baz danych i przetwarzania danych osobowych, a wśród nich m.in. na zasadę celowości, adekwatności oraz dobrowolności przekazywania danych z uwzględnieniem konstytucyjnego prawa do prywatności. Następnie prezentuje prawnie dopuszczalne przypadki pobierania i gromadzenia danych osobowych przez Policję oraz zastanawia się nad możliwością wykorzystania przez organy ścigania w działaniach rozpoznawczo-wykrywczych danych zgromadzonych w bazach tworzonych podmioty prywatne. Artykuł ma na celu wykazanie pewnych niebezpieczeństw dla poszanowania prywatności przy wprowadzeniu możliwości korzystania przez policję z takich baz oraz rozważenie celowości zastosowania rozwiązań technologicznych wykorzystujących dane biometryczne przy uwzględnieniu konsekwencji przetwarzania takich danych dla osób, których dane dotyczą.

Słowa kluczowe: dane biometryczne, prywatne bazy danych, prawo do prywatności, odciski palców, przetwarzanie danych, policja

---

[1] Autorka jest studentką prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wstęp

Dane biometryczne, rozumiane jako charakterystyczne biologiczne i fizjologiczne cechy ciała ludzkiego, z coraz większym powodzeniem wykorzystywane są przez nowoczesne technologie[2]. Za pomocą przeskanowania tęczówki możemy wejść do pomieszczenia niedostępnego dla innych. Poprzez odpowiednie polecenie głosowe mamy możliwość wydania dyspozycji rozpoczęcia rejestrowania obrazu przez kamerę sportową. Wreszcie odciśnięciem palca za pomocą technologii Touch ID możemy odblokować ekran telefonu komórkowego. Powszechność technologii stosujących dane biometryczne wynika z wysokiej efektywności takich rozwiązań technologicznych przy stosunkowo niewielkim nakładzie finansowym. Wśród cech organizmu ludzkiego wykorzystywanych w takich systemach najczęściej znajdują się odciski palców ze względu na niskie koszty skanera oraz łatwość pobierania. Udostępnienie swoich linii papilarnych obowiązkowe jest już nie tylko przy składaniu wniosku o wydanie paszportu, ale także często w przypadku podejmowania pracy. Odciski palców pozostawione u pracodawcy mają służyć ułatwieniu ewidencjonowania czasu pracy czy też uzyskaniu dostępu do określonych stref w miejscu, gdzie praca jest świadczona. Ponadto kilka lat temu pojawił się trend zastępowania w siłowniach klasycznych karnetów wejściem za pomocą skanowania linii papilarnych. Wprowadzenie tego systemu stało się tak popularne, że obecnie niemal w każdym większym klubie wykorzystuje się odpowiednie skanery. Takie rozwiązanie, według właścicieli siłowni, ma na celu przyspieszenie weryfikacji uprawnień klienta do korzystania z klubu (co zapobiega tworzeniu się kolejek) oraz uniemożliwianie korzystania z siłowni przez osobom nieuprawnionym np. poprzez „wymienianie się" karnetem[3].

Chociaż pozornie wprowadzanie systemów wykorzystujących dane biometryczne wydaje się być rozwiązaniem stanowiącym naturalny rozwój w dziedzinie nowych technologii, a przy tym znacznie ułatwiającym pracę wielu przedsiębiorcom, to niestety niesie ze sobą liczne niebezpieczeństwa i problemy. Szybko wzrastająca popularność systemów opartych na biometrii zrodziła liczne wątpliwości dotyczące ingerencji w ludzką godność oraz integralność ciała. Zaczęto zastanawiać się, czy upowszechnianie takich rozwiązań technologicznych nie prowadzi do zredukowania roli ludzkiego organizmu wyłącznie do nośnika informacji[4]. Wskazywano na historyczne przypadki stygmatyzacji określonych grup społecznych (przestępców, mniejszości etnicznych, prostytutek, obcokrajowców) poprzez gromadzenie odpowiednich danych biometrycznych[5], który to zresztą problem nadal pozostaje aktualny w kontekście tworzenia odpowiednich baz danych. Dane biometryczne gromadzone na szeroką skalę należą do danych niezmiennych, nieusuwalnych i niepowtarzalnych, co wiąże się z potrzebą zapewnienia im

[2] J. Niklas, *Co zmienia odcisk palca,* https://panoptykon.org/wiadomosc/co-zmienia-odcisk-palca, 17.02.2017.

[3] W. Karpieszuk, *Wejście do siłowni tylko na odcisk palca. GIODO zapowiada „analizę problemu"*, http://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/1,34862,17585185,Wejscie_do_silowni_tylko_na_odcisk_palca__GIODO_zapowiada.html, 17.02.2017.

[4] Ibidem.

[5] Ibidem.

najwyższej ochrony gromadzenia i przetwarzania takich informacji. Należałoby więc zastanowić się nad relacją wprowadzania takich rozwiązań technologicznych z prawem do prywatności, nad celowością i adekwatnością wykorzystywania takich rozwiązań w miejscach tj. kluby fitness czy zakłady pracy oraz nad możliwością stosowania zawartych w takich bazach danych biometrycznych na potrzeby postępowania karnego.

Ze względu na powyższe problemy poniżej zostaną przedstawione najważniejsze zasady przetwarzania danych osobowych i konstruowania baz danych oraz relacja danych biometrycznych z konstytucyjnym prawem do prywatności. Następnie zaprezentowane zostaną podstawowe informacje dotyczące gromadzenia danych przez policję oraz podmioty prywatne. Zostanie również poruszona kwestia wykorzystania danych zebranych przez przedsiębiorców prowadzących m.in. kluby fitness przez organy ścigania w postępowaniu karnym.

2. Zasady przetwarzania danych osobowych

Podstawowym aktem prawnym regulującym przetwarzanie danych osobowych jest Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[6]. Zabezpieczeniu interesów osób, od których dane osobowe są pobierane, służy przede wszystkim wyrażony w art. 26 ust. 1 obowiązek dochowania szczególnej staranności przez administratora przy przetwarzaniu danych rozumiany jako konieczność przetwarzania danych w sposób sprawiedliwy, uczciwy i rzetelny. Z kolei rzetelność przetwarzania danych należy rozumieć jako nakaz uwzględniania przez administratora danych interesów i rozsądnych oczekiwań osób, których dane dotyczą[7]. Niezależnie od powyższej reguły, wśród podstawowych zasad przetwarzania danych osobowych wskazanych w ustawie znajdują się: zasada legalności, zasada celowości, zasada merytorycznej poprawności, zasada adekwatności oraz zasada ograniczenia czasowego. Z punktu widzenia przytoczonych powyżej zagrożeń związanych z wykorzystywaniem danych biometrycznych w różnorakich technologiach, najistotniejsze znaczenie mają zasada celowości, zasada adekwatności oraz kwestia dobrowolności przekazania danych osobowych, dlatego też to właśnie one zostaną omówione nieco szerzej.

Zgodnie z **zasadą celowości** wyrażoną w art. 26 ust. 1 pkt. 2) ustawy zbieranie danych osobowych powinno odbywać się dla oznaczonych, zgodnych z prawem celów[8]. Administrator danych ma obowiązek przekazania informacji o celu przetwarzania danych i tak wyznaczony cel określany jest mianem celu pierwotnego. Ponadto już zebrane dane nie mogą zostać użyte do innego celu niż pierwotnie określony (zasada związania celem przetwarzania danych osobowych) poza wskazanymi w ustawie wyjątkami[9]. Przetwarzanie danych osobowych w innym celu jest możliwe między innymi w sytuacji, gdy takie ich wykorzystanie nie narusza praw i wolności osoby, której dotyczą.

[6] Dz.U. 2016 poz. 922.

[7] P. Barta, *Komentarz do art. 26 Ustawy o ochronie danych osobowych* [w:] P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz,* Warszawa 2016, Legalis, teza nr 2.

[8] Ibidem, teza nr 12.

[9] Ibidem, teza nr 14.

Z kolei **zasada adekwatności** określa zakres, w jakim dane osobowe mogą być przetwarzane. Reguła określona w art. 26 ust. 1 pkt. 3) ustawy o ochronie danych osobowych wskazuje, że gromadzone dane osobowe pod kątem treści i rodzaju nie powinny wykraczać poza potrzeby wynikające z celu ich przetwarzania[10]. Zbieranie danych wykraczających poza niezbędny do osiągnięcia takiego celu zakres jest zakazane, ale żeby jednoznacznie stwierdzić, czy gromadzenie określonego typu danych jest adekwatne do celu, należy badać konkretny stosunek łączący administratora danych z osobą, której dane są przetwarzane[11]. Samo posługiwanie się określoną techniką zapisu danych nie może przesądzać o legalności bądź braku legalności utrwalania określonych danych[12].

Powyższe zasady nakazujące administratorowi określenie celu zbierania oraz zakresu przetwarzania danych mocno związane są z obowiązkiem informacyjnym względem osób, od których dane są pobierane. Ponadto uregulowanie art. 23 ust. 1 ustawy wskazuje, że co do zasady do przetwarzania danych konieczne jest uzyskanie zgody osoby, której dane dotyczą. Zgoda ta musi być wyraźna, a w momencie jej wyrażania osoba musi być poinformowana co do celu i zakresu danych, które udostępnia[13]. Dodatkowo zgoda taka może zostać cofnięta i w takim wypadku dalsze przetwarzanie przez administratora danych będzie stanowić naruszenie zasady przetwarzania danych osobowych zgodnie z prawem[14]. Osobie, której dane dotyczą, przysługuje również prawo do sprzeciwienia się przetwarzaniu danych, które może jednak doznać pewnych ograniczeń, o czym będzie mowa poniżej. Wśród przypadków, w których ustawodawca nie wymaga pozyskania zgody osoby, od której pobierane są dane, za szczególnie istotne w kontekście przetwarzania danych przez organy tj. policja należy uznać takie przetwarzanie, które jest:

– niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego,

  a także:

– niezbędne dla wypełnienia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratorów danych albo odbiorców danych, gdy przetwarzanie nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą.

W pierwszym wypadku przyjmuje się, że chodzi o działania utożsamiane z zadaniami publicznymi, czyli czynnościami wykonywanymi przez organy władzy publicznej w ramach przysługujących im kompetencji, przy czym należy pamiętać, że art. 23 ust. 1 pkt 4) ustawy będzie stanowił podstawę do przetwarzania danych osobowych tylko, gdy nie istnieją odpowiednie przepisy wprost upoważniające te organy do przetwarzania danych[15]. W doktrynie przyjmuje się również, że artykuł ten nie może stanowić samoistnej podstawy do przetwarzania danych w sytuacji, gdy działania

[10] Ibidem, teza nr 20.

[11] Ibidem, teza nr 21.

[12] Wyrok NSA w Warszawie z 5 lutego 2003 r., sygn. II SA 3505/01.

[13] P. Barta, *Komentarz do art. 23 Ustawy o ochronie danych osobowych* [w:] P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2016, Legalis, teza nr 8.

[14] Ibidem, teza nr 10.

[15] Ibidem, teza nr 75.

podejmowane przez organ władzy publicznej mają charakter władczy. Z kolei klauzula prawnie usprawiedliwionego celu administratora danych może stanowić autonomiczną podstawę przetwarzania danych, o ile nie wkracza w prawa i wolności osoby, której dane dotyczą. Rozwiązanie to koreluje z zasadą związania celem przetwarzania danych osobowych, co pozwala na dalsze przetwarzanie przez administratora danych osobowych bez konieczności uzyskania ponownej zgody w sytuacji, gdy zmieni się cel tego przetwarzania, ale jest on prawnie uzasadniony, a takie działanie nie wkracza w prawa i wolności osób, od których zebrano dane[16].

3. Konstytucyjne prawa jednostki wpływające na ochronę danych osobowych

Wskazane powyżej ograniczenia w przetwarzaniu danych osobowych wynikają z obowiązywania konstytucyjnego **prawa do ochrony prywatności** wyrażonego w art. 47 Konstytucji RP[17]. Zakresem tego prawa objęta jest przede wszystkim sfera życia prywatnego, której nie sposób nadać jednolitą definicję. W doktrynie uznaje się natomiast, że sfera ta obejmuje wszystkie te okoliczności, w stosunku do których istnieje prymat interesu indywidualnego jednostki nad interesem publicznym[18]. Dodatkowo istnieje domniemanie prawa jednostki do bycia pozostawioną samej sobie nad interesem publicznym. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że prawo do poszanowania życia prywatnego obejmuje przede wszystkim autonomię informacyjną jednostki w zakresie, w jakim nie jest ona objęta gwarancjami wskazanymi z art. 51 Konstytucji RP. Jednostka na podstawie powyższego prawa może żądać zachowania w tajemnicy pewnych informacji o sobie. W związku z tym należałoby uznać, że dane biometryczne stanowią element prawa do prywatności, jako dane, które są szczególne istotne z punku widzenia interesu prywatnego, a tym samym podlegają konstytucyjnej ochronie[19].

Z kolei w odniesieniu do przetwarzania danych osobowych przez organy znajdujące się w sferze prawa publicznego pojawia się również konstytucyjne **prawo do ochrony informacji o osobie**, wskazane w art. 51 Konstytucji RP, zgodnie z którym zobowiązanie kogokolwiek do udostępnienia danych o sobie może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy istnieje wyraźna podstawa ustawowa, która do tego upoważnia, a władze publiczne mogą przetwarzać informacje o obywatelach wyłącznie, gdy jest to niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że rozwiązanie to koreluje z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którą konstytucyjne prawa jednostki mogą doznać ograniczeń jedynie w drodze uregulowań ustawowych i tylko, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Zasadą jest więc niepozyskiwanie, niegromadzenie i nieudostępnianie informacji o obywatelach przez organy

[16] Ibidem, teza nr 79.

[17] Dz.U. nr 78 poz. 483.

[18] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, teza nr 55 komentarza do art. 47, Legalis.

[19] Ibidem, teza nr 59.

władzy publicznej, ale na mocy ustawy o ochronie danych osobowych na gruncie art. 26 ust. 1 pkt. 3) możliwe jest przetwarzanie takich danych osobowych, jednak wyłącznie w niezbędnym zakresie spełniającym **wymóg proporcjonalności**[20]. Z kolei wymóg ten zrealizowany jest jeśli regulacja określona w ustawie może doprowadzić do zakładanych skutków, jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego oraz nakłada ciężary na obywatela proporcjonalne do efektu, który ma być za jej pomocą uzyskany.

Również prawo do prywatności może doznać ograniczeń na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, co przejawia się w ograniczeniu prawa do sprzeciwienia się przetwarzaniu danych osobowych przez osobę, której dane dotyczą, co było już sygnalizowane powyżej. Jeżeli administrator danych przetwarza je na podstawie szczególnego przepisu prawa, który, spełniając zasadę proporcjonalności, ogranicza prawo do ochrony życia prywatnego, a tym samym prawo do ochrony danych osobowych, nie jest możliwe skuteczne sprzeciwienie się takiemu przetwarzaniu[21].

Podsumowując powyższe, należy zauważyć, że przetwarzanie danych osobowych ze względu na konstytucyjne prawo do prywatności, może mieć miejsce wyłącznie w ściśle określonych warunkach przy spełnieniu wskazanych w ustawie wymogów. Ponadto przetwarzanie danych przez podmioty publiczne jest możliwe wyłącznie w oznaczonych celach wynikających z zakresu ich kompetencji. W związku z tym, że przedmiotem niniejszego opracowania jest wykorzystywanie danych biometrycznych, które mają szczególne znaczenie dla registratur policyjnych, w dalszej części opracowania przejdę do omówienia policyjnych baz danych oraz regulacji dotyczących zbierania i przetwarzania danych przez Policję.

4. Registratury policyjne

Już od wielu lat policja posługuje się określonym systemem registratur kryminalistycznych, które są ogromnie przydatnym instrumentem w prowadzeniu działań wykrywczych, a także w dowodzeniu winy sprawców już ujawnionych[22]. Ewidencją przeznaczoną do przechowywania śladów oraz kart daktyloskopijnych jest Centralna Registratura Daktyloskopijna. Dzięki niej możliwe jest weryfikowanie tożsamości osób, identyfikowanie zwłok, czy też wykrywanie sprawców, którzy pozostawili swoje odciski w miejscu popełnienia przestępstwa[23]. W ramach powyższego zbioru powstał system AFIS, czyli Automatyczny System Identyfikacji Daktyloskopijnej. AFIS jest elektronicznym systemem zaopatrzonym w odpowiednią wyszukiwarkę pozwalającą na szybkie selekcjonowanie, wyszukiwanie i dopasowanie śladów i kart daktyloskopijnych, a tym samym na szybką identyfikację osoby, która pozostawiła ślady, przy czym należy zaznaczyć, że kartę od samego śladu wyróżnia powiązanie go z określoną

[20] Ibidem, teza nr 22.

[21] P. Barta, *Komentarz do art. 23…*, teza nr 11.

[22] J. Moszczyński, *Registratury informacyjno-rozpoznawcze* [w:] J. Widacki, *Kryminalistyka,* Warszawa 2002, s. 144.

[23] Ibidem, s. 146.

osobą[24]. Efektywność systemu uzależniona jest jednak od regularności uzupełniania jego zasobów. W przypadku wprowadzania nowego śladu do systemu podlega on zeskanowaniu, a później w sposób automatyczny zostaje zakodowany i porównany z istniejącymi w systemie zasobami[25]. AFIS daje więc możliwość porównania w przeciągu kilku minut karty z kartą w celu ustalenia bądź weryfikacji tożsamości, karty ze śladem w celu zweryfikowania, czy ślady osoby daktyloskopowanej nie zostały ujawnione już wcześniej na miejscu innego zdarzenia, śladu z kartą, w celu wykrycia osoby, która pozostawiła ślad na miejscu zdarzenia oraz śladu ze śladem w celu skojarzenia zdarzeń, w których brały udział te same osoby[26]. Należy jednak zaznaczyć, że porównanie śladu z miejsca zdarzenia z kartami lub niezidentyfikowanymi śladami znajdującymi się w systemie nie ma charakteru czynności procesowej. Ostatecznie o zgodności śladu z zawartością zbioru decyduje specjalista z zakresu kryminalistyki. Czynności rejestracyjne w systemie AFIS mają więc charakter pozaprocesowy, natomiast właściwe czynności procesowe przeprowadzane są na podstawie Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego[27].

5. Gromadzenie danych osobowych przez policję

Podstawą prawną dla dokonania czynności wykrywczych i identyfikacyjnych przez policję jest art. 20 ust. 2a Ustawy o Policji z dnia 06 kwietnia 1990 r.[28] Z kolei w ramach czynności procesowych do celów dowodowych można daktyloskopować osoby takie jak: oskarżony (art. 74 § 2 pkt 1) k.p.k.), podejrzany (art. 74 § 2 pkt 1) k.p.k. w zw. z art. 71 § 3 k.p.k.), bądź osoba podejrzana (art. 308 § 1 k.p.k. w zw. z art. 74 § 3 k.p.k.), osoba zatrzymana przez policję, gdy w inny sposób nie można ustalić jej tożsamości (art. 15 ust. 3a pkt b) ustawy o Policji)[29]. Materiał porównawczy można pobrać również od nieletnich, którzy dopuścili się czynów zabronionych ściganych z oskarżenia publicznego (art. 20 ust. 2a pkt 2) ustawy o Policji), nieznanych zwłok ludzkich, osób do badań eliminacyjnych, osób do „trałowania", czy niektórych cudzoziemców (np. w przypadku nielegalnego przekraczania granic)[30].

Należałoby więc zastanowić się, kiedy można pobrać materiał porównawczy od osoby, która nie jest bezpośrednio powiązana z czynem zabronionym. Podstawę do pobrania takiego materiału daje art. 192a k.p.a. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 20 stycznia 2010 r. o sygn. IV 264/09[31] czynności wskazane w powyższym artykule mogą zostać przeprowadzone zarówno względem osób podejrzewanych, których krąg dzięki działaniom

[24] J. Wojtasik, *AFIS, czyli Automatyczny System Identyfikacji Daktyloskopijnej,* http://www.zielona-gora.po.gov.pl/index.php?id=36&ida=3405, 17.02.2017.

[25] Ibidem.

[26] J. Kabzińska, *Daktyloskopia* [w:] D. Wilk, *Kryminalistyka. Przewodnik*, Toruń 2013, s. 203.

[27] t.j. Dz.U. 2016 poz. 1749.

[28] Dz.U. 2016 poz. 1782.

[29] T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu* (aktualizacja: M. Szostak), Warszawa 2009, s. 146.

[30] J. Kabzińska, *Daktyloskopia*…, s. 202.

[31] Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2010 r., IV KK 364/09, LEX nr 560612.

eliminacyjnym zostanie zawężony, jak i względem osób zupełnie postronnych w celu stworzenia wąskiego kręgu osób podejrzanych lub ewentualnie ustalenia wartości dowodowej ujawnionych na miejscu zdarzenia śladów[32]. Nie oznacza to jednak, że dobór osób, od których zostanie pobrany materiał, może być zupełnie dowolny. Nie można też przyjmować, że osoby, które podlegają pod ten przepis to wszystkie osoby, których sprawstwa nie można wykluczyć[33].

W pierwszym przypadku wskazanym przez Sąd Najwyższy mamy do czynienia z tak zwanymi działaniami eliminacyjnymi. Poprzez zastosowanie w art. 192a k.p.k. nieostrego pojęcia „ograniczenie kręgu osób podejrzanych" w doktrynie pojawiło się wiele wątpliwości, co do kręgu podmiotów, wobec których dopuszczalne są czynności wskazane w przepisie[34]. Niektórzy ograniczają krąg podmiotów do osób podejrzanych w rozumieniu art. 74 § 2 k.p.k. w zw. z art. 74 § 3 k.p.k. I tak, zgodnie z poglądem wyrażanym przez L.K. Paprzyckiego, za osobę podejrzaną uznaje się osobę, względem której postępowanie przygotowawcze nie zostało jeszcze wszczęte i nie przedstawiono jej zarzutów, ale zachodzą warunki do przedstawienia takich zarzutów i można ją przesłuchać przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów w trybie art. 308 § 1 i 2 k.p.k., czyli zachodzą względem niej pewne uzasadnione przypuszczenia, że mogła być sprawcą czynu przestępnego[35]. Jednak w k.p.k. przewidziana jest odrębna podstawa prawna do pobierania materiału porównawczego od osób podejrzanych. W związku z tym za słuszny należy uznać pogląd opierający się na szerszej wykładni powyższego pojęcia. Celem omawianego przepisu jest m.in. wyłonienie z pewnego grona osób tych, co do których istnieje zasadne przypuszczenie, że mogły być sprawcami czynu. Ze względu na to za słuszny należy uznać pogląd, zgodnie z którym środki z art. 192a k.p.k. mogą zostać podjęte względem osób potencjalnie podejrzanych (inaczej osób podejrzewanych)[36], przy czym osobą taką jest każdy, kto może mieć potencjalny związek z przestępstwem np. współlokator denata, osoba zamieszkująca określony obszar. Nie jest wymagane zaistnienie uzasadnionego podejrzenia co do popełnienia czynu przez daną osobę, ale musi istnieć potencjalna możliwość związku danej osoby z przestępstwem[37].

Z kolei w drugim przypadku chodzi o podejmowanie enumeratywnie wskazanych w przepisie czynności względem osób zupełnie postronnych, czyli o tzw. „trałowanie". Trałowanie stanowi pewną formę działań eliminacyjnych, tyle że podjętych na większą

[32] D. Szumiło-Kulczycka, *Komentarz orzeczniczy do art. 192a Kodeksu postępowania karnego* [w:] K. Dudka, H. Paluszkiewicz, D. Szumiło-Kulczycka, *Kodeks postępowania karnego. Wybór orzecznictwa z komentarzem,* LEX 10224, teza dotycząca Wyroku SN z dnia 20 stycznia 2010 r., sygn. IV KK 364/09.

[33] L.K. Paprzycki, *Komentarz aktualizowany do art. 192a Kodeksu postępowania karnego* [w:] L.K. Paprzycki, J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego,* LEX 10165, teza nr 1.

[34] D. Gruszecka, *Komentarz do art. 192 a Kodeksu postępowania karnego* [w:] J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* Legalis, teza nr 2.

[35] L.K. Paprzycki, op.cit., teza nr 2.

[36] D. Gruszecka, op.cit., teza nr 2.

[37] C.P. Kłak, *„Osoba podejrzana" oraz „potencjalnie podejrzana" w polskim procesie karnym a zasada nemo se ipsum accusare tenetur,* Ius Novum 2012/4/56–77, LEX nr 168836, teza nr 3.

skalę co do zasady za zgodą osób oddających próbki. Działania te mają więc określony cel stworzenia stosownego wąskiego kręgu „osób podejrzanych" albo ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów i tylko w tym celu mogą być podejmowane[38]. Trałowanie ze względu na wysokie koszty i czasochłonność nie jest metodą rozpowszechnioną w Polsce. Niemniej jednak kilkukrotnie przyczyniło się do ujęcia sprawców poważnych przestępstw np. w Świnoujściu, gdzie w latach 1996–2000 doszło do serii zgwałceń i zabójstwa. Na podstawie materiału DNA pobranego od określonej grupy mężczyzn (ok. 12 000 osób w wieku od 22 do 38 lat) udało się namierzyć sprawcę[39]. Badania eliminacyjne w postaci trałowania budzą jednak pewne wątpliwości. J. Wójcikiewicz wskazuje na pojawiające się kontrowersje moralne w postaci swoistego przymuszania do wzięcia udziału w badaniu, kontrowersje na płaszczyźnie społecznej ze względu na możliwość stygmatyzacji osoby, która odmówi oddania próbki, czy też natury prawej polegające na problemie niszczenia próbek po przebadaniu i przechowywaniu ich przez wiele lat[40].

Z kolei, w przypadku działań podejmowanych na podstawie art. 20 ust. 2a ustawy o Policji tj. pobieranie, uzyskiwanie, gromadzenie, przetwarzanie i wykorzystywanie w celu realizacji zadań ustawowych, informacje uzyskane tą drogą mogą dotyczyć wyłącznie osób enumeratywnie w przepisie wskazanych, które uprzednio zostały już wymienione[41]. Zgodnie z art. 20 ust. 16a policja może przetwarzać zebrane dane w innym celu niż ten, w którym zostały pobrane, jeżeli jest to niezbędne do realizacji zadań ustawowych policji[42].

Poza określeniem kręgu podmiotów, od których policja może żądać przekazania określonych danych, ustawodawca określa także maksymalny czas przechowywania tych danych w registraturach. Zgodnie z art. 20 ust. 17 ustawy o Policji dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa przechowuje się przez okres niezbędny do realizacji ustawowych zadań policji. Ponadto zgodnie z art. 20 ust. 17b ustawy o policji dane te usuwane są, jeżeli policja poweźmie wiarygodną informację, że czynu stanowiącego podstawę wprowadzenia informacji do zbioru nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia; zdarzenie lub okoliczności, w związku z którymi wprowadzono informacje do zbioru, nie ma znamion czynu zabronionego; a także, gdy osoba, której dane dotyczą, została uniewinniona prawomocnym wyrokiem sądu[43]. Organy Policji dokonują weryfikacji tych danych po zakończeniu sprawy, w ramach której dane te zostały wprowadzone do zbioru, a ponadto nie rzadziej niż co 10 lat od dnia uzyskania lub pobrania informacji, usuwając zbędne dane. Oznacza

[38] K.T. Boratyńska, *Art. 192a KPK* [w:] A. Sakowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz,* Warszawa 2016, Legalis, teza nr 1.

[39] I. Sołtyszewski, K. Krassowski, E. Gruza, *Możliwości wykorzystania badań przesiewowych w praktyce śledczej,* Prok. i Pr. 2012, nr 12, Legalis, s. 7.

[40] Ibidem.

[41] B. Opaliński. M. Rogalski. P. Szustawiewicz, *Komentarz do art. 20 Ustawy o Policji* [w:] B. Opaliński. M. Rogalski, P. Szustawiewicz, *Ustawa o Policji. Komentarz,* Legalis, teza nr 3.

[42] Ibidem, teza nr 10.

[43] Ibidem, teza nr 11.

to, że niekiedy w przypadku braku wystosowania żądania usunięcia wprowadzonych do systemu danych, które okazały się niepotrzebne do dalszego prowadzenia postępowania, dane te mogą być aż przez 10 lat widoczne w systemie policyjnym.

Natomiast w przypadku materiałów zebranych w drodze trałowania bądź badań eliminacyjnych, po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub utrwalenia, pobrany lub utrwalony materiał zbędny dla postepowania należy niezwłocznie usunąć z akt i zniszczyć. Nie oznacza to jednak, że zawsze niejako automatycznie dane te są usuwane. Problem przechowywania danych, które nie są już potrzebne, pojawiał się wielokrotnie w orzeczeniach polskich i zagranicznych sądów w kontekście poszanowania przez organy ścigania prawa do prywatności. Kwestię tę poruszył również Europejski Trybunał Praw Człowieka. Głośnym echem odbiła się sprawa obywatela Francji któremu, pomimo uzyskania wyroku uniewinniającego w I instancji i umorzenia postępowania w II instancji, odmówiono usunięcia odcisków palców z odpowiedniej bazy. W wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r. o sygn. 19522/02[44] Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazał, że Policja i inne służby zwykle próbują utrzymać jak najobszerniejszą bazę ze względu na większe możliwości wykrycia przestępstw w przyszłości, a prawo do żądania usunięcia danych z systemu stoi niejako w kolizji z interesami takich podmiotów. Trybunał zaznaczył, że w związku z tym konieczne jest zachowanie w takiej sytuacji sprawiedliwej równowagi, która nie może polegać na przechowywaniu pobranych danych przez maksymalny możliwy czas (obecnie 10 lat, co wynika z art. 20 ust. 17 ustawy o Policji). Cele policyjne nie zawsze uzasadniają naruszanie prawa do poszanowania życia prywatnego. Takie naruszenie musi być uzasadnione niezbędnością zastosowania w demokratycznym państwie prawa.

6. Bazy danych tworzone przez podmioty prywatne

Powyżej wskazano, że zasadą w uzyskiwaniu danych osobowych jest wyrażenie zgody przez osobę, której dane dotyczą, chyba, że zachodzą przewidziane w ustawie o ochronie danych osobowych wyjątki. W przypadku przetwarzania danych osobowych przez podmioty publiczne, tj. Policję, często zdarza się, że przekazanie odpowiednich danych organowi stanowi obowiązek konieczny do zrealizowania niezależnie od woli osoby, od której dane są pobierane. Natomiast w przypadku podmiotów prywatnych w zdecydowanej większości przypadków regułą będzie konieczność uzyskania zgody. Pojawia się tutaj pewien problem co do dobrowolności wyrażenia tej zgody. Ciężko przyjąć, że mamy do czynienia ze zgodą wyrażoną dobrowolnie, gdy właściciel siłowni uzależnia zawarcie umowy od udzielenia takiej zgody, bądź gdy pracodawca uzależnia od niej zatrudnienie pracownika. Należałoby więc zastanowić się, czy zgoda wyrażona w ten sposób będzie wystarczającą podstawą do przetwarzania danych osobowych.

W przypadku relacji pracodawcy i pracownika należy zaznaczyć, że obowiązek uzyskania zgody dotyczy wyłącznie danych osobowych niewskazanych w art. 221

[44] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. 19522/09, LEX nr 2147719.

§ 1 i 2 Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy[45], które dla celów związanych z zatrudnieniem pracodawca może przetwarzać bez zgody pracownika[46]. W wypadku, gdy chodzi o inne dane osobowe, bądź o ich wykorzystanie dla innych celów, pracodawca musi uzyskać zgodę pracownika wyrażoną w sposób dobrowolny[47]. Zgodnie z zasadami ogólnymi wskazanymi w ustawie o ochronie danych osobowych, jeśli osoba, której dane dotyczą wyraziła taką zgodę, a administrator danych chce przetwarzać pozyskane w innym celu, to jeśli nie ingeruje to w prawa i wolności tej osoby, nie ma konieczności uzyskiwania kolejnej zgody. W wypadku relacji pracodawcy i pracownika zasada ta nie ma jednak zastosowania. Ze względu na łączący pracodawcę z pracownikiem stosunek nadrzędności służbowej, który mógłby sprzyjać wymuszaniu na pracowniku wyrażenia takiej zgody, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych stoi na stanowisku, że pracodawcę obowiązuje zakaz przetwarzania jakichkolwiek innych danych pracownika niewskazanych w kodeksie pracy niezależnie od uzyskanej na to zgody. Stanowisko to zostało również podtrzymane przez Naczelny Sąd Administracyjny w przytoczonym powyżej wyroku, w którym sąd uznał, że

> wyrażona na prośbę pracodawcy pisemna zgoda pracownika, na pobranie i przetworzenie jego danych osobowych, narusza prawa pracownika i swobodę wyrażenia przez niego woli (…) Uznanie faktu wyrażenia zgody przez pracownika, jako okoliczności legalizującej pozyskanie od pracownika innych danych, niż wskazane w art. 221 § 1 i 2 Kodeksu pracy, stanowiłoby obejście tego przepisu[48].

Inaczej kwestia ta wygląda w relacji klienta i właściciela klubu fitness. Umowa, która łączy strony jest typową umową cywilną, gdzie pomiędzy stronami istnieje stosunek równorzędności. Wydaje się, że w takiej konfiguracji wskazanie na obowiązek wyrażenia zgody na przetwarzanie danych osobowych, które jej dotyczą, należy uznać za dopuszczalne. Dobrowolność w takim wypadku będzie polegać na podjęciu decyzji o zawarciu umowy bądź rezygnacji z jej zawarcia. Na rynku istnieje wiele podmiotów prowadzących kluby fitness, co oznacza, że klient może wybrać podmiot, z którym zdecyduje się zawrzeć umowę. Biorąc jednak pod uwagę trend wprowadzania skanerów linii papilarnych w klubach fitness, może okazać się, że wszystkie kluby, których oferta jest dla klienta zadowalająca, będą wymagały wyrażenia takiej zgody. W takim wypadku, gdy klient jest niejako zmuszony tę zgodę wyrazić, dobrowolność wyrażenia zgody wydaje się być wątpliwa. Kluczowy jednak w tej kwestii jest fakt, że zawarcie umowy z klubem fitness jest nieobowiązkowe, a w związku z tym nie pojawia się w tej sytuacji element przymuszenia klienta do wyrażenia zgody. W tym miejscu należy zaznaczyć, że powyższe rozważania odnośnie dobrowolności wyrażenia zgody są prowadzone w oderwaniu od realizacji przy zawieraniu określonych umów wymogu adekwatności zakresu żądanych danych osobowych do celu w jakim będą przetwarzane.

---

45 t.j. Dz.U. 2016 poz. 1666.

46 W.R. Wiewiórowski, Generalny Inspektor Ochrony Danych osobowych, Serwis Prawno-Pracowniczy nr 29–30/2013, s. 9, www.giodo.gov.pl/plik/id_p/5162/j/pl/, 18.03.2017.

47 Ibidem.

48 Wyrok NSA z dnia 01 grudnia 2009 r., sygn. I OSK 249/09, LEX nr 785755.

7. Korzystanie przez Policję z baz danych stworzonych przez podmioty prywatne

Skoro pobieranie materiału porównawczego zarówno na etapie eliminacji potencjalnych sprawców, a więc czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzanych przez Policję, jak i na etapie czynności dowodowych w postępowaniu przygotowawczym obwarowane jest licznymi warunkami i dotyczy enumeratywnie wskazanych w ustawie o Policji i k.p.k. przypadków, to należałoby zastanowić się, czy możliwe jest korzystanie przez Policję z baz danych, które zostały stworzone przez podmioty zewnętrzne (abstrahując od podmiotów państwowych, które na mocy odrębnych przepisów mają obowiązek współpracowania z Policją i innymi służbami). Kwestia ta wydaje się być niezwykle istotna w kontekście poszanowania prawa do prywatności oraz w kontekście dobrowolności wyrażenia zgody na przetwarzanie takich danych przez podmiot prywatny ze względu na to, że niekiedy może okazać się, że zebrane przez podmioty prywatne dane przetwarzane są niezgodnie z prawem. Gdyby w takim wypadku dopuścić do korzystania z tych danych przez Policję mogłoby okazać się, że jej działania są również nielegalne. Najpierw jednak należy zastanowić się, czy Policja w ogóle może żądać od podmiotów prywatnych wydania takich danych.

Na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy o Policji ma ona możliwość uzyskiwania w różny sposób informacji. Omówiony powyżej art. 20 ust. 2a stanowi pewne zawężenie tego pozyskiwania sprowadzone do samodzielnego uzyskania informacji w drodze pobrania próbki czy próbek[49]. Jednak uzyskiwanie informacji może polegać nie tylko na podejmowaniu własnych działań, które mają na celu samodzielne „pobranie" informacji, ale także na podejmowaniu starań uzyskania danych od innych podmiotów, które są w ich posiadaniu. Wydaje się, że uzyskanie bazy odcisków palców od innego podmiotu należy uznać za czynność wskazaną w art. 20 ust. 2a, gdyż artykuł ten nie zawiera przesłanki samodzielnego pobrania próbki od określonej osoby. Z drugiej strony ustawa o Policji nie zawiera innych szczególnych uregulowań co do korzystania z baz danych podmiotów prywatnych. Oznacza to, że w takiej sytuacji również będzie istniała konieczność spełnienia przesłanek wskazanych w przytoczonym przepisie. W tym kontekście należałoby zastanowić się, czy, biorąc pod uwagę powyższe, baza danych biometrycznych zgromadzonych przez podmiot prywatny np. baza odcisków stworzona przez właściciela siłowni nigdy nie będzie mogła zostać wykorzystana przez funkcjonariuszy Policji.

8. Bazy danych dotyczące osób potencjalnie mogących być sprawcami

Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, gdzie ofiarą przestępstwa jest osoba będąca regularnym użytkownikiem jednego z popularnych obecnie klubów fitness. Gdyby okoliczności czynu wskazywały, że sprawcą może być osoba ćwicząca w tym samym klubie, można by uznać, że zasadne byłoby uzyskanie danych osób będących członkami określonej siłowni. W takiej sytuacji o wiele łatwiej byłoby więc skorzystać z istniejącej już bazy niż pobierać samodzielnie odciski od każdej osoby będącej członkiem klubu. Choć Policja

[49] D. Koczorkiewicz, *Uprawnienie Policji do uzyskania informacji,* Prokurator 2–3 (34–35)/2008, s. 27.

mogłaby skorzystać z istniejącej już bazy, to nie ma szczególnych podstaw prawnych do żądania wydania takiej bazy od podmiotu prywatnego jakim jest właściciel klubu fitness. Czy jednak w takim razie Policja będzie zmuszona skorzystać z art. 192a k.p.k. i samodzielnie pobrać odciski klubowiczów, tym samym dając sprawcy szansę na powzięcie informacji o planowanych działaniach wykrywczych i uniknięcie pozostawienia własnej próbki? Wydaje się, że powołanie się w takiej sytuacji na art. 20 ustawy o Policji byłoby niewystarczające ze względu na enumeratywny krąg podmiotów, co do których Policja może gromadzić takie informacje na podstawie przepisów ustawy o Policji. Względy celowościowe przemawiałyby jednak za przyjęciem takiej możliwości.

O wiele więcej wątpliwości pojawia się w sytuacji, gdy baza odcisków nie została pozyskana w sposób do końca legalny. Na przykład w wypadku grup przestępczych często zdarza się, że ich członkowie ćwiczą w jednym. Bez problemu można sobie wyobrazić sytuację, w której policjant wie bądź przypuszcza, że określone osoby mogą mieć powiązania z daną grupą, ale nie posiada żadnych dowodów, które łączyłyby je z określonymi czynami. W celu uzyskania pewnego tropu korzysta z pomocy osobowego źródła informacji w postaci pracownika siłowni, który za wynagrodzeniem wynosi z siłowni bazę odcisków klientów, do przetwarzania której nie jest uprawniony. Zgodnie z art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych czyn taki będzie stanowił przestępstwo zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności, bądź pozbawienia wolności do lat 3. Natomiast zgodnie z art. 168a k.p.k. nie można dopuścić do postępowania karnego dowodu, który został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania bądź w drodze popełnienia przestępstwa w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków. Przepis ten dotyczy jednak pozyskiwania dowodów, a materiały zebrane do eliminacji osób podejrzanych takich dowodów w rozumieniu k.p.k. nie stanowią. Norma art. 168a k.p.k. w brzmieniu po nowelizacji z 2016 r. ogranicza obowiązujące wcześniej zakazy dowodowe i wprowadza możliwość dopuszczenia do procesu dowodów „pośrednio nielegalnych”[50]. Można więc uznać, że pozyskanie w ten sposób danych służących wyłącznie do wytypowania osób podejrzanych jest potencjalnie możliwe. A ponadto czynności podjęte na podstawie przepisów k.p.k. już po wyeliminowaniu ewentualnych sprawców i określeniu zawężonego kręgu osób podejrzanych będą całkowicie zgodne z prawem i to ekspertyza oparta na tak pobranych próbkach będzie stanowić dowód w sprawie. Możliwe będzie więc wskazanie osoby podejrzanej na mocy pozyskanego w ten sposób śladu daktyloskopijnego, od której później na podstawie art. 308 § 1 k.p.k. w zw. z art. 74 § 3 k.p.k. będzie można pobrać odciski palców.

Pojawia się tutaj jeszcze jeden problem dotyczący szczegółowości pobranych na siłowni odcisków palców. Klasyczna ekspertyza daktyloskopijna polega na badaniu indywidualnych cech śladu zwanych minucjami i badaniu zgodności tych cech pomiędzy dwoma odciskami[51]. W Polsce przyjmuje się, że aby mieć całkowitą pewność co do zgodności porównywanych śladów, musi zaistnieć warunek wystąpienia na śladzie

[50] M. Kurowski, *Komentarz do art. 168a Kodeksu postępowania karnego* [w:] D. Świecki, B. Augustyniak, K.Z. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I,* LEX nr 10254.

[51] A. Czubak, *Ekspertyza daktyloskopijna* [w:] J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2007, s. 80.

minimum 12 cech indywidualnych[52]. Tylko taką opinię można uznać za opinię o charakterze kategorycznym. Z kolei w przykładowym regulaminie klubu fitness można odnaleźć informacje, że system skanowania odcisków wyznacza charakterystyczne punkty linii papilarnych, łączy je liniami i tym sposobem tworzy mapę odcisku palca. Kolejną czynnością systemu jest połączenie członka klubu z określoną mapą odcisku. Tym sposobem realny odcisk palca nie jest zapisywany w systemie, a jedynie jego obraz, co ma na celu uniemożliwienie użycia danych przez inne podmioty, chociażby takie jak Policja[53]. Nie do końca zrozumiałe są jednak zapisy w regulaminach mówiące o natychmiastowym usuwaniu odcisków z baz, przy jednoczesnym pozostawaniu w nich tzw. „obrazów odcisków". Nawet jeśli system zapamiętuje mniej niż wskazane powyżej 12 cech daktyloskopijnych palca, to na pewno ilość tych cech musi pozwolić na indywidualną identyfikację użytkownika siłowni. W przeciwnym razie uzyskanie tych danych nie pozwoliłoby na weryfikację uprawnień użytkownika klubu przy wejściu. Skoro taka identyfikacja jest jednak możliwa to znaczy, że klub musi posiadać bazę odcisków, mniej lub bardziej dokładnie skopiowanych. Tym samym należy uznać, że nawet jeśli takie dane nie pozwoliłyby na stworzenie kategorycznej ekspertyzy daktyloskopijnej, to nie jest to równoznaczne z brakiem możliwości wykorzystania takich danych przez Policję. Jak już wspomniano powyżej, działania przesiewowe nie są działaniami procesowymi a mieszczą się w ramach działań rozpoznawczych Policji. Należałoby więc zaznaczyć, że w związku z tym, że do wstępnej selekcji osób, które potencjalnie mogłyby być sprawcami czynu, nie potrzebne jest kategoryczne stwierdzenie, że dane odciski są zgodne, możliwe jest wykorzystanie śladów zebranych przez siłownie do dokonania takiego trałowania.

Podobnie sytuacja pojawia się w zakładach pracy, gdzie pracodawcy wskazują na brak zapisywania danych daktyloskopijnych pracowników w ewidencji czasu pracy, a jedynie na zapis linii papilarnych na magnetycznych kartach, którymi posługują się pracownicy. Nietrudno dostrzec podobne do powyższych zagrożenia dla pracowników. Zwykle, gdy dochodzi do popełnienia czynu przestępnego w zakładzie pracy bądź na szkodę pracodawcy, przeprowadzane są badania eliminacyjne. Niemniej jednak, skoro pracodawca ewidencjonuje czas pracy za pomocą weryfikacji zgodności linii papilarnych, to muszą istnieć pracownicy, którzy do takiej bazy mają dostęp. Może to budzić pewną pokusę wykorzystania określonych danych. Rozwiązania takie wprowadzane są zwykle w dużych korporacyjnych firmach, gdzie liczba pracowników, pewna anonimowość oraz mocna rywalizacja pomiędzy pracownikami sprzyjają „nieczystym zagrywkom". Gdyby przenieść na ten grunt powyższe rozważania dotyczące wykorzystania nielegalnie pozyskanych danych do odszukiwania sprawców przestępstw przez Policję, można dojść do wniosku, że każdy pracownik, któremu w przeszłości zdarzyło się popełnić jakieś przestępstwo, nawet jeśli obecnie odznacza się nienaganną postawą, żyłby w strachu, że mogą wyjść na jaw niewygodne dla niego zdarzenia z przeszłości. Należy

[52] Ibidem, s. 82.

[53] Regulamin klubu ICON Fitness w Lublinie, http://www.iconfitness.club/wp-content/uploads/2015/09/regulamin_ICON-Fitness.pdf, 21.02.2017.

w tym miejscu zaznaczyć, że nawet przedawnienie karalności nie ochroniłoby go przed zwolnieniem z pracy np. na podstawie utraty zaufania przez pracodawcę.

Z powyższego wynika, że choć Policja nie posiada uprawnień do żądania od podmiotu prywatnego wydania posiadanej bazy danych, to nie stoi to na przeszkodzie wykorzystaniu danych, które się w niej znajdują, a które to Policja uzyskała w sposób nie do końca zgodny z prawem. Może to nastąpić zarówno w przypadku dobrowolnego wydania bazy danych przez administratora (co nie będzie zgodne z zasadą legalności ze względu na konieczność uzyskania zgody na przetwarzanie danych w innym celu niż pierwotny, jeżeli dalsze przetwarzanie narusza prawa i wolności osoby, której dane dotyczą), jak i w drodze „wycieku" danych w inny sposób, czy to z wykorzystaniem pracownika czy np. działań hakerskich. Dane pozyskane w ten sposób Policja będzie mogła wykorzystać do wytypowania węższego kręgu osób, które mogły popełnić przestępstwo, a tym samym do wskazania osób podejrzanych.

9. Realizacja zasady adekwatności w przypadku przetwarzania danych przez podmioty prywatne

Ze względu na konsekwencje związane ze znajdowaniem danych osobowych w bazach danych administrowanych przez podmioty prywatne zasada adekwatności zakresu przetwarzanych danych do celu ich przetwarzania wydaje się nabierać szczególnej wagi. Biorąc pod uwagę fakt, że administrator danych zgodnie ze wskazaną zasadą powinien dokładać szczególnej staranności, aby chronić interesy osób, których dane dotyczą, należałoby uznać, że do weryfikacji uprawnień członka klubu fitness wystarczające byłoby posługiwanie się karnetem na określony czas. Używanie czytników linii papilarnych w takich klubach nie jest więc adekwatne do celu, w jakim dane te są zbierane. Co prawda zwykle w celu identyfikacji członka klubu pobierany jest odcisk tylko jednego palca. Natomiast nawet takie dane stanowią wrażliwe dane osobowe, które powinny być przetwarzane i przechowywane w sposób szczególnie ostrożny, a pobierane wyłącznie, gdy zachodzi taka potrzeba. Ponadto należy zaznaczyć, że nawet dane zebrane przez Policję w przypadku, gdy okażą się nieprzydatne, zostają natychmiastowo zniszczone. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt. 4) Ustawy o ochronie danych administrator danych obowiązany jest przechowywać dane umożliwiające identyfikację osób nie dłużej niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu przetwarzania. W przypadku, gdy cel taki od początku był nieadekwatny, a administrator nie przestrzega określonych w ustawie wymogów, może okazać się, że nawet po korzystaniu z usług siłowni przez np. 1 miesiąc nasze dane pozostaną w jej bazie przez wiele lat.

Skoro wykorzystanie linii papilarnych do weryfikacji tożsamości członka klubu fitness należy uznać za nieadekwatne, to rozważenia wymaga przypadek samoobsługowych klubów fitness. Choć w Polsce trend powstawania klubów samoobsługowych nie jest jeszcze tak popularny jak w Wielkiej Brytanii, to nie trudno odgadnąć, że pokusa ograniczenia kosztów zatrudnienia pracowników szybko przyniesie nam podobne rozwiązania w kraju. Okazuje się, że właściciele klubów coraz częściej wykorzystują odciski palców nie tylko do weryfikacji uprawnień do korzystania z klubu przez członka dla

uniknięcia wymieniania się karnetami, ale także do całkowitego zautomatyzowania obsługi w klubach. Siłownie nie tylko wprowadzają automaty z jedzeniem, napojami, czy ręcznikami. Oferują także całodobowy dostęp do klubu, gdzie wejście weryfikowane jest przy pomocy odcisku palca[54]. Ogranicza to konieczność zatrudnienia licznego personelu i minimalizuje koszty. Oczywiście w razie ewentualnej awarii czy błędów systemu na miejscu znajduje się określony pracownik, czy pracownicy, natomiast ich liczba zostaje znacznie ograniczona.

Wydaje się, że podobnie jak w przypadku zwykłych siłowni, gdzie odcisk palca ma na celu „przyspieszenie kolejki" do wejścia, gromadzenie takich danych nie jest uzasadnione. We wprowadzeniu takiego rozwiązania tak naprawdę chodzi o zabezpieczenie interesu majątkowego administratora danych, podczas gdy ten powinien przede wszystkim kierować się dobrem i interesem osób, których dane zawarte są w określonej bazie danych. Ponadto takie rozwiązania godzą w zasadę konieczności uzyskania dobrowolnej zgody na przetwarzanie danych. Chociaż klient ma możliwość wyboru innego klubu, to wybór ten często ma charakter iluzoryczny ze względu na wspomniany już wyżej fakt masowego wprowadzania technologii skanujących odciski do większych klubów. Jeśli więc dana osoba chciałaby zapisać się do klubu oferującego szeroką ofertę dodatkowych zajęć, posiadającego różnorodny sprzęt do ćwiczeń, to *de facto* musi zaakceptować konieczność pozostawienia swojego odcisku.

Podobna sytuacja do powyższej ma miejsce w przypadku wykorzystywania danych biometrycznych przez pracodawcę w ewidencjonowaniu czasu pracy pracowników. Również chodzi tutaj o interes majątkowy pracodawcy, z pominięciem interesu pracownika, którego dane mają być przetwarzane. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2011 r. o sygn. I OSK 1476/10[55] uznano, że wykorzystanie danych biometrycznych do kontroli czasu pracy pracowników jest nieproporcjonalne do zamierzonego celu ich przetwarzania. Orzecznictwo skłania się również ku tezie głoszącej, że nie ma tutaj znaczenia sam proces zapisu danych biometrycznych. W wyroku o sygn. II SA/Wa 719/11 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zaznaczył, że nawet w wypadku, gdzie zapis charakterystycznych dla linii papilarnych punktów dokonywany jest na karcie mikroskopowej, a więc *de facto* nie jest wprowadzany bezpośrednio do systemu rejestrującego czas pracy, sam proces zapisu nie jest istotny dla określenia legalności bądź jej braku w przetwarzaniu danych[56].

Ponadto należy pamiętać, że Kodeks pracy w art. 221. zawiera szczególne unormowanie określające w sposób enumeratywny dane osobowe, których pracodawca może żądać od kandydata na pracownika i pracownika, na co wskazywano już uprzednio. Jako że w sytuacji próby uzyskania przez pracodawcę zgody na przetwarzanie danych osobowych pracownika innych niż wskazane w określonym artykule pracodawca wykorzystuje swoją nadrzędność nad pracownikiem, przetwarzanie takich danych zgodnie ze stanowiskiem GIODO jest niedopuszczalne.

[54] T. Dunia, *Siłownia umysłowa, czyli używaj swoich odcisków palców z głową*, https://www.tabletowo.pl/2015/05/31/silownia-umyslowa-czyli-uzywaj-swoich-odciskow-palcow-z-glowa/, 21.02.2017.

[55] Wyrok NSA w Warszawie z dnia 06 września 2011 r., sygn. I OSK 1476/10, LEX nr 965912.

[56] Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. II SA/Wa 719/1, LEX nr 994017.

6. W ramach podsumowania

Powyższe rozważania mają charakter teoretyczny i wskazują na sytuacje mało prawdopodobne. Jednak należy zaznaczyć, że prywatne podmioty administrujące znaczącymi, obszernymi bazami danych w ogóle nie przywiązują wagi do obowiązujących w zakresie przetwarzania danych osobowych wymogów wskazanych w ustawie o ochronie danych osobowych i w Konstytucji RP. Tym samym na co dzień mamy do czynienia z łamaniem podstawowych zasad regulujących tę kwestię oraz jednocześnie z łamaniem fundamentalnego prawa do prywatności. Na uwagę zasługuje fakt, że stosunkowo niewielka zmiana stanu prawnego może doprowadzić do uzyskania przez Policję i inne służby dostępu do baz danych administrowanych przez podmioty prywatne, którym bez zastanowienia pozostawiamy nasze dane osobowe, w tym niezmienne dane biometryczne. Tendencja do rozszerzania baz policyjnych prowadzi do ograniczenia prawa do prywatności na rzecz wykrywania sprawców i zapobiegania popełnianiu przestępstw. Być może wprowadzenie rozwiązania dającego możliwość domagania się przez odpowiednie służby wglądu do prywatnych baz danych pozwoliłoby na nieco bardziej przemyślane i rozważne pozostawianie swoich danych przez Polaków w obawie przed znalezieniem się w bazie policyjnej. Z całą pewnością należałoby zastanowić się nad możliwością wykorzystania baz już istniejących w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki z art. 192a k.p.k. dla zachowania ekonomii procesowej oraz ewentualnego uniknięcia ukrycia się lub ucieczki sprawcy.

* * *

Application of Right to Privacy in the Processing of Personal Data. The Problem of Obtaining Databases Created by Private Entities by the Police

This article aims to discuss the dissemination of the use of biometric data in the technologies used on a daily basis in places such as fitness clubs or workplaces. The article also presents certain dangers associated with the creation by private entity databases containing fingerprints. The author first points to the basic principles of database creation and processing of personal data, for example the principle of expediency, adequacy, or free transfer of data, taking into account the constitutional right to privacy. Then presents the legally permissible cases of collection of personal data by the police and reflects on the possibility of use by police data stored in databases created by private operators. The article shows certain dangers for privacy connected with the possibility of the use by the police such databases and to consider the application of technological solutions using biometric data, taking into account the consequences of the processing of such data.

Key words: biometrics data, private databases, right to privacy, fingerprints, processing data, Police

Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/5
ISSN 1689–9601

Agnieszka Podemska[1]

Rozważania na temat funkcjonowania straży gminnych w Polsce

Streszczenie:

Od wielu lat toczy się dyskusja na temat działania straży gminnych w Polsce, w tym przede wszystkim zadań tej formacji oraz przyznawanych jej uprawnień. Na skutek kolejnych nowelizacji straże gminne wyposażane są w nowe kompetencje, co powoduje szereg problemów praktycznych. Konieczne jawi się kontynuowanie debaty nad kwestią prawidłowości działań straży gminnych w Polsce, a także potrzebą ich dalszego funkcjonowania. Wydaje się, iż kwestia utrzymania dotychczasowego modelu straży jako instytucji dbającej o spokój i porządek publiczny w społecznościach lokalnych albo likwidacji tej formacji samorządowej powinna być rozstrzygana z uwzględnieniem liczebności społeczności, w której miałaby ona funkcjonować. Negatywnie należy ocenić propozycje dalszego poszerzania kompetencji strażników gminnych. Analiza praktyki unaoczniła, iż poważnym błędem ustawodawcy było powierzenie tej formacji kontroli ruchu drogowego za pomocą obsługi urządzeń rejestrujących, tzw. fotoradarów. W przypadku podjęcia decyzji o reformie straży gminnych w Polsce większy nacisk powinien zostać położony na aspekt kształcenia kadr, potrzebę lepszego diagnozowania problemów lokalnej społeczności i aktywniejsze działanie na jej rzecz, w czym pomocne może być propagowanie programu „strażnika rejonowego".

Słowa kluczowe: straże gminne, zadania i kompetencje straży gminnych, fotoradary, podnoszenie kwalifikacji

[1] Doktorantka w Katedrze Kryminalistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka aplikacji sędziowskiej w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury.

1. Wprowadzenie

Pomysł powołania swego rodzaju policji lokalnej narodził się w Polsce już na początku XX wieku. W dniu 9 stycznia 1919 roku Naczelnik Państwa Józef Piłsudski wydał dekret o organizacji policji komunalnej, co stanowiło przejaw koncepcji uczynienia władz samorządu współodpowiedzialnymi za utrzymanie ładu i porządku. Podstawy do funkcjonowania współczesnych straży gminnych zostały utworzone w 1990 roku. Wówczas powołano do życia samorządy terytorialne, a jednym z obowiązków tych jednostek stało się zapewnienie bezpieczeństwa obywatelom[2]. Tego typu samorządowe formacje mogły być od samego początku tworzone tylko na szczeblu gminnym. Zadanie dotyczące utrzymywania porządku publicznego zostało powierzone gminom na mocy art. 7 ust. 1 pkt. 14 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz.U. 1990 nr 16 poz. 95 z późn. zm.). Cały rozdział 4 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 roku (Dz.U. 1990 nr 30 poz. 179) dotyczył problematyki tworzenia i funkcjonowaniu straży. Obecnie działalność straży gminnych jest uregulowana w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 roku o strażach gminnych (Dz.U. 1997 nr 123 poz. 779 z późn. zm.). Przepisy te były dotychczas kilkukrotnie nowelizowane. Ustawą z dnia 12 czerwca 2003 roku (Dz.U. nr 130 poz. 1190) m.in. rozszerzono zakres uprawnień strażników gminnych o dokonywanie czynności wyjaśniających, kierowanie wniosków o ukaranie do sądu, oskarżanie przed sądem i wnoszenie środków odwoławczych (w trybie i zakresie określonym przez Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia), usuwanie pojazdów i ich unieruchamianie przez blokowanie kół (w przypadkach, zakresie i trybie określonych w przepisach o ruchu drogowym), obserwowanie i rejestrowanie przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych (monitoring). Ustawą z dnia 24 grudnia 2009 roku (Dz.U. 2009 nr 97 poz. 803) m.in. upoważniono strażników gminnych do dokonywania kontroli osobistej, przeglądania zawartości podręcznych bagaży osoby w przypadku istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego pod groźbą kary, w związku z wykonywaniem czynności ujęcia osoby stwarzającej w sposób oczywisty bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego lub mienia, a także w przypadku doprowadzania osoby nietrzeźwej do izby wytrzeźwień lub miejsca jej zamieszkania, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że osoba wobec której te czynności są podejmowane, posiada przy sobie niebezpieczne przedmioty dla życia lub zdrowia ludzkiego. Na skutek wprowadzanych nowelizacji strażom gminnym systematycznie przyznawane są nowe kompetencje, co często spotyka się z negatywną reakcją społeczeństwa. Od wielu lat toczy się dyskusja na temat działania straży gminnych w Polsce, w tym przede wszystkim jej zadań i nadawanych uprawnień. Pojawiają się głosy postulujące ograniczenie kompetencji straży, a nawet ich likwidację. Podnosi się, że w niektórych państwach europejskich występuje wyłącznie policja państwowa, a także, że straże gminne nie spełniły swojej funkcji w wielu miastach w Polsce – w ostatnich latach zlikwidowano je bowiem m.in. w Chrzanowie, Libiążu, Łagowie, Łazach, Pionkach, Redzie, Stalowej Woli, Strzegomiu, Szczyrku, Trzebini,

[2] Szerzej na ten temat R. Rojtek, *Organizacja i zadania straży gminnych (miejskich)* [w:] *Straże gminne (miejskie). Zasady ogólne działania. Poradnik*, Kraków – Tarnobrzeg 2010, s. 9–27.

Zakroczymiu i Żorach[3]. Jeden z poglądów zakłada utrzymanie dotychczasowego modelu straży jako instytucji dbającej o spokój i porządek publiczny w społecznościach lokalnych. Swoich zwolenników ma także idea popularyzacji i upowszechniania funkcjonowania straży miejskich[4]. Należy jednak zauważyć, że nawet wśród osób opowiadających się za potrzebą istnienia straży miejskich w Polsce brak jest wypracowanej, spójnej koncepcji kierunku ich rozwoju. Niniejszy artykuł stanowi próbę znalezienia odpowiedzi, czy aktualnie straże gminne działają w sposób prawidłowy, jak również, czy istnieje potrzeba ich dalszego funkcjonowania.

2. Uwagi na temat funkcjonowania straży gminnych

W pierwszej kolejności należy podnieść, że uprawnienia straż gminnych są w większości powieleniem części uprawnień przyznanych funkcjonariuszom Policji. Do zadań straży należy w szczególności ochrona spokoju i porządku w miejscach publicznych, czuwanie nad porządkiem i kontrola ruchu drogowego – w zakresie określonym w przepisach o ruchu drogowym, kontrola publicznego transportu zbiorowego – w zakresie określonym w art. 45 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. 2015 poz. 1440, 1753, 1890 i 1893). Formacje te nie wykonują czynności dochodzeniowo-śledczych i operacyjno-rozpoznawczych. Straże gminne mają uprawnienia do podejmowania czynności związanych jedynie z wykrywaniem i ściganiem sprawców wykroczeń, których ściganie należy do ich kompetencji[5]. Jeżeli straż gminna ujawniła w toku prowadzonych przez siebie czynności wykroczenie albo przestępstwo będące poza zakresem jej działania, zobowiązana jest do zawiadomienia Policji. Konieczne jest podkreślenie, że straż gminna nie może wówczas samodzielnie zabezpieczać dowodów. Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt. 4 ustawy o strażach gminnych ma ona za zadanie zabezpieczyć jedynie miejsce przestępstwa przed dostępem osób postronnych lub zniszczeniem śladów i dowodów, do momentu przybycia właściwych służb, a także ustalenie, w miarę możliwości, świadków zdarzenia. Należy zauważyć, że strażnicy gminni nie mogą pobierać odcisków linii papilarnych lub wymazu ze śluzówki policzków w trybie i przypadkach określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego oraz ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. 2014 poz. 24 oraz Dz.U. 2015 poz. 369) w celu identyfikacji osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, jeżeli ustalenie tożsamości w inny sposób nie jest możliwe, za ich zgodą – w celu identyfikacji osób zaginionych lub zwłok ludzkich o nieustalonej tożsamości. Strażnicy gminni nie

[3] Za A. Szymański, *Geneza i zadania straży gminnych. Ujęcie historyczno – prawne* [w:] *Straż gminna jako organ kontroli ruchu drogowego,* red. A. Mezglewski, Lublin 2014, s. 30.

[4] Tak m.in. Artur Hołubiczko – Prefekt Krajowej Rady Komendantów Straży Miejskich i Gminnych, za W. Krupiarz, *Perspektywy rozwoju straży miejskich i gminnych w Polsce u progu dwudziestopięciolecia ich funkcjonowania* [w:] *Wbrew stereotypom. Normatywny i społeczny wizerunek straży miejskich w Polsce,* red. J. Czapska, M. Szafrańska, Toruń 2011, s. 81–82.

[5] K. Dąbkiewicz, *Uprawnienia oskarżycielskie straży gminnych a wykroczenie z art. 65 § 2 k.w.*, Przegląd Sądowy 2011, nr 1, s. 109–115.

mają także prawa przeszukiwania osób i pomieszczeń w trybie i przypadkach określonych w przepisach k.p.k. oraz k.p.w.[6] Koronnym argumentem wielu zwolenników likwidacji straży gminnych w Polsce jest właśnie brak sensu istnienia formacji dublującej zadania Policji, nieposiadającej jednocześnie odpowiednich kompetencji do działania. Należy jednak zauważyć, że w małych miejscowościach, w których problem poważnej przestępczości jest co do zasady niewielki, Policja może skoncentrować swoje działania na ściganiu drobnych wykroczeń. Trudno jednak wyobrazić sobie, by w dużych miastach funkcjonariusze Policji mogli poświęcić odpowiednią ilość czasu na podejmowanie działań zwalczających drobne naruszenia porządku. Ryzyko konkurencyjności w podejmowaniu działań Policji i straży gminnych może pojawiać się stosunkowo często. Wypracowanie wspólnej płaszczyzny działania pomiędzy tymi służbami wydaje się więc bardzo istotne[7]. Relacje obu podmiotów uregulowane są w przepisach ustawy o strażach gminnych (art. 9 ust. 5), a także rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 18 grudnia 2009 roku w sprawie form współpracy straży gminnej (miejskiej) z Policją oraz sposobu informowania wojewody o tej współpracy (Dz.U. nr 220 poz. 1732). Rozstrzyganie pojawiających się konfliktów zależeć jednak będzie od woli współpracy obu podmiotów. W wielu miastach zawierane są umowy ustalające zakres i formy współdziałania Policji i straży gminnych. W ramach tej współpracy odbywają się wzajemne, bieżące konsultacje w zakresie planowania wspólnych działań, a także ustalenia w kwestii wspólnych patroli obu służb. Wśród wspólnie pracujących strażników i policjantów można co prawda zauważyć takie negatywne zjawiska jak wzajemna nieufność czy lekceważenie strażników przez funkcjonariuszy Policji. Dostrzega się jednak bardzo wiele pozytywów: łączenie doświadczeń, znajomości terenu i innej wiedzy zawodowej, wypracowanie wrażliwości w zakresie represjonowania wykroczeń (najwięcej wykroczeń ujawniały te osoby, które najczęściej uczestniczyły we wspólnej służbie straży i Policji)[8]. Wspólne działanie powinno być skoncentrowane na optymalnym wykorzystaniu sił i środków obu formacji[9].

Wydaje się, iż straże gminne nadmiernie koncentrują się na ujawnianiu wykroczeń komunikacyjnych. W niektórych miejscach w Polsce stanowiły one aż od 75% do ponad 96% wszystkich ujawnionych wykroczeń[10]. W związku z powyższym najwięcej kontrowersji budziły uprawnienia straży gminnej właśnie w dziedzinie ruchu drogowego. Aktywność prewencyjna i represyjna niektórych straży gminnych niemal

[6] E. Gruza, D. Żebrowska, *Straż gminna (miejska). Komentarz do przepisów*, Toruń 1996, s. 68–69.

[7] J. Świniarski, K. Łagoda, *Współpraca policji prewencji ze strażami miejskimi* [w:] *Straże Miejskie w systemie organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i porządek publiczny,* red. J. Liszewski, Szczytno 1996, s. 87.

[8] I.T. Dziubek, *Dzielnicowy Policji a rewirowy straży gminnej (miejskiej) – studium praktyczne* [w:] *Straże gminne (miejskie)…*, s. 59.

[9] G. Stanejko, *Współpraca Policji ze strażami miejskimi w świetle praktyki i obowiązujących przepisów prawa. Wybrane zagadnienia* [w:] *Straże Miejskie w systemie…*, s. 42.

[10] Sprawozdanie z działalności Straży Miejskiej m.st. Warszawy za 2015 r., online, http://www.strazmiejska.waw.pl/images3/Sprawozdanie_z_dzia%C5%82alno%C5%9Bci_Stra%C5%BCy_Miejskiej_m.st._Warszawy.pdf.

w całości skupiała się na obsłudze urządzeń rejestrujących, tzw. fotoradarów[11]. Przepisy nadające strażnikom gminnym uprawnienia do dokonywania kontroli drogowej w stosunku do kierujących pojazdami zostały wprowadzone ustawą z dnia 11 maja 2007 roku o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. nr 123 poz. 845). Już wówczas wskazywano w doktrynie na wątpliwości związane ze stosowaniem tych przepisów[12]. Następnie ustawą z dnia 29 października 2010 roku o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2010 nr 225 poz. 1466) doszło do nowelizacji tych przepisów. Pojawił się w związku z tym szereg problemów interpretacyjnych. Najbardziej kontrowersyjnym zagadnieniem było m.in. za pomocą których urządzeń rejestrujących straż gminna może dokonywać czynności z zakresu kontroli ruchu drogowego. W postanowieniu z dnia 3 grudnia 2013 roku (sygn. akt V KK 298/13) Sąd Najwyższy stwierdził, że strażnicy gminni w ramach kontroli ruchu drogowego są także uprawnieni do korzystania ze stacjonarnych urządzeń rejestrujących. Z takim orzeczeniem Sądu Najwyższego nie sposób się było jednak zgodzić. Należy uznać, że prawidłowa wykładnia Prawa o ruchu drogowym, w tym w szczególności art. 129b ust. 3 i 4, musiała prowadzić do konkluzji, że straże gminne nie były uprawnione do wykonywania czynności z zakresu kontroli ruchu drogowego z wykorzystaniem stacjonarnych urządzeń rejestrujących[13]. Analiza uregulowań dotyczących problematyki kontroli ruchu drogowego przez straż gminną prowadzi do wniosku, że ustawodawca przyznał tej formacji jedynie ograniczone kompetencje. Niedopuszczalna więc była wykładania rozszerzająca, przepisy regulujące zakres tych uprawnień powinny być interpretowane w sposób ścisły. Strażnicy gminni mogli dokonywać na drogach gminnych, powiatowych i wojewódzkich oraz drogach krajowych w obszarze zabudowanym, z wyłączeniem autostrad i dróg ekspresowych, czynności z zakresu kontroli ruchu drogowego jedynie z użyciem przenośnych albo zainstalowanych w pojeździe urządzeń rejestrujących w oznakowanym miejscu i określonym czasie, uzgodnionymi z właściwym miejscowo komendantem powiatowym (miejskim) lub Komendantem Stołecznym Policji. Strażnicy gminni przekraczając swoje uprawnienia dokonywali jednak pomiarów za pomocą urządzeń stacjonarnych, a następnie nakładali mandaty karne albo kierowali wnioski o ukaranie do sądu. Działania te spotkały się z negatywną reakcją społeczną, spowodowały wzrost nieufności, a nawet wrogości wobec tej formacji. Ustawą z dnia 24 lipca 2015 roku o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy o strażach gminnych (Dz.U. poz. 1335), która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2016 roku odebrano strażom gminnym prawo do rejestrowania wykroczeń drogowych za pomocą urządzeń samoczynnie ujawniających i rejestrujących naruszenia przepisów ruchu drogowego. Zmianę tę należy ocenić pozytywnie. Trzeba podkreślić, że szkodliwe są wszelkie doraźne zmiany w prawie, co też dobitnie pokazał przykład przyznania

[11] Raport Najwyższej Izby Kontroli z 2014 roku o bezpieczeństwie na drogach, online https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-bezpieczenstwie-na-drogach.html.

[12] N. Banaszak, *Fotoradary straży gminnych a państwo prawa*, LEX 2007.

[13] Tak też A. Mezglewski, *Uprawnienie straży gminnych do ujawniania naruszeń przy użyciu urządzeń rejestrujących* [w:] *Straż gminna jako organ kontroli ruchu drogowego,* red. A. Mezglewski, Lublin 2014, s. 162.

strażom gminnym kompetencji do kontroli ruchu drogowego za pomocą urządzeń rejestrujących bez całościowej koncepcji roli tej formacji w systemie[14]. Jednym z najbardziej problematycznych zagadnień są również kompetencje straży gminnych w zakresie ścigania sprawców wykroczeń z art. 96 § 3 k.w. Zgodnie z treścią tego przepisu karze grzywny podlega ten, kto wbrew obowiązkowi nie wskaże na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie. Wykroczenie to zostało wprowadzone do Kodeksu wykroczeń na skutek nowelizacji tej ustawy z dnia 29 października 2010 roku o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym i niektórych innych ustaw. Powyżej wskazany obowiązek wynika z art. 78 ust. 4 p.r.d. Przepis ten stanowi, że właściciel lub posiadacz pojazdu jest obowiązany wskazać na żądanie uprawnionego organu, komu powierzył pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie, chyba że pojazd został użyty wbrew jego woli i wiedzy przez nieznaną osobę, czemu nie mógł zapobiec. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 17 listopada 2003 roku straże są uprawnione do nakładania mandatów za wymienione wyżej wykroczenie. Należy stanąć na stanowisku, że w sytuacji, gdy odmówiono przyjęcia takiego mandatu, straż gminna nie może wystąpić do sądu o ukaranie za powyższe wykroczenie, uprawnienie takie przysługuje zaś Policji. Nie zasługuje na aprobatę pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 30 września 2014 roku (I KZP 16/14), której nadano moc zasady prawnej[15]. W ocenie Sądu Najwyższego na podstawie przepisu art. 17 § 3 k.p.w. straży gminnej przysługują uprawnienia oskarżyciela publicznego w sprawach o wykroczenia z art. 96 § 3 k.w. Należy jednak zauważyć, że zakres, w jakim art. 17 § 3 k.p.w. uprawnia straż gminną do pełnienia roli oskarżyciela publicznego, jest szerszy od zakresu jej zadań, czyli zakresu, w jakim ma prawo wykonywać kontrolę ruchu drogowego. Zgodnie bowiem z art. 129b ust. 2 p.r.d. strażnicy gminni są uprawnieni do wykonywania kontroli ruchu drogowego wobec kierującego pojazdem niestosującego się do zakazu ruchu w obu kierunkach określonego odpowiednim znakiem drogowym, a także uczestnika ruchu naruszającego przepisy o zatrzymaniu lub postoju pojazdów, ruchu motorowerów, rowerów, wózków rowerowych, pojazdów zaprzęgowych oraz o jeździe wierzchem lub pędzeniu zwierząt, ruchu pieszych. Właściciel lub posiadacz pojazdu, którzy powierzyli pojazd do kierowania lub używania w oznaczonym czasie nie mieszczą się w zakresie kontroli, której może dokonywać straż miejska, ani w sensie podmiotowym, ani przedmiotowym[16]. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu stanął *de facto* na stanowisku, że straż gminna ma prawo ścigać wykroczenia przeciwko ruchowi drogowemu w zakresie szerszym niż przyznane tej formacji zadania.

Zaakcentowania wymaga także, że straże gminne często nie przestrzegają procedur dokumentujących swoje działania, bądź w ogóle nie sporządzają takiej dokumentacji. W notatkach często brak jest zapisów dotyczących sposobów zakończenia interwencji.

[14] A. Światłowski, *Procesowa problematyka uprawnień straży gminnych (miejskich)* [w:] *Wbrew stereotypom…*, s. 129.

[15] Tak też M. Rusinek, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 września 2014 r.*, I KZP 16/14, LEX 2015.

[16] Szerzej na ten temat A. Tunia, *Kompetencje straży gminnych w zakresie ścigania sprawców wykroczeń z art. 96 § 3 KW* [w:] *Straż gminna…*, s. 47–60.

Nierzadko wpisy nie zawierają podstawy prawnej i faktycznej podejmowanych interwencji. Rodzaj i numer dokumentu tożsamości zapisywany bywa jedynie w przypadku ukarania mandatem karnym. Strażnicy nie odnotowują jednak numeru wydanego mandatu oraz jego wysokości. Zdarza się także, że niektórzy ze strażników nie mają aktualnych upoważnień do kontroli ruchu drogowego i nakładania grzywien w drodze mandatu karnego lub posiadają takie upoważnienia, ale bez daty ich wydania[17]. Upoważnienie do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego wydaje strażnikom, na imienny wniosek komendanta straży gminnej, właściwy wójt (burmistrz, prezydent miasta)[18]. Takie upoważnienie powinno zawierać oznaczenie organu wydającego upoważnienie, datę wydania i termin ważności, podstawę prawną jego wydania, imię, nazwisko i stanowisko służbowe upoważnionego strażnika, numer znaku identyfikacyjnego, określenie wykroczeń, za które strażnik jest uprawniony do nakładania grzywien w drodze mandatu karnego oraz obszaru, na którym upoważnienie jest ważne. Upoważnienie powinno być podpisane przez organ, który je wydał oraz opatrzone odciskiem pieczęci urzędowej. W tym kontekście pojawia się konieczność rozważenia sytuacji wydania mandatu karnego przez strażnika gminnego, który nie posiada ważnego upoważnienia do podjęcia takiej czynności. Należy przyjąć, iż pomimo tego że wydanie mandatu karnego przez osobę nieuprawnioną stanowi poważne naruszenie proceduralne, to nie stanowi podstawy do uchylenia mandatu. Obecnie w art. 101 k.p.w. przewidziano jako podstawę uchylenia mandatu karnego sytuacje, w których grzywnę nałożono za czyn niebędący czynem zabronionym jako wykroczenie, gdy grzywnę nałożono na osobę, która popełniła czyn zabroniony przed ukończeniem 17 lat, gdy ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia wykroczenia z przyczyn, o których mowa w art 15–17 k.w., jeżeli grzywnę nałożono wbrew zakazom określonym w art. 96 k.p.w. albo nałożono ją w wysokości wyższej niż wynika to z art. 96 k.p.w., jeżeli Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub z ustawą przepisu prawnego, na podstawie którego została nałożona grzywna tym mandatem lub gdy potrzeba taka wynika z rozstrzygnięcia organu międzynarodowego działającego na mocy umowy międzynarodowej ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską. Taki kształt regulacji rodzi pytania o zgodność z konstytucyjną zasadą równości. Rażące uchybienia sądowego postępowania w sprawach o wykroczenia stanowią podstawę do złożenia zwyczajnych i nadzwyczajnych środków odwoławczych. Jednocześnie wystąpienie tego samego rodzaju uchybień – w tym m.in. wydanie mandatu przez osobę nieuprawnioną nie daje podstawy do uchylenia prawomocnego mandatu karnego. W doktrynie pojawiają się głosy, że próbą reakcji na te uchybienia organu mandatowego, które nie dają obecnie podstaw do uchylenia prawomocnego mandatu może być postępowanie nadzorcze sprawowane przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych[19]. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym uznano jednak, że organ nadzoru jest uprawniony jedynie do stosowania takich środków, które są wyraźnie

[17] A. Łyżwa, *Nadzór Policji nad strażami gminnymi (miejskimi)* [w:] *Straż gminna…*, s. 130–131.

[18] Szerzej o upoważnieniach strażników gminnych W. Wasilewski, *Postępowanie mandatowe* [w:] *Straże gminne (miejskie)…*, s. 89–90.

[19] W. Kotowski, *Straże gminne. Komentarz*, LEX 2014.

przyznane w ustawie oraz mieszczą się w pojęciu nadzoru. Zgodnie z przyjętą linią orzeczniczą[20] kompetencję do uchylenia prawomocnego mandatu posiada jedynie właściwy sąd, nie zaś organ nadzorczy. Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem M. Dąbkiewicza, że przyjęcie odmiennego rozumowania prowadziłoby do naruszenia zasady podziału kompetencji organów władzy publicznej, a w konsekwencji mogłoby naruszać zasadę legalizmu[21]. Należy więc postulować, by ustawodawca rozważył rozszerzenie przesłanek uchylenia prawomocnego mandatu karnego celem zapewnienia realizacji zasady równości w postępowaniu mandatowym.

Analizując uchybienia występujące w działaniu straży gminnych należy także zwrócić uwagę na przypadki nakładania przez strażników grzywien w drodze mandatu karnego już po upływie ustawowego terminu na zastosowanie postępowania mandatowego. Odnotowywano również przypadki nakładania grzywien w drodze mandatów karnych kredytowanych[22] po uprzedniej odmowie przyjęcia mandatu. Mają również miejsce sytuacje, w których strażnicy gminni uzyskują dowód w sposób niezgodny z prawem w celu wykorzystania go w postępowaniu zmierzającym do ukarania sprawcy wykroczenia. Należy jednak przyjąć, że nie oznacza to automatycznie, iż straż gminna traci wówczas uprawnienie do kierowania wniosków o ukaranie do sądu, nie występuje wtedy negatywna przesłanka postępowania. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 16 stycznia 2008 roku (sygn. akt II AKo 8/08) prawidłowo przyjął, że ten aspekt sposobu gromadzenia materiału dowodowego przez straż miejską winien mieć w polu widzenia sąd orzekający stosownie do zasady swobodnej oceny całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz reguły rzetelnego procesu wynikającej z orzecznictwa europejskiego[23]. Istotnym problemem jest także kwestia nieczęstego korzystania przez straże gminne z przysługującym im środków zaskarżenia. Nawet w sprawach skomplikowanych i niejednoznacznych nie decydują się oni na wniesienie środka odwoławczego[24]. Na aprobatę nie zasługują działania organów nadzorczych nad strażami miejskimi – prezydentów i burmistrzów miast. Niejednokrotnie zlecali oni strażnikom miejskim zadania wykraczające poza ochronę porządku publicznego określonego ustawą o strażach gminnych. Mają więc miejsce sytuacje, w których strażnicy gminni podejmują działania należące do kompetencji innych organów. Dodatkowe zadania zlecane przez prezydentów miast dotyczyły m.in. ewidencjonowania i egzekwowania należności gmin z tytułu grzywien nałożonych mandatami, opieki i wyłapywania bezpańskich psów, a także pobierania opłat targowych[25].

---

[20] Wyrok NSA z 30 sierpnia 2011 r., II GSK 811/2010, Lexis.pl nr 2619710 oraz wyrok SA w Białymstoku z 19 czerwca 2008 r., II SA/Bk 182/08, SIP nr 522539.

[21] K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, LexisNexis 2014.

[22] O rodzajach mandatów traktuje T. Fijałkowski, *Straż gminna – miejska. Vademecum*, Warszawa 2011, s. 14–15.

[23] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 stycznia 2008 roku, II AKo 8/08, KZS 2008/7–8/112.

[24] A. Światłowski, op.cit., s. 127.

[25] Informacja Najwyższej Izby Kontroli o wynikach kontroli funkcjonowania straży gminnych (miejskich), Szczecin 2011, s. 22–23.

Istotne znaczenie wydaje się mieć kwestia społecznego zaufania do straży gminnej. Zdarza się, że strażnicy gminni przekraczają swoje uprawnienia, nie dopełniają swoich obowiązków, stosują środki przymusu bezpośredniego nieadekwatne do okoliczności. Przykładem takich zachowań są działania strażników miejskich wobec 20-latka w Szczecinku w październiku 2014 roku. Sąd Rejonowy w Szczecinku orzekł karę dwóch lat pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby dla strażnika miejskiego, który przekroczył swoje uprawnienia i między innymi użył gazu łzawiącego. Wobec mężczyzny orzeczono także 8-letni zakaz wykonywania zawodu, został on dyscyplinarnie zwolniony. Oczywiście nie można na podstawie jednostkowych zdarzeń przesądzać o tym, że działania wszystkich straży gminnych powinny być oceniane negatywnie. Niemniej jednak nie można pomijać faktu, że takie bezprawne działania strażników miejskich przyczyniają się do budowania negatywnej opinii na temat tej służby. W przeciwieństwie do straży miejskiej duże poważanie społeczne posiada Policja. Z badań CBOS z 2013 roku wynika, że zasadniczo zawód policjanta cieszy się dużym poważaniem społecznym – tak odpowiedziało aż 53% respondentów[26]. Tylko 10% ankietowanych określiło prestiż zawodu policjanta jako mały. Interesujące są również wyniki badań przeprowadzonych przez Z. Dymińską i M. Ostrowską[27]. Tylko 3,1% ankietowanych strażników miejskich odpowiedziało, że wykonywany przez nich zawód jest poważany i szanowany w społeczeństwie. Blisko 58% badanych strażników miejskich doświadczyło w trakcie służby wyśmiewania się z wykonywanego przez siebie zawodu. Co więcej, prawie 59% strażników miejskich stwierdziło, że zmieniłoby pracę, gdyby tylko miało taką możliwość. Jako okoliczności przemawiające za zmianą miejsca pracy respondenci wskazywali: brak akceptacji społecznej, nieprzychylność mediów, monotonię pracy, duże wymagania i konsekwencje, ryzyko nieadekwatne do wynagrodzenia, niskie zarobki, brak możliwości awansu. Wskazywano na chęć służenia w innych służbach mundurowych, w tym w Policji. Wydaje się jednak, że negatywne opinie na temat straży gminnych wynikają bardzo często z niewiedzy społeczeństwa na temat zadań i funkcji tej formacji. Badania przeprowadzone w Krakowie w 2009 roku pokazały, że aż 75% ankietowanych wyrażających niezadowolenie z działania straży miejskiej nie wiedziało jakie są kompetencje tej formacji[28]. Dlatego też tak istotne znaczenie ma potrzeba organizowania kampanii informacyjnych, w których przekazywana będzie wiedza co do zadań straży i możliwości realizacji stawianych przed nią celów. Pozwoli to społeczeństwu na odróżnianie uprawnień funkcjonariuszy Policji od uprawnień strażników miejskich. Należy mieć na uwadze, że to właśnie straż gminna może odgrywać bardzo istotną rolę w ograniczaniu zjawiska strachu przed przestępczością (*fear of crime*) wśród obywateli[29]. Bowiem

[26] http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_164_13.PDF.

[27] M. Ostrowska, Z. Dymińska, *Poczucie bezpieczeństwa wśród służb mundurowych na przykładzie Policji, Państwowej Straży Pożarnej oraz Straży Miejskiej*, Kraków 2014, s. 196–197.

[28] J. Kwinta-Odrzywołek, J. Skrzyńska, H. Uhl, *Badanie opinii mieszkańców na temat Straży Miejskiej Miasta Krakowa – raport z badań* [w:] *Wbrew stereotypom…*, s. 270.

[29] M. Szafrańska, *Rola straży gminnych (miejskich) w ograniczaniu strachu przed przestępczością wśród obywateli* [w:] *Wbrew stereotypom…*, s. 200.

to właśnie wykroczenia oraz drobne naruszenia porządku publicznego najbardziej przyczyniają się do wzrostu społecznych obaw przed przestępczością. Powinien także zostać rozpowszechniony „Program strażnika rejonowego", który zakłada jednoosobową, imienną odpowiedzialność strażnika miejskiego za przydzielony mu rejon. Prowadzi to do zwiększenia bezpośrednich kontaktów z mieszkańcami miasta, lepsze diagnozowanie występujących na danym terenie problemów i ich eliminację, a także podejmowanie inicjatyw wespół ze społecznością lokalną. Truizmem jest stwierdzenie, że postawa strażników gminnych, ich chęć zdobywania wiedzy, w tym potrzebnej w praktyce wiedzy kryminalistycznej[30], a także ich nastawienie do pełnionych obowiązków ma niebagatelny wpływ na ocenę funkcjonowania tej formacji. W wielu miejscach w Polsce straż gminna posiada społeczne poparcie i traktowana jest jako istotny element prawidłowego funkcjonowania tej jednostki samorządu terytorialnego[31]. Kluczowe znaczenie ma tutaj, oprócz postaw samych strażników gminnych, również stanowisko władz samorządowych. Celem przyświecającym działaniom władz lokalnych w tym zakresie powinno być zapewnienie porządku publicznego i bezpieczeństwa obywateli, nie zaś nastawienie na wspieranie budżetu samorządu. Trzeba mieć na uwadze, że istnienie straży gminnych jest w Polsce fakultatywne. To rada gminy może podjąć decyzję o potrzebie powołania oraz zlikwidowania straży[32]. W przypadku niezadowolenia społeczności lokalnej z funkcjonowania straży gminnej na ich terenie istnieje możliwość zwołania referendum lokalnego w sprawie likwidacji tej formacji. Referendum będzie ważne, jeżeli weźmie w nim udział co najmniej 30% uprawnionych do głosowania. Z kolei wynik referendum będzie rozstrzygający, jeżeli za jednym z rozwiązań w sprawie poddanej pod referendum zostanie oddanych więcej niż połowa ważnych głosów. Fundusze przeznaczone na formacje samorządowe mogłyby wówczas zostać przekazane Policji. Skarb Państwa nie finansuje działalności straży gminnej, obowiązek ten w całości obciąża gminę (art. 5 u.o.g.). Ponosi ona koszty związane zarówno z przygotowaniem do zawodu, jak i te związane z zatrudnianiem strażników gminnych. Koszty związane z funkcjonowaniem Policji są pokrywane z budżetu państwa (art. 13 ust. 1 u.o.p.). Jednostki samorządu terytorialnego mogą jednak uczestniczyć w pokrywaniu wydatków inwestycyjnych, modernizacyjnych lub remontowych oraz kosztów utrzymania i funkcjonowania jednostek organizacyjnych Policji, a także zakupu niezbędnych dla ich potrzeb towarów i usług. Gmina na mocy zawartego z komendantem powiatowym (miejskim) Policji porozumienia może także przekazać środki finansowe dla policjantów właściwych miejscowo komend powiatowych (miejskich) i komisariatów, którzy realizują zadania z zakresu służby prewencyjnej z przeznaczeniem na rekompensatę pieniężną za czas służby przekraczający normę określoną w art. 33 ust. 2 u.o.p. oraz na nagrodę za osiągnięcia w służbie.

---

[30] I.T. Dziubek, *Elementy kryminalistyki* [w:] *Straże gminne (miejskie)…*, s. 155–163.

[31] B. Kurzępa, E. Kurzępa-Czopek, *Ustawa o strażach gminnych z komentarzem*, Toruń 2011, s. 12.

[32] B. Kurzępa, *Uprawnienia straży gminnych – rzeczywista potrzeba czy nadmiar kompetencji* [w:] *Służby i formacje mundurowe w systemie bezpieczeństwa wewnętrznego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. E. Ura, S. Pieprzny, Rzeszów 2010, s. 234–240.

3. Wnioski

Kwestia potrzeby utrzymania dotychczasowego modelu straży jako instytucji dbającej o spokój i porządek publiczny w społecznościach lokalnych albo likwidacji tej formacji samorządowej powinna być rozstrzygana z uwzględnieniem liczebności społeczności, w której miałaby ona funkcjonować. W dużych miejscowościach rola straży miejskiej w zwalczaniu drobnych naruszeń porządku publicznego wydaje się bowiem nieoceniona. Policja może wówczas skoncentrować swoje działania na ściganiu sprawców poważniejszych wykroczeń oraz przestępstw. Trzeba zauważyć, że uprawnienia i obowiązki straży gminnych wprowadzone ustawą, która weszła w życie 24 grudnia 2009 roku, wbrew wielu opiniom, co do zasady zostały ujęte w sposób poprawny. Negatywnie należy ocenić jednak propozycje dalszego poszerzania kompetencji strażników miejskich. Poważnym błędem było powierzenie strażom gminnym kontroli ruchu drogowego za pomocą obsługi urządzeń rejestrujących, tzw. fotoradarów. W niektórych miejscach w kraju ujawnione w ten sposób wykroczenia stanowiły blisko 100% wszystkich ujawnionych wykroczeń. Sytuację pogarszały wątpliwości interpretacyjne co do możliwości stosowania przez straż gminną stacjonarnych urządzeń rejestrujących. Podnoszone były głosy, że formacja ta dokonując kontroli ruchu drogowego w ten sposób dopuszcza się działań bezprawnych, a jej poczynania nastawione są na zdobywanie funduszy dla podmiotu zarządzającego. Ustawą z dnia 24 lipca 2015 roku odebrano strażom gminnym prawo do rejestrowania wykroczeń drogowych za pomocą urządzeń samoczynnie ujawniających i rejestrujących naruszenia przepisów ruchu drogowego, jednak na skutek postępowania straży w przeciągu tych kilku lat odnotowano duże straty wizerunkowe. Nie powinny więc dziwić wyniki badań, które pokazały, że większość strażników miejskich uważa, że wykonywany przez nich zawód nie jest poważany w społeczeństwie, a okoliczność ta stanowiłaby jeden z zasadniczych motywów do zmiany pracy na inną. Niezadowolenie dużej części społeczeństwa z działań straży miejskiej zdaje się także wynikać z braku wiedzy w zakresie kompetencji tej formacji. Swego rodzaju paradoksem jest, że straż gminna jest negatywnie postrzegana za swoją aktywność w dziedzinie ścigania sprawców drobnych wykroczeń. Zapomina się bowiem, że właśnie do zwalczania tego typu naruszeń została ona powołana. Należy pamiętać, że ważne znaczenie ma nie tylko zwalczanie przestępstw, ale także ściganie i karanie sprawców wykroczeń. Odpowiednia reakcja na drobne naruszenia porządku prawnego odgrywa kluczową rolę w prewencji poważnej przestępczości. Trzeba mieć na uwadze, że to właśnie kwestia parkowania samochodów w miejscach niedozwolonych, wybryki chuligańskie czy przypadki zakłócania spokoju i porządku publicznego stanowią podstawowe problemy społeczności lokalnej w dużych miastach. Konieczne jest stworzenie jasnej wizji funkcjonowania straży gminnych w Polsce. Formacje te powinny przejść gruntowną reformę, przede wszystkim zmieniając swoje nastawienie na rzeczywistą służbę społeczeństwu lokalnemu. Powinno się położyć większy nacisk na prowadzenie działalności prewencyjnej, w tym zwiększenie liczby patroli w porach największego zagrożenia przestępczością pospolitą. Zasadne wydaje się także zwiększenie roli strażników w zakresie interwencji w indywidualnych sprawach związanych

ze skargami mieszkańców. Służebna rola straży gminnych wobec społeczeństwa powinna skutecznie eliminować wszelkiego rodzaju przejawy władcze. Celem działania strażników gminnych powinna być w pierwszej kolejności kontrola przestrzegania porządku publicznego, nie zaś motywacja do poszukiwania sprawców czynów zabronionych celem nałożenia na nich mandatów karnych. Analiza praktyki postępowania straży gminnych doprowadza do wniosku, że większy nacisk powinien zostać położony na aspekt kształcenia kadr. Zdarza się bowiem, że niektórzy ze strażników wystawiają mandaty karne nie mając aktualnych upoważnień do kontroli ruchu drogowego i wystawiania mandatów w tym zakresie. Strażnicy gminni często nie przestrzegają także procedur dokumentujących swoje działania bądź w ogóle nie sporządzają takiej dokumentacji. Ważną kwestią jest także potrzeba lepszego diagnozowania problemów lokalnej społeczności i aktywniejsze działanie na jej rzecz, w czym pomocne może być propagowanie programu „strażnika rejonowego". Korzystne byłoby stworzenie nowego wizerunku strażnika gminnego jako osoby oddanej służbie społeczności lokalnej, co mogłoby nastąpić m.in. poprzez oferowanie darmowej pomocy w uruchamianiu aut z rozładowanym akumulatorem, organizowanie kampanii dotyczących m.in. bezpiecznego korzystania z Internetu przez dzieci.

* * *

Some Remarks about Municipal Guards in Poland

Matters concerning the municipal guards in Poland especially their tasks and powers have been debated for many years. Recent amendments affected competences of municipal guards. There are many problems which emerged due to new regulations. There should be further debate over functioning of municipal guards in our country. While deciding of the future of this service, its cooperation with the police should be taken into account as well. Arguments for further extending competences of municipal guards are not convincing enough. It must be pointed out that empowering this service to carry out the automotive speed control was a great mistake made by the polish legislator. Possible reorganisation of municipal guards in Poland should be focused on: greater emphasis on human resource training, better diagnosing the problems of the local community and solving them in more active way.

Key words: municipal guards, tasks and powers of municipal guards, speed cameras, improvement of qualifications